

القواعد القانونية لحماية العمال إزاء أمراض السرطان المهني دراسة للقانون العراقي مقارنة مع القوانين اللبناني والإيطالي

أ.م.د. صبا نعمان رشيد

كلية القانون/جامعة بغداد

المقدمة

بتطور الحياة عموماً وطرق ووسائل الإنتاج خصوصاً تزايدت مخاطر العمل الحديث مما يتعين معه مواجهة هذا التزايد بتقدم وسائل وطرق الوقاية والعلاج لعوارض العمل. لقد أصبح الفرد العامل داخل المجتمع بحاجة إلى توفير الأمن في مواجهة الصراع مع الأمراض الأشد فتكاً والتي تتعدى مخاطرها الإصابة لتصل إلى الوفاة بعد المعاناة طويلاً وان لم تنتقل مخاطرها للجيل القادم زائدة.

إن التجارب المريرة للعمال المصابين بمرض السرطان والدراسات القائمة على أنواعها المهنية، دفعت المشرع إلى إدراك وتقدير حجم الخسائر الاقتصادية من ناحية المبالغ المدفوعة للعلاج الباهظ والنتائج المترتبة بفقدان القوى العاملة لقدرتها على العمل أو نقصانه من ناحية أخرى، لتصبح هذه المشكلة مشكلة قانونية بالمعنى الفني الدقيق والتي لا يمكن علاجها إلا بالأنواع المختلفة للحماية من قبل العديد من التشريعات يتقدمها قانوني الضمان الاجتماعي والعمل، ومن هنا تتأتى دراسة موضوع لإصابة العمال بالسرطان المهني لأهميته بما يتلاءم مع التغيرات العصرية للعمل بأنظمة عربية كانت أو أجنبية.

المبحث الأول

ماهية السرطان المهني

لم يعد بالإمكان حصر واجبات الدولة الحديثة وتعيينها بشكل ثابت، إذ تختلف باختلاف النظم الفكرية التي تحكمها إلا أنها تشترك جميعها بواجب تحقيق الأمن الاجتماعي وتعد أهم ركائز البيئة الصحية العامة ومنها تهيئة بيئة للعمل نظيفة قدر الإمكان. وقد يكون الإنسان جاهلاً لعواقب العمل عليه وعلى الآخرين مما يستدعي تدخل الهيئات المتخصصة في الدولة لرسم صورة واضحة المعالم لمخاطر العمل والعوامل المسببة لها.

المطلب الأول - الأمراض المهنية

عند استقراء (الضمان الاجتماعي) تجدها تختلف من دولة إلى أخرى من ناحية المخاطر والحالات والأشخاص حسب اختلاف تشريعاتها تقدماً وضيماً^(١)، إلا أنها جميعاً تشترك في ضمان إصابة العمال التابعين بأمراض من جراء مخاطر العمل كحد أدنى للحماية القانونية.

الفرع الأول - التعريف بالأمراض المهنية

تحدث أمراض بين العمال الذين يمارسون مهنة أو مهن مختلفة بشكل مستقل لأسباب تعود إلى أساليب الإنتاج أو المواد المستخدمة أو لظروف الأداء^(٢)، لقد تفاوتت التشريعات في إيراد تعريف للمرض المهني من عدمه، ففي حين إدراج المشرع العراقي تعريفاً للمرض المهني بالمادة الأولى من قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل بكونه "العلة الناجمة عن ممارسة مهنة معينة" فإن قانون طوارئ العمل اللبناني لم يورد له تعريفاً إلا أنه يفهم من مجمل أحكامه بأنه "المرض الذي يحل بالشخص بسبب مزاولته مهنة معينة أو قيامه بعمل معين في ظروف معينة"^(٣). ويتعين عند دراسة لمصطلح "المرض المهني" تفريقه عن مصطلحين قد يختلطان به لدى القارئ هي (المرض العادي) (وإصابات العمل).

الفرع الثاني - أساليب تحديد الأمراض المهنية

يتبين من التعاريف الفقهية والتشريعية التي أوردناها إن هذا المرض لا يمكن أن يصاب به شخص إلا عند مزاولته لمهنة معينة وإن تماثل في المجتمع العادي إصابات لأمراض بذات الدلالة، ويلاحظ إن للتفريق بين المرض العادي والمرض المهني أهمية تتمثل في النقاط الآتية:

أ. تحديد المسؤولية في الإصابة بالأمراض المهنية والتي تظهر من خلال التحقيق فيما إذا كانت عائدة لصاحب العمل أو الغير أو العامل حيث يتحمل من تثبت عليه المسؤولية عبء المصاريف التي تولت دفعها مؤسسة الضمان الاجتماعي^(٤).

(١) كما في المقارنة بين دولة كبريطانيا حيث يتسع فيها نظام الضمان الاجتماعي لكل المواطنين وبين قصوره على فئات العمال في العراق

د. صادق مهدي حيدر، الضمان الاجتماعي، بغداد ١٩٨٨، ص ٧٦.

(2) pro .dr. Simontta Renge ، social security law , k.l.1, Italy 2002 p91.

(٣) د. محمد لبيب شنب، دراسة في قانون الضمان الاجتماعي اللبناني (المخاطر التي يغطيها ضمان طوارئ العمل، لبنان، ١٩٧٠، ص ٨١.

(٤) د. عزيز إبراهيم، شرح قانون الضمان الاجتماعي العراقي، بغداد ١٩٧٦، ص ١٠٧.

ب. التعويضات التي يحصل عليها العامل في حالة إصابته بمرض مهني تختلف كما عن مثيلاتها في حالة المرض العادي^(١)، ناهيك عن التقاعد طبقا لقانون الضمان الاجتماعي المرفوع في حالة العجز المهني والحقوق المدرجة في قانون العمل.

وحيث تختلف الدول فيما بينها حسب القدرة والطاقة الاستيعابية للقاطع الطبي ومدى التقدم في الاستكشاف الطبي المتقدم لما تبعته تلك التي تكون الطبقة العاملة مصابة بأمراض محددة مهنية فإنها تتبع نظم تشريعية مختلفة للتفريق بين الأمراض العادية عن الأمراض المهنية فإنها تستدل عليه بالنظم الآتية:-

١. نظام القائمة : بمقتضى هذا النظام يرفق بقانون الضمان الاجتماعي جدول بالأمراض المهنية والأعمال المسببة له فتبعاً لذلك إذا أصيب العامل بإحدى الأمراض المدرجة فإنه يعد قرينة قاطعة على قضية إلا إن المشرع قد يقيد هذه القائمة فتزد الأمراض على سبيل الحصر فتكون قائمة مغلقة، أما إذا قرر المشرع إمكانية إضافة أمراض ذهنية يتم اكتشافها لاحقاً للجدول فإنه يعد مفتوحاً^(٢)، ويلاحظ إن أصيب العمال بإحدى الأمراض المدرجة دون ممارسة المهنة لا تعطيه سبباً للشمول وهو الرابطة بين المرض والمهنية^(٣).

٢. نظام التغطية الشاملة: يوضع مفهوم عام وفق هذا النظام للمرض المهني ويترك لمؤسسات الضمان حرية التحرك وفق سلطة تقديرية على الحالات المختلفة التي تعرض عليها لتقدير مهنتها^(٤)، مما يعني طلب إثبات علاقة سببية بين العمل والمرض من قبل المؤمن عليه^(٥).

٣. النظام المختلط : يهدف النظام المختلط إلى الجمع ما بين النظامين السابقين فتصدر الدولة جدولاً بالأمراض المهنية ولأعمال المسببة لها، إلا أنه لا يمكن للعامل والورثة لمؤمن عليه المطالبة بالتعويضات من قبل مؤسسة الضمان إذا استطاع إثبات العلاقة بين العمل أو ظروفه أو المواد المستخدمة في عمله وبين المرض الذي أصيب به^(٦)، من أبرز الدول التي انتقلت عن فكرة نظام الجداول للأمراض المهنية (إيطاليا) في عام ١٩٨٨ بطلب إن يكون العامل المصاب بمرض إن

(١) د. حسام الدين الاهواني ، أصول قانون التأمين الاجتماعي ، مصر ، ١٩٩٣، ص ٢٧.

(٢) الدول التي اتبعت هذا النظام (المملكة المتحدة) والجمهورية اللبنانية طبقاً للمادة (٢٩٩) المعدلة بالمرسوم ١١٦ بتاريخ ٣-٦-١٩٧٧ وقد وضع مجلس الوزراء اللبناني جدولاً جديداً بالأمراض المهنية بمرسوم رقم ١٤٢٩٩ بتاريخ ٢٦-٢-٢٠٠٥.

(٣) د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص ٢٦١.

(٤) المرض المهني هو كل مرض يسببه العمل أو الظروف المحيطة بالعمل أو المواد المستخدمة في الإنتاج ومن الدول التي تتبعه هي اندونيسيا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية ، حسين عبد اللطيف حمدان ، الضمان الاجتماعي ، دراسة تحليلية شاملة ، ٥٨٩.

(٥) د. عادل عبد الحميد العز ، التأمين الصحي من الجمهورية اللبنانية، لبنان ، ١٩٧٠، ص ٢٢.

(٦) لقد اخذ القانون العراقي بنظام الأمراض المهنية المختلط فحدد الأمراض بجدول يصدر عن وزير العمل بناء على اقتراح إدارة الضمان التي تستطلع رأي وزارة الصحة والتي أصدرت جدولاً مازال نافذاً ونشر في الوقائع العراقية رقم ٢٣١٧ في ١-٢-١٩٧٤ ، إلا أنه يمكن بالخبرة الطبية تحديد الحالات غير المذكورة في الجدول.

يكون قد لقي إحدى الأمراض أَل(٥٨) إذا عمل في الصناعة أو أَل(٢٧) إذا كان قد عمل في الزراعة حتى يعد مستحقاً للتعويضات المهنية للضمان، إلا أنه وفي عام ١٩٨٨ قررت المحكمة الدستورية أن تحديد الأمراض بهذه الطريقة غير دستوري مما يعني إمكانية ادعاء العامل المصاب بمرض بحقه إزاء مؤسسات الضمان للتعويض بمجرد إثباته العلاقة بينهما^(١)، يلاحظ أن إيطاليا تقوم بموجب المرسوم رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ بمراجعة جدول الأمراض المهنية بشكل مشاريع بإضافة أمراض جديدة قد تظهر من خلال التطور في الأعمال وإن كان بقرار من رئاسة الوزراء^(٢).

الفرع الثالث - الخصائص المميزة للمرض المهني

نتيجة من العوامل المحيطة بالعامل في بيئة العمل فإنه ينشأ مرض في جسمه سواء كان داخلياً أو خارجياً، إلا إن الاستدلال بمهنية المرض قد ترك القارئ فتخبط معه إصابة العمل ومن خلال استقراء التعاريف القانونية والفقهية التعويض نجد أنه يفترض عن الإصابة بطبيعته النشوء وشروط التعويض فتبرر بالآتي:

أولاً:- طبيعة المرض المهني

إذا كانت إصابة العمل ضرراً جسمانياً نشأ عن واقعة خارجية مباغته وعنيفة^(٣)، فإن المرض المهني يشترك معها في كونه ضرراً يلحق جسم العامل إلا أنه يختلف من حيث:

أ- نشوء المرض تدريجياً ولهذا يصعب تحديد تاريخ بدء المرض أي يكون ناتج عن سلسلة من الحوادث ذات التطور البطيء والتي لا يمكن خالصهم فيها اسناد الواقعة المحددة كما في أصابه العمل^(٤).

ب- لا ينشأ المرض المهني عن واقعة عنيفة كما في إصابة العمل فالصم يعد مرضاً مهنيًا إذا كان ناتجاً عن انفجار هائل تعرض له العامل.

ثانياً :- الشرط القانوني لتاريخ ظهور المرض

(١) ناهيك عن إن القرار قد تضمن تعديلاً للمدة التي تظهر فيها الأمراض ولقد مهنية ، فبعد إذا كانت يتطلب ظهور الأعراض خلال مدة العقد أجازت الجملة الدستورية إن تكون الأعراض قد ظهرت بعد انتهاء مدة العقد constitutional court 18 February 2006 and constitutional court 25 February 1988 no179.

(٢) يلاحظ إن هذا التجديد يتم بحضور ممثلي النقابات العمالية.

(٣) د. عدنان العابد، شروط تعويض إصابة العمل في القانون المقارن مجلة القانون المقارن، العددان (٩-٨) لسنة ٦ بغداد ١٩٧٨ ص ٦١ ص ٦٣.

(٤) المادة ١٦٦ قانون التقاعد الضمان الاجتماعي للعمال رقم ١٣٩ لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ وبموجب التعديل الدستوري المذكور سابقاً في القانون

constitutional court 25 February 1988 no206.

تحدد اغلب التشريعات عددا محددا لاعتبار إصابة العامل بالعوارض مرضا مهنيا مشترك جميعا بفترة العدد أي خلال استمرار الطرفين لتنفيذ التزاماتها أو العمل كالتزام رئيس للعامل وأداء الآخر التزاما رئيسيا لصاحب العمل فان بعض التشريعات كالعراقي والايطالي، تعطي الحق للعامل بموجب القانون ومن حقه المطالبة بتعويض عن الإصابة بمرض مهني بعد انتهاء عقده مع صاحب العمل وسواء كان قد اشتغل عند صاحب عمل آخر أو لم يشتغل خلال مدة السنة^(١).

بينما لا يمكن تصور إصابة عمل يحصل خارج العقد، حيث يرتبط إصابة العامل بالعمل بعلاقة السببية أو ترتبط بها برابطة الزمانية أي خلال ساعات العمل وكلاهما يحصلان أثناء مدة تنفيذ العقد لا خارجه.

المطلب الثاني - السرطان المهني والعوامل المسببة له

تنتم الأمراض المهنية عموما بمحدودية أماكن حدوثها وإمكانية السيطرة على تعدد انواعها وكما بخلاف الأمراض العادية رغم بروز أنواع من الأمراض جديدة ومهنية بإتباع تبدل وتطور العمل وبعد السرطان الذي يصاب بها العمال من اخطر الأمراض المهنية والتي غالبا ما تؤدي إلى هلاك العامل والى تعدد إصابة العمال إن كانت بيئة العمل غير مسيطر عليها^(٢)

(١) أي لولا العمل لما كان قد أصيب العامل.

(٢) لقد قسمت منظمة الصحة العالمية التابعة للأمم المتحدة اقراها ليون -فرنسا أنشأت عام ١٩٦٥ المواد المستخدمة بالشكل الآتي مع تعديلات الاتحاد الأردني والاتحاد الأمريكي

EU	ACG	NTP	GHS	IARC
المحفز ١	A1	معروف	المحفز A1	المجموعة ١
المحفز ٢	A2		المحفز B1	المجموعة A2
المحفز ٣	A3		المحفز ٢	المجموعة B2
	A4			المجموعة ٣
	A5			المجموعة ٤

المجموعة ١-العمال(الخليط)للمواد وهي متسرطنة بالتأكيد للبشر يدخل بذلك ظروف التعرض.

المجموعة A2:العمال(الخليط)قد يكون مواد مسرطنه مثل النترات غير مؤذية إلا عند دخولها للأطعمة تتحول بجسم الإنسان إلى نetro جينات مع ظروف التعرض .

المجموعةB2:العمال(الخليط)احتمال ضئيل للمسرطنه والتعرض لها احتمال ضئيل .

المجموعة٣:ظروف التعرض للخليط لم تصنف مسرطنه .

المجموعة ٤:الخليط قد لا يكون مسرطنه.

المصدر :الدراسات التخصصية للوكالة الدولية للبحوث السرطانية ١٩٧٠، ص ٩٥-٦٢٢.

إن الاسم الذي يطلق على المرض يعني المرض الذي تصبح فيه خلايا الجسم شاذة مما يؤدي إلى انقسامها بدون تحكم وغالبا ما ينتقل المرض إلى خلايا قريبة لأنسجة أخرى فتصيبها بالعدوى لتعاني من ذات الانقسام مما يؤدي إلى تعطل وظائف الأجزاء المصابة للجسم^(١).

إن الخلية التي تصاب بالمرض لا تصبح قادرة على القيام بالموت الخلوي المبرمج فقد تغير المواد المتسرطنة من طريق تغيير الايض الخلوي أو إلحاق أضرار مباشرة في الحمض النووي مما يتعارض مع العمليات البيولوجية والحث على انقسام خلوي غير خبيث وإنما غير مسيطر عليه وبالنهاية يؤدي إلى تكوين الأورام ويتميز السرطان المهني عن غيره بأنه معظمه يكون من النوع الصحي ودائما يسبقه أعراض مميزة وحسب المادة المسببة له فمثلا السرطان الناتج عن الزرنيخ تسببه حاله تسمم عام.

الفرع الأول - أنواع السرطان المهني

تتعدد أنواع السرطان المهني حسب الجهاز التي تصيبه في جسم الإنسان :

أولاً: سرطان الجلد skin cancer^(٢): وهو السرطان الأكثر شيوعا في العالم عموما وفي جدول الأمراض المهنية تحت عنوان السرطان خصوصا ويتعرض له غالبا الأفراد المعرضون للأشعة فوق البنفسجية مثل رعاة الأغنام والفلاحين وعمال البناء في العراء زائدة إضافة للأفراد العاملين في منتجات الفحم والبتروك والقلويات والمذيبات وحامض الكروميك وأملاحه وأملاح المعادن مثل الزرنيخ ويصاب به العاملون في التصوير الفوتوغرافي والكيميائيون والصيدلة والأطباء وأطباء الأسنان عند استعمال الزئبق والسلفا والفورمالين ناهيك عن الأشعة ويلاحظ إن هذا النوع غالبا ما يسبقه ظهور تقرحات جلدية، ويعد الورم الميلانيني الأخطر فهو الأسرع انتشارا في الجسم^(٣)

ثانياً: سرطان المثانة أو الجهاز البولي وسرطان البروستات: ويظهر عند الأفراد الذين يتعاملون بالصناعات الأساسية وصناعة مضادات أكسدة الكاوتشوك وصباغة الأقمشة، واستخلاص قار الفحم من عمليات صناعة الغاز وعند التعامل مع الكاديوم و بيتانافيتل أمين الفاناميتل أمين والفسفور^(٤).

(١) ان تلف الحمض النووي في الحالات الحادة التي لا يمكن علاجها تؤدي إلى موت الخلايا ولكن إذا ما تدمر مسار الحدث الخلوي المبرمج لا تستطيع الخلية من أن تمنع نفسها من التحول إلى خلية سرطانية .د. عبد الرزاق الخطيب ، الحماية من السرطان المهني ، اتحاد نقابات العمال العرب ، دمشق ، ١٩٧٩ ، ص ١ وما بعدها.

(٢) . اي أول جهاز في جسم الإنسان يصاب قبل الانتشار إن حصل ،التقارير لمنظمة الصحة العالمية WHO فقد توفي عام ٢٠٠٨ قرابة ٧٦ مليون نسمة عموما

(٣) NONMELANOMA.

٤-د. حكمت جميل ،الصحة والسلامة المهنية ، مطبعة النور،بغداد ١٩٩٩ ،ص٣٧ وانظر في الجول الملحق لانواع المواد المستخدمة والامراض الناجمة عنها .

ثالثا : سرطان الجهاز التنفسي lung cancer ^(١): وهو الذي يصيب الرئة أو احد عناصر الجهاز التنفسي وتبدو خطورته لعدم ظهور أعراض مميزة بل عبارة عن مجموعة أعراض مختلطة لحين نمو الخلايا السرطانية في جهاز التنفس للإنسان ويكون مرضا للعمال من بيئة سيئة التهوية أو السرايب أو المعرضون لبيئة هوائية ملوثة أو عند التعرض للاسبيستورس أو الزرنيخ أو السيليكا أو معادن الكروم أو باستنشاق مواد مشعة أو أبخرة الزئبق وهذا السرطان يسبقه ظهور علامات التسمم الرئوي الحاد عند العمال ^(٢).

رابعا : سرطان الدم والغدد اللمفاوية Blood cancer ^(٣): يتضمن مجموعة كبيرة من أنواع الخباثت منها أمراض سرطان الدم ونخاع العظم وسرطان الجهاز اللمفاوي الذي يتضمن العقد اللمفاوية والغدد اللمفاوية واللوز الحلقى والطحال ونسيج منطقة اللف، إلا إن اللوكيميا الذي ينمو في نخاع العظم يعد الأكثر انتشارا فيعيق قدرة نخاع العظم لإنتاج خلايا الدم الطبيعية (خلايا بيضاء، حمراء، صفيحات) حيث يبدو ابتداء كفقر دم أو التهاب للغدد اللمفاوية ثم يبدأ بنزيف الجلد وتغرق حاد وحمى ونبض سريع وتشوش أو قلق حاد في نطاق ذلك التعامل مع المواد المشعة بكل أنواعها ^(٤)، وإنتاج البنزول ومواد أخرى.

خامسا: سرطان العظام Bone cancer: وهو يصيب العمال عند العمل في المفاعلات النووية أو الإشعاعات المؤينة (السينية، البروتون، غاما) وكل المشتقات الثانوية التي تتحول إلى مواد مقذوفة مشعة وهو تظهر علاماته على العمال في العضلات ثم الآلام بسيطة في معظم المفاصل ليتحول إلى الآم اشد في مناطق الإصابة ^(٥).

سادسا: سرطان الكبد (Hepatoma) live cancer : وهو يحصل عند العمل في إنتاج كلوريد بوليفين أو لواصل البلاستيك أو إعادة إنتاج البلاستيك وهو يكون إما أول اعتراضاته خلايا الكبد ا وان يصل إليه كل الجسم أو من نوع سرطان القناة الصفراء ^(٦).

٢-2011- Lang cancer, city of Hobe – California – Duarte rood

٢- د. محمد حسين عبد القوي ، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية ، مصر ٢٠٠٢ ، ص ٥٢-٥٣ .

٣-2011- blood cancer – city of Hobe – California

٤- د. السيد عيد نايل ، قانون العمل الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ص ٧٦٩ وما بعدها للتلوث الإشعاعي المهني.

(٤) د. السيد عيد السيد نايل ، مصدر سابق ، ص ٧٧.

و 2041, city of Hope , California , musculoskeletal tumors

(٥) . غالبا ما يكون المصاب قد أصيب بالتهاب كبد فيروس (نقل له مرض فيروس) أو بسبب مرض البلهارسيا أو تليفات سابقة ، أو الترسيب النحاسي أو زيادة الحديد وهو منتشر بكثرة في دول شمال إفريقيا و مصر والسعودية .

(٦) . 2000- zero cancer-occupational cancer- a union guide to prevention – glob union capaion

سابعاً:سرطان الثدي Breast cancer^(١): شكل من أشكال الأمراض السرطانية الذي يصيب النساء والرجال على حد سواء وإن كان لدى النساء أكثر وغالباً ما يظهر في قنوات الحليب ، ويصاب به العمال في المواد الكيميائية وعند التعرض لموجات السونار.

ثامناً:سرطان القولون colon cancer: وهذا النوع من السرطان يصيب العمال عند إنتاج بلاط الأرضيات والسقوف والمنسوجات المقاومة للحريق وبطانات الاحتكاك (غير مسموح استخدامها في أوروبا) والى والمتضمنة الاسبستوس وهو اقل الأمراض السرطانية شيوعاً وهو غالباً ما يبدو (ببوليبات)ورمية غدية ليتحول جديداً بعد (٥-١٠)سنوات إلى سرطان ورمي.

الفرع الثاني - العوامل المسببة للإصابة

إن العوامل المسببة للأمراض المهنية عموماً والأمراض السرطانية على وجه الدقة ترتبط بقابلية العامل عموماً للتعرض للإصابة وبطريقة الإنتاج وظروفه:

أولاً:العوامل الذاتية للعامل^(٢): وهي العوامل المساعدة على إصابة العامل بمرض السرطان المهني أي إن هذه العوامل التي تختلف من شخص إلى آخر تؤكد استعداداً للإصابة إلا أنها تساعد على نشوء المرض لا أن تكون المسبب الرئيس له، وهذه العوامل تتمثل في الآتي:

١. عوامل ترتبط بالجنس والعمر والعرق.
٢. التاريخ العائلي للإصابة بالأمراض السرطانية وبأنواع محددة خاصة.
٣. طريقة العيش واللياقة البدنية كممارسة الرياضة من عدمها وكذلك تناول الخمور وتعاطي السكائر والمخدرات .
٤. الظروف الصحية للعامل كالإصابة بالتهاب الكبد الفيروسي أو ضعف الرئة.
٥. طريقة ومستوى التغذية ،حيث تبين الحاجة إلى أسلوب معين للتغذية في أنواع من الأعمال تصنف تحت عنوان الشاقة أو الضارة مما يستدعي التغذية من كل البروتينات كاللحوم و النشويات.
٦. الاطلاع الشخصي للعامل حول قضايا الوقاية الشخصية في أماكن العمل والاكتشاف المبكر للعوارض^(٣)

(١) <http://en.wikipedia.org/colon cancer>.

(٢) cantors for disease control and prevention (c d c)c d c info @cdc.gov.

١-د.ممدوح النيربية ،الديوكسين سموم خفيفة حولنا ،مجلة البيئة والمجتمع ، بيروت ،صيف ٢٠١٠ ،ص٦٢،-٦٣

ثانيا : بيئة العمل: إن كل مهنة تحمل خطورة خاصة على العمال إن لم يتبع فيها أسلوب العمل الصحيح ، حيث تكون البيئة التي تؤدي فيها العمل السبب المباشر لإصابة العامل بسرطان المهنة نجد انه لا بد من تحديد العوامل داخل إطار العمل المؤدية له :

١- طبيعة بيئة العمل : إذا كانت بيئة العمل غير جيدة في إيه مهنة فإنها تؤدي إلى الإصابة بالمرض، كما إذا كانت مليئة بالغازات أو الأبخرة أو المواد الضارة أو قلة النوافذ أو فتحات التهوية أو أجهزة تنقية الهواء وبشكل مستمر (سواء كانت التهوية طبيعية ام صناعية)^(١) ، ناهيك عن النظافة العامة لمكان العمل سواء من النفايات أو الأتربة أو تصريف الفضلات لضمان عدم تعرض العمال للأمراض.

٢- العوامل الفيزيائية: ويبدو إن أبرزها ضررا على العمال هي الإشعاعات وهي الأمواج غير المنظورة سواء كانت طبيعية أم صناعية وأكثر تؤدي إلى الأمراض للعامل فتصل منها في مرض السرطان إن ابرز مصدر طبيعي لها هو الفضاء والأرض والمواد المشعة كعنصر الفسفور والبوتاسيوم^(٢) ، أما المصادر الصناعية فتبرز من خلال الأجهزة الطبية المستعملة في التشخيص للعلاج بالأشعة وذلك يكون ابرز المصابين بالسرطان عمال القاطع الطبي المختص في الفحص والعلاج^(٣).

٣- العوامل الكيميائية: إن استعمال المواد الكيميائية يعد الأكثر استخداما سواء كان في الصناعة إلا انه يزداد في الزراعة لاستخدام المبيدات الحشرية والمنشطات (سواء كان سائل أو غاز أو صلب)^(٤) ، ويلاحظ إن ذلك الاستخدام لا يؤدي إلى أضرار إلا إن تفاعل مع أنسجة خاصة للجسم ولذلك يعتمد مقدار ضرره على ما يلي:-

أ- كمية المادة الكيميائية .

ب- نوع المادة والعضو الذي يتعرض للتلوث كالجلد والجلد والجهاز التنفسي حيث يكون الأكثر تحسسا.

ج- مدة التعرض الزمنية حيث كلما طالت مدة التعرض رجع الإصابة بالسرطان.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للعمال من التعرض للسرطان المهني

٢- إضافة للنظافة الشخصية للعامل كطلب توفير الحمامات ساخنة وباردة من قبل صاحب العمل ، وحفظ الملابس الشخصية في أماكن خاصة د.حكمت جميل ، السلامة المهنية ، دار المتنبى للطباعة ، بغداد ١٩٨٥

٣- د.حكمت جميل ، الصحة والسلامة المهنية ، مصدر سابق ، ص ٦٨

(٣) . انظر إصابات العاملات في فندق الرشيد بالسرطان بمعدل ٣-١٠ عاملات من جراء الفحص اليومي بالسونار ، جريدة المشرق ، الصفحة الاجتماعية ، عدد ٢٠-٧-٢٠١١

(٤) . المخاطر الصحية للمبيدات ، حقائق منشورة في جريدة البديل ، مصر ١٨-٢٠٠٨

للتشريع أثره البارز في كيان المجتمع وتنظيمه والتنسيق بين المؤسسات المختلفة إنما تضمنه في رعاية لفئة المحركة للقطاعات الزراعية والصناعية والتجارية والخدمية .

إن نشر الطمأنينة بين من يعمل في القطاعات المتقدمة تحت إشراف وتوجيه صاحب عمل^(١)، يتزايد كلما كانت قواعد قانون العمل والضمان الاجتماعي أكثر تلمسا لقواعد التطور في العملية الإنتاجية وما يرافقها من مساوئ وعوارض صحية مما يعكس سلامة البنيان القانوني لنظام المجتمع .

المطلب الأول - الحماية القانونية وفقا لإحكام قوانين العمل

إن العامل كعضو في مجتمع عليه من الالتزامات ما يؤديها بشكل حيوي ابتداء في العمل بمشروع معين إضافة إلى التزاماته العامة تترتب له مقابلها من الحقوق في القواعد الخاصة بالعمل بهدف تحقيق التوازن في العمل والقواعد العامة المطبقة في بقية التشريعات تحقيقا للعدالة الاجتماعية إلا إن القواعد المنظمة لعلاقة العمل بين العامل وصاحب العمل هي الأكثر تأثيرا في حياة العامل فهي لا تمتد إلى تنظيم ظروف وشروط العمل بل تتعدى ذلك لتقرير التنظيم القانوني للأوضاع الإنسانية التي لابد إن يمر بها كإنسان وخاصة في حالة فقدان القدرة للعمل بسبب المرض .

الفرع الأول - أحكام عقد العامل المصاب بالسرطان المهني

خلافًا للمرض العادي الذي يتقرر فيه إجازة مأجورة فإن المرض المهني تحال اغلب التزاماته من صاحب العمل إلى مؤسسة الضمان الاجتماعي^(٢)، إلا أنه يتبقى بضعة التزامات عقدية إزاء العامل المريض تتمثل في الآتي :

أولاً: وقف العقد: حيث العقد المبرم بين العامل وصاحب المحل قائما طيلة الفترة بين ثبوت الإصابة وحتى الاستفاضة أو استنفاد المدة الأقصى للشفاء المنصوص عليه قانونا في حالة سكون لعدم أداء الطرفين لالتزاماتها^(٣).

ثانياً: الاقدمية: القاعدة المستقرة إن وقف العقد يوقف تنفيذ الالتزامات دون مساس بالعقد ، كذلك يحتسب الاقدمية على أساس المدة التي انتمى خلالها العامل إلى المشروع بناء على عقد العمل فالأساس هو عقد العمل وليس المدة الفعلية للعمل^(٤).

(١) 1942 .a. art2095, art 2094) . il lavoro subordinato المادة (١-٦٢٤) قانون

الموجبات اللبناني والمادة (١٠٠) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٢١

(٢) . د. هشام علي صادق ،دروس في قانون العمل اللبناني ،الدار الجامعية ،بيروت ١٩٨٢، ص ٢٠٨

(٣) Dr .true(t), Labour law ,Italia – 1998 –p 93 – no 177-179

(٤) Dr . Eduardo –Chera – Diorit del Labour – Bari – 2006 – p150.

ثالثاً: مباشرة العامل لعمله: يترتب على العامل تنفيذ التزامه الأساسي الذي تضمنه العقد فور انتهاء الاستحالة فهو حق وواجب في إن واحد بحيث يستطيع العامل إجبار صاحب العمل على إعادته للعمل على إن لا يكون قد استنفذ المدة الأقصى التي حددها المشروع لصاحب العمل لاستخدام حقه في إنهاء العقد حيث لصاحب العمل الخيار بالإبقاء على العقد أو إنهائه إذا اثبت حاجة العامل لمدة أكثر للشفاء^(١).

الفرع الثاني - تعويض العمال غير المشمولين بالضمان

رغم إن عقد العامل غير المشمول بالضمان الاجتماعي يعد موقفاً خلال فترة المرض المهني لا يتقاضى خلاله الفترة أجراً من صاحب العمل ، إلا إن المشرع العراقي قد نبهه إلى حالة إصابات العمل حيث يحال العامل غير المضمون إلى مؤسسة الضمان الاجتماعي :

أ- يعامل معاملة العامل المضمون ويحمل صاحب العمل مسؤولية التعويض، لتعود عليه دائرة الضمان بالتعويضات بالشكل الآتي :

- ١- ٥٠% من اجر العامل اليومي أو الشهري لمدة سنة واحدة إذا سبب الإصابة عجزاً جزئياً.
 - ٢- ١٠٠% من اجر العامل اليومي أو الشهري لمدة سنة واحدة إذا سبب الإصابة عجزاً كلياً^(٢)
- حيث يحصل العامل المصاب بالسرطان المهني وان لم تكن مضمونا نفس التعويض عن الإصابة أثناء العمل وسبب العمل تطابقهما في التعويض
- ب- إلا إن السؤال الذي يرد هو علاقة العمل الفعلية التي قرر ضبطها المشرع العراقي تعويضاً عن إصابة العمل لمن عمل دون السن المقررة^(٣)، واشتغل بعد بلوغه السن المقررة خلال مدة الحد الأقصى لظهور الأعراض وهي السنة عند صاحب العمل آخر وتكون من طبيعة الأعمال المسببة للأمراض السرطانية ، فعلى من تعود المسؤولية حيث إن العلاقة التي كانت العامل دون السن المقررة وصاحب العمل الأول بإطالة بينهما العلاقة مع صاحب العمل الثاني صحيحة.

(١) . المادة (٣٦ رابعاً وخامساً) قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ ويلاحظ إن المدة تزيد عن السنتين في الأمراض الخبيثة والمستعصية أما بالنسبة للقانون الايطالي فالمادة ٢١١٠ من القانون المدني الايطالي توفر فترة الوقف لتصل حد أقصى الستة أشهر وان تم استبدال إحكامها في بعض المشاريع بالاتفاق الجماعي ويلاحظ انه لا يمكن إنهاء عقد العامل وان كان بسبب المرض ليتجاوز مدة الستة أشهر دون إنذاره **art (2118) codicil civil**

(٢) . المادة (١١٢) قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ وبعد تعديل قانون الضمان الاجتماعي العراقي أصبح كل العمال المشمولين بالتعويض للضمان الاجتماعي تطبيقاً لأحكام المادة المذكورة قرار مجلس الرئاسة المعقد في تاريخ ١٩-٥-٢٠٠٧ وذلك حيث ألغي

نص المادة الثالث بنص القانون والغي قرار مجلس قيادة الثورة بتاريخ ٥-١٢-٢٠٠٠

(٣) . المادة ٩٥ قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

لاستكمالها الشروط القانونية وشروط العمر بالذات ونرى إن التحقيق الذي أجرته مؤسسة الضمان إذا أثبتت مسؤولية صاحب العمل الأول رغم بطلان العلاقة يبقى مسؤولاً طيلة الفترة بعد إنهاء العلاقة العقدية الباطلة لتحقيق أركان المسؤولية

ج- يبقى لدينا تساؤل أخير هو حالة العمال المتدربين تدريباً مهنيًا لغير دائرة التدريب المهني التي تكون مسؤولة عن دفع الاشتراكات عنهم وبإغفال المشرع العراقي أدراج المتدربين لغير هذه الجهة بإحكام الضمان الاجتماعي^(١)، ومواجهتهم حاله الإصابة بمرض السرطان المهني من جراء التدريب عند صاحب العمل من القطاع الخاص التعاوني أو المختلط فلن تثبت المسؤولية وإن كنا نرى وجوب الشمول بأحكام المادة (١١٢) من قانون العمل وإحالتهم للتعويض التزاماً بمسؤولية صاحب التعويض حيث إن المتدرب لا بد إن يؤدي عملاً وإن لم يكن يستحصل أجراً مقابلته أو إن يكون أجراً رمزياً فهو لم يقصد التبرع بل هدف إلى اتقان عمله مستفيداً من الممارسة وخبرة المحيطين ، إلا أنه لا بد إن يكون صاحب العمل قد استفاد من عمله اداءً وإن كان بشكل بسيط مما يستدعي تطبيق قاعدة (الغرم بالغنم) وإحالة العامل المصاب بالسرطان المهني إلى التقاعد والرجوع بالتعويضات على صاحب العمل .

الفرع الثالث - أحكام السلامة المهنية

العديد من العمال يموتون مبكراً بسبب الأمراض المهنية التي تصيبهم من جراء العمل من بيئة عمل صحية أو غير محسوبة المخاطر^(٢)، إن إدارة الصحة والسلامة المهنية في موقع العمل تواجه مشاكل وتعتبر في حال كان القانون المطبق غير حازم إزاء المخالفات التي تبدر من المسؤولين عن تطبيق أحكامه^(٣)، ولذلك تجري أغلب التشريعات حجراً معادلاً لقاعدة التوازن لتخفيف الالتزامات المادية على صاحب العمل^(٤)، عن طريق مساهمة الدولة في المصاريف المدفوعة لمثل هذه الحالة وإن تكون الالتزامات معتدلة إلى مبسطة إلا إن الإجراءات رادعة بإلحاقها بعقوبات تصل للحبس في بعض الأحيان .

أولاً : السلامة المهنية: إن خطورة الإصابة بالأمراض المهنية وفي قمتها مرض السرطان المهني تستدعي اتخاذ إجراءات وقائية تمنع أو تقلل عدد المصابين داخل مواقع العمل وهذه الإجراءات تختلف من موقع إلى

(١) . المادة ٢٨ قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل

(٢) ومع إن هذه الأمراض يمكن توقعها وتجنبها إلا أنها قد تحدث بسبب الفشل في برامج السلامة المهنية أو الإهمال المتعمد من طرف أصحاب الأعمال حماية الصحة والسلامة المهنية في العمل - solidarity center mid - east regional office

Amman، ٢٠٠٤، ص ١٣

(٣) ينذرع أصحاب الأعمال بحجة إن السلامة والصحة المهنية تأخذ حالاً ووقتاً كثيراً في العمل.

(٤) . المصدر السابق ص ١٥.

آخر حسب عدد العمال وطبيعة العمل وخطورة الإعداد المستخدمة في الإنتاج وتشترك التشريعات في أيراد التزامات على طرفي العلاقة الإنتاجية والمتمثلة في العامل وصاحب العمل.^(١)

١- صاحب العمل

إن البيئة السليمة تعود بمردود مادي جيد على صاحب العمل مما يعني استمراره في الالتزامات التي يربتها عليه القانون في حالة إصابة العامل بالأمراض المهنية ولذلك يمكن إدراج التزامات صاحب العمل بالآتي:-

١- توفير وسائل الوقاية الشخصية للعمال أثناء أداء العمل دون اقتضاء مقابل من العامل^(٢).
٢- إحاطة العمال علما بالمخاطر التي يواجهونها أثناء أداء العمل سواء بالأعلام الشخصي للعمال أم الكتابة في مكان واضح ظاهر .^(٣)

٣- تهيئة وتوفير محلات مناسبة لاستراحة العمال وتناول الطعام وتوفير المياه النقية^(٤).
٤- تنظيم خزن المواد الأولية المنتجة بصورة صحيحة والمحافظة على الأبنية ومرافق المشروع ونظافته وتوفير وسائل تصريف خاصة للتخلص من النفايات

٥- تشكيل لجان السلامة والصحة المهنية من القادرين وذوي الخبرة^(٥).
إجراء الفحص الطبي قبل تسليم العمل للعامل مع دورية الفحوصات بغية تحديد الإصابات إذا كانت من طبيعة الأعمال الخطرة، إن ما تقدم بطلب إن يقوم صاحب العمل باعتماد جهة طبية متخصصة أو إن يكون لديه في الموقع طبيباً أو ممرضاً مقيماً .

ب- العامل:

إن ما تقدم يقابلها التزام نراه اشد من قبل العامل فإن كان صاحب العمل يتخوف من المصاريف فإن العامل يلتزم بغية الحفاظ على حياته وصحته مما يستدعي التزامه بالشكل الذي أوجزه المشرع العراقي بالآتي:-^(١)

(١) - ((يعاقب بالغرامة لا تقل عن ٣٠٠٠ دينار ولا تزيد عن ١٠٠٠٠ دينار أو بالسجن مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على ستة

أشهر كل من خالف الأحكام المتعلقة باحتياطات العمل)) المادة (١١٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ .

(٢) - المادة ٦٤٧ موجبات لبناني المادة ٦٢ قانون عمل لبناني

(٣) art (9) act no 300 di 1979 & art (2087) codice civile

ويلاحظ إن لاياليا تاريخ سيء من إصابات العمل والأمراض المهنية مما استدعى إلى استصدار قانون ملزم عند انضمامها للاتي الأوربي يفرض عقوبات على صاحب العمل في حالة مخالفته لمسلسلة الإجراءات المطلوبة لحماية موقع العمل decree

626/1994/decree /242/1996

(٤) - المادة (١٠٧) قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٧٧

(٥) - المادة الخامسة من تعليمات الصحة والسلامة المهنية رقم (٢٢) لسنة ١٩٨٧ .

- ١-التقيد بالتعليمات الخاصة بالسلامة والصحة المعلنة في المشروع
- ٢-وجوب استعمال أجهزة الوقاية ووسائل الوقاية الشخصية المطلوبة بسبب طبيعة العمل .
- ٣-يحظر على العمال ممارسة أي عمل يتولد عنه إشعاعات ما لم يتم تهيئة وسائل الوقاية لذلك
- ٤-الالتزام بمواعيد الفحص الدوري وجميع التوجيهات التي يصدرها له طبيب المشروع أو الجهة المختصة^(٢) ويترتب على إخلال العامل بهذه الالتزامات جزاء مدني ، وذلك بتعويض صاحب العمل عن الأضرار التي تلحق بوسائل الوقاية^(٣) والجزاء الآخر هو الجزاء الانضباطي والتي قد تصل إلى حد عقوبة الفصل^(٤) إلا إننا نرى إن العقوبة الأشد في حاله ثبوت خطأ العامل في إجراءات التحقيقات التي تمر بها مؤسسة الضمان الاجتماعي مما يستدعي الرجوع عليه بالمصاريف التي تم دفعها له^(٥).
- ثانيا :التفتيش: يعد التفتيش إحدى الوسائل الهامة في تعيين أسباب الأمراض المهنية وتحديد وسائل الوقاية سواء كان دوريا أم متقطعا^(٦)، بغية التأكد من التزام طرفي العلاقة الإنتاجية بأداء التزاماتها المتقابلة في مجال الصحة والسلامة المهنية فان التشريعات الثلاثة (العراقي ، اللبناني ، الايطالي) قد أكدت على لجان التفتيش بتحديد مواطن العيوب في :-
- ١-موقع العمل فإذا كان مما يعرض حياة العمال إلى خطر الوفاة أو الإصابة يكون للجان التفتيش إغلاق مواقع العمل مؤقتا^(٧).
- ٢-أخذ عينات من المواد المنتجة أو التي تستخدم كمواول أولية للإنتاج والتأكد من كونها غير خطرة على حياة العمال مما يستدعي الاستعانة بالخبراء من الأطباء والكيميائيين والمحللين وما إلى ذلك^(٨)
- ٣-مدى التزام صاحب العمل بتوفير المعدات والعمال بالتزامهم باستخدامها^(٩)

-
- (١) في المشاريع التي يكون العمال معرضين فيها إلى البنزين الاروماتي أو المواد الحاوية عليه تطلب المشرع العراقي إجراءات مشددة باتخاذ إجراءات السلامة المهنية ومنع التسرب للأبخرة ناهيك عن حفظها بغية عدم تسريها والتشديد على المواد التي يستعمل فيها المواد المشعة وفقا لأحكام القوانين المتخصصة ، و تنص تعليمات الصحة والسلامة المهنية رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٧ على إمكانية استبدال المواد الخطرة على صحة العمال مما يتوقع تسببها بالأمراض بمواول أخرى إذا كان بالإمكان ذلك.
 - (٢) المادة السادسة تعليمات الصحة والسلامة المهنية رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٧
 - (٣) د.عدنان العابد ، د.يوسف الياس ، قانون العمل ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٩٠ ، ص ٢٨٣ .
 - (٤) المادة ١٢٧ قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ .
 - (٥) د.عدنان العابد ، د.يوسف الياس ، قانون الضمان الاجتماعي ، الطبعة الثانية ، المنقحة ، ١٩٨٨ ، ص ١٥٢ .
 - (٦) د.حكمت جميل ، السلامة المهنية ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .
 - (٧) المادة ٦٣ قانون العمل اللبناني.
 - (٨) المادة (١١٧) قانون العمل العراقي والمواد (١٠٧) و(١٠٨) قانون العمل اللبناني.
 - (٩) يلاحظ ان قانون العمل الايطالي قد ألزم الفرق التفتيشية بتشكيلة يضاف إليها عمال من المقاطعات اضافة الى اعضاء في القاطع الطبي يكون لهذه الفرق التفتيشية صلاحيات الشرطة القضائية 59/1997 act.

إن سلطات مفتش العمل والتي قد تصل إلى حد من خطورة الموقع على الصحة العامة للمجتمع أو عدد العمال فتكون الوثائق بمثابة أدلة قابلة للطعن بها وإثبات العكس بغيرها من الأدلة تتطلب إجراءات أولية بتوجيه محاضر مكتوبة مسببة وموقعة ومحددة التاريخ ناهيك عن تحديد المخالفة ومواقع الخلل في المشاريع والفترة التي يجب على صاحب العمل فيها إزالته المخالفة فإن لم يزلها فيمكن إحالته إلى الجهات المختصة^(١)

المطلب الثاني - الحماية القانونية للعمال المصابين بالسرطان المهني ضمن إطار قواعد الضمان الاجتماعي

إن خطر السرطان المهني لا يقتصر على الأفراد الذين يتعاملون مع المواد السرطانية وإنما يتعداهم ويصيب عائلاتهم والأفراد الساكنين بالأماكن المجاورة لاماكن العمل التي تعرض بيئة المجتمع ككل للتلوث بالمواد السرطانية^(٢) فإذا كانت القواعد القانونية تتبع وتشمل كل المصابين اتسعت الحماية القانونية لقواعد الضمان وإن كانت قواعد الحماية تقتصر على العمال التابعين تمثل بها المحكومين بقواعد قانون العمل كما في دول البحث الثلاثة .

الفرع الأول - التعويض الاجتماعي والنقدي ومداه

إن التعويض الذي يثبت الحق منه اجتماعيا والذي يتمثل بالاداءات النقدية^(٣) يتحدد بالآثار السلبية المادية للإصابة وبالتحديد بانعكاساتها السلبية على الدخل حيث يكون مقدار دخل العامل معتمدا على قدراته على الكسب والقدرة على الكسب تتضرر بالإصابة بالمرض المهني مما يدعي ربط المشرع عموما قيمة التعويض وحاله عدم الكسب ودرجة الجسامه تطبيقا لمبدأ التضامن الاجتماعي^(٤)

أولاً : تعويض المرض المهني : سنعرض تعويضات المرض المهني في دول البحث المقارن كل على حدة:

أ - العراق

حيث يكون عقد العامل موقوفاً من تاريخ إصابته وحتى شفائه أو ثبوت عجزه من السرطان المهني ، أي إن صاحب العمل لا يدفع أجراً ، فيما خلا في يوم الإصابة (الشك بالإصابة بالسرطان المهني) مما يعني

(١) المادة ٦٣ قانون العمل اللبناني.

(٢) د. حكمت جميل ، السلامة المهنية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ ونشير إلى إن العراق قد وقع مع الاتفاقية الدولية رقم (١٣٩)

لعام ١٩٧٤ الصادرة عن مكتب العمل الدول حول اتخاذ الاحتياطات الكفيلة لوقاية العاملين من الإصابة بالسرطان المهني من طريف أساليب الوقاية المناسبة واشترطت أيضا العمل على استبدال المواد المتسرطنة بمواد أقل خطورة وأذى

(٣) . اضافة إلى الإداءات العينية

(٤) سمير الاودن ، التعويضات عن إصابة العمل في مصر والدول العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ٢٠٠٤ - ص ٢٥٩

إحالاته للجنة الطبية المختصة فيدفع له صاحب العمل كامل أجره وعن الأيام التي يتأخر فيها إيصاله إلى المركز الطبي المعتمد^(١)

مما يستتبع قيام مؤسسة الضمان الاجتماعي في حال ثبوت إصابة العامل بالسرطان وفقدان القدرة المؤقتة على العمل أي الكسب دفع تعويض إجازة إصابة طوال فترة معالجته يساوي كامل أجره الذي دفع عنه الاشتراك الأخير^(٢).

ب- لبنان

بموجب المادة (١/٣٤) من قانون الضمان الاجتماعي^٣، يحق للعامل المضمون الذي يصاب بالمرض المهني فيعجز عن العمل مؤقتاً إن يتقاضى تعويضاً عن الأجر بمقدار ثلاثة أرباع متوسط الأجر اليومي إذا كان قد ادخل المستشفى ونصف الأجر المتوسط الأجر اليومي لسنة العمل الأخيرة^(٤) ويستحق العامل هذا التعويض من اليوم الحادي عشر لتاريخ التوقف عن العمل فيكون صاحب العمل ملزماً بدفع كامل الأجر خلال الأيام العشرة الأولى ويجب التعويض عن كامل الإجراء إذا كانت مضافة إليه مستحقات أو ملحقات كالإكراميات^(٥).

ج- إيطاليا^(٦)

إن التعويض في القانون الإيطالي يفترق فيما إذا العجز مؤقتاً عن العجز الكلي في حالة إصابة العامل بمرض مهني ، وهو يشمل العامل المصاب إن لم يتم بدفع أية اشتراكات للضمان الاجتماعي . حيث يتم دفع أقصى حد لتعويضات الضمان ويستمر حق العامل بالمطالبة لمدة تقادم لا تتجاوز الثلاث سنوات ، وتعد التعويضات عن المرض المهني أقصى حد للتعويضات التي يمكن بالاتفاقات الجماعية زيادتها ولكن لا يمكن دمجها مع تعويضات أخرى كالولادة أو المرض العادي عدا تعويض الشيخوخة ، مع ملاحظة استمرار صاحب العمل بدفع اجر العامل لثلاث أيام حتى عد العامل مصاباً بالمرض المهني حيث في اليوم الرابع يستحق العامل دفع تعويضات الضمان ويتم حسابها بالشكل الآتي:-

١- ٦٠% من متوسط اجر العامل للاثني عشر شهراً الأخيرة كتعويض للأشهر الثلاث الأولى .

(١) المادة (٥٤) قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) المادة (٥٦) قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

وقد ألزمت المادة (٣١) من ذات القانون عمل أصحاب العمل دفع اشتراكات عمالهم في الضمان الاجتماعي على انه لا يجوز لهم الرجوع على العمل بما دفع من حصتهم من الاشتراكات وفقاً لأحكام القانون مع ملاحظة إن فترات الانقطاع هذه بمثابة خدمة مضمونة.

(٣) هذه المادة عدلت بموجب المرسوم رقم ١١٦ بتاريخ ١٩٧٧/٦/٣٠.

(٤) أما إذا عمل أقل من سنة فيجب المتوسط على أساس مدة العمل ، حسين عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ٥٩٢.

(٥) المادة ٦٨ قانون الضمان اللبناني ، على أن يكون هناك حد أقصى للدفع لا يزيد عن ٣٠٠٠٠ ألف ليرة سنوياً.

(٦) ١٤٥-١٤٤ no . 94-93 , p optic . Dr . Simonetta Renga .

٢-٧٥% من متوسط الأجر للاثني عشر شهرا كتعويض عن الأشهر الثلاثة الأخيرة.

ثانيا : التزامات إدارات الضمان المضافة:

إن فترة العلاج والاستشفاء والتي تناولناها في الإشارة إلى دول البحث ينتج عنها أما شفاء المريض بشكل كلي وعودته إلى عمله أو إن يكون العامل قد لحقت به إصابة بالعجز أو إن لا يكون العلاج قد أدى إلى نتيجة صحيحة مما أدى إلى الوفاة .

أ- العراق

لقد قسم المشرع العراقي الحالات المذكورة أعلاه إلى استحقاقات مقسمة بالشكل الآتي:-

١-العجز : بالرجوع إلى الجهات الطبية المتخصصة والتي تقدر درجة فقدان قدرة العامل على العمل بعد الاستشفاء أو نقصان هذه القدرة فيقدر على أساسها التعويض وتقاس درجة العجز بين (٣٥%-٩٩%) ولذلك يكون التعويض للعجز الناجم عن السرطان المهني بثلاثة أصناف .

الصنف الأول-المكافأة التعويضية: في حالة ما إذا انشأ عن الإصابة عجز تقل درجته عن ٣٥% مما يعني استحقاق العامل لمكافأة تعويضية تمنح دفعة واحدة على أساس الرصيد الناجم عن نسبة عمرة الجزئي متضررا به بمبلغ إجمالي يساوي راتب تقاعد الإصابة الكامل عن أربع سنوات^(١). مع ملاحظة إن العامل يفترض انه يعاد إلى عمله بنسبة الأجر الذي أوقف العمل على أساس المرض فيه فلا تؤثر الإصابة بموقعه في المشروع.

الصنف الثاني : تقاعد العجز الجزئي : إذا نجم عن الاستغناء من الإصابة بمرض مهني ، عجز جزئي مستدام مما يضعف قدرته على أداء العمل بصورة دائمة ، فيتراوح بين ٣٥ إلى ٩٩% فيستحق عنها التقاعد عجزا جزئيا مع ملاحظة المراجع الطبية لتقرير انخفاض العجز واستحقاق التقاعد وفق الفحص الجديد .

إن عودة العامل بعد ثبوت عجزه الجزئي لعمله لا يشكل مشكلة في حساب اجره الجديد حيث المحسوب هنا هو نقصان القدرة على العمل الذي كان يؤديه قبل الإصابة مما يعني إنقاص أجرة تقدر ما يستحقه من تعويض ضمان اجتماعي للعجز الجزئي ، ولكن المشكلة تثار في التطبيق لقانون العمل والضمان الاجتماعي والموائمة بينها ، ففي حين يقدر المشرع العراقي في قانون الضمان الاجتماعي في درجة العجز

(١) . المادة (٥٦) قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١. وقاعدة التعويض في مكافأة التعويضية هي:

متوسط اجر العامل لسنة العمل الاخيرة × النسبة الثابتة للتعويض (٨٠%) × درجة العجز × ٨ شهر (اربع سنوات)،

يلاحظ قرار الهيئة القضائية الثانية في الاضبارة المرقمة ٣٢ عليا ١٩٧٣ بالنص (إذا لم تلحق الإصابة بالمضمون عطلا فلا يستحق

العامل المكافأة التعويضية) قضاء محكمة العمل العليا المجلد الثالث قرارات ١٩٧٤ مؤسسة الثقافة العالمية / بغداد ١٧٩/ ص ٢١٩

الجزئي بين ٣٥% إلى ٩٥%^(١)، إلا فان يعود للبعض حق إنهاء عقد العمل لصاحب العمل في حال ثبوت عجز العامل بنسبة ٧٥%^(٢)، مما يتبع عدم قدرة العامل للعودة إلى عمله بعد مرور السنتين من الاستشفاء للأمراض المستعصية الخبيثة وثبوت نقصان قدرته لأكثر من ٧٥% مما يتطلب إزالة التعارض بين النصين النافذين .

الصنف الثالث : تقاعد العجز الكلي : وهو العجز الذي يحول كليه وبصفة مستديمة بين العامل ومزاولة أي مهنة أخرى يكسب منها معيشته وتقدر بنسبة ١٠٠%^(٣)، ويحول هذا النوع من التقاعد إلى الورثة في حالة وفاته بخلاف التقاعد عن العجز الجزئي حيث يحول إلى ورثته تعويضا يساوي راتب تقاعد إصابة جزئية لأربع سنوات في حالة عدم استحقاق الخلف لتقاعد الوفاة^(٤) .

٢-تقاعد الوفاة^(٥) إذا أدت الإصابة بالمرض المهني إلى وفاة العامل فان عياله يحصلون راتب تقاعد الإصابة بالكامل والذي يمثل ٨٠% من متوسط اجر العامل المتوفي في سنة عمله الأخيرة أو خلال عمله إن كان اقل من السنة^(٦)

٣-التقاعد في حاله تكرار الإصابة يراعى في حاله إصابة العامل بالمرض المهني سواء كان ذاته (أيضا سرطان مهني) أو مرض مهني آخر يعيقه عن العمل والقواعد الآتية :
أ-إذا جمعت نسبة الإصابة الأولى والثانية وكلاهما كانت اقل من ٣٥% يمنح مكافأة نقدية على أساس نسبة عجزه

ب-إذا أضيفت الإصابة الجديدة إلى القديمة وقد بلغتا ٣٥% فيستحق راتب تقاعد عجز جزئي مع عدم الرجوع إلى ما تقاضاه مسبقا من مكافئة تعويضية^(٧).

ج-إذا أضيفت الإصابة الجديدة عجزا يصل لأكثر من ٩٩% فيكون العامل عاجز كليا مما يعني استحقاقه لراتب تقاعد كلي.

(١) المادة (٥٦) قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ ، والقاعدة في التعويض هي متوسط الأجر لسنة العمل لسنة العمل الأخيرة × النسبة الثابتة ٨٠% × درجة العجز.

(٢) . المادة ٣٦ خامسا قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ النافذ .

(٣) د.عدنان العابد و د. يوسف الياس ، الضمان الاجتماعي ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

(٤) المادة (٦٠) قانون التقاعد الضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ .

(٥) المادة (١١٥٦) قانون التقاعد الضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ .

(٦) أوليات في قانون التقاعد العام الاجتماعي للعمال تأليف (يوسف الياس ، خلف سلمان واخرون)، الطبعة الأولى ، دار الحرية بغداد ١٩٧٣ ، ص ١٠٤ .

والخلف يقسمون إلى فئة (أ) وهم (الزوج أو الزوجة والأولاد) أما الفئة (ب) فهم (الأب والأم والأخوة والأخوات).

(٧) المادة (٥٧) قانون التقاعد الضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ .

ب-لبنان

لقد أدرجت المادة ٣٥ المعدلة من قانون الضمان اللبناني ثلاث حالات للعجز الدائم وتتمثل الحالات بالاتي :

١-العجز الكلي : حيث يحق للمضمون الذي يصاب بمرض مهني وينتج عنه عجز دائم كلي إن يتقاضى تعويض لمدى الحياة تساوي قيمته ثلثي كسبه السنوي^(١).

٢- العجز الجزئي: إذا اثبت إصابة العامل بعجز مهني بعد المراقبة الطبية في صندوق التقاعد بنسبة ٣٠% على الأقل فإنه يستحق التقاعد مدى الحياة^(٢).

٣-العجز الجزئي الذي يقل عن ٣٠% يسدد لمرة واحدة تعويض عجز جزئي يقل عن ٣٠% من العجز الكلي ويكون معادلا لقيمة ثلاثة أقساط سنوية من تعويض العجز الجزئي الذي يستحق له لو إن مثل هذا التعويض الذي كان متوجبا عن درجة العجز.

٤-تعويض إضافي جاء المشرع اللبناني بحكم إنساني حيث أضاف تعويضا إضافيا يحدد مقداره في النظام الداخلي لصندوق الضمان إذا احتاج المصاب العاجز دائما بعد الشفاء من المرض إلى مراعاة ومساعدة من شخص آخر وهو ما لم نجده في المقارن الآخرين من القوانين.

يلاحظ إن المشرع اللبناني قد جاء بالإحكام الخاصة بالحدود لدفع التعويضات في الحالات الآتية:-

أ-إن التعويض لا يستحق لمجرد ظهور المرض بل لا بد من التثبت من العجز بعد المعالجة التي لا يجوز إن تستمر لأكثر من سنتين حيث يستحق من الشهر الذي يليه^(٣).

ب-يعاد النظر من التعويض العجز أما عفويا أو بناء على طلب صاحب العلاقة فان تغييره الحالة تحسنا أو ساءت فيتغير التعويض حسب تطور الحالة^(٤).

ج-إذا أصيب المستفيد من التعويض بمرض مهني أو إصابة عمل خلفت عجزا جديدا فيصار إلى تحديد مقدار التعويض من جديد بعد الأخذ بعين الاعتبار مجموع الإصابات الحاصلة^(٥).

د-إذا كان كسب المضمون من تعويض العجز عند حصول المرض المهني الجديد قد زاد عن كسبه السنوي المعتمد على حساب التعويض للإصابة الأولى فإنه يجب التعويض على أساس الكسب الأعلى^(٦).

(١) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص ٦٠.

(٢) المادة (٣٥-٢) قانون الضمان الاجتماعي .

(٣) . المادة (٣٥-٧) قانون الضمان

(٤) . المدة (٣٦-١) قانون الضمان المعدلة

(٥) . المادة (٣٦-٢) قانون الضمان المعدلة

(٦) . المادة (٣٧) قانون الضمان

هـ-يوقف صرف تعويض الضمان الاجتماعي أو ينقص مقداره إذا اثبت رفض العامل العاجز الخضوع للفحوص الطبية أو تواجده خارج البلاد أو تنفيذه عقوبة ممانعة للحرية.

و-يحدد الأولوية في التعويض عن العامل المتوفي للورثة وفقا للترتيب بحسب نسب يحددها القانون^(١)
ي-إن مدة التقادم في الحقوق الناشئة عن العجز سنتان اعتبارا من تاريخ استحقاقها على إن لا تدفع لأكثر من ستة أشهر منتظرا التعويض^(٢).

ج-إيطاليا

في معرض الإصابة بعجز دائم فان المضمون لا يستطيع الاستفادة من التعويض عن العجز عن العمل أو نقصان القدرة للكسب من جهة ومن جهة أخرى الضعف الجسدي (الإحيائي)^(٣)
قبل إصدار المرسوم رقم(٣٨) لسنة ٢٠٠٠ فان المصاب بالعجز الكلي أو الجزئي يدفع له حسب نقصان القدرة على أداء أي نوع من الأعمال حيث يحسب التعويض على أساس نسبة العجز مضروبا في مقدار أجره، إلا إن التطور الحاصل بإصدار المرسوم المذكور أعلاه قد أضافت حق العامل المضمون في المطالبة بالتعويض عن العجز الجزئي إذا كانت قد تختلف لديه إصابة بعجز أحيائي يصل إلى ٦٠%.
يلاحظ إن العجز الذي يدفع على أساس التعويضات في حالة نقصان القدرة على أداء العمل بالشكل الآتي:-
١-مبلغ تعويض يدفع لمرة واحدة اذا كانت نسبة عجز العامل قد قدرت من قبل الجهات الطبية بمقدار اقل من ١٦%

٢-تعويض حساب شهري إذا كان حساب العجز المختلف لدى العامل ١٦% فأكثر مع تقدير صعوبة إعادة تطوير قدرات العامل من جديد ولذلك يفضل الحفاظ على عمله السابق إنقاص أجره بمقدار التعويض ويعاد النظر بها سنويا.

يلاحظ إن يعاد النظر في مقدار التعويض عن الأمراض المهنية بعد مالا يقل عن الخمسة عشر سنة ليعاد تقدير ضعفا أو تحسب قدرة العامل على أداء العمل وتطويع التعويض على أساسها.

٣-تقاعد التحرك وتشمل :-

أ-تقاعد المعيشة: ويلاحظ انه في حالة العجز الكلي فانه يدفع للعامل تعويضا مقدار كامل أجرة بغية الاستمرار في معيشة طبيعية.

(١) . المادة(٤٠)قانون الضمان الاجتماعي

(٢) . المادة(٥٦)قانون الضمان الاجتماعي

ب-بطالة المرض المهني : فإذا اجبر العامل على ترك عمله لسبب يرتبط بالمرض المهني يقل عن ٨٠% يدفع له تعويض يساعده على المعيشة لحين الحصول على عمل.

١- يعوض ورثة المتوفي مقدار قيمة كامل أجره عن متوسط أجره السنوي إذا كانوا من أولاده الذكور والإناث، أما إذا كانوا المستحقين من غير هؤلاء كالإباء والأخوة والأخوات فإنه يدفع لهم بمقدار ٦٠% من قيمة اجور المتوفي السنوي.

ثانياً: تحديد مسؤولية العامل عن الإصابة بالسرطان :

تحدد اغلب التشريعات التزامات تكاد تكون محددة^(١)، وذلك بنصوص مختصة تحدد ضمن إطار خبرة العامل وكفائته^(٢)، حيث تلعب درجة المعرفة الفنية دوراً هاماً في تقدير مسلكه نظراً لأن درجة التخصص من شأنها أن تؤثر على مدى المستوى الفني الذي يحققه العامل المتخصص فإن ارتفاع درجة التخصص يوجب عليه أن يبذل من العناية والتبصر في تنفيذ التزامه القدر الذي يتوافق مع مستواه الفني^(٣) بحيث يقاس مسلكه بنفس مسلك من هم بنفس الأعمال بذات المستوى الفني ناهيك عما تدرجه العادات والأعراف المهنية، وهي غالباً ما تكون معروفة عند صاحب العمل على أساس ماله من قدرة على اختبار العامل قبل تشغيله، وحيث عرضنا حقوق العامل المترتبة عن إصابته بالسرطان المهني، فيبقى مدى هذه الحقوق مع وجود أخطاء للعامل.

١- التحقيق لتحديد المسؤولية :

إن الإجراء الذي يتم هو الإبلاغ عن احتمال إصابة العامل بعوارض مرض ويحدد بالسرطان إن كان لدى المشروع من خدمات طبية لتحديد كوجود طبيب أو إبلاغ مؤسسة الضمان الاجتماعي المتخصصة بمرض العامل لغرض عرضه على الجهات الطبية لتحديد ما في حين تحمل صاحب العمل مسؤوليته التأخير عن الإبلاغ بالإصابة في القانونين العراقي واللبناني^(٤) ، فقد ألزم المشرع الايطالي بالإعلام عن الإصابة سواء من

(١) أورده المشرع اللبناني في المادة (٦٣٩) قانون الموجبات اللبناني وأورده المشرع العراقي المادة (٣٥) بشكل محظورات وفي المادة (١٢٣) والمادة (١٢٤) بتخصيص عدد من الالتزامات المتعلقة بكيفية أداء العمل ، إلا إن ما بهما هو نص المادة (١٠٩) بالنص على العامل إن يتقيد بالأوامر والتعليمات المتعلقة باحتياجات العمل والسلامة المهنية وعليه إن يستعمل وسائل الوقاية التي بعهدته وإن يعنى بها قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

(٢) نص القانون الايطالي بالأساس التزامات العامل بنص عام في المادة (٢١٠٤-١) قانون المدني الايطالي على أنه يقوم العامل بأداء العمل بالعناية والرعاية المطلوبة لأداء العمل والقانون هنا يفرق بين العناية السابقة لأداء العمل والعناية المطلوبة لتنفيذ العمل حسب توجيهات الأوامر الصادرة إليه من إدارة العمل إلا إنهما ينتميان للمبدأ ذاته (التبعية القانونية).

(٣) يتمثل ذلك بالاستمرار لدفع اجر العامل (المادة ٥٤) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعراقي ولكن فعلت المادة (٣٤) -

(١) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني المعدلة

(٤) لتخرج نتيجة التحقيق بمدة لا تتجاوز الثلاثين يوم) Dr. Simontta renga , op.cit p 97. No152

العامل شخصياً أو من يمثله خلال مدة لا تتجاوز الخمس عشرة يوماً^(١) لتبدأ الاتصالات بين مؤسسة الضمان الاجتماعي الوطنية الصناعية وبين صاحب العمل بغية التحقق من معرفة الأسباب المؤدية لذلك من جهة ولتحديد مستوى الإصابة وفقدان القدرة ومقدارها عن أداء العمل^(٢)

وتبعا للتحقيقات التي تجريها اللجان المختصة في مؤسسات الضمان الاجتماعي^(٣)، فإنه تحال المسؤولية على جهة محددة لاصابة العامل بالمرض المهني المحدد^(٤) وحيث هنا يكون حق العامل المصاب رهن الخسارة اقتضى الأمر بحث نوع الحق الذي يزال درجة الخطأ المرتكب.

١- الحق الذي يخسره العامل: فان ثبت مسؤولية العامل عن الإصابة بالمرض المهني في تصرفاته فإنه يفقد حقه في التعويض أو المكافأة^(٥)، ويمكن إن تعود عليه مؤسسة الضمان الاجتماعي بالتعويضات النقدية التي تولت دفعها مسبقاً^(٦)، إذا قررت الإدارة اقتضاء الأمر ذلك^(٧)، وبذلك لا تتسحب إلى الرعاية الصحية والعلاج ناهيك عن عدم امتدادها للتقاعد^(٨).

٢- الفعل المؤدي إلى مقدار الحق بالتعويض : ان الفعل الذي يؤدي إلى خسارة الحق في التعويض يفترض به أما إن يكون (عمداً) أي قصد العامل ان يصاب بهذا المرض الخطير أو ان يكون قد حدثت إصابته بمرض السرطان المهني من جراء (سوء السلوك الفاحش) لا بمعنى ان يكون قد ارتكب فعل جسيم مثير

(١) انظر في القرار الإيطالي 18342 n 5th march 2004 , se2111 penal cassation

والذي يحمل المسؤولية الجنائية لمن تقع عليه مسؤولية الإصابة أياً كان وخاصة في مجال طرق تعليمات السلامة المهنية وانظر بالقرار العراقي للهيئة القضائية الثانية رقم ١٨٤/عليا ثابتة/١٩٧٣ (التفتيش إجراء تقوم به سلطة مختصة بحثاً عن دليل لإثبات وقوع مخالفة معينه أو لإثبات حاله قائمة تسند عند إثباته لهما أو كشفه للمخالفة على الادله المادية والقولية) قضاء محكمة العمل العليا ، المجلد الثالث ١٩٧٤ ، مؤسسة الثقافة ، العالمية - بغداد ١٩٧٩ ص ٢٣ وما بعدها

(٢) المادة (٥٤) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي والمادة (٣٤-٥) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني وانظر القرار العراقي رقم ٢١٧/عليا/١٩٧٣ ((لا يجوز الطعن بقرارات اللجان الطبية إذا صدرت بالاجماع أمام اللجنة الطبية العليا من قبل المدير العام وللمتضرر من القرار الحق في الطعن فيه أمام المحكمة خلال ٧ أيام من التبليغ)).

(٣) فان ثبتت مسؤولية الغير أو صاحب العمل فإنه يعود عليه دائرة الضمان بكل المصاريف التي تولت دفعها لعلاج العامل ، المادة

(٦٢) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعامل رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل والمادة (٦٢) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني

(٤) . المادة (٥٧) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٥) . المادة (٥/٣٤) قانون الضمان الاجتماعي معطوفة على المادة ٢٥ منه.

(٦) . حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص ٥٩٧ وانظر بقرار محكمة اللبنانية ذكرها المصدر بهذا الخصوص م.ع.ت.

بيروت رقم ٣٢٦ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٧.

(٧) . انظر بالقرار اللبناني م.ع.ت. رقم ١٦٠ بتاريخ ١٩٩٤/٧/٤ قضايا العمل ١٩٩٢-١٩٩٤ ص ١٤٦ وذكرها حسين عبد

اللطيف حمدان ، مصدر سابق، ص ٦٣٩ - ٦٤٠.

(٨) . د. محمد حلمي مراد ، قانون العمل التأمينات الاجتماعية ، مصر ، لا تاريخ ، ص ٦٣٠.

للاستتكار^(١)، فسوء السلوك العادي لا يكفي لحرمان العامل من التعويضات بل يفترض به إن يبرر اللوم الشديد لفاعله^(٢)، تبعا لذلك فإن العامل المصاب يفقد حقه في القوانين المقارنة إذا أثبتت اللجنة وجود فعل يعد من قبل الفعل المحاسب عليه جنائيا^(٣)، أما في القانون اللبناني فإن العامل يفقد حقه في الحالات الآتية: أ-إذا حاول الحصول أو حصل على حق ليس له بالغش. ب-إن يعد الفعل الذي أدى إلى إصابته بالمرض بمثابة جنائية أو جنحة إن يكون قد ارتكب خطأ مقصودا للاستفادة من التقدّمات^(٤).

أما في العراق فإنه يفقد حقه في الحالتين الآتيتين^(٥).

- ١- تعتمد العامل إصابة نفسه وهو غالبا ما يكون بغية الاستفادة من التعويضات ومن الوقت للعقد.
- ٢- حصول الإصابة بسبب سوء السلوك الفاحش وعلى إن يكون هذا الفعل مقصودا من جانب العامل^(٦)، فهنا لا يكفي إن يكون الفعل مستهجنا من الغير بل يفترض إن العامل قد أراد وأورد المشرع العراقي أمثلة على ذلك مما يستدعي إمكانية إضافة حالات أخرى لأن ما ورد ليس سبيل الحصر مثل المخالفة الصريحة والمتعمدة لأنظمة وتعليمات العمل كرفض العامل ارتداء الملابس الواقية رغم تنبيهه إلى خطورة طبيعة العمل أو رفض تطبيق أوامر صاحب العمل وإن يقوم بنزع الملابس الواقية أثناء التعامل مع المواد كمثل على سوء السلوك الفاحش^(٧)، وإن يكون قد لحقه الضرر وهو يحاول الإقرار بالغير ودون مبرر^(٨).

الفرع الثاني - الرعاية الطبية والتعويض الاجتماعي العيني

- (١) . د. علي العريف ، شرح قانون التأمينات ، الجزء الثالث ، مصر ، ص ٩١ .
- (٢) . 4133 , no 18th February , 1998 , se2 , 111 , penal cassation حيث يحدد بمختلف الأساليب التقنية الحديثة مسؤولية أي من الأطراف قيد العلاقة للبدء بتحديد مدى الخطورة في المشروع . Dr . simonetta renga , op, cit . p97 . no 153 .
- (٣) . المادة (٥/٣٤) معطوفة على المادة ٢٥ قانون الضمان الاجتماعي اللبناني .
- (٤) . المادة (٥١٣٤) معطوفة على المادة (٢٥) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني .
- (٥) ((إذا نتجت الإصابة عن خطأ غير مقصود إلزم المتسبب بالتعويض الذي تقررته المحكمة للمؤسسة في ضوء القوانين العامة)) للهيئة القضائية الثالثة / اضبارة ٥١٩/عليا / ١٩٧٣ ص ٢١٧
- (٦) . المادة (٥٧) قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١
- (٧) تطبيقات في قانون الضمان الاجتماعي ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ ، ناهيك عن التواجد في موقع العمل في المشروع تحت تأثير المخدر أو الخمر أثناء وقت العمل وهي حالات لا يستطيع فيها العامل إن يتخذ قرارات صحيحة مما يستدعي خطورة تصرف كل بيئة العمل وعلى نفسه والغير من زملائه.
- (٨) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الخطأ الجسيم للعامل واثره على الحقوق الواردة في قانون العمل ، ١٩٨٨ ، ص ٦٨ .

ليس من السهل تحديد الرعاية الطبية التي تقدمها الجهات المختصة كتعويض اجتماعي عينا لمرض بإصابة مهنية خطيرة، إلا انه يمكن الإشارة إلى مراحل التزام المؤسسات في دول البحث المقارن في أحوال الإصابة بمرض مهني عموماً.

أولاً: الخدمة الطبية العلاجية : في معرض الإصابة بالسرطان المهني تبدأ مراحل علاج المصاب به عند التشخيص المريض طيلة فترة العجز المؤقت عن أداء العمل^(١)، مما يتضمن ذلك من:

أ- معاينة سريريه سواء كان في المستشفى أو في المنزل^(٢)، ويعني ذلك تطلب عرض المريض على الأخصائيين في المرض المذكور.

ب- التحاليل الإحيائية والبيولوجية أو العرض على المتخصص الإشعاعي^(٣)، ويتطور العلم ظهرت أنواع أخرى من الفحص كالرنين المغناطيسي والفحص المقطعي نرى إن ذلك يشمل في التعويضات العينية.

ج- العمليات الجراحية التي تستدعي حالة المريض^(٤)، سواء كانت لمرحلة واحدة أو أكثر لخطورة المرض وإمكانية انتشاره لأكثر من موقع في الجسم قبيل اكتشافه.

د- التدوي والعلاج الذي تتطلبه كل العمليات بعد إجرائها مما يقتضي أما إعطاء العامل المريض مواعيدا للمراجعة أو الإبقاء عليه في المستشفى لغرض التدوي^(٥).

هـ- زراعة الانسجة التي تتطلبها المهام العلاجية لمرضى السرطان لتحديد مدى نوعه (ورم حميد أم خبيث) ودرجة تقدمه في جسد المريض (الانتشار) مما يقتضي وجود التعارف من مؤسسات الضمان الاجتماعي والمختبرات المتقدمة في مجال التحليل تقنياً.

ثانياً: الخدمة الطبية الاستكمالية^(٦) : تتولى الجهات الطبية المختصة النصح بضرورة إن تكون هناك خدمة طبية استكمالية من دعمها وعموماً تلتزم دول البحث بذلك وحيث إن غالباً ما يعالج مرضى السرطان المهني بالاستئصال (عدا مرض اللوكيميا) فانه تتبعها الخدمة الطبية التالية :-

١- العلاج الطبيعي: وتقدمها جهات طبية مهمتها إعادة العضو المتضرر إلى العمل.

(١) Dr . Simonetta Renga. Optic . p 93 . no(١)

(٢) د. عدنان العابد و يوسف الياس ، الضمان الاجتماعي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨.

(٣) المادة (١/٤٥) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ مع ملاحظة انه في حالة عدم إمكانية علاج المريض داخل العراق إرساله للعلاج في المستشفيات خارج البلد .

(٤) د . حكمت جميل ، السلامة المهنية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ .

٥ (يلاحظ انه في حالة رفض المؤسسات الصحية لعلاج العمال المصابين بالامراض المهنية وإن كانت دون سبب معقول ، تقوم

مؤسسة الضمان الاجتماعي بدفع التعويضات عن ذلك . Dr .simonetta renga ,op.cit.p.93 . no.1

وقد كان القانون الملغي للرعاية الصحية للعمال يلزم بعلاج العمال في كل الاحوال ودون امكانية للرفض بغية حماية كرامة وحرية المريض ،مادة (١) قانون رقم (٨٣٣) لسنة ١٩٧٨ . act(1)no833 of 1978

(٦) . المادة (١) قانون رقم (٣٣) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني.

٢- الأطراف الصناعية والعمليات التجميلية: فقد تقتضي حالة المريض إن تستبدل إحدى أطرافه بأخرى صناعية أو إن يساعد العامل الذي أدت العملية الجراحية أو السرطان إلى تشوه في جسده مما يستدعي مساعدته للاندماج في المجتمع ومحاولة إعادته للعمل أو قد تكون من مستلزمات العودة الطبيعية للحياة، كعمليات التجميل للأنف أو الترقيع^(١).

٣- العلاج الاستكمالي: غالبا ما يستكمل علاج مرض السرطان بالتعرض للأشعة بغية تحجيم الورم أو منعه من الظهور، ويلاحظ إن العلاج بالأشعة أو العلاج الكيماوي قد يكون أساسيا وليس استكماليا أي إن نوع السرطان الذي يصاب به العامل إزالته جراحيا بل يستخدم معه أسلوب العلاج بجلسات تمتد بين فترات متوالية كسرطان الدم والغدد اللمفاوية أو إن يكون فرضه قد وصل مرحلة متقدمة مع ملاحظة إن علاج هؤلاء يتطلب إضافة جرعات من الدم^(٢).

٤- الأدوية الطبية التي يقتضي توافرها من الجهات الطبية والتي تستدعي حاله المصاب تناولها كالمضادات الحيوية الحق وليات وما إلى ذلك^(٣).

ثالثا: حدود التعويض الاجتماعي العيني: إن اتخاذ المشرع المقارن، من الإشارة بطريقة التعداد للالتزامات مؤسسات الضمان الاجتماعي بالتعويض العيني إنما أراد به إن يكون شاملا بغية علاج ما إصابه من عارض مهني ونجد من خلال دراسة الدول المقارنة أنها اتجهت باتجاهين لحدود التعويض.

١- ايطاليا ولبنان

حددنا العلاج الطبي منذ بدء تحديد إصابته بالمرض ولحين شفاؤه وإنما نصتا على إن يكون ذلك خلال فترة العجز المؤقت^(٤).

٢- العراق

استمرار العلاج للعامل المصاب منذ إخطار مؤسسة الضمان وحتى شفاؤه أو وفاته^(٥). ويلاحظ انه على العامل الالتزام بإتباع التعليمات لمؤسسات الضمان الاجتماعي والا تعرض للحرمان من خدماتها وتعويضاتها إلا إذا تراجع أو امتثل^(٦).

(١) د. سعيد عبد السلام ، قانون التأمين الاجتماعي ، ط ١ ، مصر ٢٠٠٣ ، ص ٣٦٩ .

(٢) (شرط إن تثبت المراقبة الطبية ضرورة هذه المواد بالنسبة للمرض المهني) . حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ٥٩١ .

(٣) المادة (٥٤ب) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ .

٤ (Dr . simonetta renga . op.cit . p 93.no1 والمادة (٤/٣٤) قانون الضمان الاجتماعي اللبناني

(٥) المادة (٥٥) قانون التقاعد الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١

٦ (د. عدنان العابد د. يوسف الياس ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

الخاتمة

تبرز أهمية حماية العمال ضد مخاطر العمل عندما تكون تلك المخاطر مهددة لحياتهم بالفناء وان استدعاء نصوص مدركة لأهمية ما قد تمر به في دول تمثل مستويات التعرض للأمراض المهنية عالية نسبيا لمقارنتها عن طريق طرح المعالجات القانونية للإسهام الفقهي لدفع تلك المواجهات.

ولا شك إن السرطان كمرض مهني لا بد إن ينجم عن التعرض لفترات طويلة لأعمال تعد طبيعتها خطرة أو لخطورة المواد المستخدمة فيها ولذلك تكون التدابير الوقائية كاستبدال المواد الخطرة أو إغلاق أماكن العمل هي الوسيلة الأمثل للحد من الإصابة، حيث تتبع قوة هذه الإجراءات مدى إلزامية القواعد القانونية التي تفرضها كان لزاما تعديل نصوص قانون العمل العراقي بشكل يسمح للجان التفتيشية اتخاذ إجراءات اشد عند الوقوع على الخطأ أو الامتناع عن تنفيذ الالتزامات المتعلقة (بالصحة والسلامة المهنية) وان تلحق بعقوبة اشد من الغرامة المنصوص عليها في قانوننا النافذ.

إن معاناة العمال العراقيين وخاصة بعد أحداث التغييرات لعام ٢٠٠٣ وضعف الرقابة الإدارية وحتى الخلل المتمثل في ترك تطبيق القواعد قانون العمل والضمان الاجتماعي (أسوة ببقية القوانين) قد تتركهم دون ملجأ غير الرضوخ للسلطة النهائية لصاحب العمل بغية الكسب للمعيشة وما تبقى من القواعد المحدودة لمخاطر بيئة العمل والتعب قد وصلت في بعض التشريعات مراحل متقدمة ليس لها مجالا للاطراح إزاء مواجهة الضعف في الأداء التنفيذي، إن استدعاء قواعد الضمان الاجتماعي لحماية العمال بعد إصابتهم صحيا لا نراه إلا مرحله يائسة ومتأخرة للوضع القانوني لآلاف العمال وان لم يكن لا بد منه لمعالجة الوضع الإنساني للقوى المحركة لتجمعنا، فهي تصل لإنقاذ المصابين بالسرطان المهني من جراء العمل في بيئة ملوثة إن لم يفشل العامل بالحصول على ذات المكاسب المنصوص عليها بقواعدها.

المصادر

أولا : الكتب والبحوث باللغة العربية

١. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على الحقوق الواردة في قانون العمل ، مصر ، ١٩٨٨ .
٢. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٣. أوليات في قانون التعاقد والضمان الاجتماعي ، مجموعة من الكتاب ليوسف الياس وآخرون ، الطبعة الأولى ، دار الحرية ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٤. المخاطر الصحية للمبيدات ، مقالة منشورة في جريدة البديل ، مصر ١٨-يونيه - ٢٠٠٨ .

٥. د. حسام الدين الاهواني ، أصول قانون التأمين الاجتماعي ، صفر ١٩٩٣ .
 ٦. حسين عبد اللطيف حمدان ، الضمان الاجتماعي ، أحكامه وتطبيقات دراسته تحليلية شاملة ، حلب بيروت ٢٠٠٩ .
 ٧. د. حكمت جميل ، السلامة المهنية ، دار التقني للطباعة - بغداد ١٩٨٥ .
 ٨. د. حكمت جميل ، الصحة والسلامة المهنية ، مطبعة النور - بغداد ١٩٩٩ .
 ٩. حماية الصحة والسلامة المهنية ، مركز التضامن ، عمان ٢٠٠٤ .
 ١٠. د. سعيد سعد عبد السلام ، قانون التأمين الاجتماعي الجزء الأول مصر ٢٠٠٣ .
 ١١. سمير الاودن ، التعويض عن إصابة العمل في مصر والدول العربية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤ .
 ١٢. د. صادق مهدي حيدر ، الضمان الاجتماعي - بغداد ١٩٨٨ .
 ١٣. د. عادل عبد الحميد العز ، التأمين الصحي في الجمهورية اللبنانية ، لبنان ١٩٧٠ .
 ١٤. د. عزيز إبراهيم ، شرح قانون الضمان الاجتماعي العراقي ، بغداد ١٩٧٦ .
 ١٥. د. عبد الرزاق الخطيب ، الحماية من السرطان المهني ، الاتحاد الدولي لنقابات العمال العرب ، دمشق ١٩٧٩ .
 ١٦. د. عدنان العابد ، شروط تعويض إصابة العمل في القانون المقارن ، مجلة القانون المقارن ، العددان ٨-٩ لسنة ١٩٧٨ بغداد .
 ١٧. د. عدنان العابد و د. يوسف الياس ، قانون الضمان الاجتماعي الطبعة الثانية المنقحة ، بغداد ١٩٨٨ .
 ١٨. د. عدنان العابد و د. يوسف الياس ، قانون الضمان الاجتماعي ، وزارة التعليم ١٩٩٠ .
 ١٩. د. علي العريف ، شرح قانون التأمين ، الجزء الثالث ، مصر ، بلا تاريخ .
 ٢٠. د. عيد السيد نايل ، قانون العمل الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٣-٢٠٠٤ .
 ٢١. د. محمد حسين عبد القوي ، قانون العمل والتأمين الاجتماعي ، مصر .
 ٢٢. د. محمد حسين عبد القوي ، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية ، مصر ٢٠٠٢ .
 ٢٣. د. محمد حلمي مراد ، قانون التأمينات الاجتماعية ، مصر ، بلا تاريخ .
 ٢٤. د. محمد لبيب شنب ، الاتجاهات الحديثة في التفرقة بين العمل والأمراض المهنية ، مجله الحقوق ، لسنة ٩ ، ١٩٦٧ .
 ٢٥. د. محمد لبيب شنب ، دراسة في قانون الضمان الاجتماعي اللبناني والمخاطر التي يغطيها طوارئ العمل ، لبنان ١٩٧٢ .
 ٢٦. د. ممدوح نيربيه ، الديوكسين سموم خفيفة حولنا ، مجلة البيئة والمجتمع ، بيروت صيف ٢٠١٠ .
 ٢٧. د. هشام علي صادق ، دروس في قانون العمل اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٢ .
- ثانيا: القوانين باللغة العربية
١. العراق

- ❖ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ❖ قانون العمل العراقي النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل
- ❖ قانون التقاعد للضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.

٢. لبنان

- ❖ قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٧ .
- ❖ قانون العمل اللبناني الصادر في ٢٣ أيلول ١٩٤٦ المعدل بالقانون رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٩٦ .
- ❖ قانون الضمان الاجتماعي اللبناني - المرسوم رقم ١٣٩٥٥ لسنة ١٩٦٣

ثالثا: المجلدات القضائية

- ❖ مجلد محكمة العمل العليا قرارات ١٩٧٤ بغداد ١٩٧٩
- ❖ قرارات محكمة العدل ، بغداد ، ٢٠١١ .

رابعا : المصادر باللغة الايطالية

1-Codice de lavoro , 6 edition , simony gruppo, 2006 .

2-Dr . Eduardo chera, diritto de lavoro Bari. 2006 .

خامسا: المصادر باللغة الانكليزية

1-Centers for diseases control and prevention (c d c) cdcirfo @cdc.gov .

2-Dr . Simonetta renga .social security law L.L.I , Italy ,2002 .

3-Dr . True(t) , labor law , Italy , 1998 .

4-World health organization (W H O) , national cancer control program . un. Lyon-france,2010.

سادسا: المواقع الطبية الالكترونية

1-Http://en.wikipedia.org/wiki/colon cancer.

2-Zero cancer-occupational cancer a union guide to prevention ,global union cooperation .

3-City of hope /blood and lung cancer .

4- Medicine.net .cancer melanoma.

"جدول المواد المستخدمة في الإنتاج والسرطان المتسبب عنها"

المادة	نوع مرض السرطان وأنواعه	استخدامات المادة
١-الزرنبيخ ومكوناته	*الرئة *الجلد *الدم	*عند ذوبانه في الاستخدامات الآتية: أ-السيانك ب-الدائرات الكهربائية وشبه الموصلات ج-المواد الطبية د-مبيد الأعشاب

هـ-مبيد الفطريات		
استخداماته غير واسعة لكن يتواجد في الصناعات الآتية: أ-البناء ب-أسطح وسقوف ج-الأرضيات د-الملابس المقاومة للحرارة هـ-خطوط أنابيب الاحتكاك و-موانع الاحتكاك	*الرنة *المعدة *الدم	٢-الاسبستوس
أ-زيت الوقود الخفيف ب-المواد المذيبة ج-الطباعة د-أنواع الأصباغ هـ-المطاط و-الغسيل الجاف ز-التغليف ط-مواد التنظيف بكل أنواع المساحيق	*الدم *للمفاويات	٣-البنزين
أ-وقود الصواريخ ب-الفسفور ج-استخدام الفضاء د-المفاعلات النووية	*الرنة	٤-البرليوم ومكوناته
أ-الصبغة الصفراء ب-الفسفور ج-الاستخدامات العسكرية(للعناد) د-البطاريات هـ-الأصباغ المعدنية ي-التغليف	*البروستات	٥-الكاديوم ومكوناته
أ-الأصباغ ب-الصبغة ج-المواد الحافظة	*الرنة	٦-الكروم ومكوناته
أ-عوامل إنضاج المكسرات وبالات (البندق) ب-الصواريخ ج-النسيج د-المواد الغذائية الحافظة التعقيم في المستشفيات	*سرطان الدم *العظام	٧-اوكسي اثيلين
أ-صفائح النيكل ب-سبيكة الحديد ج-السيراميك د-البطاريات هـ-لحام الحديد الصلب	*الآتف *الرنة	٨-النيكل

أ-اليورانيوم المنضب ب-المناجم ج-الخلايا المنتجة للطاقة ومختبرات التجارب	*الرنة *العظام *الدم *الغدد للمفاوية	٩-الراديوم والمتحلل عنه
أ-الثلاجات ب-منتجات كلوريد البولي فيلين ج-المواد اللاصقة للبلاستيك د-إعادة تصنيع البلاستيك	*الغدد الدرقية *الكبد	١٠-كلوريد الفينيل
مختلف أنواع الاستخدامات المدنية والعسكرية	*الثدي	١١-السونار
حسب بيئة العمل المسببة لهذه العوامل	*الرنة	١٢-التدخين، التدخين السلبي، التهوية السيئة، الأتربة، الغازات الخائفة، الغازات المسببة لضيق التنفس

المصدر

Table 6-2 in Mitchell Richard Sheppard Robbins basic pathology, Philadelphia, 8th edition 2008 .

الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري دراسة مقارنة

أ.م.د. علي احمد حسن - كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

م.م. ذكرى عباس علي - كلية القانون/ جامعة ديالى

المقدمة

ليس من شك في أن التطور الكبير والمتلاحق في مختلف نواحي الحياة الإنسانية أدى، إلى جوار أسباب أخرى، إلى اتساع النشاط الإداري وتعدد مجالاته، وبغية إحداث التطور في التنظيم الإداري وإقامته على أسس علمية رصينة لاستيعاب هذا النشاط المتزايد، ومن ثم حسن أدائه فان الأمر يقتضي في الغالب الاستعانة بجهات استشارية مهمتها تقديم الرأي للسلطة الإدارية عندما تزمع اتخاذ قرار ما.

ويعد الرأي الاستشاري (الاستشارة) في وقتنا الحاضر من أم العمليات الحيوية في مجال العمل الإداري، لأنه يساعد الإدارة على الاستعانة بآراء أهل الخبرة والممارسة في حل مشاكل كثيرة ودقيقة يمكن أن تواجهها

في الحياة اليومية والتي تتعلق بالتنظيم أو التخطيط أو التوجيه أو المراقبة...، لذا نجد أن المشرع يحرص على تضمين القوانين النصوص التي تلزم الإدارة بطلب الرأي الاستشاري قبل اتخاذ القرار الإداري أو تلزمها بمضمونه حين تعتمد إلى طلبه.

أهمية البحث: وللبحث في الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري أهميته الخاصة، والمستمدة من أهمية الرأي الاستشاري نفسه وسط الإجراءات والأشكال التي يستلزم المشرع من الإدارة استيفاءها عند إصدار القرار الإداري، إذ يجنب الرأي الاستشاري الإدارة اتخاذ القرارات الارتجالية، مما يعمل على ضمان صحتها من الناحية الموضوعية وصولاً إلى تحقيق حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لذا فإن أي إهمال من الإدارة في استيفاء الرأي الاستشاري حينما يوجب القانون ذلك عليها يجعل من القرار الصادر معيباً بعدم المشروعية، وهذا الحكم له تفاصيله التي وجدنا هنالك ضرورة في الوقوف عليها ودراستها، ولا سيما أننا لم نجد على مستوى الفقه العراقي أية دراسة وافية لهذا الموضوع، إذ كل ما وجدناه هو إشارة موجزة عن الرأي الاستشاري بوصفه أحد الأشكال والإجراءات التي يمكن أن يتطلب المشرع استيفاءها في القرار الإداري.

مشكلة البحث: وتبرز مشكلة البحث في أن ليس للرأي الاستشاري القوة القانونية نفسها باختلاف الأحوال، إذ تارة يجعل المشرع للإدارة سلطة تقديرية في استيفاءه، وتارة يقيد سلطتها فلا خيار لها سوى استيفاءه، فضلاً عن أن المشرع لا يكتفي بإلزام الإدارة بالحصول على الرأي الاستشاري، وإنما يضيف التزاماً على الجهة المستشارة بتقديم رأيها طبقاً لشكليات معينة، مما يطرح التساؤل عن الأثر المترتب عن إخلال الجهة الإدارية المستشارة أو الجهة المستشارة بما فرضه المشرع وانعكاس ذلك على مشروعية القرار الإداري الصادر استناداً إلى الرأي الاستشاري، فضلاً عن التساؤل عن الأثر المترتب على عدم استيفاء الرأي الاستشاري أو شكليته المقررة قانوناً إن نهضت أسباب تحول من دون قدرة الإدارة على تحقيق هذا الاستيفاء.

أهداف البحث: وما نرمي الوصول إليه من هذا البحث هو تحقيق الأهداف الآتية:

١. الوقوف على معنى الرأي الاستشاري، وكيفية تمييزه من مصطلحات أخرى مشابهة له في أمور معينة.
٢. دراسة الأحوال التي يؤثر فيها عدم استيفاء الرأي الاستشاري على مشروعية القرار الإداري.
٣. دراسة الأحوال التي لا يؤثر فيها عدم استيفاء الرأي الاستشاري على مشروعية القرار الإداري.

منهج البحث: وسنعمد في بحثنا هذا المنهج المقارن، وسنتخذ من القانون الفرنسي والقانون المصري موضوعاً للمقارنة على أساس أن القانون العراقي قد تأثر بهما إلى حد بعيد، فضلاً عن التطبيقات القضائية المتعلقة بالرأي الاستشاري في كل من فرنسا ومصر والذي لا يختلف اثنان في دورهما البارز في صياغة قواعد القانون الإداري بصورة عامة.

تقسيم البحث: وسنقسم بحثنا على مبحثين سنتناول في الأول التعريف بالرأي الاستشاري، في حين سندرس في الآخر تأثير الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري.

المبحث الأول

التعريف بالرأي الاستشاري

للولوج في دراسة الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري يتحتم علينا بادي ذي بدء أن نبين مدلول الرأي الاستشاري وكيفية تمييزه عما يشته به، فضلا عن دراسة مجالات تقديمه، وسيكون ذلك عبر المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مدلول الرأي الاستشاري وتمييزه عما يشته به

سنوزع هذا المطلب على فرعين، سنخصص الأول منها لبيان مدلول الرأي الاستشاري لغة واصطلاحاً، في حين سنفرّد الآخر لتمييز الرأي الاستشاري عما يشته به من بعض المصطلحات التي تشترك معه في عدد من الخصائص.

الفرع الأول

مدلول الرأي الاستشاري

المدلول اللغوي للرأي الاستشاري: الرأي مشتق من الثلاثية (رأى) والرأي هو رأي العين كما صور رأي العقل أي النظر بالعين أو العقل، ومن يعطي رأيه فإنما يكون قد أسدى نصيحة بعد إعمال وتمعن عقلي^(١)، والرأي : استرأيتُهُ. استُشِرْتُهُ. ورأيتُهُ : شاورته^(٢).

والمشورة والاستشارة لغة مأخوذتان من الأصل الرباعي شاور، ففي اللغة أشار عليه أمره ونصحه ودله على وجه الصواب، وشاوره في الأمر طلب منه المشورة، وفعل استشار إذا كان لازماً أصبح معناه طلب منه المشورة^(٣).

المدلول الاصطلاحي للرأي الاستشاري: أما المدلول الاصطلاحي للرأي الاستشاري فقد تعددت التعريفات المقدمة له تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه، فقد عرفت مؤسسة المستشارين البريطانية بأنه خدمة يقدمها فرد أو أفراد لهم استقلالهم، وهم مؤهلون لتحديد وبحث المستقلات الإدارية الخاصة بالسياسات والتنظيم والإجراءات والطرق، ثم اقترح توصيات عملية مناسبة لها وتقديم المساعدة لتنفيذها^(٤).

وعرفت جمعية مهندسي الاستشارات الأمريكية، وهي أول جمعية متخصصة بالاستشارات الإدارية أسست عام ١٩٣٣، بأنه محاولة منظمة بواسطة أشخاص مدربين وذوي خبرة لمساعدة الإدارة في مشاكلها، وتحسين

عملياتها بواسطة تطبيق حلول موضوعية، وترتكز على معلومات شخصية ومهارات، وتحليل منظم للحقائق^(٥).

أما على صعيد الفقه الإداري فقد عرف الرأي الاستشاري بأنه (تعبير عن رأي فردي أو جماعي يصدر في مسألة معينة بناء على عرض من السلطة المختصة بمقتضى نص أو دونه، وذلك قبل صدور القرار بهدف استطلاع رأي هذا الفرد أو تلك الجماعة في تلك المسألة)^(٦). وكذلك عرف بأنه (شكلية إجرائية تتضمن التعبير عن رأي ما أو التعبير المتناسق عن آراء مختلفة، من أجل إرشاد سلطة معينة لمبدأ معين أو أساليب معينة لممارسة اختصاصه)^(٧).

وبإنعام النظر في تلك التعريفات يتضح بجلاء أن الرأي الاستشاري يعد عملية حيوية في مجال رفع كفاءة النشاط الإداري، إذ أن الاستعانة بآراء أهل الخبرة والممارسة، والاستفادة من مهارات أصحاب المعرفة الفنية تساعد، إلى حد بعيد، الإدارة لحل مشكلة ما أو لرفع غموض في مسألة معينة.

لكن يؤخذ على هذه التعريفات أنها أهملت الجانب المهم في الرأي الاستشاري، وهو دور الرأي الاستشاري في اتخاذ القرار، إذ للرأي الاستشاري أهمية كبيرة في تسديد مصدّر القرار نحو الصواب في إصداره للقرار الإداري وصولاً إلى تحقيق المصلحة العامة، وعليه يمكننا تعريف الرأي الاستشاري بأنه إجراء تمهيدي يقتضي القانون أو متطلبات العمل الإداري استيفاءه قبل إصدار القرار بهدف ضمان صحته وموافقته للقانون.

ومن تعريفنا المتقدم يكن القول أن الرأي الاستشاري يتميز بثلاثة خصائص رئيسة هي:

١. الرأي الاستشاري يقدم بمناسبة إصدار قرار إداري: تحتاج الإدارة في مجال عملها الواسع إلى طلب خدمات استشارية من معلومات إدارية، وتخطيط أعمال، وجدولة ورقابة عملياتها قبل اتخاذها القرارات الإدارية، وذلك سواء ألزمها القانون بإجرائه أم لجأت إلى ذلك بمحض اختيارها^(٨)، بمعنى آخر أن الرأي الاستشاري يطلب بمناسبة عزم الإدارة على اتخاذ القرار الإداري سواء أكان ذلك بناء على سلطتها التقديرية، حين لا يلزمها القانون بطلب الرأي، أم سلطتها المقيدة حين يقتضي القانون ضرورة استيفاءه^(٩).

٢. الرأي الاستشاري عمل تمهيدي: يقصد بالأعمال التمهيدية هي التي تلجأ إليها الإدارة لاتخاذ إجراء قانوني معين، فهي تعد مرحلة سابقة على اتخاذ القرار الذي من شأنه أن يحدث تعديلاً في المراكز القانونية القائمة وقت صدوره^(١٠)، والأعمال التمهيدية على الرغم من صدورهم من سلطة إدارية وبارادتها المنفردة إلا أنها لا تكتسب صفة القرار الإداري لأن إرادة مصدّرها لا تتوجه نحو إحداث أي أثر منها، وإنما تتوجه نحو تقديم النصح والتوجيه والإرشاد ليس إلا^(١١).

والإجراءات التي تخضع لها القرارات الإدارية تختلف في مداها ضيقاً واتساعاً من قرار لآخر، كما أن الهدف الذي توخاه المشرع في فرض الإجراءات التمهيدية لإصدار القرارات الإدارية يختلف في مداه ضيقاً

واتساعاً من قرار لآخر، وان كان الإطار العام لهذا الهدف هو تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في ضمان صدور قرار سليم من الناحية القانونية، وجعل الإدارة مستقرة ومطمئنة لقراراتها بعد وقوفها على رأي أهل الخبرة^(١٢).

٣. الرأي الاستشاري عمل يقوم على التعاون والمشاركة: فالعملية الاستشارية ليست مجرد تبادل معلومات بين الجهة المستشارة والجهة المستشارة، وإنما عملية تقوم على المشاركة والتعاون بين الجهتين^(١٣)، إذ يتطلب تقديم الرأي الاستشاري السليم التبادل الحر للمعلومات بين الجهتين من دون عقبات، فالإدارة تلتزم بتقديم المعلومات الصحيحة والكافية، وان تجيب عن أية استفسارات أو طلبات تتقدم بها الجهة المستشارة، وتلتزم بالمقابل هذه الجهة الأخيرة بتقديم الرأي طبقاً للإجراءات التي يحددها القانون وذلك بعد دراسة وتمحيص^(١٤).

الفرع الثاني

تمييز الرأي الاستشاري عما يشته به

لقد بينا المقصود بالرأي الاستشاري، ولكن هنالك عدد من المفاهيم التي تلتقي معه في عدد من الأوجه وتختلف معه في أوجه أخرى، فإذا كان مضمون الرأي الاستشاري هو إبداء النصيحة من ذوي خبرة فإن مصطلحات أخرى مثل استطلاع الرأي العام، والخبرة، والتفسير، تتقاسم معه هذا المفهوم، الأمر الذي يحتم علينا تمييز الرأي الاستشاري من هذه المفاهيم:

أولاً: تمييز الرأي الاستشاري من استطلاع الرأي العام:

حظيت عملية استطلاع الرأي العام (sondage d'opinion) بأهمية كبيرة خاصة في الدول المتقدمة التي تقدر أهمية هذا الرأي العام في تشكيل السياسة العامة للدولة، حيث يعد الرأي العام بناء اجتماعياً يمثل ترجمة للاتجاه العام للأفكار السائدة في وقت ما حيال قضية ما، سياسية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم اقتصادية^(١٥).

ويقول فايل T.N.VAIL مدير شركة التليفزيون الأمريكية (أن الرأي العام له الكلمة الأخيرة في جميع الأوقات وجميع الأماكن، فهو يتغير بتغير ثقافة الأفراد فيه كما يتوقف اتجاهه على مقدار الحقائق التي يحصل عليها الأفراد وكيفية تفسيرهم لها)^(١٦).

فالرأي العام إذاً يتميز بعناصر أساسية تتمثل في كونه دراسة موجهة إلى عينة عشوائية من الناس، وأن من يقوم باستطلاع الرأي جهات علمية متخصصة لتقديم دراسة علمية تسعى للتنبؤ بالمستقبل، وتتم على وفق مراحل معينة، وأن نتيجة هذه الدراسة لا تلزم سلطة اتخاذ القرار أو الجمهور، وأن هذه السلطة لا تدخل في علاقة مباشرة مع رأي كل فرد من أفراد العينة^(١٧).

ومما تقدم يتضح لنا أن طلب الرأي الاستشاري يتشابه مع استطلاع الرأي العام من ناحية أن موضوعهما هو الحصول على رأي في موضوع ما، إلا أنهما يختلفان من حيث أن طلب استطلاع الرأي العام يكون

موجها إلى عينة من الجمهور غير معينة بالذات^(١٨)، بخلاف طلب الرأي الاستشاري الذي يقدم إلى شخص أو جهة معينة . كأصل عام . بنص القانون، كما أن الغاية من استطلاع الرأي العام هو اكتشاف الرأي العام إزاء قضية معينة ، قد لا تكون هنالك نية لإصدار قرار بشأنها^(١٩)، بخلاف الرأي الاستشاري الذي يمثل عملية تقديم رأي من جهة معينة للسلطة المختصة بشأن اتخاذ قرار معين .

كما يختلف الرأي الاستشاري عن استطلاع الرأي العام في المراحل التي يمران بها، فتبدأ عملية الاستشارة بطلب الرأي من الجهة الاستشارية المحددة قانوناً، وتتبع في ذلك إجراءات لتحديد ميعاد اجتماعها ، ودعوة أعضائها للحضور، وإبداء المناقشات للحصول على الرأي المناسب^(٢٠).

أما استطلاع الرأي فأن مراحله تختلف، حيث يبدأ بوضع الخطة العامة لتنفيذ الاستطلاع، ثم تحديد العينات العشوائية، ثم تتبعها مراحل أخرى وصولاً إلى استخلاص نتائج الاستطلاع النهائية^(٢١).

ويختلف كذلك الرأي الاستشاري عن استطلاع الرأي العام من ناحية أن الرأي الاستشاري قد تلتزم بطلبه الجهة المستشارة من دون أن تكون ملزمة بالأخذ بالرأي المقدم ، وقد تكون ملزمة بطلب الرأي وملزمة بالرأي المقدم كذلك، بخلاف استطلاع الرأي العام الذي في كل الأحوال لا إلزام على الجهة المستطلعة أو الموجه إليها الاستطلاع بالأخذ به، كما وأنه لا يقيد الجمهور الذي تمثله العينة المستطلعة في شيء^(٢٢).

ثانياً: تمييز الرأي الاستشاري من الخبرة.

تبنى الخبرة على العلم ، فهو إلى جوار الممارسة العملية يعد من أهم أسسها، والخبرة (experience) تتعلق بإبداء الرأي العلمي أو الفني في واقعة أو وقائع مادية، وهي بالتالي لا تتوافر عادة لدى الشخص الاعتيادي وإنما تتوافر لدى من له الدراية العلمية والفنية والذي يسمى بالخبير^(٢٣).

ولما كانت الخبرة هي وصف فني لمسائل واقعية ، فأنها تعد من التصرفات التقديرية، فهي تقرر أمراً واقعاً، وتصفه من الزاوية الفنية ولا تضيف إليه أو تنقص منه شيئاً أو تعدله^(٢٤).

والقاضي لا يلجأ إلى الخبرة إلا إذا واجهته مسألة علمية أو فنية يصعب إدراكها أو فهمها فيستعين بخبير لكي يقدم له الاستشارة الفنية في المجال المطلوب^(٢٥). فمهمة الخبير تقتصر على مجرد إرشاد القاضي للقواعد الفنية أو العلمية التي يحتاجها لتأكيد الواقعة محل الإثبات أو استخلاص نتائج موضوعية منها، ولا تمتد إلى التقدير القانوني فهو عمل القاضي وحده دون غيره^(٢٦).

وعلى ذلك فهناك أوجه يختلف فيها الرأي الاستشاري عن الخبرة، فالرأي الاستشاري هو إنشاء لأمر لم يكن قائماً ، وذلك بتقديم رأي تبين فيه الجهة المستشارة ما يجب أن يكون عليه هذا الأمر في ذاته ، أي أنه عمل إنشائي، بينما الخبرة هي وصف لما عليه الأمر الواقع من الناحية الفنية^(٢٧).

ويبرز الاختلاف أيضا من حيث القائم بكل منهما ، فالرأي الاستشاري يقوم به أشخاص وجهات استشارية أوكل إليها القانون ذلك، أما أعمال الخبرة فيقوم بها خبراء ذوو دراية علمية واسعة في المسائل المعروضة عليهم لوصفها وصفاً فنياً بحثاً ، من دون تقديم آراء شخصية فيها^(٢٨).

ثالثاً: تمييز الرأي الاستشاري من التفسير:

التفسير لغة هو البيان، والفسر كشف المغطى، والتفسير كشف المراد من اللفظ المشكل..^(٢٩)، أم اصطلاحاً فيقصد به الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك^(٣٠).

والتفسير (interprétation) لا يكون إلا حيثما يكون النص القانوني غامضاً، أي تدق معرفة معناه ومدلوله، أما إن كان النص واضحاً في الدلالة على مقصوده فليس ثمة حاجة للتفسير^(٣١).

والتفسير يلجأ إليه قبل تطبيق القاعدة القانونية، بهدف تحديد المراد منها قبل تطبيقها ، وعليه إذا كان القرار الإداري هو تطبيق لقاعدة قانونية ، فإن التفسير يسبق اتخاذ القرار الإداري، وهو بهذا يشترك مع الرأي القانوني من ناحية أنهما يمثلان عملية فكرية تتخذ قبل اتخاذ القرار الإداري، فضلاً عن أن الأصل إنهما غير ملزمين إلا إذا نص القانون على غير ذلك، كما هو الحال في التفسير التشريعي أو الرأي الاستشاري الذي تلزم الجهة المستشارة بالأخذ به عند إصدار قرارها الإداري^(٣٢).

ومع ذلك فهناك أوجه للخلاف بينهما إذ يبقى لكل منهما أصوله وقواعده من الناحية الشكلية والموضعية ، فضلاً عن أن الرأي الاستشاري ينماز بسعة نطاقه قياساً على نطاق التفسير القانوني إذ يشمل إلى جوار مجاله القانوني المجالات الفنية والإدارية والمالية.

المطلب الثاني

مجالات الرأي الاستشاري

لقد أصبحت الإدارة بحاجة إلى جهاز استشاري كفاء وفعال، ومتنوع في مجالات تقديم الخدمات الاستشارية، وذلك بسبب التوسع الحاصل في الأجهزة الإدارية الذي زاد في تعقيد المشكلات الإدارية مما أدى إلى بروز الحاجة إلى الاستشارة في مجالات مختلفة، وبخاصة إذا علمنا أن العملية الاستشارية هي ليست دراسة أو ابدأ اقتراح أو رأي فقط، وإنما تشخيص لمشكلة وبيان أسبابها واقتراح الحلول اللازمة للقضاء عليها أو في الأقل الحد من أثارها.

وعليه فإن نطاق إبداء الرأي الاستشاري الذي تحتاجه الإدارة لا يقتصر على مجال واحد بل يتنوع بحسب طبيعة المشكلة المراد الاستشارة بخصوصها، واهم تلك المجالات التي يطلب فيها الرأي الاستشاري هو المجال القانوني ، و المجال الإداري، و المجال التقني.

الفرع الأول - الرأي الاستشاري في المجال القانوني

أن الرأي القانوني والمشورة القانونية والاستشارة القانونية ،هي تسميات مترادفة تدل على معنى واحد هو بيان حكم القانون في مسألة ما، ابتداءً من النصوص القانونية المنطبقة وتفسيرها، وصولاً إلى موقف الفقه والقضاء منها^(٣٣).

وأطراف الاستشارة القانونية هما المستشار الذي هو، بحسب طبيعة بحثنا، جهة إدارية، والمستشار الذي قد يكون فرداً (محامياً^(٣٤)، تدريسا جامعياً ..) أو مجلساً أو هيئة^(٣٥).

ولسلامة الرأي القانوني المقدم يقتضي مراعاة أمور معينة سواء من جانب المستشار أم من جانب المستشار، فعلى المستشار أن يحدد لمستشاره العناصر الواقعية كافة المتعلقة بموضوع الاستشارة، وأن يشرحها طبقاً لواقع الحال وبصورة واضحة وصريحة، تاركاً للمستشار عملية اختيار الوقائع المنتجة أو غير المنتجة للآثار القانونية^(٣٦).

ويقتضي في المستشار توافر الدراية والمعرفة القانونية التي تتطلب الماماً بالنظام القانوني وهيكلته، ومواكبة التشريعات النازمة لمختلف العلاقات القانونية والتعديلات التي تطرأ عليها بين الحين والآخر، كما وعلى المستشار، عند تقديمه المشورة، أن يراعي أن تكون بعبارات بسيطة تتجنب الاصطلاحات المعقدة لأن من يتلقى الرأي القانوني ليس بالضرورة أن يكون عارفاً بالقانون، فضلاً عن وجوب تجنبه في صياغة الرأي وضع القواعد العامة لكل الحالات ، بل يقتصر على الحالة موضوع البحث، وعليه أيضاً أن يتجه مباشرة إلى الموضوع من دون موارد، فلا يجعل من الرأي القانوني متاهة يدخل فيها طالب الرأي ويخرج منها من دون أية نتيجة^(٣٧).

ونحب التذكير هنا بالدور الكبير الذي يؤديه مجلس الدولة الفرنسي، ومجلس الدولة المصري، ومجلس شورى الدولة في العراق في تقديم الفتاوى والاستشارات القانونية للجهات الإدارية التي أسهمت إلى حد بعيد، إلى جوار الأحكام القضائية الصادرة من هذه المجالس في فض المنازعات الإدارية، في صياغة قواعد القانون الإداري^(٣٨).

الفرع الثاني - الرأي الاستشاري في المجال الإداري

يعرف الرأي الاستشاري من الناحية الإدارية بأنه (جهد منظم يقوم به أشخاص خبراء بهدف مساعدة الإدارة في حل المشكلات وتحسين العمليات الإدارية، من خلال تطبيق الحكم الموضوعي القائم على المعرفة المتخصصة وعلى المهارة والتحليل النظامي للحقائق)^(٣٩).

ويعد الرأي الاستشاري المقدم في المجال الإداري من أهم العمليات الحيوية في مجال الإدارة، إذ لا ينبغي النظر إليه على أنه حل لمشكلة عارضة فقط، وإنما له أثاره الكبيرة في جوانب المعرفة المتعلقة بأوضاع الإدارة، وبمشكلاتها، وجمع المعلومات المناسبة وتحليلها، واختيار الحلول المناسبة لها، فهو أحد الأركان المهمة التي تقوم عليها التنمية الإدارية، إلى جوار الركنتين الآخرين وهما التدريب والبحوث ، والذي رافق تطور العمل الإداري في المجالات كافة^(٤٠).

وبالنظر إلى أهمية الدور الذي يؤديه الرأي الاستشاري في المجال الإداري، ولما له من تأثير في القرارات الإدارية المتخذة، يتعين فيمن يتصدى لتقديم الرأي الاستشاري امتلاك المعرفة العميقة والمهارات المطلوبة^(٤١).
لقد أحرزت الاستشارات الإدارية تقدماً كبيراً في كثير من الدول، ومنها على سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وألمانيا^(٤٢)، والحقيقة التي تذكر هنا أن الاستشارات الإدارية منذ الحرب العالمية الثانية أخذ الاهتمام بها يزداد، فقد قدمت الدراسات المتعددة واستخدمت أدوات جديدة في التحليل وفي عملية اتخاذ القرار الإداري، بل أن أهميتها تجاوزت المجال المدني إلى المجال العسكري^(٤٣).

الفرع الثالث - الرأي الاستشاري في المجال الفني

يتميز الرأي الاستشاري القانوني والإداري عن الرأي الاستشاري الفني، في أن الاستشارات القانونية تنصب على نصوص وقواعد قانونية، والاستشارات الإدارية تنصب في مساعدة الإدارة في حل مشكلاتها وتحسين أداء أعمالها، أما الاستشارات الفنية فتكون في المجالات العلمية والصناعية والهندسية، سواء في التصميم أم الإنشاء أم الفحص، والسبيل إلى ذلك أما الدراسة أو البحث أو التحليل أو بتقديم مقترحات أو أفكار^(٤٤).

ولعل من أهم الاستشارات الفنية في وقتنا الحاضر هي الاستشارات الهندسية المقدمة في مجال التشييد والبناء، إذ يتطلب إعداد دراسة أولية للتربة لتقرير مدى صلاحيتها في إقامة البناء عليها، وإلى مهندس معماري مختص يتولى وضع تصميم البناء ورسوماته، فضلاً عن الحاجة أثناء تشييد البناء إلى مراعاة الأصول الفنية في بنائه مما يحتم على صاحب العمل الاستعانة بمهندس استشاري ليتولى الرقابة على التزام المقاول بهذه الأصول^(٤٥).

ولقد أولى المشرع العراقي هذا النوع من الاستشارات الأهمية الكبيرة، إذ أصدر مجموعة من التشريعات التي نظمت تقديم المشورة الهندسية عبر مكاتب متخصصة، ونذكر منها على سبيل المثال قانون المكاتب الاستشارية الهندسية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٩، وقانون المكاتب الاستشارية غير الحكومية رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٠.

المبحث الثاني

تأثير الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري

من المعلوم أن الشكل والإجراء هو أحد الأركان (العناصر) التي يقوم عليها القرار الإداري، فإذا ما تطلب المشرع في القرار أن يستوفي شكلية معينة أو إجراء ولم يستوف ذلك وقت صدوره كان القرار غير مشروع مما يستدعي تصدي القضاء له بالإلغاء.

والقضاء الإداري (سواء في فرنسا أم مصر أم العراق) مستقر على انه ليس كل الأشكال والإجراءات تؤثر في مشروعية القرار الإداري، وإنما يُقصر ذلك التأثير فقط على الأشكال الجوهرية، أما الأشكال غير الجوهرية فيبقى القرار الإداري سليماً وإن خلا منها.

وعلى أية حال هنالك تسليم من القضاء الإداري بعد تقديم الرأي الاستشاري من الإجراءات الجوهرية التي لا يصح القرار الإداري من دونها، ولكن مع ذلك هنالك أحوال يُعترف فيها بمشروعية القرار الإداري على الرغم من صدوره من دون طلب الرأي الاستشاري، أو حتى مخالفة الرأي لشكليات استلزمها القانون إلا أن القضاء يراها غير جوهرية.

وما سنحاول القيام به في هذا المبحث هو دراسة الأحوال التي يمكن أن يؤثر فيها الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري، بحيث يقود إلى وصفه بغير المشروع، وبخاصة إذا ما علمنا أن تقديم الرأي الاستشاري أو الأخذ به تتفاوت به سلطة مصدر القرار بين التقييد والتقدير، وتتفاوت أيضاً الأشكال التي قد يتطلبها المشرع في الرأي الاستشاري، وكذلك دراسة الأحوال التي يمكن للإدارة أن تصدر قرارها من دون الرأي الاستشاري أو حتى من دون توافر الشكالية القانونية فيه، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنخصص الأول لدراسة الأحوال التي يؤثر فيها الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري، في حين سنفرد الآخر لمبحث الأحوال التي لا يؤثر فيها الرأي الاستشاري على مشروعية القرار الإداري.

المطلب الأول

أحوال تأثير الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري

لقد بينا فيما سبق أن الرأي الاستشاري هو إجراء تمهيدي قد يستلزم المشرع من الإدارة (الجهة المستشارة) أن تستوفيه قبل إصدار القرار الإداري، وقد يتطلب المشرع من الجهة المستشارة أن تراعي، عند تقديم الرأي الاستشاري، شكليات معينة كأن تتعلق بكيفية تشكيلها وعدد أعضائها ونصاب انعقادها...، مما يطرح التساؤل عن الأثر القانوني المترتب عن إخلال هاتين الجهتين بما يتطلبه المشرع وانعكاس ذلك على مشروعية القرار الإداري، وللإجابة عن هذا التساؤل سنخصص الفرعين الآتيين:

الفرع الأول - إصدار القرار الإداري من دون استشارة

يختلف موقف المشرع من مسألة ضرورة اقتضاء الرأي الاستشاري قبل إصدار القرار الإداري، وكذلك من مسألة التقيد بمضمون الرأي الاستشاري وعدم مخالفته عند إصدار القرار الإداري وذلك على أربعة أحوال، وهذا الاختلاف يترك أثره في الحكم القانوني المترتب على إصدار القرار الإداري من دون استشارة، أو إصدار القرار الإداري بمضمون مغاير لمضمون الاستشارة، وللوقوف على تفاصيل ذلك ندرس هذه الأحوال وأحكامها القانونية طبقاً لما يأتي:

أولاً: الرأي الاستشاري غير الملزم للإدارة في طلبه وفي مضمونه.

هو الذي لا يكون مصدر القرار ملزماً قانوناً بالحصول عليه قبل قيامه بإصدار قراره^(٤٦)، فله أن يصدر قراره من دون اخذ رأي أية جهة ، كما له الحق في اخذ رأي جهة ما من دون أن يكون ملزماً قانوناً برأيها فله أن يأخذ به كلياً أو جزئياً أو أن يطرحه جانباً، بل له حتى العدول عن اخذ الرأي قبل إبداءه^(٤٧). وتُقدّم الإدارة على هذا النوع من الاستشارة لغرض توسيع أفق ومدارك مصدر القرار بآراء جهة متخصصة بموضوع القرار قبل اتخاذه، أو الحاجة إلى أفكار جديدة ومبتكرة لمعالجة مواقف وممارسات قائمة تحتاج إلى أكثر من رأي، أو أن تكون هنالك حاجة إلى بحث موضوعي ومتعمق لمشكلات قائمة ومستجدة والوصول إلى حلول فعالة للتغلب عليها، أو الحاجة إلى رأي مستقل وغير متحيز لموقف يتطلب اتخاذ قرار بشأنه^(٤٨).

ومن كل ذلك يمكن القول أن الإدارة تلجأ إلى طلب الرأي الاستشاري في المجالات التي تجد نفسها بحاجة إلى خبرة مؤهلة بدرجة عالية من الكفاءة لمواجهة موقف معين له من الخطورة والأهمية بحيث يدفع الإدارة إلى رهن إصدار قرارها بطلب الرأي فيه لغرض وزن الملاحظات والظروف المحيطة باتخاذه، ولكي لا تكون قراراتها مطبوعة بطابع التسرع إضافة إلى رغبة الإدارة بتوسيع قاعدة المشاركة باستطلاع رأي هيئة أو جهة متخصصة قبل اتخاذ القرار^(٤٩).

وإذا أرادت السلطة الإدارية إجراء استشارة اختيارية فإنها تلتزم بأن تمد الجهة الاستشارية وفي الوقت المناسب بكل المعلومات الخاصة بموضوع الاستشارة^(٥٠).

ويجب أن لا يكون الرأي الاستشاري، كإجراء، مظهراً مزيفاً، ولو كان اختيارياً، بمعنى أن لا يكون مجرد عملية روتينية لا تقدم ولا تؤخر في عملية اتخاذ القرار - ولا يعني ذلك ضرورة أن تنقيد السلطة الإدارية بما يقدم إليها من آراء، وإنما يمكنها الاسترشاد بها، ثم إصدار قرارها بالمضمون الذي تراه، طالما كان ذلك لا يخالف القانون^(٥١).

وقد يتمتع على الإدارة اللجوء إلى طلب الرأي الاستشاري غير الملزم عندما تكون إجراءات اتخاذ القرار محددة بالكامل عن طريق النصوص القانونية المنظمة له، وهو ما يعني عدم إجراء أي استشارة غير منصوص عليها، وإلا كان القرار معيباً بعدم المشروعية^(٥٢).

ويكون الرأي الاستشاري غير ملزم للإدارة أما عن طريق نص قانوني يعطي السلطة الإدارية المختصة الحرية في طلب الرأي الاستشاري، أو أن لا ينص عليه القانون وإنما تطلبه الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة بهدف الوصول إلى القرار السليم والمستند إلى رأي أهل الخبرة^(٥٣).

وفي كلتا الحالتين لا تثريب على الإدارة إن أصدرت قرارها من دون أن تطلب الرأي الاستشاري أو طلبته إلا أنها لم تأخذ بمضمونه، إذ يوصف قرارها بالمشروعية من هذه الناحية لما تمتلكه من سلطة تقديرية في طلب الرأي الاستشاري أو مخالفته، علماً أن القوانين العراقية زاخرة بهذا النوع من الرأي الاستشاري، ونذكر

منها نص المادة (١٠) من قانون الجمعيات والكتليات الأهلية المرقم ١٣ لسنة ١٩٦٩ الذي خول مجلس التعليم العالي الأهلي إبداء الرأي بما تعرضه عليه الوزارة من أمور تتعلق بالجامعات والكتليات الأهلية قبل اتخاذ القرار بشأنها، وكذلك ما تضمنته المادة ٣٤ من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ التي أعطت الحق بموجبها للمحافظ بتأليف هيئة استشارية مكونة من سبع خبراء في الاختصاصات القانونية، والفنية، والمالية، لتتولى هذه الهيئة دراسة المواضيع التي يحيلها المحافظ لبيان الرأي فيها كل بحسب اختصاصه وتقدم توصياتها التحريرية بشأنها، كما أن الرأي القانوني المقدم من مجلس شورى الدولة طبقاً للفقرتين (أولاً و ثانياً) من المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل يندرج ضمن هذا النوع^(٥٤).

ولكن مع ذلك نجد أن الرأي الاستشاري وإن كان لا يلزم الإدارة، إلا أنه قد يكون ذا تأثير فعال عليها، وهي تأخذه بالاعتبار عادة عند إصدار قرارها، وفي كثير من الأحيان تلتزم به أدبياً باعتباره مبيناً على أسس علمية، وصادراً من أهل الخبرة والاختصاص.

ثانياً: الرأي الاستشاري غير الملزم للإدارة في طلبه والملزم لها في مضمونه.

وتكون سلطة الإدارة في طلب الرأي الاستشاري هنا تقديرية، فلها إن رأت ضرورة ذلك أن تطلب الرأي الاستشاري، ولها أن تصدر قرارها من دونه، ولكن أن اختارت الخيار الأول كانت سلطتها بالأخذ بالرأي الاستشاري مقيدة، إذ تلزم بمضمون هذا الرأي، فإذا خالفته في قرارها كان قرارها غير مشروع^(٥٥).

ومن أمثلة هذا النوع من الرأي الاستشاري ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، التي بينت صلاحيات المجلس في مجال تقديم الرأي والمشورة القانونية، بنصها على شمول اختصاص المجلس (إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها) وكذلك ما ورد في الفقرة الخامسة من المادة نفسها التي تنص على (إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة ... ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة الطالبة للرأي).

ثالثاً: الرأي الاستشاري الملزم للإدارة في طلبه وغير الملزم لها في مضمونه:

ويقصد به ذلك الرأي الاستشاري الذي تفرض النصوص القانونية على الإدارة الحصول عليه عندما تزمع اتخاذ قرار معين، بمعنى آخر أنه يشير إلى إلزام الإدارة بأخذ رأي جهة استشارية معينة قبل أن تصدر قرارها، ومن دون أن يلزمها بما تقدمه هذه الجهة من أراء، فالأصل أن الإدارة هنا حرة في التقيد بمضمون الرأي الاستشاري أو أن تصرف النظر عنه^(٥٦).

وينبغي أن يفهم أن المشرع لم يفرض هذا الإجراء على الإدارة ليكون مجرد عبئاً عليها، وإنما قصد من جعل الاستشارة إلزامية هي تحقيق علم الإدارة بهذا الرأي مما يجعلها تصدر قرارها وهي مطلعة على جوانبه كافة، وهذا ما يجنبها مواطن الخطأ قبل إصدار القرار الإداري، على أنه وفي كل الأحوال يتوجب على الإدارة أن تستطلع الرأي الاستشاري قبل إصدارها للقرار وألا عد ذلك القرار معيباً^(٥٧).

وكثير ما نجد في التشريعات المقارنة مثل هذا النوع من الرأي الاستشاري، فعلى سبيل المثال نجد الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ النافذ قد أوجب على الحكومة استشارة مجلس الدولة في كل مشاريع القوانين التي تقترحها^(٥٨)، وفي أغلب الأنظمة المهمة، وحتى في بعض القرارات الفردية المهمة، كما أن المادة ٣٠ من مرسوم ٧ كانون الثاني ١٩٥٩ استلزمت استشارة اللجنة المركزية لأشغال الدولة في الموضوعات المتعلقة بهذه الأشغال^(٥٩).

وفي مصر نجد أن المشرع قد ألزم جهة الإدارة بالتعرف على رأي مجلس الدولة مقدماً في بعض المسائل الهامة التي حددتها المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وكذلك ما أورده المادة ١٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية المصري رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٢ والتي أعطت بموجبها الحق لتلك الجمعيات أن تعمل في أكثر من ميدان بعد اخذ رأي الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية .

أما في العراق فلم نجد نصاً تشريعياً يجعل من الحصول على الرأي الاستشاري واجباً من دون الأخذ بمضمونه.

ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن الإدارة ينتهي التزامها عند طلب الرأي الاستشاري فان أصدرت قرارها من دون أن تستشير الجهة المعنية كان قرارها غير مشروع مما يجعله قابلاً للإلغاء من القضاء، أما عن اعتماد مضمون الرأي الاستشاري في قرارها فهو يندرج ضمن سلطتها التقديرية فلها أن تأخذ بالرأي الاستشاري ولها أن لا تأخذ به.

ثالثاً: الرأي الاستشاري الملزم للإدارة في طلبه ومضمونه:

تكون السلطة الإدارية في هذا النوع من الرأي الاستشاري ملزمة بطلب رأي جهة استشارية معينة عندما تزمع اتخاذ قرار معين، وتلزم في الوقت نفسه بما تسفر عنه هذه الاستشارة من رأي^(٦٠)، بمعنى أن القرار الإداري الذي يصدر من الإدارة يتحدد بالرأي الاستشاري بحيث لا يجوز للإدارة الخروج عنه أو مخالفته أو إهماله أو حتى تعديله، فالرأي الاستشاري في هذه الحالة هو الذي يحدد القرار الإداري^(٦١).

أن هذه الصورة من صور الاستشارة تترك أثراً مباشراً على القرار الإداري بحيث يتمتع على الجهة الإدارية اتخاذ قرار مخالف للرأي الاستشاري، وتستند قوة الرأي الاستشاري في هذا المجال إلى النص القانوني الذي يوجبه، لأن المشرع، يستلزم الحصول عليه من دون أن يتوقف ذلك على رضا الإدارة وموافقتها، وإذا ما

رأت الإدارة أن الرأي الاستشاري المقدم إليها غير مناسب فليس أمامها إلا التخلي عن إصدار هذا القرار، ولا يمكنها أن تطلب تقديم رأي جديد بدلاً من الرأي المقدم إليها، إلا إذا قررت النصوص القانونية إمكانية ذلك^(٦٢).

وتعد المخالفة الناجمة عن عدم الالتزام بالرأي الاستشاري الملزم مخالفة شكلية جوهرية يتعين أتمامها قبل إصدار القرار الإداري، وذلك سواء بالنسبة إلى العيب الذي يصيب الرأي أم بالنسبة إلى العيب الناجم عن عدم المطابقة بين محتوى الرأي والقرار الصادر بناء عليه^(٦٣).

وان وجود مثل هذا النوع من الاستشارات لا يعني أن هنالك تشاركاً في الاختصاص ولذلك فإنه يبقى منعقداً للجهة صاحبة الاختصاص الأصيل، والدليل على ذلك أن الجهة الإدارية تستطيع أن تمتنع نهائياً عن إصدار قرار دونما معقب عليها بذلك من الجهة صاحبة الرأي الاستشاري^(٦٤).

صفوة القول أن السلطة الإدارية ليست معنية في هذا النوع بطلب الرأي الاستشاري فقط، وإنما يجب الأخذ بمضمونه شريطة النص الصريح على ذلك من قبل المشرع^(٦٥).

الفرع الثاني - مخالفة شكليات الرأي الاستشاري

قد يتطلب المشرع شكليات معينة في الرأي الاستشاري، منها ما يتعلق بصياغة الرأي الاستشاري المقدم إلى الجهة المستشارة، ومنها ما يتعلق بكيفية وضع الرأي الاستشاري من الجهة المستشارة، مما يعني أن عدم استيفاء هذه الشكليات سيقود إلى عدم مشروعية القرار الإداري الصادر استناداً إلى هذا الرأي، وللتعرف على تفاصيل هذه الشكليات سندرسها على وفق الآتي:

أولاً: الشكليات المتعلقة بصياغة الرأي الاستشاري:

قد يلزم القانون الجهة المستشارة بشروط شكلية يتعين أن تراعيها عند تقديم رأيها إلى الجهة المستشارة، ومن هذه الشروط تسبب الرأي الاستشاري، ولا يختلف معنى التسبب هنا عن معناه في القرار الإداري إذ يقصد به قيام الجهة المستشارة بالإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التي كانت وراء اتخاذ رأيها، بمعنى آخر هو قيام الجهة المستشارة بذكر الدوافع التي لأجلها قدمت رأيها^(٦٦).

ولتسبب الرأي الاستشاري أهمية كبيرة تتجسد في تمكينه الجهة المستشارة من الإحاطة بالأسباب التي دفعت إلى أن يأخذ رأي الجهة المستشارة المنحى الذي قدم به، وبالتالي تستطيع أن تعمل سلطتها التقديرية في تقييم هذا الرأي الاستشاري ووزن الحجج التي قام عليها لتقرر بعد ذلك الأخذ به في قرارها أو طرحه جانباً، وحتى عندما تكون الجهة المستشارة ملزمة بالأخذ بالرأي الاستشاري فإن لها إن لم تقتنع به أن تصرف نيته عن إصدار القرار الإداري ما لم تكن سلطتها مقيدة بإصداره^(٦٧).

وعلى الرغم من هذه الأهمية، فإن تسبب الرأي الاستشاري لا يتطلب إلا حينما ينص القانون على ذلك، إذ القاعدة العامة في هذا الشأن أن الشكل أو الإجراء، ومنه التسبب، لا يكون ملزماً إلا عندما يوجبه

القانون^(٦٨)، كما هو الحال في فرنسا بالنسبة إلى المجلس الأعلى للوظيفة العامة، عندما يجتمع كلجنة للطعن، وكذلك بالنسبة إلى اللجنة الإقليمية للضرائب، أما في العراق فلم نجد نصاً قانونياً يوجب تسبيب الرأي الاستشاري^(٦٩).

ومن الجدير بالذكر هنا أن قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٩ لم يحدد شكل أو مشتملات الرأي القانوني الصادر من مجلس شورى الدولة، وإنما توأصفت سوابق المجلس منذ تأسيسه على الصيغة التي يصدر بها الرأي، بما يتفق مع القواعد العلمية التي تحكم إجراءاته، فحيثيات الرأي تتمثل بمجموعة الأسانيد القانونية من النصوص التشريعية وغيرها التي استند إليها المجلس في التدليل إلى ما خلص إليه من رأي، والتي تحقق الاتساق المنطقي لرأيه .

أما عن كتابة الرأي الاستشاري فهي الأخرى قد يوجبها القانون على الجهة المستشارة كما في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ الذي تطلب في المادة (٣٤/ثالثاً) من الهيئة الاستشارية في المحافظة بتقديم توصياتها مكتوبة إلى المحافظ، بمعنى أن تلتزم هذه الأخيرة بتقديم رأيها مكتوباً إلى الجهة المستشارة بمقتضى نص القانون، فإذا قدمته شفاهاً عد ذلك مخالفة شكلية جوهرية تؤثر حتماً في مشروعية القرار الإداري الصادر استناداً إليها مما يجعله قابلاً للإلغاء من قبل القضاء الإداري. خلاصة القول أن التسبيب والكتابة من الشكليات الجوهرية الواجب مراعاتها في تقديم الرأي الاستشاري، وبخلاف ذلك يقود إلى وصف القرار الإداري الصادر استناداً إلى هذا القرار بغير المشروع.

ثانياً: الشكليات المتعلقة بتقديم الرأي الاستشاري:

قد تتضمن النصوص القانونية أحكاماً تتعلق بتشكيل اللجان الاستشارية، وكيفية انعقادها، والنصاب القانوني اللازم لتقديم آرائها وتوصياتها، ومن يتولى رئاستها، وشروط العضوية فيها، وسرية جلساتها وعلاقتها، مما يطرح التساؤل عن تأثير مخالفة هذه الشكليات في مشروعية القرار الإداري. تتحدد مرجعية الإجابة عن هذا التساؤل بالقضاء الإداري بوصفه الجهة التي يناط بها أصلاً تحديد ما يعد من الأشكال الجوهرية ومن الأشكال غير الجوهرية.

فبخصوص مراعاة عدد اللجنة نجد أن الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في العراق قضت في حكم لها بأن (الشكلية من النظام العام وإن عدم مراعاة عدد أعضاء اللجنة بالزيادة أو النقصان يعد انتهاكاً للشكلية التي أوجبها القانون، وترتب بطلان القرارات التي تصدر بناء على رأي اللجنة وتوصياتها)^(٧٠)، وهو ما قضى به أيضاً مجلس الانضباط العام بقوله (أن التحديد التشريعي لعدد أعضاء اللجنة تحديد أمر، فلا يجوز النقص أو الزيادة فيه، وبناء على ذلك يبطل تشكيل كل لجنة تتكون من عدد يقل أو يزيد عما حدده القانون... لما تقدم قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلغاء الأمر الوزاري لمخالفته الشكلية المنصوص عليها في القانون)^(٧١).

وكذلك عدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن التشكيل غير القانوني للجهة الاستشارية يجعل من القرارات الإدارية الصادرة استنادا إلى أرائها باطلة، وذلك عندما أوجب القانون أخذ رأي لجنة الفحص العلمي ومجلس القسم والكلية والجامعة بشأن تعيين الأساتذة في الجامعات إذ تقول في احد أحكامها (...ولا يستقيم الرأي منها كذلك إلا إذا صح تشكيلها ابتداء... ولو صدرت بالإجماع، وفساد رأي أي منها ينسحب إلى القرار الصادر بناء عليه والقرارات التي تعقبه أو تستند إلى وجوده، إذ كل منها بمثابة الأساس لما بعده، وهي جميعها حلقات متكاملة يتركب من مجموعها القرار الأخير)(^{٧٢}).

وبالنسبة إلى حضور شخص أجنبي اجتماع اللجنة الاستشارية فإن حكم القضاء بعبء جوهريا أو عدم عبء يتفاوت بحسب كل حالة، ولكن اللجان التحقيقية، بصفة عامة، يعيب توصياتها أن يشترك في المداولة شخص أجنبي ليس عضواً فيها، وهذا ما أفصحت عنه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية بقولها في احد أحكامها (...أن العضو المراقب ليس له حق التصويت، وأن هذه التشكيلة تجد سندها في التعليمات الصادرة من وزارة التربية ... حيث أن الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة ترى إن وجود عضو رابع في اللجنة التحقيقية التي أوصت بفرض العقوبة بحق المعارض ولو كان بصفة مراقب فيه مخالفة صريحة للشكلية ... وأن الشكلية من النظام العام ولا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال حتى لو كانت المخالفة مبنية على تعليمات صادرة من وزارة التربية، لأن الغاية من التعليمات توضيح النص القانوني وليس الإضافة إليه أو تعديله، كما إن وجود العضو المراقب في اللجنة، وأن كان ليس له حق التصويت فإنه قد يؤثر في توصيات اللجنة التحقيقية، لذا قرر نقض القرار)(^{٧٣}).

أما عن اجتماع اللجنة الاستشارية فنجد في قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الهيئات الاستشارية طلبت من أعضائها التصويت على موضوع معروض عليها لتبدي رأيها بشأنه، وأرسلت خطابا لكل منهم، وتم التصويت بهذه الطريقة، أي من دون اجتماعها، وأصدرت الجهة الإدارية قرارها بناء على ذلك، ولما طعن أمام مجلس الدولة الفرنسي في هذا القرار قضى بعدم مشروعيته لمخالفة الاستشارة لمبدأ (جماعية المداولة)(^{٧٤})، وكذلك ما قضى به مجلس الدولة المصري من (أن العضو الذي ينسحب من المجلس ليؤدي صلاة حان وقتها لا يعتبر غائبا عن الجلسة، بل حاضرا فيها يتعين اخذ صوته، وإغفال ذلك يبطل إجراء اخذ الأصوات)(^{٧٥}).

أما عن دعوة أعضاء اللجنة الاستشارية للاجتماع فنجد مجلس الدولة المصري يؤكد على وجوب دعوة الأعضاء كافة إلى الاجتماع (فإذا قصرت الدعوة على عدد من الأعضاء يكمل به النصاب دون الباقيين كان انعقادها باطلا)(^{٧٦}).

وكذلك أقرت محكمة القضاء الإداري في مصر بضرورة مراعاة النص القانوني بخصوص رئاسة اللجنة خلال الاجتماع فتقول في حكم لها (.. أن رئاسة مجلس الكلية لها من الأهمية في نظر الشارع ما رأى معها

جعلها مقصورة على العميد، فإذا غاب قام مقامه فيها وكيل الكلية، لهذا لا يجوز أن يتولاها غيرهما ولو كان أقدم الأعضاء ما دام القانون لم ينص على جواز أن يتولاها غيرهما ولو كان أقدم الأعضاء...^(٧٧).

المطلب الثاني

الأحوال التي لا يؤثر فيها الرأي الاستشاري على مشروعية القرار الإداري

إذا كانت هنالك أحوال يؤثر فيها الرأي الاستشاري في مشروعية القرار الإداري الصادر استنادا إليه، فإن هنالك أحوال لا تتأثر فيها مشروعية القرار الإداري بالرأي الاستشاري سواء بعدم استيفاء الرأي الاستشاري الذي أوجبه القانون قبل إصدار القرار أم الاستناد في إصدار القرار إلى رأي استشاري قدم بخلاف الشكليات التي أوجبها القانون، وللوقوف على تفاصيل هذه الأحوال سندرسها بحسب الفروع الآتية:

الفرع الأول - مخالفة الشكليات غير الجوهرية

فيما سبق بينا أن الأصل العام أن مخالفة الشكلية تؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري، مما تجعله عرضة للإلغاء من القضاء، باعتبار الشكلية ضمانا مقررة للمصلحة العامة، وإن إهمالها فيه هدر لهذه المصلحة^(٧٨).

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي خفف من حدة هذه القاعدة، فهو لم يعمل بها على إطلاقها حتى لا يغرق الإدارة في خضم الشكليات، مما يقود إلى عرقلة العمل الإداري وتعقيده، لذا نراه انتهج لنفسه نهجا وسطا بين التشدد في التمسك بقواعد الشكل والإجراءات إلى الحد الذي يعرقل العمل الإداري ويحد من نشاط الإدارة، وبين السماح للإدارة بعدم مراعاة القواعد الشكلية والإجرائية إلى الحد الذي يؤدي إلى إهدار المصالح العامة، وذلك عن طريق التفريق بين الشكلية الجوهرية (Formalités substantielles) والشكلية غير الجوهرية (Formalités non substantielles)، إذ قصر تأثير الأشكال الجوهرية فقط في مشروعية القرار الإداري، أما غير الجوهرية فليس لها من تأثير على هذه المشروعية فيما إذا لم تستوفها الإدارة^(٧٩).

ومما تجدر الإشارة إليه أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقدم معيارا حاسما يمكن الاستناد إليه لتمييز الأشكال الجوهرية من الأشكال غير الجوهرية، مما دفع فقه القانون الإداري إلى تقديم عدد من المعايير مثل مدى إلزامية الشكلية المقررة، ومعيار المصلحة التي يبتغي المشرع تحقيقها من اقتضاء الشكلية، وتأثير الشكلية في مضمون القرار الإداري، ونجد أنفسنا في غنى عن دراستها، إذ تناولت شرحها بالتفصيل كتب القضاء الإداري^(٨٠)، سوى أن نشير إلى أن الرأي الراجح وسط الفقه الفرنسي والمصري والعراقي يتجه إلى وصف الشكل بالجوهري في حالتين هما:

١. إذا نص القانون صراحة على اعتبار الشكل جوهريا، وقرر البطلان جزاء لمخلفته.
٢. إذا ما كان الشكل مقررًا لمصلحة الأفراد، أو من شأن تخلفه الإخلال بضماناتهم تجاه الإدارة^(٨١).

وعلى كل حال تبقى مسألة تقرير ما يعد من الشكل جوهريا وما لا يعد متروكا للقضاء المختص بالنظر في مشروعية القرار الإداري، والقضاء يقرر كل مسألة على حدة فيما إذا كان الشكل الذي تجاهلته الإدارة في قرارها جوهريا أو ثانويا^(٨٢).

وفيما يخص موضوعنا نجد هنالك شكلية ينزلها القضاء الإداري منزلة الإجراءات غير الجوهرية وبالتالي لا يتأثر القرار الإداري بها أن لم تستوف، فعلى سبيل المثال لا يقرر مجلس الدولة الفرنسي عدم صحة القرار المطعون فيه لكون المحضر لا يشير إلى صفة أعضاء اللجنة الاستشارية، أو يتضمن ما دار بها من مناقشات، أو الإشارة إلى أن الرأي صدر بأغلبية الأصوات^(٨٣). والشيء نفسه قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر حينما نصت في احد أحكامها على أن لا وجه للنعي على قرار لجنة شؤون الموظفين بالبطلان لعدم تحرير محضر لاجتماعها يتضمن ما دار فيها من مناقشات، وذلك لان تحرير هذا المحضر ليس من الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان^(٨٤)، كما قضت المحكمة نفسها بان (الأستاذ رئيس القسم .. قد أبدى رأيه في الإنتاج العلمي للمتقدمين لشغل الوظيفة المتنازع عليها، وكان عضوا باللجنة الثلاثية، ومن ثم فان عدم عرض الأوراق عليه بصفته رئيس القسم لا يؤدي إلى البطلان لان رأيه كان حاضرا في الأوراق عند عرض الترشيح على مجلس الكلية)^(٨٥).

أما بخصوص القضاء الإداري العراقي فلم نوفق بالحصول على أحكام له تبين ما يعده من الشكليات غير الجوهرية ضمن شكليات الرأي الاستشاري.

الفرع الثاني - التنازل عن الشكلية أو تعذر إتمامها بسبب قوة قاهرة أو ظرف استثنائي

في حالات معينة يبقى القضاء الإداري على القرار الإداري الطعين من دون أن يلغيه على الرغم من عدم استيفاء الشكليات القانونية في الاستشارة التي استند إليها في إصدار القرار، ومنها تنازل صاحب الشأن عن الإجراء الشكلي المقرر لصالحه، واستحالة إتمام الشكليات بسبب قوة قاهرة أو ظرف استثنائي، ونفصل الحديث عنها طبقا لما يأتي:

أولاً: تنازل صاحب الشأن عن الإجراء الاستشاري المقرر لصالحه:

أن القضاء الإداري في فرنسا مستقر منذ أمد بعيد على رفض إلغاء القرار الإداري إذا تنازل صاحب الشأن عن شكلية مقررة لصالحه، سواء تعلقت هذه الشكلية بالرأي الاستشاري أم بغيرها من الشكليات، إذ تتطلب بعض الإجراءات والشكليات الجوهرية لإتمامها قيام الفرد صاحب العلاقة بدور ايجابي لتمتكن الإدارة من إتمام تلك الشكليات والإجراءات الجوهرية، فإذا ما قام الفرد بدور سلبي أعاق بموجبه إمكانية الإدارة من إتمام الشكل والإجراء الجوهري المطلوب، عندئذ ليس من المنطق والمعقول، بحسب رأي مجلس الدولة الفرنسي، أن يعطى له الحق بالتمسك بالبطلان الذي سببه بنفسه^(٨٦).

ومن ذلك ما قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية القرار الصادر من الوزير المختص بتعيين أعضاء من مجلس إدارة بنك وطني، والذي يتعين أن يتم بناء على اقتراح الاتحاد العام للزراعة، وفقا لما تقرره المادة ٩ من القانون الصادر في ٢ كانون الثاني (ديسمبر) ١٩٤٥ ، من دون ترشيح منها ، حيث قدمت اقتراحها بترشيح اسم واحد فقط ورفض ترشيح اسم آخر، على الرغم من دعوته إلى ذلك ، مما يعد تنازلا ضمينا من جانبها عن هذه الضمانة^(٨٧).

وفي مصر نجد هنالك أحكاما للمحكمة الإدارية العليا تأخذ المنحى ذاته لمجلس الدولة الفرنسي إذ تنتج فيها إلى أن قبول صاحب الشأن مخالفة قواعد الشكل والإجراءات التي وقعت في حقه تحول دون إلغاء القرار الإداري فعلى سبيل المثال تقول في احد أحكامها (...وما دامت المدعية قد سمحت للنيابة الإدارية بتفتيش مسكن المدرسات بالمدرسة التي كانت تعمل وتقيم بها، ... وما دام لم يثبت أن رضاء المدعية كان مشوباً بعيب من العيوب المفسدة للرضاء ، فإن المجادلة في صحة هذا التفتيش تصبح غير ذات موضوع، إذ الرضاء الصحيح بهذا التفتيش يقطع المجادلة لو صح أن لها في الأصل وجهاً قانونياً)^(٨٨). وفي حكم آخر أكدت المحكمة الإدارية العليا فيه هذا الأمر، بقولها أنه لا وجه للنعي على الجزاء الموقع على المدعي بحجه أنه تم بناء على تحقيق معيب، إذا استبان أن هذا التحقيق قد تم على النحو الذي يتطلبه القانون واستوفى قواعده الأساسية التي يجب توافرها من التحقيقات عامة، فقد حقق الضمان للمدعي لإبداء دفاعه وبيان ما قد يكون لديه من أدله وقرائن على صحة شكواه، وإذا كان المدعي قد امتنع على أبداء أقواله وبيان دفاعه للأسباب التي ساقها ، فإنه قد فوت على نفسه ولا يولمن إلا نفسه...^(٨٩).

أما عن رأينا بخصوص هذا الاستثناء فنقول أن مقتضى وصف قواعد الشكل والإجراء من النظام العام هو عدم جواز التنازل عن هذه الشكليات سواء من طرف الإدارة أم من طرف الأفراد، وهذا الرأي يتسق تماما مع رأي محكمة القضاء الإداري في مصر عندما نصت في احد أحكامها على انه (من المقرر فقها وقضاء أن الأصل في الشكليات والإجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع، فهي تمس الصالح العام، لذلك لا يؤدي قبول ذوي الشأن للقرار المعيب إلى تصحيح العيب وزوال البطلان)^(٩٠).

ثانيا: استحالة إتمام الشكليات بسبب قوة قاهرة:

إذا استحال بصورة مطلقة على الإدارة مصدرة القرار أتمام الشكلية المتعلقة بالرأي الاستشاري بسبب قوة قاهرة خارجة عن إرادتها، فأنها تستطيع إصدار قراراتها من دون مراعاة هذه الشكلية^(٩١).

وتتحقق القوة القاهرة، في حادث مفاجئ وغير متوقع وخارج عن إرادة الإدارة مصدرة القرار ، ومثاله عدم أتمام الإجراء الخاص باستشارة هيئة معينة، على وفق ما يقتضيه القانون، بسبب ترك أعضائها لقاعة الجلسة، أو بسبب رفضهم أبداء الرأي في الموضوع المطروح عليهم، أو بسبب وضعهم العقبات أمام السير

الطبيعي للجلسة أو بسبب تكرار تغيب أحد الأعضاء الذي يكتمل به النصاب عمداً بقصد منع اللجنة من اتخاذ قرار معين في الموضوع المعروض ، وقد تكون الاستحالة بسبب ظروف قانونية كأن يكون النص القانوني المنشور للجهة الاستشارية قد الغي، أو لم يطبق بعد، أو لم تصدر اللائحة التنظيمية اللازمة لتطبيقه^(٩٢).

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسية في هذا الشأن حكمه الصادر في ٣٠ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٥٩ الذي يفيد بأنه (إذا كانت الهيئة الاستشارية المطلوب استشارتها لم تشكل لان الأعضاء الممثلين فيها قد الغي تمثيلهم ...، فإنه لا يجوز الاستناد في طلب الإلغاء إلى عدم مراعاة هذا الإجراء لوجود استحالة خارجة عن إرادة الإدارة منعتها من أتمام هذا الإجراء^(٩٣).

وفي مصر نجد المحكمة الإدارية العليا تميل أيضاً إلى اعتماد هذا الاستثناء في أحكامها وأية ذلك ما قضت به في احد أحكامها بالقول (أن الثابت من الأوراق أن اخذ رأي القسم المختص كان من المستحيل إجراؤه بسبب الخلافات الشديدة التي كانت محتدمة بين ما يقرب من نصف أعضائه وبين رئيسه، وقد ثبت استحالة اخذ رأي مجلس القسم في تشكيل اللجنة العلمية بسبب هذه الخلافات من خلال مناقشات مجلس الجامعة، ومن ثم فإنه لا محل للبطلان في هذه الحالة ،فان الضرورة الملجئة لتفادي هذا الوضع الشاذ تبيح المحذور، فلا جرم أن يستوفي قرار تشكيل اللجنة العلمية شكله القانوني في هذه الحالة، بالاكتماء بأخذ رأي مجلس الكلية وموافقة مجلس الجامعة)^(٩٤).

وحسنا فعل القضاء الإداري في فرنسا ومصر بتقرير هذا الاستثناء، إذ ينبغي أن لا تكون هذه الاستحالة عائقاً أمام إصدار القرار الإداري، وبالتالي إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، والمتمثلة هنا في تحقيق عمل المرفق العام بانتظام واطراد، وبخاصة انه لا يد للجهة الإدارية مصدرة القرار بتحقيق هذه الاستحالة.

ثالثاً: تعذر إتمام الإجراء الاستشاري بسبب الظروف الاستثنائية:

إن مواجهة الظروف الاستثنائية تقتضي التصرف الحاسم والسريع من جانب الإدارة، وبالتالي يصبح التمسك الحرفي بقواعد الشكل في هذه الظروف عائقاً في تحقيق فاعلية الإدارة في التصدي للظروف الاستثنائية^(٩٥).

وإزاء هذه الحقيقة يقر القضاء الإداري باتساع سلطات الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية عنه في ظل الظروف الاعتيادية، إذ أن مواجهة ظروف غير اعتيادية (استثنائية) لابد وان تكون بوسائل غير اعتيادية (استثنائية) أيضاً، وإلا تعرض الأمن والنظام وسلامة المجتمع للخطر والانهيار^(٩٦).

ويقر القضاء الإداري، في مجال موضوعنا، بمشروعية القرارات الإدارية على الرغم من ثبوت تجاهل الإدارة فيها لبعض الإجراءات والشكليات الجوهرية، وذلك لصدورها في ظل الظروف الاستثنائية، في حين لو صدرت هذه القرارات في الظروف الاعتيادية لتصدى لها القضاء الإداري حتماً لها بالإلغاء^(٩٧).

ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في ١٦/٥/١٩٤١ الذي قرر فيه مشروعية قرار المحافظ بوقف احد رؤساء المجالس البلدية عن العمل دون مراعاة الإجراءات الشكلية المقررة في هذا الشأن بسبب الظروف الاستثنائية^(٩٨)، وكذلك حكمه الصادر في قضية (Briffard) الصادر في ٢٤/٤/١٩٥٤ الذي أعفى الإدارة من محاولة الاتفاق الودي والإجراءات الاستشارية التي يتعين اتخاذها قبل صدور القرار إعمالاً للقانون الصادر في ١١ / ٧ / ١٩٣٨، عندما تواجه الإدارة ظروفًا استثنائية^(٩٩).

الخاتمة

من خلال ما مر بنا يتضح بجلاء ما للرأي الاستشاري من أهمية كبيرة في توجيه القرارات الإدارية الوجهة الصحيحة والمحققة لمصلحة المرافق العامة، عبر رد الجهات الإدارية المصدرة لها بالآراء الرشيدة الصادرة من أناس وجهات ذي خبرة ودراية في المجالات المختلفة التي تغطيها تلك الآراء.

ورغبة من المشرع بعدم تفويت الفوائد المتحققة من طلب الرأي الاستشاري، والحيلولة دون إهمال الجهات الإدارية في هذا الجانب، فانه يفرض عليها استحصال الرأي الاستشاري قبل إصدارها قراراتها الإدارية، مما يعني أن الرأي الاستشاري هو إجراء تمهيدي ينبغي استيفاءه قبل إصدار القرار الإداري وإلا عد القرار غير مشروع مما يجعله قابلاً للإلغاء من القضاء، مع ملاحظة أن التشريع الذي يوجب الرأي الاستشاري قد يكون الدستور أو التشريع الاعتيادي أو التشريع الفرعي.

ولكن بتمحيص موقف التشريعات من الرأي الاستشاري سواء العراقية منها أو المقارنة نستطيع تحديد أربعة اتجاهات لها في هذا الشأن، الأول أن يجعل المشرع للإدارة سلطة الخيار في طلب الرأي الاستشاري والأخذ بمضمونه، وهذه الصورة الأكثر شيوعاً وسط التشريعات العراقية، والثانية أن يقتضي المشرع من الإدارة طلب الرأي الاستشاري في حين لا يلزمها بالأخذ بمضمونه، والثالثة هو أن يلزمها بالرأي الاستشاري حينما تختار طلب الرأي الاستشاري، والرابعة أن يلزمها في طلب الرأي الاستشاري وفي الأخذ بمضمونه، فإذا لم تراعى إرادة المشرع في طلب الرأي أو في اعتماد مضمونه كان ذلك عيباً جوهرياً في عنصر الشكل والإجراء في القرار الإداري.

وفي سبيل التخفيف من غلواء الأثر المترتب على عدم استيفاء الرأي الاستشاري في القرار الإداري، فإن القضاء الإداري وبخاصة في فرنسا ومصر اوجد حالات تعفى فيها الإدارة من استيفاء قواعد الشكل ومن دون أن يكون لذلك من تأثير في مشروعية القرار الإداري، وهي حالة تعذر استيفاء الشكلية في الرأي الاستشاري بسبب قوة قاهرة أو بسبب ظرف استثنائي، وكذلك تنازل صاحب العلاقة عن الشكلية المقررة لمصلحته، وقد كان لنا رأي في هذه الحالة الأخيرة وبيننا أن الاعتراف بان قواعد الشكل من النظام العام تحول دون القبول بالتنازل عن الشكلية سواء من قبل الإدارة أم من قبل الأفراد.

وما يمكن تقديمه من توصيات في مجال بحثنا هذا نوردها في الآتي:

١. بالنظر إلى الأهمية المتزايدة للرأي الاستشاري مع ازدياد وتوسع النشاط الإداري، ندعو المشرع العراقي إلى التوسع في الأخذ بالرأي الاستشاري الملزم، وبخاصة في طلبه، وعدم ترك الخيار الكامل للإدارة باللجوء إلى طلب الرأي الاستشاري كما هو سائد في الوقت الحالي، وبرز تمثيل لذلك اختصاص مجلس شورى الدولة في تقديم الرأي القانوني الذي أوردت صوره المادة السادسة من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ النافذ، إذ جعل المشرع من اللجوء إلى مجلس شورى الدولة لطلب رأيه اختياريا للجهات الإدارية مهما بلغت أهمية الموضوع المراد إصدار القرار بشأنه.

٢. بما أن الرأي الاستشاري يقوم على فكرة التعاون والمشاركة بين الجهة المستشارة والجهة المستشارة، نرى ضرورة إلزام الجهة المستشارة، في حالة عدم أخذها بمضمون الرأي الاستشاري غير الملزم، بتبيان مبررات موقفها هذا، مع إعطاء الحق للجهة المستشارة في الرد على هذه المبررات، وفي كل الأحوال يبقى الحق للجهة المستشارة إذا اقتنعت بموقفها أن تصدر قرارها الإداري.

٣. بهدف تحقيق استقلال الهيئات الاستشارية عن الجهة الإدارية المستشارة بحيث لا تكون تلك الهيئات خاضعة لتأثيراتها وأهوائها، ينبغي توفير الضمانات اللازمة لذلك، ومنها عدم خضوع أعضاء الهيئة الاستشارية للسلطة التأديبية للجهة المستشارة، وإلزامها بتسبيب رأيها الاستشاري، فضلا عن إيجاد الرقابة الفعالة على عمل الهيئات الاستشارية.

قائمة الهوامش

- (١) لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، المكتبة الشرقية ، بيروت ، ص ٤٠٢.
- (٢) الطاهر احمد الزاوي ، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ، ج ٢ ، ط ١ ، ص ٢٨١.
- (٣) لويس معلوف ، المرجع السابق ، ص ٤٠٨.
- (٤) د. نجيب اسكندر إبراهيم ، الاستشارة الإدارية في المجتمع العربي ، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، ١٩٨٥ ، ص ١٥.
- (٥) محمد شاكر عصفور ، أسس الاستشارة الإدارية ، ١٩٨١ ، ص ١٤.
- (٦) د. مصطفى احمد الدايموني ، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري ، دراسة مقارنة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٥٠ وما بعدها.
- (7) AuBY.J.M.,(institution administrative),Daloz,4ed,p5.
- (8) M. Kub. management consul tin. Agued to the profession Geneva. ED3. 1976,p31

(٩) إن تقديم الرأي الاستشاري يمر بمرحلتين هما:

. مرحلة تحديد المشكلة: ويكون ذلك بالتعرف على حقيقة المشكلة ، ومن ثم تحليلها عن طريق متابعة ورصد ما يحدث في بيئة القرار، من خلال مراجعة الحسابات والتقارير وتقييم الأداء. وتحليل المشكلة باتخاذ الحل عن طريق التعرف على عناصر المشكلة والتعرف على العامل الاستراتيجي في حلها بعد التعرف على السبب الحقيقي أي تشخيص المشكلة.

مرحلة حل المشكلة: وتبدأ بتحديد البدائل المتاحة لحل المشكلة ،ويطلب ذلك توافر كمية من المعلومات والبيانات والإحصاءات، إضافة لما يطرحه المستشارون سواء كانوا أفراداً أم هيئات من حلول لها، وعند تعدد البدائل يصار إلى مصدر القرار الذي يقيّمها بتحديد مزايا وعيوب كل بديل ،والآثار المتوقعة عند اختياره وتطبيقه.

WILLIAM J .Gore. Administrative Diction-Making A heuristic mode.LONDON.p36-38.

د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١١، ٢٧٧.

(١٠) د. حسين عثمان ، القانون الإداري (أعمال الإدارة العامة) ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ ، ص٢٧.

(١١) د. عصام نعمة إسماعيل ، الطبيعة القانونية للقرار الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٩ ، ص٢٦.

(١٢) د.سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة،الإسكندرية ، بلا سنة طبع، ص٩٩/.الصادق حسين ضو محمد البهليل ، اثر الإجراءات التمهيدية في تحديد مشروعية القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق/جامعة عدن ، ٢٠٠٣ ، ص٨ وما بعدها .

(١٣) محمد يسري قنصوة و د.احمد رشيد ، التنظيم الإداري وتحليل النظم ، دار النهضة العربية ،القاهرة ١٩٧٢، ص١٠٧ وما بعدها.

(14) AUBY.J.M,Q.op.cit.p 61-62.

(١٥) د. صلاح الدين فوزي ،الجوانب القانونية للاستطلاعات الرأي العام السياسي ، دار النهضة العربية ١٩٩٢، ص٤.

(١٦) نقلاً عن د.عادل حسن و د. مصطفى زهير ،الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، بيروت، بلا سنة طبع، ص٣٦٣.

(١٧) د.احمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه ودوره في السياسة العامة، مكتبة غريب، القاهرة ، بلا سنة طبع، ص٤٢ وما بعدها. / شيلدون ار. جاوايزر ، دليل الصحفي إلى استطلاعات الرأي العام ، ترجمة هشام عبد الله ، دار الأهلية للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٩٧ ، ص٨٧.

(١٨) طارق احمد المنصوب ، أهمية استطلاع الرأي العام، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.algomhoriah.net ، تاريخ الرجوع للمقال ١/٥/٢٠١٣.

- (١٩) د. نزار ميهوب، الرأي العام .. صوت الشعب، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.ipra-ar.org/alpha/topic/view.php?id=21 ، تاريخ الرجوع للمقال ٢٠١٣/٥/٢.
- (٢٠) د. حمدي أبو نور السيد عويس، العربي، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.
- (٢١) بيير حنا إيواز، إدارة استطلاعات الرأي العام ، المجلة البطيريركية السريانية، نيسان، دمشق، ٢٠٠٧، منشور على الموقع الالكتروني www.arkawa.com ، تاريخ الرجوع للبحث ٢٠١٣/٤/١٤.
- (٢٢) د. حمدي أبو نور السيد عويس، المرجع السابق، ص ٣٠٨.
- (٢٣) د. محمود جمال الدين زكي ،الخبرة في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠، ص ١٢ و ص ٣٦.
- (٢٤) اريك نيم جسيبر ، (القانون والخبرة ومجتمع المخاطر) ، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ع ١٤، ٢٠٠٧، ص ٤٠ وما بعدها.
- (٢٥) في حكم لمحكمة التمييز في العراق تقول فيه (إذا احتاجت محكمة الموضوع لإصدار حكمها إلى خبرة تقوم بتعيين الخبراء وفقا لإحكام القانون). قرار ٣١/مدنية أولى/٧٢ في ١٩٧٢/٢/٢٤ أورده إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الإثبات ، ص ٢٦.
- (٢٦) حسين خضير الشمري، الخبرة في الدعوى المدنية، مكتبة السنهوري، ط ١، بغداد، ٢٠١٢، ص ٦٨، ٦٧.
- (٢٧) إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٦٨.
- (٢٨) حسين خضير الشمري، المصدر السابق، ص ٢٠.
- (٢٩) ابن منظور، لسان العرب، ج ٥، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص ٣٦١.
- (٣٠) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، بغداد، ط ٢٠٠٤، ص ٤.
- (٣١) هنالك مفهوم واسع للتفسير يشمل إلى جوار توضيح الغموض استكمال النقص في النص القانوني والتوفيق بين أجزائه المتناقضة. للمزيد عن التفسير القانوني وأنواعه ينظر د. صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة . نظرية القانون .، مكتبة عمان، ١٩٨٤، ص ٢٩٨.
- (٣٢) د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٤٨/ د. صلاح الدين عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٩٩.
- (٣٣) د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ط ٢، بلا مكان نشر، ٢٠١٢، ص ٢٢٧.
- ويذهب محمد خالد مراد إلى تقديم مفهوم واسع للاستشارة القانونية يشمل تقديم المذكرات والمطالعات والدراسات القانونية، وتنظيم العقود ومراجعتها، وأعمال التحكيم ، والاشتراك في المفاوضات إلى جانب الموكل، والترافع أمام المحاكم والعمل القضائي اللذان يمثلان ابداً للرأي القانوني. محمد خالد مراد ، الاستشارة القانونية (آلية تكوين الرأي

القانوني (واقع ومرتجى ، بحث منشور على الموقع الالكتروني WWW.STARTIMES.COM ، تاريخ الرجوع للبحث ٢٠١٣/٤/٢٠ .

(٣٤) في القانون الصادر بتنظيم مهنة المحاماة في ١٩٧١/١٢/٣١ ، جعل المشرع الفرنسي من تقديم المشورة القانونية حكراً على المستشار القانوني ، إذ فصل المشرع بين مهنة المحاماة ومهنة تقديم المشورة القانونية، إلا أنه بصدر قانون ١٢٥٩/٩٠ في ١٩٩٠/١٢/٣١ دمج المشرع بين ممارسة المحاماة وتقديم المشورة القانونية، أما في العراق فيملك المحامي في ظل قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ إلى جوار الترافع أمام المحاكم أن يقوم بتقديم المشورة القانونية.

(٣٥) ريماء محمد فرج، عقد المشورة، المنشورات الحقوقية، ط١، بلا مكان نشر، ٢٠٠٦، ص ٩٥.

(٣٦) د. صالح طليس، المرجع در السابق، ص ٢٢٨.

(٣٧) محمد خالد مراد ، الموقع الالكتروني المشار إليه سابقاً.

(٣٨) فرانسوا لاكرانج ، الدور الاستشاري لمجلس شورى الدولة الفرنسي ترجمة رشيد خالد رشيد ، مجلة العدالة بغداد ، س٣، ع٤ ، ١٩٧٧، ص ٦١٦. ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة ميلاد القضاء الإداري العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، المجلد التاسع، ع١، ٢، ١٩٩٠ ، ص ١١٥ .

(٣٩) نادر احمد أبو شيخه ، الاستشارات الإدارية، دار المسيرة للنشر ، ط٤ ، ٢٠١١ ، ص ١٦ .

(٤٠) محمد شاكر عصفور ، أصول التنظيم والأساليب ، دار المسيرة للنشر ، ط١ ، ١٩٩٩ ، ص ٧٣ .

(41) M. Kub . OP.CIT. P45 & 46.

(٤٢) لقد بدأ الاهتمام بالاستشارات الإدارية يظهر منذ مطلع القرن العشرين ، إذ برزت كتابات (جلبرت وجانيت) في الولايات المتحدة الأمريكية ، و(فايول) في فرنسا، والحقيقة أن الاستشارات بصفة عامة ومنها الإدارية ارتبطت بالغرب ارتباطاً وثيقاً وبخاصة بعد القفزة النوعية في التنمية التي حصلت بعد الحرب العالمية الثانية على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والإداري والعلمي.

أما في البلدان العربية فعلى العموم ما زال العمل الاستشاري غير متطور لأسباب عديدة منها قلة الاختصاصيين العرب وبالذات في بعض التخصصات الدقيقة، فضلاً عن أن ذهنية الناس في مجتمعاتنا العربية تفضل أن تتعامل مع المشكلة بعد وقوعها من أن تتعامل مسبقاً معها . د. علي بن احمد السلطان و د. علي بن احمد الصبيحي، الاستشارات الإدارية في خدمة منظمات العمل الحكومي، معهد الإدارة العامة ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٥ وما بعدها.

MILANCOBUR. , OP . CIT , P32&33

(٤٣) نادر احمد أبو شيخه ، المرجع السابق، ص ١٦.

(٤٤) محمود الشكرجي ، إدارة المشاريع الصناعية ، ج ١ ، بلا سنة نشر ، ص ٩٧ وما بعدها.

(٤٥) عادل عزت السنجلقي ، عقود الاستشارات الهندسية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٩.

د. إبراهيم صالح عطية ، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١١.

(٤٦) د. موسى شحادة ، أهلية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الفردية - دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك / جامعة اليرموك ، الأردن ، مجلد ١٧ ، ع ٣ ، ص ٤٥٢.

(٤٧) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٧٧٢ / د. محمد باهي أبو يونس ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة العربية للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٤٢ وما بعدها.

(٤٨) احمد بو ضياف ، الهيأت الاستشارية في الإدارة الجزائرية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر، ١٩٨٢، ص ٢٤٠ .

(٤٩) احمد بو ضياف ، المرجع السابق، ص ٢٤٠ .

(50) C.E, 23 février 1990 , Association des mémoires de, inspection générale des affaires sociales et a Utres et association générale des administratives civil, rec p.45.

(51) C.Wienr & P. Deraymond odent . versyne codification de il procédure administrative .paris.1975.p15.

(٥٢) حمدي أبو النور السيد عويس، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

(٥٣) حمدي أبو النور السيد عويس، المرجع السابق ، ص ١١٧ .

(٥٤) تنص المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة النافذ على أن (يمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته على النحو الآتي: أولا. إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا. ثانيا. إبداء المشورة القانونية في الاتفاقات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها...).

(٥٥) الصادق حسين ضو محمد، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٥٦) د. حمدي أبو النور السيد عويس، المرجع السابق، ١١٨.١١٩../ د. أدور عيد ، القضاء الإداري ، ج ٢ ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص ١٧١ وما بعدها .

(٥٧) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط ٥، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٤، ص ٣٦٣.

وقد أفصحت محكمة القضاء الإداري في مصر عن جوهرية عيب إصدار القرار من دون الاستشارة في أحد أحكامها بالقول(أن إغفال عرض الترقيات على لجنة شؤون الموظفين ، ولو أن رأيها استشاريا وغير ملزم للوزير، إلى أن ذلك لا يسوغ بأي حال عدم اخذ الرأي، لما يترتب على إغفال ذلك من إهدار الضمانة التي أريد تحقيقها من إنشاء تلك اللجنة ..ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد انطوى على مخالفة قانونية تعيبه بعيب جوهرية،

ويتعين لذلك إجابة المدعي إلى طلب إلغائه ...) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى ٦٠٧ لسنة ٥ ق ، جلسة ٦ نيسان ١٩٥٣ ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ١٥ سنة ، ج ٣ ، ص ٣٥٣ . (٥٨) المواد (٣٩،٣٨،٣٧) من الدستور الفرنسي .

(٥٩) فرانسوا الاكرانج، المرجع السابق ، ص ٦١٥ .

(٦٠) يطلق البعض على هذه الاستشارة (بالاستشارة المطابقة) وهي الترجمة الحرفية للاصطلاح الفرنسي 'L' avis's conforme للمزيد من التفاصيل راجع في ذلك . نادية محمد فرج الله ، معنى القرار الإداري موضوع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٦ وما بعدها .

(٦١) د.علي خطار شطناوي، المرجع السابق ، ص ٧٧٣ / د. خالد الزبيدي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ .

(62) J . M . Auby. op. cit. P63

(63) C.E.23 juin 1958 .Dossantos, Recueil des arrêts du conseil d'etat.p813.

(64) J . M . Auby. op. cit. P64.

(٦٥) أكدت محكمة القضاء الإداري في العراق على إلزامية الرأي الاستشاري المقدم من مجلس شورى الدولة استناداً إلى البند رابعا من المادة (٦) من قانون المجلس في احد أحكامها بالقول (القرار الذي أصدره المدعي عليه إضافة لوظيفته المتضمن العمل بموجب الرأي الصادر من مجلس شورى الدولة عند انتخاب ممثلي القطاع الخاص في مجلس الإدارة في كافة شركات الفنادق المختلطة ، ويكون الرأي ملزماً للجهة طالبة الرأي استناداً لنص البند رابعاً من المادة ٦/ من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ...) . قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٢١٠ لسنة ٢٠١٢ ، بالدعوى رقم ٢٨٤ / ق / ٢٠١١ في ٢٣ / ٨ / ٢٠١٢ . (قرار غير منشور)

(٦٦) بتصرف عن تعريف تسبب القرار الإداري الذي أورده د. محمد قصري، تعليل القرارات الإدارية ضماناً للحقوق والحريات ورقابة قضائية فعالة، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدرها الأمانة العامة لمجلس الجامعة العربية، ٣٨، ص ٤٣ / د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٧٠ .

(٦٧) د. محمد ماضي ، اختصاص مجلس شورى الدولة في أبداء الرأي والمشورة القانونية ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، س ١ ، ع ٢ ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٣ .

(٦٨) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٤٦٧، ٤٦٩ .

(69) J . M . Auby .op .cit.P 60 & Yweber. administration consultive . Paris. p146.

(٧٠) القرار الصادر في الدعوى ١٦٦/انضباطية/٢٠٠٨ منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠٠٨ ، ص ٤٥٦ .

(٧١) القرار المرقم ٧٧٤/انضباط/٢٠١١ منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١١، ص ٢٩٣ .

(٧٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٢٥ ق عليا ، جلسة ١ أيار ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، إعداد المحامي محمود سعيد الديب ، قرص الكتروني (CD).

(٧٣) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٤١ / انضباطية / ٢٠١١ منشور في دليل التشريعات القانونية الخاصة بالوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ . ١٤٠ .

(74) C.E . 21 mars 1958 , Recueil des arrêts da conseil d'état , p186 .

(٧٥) الحكم الصادر في ١١ / ١١ / ١٩٥٣ نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري/ قضاء الإلغاء، ط ٧ ، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، ص ٦٦٤ .

(٧٦) حكم المجلس الصادر في ٥/٤/١٩٤٨ نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٦٢ .

(٧٧) حكمها الصادر في ٦/٢/١٩٥١ نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٦٣ .

(٧٨) د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص ٢٤٠ .

(٧٩) د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة - دراسة مقارنة، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٣٨٢ .

(٨٠) يراجع على سبيل المثال د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج ٢، دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٨، ص ٧٥٨ /، جاسم كاظم كباشي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٧٩ .

(٨١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة العربية للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٤٢١ .

وقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا في مصر عن هذا المعنى بقولها (لا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال الإجراء، أو كان الإجراء جوهريا في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عني القانون بتأمينها...) حكمها في الطعن ١٨/٥٧١ في ١٢/٥/١٩٧٩ نقلا عن حدي ياسين عكاشة ، المرجع لسابق، ص ٥٠٤ .

(٨٢) د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ٣٨٢ .

(٨٣) د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة - دراسة مقارنة، ص ٣١٩ .

(٨٤) حكمها في الطعن ٩٧٦ لسنة ٧ ق عليا في ٣/١٢/١٩٦٦ نقلا عن د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص ١٢٨ .

(٨٥) حكمها الصادر في ٢٢/٤/١٩٧٨ نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٨٢ .

(٨٦) خضر عكوبي يوسف، المرجع السابق، ص ١٨٥ . وجاسم كاظم كباشي العبودي، المرجع السابق، ص ٨١ .

(87) C.E , 17 juillet 1953, sieur ou Meng ,R.A, 1953. P 605 .

- (٨٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٨/٦/٢١ مشار إليه من قبل د. فتحي فكري ، الوجيز في دعوى الإلغاء ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٩ .
- (٨٩) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٤/٦/٢٩ ، مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاما (١٩٦٥ - ١٩٨٠) ، ص ١٨٦١ .
- (٩٠) حكمها الصادر في الدعوى ١٣٨٧٤ في ١٩٥٧/٧/١ أورده حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، ج ١ ، دار أبو المجد للطباعة ، ٢٠٠١ ، ص ٥١٢ .
- (٩١) بلال أمين زين الدين ، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة - دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٠ ، ص ٣٦٩ .
- (٩٢) د. جورج شفيق ساري ، قواعد وأحكام القضاء الإداري ، بلا مكان طبع ، ط ٦ ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٢٨ و ٥٢٩ . د. فتحي فكري ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .
- (93) C.E , 30 october 1959 . commune de tinges Revue pratique de Droit administrative . 1959 . p158.
- (٩٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ١٤٢٤ لسنة ١٣ ق عليا ، جلسة ٥ كانون الأول ١٩٧١ ، الموسوعة الإدارية ، ص ٥٠٦ .
- (٩٥) غسان حسن داوود ، إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية ، مجلة العدالة ، ع ١ ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ١٤٦ .
- (٩٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١٠ .
- في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية حددت شروط إعمال نظرية الظروف الاستثنائية (الضرورة) بقولها (أن القضاء الإداري والعادي قد جرى على أن الضرورة لا تقوم إلا بتوافر أركان أربعة هي: أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن ، وأن يكون عمل الضرورة الذي صدر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر ، وأن يكون هذا العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة ، أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته.... على أن الضرورة إذا عرض لها المشرع في بعض حالاتها ، فنظم أحكامها في هذه الحالات ، فلا يجوز للإدارة الخروج على هذه الأحكام). حكمها في الدعوى ٥/٥٨٧ في ١٩٥١/٦/٢٦ نقلا عن حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .
- (٩٧) جاسم كاظم كباشي ، المرجع السابق ، ص ٨٣ .
- (٩٨) د. علي خاطر شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ١٠٤ .
- (٩٩) نقلا عن د. حمدي أبو النور السيد عويس ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الإثبات .
٢. د. إبراهيم صالح عطية ، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
٣. ابن منظور، لسان العرب، ج٥، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
٤. د. احمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه ودوره في السياسة العامة، مكتبة غريب، القاهرة ، بلا سنة طبع.
٥. احمد بو ضياف ، الهيأت الاستشارية في الإدارة الجزائرية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر، ١٩٨٢ .
٦. د. أدور عيد ، القضاء الإداري ، ج٢ ، بيروت ، ١٩٧٥ .
٧. اريك نيم جسيبر ، (القانون والخبرة ومجتمع المخاطر) ، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ع١، ٢٠٠٧.
٨. الصادق حسين ضو محمد البهليل ، اثر الإجراءات التمهيدية في تحديد مشروعية القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عدن ، ٢٠٠٣ .
٩. الطاهر احمد الزاوي ،ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ، ج٢، ط١،
١٠. إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠٠٩ .
١١. بلال أمين زين الدين ، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة - دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٠، ص ٣٦٩ .
١٢. ببير حنا إيواز، إدارة استطلاعات الرأي العام ، المجلة البطيريكية السريانية، نيسان، دمشق، ٢٠٠٧، منشور على الموقع الالكتروني www.arkawa.com .
١٣. جاسم كاظم كباشي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
١٤. د. جورج شفيق ساري ، قواعد وأحكام القضاء الإداري ، بلا مكان طبع ، ط٦ ، ٢٠٠٦ .
١٥. حسين خضير الشمري، الخبرة في الدعوى المدنية، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١٢.
١٦. د. حسين عثمان ، القانون الإداري (أعمال الإدارة العامة) ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ .
١٧. د. حمدي أبو نور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١١.
١٨. ريم محمد فرج، عقد المشورة، المنشورات الحقوقية، ط١، بلا مكان نشر، ٢٠٠٦.
١٩. د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٠. د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، الإسكندرية ، بلا سنة طبع.

٢١. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٤ ،
٢٢. شيلدون ار. جاوايزر ، دليل الصحفي إلى استطلاعات الرأي العام ، ترجمة هشام عبد الله ، دار الأهلية للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٩٧ .
٢٣. د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ط٢، بلا مكان نشر، ٢٠١٢
٢٤. د.صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة . نظرية القانون .، مكتبة عمان، ١٩٨٤
٢٥. د.صلاح الدين فوزي ،الجوانب القانونية للاستطلاعات الرأي العام السياسي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢،
٢٦. طارق احمد المنصوب ، أهمية استطلاع الرأي العام، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.algomhoriah.net
٢٧. د.عادل حسن و د.مصطفى زهير ،الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، بيروت، بلا سنة طبع.
٢٨. عادل عزت السنجلقي ، عقود الاستشارات الهندسية ، منشورات مركز البحوث القانونية ،بغداد ، ١٩٨٣
٢٩. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة ميلاد القضاء الإداري العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، المجلد التاسع، ع١، ٢، ١٩٩٠ .
٣٠. د. عصام نعمة إسماعيل ، الطبيعة القانونية للقرار الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٩ .
٣١. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، بغداد، ط١، ٢٠٠٤
٣٢. د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١ ، ٢٠٠٧،
٣٣. د. علي بن احمد السلطان و د. علي بن احمد الصبيحي، الاستشارات الإدارية في خدمة منظمات العمل الحكومي، معهد الإدارة العامة ، ٢٠٠٦.
٣٤. د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة . دراسة مقارنة .
٣٥. د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ، ج١ و ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١،
٣٦. غسان حسن داوود، إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية، مجلة العدالة ، ع١، بغداد، ١٩٩٩
٣٧. فرانسوا لاكلانج ، الدور الاستشاري لمجلس شورى الدولة الفرنسي ترجمة رشيد خالد رشيد ، مجلة العدالة بغداد ، س٣، ع٤، ١٩٧٧
٣٨. لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، المكتبة الشرقية ، بيروت .
٣٩. د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ٢٠١٠
٤٠. د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة . دراسة مقارنة، القاهرة، ١٩٦٨
٤١. د. محمد باهي أبو يونس ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة العربية للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٤١. محمد خالد مراد ، الاستشارة القانونية (آلية تكوين الرأي القانوني) واقع ومرتجى ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني WWW.STARTIMES.COM
٤٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول والثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٤٣. محمد شاكر عصفور ، أسس الاستشارة الإدارية ، ١٩٨١.
٤٤. محمد شاكر عصفور ، أصول التنظيم والأساليب ، دار المسيرة للنشر ، ط١ ، ١٩٩٩
٤٥. د. محمد قصري، تحليل القرارات الإدارية ضمانات للحقوق والحريات ورقابة قضائية فعالة، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدرها الأمانة العامة لمجلس الجامعة العربية، ع٣٨.
٤٦. د. محمد ماضي ، اختصاص مجلس شورى الدولة في أبداء الرأي والمشورة القانونية ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، س١ ، ع٢٤ ، ٢٠١٢ .
٤٧. محمد يسري قنصوة و د. احمد رشيد ، التنظيم الإداري وتحليل النظم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢،
٤٨. محمود الشكرجي ، إدارة المشاريع الصناعية ، ج١ ، بلا سنة نشر .
٤٩. د. محمود جمال الدين زكي ، الخبرة في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠
٥٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة العربية للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع.
٥١. د. مصطفى احمد الدايدموني ، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، دراسة مقارنة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة، ١٩٩٢
٥٢. د. موسى شحادة ، أهلية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الفردية - دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك / جامعة اليرموك ، الأردن ، مجلد ١٧ ، ع٣ .
٥٣. نادر احمد أبو شيخه ، الاستشارات الإدارية، دار المسيرة للنشر ، ط١ ، ٢٠١١ .
٥٤. نادية محمد فرج الله ، معنى القرار الإداري موضوع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ .
٥٥. د. نجيب اسكندر إبراهيم ، الاستشارة الإدارية في المجتمع العربي ، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، ١٩٨٥،
٥٦. د. نزار ميهوب، الرأي العام .. صوت الشعب، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.ipra-ar.org/alpha/topic/view.php?id=21 .

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

• باللغة الانكليزية.

2.WILLIAM J .Gore. Administrative Diction-Making A heuristic mode. London.

• باللغة الفرنسية.

1. AuBY.J.M. (institution administrative).Dalloz.4ed.

2.C.Wienr & P. Deraymond odent . versyne codification de il procédure administrative .paris.1975.

3.Yweber. administration consultive . Paris.

• الأحكام القضائية.

1.C.E, 23 février 1990 , Association des mémoires de, inspection générale des affaires sociales et a Utres et association générale des administratives civil.REC.

2.C.E , 17 juillet 1953, sieur ou Meng ,R.A, 1953.

3. C.E.23 juin 1958 .Dossantos, Recueil des arrêts du conseil d'etat.

4.C.E . 21 mars 1958 , Recueil des arrêts da conseil d'état. 5.

C.E , 30 october 1959 . commune de tinges Revue pratique de Droit administrative.1959.

عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات
دراسة في القانونين العراقي والفرنسي

د. جليل الساعدي

كلية القانون - جامعة بغداد

Abstract

This research deals with the sale contract of software. All software are under the protection of the copyrights law and the patent law.

We divided into four sections, the first section deals with the concept of this contract. The second section is devoted to its legal troubles of such contract, while we studied in the third section the obligations of seller.

At the last section we discussed the obligations of buyer.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد سيد المرسلين، وعلى آله الطاهرين، وصحبه المنتجبين، أما بعد...

فقد أضحت المعلومات حاجة، فرضت نفسها على الحياة بأبعادها المختلفة، وذلك بالنظر لتعلقها بالمعرفة، ومن ثم تعلقها بالسلطة، واتخاذ القرار وبناء الدولة.

وكذلك بالنظر لحاجة الأشخاص إليها، إذ هي تؤثر إلى حد بعيد جداً، في عقد صفقات أو تصرفات معينة، ومن ثم فإنها أسهمت في ظهور ما بات يعرف بالتجارة الرقمية، أو تجارة المعلومات، ومما زاد في أهميتها، التطور المذهل في الوسائل الالكترونية، التي تساعد في تخزينها ونقلها وتداولها، وقد توج هذا التطور بظهور شبكة الانترنت، حيث أضحت العالم بفضل التزاوج بين المعلومات ووسائل الاتصال عن بعد، قرية كونية صغيرة، وهو أمر انعكس إيجاباً على ازدياد وتنوع الطلب على برامج المعلومات وظهور أشخاص يضاربون على عملية تقديمها، مما اعطاها قيمة مالية، شأنها في ذلك شأن السلع الأخرى.

وقد استقلت البرامج المذكورة ومنذ سنة (١٩٧٠) عن جهاز الكمبيوتر بحيث أمكن التعامل فيها على وجه الاستقلال عنه، وهو ما يفسر التطلع إلى الحصول عليها.

وقد عمل الفكر القانوني، ممثلاً بالتشريع والفقهاء والقضاء، على الاهتمام ببرامج المعلومات، وذلك عبر تناوله للعقود التي ترد عليها، إذ أن تداولها إنما يتم من خلال مجموعة متنوعة من العقود، يطلق عليها

عقود المعلومات (Contrats d'Informatiques).

التعريف ببرنامج المعلومات:

لم يعرف المشرع الفرنسي برنامج المعلومات، على الرغم من إصداره لقانون تنظيم حماية برامج المعلومات، الصادر في (٣ تموز لسنة ١٩٨٥) وقانون آخر في (١٠ حزيران لسنة ١٩٩٤). وهذا هو أيضاً منحى المشرع العراقي، فهذا الأخير لم يعرف برنامج المعلومات، على الرغم من إشارته إليه في نص المادة الثانية من قانون حق المؤلف رقم (٣) لسنة (١٩٧١) المعدل بالأمر رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٤) حيث نصت هذه المادة على أنه (وتشمل هذه الحماية، المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة، أو الصوت، أو الرسم، أو التصوير، أو الحركة، وبشكل خاص مايلي:

١-

٢- برامج الكمبيوتر، سواء برمز المصدر، أو الآلة، التي يجب حمايتها، كمصنفات أدبية). والذي يستفاد من هذا النص، أن برامج المعلومات، هي مجموعة من التعليمات، التي يعبر عنها بأية لغة أو رمز أو شكل، ويمكن استعمالها، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في الكمبيوتر، لأداء وظيفة أو للوصول إلى نتيجة، سواء أكانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي، أو في شكل آخر تتحول إليه عبر الكمبيوتر.

وعلى ذلك فإن البرامج المذكورة، هي عنصر من عناصر المعرفة الفكرية، فهي من الوجهة القانونية، مال يمكن تقويمه بالنقود، تحدد قيمته وفقاً لسعر السوق، بوصفه من قبيل الأموال المنتجة، بغض النظر عن طابعه المعنوي، وذلك نظراً لما يتمتع به من قيمة اقتصادية، جديرة بأن ترفعه إلى مرتبة الأموال^(١).

أنواع برامج المعلومات من حيث تداولها أو كيفية الحصول عليها:

تقسم برامج المعلومات من هذه الناحية إلى نوعين:

النوع الأول: البرامج الخاصة (Les Logiciels) وهي مجموعة البرامج التي يتم تأليفها وتصميمها، أو تطويرها، لمستخدم معين دون سواه، وذلك بناءً على طلبه، ووفقاً لمواصفاته، وتلبية لاحتياجاته الخاصة، فهذا النوع من البرامج لا يتصف بالعمومية، كما إن تأليفها وتصميمها أو تطويرها إنما يتم، في مرحلة لاحقة على العقد المبرم بين موردها وطالب الحصول عليها^(٢).

النوع الثاني: البرامج النموذجية (Les Progiciels) وهي مجموعة كاملة وموثقة من البرامج المعدة، لأن تورد إلى مستخدمين متعددين، من أجل إتمام تطبيق واحد، أو وظيفة واحدة، فهذا النوع من البرامج يتعلق

(١) أنظر:

Hubert Bitan, Contrat et Litiges en informatique, La delirance du Logiciel, 1996, P.15.

(٢) أنظر:

L.Fauger Loas, L'accès international a des banques de donnees, ed., Economica, 1989, P.56.

باحتمياجات أكثر من مستخدم واحد، لذا يتم تصميمها من دون طلب معين، وفي مرحلة سابقة على العقد المبرم بين موردها وطالب الحصول عليها^(١). وهي أما أن تكون برامج أساسية (Progiciel de Base) مدرجة في الكمبيوتر أو خارجه، أو برامج استغلالية (d'exploitation systeme) تسمح بطريقة أو بأخرى ببيت الحياة في الكمبيوتر، أو برامج تطبيقية (d'application programmes) وهي برامج معدة لأداء وظيفة معينة، أي أن مؤلفها صممها ليفي باحتياجات العملاء الموحدة (Aux Besoins Standard) كالقيام بوظيفة إدارة الحصص أو الأسهم لشركة معينة، أو القيام بوظيفة إدارة وحصر المخزون لدى التاجر، أو القيام بوظيفة دفع قيمة المقاولات والعمليات الأخرى، التي تحتاجها عادة الشركات والمؤسسات والتجار وسوى ذلك من الوظائف التي تضطلع بها هذه البرامج.

أنواع العقود الواردة على برامج المعلومات:

وفي ضوء ماتقدم، فإنه بالنسبة للبرامج الخاصة، فإن تأليفها وتصميمها، أو تطويرها، إنما يتم باتفاق سابق بين موردها، وبين العميل، وفي هذا الفرض فإن كان موردها يعمل تحت إشراف وتوجيه العميل، كنا إزاء عقد عمل، أما إذا استقل عنه في عمله، كنا إزاء عقد مقولة^(٢).

أما بالنسبة للبرامج النموذجية، فإن الراغب في الحصول عليها، أما أن يستأجرها، وذلك عندما يجد نفسه بحاجة لاستعمالها لمدة معينة، فنكون إزاء عقد إجارة برامج.

أو ان مؤلفها يرخص له باستغلالها مالياً، فنكون إزاء عقد الترخيص باستغلال برامج.

أو ان يشتريها، فنكون إزاء عقد بيع برامج.

صفوة القول ان برامج المعلومات، لم تعد نتاجاً فكرياً مجرداً، وإنما قد يحتاج تأليفها وتصميمها إلى صرف مبالغ طائلة، ومن ثم فإن تداولها دون قيد أو شرط، قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بمؤلفها، فدخولها في نطاق التعاقد، بموجب نظام عقدي معين، هو أمر لامناص منه^(٣).

وقد ارتأينا بحث عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات في القانون العراقي، إذ تقتقر المكتبة القانونية العراقية، على حد علمنا لبحث مختص بهذا الموضوع، على الرغم من أهميته.

وسيكون بحثنا مقارناً بالقانون الفرنسي، وذلك بوصفه قانوناً يحتذى به في الدراسات القانونية، كما إنه يعدّ مصدراً تاريخياً للقانون العراقي، فضلاً عن أنه يتضمن تنظيمات قانونياً شاملاً لأحكام العقد المذكور.

وسنبحثه على النحو الآتي:

(١) أنظر: Fauger Loas, Op.Cit, P.56.

(٢) أنظر: Fauger Loas, Op.Cit, P.56.

(٣) أنظر: أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، مجلة الحقوق، جامعة النهدين، العدد (٣)، لسنة

المبحث الأول: ماهية عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات.

المبحث الثاني: المشكلات القانونية لعقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات.

المبحث الثالث: التزامات بائع البرنامج.

المبحث الرابع: التزامات مشتري البرنامج.

المبحث الأول

ماهية عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات

نبحث هذه الماهية بتعريف هذا العقد (المطلب الأول) ثم بتمييزه عن العقود الأخرى (المطلب

الثاني).

المطلب الأول - تعريف عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات

عرفت المادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي، عقد البيع بأنه (عقد به يلتزم أحد المتعاقدين،

بتسليم شيء، لقاء التزام المتعاقد الآخر بدفع الثمن.

ويجوز أن يتم بعقد رسمي أو عرفي).

أما القانون المدني العراقي، فقد عرّفه في المادة (٥٠٦) بأنه (مبادلة مال بمال).

والظاهر ان عقد البيع في القانون المدني العراقي، ينقل من حيث الأصل العام، ملكية المبيع إلى

المشتري، بمجرد انعقاده، وهذا على عكس القانون الفرنسي، إذ لا تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد انعقاده،

وإنما ينشئ العقد التزاماً على عاتق البائع، بنقل ملكية المبيع إلى المشتري.

ومع ذلك، فإن القانونين العراقي والفرنسي، يتفقان في مفهوم عقد البيع، وذلك بوصفه عقداً ناقلاً

للملكية، يرد على الأموال أو الحقوق المالية.

وإنه يمكن تطبيق هذا العقد، في مجال التعامل بالبرامج النموذجية للمعلومات، بحيث يتسنى لنا

تعريفه بأنه:

- مبادلة برنامج نموذجي للمعلومات، معدّ سلفاً، بنقد.

- به يتنازل (Cession) مؤلف البرنامج، أو من يؤول إليه هذا الحق، بصورة كاملة ونهائية، إلى

المشتري عن حقوق الاستغلال المالي المقررة على البرنامج، لقاء ثمن نقدي.

ومن ثم فإن مفهوم هذا العقد، يتسم بخصوصية معينة، ينفرد بها دون سواه من البيوع الأخرى، والتي

تتمثل أن حق المشتري فيه، لا يتعدى سلطة الاستعمال الشخصي للبرنامج، مثله في هذا مثل الأعمال

الفكرية، مع تشديد أكبر في القواعد التي تحكمه، حيث لا يجوز للمشتري، أن يؤجر أو يعير البرنامج إلى

الغير، ما لم يتفق على عكس ذلك في العقد^(١).

من ناحية أخرى، فإنه يلزم ألا يخلط بين عقد بيع البرامج النموذجية، وبين عقد بيع الوسيط المادي الذي يحتويها، ففي العقد الأول، فإن البائع يتنازل عن حقوق المؤلف المالية، لا الحقوق الأدبية المقررة له على البرنامج.

أما في العقد الثاني، فإن البائع يتصرف بشيء مادي، يخضع في انتقاله إلى قواعد انتقال الأشياء المادية، أي تنتقل ملكيته بالعقد، عند مطابقة الإيجاب مع القبول، على المسائل الجوهرية في العقد^(١)، وذلك بوصفه شيئاً معيناً بذاته لا بنوعه^(٢).

وهذا النظر هو الذي كان القضاء الفرنسي، قد تبناه في بعض أقضيته، فقد قالت محكمة باريس الابتدائية، أنه إذا كان التقدم التكنولوجي، قد أدى إلى اندماج استغلال البرنامج في الذاكرة، بيد أن هذا التطور لم يغير من طبيعة البرنامج، وأنه إذا كانت الطريقة التي يصنع بها البرنامج ومكوناته المادية، عبارة عن منتجات صناعية، فإن محتواها الذي يمثل جوهرها، هو تعبير من خلال تكنولوجيا متطورة للإبداع الذهني لمؤلف البرنامج^(٣).

والجدير بالملاحظة، إن عقد بيع البرامج النموذجية، قد يرتبط بسلسلة من العقود، إذ بالنظر لأهمية هذا النوع من البرامج، وحاجة الكثير من المشتريين إليها، فقد عمدت الشركات المختصة بها، إلى تأليفها وتصميمها بشكل مسبق، من دون الحاجة إلى انتظار طلب المشتري، ومن ثم طرحها على الجمهور، مما يجعل منها، محلاً لسلسلة متنوعة من العقود، والتي قد تبدأ بعقد محتمل، بين مؤلفها وموزعها، فعلى الرغم من احتكار شركات توزيع البرامج لعملية تأليفها، إلا أنه من المتصور تأليف البرنامج النموذجي، من مؤلف أو أكثر، قد لا تتوفر لديه إمكانية مباشرة عمليات التوزيع والتسويق والاستغلال المالي بنفسه، أو أنه يفضل عدم مباشرة ذلك، مما يدفعه لعرض برنامجه على إحدى شركات التوزيع، لتتولى تسويقه، مما يقتضي وجود عقد يتنازل بموجبه مؤلف البرنامج، إلى شركة التوزيع عن حق الاستغلال المالي، أو يأذن بذلك من دون أن يتنازل عن حقه بصورة نهائية.

وعلى ذلك، فإنه فضلاً عن تأليف البرامج من شركات البرامجيات ذاتها، فإن البرامج المشار إليها، تطرح على من يرغب بالحصول على نسخة منها، لاستعمالها بشرط دفع ثمنها، وهذه العملية الأخيرة، تتم بموجب عقد بيع يمنح بموجبه صاحب الحق على البرنامج، إلى المشتري حق الاستعمال الشخصي للبرنامج

Philippe de Tournieu, Theorie et Pratique des Contrats Informatiques, editon Dalloz, 2000, P.35.

(١) بدلالة المادة (١/٨٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) بدلالة المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي.

(٣) أنظر:

وبصورة كاملة ونهائية، وطبقاً للشروط المحددة في العقد، وغالباً ما تتمثل هذه الشروط، بعدم التصرف بالبرنامج إلى الغير، وقصر استعماله عليه، دون سواه من الأشخاص^(١).

المطلب الثاني - تمييز عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات عن عقدي الإيجار والترخيص
نميز هذا العقد، عن عقد الإيجار (الفرع الأول) ثم عن عقد الترخيص (الفرع الثاني).

الفرع الأول- تمييزه عن عقد إجارة البرامج النموذجية

إن من يرغب في الحصول على البرنامج النموذجي للمعلومات، قد يلجأ لاستجاره من مؤلفه، ذلك لأن أحكام تأليف البرنامج، تحظر على مشتريه تأجيره إلى الغير، وفي هذا الفرض فإن المستأجر، يمتلك منفعة البرنامج، لمدة معلومة، ولقاء أجر معلوم.

وغالباً ما يتم الالتجاء إلى عقد الإيجار في هذا الموضوع في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا وجد الراغب في الحصول على البرنامج النموذجي نفسه، بحاجة لاستعماله لمدة محددة.

الحالة الثانية: إذا كان البرنامج النموذجي، من البرامج المتميزة، ذات القيمة المالية الكبيرة، فلا يستطيع الراغب في الحصول عليه، أن يدفع ثمنه، فيستأجره من مؤلفه لقاء أجر معقول^(٢).

وفي الحالتين فإن مؤلف البرنامج، يلتزم بأن يقدم للمستأجر، برنامجاً صالحاً للعمل خلال مدة الإجارة، ويستعمل المستأجر البرنامج ويستغله في النطاق الذي يحدده مؤلفه^(٣).

والجدير بالملاحظة أن الفقه الفرنسي، تردد بمدى وجود عقد إيجار في التصرفات القانونية الواردة على البرامج النموذجية، إلى رأيين، لايعترف أولهما بوجود هذا العقد، لاسيما عندما لا تتمتع هذه البرامج بالحماية القانونية، المقررة في قانون حق المؤلف، وقانون براءة الاختراع، وعلة ذلك عندهم أن البرامج في هذه الحالة، لا تصبح محلاً لحقوق خاصة لمؤلفها، ومن ثم فإنه لا يمكنه أن يحرم الغير منها، ومن ثم فإنه لايرد عليها عقد الإيجار^(٤).

أما الرأي الثاني فإنه يقبل خضوع البرامج المشار إليها إلى أحكام عقد الإيجار، وعنده أن مؤلفها يستطيع أن يقدم لمستأجرها حق شخصي باستعمالها^(٥).

(١) أنظر: Philippe de Tournieu, Op.Cit, P.35.

(٢) أنظر:

Lamy, droit de l'informatique, l'exécution de contrats d'informatique, 1994, no.867.

(٣) أنظر: Lamy, Op.Cit, no.867.

(٤) أنظر: A. Lucas, Le droit de l'informatique, PUF, 1987, P.394.

(٥) أنظر: Lamy, Op.Cit, no.867.

وقد تبنى القضاء الفرنسي، الرأي الثاني، فقد قبل هذا القضاء بوجود عقد الإيجار في مجال البرامج النموذجية للمعلومات.

وقد أوجزت محكمة النقض الفرنسية، التمييز بين عقد بيع البرامج النموذجية، وبين عقد إجارتها، وذلك بصدد تكييفها للعقد الذي تنازل به، مؤلف البرنامج للعميل، عن رخصة الاستغلال المالي للبرنامج، وقيد هذا الاستغلال بنطاق جغرافي محدد، مما يعني أن مؤلف البرنامج، قد احتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالي، خارج هذا النطاق.

فقد رفضت المحكمة توصيف هذا العقد، بأنه عقد بيع، معللة قضاؤها، بأن المؤلف لم ينقل إلى العميل، ملكية الحق بالاستغلال المالي للبرنامج، على نحو استثنائي، وإنما نقل له بعض السلطات المحددة والمتمثلة، بسلطة عمل نسخ من البرنامج، وطرحها على الغير، وسلطة استعمال البرنامج، لتخلص المحكمة إلى القول، أن التوصيف القانوني الصحيح للعلاقة العقدية في هذه الحالة، هو عقد إجارة برامج، لا عقد بيعها^(١).

الفرع الثاني - تمييزه عن عقد الترخيص باستغلال البرامج النموذجية

يقترّب عقد الترخيص باستغلال البرامج النموذجية، كثيراً من عقد بيعها، ففي العقدين، يتنازل مؤلف البرنامج عن حقه في الاستغلال المالي للبرنامج، إلى المتعاقد الآخر، لقاء عوض، ومع ذلك فإن وجه الاختلاف بينهما، يبرز من حيث أن المؤلف في عقد بيع البرامج، يتنازل عن حقه في الاستغلال المالي للبرنامج بصورة كاملة ونهائية، بحيث يصبح هذا الحق للمشتري على وجه الاستثناء.

أما في عقد الترخيص، فإن مؤلف البرنامج يتنازل أيضاً عن حقه في الاستغلال المالي للبرنامج، ولكن ليس بصورة كاملة ونهائية، أي إنه يحتفظ بحقوقه الاستثنائية، إذ لا يترتب على هذا العقد، انتقال الحق المالي ذاته، وهو حق عيني وإنما يمنح مؤلف البرنامج، المتعاقد الآخر (المرخص له) حقاً شخصياً، وذلك بتمكينه من استغلال البرنامج أو استعماله^(٢).

ففي هذا العقد فإن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى نقل حقوق مؤلف البرنامج الاستثنائية، بصورة كاملة ونهائية، وإنما يقتصر الأمر على منح المرخص له، حقاً شخصياً يمكنه من استعمال أو استغلال البرنامج، من دون أن يفقد مؤلف البرنامج، حقه الاستثنائي عليه، فليس من شأن هذا العقد، أن ينقل حقاً عينياً للمرخص له، وإنما ينقل له حقاً شخصياً، يقابله التزام يقع على عاتق المرخص، بتمكين المرخص له من الانتفاع من البرنامج، وهذا الانتفاع أما أن يقتصر على سلطة الاستعمال، أو يشمل أيضاً سلطة

(١) أنظر: Cass. Com, 9 nov. 1993, Bull. Cit, no.91.

(٢) أنظر: A. Lucas, Op.Cit, P.402.

الاستغلال، كما قد يكون الترخيص حصرياً للمرخص له، وذلك بأن ينفرد هذا الأخير، بمباشرة العمل المرخص به دون سواه، وقد لا يكون حصرياً، وذلك بأن يستطيع المرخص السماح، لأكثر من شخص بمباشرة ذات العمل المرخص به في وقت واحد^(١).

ومع ذلك فإن بعض الفقه، يرى أن عقد الترخيص في مجال برامج المعلومات، ماهو إلا صورة من صور عقد إجارة هذه البرامج، وعنده ان مؤلف البرامج لا ينقل كل حقوقه إلى المتعاقد الآخر، وإنما يحتفظ بحقوقه الاستثنائية، التي يخولها له حق الملكية على البرنامج، مع تمكين المتعاقد الآخر، من استعمال البرنامج لقاء أجر معلوم^(٢).

ونحن لانشاطر هذا الرأي فيما ذهب إليه، حقاً ان موضوع العقد في الحالتين، هو تملك منفعة البرنامج للمتعاقد الآخر، وذلك بتمكينه من استعماله، وثمة عوض مالي لقاء ذلك، بيد أن بعض أحكام عقد الترخيص، لاتتسجم مع بعض أحكام عقد الإيجار، لاسيما أن إجارة البرامج لاتتعد إلا بمدة معلومة، في حين قد لاتعين هذه المدة في عقد الترخيص. كما إن الإجارة المذكورة، تفرض على المستأجر، رد البرنامج بالحالة التي كان قد تسلمه بها، ولا وجود لهذا الحكم في نطاق عقد الترخيص.

زيادة على ذلك، فإن الأصل في عقد الإجارة، أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر البرنامج، أو أن يتنازل عنه إلى الغير، والحكم على عكس هذا في عقد الترخيص.

من ناحية أخرى، فإن بعض الفقه يناقش إمكانية تكيف العقد، الذي يتم به منح إجازة لاستعمال البرامج النموذجية، على انه عقد بيع برامج، وذلك على اعتبار ان عقد البيع يرد في هذه الحالة على حق الاستعمال، ويسمى بعقد بيع حق الاستعمال^(٣).

ويبدو أنه من الصعب قبول هذا التكيف، إذ أن رخصة الاستعمال لاتمنح في أغلب الحالات لشخص واحد وعلى سبيل الاستثناء، وإنما تمنح لأكثر من شخص في الوقت عينه، وحتى في الحالات التي يمنح فيها مؤلف البرنامج، الغير رخصة الاستعمال بصورة حصرية، حيث ينفرد المرخص له، باستعمال البرنامج دون سواه، فإن العقد في هذه الحالة لا يكيف بأنه عقد بيع، وعلة ذلك أن مؤلف البرنامج لم يتنازل عن حقه المالي، الذي يعطيه مكنة التصريح للغير باستعمال البرنامج، وإنما رتب بموجب الترخيص، حقاً شخصياً للمرخص له، يلتزم به بعدم التصريح - أي بعدم الترخيص - لغيره باستعمال البرنامج، فضلاً عن التزامه بتمكين المرخص له، من استعمال البرنامج، مما يعني أنه لايجوز للمرخص له، التصرف بحق استعمال البرنامج للغير، إلا إذا أجاز له مؤلفه ذلك.

(١) أنظر: A. Lucas, Op.Cit, P.406.

(٢) أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الالي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) أنظر: طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، مطبعة صادر، بيروت، ١٩٩٦، ص ١٤٥-١٤٦.

ومن ثم فإن لعقد الترخيص في نطاق البرامج النموذجية صورتين:

الصورة الأولى: عقد ترخيص بمباشرة الاستغلال المالي للبرنامج. وهو يكون في الحالات التي يقتصر فيها تصرف مؤلف البرنامج، على السماح للمرخص له، بمباشرة كل أو بعض حقوق الاستغلال المالي، من دون ان يتنازل له، بصورة نهائية عن حقه المالي، وإنما يحتفظ به على وجه الاستثناء.

الصورة الثانية: عقد ترخيص باستعمال البرامج النموذجية، وفي هذه الصورة، فإن مؤلف البرنامج، يسمح للمرخص له، بسلطة استعمال البرنامج، وذلك بوصفها إحدى السلطات التي يقرها حق الاستغلال المالي للمؤلف.

المبحث الثاني

المشكلات القانونية لعقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات

لقد أثار هذا العقد بعض المشكلات القانونية، كالكسك بوجوده (المطلب الأول) والكسك بحرية قبول المشتري (المطلب الثاني) ومشكلة المحل الذي يرد عليه (المطلب الثالث).

المطلب الأول - الكسك بوجود عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات

لقد تردد الفقه الفرنسي في هذا الموضوع إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو الاتجاه الذي ينكر بوجود عقد بيع في نطاق برامج المعلومات، معللاً رأيه في ذلك، بأن الحقوق التي تنتقل إلى المشتري في عقد البيع المنصوص عليه في المادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي، لا محل لها في مجال العقود الواردة على البرامج النموذجية.

ولئن كان قانون حق المؤلف الفرنسي، يجيز لمؤلف المصنف الفكري، أن ينقل حقوقه المالية إلى الغير، فإن مؤلف برامج المعلومات، عندما يتعاقد بشأن هذه البرامج، فإنه يحتفظ لنفسه بملكية البرامج المشار إليها، مما يتعارض مع التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري.

كما إن من تعاقد مع مؤلف البرامج المذكورة، لا يملك بيع تلك البرامج، بل يحتفظ مؤلفها، بهذه الملكية، كما لا يملك نسخها إلا في الحدود التي كان مؤلفها قد أجازها له^(١).

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الذي يقبل بوجود عقد بيع في نطاق البرامج النموذجية، مؤسساً رأيه بأن ملكية البرنامج تنتقل إلى المشتري، ولكن هذا الانتقال يقتصر بقيود لمصلحة مؤلفها، أو أن مؤلف هذا النوع من البرامج، ينقل ملكيتها، ولكن على نحو جزئي، وذلك طبقاً لأحكام المادة (٤-١٣١) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي، والتي تجيز للمؤلف النزول بصورة جزئية عن حقه، ومن ثم فإن عقد البيع يمكن أن يرد على البرامج النموذجية، شأنه في ذلك شأن أي منتج ذهني آخر، ولا يحول دون ذلك وجود بعض الاستثناءات

(١) أنظر: A. Lucas, Op.Cit, P.398.

والقيود التي يضعها بائع هذه البرامج، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للمبيع، ويبدو هذا الأمر جلياً عند اندماج البرنامج في الوسيط المادي، حيث يؤدي هذا الاندماج إلى استغراق الوسيط المادي للبرنامج، ولاسيما ذلك البرنامج الذي يعدّ جزءاً من مكونات الكمبيوتر، فيشملها عقد البيع^(١).

ويبدو أن بعض الفقه العراقي يميل إلى الرأي الأول، فقد ذهب أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر، وذلك بشأن العقود الواردة على المعلومات، إلى أن هذه الأخيرة (دخلت مرحلة من التطور لم تكن موجودة من قبل، بيد أن الإنسان، هو مصدر المعلومات بصورة عامة، وتعد معلوماته مساهمة اجتماعية، ومن ثم فإننا بصدد المعلومات إزاء مسألتين في غاية الأهمية:

أولهما: أن المعلومات هي للجميع، ومن ثم فإن انتقالها يتم أساساً، بتناول الأفكار بين الناس، وإخراجها من هذا الإطار، يحتاج إلى معايير، بها يمكن أن تصبح محلاً للتعاقد، ومن ثم فهي لا تختلف عن الأشياء الأخرى التي تصلح محلاً، مادامت تمثل قيمة معينة، وتقبل الحيازة ويجوز التعامل بها.

وثانيهما: أن المعلومات لم تعد نتاجاً فكرياً مجرداً، وإنما قد يحتاج التوصل إليها إلى صرف مبالغ طائلة، ومن ثم فإن تداولها دون قيد أو شرط، سيؤدي إلى إلحاق ضرر بمن توصل إليها، ومن ثم فإن دخولها في نطاق التعاقد بموجب نظام قانوني معين، هو أمر لا مناص منه.

وعلى وفق ذلك فإن المعلومات، هي ذات طبيعة خاصة، عليه فإن العقد الذي يرد عليها، هو ذو طبيعة خاصة أيضاً، وإن كان هذا العقد يحتاج في تنظيم العلاقات الناشئة عنه إلى ضمانات، قد نجدها في إطار البيع أو المقاوله، فإنها عند التطبيق يختلف مضمونها ووظيفتها بالنسبة للمعلومات، عن سائر العقود الأخرى^(٢).

ونحن نميل إلى الاتجاه الثاني، فالبرامج النموذجية تصلح محلاً لعقد البيع، فمفهوم هذا العقد لم يعد ضيقاً، بأن لا يرد إلا على الأشياء المادية، وإنما تصلح الأشياء غير المادية أن تكون محلاً له، ولذلك فإنه ليس ثمة ما يمنع من أن تكون البرامج النموذجية هذا المحل.

وبائع هذه البرامج، إنما يبيع حقوقه المالية الواردة على البرنامج، والمتمثلة بحق الاستعمال وحق الاستغلال، فثمة طبيعة خاصة لعقد البيع في هذه الحالة، إذ يبقى مؤلف البرنامج مالكاً له، وأنه عندما يقوم ببيعه، فإنه يتنازل لمشتريه عن صلاحية استعماله، وقد يتنازل له أيضاً عن صلاحية استغلاله، وذلك طبقاً لشروط العقد.

(١) أنظر: H. Debois, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1978, P.604.

(٢) أنظر: بحثه المشار إليه سابقاً، ص ١١٩.

صفوة القول أن البرامج النموذجية للمعلومات، يمكن أن تكون في القانون العراقي، محلاً لعقد بيع، يتصرف فيه مؤلف البرنامج، بحقوقه المالية، وذلك بوصفها مصنفاً فكرياً، تنطبق عليه أحكام المادة (٣٨) من قانون حق المؤلف العراقي.

فإذا توافقت إرادة مؤلف البرنامج مع إرادة المتعاقد الآخر، على نقل الحق المالي، إلى هذا الأخير، لقاء ثمن نقدي، على نحو تجرد فيه المؤلف من الحق المالي، بصورة كاملة ونهائية، فإن هذا التوافق يجب تكييفه على أنه عقد بيع.

من ناحية أخرى فإننا نرى أنه قد آن الأوان للفكر القانوني، أن يتخلى عن عدم قابلية انتقال ملكية برامج المعلومات إلى المشتري، فلم يعد مقبولاً منع انتقال هذه الملكية بحجة إبداع مؤلف البرنامج، فبرامج المعلومات تطرح في أسواق المعلوماتية، الوطنية والأجنبية منها على حد سواء، وتسوقها الشركات متعددة الجنسية، كما إنها أضحت عاملاً من عوامل الإنتاج، وقد تمنح براءة الاختراع، لاسيما إذا كانت قابلة للتطبيق الصناعي.

المطلب الثاني - الشك بحرية قبول المشتري

تتضمن القواعد العامة في التعاقد، مبدأ حرية الموجب له في مناقشة شروط العقد، أو على الأقل الشروط المهمة منها، ولا يبدو هذا المبدأ بالوضوح ذاته في عقد بيع البرامج النموذجية. فالبائع في هذا النوع من البيوع، يعد سلفاً عقداً، يعرضه على الغير، ويرفق به نسخة البرنامج المثبتة على القرص المرن (C.D)،^(١) فضلاً عن دليل الاستعمال، ووصف البرنامج، ضمن باقة أو حقيبة شفافة، مغلقة بلاصق تتضمن تنبيهاً مؤداه، إن فض الغلاف يعني قبولاً للشروط الموجودة بداخل الحقيبة^(٢).

مما يعني أنه بمجرد فض الغلاف، فإن العقد يكون قد انعقد بما يتضمنه من شروط، وصار ملزماً للمتعاقدين، أو للمشتري، إذا كان البائع قد احتفظ لنفسه بحق العدول عنه. والجدير بالملاحظة أن العقد المعد سلفاً من البائع، أما أن تكون شروطه واضحة على وجه الحقيبة، ويمكن للمشتري الاطلاع عليه من دون الحاجة إلى فض غلافها، أي قبل التعبير عن قبوله بالإيجاب الصادر من البائع، أو أن يكون مدوناً على وثيقة من الورق داخل الحقيبة، بحيث لا يستطيع المشتري، قراءة مضمونه إلا بعد فتح الحقيبة وفض الغلاف، ولهذا الاختلاف أهميته من حيث اعتبار فض غلاف الحقيبة، تعبيراً عن إرادة المشتري، بقبول الإيجاب الصادر من البائع، ففي حالة عدم استطاعة المشتري، قراءة مضمون العقد، أو عدم استطاعته العلم به، إلا بعد القيام بفض الغلاف، فإن القيام بذلك، لا يعني بحد ذاته قبولاً بالتعاقد، إذ لا بدّ لاعتبار مثل هذا العمل

(١) الجدير بالملاحظة أن العقود التي تتداول بموجبها البرامج النموذجية قد تتم عبر شبكة الانترنت، بل إن عملية تنفيذ وتسليم البرنامج، قد تتم هي الأخرى عبر الشبكة المذكورة.

(٢) أنظر: طوني ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، مطبعة صادر، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٦٩.

قبولاً، أن يكون الشخص على علم بمضمون الإيجاب، وهو أمر لا يتحقق إلا بعد فض الغلاف وفتح الحقيبة، ما لم يكن هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وتعلق هذا التعامل بالبرنامج ذاته، إذ يكون المشتري على علم مسبق بمضمون الإيجاب.

أما إذا كانت شروط العقد مدونة، على وجه غلاف الحقيبة، بشكل واضح بحيث يستطيع المشتري قراءتها، من دون حاجة إلى فض الغلاف، أو فتح الحقيبة، فإن عملية فض الغلاف، تعدّ قبولاً لشروط العقد. وحيث ان بائع البرامج النموذجية، هو الذي يقوم بصياغة مشروع عقد البيع، ويعرضه على الغير بشكل ثابت وموحد، ولا يسمح بموجبه بأية مناقشة أو تعديل، فإن المشتري يجد نفسه، أمام عقد يتعين عليه قبوله، بما تضمنه من شروط، وقد تكون صياغة العقد معقدة، أو قد تتضمن بعض الشروط التي قد لا يستوعبها المشتري غير المختص، ولا سيما إذا تعلقت بأمر قانونية، كان البائع قد لجأ عند صياغتها، إلى مستشار قانوني، وذلك من أجل الاستفادة، إلى أقصى حد من المسائل التي يسمح القانون للأشخاص بالاتفاق عليها. وهكذا يبدو عقد بيع البرامج النموذجية، وقد صار ملاذاً للشروط التعسفية، فضلاً عن تمتعه بوصف الادعاء. وهذا الأمر هو الذي حدا بالمرشح الفرنسي، أن يتدخل ليعدل تقنين حماية المستهلك، وذلك بموجب المادة الأولى من القانون رقم (٩٥-٩٦) والصادر في الأول من شباط لسنة (١٩٩٥) والتي أصبحت المادة (١٣٢-١) من تقنين حماية المستهلك، والتي حددت نطاق الشروط التعسفية، بأي شرط يؤدي إلى اختلال واضح بين حقوق والتزامات المتعاقدين، متى كان أحدهما مهنيّاً محترفاً، والآخر مستهلكاً، أو غير محترف.

أما القانون العراقي الخاص بحماية حق المستهلك رقم (١) لسنة (٢٠١٠) فإنه لم يرد فيه نص يماثل النص الفرنسي، ومن ثم فإنه لا بدّ من الاحتكام إلى القواعد العامة في القانون المدني، التي تجيز للقاضي أن يتدخل ليعدل الشروط التعسفية، أو ليعفي الطرف الضعيف منها، وفقاً لما تقضي به العدالة^(١).

وقد كان الأجدد بالمرشح العراقي، أن يضع في قانون حماية حق المستهلك، نصاً خاصاً في هذا الموضوع، يقيم به توازناً في العلاقة العقدية، التي تربط المحترف بالمستهلك، ولا يترك ذلك لتقدير القضاء، في كل عقد على حدة، إذ من المحتمل أن يتغير هذا التقدير، وذلك بحسب رؤية القاضي، ومدى تقديره لتوافر الشرط التعسفي من عدمه.

ومع ذلك فإننا نتفق مع المشرع العراقي، فيما ذهب إليه في المادة السادسة من قانون حماية حق المستهلك، حيث ألزم، مجهز السلع والخدمات بأن يقدم للمستهلك (المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع، والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها، أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة)^(٢)، واعطى

(١) المادة (١٦٧) منه.

(٢) الفقرة (ب) من نفس المادة.

(للمستهلك ولكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة، إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز، والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به، أو بأمواله من جراء ذلك)^(١).

من ناحية أخرى، فإن هذا الموضوع، يثير تساؤلاً عما إذا كان من الممكن، اعتبار المشتري في عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات، مستهلكاً يتمتع بالحماية القانونية للمستهلك؟ عرفت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون حماية حق المستهلك العراقي بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الاستفادة منها).

ومن ثم فإنه يبدو أن مفهوم المستهلك، ينسحب على المشتري إذا كان هذا الأخير، يجهل الطبيعة التقنية للبرنامج. ولكن ثمة شرطاً آخر لسريان الحماية القانونية للمستهلك، والذي يتمثل بضرورة أن يرد العقد على المنتجات أو الخدمات الاستهلاكية، فهل ينسحب هذا الشرط على عقد بيع البرامج النموذجية للمعلومات؟ يبدو أنه يمكن اعتبار هذا النوع من البرامج من قبيل الخدمة التي عناها المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المستهلك بقوله (الخدمة-العمل أو النشاط الذي تقدمه أية جهة لقاء أجر أو بدونه بقصد الانتفاع منه).

المطلب الثالث - مشكلة المحل الذي يرد عليه العقد

إن الطبيعة المعنوية للبرامج النموذجية، تفرض التحقق من مدى جواز التعامل بها، حيث يجب أن تمثل هذه البرامج، شيئاً بنظر القانون، وأن تكون محلاً للحقوق المالية^(٢)، ومشمولة بالحماية القانونية المقررة في قانون حق المؤلف، أو قانون براءة الاختراع، فإلى أي مدى تكون البرامج النموذجية قابلة للاستثناء، وإلى أي مدى تتوافر لها الحماية القانونية؟

أولاً- الاستثناء:

ويراد به اختصاص صاحب الحق بقيمة معينة، أو بمال معين، مما يقتضي وجود رابطة قانونية، أما بين شخصين، فتسمى رابطة الاقتضاء، أو بين شخص وشيء، فتسمى رابطة التسلط^(٣).

وفيما يتعلق بالبرامج النموذجية، فإن حيازتها المعنوية، تكون بنسبتها إلى مؤلفها، ومن ثم يمكن الاعتراف بصفة المنقول لها، وذلك بوصفها من قبيل الأشياء المعنوية، التي يمكن حيازتها والاستثناء بها، وذلك بتأليف وتصميم البرنامج، عبر تجميع الأفكار والخطوات وترتيبها وصياغتها، بلغة تقنية وإعطاء الناتج الذهني مظهراً تعبيرياً ملموساً، من خلال الشكل الذي يظهر به البرنامج في مرحلته النهائية، فيكون مؤلفه

(١) الفقرة (ثانياً) من المادة السادسة.

(٢) المادة (١/٦١) من القانون المدني العراقي.

(٣) أنظر: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، الكويت، (١٩٧٠)، ص ١٠٩.

حائزاً له ومستأثراً به، وذلك بنسبة ما يحتويه من عناصر لمؤلفه، على نحو يعطيه ميزة التسلط، وحرية التصرف قبل الغير .

والجدير بالملاحظة ان الفقه الفرنسي، يميل إلى وصف البرامج النموذجية من قبيل الأموال، وأنه من الممكن أن تكون عنصراً من عناصر الذمة المالية، وأنه يجب عدم قصر القيم المالية على الأشياء المادية، إذ من الجائز أن يثبت وصف المال للأشياء المعنوية، ومن ثم فإن من المتصور أن تكون هذه البرامج، محلاً لعقد بيع وذلك بوصفها قابلة للتملك، إذا ما تم تثبيتها على الوسيط المادي (Un support)^(١).

ومع ذلك فإن بعض هذا الفقه، ينكر اعتبار البرامج المشار إليها، من قبيل الأموال المنقولة، وعنده أنها لاتخضع لأحكام المادة (٣٨٦/٣) من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بالقانون رقم (٩٨-٣٨٩) والصادر في (١٩ أيار لسنة ١٩٩٨)، فالقانون الفرنسي لا يمنح هذه البرامج، سوى الحماية القانونية المقررة للمصنفات الفكرية^(٢)، ويعزز رأيه في هذا الموضوع بما كانت قد ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضاء لها، حيث استبعدت المعلومات من نطاق الأشياء، ومن ثم من نطاق الأموال^(٣).
لكن بعض الفقه الفرنسي لا يشاطر الرأي المذكور، فيما ذهب إليه، وعنده أن المعلومات تعدّ في ذاتها مالاً منقولاً، ولو لم تكن محملة على وسيط مادي^(٤).

ثانياً - الحماية القانونية:

إن أكثر القوانين ملائمة لحماية البرامج النموذجية، هما قانون براءة الاختراع وقانون حق المؤلف.

أ - الحماية القانونية المقررة في قانون براءة الاختراع:

عرف الاختراع في قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية العراقي الصادر بالأمر رقم (٨١) لسنة (٢٠٠٤) بأنه (أي فكرة إبداعية يتوصل إليها المخترع، في أي من المجالات التقنية، وتتعلق بمنتج أو طريقة صنع، تؤدي عملياً إلى حل مشكلة معينة في أي من المجالات)^(٥).

(١) أنظر: Daragon, etude sur le statut juridique l'information, D. 1998, Chron, P.68.

(٢) أنظر: Taylor, L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits defectueux, etude comparative du droit anglais et de droit Francais, Preface de. G. Viney, 1999, P.117.

(٣) أنظر: Cass. Crim. 3 avril 1995, Bull. Crim. No, 142.

(٤) أنظر: Taylor, Op.Cit, P.118.

(٥) المادة (١) (٣) منه.

والذي يستفاد من هذا النص، أن البرنامج النموذجي يمكن أن يعدّ اختراعاً، إذا اشتمل على وسيلة جديدة للوصول إلى منتج صناعي، أو قام بتطوير هذا المنتج الصناعي، أو استحدث طريقة جديدة، من أجل الوصول إلى الغرض ذاته، بل إن ظاهر النص يدل على أن المشرع العراقي قد وسّع نطاق الاختراع على نحو يمكن معه القول، أن البرنامج النموذجي، يعد اختراعاً إذا أدى إلى إنتاج معين، أو طريقة صنع تؤدي إلى حل مشكلة معينة في أي من المجالات.

من ناحية أخرى، فإنه ليس ثمة مايحول، دون أن يتمتع البرنامج النموذجي، بالحماية القانونية المقررة في قانون براءة الاختراع، لا بوصفه نشاطاً ابتكارياً جديداً، قابلاً للتطبيق الصناعي بحد ذاته، بل بوصفه جزءاً، أو عنصراً من منتج صناعي جديد، أو من طريقة أو وسيلة صناعية مستحدثة، توفر فيها شروط الاختراع، فينال البرنامج النموذجي، حماية قانون براءة الاختراع بطريقة غير مباشرة، وهو الأمر الذي أجازته المشرع الفرنسي، بعد أن كان قد استبعد إمكانية منح براءة الاختراع للبرنامج بصورة مستقلة، إذ نصت المادة (٣-٢/٧) من قانون براءة الاختراع لسنة (١٩٨٦) على عدم اعتبار تأليف البرامج، من قبيل الاختراعات، وبموجب التعديل الصادر في (١٩٨٧/٧/١٣) ابقى على استبعاد البرامج من الاختراعات، إذا ماتعلق طلب براءة الاختراع، بهذه البرامج بصورة مستقلة، مما يعني إمكانية شمول البرنامج بالبراءة، إذا كان جزءاً من اختراع.

ب- الحماية القانونية المقررة في قانون حق المؤلف:

اعتبر المشرع العراقي برامج المعلومات، سواء أكانت برمز المصدر، أو الآلة، مصنفاً من المصنفات التي أوجب حمايتها، وذلك طبقاً لأحكام المادة الثانية من قانون حق المؤلف رقم (٣) لسنة (١٩٧١) المعدل بالأمر رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٤).

وهكذا فإن برامج المعلومات، قد أصبحت من قبيل المصنفات المؤكدة بالحماية القانونية على وجه الخصوص، ولم يميز المشرع العراقي في هذه الحماية، بين البرامج المقترنة بتطبيقاتها بالنتائج الصناعية، عن تلك غير المقترنة بالتطبيقات المذكورة، فالبرنامج أياً كانت لغته، ومهما كانت تطبيقاته، صناعية أو علمية، يعد في القانون العراقي، مصنفاً من المصنفات التي يجب حماية مؤلفه، من أي اعتداء يتعرض له.

المبحث الثالث

التزامات بائع البرنامج

ينشئ عقد بيع البرامج النموذجية، التزامات متبادلة على عاتق البائع والمشتري، فيلتزم البائع بتسليم البرنامج (المطلب الأول) ويضمن عيوبه الخفية (المطلب الثاني) وعدم التعرض والاستحقاق (المطلب الثالث) كما يلتزم بصيانتها (المطلب الرابع).

المطلب الأول - الالتزام بتسليم البرنامج

أولاً - كيفية التسليم:

إن تسليم البرنامج إلى المشتري، يقتضي وضعه تحت تصرفه، على وجه يتمكن به من حيازته والانتفاع به دون عائق، أو بحسب تعبير القانون المدني العراقي (التخلية بين المبيع والمشتري، على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل)^(١).

ولما كان البرنامج النموذجي، ذا طبيعة معنوية، فإن تسليمه يتطلب تثبيته على وسيط مادي، كالأقراص الليزرية، أو الضوئية الممغنطة.

إلا انه يمكن تسليم البرنامج دون وسيط مادي، وذلك بنقله عبر شبكة الانترنت، على أن يزود المشتري بمفتاح، لحل شيفرة البرنامج، أو الرسالة الالكترونية، حتى يتسنى له الوصول إلى البرنامج^(٢).

ثانياً - نطاق التسليم:

على البائع تسليم البرنامج بحالته النهائية القابلة للاستعمال، بما يعرف ببرنامج الهدف (object code) كما يجب عليه تسليم أصل البرنامج قبل ترجمته لبرنامج الهدف المكتوب بإحدى لغات المعلوماتية، بما يعرف ببرنامج المصدر (source code). كذلك تسليم وثائق تأليف البرنامج، والمستندات المعدة للمستخدمين^(٣).

فكل هذه الأمور تعدّ من الملحقات الضرورية، وذلك لارتباطها الوثيق بالبرنامج، وبالنظر إلى الغاية من العقد، وبما يمكن المشتري من الانتفاع من البرنامج، وممارسة سلطاته وحقوقه عليه، وتجنب الأخطاء التي قد تحدث عند استعماله، فضلاً عن الحاجة إلى وثائق تأليفه، التي تسهم في تطويره وزيادة فاعليته^(٤). والجدير بالملاحظة، أن ثمة تلازماً بين البرامج النموذجية، ولاسيما القاعدية أو الأساسية منها، وأجهزة الكمبيوتر بما تقتضيه من معدات، إذ من غير الممكن استعمال أو تشغيل أجهزة الكمبيوتر، من دون البرامج، وفي الوقت ذاته فإنه من غير الممكن، الاستفادة من البرامج إلا عبر أجهزة الكمبيوتر، كما إن هذه الأجهزة الأخيرة عند طرحها للبيع، تحتوي داخلها على نوع من البرامج اللازمة لتشغيلها، أو لا بدّ من الحصول على هذا النوع من البرامج، لتهيئتها للاستعمال، وغالباً ما توضع هذه البرامج إلى جانب أجهزة الكمبيوتر، فما أثر هذا التلازم، على التزام البائع بالتسليم؟

(١) المادة (١/٥٣٨) منه.

(٢) أنظر: Bitan, Op.Cit, P106.

(٣) أنظر: Bitan, Op.Cit, P.106.

(٤) أنظر: د.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ١٠٣-١٠٤.

يرفض بعض الفقه وجود ارتباط بين جهاز الكمبيوتر، وبرنامج تشغيله، وذلك لأن برامج التشغيل متعددة، ومن ثم يمكن للمشتري أن يستعين بأي برنامج يختاره، بغض النظر عن البرنامج الذي يقترحه بائع الجهاز ذاته^(١).

بيد أن البعض الآخر من الفقه، يرى أن البائع يلتزم بتسليم جهاز الكمبيوتر، على نحو مباشر عمله والمهمة المرجوة منه، ومن ثم فإنه يجب أن يسلم هذا الجهاز بحالة سليمة، وبذاكرة مستعدة للعمل الفوري، وهو أمر لن يتحقق لو لم يكن بجهاز الكمبيوتر، برنامج لتشغيله، وعلى ذلك فإن عليه أن يضع في ذاكرة جهاز الكمبيوتر، البرنامج الأساس القائم بإدارته، فإن لم يقم بهذا الأمر، فإنه يكون مخالفاً في تنفيذ التزامه بالتسليم، مما يعني أن البرنامج يصبح في هذه الحالة من ملحقات جهاز الكمبيوتر، ويجب تسليمه للمشتري^(٢).

والذي نختاره من جواب في هذه المسألة، أن المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي، تلزم البائع تسليم المبيع وتوابعه إلى المشتري، كما أن المادة (٥٣٧) المقابلة للمادة (١٦١٥) من القانون المدني الفرنسي، تنص على أنه (يدخل في البيع من غير ذكر:

أ- ما كان في حكم جزء من المبيع، لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء..

ب- توابع المبيع المتصلة المستقرة...

ج- كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع...).

وفي ضوء هذا، فإنه إذا بيع جهاز كمبيوتر، وكان ثمة برامج متلازمة به على وجه الاستقرار، أو كانت جزءاً منه، وذلك نظراً إلى الغرض من الشراء، أو جرى العرف على اعتبارها من مشتملات المبيع، فإن البائع يلتزم في هذه الحالة، بتسليم البرنامج مع تسليمه لجهاز الكمبيوتر إلى المشتري، بيد أن الالتزام بالتسليم هنا ليس من شأنه إخضاع هذه البرامج لأحكام عقد البيع، فعلى الرغم من انتقال ملكية جهاز الكمبيوتر إلى المشتري، فإن هذا الأخير يتسلم البرنامج، لا بوصفه مالاً له، وإنما بوصفه حائزاً له، مما يقتضي حصوله على رخصة لاستعماله، والتي يجب أن يوفرها له البائع، من مؤلف البرنامج أو ممن يؤول إليه هذا الحق.

ثالثاً- مكان وزمان تسليم البرنامج:

إذا وجد اتفاق على مكان تسليم البرنامج، فإن التسليم يكون طبقاً لهذا الاتفاق، أما إذا لم يوجد اتفاق، فإن على البائع تسليمه في المكان الذي يوجد فيه البرنامج، وقت إبرام العقد^(٣).

(١) أنظر: د. حسن عبد الباسط جمعي، المصدر السابق، ص ٢٧.

(٢) أنظر: Philippe Le Tourneau, Op.Cit, P.71.

(٣) بدلالة المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي.

ويعمل بالاتفاق فيما يتعلق بزمان التسليم، وعند عدم وجود اتفاق على ذلك، فإن تسليم البرنامج، هو زمان دفع الثمن. والجدير بالملاحظة، أن القانون الفرنسي رقم (٩٥-٩٦) الصادر في الأول من شباط لسنة (١٩٩٥) والذي عدل به المشرع الفرنسي، أحكام قانون حماية المستهلك، قد نص في مادته (١٤١-١) على أنه في عقود بيع المنقول، أو تقديم خدمة للمستهلك، ولم يكن متفقاً على أن يكون التسليم في الحال، فإن المهني المحترف، يلتزم بأن يحدد موعداً للتسليم، ويجوز للمستهلك، وغير المحترف، فسخ العقد بعد مضي مدة أسبوع على الموعد المحدد دون تسليم، وكفي لاعتبار العقد مفسوخاً بمجرد إرسال المستهلك خطاباً مسجلاً بذلك إلى المتعاقد الآخر.

أما قانون حماية حق المستهلك العراقي، فإنه قد جاء خلواً، من نص يماثل النص الفرنسي، وقد كان الأولى به، ان يحذو حذوه في هذه المسألة.

رابعاً- مطابقة البرنامج للمواصفات المعلنة:

لكل برنامج معلومات مواصفات ووظائف معينة، وتحدد هذه المواصفات والوظائف، في عقد بيع البرامج النموذجية، من البائع بشكل مسبق، ومن ثم فإن هذا الأخير، يلتزم بتوفير هذه المواصفات والوظائف المعلن عنها، وإلا كان كما يقول القضاء الفرنسي مخلاً بتنفيذ التزامه بالتسليم^(١).

وزيادة على المواصفات والوظائف المعلن عنها، فإن ثمة مواصفات قياسية، تقتضيها قواعد المهنة وعرف التعامل، فيجب أن يتوافر في البرنامج، كما يقول القضاء الفرنسي، الحد الأدنى من المواصفات التي تؤدي إلى تشغيله وقيامه بوظيفته^(٢).

والجدير بالملاحظة أن مؤلف البرنامج، قد يعلن عن توافر مواصفات معينة في برنامجه، الذي يسوقه عبر موزع رئيس، وآخر فرعي، فهل يلتزم الموزع الأخير بهذه المواصفات المعلن عنها من المؤلف؟ يبدو لنا أن بائع التجزئة (الموزع الأخير) يضمن وجود الأوصاف المذكورة، إذا كان على علم بها قبل بيعه للبرنامج، أما إذا لم يكن على علم بها، أو لم يكن المشتري قد أقدم على شراء البرنامج بتأثير من تلك المواصفات، فلا ضمان عليه.

خامساً- طبيعة التزام البائع بتسليم برنامج مطابق للمواصفات:

يرى بعض الفقه العراقي، بأن التزام البائع بتسليم برنامج مطابق للمواصفات، هو التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق غاية، وذلك لأن البائع لا يستطيع أن يلبي جميع حاجات المشتري بالكامل، وذلك لأنها

(١) أنظر: CA. Paris, 27 Sept. 1996, expertises, 1997, 42.

(٢) أنظر: Cass. I. Civ. 7 avril. 1998, Bull. Civ.I.no.150.

حاجات متغيرة وغير محددة، وكذلك بسبب الدور الذي يلعبه المشتري في نجاح النظام المعلوماتي وذلك عبر حسن استعماله له، فضلاً عن اعتماد أنظمة المعلومات، على الإبداع الفكري وليس على الجهد البدني، مما لايسمح بالسيطرة على جميع نتائجها بصورة كاملة ودقيقة، ومن ثم فإن التزام البائع بتسليم برنامج مطابق للمواصفات، يخضع لمعيار الشخص المعتاد، دون أن يكون ملزماً بتحقيق غاية معينة، إلا إذا نص العقد على ضرورة تحقيق هذه النتيجة^(١).

ونحن نميل إلى اعتبار التزام البائع، بتسليم برنامج مطابق للمواصفات التزاماً بتحقيق غاية، إذ الغرض المقصود مؤكد الوقوع، وذلك إذا تعلق الأمر ببيع برنامج نموذجي معدّ سلفاً، ولاسيما إذا كان البائع قد أعلن صراحة عن مواصفات وكفاءة معينة في البرنامج، ولم يتوقف تحقق هذه المواصفات على دور للمشتري، أو على ما سيتم بذله من جهد ذهني في تحقيقها، إذ أن العقد في هذه الحالة قد ورد على برنامج معدّ سلفاً، ومن ثم يسأل بئعه عن عدم مطابقة المواصفات، حتى وإن بذل عناية الشخص المعتاد، إلا إذا حال سبب أجنبي دون ذلك.

المطلب الثاني - الالتزام بضمان العيوب الخفية

لما كان البرنامج النموذجي يمثل قيمة مالية في التعامل، فإن من المتصور تعيبه بما ينقص من قيمته، وذلك بوجود قصور في الأداء الوظيفي له، أو بما يحول دون الانتفاع به، أو ينقص من هذا الانتفاع. ومن ثم فإن طبيعة البرامج النموذجية، ومركزها العقدي، يسمحان بقبول فكرة ضمان العيوب الخفية، وهذه العيوب تكمن في عدم المطابقة مع النتائج المطلوبة، أو تحقيق نتائج مختلفة^(٢). إلا أن تطبيق أحكام هذا العيب على البرامج المشار إليها، يستلزم توافر الشروط الآتية:

أولاً- أن يكون العيب خفياً: فلا ضمان على البائع، إذا كان العيب الموجود في البرنامج ظاهراً وقت إبرام العقد، أو عند التسليم أو كان المشتري على علم به، أو يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص البرنامج، بما ينبغي من العناية، إلا إذا كان البائع قد أكد له خلو البرنامج من هذا العيب، أو أخفى العيب غشاً منه^(٣). ومع ذلك فإنه إذا لم يكن المشتري مختصاً بالبرامج، فإنه من الصعوبة عليه، أن يتبين ما قد يتضمنه البرنامج من عيوب، وذلك بسبب الطبيعة التقنية له، والذي يكون بصورته النهائية، مترجم إلى لغة الآلة، وهو أمر لا يدركه إلا المختص، وقد يحتاج هذا الأخير إلى أصل البرنامج، المكتوب بإحدى لغات المعلومات، بما يعرف ببرنامجه المصدر، من أجل أن يكتشف هذا العيب^(٤).

(١) أنظر: د.نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٥٤.

(٢) أنظر: أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٣) بدلالة المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي.

(٤) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, P.77.

والجدير بالملاحظة، أن البائع قد يزرع في البرنامج، فيروساً لمنع عملية الاستنساخ غير المصرح به أو غير المشروع، بحيث لا ينشط هذا الفيروس إلا عندما يتم استنساخ لاحق للبرنامج، ولا يشفع للبائع رغبته بحماية برنامجه من عملية الاستنساخ غير المصرح بها أو غير المشروعة، إذ أن الضرر الناشئ عن الفيروس، يتجاوز المصلحة المرجوة منه^(١).

ثانياً - أن يكون العيب مؤثراً:

أي أن يكون العيب على قدر من الجسامة، بحيث ينقص من ثمن البرنامج، بحسب عرف التعامل، أو يفوت به غرضاً صحيحاً. ومن هنا فقد حكم القضاء الفرنسي بالتعويض، على إحدى الشركات الناشئة لمجلة، كانت قد وزعت معها اسطوانة تحمل برنامجاً اتضح أنه يحمل فيروساً آخر ببرامج الكمبيوتر التي استعملته، فاعتبر القضاء الفرنسي، أن هذه الأسطوانة كانت عنصراً من عناصر عقد البيع، فألزم الشركة الناشئة للمجلة بتعويض الأضرار التي سببها العيب الخفي^(٢).

أما إذا كان العيب مألوفاً، وذلك بأن لم ينقص من ثمن البرنامج، أو لم يفوت به غرضاً صحيحاً، فإنه لا اعتبار له، فالبائع لا يضمن العيب الموجود في البرنامج، ما لم تكن لهذا العيب آثار جوهرية، تحول دون إمكانية استعمال البرنامج، أو استغلاله، أو تؤثر في كفاءته^(٣).

واعتبار العيب مؤثراً أو مألوفاً، يتفاوت من برنامج إلى آخر، وذلك بالنظر إلى طبيعة الوظيفة التي يؤديها البرنامج، كما يتفاوت من مشترٍ إلى آخر، وذلك بالنظر إلى النتيجة التي يتوقعها من البرنامج. وفي الغالب تتضمن عقود بيع البرامج النموذجية، النص على مقياس يدل على وجود العيب المؤثر، ويتمثل هذا المقياس في نسبة محددة يتفق عليها المتعاقدان، إذا نقص عنها ثمن أو كفاءة البرنامج، تحقق العيب المؤثر.

والجدير بالملاحظة أن البرنامج، قد لا يكون قادراً على مواكبة ما استجد من تطورات علمية، مما يفقده قيمته، ذلك لأن مؤلفه لم يأخذ بعين الاعتبار التطور العلمي في المستقبل، فهل يعد ذلك من قبيل العيب الموجب للضمان؟

تصدى المشرع الفرنسي في المادة (١٣٨٦-١١) من القانون المدني، وذلك بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم (٩٨-٣٩٨) في (١٩ آيار لسنة ١٩٩٨) لهذا التساؤل، وذلك ضمن نطاق مسؤولية المنتج،

(١) بدلالة المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٦٤١) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) أنظر: Cass. Com. 25 nov. 1997, J.C.P. 1998, ed. E.11, 853.

(٣) أنظر: Lamy, Op.Cit, no. 1074; Philippe le Tourneau, Op.Cit, P.78.

حيث أعفى هذا الأخير من المسؤولية، عما يكشفه التطور العلمي في المستقبل من مخاطر أو عيوب، إذ ثبت أن القواعد العلمية والفنية السائدة وقت الإنتاج، لا يمكنها كشف هذا العيب أو تفاديه^(١).

وقد جاء موقف المشرع الفرنسي في هذه المسألة، بعد أن كان القضاء الفرنسي، قد ألقى بالضمان المذكور على عاتق مورد البرامج، معللاً ذلك بأن مورد البرامج يلتزم بضمان كفاءة البرنامج وقابليته للتطور في المستقبل، حتى لا يفقد البرنامج قيمته^(٢).

وعندنا أن البائع لا يضمن عدم قابلية البرنامج للتطور، إذا ثبت أن هذا التطور، يعدّ أمراً خارجاً عن قدرة أو توقع البائع الممتن الحريص، ما لم يثبت عكس ذلك من ظروف التعاقد، أو من اتفاق المتعاقدين، ففي هذا الفرض الأخير، يصبح التزاماً عقدياً يجب الوفاء به.

ثالثاً - أن يكون العيب قديماً:

أي أن يكون العيب سابقاً في وجوده على لحظة إبرام عقد البيع، أو لحظة تسليم البرنامج^(٣)، فإن نشأ العيب بعد هذا، فلا ضمان على البائع، ومع ذلك فإن هذا الأمر ليس سهلاً، فثمة صعوبة في تحديد لحظة نشوئه، إذ قد لا يظهر العيب الموجود في البرنامج، إلا بعد مدة زمنية من استعماله، وبمناسبة استعماله في عمليات غير معتادة، أو لم يكن من حيث الأصل قد أعدّ لها. والتثبت من هذه الأمور قد يصعب حتى على أهل الاختصاص في حالات معينة، كما انه قد يحتاج إلى كلفة عالية^(٤).

رابعاً - ألا يشترط البائع براءته من كل عيب أو من العيب الموجود:

فإذا اشترط البائع براءته من كل عيب، فلا يجوز للمشتري الرجوع عليه بجميع ما قد يظهر في البرنامج من عيوب، سواء ما كان موجوداً منها وقت إبرام العقد، أو ما طرأ منها على البرنامج، بعد إبرام العقد وقبل التسليم.

أما إذا اشترط براءته من العيب الموجود في البرنامج، فإن ضمانه يسقط بالنسبة للعيوب الموجودة في البرنامج وقت إبرام العقد، ويظل مسؤولاً عن العيوب التي قد تطرأ على البرنامج بعد إبرام العقد وقبل التسليم^(٥)، على ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب، إذ يقع الشرط في هذه الحالة الأخيرة باطلاً^(٦).

(١) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, P.100.

(٢) أنظر: Ca Paris, 27 sept, 1996, Expertises, 1997, P.42.

(٣) بدلالة المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٦٤١) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، المصدر السابق، ص ٢٥٨.

(٥) بدلالة المادة (٢/٥٦٧) من القانون المدني العراقي.

(٦) بدلالة المادة (٢/٥٦٨) من القانون المدني العراقي.

والجدير بالملاحظة، أن المشرع الفرنسي^(١) قد تشدد في الشروط التي يلجأ إليها المهني، ضمن عقود الاستهلاك من أجل إنقاص أو إعفاء نفسه من المسؤولية العقدية، فساوى بين المهني المحترف، بالمتعاقد سيء النية، فافترض علم البائع المهني بعيوب المبيع، وذلك لمعرفة الفنية بمحل العقد، مما يقتضي إلزامه ببيع برامج آمنة وخالية من العيوب، فلا يقبل منه الادعاء بعدم العلم بالعيوب، أو اشتراط البراءة منه، إذ يجب النظر إلى مثل هذا الشرط، بوصفه شرطاً تعسفياً، إذا كان مشتري البرنامج مستهلكاً، أو لم يكن ممتنعاً في مجال البرامج، في حين يجوز اشتراط البراءة من العيوب، أو التخفيف من المسؤولية الناشئة عنه، إذا كان المشتري محترفاً، أو ممتنعاً في مجال البرامج، وذلك في غير حالة الغش، أو سوء النية^(٢).

ويخلو قانون حماية حق المستهلك العراقي من حكم مماثل، وحذا لو أنه اقتفى أثر المشرع الفرنسي في هذه المسألة.

دعوى ضمان العيوب الخفية في البرامج النموذجية:

غالباً ما يتم تداول هذا النوع من البرامج، عبر سلسلة من العقود، تبدأ بعقد بين مؤلف البرنامج وإحدى شركات تسويق البرامج، والتي تقوم بدورها بتوزيع البرامج، على عدد من الموزعين الرئيسيين، وفي أكثر من دولة، ويقوم هؤلاء بدورهم بتوزيعها على عدد من الموزعين الفرعيين، من أجل تصريف نسخ البرامج على المشتري النهائي، مما يطرح تساؤلاً عن أطراف دعوى ضمان العيب الخفي؟

إن الإجابة على هذا التساؤل في القانون الفرنسي، تقتضي الأخذ بعين الاعتبار، ما أجراه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم (٩٨-٣٨٩) والصادر في (١٩ آيار لسنة ١٩٩٨) والذي عدل به نصوص القانون المدني من المواد (١/١٣٨٦) إلى (١٨/١٣٨٦) حيث ألقى بموجبه على عاتق المنتج مسؤولية مادية، لا تستلزم إثبات الخطأ، كما أجاز أن يستفيد منها، كل من أصابه ضرر سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقد مع المنتج^(٣)، ورتب على هذه المسؤولية الالتزام بضمان الضرر، مادياً كان أم معنوياً، مباشراً كان أم غير مباشر^(٤). ويستفيد من أحكامها أي شخص أصيب بضرر، سواء أكان مرتبطاً مع البائع بعلاقة عقدية أم لا، ويمكن للمضرور مقاضاة المنتج والبائع والمؤجر وأي شخص آخر يمكن أن يكون في نفس مركز المنتج (المادة ١٣٨٦/٧).

(١) المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلك.

(٢) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, PP.64 et suiv.

(٣) المادة (١/١٣٨٦) منه.

(٤) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, PP.64.

ولا نظير لهذه الأحكام في القانون المدني العراقي، ومن ثم فإنه لامناص من الاحتكام إلى القواعد العامة في نظرية العقد، فبموجب مبدأ نسبية أثر العقد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة (١٤٢) فإنه يجوز للمشتري النهائي، مقاضاة الموزع الفرعي (بائع التجزئة) بدعوى الضمان وذلك استناداً لعقد البيع المبرم بينهما، ويجوز للموزع الفرعي، مقاضاة الموزع الرئيس، ويجوز لهذا الأخير، مقاضاة مؤلف البرنامج. ولكن هل يجوز للمشتري النهائي للبرنامج مقاضاة مؤلف البرنامج مباشرة؟ إن الطبيعة الخاصة للحقوق المقررة على البرنامج، تسمح بذلك إذ غالباً ما يحتفظ مؤلف البرنامج، بحقوق الاستغلال المالي، ويقوم بتصريف برنامجه عبر عدد من الموزعين، ويتم إعداد عقد بيع البرامج من قبله، ويخاطب بموجبه المشتري النهائي، ويرفق هذا العقد مع نسخة البرنامج المثبت على القرص المادي، ضمن حقيبة مغلقة، مما يعني أن عقد البيع يكون سارياً بمواجهته.

أما الموزع الرئيس، أو الموزع الفرعي، فإنه يعدّ وكيلًا عن مؤلف البرنامج، ومن ثم فإن هذا الأخير يبقى مسؤولاً عن ضمان العيب، ما لم ينص في العقد على عكس ذلك.

والحق أن بيع البرامج النموذجية، طبقاً للفرص المشار اليه، يختلف عن بيع البضائع التقليدية، إذ يبقى مؤلفها محتفظاً بالحقوق المالية، ومن ثم فإنه يبقى ضامناً لعيوبها.

أما في البيوع المتتالية للبضائع، فإن ملكية البضاعة، تنتقل من المنتج إلى الموزع، ثم إلى المشتري النهائي، فإذا كان المشتري قد حصل على بضاعة معينة من بائع فرعي، فإنه لايجوز له بموجب مبدأ نسبية أثر العقد، مقاضاة غير هذا البائع الأخير.

ومع ذلك، فإنه بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي، فإنه في حالة ارتباط ضمان العيب بالشيء محل العقد، وانتقال هذا الشيء إلى خلف خاص، وكان يعلم بهذا الضمان، وقت انتقال الشيء اليه، فإنه يجوز للخلف الخاص، أن يقاضي المنتج الأول بالضمان، ومن ثم فإنه يمكن الركون إلى هذا الحكم في إطار عقود البرامج، بحيث يجوز للمشتري الأخير، أن يقاضي مؤلف البرنامج مباشرة.

المطلب الثالث - الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

يلتزم بائع البرنامج بالامتناع عن أي عمل مادي أو قانوني، من شأنه الحيلولة دون تمتع المشتري، بما تقرر له بموجب عقد البيع من حقوق على البرنامج^(١).

وتتمثل هذه الحقوق بكافة صور الاستغلال المالي، إذ يصبح المشتري بمركز صاحب الحق على البرنامج، على وجه الاستثناء.

(١) بدلالة المادة (٥٧٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣٨) من قانون حق المؤلف.

ويرد التعرض على الحقوق المقررة للمشتري على البرنامج، وهذه الحقوق هي من حيث الأصل، مقررة للبائع، وذلك بوصفه مؤلفاً للبرنامج، والتي تدرج تحت صور الانتفاع المالي بالبرنامج، فإذا تصرف المؤلف بهذه الحقوق للمشتري، فإنه يلتزم بالامتناع عن أي عمل مادي أو قانوني، من شأنه أن يعكر استعمال المشتري، لما تقرر له بموجب عقد البيع من حقوق على البرنامج.

ومع ذلك، فإن قانون حق المؤلف العراقي، يجيز للمؤلف أن يطلب من المحكمة سحب مصنفه من التداول، أو إدخال تعديلات جوهرية عليه، على الرغم من تصرفه في حقوق الانتفاع المالي، وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة، ويلتزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت اليه، حقوق الانتفاع المالي (المشتري)^(١).

ولاشك أن هذا الحكم يعدّ استثناءً على الأصل العام، ويعد من قبيل التعرض المادي المسموح به، بشرط تعويض المشتري.

والجدير بالملاحظة أن قانون حق المؤلف العراقي يشترط في مادته (٣٨) لصحة التصرف الصادر من المؤلف، الوارد على الحقوق المالية المقررة له، أن يكون مكتوباً، وأن يحدد فيه صراحةً وبالتفصيل، كل حق يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه، ومدة الاستغلال ومكانه، مما يجعل من السهولة إثبات عائدية حقوق الاستغلال المالي المقررة على البرنامج، عند التعرض لها، ولكن إذا كان التصرف الوارد على البرنامج غير صادر عن المؤلف، كما لو كان صادراً عن خلفه الخاص، فإنه لا يشترط لصحة هذا التصرف، الكتابة، مما يزيد من صعوبة إثبات عائدية، حقوق الاستغلال المالي المقررة على البرنامج^(٢).

ويمتد هذا الضمان إلى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من الغير، كأن يدعي الغير بعائديته لحقوق الاستغلال المالي المقررة على البرنامج، ويحدث هذا كما يقول القضاء الفرنسي، عندما يقدم البائع للمشتري برامج معلومات محملة في ذاكرة الكمبيوتر المبيع، بينما كان البائع قد تنازل عنها للغير، بموجب عقد سابق على عقد البيع^(٣).

أما إذا كان تعرض الغير، لا يستند على سبب قانوني، وإنما مجرد تعرض مادي، كأن يقوم الغير بعمل نسخ من البرنامج، وتصريفها على الجمهور من دون أن يكون مخولاً بذلك، فإن البائع لا يضمن هذا النوع من التعرض.

بيد أنه إذا كان أثر التعرض المادي، يمس حقوق المؤلف، فإنه ينظر إلى الحق محل التعرض، فإن كان هذا الحق من ضمن الحقوق الأدبية، فإن دفعه يقع على عاتق مؤلف البرنامج وحده.

(١) المادة (٤٣) منه.

(٢) أنظر: د.نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(٣) أنظر: T.G.I. Paris, 11 mars 1998, PIBD, 1998, III, 425.

أما إذا كان الحق محل التعرض من الحقوق المالية، فإنه ينظر إلى مضمون عقد البيع، وفيما إذا كان يعطي الحق للمشتري دفع هذا التعرض أم لا، ذلك لأن قانون حق المؤلف يحصر الحق بدفع التعرض، سواء أكان وارداً على الحقوق الأدبية أو الحقوق المالية، بالمؤلف وحده، أو لمن يقوم مقامه، ويشترط أن يتم الاتفاق كتابة وبشكل صريح، على منح المؤلف للغير، الحق بدفع أي تعرض على حقوق الاستغلال المالي، المقررة على المصنف، فإن لم يتنازل المؤلف عن هذا الحق، فلا يجوز لغيره أن يضطلع بذلك.

من ناحية أخرى، فإنه بالنظر للطبيعة الخاصة لبرامج المعلومات، وذلك بوصفها من قبيل المصنفات المحمية بقانون حق المؤلف أو قانون براءة الاختراع، فإن دفع تعرض الغير الوارد على الحقوق المقررة لهذه البرامج، إنما يكون من حق المؤلف أو من يؤول إليه هذا الحق.

كما إن هناك حالات لا يتصور فيها الإدعاء بعائدية حقوق استغلال البرنامج، فلا يجوز التمسك بمرور الزمن، للدعاء بالحق على البرنامج، إذ يعدّ الحق في نسبة البرنامج لمؤلفه، من الحقوق الأدبية غير القابلة للتصرف، ولا تسقط أو تكسب بالتقادم.

كما أن مباشرة حقوق الاستغلال المالي، أو بعض صور الانتفاع، يجب أن تتم بموافقة المؤلف، وذلك من خلال تصرف كتابي محدد، ويكون دفع أي تعرض على ذلك من حق المؤلف وحده، أو من يؤول إليه هذا الحق، ولهذا يجوز للمؤلف مخاصمة الغير، ودفع دعواه إذا تعلق الأمر بالحقوق المقررة لهذا المؤلف، حتى وإن تم الحكم لذلك الغير بناء على إقرار المشتري^(١)، إلا إذا كان المؤلف قد أنابه في مخاصمة من يتعرض لحقوقه.

المطلب الرابع - الالتزام بالصيانة

يخلو التنظيم القانوني لعقد البيع، من نص قانوني يلزم البائع بصيانة المبيع، ولكن من الجائز الاتفاق على ذلك، بحيث يلتزم بائع البرنامج بصيانتته، خلال مدة محددة في العقد، ويتمثل هذا الالتزام، بكل عمل يرجع البرنامج إلى حالته الأصلية، أو تطابقه مع المواصفات التي تم تأليف البرنامج على أساسها. وينكر بعض الفقه الفرنسي وجود التزام مستقل على عاتق البائع في نطاق برامج المعلومات، وعنده أن صيانة البرنامج هي جزء من التزام البائع بضمان العيوب الخفية^(٢).

(١) ويلاحظ أن المشتري لا يرجع بالضمان على البائع، إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله، ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله، إذا كان حسن النية، وكان قد أعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، ودعاه للدخول فيها ولم يفعل، هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق (المادة ٥٥١) من القانون المدني العراقي.

(٢) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, P.51.

والذي نرجحه ان التزام البائع بصيانة البرنامج، هو التزام أصيل وقائم بذاته، وإنما يجب عدم التوسع في نطاقه، فهو يتحدد بالأعمال التي تتعلق بحفظ البرنامج، وإعادته إلى ما كان عليه من أجل تأمين الوظيفة المقصودة منه^(١)، فلا يدخل فيه كل عمل يخرج عن حقيقة الصيانة، كطلب المشتري بعد تسلمه البرنامج وفقاً للمواصفات المعلن عنها، تعديل هذه المواصفات، إذ يعدّ هذا التعديل من قبيل التأليف والتصميم، الذي قد يشكل عقداً جديداً.

كما إننا لانوافق الفقه الفرنسي الذي اعتبر التزام البائع بالصيانة، جزءاً من التزامه بضمان العيوب الخفية، فهذا الالتزام الأخير ينحصر نطاقه بما كان موجوداً في البرنامج، من عيوب سابقة على العقد وفق شروط محددة، أما الالتزام بالصيانة، فإنه يتعلق بما قد يستجد في البرنامج من عيوب أو أعطال لاحقة في نشوئها على إبرام عقد البيع، ومن ثم فإن لصيانة البرنامج الصور الآتية:

الصورة الأولى: الصيانة الوقائية، وهي التي تهدف إلى منع حصول أي عارض، وذلك عن طريق تدخل البائع تدخلاً منتظماً ودورياً، للكشف على البرنامج، وإجراء فحص معين، من أجل ضمان بقاءه في حالة تشغيلية جيدة، وتجنب الأعطال المحتملة، كما تشمل هذه الصورة إرشاد المشتري إلى طريقة الاستعمال الصحيحة، وإلى وسائل تجنب الأعطال في البرنامج.

الصورة الثانية: الصيانة العلاجية، وهي التي تتناول العيوب والأخطاء الناشئة في مرحلة لاحقة لإبرام عقد البيع، فعلاج هذه العيوب أو الأخطاء يدخل ضمن التزام البائع بالصيانة^(٢).

الصورة الثالثة: الصيانة التطويرية، وهي التي تهدف إلى حصول مشتري البرنامج، على إصدارات مصححة ومستحدثة من البرنامج المنشور سابقاً، تواكب التطور التقني، وتوفر الإمكانيات الجديدة^(٣). ويمكن التمثيل لها بالآتي:

المثال الأول: إصدار بائع البرنامج نسخة عن ذات برنامجه، بعد إدخال بعض التعديلات والتحسينات، وتصحيح بعض الأخطاء المكتشفة بعد استعمال البرنامج مدة زمنية معينة^(٤).

المثال الثاني: إصدار بائع البرنامج نسخة جديدة عن برنامجه، تتضمن إدخال تعديلات جوهرية، وتضيف وظائف جديدة، لم تكن موجودة، وتزيد من كفاءة وفاعلية البرنامج^(٥).

المثال الثالث: تتضمن بعض البرامج بيانات تتعلق بأعمال مهنية، كبرامج المحاسبة، وبرامج حساب معادلات الضريبية، وبرامج التشريعات والقوانين والاجتهادات القضائية، فإذا طرأ تغيير على هذه المسائل،

(١) أنظر: طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٢١١.

(٢) أنظر: Lamy, Op.Cit, no.1208.

(٣) أنظر: Lamy, Op.Cit, no.1208.

(٤) أنظر: طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

(٥) أنظر: طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

كتعديل طرق المحاسبة، أو نسب الضرائب، أو إلغاء تشريعات وإصدار أخرى، فإن البرنامج الذي كان يتضمن الطرق والنسب والإصدارات القديمة أو الملغاة، لم يعد صالحاً للاستعمال، مع إمكانية إجراء تعديلات على هذا البرنامج، ليلائم تلك المستجدات^(١).

وفي المثالين الثاني والثالث، فإن البائع لا يلزم بالصيانة، ما لم يتفق عليها ضمن شروط عقد بيع البرنامج، أو ضمن اتفاق لاحق على العقد المذكور.

أما في المثال الأول، فإن البائع في الغالب يقوم بهذه العملية بصورة تلقائية، وذلك لضمان تأمين خدمات لزيائنه، مما يمنحه ثقتهم، واستمرار تعاملهم معه.

من ناحية أخرى، فإن محكمة النقض الفرنسية، ذهبت إلى أن الالتزام بالصيانة في مجال التعامل ببرامج المعلومات، ينتقل إلى الغير بصورة تلقائية، مع انتقال العقد الأصلي، حتى ولو وجد اتفاق بعكس ذلك، معللة قضاؤها، أنه قد ثبت أنه القائم بالصيانة، كان محتكراً للبرامج، ولا يمكن لغيره القيام بالصيانة المذكورة^(٢).

ويمتدح بعض الفقه الفرنسي -بحق- هذا الرأي القضائي، إذ أن محكمة النقض اعتبرت شرط عدم انتقال الالتزام بالصيانة، من قبيل الشروط التعسفية الصادرة من مهني يحتكر خدمة صيانة البرامج، مما يعني أن أعمال هذا الشرط، يؤدي إلى حرمان المشتري من الصيانة كلياً^(٣). وفي القانون العراقي فإن هذا الشرط يجب إبطاله، وذلك عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني.

وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي تنص على أنه (إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء، انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه) فإن اتفاق البائع والمشتري، على عدم انتقال الالتزام بصيانة البرنامج إلى الخلف الخاص، هو شرط تعسفي قبل الخلف الخاص، لا قبل المشتري، وإذا كان هذا الأخير لا يملك الطعن في هذا الشرط، استناداً إلى كونه شرطاً تعسفياً، فإن الخلف الخاص يملك ذلك لأنه من القيود التي تؤثر على حقوقه المقررة على البرنامج.

من ناحية أخرى، فإنه لا يمكن وصف اتفاق عدم انتقال الالتزام بالصيانة، بأنه يقوم على الاعتبار الشخصي بين البائع والمشتري فمؤدى هذا الوصف، أن مشتري البرنامج لا يمكنه الطعن به، لعدم وجود

(١) أنظر: طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٢) أنظر: Cass. Ire. Civ, 24 mars 1988, Espertises, 1988, P.271.

(٣) أنظر: Philippe le Tourneau, Op.Cit, P.152.

مصلحة له في ذلك، وفي الوقت ذاته فإنه لا يملك أن ينقل للخلف الخاص إمكانية الطعن فيه، ومن ثم فإننا إزاء قيد من مستلزمات البرنامج، الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وعلى الرغم أن هذا الأخير كان من الغير، بالنسبة لعقد بيع البرنامج المبرم بين البائع والمشتري، ومن ثم فإنه من الغير بالنسبة لهذا الالتزام، بيد أن هذه الغيرية تتحسر عنه، متى كان ما رتبته سلفه يعد من مستلزمات البرنامج، فيصبح في هذه الحالة في حكم الطرف في عقد البيع الذي أبرمه سلفه، فينصرف إليه هذا الالتزام، وهذا هو الذي يفسر امتلاك الخلف الخاص، دعوى لم يكن يملكها سلفه، وذلك لأن الخلف الخاص أصبح طرفاً في عقد بيع البرنامج المبرم بين البائع والمشتري، ومن ثم أصبح له الحق في التمسك بإبطال الشرط التعسفي الصادر من البائع المحترف للبرنامج.

المبحث الرابع

التزامات مشتري البرنامج

يقع على عاتق مشتري البرنامج النموذجي، التزامين جوهريين هما الالتزام بدفع الثمن (المطلب الأول) والالتزام بتسلم البرنامج (المطلب الثاني).

المطلب الأول - الالتزام بدفع الثمن

إن الالتزام الرئيس الذي يقع على عاتق مشتري البرنامج، هو التزامه بدفع الثمن، وهو سبب التزام بائع البرنامج بنقل الحقوق المالية المقررة على البرنامج للمشتري، وهو ما حدا ببعض الفقه الفرنسي إلى القول، بأن الالتزام بسداد المقابل المالي في عقود برامج المعلومات هو الالتزام الوحيد الذي يثقل كاهل المستخدم النهائي للبرنامج^(١).

وفي القانون المدني العراقي يلزم أن يكون الثمن نقدياً^(٢)، فلا يثبت وصف البيع على التصرف القانوني الوارد على برامج المعلومات، ما لم يكن العوض في العقد نقدياً.

مكان وزمان الوفاء بثمن البرنامج:

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، وتحمل نفقات الوفاء به^(٣)، ويتم هذا الوفاء في المكان والزمان المتفق عليهما، وعند عدم وجود اتفاق، ففي المكان الذي يسلم فيه البرنامج، فيجب الوفاء به في موطن المشتري وقت استحقاقه، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك^(٤).

(١) أنظر:

Bellefonds et Hollande, Contrats informatiques et telematiques, Delmas, 1992, P.139.

(٢) المادة (١/٥٢٧) منه.

(٣) المادة (١/٥٧١) من القانون المدني العراقي.

(٤) بدلالة المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي.

وإذا لم يشترط في العقد تعجيل الثمن أو تأجيله أو تقسيطه، فإنه يكون مستحق الأداء عند التعاقد، وقبل تسلم البرنامج أو المطالبة به^(١).

ويجوز لبائع البرنامج الحصول على جزء إضافي من الإيراد أو الربح، الناتج عن الاستغلال المالي للبرنامج، إذا تبين أن عقد بيع برنامجه لم يكن عادلاً بحقه، أو أصبح كذلك لظروف أو أسباب كانت خفية وقت التعاقد، أو طرأت بعد ذلك.

حق المشتري في حبس ثمن البرنامج:

يجوز للمشتري حبس ثمن البرنامج في الحالات الآتية:

أولاً- إذا تعرض أحد للمشتري في وضع يده على البرنامج، بدعوى حق سابق على عقد البيع، أو آيل من البائع^(٢).

ثانياً- إذا وجدت أسباب يخشى معها المشتري، على البرنامج من أن يستحق وينتزع من تحت يده، على أن تكون هذه الخشية مبنية على أسباب معقولة وجدية^(٣).

ثالثاً- إذا كشف المشتري عيباً خفياً في البرنامج يوجب ضمان البائع^(٤).

على أن حق مشتري البرنامج في حبس الثمن يسقط في الحالات الآتية:

أ- إذا تنازل عنه صراحةً في العقد.

ب- إذا قدم كفيلاً يضمن للمشتري الوفاء بما عسى أن يرجع به على البائع.

ج- إذا زال سبب ثبوت حق المشتري في حبس الثمن.

ضمانات البائع في استيفاء ثمن البرنامج:

أولاً- حبس البرنامج: للبائع أن يحبس البرنامج، حتى يفي المشتري بثمنه^(٥)، ولا يثبت للبائع هذا الحق إذا كان الثمن مؤجلاً، وكان تسليم البرنامج واجباً قبل حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إلا في الحالات الآتية:

أ- إذا أضعف المشتري التأمينات التي قدمها ضماناً لتنفيذ التزامه بدفع الثمن، إذ يسقط الأجل، ويصبح الثمن حالاً في هذه الحالة^(١).

(١) بدلالة المادة (٥٧٥) من القانون المدني العراقي.

(٢) بدلالة المادة (١/٥٧٦) من القانون المدني العراقي.

(٣) بدلالة المادة (١/٥٧٦) من القانون المدني العراقي.

(٤) بدلالة المادة (١/٥٧٦) من القانون المدني العراقي.

(٥) بدلالة المادة (٢/٥٧٩) من القانون المدني العراقي.

ب- إذا أفلس المشتري بشكل يوشك معه أن يضيع الثمن على البائع، على ألا يكون الإفلاس لاحقاً لعقد البيع، أما إذا كان سابقاً عليه، فلا يجوز للبائع حبس البرنامج، لأنه يفترض في هذه الحالة، أنه قد إئتمن المشتري، ورضي بتحمل هذا الخطر.

وللمشتري في الحالتين أعلاه، تجنب حبس البرنامج، إذا هو قدم كفيلاً بالثمن، لأن الكفالة بوصفها ضماناً للثمن، تمنع من سقوط الأجل، فلا يصبح الثمن حالاً.

ج- إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض البرنامج، ودفع ثمنه، لأن موت المشتري يؤدي إلى سقوط الأجل، فيصبح الثمن حالاً ويعود للبائع حقه في حبس البرنامج، حتى يستوفي الثمن^(٢)، إلا إذا كان الثمن مضموناً بتأمينات عينية، طبقاً لأحكام المادة (٢٩٦) من القانون المدني العراقي.

ثانياً - فسخ العقد: لبائع البرنامج، إذا لم يف المشتري بالتزامه بدفع الثمن، أن يطلب فسخ العقد، ولكن القاضي لا يلزم بتلبية طلبه، بل له سلطة تقديرية في ذلك، على إنه يتعين الحكم بفسخ العقد فوراً، إذا كان البائع مهتماً بضياغ البرنامج وثمرته.

وإذا قضي بالفسخ، فإنه يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، ولا يجوز للمشتري إذا كان قد استلم البرنامج، أن يقوم باستخراج نسخة عنه، أو تخزينه في كمبيوتره، وإرجاع نسخة البرنامج الأصلية للبائع.

المطلب الثاني - الالتزام بتسليم البرنامج

أولاً - كيفية التسليم: إن التزام البائع بتسليم البرنامج يقابله التزام المشتري بتسلمه.

والتسليم أما أن يكون بوضع البرنامج على وسائط مادية، ومن ثم فإن تسليمه ينصب على هذه الوسائط، أو أن يكون من خلال قيام البائع بوضعه في ذاكرة كمبيوترات المشتري، فيتم التسليم عندئذٍ بمجرد دخولها إلى ذاكرة الكمبيوترات، وقد يتم تسليم البرنامج عبر إرساله إلى المشتري، من خلال شبكة الانترنت، فيفترض أن المشتري قد تسلمه بمجرد دخوله إلى بريده الالكتروني^(٣).

ثانياً - أهمية تسليم البرنامج: لهذا الموضوع أهمية تظهر من ناحيتين:

الناحية الأولى: تحديد تبعه هلاك البرنامج: فإذا هلك البرنامج قبل تسلمه من المشتري، فإنه يهلك على البائع، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع^(٤)، إذ يهلك في هذا الفرض الأخير على المشتري، إلا إذا كان امتناع المشتري لاستلامه، مبنياً على سبب مشروع، فعلى فرض عدم تسليم البائع

(١) بدلالة المادة (٢/٥٧٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) بدلالة المادة (٥٨٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) أنظر: Bitan, Op.Cit, P.106.

(٤) بدلالة المادة (١/٥٤٧) من القانون المدني العراقي.

للبرنامج المتفق عليه، وقيامه بتسليم المشتري برنامجاً آخر مشابهاً في الوظائف التي يؤديها البرنامج المتفق عليه، فإن من حق المشتري رفض تسليم هذا البرنامج، ولا يرتب على رفض تسليم البرنامج انتقال تبعة هلاكه، أو قيام مسؤولية المشتري عن ذلك الرفض^(١).

وإذا هلك البرنامج بفعل المشتري قبل تسلمه، فإنه يهلك عليه، ويلتزم بدفع ثمنه كاملاً، وإذا حبس البائع البرنامج لضمان استيفاء الثمن، وهلك البرنامج في يد البائع، فإنه يهلك على المشتري، وإذا هلك البرنامج بعد أن تسلمه المشتري بفعل البائع، كما لو كان هذا الأخير قد ضمنه فيروساً، أدى إلى تدمير البرنامج فإنه يهلك على البائع^(٢).

الناحية الثانية: ارتفاع المسؤولية: يرتب على تسلم المشتري للبرنامج النموذجي، ارتفاع مسؤولية البائع عما يكون ظاهراً فيه من عيب، وعن مخالفة المواصفات المعلن عنها، بيد أن الطبيعة الخاصة لبعض البرامج، قد تحتاج إلى مدة أطول لاكتشاف ما قد يعثرها من عيب أو مخالفة للمواصفات، لذا يستثنى من ارتفاع مسؤولية البائع بمجرد تسلم المشتري للبرنامج، ما يحتاج إلى مدة زمنية لاستظهاره من عيوب ومخالفات.

التمييز بين تسلم البرنامج وقبوله:

يجب التمييز بين تسلم المشتري للبرنامج، وبين قبوله له، إذ يتوجب على المشتري عند استلامه للبرنامج، التثبت من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف به عيباً، فإن عليه إخطار البائع به خلال مدة معقولة، وبخلافه فإنه يعدّ قابلاً للبرنامج، أما إذا كان العيب مما لا يمكن اكتشافه بالفحص المعتاد، فإن على المشتري، إخطار البائع به عند اكتشافه وبخلافه يعدّ قابلاً للبرنامج^(٣).

ومن ثم فإن مجرد تسلم المشتري للبرنامج، لا يفيد القبول به، كما إن من المتصور أن يتم القبول بالبرنامج قبل تسلمه، بيد أنه يرتب على قبول البرنامج عدم جواز الادعاء بالعيوب الظاهرة فيه، وكذلك عدم جواز الادعاء بعدم مطابقتها للمواصفات المعلنة، ولا يلزم في هذا القبول أن يكون صريحاً، وإنما قد يكون ضمناً، كفوات مدة معينة وفقاً للتعامل من دون الاعتراض على البرنامج، أو كقيام المشتري بدفع ثمن البرنامج، أو البدء في استعماله.

ويميز القضاء الفرنسي^(٤)، في قبول المشتري للبرنامج بين نوعين من القبول:

أولاً- القبول الصريح للبرنامج: ويتحقق هذا النوع من القبول عندما يتسلم المشتري البرنامج بلا تحفظ، إذ يفترض أن البرنامج كان مطابقاً لشروط العقد، وللمواصفات المعلن عنها من قبل البائع، ويكون هذا

(١) بدلالة المادة (١/٣٩٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) بدلالة المادة (١/٥٤٧) من القانون المدني العراقي.

(٣) بدلالة المادة (٥٦٠) من القانون المدني العراقي.

(٤) أنظر: Aix-en-provence, 8e.ch.B, 14 dec. 1990, jurisdata, no.50917.

الافتراض قاطعاً بدلالته. ومع ذلك فإن قبول المشتري غير المختص ببرنامج المعلومات لا يكفي بذاته لقيام الافتراض المذكور، ومن ثم فإنه يجوز مقاضاة البائع بالتعويض وإصلاح البرنامج، فالافتراض المشار إليه لا يقوم، ما لم يكن المشتري من ذوي الدراية والاختصاص ببرامج المعلومات.

ثانياً - القبول الضمني للبرنامج: ويتحقق هذا النوع من القبول بقيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، أو قيامه باستعمال البرنامج، إذ يفترض أن البرنامج كان مطابقاً لشروط عقد البيع، ولكن الافتراض في هذا النوع من القبول، يعدّ افتراضاً بسيطاً.

والجدير بالملاحظة أن عقود البيع الواردة على البرامج النموذجية للمعلومات تتضمن عادة الأمرين

الآتيين:

الأمر الأول: نص في عقد البيع على مدة زمنية معينة، إذا انقضت دون اعتراض من المشتري، فيفترض قبوله بالبرنامج وإن هذا البرنامج كان مطابقاً لشروط العقد وللمواصفات المعلن عنها من البائع.

الأمر الثاني: نص في عقد البيع يوضح كيفية تسلم البرنامج، ويتمثل بتوقيع المشتري على محرر يفيد استلامه للبرنامج وقبوله له.

ويعدّ القضاء الفرنسي توقيع المشتري على محرر استلام البرنامج، قبولاً صريحاً له، أما في حالة عدم وجود النص المذكور، فإن القبول يكون ضمناً لا صريحاً^(١).

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث نوجز نتائجها بالآتي:

أولاً - إن برامج المعلومات لم تعد نتاجاً فكرياً مجرداً، بل هي من الوجهة القانونية مال يقوم بالنقود تحدد قيمته، وفقاً لسعر السوق بغض النظر عن طابعه المعنوي، وإن تأليف وتصميم تلك البرامج، يحتاج إلى صرف مبالغ طائلة، ومن ثم فإن تداولها دون قيد أو شرط، قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بمؤلفها، فدخولها في نطاق التعاقد بموجب نظام عقدي معين، هو أمر لامناص منه.

ثانياً - إن عقد بيع البرامج النموذجية هو:

- مبادلة برنامج نموذجي للمعلومات، معد سلفاً، بنقد.
- به يتنازل مؤلف البرنامج، أو من يؤول إليه هذا الحق بصورة كاملة ونهائية إلى المشتري، عن حقوق الاستغلال المالي المقررة على البرنامج، لقاء ثمن نقدي.

ثالثاً- إن حق المشتري في هذا النوع من البيوع، يتسم بخصوصية معينة، إذ لا يتعدى هذا الحق، سلطة الاستعمال الشخصي للبرنامج، فمطلق عقد بيع البرنامج لا يجيز للمشتري أن يؤجر أو يعير البرنامج إلى الغير، ما لم يتفق على عكس ذلك في العقد.

رابعاً- نرى أنه قد آن الأوان للفكر القانوني، أن يتخلى عن عدم قابلية انتقال ملكية برامج المعلومات، إلى المشتري، فلم يعد مقبولاً منع انتقال هذه الملكية بحجة إبداع مؤلف البرنامج، فبرامج المعلومات تطرح في أسواق المعلوماتية الوطنية والأجنبية على حد سواء، وتسوقها الشركات متعددة الجنسية، كما إنها أضحت من عوامل الإنتاج، وقد تمنح براءة الاختراع ولاسيما إذا كانت قابلة للتطبيق الصناعي.

خامساً- نرى أن بائع البرنامج النموذجي، لا يضمن عدم قابليته للتطور، إذا ثبت أن هذا التطور يعدّ أمراً خارجاً عن قدرة أو توقع البائع الممتن الحريص، ما لم يثبت عكس ذلك من ظروف التعاقد أو من اتفاق المتعاقدين، ففي هذا الفرض الأخير يصبح التزاماً عقدياً يجب الوفاء.

سادساً- نرى أن مؤلف البرنامج النموذجي، يضمن صيانتته وهو التزام أصيل وقائم بذاته، وأن هذا الالتزام يتمثل بكل عمل يرجع البرنامج إلى حالته الأصلية أو تطابقه مع المواصفات، التي تم تأليف البرنامج على أساسها.

ولانوافق الرأي القائل أن هذا الالتزام هو جزء من التزام البائع بضمان العيوب الخفية، فهذا الالتزام الأخير ينحصر نطاقه، بما كان موجوداً في البرنامج من عيوب سابقة على العقد، وفق شروط محددة، أما الالتزام بالصيانة، فإنه يتعلق بما قد يستجد في البرنامج من عيوب أو أعطال لاحقة في نشوئها، على إبرام عقد البيع.

سابعاً- لما كان البائع مؤلف البرنامج، غالباً ما يكون محترفاً، وأن المشتري غالباً ما يكون غير مختص بذلك، فإن من الضروري أن يضع المشرع العراقي تنظيمات قانونياً للتعامل بهذا النوع من البرامج، يكفل به حماية المشتري بوصفه مستهلكاً.

مصادر البحث

أولاً- باللغة العربية:

١. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الالي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٢. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، العدد (٣)، لسنة (١٩٩٩).
٣. طوني ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، مطبعة صادر، بيروت، ٢٠٠١.
٤. طوني ميشال، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، مطبعة صادر، بيروت، ١٩٩٦.
٥. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، الكويت، (١٩٧٠).

٦. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

1. Bellefonds et Hollande, Contrats informatiques et telematiques, Delmas, 1992.
2. Bitan, Contrat et Litiges en informatique, La delirrance du Logiciel, 1996.
3. Daragon, etude sur le statut juridique l'information, D. 1998, Chron.
4. Debois, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1978.
5. Fauger Loas, L'accès international a des banques de donnees, ed., Economica, 1989.
6. Lamy, droit de l'informatique, l'execution de contrats d'informatique, 1994.
7. Lucas, Le droit de l'informatique, PUF, 1987.
8. Taylor, L'harmonisation communautaire de la responsabilite du fait des produits defectueux, etude comparative du droit anglais et de droit Francais, Preface de. G. Viney, 1999.
9. Tourneau, Theorie et Pratique des Contrats Informatiques, editon Dalloz, 2000.

جريمة غصب الأموال في الشريعة الإسلامية والقانون

د.حامد جاسم حمادي الفهداوي
كلية القانون/ الجامعة العراقية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي اقام العدل بين الناس وجعله اساساً في فض النزاعات وشرع الأحكام التي تحمي النفس والمال والعرض من كل اعتداء، والصلاة والسلام على رسوله الأمين محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين وأصحابه الغر الميامين ومن سار على نهجه واتبع ملته الى يوم الدين . اما بعد:-

تهدف الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية الى غاية سامية هي تنظيم المجتمع على أسس سليمة وصحيحة والمحافظة الى حقوق الأفراد وحماية الأنفس والأموال والأعراض من كل اعتداء، فالإسلام يهذب النفوس ويملأ القلوب بخشية الله تعالى ويدعوا كل إنسان إلى طاعة الله تعالى وعدم مخالفة شرعه فلا يعتدي على أرواح وممتلكات وأعراض الناس . ومع هذا فالإنسان غير معصوم من الخطأ او الوقوع في المعصية فشرعت العقوبات الرادعة لمن تسول له نفسه الاعتداء على حقوق الناس، فشرعت عقوبة القصاص والديات وعقوبات الحدود والعقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية ،كما شرعت مختلف العقوبات في القوانين الوضعية كعقوبة الاعدام وعقوبة السجن وعقوبة الحبس والعقوبات المالية فضلا عن العقوبات الأخرى التبعية

والتكاملية والتدابير الاحترازية.. ولا يخفى على أحد أهمية المال في حياة كل إنسان وكثرة جرائم الاعتداء عليها في مجتمعنا وخاصة جريمة غصب الأموال لذلك اخترت هذا الموضوع عنواناً لهذا البحث . فبحثت جريمة غصب الأموال في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي النافذ وكيف تم التصدي لهذه الجريمة من خلال دراسة العقوبات الجزائية والمدنية لهذه الجريمة، وعزز هذا البحث بدراسة أهم القوانين العراقية القديمة التي تناولت جريمة غصب الاموال والجزاء المترتب عليها.

وقد قسم البحث على ثلاث مباحث وكالاتي:- المبحث الاول تناولنا فيه ماهية الجرائم والأموال وقسم على مطلبين تناولنا فيهما تعريف الجريمة والاموال في اللغة والاصطلاح والقانون، أما المبحث الثاني فقسم الى مطلبين تناولنا في المطلب الأول جريمة الغصب في الشريعة الإسلامية متناولين اركان هذه الجريمة وشروطها والعقوبات الجنائية والمالية التي يمكن ان تقع على الجاني، وفي المطلب الثاني بحثت فيه جريمة الغصب في القوانين العراقية القديمة ، وفي المبحث الثالث بحثنا فيه جريمة الغصب في القوانين العراقية النافذة وتناولنا فيه تحديد المواد القانونية التي جرمت هذا الفعل وأركان هذه الجريمة وبيننا العقوبات التي يمكن ان تقع على مرتكب هذا الفعل الجرمي، كما بحثنا الوسائل التي يمكن للمجني عليه من جريمة الغصب أن يتبعها للوصول الى حقه الجزائي والمدني من خلال دراسة الدعوى الجزائية والدعوى المدنية امام المحاكم الجزائية والدعوى المدنية امام المحاكم المدنية . وقد اعتمدت في كتابة البحث على العديد من المصادر الأصلية والمراجع الحديثة فضلاً عن متون بعض القوانين العراقية النافذة .

سائلين المولى القدير أن يرحمنا ويوفقنا لما يحبه ويرضاه انه سميع المجيب .

المبحث الأول

ماهية الجرائم والأموال

المطلب الأول: تعريف الجريمة في اللغة والاصطلاح والقانون.

ولاً:- تعريف الجريمة في اللغة :

جنى فلان جناية ،أي جر جريمة على نفسه أو على قومه ، وتجنّى فلان عليّ ذنباً اذا تقول عليّ وأنا بريء ، وفلان يجاني على فلان ،اي يتجنّى عليه ^(١)والجرم : التعدي ، والجرم :الذنب والجمع أجرام وجروم وهو الجريمة، وأجرم :جنى جناية ،وجُرم إذا عظم جُرمه أي أذنب ^(٢)،والتجني مثل التجرم وهو ان يدعي عليك ذنباً لم تفعله ^(٣) .

(١) ابي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي (ت ١٧٥هـ) ، كتاب العين ، تحقيق د. مهدي المخزومي وابراهيم السامرائي، ط١ ، مطبعة مؤسسة الاعلمي، بيروت، ١٩٨٨م، ج٦، ص ١٨٤- ١٨٥ .

(٢)أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور المصري،(ت٧١١هـ) لسان العرب، ط١، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج١٢، ص ٩١.

(٣)اسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ) ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٤، مطبعة دار العلم للملايين ،بيروت، ١٤٠٧هـ، ج٦، ص ٢٣٠٥

والجناية: هي الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص^(١).

ثانياً: - تعريف الجريمة في الاصطلاح :

يتفق فقهاء القانون مع فقهاء الشريعة الاسلامية في ان الفعل لايعتبر جريمة الا اذا تقررت له عقوبة والا انه لايعتبر جريمة ، ويستخدم اصطلاح الجناية في الشريعة الاسلامية للدلالة على الجريمة^(٢). فالجناية هي الذنب والجرم وما يفعله الانسان مما يوجب عليه العذاب أو القصاص في الدنيا والآخرة^(٣).

كما تعني: - كل فعل عدوان على نفس أو مال، لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه تعدي على الأبدان ، وأطلقوا تسمية الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً^(٤).

وعرفت الجرائم ايضاً بأنها محظورات بالشرع ، زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير^(٥). كما عرفت بأنها كل فعل محرم حظره الشارع ومنع منه لما فيه من ضرر واقع على الدين أو النفس أو العقل أو العرض أو المال^(٦). وقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجرائم على ثلاثة أقسام هي :

القسم الاول هو:- جرائم القصاص والدية : وهي الجرائم التي تقع على النفس أو على مادونها من جرح أو قطع عضو وهي من اصول المصالح الضرورية التي يجب المحافظة عليها صيانة للناس وحفاظا على حياتهم الاجتماعية^(٧).

ويسمى قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل أو بغيره إلى محل استيفاء القصاص^(٨). وقد تكون العقوبة في هذا النوع من الجرائم الدية اذا سقط القصاص لأي سبب كان، والدية هي المال الذي يجب بسبب الجناية أو بدل النفس أما اذا كانت الجريمة دون النفس فيسمى المال الواجب دفعه (الأرش)^(٩).

والقسم الثاني هي جرائم الحدود وهي الجرائم التي يعاقب عليها بحد ، وجرائم الحدود وهي : جريمة السرقة ، جريمة الزنا، جريمة القذف، جريمة شرب الخمر، جريمة الحرابة ، جريمة الردة ، جريمة البغي ، وعقوبة هذه الجرائم تختلف من جريمة الى أخرى وتتراوح هذه العقوبات ما بين القطع والجلد والرجم والنفي

(١) ابن منظور، مصدر سابق، ج ١٤، ص ١٥٤. محمد مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ) تاج العروس من جواهر القاموس ، مطبعة مكتبة الحياة، بيروت، ج ١٠، ص ٧٧.

(٢) د. سمير الجنزوري، مبادئ قانون العقوبات- القسم العام مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية ، ط١، مطبعة مطبعة السعادة ، مصر، ١٩٧١م، ص ٥٩.

(٣) مجد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد ابن الاثير الجزري (ت ٦٠٦ هـ)، النهاية في غريب الحديث والاثر ، تحقيق طاهر احمد الزاوي ومحمود الطناحي، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م، ج ١، ص ٢٩٨.

(٤) موفق ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمود ابن قدامة (ت ٦٢٠ هـ)، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٩ ، ص ٣١٨.

(٥) أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (ت ٤٥٨ هـ) ، الأحكام السلطانية ، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي ، ط٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٦٦م ، ص ٢٥٧.

(٦) سيد سابق ، فقه السنة ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٢، ص ٥٠٦ .

(٧) سيد سابق ، مرجع سابق ، ج ٢، ص ٥٠٦ .

(٨) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣٨٣. شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب (ت ٩٦٠ هـ) ، الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ، مطبعة دار المعرفة، بيروت، ج ٢، ص ١٥٣.

(٩) علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦ هـ) ، التعريفات ، تحقيق : إبراهيم الابياري ، ط١ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ ، ج ٢ ، ص ١٤٢ ، سيد سابق، فقه السنة ، ج ٢، ص ٥٥١.

والقتل^(١). اما القسم الثالث فهي جرائم التعزير ، والتعزير هو تأديب دون الحد^(٢)، وهذه الجرائم غير محددة على سبيل الحصر وانما ترك للامام تحديد هذه الجرائم وتقرير العقوبات المناسبة لها وفقا لظروف المسلمين وما يقتضيه تنظيم شؤونهم^(٣)، والتأديب يكون بالهجر او الضرب او الجلد او التوبيخ او التشهير او مصادرة الأموال او السجن وأحيانا يكون بالقتل^(٤). وهو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة كشهادة الزور والتزوير والرشوة وغصب الاموال والضرب بدون حق وسائر المعاصي الأخرى^(٥)، والجناية التعزيرية هي الجناية على انسان بما لا يوجب حد ولا قصاصاً ولا دية، اما العقوبة التعزيرية فهي العقوبة المشرعة على جناية لا حد فيها^(٦).

ثالثاً : تعريف الجريمة في القانون :

قبل ان نطلق على أي فعل أو إمتناع عن فعل تسمية جريمة أو جناية لابد ان يكون قد تم تجريمه بقانون، لان الجريمة هي من خلق القانون وهو الذي يعطيها هذه الصفة من خلال عمل المشرع، لذا يمكن ان نعرف الجريمة بأنها : كل فعل إيجابي نص القانون على منعه أو إمتناع سلبي في أداء فعل أمر القانون به وإعتبره جريمة وخصص له عقوبة معينة ذات ألم معين يوقع على الشخص المسؤول عنها جنائياً^(٧).
والجريمة: سلوك إرادي يحظره القانون ويقرر لفاعله جزاءً جنائياً، والجريمة الجنائية تختلف عن الجريمة التأديبية التي تكون بمخالفة قانون أو نظام فئة أو طائفة أو مهنة يوقع بمقتضاها على المخالف جزاءات تأديبية^(٨).

وقسمت الجرائم في قانون العقوبات العراقي على ثلاثة اقسام، فالقسم الاول يظم جرائم الجنايات وهي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام او السجن المؤبد او السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمسة عشر سنة ، والقسم الثاني جرائم الجناح وهي الجرائم المعاقب عليها بالحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر إلى

(١) ينظر علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩ هـ)، تحفة الفقهاء، ط ٢، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٣، ص ١٣٧-١٦٠، محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧ هـ)، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج للنووي، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، ج ٤، ص ١٥٥.

(٢) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق، تحقيق زكريا عيدات، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٥، ص ٦٧.

(٣) د. سمير الجنزوري، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٤) ينظر عبد الله محمد الجبوري، فقه المعاملات والجنايات، ط ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩، ج ٢، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٥) ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٧، ص ٣٨١.

(٦) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٣٤٧.

(٧) د. أكرم عبد الرزاق المشهداني ونشأت بهجت البكري، موسوعة علم الجريمة والبحث الاحصائي الجنائي، ط ١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩م، ص ٢٩.

(٨) د. علي عبد القادر الفهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دراسة مقارنة، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨م، ص ٤٤-٤٥.

خمس سنوات ، أو بالغرامة ، اما القسم الثالث فهي جرائم المخالفات وهي الجرائم المعاقب عليها بالحبس البسيط لمدة من أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة أشهر ، أو بالغرامة ^(١).

المطلب الثاني: تعريف المال في اللغة والإصطلاح والقانون.

أولاً :- تعريف المال في اللغة:

المال : أصل كلمة مال هي مول ثم انقلبت الواو الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها فصارت مال ^(٢) جمعه اموال وكانت اموال العرب انعامهم ، ورجل مال اي ذو مال ^(٣) ، وتصغيره مويل والعامّة تقول مويل بتشديد الياء، ورجل مال أي كثير المال ^(٤)، وما أموله أي ما أكثر ماله ^(٥) ، والمال هو مملكته من جميع الاشياء، والجمع اموال ^(٦)، المال في الاصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان واكثر ما يطلق المال عند العرب على الابل لانها كانت اكثر اموالهم ومال الرجل وتمول اذا صار ذا مال ^(٧) .

ثانياً:- تعريف المال في الاصطلاح :

يعرف المال اصطلاحاً: هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ^(٨) .

والمال هو اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ^(٩). والمال: ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة، فخرج هنا من تعريف المال ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات وما فيه منفعة محرمة كالخمر وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخصصة وخمر لدفع لقمة غص بها ^(١٠).

والمال هو : اسم لجميع ما يملكه الانسان واصله : ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره كالنقد وما يمكن ان يقوم مقامه ^(١١) ، او هو كل ما يمكن الانتفاع به مما اباح الشرع الانتفاع به او كل ما يقوم بمال

(١) المواد ٢٥-٢٧ من قانون العقوبات العراقي النافذ المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل .

(٢) الزبيدي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٢١ .

(٣) الفراهيدي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٣٤٤

(٤) الجوهري ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٨٢١

(٥) الزبيدي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٢١

(٦) ابن منظور ، مصدر سابق ، ج ١١ ، ص ٦٣٥

(٧) ابن الاثير ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٣٧٢ ، ابن منظور ، المصدر سابق ، ج ١١ ، ص ٦٣٦ ، الزبيدي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٢١ .

(٨) ابن نجيم ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٤٣٠ .

(٩) ابن نجيم ، المصدر نفسه ، ج ٥ ، ص ٤٣١ .

(١٠) البهوتي ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٧٤ .

(١١) محمد قلججي ، مرجع سابق ، ص ٣٩٦ .

(١)، كما يعرف المال بأنه كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان (٢). أو هو كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك (٣). كما عرف المال بأنه كل ماله قيمة مما يمكن الانتفاع به شرعاً (٤)، أو ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع (٥).

ثالثاً: تعريف المال في القانون .

ورد تعريف المال في القانون المدني العراقي: (المال هو كل حق له قيمة مادية ... والحقوق المالية تكون أما عينية أو شخصية) (٦). كما يعرف المال: - بأنه كل حق أي مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، والحق اما أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً (٧) .

والمال هو: - كل شيء يصلح محلاً لحق عيني وعلى وجه التحديد حق الملكية ،أو كل شيء نافع للإنسان) أي يشبع حاجة له) يصلح ان يكون هدفاً لإستئثار بعض الناس به وانشائهم الحقوق عليه، ولا تخرج على هذا الأصل غير الاشياء التي لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلاً لحق عيني كالانسان لانه صاحب الحق العيني وليس محله (٨) .

اما تعريف المال العام : (تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون) (٩). والمال يكون عاما اذا كان مملوكا للدولة او احد اشخاص القانون العام كالمؤسسات العامة كما ويجب أن يكون المال مخصص للمنفعة العامة كالطرق والجسور والحدائق والمحلات العامة والمستشفيات الحكومية والابنية التي تملكها الدولة، ويعتبر اموالاً عامة جميع الاموال المنقولة التي تملكها الدولة كالنقود والاثاث والآلات والمعدات والاجهزة والكتب في المكتبات العامة وغيرها مما تملكه الدولة وهو مخصص للنفع العام ، كما يشمل المال العام كذلك المال الخاص الذي تملكه الدولة وتسهم فيه برأس مال هيئة من الهيئات كما في الهيئات او الشركات ذات النظام المختلط وهو ما يسمى (القطاع المختلط) والتي جعل المشرع حماية قانونية جنائية لتلك الاموال وكأنها أموال عامة (١٠)

(١) محمد قلعجي، المرجع نفسه ، ص ٣٩٧ .

(٢) د. سعدي ابو حبيب ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ .

(٣) د. سعدي ابو حبيب، المرجع نفسه ، ص ٣٤٤ .

(٤) الشرييني، مغني المحتاج ، ج ٢، ص ١١-١٢ .

(٥) محمد علاء الدين بن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) ، حاشية قرّة عيون الاخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار ، مطبعة دار الفكر ، بيروت، ١٩٩٥م، ج ١، ص ٤ .

(٦) المادة ٦٥ ، ٦٦ ، من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م .

(٧) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري و د. محمد البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، ١٩٨٠م ، ج ١، ص ٣ .

(٨) د. محمود نجيب حسني ، جرائم الاعتداء على الاموال ، ط ٣، مطبعة الحلبي القانونية ، بيروت ، ص ١ .

(٩) المادة ١/٧١ من القانون المدني العراقي النافذ .

(١٠) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ط ٢، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد ، ص ٩٤ .

المبحث الثاني

جريمة غصب الأموال في القوانين العراقية القديمة والشريعة الإسلامية

المطلب الأول: جريمة غصب الأموال في القوانين العراقية القديمة.

تشير المعلومات التاريخية المتوفرة من خلال الاختام الاسطوانية والالواح المنقوشة على شكل صور الى ان تاريخ العراق السياسي يبدأ منذ الإلف الرابع قبل الميلاد بإقامة أول الدويلات السومرية فيه من قبل قبائل سومرية سيطرت على جنوب العراق في تلك الحقبة ، ثم ظهرت الدولة الاكديّة في حدود الاف الثالث قبل الميلاد ثم جاءت بعدها الدولة الكوتية ثم الدولة السومرية الثانية (سلالة اور الثالثة) ثم حكم العموريين وبعدها سيطر الحيثيين والكيشيين على العراق ثم ظهر حكم الاشوريين الذين اتخذوا نينوى عاصمة لهم في حدود القرن الخامس عشر قبل الميلاد ثم ظهرت الدولة البابلية الجديدة او مايعرف بالكلدانيون وهم اقوام سامية استوطنت جنوب العراق واستطاعوا السيطرة على مدينة بابل وكونوا دولتهم وزحفوا شمالا واحتلوا نينوى عاصمة الاشوريين وانهاء حكمهم، ثم تعرضت بابل الى غزو الميديين وهم اقوام غير سامية فقصوا على الدولة البابلية بحدود سنة ٥٣٨ قبل الميلاد^(١).

وأكد المؤرخون إن بلاد الرافدين هي مهد الحضارات فنشأت فيها أقدم الحضارات التي عم خيرها الشعوب الأخرى، وبرز مظاهر هذه الحضارة هي التشريعات التي نظمت شؤون الحياة المختلفة وخاصة اهتمامها بتوطيد العدالة والاهتمام بالقضاء مما أدى إلى حفظ النظام والأمن ونهوض الحضارة^(٢).

لقد اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية في المجتمعات القديمة فكان الثأر في بادئ الأمر هو الجزاء المترتب على الفعل الضار بياشره المعتدي عليه او أسرته او عشيرته دون حدود^(٣)، وكانت الجماعة البدائية هي التي تقدر حقوقها التي تدعي بها او فداحة الضرر الذي وقع على احد افرادها وهي التي تعين العقوبة، وهي أخيرا التي تقوم بتحصيل الحقوق التي تقدرها أو إنزال العقوبات التي عينتها بما كانت تملك من قوة^(٤). ثم تدخلت السلطة لرسم حدوده فنظمت القصاص وألزمت الناس بان يكون الجزاء نظير الأذى دون أن يجاوزه ، ثم استعيز عن القصاص بالدية بعد تطور المجتمع فحلت فكرة أخذ مبلغ

(١) ينظر د. ابراهيم عبد الكريم الغازي ، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الازهر ، بغداد ، ص ٤٨ - ٥٢ .
(٢) ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ترجمة محمد بوران ، ط٢ ، مطبعة لجنة البائيف والترجمة في جامعة الدول العربية ، مصر ، ١٩٦١ م ، مج ١ ، ج ٢ ، ص ٢٠٧ .
(٣) ينظر د. عباس العبودي ، تأريخ القانون ، ط٢ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠٠٧ م ، ص ٢٩ .
(٤) د. هاشم حافظ و د. ادم وهيب النداوي ، تاريخ القانون ، ط٢ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٠ م ، ص ٣٠ .

من المال من محدث الضرر (الجاني) واعطاءه للمضرور (المجني عليه أو ذويه) محل فكرة الانتقام الفردي^(١).

وقد تميزت التشريعات العراقية القديمة باهتمامها بحماية الملكية الفردية، وتكاد أن تكون بمنزلة حماية الملكية العامة^(٢)، فنجد في حالة غصب المغروسات الزراعية المملوكة للغير ان المشرع العراقي القديم قد وضع عقوبات مالية معينة على مرتكب هذه الجريمة، فورد في المادة (٥٩) من قانون حمورابي* : (اذا قطع رجل شجرة من بستان رجل اخر من دون موافقة صاحب البستان فعليه ان يدفع نصف منا** من الفضة^(٣)).

وكذلك تدخل المشرع العراقي القديم بتنظيم شؤون الرعي وحماية أصحاب المزروعات من خلال وضع القوانين التي تحمي المزروعات من جريمة الغصب، فشرع عقوبة غصب المزروعات بفرض عقوبات مالية وتعويض مناسب يفرض على الجاني، كما في حالة قيام الراعي بالرعي في ارض او مزروعات الغير دون رضاه (أي غصبها)، فقد ورد في المادة (٥٧) من قانون حمورابي (اذا لم يتفق راع مع صاحب الحقل على رعي الغنم في العشب الموجود في الحقل وترك الغنم ترعى في الحقل بلا موافقة صاحب الحقل ، فعندما يحصد صاحب الحقل حقله فعلى الراعي ان يعطي لصاحب الحقل زيادة عشرون كورا من الحبوب لكل بور من مساحة الحقل^(٤)).

كما عالج المشرع العراقي القديم غصب أموال الغير من خلال سنه القوانين التي تجرم غصب الرقيق* فقد كان الرقيق في بعض العصور في العراق القديم لا يتمتع بالأهلية والشخصية القانونية فقد كان يعامل معاملة الأموال ويكون محلاً للملكية إذ يمكن أن يملكه شخصاً آخر وان تجري عليه كافة أنواع التصرفات القانونية التي ترد على الأموال كالبيع والإجارة والرهن، لذا نظم المشرع العراقي القديم مسألة غصب الرقيق باعتباره مالاً من الأموال التي يصح التعامل بها^(٥).

(١) ينظر: د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون -دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، ط١، مطبعة مكتبة الذكوة، بغداد، ٢٠١٠م، ص ٢٨-٣٣.

(٢) شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مطبعة العاتك، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ١٢٧-١٢٨ . قانون حمورابي هو القانون الذي وضعت الملك حمورابي مابين سنة (١٧٩٢-١٧٥٠ ق.م) وهو اكمل القوانين القديمة وانضجها، دون باللغة الاكدية على مسلة من الحجر ويظم مقدمة و ٢٨٢ مادة قانونية وخاتمة. ويعد هذا القانون اروع ما ابدعته عبقرية الانسان القديم .(د. سهيل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١١٣-١١٤).

** المنا: هو ما يعادل ٥٠٥ غم من الاوزان الحالية (د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة ، مطبعة دار الحرية للطباعة بغداد، ١٩٧٩م، ص ٤٠).

(٣) ينظر د. فوزي رشيد، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٤) د. ابراهيم عبد الكريم الغازي، مرجع سابق، ص ١٤٦ .

* الرق : هي خضوع انسان لسلطة غيره وقد ظهر نتيجة الحروب القبلية وكان معروف في المجتمعات القديمة الاخرى كالمجتمع الروماني (شعيب احمد الحمداني، مرجع سابق، ص ٨٤).

(٥) د. ابراهيم عبد الكريم الغازي، المرجع نفسه، ص ١٣٧. شعيب احمد الحمداني، المرجع نفسه، ص ٨٤-٨٥.

فنجذ في قانون إيشنونا** وهو آخر التشريعات السومرية في المادة (٢٤) منه: (إذا لم يكن لرجل على رجل آخر حق ما ولكنه احتجز أمة الرجل الآخر وحبسها رهينة في بيته وسبب موتها فعليه ان يعوض صاحب الأمة أمتين)^(١).

المطلب الثاني: جرائم غصب الأموال في الشريعة الإسلامية .

أولاً :- ماهية الغصب ومشروعية تحريمه .

يعرف الغصب لغةً: أخذ الشيء ظلماً كأغصبه وهو غاصب وغصب فلانا على شيء قهره وغصبه غصباً أخذه ظلماً وقهراً^(٢).

اما تعريف الغصب اصطلاحاً فهو :- الاستيلاء على حق الغير عدواناً أي على وجه التعدي^(٣). أو هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً^(٤)، أو هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال^(٥). كما يعني أخذ مال الغير بما هو عدوان ويختص بكون المأخوذ مالاً متقوماً وهو فعل محرم لأنه عدوان وظلم^(٦) . كما يعني :- الاستيلاء على مال الغير قهراً بلا حق^(٧) . والغصب محرم شرعاً واصل تحريمه ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع المسلمين . فقد ورد قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)^(٨).

وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)^(٩) .

نلاحظ إن هذه الآية الكريمة تدل دلالة واضحة على حرمة الاعتداء على أموال الناس بدون وجه حق كما في حالة الغصب .

** قانون إيشنونا: يعود تاريخ هذا القانون الى ما قبل قانون حمورابي بحوالي قرنين أي بنحو ١٩٣٠ ق.م ، ومكتوب باللغة البابلية اكتشفت نحو (٦١) مادة قانونية منه اهتم المشرع بتنظيم المسائل الاجتماعية ووضع حد ادني لاجور العمال وتسعير بعض السلع وتقسيم المجتمع العراقي القديم الى ثلاث طبقات. (د.هاشم حافظ ود.ادم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص ٤٣).

(١) د. فوزي رشيد ، مرجع سابق، ص ٩٠ - ٩٣ .
(٢) الجوهري ، مصدر سابق، ج ١، ص ١٩٤، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٧٢١هـ)، مختار الصحاح ، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ، ص ٢٤٧، الشربيني ، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٠٦ .
(٣) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢، ص ٢٧٥ ، وينظر الأسيوطي، محمد بن احمد المنهاجي (ت القرن التاسع الهجري) ، جواهر العقود ، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت ، ج ١، ص ١٧٦ .
(٤) محمد بن جمال الدين مكي العاملي (ت ٧٨٦هـ) ، اللعة الدمشقية، ط ١، مطبعة دار الفكر، ايران ، ص ٢٠٣ .
(٥) الكاساني، مصدر سابق، ج ٧ ص ١٤٣ .
(٦) شمس الدين السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) ، المبسوط ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، ج ١، ص ٤٩ .
(٧) الشربيني ، الاقتاع ، ج ١، ص ٣٠٦ - ٣٠٧ ، البهوتي، مصدر سابق ، ج ٤، ص ٩٤ .
(٨) سورة النساء، الآية ، ٢٩ .
(٩) سورة البقرة ، الآية ، ١٨٨ .

وقوله تعالى: (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً)^(١)، في هذه الآية الكريمة تدل بشكل واضح على إن الملك كان يأخذ أموال الناس المتمثلة بالسفينة غصباً والغصب محرم شرعاً.

وفي السنة النبوية ورد قول الرسول محمد صلى الله عليه وسلم: ((كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه))^(٢) وقوله صلى الله عليه وسلم: (من اخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين)^(٣).

واجمع علماء الأمة على تحريم الاعتداء على أموال الناس لقبح الفعل الذي يتهدد الناس في أمنهم وأموالهم التي عصمتها الشريعة الإسلامية وصانتها من كل اعتداء سواء كان جهراً كما في الغصب أم خفية كما في السرقة^(٤).

ثانياً: - أركان الغصب .

وللغصب ثلاث أركان : هي الغاصب والمغصوب والمغصوب منه ، فالغاصب يجب أن يكون إنسان بالغ عاقل مدرك مختار وليس مالكا للمال المغصوب، وان يكون لديه القصد الجنائي وهو الاستيلاء بالغصب على هذه المال وتملكه^(٥). وشروط المغصوب:- يجب ان يكون مالاً متقوماً معصوماً مملوكاً للغير، أي يكون هذا المال من الأموال التي يجوز الانتفاع بها شرعاً وان يكون معصوم أي غير مهدر ولا يحق لأحد التجاوز عليه، أما شروط المغصوب منه : فيجب أن لا يكون المغصوب منه راضياً عن الغصب أي ان الغاصب أخرج المال من حيازة المغصوب منه بغير رضاه وموافقته، كما يجب أن لا يكون المغصوب منه مديناً للغاصب وكان مماطلاً في الوفاء بالتزامه^(٦).

العقوبات المترتبة على جريمة الغصب

ثالثاً: العقوبات الجزائية والمالية .

تترتب على جريمة غصب الأموال في الشريعة الاسلامية عقوبات جزائية وعقوبات مالية نتناولها في الآتي:-

١ - العقوبات الجزائية لجريمة الغصب :

- (١) سورة الكهف ، الآية، ٧٩ .
- (٢) ابي الحسين ابن الحجاج مسلم النيسابوري (ت ٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج ٨، ص ١١ .
- (٣) محمد بن اسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج ٤، ص ٧٤ .
- (٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢، ص ٢٧٧ . د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على اموال الناس ، ط ١، مطبعة مركز البحوث والدراسات الاسلامية، بغداد، ٢٠٠٨م، ص ٣٩.
- (٥) د. محمد ابو احسان ، احكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة ، ط ١، مطبعة مكتبة المنار، الاردن، ١٩٨٧م، ص ١٦٩ .
- (٦) الكاساني ، مصدر سابق ، ج ٧، ص ١٦٧-١٦٨ ، ينظر د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق، ص ٤١-٤٨ .

أولى الإسلام حماية أموال الناس حماية كبيرة فشرع عقوبة قطع اليد للسارق والقطع من خلاف على قاطع الطريق إذا اخذ المال فقط على رأي أغلب الفقهاء المسلمين، وشرع عقوبة تعزيرية على الشخص الذي يرتكب جريمة غصب أموال الناس بدون وجه حق إذا توفرت أركان وشروط جريمة الغصب وهذه العقوبة يستوفيها الإمام، والعقوبة التعزيرية تتراوح ما بين التوبيخ أو الجلد أو الحبس أو السجن أو القتل، فضلاً عن العقوبات الأخروية كون الغاصب آثم يستحق العقاب في الدنيا والآخرة^(١). والعقوبة التعزيرية تختلف من ناحية الشدة أو التخفيف حسب ظروف كل جريمة أو شخص مرتكبها، كما تختلف من كون الجاني ارتكب الفعل لأول مرة أو قام بتكرار الفعل ويترك تقدير اختيار العقوبة المناسبة ومقدارها للقاضي الذي يقدر العقوبة أو التأديب المناسب^(٢). كما أجمع الفقهاء المسلمين على إن الشخص إذا كان في حالة دفاع شرعي عن ماله أو مال غيره فإن العمل الذي يقوم به لرد الاعتداء ووقفه يكون عملاً مباحاً ولا يعاقب عليه ويكون واجباً عليه الدفاع عن نفسه وماله ونفس ومال الغير^(٣). وسنده الشرعي بقوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)^(٤).

وقول رسول الله ﷺ (من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد)^(٥)، كما قال عليه الصلاة والسلام (من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد)^(٦)، وكما يحق للشخص الدفاع عن نفس ومال وعرض الغير لأنه لولا التعاون بين الناس لذهبت أنفسهم وأموالهم^(٧).

٢ - العقوبات المالية لجريمة الغصب:

إذا تلف المغصوب بيد الغاصب ضمنه^(٨)، وعلى الغاصب رد المغصوب مع الزيادة المنفصلة عنه وتكون مصاريف الرد على الغاصب أما إذا هلك أو استهلك المغصوب وتغيرت صورته فينتقل الحكم من الرد إلى الضمان كما في حالة الشاة إذا ذبحها أو الحنطة إذا زرعها أو عنباً فعصره فليس للمالك استرداده إنما له قيمة المثل هذا رأي الحنفية أما الإمام الشافعي (رحمه الله) فإنه يرى إن فعل الغاصب محظور ولا

(١) النووي ، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٣١، ج١٩، ص٣٤٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٧. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (ت ٩٥٤هـ). مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ، ج٤، ص٥٥٣. محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ)، نيل الأوطار، مطبعة دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣م، ج٤، ص١٨٠-١٨٢.

(٢) الكاساني، مصدر سابق، ج٧، ص٦٤، د. محمد أبو احسان ، مرجع سابق، ص٥٤١ .
(٣) الشافعي، مصدر سابق، ج٦، ص٣٣، أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ص٨٢ .

(٤) سورة، البقرة، من الآية، ١٩٤.

(٥) أبي داود، مصدر سابق، ج٤، ص٢٤٦.

(٦) أبي داود، مصدر سابق، ج٢، ص٤٣٠.

(٧) ابن قدامة، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٥٣.

(٨) الشربيني ، الاقتاع ، ج ١ ، ص ٣٠٧ ، الأسيوطي، مصدر سابق، ج ١ ، ص ١٧٦.

يصلح أن يكون سبباً للتملك فيبقى المغصوب ملكاً لمالكه الأصلي . وللمغصوب منه حق الاسترداد فإن فانت بعض صفاته لا يبطل حق الاسترداد.^(١) ، وإذا هلك المغصوب وكان من الأشياء المثلية عليه رد مثله وان كان من الأشياء القيمة وجب رد قيمة المغصوب^(٢).

وقسمت الأموال التالفة الى أموال قيمة وأموال مثلية لذلك يرى جمهور الفقهاء المسلمين إن المتلف إن كان مثلياً كان الضمان بالمثل وان كان قيمياً او مثلياً لكن يتعذر الحصول على مثله كان الضمان بالقيمة^(٣) . ويرى الإمام مالك رحمه الله إن الشخص الذي استهلك مالاً فعليه قيمته يوم استهلاكه^(٤) .

ويرى الحنفية إن المغصوب يضمن بقيمته يوم غصبه^(٥) . أما الحنابلة وبعض المالكية فيرون إن الغاصب يضمن قيمته يوم التلف لأنه قبل التلف كان الواجب رد العين دون قيمتها^(٦) ، أما عند الشافعية وبعض علماء الشيعة الإمامية فانه يضمن بأعلى قيمة من يوم الغصب إلى وقت التلف^(٧) . وهناك قولان آخران عند الشيعة هما أن يضمن القيمة العليا لحين الرد ، وقيل بالقيمة يوم التلف ، والأيدي المتعاقبة على المغصوب أيدي ضمان فيتخير المالك في تضمين من شاء أو الجميع^(٨).

المبحث الثالث

جرائم غصب الأموال في القانون العراقي النافذ

لقد عد لمشروع العراقي جرائم غصب الأموال من الجرائم المعاقب عليها قانوناً وخصها بعدة مواد قانونية في قانون العقوبات عاقبت مرتكبها بعقوبات جزائية تتراوح ما بين السجن والحبس والغرامة، كما أعطى الحق للمجني عليه في المطالبة بالتعويض المادي عما لحقه من ضرر من هذه الجرائم أمام المحاكم الجزائية أو المحاكم المدنية، كما عالج المشرع العراقي موضوع غصب الأموال وتعويض الضرر الناتج عنها بعدة مواد قانونية في القانون المدني. وسنتاول ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: جريمة غصب الأموال في قانون العقوبات

لقد نص المشرع العراقي في قانون العقوبات النافذ على هذه الجريمة ضمن الباب الخاص بالجرائم الواقعة على الأموال فقد ورد في المادة ٤٥٢ منه:-

- (١) الكاساني ، مصدر سابق ، ج٧ ، ص ١٤٨ .
- (٢) الكاساني،المصدر نفسه،ج٧، ص ١٥٠-١٥١، ص١٦٨،الشريبي،الإقناع ،ج١، ص٣٠٩.
- (٣) ابن انس، مالك (ت ١٧٩ هـ) ،الموطأ ، ط ١ ، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦ هـ ، ج٢، ص ٧٣٥ ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج ١١، ص ٥٠-٥٣ ، الكاساني، مصدر سابق ، ج٧، ص ١٤٨-١٤٩ . العاملي، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .
- (٤) ابن انس ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٣٥ .
- (٥) السمرقندي، علاء الدين (ت ٥٣٩ هـ) ، تحفة الفقهاء ، ط ٢ ، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٩٠ .
- (٦) ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج ٥، ص ٤٢١-٤٢٢ ، البهوتي ، مصدر سابق ، ج ٤، ص ٩٠ .
- (٧) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٨٣ ، العاملي، مصدر سابق، ص ٢٠٤ .
- (٨) العاملي، المصدر نفسه ، ص ٢٠٣ - ٢٠٤ .

١) - يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين او بالحبس من حمل آخر بطريق التهديد على تسليم نقود او اشياء اخرى غير ما ذكر في المادة السابقة.

٢ - وتكون العقوبة مدة لا تزيد على عشر سنين اذا ارتكبت الجريمة بالقوة او الاكراه^(١) ويبدو ان السبب في ذلك يكمن في كون النتيجة الإجرامية لهذه الجريمة تتمثل في تسلم الجاني للأموال أو الأشياء من المجني عليه بدون حق، ولكن للجريمة جانب آخر حيث تعد اعتداء على شخص المجني عليه لأن الوسيلة التي يستخدمها الجاني لبلوغ هدفه هي التهديد أو الإكراه المادي مما يحمل المجني عليه على تسليم أمواله له، فهي إذا تشكل مساساً بسلامة جسم الإنسان ومع ذلك تبقى هذه الجريمة من جرائم الاعتداء على المال بالنظر إلى النتيجة الإجرامية التي تترتب على سلوك الجاني^(٢). ويهدف الشارع من تجريم غصب الأموال الى حماية ثروة المجني عليه وإرادته معا لان الجريمة تنال من الاثنين، المال والارادة^(٣)، وتتشابه جريمة غصب المال مع جريمة السرقة في انهما من الجرائم التي تقع على المال، ويختلفان في ان جريمة الغصب تتم عن طريق تسليم المجني عليه المال الى المغتصب تحت تأثير التهديد^(٤). وسنتناول جريمة غصب الأموال من خلال البنود التالية:-

أولاً : أركان جريمة غصب الأموال .

لجريمة غصب الأموال ثلاث أركان هي^(٥) :-

- ١- الحصول على المال بغير حق.
- ٢- أن يكون الحصول على المال عن طريق التهديد أو الإكراه المادي.
- ٣- القصد الجنائي .

١. الحصول على المال بغير حق .

وهو ان يكون غرض الجاني من الجريمة هو الحصول على المال سواء كان نقودا ام غيره فإذا حصل على ما يبتغي كانت الجريمة تامة واذا خاب قصده كان الفعل شروعا^(٦)، وتقع هذه الجريمة على الأموال بصورة عامة سواء كانت منقولة ام عقارية ويستوي فيها الإكراه سواء كان معنوياً أم مادياً ، وبموجب هذا الركن يكون الجاني قد توصل إلى إعطائه المال سواء كان نقودا أو أي شيء آخر له قيمة مادية أو معنوية كالحلي أو الذهب أو آلات أو سيارة أو أمتعة أو الصور والرسائل الشخصية دون أن يكون لهذا الجاني حق في هذه الأموال، أي ان الجاني لا يستطيع الادعاء بحقاً على ما أعطي أو سُلِّم له والا انتفى

(١) قانون العقوبات العراقي النافذ .

(٢) د. ماهر عبد شويش الدرة، مرجع سابق، ص ٣٠٢ .

(٣) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ط١، مطبعة مكتبة العلم للجميع، ٢٠٠٥م، ص ٣٩

(٤) جندي عبد الملك، المرجع نفسه، ص ٤٤ .

(٥) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٦٧ ،

(٦) جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص ٤٤ .

هذا الركن، وبناء على ذلك فلا جريمة غصب إذا كان المال مملوكاً للمتهم وقد استخدم وسيلة غير قانونية كالتهديد للحصول على ماله ، كما ويشترط القانون في جريمة غصب الأموال أن يكون المجني عليه قد قام بتسليم المال المغتصب بنفسه الى الجاني، ولا يشترط أن يكون المجني عليه مالكا للمال إذ يكفي أن يكون المال تحت حيازته المؤقتة فقط ^(١).

١. أن يكون الحصول على المال عن طريق التهديد أو الإكراه المادي.

على وفق المادة ٤٥٢ فقرة ١ ، ٢ من قانون العقوبات العراقي يقتضي أن يكون الجاني قد حصل على المال بطريق التهديد أو باستعمال القوة أو الإكراه ، فيكفي ان يكون قد حصل على المال بأحدهما ولا يتطلب الامر اجتماعهما، والتهديد هو الوعيد بالشر فهو فعل يجرد ارادة المجني عليه من الحرية دون ان يمس سلامة بدنه ، فهو يمحو حرية الارادة، اما الإكراه المادي هو كل فعل عنيف يمس سلامة البدن، ويلحق بالإكراه تنويم المجني عليه مغناطيسيا او اعطاؤه مخدرا او مسكرا ومحو ارادته عن هذا الطريق، فالفكرة الاساسية من الإكراه انه افساد للارادة عن طريق فعل يمس حصانة البدن ^(٢). والمشرع العراقي لا يتطلب في هذه الجريمة نوعا معينا من الأذى، كما لا يتطلب أن يكون التهديد على درجة معينة من الخطورة، فيكفي أن يكون التهديد مرغماً على تسليم المال الذي طلبه الجاني. وإذا حصل التهديد فلا يعتد بالوسيلة التي استخدمها الجاني في الوصول الى مبتغاه طالما كانت هذه الوسيلة كافية للتأثير على إرادة المجني عليه وحملته على تسليم المال الى الجاني، فالتهديد يقع بإلحاق الأذى بشخص المجني عليه أو ماله او بشخص أو مال شخص آخر عزيز عليه أو غيرها من الأمور التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع^(٣)، كما لا يشترط ان يكون التهديد حاصلًا وقت الاغتصاب ولا ان يكون الامر المهدد به حالا او على وشك الحلول بالمجني عليه بل يكفي التهديد بامر مستقبلي كما يصح ان يكون التهديد شفويا او ان يكون بالكتابة ^(٤). كما يتبين من هذه المادة إن جريمة الغصب لا تقع إذا لم يكن تسليم المال بناءً على تهديد او إكراه كما لا تقع إذا انتفت علاقة السببية بين التهديد أو الإكراه وبين تسليم المال من قبل المجني عليه الى الجاني، ومسألة وجود أو عدم وجود علاقة سببية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع ^(٥).

٢. القصد الجنائي .

(١) د. ماهر عبد شويش الدرة ، مرجع سابق، ص ٣٠٨ - ٣٠٩ .

(٢) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق ، ص ٢٧٢ .

(٣) د. نشأت أحمد نصيف ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط ١، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٠م ، ص ١٩٥ - ١٩٦

(٤) جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص ٤٢ - ٤٣ .

(٥) د. نشأت أحمد نصيف، مرجع سابق، ص ١٩٥ - ١٩٦ .

القصد الجنائي : هو توجيه الفاعل إرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى النتيجة الجرمية التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى ^(١). كما يعني توجيه الارادة نحو ارتكاب فعل معاقب عليه قانونا مع العلم بعناصره القانونية والقصد الجنائي هنا يشمل على عنصرين هما:- توجيه الارادة نحو ارتكاب الجريمة، والعلم بتوافر عناصر الجريمة ، ويستلزم لتوفر القصد الجنائي لدى الفاعل ان يوجه إرادته نحو ارتكاب فعل معاقب عليه قانونا فتكون إرادته متجهة الى الفعل والى النتيجة ايضاً، والارادة هي نشاط نفسي يتجه الى تحقيق غاية معينة بوسيلة معينة، وتوافر الارادة يفترض توافر التمييز والادراك ^(٢) . وتعد جريمة غصب المال سواء كان بالتهديد أو الإكراه المادي من الجرائم العمدية ويتوفر فيها القصد الجنائي اذا قصد الجاني اجتلاب منفعة غير مشروعة لنفسه او لغيره او نيته الاضرار بثروة المجني عليه او ثروة غيره ^(٣) ، كما يتوفر القصد بقيام العلم عند الجاني بأن ما يطلبه من المجني عليه لاحق له فيه وانصراف إرادته الى إكراه المجني عليه، كما يجب ان تنصرف إرادة الجاني الى الحصول على النقود أو المال عن طريق إرهاب المجني عليه وتخويفه أو باستخدام القوة المادية ولا يتحقق القصد الجنائي إذا كان المتهم يعتقد بحسن نية ان المال مملوك له ^(٤)، كما لا يتحقق القصد الجنائي إذا انصرف إرادة المتهم الى التهديد فقط دون أن يقصد الحصول على المال إلا إن المجني عليه قام بتسليم المال من تلقاء نفسه اليه لغرض تهدئته أو انقضاء لشره ^(٥).

ثانياً: العقوبة الجزائية لجريمة غصب الأموال :

إذا تحققت جميع أركان جريمة غصب الأموال التي تم ذكرها سابقاً استحق عندها الجاني العقاب اللازم لهذه الجريمة، إلا إن المشرع ميز بين عقوبة غصب المال بالتهديد وبين غصب المال بالإكراه المادي ، فقد وردت عقوبة الجاني الذي غصب المال عن طريق التهديد أو الإكراه المعنوي في المادة ١/٤٥٢ من قانون العقوبات العراقي وكالاتي:- (١- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين أو بالحبس من حمل آخر بطريق التهديد على تسليم نقود أو أشياء أخرى غير ما ذكر في المادة السابقة) ^(٦).

أما إذا كان الجاني قد استخدم الإكراه المادي للتوصل إلى تسليم المال فنلاحظ إن المشرع العراقي تشدد في عقوبته، لان تأثير هذا النوع من الإكراه أكثر شدة وخطورة من الإكراه المعنوي أو التهديد، فهذا النوع من الإكراه لا يترك أي قدر من الحرية بالاختيار للمجني عليه كما يدل على خطورة أكبر في شخصية

(١) المادة ١/٣٣ من قانون العقوبات العراقي النافذ .

(٢) د. سمير الجنزوري ، مرجع سابق، ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٧٣ .

(٤) جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص ٤٣ .

(٥) د. ماهر عبد شويش الدرة ، مرجع سابق ، ص ٣١٤-٣١٥ .

(٦) قانون العقوبات العراقي النافذ .

الجاني^(١)، لذلك جاءت العقوبة مشددة في المادة ٢/٤٥٢ من قانون العقوبات العراقي: (٢- وتكون العقوبة مدة لا تزيد على عشر سنين إذا ارتكبت الجريمة بالقوة أو الإكراه)^(٢).

كما تشدد المشرع العراقي بمعاقبة الجاني الذي يغتصب سندا أو محررا مثبتا لحق أو تخالص دين أو أي تصرف آخر يترتب على اغتصابها انتقاص لثروة المجني عليه أو التزام بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، اما اذا كانت الورقة تتضمن قيمة ادبية فلا مجال لتطبيق النص كما ويستوي في هذه الجريمة اذا كان الغصب قد تم بالإكراه المعنوي أو التهديد أو تم باستخدام الاكراه المادي^(٣)، فقد نصت المادة (٤٥١) من قانون العقوبات العراقي على ما يلي:- (مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة من اغتصب بالقوة أو الإكراه أو التهديد سندا أو محررا أو توقيعاً أو ختماً أو بصمة إيهام أو حمل آخر بإحدى الوسائل المذكورة على الغاء شيء من ذلك أو إتلافه أو تعديله أو على التوقيع على بياض)^(٤).

كما عاقب المشرع العراقي الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي يستغل وظيفته ويرتكب جريمة غصب الأموال سواء كانت منقولة أم عقارية فقد ورد في المادة (٣٣٤) من قانون العقوبات العراقي :- (يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة استغل سلطة وظيفته فاشترى عقارا أو منقولاً قهراً عن مالكه أو استولى عليه أو على منفعة أو أي حق آخر للغير بغير حق أو اكراه مالكه على اجراء اي تصرف مما ذكر لشخصه أو لشخص آخر أو على تمكينه من الانتفاع به بأي وجه من الوجوه ، ويحكم برد الشيء المغتصب أو قيمته ان لم يوجد عينا فضلا عن الحكم وبالتعويض لمن لحقه ضرر من الجريمة اذا كان له داع)، كما ورد في المادة (٣٣٨) من نفس القانون :- (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مستخدم في دائرة رسمية أو شبه رسمية استغل سلطة وظيفته فاخذ لنفسه أو لغيره من احد الناس بغير رضائه شيئاً بدون ثمن أو بثمن بخس فضلا عن الحكم عليه برد الاشياء التي اخذها أو دفع ثمنها كاملاً. ان لم تكن موجودة على حالتها الاصلية)^(٥).

كما نلاحظ ان المشرع العراقي تشدد في معاقبة من يتولى تنظيم أو ترأس عصابة أو يشترك فيها وتستهدف غصب الاموال سواء كانت عقارية أم منقولة وسواء كانت عامة أو خاصة وكما ورد في المادة ١٩٤ :- (يعاقب بالاعدام كل من نظم أو ترأس أو تولى قيادة ما في عصابة مسلحة هاجمت فريقاً من السكان أو استهدفت منع تنفيذ القوانين أو اغتصاب الاراضي أو نهب الاموال المملوكة للدولة أو لجماعة من

(١) د. ماهر عبد شويش الدرة ، مرجع سابق ، ص ٣١٦.

(٢) قانون العقوبات العراقي النافذ .

(٣) د. نشأت أحمد نصيف، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

(٤) قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٥) قانون العقوبات العراقي النافذ.

الناس بالقوة او قاوم بالسلاح رجال السلطة العامة، اما من انضم اليها دون ان يشترك في تأليفها او يتولى فيها قيادة ما فيعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت ^(١).

المطلب الثاني: الدعوى الجزائية والدعوى المدنية الناشئة عن جريمة غصب الأموال .

أولاً: الدعوى الجزائية عن جريمة غصب الأموال .

يقصد بالدعوى الجزائية : وهي الوسيلة التي من خلالها يستطيع المجتمع عن طريق القضاء محاسبة فاعل الجريمة الذي عكر أمنه وسلامته وعرض مصالحه للخطر وتبدأ الدعوى الجزائية بالشكوى وتنتهي غالباً بالعقوبة^(٢)، أو هي عبارة عن مجموعة من الاجراءات التي يحددها القانون للوصول الى الحقيقة وتحقيق العدالة^(٣)، وتطلق على الدعوى الجزائية تسمية الدعوى العامة وهي تهدف الى ملاحقة المجرم وإحالة الى المحكمة للاقتصاص منه بسبب ما ألحقه من ضرر بالهيئة الاجتماعية^(٤). وقد حدد قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي الوسائل التي تحرك الدعوى الجزائية بها وهي الشكوى والاخبار، فقد أعطى القانون للمتضرر من اي جريمة او من يقوم مقامه قانوناً او اي شخص علم بوقوعها بتحريك الدعوى الجزائية بشكوى تحريرية او شفوية تقدم الى قاضي التحقيق او المحقق او الى اي مسؤول في مركز الشرطة او اي عضو من اعضاء الضبط القضائي أو بإخبار يقدم الى اي منهم من الادعاء العام مالم ينص القانون على خلاف ذلك، والمتضرر في الدعوى الجزائية قد يكون شخصاً طبيعياً او شخصاً معنوياً او قد يكون من وقع عليه الضرر شخصياً او يكون واقعا على شخص آخر شريطة ان يكون قد لحقه ضرر من هذه الجريمة^(٥)، ويقصد بالشكوى هي ابلاغ المجني عليه او وكيله للجهات المختصة عن جريمة معينة طالباً مباشرة الاجراءات القانونية ضد مرتكبها^(٦)، او هي الشكوى العامة التي يحق لكل شخص سواء كان مجني عليه او متضرر من الجريمة أم فرداً عادياً علم بوقوعها ان يقدم شكوى ويحرك الدعوى الجزائية ، وهي تختلف عن الشكوى المقصودة في المادة(٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي يقصد بها الشكوى التي تقدم من المجني عليه او من يمثله قانوناً^(٧). فالمادة (٣)* حددت الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى

(١) قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٢) أ.عبد الامير العكيلي ود.سليم ابراهيم حرب، شرح اصول المحاكمات الجزائية، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠٠٩م، ج١، ص ٢٣.

(٣) د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م، ص ١٦ .

(٤) القاضي د. حاتم ماضي، قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط٢، مطبعة صادر ، لبنان، ٢٠٠١م، ص ٢٢ .

(٥) القاضي د. حاتم ماضي، مرجع سابق، ص ٢٤ . وينظر: المادة (١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م.

(٦) د. محمد سعيد نمور، اصول الاجراءات الجنائية، ط٢، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان ، ٢٠١١م، ص ١٧٧ .

(٧) د.تميم طاهر احمد ، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١، مطبعة دار الدكتور للعلوم ، بغداد ، ٢٠١٢م ، ص ٤٠-٤١ .

* نصت هذه المادة على مايلي:- (١) - لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الاتية : ١ - زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافاً لقانون الاحوال الشخصية.

الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً أو بناء على طلب من جهة مختصة أو بأذن خاص^(١). وبموجب ذلك يمكن للمجني عليه في جريمة غصب الأموال ولمن تضرر منها أو لمن علم بالجريمة أن يحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية أو تحريرية الى الجهات المختصة التي تم ذكرها سابقاً الا اذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو احد أصوله أو فروعه ولم تكن هذه الأشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو مثقلة بحق لشخص آخر، فإنها لا تحرك إلا بناء على شكوى تقدم من المجني عليه^(٢). فالمشتكي هنا هو من ارتكبت الجريمة ضده أو ضد ماله أو عرضه أو من خوله القانون حق الشكوى، اما المخبر فهو كل من يتولى الاخبار عن الجريمة وهو شخص لا علاقة له بالجريمة^(٣). والاخبار عن الجريمة يعني إبلاغ السلطات المختصة عن وقوع جريمة سواء اكانت الجريمة واقعة على شخص المخبر أو ماله أو شرفه أو على شخص الغير أو ماله أو شرفه وقد تكون الدولة أو مصالحها أو الملكية الاشتراكية هي محل الاعتداء ، والاخبار يمكن ان يكون شفوياً أو تحريراً وعلى الجهات المختصة عند تلقيها الاخبار عن وقوع جريمة ان تحرك الدعوى الجزائية اذا كانت الجريمة من الجرائم التي لا تحتاج تقديم شكوى من المجني عليه^(٤)، وتتميز الشكوى عن البلاغ هو ان الشكوى لاتصدر الا من المجني عليه أو وكيله اما البلاغ فانه يمكن ان يصدر من اي فرد^(٥)، ويستطيع المجني عليه في جريمة غصب الأموال تقديم الشكوى والسير في الدعوى الجزائية في اي وقت يشاء لان المشرع العراقي لم يأخذ بالتقادم في الدعوى الجزائية أو تقادم العقوبة باستثناء بعض الحالات التي تم ذكرها في بعض القوانين ومنها المادة السادسة من اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ* والمادة ٣٧٨ من قانون العقوبات النافذ** وقانون رعاية الاحداث المرقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣م النافذ^(٦).

٢- القذف أو السب أو افشاء الاسرار أو التهديد أو الايذاء اذا لم تكن الجريمة قد وقعت على مكلف بخدمة عامة اثناء قيامه بواجبه أو بسببه.

٣ - السرقة أو الاغتصاب أو خيانة الامانة أو الاحتيال أو حيازة الاشياء المتحصلة منها اذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو احد أصوله أو فروعه ولم تكن هذه الاشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو مثقلة بحق لشخص آخر.

٤ - اتلاف الاموال أو تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد.

٥ - انتهاك حرمة الملك أو الدخول أو المرور في ارض مزروعة أو مهية للزراعة أو ارض فيها محصول أو ترك الحيوانات تدخل فيها.

٦ - رمي الاحجار أو الاشياء الاخرى على وسائل نقل أو بيوت أو مبان أو بساتين أو حظائر.

٧ - الجرائم الاخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها الا بناء على شكوى من المتضرر منها.

ب - لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج جمهورية العراق الا بأذن من وزير العدل. (المادة ٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ).

(١) ينظر أ. عبد الامير العكيلي ود. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٢-٣٥.

(٢) ينظر المادة (٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٣) د. تميم طاهر احمد، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠. ص ٤٣.

(٤) أ. عبد الامير العكيلي ود. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ج ١، ص ١٠١.

(٥) د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص ١٧٧.

* لا تقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة اشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى ويسقط الحق في الشكوى بموت المجني عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. (المادة ٦، من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ).

** (١) - لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الآخر. ولا تقبل الشكوى في الاحوال التالية:- أ- اذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

(المادة ١-٣٧٨ أ- من قانون العقوبات العراقي النافذ).

(٦) د. تميم طاهر احمد، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠.

ويقصد بالتقادم هو مرور الزمان او مضي المدة التي يحددها القانون من تاريخ وقوع الجريمة او من تاريخ آخر إجراء تم في الدعوى دون القيام بأي إجراءات اخرى للسير فيها ^(١) . أما اذا كان المجني عليه في جريمة الغصب هو زوج للجاني او احد اصوله او فروعه وأراد استعمال حقه بالشكوى فيجب ان يقدم الشكوى خلال ثلاثة اشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة او زوال العذر القهري الذي يمنعه من تقديم الشكوى، لان حق الشكوى ليس مطلقاً في أي وقت كما في الجرائم الاخرى التي لم يرد ذكرها في المادة (٣) من اصول المحاكمات الجزائية فهذا الحق قيد بمدة ثلاثة أشهر من يوم العلم بالجريمة او زوال العذر القهري الذي حال بينه وبين تقديم الشكوى فاذا مضت المدة ولم يقدم الشكوى سقط حقه فيها ^(٢)، كما يسقط الحق في الشكوى في حالة وفاة المجني عليه مالم ينص القانون خلاف ذلك ولا ينتقل هذا الحق لورثته اما اذا قدمت الشكوى من قبل المجني عليه قبل وفاته فذلك لا يؤثر على الدعوى الجزائية او السير فيها كون المجني عليه أظهر رغبته بالمطالبة باتخاذ الاجراءات الجزائية ضد المتهم كما يستطيع الورثة الاستمرار بالمطالبة بالحق المدني ، كما يحق للمجني عليه من جريمة غصب الاموال اذا كان زوجا او احد فروع او اصول الجاني ان يتنازل عن الدعوى الجزائية عندما يرى مصلحته تتعارض مع السير في الدعوى ^(٣) .

ثانياً: الدعوى المدنية عن جريمة غصب الأموال .

يقصد بالدعوى المدنية : هي الدعوى الناشئة عن الجريمة ،أي ان لكل من لحقه ضرر مباشر مادي او أدبي من أية جريمة أن يدعي بالحق المدني ^(٤) . ويكون للمضرور من جريمة غصب الأموال الحق في أن يقيم دعواه المدنية امام المحاكم الجزائية تبعا للدعوى العامة او امام المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر ^(٥) . ونظرا لوجود محاكم مدنية تختص بنظر دعاوى الحق العام ومحاكم مدنية تختص بنظر دعاوى الحق الشخصي، فالاصل ان ترفع كل دعوى من هذه الدعاوى امام المحكمة المختصة، فترفع الدعوى الجزائية امام المحكمة الجزائية والدعوى بالحق المدني امام القضاء المدني، ولما كان الحكم في الدعوى الجزائية يستلزم البحث في اثبات او نفي الجريمة ولما كانت هذه الجريمة بذاتها هي اساس الدعوى المدنية فقد اجاز المشرع للمدعي المدني ان يضم دعواه المدنية الى الدعوى الجزائية ^(٦) . لقد بين قانون أصول المحاكمات الجزائية نوعية الضرر الناشيء عن الجريمة التي يمكن للمدعي بالحق المدني المطالبة به وهو ان يكون الضرر مباشراً سواء كان ماديا ام معنوياً ويجب ان يكون هذا الضرر قد اصاب المتضرر

(١) د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م، ص ٦٢ .

(٢) أ. عبد الامير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ص ٣٧ - ٣٨ .

(٣) د. تميم طاهر احمد، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٨٤ .

(٤) أ. عبد الامير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ص ٤٥ .

(٥) القاضي د. حاتم ماضي، مرجع سابق، ص ٧٨ .

(٦) د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص ٣٠٧ .

شخصيا وان يكون الضرر حالا وليس احتماليا وان يكون هناك علاقة بين الضرر الحاصل والجريمة كما يجب ان يكون معين او قابلا للتعيين وان يكون قد اصاب مصلحة مشروعة محمية قانونا^(١)، فضلا عن ذلك لابد للمحكمة الجزائية حتى تحكم بالتعويض ان تقضي بثبوت التهمة على المدعي عليه المتهم وان تكون عناصر الجريمة متكاملة، اما اذا تبين للمحكمة ان الجريمة التي تولد الضرر عنها لم تقع من المدعي عليه (المتهم) فينبغي على المحكمة ان تقضي ببراءة المتهم وبعدم اختصاصها في نظر الدعوى المدنية^(٢).

وقد أجاز القانون للمتضرر من جريمة غصب الأموال أو من أي جريمة أخرى ان يدعي بالحق المدني (التعويض عن الضرر) ضد المتهم بالجريمة والمسؤول مدنياً عن فعله امام المحاكم الجزائية اثناء النظر في تلك الجريمة وكما ورد في قانون أصول المحاكمات الجزائية (لمن لحقه ضرر مباشر مادي او ادبي من اية جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنيا عن فعله مع مراعاة ما ورد في المادة التاسعة بعريضة او طلب شفوي يثبت في المحضر اثناء جمع الادلة او اثناء التحقق الابتدائي او امام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في اية حالة كانت عليها حتى صدور القرار فيها ولا يقبل ذلك منه لأول مرة عند الطعن تمييزا)^(٣). كما ورد نص مماثل في القانون المصري (يجوز رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحاكم الجنائية لنظرها مع الدعوى الجنائية)^(٤) ويتبع في نظر الدعوى المدنية امام المحكمة الجزائية اجراءات قانون اصول المحاكمات الجزائية، وللمتضرر من جريمة الغصب الخيار في ان يرفع دعواه للمطالبة بالحق المدني تبعا للدعوى الجزائية امام المحكمة الجزائية التي تنتظر في الجريمة او يرفعها امام المحكمة المدنية، فإذا اختار المتضرر المطالبة بالحق المدني امام المحاكم المدنية فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المدني وقانون المرافعات المدنية^(٥). وقد أورد المشرع العراقي في القانون المدني العراقي عدة مواد خاصة بالمسؤولية المدنية التي تقع على الغاصب نتيجة ارتكابه جريمة غصب الأموال، فأعطى الحق للمغصوب منه سواء كان المغصوب منقولاً أو عقاراً أن يسترده عيناً أن بقي المغصوب على حاله وان مصاريف نقله ورده تقع على عاتق الغاصب دون الإخلال بالتعويض عن الإضرار الأخرى التي يسببها الغصب للمغصوب منه كفوات المنفعة^(٦).

أما إذا هلك المغصوب فقد نص القانون المدني العراقي على ما يلي:- (يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه)^(٧). يتضح من

(١) أ.عبد الامير العكيلي و د.سليم ابراهيم حربيه ، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٧-٤٨ .

(٢) د. محمد علي السالم الحلبي، مرجع سابق، ص ٨٩ .

(٣) المادة ١٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ .

(٤) المادة ٢٢٠ من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ م .

(٥) أ.عبد الامير العكيلي و د.سليم ابراهيم حربيه ، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٥ .

(٦) د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة مركز البحوث القانونية، بغداد ١٩٨١ م ، ص ٦٦

(٧) المادة ١٩٣، القانون المدني العراقي النافذ.

هذه المادة ان الغاصب يلتزم برد مثل المغصوب اذا كان مثليا وبأداء قيمته ان كان قيمياً^(١) . كما ورد في القانون المدني العراقي (اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)^(٢)

وفي حالة رفع المتضرر دعواه بالحق المدني امام المحكمة المدنية والدعوى الجزائية امام المحكمة الجزائية فعلى المحكمة المدنية ان تستأخر النظر في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية لان للحكم الجزائي حجية على الدعوى المدنية واذا اراد ان يرفع دعواه بالحق المدني امام المحكمة الجزائية التي تنتظر بجريمة الغصب ولم تصدر حكم بات فيها، فله ذلك على ان يبطل دعواه امام المحكمة المدنية^(٣) اما في حالة كون مرتكب جريمة غصب المال غير اهل للتقاضي كأن يكون صغير او مصاب بعاهة عقلية فعلى المتضرر ان يطالب من هو مسؤول عنه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من تلك الجريمة^(٤) ، وفي هذه الحالة يحق لمن يمثل المجنون الرجوع عليه بما دفعه عنه من تعويضات للغير نتيجة للضرر الذي أحدثه فيهم^(٥) .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين محمد وعلى اله وصحبه الكرام وعلى من اتبعه وسار على نهجه الى يوم الدين. اما بعد:-

بعون الله وفضله أكملنا بحث جريمة غصب الأموال في الشريعة الإسلامية والقانون وتعد هذه الجريمة من جرائم الاعتداء على الأموال التي حرمتها الشريعة الإسلامية وجرمتها القوانين الوضعية ومنها قانون العقوبات العراقي لحماية حق الإنسان بالتملك وخاصة ملكية الأموال ومنع الاعتداء عليها ومعاقبة المعتدي. وقد تم بعون الله تعالى التوصل للنتائج التالية:

١- تُعدّ جريمة غصب الأموال من الجرائم التعزيرية المحرمة شرعاً في الشريعة الإسلامية ويعاقب مرتكبها بإحدى العقوبات التعزيرية (كالطويخ أو الجلد ، أو الحبس ، وقد تصل العقوبة التعزيرية للقتل وهذا الأمر متروك تقديره للإمام أو القاضي الذي ينظر القضية ، كما ان قانون العقوبات العراقي جرمها باعتبارها جناية ويعاقب مرتكبها بالسجن أو الحبس وحسب الأحوال التي حددها المشرع العراقي في قانون العقوبات

(١) د. سعدون العامري ، مرجع سابق ، ص ٦٦ .

(٢) المادة ١/٢٠٠ من القانون المدني العراقي النافذ .

(٣) د. تميم طاهر احمد ، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ٩٨-٩٩ .

(٤) المادة ١٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ .

(٥) ينظر: المادة ١٩١ من القانون المدني العراقي النافذ ، أ. عبد الامير العكلي و د. سليم ابراهيم حربه ، مرجع سابق ، ص ٥٤ .

، وقد تصل العقوبة إلى اعدام الجاني الذي ينظم أو يترأس عصابة أو يشترك فيها وتستهدف غصب الاموال سواء كانت عقارية ام منقولة وسواء كانت عامة ام خاصة.

٢- عرف العراقيون القدماء ومنذ وقت مبكر وقبل حوالي الفي سنة قبل الميلاد القوانين وشرعت العقوبات المختلفة للجرائم ومنها عقوبة لمغتصب الاموال وكانت اغلب هذه العقوبات هي العقوبات المالية (التعويض).

٣- يتحمل الجاني عند ارتكابه جريمة غصب الاموال عقوبة جنائية فضلا عن العقوبات المالية (التعويض) سواء كان ذلك في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي النافذ.

٤- يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر (الحق المدني) الناتج عن الجريمة امام المحكمة الجزائية التي تنتظر في محاكمة الجاني، كما يحق له ان يرفع دعواه للمطالبة بالحق المدني امام المحاكم المدنية .

أملًا ان اكون قد وفقت في كتابة هذا البحث ، فإن كان ماذكرته صوابا فهو من فضل الله تعالى عليّ فله الحمد والشكر وان كان فيه خطأ او زلل فهو من نفسي ويكفيني اني انسان وكل انسان معرض للخطأ فأستغفر الله العظيم عن كل خطأ او زلل وحسبي الله ونعم الوكيل والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد وعلى اله وصحبه الكرام .

المصادر والمراجع

• القرآن الكريم .

اولاً: المصادر.

١. اسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ) ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٤، مطبعة دار العلم للملايين ،بيروت، ١٤٠٧هـ .
٢. ابن انس، مالك (ت ١٧٩ هـ) ،الموطأ ، ط ١ ، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦ هـ ،
٣. أبي الحسين ابن الحجاج مسلم النيسابوري (ت ٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، مطبعة دار الفكر ، بيروت .
٤. أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، روضة الطالبين ، تحقيق عادل احمد وعلي محمد ، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .
٥. شمس الدين السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) ، المبسوط ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت .
٦. شمس الدين محمد بن احمد الشرييني الخطيب (ت ٩٦٠ هـ) ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ،
٧. أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، بلات
٨. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (ت ٩٥٤هـ). مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ .

٩. أبي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي (ت ١٧٥هـ) ، كتاب العين ، تحقيق د. مهدي المخزومي وابراهيم السامرائي، ط ١ ، مطبعة مؤسسة الاعلمي، بيروت، ١٩٨٨م .
١٠. علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩ هـ) ، تحفة الفقهاء ، ط ٢ ، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ،
١١. علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦ هـ) ، التعريفات ، تحقيق : إبراهيم الابياري ، ط ١ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ
١٢. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور المصري، (ت ٧١١ هـ) لسان العرب، ط ١، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ.
١٣. مجد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد ابن الاثير الجزري (ت ٦٠٦ هـ) النهاية في غريب الحديث والاثر ، تحقيق طاهر احمد الزاوي ومحمود الطناحي، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٧م .
١٤. محمد بن احمد الاسيوطي المنهاجي (ت القرن التاسع الهجري) ، جواهر العقود ، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت .
١٥. محمد بن اسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ)، صحيح البخاري، مطبعة دار الفكر ، بيروت .
١٦. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٧٢١ هـ)، مختار الصحاح ، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥ هـ.
١٧. محمد بن جمال الدين مكي العاملي (ت ٧٨٦ هـ) ، اللمعة الدمشقية، ط ١، مطبعة دار الفكر، ايران .
١٨. محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧ هـ) ، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج للنووي ، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت.
١٩. محمد علاء الدين بن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ) ، حاشية قرّة عيون الاخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار ، مطبعة دار الفكر ، بيروت، ١٩٩٥م.
٢٠. محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ)، نيل الاوطار، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م .
٢١. محمد مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ) تاج العروس من جواهر القاموس ، مطبعة مكتبة الحياة ، بيروت.
٢٢. منصور بن يونس البهوتي، (ت ١٠٥١ هـ) ، كشف القناع، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ .
٢٣. موفق ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمود ابن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
٢٤. ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق ، تحقيق زكريا عيدات ، ط ١ ، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .
٢٥. أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (ت ٤٥٨ هـ) ، الأحكام السلطانية ، تصحيح وتعليق : محمد حامد الفقي ، ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٦٦م . .

ثانياً: - المراجع.

٢٦. د. ابراهيم عبد الكريم الغازي ، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الازهر ، بغداد .

٢٧. د. أكرم عبد الرزاق المشهداني و نشأت بهجت البكري ، موسوعة علم الجريمة والبحث الاحصائي الجنائي ، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٩ م .
٢٨. د. تميم طاهر احمد ، و عبد الكريم ، د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١، مطبعة دار الدكتور للعلوم ، بغداد، ٢٠١٢م
٢٩. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية ، ط١، مطبعة مكتبة العلم للجميع، ٢٠٠٥ م .
٣٠. القاضي د. حاتم ماضي، قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط٢، مطبعة صادر ،لبنان، ٢٠٠١م.
٣١. د. سامي جميل الكبيسي ، جرائم الاعتداء على اموال الناس ، ط١، مطبعة مركز البحوث والدراسات الاسلامية، بغداد، ٢٠٠٨ م .
٣٢. د. سعدون العامري العامري، سعدون، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة مركز البحوث القانونية، بغداد ١٩٨١م .
٣٣. د. سعدي ابو حبيب ، القاموس الفقهي ، ط٢، مطبعة دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٨ هـ .
٣٤. د. سمير الجنزوري، مبادئ قانون العقوبات - القسم العام مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية ، ط١، مطبعة مطبعة السعادة ،مصر، ١٩٧١م .
٣٥. د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون -دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، ط١، مطبعة مكتبة الذاكرة، بغداد ، ٢٠١٠م.
٣٦. سيد سابق ، فقه السنة ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت.
٣٧. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مطبعة العاتك ،القاهرة، ١٩٨٩م .
٣٨. د. عباس العبودي ، تأريخ القانون ، ط٢، مطبعة العاتك، القاهرة ، ٢٠٠٧م.
٣٩. عبد الله محمد الجبوري ، فقه المعاملات والجنايات ، ط١ ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٩.
٤٠. أ. عبد الامير العكلي ود.سليم ابراهيم حربة، شرح أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة مكتبة السنهوري،بغداد ، ٢٠٠٩م،
٤١. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د.محمد البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، ١٩٩٨ م .
٤٢. د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دراسة مقارنة، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨م.
٤٣. د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة ، مطبعة دار الحرية للطباعة ،بغداد، ١٩٧٩م .
٤٤. د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، ط٢، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد .
٤٥. محمد أبو إحسان ، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، ط١، مطبعة مكتبة المنار، الأردن، ١٩٨٧م .

٤٦. د. محمد سعيد نمور، اصول الاجراءات الجنائية، ط٢، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان ، ٢٠١١م ، ص١٧٧ .
٤٧. د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م .
٤٨. محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، ط١ ، مطبعة دار النفائس ، بيروت .
٤٩. د. محمود نجيب حسني ، جرائم الاعتداء على الاموال ، ط٣ ، مطبعة الحلبي القانونية ، بيروت .
٥٠. د. نشأت أحمد نصيف ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط١ ، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٠م .
٥١. د. هاشم حافظ و د. ادم وهيب النداوي ، تاريخ القانون ، ط٢ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٠م .
٥٢. ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ترجمة محمد بوران ، ط٢ ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة في جامعة الدول العربية ، مصر ، ١٩٦١م .

ثالثاً: - القوانين.

- ٥٣- قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م .
- ٥٤- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م المعدل .
- ٥٥- قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل .
- ٥٦- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

مدى فاعلية التشريعات البيئية في العراق

م.د. سلمى طلال عبد الحميد / كلية الحقوق - جامعة النهرين

م.د سرمد رياض عبد الهادي / جهاز الاشراف والتقويم العلمي - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مقدمة

لقد اهتم الدارسون والمفكرون بموضوع البيئة وعملوا على ايجاد الوسائل اللازمة للمحافظة عليها وحمايتها من التلوث. حيث حضي هذا الموضوع على اهتمام الحكومات المحلية والمنظمات الدولية على حد سواء.

ومن اجل المحافظة على البيئة كان لابد ان يكون للمشروع دورا كبيرا في هذا المجال، ومن ثم يبدء عمل السلطة التنفيذية والمتمثلة بجهة الادارة كي تقوم بدورها بتنفيذ التشريعات عن طريق امكانيات منحت لها كسلطة الضبط الاداري والتي يترتب على مخالفتها جزاءات فعالة كي تضمن احترامها من اجل الحفاظ على المال العام وبالتالي تحقيق المصلحة الوطنية.

ونظرا لاهمية البيئة لكونها الحيز او الاطار الذي يمارس فيه الانسان مختلف نشاطاته الحياتية ويطور اقتصاد البلد، لذا فان أي اعتداء على هذه البيئة سيؤثر بشكل او باخر على حركة التنمية في البلد ويؤدي الى تراجع الناحية الاقتصادية والصحية، حيث ان التلوث يمثل اعتداءا مباشرا على صحة الانسان بغض النظر عن نوع هذا التلوث.

والمؤكد ان ما من جانب من جوانب هذه الحياة لا يكون معرضا لمخاطر تلوث البيئة، ولكن لكون الفرد يمثل اساس المجتمع لذا فان الحفاظ على البيئة من التلوث يقع بالدرجة الاساس عليه، كما وان الغاية من الحفاظ على البيئة هي لسلامة الفرد وصحته وتقدمه، فهي علاقة متبادلة تكون الغاية منها (الفرد). ولكي ينضبط سلوك الفرد كان لا بد من وجود ضابط ينظم امر الحفاظ على البيئة من قبل الادارة. ومن الجدير بالذكر ان التشريع الاسلامي كان حريصا على البيئة انطلاقا من نقطة الإيمان بأنه اذا أساء الإنسان استخدام عنصر من عناصر الطبيعة فانه سوف يضار ضررا كبيرا. ولقد بين الله سبحانه وتعالى أهمية البيئة النقية والسليمة، حيث جاء في كتابه العزيز { أَفَلَمْ يَنْظُرُوا إِلَى السَّمَاءِ فَوْقَهُمْ كَيْفَ بَنَيْنَاهَا وَزَيَّنَّاهَا وَمَا لَهَا مِنْ فُرُوجٍ }. كذلك قول الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) : ((عرضت علي أعمال أمتي حسنها وسيئها، فوجدت في محاسن أعمالها الأذى يماط على الطريق ووجدت في مساوئ أعمالها النخاعة تكون في المسجد لا تدفن)).

وخير قول الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) في الحفاظ على البيئة : ((ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة، وما سرق منه له صدقة، وما أكل السبع منه له صدقة، وما اكلت الطير منه فهو له صدقة ولا يرزعه احد الى يوم القيامة)) . لذلك فان الحضارة الإسلامية كانت السبابة في

مجال الحفاظ على البيئة ورعايتها، فهي تؤمن بأن الله تعالى هو خالقها وعلى الفرد ان يحافظ عليها ويتفاعل معها ويتكامل في احسن صورة.

وتظهر اهمية البحث في الوصول بالدرجة الأساس الى بيان اهمية التشريعات القانونية التي تتناول الجوانب البيئية ومدى فعالية التشريعات البيئية لمواجهة الاضرار والاحطار التي تتعرض لها البيئة ومقدار الالتزام بتطبيق هذه التشريعات، مبينين قبل ذلك اسباب التلوث البيئي خصوصا في العراق ووسائل حماية البيئة، خاصة بعد ان اصبحت حماية البيئة اساسا لحماية حاضر العراق ومستقبله من آثار التدهور البيئي الذي امتد ليشمل جميع المستويات الاجتماعية والاقتصادية والتعليمية والصحية، لذا بات من الضروري على الحكومة تفعيل قوانين حماية البيئة ووضع استراتيجية جديدة لغرض حماية البيئة وانشاء التعاون بين الدولة وأفرادها لتتمكن من مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي بشكل آمن وبما يقلل نسبة هذا الفساد البيئي .

وانطلاقا من اهمية البحث ارتئينا ان نقسم هذا البحث الى المباحث الاتية

المبحث الاول

مفهوم البيئة

من اجل الوقوف على مفهوم البيئة كان لا بد لنا ان نعرف البيئة بكلا التعريفين اللغوي والاصطلاحي، كي نحدد ما يمكن إعتباره (بيئة) وفقاً للقانون.

المطلب الاول - التعريف اللغوي للبيئة

كلمة البيئة مشتقة من الفعل - بؤأ - ويقول تبارك وتعالى ((وأذكروا إذ جعلناكم خلفاء من بعد عاد وبؤأكم في الارض تتخذون من سهولها قصوراً وتتحتون الجبال بيوتاً فاذكروا آلاء الله ولا تعثوا في الارض مفسدين))^١ ويقال لغةً، تبؤأت منزلاً، بمعنى هيئته وإتخذته محل إقامة لي^٢ وقد يعني لغوياً بالبيئة الوسط أو الاعتناق و الاحاطة^٣

والبعض يرى بأن البيئة ما هي الا لفظ شائع يرتبط بنمط العلاقة بينها وبين مستخدميها، حيث نجد ان بيئة الانسان الاولى هي رحم امه ثم بيته ثم مدرسته^٤

المطلب الثاني - تعريف البيئة اصطلاحاً

من الصعب وضع تعريف جامع للبيئة، فقد ارتبط مصطلح البيئة بعدة مفاهيم، فالبعض قد ربطه بالكائنات الحية^٥ والبعض يرى بأن البيئة تشمل المكونات الحية وغير الحية^٦ وتعريف آخر يربط بين مصطلح البيئة ومفهوم المحيط الذي يعيش فيه الانسان سواء كان محيطاً بریا او بحرياً او جويًا.^٧

ونحن هنا بصدد وضع تعريف شامل للبيئة فما يهمنا هو ان التشريعات التي تحمي البيئة او تضيف شيئاً جديداً تجعلها اكثر أماناً وراحة للفرد، فكما نعلم ان مصطلح البيئة مصطلح واسع لذلك تأتي التعاريف

الواردة فيه نسبية لا يمكن تحديدها تحديداً مسبقاً، فالبيئة شيء نسبي ايضاً لانه يختلف في محتواه ومكوناته باختلاف المستوى التجميعي الذي ننظر منه الى النظام المراد تحديد بيئته وكذلك باختلاف بعده الزمني^٨ وعليه فمفهوم البيئة بشكله التقليدي ينصرف الى البيئة الطبيعية المتمثلة بالغلاف الارضي والغلاف المائي والغلاف الغازي، ولكن في الواقع يوجد الى جانب البيئة الطبيعية عوامل إقتصادية تؤثر في مجملها في كفاءة الاقتصاد القومي، وكذلك عوامل إجتماعية مكونه من العادات والتقاليد المتوارثة والعلاقات المتبادلة بين البشر بأعتبارهم المحرك الاساسي لكل من العوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية وأخيراً السياسة، فقد تتطلب البيئة السياسية ضرورة توافر الاستقرار السياسي حتى لا تتغلب المصالح الفردية على المصلحة العامة ولكي تتحسن البيئة السياسية فأن الدولة مسؤولة عن رفع درجة الوعي السياسي لافراد الشعب بما يسمح لهم بمعرفة حقوقهم وواجباتهم.

يتضح مما تقدم ان مفهوم البيئة ينصرف الى كل شي يحيط بالانسان من بيئته الطبيعية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية لا بل حتى الاخلاقية، وازاء سعة مفهوم البيئة، هل التشريعات أوفت بحمايتها للبيئة، هل يستطيع التشريع لوحده حماية هذه البيئة؟ وهل هناك جزاءات لا يستطيع مرتكبها التهرب منها؟؟ وهل تتناسب الجزاءات عن الاضرار البيئية مع مقدار الضرر الذي لحق بالبيئة؟ هذه الاسئلة وغيرها سنحاول الاجابة عليها من خلال دراستنا

بقي ان نذكر التعريف القانوني للبيئة والذي اورده المشرع العراقي في قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٩ وذلك في نص المادة (٢ / خامساً) التي جاء فيها : ((المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)) كما حددت المادة (٢ / سادساً) ((عناصر البيئة بالماء والهواء والتربة والكائنات الحية)) واعتمدنا خلال إيرادنا مصطلح البيئة ضمن البحث على المفهوم الذي اعتمدته المشرع العراقي إضافة الى بعض التوسعات البسيطة.

المبحث الثاني

حماية البيئة في العراق

أضحى موضوع حماية البيئة من المواضيع المعقدة والتي تتطلب تدخلا سريعا من قبل القوانين المحلية والدولية ووضع القوانين موضع التنفيذ بدلا من الوقوف موقف المتفرج على مقدار الضرر الذي يلحق بالبيئة من جراء أسباب عديدة. فمشاكل البيئة هي وليدة تراكمات لسنوات طويلة أهمل فيها الجانب الاقتصادي للبلد وعدم المحافظة على البيئة الزراعية من آثار التلوث الصناعي وعدم وجود رادع قوي يردع من يلحق الضرر بالبيئة.

لهذا نجد ان المشرع قد انتهج عدة تشريعات متفرقة حاول فيها ان يتناول في كل واحد منها مشكلة من مشاكل البيئة المتزايدة لذا وفي صدد البحث في حماية البيئة في العراق كان لابد لنا ان نبحث عن أسباب تلوث البيئة في مطلب أول ووسائل حماية البيئة في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول - أسباب تلوث البيئة في العراق

أصبح الاهتمام بالبيئة وحمايتها في القانون الداخلي واجب الاحترام ولكن قبل التطرق الى سبل حماية البيئة كان لا بد لنا ان نتطرق الى أسباب تلوث البيئة في العراق

وفي هذا المجال نود ان نقول بان العراق قد مر بظروف عصيبة تراكمت أثارها على مر السنين، فأوجدت مشاكل وكوارث بيئية لا حصر لها ولا عدد. والمشكلة تكمن أيضا في ان المسببات لازالت موجودة وان الوسائل القانونية التي كان من المفروض ان تحد من التلوث كمشكلة بيئية لازالت ضعيفة في معالجاتها ومتأخرة. فغالبية اسباب ظهور مشكلة التلوث كمشكلة بيئية كان نتيجة لعصر النهضة الذي عرف الثورة الصناعية التي ظهرت بالأربعينات من القرن الماضي وكان لهذا التغيير أثاره الضارة في الإنسان وممتلكاته. ولكن على صعيد العراق، تعد الأسباب السياسية هي العامل الأساس في حدوث التلوث البيئي، وتتمثل هذه الظروف بمقدار الحروب المتوالية التي خاضها العراق والحصار الاقتصادي الذي ألقى بويلاته على حقوق الشعب العراقي وأخيرا الاحتلال الأمريكي للعراق.

وعند النظر إلى مقدار تأثير هذه الظروف السياسية، نجد أنها أثرت على الوضع الاقتصادي والاجتماعي والصحي للبلد وعلى حقوق أبناء شعبه ليضاف الى ويلاته الكثيرة. لذا سوف نتناول أسباب التلوث البيئي في العراق والآثار الناجمة عن هذه الأسباب.

الفرع الأول - الحروب المتوالية

شهد العراق حروبا متوالية نجم عنها تعرض البيئة الى دمار وخراب إضافة الى اثار بعيدة المدى متمثلة بالإشعاعات النووية والمواد السامة والعمليات العسكرية التي تعرض لها العراق ابتداء من عام ١٩٧٥ والتي قام بها النظام البائد ضد ابناء الشعب الكردي في الشمال وتدمير بيئة الاهوار في جنوب العراق وأيضا استخدام الغازات السامة لوقف هجمات القوات الإيرانية التي ادت الى سقوط عشرات الآلاف من العراقيين وترسب المواد الكيماوية الخطيرة في التربة، مما اثر سلبا على النبات والحيوان والطيور، من هذا يتبين ان قيام الحرب يؤثر في البيئة بمختلف عناصرها البرية والبحرية والجوية.

وقد ادت الحروب الطويلة الى إيجاد سياسة الأرض المحروقة وتكرار حرق القرى في شمال وجنوب العراق مما أدى الى ردم مئات عيون الماء وحرق مساحات شاسعة من المزارع والبساتين.^٩

كذلك الحرب التي خاضها العراق عند دخول الكويت وما نجم عنها من فساد للبيئة الطبيعية والبشرية وتعرض العراق الى استخدام الأسلحة المحرمة دوليا من قبل قوات التحالف الأمريكي.^{١٠}

الفرع الثاني - الحصار الاقتصادي في عام ١٩٩٠ - ٢٠٠٣

لقد كان للحصار الاقتصادي في مطلع التسعينات، اثر كبيراً في البيئة العراقية فاستشرى الفساد البيئي ليشمل جميع مجالات الحياة، وعانى الشعب العراقي من تدمير البنى التحتية من محطات الكهرباء والاتصالات ومخازن المواد التموينية ومحطات المياه.

كما اثر الحصار الاقتصادي على الوضع الاقتصادي بشكل كبير عندما آثر المزارعون على ترك مزارعهم لكون ان العمل في مجال الزراعة لم يعد يؤمن لهم العيش وعملوا في مهن اخرى، مما ادى الى تراجع الثروة الزراعية في العراق وزيادة حالات البطالة وما رافق الحصار من تدن في مستوى الانتاج والتنمية فضلاً عن توجه الاقتصاد العراقي لمتطلبات الحرب واثارها.^{١١}

هذا واثّر الحصار على الصحة العامة لكون ان النطاق الاخضر الذي يحيط به قد تدمر بفعل ترك المزارعين للعمل في مزارعهم وزيادة العواصف الرملية المتكررة خلال الصيف وارتفاع معدلات الاصابة بالربو وغيرها من الامراض.

كما اثر الحصار الاقتصادي على مجال التعليم، فقد زادت معدلات التسرب من المدارس وانخفاض مستوى التعليم، وهجرة العقول الى الدول الاخرى من اساتذة جامعيين ومهندسين واطباء.^{١٢}

والملاحظ ان فترة الحصار الاقتصادي التي عاشها العراق مجبوراً على تحمل الويل كانت اثارها لا تعد ولا تحصى، خاصة وان اثارها ما زال الشعب العراقي يعاني منها حتى اليوم. فمحاولات النهوض بالواقع العراقي من جميع النواحي ما زال في تراجع بسبب هذه الاسباب التاريخية والسياسية والتي لها مكنة لا يمكن الاستهانة بها في هذا التراجع.

الفرع الثالث - الاحتلال الامريكي ٢٠٠٣

يرتبط التحدث عن الاحتلال الامريكي كسبب من اسباب تلوث البيئة في العراق باستخدام الاسلحة المحرمة دولياً من جهة وانتهاك حق الفرد العراقي بالعيش في سلام وامان من جميع النواحي. حيث ان اثار الاحتلال الامريكي الى هذا اليوم لا يمكن حصرها لكون ان العراق تعرض الى مشاكل تلوثية كارثية تؤثر حتى في الاجيال القادمة.

وبغض النظر عن مقدار الاسلحة المحرمة دولياً والتي استعملت ضد ابناء العراق^{١٣}، فان الاحتلال بعد ذاته اورث مشاكل عديدة في البيئة وعمق من وجودها.

لقد ادى الاحتلال الى تخريب البيئة الاقتصادية للبلد، فقد ضعف الانتاج وتزايد الاعتماد على قطاع النفط واستنزاف القدرات الاقتصادية للبلد.

كما افسد الاحتلال البيئة السياسية عندما اورث التدهور الامني والصراعات بين الاطراف السياسية والاحتقانات الطائفية بحيث اصبحت التنمية غير واردة في البرنامج الحكومي واصبحت المجالس المحلية عاجزة عن انجاز الخدمات الا الضئيلة منها.

اما عن تاثير الاحتلال على البيئة الصحية العامة في العراق، فقد انتشرت العديد من الامراض اهمها السرطان وخاصة في المحافظات الجنوبية وزيادة التشوهات الخلقية عموماً وفي الفلوجة خصوصاً، وهذا ما يؤثر في الهيكل التركيبي للسكان اذ ان معظم الإصابات تطول الأطفال كما ويؤثر في انخفاض متوسط العمر في العراق الى ما دون الخمسين سنة وهذا ما يؤدي الى تراجع التنمية البشرية.^{١٤}

كما تراجع مستوى التربية والتعليم وهبط المستوى العلمي للطلبة وارتفع نسبة الامية باعداد كبيرة مما اثر في اعتماد العراق على قاعدة علمية هشة ومما زاد الأمر سوءاً ان القطاع التربوي زاد في الآثار السلبية على قطاع التعليم فانهى بمنهج المحاصصة والطائفية حتى على صعيد القطاع التربوي وعدم النهوض بالحركة العمرانية للمدارس لاستيفاء اعداد الطلبة العازمين على الدوام.^{١٥}

فكل هذه الأسباب وغيرها تضافرت في إيجاد بيئة ملوثة في العراق لم يقتصر مداها على تلوث الماء والهواء والتربة انما امتد ليشمل حتى الفكر العراقي ليفسده في ظل الظروف الصعبة التي يعيشها البلد. هذا ولا ننسى تاثير العمليات الإرهابية والتفجيرات في حق الشعب العراقي وما يورثه من تلوث خطير في البيئة، فهو وان لم يود بحياة البشر فانه يجعل منهم افراد غير قادرين على العيش بصورة تماثل حياة أقرانهم وبهذا يتجاوز الاحتلال ومخلفاته على حق الفرد بسلامة جسده وصحته. ويجب ان لا ننسى بعض التقارير الدولية التي كشفت ان سوء الاوضاع في العراق جعله اخطر بلد في العالم للمرة الثالثة على التوالي.^{١٦}

كما اصدرت المنظمة الدولية للبيئة تقارير حول تحول المدن العراقية الى مكبات للنفايات الناتجة عن الحروب والاهمال والاسلحة المحرمة، وهذا ما اكده البيان الصحفي للجنة الدولية للصليب الاحمر.^{١٧}

الفرع الرابع - مطالب التنمية الاقتصادية

إضافة الى الأسباب السياسية التي ذكرناها والتي تسبب تلوث البيئة في العراق، توجد الى جانبها اسباب أخرى ناجمة عن حاجة الفرد الى احتياجات معينة تتطلب وجود بعض المنشآت كمصانع مثلاً لمواجهة هذه المتطلبات وان تكرر الحاجة اليها يعرض البيئة الصحية الى خطر كبير. فغالبا ما نجد ان مخلفات هذه المنشآت خطرة ويتم تصريفها عن طريق المياه ان كانت مخلفات سائلة او انت تلك المخلفات قد تكون من المواد الصلبة، وفي كلتا الحالتين سيؤدي ذلك الى تلوث مياه الري ومياه الشرب بالملوثات المذكورة. حيث تتسرب عن طريق الري الى المصارف الزراعية ثم تتصرف مرة أخرى الى المياه وهكذا لا تنتهي هذه الدورة بل تتزايد مع تكرارها معدلات تلوث المياه وهذا ينطبق ايضاً على مياه الصرف الصحي

التي ادت الى تلوث المسطحات المائية نظراً لما تحتويه من انواع البكتيريا التي تؤثر في حياة الفرد وفي المزروعات التي تروى بمياه الصرف الصحي.

اما المخلفات الصلبة فهي لا تقل تأثيراً عن المخلفات السائلة في تشكيل معضلة بيئية كبيرة تتفاقم بمرور الزمن. حيث ان الزيادة المطرودة في السكان يعني حاجتهم المتزايدة الى الانتاج والاستهلاك ويترتب على زيادة معدل النفايات للبيوت والمستشفيات والمدارس والاسواق

والملاحظ ان نسبة هذه المخلفات ترتفع بالعاصمة بغداد لكن هذا لا يعني انه لا توجد مخلفات حتى في المناطق الريفية فالمخلفات تتكون هنا من المخلفات الزراعية وروث الحيوانات، على الرغم من اتجاه البعض الى استخدام المخلفات الزراعية كوقود او سماد الا ان الزيادة في عدد المخلفات في العقد الاخير ادى الى تقارب كبير في نسبة التلوث بين الريف والمدينة^{١٨}

ويعد العراق من اكبر منتجي النفايات غير المسترجعة وذلك هدر كبير للاقتصاد العراقي الذي يمكنه تحويل هذه الاوساخ والنفايات الى اموال^{١٩}

وفي هذا المجال لا ننسى كيف يفضل القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ والخاص بحماية البيئة وتحسينها ان تكون التنمية في البلد تنمية مستدامة وهي التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تلبي احتياجات الجيل الحاضر دون التأثير على احتياجات الاجيال القادمة بالمحافظة على الانظمة البيئية والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية

المطلب الثاني - وسائل حماية البيئة في العراق

هناك عدة وسائل لحماية البيئة منها تعتمد على افراد المجتمع كضرورة توفر روح حماية البيئة انطلاقاً من كوننا مسلمين نبحث عن البيئة النظيفة، ومنها ما يقع ضمن مسؤوليات الدولة الاساسية كضرورة إصدار تشريعات وانظمة وتعليمات تحمي البيئة بما يوفر من ضمانات رقابية ثم عقابية في حالة المخالفة والتعويض كجزاء للمخالفة.

الفرع الاول - توافر الوعي البيئي لدى الافراد

لقد حرص المجتمع الاسلامي على التزام الفرد بأداب الاسلام عند التعامل مع الطبيعة من منطقة الاستخلاف في الارض لاعمارها، لذا فإن الحفاظ على نظافة البيئة من حولنا سواء كانت في البيوت او المدينة تعتبر مظهراً من مظاهر الرقي والحضارة.

فالله تعالى خلق هذا الكون وجعله امانة في اعناقنا فيجب استغلاله بالقدر الذي يحقق المنفعة الخاصة مع الحفاظ على المصلحة العامة.

وفي هذا المجال نود ان نبين بأن مسؤولية نشر الوعي البيئي تقع على عاتق الافراد وعلى الاجهزة الرسمية في الدولة وبالدرجة الاساس على وزارة البيئة وهي الوزارة المعنية بحماية البيئة وتساهم في نشر هذا

الوعي عن طريق اجهزتها وانشاء ورش عمل توعوية تثقيفية للمواطنين في دوائر الدولة عن طريق ممثلي وزارات الدولة لدى وزارة البيئة.

دون ان ننسى دور الاعلام البيئي في هذا المجال لان الحديث عن حماية البيئة في العراق يشكل من وجهة نظر الكثير نوعاً من الترف الاجتماعي لانها تبقى في مؤخرة اهتمامات المواطن دون ان يعوا بأنهم اذا ما أساءوا اليها سيؤثرون على حياة اجيال قادمة اذا لم يتم وضع الحلول والخطط الانية والمستقبلية لمواجهة مخاطر البيئة.

لذا من الضروري تفعيل دور الاعلام البيئي وتشجيع الصحفيين على الخوض في مجال البيئة وتخصيص صفحات في الجرائد وبرامج الاذاعة والتلفزيون لكي تهتم بشؤون البيئة. وتفعيل دور وزارة البيئة ولجان البيئة في مجلس النواب وعدم إقتصارها على إبداء الاراء او اقامة الندوات والمؤتمرات وانما اللجوء الى سن قوانين تغير من الواقع البيئي في العراق. وبهذا يعتبر الاعلام البيئي احد المقومات الاساسية في الحفاظ على البيئة وأكتساب المعرفة ونقلها و استعداد الجمهور للتفاعل معها في التوعية ونشر القيم الجديدة الخاصة بحماية البيئة والدعوة للتخلي عن السلوكيات الضارة.^{٢٠}

الفرع الثاني - إصدار تشريعات تحمي البيئة

يعد إصدار التشريعات اللازمة لحماية البيئة من الوسائل الاساسية التي لا غنى عنها في أي من المجالات التي تقوم الدولة بتنظيمها. فكما نعلم إن نشر الوعي البيئي لدى الافراد لا يكفي اغلب الاحيان لتفادي الاضرار التي تلحق بالبيئة ولكنه يمكن التقليل منها. خاصة ونحن لسنا متأكدين بتوافر الوعي لدى جميع الافراد ومنهم من لا يهتم لهذا الامر. ولكي نضمن ضرورة إحترام البيئة كان من الضروري توافر قوانين وتشريعات تحمي البيئة ويترتب على مخالفتها جزاء، والجزاء قد يكون ادارياً وجزاءاً جنائياً ومدنيا ولا يوجد مانع من الجمع بين هذه الجزاءات في حال استمرار المخالفة البيئية.

وقد نصت المادة ٣٣ من قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ على الاحكام العقابية حيث جاء فيها: ((اولاً : للوزير او من يخوله إنذار أي منشأة او معمل او أي جهة او مصدر تلوث للبيئة لازالة العامل المؤثر خلال عشرة ايام من تاريخ التبليغ بالانذار وفي حالة عدم الامتثال فللوزير ايقاف العمل او الغلق المؤقت مدة لا تزيد عن ثلاثين يوم قابلة للتמיד حتى ازالة المخالفة)) وهذا بالفعل ما يسمى بالجزاء الاداري، حيث ان الاجراء الاول تتخذه الادارة هو توجيه الانذار وفي حالة عدم الامتثال فللوزارة ايقاف العمل او الغلق المؤقت لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً قابلة للتמיד.

كما نصت المادة المذكورة وفي البند (ثانياً) على الجزاء المدني والمتمثل بدفع غرامة على المخالف، حيث جاء فيها ((مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في البند (اولا) من هذه المادة فللوزير او

من يخوله ممن لا تقل وظيفته عن مدير عام فرض غرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد عن عشرة مليون دينار تتكرر شهرياً حتى ازالة المخالفة على كل من خالف احكام هذا القانون والانظمة والتعليمات والبيانات الصادرة بموجبه)).

وأخيراً عالجت المادة (٣٤) من نفس القانون اعلاه فرض العقوبات الجزائية حيث جاء فيها : ((اولاً : مع عدم الاخلال بأي عقوبة اشد ينص عليها القانون يعاقب المخالف لاحكام هذا القانون والانظمة والتعليمات الصادرة بموجبه بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة اشهر بغرامة لا تقل عن مليون ولا تزيد عن عشرين مليون دينار او بكلتا العقوبتين. ثانياً : تُضاعف العقوبة في كل مرة يتكرر فيها ارتكاب المخالفة))

وفي مجال حماية البيئة من المواد والنفايات الخطرة والاشعاعية فأن المادة (٣٥) نصت على: ((يعاقب المخالف لاحكام البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة (٢٠) من هذا القانون بالسجن ويلزم بأعادة المواد او النفايات الخطرة او الاشعاعية الى منشئها او التخلص منها بطريقة آمنة مع التعويض)) . وهذا عوضاً عن الانظمة والتعليمات التي صدرت والتي تتضمن جانباً بيئياً فهي عديدة وتناولت مواضيع عديدة لا مجال لذكرها هنا.

ولكن المشكلة تبرز في كون مدى فعالية هذه التشريعات وهل هي كافية بدورها لحماية البيئة في العراق، وهل تأخذ هذه التشريعات دورها الحقيقي في حماية البيئة والتحسين من واقعها، وما هي الضمانات التي تحتاجها هذه التشريعات كي تصبح فعالة؟؟ وهذا ما سنحاول الاجابة عليه في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

مقدار كفاية التشريعات البيئية في العراق

وفي هذا المجال نود الاشارة الى انه لا يوجد تشريع واحد يحمي البيئة لان مصادر فساد البيئة كثيرة كما انها متجددة باستمرار نظرا للحاجة الى مواكبة التطورات التكنولوجية. لذا يستوجب وجود تشريعات كثيرة لمواجهة هذه التطورات.

كما ان التشريعات لوحدها غير قادرة على حماية البيئة لذا لابد من وجود الية لتنفيذ هذه التشريعات والالتزام بها وجزاء قانونية تترتب على مخالفة هذه التشريعات، اخذين بنظر الاعتبار المعوقات التي يمكن ان تعترض الادارة حينما تمارس عملها في حماية البيئة

فالوضع السياسي والامني والاقتصادي لا بل حتى الاجتماعي اصبحوا من معوقات تنفيذ القوانين خوفا من التعرض الى الضغوط الشخصية وسيادة المحسوبية والمنسوبية نظرا للفساد المستشري في جميع مؤسسات الدولة وهذه حقيقة لا يمكن انكارها في الوقت الحاضر والتي كان لها مسبباتها التاريخية في العقود الاخيرة.

المطلب الاول - المعوقات الاساسية في تنفيذ القوانين البيئية

قبل تناول هذا الموضوع لا بد ان نشكر جهود وزارة البيئة - رغم تواضعها - في رغبتها وسعيها للمحافظة على البيئة رغم امكانياتها البسيطة، كما لا يمكن ان ننكر انها وزارة حديثة النشأة بالمقارنة مع مقدار الفساد البيئي الذي تعرض له العراق على مر السنون. وانها بحاجة الى امكانيات فعالة وحقيقية كي تواجه مقدار التميز والتطور الذي يشهده الواقع البيئي.

وكما ذكرنا وفي سبيل حماية البيئة ان على السلطة التشريعية اصدار قوانين تحمي البيئة من جانب ونشر الوعي البيئي لدى الافراد بأهمية البيئة والحفاظ عليها

الا ان هاتين الوسيلتين غير كافيتين لحماية البيئة فلا بد من وجود سلطة مسئولة عن تنفيذ هذه القوانين ووضعها موضع التنفيذ والا عدت حبراً على ورق. وامام السلطة التنفيذية (الادارة) عدة معوقات تجعلها لا تأخذ دورها الحقيقي الممنوح لها وفق القانون.

الفرع الاول - معوقات قانونية

ان العراق باعتباره يعيش وضعاً سياسياً وامنياً صعباً جعل من العسير ان تحقق القوانين البيئية جدواها في ظل هذه الظروف، حيث ان العديد من القوانين البيئية لم تتناول جميع المشاكل البيئية ومع غياب دور التوعية والاعلام البيئي ازدادت حدة هذه المشاكل.

لهذا نجد ان معظم التشريعات البيئية تتناول جوانب ضيقة من البيئة ولا تلم بانواع المؤثرات على البيئة او طبيعتها وحدود تأثيرها، وهذا ما يجعل النصوص التشريعية غير كافية او ملائمة للحاجة التي تتطلبها تطورات العصر.

فضلا عن حالة ازدواجية النصوص المتعلقة بالبيئة وما ينشأ عن ذلك من عدم الوضوح في اعتماد النص الواجب التطبيق. هذا وان غالبية النصوص لم تعد منسجمة مع الواقع الخاص بالعراق لذا يجب ان تتناول النصوص الكثير من المستجدات.

دون ان ننسى بان دخول القانون بشكل عام الى عالم البيئة لاجل حمايتها كان متأخراً مقارنة مع العلوم الطبيعية الاخرى التي حازت على سبق المبادرة في الاهتمام بالبيئة وعناصرها.^{٢١}

الفرع الثاني - معوقات تنظيمية

يعتبر غياب التأهيل العلمي والعملية لعدد من الموظفين اللذين يعملون في مجال حماية البيئة معوقاً لتنفيذ القوانين البيئية.

فمجال حماية البيئة يحتاج الى خبرة ودراية لاتتوافر لدى رجال الشرطة البيئية. رغم ان الشرطة تمثل الجزء الحيوي من السلطة التنفيذية المنوط بها المحافظة على النظام العام، فالشرطة باعتبارها سلطة ضبط اداري مهمتها الاحتياط لمنع وقوع جرائم وبالتالي فهي تختص باتخاذ تدابير عامة بواسطة اوامر او لوائح

تصدرها او اي تدابير خاصة للحيلولة دون ان يتحول اي خطر الى ضرر او للحد من الضرر القابل للتجدد.^{٢٢}

لذلك ولكي يصبح القانون فعالاً لابد ان تتوفر لدى الاجهزة القائمة على تنفيذه خبرة ودراية قانونية. اضافة الى عدم اخذ المراقب البيئي لدوره بالرقابة وحماية البيئة نظرا للظروف الراهنة، على الرغم من نص المادة (٢٢) من قانون حماية وتحسين البيئة وفي مجال تناول موضوع الرقابة البيئية التي اخضعت جميع الانشطة المؤثرة على البيئة للرقابة البيئية كما ان القانون لم يسخر الالية التي بمقتضاها يمارس هذا المراقب البيئي عمله.

كما اعتمدت القوانين والادارة من جانب اخر على الجانب الادبي والاخلاقي في مجال تعاملها مع المواطنين انطلاقا من ان المحافظة على النظام العام هو واجب اخلاقي وادبي.^{٢٣}

فلأدارة لها سلطة الحفاظ على النظام العام وحماية البيئة جزء لا يتجزء من النظام العام والحفاظ عليها يحقق سكينة وأمن المجتمع.

اضافة الى اعتماد مبدأ المتاجرة بالبيئة بالنظر للظروف الراهنة بالعراق التي جعلت الشروط الخاصة بحماية البيئة تطبق على بعض الاشخاص دون غيرهم ودور الفساد الاداري في هذا المجال كبير، حيث تلعب (التوصيات) دورا كبيرا في هذا المجال وتعد من اكثر الصور المتداولة في الحياة اليومية للأفراد مما يؤدي الى ترسيخ الفساد الاداري في أنشطة الدولة وسرقة حقوق الآخرين والاعتداء على المال العام وتردي الخدمات وتوريث حالة التخلف الاقتصادي والاجتماعي التي هي نتاج الفساد الاداري.^{٢٤}

اضافة الى نتاج مهم لا يمكن انكاره ان هذه العوامل مجتمعة تخلق بيئة اقتصادية وقانونية مريعة واثارها تتجلى امامنا على مر الايام.

لذا فالوعي الثقافي بشكل عام والادبي والاخلاقي بشكل خاص يؤثر في مقدار التزام الافراد بحماية البيئة، كما ان نزاهة موظفي البيئة يساهمون بشكل كبير للحفاظ اليها وعدم بيع البيئة ونضافتها مقابل المال.

المطلب الثاني - الحلول لمعوقات تنفيذ القوانين البيئية

ان المعوقات التي ذكرناها يمكن تجاوزها باللجوء الى مجموعة من الحلول بمتناول السلطة التنفيذية (الادارة) وبالإمكان تفعيلها بشكل يؤمن حماية البيئة..

الفرع الاول - تطوير التشريعات البيئية

يجب ان تعتمد السلطة التشريعية الى اصدار تشريعات بيئية وفق استراتيجية معينة تمكنها من تناول اغلبية المسائل المتعلقة بحماية وتحسين البيئة. وتبني مجلس النواب ومجلس الوزراء لهذا النوع من القوانين. كذلك يشمل دور السلطة التشريعية جمع القوانين المتعلقة بالبيئة بتشريع موحد لسهولة الاطلاع عليها

والرجوع اليها انطلاقاً من ان السلطة التشريعية تتولى رسم حدود تمتع كل فرد بحقوقه الطبيعية فلا سلطان فوق سلطان القانون على ان تترك امر اصدار تنظيمات وتعليمات لغرض تسهيل تنفيذ القوانين الى السلطة التنفيذية بمقابل تسليط الرقابة على اعمال الادارة فيما يتعلق بطريقة وضع هذا التنظيم موضع التنفيذ.^{٢٥}

الفرع الثاني - تفعيل النشاط الضبطي للادارة

يمكن تفعيل نشاط الادارة الضبطي لحماية البيئة عن طريق اعتبار البيئة وعناصر النظام العام وجهتان لعملة واحدة بذلك تتمكن الادارة من ممارسة نشاطها الضبطي لحماية البيئة.

ويعتبر الضبط الاداري وسيلة من وسائل السلطة العامة تفرضه الضرورة الاجتماعية لغرض المحافظة على النظام العام على المجتمع وترمي الى ضبط حدود الحريات العامة التي ينجم عن اطلاقها قيام الفوضى المؤدية الى انتكاسها.

ولا جدال في ان الضبط الاداري يخضع لسيادة القانون وبالتالي تمنح الادارة سلطة تنفيذ القوانين بحكم الدستور والتشريعات^{٢٦}. ومن هذا المنطلق القانوني نجد ان سلطة الادارة في تنفيذ القوانين ووضعها موضع التنفيذ غير الصلاحيات الممنوحة لها باصدار التعليمات المسهلة لتنفيذ هذه القوانين، وهذا يعني امكانية الادارة ان تتوسل جميع الوسائل التي تضمن تنفيذ القانون عبر استخدام سلطة الضبط الاداري والذي يترتب على مخالفتها جزاء اداري، لذا يعتبر اسلوب الضبط الاداري شديد الوقوع على المصالح الادبية والمادية، وهذا الجزاء تأخذه الادارة بقصد حماية ناحية من نواحي النظام العام^{٢٧} والمتمثلة هنا بحماية البيئة وتحسينها.

مما تقدم يتوضح لنا بأن الجزاء الاداري الضبطي يضمن تنفيذ القوانين وهو اجراء وقائي، ولكي يؤتي أكله كان لا بد من وجود اشخاص أكفاء يراقبون حماية البيئة من وقوع الاخطار البيئية. كما ان على الادارة ان لا تترك الحرية للأفراد في كل مامن شأنه تهديد النظام العام ومن ضمنها حماية البيئة وان تقوم باقتفاء مظاهر هذا الاخلال وتعمل على ازالته، اذا ليس لأحد حرية الاخلال بالنظام البيئي.

ويجب ان لاننسى في هذا المجال ان الوضع الراهن في العراق جعل نفاذ بعض التشريعات ضعيفاً غير جدير بالحسبان خاصةً اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار ان الوضع السياسي متهم من قبل الشعب بالتقصير فلا تستطيع الحكومة فرض الغرامات في الوقت الذي امن به الافراد بعجز الحكومة عن الايفاء بالتزاماتها نحوه^{٢٨}

الفرع الثالث - تفعيل الضبط القضائي في مجال حماية البيئة

يعد الضبط الداري إجراءً وقائياً يكون الهدف منه دفع الضرر الذي كان من الممكن ان يلحق البيئة، أما الضبط القضائي فهو إجراء علاجي يتضمن الكشف عن الجرائم ومرتكبيها بهدف تقديمهم للمحاكمة وتنفيذ العقوبة بهم عقاباً لهم وردعاً لغيرهم^{٢٩}

واهم ما في الأمر إن المراقب البيئي يُمنح صفة عضو الضبط القضائي والتي تمكنه من القيام بمهامه وحق دخول المنشآت والنشاطات الخاضعة للرقابة البيئية أثناء الدوام الرسمي وبعده وفقاً لما جاء في المادة (٢٤/ثانياً) وهذا دليل على المشرع لم يغفل النص على هذه السلطة ولكن يبقى امر تفعيلها ووضعها موضع التنفيذ امر يتعلق بوزارة البيئة وتنظيمها لعملها والية ممارستها لمهامها.

الفرع الرابع - نظام اللامركزية الإدارية لحماية البيئة

ان سلطات الحكومة اللامركزية هي الأفدر على تفعيل القوانين البيئية بحكم القرب المكاني للادارة المحلية وبحكم التخصص الدقيق وفي هذا المجال لان ننكر ان قانون حماية وتحسين البيئة اوجد تقريباً جميع الضمانات التشريعية لحماية البيئة وأعطى دوراً كبيراً لمجلس المحافظة في هذا الامر.

حيث نصت المادة (٧/اولا) على ان يؤسس في كل محافظة مجلس يسمى (مجلس حماية وتحسين البيئة في المحافظة) ويرتبط بالمجلس تحدد مهامه ويسير العمل فيه وتسمية أعضائه بتعليمات يصدرها رئيس المجلس. ولكن المشكلة تبقى في مجال فاعلية هذه المجالس فهي لاتعد ان تكون شكلية لا تؤدي الأهداف التي وضعت من اجلها الا ان هذا الامر نسبي فبعض مجالس المحافظات أخذت على عاتقها العمل على حماية البيئة باتخاذها بعض الإجراءات، كما في مجلس حماية وتحسين البيئة في كربلاء حيث تفرد عن باقي المجالس بالاتفاق على صيغة قرار بيئي يحسب كإنجاز له وبالتنسيق مع مديرية التخطيط العمراني في محافظة الأنبار لاختيار موقع جديد لمعامل الطابوق التي تم ترحيلها من كربلاء^{٣٠}

كما ان عمل هذه المجالس يكون عن طريق اصدار تعليمات الخاصة بحماية البيئة وان لهذه التعليمات الاثر الكبير في مقدار الحماية التي تقدمها هذه المجالس للبيئة وعليها اتخاذ قرارات ملزمة خاصة وان اتخاذ مثل هذه القرارات مكنة منحها القانون لتلك المجالس، لذا يجب عدم التقصير في تحديد الاجراءات وتفعيلها ومتابعة تطبيقها وهذا الامر يكون اسهل نسبيا في المحافظة بحكم القرب المكاني كما ذكرنا.

هذا وان عمل المفارز البيئية سيكون اسهل في ضبط المخالفات على ان يتوافر لدى الشرطة البيئية الدعم اللازم في تشكيلاتها وصلاحياتها. لهذا نجد ان القانون نص على تشكيل قسم للشرطة البيئية يرتبط إداريا بوزارة الداخلية ولكن لازال عمل هذه المفارز غير ملموس ولا واضح وبحاجة الى متابعة ادارية.

يلاحظ مما تقدم، ان قانون حماية وتحسين البيئة كتشريع كان قد تناول كل ما من شأنه أن يضمن حماية البيئة، ولكن تبقى مشكلة تفعيل هذه النصوص، فبعض النصوص مهمة جدا ولكنها غير مفعلة على ارض الواقع لأسباب قد تكون خارجة عن إرادة وزارة البيئة، فهي وزارة فنية ومهمة، وبحاجة الى دعم جميع الاجهزة في الدولة لغرض تحقيق اهدافها، فالوزارة لوحدها لن تستطيع خدمة هذا البلد والتحسين من الواقع البيئي له، لذا يجب ان تتضافر جهود بقية الوزارات لغرض الوصول الى الغاية من تشريع هذا القانون.

ولأسباب سياسية وتنظيمية- ذكرناها مسبقاً- غالبية نصوص هذا التشريع تقريباً مجمدة كالتعويض عن الاضرار او الغرامات كذلك تعطل محكمة البيئة فحتى الآن لم يتم تحريك دعوى عن تلوث البيئة بشكل عام وان النصوص المتعلقة بحماية البيئة شبه مجمدة ولم يتم العمل بها من الناحية العملية ولم تدخل حيز التطبيق.^{٣١}

الخاتمة

لقد تبين عند البحث في موضوع (مدى فاعلية التشريعات البيئية في العراق) جملة من النتائج والمقترحات:

اولاً: النتائج:

١. إن التشريعات البيئية أمر ضروري لا غنى عنه كخطوة أولى في مشوار الألف ميل، ولكن يبقى دور الإدارة في وضع هذه التشريعات موضع التنفيذ، فما الفائدة من نصوص القانون اذا كانت مجمدة ومهملة؟؟؟
٢. التشريعات لوحدها غير كافية للمحافظة على البيئة، لان الوعي البيئي لدى الأفراد هو ضروري ايضاً للمحافظة على البيئة ابتداءً وقبل تعرضها للمخاطر والأضرار.
٣. ان الإعلام البيئي في العراق لم يأخذ دوره الحقيقي وان نشر الوعي البيئي يجب ان لا يقتصر فقط على الموظفين في دوائر الدولة وانما يشمل جميع الاشخاص حتى البسطاء منهم.
٤. ان التشريعات البيئية وجدت لحماية البيئة لذا يجب ان تتواءم مع الواقع الذي يعيشه البلد وان عمل السلطة التشريعية على تبني تطوير تلك التشريعات بما يحقق مصلحة البيئة.
٥. من أسباب عدم تطبيق القوانين البيئية وعدم الالتزام بها وجود معوقات سياسية وتنظيمية تجعل من العسير على وزارة البيئة القيام بمهامها بالشكل المطلوب.
٦. هنالك بعض النصوص الواردة في قانون حماية وتحسين البيئة لم تر النور الا من فتحة ضيقة كالنصوص المتعلقة بالتعويضات والغرامات والشرطة البيئية والمحكمة البيئية.

ثانياً: المقترحات

١. سن القوانين الخاصة بالضبط الاداري لحماية البيئة واستبدالها بالتلك القواعد الضعيفة التي لا توفر الحماية وتفعيلها بشكل يحقق الهدف من تشريعها، وعدم التقاعس في استخدام هذه المكنة القانونية وعلى الادارة محاسبة الموظف المختص فيمال لو ثبت نقصيره.
٢. اعداد كوادر متخصصين بعلوم البيئة او عل اقل تقدير اقامة دورات تأهيلة للأشخاص الذين يعملون في مجال البيئة لتوعيتهم مقدار اهمية وظيفتهم ومقدار السلطة الممنوحة لهم لمجابهة الاخطار البيئية.

٣. الاعلام البيئي ضروري لزيادة الوعي البيئي لدى الافراد وبالتالي العمل على تخصيص مساحات من الجرائد او الصحف اليومية لتناول جانب بيئي معين، كما يجب استغلال وسائل الاعلانات المرئية والمسموعة لغرض نشر الوعي لبيئي بدلا من وضع اعلانات غير ضرورية على جوانب الطرق العامة.
٤. المراقبين البيئيين هم اعضاء الضبط القضائي وهم بحاجة الى مكافئات وحوافز تشجيعية لغرض القيام بواجباتهم بصورة افضل ودون ان يقعوا فريسة للضغوط المادية.
٥. الأخذ بنظر الاعتبار عند إعداد الموازنة المالية تخصيص مبالغ إضافية خاصة بمجال حماية البيئة للوزارات والمؤسسات ذات العلاقة.
٦. حث الوزارات والمؤسسات التخطيطية في الدولة بالالتزام في إدخال معايير حماية وتحسين البيئة ومكافحة التلوث والاستهلاك الرشيد للموارد الطبيعية لتحقيق التنمية المستدامة والتي توازن بين متطلبات المحافظة على البيئة وتحقيق الرفاهية للمجتمع واستخدام الموارد بما يحقق الإشباع للاحتياجات
٧. وضع سياسة واضحة المعالم لجميع المصانع والمعامل لمعالجة المشاكل البيئية بهدف حمايتها من التلوث والمحافظة على الموارد.

الهوامش

١. سورة الاعراف / الاية (٧٤)، (ويواكم في الارض) أي انزلكم فيها وجعل لكم فيها مساكن وبيوت تأوون اليها. (ولا تعثوا في الارض مفسدين) أي لاتضطربوا في الفساد في الارض ولا تبالغوا فيه.
- انظر الشيخ ابي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي. مجمع البيان في تفسير القرآن - الجزء الرابع - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٩٧ - ص ٢٢٥ - ٢٢٧.
٢. إحسان علي محاسنة - البيئة والصحة العامة، دار الشروق ١٩٩١ - ص ١٧
٣. د. سهيل ادريس و د. جبور عبد النور، قاموس المنهل الوسيط، فرنسي عربي، دار الادب ص ٩٣٤.
٤. د. عبد الحكم عبد اللطيف الصغيري، البيئة في الفكر الانساني والواقع الايماني، الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٤، ص ١١٧
٥. د. منى قاسم، التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية، الدار المصرية، الطبعة ٢، ١٩٩٤، ص ٣٥
٦. نفس المرجع السابق، ص ٣٦
٧. د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢١،
٨. د. منى قاسم - المصدر السابق - ص ٣٥
٩. هاشم نعمة - جريمة الانفال وتأثيرها في البيئة الاقتصادية والاجتماعية. الحوار المتمدن - عدد ٣٣٤١ في ١٩ / ٤ / ٢٠١١ على الموقع الالكتروني (www.alhewar.org)
١٠. رامزي كلارك - جرائم الحرب الامريكية في الخليج - ١٩٩٣ - ص ٧٤ - ٧٥.

١١. حوار مع تائر محمود العاني (استاذ الاقتصاد في جامعة بغداد) مجلة الرائد العراقية - جامعة بغداد - عدد ٣٩ في ٩ / ٨ / ٢٠٠٩ ص ٧
١٢. د. إياد حلمي الجصاني - اختلال العراق ومشروع الإصلاح الديمقراطي الأمريكي /حقائق وأوهام - ٢٠٠٦ - ص ٣٣
١٣. للمزيد حول هذا الموضوع راجع، هندرين اشرف عزت نعمان - القانون الدولي الانساني والتلوث البيئي في العراق، الاكاديمية العربية في الدنمارك - كلية القانون والعلوم السياسية - رسالة ماجستير في القانون الدولي الانساني - ٢٠١١ ص ٦١ وما بعدها
١٤. جيف ديموندز - استهداف العراق - العقوبات والغازات في السياسة الامريكية - مركز دراسات الوحدة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٢٨ - ٢٩
١٥. د. عبد علي كاظم المعموري وبسمة ماجد المعموري - الامم المتحدة والتضحية بالامن الانساني بالعراق - مركز حمو رابي للبحوث والدراسات الإستراتيجية - ٢٠١١ ص ٣٢٢ وما بعدها.
١٦. تقرير دولي صادر في ٤/٦/٢٠٠٩ - منشور على الموقع الالكتروني الخاص بدار بابل للدراسات والاعلام www.darbabl.net
١٧. تقرير رقم (٢٠٠٨/٢٩) في يوم ٢٩ / اكتوبر / ٢٠٠٨ - منشور على الموقع الخاص بدار بابل للدراسات والاعلام - مصدر سابق.
١٨. عن ملوثات الماء والهواء بالامكان مراجعة د. محمد عبد البديع - اقتصاد حماية البيئة - دار الامين للطباعة والنشر - ٢٠٠٣ ص ٣٤٩ وما بعدها.
١٩. موسوعة البيئة - غياب الوعي البيئي في العراق يعوق مشاريع تصفية النفايات وتدويرها - مقالة عن البيئة منشورة على موقع (بيئة) الالكتروني www.bee2ah.com
٢٠. مقال لـ نجاح العلي - الطبيعة، التلوث وحماية البيئة - الحوار المتمدن - العدد ٢٦٢٦ في ٢٠٠٩ منشور على موقع الحوار المتمدن - المرجع السابق.
٢١. اسماعيل نجم الديل نامق - القانون الاداري والبيئي - اطروحة دكتوراة - كلية القانون والسياسة/ جامعة السليمانية - ٢٠١٠، ص ٤٠
٢٢. رعد ادم عبد الحميد - المسؤولية المدنية لرجل الشرطة - اطروحة دكتوراة - كلية القانون /جامعة بغداد ٢٠٠٦، ص ٧
٢٣. د. عدنان الزنكنة - سلطة الضبط الاداري في المحافظة على جمال المدن وروائها - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ١ - ٢٠١١ - ص ٤٨
٢٤. القاضي سالم روظان الموسوي - دور القانون والقضاء في مكافحة الفساد - مكتبة الصباح - بغداد - ص ١٧-١٨
٢٥. د. محمود سعد الدين الشريف - دور في النظرية العامة للضبط الاداري لطلاب دبلوم العلوم الادارية - كلية

- الحقوق / جامعة القاهرة - ١٩٦٠-١٩٦١ - ص ٥٠، ٥١.
٢٦. د. محمود سعد الدين شريف - المصدر السابق - ص ٧٧، ٧٩.
٢٧. المصدر السابق - ص ١٩٤.
٢٨. موسوعة البيئة - موقع اليكتروني سبق الرجوع اليه.
٢٩. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٣٩١.
٣٠. وكالة الصحافة المستقلة، البيئة تطالب بتفعيل مجالس حماية وتحسين البيئة في المحافظات، www.ipairaq.com.
٣١. سجي محمد عباس، التلوث السمعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة النهريين، ٢٠١٢، ص ١٥٣.

المصادر

- أولاً: القرآن الكريم
- ثانياً: السنة النبوية والاحاديث الشريفة
- ثالثاً: الكتب العامة
١. ابي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.
 2. إحسان علي محاسنة - البيئة والصحة العامة، دار الشروق ١٩٩١.
 ٣. إياد حلمي الجصاني - اختلال العراق ومشروع الإصلاح الديمقراطي الأمريكي /حقائق وأوهام - ٢٠٠٦
 ٤. جيف ديموندز - استهداف العراق - العقوبات والغازات في السياسة الامريكية - مركز دراسات الوحدة العربية - ٢٠٠٣.
 ٥. رامزي كلارك - جرائم الحرب الامريكية في الخليج - ١٩٩٣ .
 ٦. القاضي سالم روظان الموسوي - دور القانون والقضاء في مكافحة الفساد - مكتبة الصباح - بغداد
 ٧. د. سهيل ادريس و د. جبور عبد النور، قاموس المنهل الوسيط، فرنسي عربي، دار الادب.
 ٨. د. عدنان الزنكنة - سلطة الضبط الاداري في المحافظة على جمال المدن وروائها - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ١ - ٢٠١١
 ٩. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر،
 ١٠. د. عبد الحكم عبد اللطيف الصغيري، البيئة في الفكر الانساني والواقع الايماني، الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٤
 ١١. عبد علي كاظم المعموري وبسمة ماجد المعموري - الامم المتحدة والتضحية بالامن الانساني بالعراق - مركز حمو رابي للبحوث والدراسات الإستراتيجية - ٢٠١١ ص ٣٢٢
 ١٢. د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤
 ١٣. د. منى قاسم، التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية، الدار المصرية، الطبعة ٢، ١٩٩٤

- ١٤ د. محمد عبد البديع - اقتصاد حماية البيئة - دار الامين للطباعة والنشر - ٢٠٠٣.
- ١٥ د. محمود سعد الدين الشريف - دورس في النظرية العامة للضبط الاداري لطلاب دبلوم العلوم الادارية - كلية الحقوق / جامعة القاهرة - ١٩٦٠-١٩٦١.

رابعاً: اطاريح ورسائل جامعية

١. ادم عبد الحميد - المسؤولية المدنية لرجل الشرطة - اطروحة دكتوراة - كلية القانون / جامعة بغداد ٢٠٠٦
٢. اسماعيل نجم الذيل نامق - القانون الاداري والبيئي - اطروحة دكتوراة - كلية القانون والسياسة / جامعة السليمانية - ٢٠١٠
٣. سجي محمد عباس، التلوث السمعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة النهرين، ٢٠١٢.
٤. هندرين اشرف عزت نعمان - القانون الدولي الانساني والتلوث البيئي في العراق، الاكاديمية العربية في الدنمارك - كلية القانون والعلوم السياسية - رسالة ماجستير في القانون الدولي الانساني - ٢٠١١

خامساً: مجلات

مجلة الرائد العراقية - جامعة بغداد - عدد ٣٩ في ٩ / ٨ / ٢٠٠٩

سادساً: المواقع الالكترونية

١. هاشم نعمة - جريمة الانفال وتأثيرها في البيئة الاقتصادية والاجتماعية. الحوار المتمدن - عدد ٣٣٤١ في ١٩ / ٤ / ٢٠١١ على الموقع الالكتروني www.alhewar.org
٢. تقرير دولي صادر في ٤/٦/٢٠٠٩ - منشور على الموقع الالكتروني الخاص بدار بابل للدراسات والاعلام www.darbabl.net.
٣. موسوعة البيئة - غياب الوعي البيئي في العراق يعوق مشاريع تصفية النفايات وتدويرها - مقالة عن البيئة منشورة على موقع (بيئة) الالكتروني www.bee2ah.com
٤. مقال لـ نجاح العلي - الطبيعة، التلوث وحماية البيئة - الحوار المتمدن - العدد ٢٦٢٦ في ٢٠٠٩ منشور على موقع الحوار المتمدن - المرجع السابق.
٥. وكالة الصحافة المستقلة، البيئة تطالب بتفعيل مجالس حماية وتحسين البيئة في المحافظات، www.ipairaq.com

جريمة غسيل الاموال الالكترونية

د. حسين علي محسن

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

تعتبر سلوكيات غسيل الاموال بكافة اشكالها جرائم ذات خطورة عالية ومضاعفة، فهي تُبنى على مخلفات جرائم ارتكبت اصلاً، تحصلت فيها اموال (قذرة) او مشبوهة، ثم من ناحية اخرى تدخل هذه المتحصلات المالية في أنشطة إجرامية اخرى، كتمويل الارهاب والعمليات غير المشروعة. هذه الخطورة مع ما يصاحبها من اضرار طائلة على الاقتصاد الوطني وأمن الدولة دفع بالجهود الدولية والوطنية تبعاً لذلك نحو سن تشريعات كفيلة بضبط هذه الجرائم خصوصاً بشكلها الالكتروني^(١)، وهذا يرجع الى ان اشكال وأنماط ووسائل غسيل الاموال متغيرة وعديدة. حيث انه في الوقت الحالي ترتكب هذه الجريمة

بوسائل تقنية حديثة وساعد في ذلك التوسع في استخدام شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت) وهو ما يوفر حركة سريعة للنقود الالكترونية وذلك بالمقارنة مع الاستخدام التقليدي للنقود الورقية^(٢).
والحقيقة ان الوسائل الالكترونية ساعدت كثيراً على اقتراف هذه الجريمة. ونظراً للتوافق بين السياسة الجنائية والسياسة الاقتصادية من أجل تحقيق نتائج إيجابية في مكافحة الجرائم ذات البعد الاقتصادي، فإن ظاهرة غسيل الاموال الكترونية من الصور الاجرامية المستحدثة التي يجب ان يتصدى لها التشريع الاقتصادي والجنائي على حد سواء.

المبحث الأول

التعريف بجريمة غسيل الاموال

تُعرف جريمة غسيل الاموال بأنها "كل من يدير او يحاول ان يدير تعامل مالي يوظف عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني عارفاً بأن المال المستخدم هو عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني او كل من ينقل او يرسل او يحيل وسيلة نقدية او مبالغ تمثل عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني عارفاً بأن هذه الوسيلة النقدية او المال يمثل عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني"^(٣).

فمن التعريف المتقدم يتضح لنا بأنه يتسع ليشمل كافة صور السلوك الاجرامي في شأن التعامل في ذلك المال غير المشروع وقد تضافرت الجهود الدولية لوضع تعريف محدد لجريمة غسيل الاموال فكانت اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام (٢٠٠٠) والتي أهابت بالدول الاعضاء الموقعة عليها أن تدرج ضمن تشريعاتها الوطنية ما يكفل تجريم كافة مظاهر جريمة غسيل الاموال، ومن ذلك تحويل الاموال، او نقلها لغرض اخفائها، او تمويه مصدرها غير المشروع او مساعدة أي شخص ضليع في ارتكاب جريمة اصلية لذات الفئات السابقة مع علمه المسبق بأن هذه الاموال هي نتاج عمل غير مشروع^(٤).

ولاشك ان غسيل الاموال يؤدي الى آثار اقتصادية سلبية مباشرة وغير مباشرة وعلى وجه الخصوص في الدول النامية ولعل ابرزها عدم استقرار سعر الصرف وسعر الفائدة نتيجة صعوبة تسجيل المتحصلات من عمليات غسيل الاموال ضمن حسابات الناتج القومي والذي يترتب عليها بالضرورة دخول بيانات نقدية مضللة تؤدي الى صعوبة وضع خطط فعالة للتنمية الاقتصادية^(٥). مما تقدم نستطيع القول بأنه يقصد بغسيل الاموال هو إخفاء مصدر المال الاجرامي وظهوره بمظهر المال الناتج عن عمليات مشروعة.

المطلب الأول

وجود المال غير المشروع كشرط اساسي لإيقاع الجريمة

تتطوي جريمة غسيل الاموال على فعل موصوف يستهدف تحويل مالٍ ما من صفته غير المشروعة الى صفة مشروعة، بمعنى إيجاد ذريعة منطقية وقانونية لوجود مالٍ ما تحت يد شخصٍ ما في وقتٍ ما، وهو ما يعرف بتحويل العوائد الجرمية الى أصول يصعب تعقب مصدرها غير المشروع^(١).

أما محمل هذا السلوك محصل مال، فماذا يعني ذلك؟

عرفت المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي المال بأنه "هي كل حق له قيمة مادية" ثم جاءت المادة (١٦ ف/٢) من قانون مكافحة غسيل الاموال العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ لتضع مفهوماً موسعاً للمال حيث نصت على أنه " الوسيلة النقدية: وتعني كل من العملة العراقية والاجنبية، الحوالات المصرفية، الصكوك، خطابات الضمان أو سندات المديونية الاخرى، القروض ، صكوك المسافرين، الحوالات التلغرافية، كل الوسائل القابلة للتداول بطريقة تسمى الانتقال عند التسليم، كل الوسائل الغير تامة الموقعة لكن بالاسم المشطوب للمدفوع له، والسندات او الوديعة بصيغة لحامله او بصيغة أخرى بحيث تسمى الانتقال عند التسليم، واي فقرات أخرى قد يعتبرها البنك المركزي العراقي ملائمة".

فمن التعريف المتقدم يتضح لنا بأن المشرع قد أورد وعلى سبيل المثال نماذج وصوراً للمال، باعتباره كل حق له قيمة مادية وفي ذلك لم يكتفِ المشرع ان يترك للفقهاء امر تحديد مفهوم المال وفقاً للقواعد العامة دون بيانه بصورة تفصيلية من الواقع، بيد أنه حسناً فعل عندما اعطى للبنك المركزي اضافة فقرات اخرى ملائمة لصور المال متفهماً بذلك الطبيعة العامة لجريمة غسيل الاموال، واهمية محلها والمتحور خصوصاً حول البيئة الالكترونية ومفرداتها.

وبهذا فإن المال لا يكون محلاً لجريمة غسيل الاموال ما لم يكن نتاج جهد إجرامي يشكل بحد ذاته جريمة يُعاقب عليها بعقوبة جزائية، ولم يحدد المشرع فترة زمنية لارتكاب تلك الجريمة، ولا نتيجة محاكمة الجاني عنها، وبالتالي كانت جريمة غسيل الاموال ناتج جريمة، ومهدداً لارتكاب جريمة أخرى اكثر خطورة وأعظم اثراً.

المطلب الثاني

الركن المادي

حدد قانون مكافحة غسيل الاموال العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ وصفاً دقيقاً للسلوك الجرمي في جريمة غسيل الاموال، وبين صوره وحالاته، وذلك ضمن نص المادة (٣) منه سالف الذكر فكان كل من يُدير او يحاول ان يُدير تعامل مالي يوظف عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني عارفاً بأن المال المستخدم هو عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني او كل من ينقل او يرسل او يحيل وسيلة نقدية او مبالغ تمثل عائدات

بطريقة ما لنشاط غير قانوني عارفاً بأن هذه الوسيلة النقدية او المال يمثل عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني.

وبالنظر الى المفهوم الذي اختاره المشرع للسلوك الجرمي في جريمة غسيل الاموال نلاحظ بأنه حصر السلوك بالطرق التقليدية وبصورته الايجابية فلا تقع هذه الجريمة بسلوك سلبي. فمع التطور المذهل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات فإن الجرائم المنظمة التي تنسم بالطابع الدولي يُستغل هذا التطور في ابتكار اساليب جديدة للسلوك الجرمي يتمكن من خلاله الجناة من ارتكاب جرائمهم وهم بمنأى عن المراقبة والمتابعة والضبط وهو الامر الذي يؤدي الى صعوبة دور الجهات المكلفة بضبط الجرائم وتتبع مرتكبيها. ولم تكن جريمة غسيل الاموال بمنأى عن التطور بل تطور السلوك الجرمي للجناة فيها. ومن أهم صور هذا السلوك هو الاستعانة بالوسائل الالكترونية في غسيل الاموال. وفهم الطبيعة الخاصة لجريمة غسيل الاموال وللسلوك الجرمي الالكتروني المشكل للركن المادي فيها نبين المراحل التي يمر بها هذا السلوك وصولاً الى ظهور جريمة غسيل الاموال الى حيز الواقع، واستحقاق فاعليها العقاب وهي كما يأتي:

أولاً: مرحلة الايداع:

وهي مرحلة التي تلي الحصول على الاموال القذرة من الجرائم التي نص عليها المشرع. وهي مرحلة ركود للمال، ويقصد به وضعه في مكان حصين لفترة من الزمن بقصد توافر فكرة نسيان مصدره، وقد يكون سلوك الجاني في هذه المرحلة متمثلاً في فتح حساب او حسابات بنكية بأسم حقيقي او مستعار وشراء اسهم في مؤسسات تجارية او مالية وعلى وجه الخصوص الاسهم لحامله التي لا تُشير الى اصحابها ومن ثم الى مصادرها، او شراء منقول او عقار له قيمة كبيرة والاحتفاظ به لفترة من الزمن قبل التصرف فيه^(٧). وتقدير الفترة الزمنية التي يتطلبها ركود المال امرٌ تحكمه الظروف ويختلف من حالة الى أخرى ومن بلد الى آخر، إلا ان المال يظل متربصاً باللحظة المناسبة التي يتحرك فيها الى المرحلة التالية دون إمكانية تتبعه او ضبطه.

ثانياً: مرحلة التكديس:

وفيه يخرج المال القذر من مكمته، ويدخل في المرحلة الثانية او كما يقال عنها مرحلة الغسيل الاولى وذلك بوضع المال في مشروعات قد تكون حقيقية كمشروعات عقارية ضخمة كالقرى السياحية او شركات وهمية في البلاد التي لا تفرض قيوداً على حركة رأس المال بحيث يصعب تتبع مصدر أموالها. وهذه المرحلة يُقصد من خلالها تضليل الجهات الرقابية عن مصدر الاموال غير المشروع باتخاذ اسلوب التمويه او التعتيم ويمكن ان يتم ذلك عند القيام بأعمال مصرفية معقدة فينقل بها المال عن بُعد الى حساب آخر ومن مصرف الى مصرف آخر ومن قارة الى قارة أخرى إلكترونياً، ويذكرُ ان احد الاشخاص من محترفي

برامج الحاسب الآلي تمكن من تصميم برنامج يتم فيه تحريك الحساب المودع في أحد البنوك الى حساب آخر ومن بنك الى آخر عبر القارات الخمس، يعمل تلقائياً كل ربع ساعة ولمدة ثلاث سنوات من الحد الأقصى لعقوبة جريمة غسيل الاموال في بلده فيما لو ضُبط بحيث يبدأ العمل فور ضبطه ولا يمكن ايقاف البرنامج إلا بشفرة خاصة يحتفظ بها^(٨).

ثالثاً: مرحلة الاندماج:

وهي المرحلة الاخيرة في عملية غسيل الاموال، وفيها يندمج المال القذر في الاموال المشروعة ويدخل في مجال الاقتصاد الوطني ويتخذ مظهراً قانونياً مشروعاً، وعلى سبيل المثال فأن المشروعات التي سبق إخفاء المال فيها في المرحلة الاولى يتم بيعها وتصبح ظاهرياً أموالاً مشروعة ذلك ان حصيلة مشروعات حقيقية والرصيد الذي يُنقل من مصرف الى آخر ومن مكان الى آخر تتوقف حركته ويخرج الى حلبة الاقتصاد على اساس انه حصيلة أعمال تجارية مصرفية^(٩).

مما تقدم يتضح لنا بأن كلاً من هذه التصرفات يُشكل صورة من صور الركن المادي لجريمة غسيل الاموال يستحق فاعله العقاب، بحيث لا يُفهم من انه لكي يستحق الفاعل او شركائه العقاب عن جريمة غسيل الاموال ان يتم تنفيذ سائر مراحل العملية، بل على العكس فأن كل تصرف ذا اثر يدخل ضمن أي مرحلة من مراحل العملية الهادفة الى ذلك يستوجب العقاب بأعتباره عملية غسيل الاموال.

المطلب الثالث

الركن المعنوي

يقوم هذا الركن في جريمة غسيل الاموال على القصد العام المبني على عنصري العلم والارادة، العلم بالسلوك الجرمي المعاقب عليه هو علم مفترض بطبيعته مبني على وجود القاعدة التجريبية إذ لا يعذر احد بجهله بالقانون، ثم ارادة ارتكاب ذلك السلوك بصفته تلك رغم العلم بأنه مجرم^(١٠).

وهذا أكدت عليه المادة (٣/ب) من قانون مكافحة غسيل الاموال العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ بقولها " العلم بأن التعامل مفتعل كُلاً او جزءاً لغرض: التستر او إخفاء بيعة او مكان او مصدر او ملكية او السيطرة على عائدات النشاط الغير قانوني او لتفادي تعامل او لزوم إخبار آخر..".

مما تقدم يثور تساؤل مفاده كيف يتم اثبات جريمة غسيل الاموال الالكترونية ؟ وما هي المحكمة المختصة بالنظر في هذه الجريمة ؟

ان الاثبات في حقيقته هو البحث عن الدليل المتعلق بواقعة معينة وتقديمه للسلطات المختصة^(١١) ، ونرى صعوبة اثبات الجريمة اعلاه لانها ترتكب بالخفاء ولا توجد اثار مادية في مسرح الجريمة كما هو الحال في الجرائم الاخرى العادية كالقتل والسرقة .. الخ ، ولكن يمكن للمحكمة المختصة ان تستعين بالخبراء كالفنيين مثلاً من اجل اثبات هذه الجريمة اما المحكمة المختصة بالنظر في تلك الجريمة فانها ترتكب في

دول متعددة فتكون من اختصاص محكمة كل دولة وقعت جزء من الجريمة على اراضيها حتى لا يفلت المجرم من العقاب .

المبحث الثاني

صور الجريمة عبر الوسائل الالكترونية

أسلفنا بأن الجناة قد اتجهوا الى استخدام الوسائط الالكترونية لارتكاب جريمة غسيل الاموال لتطهير المال من مصدره غير المشروع والدخول في دائرة الاموال المشروعة.

ويمكن القول انه ترتب على ظهور التجارة الالكترونية، ظهور فكرة النقود الالكترونية والرقمية حيث يتم الدفع او السداد من خلال قنوات إتصال اليكترونية ما بين حاسب آلي وشبكة الانترنت، ولا جدال في أن استخدام النقود الالكترونية، سوف يؤدي الى سرعة وسهولة ويسر المدفوعات وتقليص الحاجة الى الاحتفاظ بالنقود السائلة، الامر الذي يساعد على التوسع في التبادل التجاري^(١٢).

ومما لا شك فيه ان النقود الالكترونية وسيلة دفع مثالية لأختزان قيمة نقدية لأموال متحصلة من مصدر غير مشروع تمهيداً لغسيل هذه الاموال^(١٣).

وبالتالي فإن استخدام هذه الوسائط يؤدي الى تحريك المال عن بُعد في مختلف مراحل غسيل الاموال ولذا سنقوم ببحث هذه الوسائط في اربعة مطالب وكما يأتي:

المطلب الأول

البطاقات البلاستيكية

تتنوع البطاقات الممغنطة ما بين بطاقة تستخدم للسحب الآلي، وأخرى تستخدم كوسيلة للدفع، وثالثة تستخدم كأداة وفاء، ثم الرابعة التي يُطلق عليها بطاقة الشيكات.

وفي بطاقة الشيكات قد يظهر التواطؤ ما بين حامل البطاقة والمستفيد في الشيك، حيث يمرر الاول للثاني شيكاً يتجاوز به الحد الاقصى المسموح حتى يُعطي البنك فرصة للرجوع على حامل البطاقة، ويقوم الاخير بسداد ما عليه من اموال غير مشروعة المنشأ لديه ويرغب في غسيلها وتبييضها^(١٤).

وأما بطاقة الوفاء، فهي تخول حاملها سداد السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية التي تقابلها بموجب اتفاق مع الجهة المصدرة لها، وذلك بتحويل ثمن البضائع والخدمات من حساب العميل (حامل البطاقة) الى حساب التاجر البائع بطريقتين احدهما مباشرة والاخرى غير مباشرة^(١٥).

وهذه البطاقات تستخدم كذلك في غسيل الاموال حيث يتم شراء سلع او خدمات بقيمة تتجاوز الحد المسموح به (عن عمد) من حامل البطاقة ووفاء التاجر حتى يعطي البنك المصدر لها فرصة الرجوع عليه، ومن ثم سداده من قبل أموال (غير مشروعة) لدى الجاني يرغب في غسيلها او تدويرها.

والنوع الاخير هو بطاقات الائتمان، وهي تخول حاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقة الى حاملها حيث يقدمها الى التاجر ويحصل بموجبها على سلع وخدمات تسدد قيمتها من الجهة المصدرة للبطاقة ويجب على امل البطاقة من خلال أجل متفق عليه وبذلك فهي تمنع حاملها اجلاً حقيقياً وهو ذلك الاجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدره البطاقة نفسها. وبنفس الاسلوب المتبع في بطاقات الوفاء فأن هذه البطاقة يمكن استخدامها في غسيل الاموال غير المشروعة لدى الجاني (حامل البطاقة ، حين يتجاوز الائتمان الممنوح له، بهدف الرجوع عليه وتحصيل الفارق من حسابه، فيقوم بالسداد عن طريق أموال غير مشروعة فحصلت لديه من مصدر غير مشروع ويرغب في غسيلها او تويرها^(١٦)).

المطلب الثاني

التحويل الالكتروني للنقود

هناك صعوبات تعترض الملاحقة الجنائية لغاسلي الاموال متى تمت هذه التحويلات بطريق الالكتروني او بالطريق البرقي، ذلك أنه يمكن حصيل فاعلية اكثر للنظم المعقدة التي تتعلق بالابلاغ عن الودائع المحلية عن طريق تسهل الى حد ما يتمثل في غسيل الاموال المتحصلة في هذا النشاط بأخراجها من البلاد بطريق التحويلات البرقية، ولذلك تصنف هذه الطريقة الاولى لدى غاسلي الاموال في سلوكهم الاجرامي في شأن هذه الجريمة^(١٧). وحقيقة السلوك الاجرامي في هذه الحالة تتمثل في أن الجناة وبعد ايداع اموالهم لدى البنوك بطريقة آمنة في البنك، يقومون بتحويلها برقياً الى حسابات شركات وهمية خارج الدولة في بلدان تمارس هذا النشاط من ذلك على سبيل المثال بنما وجزيرة الكاريمان الكبرى.

ونظراً لوجود قوانين تتعلق بالسرقة المصرفية في هذه البلدان فإنه من المستحيل تعقب النقود ويصبح غاسلي الاموال في مأمن وفي هذه الحالة يمكن استخدام النقود النظيفة لدفع مقابل شحنة الكوكايين التالية او لشراء عقارات في أي مكان بالعالم ويحصل غاسلي الاموال على نسبة لا تقل عن ٣% من قيمة الصفقة في صورة عمولة، وليس من المستغرب أن تجد بعض المصارف التي تمارس هذا النشاط، ويقوم غاسلي الاموال بعد ايداع النقود وبشكل قانوني، كما ذكرنا آنفاً لدى أحد البنوك بتحويلها برقياً مرة أخرى الى حساب احدى الشركات الموجودة في دولة من خارج دولتهم التي تطبق نظام السرية المصرفية حيث لا يُسمح لأحد بالأطلاع على دفاتر المصارف او الكشف عن حقيقة عملاء هذا البنك او تتبع الحسابات داخل البنوك، ثم تقوم شركات المراجعة بالاقتراض من احد البنوك بضمان كما سبق ايداعه بحسابها وذلك لغرض إعادة الاموال مرة اخرى الى المهربين لكن بعد تمام تدميرها وغسيلها^(١٨).

مما تقدم يتضح لنا بأن الجناة يستخدمون البنوك والمراسلة في عملية الغسيل، ذلك لأنها لا تدري شيئاً عن القرض التجاري من تحويل هذه النقود، ولذلك يرى جانب من الفقه أن البنك المصرح وحده (الأمر بالتحويل) هو الذي تقع عليه مسؤولية فهم استخدام أموال العميل^(١٩).

المطلب الثالث

البطاقات الذكية

وهذه البطاقة تتسم بأنهم قوية ومتينة وتقاوم عوامل التلف، ولا يتطلب انتقال البيانات والمعلومات منها أو إليها تلامسها معدنياً كالبطاقات الذكية الأخرى، ذلك أن التجهيزات الإلكترونية مثبتة على سطح البطاقة بينما التلف وخطر التلوث يقل عندما تكون تجهيزات البطاقة وتكوينها مخبأ داخل البطاقة ذاتها.

ومن خطورة استخدام هذا الكارت الذكي أن له خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة على القرص الخاص به ومن ثم يمكن بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون المعد لذلك، وبدون أي بنك من البنوك وبهذا يكون نظام الكارت بمنأى عن أي تدخل أو إشراف أو مراقبة أي جهة^(٢٠).

ومن سمات هذا الكارت الذكي أنه يمكن له القيام بدور (الصك) ذلك أن المصارف ليست هي المستفيدة من هذه البطاقات بل هناك المستهلك الذي يمكنه التعامل بهذه البطاقات بوصفها نقداً أو صكوكاً، فهذه البطاقات تقي بالوظائف ذاتها، ولذلك فإن هذه السمة تعزز دور البطاقة الذكية في جريمة غسيل الأموال من خلال تحديد صكوك مسحوبة على هذه البطاقة، ثم سحب قيمة الصك من النقود المخزنة في البطاقة لإعادة شحنها مرة أخرى من قبل المصرف الإلكتروني الخاص بصاحب البطاقة وذلك بأموال يرغب حامل البطاقة في غسيلها وتحويلها وجعلها أموالاً مشروعة بعد أن كانت متحصلة من مصدر غير مشروع^(٢١).

مما تقدم نستطيع القول بأن البطاقة الذكية تقلل معدل الجريمة من البطاقة البلاستيكية، وذلك لأن منافذ الصرف الإلكترونية وبطاقات الائتمان أصبحت مراكز جذب للأنشطة الإجرامية فالبطاقة الممغنطة سهلة التقليد ويمكن قراءتها لكن البطاقة الذكية لا يمكن قراءتها الأمر الذي يحقق قدراً كبيراً من التأمين الشخصي.

المطلب الرابع

الشبكات الإلكترونية

وهذه الصكوك تحرر باستخدام الكمبيوتر وتأخذ نفس المسارات التي يأخذها الصك الورقي منذ لحظة إصداره مروراً بعملية التسليم ثم التحصيل والقيود والحساب فهو ينتقل بالبريد الإلكتروني من الطرف الذي أصدره إلى المستفيد بعد توقيعه إلكترونياً يسترجعه المستفيد ويوقعه إلكترونياً ويرسله بالبريد الإلكتروني مع إشعار إيداع الإلكتروني كذلك في حسابه البنكي وهذه الصكوك الإلكترونية في حاجة فقط إلى حساب للعميل لدى بنك من البنوك، ثم برنامج تصفح، وهي خدمة بديلة للسداد بطريق بطاقات الائتمان وتعتمد على توفير نماذج البيع،

ونماذج فواتير تتفق مع الخدمة، والتي هي بديلاً مناسباً عن بطاقات الائتمان التي يتردد غالب أصحابها في التعامل مع الشبكة نظراً للمخاطر المعلوماتية من هذا التعامل^(٢٢).

والحقيقة ان علاقة الصك الالكتروني بجريمة غسيل الاموال هي علاقة وثيقة ومباشرة، فالصك الالكتروني يعتمد على وجود حساب عادي للعميل او كمحرر الصك لدى أحد البنوك ثم يقوم العميل بنقل الحساب وتداوله عبر شبكة الانترنت في صفقات تجارية يكون طرفاً فيها ويكون الصك الالكتروني هو وسيلة التداول، وقبل ذلك يكون العميل هو الوسيط بين مصدر الشيك او محرره (الساحب) وبين المستفيد. وهذه العمليات تتسم بالدقة والسرية فالبانك المودع لديه لن يسأل ممن مصدر المال، كذلك فأن العملاء الذين يتم التعامل معهم لن يسألوا كذلك عن مصدر هذا المال المحول إليهم كمستفيدين عن طريق الصك الالكتروني الصادر من العميل (أ) الذي بدأت المعاملة من طرفه^(٢٣).

الخاتمة

تعرضنا لموضوع جريمة غسيل الاموال الكترونياً وعرضنا للتعريف بالجريمة وبيئنا ضرورة اشتراط المال كشرط لإيضاح الجريمة وتصديناً للركن المادي والمعنوي لها وبيئنا كذلك صور ارتكابها عبر الوسائل الالكترونية. ويمكن لنا في ختام هذا البحث ان نبدي عدداً من النتائج:

اولاً: ان جريمة غسيل الاموال في الوقت الحالي يتم ارتكابها بوسائل تقنية حديثة وقد ساعد على ذلك التوسع في استخدام الحاسب الآلي والاعتماد على شبكة المعلومات الدولية والانترنت.

ثانياً: أن هذه الجريمة ذات الطابع الدولي قد اتجه مرتكبوها بالإضافة الى ممارستها بالسلوك الاجرامي التقليدي الى اتباع سلوك جرمي حديث يواكب تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مما يمكن ان نطلق عليه السلوك الاجرامي الالكتروني.

ثالثاً: ان الاعتماد المتنامي على الوسائط المعلوماتية في حياتنا، جعل اقتراف هذه الجريمة نموذجاً مستحدثاً من قبيل الجرائم المستحدثة حيث ان امر ارتكابها بوسائل التقنية الحديثة أمر ممكن في ظل سرية معاملات البنوك التي يصعب عليها التفرقة ما بين الاموال ذات المصدر المشروع وغيرها ذات المصدر غير المشروع.

رابعاً: ان هذه الجريمة تثير صعوبة هامة تتمثل في تخويف المستثمرين من الوطنيين والاجانب، وهي تلك التي تتعلق في توفير الضمانات القانونية بالدولة لتحديد الاموال نظيفة المصدر من الاموال غير نظيفة المصدر والمتحصلة من الجرائم.

أما المقترحات في هذا المجال فتمثل بالآتي:

أولاً: توفير حماية جنائية متكاملة للمتعاملين في مجال نقل وتبادل الاموال عبر الوسائل الالكترونية. وذلك من خلال قيام المشرع بالتجاوب القانوني مع الاحتياجات مما يستدعي مسايرة التكنولوجيا الحديثة بتشريعات تواكب متغيرات العصر بما يتلائم مع ما استُجد في الحياة من تقنيات حديثة.

ثانياً : ضرورة قيام المشرع بوضع قانون خاص بالجرائم الالكترونية وان يراعى في عقوباته ان تكون مختلفة عن عقوبات الجرائم التقليدية وذلك باعتبار ان جريمة غسيل الاموال الالكترونية هي من الجرائم العابرة للحدود اضافة الى وجود جرائم اخرى لم ينص عليها في قانون العقوبات.

ثالثاً: ضرورة تفعيل الدور الرقابي لمكتب الابلاغ عن غسيل الاموال في البنك المركزي للتحري وللاستقصاء الدقيق عن مصدر الاموال المستثمرة بها قبل ان تعتبر استثمارها جريمة غسيل اموال.

الهوامش

١. لقد نصت المادة التاسعة من القانون النموذجي الموحد لمكافحة جرائم اساءة استعمال تقنية المعلومات والصادر عن مجلس جامعة الدول العربية لعام ٢٠٠٤ على أنه (كل من قام بتمويل الاموال غير المشروعة او نقلها او تمويل المصدر غير المشروع لها او اخفائه او اقام باستخدام او اكتساب او حيازة الاموال مع العلم بأنها مستمدة من مصدر غير مشروع او بتحويل الموارد او الممتلكات مع العلم بمصدرها غير المشروع وذلك عن طريق استخدام نظم الحاسب الالكتروني او شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) بقصد إخفاء الصفة غير المشروعة على تلك الاموال...).
٢. انظر: د. ممدوح عبد الحميد عبد الملك، جرائم الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية، مكتبة الحقوق، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠١، ص ٦٩.
٣. انظر: المادة الثالثة من قانون مكافحة غسيل الاموال العراقي ذي الرقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ وجاءت بنفس المعنى المادة (١/ب) من قانون مكافحة غسل الاموال المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٢، والمادة (١) من القانون الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢ من قانون غسل الاموال والمادة (١) من القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢.
٤. انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الاموال عبر شبكة الانترنت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٥.
٥. انظر: د. يوسف حسن يوسف، جريمة غسيل الاموال بالطرق التقليدية عبر شبكات الانترنت وبنوك الويب، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢١٦.
٦. انظر، القاضي جلال محمد الزعبي، والقاضي اسامة احمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الالكترونية، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ١٧٢.

٧. انظر: القاضي جلال محمد الزعبي، القاضي اسامة احمد المناعسة، المرجع السابق، ص ١٧٦ ؛ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص ١٧.
٨. انظر: د. يوسف حسن يوسف، المرجع السابق ، ص ٤٢.
٩. د. اشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الاموال الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٧.
١٠. د. جلال وفاء محمدين، مكافحة غسيل الاموال طبقاً للقانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ مقارناً بكل من القانون المصري واللبناني والاماراتي، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٥٠؛ د. اشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.
١١. د. خالد ممدوح ابراهيم ، الجرائم المعلوماتية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٥٨ .
١٢. انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، المجلد الاول، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٠٦.
١٣. انظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٦.
١٤. انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، غسيل الاموال بين الوسائط الالكترونية ونصوص التشريع، دراسة مقارنة، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٧.
١٥. انظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.
١٦. انظر: د. جميل عبد الباقي الصغير، المحامي الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٥، ١٩٩٩.
١٧. انظر د. ماجد عبد الحميد عمارة، مشكلة غسيل الاموال وسرية الحسابات بالبنوك، في القانون المقارن والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٩٦.
١٨. انظر : د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الاموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٩٩.
١٩. انظر: د. حامد عبد الحميد عمار، المرجع السابق ، ص ٦٧.
٢٠. انظر: د. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٣٧ - ٣٨.
٢١. انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، غسيل الاموال ، المرجع السابق ، ص ٨٢.
٢٢. انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة العربية الالكترونية، المرجع السابق، ص ٤٢٧.
٢٣. انظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، جريمة غسل الاموال عبر شبكة الانترنت، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، المجلد الاول، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٣. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، غسل الاموال بين الوسائط الالكترونية ونصوص التشريع، دراسة مقارنة، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٤. د. يوسف حسن يوسف، جريمة غسل الاموال بالطرق التقليدية عبر شبكات الانترنت وبنوك الويب، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
٥. القاضي جلال محمد الزعبي، القاضي اسامة احمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الالكترونية، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠.
٦. د. اشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الاموال الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٧. د. جلال وفاء محمدين، مكافحة غسل الاموال طبقاً للقانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ مقارنة بكل من القانون المصري واللبناني والاماراتي، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٨. د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٩. د. ماجد عبد الحميد عمار، مشكلة غسل الاموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارنة والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٠. د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١١. د. خالد ممدوح ابراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
١٢. د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية، مكتبة الحقوق، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠١.

ثانياً: القوانين

- ١- قانون مكافحة غسل الاموال العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤.
- ٢- قانون مكافحة غسل الاموال المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٢.
- ٣- قانون غسل الاموال الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢.
- ٤- قانون غسل الاموال لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢.

نظام الترخيص الحكومي بإنشاء الشركة المساهمة " دراسة في القانونين اللبناني والعراقي "

المدرس فاروق إبراهيم جاسم
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

يُعدّ ظهور الشركات المساهمة في النصف الثاني من القرن السادس عشر وبداية القرن السابع عشر منعطفاً مهماً في تاريخ التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة، وذلك بفضل قدرتها على تجميع رؤوس أموال كبيرة لاستغلالها في مشروعات ذات أهمية بالغة ثبتت عجز الإرادات الفردية عن القيام بها . وقد أسهمت هذه الشركات في تطور النظام الرأسمالي وأصبحت تمثل - كما قال الفقيه الفرنسي الكبير " Ripert " - أهم نظام دولي منشأ للعمل المشترك بين الشعوب المتحضرة وأفضل ثمرة للنظام الاقتصادي الحر الذي تمكن بفضلها من التوسع والانتشار داخل حدود الدولة وخارجها ^(١) .

(1) RIPERT , GEORGE, A spectes Juridiques du capitalism Moderne. 2 edition. Paris, 1951, No . 20 .

ألا انه مع التسليم بالأهمية الاقتصادية التي تتمتع بها الشركة المذكورة، الا انه يجب إلا يغيب عن البال الكثير من الانحرافات التي صاحبت تأسيس هذه الشركة، وما نجم عن ذلك من أثار سيئة تمثلت بإشهار إفلاس العديد منها .

وقد تنبه المشرع منذ فترة طويلة لمثل هذه الانحرافات، ففي انكلترا صدر القانون المشهور بقانون الفقاقيع (Bubbles act) في عام ١٧٢٠ منع بموجب إصدار أسهم من الشركات المساهمة إلا بموافقة البرلمان^(١)، وفي فرنسا - وعلى الرغم من مناداة رجال الثورة الفرنسية بمبدأ حرية التجارة - إلا أنهم نظروا بعين الشك والريبة إلى الشركات المساهمة، إذ اخضع مرسوم ٢٤ آب ١٧٩٣ تأسيس هذه الشركة لأذن التشريعي، وبعد سنة ألغتها مراسيم ١٧ فاندسيمير ٢٦-٢٩ جرينمال العام II لأنها تدمر الثقة العامة^(٢) .

وبناءً على ما تقدم فقد حرصت أغلبية التشريعات على وجوب الحصول على إذن أو ترخيص من السلطة العامة كشرط جوهري لتأسيس الشركة المساهمة، وذلك بقصد أحكام الرقابة على تأسيسها .
ألا أن بعض التشريعات تخلت في مرحلة لاحقة عن مبدأ الحصول على الترخيص الحكومي لإنشاء الشركة المذكورة لصالح مبدأ حرية تأسيس الشركات المساهمة .

وقد حرص المشرع العراقي على التمسك بمبدأ الترخيص الحكومي منذ فترة طويلة، وأخضع تأسيس الشركة المساهمة لترخيص من السلطة العامة، وكذلك تمسك المشرع اللبناني بذات المبدأ، ألا انه تخلى عنه فيما بعد، وأطلق حرية تأسيس الشركات المساهمة (المغفلة) .

ويقصد الإحاطة بكل ما يتعلق بالنظام المشار إليه أعلاه سواء من حيث المبررات التي تدعو إلى التمسك به أو رفضه، وأشكاله، وتقييمه، وموقف القانونيين اللبناني والعراقي منه سيقسم البحث إلى فصلين وبالشكل الآتي :

الفصل الأول : نظام الترخيص الحكومي مبرراته وإشكاله وتقييمه .

الفصل الثاني : نظام الترخيص الحكومي في القانونين اللبناني والعراقي .

الفصل الأول

نظام الترخيص الحكومي مبرراته وإشكاله وتقييمه

نظراً للأهمية الاقتصادية الكبيرة للشركة المساهمة فقد تطلبت بعض التشريعات وجوب الحصول على ترخيص حكومي لإنشاء هذه الشركة، بينما أعرضت تشريعات أخرى عن الأخذ بهذا المبدأ وأقرت

(1) GOWER. L.C.B. The Principles pf Modern Comapny Law , Stevens & Son's , London. Third edition, 1969 . p . 23 .

(2) RIPERT. G. ROBLOT. R Par GERMAN.M, TRIATE DE DROIT COMMERCIAL, L.G.D.J, 18 edition, Paris, 2001. No , 1360 .

بحرية تأسيس مثل هذه الشركات ^(١). إلا أنَّ الجدل لازال محتدماً في الفقه بشأن المبررات التي تتطلب الإبقاء على هذا النظام، وتلك التي تدعو إلى العزوف عنه، إذ قدم أنصار هذا النظام العديد من المبررات التي تدعو إلى التمسك به وبالمقابل ساق معارضوه مبررات أخرى . تدعو إلى إلغاء وإطلاق حرية تأسيس الشركات المساهمة، وهذا ما سنبينه في المبحث الأول، وكذلك اختلفت التشريعات في شكل نظام الترخيص الحكومي، إلى اتجاهين تمسك أولهما بما أطلق عليه بنظام الرقابة السابقة، وهي رقابة وقائية تقوم على أساس التحقق من صحة إجراءات التأسيس في المراحل التي تسبق دعوة الجمهور إلى الإكتتاب العام، بينما تمسك الاتجاه الثاني بما يسمى بنظام الرقابة اللاحقة، وهي رقابة تنصب على التحقق من صحة إجراءات التأسيس في كافة مراحلها حتى صدور الأداة المرخصة بإنشاء الشركة، ونعرض في مبحث ثان لهذين النظامين، وبعد الفراغ من بحث المسائل المتقدمة فينبغي تقييم نظام الترخيص الحكومي بمجمله، وهذا ما سنبينه في مبحث ثالث .

ولذا سيقسم الفصل الأول على ثلاثة مباحث وبالشكل الآتي:

المبحث الأول

مبررات إقرار نظام الترخيص الحكومي أو رفضه

(١) كان نظام الترخيص الحكومي يعد شرطاً أساسياً لتأسيس الشركة المساهمة في القانون الفرنسي القديم، ففي الفترة السابقة لصدور قانون التجارة لعام ١٨٠٧، كان الأمر يتطلب صدور ترخيص ملكي بإنشاء هذه الشركة، ثم أبدل هذا الترخيص بصدور مرسوم ٢٤ آب ١٧٩٣ إلى ضرورة الحصول على إذن تشريعي . وبصدور قانون التجارة لعام ١٨٠٧ أصبح إنشاء الشركة المساهمة مشروطاً بالحصول على إذن حكومي كما قضت بذلك المادة ٣٧ من هذا القانون، وكان هذا الإذن يمنحه مرسوم يصدره مجلس الدولة الذي قرر أنظمة نموذجية للشركات، ولم يكن من السهل الحصول عليه. وبعد ستين سنة من صدور قانون التجارة لعام ١٨٠٧ حصلت الرأسمالية على الحق في إنشاء الشركات بحرية إذ ألغي قانون ٢٤ تموز ١٨٦٧ نظام الترخيص الحكومي الذي كان مقررراً في قانون التجارة وأجازت المادة ٢١ منه تكوين شركات مساهمة بدون ترخيص حكومي . وقد استقر قانون الشركات الصادر في ٢٤ تموز ١٩٦٦ على هذا المبدأ . في تطور نظام الترخيص الحكومي في القانون الفرنسي . ينظر : Ripert et Roblot , Op.Cit., No. 1359- 1365.

أما في القانون الإنكليزي، فقد مرَّ نظام الترخيص الحكومي بمراحل متعددة، إذ اصدر ملوك إنكلترا - منذ القرن الرابع عشر - العديد من المراسيم الملكية (Royal Charter) لإنشاء شركات هدفها دعم الحركات الاستعمارية والقيام باستكشافات جديدة ومثالها شركة الهند الشرقية ١٦٦٠ وشركة خليج هدسن ١٦٧٠ وأطلق على هذه الشركات (Chartered Companies) أي الشركات الحاصلة على ترخيص ملكي . وهذه الطريقة لا زالت متبعة في تأسيس المؤسسات التعليمية في إنكلترا كالمدارس العامة والكليات والجامعات . إلا أن مسؤولية المساهمين في هذه الشركات كانت مسؤولية شخصية وغير محدودة . ثم قام البرلمان بتحديد سلطات الملك على أثر أحداث ثورة ١٦٨٨ ومنها حق الملك في إصدار مراسيم بتأسيس شركات تتمتع بوجود قانوني ليمنح نفسه حق إنشاء شركات تتمتع كذلك بوجود قانوني عن طريق إصدار تشريع خاص بكل شركة أطلق عليها (Statutory Companies) أي الشركات المؤسسة بقانون . وفي عام ١٨٤٤ صدر قانون الشركات المساهمة The Joint stock Companies Act الذي سمح بتسجيل الشركة واكتسابها الشخصية المعنوية لمجرد تسجيلها لدى مسجل الشركات، فظهرت طائفة الشركات المسجلة (The registered Companies) لكن هذا القانون لم يسمح بتحديد مسؤولية المساهمين حتى صدر قانون المسؤولية المحدودة عام ١٨٥٥ الذي سمح بتحديد لها . وقد أبقت قوانين الشركات المتعاقبة التي صدرت في القرن العشرين - كقانون ١٩٠٨ و ١٩٤٨ و ١٩٦٧ و ١٩٨٠ و ١٩٨٥ - على نظام الترخيص الحكومي من قبل مسجل الشركات وأخذ به قانون الشركات الجديد لعام ٢٠٠٦ =.

Gower , Op.Cit., P. 22-48.

= في تفصيل ما تقدم ينظر :

Smith & Keenan. Company Law , Pitman Publishing, Seventh edition, 1987 . p . 34 . Sealy.
Wourthington. S. Cases and materials in Company Law , OXFORD UANIVERSITY Press, 8
edition, 2008. P. 22-23.

سبق الإشارة إن أنصار نظام الترخيص الحكومي قد قدموا العديد من المبررات التي تدعو إلى التمسك به، وبالمقابل ساق منتقدوا هذا النظام مبررات أخرى تدعو إلى رفضه، ونبين هذين الأمرين في مطلبين وبالشكل الآتي :

المطلب الأول : التمسك بنظام الترخيص الحكومي

يقوم نظام الترخيص الحكومي على وجوب الحصول على ترخيص من السلطة العامة (الحكومة) كشرط لتأسيس الشركة المساهمة^(١) وعلى الرغم من تعدد المبررات التي تدعو إلى إقرار هذا النظام، إلا أنه يمكن ردها إلى مبررين أساسيين هما حماية المصلحة العامة وكذلك حماية المصالح الخاصة للأفراد، ونبين كل منهما تباعاً في فقرتين:

الفقرة أولاً : حماية المصلحة العامة

فنظراً للأهمية الاقتصادية للشركة المساهمة، وكونها لا تمثل مجرد مشروع يقوم على تجميع رؤوس أموال كبيرة، وإنما هي كيان قانوني له وظيفة اقتصادية ضمن خطط الدولة الاقتصادية^(٢)، فإن من الواجب حماية المصلحة العامة وذلك بالإقرار للدولة بسلطة الرقابة على تأسيس مثل هذه الشركات . ولذا نجد أن نظام الترخيص الحكومي يمنح الدولة وسيلة فعالة في توجيه نشاط الشركات المساهمة إلى أغراض مفيدة لاقتصاد البلد، واستبعاد تلك التي لا تتفق أغراضها مع المصلحة العامة^(٣) .

الفقرة ثانياً : حماية المصلحة الخاصة لجمهور الأفراد

يحقق نظام الترخيص الحكومي حماية المصالح الخاصة لجمهور الأفراد، وفضلاً عن حماية المصلحة العامة، بما يؤمنه من رقابة جدية على إجراءات التأسيس ومن ثم فإنه يحول من دون تأسيس شركات لا تتوافر لدى أصحابها الجدية المطلوبة لإدارة مثل هذه المشروعات أو شركات احتيالية يعمد أصحابها إلى استعمال ضروب الغش في تأسيسها بقصد حمل الأفراد إلى المساهمة فيها . وهكذا نخلص إلى أن هذا المبدأ يحقق الحماية للمصالح الخاصة لجمهور الأفراد ويؤمن الحماية للادخار العام^(٤) .

(١) إلا إن بعض القوانين – كما هو الحال في القانون العراقي – لا تكفي بمجرد الحصول على الترخيص المطلوب لإنشاء الشركة لتتمكن من مزاولة نشاطها، وإنما تتطلب ترخيصاً آخر لمزاولة هذا النشاط، أي إجازة من السلطة المختصة بذلك، وهذا ما سنبينه لاحقاً .

(٢) الدكتور العكلي، عزيز، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٤٨، الدكتور رضوان، أبو زيد، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٢ .

(٣) الدكتور طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٨٩ .

(٤) الدكتور طه، (مصطفى كمال)، القانون التجاري، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٩، بنفس المعنى الدكتور العريني، محمد فريد، الدكتور الفقي، محمد السيد، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٠٣ .

المطلب الثاني : رفض نظام الترخيص الحكومي

خلفاً للاتجاه الأول الذي يتطلب الترخيص الحكومي لإنشاء الشركات المساهمة، فقد اعتمدت بعض التشريعات نظام حرية تأسيس مثل هذه الشركات، وعدم الحاجة إلى مثل هذا الترخيص عند تأسيسها . وقد ساق أصحاب هذا الاتجاه مبررات معينة التي تدعو إلى رفض هذا النظام يمكن إيجازها بفقرتين :

الفقرة أولاً : إن نظام الترخيص الحكومي يشكل عقبة تحول من دون إنشاء الشركات المساهمة بحرية، بينما تقتضي المصلحة العامة تشجيع إنشاءها، لما لها من أهمية وقدرة على الاستثمار واستقطاب رؤوس الأموال وزيادة الدخل القومي^(١) .

الفقرة ثانياً : إن نظام الترخيص الحكومي بما يتطلبه من إجراءات متعددة فإنه يعمل على خلق العقبات التي تحول دون تأسيس الشركات المساهمة وذلك بسبب بطء إجراءاته واحتمال عدم صدور الترخيص الحكومي على الرغم من الجهود التي بذلها المؤسسون^(٢) . وسنرى لاحقاً مدى وجاهة هذه المبررات عند البحث في تقييم نظام الترخيص الحكومي .

المبحث الثاني

أشكال نظام الترخيص الحكومي

تتفاوت التشريعات في شكل نظام الترخيص الحكومي والرقابة المفروضة على تأسيس الشركات المساهمة إلى نظامين هما : نظام الرقابة السابقة على التأسيس، ونظام الرقابة اللاحقة على التأسيس، نبين كل منهما تباعاً في مطلبين نخصص أولهما لبحث نظام الرقابة السابقة، ونبين في مطلب ثانٍ نظام الرقابة اللاحقة، على أن نعقبه بمطلب ثالث للمقارنة بين النظامين :

المطلب الأول : نظام الرقابة السابقة على التأسيس

يقوم هذا النظام على ضرورة الحصول على ترخيص الحكومة قبل الشروع في الاكتتاب العام^(٣)، إذا كانت الشركة من الشركات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب العام برأسمالها، وذلك بالتدقيق في المستندات المقدمة من مؤسسي الشركة، والتأكد من صحة إجراءاته في مراحله الأولية^(٤) التي تسبق دعوة الجمهور إلى الاكتتاب العام، وبذلك يتاح للسلطة العامة التأكد من الجدوى الاقتصادية لمشروع الشركة ومدى ضرورته للاقتصاد الوطني، قبل متابعة باقي إجراءات التأسيس التي غالباً ما تكون باهظة التكاليف، والتي

(١) الدكتور ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٠، ص ١٥٩

(٢) الدكتور طه، (مصطفى كمال)، القانون التجاري، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٩ .

(٣) الدكتور رضوان، (أبو زيد)، مصدر سبق ذكره، ص ٥٢-٥٣ .

(٤) الدكتور رضوان، فايز نعيم، الشركات التجارية وفقاً للقانون الاتحادي، رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته بدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٧، ص ٢٧٣ .

يتحملها المؤسسون في حالة عدم الموافقة على تأسيس الشركة^(١). وكذلك يؤمن هذا النظام الحد من حالات بطلان الشركة المحتمل بسبب عيب في عقدتها أو نظامها^(٢).

وقد انتقد البعض من الفقه هذا النظام لكونه لا يتيح رقابة جدية على إجراءات التأسيس اللاحقة وأخطرها مرحلة الاكتتاب العام^(٣) والتحقق من صحتها وجديتها^(٤) وقد أخذ قانون الشركات العراقي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغى بهذا النظام . وكما سنوضح ذلك لاحقاً، وكذلك القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري^(٥).

المطلب الثاني : نظام الرقابة اللاحقة على التأسيس :

في ظل هذا النظام يكون صدور الترخيص الحكومي هو خاتمة إجراءات التأسيس . وقد عاب البعض من الفقه على نظام الرقابة اللاحقة كونه لا يحمي المؤسسين من احتمالات المفاجأة برفض الترخيص بعد الجهود التي بذلوها والأموال التي أنفقوها في سبيل تأسيس الشركة^(٦).

المطلب الثالث : المقارنة بين النظامين

وبالمقارنة بين نظامي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على التأسيس، يبدو لنا أن النظام الأول . الرقابة السابقة . له مزايا تفضل النظام الثاني . الرقابة اللاحقة . وهذه المزايا هي:

أولاً: إنَّ هذا النظام يوفر على المؤسسين جهداً ووقتاً ونفقات تبذل في تأسيس الشركة ثم تضيق سدى بسبب عدم موافقة الجهة التي تمنح الترخيص منح الترخيص المذكور.

ثانياً: إنَّ نظام الرقابة السابقة يؤمن الحماية للمكتتبين من الوقوع ضحية للحملات الإعلانية الكاذبة التي يثيرها بعض المؤسسين حول مشروع الشركة بقصد التغبير بهم . وكذلك أنَّه يؤمن الحماية للغير الذي تعامل مع المؤسسين وهم مطمئنون بأن آثار هذه التصرفات ستنتصرف إلى ذمة الشركة بعد تأسيسها . وهكذا يلاحظ أنَّ نظام الرقابة السابقة يشكل ضماناً لجدية تأسيس الشركة وحماية

(١) الدكتور ناصيف، (الياس)، الموسوعة، جزء ٧، مصدر سبق ذكره، ص ١٤٣.

(٢) الدكتور ناصيف، (الياس)، المصدر أعلاه، الدكتور طه، (مصطفى كمال)، القانون التجاري، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٩.

(٣) الدكتور رضوان، (أبو زيد)، مصدر سبق ذكره، ص ٥٣، بالمعنى نفسه رضوان، (فايز نعيم)، مصدر سبق ذكره، ص ٢٧٣.

(٤) الدكتور العربي، الدكتور الفقي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠٣.

(٥) كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، إذ ذكرت أنه إعمالاً لفكرة الرقابة السابقة من الدولة على إنشاء الشركات، نص المشروع على ضرورة تقديم طلبات الإنشاء إلى لجنة فنية متخصصة .. " إلا أن البعض من الفقه المصري يشكك في هذا الأمر بقوله " إن المشرع لا يأخذ كما أدعت المذكرة الإيضاحية، بالرقابة السابقة على التأسيس " . الدكتور الحفناوي، عبد الله مصطفى، تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، دون ذكر دار النشر، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٢.

وقد تعرض نظام الترخيص الحكومي الواردة أحكامه في القانون أعلاه إلى تعديل مهم تم إلغائه كقاعدة، وأبقى عليه في استثناءات محدودة بصور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ الذي سنعرض لأحكامه في موضع لاحق.

(٦) الدكتور رضوان، (أبو زيد)، مصدر سبق ذكره، ص ٥٣، بالمعنى نفسه الدكتور أحمد، (عبد الفضيل محمد)، مصدر سبق ذكره، ص

لمدخرات المستثمرين فضلاً عن كونه يجعل كل إجراءات التأسيس الأخرى تتم باسم الشركة وليس باسم المؤسسين^(١).

أما القول بأن نظام الرقابة السابقة لا يتيح الرقابة الجدية على إجراءات التأسيس اللاحقة لصدور الترخيص، وأهمها مرحلة الاكتتاب العام، فيمكن الرد عليه بأن القوانين التي أخذت بهذه الطريقة نظمت العديد من الأحكام التي تتيح للسلطة العامة استمرار رقابتها على إجراءات التأسيس، ومن ذلك أنها أحاطت الاكتتاب العام بجملة من القواعد الآمرة التي تؤمن الحماية لجمهور الأفراد من محاولات الغش أو العبث بأموال المكتتبين كوجوب إيداع المبالغ المدفوعة من هؤلاء في أحد المصارف المجازة، وعدم جواز التصرف فيها أو سحبها إلا بعد إتمام إجراءات التأسيس والقيام بمعاملة الشهر.

المبحث الثالث

تقدير نظام الترخيص الحكومي

ويعد استعراض أحكام نظام الترخيص الحكومي والمبررات التي تدعو إلى العمل به أو رفضه ومزاياه وعيوبه، لا بُدَّ من القول بأنه مما لا شك فيه أن هذا النظام يعمل . كما ذكرنا . على تأمين حماية المصلحة العامة المتعلقة باقتصاد الدولة، وذلك لكون الشركة المساهمة، وبما لها من أهمية كبيرة يجب أن يكون لها وظيفة اقتصادية تسهم في تطور المجتمع، وتعمل على تأمين الخدمات الضرورية لجمهور الأفراد، وتشجيع سوق العمل، ولذا نجد أن الترخيص الحكومي يُعدُّ وسيلة فعالة في هذا الشأن في منع إنشاء شركات تقوم فقط على ترويج السلع الاستهلاكية مثلاً، ولا همَّ لها سوى الحصول على أرباح سريعة . وكذلك يؤمن نظام الترخيص الحكومي . كما ذكرنا في موضع سابق . الحماية لجمهور الأفراد من ضروب الغش والخداع التي قد يلجأ إليها بعض مؤسسي الشركات، واستثمار أموالهم في مشروعات لم تدرس بالعناية الكافية ولا تتوافر فيها الجدية المطلوبة . إلا أنه من جانب آخر فإن نظام الترخيص الحكومي قد خلق العراقيل أحياناً التي تقيد إنشاء الشركات المساهمة، مما دعا البعض من التشريعات إلى إلغائه بقصد التيسير في إجراءات التأسيس، وإنجازها في مدة قصيرة وتكاليف قليلة، وكذلك بقصد الحد من ظاهرة التعسف في رفض طلب الترخيص الذي قد تعتمد إليه الجهات الحكومية التي عهد إليها القانون منحه، واصطناع العراقيل التي تحول دون الحصول عليه .

(١) الدكتور الشمري، طعمة، قانون الشركات التجارية الكويتي، دون ذكر دار النشر وتاريخ النشر، ص ٢٧٤ . ووفقاً للرأي المشار إليه في المتن، سيجعل نظام الرقابة السابقة كل إجراءات التأسيس الأخرى - وبضمنها الاكتتاب - تتم باسم الشركة وليس باسم المؤسسين. ولذا فإنه سوف يحدد بالتالي المسؤولية عن العقود والالتزامات التي أبرمت لحسابها قبل إنشائها ويجعل الشركة - كما يستدل من الرأي أعلاه - هي المسؤولة عن هذه العقود والالتزامات وليس المؤسسين .

وإذا كانت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي مرت بها بعض الدول . وخصوصاً في المنطقة العربية . وكونها تشهد نهضة حديثة لاقتصادها وتنمية في مراحلها الأولى، قد حتمت إلى اللجوء إلى نظام الترخيص الحكومي مع اختلاف أشكاله ^(١)، إلا أن هذا النظام لم يمنع . وكما هو ملاحظ في العمل . من تأسيس مشروعات لا تتوافر فيها الجدية المطلوبة . وإزاء تعارض المصالح التي تبرر الأخذ بنظام الترخيص الحكومي، وتلك التي ترفض إقراره، فإنه لا بُدَّ من التفكير بحل وسط يقوم على الإقرار للسلطة العامة بحق الرقابة على إنشاء الشركات المساهمة، ويعمل في الوقت نفسه على التيسير في إجراءات تأسيسها بالشكل الذي يؤمن إنجازها في وقت قصير وكلفة أقل، ويقوم هذا الحل على حصر الترخيص بمشروعات معينة من دون غيرها نظراً لأهميتها الاقتصادية، ومثالها الترخيص للمصارف وشركات التأمين وشركات الاستثمار المالي، وغيرها من المشروعات التي تعمل على تأمين الحاجات العامة للأفراد، والاستغناء عن الترخيص في النشاطات الأقل أهمية، ولعل في مسلك المشرع المصري دليلاً على ما نقول، فبعد أن كان القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يتطلب الترخيص الحكومي كقاعدة عند إنشاء أية شركة مساهمة بغض النظر عن نشاطها أصبح هذا القانون بعد تعديله بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ ^(٢) لا يتطلب الترخيص الحكومي إلا لنشاطات معينة حددها هذا القانون، بحيث يبدو أن طبيعة نشاط الشركة هو المعيار الذي يحدد مدى الحاجة إلى الترخيص من عدمه .

(١) مما يلاحظ أن الغالبية الساحقة من التشريعات العربية لا زالت متمسكة بنظام الترخيص الحكومي مع اختلاف في شكل الرقابة والجهة التي تمنح الترخيص، فالبعض يشترط صدور مرسوم بذلك عن مجلس الوزراء / المواد ١٠٤-١٠٥ من قانون التجارة السوري لعام ١٩٤٩ وذلك فيما يتعلق بالشركات التي تدعو إلى الاكتتاب العام / أو مرسوم ملكي يصدر بناءً على موافقة مجلس الوزراء / المادة ٥٢ من نظام الشركات السعودي لعام ١٩٦٥، وأوكله البعض الآخر إلى وزير التجارة أو الاقتصاد مهمة الموافقة على الترخيص / المادة ٩٤ من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وبناءً على تنسيب مراقب الشركات وكذلك المادة ٧٤-٧٥ من قانون الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وكذلك المادة ٩١-٩٢ من قانون الشركات القطري أو إلى جهة حكومية مختصة / كالمادة ٧١ من قانون الشركات التجارية الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠

(٢) إذ ألغت أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨، الذي عدل أحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، الأحكام المتعلقة بالترخيص الحكومي، المقررة في المادة ١٧ من القانون أعلاه، واستعاضت عنه بقيام المؤسسين بأخطار الجهة الإدارية المختصة بإنشاء الشركة - مصلحة الشركات - مع تقديم الوثائق التي حددها القانون كالعقد الابتدائي ونظام الشركة، وتقديم موافقة مجلس الوزراء إذا كان غرض الشركة أو ببن أغراضها العمل في مجال نشاط الأقسام الصناعية أو إصدار الصحف، أو غرضاً أو عملاً من الأغراض والأعمال المنصوص عليها في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة مع الوثائق الأخرى . وعلى الجهة الإدارية المختصة إعطاء مقدم الإخطار شهادة بذلك متى كان مرفقاً به جميع المحررات المنصوص عليها فيما تقدم، ويتم قيد الشركة في السجل التجاري بموجب تلك الشهادة من دون حاجة لشرط أو لإجراء آخر .. وتشهر الشركة وتكتسب الشخصية الاعتبارية بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وبذلك فقد أخذ التعديل المتقدم بمبدأ حرية تأسيس الشركات الذي يُعد ثمرة لمبدأ حرية التجارة في تفصيل أحكام التعديل المشار إليه أعلاه . ينظر الدكتور أحمد، عبد الفضيل محمد، الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٨٩.

إلا إن المحكمة الدستورية العليا قضت بالدعوى ٢٥ في ٢٠٠٠/٥/٥ بعدم دستورية الفقرة الواردة في المادة ١٧ المعدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ والمتعلقة بموافقة مجلس الوزراء على تأسيس الشركة التي يكون غرضها أو من بين أغراض إصدار الصحف، أشار إليه سليم، رجب عبد الحكيم، المرجع في الشركات والبنوك، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٧٢-٢٧٣، كما إن المشرع المصري حذر - بمقتضى أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة - على الشركات مزاوله أي غرض من الأغراض المنصوص عليها في القانون المذكور، وهذا ما يُعدُّ تعديلاً ضمنياً للفقرة الواردة في المادة ١٧ بشأن موافقة مجلس الوزراء على تأسيس الشركة التي يكون غرضها أو عملها من الأغراض أو الأعمال المنصوص عليها في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

الفصل الثاني

نظام الترخيص الحكومي في القانونين اللبناني والعراقي

أسهمت عدة عوامل في تمسك القانونين اللبناني والعراقي بنظام الترخيص الحكومي، ومنها العوامل التاريخية التي تتجلى بكون هذين البلدين من البلدان التي خضعت لسيطرة الدولة العثمانية، التي كانت تطبق النظام المذكور بعد إقراره بقانون التجارة البرية العثماني، وكذلك بفعل ظاهرة نقل أحكام القوانين الأوربية إلى البلدان العربية في مطلع القرن العشرين، وهذا ما يلحظ على وجه الخصوص بالنسبة للقانون العراقي، الذي اخذ بنظام الترخيص الحكومي عن القانون الانكليزي . فضلاً عما تقدم فقد أسهمت عوامل سياسية واقتصادية في بلورة هذا النظام، وبضمنها فكرة الرقابة على النشاط الاقتصادي، وما يقتضيه هذا الأمر من وجوب الحصول على ترخيص السلطات العامة لتأسيس الشركات .

إلا أن القانون اللبناني قد تخطى لاحقاً عن النظام المذكور، بينما لازال القانون العراقي متمسكاً به رغم التعديلات التي طالت هذا النظام، ونظراً لاختلاف موقف القانون اللبناني عن موقف القانون العراقي بشأن نظام الترخيص لذا سنبحث بشكل مستقل في موقف هذين القانونين وفي ضوء ذلك سيقسم الفصل الثاني على مبحثين نبين في أولهما موقف القانون اللبناني ثم نبين في ثانيهما موقف القانون العراقي من النظام المذكور وبالشكل الآتي .

المبحث الأول

نظام الترخيص الحكومي في القانون اللبناني

مرّ نظام الترخيص الحكومي في لبنان بمراحل متعددة يمكن إيجازها بمرحلتين أساسيتين هما مرحلة إقرار نظام الترخيص الحكومي ومرحلة إلغاء هذا النظام، وسنبين هاتين المرحلتين تباعاً ثم نعرض لتقدير موقف المشرع اللبناني من إلغائه لهذا النظام وذلك في ثلاثة مطالب وعلى الشكل الآتي :

المطلب الأول : إقرار نظام الترخيص الحكومي .

كان نظام الترخيص الحكومي مطبقاً في لبنان في ظل قانون التجارة البرية العثمانية بوصفه من الأقاليم التابعة للدولة العثمانية ^(١) لغاية صدور قانون التجارة اللبناني في ٢٤ كانون الأول ١٩٤٢، ولم يتضمن هذا القانون عند صدوره أي نص يلزم بالحصول على الترخيص الحكومي بوصفه شرطاً لتأسيس الشركة المغفلة، إلا أن القانون الصادر في ١٩٤٨/١١/٢٣ قضى بإعادة إخضاع تأسيس الشركات المغفلة إلى الترخيص الحكومي وأصبح نص المادة ٨٠ من قانون التجارة بعد تعديله ينص على ما يأتي : " لا تؤلف شركة مغفلة إلاّ برخصة من الحكومة وبعد موافقتها على الصك المتضمن نظام الشركة، وتمنح الرخصة أو الموافقة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، وهذا المرسوم لا يقبل أي طريق من طرق المراجعة،

(١) ينظر ما سنذكره لاحقاً بشأن نصوص قانون التجارة البرية العثماني التي تطلبت الترخيص الحكومي وذلك عند البحث في أحكام الترخيص الحكومي في ظل القانون العراقي وذلك تجنباً للتكرار.

وعلى مجلس الوزراء أن يبت في إعطاء الرخصة بمدة ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ التقدم بطلبها... " ولا يكون الترخيص الحكومي واجباً إلا للشركات المغفلة التي تؤسس في لبنان، أما تلك التي تؤسس في الخارج فلا يشترط ذلك، فالترخيص الحكومي يشكل عملاً حكومياً لا يتعدى نطاق الإقليم اللبناني^(١). حتى لو اتخذت تلك الشركات مركزاً رئيساً لها في لبنان أو أنشأت فروعاً لها فيه.

ولم يكتفِ القانون اللبناني باشتراط الترخيص الحكومي بمقتضى الأحكام السابقة، وإنما تطلب إجراءات أخرى، فنجد مثلاً أن قانون النقد والتسليف الصادر بموجب المرسوم ١٣٥٣١ في ١٩٦٣/٨/١. اشترط موافقة مصرف لبنان لصحة تأسيس الشركة المغفلة التي تقدم الخدمات المصرفية إما بشأن سلطة الحكومة في البت بالطلب فقد ذهب البعض من الفقه أن للحكومة سلطة تقديرية واسعة في البت بالطلب، ومدى ملاءمته للظروف الاقتصادية والمصلحة العامة، ومصالح المكتتبين وجدية المشروع وفوائده، فضلاً عن حقها في تدقيق صحة إجراءات التأسيس^(٢).

ويمكن كذلك للحكومة إدخال تعديلات على نظام الشركة أو رفض الترخيص، وفي هذه الحالة لا يكون للمؤسسين سوى مراجعة السلطة المختصة لإقناعهم بوجهة نظرهم وإقرار الترخيص، أو تقديم طلب جديد يقوم على أسس مغايرة للطلب الأول، فضلاً عن حق الحكومة في سحب الترخيص بعد منحه^(٣). ويكون المرسوم الصادر سواء بالترخيص أو الرفض غير قابل للطعن فيه أمام مجلس شوري الدولة بسبب تجاوز حد السلطة^(٤).

(١) الدكتور عيد، أدور، الشركات التجارية، شركات المساهمة، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٧٠، ص ٤٨.

(٢) الدكتور عيد، (أدور)، المصدر سبق ذكره، ص ٥٠.

(٣) الدكتور طه، (مصطفى كمال)، القانون التجاري / مصدر سبق ذكره / ص ٣٩٠. ونشير بهذا الصدد إلى أن مجلس شوري الدولة اللبناني لم يسلم بهذه الوجهة، إذ ذهب أنه " ليس من حق الإدارة الرجوع عن قراراتها أو إدخال تعديل عليها بعد مرور شهرين سيما وإن هذا القرار يتعلق بحقوق الغير، وإن عدم تحديد مدة القيام بتأسيس الشركة المغفلة المرخص لها بموجب المرسوم رقم ١٦٧٤٤ تاريخ ١٩٦١/٦/٢٣ لا يتعارض مع أحكام قانون التجارة. إن الدفع بأن للإدارة سلطة استئنائية لجهة الترخيص أو عدمه في غير محله، لأن السلطة الاستئنائية المنوه عنها تمارسها الإدارة قبل اتخاذ أي قرار في طلب الترخيص، أما بعد صدور قرارها، فإنها تصبح مقيدة بالنصوص القانونية المرعية الإجراء وبحقوق الغير الناشئة عن هذا القرار، وليس في الأحكام الخاصة بالشركات المقررة في قانون التجارة ما يجيز تقيد تأسيس الشركة بمهل معينة، مما يقطع بأن أمر المباشرة بالتأسيس يدخل بمقتضى هذه الأحكام في نطاق حرية العمل، فإن تقيد الحرية يخرج عن صلاحية السلطة التنفيذية باعتباره عملاً من أعمال التشريع، فيكون المرسوم المطعون فيه مستلزماً للإبطال " تاريخ ١٩٦٧/١١/٧، العدل، ١٩٦٨، ص ٢٤٩.

إلا إنه إذا ثبت أن المرسوم الخاص بالترخيص قد صدر أثر استخدام طرق احتيالية، فيجوز في مثل هذه الحالة سحب الترخيص، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري الذي قرر حق الإدارة في سحب القرار الصادر منها بالموافقة على التأسيس أو التعديل إذا ثبت لها أن ثمة طرماً احتياليّاً أو غشاً تم اللجوء إليه من قبل ذوي الشأن، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة (دائرة الاستثمار) في الدعوى رقم ٢٧٤٢ في ٢٠٠٦/٣/١٨ " ومن الثابت من أوراق الدعوى أن القرار رقم ١٦٢ / ١٩٩٧ المتضمن ترخيصاً للشركة المدعية وإنه قدمت ضمن المستندات شهادة صادرة من البنك ورد بإيداعها مبلغ (٤٥ مليون جنيه) وقد ورد إلى الهيئة المدعى عليها، كتاب البنك المشار إليها متضمناً عدم صدور شهادات خاصة للشركة المدعية، وقد صدر القرار المطعون فيه متضمناً سحب القرار ١٩٩٧/١٦٢ المتضمن سحب الترخيص للشركة المدعية من ثم يكون قد صدر متفقاً وأحكام القانون ودون أن تتقيد الهيئة بمواعيد السحب بحسبان القرار المسحوب قد صدر معدوماً لانبنائه على غش وتدليس من جانب الشركة المدعية " أشار إليه سليم، (رجب عبد الحكيم)، مصدر سبق ذكره، ص ٣٠٨-٣١١.

(٤) الدكتور أدور عيد / مصدر سبق ذكره / ص ٥٠. ويلاحظ بهذا الصدد قرار مجلس شوري الدولة الصادر في ١٩٦٣/٦/١١ الذي أشار إلى " أن العمل الحكومي بالترخيص بتأليف الشركات هو خاضع للطعن بسبب تجاوز السلطة في النطاق المقرر وضمن الإجراءات المحددة لإعطاء الترخيص، ومن ثم فإنه يجب التمييز في موضوع إنشاء الشركات بين الطعن الذي يستند إلى أسباب

وبعد صدور الترخيص يتمكن المؤسسون من متابعة إجراءات التأسيس، لكنه لا يحول نظام الشركة إلى عمل له سمة تشريعية أو عمل ذي طابع إداري عام، وبذلك يكون لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تفسيره، كذلك التي تتبعها في تفسيرها لأحكام العقود والتصرفات القانونية، وهي لا تخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز^(١)، فضلاً عن كونه، لا يزيل المخالفات التي شابت نظام الشركة^(٢).

ولعل من نافلة القول أن نبين أخيراً أن نظام الترخيص الحكومي الذي نظمته المادة ٨٠ من قانون التجارة . قبل إلغائها . هو نظام الرقابة السابق على التأسيس فيجب على المؤسسين الحصول على الترخيص الحكومي قبل الشروع بإجراءات التأسيس الأخرى، كتصديق النظام من قبل الكاتب العدل، والاكنتاب العام برأسمال الشركة .

المطلب الثاني : إلغاء نظام الترخيص الحكومي

ظلّ نظام الترخيص الحكومي لإنشاء الشركة المغفلة شرطاً أساسياً لصحة تأسيس هذه الشركة، إلا أن المرسوم الاشتراعي رقم ٥٤ في ١٦/٦/١٩٧٧ . الذي عدل أحكام المادة ٨٠ من قانون التجارة . ألغى العمل بهذا النظام . كقاعدة واشترطه في الأحوال التي تتطلبه القوانين والأنظمة.

وقد نصت هذه المادة، بعد تعديلها، على ما يأتي " مع مراعاة أحكام القوانين والأنظمة التي تخضع ممارسة بعض النشاطات لترخيص مسبق لا يحتاج تأسيس الشركة المغفلة إلى الترخيص من السلطات الإدارية " .

وبذلك يكون المشتري اللبناني قد أطلق الحرية لتأسيس الشركات المغفلة من دون الحاجة إلى ترخيص حكومي . إلا أن هذا الترخيص يبقى واجباً عندما تتطلبه القوانين والأنظمة بالنسبة لممارسة نشاطات معينة،

تتعلق بمصالح البلاد الاقتصادية، ففي هذه الحالة يكون النظر في الطعن من صلاحية مجلس شوري الدولة لأنه يكون موجهاً إلى أعمال إدارية موكل أمرها إلى المرجع الإداري = المختص . وبين الطعن القائم على عدم مشروعية نشاطها أو غايتها فهو غير قابل للطعن لأنه ليس ناشئاً عن عمل إداري ولا يدخل في صلاحية وتقدير المرجع الإداري الموكل إليه النظر في الترخيص، وعليه لا يدخل ضمن صلاحيات مجلس شوري الدولة / النشرة القضائية / ١٩٦٤، ص ٣٥٤ .

(١) وقد قضي بأنه لا ينتج عن تصديق الحكومة على نظام الشركة وعن الترخيص بها منح هذا النظام قيمة تشريعية أو صفة العمل العام، وبأن الشركة تحتفظ بصفة العقد الخاص الذي يعود لقضاء الأساس تفسيره بسلطة مطلقة / محكمة التمييز اللبنانية ٢٠/حزيران/١٩٢٨ غازيت المحاكم اللبنانية / ١٩٢٨ / ١٩٢٩ / ص ٢٣ أشار إليه قاضيها، شارل، صفا، بيار، الوجيز في قانون التجارة اللبناني، الجزء الأول، وثائق هُقلن، الجامعة اليسوعية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، بيروت / ص ١٧٥ . وقضت محكمة التمييز اللبنانية بأن " تفسير نظام الشركة يعود لسلطان محكمة الأساس المطلق ولا يخضع إلى رقابة محكمة التمييز .. " الغرفة المدنية الرابعة القرار ٩٥/١/١٩٩٥ / ١٩٩٥ / العدل ١٩٩٥ / ص ٩٠ .

(٢) إذ ذهبت محكمة بداية بيروت / الغرفة الثانية في ٩/تشرين الثاني/ ١٩٦٢ في دعوى قضائية فيها ببطلان المقدمات العينية المقدمة من الشركاء لكونها وهمية، إلى أنه ليس ما يجيز اعتبار أن المرسوم رقم ٢٩٤٥ في ٢٢ كانون الثاني ١٩٥٩ القاضي بالترخيص بتأسيس شركة الإنماء الريفي المغفلة والمصادقة على نظامها ليس ما يجيز اعتبار هذا المرسوم بمثابة القانون وإنما على العكس يبقى خاضعاً للقانون وعاجزاً عن محو أو تغطية العيوب والمخالفات القانونية التي قد تظهر فيما بعد في نظام الشركة المصادق عليه ولا يمكنه في مطلق الأحوال تحويل هذا النظام إلى قانون خاص يتاح له مخالفة القانون العام " . مشار إليه في اجتهادات في قضايا التجارة، المحامي، حنا، (بدوي)، منشورات الحلبي الحقوقية / الطبعة الأولى / ٢٠٠٤ / ص ١٧٤ .

كما هو الحال بالنسبة إلى المصارف وشركات الضمان ونبين الأحكام المتعلقة بالترخيص لمثل هذه الشركات بإيجاز في فقرتين :

الفقرة أولاً : الترخيص بإنشاء المصارف :

بمقتضى قانون النقد والتسليف وإنشاء المصرف المركزي الصادر بالمرسوم ١٣٥٣١ في ١٩٦٣/٨/١ لا يمكن ممارسة النشاط المصرفي في لبنان إلا على شكل مؤسسات تأخذ شكل الشركة المغفلة، ويخضع تأسيس المصرف إلى ترخيص من مجلس المصرف المركزي/ المادة ١٢٨ . وعلى المصارف أن تتقدم بطلب تسجيلها لدى المصرف المركزي ويقبل الطلب إذا توافرت في المؤسسين الشروط التي يتطلبها قانون النقد والتسليف في المادة ١٢٧ وكذلك الشروط الواردة في قانون التجارة .

الفقرة ثانياً : الترخيص بإنشاء شركات الضمان

بمقتضى أحكام قانون تنظيم هيئات الضمان الصادر بالمرسوم رقم ٩٨١٢ في ١٩٦٨/٥/١٤ - المعدل بالقانون رقم ٣١ في ١٩٩١/٢/١١ والقانون رقم ٩٤ في ١٩٩٩/٦/١٨ . يشترط في كل هيئة ضمان لبنانية لكي يرخص لها بالعمل أن تكون شركة مغفلة/ ف ١ م ٣ . وعلى المؤسسين أن يقدموا طلباً إلى وزارة الاقتصاد والتجارة يتضمن المستندات التي حددها القانون . ويتم منح الترخيص بقرار من وزير الاقتصاد والتجارة، ويجوز له أن يرفض أو يعدل أو يسحب الترخيص بقرار منه بعد استطلاع رأي المجلس الوطني للضمان / المادة ٢ .

المطلب الثالث : تقدير موقف المشتري اللبناني

لا شك أنّ إلغاء نظام الترخيص الحكومي، كقاعدة، لصحة تأسيس الشركة المغفلة وحصره في أحوال استثنائية، من شأنه التيسير في إجراءات تأسيس هذه الشركة، وتشجيع استقطاب رؤوس الأموال الوطنية اللازمة لتنمية الاقتصاد اللبناني وخصوصاً بعد الظروف الصعبة التي مرّ بها لبنان بعد أحداث الحرب الأهلية الأليمة التي اندلعت في السبعينيات من القرن الماضي . وما خلفته من آثار سيئة أضرت بالاقتصاد اللبناني، مما حدا بالمشتري إلى التفكير بالوسائل التي من شأنها إنعاش هذا الاقتصاد واتجهت النية إلى إلغاء نظام الترخيص الحكومي، إلا أن البعض من الفقه عاب على هذا الإلغاء ما يأتي :

أولاً: إنه ينطوي على خطورة بالغة، ومن شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه أمام المحتالين والمنحرفين بتأسيس شركات وهمية وصورية تقوم بالسطو على الادخار القومي اللبناني وتوجيهه على نحو يضر بالاقتصاد ضرراً يتعذر تداركه أو إصلاحه^(١).

(١) ينظر الدكتور العربي، الدكتور الفقي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠٤-٢٠٥ .

ثانياً: إنّ نظام السجل التجاري في لبنان لا يؤمن الحماية الكافية للتحقق بشكل جدي من سلامة إجراءات التأسيس^(١)، إذ لم يزود القانون القائمين على السجل بالسلطات الفعالة والوسائل الكفيلة بحمل ذوي الشأن على تقديم كل ما من شأنه أن يتيح لهم التأكد من سلامة إجراءات التأسيس، فضلاً على أن العقوبات الجزائية التي فرضها القانون هي غير فعالة ولا تؤمن احترام القواعد المتعلقة بتأسيس مثل هذه الشركات^(٢).

ثالثاً: يظهر لنا عند مقارنة أحكام تأسيس الشركات المغفلة في القانون الفرنسي بتلك المطبقة في القانون اللبناني أنه لا يمكن لقواعد القانون الأخير . أي اللبناني . مجارة مثيلتها في القانون الفرنسي في هذا الشأن، فالمشرع الفرنسي أحاط أحكام تأسيس الشركات المغفلة بقواعد تؤمن الحماية لجمهور الأفراد حتى بعد إلغاء الترخيص الحكومي بقانون ٢٤ تموز ١٨٦٧ . ومن هذه الأحكام :

- ١- بمقتضى ما قرره المادة ٨٢ من القانون المالي الصادر في ٢٣ كانون الأول ١٩٤٦، فإن كل إصدار بأسهم شركات مساهمة فرنسية يخضع إلى إذن مسبق من وزير المالية عندما يتجاوز الإصدار (٢٥,٠٠٠) فرنك فرنسي، إلا أن تعديلات كثيرة أدخلت على القانون فلم يعد لها تطبيقاً^(٣).
- ٢- تحرير المؤسسين لمشروع نظام الشركة وإيداعه لدى قلم محكمة التجارة^(٤).
- ٣- قيام المؤسسين بإعلام الجمهور بأوصاف الشخص المعنوي الذي يبغون إنشاءه وذلك بنشر ملخص عنه بإعلان ينشر في ملحق الجريدة الرسمية المعروفة بنشرة الإعلانات القانونية الإلزامية التي تعرف اختصاراً بـ (BALO) . المادة (L.2-225) من قانون التجارة ويتحمل المؤسسون المسؤولية المدنية عند مخالفة هذه الأحكام^(٥).
- ٤- إن مؤسسي الشركات التي تدعو الجمهور إلى الادخار (الاكتتاب) العام يتوجب عليهم أن ينشروا مستنداً معداً لإعلام الجمهور وفقاً للشروط الواردة في نظام لجنة عمليات البورصة^(٦). فبمقتضى المادة (L-1-412) من قانون النقد فإن كل شركة تقوم بإصدار عام لأسهم نقدية أن تنشر مستنداً لإعلام الجمهور يتعلق بتنظيمها ووضعها المالي ويخضع هذا المستند لتأشيرة لجنة عمليات

(١) يرى الدكتور خير، عدنان، القانون التجاري اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٠، أن القانون اللبناني لم يخول الجهة القضائية المختصة بالإشراف على مسك السجل التجاري وانتظامه سلطة فحص البيانات المقدمة للقيد، كما هو الحال في القانون الألماني، والتأكد من صحتها ومطابقتها للحقيقة بل ألزمها بتدوينها كما هي بدون فحص أو تمحيص / ص ١٣٤. فضلاً عن ذلك فإن " السجل التجاري، وبالرغم من كونه أداة للتسجيل والنشر، وغايته الأساسية إعلام الغير بوقائع معينة، إنما يبقى إن مندرجاته لا تشكل سوى قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق " محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة الأولى رقم القرار ٤٣ تاريخ ٢٠٠٩/٨/٤، العدل، العدد ٣، ٢٠٠٩، ص ١٢٠٨.

(٢) الدكتور العربي، الفقي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠٥.

(3) Ripert et Roblot par Gernan . Op.Cit., No. 1408.

(4) Ibid., No. 1410

(5) Ibid., No. 1411.

(6) Ibid., No. 1398 .

البورصة^(١). إذ تعطي هذه اللجنة تأشيرتها عند كل عملية إصدار لأوراق مالية بالنسبة للشركات التي تدعو للاكتتاب العام، وكذلك عند إدخالها في البورصة لتتأكد من أن النشر المفروض على الشركات تم طبقاً للأصول. وتتمتع هذه اللجنة بصلاحيات واسعة بهذا الشأن فلها أن تدقق جميع الإعلانات، وتأمّر بنشر تصحيح لها عندما يتبين عدم صحتها، ولها كذلك سلطات تحقيقية إذ بإمكانها تلقي الشكاوى والعرائض، ولها فرض غرامات والطلب إلى رئيس المحكمة بالنقد بها أو إلغائها^(٢). فهذه الأحكام، وغيرها قررت وسائل فعالة لحماية الجمهور عند تأسيس الشركات المساهمة التي تدعو للاكتتاب العام، ولا نظير للكثير من هذه الأحكام في القانون اللبناني .

المبحث الثاني

نظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي

يخضع تأسيس الشركة المساهمة في القانون العراقي إلى نظام الإجازة والترخيص الحكومي من قبل السلطة العامة . وقد دأبت كل القوانين الصادرة في العراق، التي نظمت أحكام الشركات التجارية على الأخذ بهذا المبدأ^(٣) .

(1) Ibid., No. 1412 .

(2) Ripert Roblot, Op.Cit, No. 1569.

(٣) فلما كان العراق هو جزء من الأقاليم التابعة للدولة العثمانية يطبق فيه قانون التجارة البرية العثماني (قانون نامة تجارت) الصادر في ١٨ رمضان ١٢٦٦ هـ (١٨٥٠) ميلادية المنقولة أحكامه عن قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ والمعدل بقانون شركات المساهمة الصادر في عام ١٨٨٢، فقد أخذ هذا القانون بنظام الترخيص الحكومي - المأخوذة أحكامه عن قانون التجارة الفرنسي لسنة ١٨٠٧، إذ نصت المادة ٢٨ من قانون التجارة العثماني على أنه " لا تنشأ شركات (الأنونيم) إلا (بفرمان) مصدق لشروط عقدها ويجوز صدور الإرادة السنية بتأسيسها إذا لم يرد في عقدها ما يضر بالملك والأمة " وقد ألغي هذا الحكم بصور بيان الشركات الصادر عن القائد العام لقوات الاحتلال البريطاني رقم ٢٦ لسنة ١٩١٩ الذي قضى بتطبيق أحكام قانون الشركات الهندي لعام ١٩١٣، المأخوذ أحكامه عن قانون الشركات الإنكليزي لعام (١٩٠٨) وقد تضمن بيان الشركات أحكاماً تتعلق بنظام الترخيص الحكومي إذ نصت المادة الثانية على أنه " عند تطبيق المادة ٢٨ من قانون التجارة البرية على البلاد المحتلة يكون أمر الحاكم الملكي العام بالتصديق على عقد الشركة المشكلة طبقاً لهذا البيان وعلى موادها والترخيص بتشكيلها عوضاً عما تقتضيه المادة المذكورة من المراسم وترسل صورة مصدق عليها من ذلك الأمر إلى مسجل عقود الشركات لتسجيلها، أما قبل تسجيل عقد الشركة ومواد نظامه أو وقت ذلك " . وقد ألغي هذا القانون بصور قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الذي أخضع تأسيس الشركة المساهمة إلى ذات المبدأ المقرر في القوانين السابقة، إذ ألزمت ف١ من المادة ٣٧ من هذا القانون المؤسسين بتقديم طلب الإجازة بتأسيس الشركة إلى وزارة الاقتصاد ويرفق بهذا الطلب نسخة من عقد الشركة ونظامها موقعين من المؤسسين على أن يصدق التوقيع الكاتب العدل أو الموظف المختص بذلك في مديرية التجارة العامة . ويجب على الوزارة بمقتضى المادة ٤١ أن تتحقق من أن تأسيس الشركة لا يخالف قواعد النظام العام والأداب العامة أو يضر بالاقتصاد الوطني، وأن عقدها أو نظامها لا يخالفان أحكام القانون . ثم بينت المادة ٤٢ في فقرتها الأولى على أنه تصدر الإجازة بتأسيس الشركة بقرار من الوزير خلال ثلاثين يوماً من تسجيل الطلب، وإذا مضت هذه المدة ولم تصدر الإجازة اعتبر الطلب مرفوضاً . ويجوز للمؤسسين الاعتراض على قرار الرفض أمام مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوماً من تاريخه أو من تاريخ انتهاء المدة المعينة في الفقرة ١ ويكون قرار مجلس الوزراء قطعياً . في تفصيل ما تقدم ينظر الدكتور الناهي، صلاح الدين، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثالث، الشركات التجارية، بغداد، ١٩٦٣، ص ١٦٠، الدكتور ياملكي، أكرم، الموجز في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثاني، الشركات التجارية، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧٢، ص ١٢٨ و ١٢٩ =

= وقد أبقى قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الذي ألغى قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧، على نظام الترخيص الحكومي، إذ ألزمت المادة ١٣ المؤسسون بإعداد عقد للشركة موقعاً منهم أو ممن يمثلهم يتضمن البيانات التي حددتها هذه المادة . ويقدم طلب التأسيس إلى مسجل الشركات، بمقتضى المادة ١٧، الذي يجب عليه مفاتحة الجهة الاقتصادية القطاعية ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع خطة التنمية القومية والقرارات التخطيطية وأخذ موافقتها على تأسيس

ولذا يتعين علينا البحث في أحكام الترخيص الحكومي كما وردت في قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وكذلك التعديل الذي أدخل عليه بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤، ونعرض أخيراً تقييماً لهذا النظام في ثلاثة مطالب وبالشكل الآتي :

المطلب الأول : أحكام الترخيص الحكومي في ظل قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧

يلزم قانون الشركات في المادة ١٣ مؤسسي الشركة المساهمة بإعداد عقد موقع من قبلهم أو من قبل ممثليهم القانونيين يتضمن البيانات التي نصت عليها هذه المادة مما يقتضي من هؤلاء إعدادة ثم تقديم طلب التأسيس إلى دائرة تسجيل الشركات، التي يمثلها مسجل الشركات، ويرفق بالطلب الوثائق الأخرى المطلوبة للتأسيس . والتي تم الإشارة إليها في موضع سابق . كدراسة الجدوى الاقتصادية والفنية ووثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة المساهمة موقعة منهم ^(١) .

وقد بين قانون الشركات كيفية صدور الترخيص الحكومي بإنشاء الشركة وحدد الإجراءات الواجب إتباعها بهذا الشأن . فبعد تقديم الطلب إلى مسجل الشركات فإنه يجب عليه . بمقتضى المادة ١٨ من القانون . مفاتحة الجهة القطاعية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع خطة التنمية والقرارات التخطيطية واستحصال موافقتها على تأسيس الشركة، وكذلك مفاتحة أية جهة أخرى أوجب قانون أو نظام أو تعليمات استحصال موافقتها على تأسيس الشركة .

ويجب على هذه الجهات إبداء موافقتها أو عدمها خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ ورود الكتاب إليها . فإذا وافق المسجل على طلب التأسيس لتوافر شروطه فيجب عليه بمقتضى المادة ٢٠ من القانون، دعوة المؤسسين أو من يمثلهم قانوناً لتوثيق عقد الشركة أمامه أو أمام من يخوله من موظفي دائرته ولتسديد رسوم التأسيس وذلك خلال مدة ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ طالبي التأسيس، فإذا تخلفوا عن الحضور من دون عذر مشروع جاز للمسجل اعتبارهم قد صرفوا النظر عن الطلب ويقرر حفظه . وبعد استيفاء الإجراءات المتقدمة فيجب على المسجل بمقتضى أحكام المادة ٢١ إصدار قرار الموافقة على تأسيس الشركة ويتولى المسجل نشر هذا القرار في النشرة الخاصة التي تصدر عنه بمقتضى المادة ٢٠٦ وفي صحيفة يومية . ويمثل القرار أعلاه إعلاناً من الجهة المذكورة بالموافقة على تأسيس الشركة لتوافر الشروط المحددة قانوناً في طلب التأسيس والوثائق المرفقة به، ولكنه لا يشكل إقراراً بوجود الشركة من الناحية

الشركة وكذلك مفاتحة أية جهة أخرى أوجب قانون أو نظام أو تعليمات أخذ موافقتها على تأسيس الشركة . ويجب على هذه الجهات إبداء موافقتها أو عدمها خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ ورود الكتاب إليها . ويجب على المسجل إصدار قراره بالموافقة على طلب التأسيس أو رفضه خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه ويجوز لرئيس جهاز تسجيل الشركات بناءً على طلب المسجل تمديد مدة النظر في الطلب ثلاثين يوماً إذا اقتضت ذلك الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، المواد ١٨/ و ١٩ من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي . في تفصيل هذه الأحكام ينظر الدكتور العزاوي، عدنان أحمد، أحكام تأسيس الشركات في القانون العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الرابع، العددان الأول والثاني، ١٩٨٥، ص ٢١٥-٢٢٢ .
(١) إضافة إلى وثائق أخرى لم يشر إليها القانون وهي المتعلقة بتقديم شهادة من الاتحاد العام للغرف التجارية بحجز الاسم التجاري وكذلك الوثائق التعريفية بالمؤسسين .

القانونية واكتسابها للشخصية المعنوية، وإنما يجب أن تتبعه الإجراءات التي حددها القانون . والتي سنشير إليها تباعاً . والتي تكون خاتمتها إصدار شهادة تأسيس الشركة. إذ يجب على المؤسسين بمقتضى أحكام المادة ٣٩ من قانون الشركات طرح الأسهم للاكتتاب العام خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار الموافقة على تأسيس الشركة . وكما نبين ذلك لاحقاً . وبعد انتهاء إجراءات الاكتتاب يجب عليهم تزويد المسجل بكافة المعلومات المتعلقة بالاكتتاب التي نصت عليها المادة ٤٦ . وبمضي مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تقديم هذه المعلومات يتولى المسجل إصدار شهادة تأسيس الشركة التي تعد خاتمة إجراءات التأسيس، وتكتسب الشركة بمقتضاها الشخصية المعنوية بمقتضى المادة ٢٢ من قانون الشركات.

وقد بينت المادة ٢٤ من قانون الشركات كيفية الطعن في قرار المسجل برفض طلب تأسيس الشركة، فأجازت للمؤسسين الاعتراض على قرار المسجل لدى وزير التجارة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ . وعلى وزير التجارة البت في الاعتراض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه، فإذا رفض الوزير الاعتراض يحق للمعترض خلال ثلاثين يوماً الطعن بالقرار لدى المحكمة المختصة . إلا أن القانون أجاز في المادة ٢٥ للمؤسسين تقديم طلب جديد لتأسيس الشركة التي رفض تأسيسها إذا انتفى سبب الرفض .

وهكذا يتضح لنا أن قانون الشركات، قبل تعديله بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ أوكل إلى مسجل الشركات مهمة إصدار الترخيص بإنشاء الشركة المساهمة وبعد أخذه موافقة (الجهة القطاعية الاقتصادية) فمن هذه الجهة ؟

لم يحدد قانون الشركات المقصود بهذه الجهة، ويمكن القول بأن المقصود بها هي الوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية ذات العلاقة بنشاط الشركة^(١). وتملك هذه الجهات سلطة واسعة في الموافقة على الطلب من عدمه، وخصوصاً أن القانون لم يجز الطعن في القرارات الصادرة عنها، فهي تمارس رقابة مزدوجة لا تقتصر فقط على التأكد من عدم مخالفة عقد الشركة لأحكام القانون، وإنما تشمل ملاحظة مدى موافقة أغراض الشركة مع السياسة الاقتصادية العامة للدولة .

المطلب الثاني : تعديل أحكام نظام الترخيص الحكومي بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤

إلا إنَّ الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ . الذي أجرى تعديلاً شاملاً^(٢) لقانون الشركات وبضمنها إجراءات التأسيس، قرر آلية جديدة لتأسيس الشركة تتمثل بما يأتي :

(١) أي الجهات التي لها حق الإشراف على النشاط الذي تروم الشركة القيام، فيعد البنك المركزي مثلاً جهة قطاعية يتعين أخذ موافقتها عند تأسيس شركة مساهمة يكون غرضها القيام بأعمال مصرفية (مصرف) أو شركات متعلقة بالاستثمار المالي . وتكون هيئة السياحة هي الجهة القطاعية للشركات التي تقوم بنشاطات سياحية . وهكذا بالنسبة لباقي النشاطات .
(٢) بلغ مجموع التعديلات التي أدخلت على قانون الشركات بمقتضى الأمر المشار إليه أعلاه ما يزيد على ١٣٩ مادة من مواد هذا القانون .

- ١- تنظيم عقد الشركة من قبل المؤسسين موقعاً منهم أو من قبل ممثليهم القانونيين ويرفق به الوثائق المشار إليها في المادة ١٧ والتي تقدم ذكرها آنفاً.
- ٢- تقديم طلب التأسيس إلى مسجل الشركات يرفق به عقد الشركة والوثائق المطلوبة .
- ٣- موافقة المسجل على طلب التأسيس إذا وجد أن الطلب ليس فيه مخالفة لنص محدد في القانون .
أما إذا وجد أنه يتضمن مخالفة فإنه يصدر قراراً بالرفض يبين فيه أسبابه والنصوص القانونية التي انتهكت والوقائع المتعلقة بكل انتهاك / المادة ١٩ و ٢٤ (٣)
- ٤- دفع رسوم التأسيس / المادة ١٩ .
- ٥- إصدار قرار الموافقة على تأسيس الشركة بنشر القرار في النشرة التي تصدر عن المسجل وفقاً للمادة ٢٠٦ من قانون الشركات . من دون نشر هذا القرار في صحيفة يومية كما كان يقضي بذلك نص المادة ٢١ قبل تعديلها بالأمر المشار إليه أعلاه (١) .
- ٦- قيام المؤسسين بإجراءات الاكتتاب العام التي نصت عليها أحكام المواد ٣٩ وما بعدها من قانون الشركات وتزويد المسجل بالمعلومات المتعلقة بالاكتتاب في ضوء ما قرره المادة ٤٦ من القانون أعلاه .
- ٧- إصدار المسجل شهادة تأسيس الشركة التي تكتسب بمقتضاها الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ صدورها وفقاً لحكم المادة ٢٢ من قانون الشركات (١) .

(٣) ففي القانون الإنكليزي فإنه يجب على مسجل الشركات Registrar of Companies قبل إصدار شهادة تأسيس الشركة أن يتأكد بأن كافة متطلبات تأسيس الشركة والإجراءات المتبعة هي متوافقة مع أحكام القانون، ويستطيع رفض التسجيل عندما يتضمن عقد الشركة مثلاً أغراضاً (Objects) مخالفة للقانون أو متعارضة مع النظام العام Contrary to Public Policy .
رفض المسجل تسجيل شركة كان غرضها يتضمن بيع R.V.Registrar of Companies ex Partmore 1931 وفي قضية
GRIFFIN, Stephen , في إنكلترا وقتها كان بيع مثل هذه البطاقات ممنوعاً . ينظر : lottery Tickets/بطاقات اليانصيب
COMPANY LAW, FUNDAMENTAL PRINCIPLES, PEARSON. Longman. Fourth edition, 2006.
P. 45

كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى عدم جواز الموافقة على تأسيس شركة يكون غرضها إدارة نوادي القمار في فنادق الخمسة نجوم . الفتوى رقم ٣٩، ١٣/١٠/٢٠٠٤ . مشار إليه في سليم، (رجب عبد الحكيم)، مصدر سبق ذكره، ص ٦٤-٦٧.

وكذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعوى رقم ١٥١٤٩ في ٢٠٠٣/١١/٤ إلى عدم جواز الموافقة على تأسيس شركة يكون غرضها تقديم خدمات التحكيم وذلك لأن القانون رخص بذلك لأشخاص معنوية (منظمات - مراكز دائمة للتحكيم) أو على أشخاص طبيعيين دون سواهم " أشار إليه سليم، (رجب عبدالحكيم)، مصدر سبق ذكره، ص ٦٢-٦٤.

كما ذهبت إدارة الفتوى التابعة لرئاسة الجمهورية المصرية بالرقم ٩٨٣ في ٢٠٠٤/١/٢٠ إلى عدم جواز تأسيس شركة لممارسة المحاماة من مجموعة من المحامين تتخذ شكل الشركة المساهمة، وذلك لأن تأسيس هذه الشركة يعد من قبيل الأعمال التجارية، وإن القانون حظر على المحامين الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالأعمال التجارية، أشار إليه سليم، (رجب عبدالحكيم)، مصدر سبق ذكره، ص ١٦٧-١٧١.

(١) وهذا الحكم يبدو غريباً بقصره نشر قرار الموافقة على تأسيس الشركة في النشرة التي تصدر عن المسجل من دون نشره في صحيفة يومية، إذ أن وظيفة النشر في الصحف هو تأكيد إشهار التصرف وترسيخ العلم به من قبل الغير، فقرار الموافقة على تأسيس الشركة هو من القرارات المهمة التي يفترض فيها قدراً كبيراً من الإعلام بالنسبة للغير لأنها تحيطه علماً بالموافقة على إنشاء كائن جديد (الشركة) ولا يكتفى بنشر القرار في النشرة التي تصدر عن المسجل، وذلك لكون هذه الوسيلة غير متاحة للكافة بكل يسر . ومما يزيد الأمر غرابة أن قانون الشركات بعد تعديله بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ لا زال يتطلب نشر قرارات أقل أهمية من قرار الموافقة على تأسيس الشركة وهذا دليلاً على أن أحكام التعديل قد جاءت تحكيمية وغير مدروسة . بل نجد أن القانون العراقي يوجب نشر قرار الموافقة على تأسيس الجمعية - وهي كيان أقل أهمية بكثير من الشركة المساهمة - بموجب المادة ٦ من قانون الجمعيات رقم ١ لسنة ١٩٦٠ في الصحيفة الرسمية، وهي عبارة عن " جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية لغرض غير الربح .. " م ١ من القانون أعلاه، وهو ما يشكل مفارقة تشريعية .

أما بشأن كيفية الطعن بقرار المسجل برفض طلب التأسيس، فقد أبقى التعديل على الأحكام ذاتها المتعلقة به التي وردت في المادة ٢٤ من قانون الشركات، والتي تقدّم ذكرها في موضع سابق .
وبقدر تعلق البحث بنظام الترخيص الحكومي، فإن أهم ما استحدثه التعديل المشار إليه هو إلغاء موافقة الجهة القطاعية الاقتصادية على طلب تأسيس الشركة بموجب المادة ١٨ من قانون الشركات، وأصبح منح الترخيص قاصراً على مسجل الشركات، فهل كان التعديل موفقاً في هذا الإلغاء ؟
سنحاول الإجابة على هذا التساؤل في المبحث القادم . إلا أنه ينبغي أن نحدد طبيعة نظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي وهل اعتمد هذا القانون نظام الرقابة السابقة على التأسيس أم نظام الرقابة اللاحقة على التأسيس ؟ (٢) .

يبدو لنا . بعد بيان الأحكام المتعلقة بتأسيس الشركة المساهمة . أن قانون الشركات النافذ يأخذ بنظام الرقابة اللاحقة على التأسيس التي يكون فيها الترخيص بإنشاء الشركة هو خاتمة إجراءات التأسيس، وهو يتمثل بإصدار شهادة تأسيسها من قبل مسجل الشركات . وبهذا الحكم يبدو واضحاً أنَّ القانون النافذ قد أخذ بموقف مغاير لموقف قانون الشركات التجارية الملغي . فشهادة التأسيس . في ظل القانون الملغي . تصدر قبل دعوة الجمهور إلى الاكتتاب العام، أما في القانون النافذ فإن الاكتتاب العام يجب أن يتم قبل صدور شهادة التأسيس، وبذلك تخضع جميع إجراءات التسجيل إلى رقابة المسجل منذ تقديم طلب التأسيس حتى صدور الشهادة المشار إليها أعلاه .

المطلب الثالث : تقدير نظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي

لغرض الإحاطة بتقييم نظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي فسوف نبحث في فقرة أولى ما افرضه تطبيق النظام المذكور من آثار سلبية، على إن نبين في فقرة تقييماً للتعديل الذي أحدثه الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ بشأن موافقة الجهة القطاعية على تأسيس الشركة .

الفقرة أولاً : الآثار السلبية لنظام الترخيص الحكومي

(١) بمقتضى قانون الاتصالات الإلكترونية الإنكليزي لعام ٢٠٠٠ The Electronic Communication act، فإنه يمكن إرسال وثائق تسجيل الشركة إلكترونياً " العقد، النظام، باقي الوثائق " عبر البريد الإلكتروني إلى مسجل الشركات ومن ثم تسجيل الشركة، وهذا من شأنه - كما يذهب الفقه - إلى تأمين السرعة في إنجاز إجراءات التأسيس . ينظر : Griffin. Op.Cit., P. 44-45.
إلا إنه يتعذر بتقديرنا الأخذ بهذه الطريقة في القانون العراقي، وذلك لكونه لا يقر بالقيمة القانونية للمحررات الإلكترونية، لعدم وجود قانون ينظم مثل هذه المحررات، ويضفي حجية على التوقيع الإلكتروني الذي تذيل به الوثائق المطلوبة لتأسيس الشركة، ومنها عقد الشركة . إلا أن هذا لا هذا يمنع من التفكير جدياً بإقرار هذه الطريقة، بعد تهيئة الأدوات اللازمة والبيئة المناسبة لتطبيقه، وإزالة العقبات القانونية التي تعترض ذلك .

(٢) كان قانون الشركات التجارية الملغي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ يأخذ صراحةً بنظام الرقابة السابقة على التأسيس . هذه الرقابة التي تفترض صدور الأدلة المرخصة لإنشاء الشركة قبل الشروع في الاكتتاب العام، إذ نصت المادة ٤٣ من هذا القانون على أن " تكتسب الشركة الشخصية المعنوية عند صدور شهادة التأسيس ولا يجوز لها الدعوة للاكتتاب بأسهمها قبل الحصول على هذه الشهادة " وهذا الحكم أخذ به المشرع العراقي عن قانون الشركات الإنكليزي الذي لا يجيز للشركة العامة المحدودة - التي تقابل الشركة المساهمة في القانون العراقي والقوانين العربية - بدء الاكتتاب العام قبل حصولها على شهادة تأسيسها من مسجل الشركات . ينظر : =Smith & Keenan , Op.Cit., P.5.

يبدو واضحاً أن المشرّع العراقي قد تشدد بشكل واضح في أحكام الترخيص الحكومي المتعلق بإنشاء الشركات المساهمة . وخصوصاً قبل تعديل قانون الشركات بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ . إذ لم يكتفِ هذا القانون بصدور الترخيص الحكومي من قبل دائرة تسجيل الشركات، وإنما علق أمر الحصول عليه بموافقة الجهة القطاعية الاقتصادية التي منحها القانون سلطات واسعة في البت بطلب التأسيس، والتأكد من عدم تعارض نشاط الشركة مع " خطة التنمية والقرارات التخطيطية " ولا شك أن البت في طلب التأسيس هو أمر يتعلق بالسياسة التي تدير عليها هذه الجهات، وهكذا كانت الرقابة التي تمارسها الحكومة على تأسيس الشركات هي رقابة شاملة ومزدوجة، فهي شاملة لأنها تخضع جميع إجراءات التأسيس إلى موافقة المسجل، كما أنها رقابة مزدوجة لا تقتصر على التحقق من عدم مخالفة عقد الشركة لأحكام القانون، وإنما هي تتعدى ذلك لتتصب على تقدير مدى موافقة تأسيس الشركة مع السياسة الاقتصادية . وقد أدت الإجراءات المشددة لنظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي إلى النتائج الآتية :

- ١- سيادة ظاهرة البطء في إجراءات التأسيس بسبب تأخر الجهة القطاعية في الموافقة على طلب التأسيس بعد انقضاء المدد التي حددها القانون لقبول الطلب، وهي ستين يوماً من تاريخ تقديمه مع احتمال تمديده لمدة ثلاثين يوماً بموافقة الوزير إذا اقتضى ذلك إجراءات مفاتحة الجهة القطاعية . إذ لا يؤدي انقضاء هذه المدد إلى اعتباره قبولاً ضمناً لطلب التأسيس، وذلك لأن القانون صريح بوجود صدور هذه الموافقة من هذه الجهة . وقد أدى هذا الأمر في العمل إلى شيوع ظاهرة التأخير في صدور الموافقة، وتعطيل إجراءات التأسيس لمدة تزيد غالباً عن المدة التي حددها القانون للإجابة، بسبب عدم التزام هذه الجهات بالمدد التي حددها القانون لإجابة الطلب .
- ٢- شيوع أحوال الخطأ في التقدير والتعسف في رفض الطلب، فلما كان نظام الترخيص الحكومي يمنح السلطات التي تملك الإجازة صلاحيات واسعة في الموافقة أو عدمه فإنه فتح الباب على مصراعيه لاحتمالات التعسف في رفض الطلب أو الخطأ في التقدير، ولاسيما أن القانون لم يجز الطعن في القرارات التي تصدر عن الجهة المشار إليها .

الفقرة ثانياً : إلغاء موافقة الجهة القطاعية على التأسيس

تقدّم القول أن الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ قد ألغى موافقة الجهة القطاعية على طلب تأسيس الشركة المساهمة، إذ صدر هذا الأمر بعد احتلال العراق عام ٢٠٠٣، وإشاعة مفاهيم الحرية الاقتصادية المزعومة، وما يقتضي ذلك من التيسير في إجراءات التأسيس . وبذلك أصبح مسجل الشركات هي الجهة الوحيدة التي تملك سلطة الموافقة على تأسيس الشركة من دون الحاجة إلى الرجوع إلى جهة حكومية لأخذ موافقتها على تأسيس الشركة ^(١) . كما قيّد التعديل سلطة المسجل برفض الطلب بعدم مخالفته لنص محدد

(١) إلا أن القوانين والأنظمة المعمول بها في العراق، وفي كثير من الدول، تشترط في كثير من الأحيان الحصول على إجازة لممارسة النشاط والأمثلة على ذلك كثيرة ومنها قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ وقانون تنظيم الوكالات التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠،

ورد في قانون الشركات " ما لم يجد أن الطلب مخالف لنص محدد ورد في هذا القانون " ومن ثم لا يملك المسجل البحث في أسباب مخالفة الطلب لقوانين أخرى غير قانون الشركات^(١).

وهذا ما يستدعي التساؤل عن إمكانية إلزام المسجل بقبوله طلب تأسيس يتضمن مخالفة لأحكام القوانين الأخرى ؟ إن ظاهر النص يوحي بإمكانية ذلك، فسلطة المسجل قاصرة . بموجب عبارة النص بعد تعديله . على التحقق من عدم مخالفة الطلب للأحكام الواردة في قانون الشركات من دون القوانين الأخرى، وهذا ما لا يمكن قبوله للآثار الخطيرة المترتبة عليه، لأن مسجل الشركات، وهو جزء من السلطة التنفيذية، أي موظف عام، ملزم بالتقيد بأحكام جميع القوانين من دون تمييز . ولذا يجب أن يصار إلى تعديل عبارة النص، والإقرار للمسجل بحق رفض طلب التأسيس إذا وجد فيه مخالفة للقانون، دون تخصيص ذلك بقانون الشركات فحسب.

ويجب الإشارة أن بعض الفقه لا يؤيد ما ذهب إليه التعديل المقرر في الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ بحصر سلطة منح الترخيص الحكومي لإنشاء الشركات المساهمة بدائرة تسجيل الشركات " وذلك لأن من غير المقبول أن تؤسس شركة مساهمة بأي حجم، تعتمد على مدخرات الجمهور في تكوين جل رأس مالها وتقتصر الإجازة فيها على قرار من المسجل " ^(٢).

ونظام رقم ٥ لسنة ١٩٩٨ الخاص بشركات الاستثمار المالي وغيرها من القوانين التي ألزمت بالحصول على مثل هذه الإجازة . ولا يكتفى بحصول الشركة على شهادة تأسيس من قبل مسجل الشركات لممارسة هذه النشاطات، ومن ثم يتعين على المسجل قبل إصداره لشهادة التأسيس مراعاة أحكام تلك القوانين التي اشترطت الحصول على إجازة لممارسة النشاط، وهذا يفترض وجود تنسيق منظم بين دائرة تسجيل الشركات وتلك السلطات التي منحها القانون إصدار مثل هذه الإجازة، وخلافاً لذلك فإن إغفال مثل هذا الأمر سيؤدي إلى تأسيس شركات هي عاجزة عن ممارسة نشاطها بسبب عدم حصولها على الإجازة المذكورة . وتأكيداً على ما تقدم يكون الشركة عاجزة عن ممارسة نشاطها = إلا بعد حصولها على الإجازة اللازمة بموجب القانون الذي ينظم نشاط الشركة، ولا يكتفى بمجرد صدور شهادة تأسيسها، فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار حديث لها إلى أنه " وحيث أن قانون أحكام الوكالة التجارية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٤ والقانون اللاحق رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ يبين أن من شروط ممارسة أعمال الوكالة التجارية أن يكون للوكيل إجازة ممارسة تلك الأعمال استناداً إلى أحكام القانون المشار إليه آنفاً، ولما كان المميز (الشركة) لا يحمل إجازة من هذا النوع بحسب كتاب قسم الوكالات التجارية بالعدد ١٠٦٤٥ في ٢٤/٧/٢٠٠٦ الذي بين بأن الشركة أعلاه هي مسجلة كشركة وطنية إلا أنها غير مجازة لممارسة أعمال الوكالة التجارية، لذا فلا يحق للمميز المطالبة بنسبة من الأرباح وفق العقد المؤرخ في ٢٠٠٥/٥/٣١ وتكون الدعوى المقامة بإجراء المحاسبة فاقدة لسندها . لهذا السبب قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية " . قرار محكمة التمييز الاتحادية في ٢٨/٥/٢٠٠٧ منشور في مجلة حورابي التي تصدرها جمعية القضاء العراقي / العدد الأول / ٢٠٠٩ / ص ١٥٣-١٥٥ .

(١) إلا إنَّ الجهة المختصة بالتسجيل لا تملك سلطة الاعتراض على أشخاص المؤسسين بسبب عدم كفاءتهم أو عدم خبرتهم، بهذا المعنى فتوى للجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بالرقم ١٧٩ في ١٦/٢/١٩٩٤ . ينظر رجب عبد الحكيم سليم، مصدر سبق ذكره، ص ٣٤٩ .

إلا إنَّ هذا الرأي لا يمكن التسليم على إطلاقه، لأنه إذا كان من الصحيح أن الجهة المختصة بالتسجيل هي لا تملك رفض طلب التأسيس في غير الأحوال التي نصَّ عليها القانون، إلا إنَّ اشتراط الكفاءة والخبرة في أشخاص المؤسسين هو أمر يتطلبه حماية جمهور - الأفراد، وذلك بعدم السماح للدخلاء والمتطفلين في اختبار حظوظهم في إنشاء شركات يتطلب نشاطها توافر خبرة أو كفاءة معينة - كما هو الحال بالنسبة لأعمال المصارف والتأمين - وغير ذلك من نشاطات بالغة الأهمية، وهذا ما كان عليه العمل في العراق - قبل صدور الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤، إذ كان مسجل الشركات يتطلب في مؤسسي الشركة المساهمة - على وجه الخصوص - تقديم ما يثبت الكفاءة لديهم في ممارسة النشاط الذي تروم الشركة القيام به، كاشتراط حيازتهم لمؤهلات معينة أو خبرة ما، ولا يمكن الإدعاء بأن هذا الأمر من شأنه التقييد في حرية الأفراد في تأسيس الشركات، وممارسة مختلف أنواع الأنشطة الاقتصادية، فحماية الإخبار العام تتطلب توافر الكفاءة المذكورة .

(٢) الدكتور كومانى، لطيف جبر، الشركات التجارية، دون ذكر دار النشر، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٩٣، ويلاحظ في العمل أنه حتى بعد إلغاء موافقة الجهة القطاعية على تأسيس الشركة صراحة، إلا أن المسجل لا زال متمسكاً بالحصول على موافقة هذه الجهات بالنسبة للشركة المساهمة التي تمارس نشاطات مهمة، كالمصارف وشركات التأمين.

ومع وجاهة الرأي المتقدم إلا أننا نرى أنّ التعديل جاء موفّقاً في إلغاء موافقة الجهات القطاعية على تأسيس الشركة، وذلك لما أفرزته الممارسة العملية من شيوخ ظاهرة التأخير غير المبرر في الحصول على موافقة تلك الجهات وكذلك احتمالات التعسف في رفض الطلب . أما فيما يتعلق بكون الشركات المساهمة تمارس نشاطات ذات أهمية اقتصادية كبيرة مما يقتضي التشدد في منح إجازتها، فيمكن القول أن القوانين النافذة التي نظمت غالبية النشاطات المهمة التي تمارسها الشركات المساهمة كالمصارف والتأمين والاستثمار المالي، تخضع هذه الشركات إلى نظام الإجازة في ممارسة نشاطها، ولا يمكن للشركة ممارسة أعمالها إلا بعد حصولها على مثل هذه الإجازة، وهي لا تمنح إلا بعد توافر الشروط التي حددها القانون، فضلاً عن كون غالبية هذه الشركات هي خاضعة دائماً إلى رقابة الجهات التي تمنحها الإجازة، فضلاً عن رقابة مسجل الشركات لهذه الشركات أثناء ممارسة نشاطها، إذا لم يقصر القانون رقابة المسجل عند مرحلة تأسيس الشركة فحسب، وإنما ألزم الشركة بتزويد المسجل بكل القرارات التي تتخذها الهيئة العامة للشركة خلال مدة أربعة أيام من تاريخ اتخاذها ^(١) بقصد تصديقها سواءً كان القرار متعلقاً بتخفيض أو زيادة رأس المال أو تحول الشركة أو دمجها أو تصفيتها ^(٢) وتزويد المسجل كذلك بنسخ من الحسابات الختامية والخطة السنوية والتقارير المعدة بشأنها وقرارات الهيئة العامة المتعلقة بذلك ^(٣) وفرض عقوبات جزائية في حال عدم امتثال الشركة لهذه الأحكام ^(٤) .

الخاتمة

فيما يتعلق بنظام الترخيص الحكومي بإنشاء الشركة المساهمة، فقد أشرنا إلى أن غالبية التشريعات العربية ما زالت متمسكة بهذا النظام، على الرغم مما أخذ عليه، وذلك لكونه يعمل . إلى حد ما . على تأمين الحماية لجمهور الأفراد من عمليات الغش والخداع التي يلجأ إليها البعض من المؤسسين، أو استثمار أموالهم في مشروعات لم تدرس بالعناية الكافية، أو لا تتوافر لديهم الجدية المطلوبة في تأسيسها، ومقابل ذلك أشرنا إلى أن ترويج إنشاء الشركات المساهمة يتطلب بضرورة التيسير في إجراءات التأسيس والتخفيف من القيود المفروضة بهذا الشأن، وكان للقانون اللبناني السابق في هذا المجال، إذ ألغى المرسوم الاشتراعي رقم ٥٤ في ١٦/٦/١٩٧٧ نظام الترخيص الحكومي بإنشاء الشركة المغفلة كقاعدة، وأبقى عليه في الأحوال التي تقرر القوانين النافذة ضرورة الحصول على مثل هذا الترخيص، ومع ذلك فإن مثل هذا الإلغاء . وعلى الرغم من المزايا التي يوفرها والمشار إليها أعلاه . إلا إن ذلك يجب أن يكون مقترناً بإيجاد الوسائل التي تمنع بعض الانحرافات أو التجاوزات الحاصلة في تأسيس الشركة المغفلة، وتأمين الحماية للمكتتبين، فضلاً عن حسن

(١) المادة ٩٩ من قانون الشركات .

(٢) المواد ٥٤، ٥٩، ١٥٠، ١٥٤، ١٥٩ من قانون الشركات .

(٣) المادة ١٣٩ من قانون الشركات .

(٤) المادة ٢١٧ من قانون الشركات .

انتظام مشروع الشركة مستقبلاً، ومن هذه الوسائل المقترحة إضفاء قدر من الجدية على نظام السجل التجاري ومنح القائمين عليه . كما أشار البعض من الفقه اللبناني . سلطة فحص البيانات المقدمة من ذوي الشأن والتأكد من صحتها ومطابقتها للحقيقة . وبشأن الدور الذي يمكن أن يقوم به الكاتب العدل الذي أوكل إليه القانون تسجيل نظام الشركة فلا يمكن بتقديرنا التعويل على مثل هذا الدور نظراً لمحدودية السلطات التي يتمتع بها بهذا الشأن، ومع ذلك يجب الإشارة إلى الدور المهم الذي قرره القوانين المصرفية لمصرف لبنان المركزي في الرقابة على نشاط الشركات المغفلة المصرفية والحصول على الترخيص اللازم لممارسة نشاطها. إلا أنه في ظل غياب الوسائل الفاعلة التي تؤمن تجاوز بعض الانحرافات التي ترافق تأسيس الشركات المغفلة، فإن مثل هذه الانحرافات تبقى غير مستبعدة.

أما بشأن القانون العراقي، فإن هذا القانون ما زال متمسكاً بمبدأ الترخيص الحكومي بإنشاء الشركة المساهمة الذي أخذ به عن القانون الإنكليزي، بما يفرضه من رقابة مشددة بشأن تسجيل الشركة، وما ذهبت إليه بعض القوانين التي صدرت في العراق، كقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ورقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، من تعليق الحصول على الترخيص الحكومي ليس على موافقة مسجل الشركات فحسب، وإنما بموافقة جهات رسمية . أطلق عليها بالجهة القطاعية الاقتصادية . ونظراً للسلطات الواسعة التي تملكها هذه الجهات في منح الترخيص من عدمه وما شاب ذلك من ممارسات تعسفية شكلت عائقاً أمام تشجيع إنشاء الشركات المساهمة . الأمر الذي أدى بالنتيجة إلى إلغاء موافقة هذه الجهات أثر صدور الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ الذي عدل أحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، إلا أنه لما كانت أغلب القوانين والأنظمة النافذة في العراق تشترط الحصول على إجازة خاصة بممارسة النشاط، وعدم الاكتفاء بمجرد الحصول على شهادة تأسيس الشركة لكي تستطيع الشركة فعلاً الشروع بممارسة نشاطها، ونظراً للمعوقات التي تضعها الجهات التي أوكل إليها القانون منح الإجازة الخاصة بممارسة النشاط، فقد أدى الأمر المتقدم إلى بروز ظاهرة وجود شركات متمتعة بالشخصية المعنوية يفترض فيها أنها قادرة على ممارسة نشاطها . لكنها عاجزة فعلاً عن ممارسة نشاطها بفعل عدم حصولها على الإجازة الخاصة بممارسة النشاط . لذا ندعو المشرع العراقي إلى التفكير بحلول جدية من شأنها تجاوز الخلل المذكور ويؤمن للشركات القدرة على مزاوله نشاطها .

مصادر البحث

أولاً : المصادر باللغة العربية

- ١- الدكتور العكيلي، عزيز، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ٢- الدكتور رضوان، أبو زيد، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣ .
- ٣- الدكتور طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢ .

- ٤- الدكتور العريني، محمد فريد، الدكتور الفقي، محمد السيد، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ .
 - ٥- الدكتور ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٠ .
 - ٦- الدكتور رضوان، فايز نعيم، الشركات التجارية وفقاً للقانون الاتحادي، رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته بدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٧ .
 - ٧- الدكتور الحفناوي، عبد الله مصطفى، تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، دون ذكر دار النشر، القاهرة، ١٩٩٣ .
 - ٨- الدكتور الشمري، طعمة، قانون الشركات التجارية الكويتي، دون ذكر دار النشر وتاريخ النشر .
 - ٩- الدكتور أحمد، عبد الفضيل محمد، الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ .
 - ١٠- سليم، رجب عبد الحكيم، المرجع في الشركات والبنوك، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ .
 - ١١- الدكتور عيد، أدور، الشركات التجارية، شركات المساهمة، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٧٠ .
 - ١٢- فابيا، شارل، صفا، بيار، الوجيز في قانون التجارة اللبناني، الجزء الأول، وثائق هُقلن، الجامعة اليسوعية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، بيروت .
 - ١٣- حنا، (بدوي)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ .
 - ١٤- خير، عدنان، القانون التجاري اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٠ .
 - ١٥- ياملكي، أكرم، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثاني، الشركات التجارية، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧٢ .
 - ١٦- الدكتور الناهي، صلاح الدين، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثالث، الشركات التجارية، بغداد، ١٩٦٣ .
 - ١٧- العزاوي، عدنان أحمد، أحكام تأسيس الشركات في القانون العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الرابع، العددان الأول والثاني، ١٩٨٥ .
 - ١٨- الدكتور كومان، لطيف جبر، الشركات التجارية، دون ذكر دار النشر، بغداد، ٢٠٠٦ .
- ثانياً : المصادر باللغة الأجنبية

- 1- RIPERT , GEORGE, A spectrs Juridiques du capitalism Moderne. 2 edition. Paris, 1951.
- 2- RIPERT. G. ROBLOT. R Par GERMAN.M, TRIATE DE DROIT COMMERCIAL, L.G.D.J, 18 edition, Paris, 2001.
- 3- Smith & Keenan. Company Law , Pitman Publishing, Seventh edition, 1987.
- 4- GRIFFIN, Stephen , COMPANY LAW, FUNDAMENTAL PRINCIPLES, PEARSON. Longman. Fourth edition, 2006.

- 5- GOWER. L.C.B. The Principles pf Modern Comapny Law , Stevens & Son's , London. Third edition, 1969.

التنظيم ألامثل لحماية البيئة في القانون المدني العراقي

م. ام كلثوم صبيح محمد
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

The civil liability of the most important new legal topics in the study; they deal with the many important issues in the life of persons and the community and evolution in the world in light of the modern industrial revolution, there were some

issues that were not known before, including environmental pollution. In this study we dealt with the legal basis for annulment can be invoked to obtain appropriate compensation as a result of what he suffered from environmental damage, as well as the search in the lawsuit and the impact on environmental.

The survey of the results of the many; the most important: Inadequacy of civil liability general rules applicable to environmental pollution. One of the most important recommendations that came out of the study need to modify the texts of the law on the protection of the Environment the Iraqe lines of the environment, by adding the text of the particular civil liability and compensation in the area of environmental damage, along with the text to the right of associations working in the field of environmental protection. Pollution and environmental damage May affect directly man or his property. On the other hand it may affect environment or any of its components or group of elements. There may be no special problem in estimating the compensation for damage affecting man or his property.

But the real problem stands out in compensation for the damages caused to the environment or its components in what is called purely environmental damage. This research deals with compensation for this kind of damage by examining the difficulties relating to compensation in terms of the nature of the damage and its ownership, on the other hand the difficulties regarding the monetary assessment and compensation for such damages. The research deals with several estimation methods regarding purely environmental damage.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد (صلى الله عليه واله وسلم) ، وبعد : خلق الله سبحانه وتعالى البيئة و نظمها من خلال وضع النواميس التي تكفل حفظ التوازن البيئي ، كما خلق الله تعالى الإنسان ، وسخر لخدمته و منفعة موارد وعناصر تلك البيئة من ماء و هواء وحيوان ونبات وجماد ، وهيا له من العقل و العلم ما يستطيع ان يتلمس ما اشتملت عليه تلك الموارد و الثروات ، من منافع وخيرات ، واستعمالها فيما ينفع الخلق و عمارة الكون، قال تعالى " الذي جعل لكم الأرض فراشا و السماء بناء وانزل من السماء ماء فاخرج به من الثمرات رزقا لكم فلا تجعلوا لله أندادا وانتم تعلمون " (سورة البقرة – الآية ٢٢) .

و لابد من ملاحظة إن كل ما خلقه الله تعالى في البيئة قد خلق بمقادير محددة ، وصفات معينة بحيث تكفل لها هذه المقادير و تلك الصفات القدرة على توفير سبل الحياة الملائمة للإنسان وغيره من الكائنات الحية الأخرى التي تشاركه الحياة على الأرض ، وما أجمل القرآن الكريم حين يلخص حكمة الاتزان في البيئة بقوله تعالى " إنا كل شيء خلقناه بقدر " (سورة القمر – الآية ٤٩) .

ولكن الإنسان وفي غمرة البحث عن مزيد من الرقي و الرفاهية راح يستغل تلك الموارد و الثروات بطرق جائرة غير رشيدة ، مما أدى إلى إحداث خلل في التوازن الفطري القائم ، بقدرة الله و صنعته ، بين نسب و مقادير تواجد الموارد و الثروات البيئية ، فتفاقمت الأخطار التي تلحق بالبيئة ، وهي البيت الذي هياه الله تعالى للإنسان ، وأصبحت المشكلات الخاصة بكيفية الحفاظ على مواردها وصيانتها و درء خطر التلوث واستنزاف مواردها من هموم رجال العلوم الطبيعية ورجال الدين و رجال القانون و السياسة والاقتصاد في كل بلدان العالم ، وهي مشكلات زاد تعقيداً بعد التقدم الصناعي و التكنولوجي الهائل ، والنهضة الصناعية الضخمة التي صاحبت مولد القرن الماضي ، وتهافت الدول جميعها ، المتقدم منها و النامي ، على تحقيق أكبر و أسرع معدل ممكن لنموها الاقتصادي و الاجتماعي مما جعل البيئة أكثر عرضة من ذي قبل ،

للاستغلال غير الرشيد لمواردها الطبيعية ، ولتهدم وتدهور أنظمتها البيئية ، بفعل تزايد الملوثات من مواد كيميائية وصناعية و نفايات صلبة وسائلة و غازية . و تكاد تجمع الشواهد أن كل عصر من العصور له قضية تعرض نفسها، ومن ثم تشغل عقول المفكرين ، وقضية هذا الزمن هي قضية التلوث البيئي التي تمس الإنسان في كيانه وكماله ومستقبله، وعليه اعتبرت من أخطر القضايا والمشكلات التي تواجه الإنسان ولقد عدنا نسمع عن الفساد او التلوث القاتل ، سواء تلوث الهواء أو الماء أو التربة، ناهيك عن انقراض أنواع عديدة من الحيوانات و الطيور البرية والكانات البحرية بفعل القنص و الصيد الجائر، زد على ذلك هلاك مساحات شاسعة من الغابات و الأشجار بفعل أنشطة التلوث المختلفة أو استئصال الإنسان لها. وليس الاهتمام بقضايا البيئة ترفاً يقصد به صون جمال ما حولنا ونقائه ، ولكنه اهتمام يتصل ببقاء الإنسان وصحته ، ويتصل كذلك بمسؤولياته تجاه الأجيال التالية من أولاده وأحفاده ، ومن ثم فمن الطبيعي أن تصبح البيئة قيمة جديدة ضمن قيم المجتمع التي يسعى للحفاظ عليها وحمايتها من كل فعل يشكل إضراراً بها. ويمكننا أن نؤكد في هذا السياق أن الحفاظ على البيئة الإنسانية نظيفة خالية من الملوثات هو أحد مهام ومسؤوليات الدولة الحديثة، وقد أصبحت مكلفة به ولاسيما بعد أن أصبح حق الإنسان في بيئة نظيفة هو أحد الحقوق الأساسية للإنسان وقد نصت عليه دساتير معظم الدول المتقدمة . وان مهمة التشريعات في مجال حماية البيئة تنبع من أنه لا يحق لإنسان أن يقوم بقتل الآخرين ببطء ، لأن الماء والهواء والفضاء والخضرة كلها عناصر تعتمد عليها الحياة الإنسانية ، ولهذا يعد الاعتداء عليها اعتداء على حق كل إنسان في الحياة . ومن جانب آخر لا يجوز الاعتداء بصورة أو بأخرى على الكائنات الحية ، بل يلزم المحافظة عليها من الانقراض ، ويلاحظ في هذا المجال أن المكلفين بصياغة حماية البيئة من الاعتداء يصطدمون ببعض العقبات التشريعية ، والتي من بينها عدم إمكانية مقابلة هذه الاعتداءات بأنواع الجزاءات التقليدية إذ ينبغي مواجهتها بجزاءات خاصة تتناسب مع طبيعته الخطر البيئي وأحكامه المتميزة. ومن هذا المنطلق تبرز أهمية موضوع البحث الذي نتناوله والذي يلقي الضوء على الحماية القانونية المدنية لأمن ورعاية البيئة من التلوث . وليس من المستغرب القول بأن الفكر القانوني العراقي لم يدرك مدى الحاجة إلى إصدار تشريعات منظمة لحماية البيئة من التلوث إلا في وقت متأخر ، ففي العراق وهو الذي يسير بخطوات متسارعة نحو التنمية الاقتصادية المستدامة، تظهر الحاجة إلى الربط بين البيئة والتنمية الاقتصادية لمعرفة المخاطر والأضرار البيئية الجديدة التي تنجم من جراء التنمية ودخول معركة النمو والتصنيع، وبالتالي تحديد المسؤولية القانونية عن الأضرار البيئية، لأن هنالك العديد من الجوانب التي تميزها عن غيرها من أنواع المسؤولية الأخرى، فقد أعطت الدولة للأشخاص الحق في استثمار أموالهم وإنشاء الشركات والمصانع على الوجه الذي يريدون ما داموا يستعملون حقهم في الحدود المرسومة قانوناً وبشكل مشروع، فإذا تجاوزوا الحدود المرسومة لاستعمال حقهم فأوقعوا ضرراً بالبيئة، فإن عملهم عندئذ يخرج من دائرة الحق ويقلب عملاً غير مشروع يوجب المساءلة القانونية، وهذا يعني أن استعمال الحق مقيد بواجب عدم تلويث البيئة بالأدخنة والغازات السامة والروائح الخطيرة الضارة بالصحة .

ولذلك، فإن المسؤولية القانونية للأفراد عن الأضرار البيئية، ترتبط بالضرورة بالخطأ في التصرف الذي لا يشترط أن يكون عمدياً، لأن المسؤولية يمكن أن تقوم بناء على الخطأ بإهمال أو عدم تبصر، وفق هذه الفلسفة فإن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من وقع الضرر بخطئه بتعويضه، فقيام أي شخص طبيعي أو معنوي (خاص أم عام) بتلويث الماء أو الهواء أو التربة أو امتناعه عن اتخاذ الإجراءات اللازمة أصلاً لمنع حدوث التلوث من النشاط الذي يقوم به يعرضه لتحمل المسؤولية والتعويض عن الأضرار التي تقع .

وسنتعرض من خلال البحث لمختلف القواعد القانونية المدنية لحماية البيئة في العراق، ولكن ينبغي ابتداء ضبط المفاهيم الخاصة بمضمون الحماية ومداها، ومضمون البيئة والعناصر التي تشملها، ونظراً للتباين الفقهي والقانوني الواسع حول تحديد مضمون حماية البيئة، فسوف نعتمد على مفهوم عملي للحماية بالجوء إلى المعيار التشريعي الذي يعتبر أن البيئة تتكون من الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض وباطنها والنبات والحيوان، وكذلك الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية . ويتبين باستقراء قواعد النظام العام للبيئة أنها ذات طابع فني في صياغتها تقوم على المزاجية بين القواعد القانونية والحقائق

العلمية البحتة المتعلقة بالبيئة، هذا إضافة إلى طابعها الدولي، ذلك أن أغلب الممارسات الضارة بالبيئة تمتد آثارها عبر حدود الدول وتتجاوزها بسبب أن من يمارس النشاط قد يكون هو الدولة في بعض الأحيان . ويمكن القول إن القرارات القانونية المتعلقة بالبيئة في العراق على درجة عالية من الإحكام والإتقان في الصياغة، إلا أنها ما زالت قليلة بسبب حداثة المشكلات البيئية المثارة وتشعب الأضرار الخاصة بالبيئة، فتجسيد الطابع الوقائي للسياسة البيئية تأثر بضعف وعدم استقرار الإدارة البيئية وعرف تطبيق الأساليب المرنة ذات الطابع المالي والتحفيزي التي تقوم على تشجيع الملوئين وحثهم على تخفيض التلوث مقابل حصولهم على مزايا مالية مباشرة، بطئا شديدا. وبشكل عام تواجه عملية إصلاح الأضرار البيئية ذات الطابع الحديث صعوبتين، تتمثل الأولى بإنكار التكليف القانوني التقليدي للمركز القانوني الواضح للعناصر أو الأملاك الطبيعية والعلاقات البيئية باعتبارها غير مملوكة لأحد، وتتمثل الصعوبة الثانية في عدم ملائمة القواعد التقليدية المتعلقة بإثارة المسؤولية المدنية على الأضرار البيئية.

كما ان نظام التعويض التقليدي المطبق في مجال جبر الأضرار التي تصيب الممتلكات لا يلائم إصلاح الأضرار البيئية لذا يتجه نظام التعويض الحالي عن الأضرار البيئية إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التلوث ، كما شمل تحديث المسؤولية المدنية في مجال حماية البيئة الانتقال من المسؤولية المدنية الجبرية التي لا تبحث في جبر الضرر إلا بعد وقوعه، إلى المسؤولية المدنية الوقائية من خلال التعويض عن عدم اتقاء وقوع الأضرار والكوارث البيئية على أساس مبدأ الاحتياط.

ورغم عدم امكاننا الإدعاء بأن هذا البحث يلم بكل المعطيات اللازمة لمعالجة هذه الآليات في جميع جوانبها، لأن هناك معطيات أخرى لا يمكن التطرق إليها أو التوسع فيها بحكم التخصص، فإن هذا البحث يتطلع إلى تحقيق تحليل قانوني شبه شمولي لمختلف العوامل المؤثرة في التنظيم القانوني المدني لحماية البيئة، لتوضيح النقص والثغرات التي تعترض النظام القانوني المدني لحماية البيئة في العراق ، فبالرغم من وجود ترسانة من القواعد والآليات الوقائية والتدخلية المتعلقة بحماية البيئة، إلا أن التدهور البيئي لا يزال مستمرا كما تشير الى ذلك تقارير وزارة البيئة حول حالة البيئة في العراق .لذلك فقد عقدت العزم على المضي قدماً في هذا البحث، لعلّي أقدم إضاءة على موضوع هام وحيوي يشغل بالنا جميعاً .وقد قمت بتقسيم هذا البحث الى اربعة مباحث وكما يلي:

المبحث الأول : ماهية التلوث البيئي وطبيعة أضراره

مما لا شك فيه أن تلوث البيئة من أخطر المشاكل التي يتسم بها عصرنا الحاضر، فقد أصاب التلوث كل عناصر البيئة المحيطة بالإنسان من ماء وهواء وتربة وغذاء ، كما أن آثاره الضارة شملت الإنسان وممتلكاته، وأخلت بالكثير من النظم البيئية. ويوصف التلوث على انه الوريث الذي حل محل المجاعات والأوبئة، وهذا يعكس خطورته وعمق أذاه.

وقد أدرك الإنسان – مؤخراً – حجم الفساد الذي صنعه بنفسه وبتقنياته، وبدأ محاولاته وجهوده للحد من التلوث وآثاره من خلال تشريع قوانين لحماية البيئة ، والمقصود بحماية البيئة: المحافظة على مكونات البيئة وعناصرها والارتقاء بها ومنع تدهورها او تلوثها او الاخلال بها ضمن الحدود الامنة من حدوث التلوث وتشمل هذه المكونات الهواء والماء والتربة والاحياء الطبيعية والانسان ومواردهم. وسنقوم بدراسة مفهوم التلوث وتحديد ماهيته وخصائصه في مطلبين رئيسيين وكالتالي:

المطلب الأول : مفهوم التلوث البيئي وعناصره وأنواعه

على الرغم من أن التلوث ليس هو الخطر الوحيد الذي يهدد البيئة الإنسانية بالضرر، إلا أنه – وبحق – أهم الأخطار وأشدّها فتكا، لذلك فإن تحديد مفهوم البيئة والتلوث البيئي في صورة دقيقة ومحددة، هو بلا شك نقطة البداية لأية معالجة قانونية في مجال التلوث لأنه يساهم في تعيين الأدوات القانونية المناسبة لمكافحته وترتيب المسؤولية على من تسبب به، وهو أيضاً جوهر أية حماية يمكن تقريرها للبيئة في مواجهة أهم مشاكلها، وعليه فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : مفهوم البيئة و التلوث البيئي وتحديد عناصره

أولاً : مفهوم البيئة

لا يخفى على احد انه لا يوجد تعريف محدد وشامل لاصطلاح (البيئة) ومن بين المحاولات التي قيلت لتعريف البيئة ما يلي :

١- البيئة في اللغة العربية : ما يحيط بالفرد أو المجتمع ويؤثر فيهما ، ويقال (تبوأ) أي حل ونزل وأقام ، فهي بالاشتقاق منزل الإنسان الذي يعيش فيه ، والاسم من هذا الفعل هو (المباءة) و(المنزل) كمترادفات^(١).

٢- أعطى علماء العلوم الطبيعية مفهوماً للبيئة يكمل احدهما الآخر : أولهما البيئة الحيوية باعتبارها كل ما يختص بحياة الإنسان نفسه من تكاثر ووراثة إضافة إلى علاقة (أي الإنسان) بالمخلوقات الحية الحيوانية والنباتية ، التي تعيش معه في صعيد واحد . أما ثانيهما فيتمثل في البيئة الطبيعية أو الفيزيائية والتي تشمل موارد المياه والفضلات والتخلص منها والحشرات وتربة الأرض والمسكن والجو ونقاوته أو تلوثه والطقس وغير ذلك من الخصائص الطبيعية للوسط^(٢).

٣- عرفت البيئة بأنها كل الشروط والظروف والمؤثرات المحيطة والتي تؤثر على تطور كائن أو مجموعة من الكائنات^(٣).

٤- وقيل أن البيئة هي مجموعة العناصر الطبيعية والصناعية التي تمارس فيها الحياة الإنسانية ، أو هي الوسط أو المكان الذي يعيش فيه الكائن الحي أو غيره من مخلوقات الله ، وهي تشكل في لفظها مجموعة الظروف والعوامل التي تساعد الكائن الحي على بقائه ودوام حياته^(٤).

٥- ويرى بعض رجال القانون أن لفظ البيئة يخلو من أي مضمون قانوني حقيقي وأنه يشير عادة إلى الوسط الذي ينشأ فيه نظام قانوني أو سياسي أو اقتصادي ويستمر بفعل مجموعة من القوى المختلفة^(٥)، إلا أنه رأي ضعيف لا يستطيع إدراك التطور الحديث لقانون حماية البيئة.

٦- ذهب غالبية فقهاء القانون إلى تعريف البيئة بأنها "مجموع العوامل الطبيعية والعوامل التي أوجدتها أنشطة الإنسان ، والتي تؤثر في ترابط وثيق ، على التوازن البيئي وتحدد الظروف التي يعيش فيها الإنسان ويتطور المجتمع"^(٦).

٧- وأخير عرفت البيئة بأنها " مجموع العوامل الطبيعية والكيميائية والحيوية والعوامل الاجتماعية التي لها تأثير مباشر أو غير مباشر ، حال أو مؤجل على الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية "^(٧) أو هي " المحيط أو الإطار الذي يعيش فيها الإنسان أو الحيوان أو الكائنات الحية كما يمارس فيها الإنسان نشاطه الصناعي والزراعي والاقتصادي والاجتماعي وتتأثر بظروفها أحواله الصحية والنفسية "^(٨).

٨- اما قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ فقد عرف البيئة في المادة رقم (١)، فقرة خامساً بقوله :البيئة : المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

التعريف المختار: مما تقدم ذكره من التعريفات يمكننا القول بأن البيئة هي مجموع العوامل الطبيعية والبيولوجية والعوامل الاجتماعية والثقافية والاقتصادية ، التي تتحاور في توازن وتؤثر على الإنسان والكائنات الأخرى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

وهذا التعريف يبين لنا بأن البيئة اصطلاح ذو مضمون مركب :

فهناك البيئة الطبيعية بمكوناتها التي أودعها الله فيها ، وتشمل الماء والهواء والتربة وأشعة الشمس ، وما يعيش على تلك الموارد والعناصر من إنسان وحيوان ونبات .ومن جانب آخر هناك البيئة الاصطناعية ، وهي تشمل كل ما أوجده تدخل الإنسان وتعامله مع المكونات الطبيعية للبيئة .كالمدين والمصانع والمعالم الحضارية ، والعلاقات الإنسانية والاجتماعية التي تدير هذه المنشآت كالقانون والتنظيمات الإدارية والاقتصادية .وقد يكمل هذا التعريف ، إلقاء الضوء على النظام الذي يحكم العلاقة بين مكونات وعناصر البيئة ، وهو ما يسمى "بالنظام البيئي أو الايكولوجي"

ثانياً : النظام البيئي أو الايكولوجي:

يتردد في نطاق الكلام عن البيئة اصطلاح "النظام البيئي أو الايكولوجي" ومعناه أن كل قطاع أو مساحة من الطبيعة وما يحتويه من كائنات حية نباتية او حيوانية وموارد أو عناصر غير حية ، تشكل وسطاً تعيش فيه في تفاعل مستمر مع بعضها البعض ، وعلى نحو متوازن ، وكل عنصر يتأثر بالعناصر الأخرى ويؤثر فيها ويؤدي دوراً خاصاً به ويتكامل مع ادوار العناصر الأخرى ، ويظل النظام البيئي قائماً و الموارد البيئية منتجة و متحدة طالما توافرت المقادير و النسب الثابتة بين مكوناتها فاذا اختلفت تلك المقادير و النسب انهار واختل النظام البيئي وصرنا نتكلم عن تدهور او تلوث الموارد البيئية^(٩). ويتكون النظام البيئي من أربعة عناصر رئيسية :

- ١- عناصر الإنتاج : و تتكون من النباتات الخضراء بكافة أنواعها .
- ٢- عناصر الاستهلاك : و تتكون من الحيوانات بأنواعها بما فيها الإنسان .
- ٣- عناصر التحلل : وتتكون من كل ما يتسبب في تحليل أو تلف مكونات البيئة الطبيعية المحيطة بها ، مثل البكتيريا و الفطريات و بعض الحشرات .
- ٤- العناصر الطبيعية غير الحية كالماء و الهواء وضوء الشمس و الموارد المتجددة كالمعادن و غيرها .

و بهذا المفهوم يقوم النظام البيئي على التفرقة بين نوعين من موارد البيئة :
أولاً: الموارد الحية ، وهي عديدة ، أهمها الإنسان ، النبات ، الحيوانات ، وتعيش هذه الموارد على اختلاف أشكالها ، في نظام حركي متكامل ، تتجلى فيه قدرة الخالق ، وكل مورد يتأثر بالموارد الأخرى ، ويؤثر فيها ويؤدي دوراً خاصاً به ، ويتكامل مع ادوار الموارد الأخرى ويأتي الإنسان على قمة هذه الموارد والثروات فينسق بينها ، ويسخرها لخدمته.

ثانياً : الموارد غير الحية : وتشمل الماء و الهواء و أشعة الشمس و التربة ، وكل مورد او عنصر منها يشكل محيطاً خاصاً به . وتتمثل هذه الموارد في المحيط المائي (ويشمل كل ما على الأرض من مسطحات مائية كالبحار و الأنهار و المحيطات والضباب و الأبخرة) ، و المحيط الجوي او الهوائي (ويشمل كل الغازات و الجسيمات و الأبخرة و ذرات المعادن) ، و المحيط الأرضي او اليابس (ويشمل التربة و الجبال و الهضاب) .

ويشكل كل محيط من تلك المحيطات بيئة متكاملة فهناك البيئة المائية و البيئة الجوية و البيئة البرية ، و تتكاتف هذه المحيطات مع بعضها مكونة أنظمة بيئية متوازنة، ولاشك أن تدخل الإنسان في هذا التركيب البيئي محرراً عناصر هذا النسق البيئي تلبية لحاجاته و متطلباته الأنية الاقتصادية وغيرها يحدث انعكاساته التي كثيراً ما تكون سلبية على التوازن البيئي، وهذا ما ينعكس عليه بالتالي بالضرر^(١٠). وبعبارة أخرى فالاعتداء على عنصر من عناصر التوازن البيئي يعد اعتداءً وإضراراً بكل فرد في المجتمع بصورة غير مباشرة . ولذلك تعمل القواعد الشرعية و القانونية معا على ضبط سلوك الإنسان في تعامله مع موارد كل تلك البيئات ، وترتب المسؤولية على تعدي ذلك السلوك على التوازن الفطري القائم بين عناصر كل بيئة لاسيما باستنزافها او بإحداث التلوث الضار . وهذا ما يدفعنا الى ضرورة تحديد مفهوم التلوث.

ثالثاً : مفهوم التلوث البيئي:

ليس من السهل تحديد تعريف التلوث، بل إن هذا التحديد أو التعريف يبدو في نظر البعض مستحيلاً^(١١) وهذا يرجع في واقع الأمر ، إلى طبيعة التلوث ذاته، فهو يمثل متاهة كثيرة القنوات ومتنوعة المسالك ومتعددة الأسباب ومتشابكة الآثار تغطي تقريباً كل مجالات الحياة البشرية ومع ذلك، فإننا سنحاول تعريف التلوث لغوياً واصطلاحياً ، وكما يلي :

أ- المعنى اللغوي للتلوث: جاء في مختار الصحاح " لوث " ثيابه بالطين " تلويثاً " أي لطحها و (لوث) الماء كدره بمعنى غيره^(١٢) ، وهكذا نلاحظ أن معنى كلمة تلوث اسم من فعل يلوث يدور حول تغيير الحالة الطبيعية للأشياء، بخلطها بما ليس من ماهيتها، أي بعناصر غريبة عنها، فيكدرها ويغير من طبيعتها، بما يعوقها عن أداء وظيفتها ومهمتها المعدة لها.

ولا تبتعد اللغة الانجليزية عن ذلك فقد جاء في الموسوعة البيئية الصادرة في لندن عام ١٩٩٤ تعريف للتلوث ينص على أنه " انسياب أو إفراغ مادة بصورة عمدية أو غير عمدية، تضر أو تهدد البيئة بالضرر بطريقة أو بأخرى" (١٣).

ب - المعنى الاصطلاحي للتلوث: هناك صعوبة اعترف بها الفقه في وضع تعريف جامع مانع للتلوث لذلك لا يوجد تعريف ثابت ومتفق عليه للتلوث، وإنما هناك عدة اقتراحات لتعريفات تدور حول نفس المعنى، وذلك لأن التلوث له معنى عام ومطلق، وليس له حدود أو إطار يغلف المعنى بصورة علمية صحيحة، فكلمة التلوث تعطي معنى مطلق لما ألم بالبشرية والمخلوقات الأرضية من أضرار من فعل التقدم الإنساني (١٤).

وبالاستناد لما تقدم عرف التلوث بأنه " أي تغير فيزيائي أو بيولوجي مميز يؤدي إلى تأثير ضار على الهواء أو الماء أو الأرض، أو مضر بصحة الإنسان والكائنات الحية الأخرى وكذلك يؤدي إلى الإضرار بالعملية الإنتاجية، كنتيجة للتأثير على حالة الموارد المتجددة. كما عرف كذلك بأنه " كل تغير كمي أو كيفي في مكونات البيئة الحية أو غير الحية، لا تقدر الأنظمة البيئية على استيعابه دون أن يختل توازنها" (١٥).

وفي إطار المجهودات الدولية لحماية البيئة ظهرت بعض المحاولات التي تهدف إلى تحديد مفهوم التلوث من الناحيتين الفنية والاصطلاحية. فعرفته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بأنه " قيام الإنسان بطريق مباشر أو غير مباشر، بإضافة مواد أو طاقة إلى البيئة، تترتب عليه آثار ضارة، يمكن أن تعرض صحة الإنسان للخطر، أو تمس بالموارد الحيوية، أو النظم البيئية على نحو يؤدي إلى التأثير على أوجه الاستخدام المشروع للبيئة" (١٦)، كما تم تعريف التلوث بأنه "وجود مادة أو طاقة في غير مكانها و زمانها وكميتها المناسبة، أي هو ادخال أي مادة غير مألوفة الى وسط من الاوساط البيئية (هواء- ماء- تربة) و تؤدي هذه المادة عند وصولها لتركيز حرج الى نتائج ضارة على كل ما هو في الوسط البيئي، فالتلوث تغيير متعمد او عفوي تلقائي في شكل البيئة ناتج عن مخلفات الانسان" (١٧).

أما قانون حماية وتحسين البيئة العراقي فعرف التلوث في المادة الاولى بفقرتها الثامنة بقوله (تلوث البيئة : وجود أي من الملوثات المؤثرة في البيئة بكمية أو تركيز أو صفة غير طبيعية تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالإنسان أو الكائنات الحية الأخرى أو المكونات اللاحياتية التي توجد فيها) (١٨).

ونحن نرجح تعريف التلوث باعتباره كل تغيير في أنظمة البيئة أو أحد عناصرها سواء كان ذلك بفعل الإنسان أم بفعل الظواهر الطبيعية، يؤدي بصورة مباشرة، أو غير مباشرة إلى آثار ضارة، مما ينعكس بصورة سلبية على الإنسان والحيوان والنبات. وبناء على ذلك فالتعريف الذي نختاره للتلوث هو " الضرر الحال او المستقبلي الذي ينال من أي عنصر من عناصر البيئة والناجم عن نشاط الإنسان الطبيعي و المعنوي ، او فعل الطبيعة . و المتمثل في الإخلال بالتوازن البيئي ، سواء كان صادرا من داخل البيئة الملوثة أو واردًا عليها " ولاحظ على هذا التعريف انه لم يقصر مفهوم التلوث على نشاط الإنسان وحده ، كما لم يحدد طبيعة هذا النشاط الذي ينجم عنه التلوث مشروعا كان ام غير مشروع . ولابد من ملاحظة أن هناك عناصر لا بد من توافرها حتى يمكن الكلام عن وجود تلوث واهم هذه العناصر (١٩):

- ١ - حدوث تغيير في البيئة بمعنى إحداث تغيير في الوسط الطبيعي لمكونات البيئة وهذا التغيير تبدأ معالمه بحدوث اختلال بالتوازن الفطري أو الطبيعي بين عناصر و مكونات البيئة المائية أو الهوائية أو الأرضية ، باختفاء بعضها أو قلة حجمها أو نسبتها بالمقارنة مع البعض الآخر ، وبحالتها الأولى أو بالتأثير على نوعية أو خواص تلك العناصر . فهو يتحقق بسبب إدخال مواد ملوثة(صلبه أو سائلة أو غازية أو طاقة)، أيأ كان شكلها كالحرارة أو الإشعاع في الوسط الطبيعي .وتسمى هذه المواد بالملوثات، فتحدث اضطرابات في الأنظمة البيئية المختلفة، وتسبب أضراراً تصيب الكائنات الحية.
- ٢ - وجود يد خارجية وراء هذا التغيير، وهي يد تمارس أثرها في إحداث التغيير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، يستوي في ذلك أن تكون يد الانسان (كالأنشطة الصناعية و التجارية و التفجيرات النووية ، و التخلص من النفايات الضارة و السامة بالبيئة كعوادم السيارات و أدخنة المصانع و المبيدات الزراعية بكافة أنواعها)، أو تكون هذه التغييرات بفعل الطبيعة (كالكوارث الطبيعية من البراكين و الزلازل والفيضانات)، والتي تؤثر بدورها على التوازن البيئي وتهدد بعض المكونات

الطبيعية للبيئة بالفناء والدمار. ويقال هنا في مجال الحماية القانونية للبيئة، إن القواعد القانونية لا تخاطب ولا تضبط إلا أعمال التلوث الناشئة عن تدخل الإنسان فقط، دون تلك الناشئة عن فعل القضاء والقدر، فالقانون لا سيطرة له على تلك الأخيرة (الا في حدود الزام الدولة بتعويض المضرورين و مواجهة الاثار الناشئة عنها)، باعتبار أن القانون ظاهرة اجتماعية فإنه لا يخاطب إلا السلوك الإنساني الخارجي، ويتناوله بالتنظيم ويضع له المعايير والضوابط^(٢٠).

٣- أن يحدث هذا التغيير أثره الضار على الإنسان والكائنات الحية الأخرى وغير الحية بمعنى إلحاق أو احتمال إلحاق الضرر بالبيئة أو أحد عناصرها، فتغير البيئة أياً كان مصدره قد لا يسترعي الانتباه إذا لم يكن له تأثير ونتائج تنعكس سلباً على النظم البيئية تتمثل في القضاء على بعض أو كل العناصر و الموارد البيئية اللازمة لحياة الإنسان والكائنات الأخرى .

الفرع الثاني : أنواع التلوث البيئي:

يقسم العلماء تلوث البيئة الى انواع عديدة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة، وذلك كما يلي:

أولاً: أنواع التلوث بالنظر إلى نطاقه الجغرافي:

١- التلوث المحلي: ويقصد به التلوث الذي لا تتعدى آثاره الحيز الإقليمي لمكان مصدره، وينحصر تأثيره على منطقة معينة أو إقليم معين أو مكان محدد، دون أن تمتد آثاره خارج هذا الإطار. وقد يكون هذا التلوث مصدره فعل الإنسان كالتلوث الصادر من المصانع التي يقيمها الإنسان، وقد يكون بسبب الطبيعة عندما تنثور البراكين وتهب العواصف، وتصيب عنصراً من عناصر البيئة المحلية بالضرر، دون أن يمتد هذا الأثر لبيئة مجاورة تتبع دول أو قارة أخرى.

٢- التلوث عبر الحدود أو بعيد المدى: عرفت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية هذا التلوث بأنه " أي تلوث عمدي أو غير عمدي، يكون مصدره أو أصله العضوي، خاضعاً أو موجوداً كلياً أو جزئياً، في منطقة تخضع للاختصاص الوطني لدولة، وتكون له آثاره في منطقة خاضعة للاختصاص الوطني لدولة أخرى"^(٢١)، وهكذا يمكن أن نؤكد، أن أهم ما يميز التلوث بعيد المدى، أنه ينتقل من الدولة التي يحدث في إقليمها إلى دولة أخرى، دون إمكانية حجبها أو منعه من العبور إلى هذه الدولة المتأثرة، والتلوث بعيد المدى أو عبر الحدود يمكن أن يحدث بخصوص البيئة المائية والهوائية، ولما كانت البيئة الإنسانية واحدة والالتزام بحمايتها كل لا يتجزأ، فقد حرصت الاتفاقيات الدولية على وضع نظام قانوني لمكافحة هذا النوع من التلوث بما يوجب الالتزام بالتعاون بين الدول لمنع حدوث هذا التلوث أو الحد منه ما أمكن .

ثانياً: أنواع التلوث بالنظر إلى مصدره:

١- التلوث الطبيعي: وهو الذي يحدث بفعل الظواهر الطبيعية التي تحدث من وقت لآخر. كالبراكين والصواعق، والعواصف التي قد تحمل معها كميات هائلة من الرمال والأتربة، وتتلّف المزروعات والمحاصيل. فالتلوث الطبيعي إذن، مصادرة ذات منشأ طبيعي، ولا دخل للإنسان فيها ومن ثم فيصعب مراقبة هذا التلوث أو التنبؤ به أو السيطرة عليه تماماً. وبما أن القانون لا يهتم إلا بالأفعال الصادرة عن الإنسان، لذلك لا يمكن أن يكون التلوث الطبيعي محلاً للمعالجة القانونية، ولا يصلح لأن يكون جزءاً من التنظيم القانوني لحماية البيئة.

٢- التلوث الصناعي: ينتج هذا التلوث عن ممارسة الإنسان للأنشطة الصناعية والخدمية والترفيهية واستخداماته المتزايدة لمظاهر التقنية الحديثة ومبتكراتها المختلفة. ومن أهم مصادر التلوث الصناعي: المخلفات الصناعية والتجارية وما تنفثه مداخن المصانع ومحطات تكرير النفط.... الخ.

ثالثاً : أنواع التلوث بالنظر إلى طبيعته:

١- التلوث البيولوجي: وهو من أقدم صور التلوث البيئي التي عرفها الإنسان. وينشأ هذا التلوث نتيجة وجود كائنات حية، مرئية أو غير مرئية، نباتية أو حيوانية، في الوسط البيئي (الماء أو الهواء أو التربة)، كالبكتريا والفطريات وغيرها، وهذه الكائنات تظهر إما على شكل مواد منحلة أو مؤلفة من ذرات، وإما على شكل أجسام حية تتطور من شكل إلى آخر في دورة متجددة باستمرار^(٢٢).

٢- التلوث الاشعاعي: ويعني تسرب مواد مشعة إلى أحد مكونات البيئة من ماء وهواء وتربة. ويعتبر هذا النوع من أخطر أنواع التلوث في عصرنا الحاضر، حيث أنه ينتقل في سهولة ويسر ويتسلل إلى الكائنات الحية في كل مكان دون أية مقاومة.

ومن أهم أسباب التلوث الاشعاعي حوادث المفاعلات الذرية كحادثة الانفجار في مفاعل تشير نوبل بأوكرانيا (إحدى جمهوريات الاتحاد السوفياتي السابق)، في أبريل ١٩٨٦، وما تبع ذلك من تسرب للإشعاعات النووية التي أثرت بطريقة مباشرة على الذين يعملون في تلك المحطة النووية، وعلى آخرين ممن يسكنون أو يعملون بالقرب من هذه المحطة. كما أنها أثرت بطريقة غير مباشرة في المناطق البعيدة من العالم وذلك من خلال الأمطار المحملة بالغبار الذري، والتي تساقطت فيما بعد على أماكن متفرقة من العالم محدثة أضراراً هائلة بالإنسان والحيوان والنبات^(٢٣).

٣- التلوث الكيماوي: ويقصد به ذلك التلوث الذي يحدث نتيجة استخدام المواد الكيماوية التي يتم تصنيعها لأغراض خاصة، أو التي قد تلقى في المجارى المائية مع مخلفات الصناعة، ومن أهم المركبات الكيماوية الملوثة للبيئة والضارة بصحة الإنسان وبسلامة البيئة، مركبات الزئبق والسيانيد والكاميوم والزرنيخ. وهذا النوع من التلوث ذو آثار خطيرة جداً على مختلف عناصر ومكونات البيئة. وقد يصل التلوث الكيماوي إلى الغذاء عن طريق استخدام المواد الكيماوية الحافظة في التعليب والصناعات الغذائية.

رابعاً: أنواع التلوث بالنظر إلى آثاره على البيئة:

١- التلوث المعقول: وهو درجة محددة من درجات التلوث البيئي، لا تكاد تخلو منه منطقة من مناطق العالم. ولا يصاحب هذا النوع من التلوث أية مشاكل بيئية رئيسية، أو أخطار واضحة على البيئة أو على الإنسان أو على بقية الكائنات الحية الأخرى.

٢- التلوث الخطير: وهذا النوع من التلوث الذي يمثل مرحلة متقدمة، تتعدى فيها كمية ونوعية الملوثات، خط الأمان البيئي الحرج، وتبدأ في التأثير السلبي على العناصر البيئية الطبيعية أو البشرية بشتى أشكالها^(٢٤).

٣- التلوث المدمر: وفيه تتعدى الملوثات الحد الخطير، لتصل إلى الحد القاتل أو المدمر. وفيه ينهار النظام البيئي ويصبح غير قادر على العطاء نظراً لاختلال التوازن البيئي بشكل جذري^(٢٥).

خامساً: أنواع التلوث بالنظر إلى نوع البيئة التي يحدث فيها:

١- التلوث الهوائي: ويقصد به " وجود مواد صلبة أو سائلة أو غازية في الهواء، بكميات تؤدي إلى وقوع أضرار فيزيولوجية أو اقتصادية أو الاثنين معاً بالإنسان والحيوان والنبات والآلات والمعدات، أو تؤدي إلى التأثير في طبيعة الأشياء وفي مظهرها وخصائصها الفيزيائية والكيميائية " وبما أن الهواء ضروري جداً لكل الكائنات الحية، لذلك يمثل تلوثه، وما يترتب على ذلك من أضرار بالغه، أمراً خطيراً لا يمكن السكوت عنه. وينتج التلوث الهوائي عن مصادر متعددة ومختلفة، ولعل أهمها الانبعاثات الناتجة عن احتراق الوقود، وخاصة الفحم والبتروول، والتي تنشأ بسبب الآلات التي تعمل بمحركات الاحتراق الداخلي كالسيارات، ومحطات توليد الكهرباء، والأنشطة الصناعية المختلفة.

٢- تلوث المياه العذبة: يعتبر الماء أياً كان نوعه، ملوثاً بمادة أو أكثر إذا كان غير صالح للاستعمال المقصود منه. ومياه الأنهار تتلوث بإدخال الإنسان مواد أو طاقة فيها بطريق مباشر أو غير مباشر يؤدي إلى إحداث آثار ضارة، وبكيفية تصبح معها هذه المياه أقل ملائمة أو صلاحية للاستعمالات المخصصة لها، وينشأ تلوث المياه عموماً، نتيجة لطرح كميات هائلة من فضلات المجتمعات الحضرية ونفايات المنشآت الصناعية ومحطات توليد الطاقة. كما أن مياه الصرف الصحي والزراعي ومعظمها يمر بدون معالجة، ويتسرب بما يحمله من نترات ومواد كيماوية وسموم مختلفة في المياه الجارية أو في المياه الجوفية.

٣- تلوث البيئة البحرية: ونقصد به " إدخال الإنسان في البيئة البحرية، بما في ذلك مصاب الأنهار، بصورة مباشرة أو غير مباشرة مواد أو طاقة، تنجم عنها أو يحتمل أن تنجم عنها آثار مؤذية، مثل الإضرار بالموارد الحية والحياة البحرية وتعريض الصحة البشرية للأخطار وإعاقة الأنشطة البحرية بما في ذلك صيد الأسماك وغيره من أوجه الاستخدام المشروع للبحار، والخط من نوعية وقابلية مياه البحر للاستعمال والإقلال من

الترويح " ^(٢٦)، فلم يعد ينظر إلى البحر باعتباره طريق للنقل والمواصلات فقط ، بل ينظر إليه باعتباره مخزناً هائلاً للثروات والموارد الطبيعية، لذلك فإن تلوث البيئة البحرية يعنى في الحقيقة – تلوث معظم الكرة الأرضية، فالبهار والمحيطات تمثل حوالي ٧١% من مساحة الكرة الأرضية. وتلوث بيئة البحار قد يحدث بسبب تسرب الزيت من السفن أو من التجارب الذرية في قيعان البحار والمحيطات، أو من الكوارث والاصطدامات البحرية وغرق ناقلات النفط وما يتبع ذلك من أضرار بالغة على مكونات البيئة البحرية عموماً.

٤- تلوث التربة : ويقصد به " إدخال مواد غريبة في التربة تسبب تغييراً في الخواص الفيزيائية أو الكيميائية أو البيولوجية التي من شأنها القضاء على الكائنات الحية التي تستوطن التربة وتسهم في عملية التحلل للمواد العضوية التي تمنح التربة قيمتها وصحتها وقدرتها على الإنتاج " ^(٢٧)، ومصادر تلوث التربة عديدة ومتنوعة، منها التلوث الكيميائي الناشئ عن الإسراف في استخدام المخصبات الكيماوية والمبيدات الحشرية وخلافه ^(٢٨)، كما تتلوث التربة بالأمطار الحمضية والمواد المشعة.

ويشكل تلوث التربة جانباً هاماً من مشكلة التلوث البيئي التي منيت بها البشرية في العصر الحديث، كنتيجة للتدخل غير المدروس من جانب الإنسان ومحاولاته المستمرة في إفساد النظم البيئية، بغرض الزيادة المؤقتة في إنتاجية الأراضي الزراعية والسيطرة على الآفات والحشرات. ولا بد من ملاحظة أن كل ما يلوث الماء والهواء يلوث التربة أيضاً والعكس صحيح، فكل ما يلوث التربة يلوث الماء والهواء.

المطلب الثاني : خصائص أضرار التلوث البيئي

تتميز أضرار التلوث البيئي بخطورتها الشديدة وتأثيراتها السلبية على الإنسان والحيوان والنبات والبيئة عموماً. كما تتميز بمجموعة من السمات والخصائص تميزها عما سواها من أضرار أخرى، وتتمثل هذه الخصائص في النقاط الآتية:

أولاً: إن أضرار التلوث البيئي غير محدودة، فهي تمثل مشكلة عالمية لا تعرف حدوداً، أكثر من كونها مشكلة محلية ولذلك يقال إن التلوث يجهل الحدود. كما إن آثار التلوث لا يمكن أن تقف عند حد ولذلك يرى البعض أن المجتمع الإنساني هو الجاني والمجني عليه في آن واحد.

ثانياً: إن أضرار التلوث البيئي تتميز بالاحتمالية الدائمة، وطول الفترة الزمنية بين حدوث الفعل المسبب للتلوث وحدوث الضرر. وبما أن ثبوت الضرر يوجب الالتزام بالتعويض، إلا أن تعويض أضرار التلوث يثير العديد من الصعوبات والمشاكل، لأنه وكما هو معلوم فإن التعويض ينقسم إلى نوعين: تعويض عيني، وتعويض نقدي.

ويعني التعويض العيني رد الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر. وكما سنوضح لاحقاً، فإن هذا النوع من التعويض يتعذر حدوثه في منازعات التلوث إن لم يكن مستحيلاً، مثل هلاك بعض الكائنات الحية من جراء التلوث أو إتلاف المزروعات، فهذه الأضرار غالباً ما تنتج عن عمليات التلوث ويتعذر فيها بالطبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولذلك فإنه يلجأ عادة إلى النوع الثاني من التعويض وهو التعويض النقدي وهذا النوع يكون الهدف منه جبر الضرر الحادث، إلا أنه يصعب تحديد مقدار هذا الأخير، فكيف يمكن مثلاً تحديد الأضرار التي تصيب المصطافين والناجم عن عدم تمتعهم بشاطئ البحر نتيجة لتلوثه بالزيت أو بالمواد المشعة مثلاً، ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كانت الغاية من التعويض هي إصلاح الضرر، وبأنه إذا كان على القاضي ألا يتأثر وقت تقديره إلا بالضرر المطلوب إصلاحه ليكون ما يقضي به من تعويض متناسباً مع ما يثبت لديه من ضرر، فإن طبيعة الضرر البيئي تحول دون ذلك، حيث أن الضرر البيئي هو ضرر طويل الأمد، وعلاماته في أغلب الأحوال لا تظهر على أثر فعل التلوث ولكن تحتاج إلى وقت يتعذر معه القول بوجود علاقة سببية بين فعل التلوث وبين الضرر، نظراً لاشتراك عوامل أخرى ومساهمتها في إحداث هذا الضرر، حتى نصل في النهاية إلى أننا لسنا بصدد ضرر يمكن التعويض عنه. وإذا أمكن إثبات هذا الضرر في المستقبل، فإننا سنواجه عقبة أخرى بصدد التعويض عن هذا الضرر، حيث سنكون أقرب إلى الحديث عن

التعويض عن ضرر غير مباشر، وهو أمر تأباه القواعد العامة في التعويض الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى أن المحاكم سترفض طلب المدعين في التعويض لهذا السبب الذي ذكرناه.

ثالثاً: تتميز أضرار التلوث البيئي بأنها أضرار كبيرة وقد تشمل أكثر من قطاع في آن واحد. وهذه الأضرار تنتج عن ممارسة مختلف الأنشطة الصناعية أو العلمية أو التجارية. بإنشاء مراكز للطاقة النووية، ومصانع للمواد الكيماوية، ومصافي لتكرير النفط وغير ذلك. يترتب عليها بلاشك نوع من التلوث البيئي المضر. ولهذا يمكن القول بأن هناك تعارضاً بين الاقتصاد والصناعة والتقدم التقني وبين ما يمكن أن يسببه كل ذلك من أضرار بالبيئة. لذلك فالأمر دقيق وحساس جداً، لأن منع نشاط اقتصادي معين بسبب ما يحدثه من عمليات تلوث، قد يؤدي إلى عواقب وخيمة وفقدان نوعية من الإنتاج تسهم في التطور والتنمية الاقتصادية.

ونحن نرى في هذا المجال أنه يمكن الإقلال من الأضرار البيئية الناتجة عن عمليات التقدم الصناعي والتكنولوجي من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا النظيفة للتقليل من هذه الأضرار في نفس الوقت الذي تسير فيه حركة الإنتاج للمساهمة في التطور والتقدم الاقتصادي. فمثلاً: تلوث الهواء الناتج عن أحد المصانع، نستطيع بفضل وسائل العلم الحديث السيطرة عليه أو الحد من آثاره على الأقل، عن طريق تعديل نظام المداخل مثلاً. وكذلك فإن تلوث المياه الناتج عن استعمال بعض أنواع المبيدات الحشرية التي تستعمل في الزراعة، يمكن بعد دراسة أضرارها، تغييرها بصورة توقف تماماً التلوث الذي يمكن أن تحدثه في مياه الأنهار وما تسببه من أضرار للثروة السمكية والثروة الطبيعية والنباتية^(٢٩).

رابعاً: تأخذ معظم الأضرار الناتجة عن التلوث البيئي صورة الأضرار غير المباشرة أو المؤجلة^(٣٠). فهي أضرار منتشرة وغير مقبذة، فمثلاً انبعاث الملوثات في الهواء أو الماء، قد يصيب أولاً الهواء أو الماء باعتبارهما من العناصر الطبيعية للبيئة، ثم ينعكس هذا الضرر على الإنسان أو الحيوان أو النبات. كذلك فإن تلوث الهواء من أحد المصانع أو الأنشطة المختلفة، وخاصة تلك التي لاتراعى فيها الشروط الصحية، لاتظهر آثاره مباشرة، وإنما بعد مرور فترة زمنية معينة ونفس الأمر يطبق على تلوث مياه مجاري الأنهار، فالأضرار المترتبة على تلوثها تظهر في تاريخ لاحق وليس بمجرد إتيان النشاط. كما أنه قد يمارس النشاط في مكان معين، وتتحقق الأضرار في مكان آخر سواء كان هذا المكان في نفس الدولة أم في دولة أخرى، فقد يتم التلوث في عرض البحر مثلاً أو في مياه دولية ومع ذلك تصل آثار هذا التلوث ونتائجه الضارة إلى شواطئ دولة أخرى، وإذا أمكن التعويض عن الضرر الحادث في حالة تراخي حدوثه من حيث الزمان أو المكان، أي بعد عدة سنوات من تاريخ حدوثه، أو في مكان معين، فإن القواعد القانونية والمبادئ القضائية مستقرة على عدم إمكانية تعويض الأضرار غير المباشرة.

خامساً: يلاحظ أن أضرار التلوث البيئي لا تتسم بالوضوح دائماً، فأغلب حالات التلوث قد لا يوجد فيها متضرر مباشر، كما في حالة تلوث البحار وخاصة المياه الإقليمية من جراء إلقاء مخلفات السفن وخاصة البترولية منها، وهذا يعني أن دعوى المسؤولية لن تحرك لأن الضرر الذي يصيب البيئة قد لا ينعكس على الإنسان أو الكائنات الحية الأخرى. فإذا ما أصاب التلوث شخصاً أو جماعة معينة بأضرار، فإن هذا الشخص أو هذه الجماعة تعتبر متضررة من عمليات التلوث، كالسكان الذين يستنشقون هواء ملوثاً ويصابون بأمراض معينة، أو يشربون مياهاً ملوثة سببت لهم متاعب صحية، فلهؤلاء الحق في رفع دعوى المسؤولية والتعويض عن تلك الأضرار. ولكن الأمر يختلف عندما لا يكون المتضرر شخصاً أو أشخاصاً معينين.

سادساً: تتسم الأضرار البيئية بالطابع الفني، حيث تثير عملية إثباتها صعوبات جمة تتمثل بالمطالبة بمعرفة الحالة السابقة للوضع البيئي قبل حدوث الضرر حتى يمكن معالجة الضرر واعادته لوضعه السابق، كما تحتاج هذه الأضرار في إثباتها إلى الاستعانة بأهل الخبرة الفنية، فإذا تنازع الخصوم بشأن إثبات وقوع الفعل الذي أدى إلى حدوث التلوث البيئي أو نفيه، فإنه غالباً ما يتم ندب خبير في الدعوى، وهو ما يؤدي إلى امتداد فترة نظر النزاع إلى سنوات وسنوات، واستمرار وقوع الفعل الضار حتى يفصل في الدعوى بحكم نهائي، كما أنه نظراً لعدم وضوح الفعل الضار في بعض الحالات أو كونه مؤقت فإنه يحتاج إلى جهد ووقت أمام جهات الضبط والتحقيق والمحاكمة.

سابعاً : حتى لو أمكن تجاوز الصعوبات سالفة الذكر وتحقيق حماية كافية لبيئات الدول والمناطق الخاضعة لاختصاصها الوطني من خلال قواعد صارمة للمسؤولية، فإن هذه القواعد تظل قاصرة عن حماية البيئة في المناطق التي لا تقع تحت سيادة أو إشراف الدول كمناطق أعالي البحار والمحيطات والمناطق القطبية والفضاء الخارجي فلو فرضنا مثلاً أن الأنشطة التي تقوم بها دولة ما في بيئة هذه المناطق قد أسفرت عن أضرار بمكوناتها الحية أو عناصرها الطبيعية فهل يمكن تحريك مسؤولية هذه الدولة؟ وعلى أي أساس من القانون؟ ومن الذي سيتولى تحريكها نيابة عن المجتمع الدولي؟ وأكثر من هذا لو افترضنا أن جميع هذه العقبات أمكن تجاوزها والتغلب عليها وحكم بالتعويض عن هذه الأضرار فلمن تذهب هذه التعويضات؟.

المبحث الثاني: دور القانون المدني العراقي في حماية البيئة من التلوث

تعتبر قضية البيئة قضية حياة أو موت ، تهدد حياة المجتمع و الجميع ، حكما و محكومين ، فهم جميعا يتنفسون هواءا فاسدا ، وقد ساهم الإنسان في انعدام التوازن البيئي بسبب تدخلاته بصورة غير طبيعية واستغلاله السيئ لموارد البيئة و الطبيعة ، ففقدان التربة الزراعية الذي أدى إلى خفض الإنتاج الغذائي العالمي ، وظاهرة الأمطار الحمضية ، وارتفاع نسبة غاز ثاني اوكسيد الكربون ، وارتفاع درجة حرارة الأرض، وغيرها من المظاهر التي أفقدت النظام البيئي توازنه كان للإنسان يد في حدوثها^(٣٢). وإن المحافظة على البيئة مسؤولية الدول كلها فرادى وجماعات لان تلوثها سينعكس على الجميع^(٣٣)، فالجميع يبحث عن النقاء و بيئة نظيفة .و يثور التساؤل عن مدى استجابة النظام القانوني و بالذات القانون المدني لمواجهة هذا الخطر الداهم الذي يبشر بفناء البشرية لان المشكلة التي نحن بصدها يتعدى الحديث عنها إطار قانوننا المدني (فهي مشكلة تواجه كل بلاد العالم بشكل مباشر أو غير مباشر) ، وان كنا سنقتصر على تناولها من خلال القانون المدني و المسؤولية المدنية .وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نوضح في أولهما علاقة القانون المدني بالبيئة ونخصص المطلب الثاني لدور القانون المدني في حماية البيئة من التلوث .

المطلب الأول : علاقة القانون المدني بالبيئة

القانون بصفة عامة هو وليد البيئة باعتباره ظاهرة اجتماعية ، وبما انه وليد المجتمع فبالنظر إلى ما يقال بإمكانية تأثره بالبيئة التي حوله و انعكاس ذلك على تنظيمه لأنشطة الأفراد في علاقاتهم بالبيئة ، وان الأنشطة التي تحدث في الجماعة قد تكون أنشطة ايجابية تتعلق بالاستفادة من البيئة ، أو أنشطة سلبية تمثل عدوانا عليها ، وان قواعد القانون المدني التي تتعلق بتعويض الأضرار هي التي نطبقها من اجل حماية البيئة ، فالمسؤولية الناجمة عن الأضرار بالبيئة تخضع لتلك القواعد .وتعتبر أنظمة حماية البيئة من الأنظمة الوضعية الوليدة ، بالنظر إلى أن مشكلات تعدي الإنسان على البيئة باعتبارها الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه مع غيره من الكائنات الحية لم تتفاقم -وتلح في البحث عن حلول لها - إلا مع بداية النصف الثاني من القرن العشرين ، وقد انعكس ذلك على المعالجة القانونية لتلك المشكلات ، فلم ينتبه الفكر القانوني إليها إلا منذ اقل من ثلاثة عقود فقط من الزمان ، فتشريعات حماية البيئة ، ومكافحة أشكال التعدي عليها ، لم تزل في مهدها الأول . ولا يوجد ، حتى الآن ، تشريع شامل يقدم الأصول والقواعد العامة لحل المشكلات القانونية لحماية البيئة .

وعلى أي حال ، فانه لم يعد من الممكن التأخر والتفاسد عن وضع تشريعات حماية البيئة ، بعد ثبوت أن حجم ونوعية الأخطار التي تحدق بالبيئة ومواردها ، تتدرج بقدر حالة انتحار جماعي بطيء. بل وقد تعالت الأصوات المنادية بأن العيش في بيئة نظيفة صالحة للحياة أضحي من "حقوق الإنسان " الضرورية باعتبار أن حق الإنسان في الحياة والحرية وسلامة شخصه يصبح غير ذي معنى إذا لم يجد الشخص الهواء النقي الذي يتنفسه ، والماء النظيف الذي يشربه ، و التربة الصالحة التي تخرج له الزرع و الثمار التي يتغذى عليها .فالأمر إذن جدي و خطير و يستوجب الوقوف و التدبر على كافة المستويات ومن باب أولى يوجب ضرورة وجود رؤية قانونية شاملة تضع الحلول القانونية العملية التي تجابه تلك الظاهرة من أساسها ، وتحد من تداعياتها ، بل إن العدالة تقتضي أن نتدبر كيفية التعويض عن مثل هذه الأضرار ، خاصة عندما يعجز الأفراد عن المطالبة بالتعويض إزاء عدم وضوح الرؤية القانونية مع انتشار الضرر انتشارا كبيرا ، والواقع

أن كل التشريعات تهدف بصفة أساسية إلى منع الإضرار بالبيئة وضرورة المحافظة عليها ، إلا أنها ورغم كثرتها لم تبين للمضرورين كيفية المسائلة المدنية حيث أنها خلت من أي نص قانوني عملي يبين إمكانية إثارة المسؤولية المدنية و السبيل إلى ذلك ، إلا انه بالتدبر في هذه النصوص يمكن أن نلمح ببسر أنها ركزت بصفة أساسية على التصرفات التي تخلق أخطاراً على البيئة ، ومن ثم تكون مصدراً لأضرار عديدة مما يستتبع إمكانية إثارة المسؤولية المدنية من قبل المضرورين وان كان ذلك بطريقة غير مباشرة ، ومجمل القول إن النصوص القانونية وان لم تتضمن نصاً مباشراً بإمكانية و كيفية المسائلة المدنية ، إلا انه يمكن ذلك بطريقة غير مباشرة وفق ما يبدو لنا من مجمل نصوص القانون المدني .

وقد جاء قانون حماية وتحسين البيئة العراقي الجديد في مائة مادة قانونية ومقسماً على تسعة أبواب وهو من التشريعات الخاصة نظراً لتضمنه أحكاماً خاصة بمختلف الاعمال التي تمثل اعتداء على البيئة ، وإن كان لا يعد قانوناً مستقلاً ، إذ يقرر حماية قانونية لقواعد قد تكون مدنية أو إدارية ، ولذلك حق القول عليه بأنه قانون تكميلي لقواعد مدنية أو إدارية وذلك ليضمن احترامها بما يفرضه من جزاء على المخالف لأحكامها . على أنه مهما شمل هذا القانون في مواده من أحكام خاصة يقتضيها هدفه وخطته ، فلا مناص من الرجوع فيما لم يتضمنه من القواعد والأحكام والإجراءات إلى القانون العام المتمثل بالقانون المدني العراقي . ويرجع السبب في ذلك إلى أن النص الخاص يغلب على النص العام فيما تولى تنظيمه ، وتبقى الحاجة إلى النصوص والأحكام العامة فيما لم يتناوله النص الخاص ، وهذه هي علاقة قانون حماية وتحسين البيئة - " كمجموعة من النصوص الخاصة " - بالقانون المدني العراقي بوصفه " القانون العام " الذي يرجع إليه في شأن ما لم يرد به نص في هذه المجموعة .

وقد يقول البعض إن الدور الذي يلعبه القانون الدولي العام هو الدور المؤثر في حماية البيئة ، فعن طريق هذا القانون يمكن إبرام الاتفاقات الدولية من أجل حماية البيئة وبالتالي لا داعي لتدخل القانون المدني . ولكن هذا الرأي لا يمكن قبوله ، لأن القانون المدني يلعب دوراً هاماً في حماية البيئة ، فهناك العديد من المبادئ التي نص عليها القانون المدني يمكن عن طريقها حماية البيئة من التلوث مثل مبدأ حسن الجوار ، الذي من أهم عناصره عدم القيام بأمر يؤدي إلى تلوث البيئة ، كما أن القانون المدني يمنع الشخص من التعسف في استعمال الحق ، وبدون شك فإن الشخص الذي يقوم بأمر يؤدي إلى تلوث البيئة يعتبر متعسفاً في استعمال الحق ، لأن أول معايير التعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الشخص حقه بقصد الإضرار بالغير ، وأما المعيار الثاني في التعسف في استعمال الحق فيتمثل في أن يؤدي الاستعمال إلى أضرار كبيرة تلحق بالآخرين ولا تتناسب مع الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق ، أي أن الأضرار تفوق المكاسب بمراحل كبيرة ، وعلى هذا يمكن القول بأن المصنع الذي ينشأ وسط منطقة سكنية ويخرج كل يوم الأدخنة والغازات السامة ينطبق عليه المعيار الثاني من معايير التعسف ، لأن الفائدة التي يحصل عليها صاحب المصنع لا يمكن أن نساويها بالأمراض التي تصيب الأشخاص الذين يقيمون بجوار المصنع نتيجة تلوث البيئة^(٣٤) . وفي مجال القانون المدني العراقي نجد المبدأ الذي يقول بأن الشخص الذي يقوم بري أرضه يجب ألا يلوث الماء حتى يمنع الآخرين من الاستفادة بهذه المياه لأنه في هذه الحالة يكون قد اضر بالآخرين ، وكذلك فإن السماح لصاحب المصنع بإنشاء المصنع يجب أن يكون مقترناً بتعهد صاحب المصنع بالالتزام بالبيئة حرصاً على صحة الأفراد الذين يقيمون بجوار المصنع ، كما إن صاحب السيارة يكون مسؤولاً عن الدخان الذي يخرج منها فيلوث الجو نتيجة وجود عيب في المحرك ، وإذا أدى هذا الأمر إلى إحداث ضرر يكون مسؤولاً عن هذا الضرر ، ويلزمه أن يعرض المضروور عن هذا الضرر .

كما أننا نجد في إطار القانون المدني المبدأ المعروف بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . ولكي نحتمي البيئة يلزمنا أن نطور مفهوم الخطأ البيئي حتى يمكن أن نطبق المبدأ السابق على كل من يقوم بأعمال تؤدي إلى تلوث البيئة ، وفي الفترة الأخيرة صدرت العديد من القوانين التي تدافع عن البيئة وتمنع تلوثها ، وقد قامت هذه القوانين بحظر العديد من الأعمال التي تعتبر تعدياً على البيئة كالأعمال التي تؤدي إلى تلوث البيئة أو التي تهدد الحياة والنباتات والحيوانات ولكن هذه الأمور ما زالت في مراحلها

الأولى و لا يمكن الاعتماد عليها في القول بوجود قانون دولي لحماية البيئة ، وعلى هذا الأساس يظل السؤال مطروح قائماً وهو يتعلق بالدور الذي يمكن أن يلعبه القانون المدني في مجال حماية البيئة .

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول انه من المعروف أن المسؤولية المدنية المبنية على المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي التي أكدت على أن كل خطأ يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ولكنها تلزم طالب التعويض بان يثبت خطأ الشخص المسؤول، سواء كان هذا الخطأ قد وقع من الشخص عمداً أو انه لم يكن عمداً بل كان نتيجة إهمال و عدم تبصر ، ويمكن القول بان إثبات الخطأ في مجال تلوث البيئة صعب التحقيق ، والسبب في ذلك هو طبيعة النشاط الذي يؤدي إلى تلوث البيئة ، فإذا لاحظنا على سبيل المثال المواد التي تلقى في المياه يصعب القول بأنها السبب المباشر في إحداث الضرر و الذي على أساسه يطلب المدعي التعويض ، لان هذه المواد تختلط مع الملوثات الأخرى ، كما أن المواد الملقاة في المياه نفسها تتحلل إلى عناصر كيميائية يتعذر معها القول بوجود خطأ إلا بالرجوع إلى المتخصصين ، وهذا الأمر صعب التحقيق فلا يستطيع المتضرر أن يتحمل نفقات هذا التحليل ، وهو أمر سيصعبه حتماً بالإحباط ، ويجعله عاجزاً عن رفع الدعوى لأننا متأكدين من حدوث الضرر ، ولكننا عاجزين عن معرفة الشخص الذي أحدثه . كما إن الضرر قد يحدث نتيجة نشاط مشروع و متفق مع اللوائح الإدارية فالمصنع الذي يخرج الأدخنة و الغازات السامة التي تؤدي إلى تلوث البيئة ، يقوم بنشاط مشروع من الناحية الإدارية ، فالإدارة قد صرحت لصاحب المصنع بإنشائه وربما يقول صاحب المصنع انه راعى كافة الأمور التي طلبتها الإدارة ، ولكنه في النهاية يلوث البيئة ، وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بوجود خطأ من جانب صاحب المصنع وإنما يلزم البحث عن أساس آخر نقيم عليه هذه المسؤولية ، حتى يمكن القيام بتعويض المتضرر^(٣٥).

ويمكن القول بان الضرر الناجم عن تلوث البيئة ينبغي مواجهته بقواعد أخرى تخرج على القالب التقليدي للمسؤولية المدنية ، لان الإصرار على تطبيق هذا القالب يؤدي إلى حرمان المضرور من التعويض ، فصعوبة إثبات الخطأ و الضرر و علاقة السببية يجب ان لا يعني حرمان المضرور من التعويض ، و للتغلب على هذه الصعوبة نجد أمامنا رأيين أحدهما ينادي ببقاء قواعد المسؤولية المدنية كما هي مع نقل عبء الإثبات ، بينما نادى البعض إلى المسؤولية الموضوعية وهي المسؤولية التي لا تعتمد على وجود الخطأ .

فإذا كنا بصدد مشكلة يتعدى الحل المقترح بشأنها حدود القواعد العامة في القانونين الدولي العام و المدني الأمر الذي شكك في مدى ملائمة قواعد المسؤولية في القانون المدني في المساهمة في حلها ، فانه ما زال هناك النصيب الأكبر لقواعد القانون المدني للتصدي لهذه المشكلة من خلال ضرورة تطوير أو تطوير القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية حتى تستجيب للطبيعة الخاصة للأضرار البيئية سواء فيما يتعلق بأساس المسؤولية أو طبيعة الضرر المطلوب إصلاحه أو المرونة في فهم علاقة السببية بين النشاط الضار و الضرر الناشئ عنه ، وإذا كنا بصدد نقص في أحكام القانون المدني عن مواجهة خصوصية المسؤولية عن الأضرار البيئية فان هذا النقص ظاهرة في كافة التشريعات الوضعية الدولية و الوطنية ، وهذا النقص أو الفراغ القانوني لا يؤدي إلى محو القواعد التقليدية المتعارف عليها في مجال المسؤولية المدنية و لا يضر من ذلك كون المشرع تصدى لأنواع النشاط الضار الذي يؤثر على احد عناصر البيئة ، مثل قوانين الزراعة و المرور و التعليمات التي تناولت مجال المباني و الإسكان على اعتبار إن إنشاء المدن و تنظيمها من المسائل الهامة لتحسين البيئة ، حيث يتم الإنشاء على أسس علمية لضمان حياة اجتماعية وصحية هامة ، فهذه القوانين وغيرها تدور في فلك القانون المدني باعتباره الشريعة العامة الذي يحكم النشاط الضار ، و لا يؤثر في ذلك القول بان الضرر البيئي ضرر جماعي يمس ملكيات مشتركة (كالهواء و الماء) أو ينال من حاجات ليس لها صاحب مما يهدر المسؤولية المدنية لعدم قدرتها على مواجهة المشكلات الحادة التي أفرزها التقدم العلمي و الصناعي و جعلها تعاني من أزمة قاتلة . فلا يجوز اعتماد هذا القول و يكفيننا أن نشير إلى المبادئ العامة التي يتناولها القانون المدني و موضوعاته حتى يمكننا تقييم مدى ملائمة قواعد المسؤولية المدنية عن النشاط الضار بالبيئة و عناصرها ، فإذا كان القانون الدولي البيئي يقوم على مجموعة القواعد القانونية التي تجد مصدرها الأساسي في الاتفاقات الدولية في مجال صيانة البيئة ، وفي مجال تحديد المسؤولية الدولية عن أضرار تلوث البيئة فان القانون المدني يتوج هذه الحماية للبيئة من خلال مجموع المبادئ التي تشكل ركائز

أساسية لهذا القانون ، حيث يمكن إعمالها في مجال حماية البيئة ، كمبدأ حسن الجوار ومنع الضرر البيئي ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق^(٣٦) ، فقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني تعد هي الشريعة العامة و التي يتعين الرجوع إليها عند الاقتضاء ، وسنوضح ذلك في المبحث الثالث .

المطلب الثاني : دور القانون المدني العراقي في حماية البيئة

بالرغم من حداثة تناول قواعد المسؤولية المدنية لموضوع الأضرار البيئية، إلا أن القانون المدني العراقي عالج موضوع التكيف القانوني لمختلف العناصر الطبيعية ضمن منظار تقليدي قبل ظهور الحديث عن حماية العناصر الطبيعية وقانون حماية البيئة ، إلا أن هذا التكيف التقليدي للعناصر الطبيعية والعلاقات البيئية وعائدية ملكيتها لازال يشكل عقبة حقيقية لحماية هذه العناصر البيئية وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول.

الفرع الأول : التكيف القانوني للعناصر البيئية

قد تكون الصعوبة في بحث مشكلة ملكية العناصر البيئية متمثلة في قول الفقهاء " ان البيئة ليست ملكا ل احد " فقد تكون هذه العبارة مقبولة لاول وهلة باعتبار ان لا احد يستطيع الادعاء بملكية عناصر الطبيعة ملكية خاصة ، لكن العبارة الثانية وان كانت صحيحة الا انها لا تؤدي الى معنى العبارة الاولى بان عناصر الطبيعة ليست مملوكة لاحد ، والا كان من حق أي شخص ان يتصرف بها كما يشاء باعتبارها مال متروك^(٣٧) ، والامر ليس بهذه البساطة فعناصر البيئة يمكن تقسيمها الى ثلاث مجموعات :

١- موارد طبيعية يمكن حيازتها و احرازها من قبل الافراد كالارض و الاشجار و المنقولات وتسمى اموالا منقولة .

٢- موارد لا يمكن حيازتها او احرازها كالشمس و الهواء و الكواكب و مياه البحار و الانهار حيث هي غير متقومة و لا يمكن تملكها ملكية خاصة .

٣- موارد مباحة ، ويدخل فيها كل ما خلقه الله سبحانه و تعالى للانتفاع كالطيور في الهواء و الاسماك في البحار او الحيوانات البرية^(٣٨) . ورغم ان حق الملكية يبيح للأفراد الاستفادة و التصرف في ما يقرر عليه حق الملكية في النوعين الاول و الثالث دون الثاني الا ان ذلك مقيد بالانتفاع بما لا يخالف القوانين و اللوائح وقاعدة عدم التعسف في استعمال الحق^(٣٩) ، و تخضع العناصر الطبيعية التي تعد موضوع الحماية البيئية بحسب طبيعتها وخصوصياتها الفيزيائية إلى نظم قانونية متنوعة تضبط كيفية تملكها و تؤثر على فعالية نظم الحماية المقررة لها. وبذلك يعتبر التكيف القانوني للعناصر الطبيعية في القانون المدني أهم مدخل للبحث عن كيفية حماية هذه العناصر^(٤٠) .

فالقانون المدني ينظم العناصر الطبيعية القابلة منها للتملك و غير القابلة للتملك، ويحدد لها وصفا قانونيا تتحدد على ضوءه فعالية حمايتها القانونية من كل أشكال الاعتداء ، ونظرا لتدهور العناصر الطبيعية التي يخضعها القانون المدني للملكية الخاصة أو الملكية المشتركة، وجب مناقشة أثر التكيف القانوني على ضمان حماية العناصر غير القابلة للتملك مثل النباتات البرية والحيوانات البرية .

١ - الطبيعة القانونية للعناصر الطبيعية في القانون المدني

يصنف القانون المدني العراقي عناصر البيئة ضمن الأشياء، وتقسم الأشياء إلى عقارات أو منقولات، وتخضع هذه الأشياء إلى قواعد قانونية مختلفة بحسب مالكتها وطبيعتها، فبالنظر إلى مالكتها فهي إما أن تكون ملكا عاما أو خاصا، وبالنظر إلى طبيعتها إما أن تكون قابلة للتملك، أو غير قابلة للتملك كالهواء والضوء ، وهذا ما بيّنه القانون المدني بقوله : "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها " وفي ضوء ذلك تتحدد الطبيعة القانونية لهذه الأشياء بالنظر إلى خصائصها الفيزيائية والتي ضبطها الفقه في ثلاث خصائص : تتمثل الخاصية الأولى في أنها غير منتجة من قبل الإنسان وتتجدد حسب مسار طبيعي، والثانية في كونها أشياء ضرورية للحياة، والثالثة في أنها تعتبر أشياء موضوع استهلاك جماعي ، فتجعل هذه الخصائص من العناصر البيئية كالماء والهواء، أشياء مشتركة بطبيعتها بين جميع الناس.

ولكن هذه الخصائص الفيزيائية السالفة الذكر التي تجعل من الشيء ملكا مشتركا لا تمنع من إمكانية اللجوء إلى إجراءات معينة لتنظيم استعمال هذه الأموال المشتركة ، وبذلك يتحدد حق كل مستعمل لها بضرورة عدم المساس بحقوق الآخرين في استعمال هذا الحق .

وإضافة إلى العناصر البيئية الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها كالماء والهواء، توجد عناصر بيئية يمكن بطبيعتها أن تدخل ضمن نطاق الملكية، وهي إما أن تكون عقارات أو منقولات أو عقارات بالتخصيص ، وحدد القانون المدني نطاق ملكية العناصر الطبيعية القابلة للتملك بقوله: "مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية حيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير"، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا . وهذا الحكم المبين لحدود ملكية الأرض، يخول لمالك الأرض سلطة التصرف فيما يقع فوقها وتحتها، ولكن بعض العناصر البيئية كالنباتات التي تنبت أو الحيوانات التي تعيش فوق أراضي مملوكة للأفراد، تطرح صعوبة حمايتها، لأنها طبقا لهذا الحكم تصبح موضوع استعمال وانتفاع بمجرد وضع اليد عليها^(٤١).

يتضح من خلال تكييف القانون المدني للعناصر الطبيعية البيئية أن المعيار المطبق في تكييفها هو معيار التملك- الملكية- الذي لا يأخذ بعين الاعتبار إلا المنفعة التي يمكن أن تنتج عنها. ويلاحظ الفقه أن الواقع البيئي لهذه الأصناف الطبيعية غائب تماما عن التكييف القانوني لهذه العناصر الطبيعية ، وبهذا المعنى النفعي المحض الذي ينتهجه القانون المدني في وصف كل العناصر الطبيعية التي تقع ضمن نطاق الملكية، فإن سلطة التصرف تصبح هي المبدأ، والحماية المقررة تصبح الاستثناء، ويتجسد ذلك في أنه لا يتم اللجوء إلى القواعد القانونية لتقييد سلطات المالك إلا إذا وجد تهديد وشيك باندثار أو انقراض صنف نباتي أو حيواني.

٢- التكييف القانوني للنباتات و الحيوانات البرية والأموال العامة

تعتبر هذه العناصر الطبيعية من النوع الثالث من الموارد البيئية ولا يمكن القول إنها غير مملوكة لاحد بل هي ملك للجميع ملكية شائعة ، بل إنها ليست مملوكة للجيل الحاضر بل للأجيال المستقبلية أيضا و لذلك تطلق عليها بعض القوانين الدمة الجماعية للامة^(٤٢)، بل إنها تعتبر تراث مشترك ليس لامة معينة في بيئتها فقط ، بل هي تراث مشترك للانسانية ، والدليل على ذلك ان الانشطة التي تعتبر ضارة بالبيئة قد لا تقتصر على سماء و اجواء دولة معينة او اقليم معين ، بل قد تنتشر الى بلاد بعيدة ، بل قد تؤثر على المناخ الارضي بمجمله^(٤٣). وبناء على ما تقدم فقد ذهب فقهاء القانون الى اعتبار النباتات الملتصقة بالأرض عقارات بالتخصيص، وعليه فإنها تدخل ضمن ملكية صاحب العقار، وتسمح لصاحبها بالتصرف فيها، وبمجرد نزع هذه النباتات تصبح منقولات، ولكنها تبقى دائما في حوزة مالك العقار.

ولكن قد تكون بعض أنواع النباتات مهددة بالانقراض ومفيدة للبيئة لذلك تصدر الدولة قوانين لحمايتها و تخصص أراض معينة لزراعتها وتطلق عليها مسمى محميات طبيعية ، وتعتبر الأحكام المنظمة لهذه المجالات جزء من القيود التي ترد على سلطة المالك، وعلى ضوءها تنقل أو تتعطل حقوق الأفراد الواردة على هذه الفئة. ويرى بعض الكتاب، أن الحماية المقررة للنباتات البرية التي تخرج عن المجالات المحمية تظل محدودة في إطار السلطات الواسعة الممنوحة للمالك.

أما بالنسبة للحيوانات البرية^(٤٤) فيعتبرها القانون الوضعي منقولات قابلة للاستهلاك، أو أشياء غير مملوكة لأحد بحسب الوضعية التي تتواجد فيها، بالإضافة إلى أنها قابلة للتملك بمجرد وضع اليد عليها ، أما الحيوانات البرية المتواجدة خارج المحميات الطبيعية أو الصناعية (حداق الحيوان) فإنها تعرف نظام حماية بسيط^(٤٥).

وبالنظر إلى التكييف القانوني الذي أضفاه المشرع على العناصر البيئية، وأمام الصلاحيات الواسعة في التصرف في العناصر البيئية خاصة الخارجة منها عن المجالات المحمية، يظهر بأن القانون قد هيا للأفراد إطارا واسعا للتصرف واستعمال هذه الأملاك ، مما يجعل بقاءها أو سلامتها مرهونا بإرادة المالك، وهو ما دفع بالفقه إلى اعتبار هذا التكييف في حد ذاته هو تأسيس قانوني للحق في تحطيم البيئة^(٤٦).

أما العناصر البيئية التي تندرج ضمن نطاق الأموال الطبيعية العامة المملوكة للدولة فتعتبر عقارات ، لأن المشرع العراقي لم يصنف النباتات والحيوانات ضمن الأملاك الوطنية، إلا أنه يمكن اعتبارها في بعض الحالات عقارات بالتخصيص إذا كانت مرتبطة بالملك العام.

كما تكيف في حالات أخرى على أنها ليست ملكاً لأحد، وأنها تصبح ملكاً لأول من يحوزها مثل الطرائد المصطادة من الحيوانات البرية، أو النباتات والأعشاب البرية التي يجمعها الأفراد. وتشمل الأموال العامة الطبيعية المجالات البحرية الوطنية، و المجال الجوي، والثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية والواقعة في كامل المجالات البرية والبحرية والجوية للعراق. ونظراً للأهمية البالغة للأموال العامة فقد خصها المشرع بنظام حماية خاص، حيث نص على مبدأ عدم قابلية التصرف، والتقاعد، والحجز، كما نص على نظام عقابي صارم على كل متجاوز عليها .

الفرع الثاني: الطرق القانونية المعتمدة لحماية الأنظمة البيئية

لا يمكن إنكار حدوث بعض التحولات في التفكير القانوني لتنظيم حماية البيئة من خلال دمج المسار التقني والعلمي مع المسار القانوني، باعتبار أن العلاقات البيئية بين مختلف العناصر وتفاعلاتها تعد علاقات ذات طابع علمي وتقني محض، لذلك فإن العلوم القانونية لوحدها باعتبارها علوم اجتماعية لا يمكن أن تأطرها. ولتوضيح دور القانون المدني في حماية البيئة سنبحث أولاً في أسباب تأخير توفير الحماية القانونية للبيئة من التلوث ، وسنبحث ثانياً : تهميش القانون الخاص في عملية تسيير البيئة.

أولاً: أسباب تأخير توفير الحماية القانونية للبيئة من التلوث

إن الشرط الأساسي لنجاح احتضان القانون المدني لقواعد حماية فعالة للأنظمة البيئية، يتم من خلال إعطاء مجالات أوسع للقواعد التقنية وللخبرة في حصر الخلل الواقع بين مختلف العناصر البيئية وأسبابه وطرق علاجه.

وتشير أغلب التقارير المتعلقة بحماية البيئة إلى وجود حالة تدهور بيئي متصاعد الوتيرة وعلى كل المستويات ، وبخاصة التدهور البيئي الحاصل للعناصر الطبيعية، أي الضرر البيئي الذي يعرفه الفقه بأنه الضرر الذي يصيب الوسط الطبيعي بمعزل عن أي مصلحة بشرية جسمانية كانت أو مادية. هذه الوضعية المتفاقمة يفترض أنها تسرع الاعتراف بالضرر البيئي لإقرار حماية قانونية وقضائية فعالة لهذه الأوساط والعناصر ، إلا أن كل ذلك لم يدفع المشرع والقضاء على حد سواء إلى اعتماد قواعد واضحة للاعتراف بالضرر البيئي.

ويمكننا حصر أسباب هذا التأخير أو التراخي في التجسيد القانوني للضرر البيئي ضمن النظام القانوني المدني في العراق إلى جملة من التراكمات ذات الطابع الاقتصادي والسياسي، والتي دفعت إلى إنكار وعدم الاعتراف بالضرر البيئي وبالتالي إلى تطور القواعد وأساليب الحماية للبيئة ضمن القانون العام على حساب الآليات التي يكفلها القانون الخاص، وكالتالي :

١- دور التراكمات الاقتصادية والسياسية على نفي الضرر البيئي من خلال تبني مختلف البرامج الوطنية في العراق تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية شاملة، ومن أجل ذلك تم تنظيمها قانونياً ووضع برامج للتصنيع والعمران وتطوير الزراعة والخدمات... الخ، الأمر الذي أحدث انعكاسات سلبية مباشرة على مختلف عناصر البيئة، ودون أن يقابل ذلك تقنين قانوني للضرر البيئي الناجم عنها طيلة فترة طويلة-، سواء من خلال تسهيل انطباق قواعد المسؤولية المدنية على الآثار السلبية للنشاطات الاقتصادية أو من خلال تحديد آليات حماية البيئة.

٢- تسببت أنماط الاستغلال الخاطئ للبيئة ، وعدم الاعتراف بالفشل لدى السلطات السياسية في تأخير إيجاد الإطار القانوني والتنظيمي والمؤسسي المتعلق بحماية البيئة .

٣- التأخير الشديد في اعتماد الأساليب الحديثة لمكافحة التلوث كأدوات التشاور والاتفاق والشراسة ونظام التحفيز المالية.

٤- اعتماد منهج النظام الاقتصادي التداخلي الذي يتسم بملكية الدولة للمنشآت والنشاطات الملوثة، وما تبعه من اعتبار السلطات العامة المسئول الأول وشبه الوحيد عن كل حالات التدهور التي أصابت أغلب العناصر

والأوساط الطبيعية أي الأضرار البيئية في العراق . ولذلك فإنه لم يكن مقبولا ماديا تحمل الدولة أيضا تبعات مالية إضافية لإزالة التلوث .

هذه الأوضاع الاقتصادية والمالية ساهمت كلها في عدم الاعتراف بالضرر البيئي، ولم يحدث تحول جذري في اعتماد سياسات وقواعد بيئية إلا بعد تغير النهج السياسي المتبع ، وبعد تغيير المواقف اتجه المشرع إلى اعتماد سلسلة من القواعد المتعلقة بحماية البيئة، إلا أنه اهتم بتطوير أساليب حماية بيئية في إطار القانون الدولي العام وعلى حساب القانون المدني الخاص.

ثانيا : تهميش القانون الخاص في عملية تسيير البيئة

بعد فترة التحول التي شهدتها العراق على المستوى السياسي والاقتصادي، ظهر اهتمام بموضوع حماية البيئة على المستوى السياسي من خلال إدراج سلسلة من البرامج والمخططات الوطنية والمحلية ، وكذلك من خلال تدعيم الإطار القانوني والمؤسسي لحماية البيئة . وما يمكن ملاحظته على التحديثات التي طرأت على قوانين حماية البيئة هو أنها شملت في أغلبها القانون العام، من خلال تطوير أساليب إدارية وقائية انفرادية وأساليب تشاورية بين الإدارة والملوثين، وقد بلغت هذه القواعد الإدارية للبيئة حدا أصبح بالإمكان القول بأن قواعد الحماية للبيئة تتعلق بالقانون الإداري للبيئة بامتياز.

ونتيجة لذلك فإن نصيب قواعد القانون المدني في حماية البيئة ظل محصورا ، ولم تطرأ عليه تحسينات، كما ظلت قواعد المسؤولية المدنية سواء المتعلقة منها بالشكل أو المضمون على حالتها، لتكون هي ذاتها عقبة أمام أية مطالبة يمكن أن يثيرها الأفراد أو الجمعيات ضد الآثار السلبية للسياسة الوطنية للتنمية.

ومن ناحية أخرى عند استقراء أغلب النصوص التي شرعت في مدة زمنية قياسية وشملت جميع الموضوعات البيئية، نجد أنها تتميز بطابع تقني يصعب على رجال القانون فهمه واستيعابه، وبذلك فإنها لم تساهم بشكل واضح في ترقية قواعد وآليات القانون المدني في المحافظة على البيئة ، إذ نجد أن هناك نوعا من الهيمنة والغلبة للقواعد ذات الطابع الضبطي التقييدي ، على حساب قواعد المسؤولية المدنية، مما ينم عن قصور السياسة العامة لحماية البيئة.

ورغم أن التحديث التشريعي في مجال حماية البيئة لم يطل بصورة جوهرية الآليات التي تضمنتها القوانين الخاصة، إلا أن فعاليتها في ضمان احترام الحقوق ذات الطابع العام، كالحق في بيئة نظيفة وسليمة، ووضع حد للأضرار البيئية يعد أمرا محسوما نتيجة اقتناع شبه يقيني بأن الإدارة لا يمكن أن تضمن بالضرورة وفي كل الحالات حماية فعالة للبيئة من كل الاعتداءات . لذلك تظهر اليوم أهمية هذه الآلية الشخصية " الحق في مقاضاة المتسببين في الاعتداء على البيئة"، إلى جانب التدابير الإدارية التي تعد أفضل ضمان لتحقيق الموازنة بين جمود أو غلو الإدارة أو تواطئها . ويعتبر الفقه أن ظهور الحقوق الشخصية المتعلقة بالبيئة هو السبب الحقيقي في ظهور دواعي التجديد في أسس المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي ، وبناء على هذا الأساس وجب إعادة تطوير قواعد المسؤولية المدنية من خلال إقرار مركز قانوني واضح للضرر البيئي لتوفير آلية فعالة في متناول كل فرد للدفاع عن بيئة نظيفة وسليمة .

المبحث الثالث : المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي في القانون المدني العراقي

يعتبر القانون المدني وليد البيئة باعتباره ظاهرة اجتماعية، فيتأثر بالبيئة، ويعمل على تنظيم المعاملات البيئية، سواء كان هذا النشاط ايجابيا يتعلق بالاستفادة من خيرات البيئة، أم سلبيا يمثل عدوانا على مكوناتها . وعند دراسة مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي نجده قد قسمها الى نوعين^(٤٧) هما : مصادر ارادية (تتمثل في العقد والارادة المنفردة) ، ومصادر غير ارادية (وتتمثل في القانون ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا سبب) والتي تعد من الوقائع القانونية التي تختلف عن التصرف القانوني^(٤٨). وبما ان كل حق يقابله واجب فان على صاحب الحق أن يرفع الواجب الملازم لحقه ويحترمه وإلا تحمل تبعة المسؤولية القانونية المدنية وتوقيع الجزاء الذي يقرره القانون ، فالمسؤولية تعتبر محور اي نظام قانوني، لانها هي وحدها القادرة على تفعيل هذا النظام وتحويله من مجرد قواعد نظرية الى التزامات قانونية ، واذا كانت احكام المسؤولية هي سلاح رجال القانون البارز لمواجهة اي خطر يمس حقوق الافرد وامنهم ، ويعوض المضرورين، فان هذا

الدور يكتسب الأهمية الخاصة في مجال اضرار التلوث البيئي لان نجاح النظام القانوني مرهون بمدى استجابته لمتطلبات ذلك التطور ، سواء من خلال مواجهة مستجداته او المرونة في تطبيقها .
و المسؤولية بشكل عام تعني: المحاسبة و المؤاخذه على ما كلف به الانسان ، فمن يكلف بشئ فعليه ان يؤديه او يقوم به على الوجه الامثل . اما المسؤولية المدنية فيقصد بها: مجموعة القواعد القانونية التي تلزم كل من سبب ضررا للغير بجبر هذا الضرر وذلك بتعويض المضرور عما اصابه من ضرر ، فالخطأ أو العمل غير المشروع هو عماد المسؤولية فإذا انتفى لا تترتب مسؤولية المدعي عليه ولو كان قد ثبت أن نشاطه قد تسبب في الأضرار المدعى بها.

والمسؤولية المدنية قد تكون عقديه او تقصيرية^(٤٩)، أي ان المسؤولية المدنية عن الاضرار بالبيئة قد تكون عقديه (إذا تحققت اركانها)، او تكون تقصيرية وهذا هو الغالب لعدة اسباب اهمها: انه في مجال اضرار البيئة عادة لا يكون ثمة عقد بين المضرور ومسبب الضرر، وبالتالي لا يكون حدوث الضرر نتيجة لعدم الالتزام، كما ان المسؤولية التقصيرية عامة ذات نطاق اوسع واشمل من المسؤولية العقدية بحيث انها تستوعب صور تعدي الانسان على البيئة وخطورة هذا التعدي، اضافة الى ذلك ان قواعد المسؤولية التقصيرية متصلة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على التخفيف او الاعفاء منها ، واخيرا فان التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، في حين يشمل التعويض في المسؤولية العقدية الضرر المباشر المتوقع ، لذلك كان تأسيس المسؤولية المدنية عن الاضرار التي تصيب البيئة مسؤولية تقصيرية اشمل واوسع^(٥٠). وعلى هذا النهج سار قانون حماية وتحسين البيئة العراقي فقد نص في المادة ٣٢/٣٢ فقرة اولاً منه على

(يعد مسؤولاً كل من سبب بفعله الشخصي أو إهماله أو تقصيره أو بفعل من هم تحت رعايته أو رقابته أو سيطرته من الأشخاص أو الأتباع أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات ضرراً بالبيئة ويلزم بالتعويض وإزالة الضرر خلال مدة مناسبة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك بوسائله الخاصة وضمن المدة المحددة من الوزارة وبالشروط الموضوعية منها) .

مما تقدم يمكننا تعريف المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة بانها : مجموعة القواعد القانونية التي تلزم كل من احدث اية اثار سلبية او ضارة بالبيئة بجبر هذا الضرر واعادة الحال الى وضعه السابق بقدر الامكان ، فإذا تترتب ضرر للغير بفعل نشاط انساني معين اضر بالبيئة التزم من قام به بإصلاح ذلك الضرر و التعويض عنه عينا أو نقداً . فمخالفة الواجبات أو الالتزامات المتعلقة بحماية البيئة يستوجب مساءلة المخالف في القانون الداخلي ، وإلزامه بإصلاح الضرر الذي تترتب على تلك المخالفة وتلك هي المسؤولية عن الأضرار البيئية ، ومما لا شك فيه أن البحث في قواعد المسؤولية المدنية كأساس للتعويض عن الضرر البيئي يواجه الكثير من الصعوبات ، فأحكام المسؤولية الخاصة عن الأضرار البيئية، هي من الموضوعات المعقدة والدقيقة والتي لم تستقر معالمها وتتضح حتى الآن إذ ما زال يشوبها الكثير من الغموض وعدم التحديد، سواء بما يتعلق بتحديد نطاق الحماية (عناصر البيئة) ، او أساس المسؤولية ، ومدى استجابة قواعد المسؤولية لتحقيق أهدافها في مجال ما زال يتسم بالغموض ، من حيث مناقشة السلوك الخاطئ باعتباره قوام المسؤولية المدنية التقليدية ، وطبيعة الضرر البيئي ، و القواعد التي تحكم التعويض ، ومدى استجابة الضمير الإنساني لمقاومة السلوك البشري أو الحد منه إذا كان من شأنه أن يؤثر على العوامل الطبيعية التي ورثها الإنسان على الأرض ، فضلاً عن المشاكل التي يثيرها تلوث البيئة . وسنتناول هذه المسؤولية في المطلب الثاني، ولكن يجب علينا أولاً من التحدث عن اركانها وذلك في المطلب الاول .

المطلب الأول: اركان المسؤولية المدنية عن الاضرار عن البيئة

إذا حاولنا إلقاء نظرة على مدى إسهام المسؤولية المدنية في الحد من المشاكل البيئية المطروحة بحدة على الساحة ، مثل تدهور الغطاء النباتي، وتراجع الثروة الحيوانية، وتلوث الأوساط المستقبلية من ماء وهواء وتربة، وانجراف وتشويه عمراني وتناثر النفايات، نجد أن إسهامها جد محدود إن لم نقل معدوم، وذلك بالنظر إلى قلة الدعاوى المثارة في المجال البيئي. ونتيجة لعدم تداول قضايا بيئية كثيرة أمام القضاء ، اذ لم تتبلور ممارسة كافية ومستمرة ، ليتضح على ضوءها موقف القضاء من قبول أو عدم قبول الدعاوى الموجهة

سواء من الأفراد أو الجمعيات لحماية العناصر الطبيعية من الضرر البيئي. ولكي نستطيع التعرف بشكل دقيق على الاساس القانوني للمسؤولية المدنية لا بد لنا اولا من التحدث عن اركان هذه المسؤولية ، فلكي يتدخل المشرع بوضع قوانين وجزاءات معينة في نصوص قانونية ، ولكي يقرر القاضي المسؤولية والتعويض على شخص معين ، لا بد وأن يقوم هذا الأخير بافعال على أساسها يمكن أن توجه إليه المسؤولية ونوجب عليه التعويض . والأمر قد لا يثير أي مشكلة قانونية إذا ما تعلق بفعل مادي معين يترتب عليه نتيجة مادية محددة بصورة مباشرة طالما توافرت علاقة السببية بين النشاط والنتيجة ، أو إثبات نشاط يمنع القانون حتى ولو لم تتحقق نتيجة معينة ، ولكن في التلوث البيئي الوضع مختلف جدا ، فنشاط الانسان هنا يتخذ طبيعة خاصة تتفق والطبيعة المتغيرة والمتطورة لشكل الاعتداء البيئي ، كما أن النتيجة المتحصلة من جراء هذا النشاط قد يكون من الصعب تحديدها نظراً لكونها قد لا تترتب مباشرة على أفعال الإضرار ، ولكنها تترتب على فترات قد تطول أو تقصر. مجمل القول إذن أن المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي هي مسؤولية من نوع خاص ، الأمر الذي يتطلب منا - أمام هذه الحقيقة - إلقاء المزيد من الضوء على أفعال الإضرار بالبيئة وما قد تسفر عنه هذه الأفعال من نتائج ، وبما ان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية ام تقصيرية تقوم على ثلاثة اركان يجب توافرها وهي : الخطا و الضرر و العلاقة السببية بينهما .سنوضح هذه الاركان في ثلاثة فروع ، وكالتالي :

الفرع الاول : الخطا : يعتبر الخطا او الفعل غير المشروع العنصر الاساسي في المسؤولية المدنية ، فالاصل ان الانسان يملك حرية التصرف و الاختيار شرط ان لا يلحق اذى بغيره من الاشخاص او اموالهم ، فاذا تسبب فعل الانسان غير المشروع بضرر للغير فان هذا الشخص ملزم بالتعويض وهذا ما اكدته المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي .

وقد يتخذ الخطا الذي يؤدي الى حدوث التلوث البيئي صورة فعل ايجابي ، وقد يتحقق بمجرد الامتناع عن فعل معين متى كان هناك واجب قانوني على الشخص باتيان هذا الفعل وكان في استطاعته القيام به ، فالخطا الموجب للمسؤولية المدنية عن اضرار التلوث البيئي يمكن ان يتحقق بمجرد عدم الحذر ، و لا يقبل من المسؤول دفع مسؤوليته بادعاء جهله بالقانون او عدم كفاءة وسائل منع التلوث التي يستخدمها^(٥١) وسنوضح ذلك كما يلي :

١- الفعل الايجابي : يتمثل الخطا في فعل ايجابي باضافة مواد ضارة بالبيئة او اي فعل من شأنه احداث ضرر وشيك عليها ، وقد يأخذ شكل الانبعاث في الهواء كاحراق الطاقة وتلويث الهواء الجوي ، كما يتم في صورة القاء النفايات و المواد الضارة التي تؤدي لتلوث البيئة ، ولا يثير اثبات الخطا في مثل هذه الحالات صعوبة كبيرة ، حيث يتخذ الخطا صورة مادية ملموسة وبالتالي يمكن تحديد مرتكبه .

٢- الفعل السلبي (الامتناع) و يتمثل الخطا هنا في الامتناع عن فعل معين متى كان هناك واجب قانوني على الشخص باتيان هذا الفعل، وكان في استطاعته القيام به، ولكنه لم يقم به مما ادى الى حدوث تلوث بيئي ، ومثاله التزام المنشآت بعدم انبعاث او منع تسرب ملوثات الهواء بما يجاوز الحد المسموح بها، او عدم توفير سبل الحماية اللازمة للعاملين لتنفيذا لشروط السلامة و الصحة المهنية ، وكالزام ربان السفينة باتخاذ الاحتياطات الكافية لمنع او تقليل اثار التلوث قبل او بعد وقوع العطل في السفينة، والتزامه باخطار الجهة الادارية فور تفريغ الحمولة عن اي عطب بالسفينة او احد اجهزتها^(٥٢) .

٣- كما ويتمثل الخطا البيئي باي اخلال بالالتزام قانوني يقتضي اتخاذ الحيطة و اليقظة في السلوك ابتغاء عدم الاضرار بالغير فهو يتخذ صورة سلوك منحرف متعمد للشخص^(٥٣) في ميدان اضرار البيئة كقيام الشخص بافعال تضرر بالاشخاص او البيئة التي حوله سواء كان اخلالا متعمدا او غير متعمد وسواء صدر من مميز او من عديم التمييز (م/ ١٩١) ، كان يقصد شخص وضع مواد شديدة السمية في ينابيع المياه التي ترتادها حيوانات الاخرين بقصد الحاق الضرر بها ، او قيام شخص بكسر مجاري الصرف الصحي ، مما يجعل مياه المجاري تسيل في عرض الشوارع محدثة بركا من المياه الاسنة ينجم عنها مضايقة للسكان تتمثل في الروائح الكريهة والحشرات الضارة^(٥٤) .

اما بالنسبة للاهمال فهو صورة من صور الخطا ، فكل اهمال او عدم احتراز مهما كانت درجته يشكل الخطا الموجب للمسؤولية المدنية اذا سبب هذا الاهمال ضرر للأفراد او العناصر البيئية^(٥٥) ، وقد يشكل الاهمال المصدر الاساسي للخطا غير القصدي ، فالاهمال يتمثل بالفعل الذي يقتضيه الملوث دون نية ايقاع الضرر بعناصر البيئة ، فيكون الضرر ناجما عن قلة احتراز و تبصر وعدم اتخاذ ما هو مطلوب لاجل منع تاذي الآخرين و البيئة ، فنية اذاء البيئة متغيبه الا انه يسال عن تقصيره و اهماله^(٥٦) .

كما ان التعسف في استعمال الحق يعتبر خطا يوجب المسؤولية المدنية التقصيرية ، فالقانون يعطي الاشخاص حرية ممارسة حقوقهم، لكنه يرسم لهم حدودا لا يستطيعون تجاوزها، لانهم بتجاوزها يكونون قد تعسفوا في استعمال حقوقهم ، و للتعسف في استعمال الحق في مجال الاضرار البيئية مجال خصب خاصة وان معظم الاضرار البيئية تنجم عن استعمال حقوق تعد في الاصل مشروعة ، مثل استعمال الالعاب النارية في المناسبات بشكل مفرط من شأنه ان يلحق ضررا بالآخرين ، وحق صاحب المصنع ببناؤه ، ولكنه لم يضع على المصنع ما يمنع تطاير الادخنة المؤذية مما يؤدي الى الحاق ضرر بالجوار^(٥٧) .

الفرع الثاني: الضرر^(٥٨) : على الرغم من أهمية عنصر الضرر باعتباره يمثل جوهر المسؤولية المدنية، إلا أنه لا يوجد له تعريف مانع جامع في نصوص القانون المدني بل ترك ذلك إلى الفقه ليتولى هذه المهمة ، وعليه فقد تم تعريفه بأنه "الآذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة له معتبرة شرعاً سواء اتصلت هذه المصلحة المشروعة بسلامة جسمه أو بماله أو في اعتباره أو في كرامته أو في أحاسيسه"^(٥٩) .

و يمكننا القول ان الضرر الناجم عن التلوث البيئي هو عبارة عن اي أذى يكون سببه تلوث عناصر البيئة بسبب فعل انسان بحيث تؤدي الى اصابة الانسان بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له وكذلك يصيب هذا الاذى الحيوان والنبات وعناصر البيئة الاخرى من جراء التأثيرات البايولوجية للتلوث البيئي. ومن خلال التعريف السابق يتبين لنا انه لابد من توافر مايلي في الضرر البيئي حتى يعتبر ركنا في المسؤولية المدنية :

١. ان يكون هنالك أذى (فعل ضار) نجم عنه التلوث البيئي اي ترتب عليه تشويه للبيئة مع ما يحمله من مخاطر على صحة وسكينة المواطنين وعناصر البيئة الاخرى^(٦٠) .

٢. ان يقع هذا الاذى أي محله (حق من الحقوق ولايشترط فيه ان يكون حقاً مالياً ، بل يكفي أن يكون حقاً يحميه القانون) أو مصلحة مشروعة له .

٣. ان يصيب هذا الاذى الحيوان والنبات وعناصر البيئة الاخرى من جراء التلوث البيئي -ايا كان مصدره.

وتتعدد صور الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي فقد يتخذ الضرر صورة: الضرر المادي أو المالي : وهوذلك الاذى الذي يصيب الاموال او الذمة المالية للمتضرر، فهو ضرر مملوس يصيب الانسان في ماله فيمكن رؤيته والتأكد منه، ويتضمن الضرر المادي عنصرين اساسيين اشارت اليهما الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧) مدني عراقي حيث نصت على انه : " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع "، ويدخل ضمنه الضرر الجسدي او الجسمي الذي يعرف بأنه : ذلك الضرر الناجم عن المساس بالوحدة الجسدية أي البدنية للمضرور^(٦١) .

و قد يكون الضرر معنويا (الضرر الادبي): ويقصد به "ما يحدثه الفعل غير المشروع في نفس المعتدى عليه من ألم وحزن من جراء المساس بسمعته أو حرمانه من التمتع من نعمة معيله ولا معيل له سواء أو الحط من كرامته أو الإنقاص من مركزه المالي ونحو ذلك"^(٦٢) . وعلى هذا الاساس فإن هذه المسألة ستثير تساؤلاً معلقاً يتبادر إلى ذهن الإنسان من أول وهلة، ما دام الضرر المعنوي يتسم بكونه ضرراً لا يمكن لمس أو رؤيته أو أنه لا يقع تحت الحواس ، فهل ياترى ينطبق الضرر المعنوي على الوقائع المادية الناجمة عن تلوث البيئة؟ وهل ينسجم الضرر البيئي مع المعنى الحقيقي للضرر المعنوي ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : بأن الضرر المعنوي الناجم عن تلوث البيئة عبارة عن : الضرر الذي لايمس الذمة المالية للشخص بل يمس الشعور والعواطف كالألام النفسية والجسمية التي تنتاب الشخص نتيجة اصابة أحد أحبائه بمرض عضال نتيجة تعرضه للتلوث البيئي، وفي الواقع أن تطور الحياة وما رافقه من

استخدام الآلة والتكنولوجيا الحديثة أفرزت صوراً جديدة من الأضرار المعنوية ولاسيما بعدما أضحي العالم يعاني من مشكلة التلوث البيئي والتي أفرزت مشاكل جديدة ، وما دامت تلك المشاكل لم تشرع لها قواعد خاصة لمعالجتها بل اعتمدت على القواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية لذا نعتقد بوجود تطويع تلك القواعد أي العمل على توسيعها لكي تستوعب كل الصور الجديدة من الأضرار ، وهذا ما يعد ضرورياً لسد الفراغ القانوني لهذه المشاكل. وعلى أية حال فإنه يمكن اعتبار ضرر تقصير العمر خاصة حينما يتعرض الشخص الى تلوث أشعاعي أو ضرر الشيخوخة المبكرة من صور الضرر المعنوي. ولكن قد يطرح تساؤل حول موقف القانون المدني من تعويض الضرر المعنوي (الأدبي) الناجم عن التلوث البيئي ؟

وللاجابة لابد لنا من القول بأنه لا توجد قواعد قانونية خاصة تعالج مسألة الضرر المعنوي بشكل خاص ، بل يتم الرجوع الى الاحكام العامة المتعلقة بهذا الموضوع ، حيث أن المشرع العراقي قد تبنى مبدأ واضحاً لا لبس فيه يتمثل بجواز التعويض عن الضرر المعنوي وهذا ما قرره المادة (٢٠٥) مدني عراقي التي نصت على أن " يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض ". وبما ان الضرر هو محل الالتزام بالتعويض ، وعليه فإذا ما انتفى الضرر عندئذ لا تقبل دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن التلوث البيئي. لأنه لا دعوى بغير مصلحة يحميها القانون، أي أنه لا وجود للمصلحة إذ لم يكن هنالك ضرر قد لحق بالمتضرر. هذا ويعد وقوع الضرر مسألة موضوعية حيث أنها واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات.

ويستوجب القانون بالضرر القابل للتعويض ان يتضمن شروطاً معينة تتمثل بما يلي:

١. أن يكون الضرر محققاً (محقق الوقوع) : أي ان يكون الضرر قد وقع فعلاً وبشكل مؤكد على وجه ثابت اليقين وليس افتراضياً ، وعليه فإن هذا الوصف من الوقوع الفعلي يتضمن الضرر الحال، والضرر المستقبل الذي تحقق سببه وتراخت آثاره بعضها أو كلها إلى المستقبل، وهذا ما اكده القانون المدني العراقي في المادة (٢٠٨) التي نصت على انه " اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير ". أما إذا تعذر على المحكمة معرفة جسامته الضرر المستقبل نظراً الى كونه قد يستغرق وقت طويل قد يدوم طول فترة حياة المضرور ، مثلاً الأمراض التي يعاني منها الأشخاص الذين تعرضوا الى تلوث اشعاعي لا يقع ضمن المحددات المسموح بها عندئذ سيكون الضرر كبير والاصابة قد يتعذر معالجتها. ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يحكم للمضرور بمرتب مدى الحياة وهذا ما تقرره الفقرة (١) من المادة (٢٠٩) مدني عراقي والتي تنص على أنه "تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض اقساطاً أو ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً".

٢. ان يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضرر : أي ان يقع على حق مكتسب قانوناً أو على مصلحة للمتضرر يحميها القانون ، ولايسمح الإعتداء عليها أو القيام بالأضرار بها ويستوي أن يكون هذا الحق مالياً أو سياسياً أو مدنياً وتتنسم هذه الحقوق والمصالح المشروعة بكونها ميزة قانونية وقضائية في آن واحد وتكون مصاحبة للكيان البشري، فحق الانسان في الحياة والسكنى يعد من أهم الحقوق قاطبة إلى جانب حقه بسلامة جسمه فهي حقوق ثابتة له ، وعلى هذا الاساس فإن من حق الشخص ان يتمتع بملكه ولا يعكر احد هذا الحق فعلى سبيل المثال : يؤثر نصب برج هاتف بالقرب من المنازل السكنية على حرية القاطنين في تلك المنازل ولاسيما وان العادة المتبعة عند العراقيين النوم صيفاً على اسطح المنازل وذلك بسبب انقطاع التيار الكهربائي وارتفاع درجات الحرارة .

٣. ان يكون الضرر مباشراً : بداية لابد من القول إلى أن الضرر قد يكون مباشراً أو غير مباشر ويراد بالضرر المباشر الاذى الذي يكون نتيجة طبيعية متوقعة للفعل الضار من جراء نشاط محدثه ، ولم يكن باستطاعة المتضرر أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، أما الأضرار غير المباشرة فلا تكون نتيجة طبيعية للفعل الضار الذي أحدث الضرر ومن ثم فان المدعي عليه ليس مسؤولاً عنه.

هذا ومن الملاحظ أن الاتجاه العام السائد في غالبية التشريعات تقضي بوجوب التعويض عن الأضرار المباشرة ، أما الأضرار غير المباشرة فإنه لا يتوجب التعويض عنها ، ويعزى السبب وراء ذلك الى انعدام الرابطة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر غير المباشر . وتعد الرابطة السببية ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية (عقدية كانت أو غير عقدية) فإن انتقلت الرابطة عندئذ لاتقام المسؤولية. فالضرر الذي يتم التعويض عنه في المسؤولية المدنية هو الضرر المباشر (اي الضرر المؤكد الذي تحقق فعلاً أو تحقيقه مؤكد، ولو تراخى الى المستقبل) أما الضرر غير المباشر (الذي لا يكون نتيجة مباشرة لنشاط المسؤول) فلامجال للتعويض عنه ، حيث كان بوسع المضرور ان يتوقاه لو بذل مجهوداً عادياً ، كما انه لا تعويض عن الأضرار الاحتمالية اي غير المحققة وغير المؤكد تحققها في المستقبل ، فالضرر الاحتمالي لا يصلح اساساً للمطالبة بالتعويض ، فهو ضرر افتراضي ولا تبنى الاحكام على الافتراض^(٦٣).

٤. أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب به: أي أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المطالب بالتعويض نفسه وليس شخصاً آخر غيره أو من له صفة قانونية ، وتستمد هذه الصفة إما بالاتفاق أو بالقانون كالوكيل أو الخلف العام كالوارث حيث بإمكان الأخير أن يطالب بحقه ، الذي أضحى جزءاً من التركة التي ورثها عن المورث الذي وقع عليه الضرر وذلك لان من حق كل انسان أن يطالب بحقوقه لا بحقوق غيره من المتضررين الذين كان الأولى بهم أن يطالبوا بحقوقهم عن الأضرار التي تصيبهم دون حاجة لقيام الغير بهذه المهمة.

٥. الا يكون الضرر قد سبق تعويضه :لان الغاية الأساسية من التعويض تتمثل بجبر الضرر المادي والمعنوي الحاصل نتيجة العمل غير المشروع ، وعليه فإنه لا يجوز ان يكون وسيلة لاثراء المضرور بلا سبب على حساب المدعى عليه . ومن غير الممكن ان يؤدي التعويض الى حصول المضرور على التعويض مرتين أو اكثر مما يلزم لجبر الضرر .

ويرى الفقهاء أن التعريف المستقل للضرر البيئي مهم من أجل إدراج الخصائص المتعلقة بهذا الضرر ، لأنه نادراً ما يكون الضرر البيئي مؤكداً بمفهوم القواعد التقليدية، وفي أغلب الحالات لا يكون مباشراً، كما لا يمكن اعتباره على الإطلاق ضرراً شخصياً، لأنه يتعلق بالمصالح الجماعية ، كما أن هناك دواع أخرى تدفع إلى الاعتراف باستقلالية الضرر البيئي من أجل استيعاب الأضرار البيئية التي يحدثها المالك في نطاق ممتلكاته والتي لا تصيب الغير والتي لا يمكن وفقاً للقواعد الحالية مسألته عنها ، اذن ولكي يكون الضرر قابلاً للتعويض ضمن المسؤولية المدنية التقصيرية يجب أن يتسم بثلاث خصائص وهي:

أولاً: يجب ان يكون الضرر اكيدا (يقيني الضرر):وهنا تثار صعوبة فيزيائية أو مادية خاصة بطبيعة الأضرار التي يمكن أن تصيب العناصر الطبيعية كتلوث الهواء، أو الماء، أو التربة ، أو تدهور الغطاء النباتي أو الحيواني، لأنه نادراً ما ينتج الضرر البيئي عن فعل محدد، وإنما يكون نتاج تراكمات لمواد وعوامل مختلفة، والتي تتفاعل فيما بينها خلال مدة من الزمن ، الأمر الذي يجعل من الصعب الجزم علمياً بوقوع الضرر، ويزداد الريب والشك عندما يتعلق الأمر بضرر مستقبلي. ولتجاوز الصعوبات المرتبطة بعدم يقينية الضرر يقترح الفقه اللجوء إلى تقنية التعويض عن ضياع الفرصة ، والتي لا تقبل عادة إلا ضمن شروط صارمة ، ويعتبر الفقه إن التعويض المرتبط بضياع الفرصة والناجم عن حدوث تغير للخصائص الفيزيائية للعنصر الطبيعي ، لا يهدف إلى إصلاح الضرر النهائي الذي هو الضرر البيئي الذي أصاب العنصر الطبيعي، وإنما يتعلق بالتعويض عن ضياع فرصة عدم تحقق مصلحة نتيجة لحدوث تغيير بالخصوصيات الفيزيائية للعنصر الطبيعي ، كأن يدعي مالك أرض زراعية بضياع فرصة نجاح مزروعاته نتيجة للتلوث الذي أصاب الأرض الزراعية من جراء التلوث الذي أصاب العنصر البيئي ، كتلوث المياه أو تسمم التربة ، وبذلك فإن الضرر البيئي لا يمكن أن يشمل هذا الحل. وحتى إن تحقق الشرط اليقيني للضرر البيئي، فإن هناك خصوصية أخرى تتعلق بالضرر ليكون قابلاً للتعويض وهي أن يكون مباشراً^(٦٤).

ثانياً: ان يكون الضرر مباشراً: تنتج أغلب حالات التدهور التي تصيب الأوساط الطبيعية، عن تداخل عوامل مختلفة، منها ما يتعلق بتفاعل المواد الملوثة الآتية من مصادر مختلفة، ومنها ما يتعلق بتفاعل المواد الملوثة

والعوامل الطبيعية بعضها مع بعض، الأمر الذي ينتج عنه صعوبة إيجاد علاقة مباشرة بين عمليات تلويث بعينها والضرر البيئي الذي نتج عنها وأصاب الوسط الطبيعي.

هذه الخصوصية التي يتسم بها ، تجعله غير متلائم مع بعض المفاهيم التقليدية للعلاقة السببية المتعلقة بالسببية الملائمة، أو تكافئ الظروف والتي تشترط اليقين، الأمر الذي لا يتوافر في الضرر البيئي، والذي يقوم في أغلب الحالات على الاحتمالية نظرا لتشعب وتداخل العوامل المنتجة له. فالضرر البيئي لا يتحقق دفعة واحدة ، بل ان اثره لا تظهر غالبا الا بعد فترة زمنية قد تطول وقد تقصر ، فقد لا تظهر اثره فور وقوعه بل تمتد لسنوات متعاقبة قبل اكتشافه، فهل معنى هذا اننا امام ضرر غير مباشر لايجوز التعويض عنه في مجال التعويض؟ ، كما انه من الصعب تحديد مصدره الحقيقي اذا ما ظهر بعد فترة طويلة من احداث مصدره المباشر مثلا اذا كان العلم الحديث يوفر الوسائل و الاجهزة التي نستطيع من خلالها التعرف على الاضرار المباشرة على اثر وقوع حادث ذري غير انه اذا ما ظهرت اضرار اخرى بعد فترة طويلة من الزمن غير فورية كسرطان الدم و العقم ، فانه يصعب نسبته الى الحادث حيث قد يساهم في احداثه مصادر اخرى مما يتعذر في غالب الاحيان ارجاعه لمصدره الحقيقي . كما ان الضرر يمكن ان يستمر رغم التعويض عنه بالنسبة للماضي حيث لن يستطيع المضرور تامين نفسه بالنسبة للمستقبل ، وخير مثال على ذلك هو الضرر الناجم عن تلوث الجو من جراء الادخنة المتصاعدة من نشاط معين ، حيث ان ازالة الضرر مستقبلا يعني اعتداء السلطة القضائية على السلطات الاخرى اذا تمثل الحل باغلاق المصنع او بتغيير نظام تشغيله وكان هذا المصنع مستوفيا للشروط القانونية لهذا التشغيل و حاصلا على تصريح من الجهات الادارية بشأن هذا التشغيل . كما ان الاضرار البيئية تكون اقرب ما تكون لما يسمى بالاضرار غير المباشرة حيث يساهم في احداثها العديد من المسببات -الماء و الهواء ويد الانسان و الغازات المنبعثة من المصانع وغير ذلك - من المصادر المتكررة مما يؤدي بالنتيجة الى تسلسل الاضرار و تراكمها ، فهي اضرار ناجمة عن تلوث تدريجي و متكرر و متمزج عناصره خلال فترات طويلة تكون محصولتها الضرر موضوع الدعوى . وفي هذا الصدد يمكن القول انه لكي تستطيع مواجهة هذا الخطر لابد من تقبل منطق التعويض عن الاضرار المكتشفة وذلك لانها تكون اكثر ملائمة للطبيعة الخاصة لهذا الضرر دون حاجة الى تشبيهه بالضرر غير المباشر .

ثالثا : ان يكون الضرر شخصا : تقوم قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على حماية حقوق التملك الفردية، والتي تخص العلاقة بين صاحب الحق وموضوع الحق في طلب التعويض. ويشترط لتطبيق المسؤولية تقليديا أن يصيب الضرر صاحب الحق (المصلحة الشخصية) ولا يتعداه إلى المساس بالمصالح الأخرى، إلا أن طابع الضرر البيئي وإن كان يتعلق بمصلحة شخصية لحامل الحق في بعض الأحيان فإنه يمس غالبا بمصالح جماعية، فضياع الثروة الجينية بسبب القضاء على آخر أفراد الفصيلة أو الوسط الطبيعي وإن كان يمس بمصلحة خاصة، فإنه أكثر من ذلك يحدث اضطرابا في العلاقات البيئية^(٦٥).

فالضرر البيئي اذن يتميز بعموميته ، حيث ان النشاط الذي ينجم عنه تلوث بيئي ، في اغلب الاحوال يتسم بالعمومية حيث يصيب الكائنات الحية و النباتية و الممتلكات ، اي يصيب البيئة بعناصرها و مكوناتها ، مما يصعب القول معه اننا بصدد ضرر لاحد الناس دون غيره ، وذلك بسبب عمومية العناصر التي تنقله فالهواء و الماء امر مشترك بين كافة التلوث يمتد عبر الماء و الهواء الذي لا يعرف حدودا سياسية او جغرافية ، فنحن بصدد ضرر ينال من وحدة البيئة الانسانية^(٦٦).

ولابد لنا اخيرا من بيان خاصية اخيرة يتميز بها الضرر البيئي وتتمثل بعدم ملائمة طريقة اصلاح الضرر : ان اصلاح الضرر في المسؤولية التقليدية يتم باحدى طريقتين : الاول : اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر (التعويض العيني) والثاني : دفع تعويض نقدي للمضرور . ولما كان جبر الضرر بالنسبة للانسان يمكن تصور تحققه من خلال دفع مبلغ من المال . فان الاضرار التي تلحق بالبيئة كنتيجة لتهدم انظمتها الايكولوجية لا يمكن تصور جبره واصلاحه الا باعادة الحال الى ما كانت عليه ، اضافة الى ذلك ان نظرية التعويض لا تلقى ترحابا في هذا المجال وذلك لان القضاء على كائن حي او اتلاف امر بيئي امر لا يعوضه مبلغ من المال . كما ان هناك صعوبة في قياس قيمة الاضرار الناجمة عن التلوث اذ تتباين قيمته باختلاف الوحدات المعرضة للاصابة، اضافة الى ان تحديد الضرر على وجه الدقة يحتاج الى الكثير من

الادوات و السياسات البيئية المكتملة فمثلا ان الضرر الناتج عن تلوث الهواء يختلف تأثيره باختلاف المواد التي تتعرض له كالمعادن و الجلود و الاوراق و القطن . ولكننا لا نتفق مع القول بان هذا الضرر لا يمكن تعويضه فخصوصية هذا الضرر لا تحول دون القول بإمكانية التعويض عنه، فالعدالة لا تعني التناسب التام بين الضرر و تعويضه فيمكن تحقيقها من خلال قواعد التعويض وان لم يكن التعويض الكامل لجبر كل الضرر . وهنا يثور تساؤل مهم فمثلا في حالة تلوث مياه الانهار: هل المضرور هم الأفراد الذين يعيشون بالقرب من الشواطئ الملوثة والذين أصابهم ضرر مباشر أم المضرور هي الدولة باعتبارها صاحبة الشواطئ؟ في الواقع هناك حالات يمكن أن نحدد فيها مضرور مباشر أصابه الضرر فعلاً ومثال ذلك عمال بعض مصانع الأسمتات الذين يمكن أن يصابوا بأمراض متعددة كالالتهابات الرئوية وغيره. ولكن في الغالب الأعم لا يوجد متضرر مباشر من عمليات التلوث وأفعال الاعتداء على البيئة بصفة عامة كما في حالة تلوث الشواطئ أو زيادة تلوث الهواء. ونستطيع أن نؤكد هنا بأنه وإن لم يوجد مضرور مباشر من عمليات تلوث الشواطئ ونحوها فإن الدولة هي التي تعتبر مضروراً من جراء هذا التلوث حيث تصاب بأضرار اجتماعية واقتصادية فإلى جانب الحد من فرص الاستجمام من جانب الأفراد تقل حركة السياحة وما يتبعها من ركود اقتصادي وكذلك الإضرار بالثروة السمكية للدولة^(٦٧).

الفرع الثالث : العلاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر :

رابطة السببية : هي اسناد اي امر من امور الحياة الى مصدره، ونسبة نتيجة فعل ما الى فاعل معين . والرابطة السببية لها اهمية كبيرة في مجال المسؤولية المدنية ، لانها هي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الافعال المتنوعة للحادث ، كما انها تحدد نطاق المسؤولية ، حيث قد يتفاقم الضرر وتنتج عنه اضرار اخرى ، مما يتطلب معرفة ما اذا كان الشخص الذي تسبب بالضرر الاولي هو الذي سيتحمل كل الاضرار الاخرى المترتبة عليه ام لا .

اذا لا يكفي وجود الخطأ و حدوث الضرر لترتب المسؤولية المدنية ، بل يلزم ان يكون الخطأ هو السبب الذي ادى الى حدوث الضرر وعلى المضرور اثبات ان الخطأ الذي وقع هو السبب في حدوث الضرر ، وهذا الاثبات يواجه صعوبة كبيرة في مجال المسؤولية عن الضرر البيئي اذ تساهم عدة عوامل في احداث الضرر ، مما يؤدي الى صعوبة تحديد المصدر الاساسي للضرر وهذا يعني رفض دعوى التعويض . واذا رجعنا الى النظريات التي ظهرت في مجال علاقة السببية فسنجد على راسها نظرية السبب المنتج ، وهي تركز على السبب الرئيسي في احداث الضرر ، ولكن اذا طبقناها على الضرر البيئي فسنلاحظ صعوبة ذلك، لان الاسباب تتداخل في مجال الضرر البيئي ، اذ ان هناك مواد غير ضارة بذاتها ولكن خطورتها تظهر عند الاتحاد بعناصر اخرى، فمثلا اذا قام شخص بالقاء مواد سامة من مخلفات مصنع في نهر مجاور، فهذه المواد لها خطورة كبيرة لانها تختلط وتذوب بالماء بسرعة، مما يؤدي الى تلوثه، وبالتالي يشكل خطراً على كل من يستعمله، ولكن سنواجه صعوبة في معرفة كيفية تقدير الضرر قبل القاء المادة وبعد القائها، خاصة اذا عرفنا ان النهر كان ملوثاً منذ البداية بمواد اخرى، فكيف سنحدد السبب الرئيسي في تلوث البيئة في هذه الحالة .

وبناء على ما تقدم لا بد من تطوير قواعد المسؤولية المدنية لتلائم طبيعة الاضرار البيئية، مما يستلزم اطلاق سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية ، ويمكن للقاضي ان يحكم بالمسؤولية التضامنية عندما يعجز عن تحديد المسؤول الرئيسي الذي احدث الضرر^(٦٨)، ونحن لا نطالب بهدم عناصر المسؤولية المدنية بل تبقى محققة بكل عناصرها ، ولكن عندما يكون هناك اكثر من مسؤول في احداث الضرر تقسم المسؤولية بينهم، وذلك على اساس نسبة ما يستخدمه كل منهم الى ما يستخدمه الآخرون من المواد المسببة للتلوث ، وبالنسبة لاثبات علاقة السببية بين التلوث البيئي و الضرر يمكن اللجوء الى الاحتمال و الظن بحيث يكون الدليل الاحتمال على وجود السببية بين الخطأ و الضرر كافياً للقول بقيام المسؤولية المدنية . وبدون شك فان اللجوء الى الاحتمال و الظن يؤدي الى تشديد المسؤولية عن التلوث البيئي فالعدالة تحتم الخروج على القیود التي تفرضها القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية من وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر، فالشكوك التي ترتبط بالاثار الخطيرة للإشعاعات الذرية كطول المدة اللازمة لظهورها و التضارب الذي يحدث في تحديد

السبب المنشئ كل ذلك يدفعنا للقول بضرورة وجود قواعد فنية جديدة للتعويض عن الضرر البيئي وهذا ما سنوضحه في المبحث التالي .

المطلب الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث البيئي:

يقصد باساس المسؤولية : السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين ، ويذهب البعض الى تعريفها بأنها " الاسباب التي دعت في الشرائع الوضعية الى قيام الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير"^(٦٩) . وأستناداً الى ما تقدم فإن أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن مزار تلوث البيئة : يقصد بها السبب الذي من أجله ستضع النصوص القانونية عبء تعويض الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي على عاتق المسؤول قانوناً عن الضرر الحاصل. ولكن ان كانت قواعد المسؤولية المدنية تنمشی مع الأنشطة العادية التي ترتب أضراراً للغير فإنها لم تعد تتلائم مع ماتوصل إليه التقدم العلمي والتقني الحديث من ممارسة أنشطة لا يمكن تكيفها بأنها خاطئة أو تنطوي على مخالفة لقواعد القانون، كالأنشطة الضارة بالبيئة ولهذا فإن التساؤل يثور حول صلاحية القواعد التقليدية لتأسيس المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة. ونحن نرى أن التمسك بتلك القواعد سيكون له آثار عملية غير عادلة لما فيه من تبسيط قانوني لا يتفق مع ما يكتنف المسؤولية البيئية من صعوبات استثنائية لازمت التطور العلمي الصناعي المعاصر. وقد أجتهد الفقهاء بوضع النظريات والمبادئ القانونية لإقامة هذه المسؤولية ، وذلك لأن الفقه القانوني قد تطور نتيجة تأثره بالتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة ، وعليه فقد كانت النتيجة عدم الثبات النسبي لأحكام المسؤولية المدنية وقواعدها ، فما كان مقبولاً بالأمس لم يعد كذلك اليوم ، فضلاً عن أن ما كان سائداً في مكان ما لا يكون بالضرورة سائداً في مكان آخر نظراً الى كونه مرتبطاً بأفكار المجتمع الذي يستخلص منه المشرع الأساس القانوني^(٧٠).

وفي دراستنا لأساس المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، سوف نرجع الى الأسباب التي تقوم عليها المسؤولية ، والتي قد ترجع إما الى خطأ محدث الضرر فيكون عندئذ أساس المسؤولية هو الخطأ الذي يرتكبه هذا الشخص سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً ، أو قد يرجع السبب الى حكمة يبتغيها المشرع في حماية المضرور فلا يعتد عندئذ بعنصر الخطأ فيقيم المسؤولية على عنصر الضرر وحده ، ولغرض معرفة الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة فإنه يجب علينا العودة الى النصوص القانونية المنصوص عليها في القانون المدني بصفة رئيسية والى الاعمال التحضيرية لهذه النصوص، إلا أنه يجب التحوط عند مراجعة هذه الاعمال إذ أنها قد لا تعبر في الواقع إلا عن رأي قائلها ولا تعد دليلاً على نية المشرع. ومن ناحية اخرى ان دراسة الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة يراد بها الوقوف على الاعتبارات والافكار التي حدت بالمشرع الى وضع هذه المسؤولية موضع التطبيق في حوادث الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي ومن ثم قيامه باختيار شخص قد يكون طبيعياً أو معنوياً دون غيره لتحمل أعباء المسؤولية ، إذن فإن دراسة الاساس القانوني لهذا النوع من المسؤولية لا يعني دراسة مصدرها ، بل يعني الوقوف على الحكمة التشريعية التي حدت بالمشرع الى اختيار هذه المسؤولية لكي تتلاءم مع الاضرار الناجمة عن تلوث البيئة^(٧١) . وسنقوم بتفصيل الأساس القانوني الذي يمكن أن تبني وتؤسس عليه المسؤولية البيئية وكما يلي:

النظرية الأولى: تأسيس المسؤولية على فكرة الخطا الواجب الاثبات

يرى انصار هذه النظرية ان المسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث البيئي تستند الى الاصل العام في المسؤولية المدنية وهو الخطا الواجب الاثبات وذلك استناداً الى نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي ، والتي تنص على انه (إذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامناً اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تاذى)، وقضت المادة (٢٠٤) منه (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير مذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)، ويمثل هذا الاساس ، القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي ، حيث يتوجب على المضرور للحصول على تعويض الضرر الذي اصابه ان يثبت خطأ

المسؤول الذي اصابه بالضرر ، كما يجب ان توجد رابطة سببية بان يكون الخطا هو سبب الضرر الناتج ، على النحو الذي وضحناه سابقا ، لان الخطا هو الاساس عن هذه المسؤولية البيئية وفقا لهذه النظرية . فبالاستناد لاصحاب هذا الراي يقع على المضرور نتيجة تلوث البيئة (ايا كان نوع وصورة التلوث البيئي) عبء اثبات خطأ المتسبب في احداث هذا التلوث ، وقد يتمثل هذا الخطا في مخالفة القوانين و اللوائح المعمول بها في هذا المجال ، وكذلك لوائح المحافظة على الصحة العامة و الامن العام ، وقد يتمثل الخطا في الاهمال و التقصير في اخذ الاحتياطات اللازمة اثناء مباشرته لنشاطه^(٧٢)، بل قد تستند المسؤولية الى فكرة عدم التعسف في استعمال الحق ، التي نظمها القانون المدني العراقي ووضع معاييرها في الباب التمهيدي في المادة السادسة و المادة السابعة منه^(٧٣)، والسؤال الذي يدق في هذا السياق : ماهي حقيقة التعسف في استعمال الحق ؟

لقد تم تحديد مدلول التعسف من قبل بعض الفقهاء فمنهم من راي أنه : (تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً)^(٧٤) . وهناك من يرى بأنه " استعمال الإنسان لحقة على وجه غير مشروع "^(٧٥) . وما دام التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأً تقصيرياً فعليه أن يبنى على ذات المعايير المطبقة في قياس مدى انحراف الشخص في المسؤولية التقصيرية المقترنة (بالخطأ) . من ناحية أخرى تعد مسألة مراعاة الجوار ضرورة اجتماعية تقتضي التعاون بين الجيران ، ولاغنى لكل جار من ان يتصف بالتسامح ورحابة الصدر ، فليس للجار ان يسأل جاره عن كل ضرر يترتب على استعماله لملكه ، لان من شأن ذلك ان يغل يد المالك فتتعطل بذلك حقوق الملكية^(٧٦) ، ولذلك فقد حددت المادة (١/١٥) من القانون المدني العراقي طبيعة الضرر الذي يسأل عنه المالك حيث نصت على (لايجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال كان حديثاً أو قديماً).

واذا كان المشرع العراقي قد نص على الضرر الفاحش فإنه لم يبين ما المقصود به ، ولهذا يتعين الرجوع الى الفقه الاسلامي الذي اقتبس منه المشرع العراقي هذا المعيار ، فالضرر الفاحش كما عرفته المادة (١١٩٩) من مجلة الاحكام العدلية (هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية) يعني المنفعة الاصلية المقصود من البناء كالسكنى او يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه .

تأسيساً لما سبق فإن الضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف ، ومن اجل تحديد كون الضرر مألوفاً او غير مألوف يرجع القاضي الى العرف وطبيعة النشاط ومدى ما ينتج من ضرر بيئي وطبيعة عناصر البيئة التي تضررت . وعليه فإذا ما تحقق ان مالك العقار قد قام بأستغلال ملكه وترتب على ذلك ضرر لحق بجيرانه نتيجة الغازات المنبعثة مما أدى الى اصابة الجار بمرض عضال عندئذ يعد هذا الضرر فاحشاً .

وأستناداً الى المادة (١/١,٥١) من القانون المدني العراقي^(٧٧) يمنع مالك العقار من ذلك ويكلف بأزالته ، وتجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي لم يكتف بوجوب إزالة الضرر الفاحش بعد وقوعه ، بل أجاز المطالبة بمنعه قبل وقوعه وذلك لكون الوقاية خير من العلاج . من ناحية أخرى تعد إزالة الضرر الفاحش من تطبيقات القواعد العامة والتي تقتضي بأن (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار)^(٧٨) . وعليه فإن إزالة الضرر الفاحش قد لا تستلزم بالضرورة منع الاستعمال المشكوك منه ، وانما يكتفي باتخاذ بعض الاجراءات الكفيلة بمنع وقوع الضرر مع بقاء ذلك الاستعمال قائماً ، على سبيل المثال : يتوجب على مالك السطح المشغول بابرأج الهاتف والتي تسبب ذبذباتها ضرراً بيئياً ان يعمل على غلق باب السطح وبالكامل فضلاً عن وجوب قيامه بوضع سور غير معدني ومن جميع الاتجاهات وعلى مسافة ست أمتار من مركز قاعدة البرج ومترين بالنسبة للصاري الموجود على حافة المبنى . كما يلزم المالك بتعويض الجار عما اصابه فعلاً من ضرر . ومن ثم فان استعمال حق الملكية وبطريقة مجاوزة للحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكون (تعسفاً في استعمال الحق) والذي يعد خطأً تقصيرياً يوجب المسؤولية ، وتأسيساً لما سبق فإن الشخص يعد مخطئاً إذا كان استعمال الحق يتضمن بين ثناياه انحرافاً يتجاوز السلوك المألوف للرجل المعتاد عندما يستعمل حقه^(٧٩) ، هذا وتجدر الاشارة الى أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بنظرية الحق ، ومدى استعماله، حيث ان الحقوق وفق نظرية التعسف ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية في آن واحد . ولقد حدد المشرع العراقي حالات الانحراف التي يكون فيها الشخص متعسفاً في استعمال حقه وذلك أستناداً للمادة (٧) من

القانون المدني العراقي ، حيث يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه اذا ما توفر في شأنه احد هذه المعايير الثلاثة وهي:-

١- قصد الإضرار بالغير.
٢- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة .
يتضح مما تقدم ان هنالك حالات لمضار الجوار ، وهي التي تخضع لواحدة من المعايير الثلاثة المتقدمة والتي هي في الحقيقة مستمدة من الفقه الاسلامي بوجه خاص. ولكن قد يطرح تساؤل : هل وردت هذه المعايير على سبيل الحصر أو المثال ؟ في الحقيقة وقع الخلاف في هذا ، فهناك جانب من الفقه^(٨٠) ذهب الى ان هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، ويخالف البعض هذا الرأي ، إذ يرون أن هذه المعايير توفر العناصر النافعة للإسترشاد ، وهذا ما يدل على أن المشرع إنما قصد بوضعها أن تكون نافعة للإهتمام بها والقياس عليها^(٨١).

ونحن نؤيد هذا الرأي ، وعليه فإننا نرى بوجوب اضافة معيار رابع للمعايير الثلاثة التي اشتملت عليها النصوص القانونية السابقة ، إلا وهو معيار (مضار الجوار غير المألوفة) والذي نصت عليه المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي. وعليه لا يمكن أن يقال : ان المشرع قد وضع معايير ثلاثة فقط يقوم عليها التعسف في استعمال الحق في نطاق الاضرار البيئية ، بحيث لا يعتبر استعمال الشخص لحقه منطوياً على تعسف الا اذا توفر في شأنه احد هذه المعايير ، اذ ليس هناك ما يحول دون ان يضيف المشرع أي معيار اخر في نص خاص يورده في مجال تطبيقه المناسب ، لذا يمكن القول بوجوب العمل على تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق اذا كنا ازاء اخلاص بالتزام قانوني يفرض على صاحبه وبقيدته بطريقة استعماله لحقه ، فاذا ما انحرف صاحب الحق عن الحدود المرسومة لكيفية استعمال هذا الحق اعتبر ذلك تعسفاً في استعماله.
أما الفريق الآخر من الفقهاء^(٨٢) فقد أعتبر أن التعسف أنحراف بالحق عن غايته وهو يرتبط أساساً بنتائج استعمال الحق أو غرضه وعليه فإنه لا ينظر الى عنصر الإرادة أو الإهمال في أخذ الحيطة ، أو عدم التبصر ، أو القصد غير المشروع وإنما ينظر إلى المال الممنوع أي الى الضوابط المادية الموضوعية ، ويكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد التسبب فيه وهي التي عرفت بالقانون المدني بالمسؤولية (الموضوعية أو المطلقة أو المادية والتي تقوم على فكرة تحمل التبعة) فالمالك قد الحق وهو يستعمل حق ملكيته ضرراً غير مألوف بالجوار ، والمفروض أنه لم يرتكب خطأ ، فمن العدل أن يتحمل تبعه نشاطه ، فهو المستفيد من هذا الإستعمال ، فعليه الغرم كما كان له الغنم لأن الغرم بالغنم ، فتقوم مسؤولية المالك على فكرة تحمل التبعة^(٨٣).

وقد توسع الفقه و القضاء المعاصران في مفهوم الجار بصدد هذه المسؤولية بحيث لم يعد قاصراً على التصور التقليدي الضيق لفكرة الجوار و التي تقتصر على الملكيات المتلاصقة ، بل تجاوز و توسع في مفهوم الجوار بحيث شمل الاضرار التي تلحق بالسكان الموجودين في المنطقة ، والتي تشمل الحي بأكمله ، وذلك رغبة في الاستفادة من القواعد المشددة لمسؤولية المضار غير المألوفة للجوار وعدم الغلو في استعمال حق الملكية الى الحد الذي يترتب عليه تلوث البيئة المجاورة ، الامر الذي يلزم مرتكبه بتعويض كافة هذه الاضرار .

تقييم هذه النظرية :

ان الاعتماد على هذه النظرية كاساس لاقامة المسؤولية عن الاضرار البيئية يجب ان يراعى في ضوء اعتبارين اساسيين ، اولهما يستند على امكانية الاخذ بهذا الرأي في الحالات التي يوجد فيها نص صريح يشترط واجبات واجراءات معينة ويقوم المسؤول عن الضرر بمخالفتها فعندئذ يسهل اسناد مسؤوليته عن تلوث البيئة عن طريق اثبات خطاه نتيجة مخالفته لالتزاماته .

والاعتبار الثاني يتمثل في ان قواعد المسؤولية المدنية المبني على الخطا الواجب الاثبات قد تنحسر ولا تستطيع استيعاب جميع صور واضرار التلوث البيئي ، وذلك لان معيار الخطا لا يتوافر في كافة صور واحوال التلوث البيئي و ما ينشا عنه من اضرار ، بل على العكس من ذلك قد يكون النشاط مشروعاً ويكون

المسؤول عن الضرر قد حصل على ترخيص قانوني بممارسة نشاطه ، بل قد يثبت انه اتخذ كافة الاحتياطات و الاجراءات اللازمة و الحديثة لمنع التلوث الناشئ عن نشاطه ، ومع ذلك يكون النشاط بطبيعته -ودون أي خطأ- محدثا لمضار تلوث تستوجب التعويض لمن اصاب بها ، وبالتالي يستوجب الامر اسناد المسؤولية الى اساس اخر غير فكرة الخطا الواجب الاثبات ، مثال ذلك الحداد الذي يحصل على قرار ترخيص بفتح محل حدادة من الجهة الادارية المختصة ، ويستعمل الآلات الحديثة السليمة ، وفي المواعيد المحددة له ، مع اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة ، فانه بعد كل ذلك لا يمكن اسناد المسؤولية الناشئة عن الضوضاء و الروائح ، التي قد تصيب الغير من هذا النشاط الى فكرة الخطا بل يتعين ايجاد اساس اخر للمسؤولية . ومن اوضح الامثلة ايضا في هذا الصدد المفاول او المالك الذي يقوم بعمليات التشييد او البناء على ارضه ، بعد حصوله على تراخيص البناء اللازمة ، ومع استخدامه لكافة الآلات و معدات البناء الحديثة ، واتباعه لكافة قوانين و لوائح البناء و اتخاذه لكل ما يمكنه من احتياطات ومع ذلك قد يصدر اثناء عملية البناء اصوات مقلقة وضوضاء تؤدي الى التلوث السمعي و تقلق راحة السكان المجاورين و تصيبهم بالاضرار ففي هذه الحالة لا يمكن اسناد المسؤولية عن تعويض هذه الاضرار الى فكرة الخطا الواجب الاثبات^(٨٤).

النظرية الثانية :تأسيس المسؤولية على فكرة الخطا المفترض :

حاول جانب ثان من الفقه البحث عن اساس للمسؤولية يتلائم مع الطبيعة الخاصة للضرر وصعوبة اثبات ترتبه على خطأ المسؤول ، وقد وجد انصار هذا الاتجاه ذلك الاساس الجديد في فكرة الخطا المفترض وهي فكرة عرفتها بعض التقنيات الحديثة ومنها القانون المدني العراقي ، وهي فكرة وسط بين الخطا الشخصي و بين المسؤولية الموضوعية ، بل ويسميتها البعض (بالمسؤولية شبه الموضوعية) حيث انها تقتض اقامة المسؤولية على اساس خطأ مفترض في جانب المسؤول ، واعفاء المضرور من عبء اثبات الخطا العادي بالنسبة لهذا المسؤول، وذلك تسهيلا له و توسعة للمسؤولية ، وضمانا لحصول المضرور من اضرار التلوث البيئي على التعويض اللازم لجبر هذا الضرر دون حاجة لاثبات أي خطأ^(٨٥).

وبتتبع فكرة الخطا المفترض في القانون المدني العراقي نجد انها تستند الى نوعين من المسؤولية : اولهما : المسؤولية عن فعل الغير ، و ثانيهما : المسؤولية الناشئة عن الاشياء ، وسنوضح تطبيقات كل من هذين النوعين على المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي ، ثم نقيم هذا الاساس وبالتالي :

١- المسؤولية عن فعل الغير : وهي تاخذ صورتين اولاهما : مسؤولية المكلف بالرقابة والتي نظمها المواد (٢١٨ و ٢١٩ و ٢٢٠) من القانون المدني العراقي حيث اوجبت هذه المواد على كل من الاب او الجد رقابة شخص بحاجة الى الرقابة ، بسبب صغره ، ويكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . فهنا يوجد شخص (هو الاب او الجد حصرا) يتولى الرقابة على اخر ، فاذا احدث الخاضع للرقابة ضرر للغير ، فان مسؤولية متولي الرقابة تقوم ويكون ملزما بتعويض الغير عن هذا الضرر ، وتكون هذه المسؤولية قائمة على اساس خطأ مفترض في جانب الاب او الجد بحيث يرجع عليه المضرور بالتعويض دون حاجة الى اثبات خطأ في جانبهما وذلك بمقتضى المادة (٢١٨) التي تقرر مسؤولية اصلية و اجبارية تقع على عاتقهما . و مثال ذلك ثبوت مسؤولية رب الاسرة عن الضوضاء التي يحدثها ابنائه بالاضافة الى تعويضه ما يصيب الغير من اضرار نتيجة ارتطام الكرة بنوافذ الجيران اثناء لعبهم ، وذلك استنادا الى خطأ مفترض في جانبه كمتولي للرقابة عليهم^(٨٦).

اما الصورة الثانية : و المتمثلة بمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه و التي تنظمها المادة (٢١٩) و التي تنص على (١- الحكومة و البلديات و المؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية ، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ، اذا كان الضرر ناشئا عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم) . فيكفي هنا ان تقوم رابطة تبعية بين شخصين ، ويصدر من التابع ، اثناء تادية الوظيفة او بسببها عمل غير مشروع يصيب الغير بالضرر ، فتقوم مسؤولية المتبوع عن تعويض الغير عما اصابه من ضرر دون حاجة الى اثبات خطأ في جانب هذا المتبوع ، بل تستند المسؤولية الى خطأ مفترض في جانب المتبوع في الرقابة و التوجيه^(٨٧).

٢-المسؤولية عن الاشياء : وهي تلك المسؤولية المنصوص عليها في المواد من ٢٢١- ٢٣٢ من القانون المدني العراقي ، ولابد لنا بداية من التفريق ما بين الحارس والمالك ، ففي احيان كثيرة لا يكون الحارس مالكا للشيء الذي يتطلب حماية ، فالحراسة تعد امر تكليفي يقوم به الحارس (الذي له اليد المادية على الشيء) وفق اوامر توجه اليه من قبل المتبوع (المالك) بمعنى ان سيطرة الحارس (التابع) لا تكون لحساب نفسه وانما لحساب متبوعه صاحب السلطة القانونية على الشيء من حيث استعماله ورقابته وتوجيهه، ويستمد هذه السلطة من حق عيني على الشيء او حق شخصي وسواء كان مصدر هذا الحق عقد او نص القانون او أي مصدر اخر من مصادر الحقوق المعنوية^(٨٨).

وبناء على ما تقدم فاذا كان سبب التلوث البيئي من الاشياء المادية غير الحية والتي تتطلب عناية خاصة من قبل المالك الذي يمتلك السيطرة الفعلية على الشيء محل الحراسة حيث يتصرف به على وفق ما اعد له وذلك للوقاية من ضرر الشيء والمحافظة عليه^(٨٩). وتأسيساً لما سبق يبقى مالك الشيء حارساً له يمنع حدوث أي ضرر ناتج عن استخدامه حتى اذا افلتت من يده الشيء ما دام لم يتخل عنه. كما انه لا تنتفي مسؤولية المالك حتى وان لم يباشر السلطة المباشرة -السيطرة المادية - كان يكون الشيء محل الحراسة موجود تحت يد الجهات الفنية المتخصصة والتي تعمل وفق اوامر وتعليمات المالك الفعلي وذلك لما له من حق سلطة على الشيء محل الحراسة .

والجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم يقم بتحديد المعيار الذي يتبع لتوضيح مدلول الحراسة الا اننا وبالرجوع الى اراء الفقهاء واحكام القضاء نستطيع القول ان نظرية الحراسة الفعلية هي النظرية السائدة في فقه وقضاء العراق^(٩٠)، وعليه فان مجرد خضوع التابع للمتبوع يفقده بذلك العنصر المعنوي للحراسة . فوفقاً لاصحاب هذه النظرية التي تفترض ان حارس الحيوان و البناء و الاشياء و الالات الخطرة مسؤول مسؤولية قائمة على الخطا المفترض عما يلحق الغير من اضرار بسبب الاشياء التي في حراسته استنادا الى خطاه المفترض في الحراسة و السيطرة و الرقابة و التوجيه عليها بحيث لا يمكن دفع هذه المسؤولية باثبات عدم خطئه^(٩١). ومثال ذلك مسؤولية حارس الكلب اذا تركه ينبج على نحو يقلق الجيران ، وكذلك مسؤولية الجار الذي يقوم بتربية الدواجن في مزرعته عن كافة اعمال التلوث و الانبعاثات الصوتية و الروائح الضارة بالصحة و التي تصيب الجيران و تمنحهم حق مطالبته بالتعويض على اساس مسؤوليته المفترضة . ومن الامثلة عن المسؤولية المفترضة عن الاضرار البيئية في حالة الحارس الذي يقوم بعملية هدم بناء مما ترتب عليه احداث اضرار بالجيران بسبب ذلك الهدم ولذلك فهو يسال عنه وتعتبر مسؤوليته قائمة على اساس خطأ مفترض ولكنه يستطيع دفعه باثبات عدم حصول خطأ من جانبه^(٩٢).

تقييم هذه النظرية :

يتميز هذا الاتجاه بانه يسهل على القضاء تطبيقه في كافة الحالات التي ينص فيها القانون على الخطا المفترض كاساس للمسؤولية ، بحيث تستند المسؤولية عن تلوث البيئة في هذه الحالات الى النص القانوني دون حاجة الى أي جدل او الزام المضرور بعبء اثبات خطأ معين في جانب المسؤول ، بل يكفي اثبات توافر حالة من حالات هذه المسؤولية المفترضة حتى تندرج تحت النص المنظم لها ، وذلك مثل كافة نصوص القانون التي تنص على المسؤولية عن فعل الغير – متولي الرقابة و المتبوع عن اعمال التابع – او عن الاشياء ، مثل حارس الحيوان و البناء و الاشياء الخطرة او التي تتطلب عناية خاصة او تجاوز المضار المألوفة لحق الجوار ، وعليه فإن أساس هذه المسؤولية وفقاً لحكم المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي هو خطأ مفترض فرضاً قابلاً لأثبات العكس ونحن نرى انه لا توجد مشكلة في اثبات الخطأ في حالة الاضرار البيئية السابقة الذكر ، فالخطأ يثبت هنا بمجرد اثبات عدم الإلتزام بالواجبات المحددة، إذ ان اثبات تلك الواقعة المادية ومن ثم تسببها في احداث الضرر الحاصل أمر لا بد منه من أجل اثبات علاقة السببية^(٩٣).

وبمقتضى حكم قانوننا المدني يستطيع صاحب السيطرة الفعلية والقانونية على الشيء التخلص من هذه المسؤولية في حالتين: اولهما : اذا نفى قرينة خطئه المفترض بأن يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية وبذل ماينبغي عليه بذله لمنع وقوع الضرر . وثانيهما: اذا اثبت ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي ك(قوة قاهرة او خطأ المضرور او خطأ الغير).

ان موقف القانون المدني العراقي المتساهل حيال المسؤولية عن الاضرار البيئية امر فرضه واقع العراق الاقتصادي والصناعي يوم شرع القانون المدني ، وبالنظر الى تغير واقعنا الاقتصادي والصناعي بعد تطور الحياة واتساع دائرة التقدم العلمي لذا نرى من الضروري اقامة المسؤولية غير العقدية عن الاشياء التي تقتضي عناية خاصة للوقاية من ضررها على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من اساس المسؤولية أي على اساس تحمل التبعة ، الذي لا يمكن للمسؤول من خلالها الافلات من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي في الحدود التي يرسمها القانون ولا يابه اطلاقاً بعنصر الخطأ سواء كان ثابتاً او مفروضاً . ولا بد اخيراً من ملاحظة ان هذه المسؤولية كانت محل جدل تفصيلي في الفقه حول اساسها و شروطها و سائر احكامها مما يخرج عن مجال بحثنا في حماية البيئة من التلوث . ولكن يعيب هذا الاتجاه انه غير جامع لحالات المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي ولا يغطي كافة صور الاضرار الناشئة عن التلوث البيئي ، لان هناك صوراً حديثة تؤدي الى اضرار عامة جماعية مثل التلوث النووي و الاشعاعي و السمعي ، والتي لا يمكن ادراجها تحت احدى حالات المسؤولية المفترضة المنصوص عليها قانوناً ولذلك يستطيع المسؤول دفع هذه المسؤولية بانتفاء الاساس القانوني لها ، ولذلك لابد من البحث عن اساس اخر تقوم عليه المسؤولية المدنية عن اضرار البيئة .

النظرية الثالثة : المسؤولية الموضوعية

مصادر التلوث وردت على سبيل المثال لأنها انعكاس لنشاط الإنسان في البيئة و الذي لا يمكن حصره في قالب جامد هذا من ناحية ، كما أن العلم من ناحية أخرى يكشف كل يوم الجديد من التكنولوجيا التي يعتبر التلوث أثراً من الآثار السلبية لها ، ولذلك ليس من الممكن دائماً تحديد مصادر الخطر ، فالتقدم الصناعي في تطور مستمر وما لم يكتشف خطره اليوم فقد يكتشف غداً ولا بد من ملاحظة أن الآثار الضارة لهذه المصادر تمتد لتصيب الإنسان و الكائنات الحية الأخرى أياً كان موقعها ، الأمر الذي يمكن القول معه أن الضرر الذي ينال من البيئة البحرية مثلاً أو البيئة الهوائية هو ضرر يصيب الإنسان و الكائنات الحية الأخرى بمعنى أن مصادر تلوث البيئة البحرية قد تمتد آثاره لتصيب البيئة الهوائية وما ذلك إلا كونه نتيجة حتمية للقول بأن البيئة الصحية هي تلك البيئة التي يحدث فيها التوازن بين عناصرها^(٩٤) .

و كنتيجة للانتقادات و الملاحظات التي وجهت للنظريتين السابقتين اتجه الفقه و القضاء المعاصر ان اتبع اساس جديد يتلائم مع طبيعة الاضرار البيئية و يغطي كافة صورها دون حاجة للبحث عن خطأ واجب الاثبات او حتى خطأ مفترض في جانب المسؤول ، ويتمثل هذا الاساس في فكرة النظرية الموضوعية ، التي تستند على فكرة الضرر الناشئ عن التصرف ، والذي يحقق تلوثاً بيئياً تتجاوز اثاره الخطأ الشخصي ، وبالتالي لا يمكن دفعها بنفي الخطأ او حتى اثبات السبب الاجنبي فهذه المسؤولية تقوم على تعويض الضرر ولو لم يكن هناك خطأ ، ولذلك وصفت هذه النظرية بأنها صمام الامان القانوني و الفعال لضمان حقوق الافراد وتسهيل تعويض الاضرار الناشئة عن تلوث البيئة^(٩٥) .

فالاساس القانوني للمسؤولية الموضوعية يتمثل في فكرة تحمل التبعة او الغرم بالغرم^(٩٦) وهو يستند الى ان الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية و التجارية الحديثة و المولدة للاخطار التكنولوجية و التي تحدث تلوثاً للبيئة يصعب اسناد تبعة الخطأ فيه على المسؤول وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية ، ولذلك يستوجب الامر القاء تبعة الغرم و الربح على المسؤول الذي يمارس النشاط المحدث لهذا التلوث بغض النظر عن اي خطأ ، او بعبارة اخرى فان فكرة تحمل التبعة تعني ان من يفيد من خطر ناشئ عن نشاطه عليه ان يتحمل تبعته ، اي عليه ان يعرض الاضرار الناشئة عن هذا النشاط ، فهو معيار يقوم على تبعة الربح او تبعة النشاط او تبعة السلطة ، بحيث ان اي شخص يمارس نشاطاً يعود عليه بربح او يستحدث أنشطة حديثة اقتصادية او تجارية نافعة له من الناحية الاقتصادية ولكنها في نفس الوقت مولدة لمخاطر تكنولوجية تؤدي الى اضرار بالبيئة فانه يتحمل تبعة هذا النشاط ، فهنا تقوم مسؤولية موضوعية عن تعويض الضرر الناشئ عن هذه الأنشطة ولو لم يصدر اي خطأ وذلك بالاستناد الى فكرة تحمل التبعة او الغرم بالغرم . وتتميز هذه النظرية بعدة خصائص اهمها^(٩٧) :

- انها مسؤولية مركزة في شخص المستغل: فهي تبحث عن اشخاص المسؤولية وليس عن اخطاء، فمثلا في المسؤولية عن الضرر النووي جعلت هذه النظرية مستغل المنشأة النووية وحده المسؤول عن الاضرار، باعتباره الشخص المرخص له و المعترف به من جانب السلطات كمستغل لهذه المنشأة التي تسببت في التلوث البيئي .
- انها مسؤولية محددة التعويض ، فيما انها تقوم بالزام المسؤول بتعويض الضرر البيئي دون تكليف المضرور باثبات اي خطأ من جانب المسؤول لذلك ومن اجل ايجاد التوازن^(٩٨) كان لابد من ايجاد اسس و معايير لتحديد التعويض، وهذا ما سنبحثه لاحقا .
- انها مسؤولية تلقائية لا يقف امامها القوة القاهرة او فعل الغير او فعل المضرور و بالتالي لا يمكن دفعها .

وقد يقول البعض ان مسالة تحمل التبعة مقصورة على الانشطة الصناعية و التجارية ، وهذا امر غير مقبول ، لان الضرر الناجم عن تلوث البيئة لا يقل في خطورته عن الضرر الناجم عن اي نشاط تجاري او صناعي ، فالضرر الناجم عن تلوث البيئة قد يمتد لاجيال قادمة ، وربما يهدد مستقبل البشرية ، ويلزم تعويض الضرر الناجم عن تلوث البيئة بغض النظر عن كون النشاط الذي سبب هذا التلوث خطر او غير خطر ، او كونه مؤديا للربح او لا يترتب عليه اية ارباح .

تقييم النظرية : تعتبر المسؤولية الموضوعية – في نظرنا – من اكثر الاسس القانونية ملائمة لطبيعة الاضرار الناشئة عن التلوث البيئي والتي يمكن اسناد تعويض هذه الاضرار اليها ، ولذلك فنحن نرى الاخذ بالاتجاه الفقهي والقضائي الحديث الذي اعتنق فكرة المسؤولية الموضوعية كأساس قانوني للمسؤولية المدنية في مجال التلوث البيئي ، مع ملاحظة الاعتبارات التالية :

أولاً: ضرورة تطوير قواعد المسؤولية المدنية التقليدية المستندة الى فكرة الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، وتطوير هذه القواعد حتى تشمل وتسرى على أحدث صور وحالات المسؤولية المعاصرة التي لا يمكن ان تندرج تحت هذه القواعد التقليدية ، وتأتي المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي ، على رأسها نظرا لخصائص الضرر البيئي التي وضحناها سابقا.

ثانياً: ان هذا الاساس الجديد يتلائم تماماً مع الطبيعة القانونية التي يسبغها الفقه الحديث على حق الملكية والذي لم يعد حقا مطلقا يعطى صاحبه اوسع السلطات في الاستعمال والاستغلال والتصرف بل اصبح مقيدا بالوظيفة التي يستند اليها والتي رسمت حدا موضوعيا لهذا الاستعمال فلا يمكن الغلو في استعماله او تجاوز الاستعمال العادي له بما يحقق اضرارا غير مألوفة للغير والا يعتبر ذلك خروجاً عن حدوده الموضوعية ويصبح المالك مسؤولاً عن تعويض الغير عما يلحقه من هذه الاضرار غير المألوفة دون حاجة الى اثبات أي خطأ في جانبه .

ثالثاً: ان الاتجاه الى تحميل مستغل او مستثمر النشاط مصدر التلوث المسؤولية عن الاضرار بالبيئة يعد امرا لم يحسم بطريقة نهائية من قبل الفقه و القضاء ، لانه ما زال يحكم وفقا للاسس العامة في القانون المدني . ويمكن القول بان الاساس التقليدي و الاكثر قبولا اليوم هو الاقرار بوجود المسؤولية عن التلوث الصناعي و الزراعي وفقا للنظرية الشهيرة في القانون المدني وهي " مضار الجوار غير المألوفة او اضطرابات الجوار " فهي مسؤولية ذات طبيعة مستقلة عن غيرها ، و تجد اساسها في فكرة الضرر ، بل يمكن القول انها مسؤولية يظهر فيها اندثار فكرة الخطا المسبب لذلك الضرر. وان اغلب الفقهاء يجمعون على ان المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسؤولية موضوعية ، أي مسؤولية بدون خطأ تقوم عند تحقق نتيجة معينة هي ضرر فاحش بالجار ، وواقع الحال يؤيد ذلك فالنشاطات التي تنجم عنها اضرار بالبيئة في اغلب الاحوال هي نشاطات مشروعة تؤدي الى تلوث البيئة مما يصيب الجار بضرر نتيجة لتغير مركبات الهواء النظيف على اثر هذه الاستعمالات ، والخلاصة انه وجد في النظرية الموضوعية التفسير القانوني للقول بالمسؤولية عن النشاطات المشروعة التي تؤدي الى تلوث البيئة.

المبحث الرابع : التعويض عن الضرر البيئي في القانون المدني العراقي

تعتبر البيئة ملك للبشرية جمعاء ، وهي تقع ضمن ما استخلف الله الانسان عليه من سماء وارض وبحار و مياه و هواء ، ولذلك فواجب المحافظة عليه ربما يكون اكبر من واجب المحافظة على الملكية الخاصة، فعلى قدر الواجب تكون المسؤولية، فاذا كبر الواجب كبرت المسؤولية عنه . ولا بد من ملاحظة ان معظم النصوص القانونية المستند عليها لتقرير المسؤولية تركز على حماية البيئة ولا تعالج مسائل التعويض عن الأضرار البيئية إلا بصورة فرعية، فالهدف هو منع الضرر وليس التعويض عنه بعد حدوثه، وعلماء البيئة متفقون على أن الحماية المنعنية لها السبق والأولوية على قواعد المسؤولية والتعويض^(٩٩) ويدل على ذلك أن بعض قوانين الدول المتقدمة خاصة دول العالم الصناعي ، تنشئ جمعيات ونقابات متعددة لحماية البيئة ، بهدف الدفاع عن البيئة في مجموعها، والحفاظ عليها كوسط ملائم للإنسان والكائنات الحية الأخرى ، ومقاضاة المتسببين في الإضرار بها ، ليس في مواجهة الأفراد فيما بينهم فقط بل يمكن أن يكون لصالح الأفراد في مواجهة السلطة العامة ، ولأجل بيان الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية لا بد لنا أولاً من بيان طرق اثبات حصول الضرر وكيفية تعويضه في مطلب اول ومن ثم سنتكلم عن التامين باعتباره الوسيلة الامثل لضمان التعويض عن الاضرار البيئية في مطلب ثان .

المطلب الاول : اثبات الضرر البيئي وطرق التعويض عن المسؤولية الناشئة عنه

المسؤولية المدنية عن اضرار البيئة في نطاق القانون المدني تهدف الى جبر الضرر لا معاقبة الفاعل ، ولذلك يملك الشخص حق التنازل عنها لأنها حق شخصي، ولكن لا بد أولاً من اثبات الضرر ومن ثم تقدير التعويض الملائم له وسنبحثهما في الفرعين التاليين :

الفرع الاول : طرق اثبات الضرر البيئي

تزيد صرامة القواعد التقليدية (في عدم احتضان الأضرار البيئية ذات الطابع الاحتمالي) من صعوبة إثبات الضرر البيئي ، كما تعد الخصوصيات المتعلقة بعدم يقينية الضرر البيئي التي يتعذر معها إثبات الضرر -كما سبق بيانه-، أحد الأسباب التي تستدعي إضفاء مرونة قانونية على قبول دلائل إثبات الضرر البيئي. ويرى الفقه أنه يجب تطبيق مبدأ المماثلة أو تشابه الأخطار على مجموع الحوادث البيئية المتشابهة أو المتقاربة، إذ لا يعقل أن يظل القانون مجمداً بسبب عدم اليقين إلى أن يحدث اضطراب جيني أو سرطان، وعند ذلك لا يكون للتعويض أو الإصلاح أي معنى ، وتتدعم إمكانية تطبيق "مبدأ المماثلة في إثبات الضرر البيئي" ضمن قواعد القانون المدني بوجود ممارسة مستقرة ضمن القضاء . إذ يعتبر الفقه أن مفهوم السابقة ضمن الآثار التي تسببها الحوادث المتتالية ذات المصدر الطبيعي يتعلق بمعرفة ما إذا كان تكرار السوابق، أي الكوارث الطبيعية المسجلة سابقاً، تعتبر كافية لقبول الطابع المتوقع لحدوث هذه المخاطر، وبذلك تلعب هذه السوابق دوراً أساسياً في تقدير القضاء للمسؤولية بمناسبة كل كارثة طبيعية ، ويجرنا هذا التحول الواقع في التوسع في قبول دلائل الإثبات إلى البحث عن منافذ ضمن القانون المدني لتأصيله وتحديث مضمون قواعد الإثبات حيث يمكننا الاستناد إلى مضمون المادة (٢٠٥) من القانون المدني في إضفاء المرونة على قبول دلائل إثبات جديدة وملائمة للضرر البيئي، والتي تترك للقاضي تقدير استنباط كل قرينة لم يقرها القانون شريطة أن يكون ذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة ، وبناءً على ما تقدم يمكن التوسع في الاستناد إلى أعمال ذات تقنية خاصة، كمراقبة تصريف النفايات الصناعية السائلة من قبل مفتشي البيئة ، وكذلك القيام بالتحاليل الدورية لنوعية المياه المخصصة للشرب ، كما يمكن التوسع في قبول قرائن الإثبات من خلال الوثائق البيانية المطلوبة قانوناً لإعطاء تصريح لإنشاء المنشآت ، كدراسة مدى التأثير على البيئة ، ودراسة موجز التأثير على البيئة، ودراسة الأخطار، ودراسة مدى التأثير على الناحية العمرانية، ورخصة البناء، لأنها جميعاً تبين وصف وجرّد للعناصر الطبيعية وحالتها في المنطقة التي يراد فيها إقامة منشأة ملوثة، وبذلك فإن أي تغيير لاحق في العناصر الطبيعية يمكننا من الاستنتاج بأن سببه يعود إلى نشاط المنشأة التي استقرت لاحقاً. وهذه البيانات التي تعدّها الهيئات الخاصة لبيان مدى ملائمة المشروع مع الوسط والمطلوبة في تكوين ملف المنشآت ، يمكن استغلالها كوسيلة إثبات للضرر البيئي ضمن النزاع البيئي، وإقرار قبولها كوسائل إثبات خاصة بمجال الأضرار البيئية، من خلال المقارنة بين الوضعية الأصلية للوسط الطبيعي قبل وجود النشاط، والتي يتم وصفها في مختلف الوثائق السالف ذكرها، والتغيرات التي طرأت لاحقاً على هذه الأوساط الطبيعية

بعد ممارسة النشاط الملوّث، إضافة إلى وسائل الإثبات السابقة يمكن اللجوء إلى هيئات مستقلة للبحث والتحري كالوكالات المتخصصة ومكاتب الدراسات المعتمدة من قبل وزارة البيئة للقيام بدراسة مدى التأثير على البيئة.

كما يطالب الفقه بتطبيق الإثبات بالقرائن والإحصائيات في مجال الأضرار البيئية، والتي يأخذ بها في مجال حماية الصحة في إطار علاقات العمل إذ تأخذ القوانين الاجتماعية بنظام القرائن في الأمراض المهنية وتستخدم طريقة الإثبات بالقرائن والإحصائيات في مجال القوانين الاجتماعية إلى قائمة الأمراض المهنية المعدة سلفاً، والاستدلال من خلال قرينة تواجد العامل بمكان وظروف خاصة للعمل للقول بأن المرض الذي أصابه يعد مهنيًا. فقياساً على هذه العلاقة السببية المبسطة يمكن اعتماد طريقة الإثبات بالقرائن في مجال حماية البيئة، من خلال إيجاد قائمة خاصة تبرز نوع المواد الملوثة وطبيعة الأضرار التي يمكن أن تتسبب فيها^(١٠٠). ويعتبر الفقه أن قبول التوسع في القرائن ضمن القانون المدني وقانون حماية البيئة يسمح بتطبيق الاحتمال المعقول.

الفرع الثاني : تقدير التعويض عن الاضرار البيئية:

يعتبر التعويض صورة الجزاء في المسؤولية المدنية، ويقتصر التعويض في المسؤولية العقدية في غير حالتي (الغش والخطأ الجسيم) على الضرر المباشر المتوقع، أما التعويض في المسؤولية التقصيرية فيكون عن أي ضرر مباشر متوقعاً كان أم غير متوقع، ويتم تقدير قيمة التعويض بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، ويشتمل على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وللقاضي أن يقوم هذا الضرر بالمال بشرط أن لا يقل أو يزيد عن الضرر متوقعاً كان أم غير متوقع، والتعويض إما أن يكون عينياً أو أن يكون بمقابل، وتحدثت المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي عن التعويض العيني، وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه، مثل أن يزيل الضرر تماماً وكأنه لم يكن (إعادة الحالة إلى ما كانت عليه)، ويعتبر التعويض العيني أفضل طرق التعويض لأنه يؤدي إلى جبر الضرر تماماً، ولكن هذا التعويض ليس من السهولة بشيء، خاصة وأن قضايا التلوث البيئي شائعة ومتعددة الجوانب لا سيما إذا كان هناك أكثر من مصدر للضرر، وحيث أن هذه العناصر لا يعوضها إلا عودتها^(١٠١)، غير أن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية تتمثل باللجوء إلى التعويض بمقابل أي دفع مبلغ من المال يهدف إلى جبر الضرر الذي حصل، يحكم به القاضي دفعة واحدة، أو على أقساط، وهذا يرجع إلى القاضي ودون طلب من المضرور، ويجب أن يؤخذ بالاعتبار عند تقدير قيمة التعويض النقدي عن أضرار التلوث البيئي ضرورة تقدير قيمة الضرر وقت صدور الحكم وليس وقت وقوعه، وذلك لأن نظر الدعوى قد يستمر فترة طويلة، وبالتالي إذا كان الضرر قد تغير بعد وقوعه عما كان عليه في بداية الأمر، فإن مقداره الحقيقي يكون رهيناً بما وصلت إليه حالة المضرور وقت صدور الحكم. كما يجب أن يؤخذ بالاعتبار أيضاً جسامته الضرر، وحالة الوسط البيئي الذي لحقه الضرر، والوسائل الفنية اللازمة اتخاذها وبدائلها، والنتائج المطلوبة تحقيقها من التدخل في إصلاح هذا الضرر. ويلتزم المسؤول عن الضرر بتكاليف التدابير الوقائية والعلاجية التي تم اتخاذها، إلا أنه ينبغي ألا تزيد قيمة إصلاح الضرر عن قيمة الوسط البيئي المضرور وذلك بهدف منع انفاق مبالغ طائلة على وسط بيئي بسيط لا يتناسب والمبالغ المطلوبة لرفع الضرر عنه.

ويصح أن يطلب القاضي من المسؤول عن الضرر تقديم تأمين توثيقاً لدين المضرور الذي بقي في ذمته زمناً طويلاً، كما يصح أن يحكم القاضي على المسؤول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو شركة تأمين على أن تقوم الشركة بدفع الأقساط إلى المضرور. وقد حددت المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي مبلغ التعويض بأنه يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من ربح شرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع وبصرف النظر عن أن كان متوقعاً أو غير متوقعاً^(١٠٢). ولا بد من ملاحظة أنه إن كان تحديد الضرر المادي الناشئ عن الممارسات الضارة بيئياً ميسوراً إلى حد ما فإنه ليس كذلك بالنسبة للضرر الأدبي، فالتعويض أصلاً عن الأضرار البيئية كان موضع خلاف، والحجة صعوبة تقدير الضرر المعنوي، وصعوبة تعويضه، لأن الأشياء التي يقع عليها الضرر الأدبي كالشرف والسمعة وعاطفة المحبة ليس لها ثمن معين، فكيف يحتسب التعويض عليها؟ بالإضافة إلى صعوبة تحديد مستحقي التعويض عن الضرر

الادبي لان الحزن والاسى لا يمكن تقييمه بالنقد ، الا ان هناك اتجاه يرى ضرورة التعويض عن هذا الضرر لان القصد بالتعويض عنه ليس جبر الضرر وانما نوع من العزاء نتيجة ما اصاب الشخص من ضرر ، كما ان ترك المضرور دون تعويض يلحق به ظلماً كبيراً، وقد اخذ القانون المدني العراقي بامكانية التعويض عن الضرر المعنوي او الادبي في المسؤولية التقصيرية .

ويمكن تصور طلب التعويض عن الضرر الادبي عن نشاطات ضارة بالبيئة فمثلاً من القى مواد شديدة السمية في نهر وشرب منه كلب صغير كان مع مالكه فادى ذلك الى موت الكلب فهل يستطيع مالك الكلب المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الذي لحق به من جراء وفاة كلبه الصغير ؟ لو عرضت هذه الدعوة على احدى محاكم امريكا او اوربا لكانت دعور رابحة بالفعل ، لكن في دولنا العربية والعراق بالذات فالوضع مختلف فنص المادة (٢٠٥) من قانون المدني العراقي قصر التعويض عن الضرر الادبي على الازواج والاقارب من الاسرة الذين لم يتول المشرع العراقي حصرهم وانما ترك تحديدهم الى القضاء ، ولكن المشرع لم يمد التعويض الى باقي اشياء الشخص او حيواناته ، كما انه قصره على اقارب الشخص الذين اصابهم الم حقيقي وليس جميعهم^(١٠٣)، واخيراً بالنسبة للضرر الجسدي في مجال المسؤولية المدنية من التلوث فيتمثل الضرر المادي الجسدي بالاضرار بصحة الانسان الى حد يتصل بالتسمم او الاصابة بالسرطان والعقم نتيجة التعرض للملوثات^(١٠٤).

و تتمثل الصعوبة المتعلقة بالتعويض النقدي للاضرار البيئية من انه يتم الحديث عن عناصر قد لا تقوم بمال ، وقد يكون من الصعب استرجاعها ، فالانواع النادرة من الحيوانات و الطيور في حالة اصطيادها او تعرضها للتلوث مما يسبب انقراضها ، ويكون من المستحيل في بعض الحالات اعادتها لذلك تحرص التشريعات على حماية هذه الانواع ضمن محميات معينة خشية التعرض لها او اتلافها ، وذلك كوسيلة دفاعية نظرا لاستحالة تعويضها نقداً . كما وتبرز صعوبة التقدير النقدي للضرر البيئي في كيفية تقييم عناصر الطبيعة ، وتحديد الاساس الذي يتم بموجبه التقييم فلو تم تلوث مياه النهر مثلاً فكيف يتم تقييم الضرر ؟ هل سيتم بالاستناد الى ما تم تدميره من ثروة سمكية في النهر؟ ام في قيمة الوسائل التي سيتم اتخاذها لتنظيف النهر من المواد الملوثة ؟ ام في مدى الخسارة التي لحقت بالصيادين الذين ينتفعون من الصيد في النهر ؟ ام في حجم الربح الضائع الذي فقده الدولة من عزوف السياح مثلاً عن التنزه على شواطئ؟

مما تقدم يتبين لنا ان الضرر البيئي يمتاز من جهة بامتداده وشموله لمجالات واسعة، ويمتاز من جهة أخرى بصعوبة أو استحالة التقدير الاقتصادي لآثاره السلبية على الأوساط الطبيعية^(١٠٥). فعملية التقدير المالي للضرر البيئي تعترضها صعوبات تتمثل في نفي وعدم تعرض القضاء للتعويض المالي عنه، ذلك أن المفهوم الجزئي للضرر البيئي يرتبط من ناحية بالتعويض عن الأضرار الجسدية أو الاقتصادية الناجمة عن الضرر البيئي، ومن ناحية أخرى وحتى في حالة الترميم أو إعادة الحال فإن تطبيقها انحصرت في إصلاح الأملاك الخاصة المتضررة نتيجة لتضرر الوسط، وفي كلتا الحالتين لم يتم التعرض لتقدير الضرر البيئي، بل تم فقط تقدير الأضرار التي لحقت بالمتلكات.

ويعتبر الفقه أنه من بين الصعوبات الأخرى التي تواجه تجسيد الضرر البيئي هو ارتباط قيمة أو أهمية العناصر الطبيعية بمعايير عاطفية أو ثقافية أو سياحية، ونادراً ما يتعلق الأمر بقيمتها البيئية ضمن النظام البيئي. ونتيجة لأهمية التقدير المالي للضرر البيئي لاستيعابه ضمن قواعد المسؤولية، عرض الفقه عدة طرق ومحاولات لتقدير الضرر البيئي، منها ما يركز على علم البيولوجيا، والذي يتم من خلاله إسقاط نتائج الأبحاث البيولوجية حول إزالة التلوث على التقويم المتعلق بإصلاح الضرر البيئي، ومنها ما يستند إلى التحليل الاقتصادي في تقدير الضرر البيئي، وفي غياب سوق حقيقية تم خلق سوق افتراضية تسمح بإيجاد تكافؤ أو تعادل بين الضرر البيئي وقيمة التعويض، وبالرجوع إلى موقف المشرع العراقي من موضوع التقدير المالي للضرر البيئي، نجد أنه وعلى غرار المشرعين الآخرين لم يعتمد معياراً واضحاً لوضع تسعيرة خاصة للعناصر الطبيعية التي تتعرض للتدهور .

ومن جهة أخرى تؤدي صعوبة التقدير الاقتصادي لأمالك ليست لها قيمة اقتصادية إلى تضارب الأحكام القضائية وعدم تجانسها، مما يحث على اعتماد التقييم الجزافي للأضرار البيئية لتجنب المدعين بالضرر

البيئي القيام بخبرات طويلة، والتي قد تكون نتائجها في أغلب الأحيان غير مؤكدة^(١٠٦)، كما انه لا يمكن من الوصول إلى تقدير متفق عليه للضرر إلا أن اقتراح اعتماد التقدير لا يخلو بدوره من الانتقاد والنقائص لأن المشاكل البيئية تتبلور خلال فترات طويلة، الأمر الذي يثير مشكلة تقليدية تتعلق بالإثبات، ذلك أن المهمل الطويلة تثير مسألة الشك أو عدم الدقة، وبذلك فإن التقدير الجزافي المسبق لا يعبر عن حقيقة الضرر البيئي، إذ أنه يمكن أن يتحقق الضرر البيئي ولا يكون قابلاً للاسترداد، وأن حجم التقديرات الجزافية المسبقة قد لا تستوعب الضرر بفعل طول المدة الفاصلة بين الفعل والنتيجة، كما أن التقدير الجزافي ليس هو دائماً الحل الأمثل، ولذلك يعتبر اتجاه آخر أنه يمكن أن يكون الضرر الاقتصادي الناجم عن الأضرار البيئية هو ذاته نقطة ارتكاز لتعويض الضرر البيئي، لأن الأضرار التي تصيب الأشياء أو العناصر البيئية المشتركة قد تتحول إلى أضرار تصيب الأشخاص بصورة خاصة، أو تصيب النشاطات الاقتصادية التي يزاوئها من يستغلون نفس هذه العناصر الطبيعية المشتركة التي تعرضت للتغيير، ونظراً للطابع غير المستقر للأضرار البيئية وجب إحداث نظام خاص للتعويض، لا يقوم على تقدير جزافي مسبق وإنما على تعويض مؤقت قابل للمراجعة إلى أن تستقر أو تتوقف الآثار السلبية للنشاط الملوث، وفق ما نص عليه القانون المدني الذي يتيح للقاضي إذا لم يتيسر له تقدير التعويض وقت الحكم بصفة نهائية، أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير، أو كحالة التعويض المعمول بها في مجال الأضرار الجسمانية في مجال حوادث السيارات، والتي لا يحسم فيها التعويض النهائي إلا بعد استقرار الحالة الصحية للمصاب، فالأضرار البيئية تتميز بطابع الاستمرارية أثناء المحاكمة وبعدها، وهذا عكس ما هو عليه الوضع في التعويض عن إتلاف أو تحطيم ملك الغير، إذ يتوقف النزاع بمجرد الحكم بما يعادل قيمة الأشياء الهالكة ولا يعقل أن يطالب من أهلك ممتلكاته من جديد بالتعويض عنها. كما أن التعويض المالي عن الأضرار البيئية، لا ينهي النزاع بالنسبة للمستقبل، لأن موضوع النزاع الذي كان محل المطالبة القضائية لازال قائماً ويصلح لمطالبة قضائية جديدة بسبب استمرارية الضرر للوسط الطبيعي، والذي يمكن أن تنعكس آثاره على ممتلكات الغير، الأمر الذي يخولهم حق المطالبة بإصلاح الضرر من جديد، ويجعل من النزاع البيئي وفقاً لقواعد الإصلاح التقليدية غير منته.

ونظراً لعدم جدوى الإصلاح المالي للضرر البيئي، فإن التعويض العيني يظل هو الحل الأفضل، لذلك تعرف النظريات المتعلقة بحماية البيئة في الوقت الراهن تطبيق أساليب إصلاح عينية عديدة منها: وقف النشاط الملوث، أو استبدال أساليب الإنتاج والمواد المستخدمة والتقنيات المستعملة، ومنع مزاولة بعض النشاطات الخطرة على البيئة بصورة نهائية، وإعادة إصلاح التوازن البيئي، والأمر بالقيام بالأشغال وإعادة الحال إلى ما كان عليه. ويشكل إجراء إعادة الحال إلى ما كان عليه أحد التطبيقات الفعالة لإصلاح الأضرار البيئية بعد أن كان الإصلاح محصوراً في التعويض النقدي الذي لا يلائم الأضرار التي تصيب العناصر الطبيعية، لأن التعويض النقدي عن الأضرار البيئية سواء قدم لأفراد أو جمعيات أو هيئات عامة فإنه يشكل نوعاً من الإثراء بلا سبب على حساب العناصر الطبيعية التي لا مال لها^(١٠٧)، ولا يحل مشكلة التدهور البيئي التي تصيب هذه العناصر بسبب عدم فعالية التعويض المالي عن الأضرار البيئية، وإذا كانت المطالبة بإقرار إعادة الحال إلى ما كان عليه لإصلاح الأضرار البيئية حديثة في قانون حماية البيئة، فإن تطبيقها في المسؤولية المدنية يعد أمراً مألوفاً، ونظاماً راسخاً في الكثير من تطبيقات القانون المدني العراقي، ذلك أنه يمكن للمتضرر أن يطلب من القاضي تقدير التعويض نقداً أو أن يطالبه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو المطالبة بإزالة أو وقف مضار الجوار غير المألوفة بالنسبة للمستقبل، كما يمكن لمالك المواد التي أقام بها شخص آخر منشأة أو بناء على أرضه أن يطالب بإزالتها إذا كان نزاعاً ممكناً، وإذا أقام شخص منشآت بمواد من عنده على عقار للغير دون رضاه، فيمكن لصاحب الأرض طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها كما تضمن القانون المدني صوراً أخرى لإعادة الحال إلى ما كان عليه^(١٠٨)، إذ خول لمن يسترد ملكه الذي أقيمت عليه منشآت بأن يدفع للحائز جميع ما أنفق، ويجوز للحائز أن يزيل ما أحدثه من منشآت بشرط أن يرد الشيء إلى حالته الأولى، وفي حالة مخالفة حق الارتفاق خول صاحب العقار إمكانية المطالبة بإصلاحه عينا، هذه الصور الواردة في القانون المدني والمذكورة على سبيل المثال توضح بأن ممارسة إعادة الحال ليست غريبة عن

القانون المدني، وأنها تقوم على فكرة جوهرية مفادها إزالة الاعتداء المادي بقدر الإمكان، فالأمثلة السابقة تشير كلها إلى حق المالك الذي تعرض حقه للاعتداء بأن يطالب أولاً بالكف عن الاعتداء من خلال إزالة موضوع الاعتداء (منشآت-بناء- غراس) وإعادة صورة ملكيته إلى حالتها الأصلية قبل الاعتداء. وهذه الصور المختلفة التي تجيز للمالك المطالبة بإعادة الحال إلى ما كان عليه لحماية ملكيته من أي اعتداء مادي، يمكن أن تشكل سنداً قانونياً متيناً للمطالبة بإعادة الحال إلى ما كان لإصلاح الأضرار التي تصيب العناصر الطبيعية التي لا مالك لها في إطار القانون المدني. وإن كان وجه المطالبة يختلف من حيث الإجراءات، إذ لا يتعلق الأمر في العناصر الطبيعية بمطالبة المالك بإعادتها إلى حالتها الأصلية أو القريبة منها، وإنما بمن يقر لهم القانون حق الإدعاء بالمصلحة الجماعية. كما تسمح لنا هذه الممارسة القضائية لإعادة الحال إلى ما كان عليه في القانون المدني، بالمطالبة بتحويل القاضي المدني مجالاً أوسع للحكم بإعادة الحال في إطار قانون حماية البيئة، على غرار اختصاص القاضي الجزائي والإدارة بالنطق بإعادة الحال إلى ما كان عليه^(١٠٩).

وبناء على ما سبق يمكن الاستناد إلى إعادة الحال باعتباره مبدأ مكرساً في القانون المدني لإزالة الضرر بالنسبة للمستقبل، واقتراح إعادة الحال إلى ما كان عليه كآلية محورية للحد من الأضرار البيئية بالنسبة للمستقبل، ليؤدي هذا المسلك إلى إقرار مسؤولية الملوثة وإنهاء النزاع البيئي بالنسبة للمستقبل، والحد من تراكم الطلبات الخاصة بإزالة الضرر البيئي وتعاقبها. ونظراً لكون اللجوء إلى هذا الإجراء في الحياة العملية نادراً، هذا إن لم نقل منعدم، فإنه لا يزال يستحق الكثير من الاهتمام في جوانب متعددة تتعلق بمعرفة من هو المدين بإعادة الحال؟ سواء في حالة وقف المنشأة أو في حالة تصفيتها أو في حالة تأجير أو بيع الأرض البيئية التي تقع ضمنها المنشأة الملوثة.

ويتضمن إجراء إعادة الحال للأضرار البيئية ذات المصدر الاصطناعي صورتين: تتمثل أولاًهما في التدخل المباشر لإصلاح وترميم الوسط البيئي الذي تعرض للتلوث في حالة إمكانية استرجاع كل أو بعض الخصائص الطبيعية للوسط الذي أصيب بالتلوث. وتتمثل الصورة الثانية في إعادة تشكيل وإنشاء شروط معيشية مناسبة للعناصر الطبيعية التي تعرض وسطها الأصلي للتدهور في مكان آخر، بسبب هدم أو زوال العلاقات أو الشروط وعدم إمكانية استرجاعها، وهنا يتعلق الأمر بنوع من التعويض المثلي أو القريب من المثلي^(١١٠).

ولتجاوز العقبة التقنية الأولى المتعلقة بمعرفة وتحديد ووصف الحالة الأصلية للوسط الذي تعرض للتلوث لإعادة الحال إلى ما كان عليه، يمكن الاستعانة بالدراسات السابقة المنجزة عن حالة هذا الوسط والتمثلة في دراسات مدى التأثير، ودراسة الأخطار، أو دراسة مدى التأثير على الناحية العمرانية، لأن هذه الدراسات تصف لنا الخصائص الطبيعية للوسط قبل إنجاز أي مشروع ملوث والانعكاسات المحتملة للنشاط المزمع القيام به، والتدابير الواجب اتخاذها لمواجهة الأخطار المحتملة.

كما يمكن الاستعانة بالمعطيات والإحصائيات الدورية التي تقوم بها مختلف القطاعات الوزارية، مثل المياه، الغابات، الصحة، البيئة، حماية الحيوانات، الأرصاد الجوية، والقبالة للإطلاع.

وتثار الاستحالة المادية المؤقتة في حالة عدم وجود معلومات كافية عن الوسط الذي تعرض للتدهور لإعادة تشكيله، ونكون أمام استحالة مادية مؤقتة في الحالات التي يتعذر فيها تقنياً وعلمياً إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه، نتيجة لنقص الخبرات والتقنيات والتي يمكن أن تتحقق بفعل التطور العلمي والتقني، وقد نكون إزاء حالات لا يتعلق فيها الأمر بالاستحالة المادية وإنما بصعوبة تمويل العملية، حيث يفرض القانون إعادة الحال إلى ما كان عليه على نفقة المتسبب في الضرر البيئي في حدود القدرات الاقتصادية للملوثة، وهذا يؤدي إلى ربط إعادة الحال بالنسبة للمنشأة الملوثة بالقدرة الاقتصادية للملوثة إلى إخراج حالات التدهور البيئي ذات الطابع الجسيم من إمكانية إعادة الحال، بسبب عدم إمكانية تحمل المنشآت الملوثة لأعباء إعادة الحال إلى ما كان عليه. وبالنتيجة نجد أن نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه كما هو معمول به في التشريع الحالي، لا يمس إلا حالات التدهور أو التخطيم الطفيفة التي يمكن للمنشأة الملوثة أن تتحمل نفقاتها، الأمر الذي يدفعنا إلى إيجاد بدائل مكملة لتمويل إعادة الحال. وهذه الموارد المالية يمكن تأمينها من خلال مصادر

مالية متنوعة تضمن التطبيق السليم والفعال لإجراء إعادة الحال إلى ما كان عليه، والمتمثلة في حصيد الرسوم البيئية، والصناديق البيئية الخاصة، وكذا التأمين على الأضرار البيئية.

المطلب الثاني : التأمين واضرار البيئة :

نظرا لقصور نظام التمويل الذاتي عن ازالة الضرر البيئي وبخاصة في حالات التلوث الكبيرة أو الكارثية، فإن الأمر يستوجب تطوير أساليب تمويل ملائمة لضمان الحماية الوقائية والتدخلية للبيئة، لإصلاح الأضرار البيئية وإعادة الحال إلى ما كان عليه، فعلى الرغم من اعتراف المشرع العراقي بالضرر البيئي عندما تكلم عن الأضرار التي تصيب النبات والحيوان والماء والهواء، إلا أن التعويض عن الضرر البيئي اتسم بالطابع الاحتمالي والمحدود. فإذا استطعنا تأمين اليات جديدة لتمويل النشاطات الملوثة، فإن إثارة المسؤولية عن الأضرار البيئية تيسر بشكل كبير، وبالتالي نتفادى تفاقم وتراكم المضار التي تصيب العناصر الطبيعية بسبب نظام المسؤولية الحالي الذي لا يؤمن تمويل عمليات إزالة التلوث نظرا لتكلفتها الباهظة ولا يوقفها أو يمنعها. فإذا سلمنا بأن تطبيق المسؤولية الموضوعية في مجال تلوث البيئة امر لا بد منه ، فقد ادى هذا الامر الى المناداه بانه يمكن التأمين ضد مخاطر الاضرار الناجمة عن تلوث البيئة .

و مما لا شك فيه ان خصوصية حماية البيئة من التلوث توجب القول بانه يعد امرا طبيعيا ان يهيا وضعا ممتازا لطالب الدعوى وذلك لضمان حصوله على التعويض ، وليس هناك افضل من مظلة التأمين ، فالتأمين يضمن عدم ارهاق ميزانية الاشخاص و الشركات و حتى الدول ، لان نشاطات بعضهم المسببة للضرر البيئي تكون ضرورية للامن القومي ، ومن الظلم ان يقع كل العبء عليها ، وانما يمكن توزيعه من خلال نظام التأمين ، حيث ان كل مرة تكون المسؤولية مغطاة بالتأمين فانها تمارس مهمة توزيع عبء الاضرار عن طريق نظام التأمين ، و تتحقق تلك الوظيفة على خير وجه بالنسبة للمخاطر الجسيمة الناشئة عن استعمال الطاقة النووية او بعض الالات و التجهيزات الحديثة . كما انه من خلال التأمين نضمن حصول المضرور على التعويض، فنظام التأمين يستوعب المسؤولية القائمة على الخطا و نظرية المسؤولية القائمة على المخاطر . ويقوم هذا الامر على اساس دفع شركة التأمين مبلغ التأمين لمن وقع عليه ضرر التلوث البيئي ، وهذا الامر يؤدي الى تحقيق مصلحة المضرور ، لانه سيحصل على مبلغ التأمين من الشركة دون اللجوء الى القضاء الذي سيستمر النزاع معروضا عليه سنوات طويلة ، كما انه يحقق الفائدة ايضا للمؤمن ، لان شركة التأمين ستدفع مبلغ التأمين للمضرور بدلا من المسؤول عن الضرر ، ويعرف هذا النظام بالتأمين من المسؤولية ، وفيه تضمن شركة التأمين للمؤمن عدم رجوع المضرور عليه للمطالبة بالتعويض ، ولا يلعب الضرر الذي اصاب المضرور دورا في هذا المجال، فالمؤمن لا يعرض الضرر الذي اصاب الشخص من تلوث البيئة ، وانما يعرض الاضرار المالية التي لحقت بالمؤمن له من رجوع المضرور عليه ومطالبته له بالتعويض . ويمكن القول بأن التأمين من المسؤولية الناجمة عن تلوث البيئة قد ساهم بشكل كبير في حصول المضرور على التعويض ، وبدون شك فان الحياة الان اصبحت معقدة و ولا يمكن وضع عبء المسؤولية كاملا على من يزاول النشاط الذي سبب الضرر ، ولكن عن طريق التأمين يمكن توزيع هذا العبء ووضعه على عاتق شركة التأمين .

وان كان تأمين المسؤولية يمثل افضل وسيلة لضمان الوفاء بالحق في التعويض لمن قد يصابون بالضرر بسبب نشاط المسؤول ، والتي تمثل حمايتهم اساس التأمين من المسؤولية ، الا ان هذا القول وان كان يحقق مصلحة المضرور الا انه يصطدم بالقواعد العامة لعقد التأمين من ناحية ، اما الناحية الاخرى فتتمثل في انه قلما تنطبق شروط المسؤولية عن اضرار التلوث على النظم التأمينية . فمن المعروف ان الخطر في مجال التأمين يجب ان يكون حادثة احتمالية والا يتوقف حدوثه على محض ارادة الطرفين او احدهما وعلى هذا فقد ذهب جانب من الفقه الى ان خطر التلوث البيئي خطر ارادي ولا يجوز التأمين منه .

ويقول انصار هذا الرأي بأن قيام مصنع بالقاء المخلفات السامة في نهر مجاور للمصنع لا يمكن اعتباره امرا غير متوقع لان ادارة المصنع تقوم بهذا الامر وهي على علم بانه سيؤدي الى تلوث البيئة ، كما ان القاء مياه ملوثة في نهر او بث دخان في الجو يكون غالبا عن عمد و ارادة ، وبالتالي فليس بالامكان اعتباره امرا غير متوقع ، و مستقلا عن ارادة المستامن ، ومن جهة اخرى فان الكثير من حالات التلوث لا تكون ايضا فجائية

لان التلوث ظاهرة تحدث في الواقع - بشكل تدريجي بحيث لا يشعر بها المضرور الا بعد مرور فترة من الوقت، او متصاعد بحيث لا تنكشف الا بعد مدة من الوقت. وهذا الراي لا يمكن قبوله ، فليس من الضروري ان يكون الخطر مفاجئاً تماماً فخطر التلوث امر احتمالي ، ولا يمكن اعتباره امراً عرضياً نادر الحدوث بحيث لا يمكن التأمين منه . فالخطر في مجال تلوث البيئة قد يحدث فجأة وبدون أي مقدمات ، وقد يحدث تدريجياً نتيجة لوجود ملوثات ادت الى تلوث البيئة ، ويحدث الضرر بعد ان تتراكم هذه الملوثات^(١١)، لذلك اظهر المؤمنون في البداية ترددا في تغطية اخطار التلوث واشترطوا ان يكون الخطر فجائياً وناجماً عن حادثة عرضية تماماً ، الا ان موقفهم بعد ذلك اتسم بشئ من المرونة ، بحيث تخلو عن شرط الفجائية ، كما سلموا ضمناً بان كلا من فكرة الحادثة او الاحتمال هي من الافكار النسبية ، وان الاحداث القابلة للتأمين لا تتسم جميعها بنفس الدرجة من الاحتمال ، مستلهمين بهذا الشكل بعض الافكار الخاصة بتأمين الاخطار النووية، سواء بالنسبة للمؤمن او بالنسبة للمضرور .

وهناك عدة شروط يلزم توافرها في الخطر المؤمن منه ، منها ان يكون الخطر حادثاً احتمالياً ، والا يتوقف حدوثه على محض ارادة احد المتعاقدين ، او لا يكون الخطر مخالفاً للنظام العام والاداب .

ويقصد بالخطر في عقد التأمين حادثة محتملة غير محققة لوقوع ، كما ان وقوعها غير متوقف على محض ارادة احد المتعاقدين . والهدف من قيام عقد التأمين هو ضمان المؤمن له من الاثار التي قد تلحق به اذا تحقق الخطر لمؤمن منه .

ويلزم ان نلاحظ ان الخطر امر مستقبل ، أي ان الخطر لا يكون قد وقع بالفعل عند ابرام عقد التأمين ، لانه اذا كان الخطر قد وقع فعلاً ، فلا يجوز التأمين منه ، ولا ينشأ عقد تأمين في هذه الحالة . ويمكن القول بأن الخطر اذا كان مستحيلًا يكون العقد باطلاً ، ومن امثلة التأمين من الخطر المستحيل ان يؤمن شخص من مسؤولية الناشئة عن تلوث الناجم عن مصنعه ثم يتضح ان المصنع قد انهدم قبل ابرام عقد التأمين . ومن المعروف في مجال التأمين انه يلزم حدوث الخطر في فترة الضمان حتى يمكن دفع قيمة التأمين للمضرور ، فاذا تحقق الخطر بعد انتهاء فترة الضمان ، فلا يكون الخطر مشمولاً بالحماية في هذه الحالة ، ومن هنا يمكن القول بأن القواعد الخاصة بعقد التأمين ستؤدي في النهاية الى الحد من حصول المضرورين في مجال تلوث البيئة على التعويض الملائم .

ونحن نرى ضرورة انشاء صناديق تقوم الى جانب شركات التأمين ، فأذا تمكن المضرور من الحصول على التعويض الكافي من شركة التأمين ، فلا توجد مشكلة في هذه الحالة ، واما اذا لم يتمكن من ذلك فإنه يلجأ الى الصندوق لكي يحصل منه على التعويض الذي عجز عن الحصول عليه من شركة التأمين لعدم توافر الشروط . ويتكون رأس المال لهذا الصندوق عن طريق الزام الشركات والمصانع المسؤولة عن تلوث البيئة بدفع مبلغ من المال كل عام لصالح تعويض المضرورين من تلوث البيئة ، وتجمع هذه الاموال ويتم ايداعها في الصندوق المذكور .

ونحن نقترح اخيراً وجوب تدخل المشرع لفرض فكرة التأمين الاجباري عن المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي ، ونؤسس اقتراحنا على نفس الحكمة و ذات العلة التي من اجلها فرضت بعض التشريعات - ومنها المشرع العراقي - نظام التأمين الاجباري من بعض المسؤوليات ، مثل التأمين الاجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات ، و المسؤولية الناشئة عن تدهم البناء ، وبعض صور المسؤوليات الاخرى ، لان الحكمة من فرض التأمين الاجباري من هذه المسؤوليات هي رغبة المشرع في التوسع في المظلة التأمينية وحماية المضرور في حالات قد يعجز المسؤول عن تعويضه عنها ، لضخامة الاضرار المادية المترتبة عنها ، مثل الاضرار الناشئة عن حوادث السيارات وعن تدهم البناء ، ولما كانت نفس العلة متوافرة في المسؤولية الناشئة عن تلوث البيئة وهي الاضرار الجسيمة المترتبة في معظم حالات التلوث البيئي و ما يترتب عنها من ضخامة التعويضات التي يعجز المسؤول عن دفعها للمضرور ، فان من شان فرض التأمين الاجباري من هذه المسؤولية تلافي هذا القصور و توفير تعويض كامل للاضرار الناشئة عن التلوث البيئي ، وحتى لا تكون المسؤولية عن التلوث البيئي عقبة تعوق تطور النشاط التكنولوجي الحديث و ما قد ينشأ عنه من مخاطر بيئية .

الخاتمة

البيئة هي هذا الكون الذي يحيا فيه الإنسان وينهل من خيراته هواء يستنشقه وأرضا يعيش عليها ويأكل من خيراتها وماء جوفي وسطحي هو مصدر الحياة فوق هذه المعمورة مصداقا لقوله تعالى : (وجعلنا من الماء كل شيء حي أفلا يؤمنون)

وإذا كان الإنسان جزء من هذه البيئة التي خلقها الله وأصلحها من أجله إلا أننا لا نكون مغالين إذا قلنا إن هذا الإنسان لم تأخذه بهذه البيئة رافة ولا رحمة وهو يستغل مواردها فكان تلويثها ثمنا لمدينته التي يزعمها وكان هو أول المضرورين من هذا التلوث ، الأمر الذي حدا برجال العلم والفكر والقانون (كل في مجال تخصصه) أن يتنادوا فيما بينهم من أجل الرفق بهذه الموارد والمحافظة عليها من النضوب وهم يرون تدهورها السريع فقامت الندوات ودونت الرسائل والأبحاث والدراسات التي تحاول جاهدة إرشاد الناس لما فيه خيرهم وفلاحهم في الدنيا والآخرة .

ولأن القانون هو الذي يرسم القواعد ويضع النظم التي يسير عليها الناس في حياتهم وتواجدهم في هذه البيئة من أجل ذلك كان هذا البحث الذي تناول معنى التلوث البيئي وأنواعه وحدد موقف القانون المدني العراقي منه وبين المسؤولية المترتبة علي الإضرار بالبيئة ، فقد أصبح لزاما على القضاء المدني أن يقوم بدور تكميلي من أجل الحد من الأضرار البيئية، إلا أن وظيفة القضاء المدني في الحد من الأضرار البيئية، أعاققتها مجموعة من الصعوبات، يتعلق جانب منها بالتكليف القانوني لمختلف العناصر الطبيعية التي عرفها القانون المدني قبل ظهور مفهوم الضرر البيئي، وأثر هذا التكليف القانوني التقليدي على العلاقات والأنظمة البيئية، والتي لم تدخل بعد في قاموس القانون المدني. كما تعلقت الصعوبة الثانية بعدم ملائمة نظام التعويض المالي الحالي، مما استدعى الأمر إدراج نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه على نفقة المسؤول عن التلوث ، وتبين أن تطبيقها في ظل النظام القانوني الحالي للمسؤولية المدنية لا يزال مستعصيا أو مستحيلا، مما يستدعي إيجاد صيغ جديدة مناسبة لتمويل عمليات إصلاح الأضرار البيئية الكبرى أو الكارثية.

ومن ناحية أخرى ظهر اختلال جوهري يتعلق بوظيفة المسؤولية المدنية التقليدية التي تقوم على أساس جبر الأضرار، الأمر الذي لا يستجيب لأهداف السياسة البيئية التي تقوم على أساس اتقاء الأضرار البيئية، مما تطلب القيام بمراجعة شمولية لاستيعاب قواعد المسؤولية المدنية لمبدأ الحماية البيئية، والخلاصة أنه إن كان الضرر البيئي له خصوصيته التي قد تحول دون امكانية جبره وفقا للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، فإن ذلك لا يؤدي الى محو كل قيمة لهذه القواعد فما زال الاعتماد عليها . وقد رأينا من خلال صفحات هذا البحث مدى خطورة أضرار التلوث البيئي وآثاره السلبية السيئة على الإنسان والحيوان والنبات. ورأينا مدى الحاجة إلى تطافر وتكاتف جميع الجهود لمنع هذه المشكلة الخطيرة أو التخفيف من حدة آثارها على الأقل. كما تبين لنا أن المسؤولية التقصيرية التي تقوم على أساس ركني الضرر والعلاقة السببية بين الفعل والضرر دون حاجة لوجود خطأ أصبحت تشكل مجالا رحبا يمكن الاستناد إليه للتعويض عن أضرار التلوث البيئي في الحالات التي تمثل خطراً كبيراً على الأفراد، ومن ثم أصبح الاعتراف بالمسؤولية دون توافر ركن الخطأ على قدر كبير من الأهمية في هذا المجال.

ويمكننا في ختام هذا البحث أن نقدم بعض التوصيات والاقتراحات التي تساعد — باعتقادنا — على حماية البيئة من التلوث:

١- محاولة تغيير سلوك الفرد وسلوك المجتمع تجاه البيئة وزيادة الوعي البيئي لدى المواطنين من خلال تفعيل تقرير مسؤولية ملوثي البيئة وفرض التعويض عليهم ، إذ إن خوف الإنسان من العقاب كثيرا ما يدفعه إلى تقويم سلوكه، لذلك ينبغي تنمية قدرات المؤسسات المسؤولة عن الكشف عن المخالفات البيئية وعدم التراخي في فرض التعويض على المخالفين لقوانين البيئة . إذ إن الاهتمام بقضايا البيئة ليس ترفاً يقصد من ورائه صون جمال ما حولنا ونقائه ، ولكنه اهتمام يتصل ببقاء الإنسان وصحته ، ويتصل كذلك بمسؤولياته تجاه الأجيال التالية من أولاده وأحفاده ، ومن ثم فمن الطبيعي أن تصبح البيئة قيمة جديدة ضمن قيم المجتمع التي يسعى للحفاظ عليها وحمايتها من كل فعل يشكل إضراراً بها .

- ٢- ان موقف القانون المدني العراقي المتساهل حيال المسؤولية عن الاضرار البيئية امر فرضه واقع العراق الاقتصادي والصناعي يوم شرع القانون المدني ، وبالنظر الى تغير واقعنا الاقتصادي والصناعي بعد تطور الحياة واتساع دائرة التقدم العلمي لذا نرى من الضروري اقامة المسؤولية غير العقودية عن الاشياء التي تقتضي عناية خاصة للوقاية من ضررها على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من اساس المسؤولية أي على اساس تحمل التبعة ، الذي لا يمكن للمسؤول من خلالها الافلات من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي في الحدود التي يرسمها القانون ولا يأبىه اطلاقاً بعنصر الخطأ سواء كان ثابتاً او مفروضاً
- ٣-نوصي بتطوير قواعد المسؤولية المدنية لتلائم طبيعة الاضرار البيئية،مما يستلزم اطلاق سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية ، ويمكن للقاضي ان يحكم بالمسؤولية التضامنية عندما يعجز عن تحديد المسؤول الرئيسي الذي احدث الضرر، ونحن لا نطالب بهدم عناصر المسؤولية المدنية بل تبقى محتفظة بكل عناصرها ، ولكن عندما يكون هناك اكثر من مسؤول في احداث الضرر تقسم المسؤولية بينهم، وذلك على اساس نسبة ما يستخدمه كل منهم الى ما يستخدمه الآخرون من المواد المسببة للتلوث ، وبالنسبة لاثبات علاقة السببية بين التلوث البيئي و الضرر يمكن اللجوء الى الاحتمال و الظن بحيث يكون الدليل الاحتمال على وجود السببية بين الخطا و الضرر كافياً للقول بقيام المسؤولية المدنية .
- ٤-بما إن مسؤولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، من الموضوعات ذات الطبيعة الخاصة، فهناك العديد من الجوانب التي تميزها والمشاكل التي تثيرها لذلك يُقترح عمل مراجعة مستمرة لجميع القواعد القانونية المتعلقة بحماية البيئة بحيث تكون مواكبة لما تواجهه البيئة بصورة مستمرة من أخطار التلوث البيئي.
- ٥-نقترح إدخال التربية البيئية في المناهج التعليمية لجميع المراحل الدراسية والاعتراف في الوقت ذاته بأحقية كل شخص في العراق برفع الدعوى لدى الجهات المختصة بأي مشكلة بيئية حتى ولو لم يكن متضرراً بصورة شخصية منها.
- ٦- نرى ضرورة انشاء صناديق تقوم الى جانب شركات التأمين ، فأذا تمكن المضرور من الحصول على التعويض الكافي من شركة التأمين ، فلا توجد مشكلة في هذه الحالة ، واما اذا لم يتمكن من ذلك فإنه يلجأ الى الصندوق لكي يحصل منه على التعويض الذي عجز عن الحصول عليه من شركة التأمين لعدم توافر الشروط .ويتكون رأس المال لهذا الصندوق عن طريق الزام الشركات والمصانع المسؤولة عن تلوث البيئة بدفع مبلغ من المال كل عام لصالح تعويض المضرورين من تلوث البيئة ، وتجمع هذه الاموال ويتم ايداعها في الصندوق المذكور .
- ٧-وجوب تدخل المشرع لفرض فكرة التامين الاجباري عن المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي ، ونؤسس اقتراحنا على نفس الحكمة و ذات العلة التي من اجلها فرض المشرع العراقي نظام التامين الاجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات ،و المسؤولية الناشئة عن تهمد البناء،وبعض صور المسؤوليات الاخرى،لان الحكمة من فرض التامين الاجباري من هذه المسؤوليات هي رغبة المشرع في التوسع في المظلة التامينية،وحماية المضرور في حالات قد يعجز المسؤول عن تعويضه عنها ، لضخامة الاضرار المادية المترتبة عنها.
- ٨-وحيث أن المشرع العراقي لم ينص في قانون حماية وتحسين البيئة العراقي الجديد على تدبير حظر ممارسة العمل، الأمر الذي يستدعي من دون شك تدخل المشرع لإصلاح هذا القصور . إذ مما لا شك فيه انه في مجال التلوث البيئي يعد هذا الاجراء ضروريا للوقاية من العود باستبعاد بعض الأفراد من نطاق المهن والأنشطة التي مارسوا بفضلها أعمالا غير مشروعة وشكلوا بسببها خطرا على المجتمع فضلا عن قدرة هذا الاجراء عن تحقيق الردع اللازم وبخاصة في الفروض التي تنضج فيها العلاقة بين النشاط المحظور ممارسته وحدث تلويث البيئة المقترفة والتي ارتكبت من خلال إساءة استغلال المزايا المهنية أو انتهاك الواجبات والاشتراطات البيئية التي ينبغي مراعاتها أثناء ممارسة النشاط المهني .
- ٩-من الضروري توجيه الإعلام ووسائله الفعالة إلى نشر الوعي البيئي ، وتكثيف برامجه الداعية للمحافظة عليها ، وإطلاع الأفراد على مخاطر التلوث ، وكذلك زيادة النشرات و البحوث والدوريات المتخصصة والتي تحمل طابع التوجيه والإرشاد للتعامل مع البيئة ، إذ أن ذلك له أهمية كبيرة في إخراج جيل مشبع

بالتربية البيئية وداعياً لها. ومن جانب آخر التركيز على الاهتمام بتدريس قانون حماية وتحسين البيئة في كليات الشرطة والقانون .

١٠- من الضروري أن تكون قيمة التعويضات متناسبة مع حجم الضرر البيئي ، إذ أن تحديد تعويضات متواضعة القيمة لا يتناسب البتة وخطورة التلوث البيئي ، ويعد تقديرها على هذا النحو بمثابة ترخيص بالتلوث إذ تجد المنشآت الصناعية في قيمتها المنخفضة فائدة أكبر لها فهي تعد أكثر وفرا من تكبد تكاليف اتخاذ التدابير والاشتراطات المنصوص عليها في اللوائح والقوانين الخاصة بحماية البيئة من التلوث . إلا أن هذا لا يعني المغالاة في تقدير قيمة التعويض النقدي المقرر إذ أن من شأن ذلك إلحاق ابلغ الضرر بالمنشآت والمؤسسات الصناعية المحكوم عليها بتأثيرها السلبي على مراكزها المالية بكيفية تؤدي إلى نتائج اقتصادية خطيرة كالبطالة أو انخفاض الإنتاج بل قد يصل الأمر إلى حد توقف النشاط نهائياً .

هذه بعض الاقتراحات التي نرجو أن تجد صدى لدى أصحاب القرار أمليين أن تتواصل الجهود وتتكاتف الهمم لخلق بيئة نظيفة خالية من الملوثات قدر الإمكان ، حتى نستطيع أداء دورنا الحضاري في عمارة الأرض التي نعيش عليها واخيراً نسأل الله العلي القدير أن ينفع بهذا البحث من يقرأه بل ينفع بها بيتنا الذي سنظل نهتم بها مادام في جسدنا عرق ينبض انه ولي ذلك والقادر عليه وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الهوامش

- ١- انظر : جو يلي ، سعيد سالم ، حق الانسان في البيئة _ دار النهضة العربية القاهرة _ ٢٠٠١ ص ٤
- ٢- انظر : كمال الدين حكيم وامين محسن و السيد حمدان - صحة البيئة - لا يوجد مكان وسنة الطبع - ص ٦
- ٣- انظر : د. طلعت ابراهيم الاعوج - التلوث الهوائي و البيئة - دار النهضة - مصر الطبعة الثانية ١٩٩٩ ص ١١
- ٤- انظر د. فهمي حسين امين - تلوث الهواء - مطبعة البابي الحلبي - لبنان - ٢٠٠٢ ص ٢٧
- ٥- جيليان و فنستان - معجم المصطلحات القانونية ص ١٤٩ .
- ٦- طرح هذا التعريف من قبل وفد رومانيا بشأن مشروع الميثاق العالمي للطبيعة عام ١٩٧٩ ، وللمزيد انظر وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة مجموعة (١/٣٦/٥٣٩ في ١٣ / أكتوبر / ١٩٨١)
- ٧- محمد السيد ارناؤوط - مفهوم التوازن البيئي - مطبعة الاسكندرية - الطبعة الاولى - ١٩٨٩ ص ٣٣
- ٨ - الحديثي - هالة - المسؤولية المدنية عن اضرار تلوث البيئة - عمان - دار جهيئة ٢٠٠٣ - ص ٣٤
- ٩ - الحلو - ماجد راغيا - قانون حماية البيئة _ دار الجامعة الجديدة الاسكندرية (٢٠٠٤) _ ص ٤٠
- ١٠- ابراهيم محمد العناني - البيئة و التنمية (الابعاد القانونية الدولية) بحث مقدم للمؤتمر العلمي المشار اليه اعلاه عام ١٩٩٢ ص ٦ وما بعدها .
- ١١- انظر (J. Barros and D. Johnston , the international law of pollution, the freepress, Newyork, 1974, p.4
- ١٢- ابو بكر الرازي، مختار الصحاح - دار الإيمان، دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧ باب لوث
- ١٣- انظر E. odum, Ecology, the link between the natural and social sciences, U.S.A p. 244
- ١٤- انظر : د. على عبد الله، التلوث البيئي والهندسة الوراثية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999 ، ص ٣٣
- ١٥- د. منى قاسم - التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1997 ، ص 36 وما بعدها
- ١٦- د. طلعت ابراهيم الاعوج - التلوث الهوائي - مصدر سابق - ص ١١-١٢
- ١٧- د. فهمي حسن امين - تلوث الهواء - مصدر سابق - ص ٥٣
- ١٨- وقد بين قانون حماية وتحسين البيئة العراقي المصادر التي من الممكن أن تؤدي إلى تلوث الهواء ، وبالتالي نهى عنها ورصد لمقترفها الجزاء المناسب ومنها - على سبيل المثال - نص المادة (١٥) من قانون حماية وتحسين البيئة التي تقضي بأنه : يمنع ما يأتي: أولاً: انبعاث الأبخرة أو الغازات أو الدقائق الناجمة عن عمليات إنتاجية أو حرق وقود إلى الهواء إلا بعد إجراء المعالجات اللازمة بما يضمن مطابقتها للتشريعات البيئية الوطنية.
- ثانياً: استخدام محركات أو مركبات ينتج عنها عادم أعلى من الحدود المسموح بها في التشريعات البيئية الوطنية.
- ثالثاً: حرق المخلفات الصلبة إلا في الأماكن المخصصة من الجهات ذات العلاقة وفق أسلوب آمن بيئياً

- ١٩ - الفقهي، محمد عبد القادر-البيئة ومشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث - رؤية اسلامية مكتبة ابن سينا - بيروت-ص١٠
- ٢٠ - النقيب، عاطف ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء - في مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، ط ١، منشورات عويات ، بيروت ١٩٨٠ . ص ٣٧٧. د. جبار صابر طه ، أقامة المسؤولية المدنية عن العمل الغير المشروع على عنصر الضرر ، دراسة مقارنة ، مطابع جامعة الموصل ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ٢٣١
- ٢١ - هاشم ، صلاح - المسؤولية المدنية عن السلامة البيئية المصرية - رسالة دكتوراه -جامعة القاهرة - ١٩٩٠ ص ٢٢٤
- ٢٢ - ويؤدي اختلاط الكائنات المسببة للأمراض، بالطعام الذي يأكله الإنسان أو الماء الذي يشربه أو الهواء الذي يستنشق، إلى حدوث التلوث البيولوجي وما يستتبع ذلك من آثار ضارة .كذلك من أسباب التلوث البيولوجي، انتشار القمامة المنزلية في الشوارع دون مراعاة للقواعد الصحية في جمع ونقل القمامة، مما يؤدي إلى تكاثر الذباب والحشرات وانتشار العديد من الأمراض والأوبئة.
- ٢٣ - كذلك يمكن أن يتسرب الاشعاع إذا تم دفن النفايات الذرية في التربة وهذا ما تفعله بعض الدول المتقدمة عن طريق شراء أصحاب الضمائر الميتة من مسؤولي دول العالم الثالث، فتقوم بدفن نفاياتها السامة في أراضي تلك الدول دون الاكتراث بما يسببه ذلك من كوارث وأضرار.
- ٢٤ - ومن أمثلة ذلك ما حدث في مدينة لندن عام 1955 ، فقد تغطت المدينة بسحابة كثيفة من الضباب الدخاني عدة أيام، وقد نتج عن ذلك وفاة ويقرب من (4000) شخص من سكان هذه المدينة، كما أصيب عدد كبير من السكان بأضرار في الجهاز التنفسي.
- ٢٥ - ومن الأمثلة عليه، التلوث الذي حصل عند حرق آبار النفط الكويتية في حرب الخليج عام 1991 وما سببه من آثار مدرة على البيئة البحرية والهوائية في منطقة الخليج عموماً.
- ٢٦ - المادة (٤) من اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢
- ٢٧ - انظر : د .حسن شحاته - التلوث البيئي فيروس العصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ ص١،
- ٢٨ - ومما لا شك فيه أن المخصبات الكيماوية ورغم كونها أداة من أدوات الثورة الزراعية، غير أنها باتت مصدر خطر على التربة الزراعية ومحاصيلها .فهي مركبات تخليقية صناعية تحتوى على عنصر أو أكثر من العناصر الكيمائية، وبإضافتها، إلى التربة تعمل على تلووث التربة وتسممها، وكذلك تسمم المجارى المائية لها، وهو ما يؤدي إلى إفسادها وتدهورها.
- ٢٩ - شمس الدين ، اشرف توفيق - الحماية المدنية للبيئة- دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الاولى - ٢٠٠٤ ص ٣٢
- ٣٠ - العادلي ، محمود صالح ، موسوعة حماية البيئة ، الجزء الثالث - لحماية المدنية للبيئة في النظام القانوني الكويتي في ضوء احكام الشريعة الاسلامية ، دراسة تحليلية - دار الفكر الجامعي - القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ١٩ وما بعدها
- ٣١ - وللمزيد انظر نص المواد ١٠-١١-١٢-١٣ من قانون حماية وتحسين البيئة في العراق رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩
- ٣٢ -رشيد الحمد ومحمد سعيد صباريني - البيئة ومشكلاتها -سلسلة عالم المعرفة رقم ٢٢ - المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الاداب - الكويت -١٩٧٩ ص ٢٦
- ٣٣ -محمد حسام محمود لطفي - المفهوم القانوني للبيئة في مصر - بحث مقدم للمؤتمر العلمي الاول للقانونيين المصريين - ١٩٩٢ -الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الاحصاء و التشريع - القاهرة -١٩٩٢-ص ٤ وما بعدها
- ٣٤ - احمد، محمد حشيش -المفهوم القانوني للبيئة في ضوء اسلمة القانون المعاصر -دار الفكر الجامعي-القاهرة (٢٠١٠) ص ١٣
- ٣٥ - وهذا الأمر نجده كذلك في النشاط الذي تقوم به الدولة في مجال المفاعلات الذرية ، فهي تتبع في هذا المجال الأصول و القواعد التي نصت عليها الاتفاقات الدولية ، ولكنها على الرغم من ذلك تقوم بأمر تؤدي إلى تلوث البيئة ، ولذلك فان حصول المضرور على التعويض في حالة تلوث البيئة هو محاولة للحصول على تعويض من شخص يمارس أموراً مطابقة للقانون ، ومن ثم يصعب القول بوجود خطأ تقصيري ، أو القول بوجود خطأ مفترض ، وإذا قام صاحب المنشأة باستعمال آلات و ممارسة النشاط في المواعيد المقررة ، وعمل الاحتياطات المطلوبة كي نقول بان هذا الشخص احدث الضوضاء الصادرة من الآلات المستعملة في المنشأة ، وبدون شك فان نشاط شركات

الطيران يؤدي إلى تلوث البيئة ولكن كيف يمكن للجيران الذين يحيطون بالمطار إثبات خطأ هذه الشركات إذا كانت تمارس نشاطها وفقاً لقواعد الملاحة الجوية .

٣٦- السرحان ، عدنان ابراهيم و خاطر ، نوري حمد - شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - دار الثقافة - عمان - الطبعة الاولى - ٢٠٠٨ ص ٣٦٩

٣٧ - فرج ، توفيق حسن - الحقوق العينية الاصلية - دون دار نشر - ١٩٩٢ - ص ٤٩

٣٨ - سلامة ، احمد عبد الكريم - مبادئ حماية البيئة في القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية - بحث منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية - مكتبة الحقوق - جامعة المنصورة - العدد ١٧ ابريل ١٩٩٥ ص ٣٧-٣٨

٣٩ - السنهوري ، عبد الرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثامن - الملكية و اسبابها - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - ١٩٩٨ - فقرة ٣٣٢

٤٠ - إذ نجد منها ما يخضع لضوابط الملكية وسلطات المالك المقررة في القانون المدني ، ومنها ما يقع ضمن الأملاك العمومية ، وبعضها الآخر يقع ضمن المجالات الدولية وتخرج عن حدود السيادة الوطنية وينظمها القانون الدولي العام (والنوعين الأخيرين خارج نطاق بحثنا).

٤١ - انظر أحمد رقاوي ، التأصيل الشرعي لرعاية البيئة - دراسة شرعية قانونية - جامعة أدرار . ٢٠٠٥ ص : ٣١ ، حيث بين الأستاذ أحمد رقاوي أن علاقة الإنسان بالبيئة في عقيدة الإسلام بالرجوع إلى القرآن الكريم تحكمها ثلاثة عناصر أساسية وهي:

-التوافق بين الإنسان والكون

-تفضيل الإنسان على الكون،

-تسخير الكون للإنسان.

٤٢ - سلامة - المصدر السابق - ص ٤٢

٤٣ - وليس ادل على ذلك من ثقب الاوزون الذي سببته الادخنة المتصاعدة من المنشآت الصناعية الغربية والذي يؤثر على مجمل كوكب الارض بارتفاع درجة حرارة الارض.

٤٤ - وإن عجزت القوانين الوضعية في الوقت الراهن على إخراج العناصر الطبيعية من المركز الشئني، فإننا نجد أن الشريعة الإسلامية حبت الحيوان بمركز سام، إذ يقول سبحانه وتعالى في سورة الأنعام " وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم ما فرطنا في الكتاب من شيء ثم إلى ربهم يحشرون " سورة الحشر، الآية 1 ، إن وصف الله سبحانه وتعالى للدواب الموجودة في الأرض والطيور بأنها أمم تماثل الإنسان، جعلت الفقهاء المسلمين يستشفون مجموعة من الآثار والنتائج المباشرة التي تبين علاقة الإنسان بهذه المخلوقات، وهي كما يلي:

-التماثل بين الإنسان والحيوان في صور عديدة، أولها في الخلق؛ إذ أن الله سبحانه وتعالى هو خالق الإنسان والحيوان.

-التماثل في الرزق؛ ذلك الله سبحانه وتعالى هو الذي يرزق الإنسان والحيوان.

-التماثل في الحق في البقاء؛ لأن وجود الحيوان لم يكن بمشيئة الإنسان ولذلك فهو لا يملك أن يتصرف في مصيره،

-التماثل في الحساب، ذلك أن كل من الحيوان والإنسان يخضع للحساب مع الفارق بينهما في العقاب،

-في التسبيح إذ أن كل المخلوقات تسبح لله سبحانه وتعالى : " سبح لله ما في السموات و ما في الارض وهو العزيز الحكيم "

ومن النتائج التي توصل إليها الإمام الشعراوي من خلال علاقة التماثل :أنه يجب معاملة كل الحيوانات بأنها كائنات حية، ويجب على الإنسان أن يضمن لها ممارسة كل الحاجيات الفطرية الخاصة بها ككائن حي، وأن يعمل على احترام نظمها لأنها أمم مماثلة للأمة البشرية، وأن يجتهد لفهم نظمها ومقومات بقائها، وعدم مشروعية القضاء عليها والانتفاع بها بحسب ما يؤمن لها البقاء.

٤٥ - وقد حددت القوانين المنظمة لإنشاء المحميات الطبيعية أصناف الحيوانات غير الأليفة المحمية، و الحيوانات التي تلعب دورا في التوازن الطبيعي، والحيوانات المهددة بالانقراض ،والحيوانات التي تتمتع بأهلية علمية وثقافية خاصة.ويعتبر حصر الحماية في أصناف الحيوانات البرية الثلاثة السابقة، غير شامل لكل الأصناف الحيوانية، لأنه يقوم على معايير انتقائية مرتبطة بفلسفة نفعية وحسية مباشرة بهذه الأصناف، كونه قصر الحماية على الحيوانات التي تلعب دورا في التوازن الطبيعي، لأن معرفة كون حيوان يحافظ على التوازن الطبيعي أم لا تعد مسألة نسبية لأنها مرتبطة بالتقدم العلمي الذي لا يمكن حصره، ولذلك كان من الأجدر حماية كل الحيوانات والحفاظ عليها للأجيال القادمة.وللمزيد انظر الحديثي ، هالة - مصدر سابق - ص ٨٤

- ٤٦ - ويرى الفقيه أوست الملكية أو حق التجارة والصناعة وأحياناً أخرى حرية الصيد والقنص تعد مخالفة لمبدأ حماية البيئة، مما يجعل النصوص القانونية ذاتها تهياً وتكرس تحقيق المصالح الاقتصادية على حساب البيئة. ويرى أن ظاهرة الاستثناءات والترخيصات التي تجسدها القواعد البيئية، تؤدي إلى إبعاد القواعد البيئية عن هدفها الحقيقي المتمثل في حماية البيئة، لتتحول إلى أحكام وفاق بين مصلحتين متعارضتين إحداهما تتمثل في حماية البيئة والأخرى في تحقيق الرفاهية الاقتصادية، وفي الأخير تحيل هذه القواعد البيئية التوفيقية على كل من الإدارة والقاضي للفصل وإجراء التحكيم المناسب وللمزيد انظر الشريعة ، موفق حمدان - المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة - رسالة ماجستير - جامعة ال البيت -المفرق ٢٠٠٧ ص ٢٧
- ٤٧ - وحيد الدين ، سوار - النظرية العامة للالتزام- الجزء الاول- مصادر الالتزام الارادية والارادية منشورات جامعة دمشق -سوريا-الطبعة ٩-٢٠٠٢-ص ٢٢٦
- ٤٨ -يفترق التصرف القانوني عن الواقعة في انه في التصرف القانوني اتجهت الارادة الى احداث اثر قانوني ، اما في الواقعة القانونية فهي احداث مادي رتب عليه القانون اثرأ سواء اتجهت الارادة الى احداث هذا الامر ام لا
- ٤٩ - حمزة ، محمود جلال - التبسيط في شرح القانون المدني الاردني -الجزء الثاني- دائرة المطبوعات والنشر - عمان-٢٠٠٦- ص ٣١٠
- ٥٠ - الذنون ، حسن علي -المبسوط في المسؤولية المدنية - ١٩٩١ دون دار ورقم الطبعة ص ١٤٠ - ١٤٦
- ٥١ - سعيد ، سعد عبد السلام - مشكلة تعويض اضرار البيئة التكنولوجية -دار النهضة العربية -القاهرة ص ٥٢
- ٥٢ -الحديثي ، هالة - مصدر سابق ص ٨٤ .
- ٥٣ - وهنا يقاس سلوك الشخص بالشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية
- ٥٤ -ولا يهم صفة الشخص الذي ارتكب الفعل الضار فقد يكون شخصا طبيعيا او معنويا ، و للمزيد يراجع عبد السلام ، سعيد - مصدر سابق ص ٥٤
- ٥٥ - و الاهمال يراد به تراخي انتباه الفاعل ، وكان في وسع هذا الاخير ان يتحاشاه بقدر من توفر الذهن .
- ٥٦ -سوار ، وحيد الدين - مصدر سابق - ص ١٤٢
- ٥٧ - و الخطا يمكن ان يكون عمديا او يكون غير عمدي ، أي الاهمال الذي يكون بدوره نتيجة قلة الاحتراز وعدم التبصر او نتيجة مخالفة الانظمة و اللوائح ، وللمزيد انظر : الفقي - محمد عبد القادر - مصدر سابق - ص ١٤٩
- ٥٨ - يتمتع الضرر البيئي بنوع من الاستقلالية على الرغم من أنه قد يصيب الموارد الواقعة ضمن الملكية الخاصة وبذلك فإن الضرر البيئي لا يختلط بالضرر الذي يصيب الأملاك الخاصة لأنه يتجاوزها إلى المصلحة العامة لحماية الطبيعة التي ليست هي ذاتها المصلحة الخاصة للمالك المتضرر.
- ٥٩ - الذنون ، حسن علي -اصول الالتزام -مصدر سابق - ٢١١ و النقيب - مصدر سابق -ص ٢٥
- ٦٠ -منصور، محمد حسين - المسؤولية الالكترونية -منشأة المعارف -الاسكندرية -٢٠٠٦ ص ٣٢١
- ٦١ - وتجدر الإشارة الى أن هذا النوع من الضرر يتسم بكونه يحمل معالم الضرر (المادي والمعنوي) في آن واحد ، مما قد يؤدي إلى حالة من الالتباس بكيفية التفرقة بين هذا النوع من الضرر والأنواع الأخرى الانفة الذكر ، ولاسيما إذا ما علمنا أنه في أحيان كثيرة قد يصعب فصل ما يتمخض عنه الفعل الضار من نتائج ولهذا فإن المشرع المدني العراقي حينما عرف هذا النوع من الضرر بالفقرة (٤) من المادة ٤٣٢ من مشروع القانون المدني الجديد نص على " الاذى الذي يقع على جسم الانسان فيسبب له ضرراً مادياً أو معنوياً". وللمزيد انظر :شرف الدين ، احمد انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، مطبعة الحضارة العربية ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٢٩ وما بعدها . د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١، وما بعدها
- ٦٢ -القاضي ، منير - المصدر السابق -ص ٢٥
- ٦٣ - للمزيد انظر : د. العامري ، سعدون- مصدر سابق ، ص ٣٤ ، والسنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ن ص ١٣٣ . هذاهناك من يرى أن الضرر المباشر هو عبارة عن الاثر والنتيجة الحتمية والضرورية للخطأ، حيث أنه ناجم عن واقعة مؤكدة . د. سعدون العامري ، مصدر سابق، ص ٣٤
- ٦٤ - الذنون، حسن علي ، المسؤولية المادية "تحمل التبعة " ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بغداد ، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الماسي لكلية القانون ، ١٩٨٤ ، ص ٢٢ وما بعدها ، وانظر كذلك السرحان، يحي هلال ، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة ، مطبعة أركان ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٦٧
- ٦٥ - يمكننا البحث عن وصف قانوني خاص بالضرر البيئي ، من خلال الاقتراب من التكيف أو الوصف الذي حبت به الشريعة الإسلامية العناصر الطبيعية، والتي تعتبر العلاقة بينها وبين الإنسان علاقة تسخير وتصرف في حدود

المحافظة عليها وبدون إسراف، وليست علاقة تملك، ذلك أن المالك هو الله سبحانه وتعالى، وبهذا الوصف التي تعتمده الشريعة الإسلامية نجد أن العناصر البيئية غير المملوكة لأحد تتمتع بمركز مستقل، وإذا تعدى المسخر له- الإنسان -ضوابط استعمال أو استغلال هذه العناصر الطبيعية سواء غير المملوكة منها أو التي تقع تحت ملكيته يعد مسئولا عن أي إخلال بها.

٦٦ - عبد الواحد الفار -الالتزام الولي بحماية البيئة البحرية و الحفاظ عليها من اخطار التلوث - دراسة قانونية في ضوء اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار عام ١٩٨٢ ص١٢٠ دار النهضة العربية ١٩٨٥

٦٧ - ولذلك يرى بعض الفقه - وبحق - عدم ضرورة الربط بين حماية البيئة وعنصر الضرر وبالتالي المسؤولية التي يترتب عليها التعويض، فحماية البيئة تعد هدفاً بحد ذاته بغض النظر عن وجود الضرر من عدمه وسواء وجد مضرور أم لا.

٦٨ - وقد نادى بعض الفقهاء بضرورة التخفيف من القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية حتى لا تضيق حقوق المضرورين من تلوث البيئة مما يجعلهم يشعرون بالاحباط

٦٩ - زكي ، محمود جمال الدين -الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط ٣، مطبعة القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٤٦،

٧٠ - الحديثي، هالة صلاح ياسين -المصدر السابق ، ص ٨٦،

٧١ - وقد تباينت الاراء و الافكار حول هذا الاساس ، ويرجع ذلك بسبب بعض المفاهيم الاخلاقية و الاجتماعية و الاقتصادية المختلفة ، اما مصدر المسؤولية فيقصد به القاعدة القانونية التي تقرر مبدأ التعويض ، وهي لا تخرج عن الارادة و القانون .

٧٢ - ويتمثل الاهمال و التقصير هنا في الانحراف عن السلوك المعتاد في مثل هذا الاستعمال ، سواء كان هذا الانحراف عن عمد او مجرد اهمال وعدم تبصر .

٧٣ - الذنون - حسن علي - النظرية العامة للالتزام -الجامعة المستنصرية -١٩٧٦ ص٢٦٠

٧٤ -الدريني ،فتحى - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي-مؤسسة الرسالة ط٣ -بيروت-٢٠٠٨ ص ٨٩

٧٥ - الزهاوي ، سعيد أمجد -التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون - دراسة مقارنة ، ط ١، دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٧٦، ص ١،٦،

٧٦ - طه، غني حسون ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص٧١،

٧٧ - والتي نصت بقولها : (والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً) .

٧٨ -المادة ٢١٦ من القانون المدني العراقي

٧٩ - مرقص ، سليمان -الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، القاهرة ، ص٣٤٤،

٨٠ - السنهوري ، عبد الرزاق - الوسيط ، ج ١، مصدر سابق ، نبذة ٥٥٩، د. غانم ،إسماعيل -النظرية العامة للحق ، القاهرة ، ١٩٨٥، ص١٦١ - .

٨١ - عامر ، حسين - التعسف في استعمال الحق ، القاهرة ، لا يوجد مكان وسنة طبع ص٦١٤

٨٢ - السنهوري، عبد الرزاق ، مصدر سابق ، ص ٧،٥ و الدريني، فتحى ، مصدر سابق ، ص ٤٨ و الصدة ،عبد المنعم فرج ، محاضرات في القانون المدني (حق الملكية) ، القاهرة ، ١٩٦٦ . ص٨٦ وما بعدها

٨٣ -وسنوضح هذه النظرية لاحقا

٨٤ - منصور، امجد -النظرية العامة -الالتزامات مصادر الالتزام - دار الثقافة - عمان - الطبعة الاولى - ٢٠٠٧ ص٣٤٥

٨٥ - القاضي ،منير -العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي -مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٥، ص٢٥،

٨٦ - العامري، سعدون- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١، ص٥،

٨٧ -العوجي،مصطفى -القانون المدني-جزء ثاني-المسؤولية المدنية،مؤسسة عمون للنشر والتوزيع-بيروت -١٩٩٦ ص١٤٠،

٨٨ - شنب ، محمد لبيب -المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٥٧ ، ص٧٧ و عبدالرحمن ، احمد شوقي -مسؤولية المتبوع بوصفه حارساً ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٥٨ .

- ٨٩- وهذا ما أكده الاستاذ السنهاوري حيث أشار الى ان الحراسة هي "السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً سواء استندت هذه السيطرة الى حق مشروع او لم تستند" السنهاوري ، عبدالرزاق -الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، ط٤ ، القاهرة ، ص١٢٢٨
- ٩٠- وهذا ما يؤكده رأي د.اياد ملوكي حيث يذهب الى القول : (بأن المقصود بالحارس على وفق نظرية الحراسة المادية هو من تكون له السيطرة الفعلية بصورة مستقلة على الشيء ذاته وعلى استعماله حتى وان كان لا يستند في سيطرته هذه الى حق ما ، فيعده حارساً حتى ولو كانت سلطته على الشيء غير مشروعة كالسارق مثلاً) ملوكي ، اياد عبدالجبار -المسؤولية عن الاشياء وتطبيقها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص ، مطبعة بابل ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص١٣٤ وما بعدها .
- ٩١- شنب ، محمد لبيب -المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص٧٧ . د.احمد شوقي عبدالرحمن ، مسؤولية المتبوع بوصفه حارساً ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٥٨
- ٩٢- سلطان ، انور - مصادر التزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة للفقهاء الاسلامي - منشورات الجامعة الاردنية الطبعة الاولى ١٩٨٦ ص١٨٩
- ٩٣- بينما اساس هذه المسؤولية وفقاً للمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري هو خطأ مفترض فرضاً غير قابل لاثبات العكس فلا يستطيع المسؤول قانوناً (حارس الشيء) ان ينفي المسؤولية إلا بنفي العلاقة السببية مابين فعل الشيء والضرر الذي وقع ، ويتم ذلك من خلال اثباته ان وقوع الضرر كان بسبب أجنبي - (كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ المضرور) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٧٨) بقولها " مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه.
- ٩٤- السرحان - مصدر سابق ص٣٣٥
- ٩٥-ولاشك ان اعتماد المسؤولية الموضوعية واساسها المتمثل في الضرر يخفف كثيراً من عبء اثبات الخطأ حيث غالباً ماكان يعجز المضرور عن اثباته ، كما انه قد لا تتوافر حالة من حالات الخطأ المفترض في مواجهة المسؤول.
- ٩٦- أي انه كما يغنم الشخص و يستفيد و يربح من شئ ، فانه يقع عليه عندئذ مغارمه أي مسؤولية تعويض الاضرار الناشئة عنه مقابل هذا الغنم وتلك الفائدة.
- ٩٧- السايح ، أ.د أحمد عبد الرحيم و أ. د. أحمد عبده عوض ، قضايا بيئية من منظور إسلامي، دار الندى ٢٠٠١ ص ٤٦
- ٩٨- من خلال حماية المتضرر و تعويضه دون الاجحاف بالمسؤول غير المخطئ.
- ٩٩- أنظر : د.عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، دور المنظمات الدولية في حماية البيئة، مرجع سابق، ص 68
- ١٠٠- فقد دأب القضاء الفرنسي في مجال الأضرار الناجمة عن ضجيج الطائرات النفاثة على إثبات العلاقة السببية بطريقة سلبية، إذ لجأ إلى اختزال كل الأسباب التي يمكن أن تحدث نفس الضرر ، فبرهن على وجود علاقة مباشرة بين سقوط حائط وممرور الطائرة النفاثة من خلال نفي كل الأسباب الخارجية الأخرى التي يمكن أن تؤدي إلى هذا الضرر كعدم تسجيل أية هزة أرضية ، وعدم وجود أروقة باطنية للمناجم ، وعدم سقوط هذا الحائط بفعل المياه ، وعدم تعرضه لصدمه بالة، فاستتبط القضاء بأن تحطم الحائط سببه هو تحليق الطائرات النفاثة
- ١٠١- حواس ، عطا سعد محمد - المسؤولية المدنية عن اضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار - رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية -دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠١١ ص ١٩٤
- ١٠٢- السرحان - مصدر سابق ص٤٤٤
- ١٠٣- رسلان ،نبيلة اسماعيل - الجوانب الاساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الاضرار بالبيئة - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ص٩٥
- ١٠٤- السرحان - مصدر سابق ص١٤٤
- ١٠٥- لذلك يعتبر الفقه أن من بين أسباب عدم الاعتراف با لضرر البيئي هو استحالة تقدير زوال أو انقراض فصيلة حيوانية أو نباتية، وبذلك أثرت هذه الصعوبة على إيجاد مفهوم مستقل وواضح للضرر البيئي، والذي لا يمكن الاعتراف به إلا من خلال وضع آليات لتقديره.
- ١٠٦-ويستند الفقه لتبرير هذا التوجه إلى الممارسة العريقة للجدول الرسمي للتقدير الجزافي في قانون العمل .لذلك يقترح الفقه تطوير جدول مماثل للأضرار البيئية، وهجر الطابع التقليدي الجامد للتقويم الاقتصادي للضرر الذي لا يلائم خصوصيات الضرر البيئي .
- ١٠٧- حيدر ، شاكر ناصر- الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص٣٨٣

- ١٠٨- الذنون ، حسن علي- أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧ ، ص ٢١١. د. عاطف النقيب ، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر) ، ط ١، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٣، ص ٢٥٥
- ١٠٩- كيرة ، حسن ، أصول القانون ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٦ ، ص ١١. وما بعدها . د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٣٤٤. إسماعيل العمري ، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، مطبعة الزهراء ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ١٦٢ وما بعدها
- ١١٠- هنالك بعض الأضرار البيئية التي تؤدي إلى زوال أو هدم عنصر طبيعي بصورة نهائية لا يمكن معها استرداده ، كحالة القضاء على آخر فصيلة حيوانية أو نباتية، أو تغيير الخصائص الفيزيائية لوسط طبيعي بفعل إشعاعات أو تلوث بمواد خطيرة أو سامة، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن تطبيق إجراء إعادة الحال كوننا إزاء استحالة مادية شبه مطلقة نظراً للمعارف العلمية المحدودة في هذا المجال في الوقت الراهن. وفي المعنى نفسه ينظر :ابراهيم المشاهدي ،تطور اتجاهات القضاء في العراق حول تعويض الضرر الادبي ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد ١ ، بغداد ، ١٠٢ ، ص ٨٥
- ١١١- وهذا التلوث يصعب تقديره ، كما ان اثاره تمتد لفترة طويلة بعد ابرام عقد التأمين ، وعلى هذا فقد نادى البعض بان النوع الاول من الخطر أي الخطر الفجائي هو الذي يمكن التأمين منه ، لانه يحدث فجأة ويمكن تحديده ، واما النوع الثاني فلا يمكن التأمين منه ، لانه من الصعب تحديد الوقت فانه قد يتحقق بعد فوات فترة الضمان.

المصادر

١. القرآن الكريم
٢. ابراهيم محمد العناني – البيئة و التنمية (الابعاد القانونية الدولية) بحث مقدم للمؤتمر العلمي المشار اليه اعلاه عام ١٩٩٢.
٣. احمد ، محمد حشيش -المفهوم القانوني للبيئة في ضوء اسلمة القانون المعاصر - دار الفكر الجامعي- القاهرة (٢٠١٠)
٤. احمد شوقي عبدالرحمن ، مسؤولية المتنوع بوصفه حارساً ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
٥. ارناؤوط ،محمد السيد- مفهوم التوازن البيئي – مطبعة الاسكندرية - الطبعة الاولى - ١٩٨٩
٦. إسماعيل العمري ، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، مطبعة الزهراء ، الموصل ، ١٩٨٤
٧. العوجي ، مصطفى – القانون المدني – جزء ثاني – المسؤولية المدنية ، مؤسسة عمون للنشر والتوزيع – بيروت - ١٩٩٦ .
٨. جبار صابر طه ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل الغير المشروع على عنصر الضرر ، دراسة مقارنة ، مطابع جامعة الموصل ، الموصل ، ١٩٨٤ .
٩. جو يلي ، سعيد سالم ، حق الانسان في البيئة _ دار النهضة العربية القاهرة _ ٢٠٠١
١٠. جيليان و فنستان – معجم المصطلحات القانونية
١١. الحديثي – هالة –المسؤولية المدنية عن اضرار تلوث البيئة –عمان –دار جهينة ٢٠٠٣
١٢. الحلو ، ماجد راغيا - قانون حماية البيئة _ دار الجامعة الجديدة الاسكندرية (٢٠٠٤)
١٣. حمزة ، محمود جلال - التبسيط في شرح القانون المدني الاردني -الجزء الثاني- دائرة المطبوعات والنشر – عمان- ٢٠٠٦ .
١٤. حواس ، عطا سعد محمد – المسؤولية المدنية عن اضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار – رسالة دكتوراه – جامعة الاسكندرية –دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية - ٢٠١١
١٥. حيدر ، شاكر ناصر- الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ .
١٦. الدريني ،فتحي – نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي-مؤسسة الرسالة ط٣ –بيروت- ٢٠٠٨
١٧. الذنون – حسن علي – النظرية العامة للالتزام –الجامعة المستنصرية -١٩٧٦
١٨. الذنون ، حسن علي –المبسوط في المسؤولية المدنية - ١٩٩١ دون دار ورقم الطبعة
١٩. الذنون ، حسن علي- أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧ .
٢٠. الذنون، حسن علي ، المسؤولية المادية "تحمّل التبعة " ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بغداد ، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الماسي لكلية القانون ، ١٩٨٤ .
٢١. الرازي، ابو بكر -مختار الصحاح – دار الإيمان، دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧ باب لوث

٢٢. رسلان ،نبيلة اسماعيل – الجوانب الاساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الاضرار بالبيئة – دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣
٢٣. رشيد الحمد ومحمد سعيد صباريني – البيئة ومشكلاتها –سلسلة عالم المعرفة رقم ٢٢ – المجلس الوطني للثقافة والفنون و الاداب – الكويت -١٩٧٩ .
٢٤. رقادى، أحمد ، التأصيل الشرعي لرعاية البيئة- دراسة شرعية قانونية -جامعة أدرار . ٢٠٠٥ .
٢٥. الزهاوي ، سعيد أمجد -التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون – دراسة مقارنة ، ط١، دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٢٦. السايح، أ.د أحمد عبد الرحيم و أ. د. أحمد عبده عوض، قضايا بيئية من منظور إسلامي، دار الندى ٢٠٠١
٢٧. السرحان ،عدنان ابراهيم و خاطر ، نوري حمد –شرح القانون المدني –مصادر الحقوق الشخصية – دار الثقافة – عمان – الطبعة الاولى- ٢٠٠٨
٢٨. السرحان، يحي هلال ، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة ، مطبعة أركان ، بغداد ، ١٩٨٧ .
٢٩. سلامة ، احمد عبد الكريم – مبادئ حماية البيئة في القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية – بحث منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية –مكتبة الحقوق –جامعة المنصورة –العدد ١٧ ابريل ١٩٩٥ .
٣٠. سلطان ، انور – مصادر التزام في القانون المدني الاردني – دراسة مقارنة للفقهاء الاسلامي – منشورات الجامعة الاردنية الطبعة الاولى ١٩٨٦
٣١. السنهوري ، عبد الرزاق – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الثامن – الملكية و اسبابها – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان -١٩٩٨
٣٢. شحاته ، حسن – التلوث البيئي فيروس العصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ .
٣٣. الشرعة ، موفق حمدان – المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة – رسالة ماجستير – جامعة ال البيت –المفرق ٢٠٠٧ .
٣٤. شمس الدين ، اشرف توفيق _الحماية المدنية للبيئة_ دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الاولى _ ٢٠٠٤ .
٣٥. شنب ، محمد لبيب -المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٥٧ .
٣٦. الصدة ،عبد المنعم فرج ، محاضرات في القانون المدني (حق الملكية) ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
٣٧. طلعت ابراهيم الاعوج – التلوث الهوائي و البيئة – دار النهضة – مصر الطبعة الثانية ١٩٩٩
٣٨. طه، غني حسون ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل ، ١٩٨٢ .
٣٩. العادلي ، محمود صالح ، موسوعة حماية البيئة ، الجزء الثالث _ لحماية المدنية للبيئة في النظام القانوني الكويتي في ضوء احكام الشريعة الاسلامية ، دراسة تحليلية _ دار الفكر الجامعي _ القاهرة -٢٠٠٣ .
٤٠. عامر ، حسين - التعسف في استعمال الحق ، القاهرة ، لا يوجد مكان وسنة طبع.
٤١. العامري ، سعدون- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ .
٤٢. عبد الواحد الفار –الالتزام الولي بحماية البيئة البحرية و الحفاظ عليها من اخطار التلوث – دراسة قانونية في ضوء اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار عام ١٩٨٢ ص١٢٠ دار النهضة العربية ١٩٨٥
٤٣. على عبد الله، التلوث البيئي والهندسة الوراثية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٩ .
٤٤. غانم ،إسماعيل -النظرية العامة للحق ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٤٥. فرج ، توفيق حسن – الحقوق العينية الاصلية –دون دار نشر -١٩٩٢
٤٦. الفقي، محمد عبد القادر-البيئة ومشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث _ رؤية اسلامية مكتبة ابن سينا –بيروت.
٤٧. فهمي حسين امين – تلوث الهواء – مطبعة الباي الحلبي – لبنان – ٢٠٠٢
٤٨. القاضي، منير -العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي -مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٥ .
٤٩. كمال الدين حكيم وامين محسن و السيد حمدان –صحة البيئة – لا يوجد مكان وسنة الطبع
٥٠. كبيرة ،حسن ، أصول القانون ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٦٠
٥١. لطفي ، محمد حسام محمود- المفهوم القانوني للبيئة في مصر – بحث مقدم للمؤتمر العلمي الاول للقانونيين المصريين -١٩٩٢ – الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الاحصاء و التشريع – القاهرة -١٩٩٢ .
٥٢. مرقص، سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، القاهرة ، ١٩٩٢

٥٣. المشاهدي ، ابراهيم- تطور اتجاهات القضاء في العراق حول تعويض الضرر الادبي ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد ١ ، بغداد ، ١٠٢٠١٠٠٧ .
٥٤. منصور ، امجد - النظرية العامة - الالتزامات مصادر الالتزام - دار الثقافة - عمان - الطبعة الاولى - ٢٠٠٧ .
٥٥. منى قاسم - التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة ١٩٩٧ . .
٥٦. النقيب ، عاطف ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء - في مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، ط ١ ، منشورات عويات ، بيروت ١٩٨٨ .
٥٧. النقيب ، عاطف- المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر) ، ط ١ ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٥٨. هاشم ، صلاح - المسؤولية المدنية عن السلامة البيئية المصرية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ .
٥٩. وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة مجموعة (١/ ٣٦/ ٥٣٩ في ١٣ / اكتوبر / ١٩٨١)
٦٠. وحيد الدين ، سوار_ النظرية العامة للالتزام_ الجزء الاول-مصادر الالتزام الارادية والارادية منشورات جامعة دمشق - سوريا- الطبعة ٩-٢٠٠٢
- (J. Barros and D. Johnston , the international law of pollution, the freepress, Newyork, 1974
- E. odum, Ecology, the link between the natural and social sciences, U.S.A 4

وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية

خلال فترة حل البرلمان

المدرس لمى علي فرج
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

يعد النظام البرلماني بفعل مقوماته وأركانه من أكثر النظم شيوعاً في دول العالم وأكثرها تحقيقاً للديمقراطية إذ يستند هذا النظام وكما هو معلوم على مبدأ أساسه التعاون والرقابة المتبادلة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية إذ يمتلك البرلمان حق سحب الثقة من الحكومة إذا ما تجاوزت الصلاحيات الممنوحة لها، وفي مقابل ذلك تمتلك الحكومة حق حل البرلمان قبل انتهاء مدته التشريعية إذا ما تراءى لها أن البرلمان لم يعد يلبي طموحات الشعب مما يستوجب حله وإجراء انتخابات جديدة .

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية تتولى مهمة التشريع في الدول باعتبارها الممثلة لإدارة الأمة، إلا أن السلطة لا توجد في حال إنعقاد دائم، إذ تغيب مؤقتاً، كما هو الحال في الفترات التي تقع بين أدوار الانعقاد أو في فترة الحل، مما يعني خلق فراغ تشريعي ورقابي خطير وخصوصاً في فترة مابعد الحل . ولهذا فأن أغلب دساتير العالم إتجهت الى تحديد مجالات أعمال الحكومة فتقتصر على التصريف اليومي للأعمال لضمان استمرارية الدولة وسير المرافق العامة دون التعرض الى الأعمال التي تثير المسؤولية السياسية للحكومة .

ومع ذلك فهناك من الدساتير من أتجه الى تبني أساليب مختلفة لسد الفراغ الرقابي الذي قد ينشأ حين حل البرلمان، وتختلف تلك الوسائل باختلاف الرؤى السياسية لكل دولة ومانبناها الدستور، فهناك مايسمى بالحضور البرلماني أثناء تلك الفترة بإبقاء اللجان البرلمانية تمارس عملها أو عدم سريان الحل على المجالس العليا. ولذلك تكون دراستنا لأحكام هذا الموضوع على النحو الآتي :

المبحث الأول

صور الرقابة على أعمال الحكومة أثناء فترة الحل

تطلبت بعض الأنظمة الدستورية وجود نوع من الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أثناء فترة حل البرلمان فهذه الأنظمة لم تقف عند حد تجديد موعد لإجراء الانتخابات العامة الجديدة، ودعوة الناخبين لإختيار أعضاء المجلس الجديد، كما لم تقف عند حد السماح للحكومة، وفي حدود معينة تمارس سلطة التشريع أثناء غياب البرلمان على أن تعرض ماأصدرته خلال فترة الحل على البرلمان الجديد لإقراره أو

رفضه حسب قواعد هذه الدساتير، وإنما تبنت هذه الانظمة أحكاماً أكثر أهمية وحيوية عندما فرضت نوع من الحضور البرلماني ومكنته من فرض الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية خلال فترة الحل .^(١)

وتنوع صور هذا الحضور البرلماني، ومع ذلك يمكننا حصرها بالأمثلة التالية :-

أولاً:- استمرار البرلمان المنحل في أداء وظائفه

تقرر بعض الدساتير واستثناء من القاعدة العامة أن البرلمان المنحل يستمر في أداء وظيفته التشريعية حتى إجراء الانتخابات العامة وإجتماع المجلس التشريعي الجديد بحيث أن المجلس لا يفقد صفته في تمثيل الأمة من تاريخ صدور قرار الحل وإنما من تاريخ إجراء الانتخابات العامة الجديدة مجنباً وجود فراغ تشريعي في الدولة ومن الدساتير التي إتجهت هذا الإتجاه، الدستور الهولندي لعام ١٩٨٣ في نص م/٦٤ منه على أن قرار الحل لا ينتج إثارة في مواجهة المجلس المنحل إلا من لحظة إجتماع المجلس الجديد .^(٢)

وقد أخذ الدستور النمساوي لعام 1920 بهذا الإتجاه في نص م/٢٩ فقرة ٣ على أنه في حالة الحل الذاتي أي إصدار البرلمان لقرار حل نفسه فإن اختصاص البرلمان التشريعي يستمر حتى اجتماع المجلس الجديد ،^(٣)

وقد سار في هذا الاتجاه كذلك الدستور التركي لعام ١٩٦١ إذ نصت م/٦٩ منه على أن الجمعية الوطنية تبقى تمارس وظيفتها حتى إنتخاب البرلمان الجديد .^(٤)

غير أن هناك من الدساتير من تبنى اسلوب بقاء المجلس في ممارسة وظائفه في حالات محددة، ومثل هذا الإتجاه نجده في أنكلترا حيث تقضي الأعراف الدستورية أنه في حالة وفاة الملك في الفترة بين حل البرلمان وإجراء إنتخابات جديدة أو الوقت المحدد لإجتماع المجلس المنتخب، فإن أعضاء المجلس العموم المنحل الإجتماع خلال ستة أشهر من تاريخ وفاة الملك ويجب أن يجتمع البرلمان فوراً ودون دعوة، وإذا حدثت الوفاة في وقت الحل، فإن المجلس المنحل يسترد سلطاته ويمارس عمله الى حين إجتماع المجلس الجديد .

كما نصت م/٢٨ فقرة م من الدستور الأردني/ لعام ١٩٥٢ على ذات الإتجاه، ((إذا تعذر الحكم على من له ولاية الملك بسبب مرض عقلي، فعلى مجلس الوزراء بعد التثبت من ذلك أن يدعو مجلس الأمة في الحال الى الإجتماع، وإذا كان عندئذ مجلس النواب منحلأً أو أنتهت مدته ولم يتم إنتخاب المجلس الجديد، فيدعى الى الإجتماع لهذا الغرض مجلس النواب السابق))^(٥).

ثانياً:- عودة المجلس المنحل لمباشرة إختصاصاته الدستورية

اتجهت بعض الدساتير إلى عودة المجلس النيابي المنحل الى مباشرة إختصاصاته الدستورية وإعتبار قرار الحل كأن لم يكن، إذا لم يدع الحكومة الناهيين لإختيار أعضاء البرلمان الجديد خلال الفترة المحددة في الدستور .

والواقع أن هذه الصورة تتضمن جزاءً سياسياً على الحكومة أكثر من تطلبها نوع من الحضور البرلماني، إذ تفترض عودة المجلس القديم الذي قامت الحكومة بحله لمباشرة سلطاته الدستورية، وبهذا تواجه الحكومة وضعاً سياسياً صعباً، لأنها ستضطر الى التعامل مع مجلس ناصبته العداء وأرسلت أعضائه لمواجهة ناخبهم، في الوقت ذاته عن دعوة الناهيين لإجراء إنتخابات جديدة ^(٦).

وقد تبني بعض الدساتير العربية هذا الإتجاه زمنها الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ إذ نصت م/٧٣ منه على أنه ((إذا حل مجلس النواب فيجب إجراء إنتخاب عام بحيث يجتمع المجلس الجديد في دورة غير عادية بعد تاريخ الحل بأربعة أشهر على الأكثر وتعتبر هذه الدورة كالدورة العادية وفق أحكام م/٧٨ من الدستور وتشملها شروط التمديد والتأجيل كما تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه إذا لم يتم الإنتخاب خلال الشهور الأربعة يستعيد المجلس المنحل كامل سلطاته الدستورية ويجتمع فوراً وكأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله الى أن ينتخب المجلس الجديد)) ^(٧).

كما نص الدستور السوري على ذات الإتجاه في نص م/٥٨ منه على (١- تجري الإنتخابات خلال الأيام التسعين التي تلي إنتهاء مدة مجلس الشعب ٢٠- يعود المجلس الى الإنعقاد حكماً إذا لم ينتخب غيره ويجتمع بعد إنقضاء التسعين يوماً ويبقى قائماً حتى يتم إنتخاب مجلس جديد) ^(٨).

ويرى بعض الفقهاء أن النص في الدستور على وجوب عودة المجلس المنحل الى الإنعقاد في حالة عدم إجراء الإنتخابات في موعدها إنما يشكل ضماناً فعالة لعدم تعطيل إنعقاد المجلس الجديد لسبب من الأسباب، ولكن من المتعذر القول بتطبيق هذا الحكم إستنتاجاً إذا لم ينص عليه الدستور صراحةً، وأن كان من الممكن الدفاع عن هذا التفسير على أساس أن قرار الحل قد قيده الدستور بشرط إجتماع المجلس الجديد في خلال فترة محددة فإن هذا الشرط يكون بمثابة الشرط الفاسخ، فإذا تخلف الشرط بطل قرار الحل بأثر رجعي، ومثل هذا التفسير سليم من الناحية النظرية، ألا أن سير المؤسسات الدستورية لايعتمد على مجرد التفسير السليم للقانون، ولكن تحكمه ملاءمات سياسية وعلمية، قد تعطل من قواعد التفسير السليمة، ولذلك يرى أنصار هذا الإتجاه، أنه إذا أريد الوصول الى النتيجة السابقة، ضمن المتعين النص عليها صراحةً في صلب الدستور كما فعلت الدساتير السابقة، فمثل هذه النصوص تقطع كل جدل حول ملائمة التفسير وتضع الحكومة المتعسفة وجهاً لوجه أمام جماهير الشعب ^(٩) .

ويرى الدكتور عادل الطباطبائي ((أن مجرد النص على عودة المجلس المنحل لمباشرة سلطاته الدستورية في حالة عدم الدعوة للإنتخابات العامة الجديدة وإن كان يشكل ضماناً دستورية دون جدال الا أن

ذلك لم يردع بعض الحكومات من اللجوء الى اسلوب إيقاف بعض نصوص الدستور عن العمل، ومنها النص الدستوري الذي يقضي بعودة المجلس القديم الى الإنعقاد، لأنه مهما قيل عن وجود مثل هذه الضمانات لحماية النصوص الدستورية فأنها تبقى حبراً على ورق مالم يكن هناك رأي عام قوي ومستدير قادر على إيصال صوته الى الهيئة الحاكمة ويفرض احترام الدستور ((^(١٠).

ثالثاً: - إسلوب اللجان البرلمانية الدائمة

تشكل السلطة التشريعية عادة لجان تقوم بمهام وصلاحيات مختلفة وينظم عملها وإختصاصها النظام الداخلي للمجلس التشريعي وهي على نوعين أما لجان دائمية أو لجان مؤقتة وتنتهي عادة عملها بإنتهاء حياة المجلس النيابي، إلا أن هناك من الدساتير من يتبنى أسلوباً مغايراً لما سبق حيث تبقى اللجان الدائمة تمارس عملها في فترات غياب المجلس النيابي كوسيلة لسد الفراغ التشريعي، أو مراقبة لأداء الحكومة في غياب السلطة التشريعية، ومن هذه الدساتير دستور فايمر في ألمانيا حيث نصت م/٣٥ منه على قيام البرلمان بتشكيل لجنتين يتم إنتخابهما من بين أعضاء البرلمان أحدهما للشؤون الخارجية والأخرى تتولى حماية حقوق ممثلي الأمة تجاه الحكومة وتمارس اللجنتان الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في الفترات التي لا يكون فيها البرلمان قائماً بسبب الحل .

وكذلك نصت م/٥٥ فقرة ٢ من الدستور النمساوي لعام ١٩٢٠ بأنه في حالة حل المجلس الوطني بواسطة الرئيس الإتحادي بموجب م/٢٩ فقرة ١ بنقل حق المعاونة في الوظيفة التنفيذية الذي يتمثل في إعطاء الموافقة بشأن بعض القرارات بمقتضى الشروط الواردة في م/١٥٥ الى اللجنة الدائمة أثناء حل البرلمان .

وأستوحى القانون الأساسي لولاية (BONN) الألمانية هذا التنظيم حيث نصت م/٤٥ منه على قيام مجلس البوند ستاخ بتكوين لجنة دائمة تكون مهمتها حفظ صفوف البوند ستاخ في مواجهة الحكومة خلال الفترة الانتقالية التي تقع بين التشريعيين ولهذه اللجنة سلطة التحقيق ونص الدستور الإسباني الصادر في عام ١٩٧٨ تبني ذات الاسلوب حيث نصت م/٧٨ منه على قيام كل من المجلس البرلماني بتكوين لجنة دائمة تتولى ممارسة وظائفه المنصوص عليها في المادتين ١٦٦، ٨٦ من الدستور على وجه الخصوص وذلك في حالة حل البرلمان وإنهاء مدة ولايته ^(١١).

رابعاً: - إسلوب عدم حل المجالس النيابية العليا

اتجهت بعض الدساتير إلى أن تشكل سلطاتها التشريعية من مجلسين أحدهما مجلس منتخب والآخر يتم تشكيله عن طريق التعيين ويحمل كل منهما اسماً يغاير اسم الهيئة الأخرى وقد إختلفت تلك الدساتير في

تسمية كل منهما، فعلى سبيل المثال في بريطانيا تم تسميتها ب (مجلس العموم الذي يمثل المجلس المنتخب، ومجلس اللوردات الذي يمثل المجلس الأعلى، وفي الأردن وفقاً لدستور ١٩٥٢ تتألف السلطة التشريعية من مجلس النواب ومجلس الأعيان، وفي بلجيكا وفقاً لدستور ١٩٩٤ أطلق تسمية (مجلس النواب ، ومجلس الشيوخ) .

ومثل هذا النظام أخذت به معظم الدول الملكية البسيطة وذلك لضمان وصول أعضاء الطبقة الحاكمة لعضوية المجلس الأعلى حيث أن قانون الانتخاب الذي ينظم طريقة الحصول على عضوية هذا المجلس .

يشترط شروط عديدة لا تتوفر إلا في أعضاء الطبقة الحاكمة وبالتالي يحرم كل أعضاء الطبقات المحكومة من الحصول على عضوية هذا المجلس ^(١٢) .

وذهب الأستاذ الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد الى أن الحل الوزاري عند الأخذ بنظام المجلسين لا ينبغي أن يكون لغير المجلس الذي تقوم أمامه مسؤولية الوزارة سياسياً وذلك ان الأساس الدستوري لحق الحل في النظام البرلماني يكمن في قاعدة التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية مما لا تقوم معه أدنى حاجة لتقرير حق الحل للمجلس الذي لم تقم المسؤولية أمامه وبالعكس يكون الحل طبيعياً لمجلس البرلمان حينما يكون لهما معاً تقرير المسؤولية الوزارية ^(١٣) .

أما ما يخص حل السلطة التشريعية، فأن هذه الأنظمة اختلفت فيما بينها فالبعض إتجه الى أن يسري الحل على المجالس المنتخب وحده بإعتبار أن الحل يمثل سلاحاً تمتلكه السلطة التنفيذية يقابل المسؤولية الوزارية في سحب الثقة من الوزراء وهذا الحق يمتلكه المجلس المنتخب حصراً، وطالما أن المجلس الأعلى لا يحق له تحريك هذه المسؤولية بالتالي لا يسري عليه الحل وهذا ما سارت أغلب دساتير العالم، وبذلك يعد وسيلة من وسائل سد الفراغ التشريعي وهي هذه الفترة، ومن هذه الدساتير دستور تركيا لعام ١٩٦٩ إذ نصت (م/ ١٠٨) منه على أن الحل يسري على مجلس الأمة دون مجلس الشيوخ ^(١٤) .

((وكذلك نصت م/ ٦٦ فقرة ٢ من الدستور الأردني على ذات الإتجاه)) إذا حل مجلس النواب، تتوقف جلسات مجلس الأعيان، ونصت أيضاً (م/ ٥٥ فقرة ب) من الدستور البحريني ((إذا حل مجلس النواب تتوقف جلسات مجلس الشورى)) ^(١٥) .

أن عدم سريان الحل على المجالس العليا لا يعني استقرارها بممارسة اختصاصاتها بل أن جلساتهما تتوقف وتتأجل لحين تشكيل مجلس نيابي على أعتبار المهام التشريعية لابد للقيام بها من قبل المجلسين معاً . ولهذا تنص الدساتير عادة على التأجيل، فقد نصت (م/ ٦٦ فقرة ٢) من الدستور الأردني إذ حل

مجلس النواب مجلس النواب تتوقف جلسات مجلس الأعيان، ونصت (م/ ٥٥ فقرة ب) من الدستور البحريني علماً إذ حل مجلس النواب، تتوقف جلسات مجلس الشورى .

غير أن الدستور الياباني لعام ١٩٦٣، قد خالف الإتجاه السابق فبعد أن أقر بوقف جلسات مجلس الشيوخ في حالة حل مجلس النواب، أجاز لمجلس الوزراء أن يدعو مجلس الشيوخ للإنعقاد في جلسة طارئة اذا ما طرأت ضرورة قومية، وأعتبر أن الإجراءات التي تتخذ في مثل هذه الجلسة إجراءات مؤقتة، وتصبح لاجية مالم يتم الموافقة عليها بعد أفتتاح الدورة التالية للبرلمان ^(١٦).

خامساً: - عودة المجلس المنحل للإنعقاد مؤقتاً

الأصل أن تكون سلطة التشريع بيد البرلمان وذلك بوصفه ممثلاً للإرادة الشعبية، ألا أن هذه السلطة قد تغيب مؤقتاً كما في حالة العطلة (الفترة الواقعة ما بين أدوار الإنعقاد) في فترة الحل تصدياً للظروف الإستثنائية التي تتطلب تسريعاً عاجلاً لمواجهة مسائل عاجلة لا تحتمل التأخير، فأن أغلب دساتير دول العالم تخول السلطة التنفيذية مهمة التشريع وذلك بإصدارها قرارات لها قوة القانون .

وقد اختلفت تلك الدساتير بمصير تلك الأعمال، وإن كان أغلبها يتطلب وجوب عرضها على البرلمان بعد عودته، وأعمال بداية فيها أما بالموافقة عليها فتدخل في بناء القانون للدولة أو بعدم إقرارها فتزول ما كان لها من قوة القانون ^(١٧).

أما في فترة الحل فإن البعض من الدساتير من إتجه الى إلزام الحكومة بدعوة المجلس التشريعي الى الإنعقاد مؤقتاً، لكي تعرض عليه القرارات التي أحدثها خلال فترة الحل لها صفة عاجلة أو التي إتخذتها نتيجة وقوع أحداث خطيرة تمر بها البلاد ولا يمكن التصدي لهذه الأحداث إلا عن طريق إصدار التشريع ^(١٨). ومن هذه الدساتير الدستور الإيطالي، إذ نصت (م/٧٧فقرة ٣) منه على أن الحكومة تدعو البرلمان ولو كان منحللاً لكي تعرض عليه القرارات التي لها قوة القانون والتي قامت بإصدارها وذلك لمواجهة الظروف القاهرة والتي يتطلب إتخاذ إجراءات عاجلة ^(١٩).

سادساً: - أسلوب إكمال مدة الفصل التشريعي

إن الأثر الطبيعي الذي يترتب على قرار الحل هو توقف البرلمان المنحل عن مباشرة إختصاصاته التي خولها إياه الدستور .

وتنص الدساتير عادة على تمديد موعد لإنتخاب مجلس جديد ودعوته للإجتماع في مدة محددة، وبهذا تكون الإنتخابات الجديدة لمجلس جديد له مدة تشريعية جديدة وكاملة لاينهيها قبل إنتهاء مدتها إلا إستخدام جديد لحق الحل، ومع ذلك فقد خرجت بعض الدساتير عن إطار هذه القاعدة شبه العامة، حيث قضت بأن المجلس لا تكون له مدة تشريعية جديدة وإنما يتم الدورة التشريعية التي بدأها المجلس السابق المنحل لضرورة إستمرار الحياة النيابية لسد الفراغ التشريعي والرقابي في تلك الفترة، ومن هذه الدساتير،

دستور السويد لعام ١٩٧٤، إذ نصت م/٣ من الفصل الثالث على " تجري إنتخابات عادية للبرلمان حل ثلاث سنوات " كما نصت م/٤ على " يجوز للحكومة تنظيم إنتخابات غير عادية بين الإنتخابات العادية للبرلمان " .

وحتى يمكن التوفيق بين النصين فلا بد للبرلمان الجديد المنتخب بعد إجراء الحل أن يكمل ما تبقى من المدة التشريعية للسلطة المنحلة وإلا لما كان الإلتزام الذي أورده الدستور بإجراء إنتخابات عادية للبرلمان كل ثلاث سنوات حتى ولو تم حل هذا الأخير خلال هذه المدة .

ويتفق الدستور البرتغالي لعام ١٩٧٦ مع هذا الإتجاه إذ نصت م/١٧٤ منه على " لوحدث الحل أثناء دور الإنعقاد الأخير فإن المجلس المنتخب ينهي المدة التشريعية الجارية ويكمل التي يليها ^(٢٠) .

الخلاصة :-

يتضح لنا مما سبق كيف نظمت بعض الأنظمة الدستورية مسألة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أثناء فترة الحل وهي صور متنوعة جديرة بالدراسة، على أننا نعتقد أن أفضل صورة من هذه الصور المتمثلة بوجود لجان برلمانية دائمة تمارس عملها الرقابة في غياب السلطة التشريعية سواء كان هذا الغياب المدة المحددة للبرلمان واقع في الفترات التي تقع بين إنتهاء مدة الدورة الإنتخابية وتشكيل مجلس نيابي جديد أو الفترة الواقعة بين قرار حل البرلمان وتشكيل مجلس نيابي جديد .

على أن ينحصر دورها الرقابي بتقديم تقرير عن الأعمال التي إتخذت في تلك الفترة وتقديمها الى المجلس الجديد، لأن دورها الرقابي هذا لايسمح لها بأكثر من ذلك حيث انها لاتملك سلطة فرض جزاء للحكومة بسحب الثقة مثلاً، وعلى أن ينظم إختصاصات وتشكيلها ضمن الدستور .

كما نعتقد أن وجود جزاء سياسي للحكومة والمتمثل بإعادة المجلس المنحل لممارسة إختصاصاته إذا لم تدع الحكومة الناخبين لإختيار أعضاء برلمان جدد خلال الفترة المحددة الى جانب وجود اللجان البرلمانية الدائمة يمثل ضماناً كافية لسد الفراغ التشريعي والرقابي.

المبحث الثاني

كيفية تنظيم الدستور العراقي لحق الحل والرقابة في فترة الحل

يعد حق الحل من أخطر الإختصاصات السياسية التي تمتلكها الحكومة كسلاح لمواجهة المجلس النيابي وهو لا يؤثر في جلسات المجلس فحسب، بل ينهي العضوية لكافة أعضائه . وقد تبني الدستور العراقي في م/٦٤ منه على حل المجلس النيابي إذ نصت على : " يحل مجلس النواب بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه بناءً على طلب من ثلث أعضائه أو طلب رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية ولايجوز حل المجلس في أثناء مدة استجواب رئيس مجلس الوزراء، ويدعو رئيس الجمهورية، عند حل مجلس النواب

إلى انتخابات عامة للبلاد خلال مدة أقصاها ٦٠ يوماً من تاريخ الحل ويعد مجلس الوزراء في هذه الحالة مستقبلاً ويواصل تصريف الأمور اليومية " .

ويتضح من نص المادة أعلاه، إن المشرع الدستوري قد تبنى صورتين للحل، الحل الذاتي بناءً على طلب يقدم من ثلث أعضائه أو الحل الوزاري الذي يقدم من قبل رئيس الوزراء بموافقة رئيس الجمهورية . ولم يقيد المشرع الدستوري استعمال الحكومة لحق الحل بأعضائه سوى اشتراطه موافقة رئيس الجمهورية وعدم تقديم طلب الحل اثناء الاستجواب .

اما فيما يخص مسألة تنظيم الرقابة في الفترة الواقعة بين الحل وانتخاب مجلس جديد أو حتى في الفترة الواقعة بين انتهاء المدة النيابية وتشكيل مجلس جديد لم يتطرق الدستور العراقي إلى تلك المسألة ولم يأخذ بأي صورة من صور الرقابة على أعمال الحكومة وإن كان قد نص صراحةً على أن الحكومة تمارس أعمالها بالتصريف اليومي للأعمال، وقد عرفها الفقه بأنها الأعمال التي يتطلبها استمرارية المرافق العامة للدولة والمتعلقة بالأمور المتعلقة بالجهاز الإداري للدولة ولا تتضمن أي بعد سياسي . إلا ان هذا القيد بحصر أعمال الحكومة بالأعمال اليومية لا يغني عن وجود رقابة برلمانية على تلك الأعمال وهذا يعد قصور دستوري إذ كان الأجدر بالمشرع الدستوري العراقي أن ينظم تلك المسألة بنصوص صريحة وواضحة .

المقترحات

أن المشرع العراقي رغم تبنيه حل البرلمان كسلاح تمتلكه السلطة التنفيذية مقابل حق سحب الثقة، إلا أننا نرى أن تنظيم هذا الحق يشوبه نوع من القصور ونجد من الضرورة أن يتدخل المشرع بتعديل نصوصه واستكمال تلك النواقص وهذه المقترحات أوردناها بالشكل الآتي وضمن محورين :-

المحور الأول / قرار الحل

لم يتطرق المشرع الدستوري إلى مسألة ذكر السبب سواء طرْحاً أو ضمناً لإطلاع الرأي العام عن سبب الحل، وهذا بحد ذاته يشكل ثغرة دستورية بحاجة إلى معالجة كون ذكر السبب يشكل ضماناً فعالة لعدم تعسف السلطة التنفيذية في إتخاذ القرار، هذا من جانب، اما الجانب الآخر والمتعلق بحظر استعمال حق الحل خلال فترات استثنائية تمر بها البلاد أو في حالة الضرورة أيضاً لم يتطرق له صراحة المشرع وكان الأجدر به أن ينص صراحة إلى عدم اللجوء إلى الحل خلال تلك الفترات .

المحور الثاني / تنظيم الآثار القانونية المترتبة على الحل .

إن المشرع الدستوري قد سكت عن تنظيم الآثار القانونية المترتبة على حل البرلمان بنصوص صريحة، وبالأخص تحديد الرقابة على أعمال الحكومة وإن كان قد قيدها بالتصريف اليومي للأعمال، إلا أن هذا لا يمنع من وجود فراغ تشريعي ورقابي، والجدير بالذكر هنا أن المشرع الدستوري لم يتطرق إلى مسألة

تنظيم الرقابة حتى في الفترة الواقعة بين إنتهاء المدة النيابية وتشكيل الحكومة مابعد الانتخابات، ونحن نرى أن النص على وجود الرقابة في هذه الفترات سواء بعد حل البرلمان أو بعد انتهاء المدة النيابية ضرورة تجنب البلاد من الفراغ التشريعي والرقابة والذي بحد ذاته يشكل خطورة إذا ما تجاوزت الحكومة صلاحيات التصريف اليومي للأعمال، ونقترح أن ينص الدستور العراقي على تشكيل لجان برلمانية دائمية تمارس عملها الرقابي في هذه الفترات .

الهوامش

- ١- د. عادل الطباطبائي .الرقابة السياسية على أعمال الحكومة خلال فترة الحل ، مجلة الحقوق العدد الثاني ، الثالث ، الرابع ، السنة الخامسة عشرة ، الكويت ، ١٩٩١، ص ١٠ .
- ٢- د.علاء عبد المتعال . حل البرلمان في الأنظمة الدستورية المقارنة ،دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤، ص ٩٠ وما بعدها.
- ٣- دستور تركيا لعام ١٩٦١ نص م/٦٩ .
- ٤- الدستور الهولندي لعام ١٩٨٣ نص م/٦٤،
- ٥- الدستور الأردني لعام ١٩٥٢،
- ٦- د.عادل الطباطبائي ، المصدر السابق ص، ١٥
- ٧- د. أمين سلامة العضايه ، الوجيز في النظام الدستوري، عمان الاردن ٢٠١٠،، دار الثقافة ص، ٢٧٨
- ٨- الدستور السوري نص م/٥٨،
- ٩- د. سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي ، دراسة مقارنة ط ٣ ، ١٦٧٣، دار الفكر العربي ، ص ٥٣٨، ص ٥٣٩
- ١٠- د. عادل الطباطبائي ، النظام الدستوري في الكويت ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٥، ص ٢٤، ص ٢٥
- ١١- د. علاء عبد المتعال ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤
- ١٢- د.سعدى محمد الخطيب، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة الدستورية العربية ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٨، بيروت ، ص ٢٠ وما بعدها .
- د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية ، الدولة والحكومة ، دار النهضة العربية ١٩٦٩، بيروت ص، ٩١٩
- ١٣- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، حل المجلس النيابي، ١٩٨٨، دار النهضة، ص ١٤٣
- ١٤- الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ نص م/٦٣-فقرة ٢،
- ١٥- الدستور البحريني نص م/٥٥ فقرة ب .
- ١٦- إبراهيم محمد علي، النظام الدستوري في اليابان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٦١ .

- ١٧- يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥٤ وما بعدها .
- ١٨- محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري ، دراسة مقارنة، ط٢، القاهرة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص ٢٣٣، ص ٢٣٤ .
- ١٩- الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٨
- ٢٠- علاء عبد المتعال، المصدر السابق، ص ٣٠٠
- ٢١- عادل الطباطبائي، إختصاصات الحكومة المستقلة، ١٩٨٦، الكويت ، ط ١ مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ص ١٠٤ وما بعدها .

المصادر

أولاً :- الكتب.

١. د. إبراهيم محمد علي، النظام الدستوري في اليابان، القاهرة، ١٩٦٩، دار النهضة العربية .
٢. د. أمين سلامة العضايه ، الوجيز في النظام الدستوري ، عمان الاردن، ٢٠١٠، دار الثقافة الجامعة .
٣. د. سعدى محمد الخطيب، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة الدستورية العربية، بيروت، ٢٠٠٨ منشورات الحلبي .
٤. د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، القاهرة، ١٩٧٣، دار الفكر العربي .
٥. د . عادل الطباطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، ١٩٨٥، الكويت .
٦. د . عادل الطباطبائي، الرقابة السياسية على أعمال الحكومة خلال فترة الحل، مجلة الحقوق، العدد الثاني، الثالث، الرابع، السنة الخامسة عشر، ١٩٩١، الكويت.
٧. د . عادل الطباطبائي، إختصاصات الحكومة المستقلة، ط١، ١٩٨٦، الكويت، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي.
٨. د .علاء عبد المتعال، حل البرلمان في الأنظمة الدستورية المقارنة، ٢٠٠٤، القاهرة، دار النهضة العربية .
٩. د .محمد كامل ليلة، النظم السياسية ، الدولة والحكومة ، ١٩٦٩، بيروت ، دار النهضة العربية .
١٠. د . محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري ، دراسة مقارنة ، ط ٢ ٢٠٠٣، القاهرة ، دار النهضة العربية .
١١. د . يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية ، ١٩٩٥، القاهرة، دار النهضة العربية .

ثانياً :- الدساتير .

- ١- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- ٢- دستور تركيا لعام ١٩٦٩ .
- ٣- الدستور الأردني لعام ١٩٥٣ .
- ٤- الدستور الهولندي لعام ١٩٨٣ .
- ٥- الدستور السوري لعام ١٩٥٢ .
- ٦- الدستور البحريني .
- ٧- الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٨ .

عطاء العقد في العقود الادارية

م.م علي حمزة عباس الغانمي

م.م علي حسين علي حسن

Abstract

When a person provides a specific legal action, it will give rise to certain consequences, and so when acting act would make him unwilling to contract or a candidate for a contract in administrative contracts, where the tender offers up to impose accompanied by a set of obligations.

offers in order to achieve a particular goal and that goal is to get a contract in the future because of what happened in the consensus among the student giving the administration on the subject of administrative contracts between the bidder.

Based on the foregoing, it is the formula for tender decade of great importance in determining the obligations arising him if coupled with acceptance by the administration and otherwise will be subject to liability and the imposition of certain sanctions it, We will dedicate this research, to study the concept of giving the contract in administrative contracts, and so across three Investigation , where we take in the first research definition tender contract, either in the second research we'll show the HVAC legal tender contract, and finally dealt with the elements tender contract in the Study of the third, have we ended our search this conclusion include the most important findings and recommendations that we reached through this study.

المقدمة

عندما يقدم الشخص على تصرف قانوني محدد فانه سوف ينشأ عنه تبعات معينة، والأمر كذلك عندما يتصرف تصرفاً من شأنه ان يجعله راغب بالتعاقد او مرشحاً للتعاقد في العقود الإدارية، حيث ان العطاء ما ان يقدم حتى يفرض على صاحبه مجموعه من الالتزامات.

فالعطاء يقدم لأجل تحقيق هدف معين وهذا الهدف هو الحصول على تعاقد مستقبلاً اذ ما حصل توافق في الاراء بين الجهة طالبة العطاء وهي الادارة في موضوع العقود الادارية وبين مقدم العطاء .

وبناء على ما تقدم فانه الصيغه لعطاء العقد اهمية كبيرة في تحديد الالتزامات الناشئة عنه اذا ما اقترن بالقبول من قبل الادارة وبخلاف ذلك سوف يعرض صاحبه الى المسؤولية وفرض جزاءات معينة عليه ، سنخصص هذا البحث ، لدراسة مفهوم عطاء العقد في العقود الادارية، وذلك عبر ثلاث مباحث، حيث نتناول في المبحث الاول تعريف عطاء العقد ، اما في المبحث الثاني فسنوضح فيه التكييف القانوني لعطاء

العقد، وأخيرا تطرقنا الى عناصر عطاء العقد في مبحث ثالث ، وقد ختمنا بحثنا هذا بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة ، ومن الله التوفيق .

المبحث الاول

تعريف عطاء العقد

تعريف العطاء في اللغة .

العطاء من فعل (عطا) اي اعطاء ما لا يعطيه اعطاء والاسم العطاء واصله عطاء وبالواو، لأنه من عطوات إلا ان العرب تهمز الواو والياء اذا جاءتا بعد الالف ، لان الهمزة احمل للحركة منهما ولأنهما يستقلون الوقف على الواو وكذلك الياء، وعطوت الشيء تناوله باليد والمعطاة: المناولة^(١).
إما تعريف العطاء اصطلاح^(٢).

فيعرف بأنه السعر الذي يقترحه مقدم العطاء والذي يرتضي على اساسه ابرام العقد فيما لو رست المناقصه او المزايدة عليه^(٣).

ويعرف عطاء العقد كذلك بأنه عرض يحمل الزام صاحبه اتجاه الاثمان التي يكون مستعدا للتنفيذ العقد بموجبها وخلال فتره نفاذ العطاء وكذلك يجب ان يكون هذا العطاء ، محتويا على جميع بنود العقد الذي يراد ابرامه او الاعمال التي يتطلب تنفيذها^(٤).

عليه لا يمكن لصاحب العطاء ان يجزأ فقرات عطاءه ، بأن يختار قسم مما ورد في الشروط التعاقدية التي تعلن عنها الادارة ويترك القسم الاخر .

ولما كان على العطاء من حيث الاصل ان يتضمن اجابة لجميع المفردات التي يتم طرحها في الشروط التعاقدية سواء كانت تتعلق بالالتزامات المدد ام الاثمان ومن ثم لا يمكن قصر تعريفه على فكرة الثمن لوحدها ، دون تلك المفردات التي تشكل مجموعها الشروط التي يكون صاحب العطاء مستعد للتنفيذ بموجبها .

وان عطاء العقد يقترن دائما بطريقة المناقصات والمزايدات ، فإذا ما كان بمقدور الادارة تحديد ما تحتاجه في المشروع المراد تنفيذه ، وإذا ما كانت ليست بحاجة الى رؤى وأفكار حول المشروع لجأت الى طلب عطاء العقد وذلك توفيراً الى الوقت والجهد .

وبالرغم من ذلك قد يحوي عطاء العقد على بعض التحفظات ان كان ذلك مسموح به في الشروط التعاقدية التي تعلن الادارة عنها مسبقا بشرط ان ترد في كتاب مستقل يرفق مع العطاء ويشار اليه في العطاء نفسه ومن ثم تضطر الادارة الى اللجوء في هذه الحالة الى التفاوض مع صاحب العطاء المقترن بتحفظات ان كان عطاءه هو الاقل سعرا والأفضل إنجازا^(٥).

من كل ما تقدم يتضح ان عطاء العقد هو العرض الذي يتقدم به الشخص (الراغب في التعاقد مع الادارة) في المناقصه والتي يتبين من خلاله الوصف الفني لما يستطيع القيام به، وفقا للمواصفات المطروحة في المناقصه وكذلك تحديد السعر المقترح الذي يرتضي على اساسه ابرام العقد فيما لو رست عليه المناقصه (٦).

وتساير معظم التشريعات الرأي الفقهي الذي يعتبر ان اعلان الادارة لا يعدو ان يكون ألا دعوته للتعاقد وان تقدم العطاء هو الايجاب وهو الرأي المعول عليه في فرنسا وكذلك الحال في مصر ، فقد اكدت المحكمة الادارية العليا في ١٩٦٧/١٢/٢ هذا المبدأ وقضت في هذا المجال (ان اعلان الادارة عن اجراء مناقصة او مزايده او ممارسة لتوريد بعض الاصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليست ألا دعوته الى التعاقد وان التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الايجاب الذي ينبغي ان يلتقي عند قبول الادارة لينعقد العقد) (٧).

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعطاء العقد

ان تقديم العطاء يتم بعد ان تقوم الادارة باعلان رغبتها بالتعاقد فيقوم الراغب بالتعاقد مع الادارة بتقديم عطائه ، والعقد الاداري ينعقد بايجاب وقبول متطابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود، والايجاب في حالة التعاقد بالمناقصة (باعتبار ان عطاء العقد يرتبط بطريقة المناقصة في التعاقد) يتقدم به صاحب العطاء اي الراغب بالتعاقد مع الادارة ، اما القبول فانه يكون بصور قرار من الجهة المختصة باعتماد قرار ارساء المناقصة و اخطار صاحب العطاء به (٨).

ولكي يكون الايجاب معتبرا قانونا ينبغي ان يكون جازما اي ينطوي على ارادة الموجب في ابرام العقد بمجرد اقتران القبول به، كما يجب ان يكون كاملا بان تتوفر فيه العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه (٩). لكن ثمة رأي يذهب الى القول ان اعلان الادارة عن رغبتها في التعاقد هو الايجاب وان التقدم بعطاء من قبل صاحب العطاء يعد بمثابة القبول للايجاب الصادر عن الادارة وبالتالي ينعقد العقد بين الادارة وبين مقدم العطاء (١٠).

لكن الرأي الراجح ان اعلان الادارة عن رغبتها في التعاقد هو دعوته للتعاقد وان التقدم بالايجاب (العطاء) من قبل صاحبه يحتاج الى قبول الادارة حتى ينعقد العقد (١١).

ويترتب على هذا التكييف القانوني لعطاء العقد عدة امور متعلقة في بعضها او نابعة عن نتيجة واحدة هي التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه .

سوف نتناول في هذا المبحث بيان التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه ، ثم نوضح الأساس القانوني لهذا الالتزام ، وأخيرا نتطرق الى بيان مدة الالتزام بالعطاء وذلك من خلال مطالب ثلاثة.

المطلب الاول - التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه

عندما يقوم المقاول او الشركة بتقديم عطائها الى الادارة يترتب على ذلك الالتزام بهذا العطاء خلال المدة المحددة في الاعلان عن المناقصة ولا يعني ذلك ان ثمة رابطة عقدية نشأت بين الادارة ومقدم العطاء فذلك لا يتم سوى بقبول الادارة لهذا العطاء، وهذا الامر يأتي في مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه^(١٢).

ويبقى المناقص ملزما بالعطاء الذي يقدمه فلا يجوز له سحب او تعديله قبل ان يبيت فيه من قبل لجنة فحص العطاءات وهذا ما اكدته محكمة القضاء الاداري في مصر في احد احكامها حيث جاء فيه (ان جهة الادارة اذا اشهرت مزايده او مناقصة بشروط معينة ثم قدمت عطاءات على اساسها فان هذه العطاءات تعتبر ايجابا ملزما ولا عبرة بعد ذلك بما يقال من ان صاحب العطاء لم يكن قد وقع من جانبه الاشتراطات او انه لم يدرسها ، ويترتب على العطاء اثر قانوني هام بالنسبة لمقدمه وهو ارتباطه بهذا العطاء فلا يجوز له سحبه او تعديله طالما انه لم يبيت فيه)^(١٣).

ألا ان المحكمة الادارية العليا في مصر اوردت في ما يتعلق بموضع ارتباط مقدم العطاء بعطائه وعدم جواز الرجوع فيه استثناءين ، الاول هو جواز تعديل العطاء بشرطين احدهما ان يكون موضع التعديل هو خفض اسعار العطاء ، والآخر ان يصل هذا التعديل الى جهة الادارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف في هذه الحالة يوقع على مقدم العطاء جزاء يتمثل في مصادر التأمين المؤقت الذي اودعه عن عطائه^(١٤).

فالقاعدة العامة هي ان مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت التقديم الى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء، وهي تطبيق للقاعدة القانونية العامة المنصوص عليها المادة (٩٣) من القانون المدني المصري بقولها (اذا عين ميعاد القبول التزام الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد...) ^(١٥).

ولقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار الايجاب ملزما يكون فيها مقرونا بتحديد مهلة للقبول، كما جرى على الترخيص في هذا التحديد على نحو يمكن معه ان يكون ضمنيا يستخلص من الظروف ^(١٦) .

اذن مقدم العطاء يبقى ملتزما بعطائه من تاريخ تصديره الى تاريخ انتهاء المدة المحددة لسريانه، وأي تعديل لهذا العطاء بعد تصديره - فيما عدا خفض الاسعار - لا يكون له ثمة اثر سواء اتم هذا التعديل قبل فتح المظاريف ام بعد فتحها.

المطلب الثاني - الاساس القانوني لالتزام المتقدم بالبقاء على ايجابه

ان تحديد الاساس القانوني لتقديم العطاء من قبل صاحبه يعتمد على التكيف القانوني لتقديم العطاء من قبل صاحبه ، فإذا اعتبرنا اعلان الادارة عن المناقصة او المزايدة ايجابا فان التقدم بالعطاء يعد قبولاً ينعقد به العقد و هذا العقد اما ان يكون عقدا اوليا منفصلا عن العقد الاصلي يلتزم بمقتضاه صاحب العطاء بالبقاء على ايجابه مدة معينة او الى ان يبيت في المناقصة او المزايدة، وأما ان يكون العقد الاصلي ذاته الذي ينشأ في هذه الحالة معلقا على شرط واقف هو ارساء المناقصة او المزايدة على مقدم العطاء (١٧).

فالأساس القانوني للالتزام المتقدم بالبقاء على ايجابه الذي ينسجم مع التكيف القانوني الذي ذكرناه يكون اساسا تعاقديا ينشأ عن التقاء الايجاب المتمثل بإعلان الادارة بالقبول الذي تمثل في تقديم العطاء من قبل المناقص (١٨).

حيث ان هذا الرأي منتقد لأنه يبرر حق الادارة في تجزئة الصفقة واعتماد ارساء المناقصة او المزايدة في جزء منها فقط ، كما انه لا يتفق و الاعتراف بحق مقدم العطاء في ان يسحبه في بعض الحالات او بحقه في ان يتقدم بأكثر من عطاء في نفس المناقصة او المزايدة (١٩).

وإزاء تلك الانتقادات التي وجهت الى فكرة الاساس التعاقدية في تبرير بقاء صاحب العطاء ملتزما بإيجابه حاول قسم من الفقه ان يجعل الاساس القانوني لبقاء صاحب العطاء ملتزما بإيجابه على اساس الإرادة المنفردة ، فصاحب العطاء وفق هذا التبرير يلتزم بالتعاقد مع الادارة وفقا للشروط المحددة في اعلان المناقصة ، ويلتزم صاحب العطاء في هذه الحالة بان يبقى على ايجابه لمدة معينة او الى ان يتم ارساء المناقصة (٢٠).

ومن الفقهاء من يذهب الى انكار الاساس الإرادي برمته لتبرير الالتزام المتقدم على عطائه ويبررون ذلك الى ان الالتزام هو عمل قانوني مصدره القانون لا الاساس التعاقدية ولا ارادة المنفردة (٢١).
ويلاحظ ان الفقه الفرنسي مختلف في تحديد الاساس القانوني للالتزام المتقدم بالبقاء على ايجابه الى اتجاهات ثلاث (٢٢).

فالالاتجاه الاول يرجع هذا الالتزام الى الإرادة المنفردة وحدها ويأخذ على هذا الاتجاه ان القانون الفرنسي لا يعرف التصرف المنفرد كمصدر للالتزام يتطلب لقيام الالتزام الارادي توفر عقد مكون من إرادتين ، اما الاتجاه الثاني فيرجع التزام الموجب الى عقد تمهيدي يلتزم وجوده بين الموجب والموجب له وهو يصل الى هذا العقد التمهيدي عن طريق القول بان الايجاب بالتعاقد يتضمن في الواقع ايجابيين : احدهم خاص بالعقد الاصلي المراد ابرامه ، والثاني خاص بالبقاء على الإيجاب الأول خلال المهلة المحددة صراحة او ضمنا .

وهناك اتجاه ثالث يقيم القوة الملزمة للإيجاب على أساس المسؤولية التقصير، اي اذا رجح الموجب على أيجابه قبل انقضاء الميعاد المعين للقبول يكون قد ارتكب خطأ يستوجب إلزامه بتعويض الضرر الناشئ عنه وان خير تعويض هو اعتبار العقد القائم .

وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على ان الالتزام مقدم العطاء بالبقاء على ايجابه مصدره ارادته المنفردة ومن هؤلاء الفقيه (De laubadere) الذي يذهب الى ان الالتزام الناتج عن العطاء إنما هو في حقيقة التزام انفرادي، يؤدي رأيه ذلك بقوله (ان بعض فقهاء القانون الخاص يرون ان المتقدم بالعطاء في القانون المدني يلتزم بالعطاء عندما يحدد مدة لذلك يلتزم خلالها فان لم يحدد مدة جاز له سحب عطائه متى شاء عكس ما يحصل في المناقصات العام حيث لا يستطيع المتقدم للتعاقد مع الادارة سحب عطائه) (٢٣) .

اما في القانون المصري واللبناني، فيمكن إرجاع التزام مقدم العطاء بالبقاء على أيجابه، الى الإرادة المنفردة وحدها (٢٤) .

وفي تقديرنا المتواضع نرى ان الأساس القانون لهذا الالتزام لا يعدو ان يكون إلا الارادة المنفردة لصاحب العطاء ، لأنها هي التي دفعت الى التقدم بعطائه ، والتقيد بهذا الالتزام ، اما عن أقامة الاساس القانوني لهذا الالتزام على اساس المسؤولية التقصيرية فهذا يمزج بين أساس الالتزام وبين الأثر المترتب عن الاخلال بهذا الالتزام فالمسؤولية التقصيرية هي اثر للإخلال بالالتزام وليست اساسا له.

المطلب الثالث - مدة الالتزام بالعطاء

لا يوجد التزام مؤبد ، فالأصل في الالتزامات انها تكون محددة بمدة زمنية ذلك ان تأبيد الالتزامات متعذر من الناحية ألقاوعه والقانونية وان وجود بقاء مقدم العطاء على ايجابه يضل طيلة المدة المحددة لسريان ذلك العطاء حتى تعلن نتيجة الإحالة ، فإذا رست المناقصة تحرر المتقدمون من هذا الالتزام ، ماعدا من احيلت عليه (المناقصة او المزايدة)، حيث يبقى التزامه ساري المفعول الى ان تعتمد المناقصة (٢٥) .

ولا يسقط أيجاب المتقدم في حالة ما اذا وافق على مد فترة سريان عطائه لمدة أخرى بعد انتهاء المدة الأصلية اذا طلبت منه الإدارة ذلك وكذلك لا يسقط أيجاب المتقدم في حال عدم استرداد التامين المؤقت إذ ان ذلك يعتبر قرينة قانونية على امتداد ايجاب المتقدم (٢٦) ، كون هذه القرينة البسيطة لا تغلق الباب امام سحب العطاء اذ سمحت للمتقدم ان يسحب التامين في اي وقت قبل ارساء المناقصة في المدة الجديدة (٢٧) ، فمدة الارتباط بالعطاء تبدأ من حيث تنتقضي مدة سريان العطاء والتي يملك فيها مقدم العطاء العدول عن عطائه، اذ طلب استرداد التامين المؤقت (٢٨) .

وفي مصر ايدت المحكمة الادارية العليا هذا الاتجاه في حكم لها جاء فيه (بيد ان هذه القرينة - ترك التامين المؤقت - لا تسد السبيل في وجه المتعهد بغير مخرج، وإنما ترتفع اذا التقى الافتراض القائم عليه ، اي اذا تقدم المتعهد لاسترداد التامين المؤقت ومؤدي ذلك الايجاب المتعهد لا يسقط بمجرد انقضاء مدة سريان العطاء ولكنه يبقى قائما الى ان يصل الى علم الجهة الادارية طلبه بسحب التامين المؤقت) (٢٩) .

وان القضاء في فرنسا يحترم هذا المبدأ غاية في الصرامة فلا يسمح للمتقدم بان يسحب عطاءه قبل البت فيه.

وفي العراق نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على ما يلي (اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد) اي ان في عقود القانون الخاص يبقى الموجب ملتزم بإيجابه خلال المدة التي يحددها ذلك الايجاب ما لم يرفض القابل هذا الايجاب (٣٠).

اما في مجال العقود الادارية فان فترة نفاذ العطاءات في العراق تثير عدة معضلات لاسيما ما يتعلق بالمدة ومداها وكيفية تنظيمها لعدم وجود قانون خاص ينظم المناقصات بشكل دقيق (٣١). وقد درجت استمارة الشروط العامة التي تحيل اليها العقود الادارية وترفق في الغالب مع العطاءات المقدمة من الراغب بالنقاع على النص على الزام مقدم العطاء بالبقاء على ايجابه حتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات (٣٢).

اذ ان اختيار المتعاقد عن طريق المناقصة يتطلب بقاء المتناقص - الذي يتقدم بعطاءه الى المناقصة التي اعلنتها الجهة الادارية المختصة - على ايجابه ، فليس له ان يسحبه او يعدله طول المدة المحددة لسريان العطاء والى ان يتم ارساء المناقصة على احد المتقدمين (٣٣).

وبعد ان يتم ارساء العطاء على احد المتقدمين، فان باقي المتقدمين يتحررون من الالتزام بعطاءاتهم وتعيد لهم الادارة التأمينات المقدمة من قبلهم ، اما المتقدم الذي رسا عليه العطاء فانه يبقى ملتزما بعطاءه حتى نهاية المدة المحددة لاعتماد المناقصة على احد المتقدمين (٣٤).

ولكن حسنا فعل المشرع العراقي عندما قضى بمد فترة سريان عطاء المناقص الثاني ، اذ ان الادارة ستقوم بإرساء المناقصة عليهما ، اذا نكل المناقص الاول عن تنفيذ التزامه ولم يتم الغاء المناقصة والإعلان عن مناقصة جديدة (٣٥).

المبحث الثالث

عناصر عطاء العقد

ان عطاء العقد هو العرض الذي يقدمه المناقص ، ويشترط فيه ان يكون محددا تحديدا دقيقا وشاملا ويتم هذا التحديد عن طريق العطاء مباشرة او باللجوء الى الشروط العامة المكملة له و المحددة للعطاء المقدم (٣٦).

ففي العراق تستخدم دفاتر شروط متعددة ومختلفة خاصة بنماذج معينة من العقود تعد متممة لما يرد في العقد ، من ذلك دفتر الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية و الكهربائية و الميكانيكية والكيمياوية لعام ١٩٨٨ (٣٧) .

وفي مصر تعتبر كراسة الشروط والمواصفات ذات اهمية بالغة في عملية التعاقد إضافة الى ما تمثله باعتبارها بيانا حقيقيا لاحتياجات الادارة فأنها تساعد على تشكيل موقف صاحب العطاء الذي يتقدم للتعاقد مع الادارة بناء على مدى استيعابه لما ورد في تلك الكراسة من شروط (٣٨) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الاداري وأيدتها في ذلك المحكمة الادارية العليا بان الشروط التي تطرح على اساسها المناقصة وهي الاساس في تحديد العلاقة بين مقدمي العطاءات وبين جهة الادارة ويجب التقييد بما ورد بها ولا يجوز الخروج عليها إلا باتفاق الطرفين (٣٩) .

وقد يتم الاستعانة بالعقود النموذجية (الصيغ النموذجية) وتكون مكملة للعقد الخاص (عقود تبعية) اذ يقوم مقدم العطاء بالإطلاع على هذه العقود النموذجية قبل ان يتقدم بعطاءه، وقد تتضمن الصيغ النموذجية شروطا عامة وخاصة، وهذه الاخيرة تتيح لأصحاب العلاقة تعديل ما ورد في الشروط العامة، ومن امثلتها الصيغ العقدية لعقود مقاولات الانشاء والاستشارات الهندسية التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) (٤٠) .

وفي فرنسا تتمتع كراسة الشروط والمواصفات المتعلقة بوثائق المناقصة وشروطها بمركز قانوني مهم ، اذ تعتبر اساسا للتعاقد بين الجهة الادارية المانحة ومقدم العرض كما تعتبر جزء لا يتجزأ من الاتفاق حتى ولو لم ينص هذا الاتفاق صراحة على ذلك (٤١) .

وعطاء العقد عطاء يتسم بالثقة والجدية في التعامل من ناحية ومن ناحية اخرى يوفر الوقت والجهد الذي تبذله الادارة في البحث عن الصفقات المطروحة (٤٢) .

ولهذا يجب ان يتضمن عطاء العقد بعض العناصر التي تكفل مقتضيات الشفافية والوضوح في التعاقد مثل الوصف الكامل لمختلف المراحل انجاز المعاملة ، وطبيعة وخصائص وسعر السلعة او الخدمة ، وكيفية تسلم السلعة او الخدمة ومبلغ التامين المستحق في الحال ، والفترة التي تكون خلالها السلع او الخدمة المعروضة بالأسعار المحددة.

على ما تقدم يمكن القول ان العطاء يتكون من عناصر اساسية ، العنصر الاول يتمثل بطبيعة الاعمال المطلوبة من خلال التعرف على وصف هذه الاعمال ، والعنصر الاخر يتعلق بالمدة التي يجب ان يحددها صاحب العطاء في عطائه والعنصر الثالث الثمن الذي يطلبه بطريقة واضحة وان يشمل هذا الثمن نفقات تسليم المنتج وأية نفقات اضافية لازمة للتنفيذ متطلبات العقد.

ومن خلال ذلك سوف نتطرق الى عناصر العقد (٤٣) ، في ثلاث مطالب وكما يأتي :-

المطلب الاول - طبيعة الاعمال المطلوبة

على مقدم العطاء ان يبين في عطائه طبيعة الاعمال المطلوبة منه تنفيذها وتختلف هذه الاعمال باختلاف محل العقد فقد تكون هذه الاعمال ميكانيكية او كهربائية اي تتعلق بإجراءات نصب المكائن والمعدات لذا على صاحب العطاء ان يبين الطريقة التي يتبعها في انجاز العمل والتقنية المطلوبة لذلك^(٤٤) . وقد تكون الاعمال المطلوبة منها هي اعمال مدنية تتعلق بعقود مقاولات الهندسة المدنية او ما تسمى بعقود التشييد (construction Contracts) وفي هذا النوع من المقاولات يتوجب على صاحب العطاء ان يركز على الاعتبارات الفنية البحتة وان يتوخى الدقة في صياغة مواصفات الاعمال الفنية الهندسية بغية تنفيذها كما هو محدد لها من خلال متخصصين في هذا المجال من المقاولين^(٤٥) .

ويمكن ان تكون الاعمال المطلوبة من الراغب بالتعاقد مع الادارة تنصب على تجهيز الادارة بمادة معينة في مكان وزمان محددين لقاء ثمن معين تلتزم الادارة بتسديده وفقا لشروط التعاقد بينهما ، ويقضي ان يرد عقد التوريد على منقول وليس على عقار على ان تكون الاشياء المورد المنقولة لازمة لخدمة مرفق عام كالأدوات المكتبية والملابس والأغذية وسواها من المنقولات التي تدخل في دائرة التعامل^(٤٦) .

وتسري على مثل هذه العقود في العراق الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية المعدة من وزارة التخطيط بقسميها الاول والثاني لعام ١٩٨٨ المعدل ، اذا كانت الاعمال ذات طبيعة مدنية والشروط العامة لإعمال الهندسة الميكانيكية والكيميائية والكهربائية اذا تعلقت طبيعة العقد بأي من الاعمال المذكور وبعبارة فان هذه الاعمال تعتبر جزء من العقد الذي يبرم مع الادارة^(٤٧) .

لقد كان وراء اصدار مثل هذه الشروط العامة للمقاولات اسباب كثيرة يتجلى اهمها في كون العقد ايا كانت صفة اطرافه لم يعد معلق على الارادات الحرة وإنما اخذ القانون يتدخل في كثير من جزئياته وفي عقود الدولة اصبح منظم بواسطة قوانين والأنظمة وما تضعه الدولة من صيغ نموذجية تلزم المتعاقدين بها^(٤٨) .

اضافة الى التطور في الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي استلزمت بدورها تدخل الدولة في مجالات الحياة ومثل هذا الامر دعا بدوره الى تدخل المشروع في توجيه العقود والذي اتخذ اشكال مختلفة ألا انه توسع وازداد في العقود التي تكون الدولة وأجهزتها طرفا فيها لذا على مقدم العطاء عند تقديمه لعطائه ومراعاة هذه الشروط والتقييد بها^(٤٩) .

المطلب الثاني - السعر

يعد السعر عنصرا اساسيا من عناصر عطاء العقد على ضوءه يتم اختيار الافضل ، من بين العروض المقدمة الى الادارة بهدف التعاقد ولكن الى جانب السعر يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار المدة التي يتم عرضها من قبل الراغب في التعاقد مع الادارة وكذلك طبيعة الاعمال والمواصفات الفنية ^(٥٠) .

وقد يسكت مقدم العطاء في مناقصات عقود الاشغال العامة عن تحديد سعر احد البنود المطلوب القيام بها لذا فقد اوجب المشرع المصري في حالة سكوت مقدم العطاء عن وضع سعر بند او اكثر من بنود الاشغال العامة وضع اعلى سعر لهذا البند في العطاءات المقبولة دون ان يكون له حق المنازعة ، و الامر على خلاف ذلك بالنسبة للعطاءات في مناقصات التوريد حيث اذا سكت مقدم العطاء عن تحديد سعر احد الاصناف المطلوب توريدها فان هذا الصمت يعد امتناعا منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف ^(٥١) .

وعند تحديد السعر في عطاء العقد هناك جملة من الامور التي على صاحب العطاء وضعها في نظر الاعتبار ومن اهم هذه الامور درجه المخاطر ، ونسبة صعوبة العمل ، وحجم العمل ، والفترة المقدرة للانجاز وتنفيذ العمل ، واستثمار المقاوول وتقديم المساعدة من قبل الحكومة ^(٥٢) .

ان السعر الذي يقترحه المناقص ينبغي اليقظة ودراسة موضوعه قبل الاقدام عليه لان ما ان يتقدم به المناقص حتى يرتبط بالعطاء ، فلا يحق له تعديله ولا يؤخذ بأي خفض في الاسعار بعد تسليم العطاء ^(٥٣) .
ألا انه ثمة استثناء يرد على ذلك في عقود التوريد وذلك في حالة زيادة فروق التعريفه الكمركية او الرسوم او الضرائب بعد تقديم العطاء ، فيسوى الفرق تبعا لذلك بشرط ان يثبت المورد انه ادى الرسوم والضرائب على الاصناف الموردة على اساس الفئات المعدلة بالزيادة اما في حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد ألا اذا اثبت المورد انه ادى الرسوم على اساس الفئات الاصلية قبل التعديل ^(٥٤) .

وأخيرا يتطلب من صاحب العطاء عدم المبالغة في السعر مما يؤدي الى استبعاد عطاءه وفي نفس الوقت عدم تقديم سعر منخفض لا يمكنه من اداء الاعمال المطلوبة منه على الوجه الامثل وبالتالي يعرضه الى الجزاءات التي تقوم الادارة بفرضها عليه .

المطلب الثالث - المدة

يختلف مفهوم مدة التنفيذ بحسب طبيعة كل عقد اداري فيقصد بها في عقد امتياز المرفق العام المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات للمنتفعين بخدمات المرفق موضوع التعاقد.

في حين يراد بها في عقد الاشغال العامة المدة التي يلتزم خلالها بانجاز العمل المطلوب منه وفقا لشروط العقد او دفاتر الشروط سواء كان العمل اقامة منشآت او القيام بإعمال صيانة لمنشآت قائمة بالفعل ، وفي عقود التوريد يقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم بها المورد بتسليم السلع محل التعاقد ^(٥٥) .

وان المدة قد يتم تحديدها سلفا من قبل الادارة استنادا الى الشروط التعاقدية او بالاستعانة بدفاتر الشروط العامة او بترك تحديد المدة الى المفاوض او صاحب العطاء في الحالات التي لا يمكن التنبؤ بمعرفة المدة الكافية ومن اجل التعرف على انسب المدد المقدمة من قبل المناقصين^(٥٦). وعلى صاحب العطاء تحديد هذه المدة جيدا بحيث تمكنه من اداء الاعمال المطلوبة منه خلالها وبعبكسه سوف تفرض عليه جراءات جراء اخلاله او تأخره في تنفيذ التزامه^(٥٧).

الخاتمة

١- النتائج

ان عطاء العقد هو عطاء مكتمل في جميع عناصره، ويتميز بالوضوح و يلزم من يحرره ابرام العقد اذا لاقى في ذلك قبول الادارة الراغبة في التعاقد ، وهذا العطاء يبرز عند الاخذ بطريقة المناقصة في التعاقد الاداري ، حيث يكون اعداد الشروط العامة للتنفيذ من قبل الادارة ، ويكون امام الراغب في التعاقد مع الادارة ، اما قبول هذه الشروط كليا او رفضها من دون ان يكون له الحق في اجراء اي تعديل عليها ومع تحديده للسعر الذي يكون مستعد للتنفيذ بموجبه.

لصياغة عطاء العقد اهمية كبيرة لما يترتب عليها من التزامات تقع على عاتق مقدمه عند قبول الادارة لهذا العطاء ، حيث ان قبول الادارة لعطاء العقد يجعل العقد منعقد بينهما دون حاجة الى اي اجراءات اخرى ، وبالتالي فان على صاحب عطاء العقد القيام بتنفيذ التزاماته وبعبكسه يعد ناكلا وتتخذ ضد الاجراءات القانونية.

٢- التوصيات

نؤكد على اهمية وجود جهة متخصصة لفض النزاعات التي قد تنشأ عن عطاء العقد ، اذا اصبح من المعروف لدينا ان العقد يعد منعقدا بمجرد قبول الادارة لعطاء العقد ، وقد يثار نزاع في حالة عدم قيام صاحب العطاء بتنفيذ التزاماته ، لذلك استوجب وجود محكمة مختصة لفصل في هذا النزاع ، والمحكمة المختصة والقريبة من جوهر الموضوع هي محكمة القضاء الاداري ، ولكن المشروع العراقي ابقى منازعات العقود الادارية من اختصاص المحاكم المدنية ولعل من الصواب القول بان منازعات العقود الادارية لا يمكن ان تخرج من اختصاص محكمة القضاء الاداري ، خصوصا وان المحكمة المشكلة في وزارة التخطيط والتعاون الانمائي لا تسعفنا في الفصل في مثل هذا النزاع ، حيث ان اختصاصها محدد بشكل حصري في النظر في اعتراضات مقدمة للعطاءات فقط ، لذلك بات لزاما على المشرع اخراج منازعات العقود الادارية عن ولاية القضاء العادي والحاكم في كنف القضاء الاداري ، خصوصا بعد اتساع العقود الادارية .

الهوامش

- ١- الامام بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، مراجعة خليل مأمون شيحا ، ط٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٣٣٤
- ٢- هناك من يخلط بين مصطلحي العطاء ومصطلح المناقصة على اعتبار ان طريقة المناقصة تقوم بشكل اساسي على تقديم العطاءات ، حيث ان المشروع الارادي يطلق على اسلوب المناقصات العامة تسمية (العطاءات العامة) وهي تسمية غير دقيقة لان ليست المناقصة الطريقة الوحيدة التي تقوم على تقديم العطاءات .
ينظر : د. محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، دراسة تحليلية مقارنة ، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ٣٢ .
- ٣- نجيب خلف احمد الجبوري، سلطة الادارة في اختيار المتعاقدين معها ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٨١.
- ٤- د. محمد علي جواد، عطاء العقد وعطاء التفاوض لإبرام عقود الاشغال العامة ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ع ٢، ٢٠٠٦، ص ٧.
- ٥- ينظر التعليمات الموجهة الى مقدمي العطاءات عن شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الاول والثاني لسنة ١٩٨٨ .
- ٦- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية، دار الحكمة ، ١٩٨٩، ص ٥٦.
- ٧- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر لسنة ١٣٠٣ ق جلسة ١٢/٢/١٩٦٧ اشار اليه : د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، ٢٠٠٩، ص ٣٣٤.
- ٨- د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دراسة مقارنة، ط ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤، ص ٢٥٣.
- ٩- د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٥، ص ٢٥٣.
- ١٠- على اعتبار ان طرح عملية المزايدة او المناقصة مجرد دعوه للتفاوض لا يعبر عن الحقيقة الواقعة تعبيراً صحيحاً لسببين:-
السبب الاول: من طرح المزايدة او المناقصة يلتزم بإرساء العملية على اعلى سعر او على اقل سعر بحسب الاحوال ما لم يكن قد احتفظ لنفسه بالحق في قبول او رفض اي عطاء يقدم اليه.
السبب الثاني: ان عدم تعيين الثمن عند طرح المزايدة او المناقصة لا يمنع من ان يكون قابل للتعيين من خلال الاسلوب الذي اعتمدته الادارة صاحبه المزايدة او المناقصة ومن ثم ليس هناك ما يحول من هذه الناحية دون اعتبار طرح المزايدة او المناقصة بمثابة ايجاب .
ينظر : د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ١١٦.
- ١١- د. محمود خلف الجبوري العقود الادارية ، مصدر سابق، ص ١٥٨.

- ١٢- د. عبد الفتاح ببيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨، ص ١٩٣.
- ١٣- حكم محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٧/٢/٢٤، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاما ١٩٤٦-١٩٦١، الجزء الثاني ، ١٨٧٥، اشار اليه ، د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية، مصدر سابق، ص ٥٧.
- ١٤- مضمون حكم المحكمة الادارية العليا، طعن رقم (١٢٥٥) لسنة ٢٥ق، جلسة ١٩٨٢/٦/٢٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العقود الادارية بمناسبة اليوبيل الفضي لمجلس الدولة، ص ٢٥٢ .
- ١٥- د. احمد محمود جمعة ، احكام عقود شركات قطاع الاعمال العام ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٤.
- ١٦- د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ص ٧٠.
- ١٧- د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٢٨.
- ١٨- نجيب خلف احمد الجبوري، مصدر سابق ، ص ١٠٤.
- ١٩- د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية ، ط ١ ، الدار الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٧٠.
- ٢٠- ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية ، النظرية العامة وتطبيقها في القانون الكويتي المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ ، ط ١ ، ص ٩٠.
- ٢١- عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية ، اطروحة دكتورا ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٧٠.
- ٢٢- د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٧٣ - ٧٤.
- ٢٣- د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٩٣.
- ٢٤- د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ٩٣.
- ٢٥- د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي، مصدر سابق ، ص ٧٢.
- ٢٦- نجيب خلف احمد الجبوري، مصدر سابق ، ص ١٠٧.
- ٢٧- د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦.
- ٢٨- د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص ٣٣.
- ٢٩- ينظر حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم (٢٣٩) الصادر في ١٤ / ٧ / ١٩٦٩ اشار له د. نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٧.
- ٣٠- د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، ١٩٨٠ ، ص ٤١.
- ٣١- د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٧٤.

٣٢- وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمة الصادر في ١٩١٩/٧/٩ في قضية Grande الى وجوب التزام مقدم العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ اذ ورد فيه منذ لحظة تقديم العطاء يلتزم المتقدمون نهائيا تجاه البلدية ، وبناءا على ذلك ما دعاء السيد Grande بأنه ابدى رغبته بسحب عطائه امر لا قيمة له .

33- Marice Hanrior, précis de administrative de droit puplic, qvzieme edition, societe anonyme de recueil sirey, paris , 1927, p.418.

34- Marice hanrior, op. cit, p. 420.

٣٥- وهذا ما بينته تعليمات تنفيذ العقود الحكومة في العراق رقم (١) لعام ٢٠٠٨ في المادة (١٧ / اولا - ب) بأنه يتم احالة المناقصة على المرشح الثاني في حالة نكول المرشح الاول ، وفي الفقرة (ج) من نفس هذه المادة على انه في حالة نكول المرشحين الاول والثاني عن تنفيذ التزاماتهما ، فالجهة التعاقدية تحيل المناقصة على المرشح الثالث.

٣٦- د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٧.

٣٧- د. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧ ، ص ٩٨.

٣٨- د. عبد الرزاق جابر ، النظرية العامة في اجراءات المناقصات والعقود، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٣١.

٣٩- ينظر : حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى (٥٦٠١) لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٥ وحكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم (٨٥٦) لسنة ٣٨ ق - جلسته ٢٠٠٥/٣/٢٢ .

اوردهما د. عاطف سعدي محمد على ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨.

٤٠- د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، القاهرة ، ط ٣ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٧.

٤١- د. الياس ناصيف ، عقد ال Bot ، المؤسسة الحديثة الكتاب ، ٢٠٠٦ ، ص ١٩١ ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢٧.

٤٢- د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٥.

٤٣- اذا تم تقديم العطاء فيجب ان يحوي مجموعة من المعلومات الشكلية التي تتعلق بالراغب في التعاقد ، واهم هذه المعلومات هي:-

أ- اسم ولقب وعنوان الراغب بالتقاعد وتوقيعه على العطاء ، وإذا كان مقدم العطاء شركة فيجب ان يقدم عقد تأسيس الشركة.

ب- تقديم الاعمال المماثلة التي قام بها المقاول (مقدم العطاء) .

ث- تقديم ما يؤيد عدم وضع اسم مقدم العطاء في القائمة السوداء ، اي كونه غير محروم من التعاقد مع الادارة .

٤٤- نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٠.

- ٤٥- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، الموجز في عقود مقاولات الهندسية المدنية ، ط ١ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧ .
- ٤٦- د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .
- ٤٧- في العراق يوجد الى جانب الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لعام ١٩٨٨ ، تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وخطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢ ، وعام ١٩٨٨ المعلق العمل بها بموجب قانون العقود الحكومية رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤ الصادرة عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) .
- ٤٨- رياض الزهيري ، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ٢٠٧ .
- ٤٩- رياض الزهيري ، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٧٩ .
- ٥٠- د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وإحكام العقود الادارية في مجال النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٥٩ .
- ٥١- د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ ،
- 52- Engineer Far supple ment (EFARS) part 15, contracting by negotiation , p.2 www.usace. army.
- ٥٣- نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٨ .
- ٥٤- ينظر المادة (٦٦) الفقرة (د) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .
- ٥٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩٨ .
- ٥٦- حيدر طالب محمد علي شذر ، النظام القانوني لإبرام العقد الاداري في العراق ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٥ .
- ٥٧- ألا انه من الممكن في بعض الحالات تمديد مدة العقد وهذا ما اشارت له المادة (١٤) من التعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

المصادر

المصادر العربية

أ- الكتب :-

- ١- الامام بن حماد الجوهرى، معجم الصحاح، مراجعة خليل مأمون شيحا، ط٢، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧،
- ٢- د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد)، ط ٣ ، ٢٠٠٨ ،

- ٣- د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣
- ٤- د. احمد محمود جمعة ، احكام عقود شركات قطاع الاعمال العامة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
- ٥- د. اليأس ناصيف ، عقد ال BOT ، المؤسسه الحديثه للكتاب ، ٢٠٠٦
- ٦- د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية . دراسة مقارنة ، ط٤ ، دار الفكر العربي، ١٩٨٤
- ٧- د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق . دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥.
- ٨- د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في اجراءات المناقصات والعقود ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.
- ٩- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٧
- ١٠- د. عبد المجيد الحكيم ، وعبد الباقر البكري ، ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، ١٩٨٠،
- ١١- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠٠٨.
- ١٢- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية ، ط١ ، ٢٠٠٨.
- ١٣- د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية ، ط١ ، دار الجامعية ، ٢٠٠٧
- ١٤- د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، ٢٠٠٩
- ١٥- د. محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في التشريعات الدولة العربية ، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف ، ٢٠٠٧.
- ١٦- د. محمد عبد العال السناري ، مبادئ واحكام العقود الادارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية ، القاهرة.
- ١٧- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، دار الحكمة ، ١٩٨٩.
- ١٨- د. مصطفى محمد جمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥.
- ١٩- وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، دار النهضة العربية . القاهرة ، ٢٠٠٦ .

ب- الرسائل والبحوث :-

- ١- حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الاداري في العراق ، دراسة مقارنة، اطروحة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤.
- ٢- رياض الزهيري، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥
- ٣- رياض الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في الاقطاع الاشتراكي، اطروحة الدكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩

- ٤- عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في عقود الاحالة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨
- ٥- د. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري . دراسة مقارنة اطروحة الدكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩
- ٦- د. محمد علي جواد ، عطاء العقد وعطاء التفاوض لإبرام عقود الاشغال العامة ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ع ٢ ، ٢٠٠٦
- ٧- نجدت صبري عقراوي ، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق . دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣
- ٨- نجيب خلف احمد الجبوري ، سلطة الادارة في اختيار المتعاقدين معها . دراسة المقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ١٩٨٤ .

ج - التشريعات وقرارات المحاكم :-

- ١- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢
- ٢- تعليمات تنفيذ ومتابعة خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ .
- ٣- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ .
- ٤- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لعام ١٩٨٨
- ٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨
- ٦- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .
- ٧- قرارات المحكمة الادارية العليا المصرية .
- ٨- قرارات محكمة القضاء الاداري المصرية .
- ٩- احكام مجلس الدولة الفرنسي .

ثانيا : المصادر الاجنبية :-

- 1- Marice Hanrior, précis de administrative de droit puplic, Qvzieme edition , societe anonyme de recueil sirey, paris, 1927, p.418.
- 2- Engineer Far supplement (EFARS) part 15, contracting by negotiation, p.2
- www.usace. Army.

