

مفهوم الإستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥

أ.م.د. حنان محمد القيسي
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

Appeared the need for the need for the establishment of independent odies from the three main powers as a result of political and administrative onsiderations, first because the idea of independence from government or enjoy a kind of self-independence depends on the political climate in any democratic state, in addition, he establishment of such independent bodies is conclusive evidence of the growing democratic principles in that community . on the other hand the breadth of function of the state has necessitated the establishment of independent bodies, both financially and administratively , and the need for a specialized equipment to exercise control over state institutions.

The Constitution assigns to these bodies exercise specialties and specific objectives , with a view to reducing the burden of the tasks entrusted to the three above authorities, and to exercise oversight , and improves the quality of the tasks these constitutional bodies specialized in, by virtue of professional staff who manages these independent bodies .

As the independent bodies are part of the administrative structure of the state, operates within the principle of legality , which means the subordination of all of the law , which ensure the individuals' rights, law granted to independent bodies authority to control the functions of administrative bodies in order to fix the structural of the administrative system in the country and identify Deficient working methods with a view to modernization and development.

المقدمة

إذا كانت السلطات الأساس في أية دولة ثلاث هي التشريعية والتنفيذية والقضائية، فقد أفرزت الحاجة ضرورة تأسيس هيئات (مستقلة) يعهد إليها الدستور بممارسة إختصاصات وأهداف محددة، بقصد التقليل من عبء المهام التي أنيطت بالسلطات الثلاث أعلاه، ويمارس الرقابة عليها، ويحسن من نوعية المهام التي تخصصت بها بحكم الكادر المتخصص الذي يتولى إدارة تلك الهيئات المستقلة.

ولما كانت الهيئات المستقلة تعد جزءاً من الهيكل الإداري للدولة، تعمل ضمن مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الجميع للقانون، وبما يؤمن للأفراد إقتضاء حقوقهم المشروعة تجاه التصرفات الباطلة التي تجريها الهيئات الإدارية، لذلك منح القانون للهيئات المستقلة سلطة الرقابة على أعمال الهيئات الإدارية بغية

إصلاح الجانب الهيكلي للجهاز الإداري في الدولة وتحديد القصور الذي يعترى أساليب العمل المتبعة بقصد تحديثها وتطويرها.

وقد ظهرت الهيئات المستقلة نتيجة لإعتبارات سياسية وأخرى إدارية. فمن الناحية السياسية يرتبط ظهور الهيئات المستقلة بالمناخ الديمقراطي، فالبيئة السياسية لها دور كبير في ظهور مثل هذه الهيئات، نظراً لأن فكرة الإستقلال عن الحكومة أو التمتع بنوع من الذاتية الخاصة والإستقلالية مرهون بالمناخ السياسي الديمقراطي في أية دولة، بل أن إنشاء مثل هذه الهيئات المستقلة إنما يُعد دليلاً قاطعاً على تنامي المبادئ الديمقراطية في ذلك المجتمع.

أما من الناحية الإدارية فقد إستلزم إتساع وظيفة الدولة والمهام الموكلة إليها - والتي شملت آفاقاً جديدة لم تكن لتمتد إليها في الماضي - إنشاء هيئات مستقلة مالياً وإدارياً هذا من جهة، ومن جهة أخرى يوجد في كل دولة أجهزة تمارس الرقابة سواء في ذلك الرقابة التي تتم من قبل السلطة التشريعية أم من قبل السلطة التنفيذية، ولكن بعد تطور دور الدولة وإتساع نشاط الإدارة ظهرت الحاجة الى وجود أجهزة متخصصة لتمارس الرقابة على مؤسسات الدولة، فضلاً عن أن تلك الأجهزة تتسم بالعديد من الخصائص المميزة لها عن أجهزة الدول الأخرى والتي تؤهلها لممارسة دور رقابي فعال.

ولقد ظهرت معالم الهيئات المستقلة في العصر الإسلامي متمثلة بنظام الحسبة وولاية المظالم، في حين أن نشأتها في الدول إقترنت بالدستور السويدي عام ١٨٠٩ الذي إستحدث نظام الإمبروسمان، وفي فرنسا ظهر نظام الوسيط وهيئة النيابة الإدارية في مصر، أما في العراق فقد ظهرت العديد من الهيئات المستقلة منذ دستوره الأول وأكدها بشكل صريح في دستوره النافذ لسنة ٢٠٠٥، الذي خصص لها الفصل الرابع من الباب الثالث منه.

ويمكن القول أنه وعلى الرغم من قدم الهيئات المستقلة في العراق إلا أن ذلك لم يمنع من أن تثار حولها العديد من الإشكالات من حيث مدلولها وإستقلاليته وطبيعة القرارات الصادرة عنها، خاصة مع تفسير المحكمة الإتحادية العليا لمفهوم الإستقلال الوارد ذكره في الدستور، والذي أثار جدلاً واسعاً.

إذ يثير الوضع القانوني للهيئات المستقلة في العراق مشكلة العلاقة بين السلطات الثلاث العامة في الدولة في ظل الفصل بين هذه السلطات، فالعلاقة والفصل مفهومان متعارضان بحاجة الى آلية للجمع بينهما تقوم على التمييز بين المفهوم العضوي للسلطة والمفهوم الوظيفي لها، فهناك فصل عضوي بين السلطات الثلاث، حيث تكون أجهزة كل سلطة من هذه السلطات مستقلة من حيث بنائها عن الأخرى بينما يكون للفصل الوظيفي مفهوم آخر نسبي.

ولعل كل ذلك حدا بنا للكتابة في هذا الموضوع، لمحاولة الإحاطة بكل ما تقدم من إشكالات، وعلى

النحو الآتي:

المبحث الأول

التعريف بالهيئات المستقلة في العراق

لغرض الإحاطة بمفهوم الهيئات المستقلة في العراق لابد لنا أولاً من بيان مبررات ظهور تلك الهيئات ومفهومها من جهة ثم الولوج الى تلك الهيئات في الدساتير العراقية مع محاولة بيان أهم أنواعها، وكما سيأتي ذكره:

المطلب الاول - مفهوم الهيئات المستقلة

لقد أسلفنا أن هنالك جملة من الإعتبارات السياسية والإدارية التي دفعت الدول الى إستحداث الهيئات المستقلة المختلفة، الا أن تلك الإعتبارات لم تكن الوحيدة بل وقفت الى جانبها إعتبارات أخرى، منها الإعتبارات القانونية، فالهدف من وجود الهيئات المستقلة هو الوصول إلى نوع من التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الذي سيؤدي بالنتيجة الى تحقيق الصالح العام وذلك من خلال إسداء النصح للإدارة لتجنيبها مواطن الخلل وتبليغها رغبات المواطنين حتى تعمل من جانبها على تحقيق تلك الرغبات،^(١) ومن جهة أخرى يؤدي إنشاء الهيئات المستقلة الى ضمان حياد عمل الأجهزة التنفيذية في الدولة في عملها وإبتعادها عن الضغوط السياسية التي تمارس عليها من قبل سلطات الدولة الأخرى.^(٢)

فالهيئات المستقلة معين للسلطة التشريعية في مجال ممارسة اختصاصها الرقابي على السلطة التنفيذية، وهي معين للسلطة التنفيذية في توجيهها الى التصرفات المشروعة وإبتعادها عن مواطن الخلل والقصور، ولكل ذلك تحتاج الهيئات المستقلة إلى الخبرة والإستقلالية لضمان عدم خضوعها للحكومة من جهة، وعدم تأثرها بالاهواء السياسية من جهة اخرى، لتتمكن من إصدار قرارات إدارية حيادية بعيداً عن المؤثرات والصراعات والتبعية الحزبية والسياسية وما ينتج عنها من آثار سلبية، وهذا - بلا ريب - يُعد تطبيقاً واضحاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

ولا غلو اذا ما قلنا أن هذه الهيئات إنما قامت لتفادي العيوب والنواقص في رقابة السلطات الأخرى، ومحاولة الوصول إلى التطبيق السليم للقانون وضمان حسن المرافق العامة، فالرقابة التي تمارسها السلطة التنفيذية هي رقابة ذاتية قد تتعد عن الموضوعية، خاصة حينما تحاول السلطة التنفيذية التستر على أعمالها

^١ - سعد عدنان عبد الكريم الهنداوي - رقابة الهيئات المستقلة لضمان حقوق الافراد (دراسة مقارنة) في نظام الامبودسمان والنظم المشابهة - اطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد-١٩٩٩-ص٢٤٣.

^٢ - حدري سمير - السلطات الإدارية المستقلة واشكالية الإستقلال - بحث منشور في مجلة اطار الملتقى الوطني بسكرة - جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية - الجزائر-العدد ٤ -٢٠٠٧- ص٥٥.

المخالفة للقانون،^(١) كما أن رقابة السلطة التشريعية تكون غير كافية أيضاً لعدم توافر الخبرة والتخصص والحياد في أعضائها، إذ تغلب عليهم - أحياناً - نزعاتهم وأهوائهم السياسية.^(٢)

هذا، وقد تعددت التعريفات التي تناولت الهيئات المستقلة، ويمكن القول أن تلك التعريفات تقسم إلى نوعين - من حيث الإطار العام - فمن الفقه من عرفها وفقاً للمعيار العضوي، في حين عرفها آخرون وفقاً للمعيار الموضوعي، وظهر معيار آخر إستثنائي حاول البعض من خلاله تعريف الهيئات المستقلة بإسلوب خلط فيه بين المعيارين آنفي الذكر. ونظراً لضيق المجال فاننا سنورد بعضاً من تلك التعريفات من دون الخوض في مناقشتها وبيان مدى دقتها أو شمولها.

يعرف أصحاب المعيار العضوي الهيئات المستقلة بأنها "هيئات فنية متخصصة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية".^(٣) وعرفها غيرهم بأنها "أجهزة تنظيمية فنية تقوم بمجموعة عمليات للتأكد من تحقيق الهيئات الخاضعة للرقابة لأهدافها، مع إعطاء هذه الهيئات سلطة إتخاذ القرارات المناسبة لذلك".^(٤) أو بأنها "منظمة مملوكة للدولة تعمل تحت الإدارة العليا للحكام في صورتها المركزية واللامركزية خاضعة في كل هذا النظام قانوني مخصوص حيث تشعب في ظلها الحاجات الجماعية للأفراد بشكل منتظم ودائم".^(٥) أو بأنها "أجهزة لها تنظيم معين وتوجد ضمن مؤسسات الدولة وإن كان لها تنظيم خاص بها وتتمتع بمجموعة من الإمتيازات والصلاحيات التي تتيح لها إتخاذ القرارات في بعض الأحيان وهذا ما جعل منها سلطة مستقلة".^(٦)

ولا جدال في قصور التعريفات المتقدمة لأنها تركز الجانب العضوي فقط من دون الجانب الموضوعي، إذ أكد بعضها على الإستقلال وحده، وأكد غيرها على إمتيازاتها وصلاحياتها، وهو أمر لا يستقيم مع تحديد مفهوم واضح للهيئات المستقلة.

لما تقدم ذهب البعض إلى المفهوم الموضوعي أو الوظيفي الذي يركز على النشاط الذي تقوم به الهيئة وذلك تحقيقاً للأهداف المرسومة لها في القانون ومن ثم تعرف الهيئات المستقلة بأنها "كل نشاط

^١ - د. عبد الكريم صادق بركات - د. حامد عبد المجيد دراز - علم المالية العامة - مؤسسة شباب الجامعة - القاهرة - بلا سنة طبع - ص ١٤٥.

^٢ - د. عبد اللطيف قطيش - الموازنة العامة للدولة (دراسة مقارنة) - ط ١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٥ - ص ١٤٧.

^٣ - عبد الستار حمد انجاد الجميلي - رقابة الهيئات المستقلة على تنفيذ الموازنة العامة للدولة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة النهريين - ٢٠٠٤ - ص ٤٠.

^٤ - د. عبد السلام بدوي - الرقابة على المؤسسات العامة - مكتبة الانجلو المصرية - القاهرة - ص ٩١.

^٥ - د. سعد العلوش - المرافق العامة - بغداد - ١٩٧٤ - ص ١٦.

^٦ - جورج فؤيديل بيار دلفولقيه - القانون الإداري - ج ٢ - ترجمة منصور القاضي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ٢٠٠٨ - ص ٣٤٣.

يستهدف الإطمئنان الى توفير جميع عناصر الأداء وتقييمها في أوجه نشاط الإنسان لتحقيق غاية معينة^(١). أو بأنها "عملية تقييم وفحص ومراجعة تقوم بها أجهزة متخصصة للتأكد من تحقيق الجهاز الإداري الخاضع للرقابة للأهداف والسياسات والبرامج الموضوعة له مع اعطاء هذه الهيئات سلطة إتخاذ القرارات المناسبة التي تضمن سير العمل، وأن تتوافر فيها المعايير التي تحدد درجة الإنحراف عن الأهداف المرسومة لها"^(٢). كما عرفت بأنها "مجموعة من عمليات التفتيش والفحص والمراجعة القصد منها التحقق من أن كل مشروع من المشروعات الإقتصادية العامة يعمل في الحدود التي تؤكد أنه يحقق الغرض الذي أنشئ من أجله ولإقتراح الحلول المناسبة التي تقضي على الأسباب التي تعوق تنفيذ هذا الغرض وتحديد المسؤول في حالة الخطأ والتلاعب وإحالاته إلى السلطة القضائية المختصة"^(٣).

والملاحظ على التعريفات السابقة أمران، اولهما انها تعريفات غير قانونية، فهي تدخل في إطار الإدارة العامة، إذ وعلى الرغم من التقارب بين الاثنتين إلا أنهما مختلفان، فالإدارة العامة تهتم بالجانب الفني للمنظمة الإدارية، في حين يهتم القانون بالجانب القانوني للمنظمة ونشاطها أي المبادئ القانونية التي تطبق على المنظمة الإدارية هيكلاً ونشاطاً، من جهة أخرى فان هذه التعريفات غير شاملة، إذ أنها تركز - على خلاف سابقتها - على الجوانب الموضوعية والوظيفية فقط من دون الجوانب الأخرى اللازمة للتعريف.

ومن ثم كان لا بد من تعريف يجمع بين المعيارين السابقين، لذا عرفها البعض بأنها "أجهزة تنظيمية تراقب مدى مشروعية ونظامية الإدارة إلى جانب مراقبة الأداء والفاعلية والتوفير وكفاءة الإدارة العامة من أجل تحقيق أهدافها مع إعطاء هذه الأجهزة سلطة إتخاذ قرارات بذلك"^(٤).

فهي أجهزة أو هيئات تنشأ بموجب الدستور تمنح الشخصية المعنوية والإستقلال المالي والإداري بهدف ضمان سلامة التصرفات الإدارية والتأكد من شرعيتها وإتفاقها مع أحكام التشريعات النافذة، ولها في سبيل تحقيق ذلك إصدار القرارات المناسبة بقصد المحافظة على المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة.

^١ - د.صلاح الدين الناهي - الرقابة المالية العليا وديوان الرقابة المالية في العراق بين ماضيه ومستقبله - دار الحرية للطباعة والنشر - بغداد - ١٩٧٩ - ص ١٠.

^٢ - د. عوف محمد الكفراوي - الرقابة المالية بين النظرية والتطبيق - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - ١٩٨٩ - ص ٢٠.

^٣ - حبيب الهرمزي - الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٧٧ - ص ٦٩.

^٤ - د.فهمي محمود شكري - الرقابة المالية العليا (مفهوم عام وتنظيمات أجهزتها في الدول العربية وعدد من الدول الاجنبية) - دار المجدلوي للنشر والتوزيع - عمان - الاردن - بلا سنة طبع - ص ١٥.

هذا وقد اختلف الفقه بشأن طبيعة تلك الهيئات القانونية الى رأيين:

١- يرى البعض أن مفهوم الهيئات المستقلة أحد المفاهيم الجديدة في القانون الدستوري في العراق، وهذه الهيئات ليست سلطة رابعة الى جانب السلطات الثلاث لأنها ليست جهازاً دستورياً، وإنما هي جهاز إداري يحتاج بسبب طبيعة أعماله أن يتمتع بمزيد من الإستقلال الإداري إزاء الأجهزة الحكومية التقليدية. (١)

وإذا كنا نتفق مع هؤلاء في أن الهيئات المستقلة ليست بالسلطة الرابعة المستقلة، فإننا نخالفهم الرأي في أنها مفهوم جديد على القانون الدستوري العراقي، ذلك أن الدساتير العراقية ومنذ تأسيس الدولة العراقية عام ١٩٢١ عرفت تلك الهيئات وإن كان بتسميات مختلفة. وكما سيأتي بيانه.

٢- أما البعض الآخر فيرى أنها إحدى السلطات في الدولة بل هي سلطة رابعة وتبدو نية المشرع الدستوري العراقي في ذلك واضحة بدليل أنه أوردها في الباب الثالث الخاص بالسلطات الاتحادية، ونرد على هؤلاء بالقول أنه وعلى الرغم من أن المشرع الدستوري العراقي حدد تلك الهيئات في الفصل الرابع، ضمن الباب الثالث، وهو باب السلطات الاتحادية، إلا أن ذلك لا يعني برأينا أنه أراد لها أن تكون سلطة رابعة، إذ أنه عاد وحدد في المادة (٤٧) منه تلك السلطات الاتحادية من دون أن يذكر الهيئات المستقلة، إذ نصت المادة المذكورة على " تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس إختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات."، ولو أراد لها المشرع أن تكون واحدة من تلك السلطات لنص على ذلك صراحة.

ونعتقد أن سبب هذا التداخل عدم استقرار المشرع الدستوري على رأي بشأن تلك الهيئات، ليس من حيث طبيعتها فهي هيئات إدارية رقابية وما يصدر عنها قرارات إدارية برأينا، لكن من حيث الموضع الملائم لإيرادها في الدستور، إذ أنه لا يمكن إدراجها في أي من أبواب الدستور الأخرى، وهي على التوالي (المبادئ الأساسية، الحقوق والحريات، السلطات الاتحادية، إختصاصات السلطات الاتحادية، سلطات الأقاليم، الأحكام الختامية والانتقالية)، فكان أقربها الى طبيعة تلك الهيئات أن ترد ضمن هذا الباب من الدستور.

فضلاً عما تقدم فإن دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ جاء مليئاً بالأخطاء الصياغية والتنظيمية، وطغى عليه إنعدام الفكرة القانونية التي يفترض فيها أن تكون محور ذلك الدستور، ومن ثم جاء بصيغة أفكار مشتتة

١ - كحاجة البنك المركزي لهذه الاستقلالية ازاء وزارة المالية التي تتولى ادارة السياسة المالية للدولة وتبتغي ان تخضع السياسة النقدية لها كذلك. ويحصل التعارض بين هاتين السياستين عندما تنتهج الدول سياسة تنموية هي بطبيعتها سياسة تضخمية مما يتعارض مع السياسة الانكماشية للبنك المركزي الرامية الى الحفاظ على سعر صرف مستقر للدينار العراقي عن طريق رفع سعر الفائدة للحيلولة دون زيادة معدلات التضخم من جهة وعدم اقراض الحكومة للسيطرة على السيولة النقدية من جهة اخرى.ولذا فان البنك المركزي يتمتع عن اقراض الحكومة في الوقت الذي تحتاج فيه الحكومة لهذه السيولة للانفاق على المشاريع التنموية، للمزيد راجع: أ.د. زهير الحسني - استقلال البنك المركزي العراقي والرقابة على النقد - www.alhalnews.com

لا يجمعها جامع، وللدقة إن كل جزء فيه كان يدور حول فكرة تختلف عن تلك التي يدور حولها الجزء الآخر، مما أدى الى ظهور الدستور بذلك الشكل المشوه، وما قيل ينطبق بالضرورة على فكرة الهيئات المستقلة التي جاء تنظيمها الدستوري أكثر من مشنت، من دون أن نتلمس غاية المشرع من تمييز بعضها من البعض الآخر، وأي جامع يجمع هذه وتلك ويستثني الأخرى.

المطلب الثاني - الهيئات المستقلة في الدساتير العراقية

أسلفنا أن البعض يرى أن مفهوم الهيئات المستقلة أحد المفاهيم الجديدة في القانون الدستوري في العراق، وهذه الهيئات ليست سلطة رابعة الى جانب السلطات الثلاث لأنها ليست جهازاً دستورياً، وإنما هي جهاز إداري يحتاج بسبب طبيعة أعماله أن يتمتع بمزيد من الإستقلال الإداري إزاء الأجهزة الحكومية التقليدية.

وقد اسلفنا اننا لا نتفق مع هؤلاء في أن الهيئات المستقلة مفهوم جديد على القانون الدستوري العراقي، ذلك أن الدساتير العراقية ومنذ تأسيس الدولة العراقية عام ١٩٢١ عرفت تلك الهيئات وإن كان بتسميات مختلفة. إذ نص القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على تشكيل المجالس الروحانية الطائفية بإعتبارها محاكم دينية.^(١) ونص على إنشاء محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية.^(٢) كما أنشأ دائرة لتدقيق الحسابات الحكومية لغرض الرقابة المالية.^(٣)

أما دستور ١٩٥٨ الملغى فقد جاء خالياً من النص على الهيئات المستقلة بسبب الفترة الزمنية القصيرة التي كتب فيها الدستور من جهة، وإختصاره من جهة أخرى. والأمر نفسه ينطبق تماماً على دستور (٤) نيسان ١٩٦٣، وكذا الأمر مع دستور (٢٢) نيسان ١٩٦٤ الملغيان. أما دستور (٢٩) نيسان ١٩٦٤ الملغى فقد نص على تشكيل مجلس الدفاع الوطني برئاسة رئيس الجمهورية، علة ان تحدد إختصاصاته، بموجب قانون خاص،^(٤) كما نص على تأسيس سلطة للإشراف والرقابة المالية العامة وتحدد صلاحياتها وكيفية القيام بأعمالها بقانون خاص،^(٥) كما نص على تشكيل هيئة الإدعاء العام.^(٦) ثم تلاه دستور سنة

^١ - المواد (٧٨ و٧٩ و٨٠) من الدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ الملغى.

^٢ - المادة (٨١) من الدستور نفسه.

^٣ - المادة (١٤) من الدستور نفسه.

^٤ - المادة (٥٠) من الدستور العراقي رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٤ الملغى.

^٥ - المادة (٧٠) من الدستور نفسه.

^٦ - المادة (٩١) من الدستور نفسه.

١٩٦٨ الملغى، الذي نص على تأسيس سلطة للإشراف والرقابة المالية العامة،^(١) وتشكيل هيئة الإدعاء العام ومحكمة دستورية،^(٢) في حين نص دستور سنة ١٩٧٠ الملغى على تشكيل هيئة الإدعاء العام.^(٣) وبصدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة ٢٠٠٤ وردت تسميات جديدة، حيث وردت مصطلحات مثل الهيئات الوطنية في الباب السابع، إذ ورد النص على إنشاء المحكمة الجنائية العراقية المختصة، والهيئة الوطنية العليا للنزاهة العامة والهيئة العليا لحل نزاعات الملكية العقارية والهيئة الوطنية العليا لإجتثاث البعث،^(٤) كما نص على تشكيل الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان.^(٥)

وقد نصت المادة (٢/٢) من الامر رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤، قانون البنك المركزي العراقي على "سعيًا لتحقيق أهداف البنك المركزي العراقي ولإنجاز مهامه، يكون البنك المركزي العراقي مستقلاً ومسؤولاً كما ينص عليه هذا القانون، باستثناء ما يحدد خلافاً لهذا القانون، ولن يتلقى البنك المركزي العراقي تعليمات من أي كيان أو شخص آخر أو مؤسسة بما فيها المؤسسات الحكومية، وسيتم إحترام إستقلالية البنك المركزي العراقي ولا يمكن لأي شخص التأثير وبصورة غير سليمة على أي عضو في هيئة صنع القرار في البنك المركزي العراقي خلال أداء واجباته في البنك أو التدخل في أنشطة البنك المركزي العراقي".

ولعل دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ أكمل مسيرة المصطلحات الجديدة، إذ ورد النص على الهيئات المستقلة ضمن الفصل الرابع من الباب الثالث المتعلق بالسلطات الإتحادية وهي على أنواع متعددة، أشار الدستور الى جملة منها، وترك الباب مفتوحاً لتشكيل هيئات مستقلة أخرى، وأهم الهيئات المستقلة التي نص عليها الدستور تتمثل في (المفوضية العليا لحقوق الإنسان - المفوضية العليا المستقلة للإنتخابات - هيئة النزاهة - البنك المركزي العراقي - ديوان الرقابة المالية - هيئة الإعلام والاتصالات - دواوين الأوقاف - مؤسسة الشهداء - الهيئة العامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم - الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الإتحادية - مجلس الخدمة العامة الإتحادي)

وقد تم تشكيل أغلب هذه الهيئات ما عدا الثلاث الأخيرة منها، وقد كان ذلك لأسباب سياسية على الأغلب مثل عدم حصول التوافق على المرشحين من قبل أعضاء مجلس النواب مثلاً فيما يتعلق بمجلس الخدمة الإتحادية، أو بسبب الخلاف ما بين الحكومة ومجلس النواب أو بين الحكومة وبعض المكونات العرقية كما في شأن هيئة مراقبة تخصيص الواردات المحلية.

١- المادة (٦٩) من الدستور العراقي لسنة ١٩٦٨ الملغى.

٢- المادة (٨٥ و ٨٧) من الدستور نفسه.

٣- المادة (٦١) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ الملغى.

٤- المادة (٤٩ - ٤٨) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٥- المادة (٥٠) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

وقد جاءت المعالجة الدستورية لتلك الهيئات متخبطة شأنها في ذلك شأن العديد من مواضع وموضوعات الدستور الحالي، إذ أورد الدستور العراقي مصطلحات دالة على مفاهيم متقاربة مثل (الرقابة - المسؤولية)، إذ جعل بعضها تخضع لرقابة مجلس النواب مثل المفوضية العليا لحقوق الإنسان والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وهيئة النزاهة، وبعضها مسؤولاً أمامه مثل البنك المركزي، ولم يبين الدستور سبب تلك التفرقة، والآثار المترتبة عليها.

وتتعدد التصنيفات التي تناولت تلك الهيئات سواء أكان ذلك من حيث إستقلاليتها، أم من حيث إستمراريتها،^(١) أم من حيث الوظيفة.^(٢) ولعلنا سنكتفي بأنواع الهيئات المستقلة من حيث استقلالها لدلالاتها الواضحة على مفهوم وطبيعة الهيئات المستقلة، إذ تقسم الهيئات المستقلة في العراق من حيث إستقلاليتها إلى هيئات مستقلة تماماً، وهي المفوضية العليا لحقوق الإنسان والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات وهيئة النزاهة حصراً،^(٣) وتخضع تلك الهيئات لرقابة مجلس النواب وتنظم أعمالها بقانون، وهيئات مستقلة مالياً وإدارياً نص الدستور على بعضها، إذ يعد كل من البنك المركزي العراقي وديوان الرقابة المالية وهيئة الإعلام والاتصالات ودواوين الأوقاف هيئات مستقلة مالياً وإدارياً وينظم القانون عمل كل منها.^(٤)

المبحث الثاني

ماهية الإستقلال والتبعية

للبحث في مدى الإستقلال الذي يلحق بالهيئات التي أشار لها دستور ٢٠٠٥ لابد لنا من البحث في ماهية الإستقلال وعناصره أولاً، للتحقق من مدى توافرها بالنسبة لتلك الهيئات، على أن نبحت في مرحلة ثانية في مدى التبعية التي تخضع لها تلك الهيئات سواء في ذلك لمجلس النواب أم لمجلس الوزراء وأثر ذلك على صفة الإستقلالية، وذلك كما سيأتي بيانه:

المطلب الأول - إستقلال الهيئات المستقلة

ويتفرع الإستقلال الكامل أو الشامل إلى ثلاثة أقسام هي الإستقلال الإداري الإستقلال العضوي والإستقلال المالي، ويشتمل كل قسم من هذه الأقسام على عدة عناصر هي بمثابة المعايير التي يشير

^١ - تقسم الهيئات المستقلة بالعراق من حيث إستمراريتها إلى هيئات مستقلة دائمية ينص الدستور والقانون على تأسيسها للقيام بوظائف معينة بصورة مستمرة، مثل هيئة النزاهة والمفوضية المستقلة للانتخابات وديوان الرقابة المالية، وهيئات مستقلة إنتقالية إذ نص القانون على تأسيسها للقيام بوظائف وقتية إقتضتها حاجة المجتمع العراقي على أن تحل بمجرد إكمال المهام التي أنيطت بها مثالها هيئة المسائلة والعدالة وهيئة حل نزاعات الملكية العقارية والمحكمة الجنائية العراقية العليا.

^٢ - تقسم الهيئات المستقلة من حيث الوظيفة الى هيئات تمارس بعضها وظيفة تنفيذية مثل دواوين الاوقاف ومؤسسة الشهداء، في حين تمارس غيرها وظيفة رقابية مثل هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية، وتمارس غيرها وظيفة قضائية مثل المحكمة الجنائية العليا وهيئة دعاوى الملكية.

^٣ - المادة (١٠٢) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

^٤ - المادة (١٠٣/أولاً) من الدستور نفسه.

توافرها كاملة إلى تمتع الجهاز أو الهيئة يتمتع بالاستقلالية الكاملة المطلوبة في مقابل الأجهزة التنفيذية التي تراقب أعمالها.

وبالمثل فإن عدم توافرها جميعاً أو عدم توافر بعضها يشير من جانب آخر إلى عدم إستقلال تلك الأجهزة، أو ضعف إستقلالها فيه. وسوف نحاول بيان كل أوجه الاستقلال تلك، وكما سيأتي بيانه: **أولاً - الاستقلال الإداري:** ويشير مفهوم الإستقلال الإداري إلى ذلك "الوضع الذي تتمكن فيه الهيئات مستقلة من القيام بما أوكل إليها من مهام بعيداً عن أي مسلك قانوني، قد تتمكن من خلاله الجهات المشمولة برقابتها، من التدخل في عملها، أو التأثير عليها بأي شكل من الأشكال، ومهما كان شكل أو حجم ذلك التدخل".^(١)

أي أن تكون الصلاحيات الإدارية كاملة بيد الهيئة المستقلة من دون تدخل غير مبرر من أية سلطة أخرى لأن اعطاء أي صلاحيات إدارية لسلطات أخرى في مواجهة الهيئة يعد إنتقاصاً من إستقلاليتها يحول الإستقلال الكامل إلى إستقلال جزئي في حقيقته ومعناه، وعلى هذا الأساس تنفرد كل هيئة من الهيئات المستقلة بتنظيم شؤونها الإدارية من دون تدخل من السلطات الأخرى.^(٢)

ويترتب على ما تقدم توفر جملة من المعايير لعل أهمها يتمثل في النص في دستور الدولة أو قانونها الأساسي على وجود تلك الهيئات وإستقلالها من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب توافر الضمانات التشريعية التي تكفل الإستقلال الوظيفي لتلك الهيئات، بحيث تقوم الأخيرة بوظيفتها بصورة مستقلة، ويظهر هذا النوع من الإستقلال في تحديد المشرع لمهام الموظفين وتصنيفهم وتحديد رواتبهم وتنسيق المصالح الإدارية والتقنية.^(٣)

كما تظهر مظاهر الإستقلال الوظيفي في مسألة الإعتماد على إمكانية الهيئات المستقلة في وضع نظامها الداخلي المتمثل بمجموعة القواعد التي من خلالها تقرر كيفية تنظيمها وسيرها من دون مشاركتها مع أية جهة أخرى وبالخصوص السلطة التنفيذية وعدم خضوع النظام الداخلي للهيئات المستقلة للمصادقة عليه من قبل أي سلطة أخرى في الدولة.^(٤) وهذا ما أكد عليه قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة ٢٠١١،^(١) إضافة إلى قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات.^(٢)

١ - يوسف أبا الخيل - ماذا عن استقلال أجهزة الرقابة المالية الأخرى؟ - www.alriyadh.com

٢ - سردار ياسين حمد أمين - إستقلال السلطة القضائية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية القانون السياسية - جامعة صلاح الدين - أربيل - ٢٠٠١ - ص ٣٣.

٣ - عز الدين عيساوي - العقد كوسيلة لضبط السوق - بحث منشور في مجلة المفكر - العدد الثالث - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر - ٢٠٠٦ - ص ٢١١.

٤ - حدري سمير - المصدر السابق - ص ٥٧.

فضلاً عن ما تقدم لأبد - لضمان الإستقلال الإداري - (٣) من إعطاء الهيئات المستقلة هامش من الحرية في الإطلاع على وثائق الجهات الخاضعة لرقابتها، ومنحها الحرية اللازمة في إعداد التقارير التي تنتج عن ممارستها لمهامها المتعددة، وفي مقدمتها وظيفتها الرقابية، أن تساير الهيئات المستقلة أحدث التطورات التي بلغتها الأجهزة الرقابية في الدول الحديثة، وذلك لجعل الهيئات المستقلة أجهزة رقابية متطورة وتنتهج أحدث الأساليب في الرقابة على أعمال الإدارة وتزويد السلطة التشريعية وباقي المؤسسات في الدولة بمعلومات مفيدة وذلك للمحافظة على المال العام ومكافحة الفساد الإداري والمالي.

هذا وقد ذهبت المحكمة الإتحادية العليا في قرار لها بشأن تحديد مفهوم كلمة الإستقلال الواردة في المادة (١٠٢) من دستور ٢٠٠٥،^(٤) إلى القول أن "المقصود بالإستقلال الوارد بالمادة (١٠٢) من الدستور هو أن منتسبي هيئة النزاهة مستقلون في أداء مهامهم المنصوص عليها في قانون الهيئة لا سلطان عليهم في أداء هذه المهام لغير القانون ولا يجوز لأي جهة التدخل أو التأثير على أداء الهيئة لمهامها، إلا أن الهيئة تخضع لرقابة مجلس النواب في أداء هذه المهام، فإذا ما حادت عنها أو خالفها فإن المجلس يملك لوحده محاسبتها ويتخذ الاجراء المناسب بذلك، أما عن ارتباط الهيئة فإن الدستور لم يحدد أية جهة ترتبط بها ومعنى ذلك إن الهيئة تدير نفسها بنفسها ووفقاً لقانونها شأنها في ذلك شأن البنك المركزي الذي يتمتع بالإستقلالية لتمكينه من أداء مهامه دون تدخل من أحد الجهات".^(٥)

١- نصت المادة (٣٦) من قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة ٢٠١١ على ان (يكون للديوان نظام داخلي يحدد هيكلية دوائر الديوان وواجباتها واختصاصاتها وينشر في الجريدة الرسمية).

٢- نصت المادة (٩/سادساً) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧ على ان (سادساً : يضع مجلس المفوضين نظاماً داخلياً خاصاً بالمفوضية).

٣- وعلى الصعيد الدولي أصدرت المنظمة الدولية للهيئات العليا الرقابية توصياتها المتعلقة بضرورة إستقلال الهيئات والتي يمكن إجمالها بالاتي :

- ١- الإستقلال القانوني والتنظيمي من الجهات التنفيذية الخاضعة لرقابتها.
- ٢- أن تتمتع الهيئات المستقلة السلطة اللازمة لتمكينها من الدفاع عن إستقلالها وصيانتها بالوسائل والطرق المناسبة.
- ٣- أن تخول الهيئات المستقلة سلطة اصدار تقارير سنوية بصورة مستقلة.
- ٤- أن يتوافر للهيئة الإستقلال الوظيفي والتنظيمي.
- ٥- ضرورة تقرير حماية تشريعية لإستقلال الهيئات بالرجوع إلى محكمة عليا عند الطعن في أي تدخل يمس إستقلالها المالي واختصاصها
- ينظر : ما جاء بتوصيات المؤتمر الدولي الاول للأجهزة العليا للرقابة المنعقد في هاتانا عام ١٩٥٣ والمنشور على الموقع الالكتروني www.iraqaa.com:

٤- تنص المادة (١٠٢) من الدستور على "تعد المفوضية العليا لحقوق الانسان والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وهيئة النزاهة، هيئات مستقلة تخضع لرقابة مجلس النواب، وتنظم اعمالها بقانون".

٥- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٢٨/ت/٢٠٠٦) في ١٠/٩/٢٠٠٦ منشور في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥-٢٠٠٦-٢٠٠٧) ص١٥.

ومن دون الخوض في مناقشة هذا القرار لا بد من القول من أنه ليس هنالك من إستقلال مطلق ما بين أي من الهيئات الثلاث في الدولة، إذ أنها جميعاً تعمل لإدارة آلة الدولة الجبارة التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة، وذلك لن يمكن تحقيقه بالفصل المطلق، ولا أدل على ذلك من فشل مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به مونتسكيو، لأن التعاون والتنسيق أمر لا مناص منه، ومن ثم بات مبدأ الفصل بين السلطات يفسر على أنه تعاون وتنسيق بين السلطات.

ثانياً - الإستقلال المالي : ويعد من أهم مظاهر الإستقلال، إذ لا يمكن الحديث عن إستقلال حقيقي من دونه، إذ يتيح هذا الإستقلال للهيئة حرية التصرف القانوني ودعم تنفيذ القرارات من دون أعاقه تفرضها طبيعة العلاقات الإدارية السائدة في الدولة، فإذا لم يكن بيد الهيئة الأموال الكافية المخصصة سلفاً فإن قدرتها على إتخاذ القرارات وتنفيذ مشاريعها ستكون محدودة ومرتبطة بموافقة سلسلة مراجع قد تؤدي في كثير من الاحيان إلى التردد في اتخاذها، فالإستقلال المالي يتيح حرية الحركة والتصرف بسرعة لسد النواقص والثغرات والتحديد الملئم للحاجات، كما أنه من أهم صور الضغط الذي تمارسه السلطة التنفيذية على الهيئات المستقلة هو الضغط المالي وعدم اعطاء الموافقات اللازمة وشحة التخصيصات المالية.^(١)

كما أن مفهوم الإستقلال المالي يشير كذلك إلى ذلك الوضع القانوني الذي تتوفر فيه للأجهزة الرقابية سلطة كاملة في (إعداد) ميزانياتها وإعتمادها مباشرة من السلطة العليا من دون أي تدخل من السلطة التنفيذية، و(تنفيذ) تلك الميزانيات بنفسها، و(مراقبة) تنفيذ تلك الميزانيات بنفسها.^(٢)

بعبارة أخرى تتمثل معايير هذا الإستقلال في الإستقلال في مجال إعداد الميزانية أولاً، والإستقلال في مجال تنفيذ بنود تلك الميزانية ثانياً، وثالثاً الإستقلال في مجال مراقبة تنفيذ الميزانية.

ويمكن القول أن الإستقلال المالي يختلف عن الإستقلال الإداري فالأول يعني توفير الضمانات المتعلقة بتقدير الاعتماد المخصص للهيئة المستقلة في الموازنة العامة بحرية من دون وجود تأثيرات عليها من أية جهة، في حين أن الإستقلال الإداري يتمثل في وجوب أن تتوفر للهيئات المستقلة الضمانات جميعها التي تكفل قيامها بوظيفتها بصورة مستقلة ومن دون أية تأثيرات، كالنص على وجود الهيئة المستقلة وإستقلالها في الدستور.^(٣)

ثالثاً - الإستقلال العضوي : فضلاً عن الإستقلال الإداري والمالي تتمتع الهيئات المستقلة بإستقلال عضوي والذي يعني خضوع الهيئات المستقلة في تشكيلها لقواعد معينة تستهدف ترسيخ إستقلالها في مواجهة السلطة

^١ - فارس حامد عبد الكريم - إستقلال السلطة القضائية وتوازن السلطات داخل الدولة - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠٩ - ص ٩٥.

^٢ - يوسف أبا الخيل - ماذا عن استقلال أجهزة الرقابة المالية الأخرى؟ - www.alriyadh.com

^٣ - طارق عبد الرسول تقي - إستقلالية القضاء ومكافحة الفساد السياسي والإداري والمالي - بحث منشور في مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات - تصدر عن هيئة النزاهة - السنة الأولى - العدد الثاني - حزيران - ٢٠١٠ - ص ١٢.

التنفيذية، وفي هذه الصورة يحتاج الجهاز التنظيمي المستقل إلى إستقلاله في مواجهة السلطات الأخرى ومنها السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، إذ لا يستبعد تعيين أعضاء الهيئات المستقلة من قبل السلطة التشريعية. لذلك يمكن بلورة فكرة الإستقلال في معايير متعددة منها كيفية تشكيل هذه الهيئات وطريقة تعيين أعضائها ومدى قدرة السلطات السياسية في الدولة على عزل أو تجديد عضوية موظفي هذه الهيئات ودراسة السبل الكفيلة في توحيد الضمانات التي تتعلق بتعيين رئيس الهيئة المستقلة وموظفيها، وترقيتهم ونقلهم وإنهاء خدماتهم وغير ذلك مما يتصل بأوضاعهم القانونية مما يوفر لهم الحياد والحرية والموضوعية في إجراء العمل الرقابي.^(١)

بعبارة أخرى يشير مفهوم الإستقلال العضوي إلى ذلك المجال الذي تتولى فيه الهيئات المستقلة شؤون الأفراد التابعين لها من تعيين وترقية ونقل وتدريب وتأديب وإنهاء خدمة. ويتمثل إستقلال الهيئات المستقلة في هذه الأمور بأن تأخذ الصفة الرسمية لها بمجرد صدور قراراتها من الرئيس الأعلى للهيئة من دون حاجة للمصادقة عليها من أية جهة أخرى.

وفي قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا جاء فيه (...إن إرتباط بعض الهيئات المستقلة بمجلس النواب لا يحول من دون إشراف مجلس الوزراء على نشاطها طبقاً للمادة (٨٠/أولاً) من الدستور أما هيئات المستقلة المرتبطة بمجلس الوزراء التي لم يحدد الدستور جهة إرتباطها وتمارس مهام تنفيذية فأن مرجعيتها لمجلس الوزراء...)^(٢).

وقد سبق للمحكمة الاتحادية أن أعطت رأياً تفسيرياً بشأن معنى الإستقلال الوارد في المادة (١٠٢) من الدستور جاء فيه "أن منتسبي هيئة النزاهة مستقلون في أداء مهامهم المنصوص عليها في القانون ولا سلطان عليهم في أداء هذه المهام لغير القانون، ولا يجوز لأي جهة التدخل أو التأثير على أداء الهيئة لمهامها. وأن الهيئة تخضع لرقابة مجلس النواب في أداء هذه المهام فإذا ما حادت عنها أو تجاوزتها فان مجلس النواب يملك لوحدده محاسبتها ويتخذ الإجراء المناسب في ذلك بها، ومعنى ذلك أن هذه الهيئة تدير نفسها بنفسها ووفقاً لقانونها شأنها شأن البنك المركزي الذي يتمتع بهذه الإستقلالية لتمكينه من أداء مهامه دون تدخل من إحدى الجهات".^(٣)

^١ - ينظر : هشام جميل كمال - الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق (دراسة مقارنة) - اطروحة دكتوراه كلية القانون - جامعة تكريت - ٢٠١٢ - ص ٢٠.

^٢ - ينظر : قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٨٨/ت/٢٠١٠) في ٢٠١١/١/١٨ منشور في مجلة أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا - ٢٠١٠ - المجلد الثالث - إصدارات جمعية القضاء العراقي - تموز ٢٠١١ - ص ٢٣.

^٣ - الرأي ذي الرقم (٢٢٨/ت/٢٠٠٦) في (٢٠٠٦/١٠/٩)

المطلب الثاني- الهيئات المستقلة والتبعية

إن دستور ٢٠٠٥ - وعلى عادته - أكثر من إيراد المصطلحات الجديدة المرنة، والتي لا يمكن وضعها ضمن ضابط محدد من حيث المفهوم، ولعل من أهم تلك المصطلحات - على قدر تعلق الأمر بهذه الدراسة - مصطلح الهيئات المستقلة.

ولم يكتف الدستور بما تقدم بل أضاف مصطلح جديد يتعارض مع طبيعة تلك الهيئات، أي الإستقلال وذلك بإيراد لفظ الإرتباط، مما يؤكد على رأينا من أن ذلك الإستقلال أمر غير ممكن، وقد جعل الدستور بعض تلك الهيئات ترتبط بمجلس الوزراء، مثل دواوين الأوقاف ومؤسسة الشهداء وجعل غيرها ترتبط بمجلس النواب، مثل ديوان الرقابة المالية وهيئة الإعلام والاتصالات، من دون معيار واضح للترقية بين هذا الإرتباط وذاك، أو سبب يبرر تلك التفرقة.

من ناحية أخرى ما هو ذلك الإرتباط وما هي الغاية منه، ولم يُعد الإرتباط بالحكومة مُخلاً ومخالفاً لفكرة الإستقلال، بينما يمكن الإرتباط بمجلس النواب من دون خلل أو إختلال، في حين أن السلطتين تخضعان لمبدأ واحد هو الفصل بين السلطات، وتعملان معاً لتحقيق المصلحة العامة.

ومن ناحية ثالثة فقد وزع دستور العراق النافذ تلك الهيئات على أساس الرقابة عليها أو إرتباطها أو مسؤوليتها، من دون التطرق الى كل من الهيئة العامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية، ومجلس الخدمة الإتحادي، وكأني بالمشرع لم يستطع تجاوز الخلافات التي رافقت إعداد الدستور وحسم أمر تلك الهيئات فترك الموضوع مطلقاً، مما أدى الى إحالة واقعية الى لجنة التعديلات الدستورية، أو الى المشرع نفسه حين وضع القوانين المتعلقة بتلك الهيئات.

وعلى الرغم مما أسلفناه من مفاهيم ومعايير الإستقلال المختلفة، الا أن ذلك لا يعدو - بإعتقادنا - الإطار النظري في التمييز، خاصة مع صدور قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم (٨٨) في ١٨/١/٢٠١١، والذي فسرت فيه مفهوم الإستقلال بطريقة جعلتنا نتساءل عن الفرق ما بين تلك الهيئات المستقلة والجهات غير المرتبطة بوزارة التي إعتاد عليها العمل الاداري في العراق.

فقد أسلفنا اننا لم نجد الدساتير العراقية القديمة لفظ أو تعبير الهيئات المستقلة، أو حتى الجهات غير مرتبطة بوزارة، الا أن ذلك لا ينفي وجود الهيئات المستقلة واقعاً وإن إختلفت التسميات، منها ما يتعلق بديوان الرقابة المالية وهيئات متعددة نصت عليها الدساتير العراقية المتعاقبة، ومنها دساتير سنة ١٩٢٥ و ١٩٦٨ و ١٩٧٠.^(١) وقد تشكلت بالفعل العديد من الهيئات في تلك الدساتير وكانت تسمى (الجهات غير المرتبطة بوزارة) كالبنك المركزي وأمانة بغداد.

^١ - القاضي وائل عبد اللطيف الفضل - دساتير الدولة العراقية للفترة من عام ١٩٢٥ لغاية ٢٠٠٤ - ص ١٤٥.

وبعد صدور دستور ٢٠٠٥ لاحظنا أنه أورد مصطلح الجهات غير المرتبطة بوزارة في المادة (٨٠/أولاً) منه، إذ يمارس مجلس الوزراء صلاحيات عديدة منها تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة. ولعل تلك كانت الإشارة الوحيدة لتلك الجهات. إلا أنه أورد مصطلحاً جديداً أفرد له فصل كامل ونقصد به الهيئات المستقلة، ولا ريب في أن هذا الفصل جاء غامضاً ومشتتاً، وفيه تداخل وتعارض.

ومن ثم فإن تلك الهيئات لا تعدو عن أن تكون الشكل الحديث للجهات غير المرتبطة بوزارة مع شيء من الإستقلال أكثر مرونة من الأخيرة، فإختلاف تلك الهيئات عن الجهات غير المرتبطة بوزارة لا يعدو أن يكون إختلاف في المسميات وحسب، فهو إختلاف شكلي لا أكثر. وإخضاع بعض تلك الهيئات لرقابة مجلس النواب هي مسألة محسومة باعتقادنا لأنه يدخل ضمن إختصاصات المجلس في الرقابة على أداء السلطة التنفيذية. إذ تنص المادة (٦١/ثامناً - هـ) "مجلس النواب حق إستجواب مسؤولي الهيئات المستقلة وفقاً للإجراءات المتعلقة بالوزراء وله إعفاؤهم بالأغلبية المطلقة".

وللدلالة على ذلك نورد ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المذكور أعلاه بإرتباط الهيئات المستقلة التي لم يحدد الدستور جهة إرتباطها بمجلس الوزراء وخضوعها لأشراف مجلس الوزراء على نشاطاتها وتولي مجلس الوزراء رسم السياسة العامة لها من دون التدخل في قراراتها وإجراءاتها وشؤونها المهنية، وقد إستندت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها على عدم وجود نص في الدستور يقضي بأرتباط تلك الهيئات بمجلس النواب وغلبة الصفة التنفيذية على أعمالها ونشاطها تطبيقاً لأحكام المادة (٨٠/أولاً) من الدستور.^(١)، وبالتالي فإن الإشراف على هذه الجهات يكون من إختصاص مجلس الوزراء حكماً.

إذاً هذا القرار يعد الهيئات المستقلة إحدى الجهات غير المرتبطة بوزارة وبالتالي شمولها بنص المادة (٨٠/أولاً) من الدستور، وحيث إنها مستقلة فأنها لا ترتبط بوزارة فتكون هذه الهيئات من الجهات التي لا ترتبط بوزارة وبالتالي فهو إختلاف في المسميات لكن المشرع الدستوري أراد اعطاء مكانة متميزة للهيئات المستقلة بأن أفرد لها الفصل الثالث من الباب الرابع من الدستور، وإخضاع بعض تلك الهيئات لرقابة مجلس النواب هي مسألة محسومة باعتقادنا لأنه يدخل ضمن إختصاصات المجلس في الرقابة على أداء السلطة التنفيذية.^(٢)

^١- التي نصت على ان يمارس مجلس الوزراء تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والاشرف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.وينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٨/اتحادية/٢٠١٠ في ١٨/١/٢٠١١-منشور في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠-المجلد الثالث-تموز-٢٠١١-ص٢٣.

^٢- ينظر المادة (٦١/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

ونلاحظ أن الأحكام السارية على الوزارات هي ذات الأحكام المطبقة على الجهات غير المرتبطة بوزارة والهيئات المستقلة، منها خضوعها لرقابة مجلس النواب عن طريق السؤال فلكل "عضو في مجلس النواب ان يوجه إلى اعضاء مجلس الرئاسة أو رئيس مجلس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أو رؤساء الهيئات المستقلة ورؤساء الدوائر غير المرتبطة بوزارة أو غيرهم من اعضاء الحكومة أسئلة خطية....".^(١)

خاصة اذا ما علمنا أن هنالك العديد من الهيئات المستقلة التي تدخل ضمن التقسيم الثلاثي للسلطة لينفي بذلك أساس الإستقلال الذي أراده في الهيئات المستقلة، وليؤكد على أن مسألة الإختلاف شكلية بحتة ولا تتجاوز المصطلحات، إذ تدخل بعض الهيئات المستقلة ضمن السلطة القضائية على الرغم من أن الدستور والقانون يؤكدان على إستقلاليتها، أي جاء منحها الإستقلال كجزء متمم لممارستها لوظائفها التي تقتض إستقلال القضاء وعدم خضوعه لأية سلطة، مثال ذلك مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الإتحادية العليا والإدعاء العام وهيئة الإشراف القضائي ومحكمة التمييز الإتحادية.^(٢)

من جهة أخرى كان للسلطة التشريعية نصيبها من الهيئات المستقلة، مثل ديوان الرقابة المالية وهيئة الإعلام والاتصالات،^(٣) والتي مُنحت الإستقلالية لضمان النجاح في عملها. ولعل حصة السلطة التنفيذية من هذه الهيئات ستكون أكبر بطبيعة الحال، إذ تشمل كل من أمانة بغداد ودوائن الأوقاف وهيئة العليا للحج والعمرة وجهاز المخابرات الوطني ومؤسسة الشهداء، وجميع هذه الهيئات يندرج عملها ضمن أعمال السلطة التنفيذية وجميعها مرتبطة بمجلس الوزراء وأعطيت هذه الإستقلالية في سبيل النهوض بالمهام التي أُنيطت بها.^(٤)

ولعل من المفيد إضافة ما يراه البعض من أن مفهوم الإستقلال المالي والإداري للأجهزة والهيئات قد أسيء فهمه وإنقلبت موازينه ليتحول الى مرتع خصب للإعتداء على المال العام وممارسة الفساد، إذ أخذت الإستقلالية تنحو منحى خطراً أدى الى منزلقات كثيرة في الإحتيال والنصب لنهب المال العام ومخالفة كل التشريعات التي وسعت دائرة الإستقلالية لهذه المؤسسة أو تلك بهدف البناء المؤسسي للدولة الحديثة، لكن ما حدث هو العكس تماماً في ظل إستشراء الفساد وغياب الرقابة الفاعلة وتطبيق مبدأ الثواب والعقاب وهذا هو الخطر بشحمه ولحم.^(٥)

^١ - ينظر المادة (٥٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠٣٢ في ٢٠٠٧/٢/٥.

^٢ - ينظر المادة (٨٩) من الدستور نفسه.

^٣ - ينظر المادة (١٠٣/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

^٤ - حميد طارش الساعدي - الاطر الدستورية والقانونية للهيئات المستقلة - من منشورات الانترنت - www.albabaa.com.

^٥ - احمد العززي - البناء المؤسسي ومخاطر الاستقلال المالي والاداري - من منشورات الانترنت -

الخاتمة

تُعد الهيئات المستقلة جزء من الهيكل الإداري للدولة، وتعمل لضمان مبدأ المشروعية، أي لضمان خضوع الإدارة للقانون، وبما يؤمن للأفراد إقتضاء حقوقهم المشروعة تجاه التصرفات الباطلة التي تجريها الهيئات الإدارية. وتتوسع الإعتبارات التي دفعت الدول الى إستحداث تلك الهيئات الى إعتبارات سياسية وإدارية وقانونية.

وقد إختلف الفقه بشأن طبيعة تلك الهيئات القانونية على خلاف في الأساسيد التي ذكروها الى رأيين، يرى أولهما أنها تعد سلطة رابعة الى جانب السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، في حين يعتقد أصحاب الرأي الآخر الى أنها ليست كذلك، وإنما هي جهاز إداري يحتاج بسبب طبيعة أعماله أن يتمتع بمزيد من الإستقلال الإداري إزاء الأجهزة الحكومية التقليدية.

وقد أيدنا الرأي الثاني ذلك أن المشرع الدستوري العراقي وعلى الرغم من أنه حدد الهيئات الإتحادية في الفصل الرابع، ضمن الباب الثالث، الا أن ذلك لا يعني برأينا انه أراد لهذه الهيئات أن تكون سلطة رابعة، إذ أنه عاد وحدد في المادة (٤٧) منه تلك السلطات الإتحادية من دون أن يذكر الهيئات المستقلة، ولو أراد لها المشرع ان تكون واحدة من تلك السلطات لنص على ذلك صراحة.

وأكدنا أن سبب هذا التداخل عدم إستقرار المشرع الدستوري على رأي بشأن تلك الهيئات، ليس من حيث طبيعتها فهي هيئات إدارية بإمتياز، لكن من حيث الموضع الملئ لإيرادها في الدستور، إذ أنه لا يمكن إدراجها في أي من أبواب الدستور الأخرى، فكان أقربها الى طبيعة تلك الهيئات أن ترد ضمن هذا الباب من الدستور.

فضلا عما تقدم فان دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ جاء مليئاً بالأخطاء الصياغية والتنظيمية، وطغى عليه إنعدام الفكرة القانونية، ومن ثم فقد جاء تنظيم الهيئات المستقلة في الدستور أكثر من مشتت. إذ أورد الدستور العراقي مصطلحات دالة على مفاهيم متقاربة مثل (الرقابة والمسؤولية)، وجعل بعضها تخضع لرقابة مجلس النواب وبعضها مسؤولاً أمامه، ولم يبين الدستور سبب تلك التفرقة، والآثار المترتبة عليها، بل وقد أضاف الدستور مصطلح جديد يتعارض مع طبيعة تلك الهيئات، أي الإستقلال وذلك بإيراد لفظ الإرتباط، وجعل الدستور بعض تلك الهيئات ترتبط بمجلس الوزراء وجعل غيرها ترتبط بمجلس النواب، من دون معيار واضح للتفرقة بين هذا الإرتباط وذاك، أو سبب يبرر تلك التفرقة.

مما جعلنا نتساءل عن ماهية ذلك الإرتباط والغاية منه، ولم يُعد الإرتباط بالحكومة مخالفاً لفكرة الإستقلال، بينما لا يعد الإرتباط بمجلس النواب كذلك في حين أن السلطتين تخضعان لمبدأ واحد هو الفصل بين السلطات. وإذا كان الدافع القائم وراء تلك الهيئات هي تسهيل ممارسة مؤسسات الدولة لوظائفها، فما السبب في تشتت الدستور العراقي وإدراجه لمصطلحات ومسميات متعددة؟ هل كان السبب إنشاء هيئات

تكون وظيفتها الأساس إحتواء التنوع العراقي، وضرورة المشاركة في إتخاذ القرار وفقاً لمبدأي المحاصصة والتوازن اللذين ما زالوا يخنران في جسد الدولة العراقية؟

وأخيراً فأننا نعتقد أن تلك الهيئات لا تعدو أن تكون الشكل الحديث للجهات غير المرتبطة بوزارة مع شئ من الإستقلال أكثر مرونة من الأخيرة، فإختلاف تلك الهيئات عن الجهات غير المرتبطة بوزارة لا يعدو أن يكون إختلاف في المسميات وحسب، فهو إختلاف شكلي لا أكثر. وإخضاع بعض تلك الهيئات لرقابة مجلس النواب هي مسألة محسومة بإعتقادنا لأنه يدخل ضمن إختصاصات المجلس في الرقابة على إداء السلطة التنفيذية. وما الخلاف بشأن تلك الهيئات الا خلاف سياسي، تبناه ساستنا لأغراض سياسية بحتة، كما هو شأن أغلب القضايا القانونية التي يحاولون إدخالها في صراعات سياسية، نتمنى أن تجد طريقها للزوال يوماً حينما ترفع السياسة وصايتها عن القانون لتحقيق دولة القانون بالفعل.

المراجع

أولاً - المراجع الفقهية:

١. جورج فوديل بيار دلفولقيه - القانون الإداري - ج٢ - ترجمة منصور القاضي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ٢٠٠٨.
٢. حبيب الهرمزي - الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٧٧.
٣. حدري سمير - السلطات الإدارية المستقلة واشكالية الإستقلال - بحث منشور في مجلة اطار الملتقى الوطني بسكرة - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية - الجزائر - العدد ٤ - ٢٠٠٧.
٤. سردار ياسين حمد أمين - إستقلال السلطة القضائية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية القانون السياسية - جامعة صلاح الدين - اربيل - ٢٠٠١.
٥. د.سعد العلوش - المرافق العامة - بغداد - ١٩٧٤.
٦. سعد عدنان عبد الكريم الهنداوي - رقابة الهيئات المستقلة لضمان حقوق الافراد (دراسة مقارنة) في نظام الامبودسمان والنظم المشابهة - اطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٩.
٧. د.صلاح الدين الناهي - الرقابة المالية العليا وديوان الرقابة المالية في العراق بين ماضيه ومستقبله - دار الحرية للطباعة والنشر - بغداد - ١٩٧٩.
٨. عبدالستار حمد انجاد الجميلي - رقابة الهيئات المستقلة على تنفيذ الموازنة العامة للدولة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة النهرين - ٢٠٠٤.
٩. د.عبد السلام بدوي - الرقابة على المؤسسات العامة - مكتبة الانجلو المصرية - القاهرة.

١٠. د. عبد الكريم صادق بركات - د. حامد عبد المجيد دراز - علم المالية العامة - مؤسسة شباب الجامعة - القاهرة - بلا سنة طبع.
١١. د. عبد اللطيف قطيش - الموازنة العامة للدولة (دراسة مقارنة) - ط ١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٥.
١٢. عز الدين عيساوي - العقد كوسيلة لضبط السوق - بحث منشور في مجلة المفكر - العدد الثالث - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر - ٢٠٠٦.
١٣. د. عوف محمد الكفراوي - الرقابة المالية بين النظرية والتطبيق - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - ١٩٨٩.
١٤. فارس حامد عبد الكريم - إستقلال السلطة القضائية وتوازن السلطات داخل الدولة - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠٩.
١٥. د. فهمي محمود شكري - الرقابة المالية العليا (مفهوم عام وتنظيمات أجهزتها في الدول العربية وعدد من الدول الأجنبية) - دار المجدلاوي للنشر والتوزيع - عمان - الاردن - بلا سنة طبع.
١٦. طارق عبد الرسول تقي - إستقلالية القضاء ومكافحة الفساد السياسي والإداري والمالي - بحث منشور في مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات - تصدر عن هيئة النزاهة - السنة الاولى - العدد الثاني - حزيران - ٢٠١٠.
١٧. مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥-٢٠٠٦-٢٠٠٧).
١٨. مجلة أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا - ٢٠١٠ - المجلد الثالث - إصدارات جمعية القضاء العراقي - تموز ٢٠١١.
١٩. مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠ - المجلد الثالث - تموز - ٢٠١١.
٢٠. هشام جميل كمال - الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق (دراسة مقارنة) - اطروحة دكتوراه كلية القانون - جامعة تكريت - ٢٠١٢.
٢١. القاضي وائل عبد اللطيف الفضل - دساتير الدولة العراقية للفترة من عام ١٩٢٥ لغاية ٢٠٠٤.
- ثانياً - التشريعات:

١. الدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ الملغى.
٢. الدستور العراقي رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٤ الملغى.
٣. الدستور العراقي لسنة ١٩٦٨ الملغى.
٤. الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ الملغى.
٥. قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٦. دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.
 ٧. النظام الداخلي لمجلس النواب منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠٣٢ في ٥/٢/٢٠٠٧.
 ٨. قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧
 ٩. قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة ٢٠١١
- ثالثاً - منشورات الإنترنت:
١. احمد العززي - البناء المؤسسي ومخاطر الاستقلال المالي والاداري - من منشورات الانترنت -
www.26sep.net/newsweekarticle
 ٢. توصيات المؤتمر الدولي الاول للأجهزة العليا للرقابة المنعقد في هاتانا عام ١٩٥٣ والمنشور على
الموقع الالكتروني: www.iraqaa.com.
 ٣. حميد طارش الساعدي - الاطر الدستورية والقانونية للهيئات المستقلة - من منشورات الانترنت -
www.albabaa.com
 ٤. أ.د. زهير الحسني - استقلال البنك المركزي العراقي والرقابة على النقد-
www.alhalnews.com
 ٥. يوسف أبا الخيل - ماذا عن استقلال أجهزة الرقابة المالية الأخرى؟ - www.alriyadh.com

الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية

أ.م.د. يحيى ياسين - أ.م.د. خالد سلمان جواد

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

أولاً : موضوع البحث.

من المعلوم أن مسألة تلوث البيئة والضرر الناجم عنها، أصبحت من أهم القضايا على مستوى القانونيين الداخلي والدولي، وان هناك تعاوناً بين المجتمعين الداخلي والدولي للحد من الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة الإنسانية بكل عناصرها من ماء وهواء وتربة وغذاء. ولا يقتصر حماية البيئة من التلوث على جانبها الوقائي أو العلاجي لتلك الظاهرة، بل يجب أن يمتد إلى معاقبة الفاعل وجبر ضرر المضرور وفقاً لقواعد المسؤولية القانونية.

وإذا كان القانون الداخلي يختص في مُساءلة محدث التلوث وتعويض المضرور من جراء هذا الفعل وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية والجزائية لكل دولة، إلا أن التلوث في بعض صورته يمكن أن ينتقل من إقليم الدولة المتسببة في التلوث عابراً حدودها إلى حدود غيرها من الدول أو حتى خارج حدود الولاية الإقليمية لأية دولة، وهنا لا بد من مُساءلة محدث الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية.

ثانياً : أهمية البحث.

تظهر أهمية البحث في أن الدولة تعتبر مسؤولة دولياً عن الأضرار التي تحدثها أنشطتها المختلفة في بيئات الدول الأخرى، أو في مناطق ما بات يعرف بالتراث المشترك للإنسانية وإنها مسؤولة عن تعويض هذه الأضرار لاسيما في ظل التعاون الدولي من أجل تطوير قواعد المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق بالبيئة.

ثالثاً : مشكلة البحث.

بناء على ماتقدم وأملا في إضافة لبنة أخرى في صرح القانون الدولي الإنساني خاصة في الفقه العربي الذي كاد يخلو من عمل أكاديمي خاص به. سوف نحاول الإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي.. إلى أي مدى أغرقت في الفعالية أو في التواضع في مدى اتساق قواعد المسؤولية الدولية التقليدية مع الطبيعة الخاصة للضرر البيئي ؟

ويندرج تحت هذا التساؤل مجموعة من الأسئلة الفرعية..

*في ظل حالات يصعب فيها تحديد العلاقة بين التصرف المخالف والضرر الناشئ عنه.
*ما هي أوجه القصور التي اعترت قواعد المسؤولية الدولية التقليدية في مواجهة الإضرار والأخطار البيئية.

*صعوبة تقدير التعويض الناشئ عن الضرر البيئي في كثير من الأحيان حيث لاتظهر أثاره السلبية إلا بعد مرور فترة طويلة.

*وجود حالات معينة من التلوث يصعب تحديد نوعها ومصدرها.

*يصعب تحديد الفاعل المسبب في التلوث الأمر الذي يستدعي الى القول إن القواعد التقليدية للمسؤولية الدولية غير ملائمة لتطبيقها في ميدان الضرر البيئي.

رابعاً : الهدف من الدراسة

تهدف الدراسة أثبات عجز قواعد المسؤولية الدواية في مجال الضرر البيئي والحاجة الماسة لتطويرها بشكل ينسجم مع التطورات الدولية الحديثة. ان القواعد القانونية الخاصة بالضرر البيئي - كما هو معلوم - تواجه أزمة في مدى الزاميت أحكامها من حيث التطبيق على ارض الواقع. لقد حرصنا من خلال هذه الدراسة ان اعمل على زيادة اهتمام المجتمع الدولي بهذا الموضوع ووجوب تطبيقها بالشكل الصحيح نظراً لما لهل من أهمية قانونية وإنسانية.

خامساً: منهج البحث

رأينا أن أفضل سبيل يمكن أتباعه في دراسة الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثارها في قيام المسؤولية الدولية - هو ان نتخير أسلوباً تحليلياً تأصيلياً للبحث ويرجع اختيار هذا المنهج الى ما تكشف للباحث من ضرورة الاستناد الى التحليل تارة والى التأصيل تارة أخرى. فبالتحليل نعد الى دراسة أحكام قواعد المسؤولية الدولية في مجال قيام الضرر البيئي وما يتصل بها من اتفاقيات دولية وبالتأصيل نسعى الى رد مكونات هذه القواعد الى أصولها.

سادساً : هيكلية البحث.

سنقوم بدراسة هذا الموضوع من خلال ثلاثة محاور رئيسية، ففي الأول نحاول وباختصار شديد استعراض شروط وقواعد المسؤولية الدولية التقليدية وكذلك استعراض ما يتميز به الضرر البيئي من خصائص، ليتسنى لنا معرفة مدى ملائمة قواعد المسؤولية الدولية التقليدية لتلك الخصائص. وفي المحور الثاني نتناول المفاهيم الجديدة لتطوير نظام المسؤولية الدولية بما يتلائم والطبيعة الخاصة للضرر البيئي من خلال استعراض أعمال لجنة القانون الدولي وأراء العديد من الفقهاء بهذا الاتجاه، وكذلك ما تضمنته الاتفاقيات الدولية من قواعد وأحكام بشأن المسؤولية الدولية، وأخيراً نتناول أهمية الامتثال للالتزامات المتعلقة

بحماية البيئة وجهود المجتمع الدولي في اعتماد وسائل حديثة لضمان ذلك الامتثال، على أننا سوف نختم بحثنا بأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المطلب الأول

التعريف بقواعد المسؤولية الدولية ومدى ملائمتها للطبيعة الخاصة للضرر البيئي

يرى الكثير في الوقت الحاضر أن قواعد المسؤولية الدولية التقليدية القائمة على فكرة الخطأ قد لا تستجيب والطبيعة الخاصة للضرر البيئي، مما يستتبع أن تشكل تلك القواعد عقبة في سبيل حصول من تصيبهم هذه الأضرار عن التعويض العادل، وللوقوف على وجهة النظر تلك، لابد من التطرق إلى قواعد المسؤولية الدولية التقليدية من جهة، والطبيعة الخاصة للضرر البيئي من جهة أخرى، ليتسنى لنا معرفة مدى ملائمة تلك القواعد مع الطبيعة الخاصة للضرر البيئي، وهذا ما سوف نتناوله في فرعين.

الفرع الأول - قواعد المسؤولية الدولية التقليدية

من المبادئ العامة في القانون الدولي العام، مبدأ المسؤولية الدولية والتي تعني بوجه عام، على أنها ذلك النظام القانوني الدولي الذي تلتزم بمقتضاه الدولة التي تأتي عملاً غير مشروع وفقاً لقواعد القانون الدولي بتعويض الدولة التي لحقها ضرر من جراء هذا العمل.^(١)

وهكذا فإن المسؤولية الدولية التقليدية تستند إلى نفس القاعدة القانونية التي تستند إليها المسؤولية في القانون الخاص، وموادها أن كل فعل غير مشروع يتسبب عنه ضرر للغير يوجب التزام فاعله بإصلاح هذا الضرر. ومن هنا فإن شروط المسؤولية الدولية هي كالآتي :

أولاً : أن يكون هناك ضرر قد لحق بدولة ما أو أية شخص آخر من أشخاص القانون الدولي ويشترط في هذا الضرر أن يكون جدياً، أي أن يكون هناك إخلال فعلي بحق من حقوق الطرف الذي يشكو الضرر، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادي كالاغتداء على حدود الدولة مثلاً أو ضرر معنوي كأهانة احد ممثلي الدولة أو عملها بها يخل بواجب الاحترام.

ثانياً : أن يكون الضرر نتيجة فعل غير مشروع من جانب الطرف المشكو منه، أي يكون نتيجة إخلال باحترام الواجبات القانونية، وقد يكون هذا الإخلال نتيجة القيام بعمل أي بفعل ايجابي وقد يكون نتيجة الامتناع عن عمل أي بفعل سلبي.

ثالثاً : أن يكون هناك خطأ من جانب الطرف المشكو منه، سواء كان هذا الخطأ متعمداً أو كان نتيجة إهمال، أما إذا انتفى الخطأ، كأن يكون الضرر نتيجة قوة قاهرة أو ظرف طارئ أو نتيجة خطأ من الطرف الذي أصابه الضرر، انتفت معه المسؤولية الدولية.^(٢)

على أن الخطأ يجب أن ينسب إلى الدولة، والخطأ الذي ينسب إلى الدولة هو في الحق والواقع نتيجة نشاط وتصرفات تصدر عن الأفراد الذين يكونون شعبها، غير أن قواعد القانون تتلقى هذه التصرفات

وتسندها إلى الدولة إذ ما توافرت فيها شروط وأوضاع خاصة، بحيث تصبح عندئذ منسوبة إلى الدولة مباشرة لا إلى الأفراد الذين صدرت عنهم هذه التصرفات، على أن هؤلاء الأفراد الذين يصدر عنهم ذلك التصرف قد يكونوا جزء من هيئات وسلطات داخل الدولة، سواء كانوا جزء من السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، وأحياناً بوصفهم أشخاص عاديين.^(٣)

وتجدر الإشارة في هذا المجال الى التنبية بأن النظرية التقليدية للمسؤولية الدولية تُصّر على أن الدولة وحدها هي التي تستطيع تحمل مسؤولية دولية مباشرة أو غير مباشرة، فمن يتسبب في عمل يلحق ضرر بأجنبي، لا تشمله أية مطالبة بالتعويض بصفته هذه وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية، ذلك لان الدولة وحدها هي التي تتحمل واجب أو مسؤولية التعويض عن ذلك الضرر، والاسم الفني لهذه الفكرة هي (الإسناد) أي إسناد أي عمل يقوم به شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى الدولة وهذه الفكرة هي الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الكاملة للدولة بموجب القانون الدولي.

أما النتيجة الرئيسية لقيام المسؤولية قبل الدولة هي التزامها بإصلاح الضرر الذي أحدثته أو تسببت بحدوثه، فضلاً عما تقوم به من ترضية معنوية للطرف الذي يشكو من هذا الضرر، كالاعتذار بالطريق الدبلوماسي أو التصريح بعدم إقرار الفعل المشكو منه في حالة صدوره من احد موظفيها أو فصل هذا الموظف ومحاكمته إلى غير ذلك من وسائل الترضية الأدبية، كل ذلك في حالة أن يكون الضرر معنوي، أما إصلاح الضرر المادي فقد يكون أما بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر أن تيسر ذلك، وإما بدفع تعويض ملائم.

ويتبع عادة في تقدير هذا التعويض، أن لم يوجد اتفاق خاص بشأنه للقواعد العامة للالتزامات، على انه إذا لم تتوصل الدولتان صاحبتا الشأن إلى الاتفاق على وجوب التعويض أو على قدره، تعين عليهما عرض الأمر على التحكيم أو على القضاء الدولي ليفصل في النزاع.^(٤)

الفرع الثاني - الطبيعة الخاصة للضرر البيئي

تعرف البيئة على أنها، الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان والكائنات الحية الأخرى ويمارس فيها نشاطاته المختلفة الإنتاجية والاجتماعية، أو أنها المحيط الذي تعيش فيه الكائنات الحية (الإنسان والحيوان والنبات) ويتكون هذا المحيط من (الماء والهواء والتربة).^(٥)

وإذا كان المحيط الذي تتكون منه البيئة تشمل عناصر الماء والهواء والتربة، إلا أن الضرر الذي يصيب احد هذه العناصر قد يؤثر بشكل أو بآخر بالعناصر الأخرى، مما يدفعنا إلى القول أن البيئة من الناحية الجغرافية والطبيعية هي وحدة واحدة لا تتجزأ والعناصر التي تتكون منها ترتبط مع بعضها البعض الآخر وتتفاعل فيما بينها ولا يمكن فصل احد هذه العناصر عن العناصر الأخرى، فتلوث الهواء يؤدي بفعل

الإمطار والرياح إلى تلوث البحار والمحيطات والبحريات، وعندما تتلامس التيارات الهوائية بسطح المحيط الملوث يؤدي إلى تلوث الهواء وتصب الأنهار الملوثة في البحار فتؤدي إلى تلوثها.

وما يقال عن الهواء يقال عن تلوث التربة بالمبيدات الحشرية ومبيدات الآفات الزراعية فتلوث التربة يؤدي إلى تلوث المنتجات الزراعية المطروحة في السوق للمستهلك والتي تنتقل إلى الإنسان عند تناول هذه المنتجات في طعامه، كما ينتقل جزء من تلك الملوثات إلى الأنهار ومصادر المياه مع عمليات الصرف.^(٦) أن هذا التداخل بين العناصر المكونة للمحيط البيئي ومدى تأثير كل عنصر من العناصر بالآخر يشكل احد مظاهر الطبيعة الخاصة للضرر البيئي.

وتأتي الطبيعة الخاصة للضرر البيئي أيضاً في أن الآثار الضارة بالبيئة صعبة التحديد وغير مؤكدة وهي تحدث ببطء مما لا يساعد كثيراً على التنبيه لأخطارها بسرعة بحيث يصبح من الصعوبة إثبات العلاقة السببية بين التصرف والإضرار الناتجة عن هذا التصرف، كما انه في معظم الأحيان ضرر غير مرئي، أي لا يمكن رؤيته في العين المجردة، فمثلاً أدى انفجار مفاعل تشيرنوبيل في نيسان ١٩٨٦ إلى وفاة ٢٩ شخصاً خلال أسابيع، لكن تبين بعد سنوات عدة أن هذا الانفجار أدى إلى إصابة مئات آلاف الأشخاص بالسرطان.^(٧)

كما أن الأضرار التي تلحق بالبيئة لا تعرف حدود جغرافية أو سياسية، مما يترك صعوبة في تحديد مصدر الضرر وحجمه ومبلغ التعويض الواجب دفعه، لاسيما في حالات ينسب فيها الضرر إلى أسباب وأطراف عدة، ولتوضيح ذلك نفترض أن عدة مصانع في دول ترمي ملوثاتها في نهر دولي يمر بإقليم أكثر من دولة، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث أضرار جسيمة للأراضي الزراعية الواقعة على النهر وترتب على ذلك انخفاض معدلات الإنتاج لهذه الأراضي، فكيف يمكن تحديد نصيب كل مصنع من تلك المصانع في المسؤولية عن الأضرار؟^(٨)

وما يميز الأضرار البيئية، أنها أضرار ناتجة عن خطأ غير مباشر في معظم الأحوال، فانبعاث الملوثات في الهواء والماء يصيب أولاً جودة الهواء أو الماء باعتبارها عنصرين من عناصر البيئة ثم ينعكس هذا الضرر وقد لا ينعكس على الإنسان والحيوان أو النباتات أو الكائنات الحية الأخرى، ومن المعروف أن التعامل الدولي جرى على أن الدولة لا تسأل إلا عن الأضرار الناتجة عن الخطأ المباشر، أما الأضرار غير المباشرة فلا يشملها التزامها بالتعويض، حيث يرجع هذا المبدأ إلى قرار محكمة التحكيم البريطانية - الأمريكية في قضية (الأباما) بتاريخ ١٩/٦/١٨٧٢، التي انتهت فيها المحكمة إلى إلزام الحكومة البريطانية بتعويض الضرر المباشر المترتب على سماحها للثوار الجنوبيين خلال الحرب الأهلية الأمريكية ببناء وتسليح بعض السفن الحربية في موانئها ومنها السفينة (الأباما) والمتمثل في ثمن السفن التي أغرقتها سفن الجنوبيين التي بنيت في موانئ انكلترا، وإمام محكمة التحكيم في جنيف التي كان قد أحيل إليها النزاع بموجب

معاهدة واشنطن المعقودة في ٨/٥/١٩٧١، تقدمت الولايات المتحدة الأمريكية بنوعين من المطالبات : اولها يتعلق بالإضرار المباشرة، وهذه لم تثر صعوبات بسبب الخسائر الفردية التي تسببت بها هذه السفن بصورة مباشرة، وثانيها يتعلق بالإضرار غير المباشرة، المتعلقة بالخسائر الوطنية التي تكبدتها الولايات المتحدة الأمريكية في أثناء الحرب الأهلية من جراء امتداد الحرب وارتفاع أجور الشحن وبدل التأمين البحري، عند إذن رفضت بريطانيا دفع المبالغ الطائلة التي طلبت منها.

أما محكمة التحكيم فأصدرت في ١٩/٦/١٩٧٢ بياناً خاصاً أعلنت فيه اختصاص النظر في المطلب الأمريكي، وقررت المحكمة أن المطالبات بتعويضات عن أضرار غير مباشرة لا يعتبر بمقتضى مبادئ القانون الدولي أساساً كافياً لإصدار قرار التعويض ولحساب قيمة هذا التعويض بين الدول.^(٩) على أن الضرر غير المباشر يختلف عن مفهوم الضرر المحتمل، فالأول يكون الضرر قد وقع فعلاً إلا انه لا يكون كنتيجة مباشرة للخطأ، أما الضرر المحتمل، فهو الذي يحتمل حدوثه في المستقبل، وهذا الأمر يظهر كثيراً في حالات الضرر البيئي، لاسيما أن المجتمع الدولي لم يتمكن في العديد من حالات الضرر البيئي تحديد الآثار السلبية لهذه الأضرار على النظم البيئية والآثار الضارة التي لا تبدأ بالظهور إلا بعد وقت طويل.^(١٠)

والخاصية الأخرى للضرر البيئي، هي تلك المتعلقة بالإضرار العابرة للحدود والتي تصيب المناطق التي تقع خارج نطاق الولاية أو الإقليم لأية دولة كما هو الحال في البحار والفضاء الخارجي، فمن المخول بالمطالبة في هذا الغرض عن تلك الأضرار ؟ لكون البشرية هنا هي المتضرر وبالتالي يتطلب الأمر وضع أحكام خاصة تتعلق بتلك المسألة من خلال نصوص تضمنتها الاتفاقيات الدولية، لذا نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ قد حاولت أن تعالج هذه الحالة عندما أناطت بالسلطة الدولية مهمة ضمان حماية البيئة البحرية عن أنشطة الكشف والاستغلال^(١١)، أي صفة الجهاز الذي يمكنه تحريك دعوى المسؤولية ضد الدول التي تخالف القانون الدولي للبيئة.

وهناك مسألة أخرى تتعلق بالطبيعة الخاصة بالضرر البيئي بشكل أو بآخر، تلك التي تتعلق في أن قواعد المسؤولية الدولية التقليدية لا تقوم بشأن الأفعال غير المشروعة الصادرة عن الأفراد أو الأشخاص المقيمين في إقليم الدولة، إلا إذا تبين وجود خطأ أو تقصير من جانب الدولة في القيام بالتزاماتها الدولية عن طريق واجب المنع أو القمع، بينما إذا تعلق الأمر بالضرر البيئي، فإن أساس المسؤولية يرجع إلى الالتزامات التي تفرض على الدول بأن تحظر استخدام إقليمها للإضرار بالدول الأخرى وهو التزام دولي متفق عليه في الفقه والعمل الدوليين، ونظراً لكون الأنشطة ذات الآثار الضارة بالبيئة تتم على يد أشخاص لا ينتمون إلى الدولة ذاتها، فإن هذه الأنشطة تخضع من حيث المبدأ لرقابة الدول في منح التراخيص أو فرض نوع من

الرقابة والإشراف عليها ومن هذه الزاوية يمكن إسناد الفعل إلى الدولة، وبالتالي قيام المسؤولية الدولية المباشرة.^(١٢)

المطلب الثاني

تطور نظام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي

تطور النظام القانوني للمسؤولية عن الأضرار البيئية تطوراً ملحوظاً خاصة مع تعاظم الأضرار الناتجة عن الملوثات المختلفة للعناصر المكونة للبيئة، وقد تمثلت هذه التطور في تعدد الأسس القانونية التي تؤسس عليها المسؤولية القانونية حتى يمكن تغطية كافة الأضرار وعناصره، وحتى يمكن جبر الضرر البيئي الواقع على الأشخاص القانونية الأخرى من الشخص القانوني المسبب في الفعل المضر بالبيئة، وفيما يتعلق بالمسؤولية الدولية الناجمة عن الضرر البيئي، وفقاً لما تم بيانه في المطلب الأول من حيث أن قواعد المسؤولية الدولية التقليدية قد لا تنسجم في كثير من الأحيان مع الطبيعة الخاصة للضرر البيئي، كان لابد لنا من التطرق إلى تطور النظام القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي بصفة عامة، وتطورها طبقاً للاتفاقيات الدولية الخاصة بالبيئة، وهذا ما سوف نتناوله في فرعين.

الفرع الأول - بلورة مفهوم جديد لنظام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي

من المهم بادئ الأمر أن نشير إلى أعمال لجنة القانون الدولي في هذا الإطار، حيث عكفت تلك اللجنة منذ عام ١٩٧٨ على دراسة موضوع المسؤولية الدولية عن الأنشطة المشروعة دولياً، وهي أرادت بهذا أن تستمد نوعاً من التوازن بين أنواع من الأنشطة الخطرة إلا أنها ضرورية وتعود بالنفع للإنسانية، وبين مراعاة الضحايا الذين يتضررون من هذه الأنشطة، وذلك من خلال قيام المسؤولية على أساس أن التعرض للمخاطر يكفل الحق في التعويض العادل دون الحاجة إلى إثبات الخطأ أو الفعل غير المشروع.^(١٣)

ومن الواضح أن لجنة القانون الدولي أرادت هنا أن تركز المسؤولية على عنصر الخطر والضرر، حيث تقوم المسؤولية بالنسبة للأنشطة التي تنطوي على خطورة معينة على أساس مخالفة الالتزام بالمنع، أما الأنشطة التي تحدث الضرر والتي يكون فيها الضرر حتمياً أو واقعاً فعلاً فإن المسؤولية عنها تقوم بغض النظر عما إذا كانت الدولة مصدر النشاط قد اتخذت تدابير المنع.

ولها فأن لجنة القانون الدولي وهي بصدد أعداد مشروع اتفاقية دولية للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، عملت على الفصل بين الأنشطة التي تنطوي على خطورة وهناك احتمال في أن تسبب ضرراً كبيراً وبين الأنشطة التي تتسبب فعلاً في الضرر، وهذا يعني أن هناك نظامان للمسؤولية، أحدهما للمنع ويهدف إلى الوقاية من الأضرار، ولأسيما الأضرار البيئية أو الحد من وقوعها على أساس نظام يهدف إلى حماية البيئة الإنسانية وتعزيز مفهوم الوقاية خير من العلاج، أما النظام الآخر فيقوم على أساس المسؤولية الدولية عن وقوع الضرر وهو يقع ضمن المفهوم العلاجي.^(١٤)

وإذا ما نظرنا إلى تطور قواعد المسؤولية الدولية باتجاه الأنشطة التي تقوم على عنصر الخطر أي على أساس مخالفة الالتزام بالمنع، وهنا نقصد الجانب الوقائي، نجد أن هناك تطوراً هاماً بشأن شروط الضرر عن تلك التي تضمنتها قواعد المسؤولية الدولية التقليدية، حيث أن قواعد المسؤولية التقليدية تستلزم الشروط التالية :

١- أن يكون الضرر مؤكداً وقوعه ولا يكفي أن يتحمل حدوثه، وهذا ما ذكرناه سابقاً في تناولنا لقواعد المسؤولية الدولية التقليدية.

٢- وجود رابطة سببية بين الضرر والفعل المنسوب للدولة.

على أن هذه الشروط التقليدية إذا ما طبقت على الضرر البيئي سيؤدي بنا إلى نتائج بعيدة كل البعد عن العدالة، لذلك نجد أن الفقه الدولي يتجه إلى ضرورة تبسيط شروط الضرر التقليدية لتلائم مع إمكانية التعويض عن الأضرار البيئية، وأنه يجب تحمل الدولة مسؤولية الأضرار البيئية في جميع الظروف التي ينبغي فيها تحميل مالك المصدر للضرر البيئي احتمال المخاطر باعتباره المستفيد من تلك المشروعات، وهو الذي خلق مخاطرها.

وبشأن تعذر قيام رابطة السببية والتي تصل إلى حد الاستحالة في بعض الأحيان، نجد أن الفقه الدولي يتجه نحو التخفيف من قيود المعيار الموضوعي لرابطة السببية، لهذا فإن عضو لجنة القانون الدولي جارسيا مادور يذكر في تقريره المقدم عام ١٩٦١ إلى تلك اللجنة بخصوص المسؤولية الدولية، أن الضرر هو نتيجة طبيعية وعادية لفعل أو الامتناع عن فعل قد لا نعرفه، وإن التعويض يمكن أن يؤسس أحياناً على وجود ظرف يبرر استحقاق التعويض حتى إذا لم تتوافر رابطة السببية.^(١٦)

وتجلى ذلك المفهوم في اتفاقية تشغيل السفن النووية، ١٩٦٢ حيث أشارت إلى أن الحل بالنسبة للأضرار التي تنتج عن حادثتين متداخلتين، أحدها نووية والأخرى غير نووية يتم بإسناد جميع الأضرار الناتجة إلى الحادث النووي في حالة عدم فصل كل منهما عن الأخرى، أما في حالة تعدد المصادر النووية للضرر وعدم إمكان تحديد مدى مساهمة كل مصدر في أحداث الضرر الناتج، فيتم الأخذ بمبدأ المسؤولية التضامنية عن جميع هذه المصادر النووية.^(١٧)

فضلاً عن ذلك أن هناك تطوراً حدث على مفهوم المسؤولية الدولية في نظر الفقه الدولي، حيث وجد العديد من الفقهاء صعوبة تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية الدولية في مجال البيئة، مما أدى إلى ظهور توجه متزايد يدعو إلى إيجاد الحلول المناسبة، وتأتي في مقدمة تلك الحلول تطوير مفهوم المسؤولية الدولية وكذلك تطوير القواعد الإجرائية المتعلقة بتسوية المنازعات البيئية.

وطبقاً لهذا المفهوم تلتزم الدولة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع الأشخاص الخاضعين لسيطرتها من القيام بأنشطة ضارة بالبيئة فإذا لم تقم الدولة بالتزاماتها تعرضت للمسؤولية الدولية، أما بخصوص تطوير

القواعد الإجرائية المتعلقة بتسوية المنازعات البيئية فقد ذهب اغلب الفقهاء إلى ضرورة تطوير مفهوم الحماية الدبلوماسية بما يتفق مع حماية البيئة، حيث يرى الفقهاء أن شرط الجنسية ليس لازماً أحياناً في تحريك دعوى المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية، فالمتضرر ربما يكون فرداً أجنبياً في علاقته بالدولة التي تتولى تحريك دعواه، ويمكن أن يكون قد تمتع بجنسية الدولة المدعى عليها، ذلك انه في هذه الحالة يكون حق الدولة في إقامة دعوى المسؤولية الدولية يستند إلى حقها في حماية إقليمها من أية أضرار خارجية.^(١٨)

وبشأن تطوير قواعد المسؤولية الدولية وفقاً للقانون الدولي العرفي، فإنه وعلى الرغم من حداثة هذا الفرع من فروع القانون الدولي، ونقصد هنا القانون الدولي البيئي، بحيث تكون القواعد العرفية المعنية بحماية البيئة نادرة، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجودها، إذ يمكن أن نستخلص هذه القواعد من خلال بعض المبادئ التي تعد تجسيداً لتلك الأعراف، ونعني بها المبدأ الحادي والعشرون من إعلان ستوكهولم، والمبدأ الثاني من إعلان ريو دي جانيرو.

حيث ورد المبدأ (٢١) من إعلان ستوكهولم، كواحد من المبادئ الصادرة عن ذلك الإعلان الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة، إذ عرضت السويد استضافة المؤتمر بمدينة ستوكهولم في الفقرة من (٥ - ١٦) كانون الثاني عام ١٩٧٢.

ويعد مؤتمر ستوكهولم لعام ١٩٧٢ أول تاريخ للقانون الدولي للبيئة، ونظراً لاعتباره مؤتمراً دولياً متعدد الأطراف، والذي بدا فيه المجتمع يعي مخاطر التلوث وبات عليه أن يضع الحلول المناسبة حفاظاً على البيئة الإنسانية من خلال إصدار إعلان تضمن (٢٦) مبدأ، كما صدر عن هذا المؤتمر مجموعة من التوصيات لحماية البيئة من التلوث، وتبنى المؤتمر أيضاً فكرة إنشاء آلية دولية أو جهاز دولي يعني بأمور البيئة ويدعو إلى عقد المؤتمرات الدولية لمكافحة التلوث البيئي، وقد تم تبني هذه الفكرة حيث أنشأت الأمم المتحدة هذا الجهاز الذي أطلق عليه برنامج الأمم المتحدة للبيئة (PNUE).^(١٩)

ويقرر المبدأ رقم (٢١) من إعلان ستوكهولم لعام ١٩٧٢ ما يلي : (للدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، الحق السيادي في استغلال مواردها وفقاً لسياستها البيئية، كما أن عليها مسؤولية ضمان أن الأنشطة التي تتم داخل ولايتها أو تحت إشرافها، لا تسبب ضرراً لبيئة الدول الأخرى، أو للمناطق خارج حدود الولاية الوطنية).

ويبدو أن الفكرة المستخلصة من المبدأ رقم (٢١) هي أحقية الدولة وسيادتها في استغلال ثرواتها وفقاً لسياستها البيئية، مع حظر أن تمتد آثار المواد الملوثة إلى أقاليم دول أخرى، أو إلى مناطق لا تخضع لسيادة الدول وهي مناطق التراث المشترك للإنسانية، ووفقاً لتفسير هذا النص فإن المسؤولية الدولية تقع على الدولة المصدرة للتلوث بسبب أنها لم تتخذ الإجراءات الخاصة لمواجهة المخاطر والإضرار الناشئة عنها، فالدولة

إذن ملتزمة ببذل العناية الواجبة، ويمكن أن يكون عدم بذل هذه العناية يرجع إلى قصور تشريعي أو تنفيذي في النظام الداخلي للدولة مما يستوجب مسؤوليتها.^(٢٠)

أما ما تضمنه إعلان ريو دي جانيرو، ذلك الإعلان الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية المعقود في ريو دي جانيرو في البرازيل عام ١٩٩٢، حيث صدر هذا الإعلان تحت اسم (إعلان ريو RIO حول البيئة والتنمية)، ويتكون من ديباجة و ٢٧ مادة والتي هي عبارة عن مجموعة من المبادئ العامة التي تتناول السعي والسلوك الإنساني والحكومي من أجل الحفاظ على البيئة التنموية للأجيال في الحاضر والمستقبل، لذا فإن هذا الإعلان ليس له قيمة قانونية مباشرة، إلا أنه قواعد معينة في القانون الدولي يمكن أن تشكل قواعد دولية عرفية في المستقبل.^(٢١)

وقد انطوى هذا الإعلان على (٢٧) مبدأ، حيث جاء المبدأ الثاني من إعلان ريو دي جانيرو متوافقاً مع ما ورد في المبدأ الحادي والعشرون من إعلان ستوكهولم، وكذلك مع ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (١١) من أعمال مشروع لجنة القانون الدولي للمسؤولية الدولية، فوفقاً لما ورد في الإعلان فإن المسؤولية الدولية للدولة مصدرة التلوث تقع حتى ولو عجزت الضحايا عن إثبات نسبة الضرر إلى الدولة المتسببة في الحادث وهي الدولة المصدرة، حيث تعتبر المادة المذكورة من المشروع أن عدم نسبة الفعل غير المشروع إلى الدولة المصدرة يعد عاملاً مشجعاً على تقصير السلطات العامة في تلك الدولة، وبالتالي تقع المسؤولية الدولية استناداً إلى القاعدة الواردة في مؤتمر ستوكهولم وريو دي جانيرو.

وهذا الأمر تأكد في قضية مصنع (San doz) عام ١٩٨٦، حيث حدث تلوث شديد في نهر الراين نتيجة حريق شب في هذا المصنع، فقد تحملت حكومة سويسرا التابع لها هذا المصنع المسؤولية الدولية استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية الدولية، ودفعت إلى الحكومة الفرنسية مبلغ ٤٦ مليون فرنك لإصلاح الأضرار الناتجة من تلوث نهر الراين، وتأسست المسؤولية على الفعل غير المشروع الذي يرجع إلى تقصير السلطات العامة في هذا الصدد.^(٢٢)

وبذلك يكون الحكم في تلك القضية جاء متوافقاً مع ما جاء به جانب من الفقه الدولي الذي يعد رقابة السلطات العامة في الدولة على الأنشطة الخطرة للأشخاص القانونية الخاصة يجب أن لا يقتصر على الحدود الوطنية، أي داخل إقليم الدولة فقط، بل يجب أن تكون هذه الرقابة أكثر اتساعاً، لكي لا تؤدي تلك الأنشطة أضراراً بدول أخرى، وإلا تتحمل الدولة المقصرة تبعاً للمسؤولية الدولية.

ومن جهة أخرى فإن الأضرار البيئية قد تحدث رغم اتخاذ الدولة القائمة بالمشروع أقصى درجات الحيطة والحذر مما لا يمكن معه أن ينسب إليها أي خطأ أو ارتكاب عمل غير مشروع، مما يستدعي تطبيق نظرية المسؤولية المطلقة وعدم التقيد بالخطأ أو العمل غير المشروع كشرط لقيام المسؤولية عن الأضرار

الناجمة عن التلوث البيئي، كي لا يحرم من أصابتهم هذه الأضرار من التعويض استناداً إلى مشروعية عمل الدولة القائمة بالنشاط الملوث.

أن هذا الأمر كان وراء تزايد اتجاه الفقه الدولي نحو المطالبة بتطبيق تلك النظرية، أي نظرية المسؤولية المطلقة، فقد جاء رأي الفقيه الفرنسي بول رويتر مسانداً لهذا الموضوع بقوله، أن التقدم العلمي للحياة الحديثة يستدعي تطوير بعض القواعد القانونية سواء على نطاق الداخلي أم الدولي، فالقانون الدولي لا يمكنه التجاهل طويلاً عن تصرفاً مشروعاً للدولة قد ينتج عنه أضراراً لا يمكن حصرها، وإمام هذا الاحتمال يجب أن يتجه المجتمع الدولي إلى وضع قواعد جديدة.

ومما لا شك فيه أن هذا القول ينطبق أكثر ما ينطبق على الإضرار الناتجة عن المشروعات التي تحدث تلوثاً لبيئات الدول الأخرى، فنشاطات الدولة داخل حدودها الإقليمية تعتبر في حد ذاتها نشاطات مشروعية طالما اتخذت الدولة من الاحتياطات الأمنية ما يكفي لمنع أضرارها عن الآخرين، فإذا ما وقع الضرر وتعذر على المضرور إثبات خطأ هذه الدولة فلا مناص إمامنا من تطبيق نظرية المسؤولية المطلقة رافعين عن كاهل المضرور عبء إثبات الخطأ من جانب الدولة المسؤولة مكنتين بالربط بين نشاط الدولة ووقوع الضرر، وهذا ما يعنيه الفقيه رويتر في ضرورة تطبيق هذا الاتجاه في المجال الدولي أسوة بما درجت عليه القوانين الوطنية من إقرار المسؤولية المطلقة عن النشاط متعددة الخطورة دون ما حاجة إلى إثبات الخطأ.^(٢٣)

وهذا الاتجاه هو نفس ما أشار إليه Wilfred Jenks في اقتراحاته التي أوردها بدروسه بأكاديمية لاهاي للقانون الدولي عام ١٩٦٦ عن المسؤولية الدولية عن النشاطات الشديدة الخطورة بقوله، أن المسؤولية عن الضرر الناتج عن النشاطات شديدة الخطورة تقوم دون ما حاجة لإثبات خطأ ما.^(٢٤) لقد تركزت المفاهيم السابقة للفقه الدولي بأنه قد أوصى صراحةً بضرورة تطبيق نظرية المسؤولية المطلقة في مجال التعويض عن أضرار التلوث البيئي نظراً لجسامة هذه الأضرار من جهة وتعذر إثبات الخطأ من جهة أخرى.

الفرع الثاني - تطور قواعد المسؤولية الدولية طبقاً للاتفاقيات الخاصة بالبيئة

سارع المجتمع الدولي لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تؤكد الاتجاه السائد حالياً في تطوير قواعد المسؤولية الدولية نحو تأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر، وأنه توجد حالياً تطبيقات لهذه النظرية خاصة في المجال النووي ومجال تلوث البحار بالزيت ونقل النفايات الخطرة ومجالات أخرى.

ومن تلك الاتفاقيات، اتفاقية بازل لعام ١٩٨٩، تلك الاتفاقية التي عقدت في مدينة بازل السويسرية لمكافحة تجارة النفايات الخطرة أو النقل غير المشروع لتلك النفايات، كما أنها أعطت تنظيمياً مفصلاً لحركة النفايات الخطرة عبر الحدود من خلال تشديد الرقابة عن نقل تلك النفايات المسموح بنقلها.^(٢٥)

وبذلك تكون الاتفاقية المذكورة قد غطت كافة الأضرار البيئية الناتجة عن نقل النفايات الخطرة سواء أكان هذا النقل غير مشروع، أي فعلاً مخالفاً للاتفاقيات الدولية واتفاقية بازل أم كان نقلاً مشروعاً وفقاً لاتفاقية بازل وقواعد القانون الدولي الأخرى.

وهكذا فإن اتفاقية بازل قد جاءت بقواعد للمسؤولية الدولية تتميز عما هو متعارف عليه في ضوء القواعد التقليدية للمسؤولية الدولية والتي كانت تشترط أن يكون الفعل المنسوب إلى الدولة فعلاً غير مشروع، بينما نجد أن المادة الثامنة من تلك الاتفاقية ألزمت الدولة المصدرة للنفايات بتحمل المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن هذا النقل إذا فشلت جهود الدولة المستوردة في التخلص السليم من تلك النفايات، وإن قامت الدولة المصدرة بالنقل المشروع^(٢٦)، فالتزام الدولة المصدرة هو التزام بنتيجة وهو ضمان التخلص السليم من النفايات الخطرة في إقليم الدولة المستوردة وعدم حدوث أضرار رغم أن عملية النقل كانت مشروعة، ففي هذه الحالة إذ ترتب على هذا النقل المشروع أية أضرار فإنه تلتزم الدولة المصدرة بالتعويض، وتلتزم أيضاً بإعادة النفايات الخطرة إلى أراضيها مرة أخرى، فالدولة المصدرة تلتزم بتحقيق نتيجة وليس التزم بوسيلة، وهذا الالتزام بنتيجة معناه أن تضمن التخلص السليم من النفايات وعدم حدوث ضرر نتيجة النقل المشروع للنفايات الخطرة للبيئة أو لصحة الإنسان، ويترتب على عدم حدوث هذه النتيجة ترتيب المسؤولية الدولية على الدولة المصدرة، وللدولة المصدرة في تلك الأحوال اتخاذ كافة أساليب الضغط على الشركات الخاصة التي تتولى نقل النفايات الخطرة لإعادة شحنات النفايات التي صدرتها إلى الدولة المستوردة طالما أنه لم يتم التخلص السليم منها تجنباً للأضرار البيئية التي تحدث، وفي هذه الحالة ألزمت المادة الثامنة من اتفاقية بازل الدول الغير بالسماح لمرور النفايات التي أعادتها مرة أخرى لإقليم الدولة المصدرة، ولا تستطيع الدولة المصدرة التخلص من المسؤولية الدولية أو دفعها استناداً إلى حجة أنها استخدمت كافة الوسائل الممكنة المنصوص عليها وبحسن نية دون نجاح، ذلك لأن الدولة المصدرة للنفايات ملتزمة بنتيجة يجب عليها تحقيقها، إذ أن المسؤولية تقع هنا بمجرد حدوث الضرر دونما اشتراط خطأ أو نسبة العمل غير المشروع إلى الدولة المصدرة.^(٢٧)

وبشأن حالات النقل غير المشروع للنفايات الخطرة والتي حددتها المادة التاسعة من اتفاقية بازل، نجد أن هذه الاتفاقية وسعت كثيراً من نطاق تحقيق المسؤولية الدولية عن تلك الشروط التي جاءت بها النظرية التقليدية لتلك المسؤولية.

ففيما يتعلق بفعل النقل الغير مشروع، فإن اتفاقية بازل ألزمت الدول الأطراف بالتعاون في منع الأنشطة الضارة التي تقع على إقليمها^(٢٨)، وبالتالي فإن المسؤولية الدولية تقع إذا كان الفعل غير المشروع مخالفاً ليس فقط لالتزام دولي وإنما أيضاً بمخالفة للالتزام داخلي ناتج عن إهمال الدولة في بذل العناية الواجبة حيال الأشخاص غير المؤهلين قانوناً لنقل النفايات الخطرة، وهذا توسيع لقواعد المسؤولية الدولية وفقاً

للنظرية التقليدية التي اشترطت أن يكون الفعل غير المشروع وفقاً لقواعد القانون الدولي، دون القانون الداخلي^(٢٩)، كما انه في ذات الوقت يوسع من دائرة نسبة الفعل غير المشروع إلى الدولة، ذلك أن الدولة وفقاً للنظرية التقليدية للمسؤولية الدولية تكون مسئولة عن الفعل غير المشروع إذا كان صادراً عن احد الأجهزة الرسمية أو السلطات العامة داخل الدولة، وهي عادةً أعمال السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، ولا تسأل الدولة عن تصرفات الأفراد العاديين، إلا إذا كان الفعل غير المشروع الصادر عن هؤلاء الأفراد ناتج عن إهمال الدولة وتقاوعها في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع هؤلاء الأشخاص من القيام أو الامتناع عن القيام بأعمال تؤدي إلى أضرار الغير، إما التزام الدول الأطراف في اتفاقية بازل، لاسيما الدول المصدرة فهو التزام قانوني بمراقبة كافة الأنشطة والتصرفات التي يأتي بها أفراد داخل إقليمها في مجال نقل النفايات الخطرة والتي ينتج عنها أضرار للدول الأخرى.^(٣٠)

إما عن موقف اتفاقية بازل من اشتراط توافر الضرر، فيمكن ملاحظة أن الضرر لا يعد شرطاً جوهرياً لتحقيق المسؤولية الدولية بموجب هذه الاتفاقية، ذلك أن النقل غير المشروع للنفايات الخطرة قد لا يترتب عليه أي ضرر في بعض الأحيان، وهذا يعني وفقاً لنظرية اشتراط الضرر عدم إمكانية تحقق المسؤولية الدولية، الأمر الذي يتعارض مع اتفاقية بازل وأغلبية الاتفاقيات الدولية التي تكفل حماية البيئة، لاسيما في مجال النقل غير المشروع للنفايات الخطرة.^(٣١)

وهكذا فإن اتفاقية بازل لم تكتفي في عدم اشتراط الضرر في أحكامها، بل أنها أيضاً لم تشترط توافره حتى يمكن تقدير التعويض، والهدف من وراء ذلك هو الحد من ظاهرة نقل النفايات الخطرة عن طريق توسيع نطاق المسؤولية، إذ يكفي وفقاً للمعنى العام لاتفاقية بازل، تحقق الفعل غير المشروع، وان ينسب إلى شخص الدولة الطرف في الاتفاقية حتى تتحقق شروط المسؤولية الدولية، كل ذلك حتى لا يطلق العنان للدولة بالتصدير غير المشروع للنفايات الخطرة طالما انه لم يحدث ضرر وبالتالي لن يترتب مسؤولية دولية.

ومن الاتفاقيات الأخرى التي وسعت نطاق المسؤولية الدولية نذكر اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ لعام ١٩٩٢^(٣٢)، تلك الاتفاقية التي تهدف إلى تقليل خطر التغير المناخي والحد من أثاره للتوصل إلى آلية ملزمة لخفض غازات الاحتباس الحراري، حيث جاءت تلك الاتفاقية بالاعتماد على المبدأ الوقائي على أساس أن منع الضرر قبل وقوعه أفضل من تركه يقع ثم يتم التعامل معه وان أفضل طريقة لحماية البيئة تكمن في منع وقوع الضرر بدلاً من محاولة إعادة إصلاح ما تم فقده أو إفساده، وعليه فإن هذه الاتفاقية ترتب المسؤولية على الفعل لما قد يسببه من ضرر بالبيئة وليس نتيجة للضرر المتحقق فعلاً، لذلك نصت على ما يلي (يمكن تقييد أو حتى منع النشاطات التي قد تؤدي إلى أضرار غير قابلة للإصلاح).^(٣٣)

كما أن اتفاقية التنوع البيولوجي لعام ١٩٩٢ أشارت إلى انه حينما يكون هنالك تهديد بخفض مهم أو فقدان للتنوع البيولوجي فإن الافتقار إلى التيقن العلمي التام ينبغي عدم استخدامه كسبب لتأخير التدابير أو تقادي أو تقليل شأن مثل هذا التهديد.^(٣٤)

ويبدو أن أهمية النهج الوقائي تظهر في حالة حدوث ضرر معين لا يمكن تعويضه بالمال، فقد يحدث ضرراً معيناً لا يمكن تعويضه بالمال مهما كان حجم التعويض المالي كبيراً، ولن تفلح أي جهود مهما كانت في إعادة المنطقة الملوثة أو المواد المتضررة إلى ما كانت عليه، ولذلك يكون المقام الأول للإجراءات الوقائية في منع أو تجنب مثل هذه الإضرار.

ومن جهة أخرى يبدو أن تطور قواعد المسؤولية الدولية يتجه نحو تجريم بعض الأفعال التي ينتج عنها ضرر جسيم للبيئة، ويظهر ذلك بصفة خاصة في الاستخدامات غير المشروعة للأسلحة الكيماوية والبكتريولوجية، حيث يحرم القانون الدولي الاتفاقي استخدام مثل هذه الأسلحة ضمن صكوك دولية متعددة كبروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥، واتفاقية حظر الجزئي لإجراء التجارب النووية فوق سطح الأرض لعام ١٩٦٣، واتفاقية منع انتشار الأسلحة النووية لعام ١٩٦٨، واتفاقية حظر وإنتاج وتخزين الأسلحة الجرثومية لعام ١٩٧٢ وغيرها.^(٣٥)

من خلال ما تقدم يبدو أن الطبيعة الخاصة للضرر البيئي أوجبت تضمين الكثير من الاتفاقيات الدولية نصوصاً تتعلق بتطوير قواعد المسؤولية الدولية، حيث حاولنا التطرق إلى عدد من تلك القواعد الاتفاقية، وتبين لنا أن وضع القواعد القانونية الدولية المتعلقة بالبيئة قد تتمايز حسب مفردات البيئة ذاتها في كونها من الوسط البحري، الفضاء، حماية العناصر النباتية والحيوانية، أو في مجال النشاط النووي أو النفايات الخطرة وغيرها، لاسيما وان الساحة الدولية شهدت ما يبلغ خمسمائة اتفاقية دولية، تتعلق بالنشأن البيئي، منها ٧٠% ذات طابع إقليمي، ويرجع ٦٠% من هذه الاتفاقيات إلى الفترة التالية لعام ١٩٨٢، ويظهر جلياً للمتابع لاتفاقيات حماية البيئة، أن ٤٠% من مجمل اتفاقيات البيئة تمثل حماية البيئة البحرية، حيث يمكن الاستشهاد بمعاهدة لندن لعام ١٩٧٣ حول الوقاية من تلويث السفن، وبمعاهدة قانون البحار لعام ١٩٨٢ والتي كرست جزئها الثاني عشر إلى حماية الوسط البحري وصيانته وقد أفردت تلك المعاهدة ٤٨ مادة من أصل ٣٢٠ لحماية البيئة البحرية، حيث أكدت تلك الاتفاقية على الجانب الوقائي من خلال اتخاذ التدابير التي تحول دون وقوع التلويث للبيئة، وقد أشارت إلى المسؤولية الدولية الوقائية من خلال النص على ما يلي : (أن تتخذ الدول جميع ما يلزم من التدابير لمنع وخفض تلوث البيئة البحرية والسيطرة على هذا التلوث الناتج عن استخدام التكنولوجيا الواقعة تحت ولايتها أو رقابتها أو عن إدخال أنواع غريبة أو جديدة، قصداً أو عرضاً على جزء معين في البيئة البحرية يمكن أن تسبب فيها تغيرات كبيرة وضارة بتلك البيئة).^(٣٦)

وبالإضافة إلى اتفاقيات حماية البيئة البحرية تشكل اتفاقيات التنوع الإحيائي مجموعة هامة من اتفاقيات حماية البيئة، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية عام ١٩٩٢ بخصوص التنوع الإحيائي. وفضلاً عن المجموعتين السابقتين هناك الاتفاقيات المتعلقة بالغلاف الجوي والطاقة ومن أبرزها اتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون لعام ١٩٨٥ وبروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفذة لطبقة الأوزون لعام ١٩٨٧ واتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ وبروتوكول كيوتو لعام ١٩٩٧ والمتعلق بتغير المناخ، حيث لاحظنا فيما سبق أن العديد منها جاء بقواعد توسع من نطاق المسؤولية الدولية. ومن الاتفاقيات الأخرى للبيئة تلك المتعلقة بالمواد الكيميائية والنفايات الخطرة، حيث تركز اتفاقية بازل والتي تم الإشارة لها سابقاً وما تضمنته من قواعد بشأن المسؤولية الدولية، واتفاقية روتردام بشأن تطبيق إجراء الموافقة المسبقة على استيراد مواد كيميائية ومبيدات آفات خطرة معينة متداولة في التجارة الدولية لعام ١٩٩٨ واتفاقية سنكهولم المبرمة في أيار ٢٠٠١ بشأن الملوثات العضوية الثابتة.^(٣٧) وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن القواعد الاتفاقية التي تضمنتها اغلب الاتفاقيات الدولية لحماية البيئة تركز على حلول وقائية هدفها منع حدوث كوارث بيئية أكثر من تركيزه على العلاج، بعبارة أخرى يتم تسليط الضوء على منع حدوث الضرر بالبيئة أكثر من تصليحه.

المطلب الثالث

اثر الطبيعة الخاصة للضرر البيئي في تنفيذ الالتزامات الدولية

في مجال حماية البيئة

أن الطبيعة الخاصة للضرر البيئي تستدعي البحث عن تنفيذ الالتزامات البيئية ابتداءً دون اللجوء إلى الإكراه في التنفيذ عن طريق تحمل تبعة المسؤولية الدولية عن خرق تلك الالتزامات، لذلك ظهر اتجاه جديد في المجتمع الدولي يعمل على تطوير إجراءات تنفيذ الدول لواجباتها في حماية البيئة، من خلال وسائل عدة، وهذا ما سوف نتناوله في فرعين :

الفرع الأول - أهمية الامتثال للالتزامات البيئية بالمقارنة بالإكراه على الامتثال

يعرف الامتثال للالتزامات الدولية على أنه، تنفيذ الدول لالتزاماتها الدولية، القائم ابتداءً على الامتثال لقواعد القانون، وليس الإكراه على تنفيذها، أي أنه تنفيذ الدول لالتزاماتها طوعاً.^(٣٨) وتظهر أهمية الامتثال للالتزامات البيئية، كون هذه الالتزامات تسعى بشكل عام إلى تحقيق مصلحة البشرية جمعاء أو درء خطر يهدد الحياة البشرية، لذلك نصت المادة السادسة والأربعين من مشاريع المواد الخاصة بمسؤولية الدول لأعمال لجنة القانون الدولي على حق الدولة غير المتضررة بالاحتجاج بمسؤولية دولة أخرى إذا كان الغرض منه هو حماية مصلحة جماعية، كما ظهرت في الآونة الأخيرة ثلاثة فئات من الالتزامات الدولية، أولها الالتزام الواجب تجاه المجتمع الدولي برمته، وهو الالتزام ذو الحجية المطلقة تجاه

الكافة، والالتزامات الواجبة تجاه جميع الأطراف في نظام معين، وهي الالتزامات ذات الحجية تجاه كافة الأطراف في ذلك النظام، وثالثها الالتزامات الواجبة تجاه بعض الدول والتي يعترف فيها بأن لدولة معينة مصلحة قانونية.^(٣٩)

ونظراً للطبيعة الخاصة للضرر البيئي، فإن الامتثال للاتفاقيات البيئية يكتسب أهمية خاصة مقارنة بالبحث عن تحمل تبعة المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبيئة، سواء أكانت تلك الأضرار ناجمة عن أفعال غير مشروعة، أو عن أفعال لا يحضرها القانون الدولي وذلك للأسباب التالية :

١- يأتي الإكراه على التنفيذ عادة بعد خرق الالتزام الدولي، بينما يستلزم نجاح تنفيذ الاتفاقيات البيئية، أن يتم الامتثال للالتزامات ابتداءً ودون اللجوء للإكراه على التنفيذ لأنه في هذه الحالة يكون الضرر البيئي قد تحقق، ومن الصعب أن يؤدي الإكراه على التنفيذ إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر.^(٤٠)

٢- غالباً ما تنشأ المسؤولية الدولية عن خرق الدولة لالتزاماتها بموجب الاتفاقيات الدولية، وهذا ما نطلق عليه المسؤولية الدولية العقدية، وهنا تظهر أهمية الامتثال للالتزامات العامة المتعلقة بالحفاظ على البيئة، لاسيما بالنسبة للدول غير الأطراف في تلك الاتفاقيات، حيث لا تكون الدولة المسؤولة عن الضرر البيئي طرفاً في الاتفاقية التي يمكن أن تحدد مسؤوليتها، كما أن بعض الدول قد تكون طرفاً في اتفاقية إطارية تتضمن مبادئ وأهداف، ولا تتضمن وسائل محددة لتنفيذها، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ لعام ١٩٩٢، حيث أشارت تلك الاتفاقية إلى الالتزامات الطوعية، أو ما بات يعرف بالقانون المرن (Soft Law).^(٤١)

٣- يمكن الاسترشاد بالعديد من المبادئ القانونية لدعوة الدول إلى الامتثال بالالتزامات التي تحقق حماية للبيئة، ومن هذه المبادئ مبدأ حسن الجوار، والذي يعني أن تراعي الدول حين تمارس سيادتها واختصاصها على إقليمها إلا يترتب على ما تجريه من أنشطة أية خسائر جسيمة على إقليم دولة أخرى.^(٤٢)

ومنها أيضاً مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، ذلك المبدأ الذي يعرف على انه، ممارسة احد أشخاص القانون الدولي لحقوقه المقررة له بطريقة تحدث إضراراً بشخص قانوني آخر.^(٤٣) ويعد مبدأ حسن النية من أهم أعمدة العلاقات الدولية باعتباره شرطاً أساسياً لتوافر الثقة والأمن القانوني، وعلى أساس أن استبعاد سوء النية عند الوفاء بالالتزامات الدولية يعتبر لازماً لوجود علاقات قانونية ثابتة ومستقرة،^(٤٤) ومن تطبيقات هذا المبدأ في التلوث البيئي، ما قضت به محكمة التحكيم في قضية بحيرة لانو، في قرارها الصادر في ١٦/١١/١٩٥٧، في أن الدولة المتأثرة دون غيرها هي التي يمكنها أن تقدر مدى التأثير الذي يحدثه نشاط ما على مصالحها مما يتعين معه إجراء التفاوض معها وفقاً لقواعد حسن النية.^(٤٥)

كما أن مبدأ المساواة في السيادة يمكن أن يكون حافزاً للدول للامتثال للالتزامات البيئية، ذلك المبدأ الذي يتضمن واجب التزام الحماية لحقوق الدول الأخرى، وبخصوص منع التلوث، فإن السيادة تعني حق الدول جميعاً في ممارسة اختصاصاتها الإقليمية داخل حدودها دون الأضرار بالبيئة في الدول الأخرى.^(٤٦)

٤- من خلال دعوة الدول على الامتثال للالتزامات البيئية، يمكن التمييز بين عدم قدرة الدولة على الامتثال لتلك الالتزامات وبين عدم إرادتها لتنفيذ تلك الالتزامات، وهذا الأمر ما تنبّهت له الدول الأطراف في بروتوكول كيوتو، والذي يعرف بقمة الأرض المعقود في ريو دي جانيرو في البرازيل عام ١٩٩٧، حيث تضمن ذلك الاتفاق مجموعتين من الالتزامات المحددة تحقيقاً للمبادئ العامة التي أقرتها اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، حيث تتضمن المجموعة الأولى الالتزامات التي تتكفل بها جميع الأطراف المتعاقدة، في حين تتضمن المجموعة الثانية الالتزامات التي تتحملها الدول المتقدمة حيال الدول النامية.^(٤٧)

٥- يتسع نطاق الامتثال لحماية البيئة، خارج إطار الالتزامات القانونية لتشمل الالتزامات الأخلاقية، حيث يوجد اتجاه حديث في الفقه القانوني الدولي يمنح الإنسان الحق في بيئة نظيفة ملائمة، ولا يأتي ذلك بعقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية فحسب، وإنما التركيز على الصيغة المعنوية الدولية والإقليمية والأدبية وهو ما يعرف بالالتزام الأخلاقي Ethical obligation.^(٤٨)

٦- قد تشعر بعض الدول بخطورة التلوث البيئي وما يسببه من مشاكل في وقت يسبق ما يفرضه المجتمع الدولي من التزامات، وهنا تقوم بعض الدول بإعلان الامتثال لتلك الالتزامات من طرف واحد، وقد يكون التزاماتها، أعلى مما تفرضه أو تسعى إليه الاتفاقية ذاتها، مثال ذلك دول الاتحاد الأوروبي التي سعت أن يكون تخفيض انبعاث غازات الاحتباس الحراري بنسبة (١٥ - ٢٠) أقل من مستواها في عام ١٩٩٠ وذلك خلال فترة الالتزامات الأولى، ثم أعلنت التزامها بتخفيض قدره ٧% من انبعاثاتها من طرف واحد، بينما توصل المتفاوضون إلى الاتفاق حول تخفيض بنسبة ٥% من الانبعاث فقط.^(٤٩)

الفرع الثاني - الوسائل الحديثة لضمان تنفيذ الدول لواجباتها في حماية البيئة

يتجه المجتمع الدولي إلى اعتماد وسائل حديثة نحو ضمان امتثال الدول على تنفيذ التزاماتها تجاه حماية البيئة، وتتعدد تلك الوسائل لتشمل ما يلي :

١- نظام المراقبة

تضمن القانون الدولي لحماية البيئة قواعد تعمل على تطوير أنظمة المراقبة لضمان حسن تنفيذ الالتزامات البيئية، ومن أمثلة ذلك المادة (٧) من اتفاقية الوضع القانوني للقطب الجنوبي والتي تنص على جولة تفتيش يقوم بها المفتشون الذي يتم تعيينهم من قبل المؤتمر الاستشاري للإطراف المتعاقدة في كل موقع

مقام في منطقة القطب الجنوبي، ومع أن مقاصد هذا التفتيش كانت في بداية الأمر منع استخدام القطب الجنوبي لغايات عسكرية، إلا أنه جرى توسيعه ليشمل المحافظة على البيئة بموجب معاهدة أبرمت في عام ١٩٩١.^(٥٠)

كما أن اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ أعطت دولة الميناء صلاحية إجراء تحقیقات وتحريك دعاوى قضائية بخصوص قيام سفن أجنبية بتلويث أعالي البحار بالنفط وبشكل يخالف القواعد الدولية المتبعة في حماية البيئة البحرية^(٥١)، وهذه الصلاحية لا تُفسر فقط بتأثر دولة الميناء بالتلويث وإنما أيضاً في حق هذه الدولة بالتحرك نيابة عن مصالح الدول الأخرى. وفي بروتوكول كيوتو، تم إنشاء لجنة للامتثال وهيئتين فرعيتين مساعدتين لمراقبة الدول لالتزاماتها، وتقديم المشورة الفنية إلى الدول الأطراف لمساعدتها على تنفيذ التزاماتها.^(٥٢)

٢- نظام التقارير.

يهدف نظام التقارير في ظل القانون الدولي للبيئة إلى الحصول على تقييم عام حول تنفيذ الدول لالتزاماتها عن طريق الحصول على معطيات تسمح بالتأكد من أن أهداف ومقاصد اتفاقيات البيئة قد تحققت أم أن تلك الاتفاقيات قاصرة في تحقيق تلك الأهداف مما يستوجب تعديلها، كما أنها تهدف إلى التأكد من أن الدول الأعضاء تحترم التزاماتها التعاقدية، ويمكن أيجاد منظومة نظام التقارير وتطوره في معاهدة حماية البيئة البحرية في منطقة المحيط الأطلسي الشمالي الشرقي والمبرمة في عام ١٩٩٢، حيث نصت على واجب الدول في تقديم تقارير إلى اللجنة المنبثقة عن هذه المعاهدة عن إجراءاتها التشريعية والإدارية لتنفيذ هذه المعاهدة^(٥٣)، ويتجلى نظام التقارير في بروتوكول كيوتو، حيث أوضح ذلك البروتوكول أن كل دولة طرف في البروتوكول يجب أن تقدم معلومات ضرورية حول تنفيذ التزاماتها الواردة فيه^(٥٤)، وسوف تحال معلومات الدول المقدمة عبر التقارير إلى طواقم الخبراء^(٥٥)، وتقوم تلك الطواقم بإعداد تقييم شامل حول مدى تطبيق واجبات الأعضاء وتشخيص العقبات التي تقف في وجه تنفيذها.^(٥٦)

٣- نظام التعويضات والمقاطعة.

تتضمن هذه الوسيلة اعتماد نظام دفع التعويضات والمقاطعة لحث الدول على الامتثال لالتزاماتها وفي نفس الوقت منعها من التراجع عن تنفيذ التزاماتها، ويهدف نظام دفع التعويضات إلى تشجيع الدول التي تملك باعث ذاتي ضئيل لتغيير سلوكها تجاه البيئة، لاسيما تلك الدول التي هي بحاجة إلى تكاليف تنفيذ النشاطات المتعلقة بحماية البيئة. وقد تم استخدام هذا الأسلوب مع بعض الدول النامية الأطراف في بروتوكول مونتريال لسنة ١٩٧٨ الملحق باتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون لسنة ١٩٨٥، حيث تم تخصيص مبلغ مليار دولار لتعويض الدول عن تكاليف الامتثال للبروتوكول.

كما أن البروتوكول ذاته وفي الوقت الذي يكافئ الدول التي تمتثل لالتزاماتها بتقديم التعويضات، فإنه يهدد بفرض المقاطعة التجارية على سلع الدولة التي تخرق التزاماتها أو تمتنع عن تنفيذها.^(٥٧) كما أنشئ برنامج منظمة الأمم المتحدة لحماية البيئة عدة صناديق تنمية لدعم مشاركة الدول النامية في الاتفاقيات البيئية، مثلاً أنشأت العديد من المعاهدات البيئية متعددة الأطراف صناديق تنمية بإشراف برنامج الأمم المتحدة لحماية البيئة والتي حققت دخولاً تصل إلى عشرات الملايين من الدولارات، حيث قدم جزء منها لمساعدة الدول النامية في تنفيذ واجباتها البيئية.^(٥٨) وبهذا يتم استخدام الأساليب الاقتصادية لإجبار الدول على تعديل النهج الذي تتبعه بشأن تنفيذ التزاماتها وفقاً للاتفاقيات البيئية.

٤- نظام المرونة في تنفيذ الالتزامات البيئية.

ويهدف هذا النظام على تطبيق إجراءات اقل شدة لمساعدة الطرف المقصر إلى تنفيذ التزاماته خارج إطار تحمل تبعة المسؤولية الدولية بسبب عدم التنفيذ، إذ تهدف هذه الإجراءات إلى مساعدة الطرف المقصر للعودة إلى تنفيذ التزاماته وليس إدانته بسبب عدم التنفيذ.^(٥٩)

ومن تطبيقات هذا النظام في القانون الدولي لحماية البيئة، القرار الذي اتخذته الدول الأعضاء في البروتوكول المتعلق بالمواد المضعفة لطبقة الأوزون المعقود في كوبنهاغن بتاريخ ٢٥/تشرين الثاني/١٩٩٢^(٦٠)، فعندما تعتقد دولة أو عدة دول في هذا البروتوكول أن لديها انتقادات حول قيام دولة عضو بتطبيق البروتوكول، تقوم بإرسال هذه الانتقادات إلى الأمانة العامة للبروتوكول التي تمرر هذه الانتقادات إلى الدولة أو الدول المشتكى عليها وبعد انقضاء فترة من الوقت تقوم الأمانة العامة بإرسالها إلى لجنة التنفيذ، ويمكن للأمانة العامة أن تطلب معلومات إضافية من الدولة أو الدول المشتكى عليها، وإذا لم ترد هذه الدولة أو الدول عليها أو في حالة تعذر إيجاد حل، تقوم الأمانة العامة بإحالة القضية إلى مؤتمر الأطراف والى لجنة التنفيذ، حيث تقوم لجنة التنفيذ بجمع ما تراه مناسباً من المعلومات في أراضي تلك الدولة أو الدول، ثم تقوم هذه اللجنة بدراسة القضية من أجل التوصل إلى حل ودي يقوم على احترام هذا البروتوكول لتحويله إلى الدول الأطراف لاتخاذ قرار بشأنه، وقد اتبع ذات النهج أيضاً بروتوكول اوسلو المبرم في ١٤/حزيران/١٩٩٤ بشأن تخفيض انبعاثات الكبريت في الهواء والمرفق باتفاقية ١٩٧٩ المتعلقة بمكافحة التلوث الجوي.^(٦١)

ومن خلال ما تقدم تبين أن المجتمع الدولي اخذ يتجه نحو ضرورة التفاوض للتوصل إلى حل بشأن انتهاكات قواعد القانون الدولي لحماية البيئة، قبل اللجوء إلى الإجراءات التقليدية لحل تلك الخلافات.

رأينا الخاص :

تجدر الإشارة الى ان الدراسة لقواعد المسؤولية الدولية التقليدية تشير الى انها قاصرة في مواجهة الاضرار والاحطار البيئية على النحو الذي يحقق الحماية الكافية من اخطار التلوث البيئي وكذلك حماية فعالة للمضور لاسيما فيما يتعلق بالاساس القانوني للمسؤولية أيا الخطا او العمل غير المشروع.

وإذا كنا نقبل الرأي السابق انتفاً من حيث المبدأ فإن الواقع العملي يثبت ما يعاب على قواعد المسؤولية الدولية التقليدية في مواجهة الأضرار والاختار البيئية الى الطبيعة الخاصة للضرر البيئي حيث يصعب في كثير من الاحيان تحديد مصدر الضرر بما يثير كثيراً من المشكل القانونية فيما يتعلق بالعلاقة السببية بين الضرر الحادث من التلوث ومصدره وتقدير حجم الضرر ومبلغ التعويض الواجب دفعه.

وعليه يمكن القول بأن الطبيعة الخاصة للضرر تالبيئي تستلزم احياناً قيام المسؤولية الدولية عن افعال لا يحضرها القانون الدولي أي عن الافعال المشروعة دولياً الى انها تسبب ضرراً للغير مما يعني قيام المسؤولية الدولية خارج اطار شروط المسؤولية الدولية التقليدية.

فضلاً عما سبق فإن الطبيعة الخاصة للضرر البيئي استوجبت تطوير قواعد المسؤولية الدولية التقليدية للحصول على التعويض العادل والكامل عن هذه الأضرار، لاسيما في ظل تعاظم الأضرار الناتجة عن الملوثات المختلفة للعناصر المكونة للبيئة، وقد تمثل هذا التطور في بلورة مفهوم جديد لنظام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي، حيث وجدنا ذلك الاتجاه نحو تطوير تلك القواعد في أعمال لجنة القانون الدولي وأراء الكثير من الفقهاء، وكذلك فيما تضمنته الاتفاقيات الدولية من قواعد تتعلق بالمسؤولية الدولية، لاسيما الاتفاقيات المعنية بالحماية الدولية للبيئة.

ومن جانب آخر، وجدنا أن الطبيعة الخاصة للضرر البيئي قد آثرت في طبيعة تنفيذ التزامات الدول في مجال حماية البيئة والحفاظ عليها، حيث بدا لنا أن هناك اتجاه نحو تطوير إجراءات تنفيذ الدول لواجباتها من خلال دفعها على الامتثال لقواعد القانون، وليس الإكراه على تنفيذها، كون هذه الالتزامات، أي الالتزامات المتعلقة بحماية البيئة تسعى إلى درء خطر قد يهدد الحياة البشرية، وبالتالي يكون الإكراه على التنفيذ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر من الصعب تحقيقها، وهنا تظهر أهمية الامتثال للالتزامات البيئية ابتداءً.

أن هذا الأمر دفع المجتمع الدولي إلى استحداث وسائل عدة لضمان تنفيذ الدول لواجباتها في حماية البيئة، ومن تلك الوسائل، تطوير أنظمة المراقبة، والحصول على تقارير دورية تتضمن معطيات تسمح بالتأكد من أن أهداف ومقاصد حماية البيئة قد تحققت، بالإضافة إلى تشجيع الدول ودفعها نحو تنفيذ التزاماتها بحماية البيئة عن طريق نظام التعويضات، وفي نفس الوقت منعها من التراجع عن تنفيذ التزاماتها عن طريق نظام المقاطعة.

الخاتمة

بعد العرض التفصيلي لمعطيات بحثنا والذي مكنتنا من الاجابة على التساؤل الرئيسي الذي طرحناه في مقدمة بحثنا خلصنا الى جملة من النتائج الحقنا بها مجموعة من التوصيات نتناولها على النحو الاتي:

١- المسؤولية على وفق القانون الدولي التقليدي تقوم على أساس الضرر الذي يحدث للأخريين نتيجة خطأ معين، أي هي عبارة عن إخلال بالالتزام قانوني دولي منسوب للدولة أو لأشخاص القانون الدولي الأخرى ينتج عنه ضرر للغير، وبالتالي لا يتصور قيام المسؤولية الدولية إلا بتوافر شروط ثلاثة وهي، أن يكون هناك فعل غير مشروع وفقاً لقواعد القانون الدولي، وان يكون هذا الفعل منسوباً للدولة، وان يترتب على الفعل غير المشروع ضرر.

٢- أن نظرية العمل غير المشروع القائمة على فكرة الخطأ تستدعي التمييز بين نوعين من الالتزامات، أولها الالتزام ببذل عناية، حيث يتحقق العمل غير المشروع في حالة عدم مراعاة واجب بذل العناية اللازمة التي تجربها أية دولة عادة في منع وقوع أعمال ضارة تلحق بغيرها من الدول أو برعاياها، وثانيها الالتزام بتحقيق نتيجة، وهنا تكون الدولة قد ارتكبت فعلاً غير مشروع ما لم تتحقق تلك النتيجة.

٣- أن المسؤولية الدولية بالمفهوم التقليدي السابق، لم تعد تتسجم والطبيعة الخاصة للضرر البيئي، وبالتالي فإن اعتبارات حماية البيئة استوجبت قيام المسؤولية الدولية على أساس المخاطر أي تحمل التبعة، أي قيام المسؤولية الدولية دون اشتراط الخطأ، وهو ما بات يعرف حالياً بقيام المسؤولية الدولية عن أعمال لا يحضرها القانون الدولي أو ما يسمى بالمسؤولية المطلقة، حيث تقوم المسؤولية بمجرد حصول الضرر دون حاجة لاثبات مخالفة للقانون الدولي، ذلك أن اعتبارات حماية البيئة تدعونا إلى فرض المسؤولية المطلقة، لاسيما على عاتق المشروعات التي يصاحب تشغيلها خلق مخاطر جسيمة، ذلك أن الإرباح الهائلة التي تجنيها هذه المشاريع تحتم الربط بين المخاطر وتحمل التبعة.

٤- وبشأن الشرط المتعلق بإسناد الفعل إلى الدولة، وجدنا ضرورة التحلل من القيود التي تفرضها القواعد التقليدية، لاسيما في حالة الأضرار التي تنتج عن حادثتين متداخلتين، بحيث يصعب تحديد مقدار الضرر عن كل منها ومدى إسناد الفعل لأي من تلك الحادثتين، كما أن الفعل يعد منسوباً للدولة وفقاً للنظرية التقليدية، إذا كان صادراً من إحدى سلطاتها أو هيئاتها العامة، أو إذا ما أخلت بواجبي المنع والقمع بالنسبة للتصرفات التي تصدر من رعاياها، بينما وجدنا أن الطبيعة الخاصة للضرر البيئي قد أثرت في هذا المفهوم بحيث تكون الدولة مسؤولة عن جميع الأضرار التي تحدثها المشاريع العامة أو الخاصة، ذلك على أساس أن الدولة هي التي منحت التراخيص لتلك المشروعات وبالتالي

تكون مسؤولة عن جميع الأضرار التي تحدثها بالدول الأخرى، وبغض النظر أن كانوا من رعاياها أم لا ما دامت مشاريعهم تعمل تحت إشرافها وبتراخيص منها.

٥- وفيما يتعلق بشرط الضرر عن الفعل غير المشروع، تبين أن هناك اتجاه يدعو إلى قيام المسؤولية الدولية يتحقق شرط الفعل غير المشروع المنسوب إلى الدولة، دونما اشتراط الضرر الفعلي، أي قيام المسؤولية عن الضرر المحتمل، وهو الضرر الذي يحتمل وقوعه في المستقبل، ذلك أن الكثير من حالات الضرر البيئي يصعب فيها تحديد الآثار السلبية لها إلا بعد مرور وقت طويل، مما يستدعي قيام المسؤولية الدولية في تلك الأحوال بمجرد وقوع الخطأ، أي الفعل غير المشروع.

٦- جاءت النصوص الدولية الانسانية خالية من احكام تفصيلية حول المسؤولية عن الاضرار البيئية واكتفت بتقرير قواعد عامة لحماية البيئة من الاضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الامد وهذا يشكل احدى اهم المآخذ على هذه القواعد.

بعبارة ادق ان تزيير المسؤولية بشكل صريح عن انتهاك قواعد الحماية المقررة للبيئة واعتبار هذا الانتهاك يشكل جريمة ضد الانسانية وانتهاك جسيم يضي على هذه القواعد الفاعلية ويحقق هدفها في الزام الدول والتقييد بها.

ومن خلال ما تقدم أن تطبيق الشروط التقليدية المعروفة في ظل قواعد القانون الدولي العام لقيام المسؤولية الدولية في حق الدولة على الضرر البيئي ستبتعد كل البعد عن العدالة، لذلك لابد من أتباع التوصيات التالية :

١- ضرورة التحرر من القواعد التقليدية للمسؤولية الدولية فيما يتعلق بالإضرار التي تلحق بالبيئة، حتى يتسنى توفير متطلبات الحماية الدولية للحفاظ على البيئة.

٢- الدعوة إلى إعادة النظر قواعد المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن التلوث، بالشكل الذي يتوافق مع الطبيعة الخاصة للضرر البيئي، وذلك عن طريق عقد اتفاقية دولية في إطار منظمة الأمم المتحدة تختص بوضع قواعد خاصة للمسؤولية الدولية عن تلك الأضرار مما يحقق مزيداً من الالتزام.

٣- أزام الدول مجتمعة وبموجب معاهدات دولية في ضرورة الامتثال للالتزامات البيئية، وتكريس المبدأ الوقائي في حماية البيئة، لاسيما وان الكثير من حالات التلوث البيئي يصعب فيها إرجاع الحالة إلى ما هي عليها قبل وقوع الضرر.

٤- العمل على إنشاء منظمة دولية عالمية يكون لها إصدار قرارات تنفيذية داخل الدول الأعضاء في جميع المسائل التي تشكل تهديداً جسيماً للبيئة، وان يكون لتلك المنظمة أجهزة تعمل على مراقبة تنفيذ تلك القرارات.

٥- نشر مفاهيم التوعية في الحفاظ على البيئة، سواء على مستوى مؤسسات الدولة بوصفها أشخاص معنوية، أو على مستوى الأفراد داخل تلك الدول، وإن تضطلع الدول المتقدمة بواجبها تجاه الدول النامية في نشر تلك التوعية.

الهوامش

- ١- د. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٥١٧.
- ٢- د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة السابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥، ص ٢٧١.
- ٣- د. عبدالكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٥٩-١٦٤.
- ٤- د. علي صادق أبو هيف، مصدر سابق، ص ٢٧٣.
- ٥- د. جابر إبراهيم الراوي، الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١١، ١٩٨٠، ص ٦٥.
- ٦- د. عبدالسلام منصور الشيو، التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٣.
- ٧- د. غسان الجندي، القانون الدولي لحماية البيئة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٢٤.
- ٨- د. عبدالسلام منصور الشيو، مصدر سابق، ص ٥٥.
- ٩- شارل رسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، الطبعة الأولى، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٣٤.
- ١٠- د. عبدالسلام منصور الشيو، مصدر سابق، ص ٥٣.
- ١١- المادة (١٤٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.
- ١٢- Adem Smeth , responsibility sales of environments degradation , 1993 , P335 .
- ١٣- د. سعيد جويلي، تسوية المنازعات الدولية للبيئة، المجلة الاقتصادية، العدد ٣، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٧.
- ١٤- د. نوري رشيد نوري الشافعي، البيئة وتلوث الأنهار الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١، ص ١٧٧.
- ١٥- د. عبدالسلام منصور الشيو، مصدر سابق، ص ٦٣.
- ١٦- التقرير السادس المقدم من جاريسيا امادور إلى لجنة القانون الدولي / (AC-D 1961/Doc , CN - 4 / (143) .
- ١٧- المادة (٤) من اتفاقية تشغيل السفن النووية لعام ١٩٦٢ .
- ١٨- د. سعيد جويلي، موجة الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٦.

- ١٩- د. صالح محمد محمود بدر الدين، الالتزام الدولي بحماية البيئة من التلوث على ضوء قواعد القانون الدولي للبيئة وقرارات وتوصيات المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٧.
- ٢٠- د. صالح محمد بدر الدين، المسؤولية عن نقل النفايات الخطرة في القانون الدولي طبقاً لأحكام اتفاقية بازل بسويسرا بشأن نقل النفايات الخطرة والاتفاقيات الإقليمية والممارسات الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٨٨.
- ٢١- المصدر السابق، ص ٦٦.
- ٢٢- Alexandre kiss , Tchernobale aula pollution accidentil du Rhin parles produits chemques , AFDI , 1987 , PP. 719 - 727.
- ٢٣- د. عبدالسلام منصور الشيوى، مصدر سابق، ص ٦٨ - ٦٩.
- ٢٤- المصدر السابق، ص ٦٩.
- ٢٥- د. معمر رتيب محمد عبد الحافظ، اتفاقية بازل ودورها في حماية البيئة من التلوث بالنفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٧.
- ٢٦- يقصد بالنقل المشروع للنفايات الخطرة عبر الحدود، كل حركة للنفايات الخطرة والنفايات الأخرى من منطقة تدخل ضمن الاختصاص الوطني لدولة متجهة إلى منطقة أخرى تدخل ضمن الاختصاص الوطني لدولة أخرى، أو أن تكون النفايات في حالة عبور لتلك المنطقة من الدولة الأخرى - الفقرة (٣) من المادة (٢) من اتفاقية بازل لعام ١٩٨٩.
- ٢٧- د. صالح محمد بدر الدين مصدر سابق، ص ١٧٥.
- ٢٨- المادة (١٠) من اتفاقية بازل لعام ١٩٨٩.
- ٢٩- نصت الفقرة (٤) من المادة (٤) من اتفاقية بازل على ما يلي : (يقوم كل طرف باتخاذ التدابير القانونية والإدارية، والتدابير الأخرى الملائمة لتنفيذ أحكام الاتفاقية ونفاذها، بما في ذلك تدابير لمنع التصرفات المخالفة للاتفاقية والمعاقبة عليها).
- ٣٠- د. صالح محمد بدر الدين ، مصدر سابق، ص ١٥٩.
- ٣١- د. احمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة الإسلامي، الطبعة الأولى، جامعة الملك بن سعود، الرياض، ١٩٩٦، ص ٥٠٠.
- ٣٢- تعرف المعاهدات الإطارية في مجال البيئة، على أنها تلك المعاهدات التي تعلن مبادئ لحماية البيئة يجب أن تستخدم كمرتكز للتعاون بين الدول الأعضاء في مجال محدد، مع إعطاء الحرية لوضع إجراءات مفصلة للتعاون في معاهدات لاحقة. A. Kiss , les traits cadres sources du droit de l'environnement , A.F.D.I , 1991 , P. 793.
- ٣٣- الفقرة (٣) من المادة (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ لعام ١٩٩٢.

- ٣٤- سلافة طارق عبدالكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري في بروتوكول كيوتو لسنة ١٩٩٧ وفي اتفاقية تغير المناخ لسنة ١٩٩٢، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٢٠.
- ٣٥- صليحة علي صداقة، النظام القانوني لحماية البيئة البحرية من التلوث في البحر المتوسط، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٩٩٦، ص ٣٠٣.
- ٣٦- المادة (١٩٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.
- ٣٧- د. غسان الجندي، مصدر سابق، ص ٤٢٠٤٦.
- ٣٨- Mary Ellen Oconnell , Enforcement and Success of International Law , Indian Journal of International Law , Vo 103 , issue. 2 , 1999 , P. 3.
- ٣٩- سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، مصدر سابق، ص ٢٥٧.
- ٤٠- المصدر السابق، ص ٢٦١.
- ٤١- ظهرت آراء مختلفة لتفسير سبب اعتماد النصوص القانونية المرنة في العديد من الاتفاقيات الدولية، وهي تجمع على أن القواعد القانونية المرنة تعد قانون في طريقه إلى التكوين، أو أنها تمثل احد مراحل إنشاء وتطوير صيغ جديدة تسبق تبني المجتمع الدولي لها كصيغ قانونية ملزمة.
- ٤٢- د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، شركة سعيد رأفت للطباعة، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٧٢.
- ٤٣- المصدر السابق، ص ١٦٥.
- ٤٤- د. احمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٤٣.
- ٤٥- د. صلاح هاشم، مصدر سابق، ص ٥٣١.
- ٤٦- د. إسماعيل الغزالي، القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٨٣.
- ٤٧- اتفاقية كيوتو، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، موقع الكتروني، www.wikipedia.org.
- ٤٨- د. سحر مصطفى حافظ، الالتزامات المصرية تجاه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حماية البيئة ومدى الامتثال لتطبيقها، موقع الكتروني، www.aun.edu.eg.
- ٤٩- سلافة طارق عبدالكريم الشعلان، مصدر سابق، ص ٢٦٦.
- ٥٠- د. غسان الجندي، مصدر سابق، ص ١٤٤.
- ٥١- المادة (٢١٨) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.
- ٥٢- المادة (١٦) من بروتوكول كيوتو لعام ١٩٩٧.
- ٥٣- المادة (٢٢) من معاهدة حماية البيئة البحرية في منطقة المحيط الأطلسي الشمالي الشرقي لعام ١٩٩٢.

- ٥٤- الفقرة (١) من المادة (٧) من بروتوكول كيوتو.
 ٥٥- الفقرة (١) من المادة (٨) من بروتوكول كيوتو.
 ٥٦- الفقرة (٣) من المادة (٨) من بروتوكول كيوتو.
 ٥٧- سلافة طارق عبدالكريم الشعلان، مصدر سابق، ص ٢٦٧.
 ٥٨- د. غسان الجندي، مصدر سابق، ص ١٥٠.
 ٥٩- Fitzmaurice & Redgwell , Environmental non compliance with procedures ,
 .Netherlands year book of international Law , 2000 , P. 39
 ٦٠- د. غسان الجندي، مصدر سابق، ص ١٤٧.
 ٦١- المصدر نفسه، نفس الصفحة.

المصادر

* الكتب.

١. د. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
 ٢. د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة السابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥.
 ٣. د. عبدا لكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
 ٤. د. عبد السلام منصور الشيوى، التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
 ٥. د. غسان الجندي، القانون الدولي لحماية البيئة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤.
 ٦. شارل رسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، الطبعة الأولى، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢.
 ٧. د. نوري رشيد نوري الشافعي، البيئة وتلوث الأنهار الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١.
 ٨. د. سعيد جويلي، موجهة الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
 ٩. د. صالح محمد محمود بدر الدين، الالتزام الدولي بحماية البيئة من التلوث على ضوء قواعد القانون الدولي للبيئة وقرارات وتوصيات المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
 ١٠- _____ ، المسؤولية عن نقل النفايات الخطرة في القانون الدولي طبقاً لأحكام اتفاقية بازل بسويسرا بشأن نقل النفايات الخطرة والاتفاقيات الإقليمية والممارسات الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
 ١٠. د. معمر رتيب محمد عبد الحافظ، اتفاقية بازل ودورها في حماية البيئة من التلوث بالنفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١١.د. احمد عبدالكريم سلافة، قانون حماية البيئة الإسلامي، الطبعة الأولى، جامعة الملك بن سعود، الرياض، ١٩٩٦.

١٢.سلافة طارق عبدالكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري في بروتوكول كيوتو لسنة ١٩٩٧ وفي اتفاقية تغير المناخ لسنة ١٩٩٢، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٣.صليحة علي صداقة، النظام القانوني لحماية البيئة البحرية من التلوث في البحر المتوسط، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٩٩٦.

١٤.د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، شركة سعيد رأفت للطباعة، القاهرة، ١٩٩١.

١٥.د. احمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

١٦.د. إسماعيل الغزالي، القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ١٩٨٦.

* الدوريات والمنشورات.

١- د. جابر إبراهيم الراوي، الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١١، ١٩٨٠.

٢- د. سعيد جويلي، تسوية المنازعات الدولية للبيئة، المجلة الاقتصادية، العدد ٣، القاهرة، ١٩٩١.

• الاتفاقيات والقرارات الدولية.

التقرير السادس المقدم إلى لجنة القانون الدولي (AC-D 1961/Doc , CN - 4 / 143).

اتفاقية تشغيل السفن النووية لعام ١٩٦٢.

اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

اتفاقية بازل لعام ١٩٨٩.

اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ لعام ١٩٩٢.

معاهدة حماية البيئة البحرية في منطقة المحيط الأطلسي الشمالي الشرقي لعام ١٩٩٢.

بروتوكول كيوتو لعام ١٩٩٧

* المواقع الالكترونية.

١- اتفاقية كيوتو، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، موقع الكتروني، www.wikipedia.org.

٢- د. سحر مصطفى حافظ، الالتزامات المصرية تجاه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حماية البيئة ومدى الامتثال لتطبيقها، موقع الكتروني، www.aun.edu.eg.

* المصادر الأجنبية.

1- Adem Smeth , responsibility sales of environments degradation , 1993 ,.

- 2- Alexandre kiss , Tchernobale aula pollution accedentil du Rhin parles produits chemques , AFDI , 1987.
- 3- Alexander Kiss , les traits cadres sources du droit de l'environnement , A.F.D.I , 1991 .
- 4- Mary Ellen Oconnell , Enforcement and Success of International Law , Indian Journal of International Law , Vo 103 , issue. 2 , 1999.
- 5- Fitzmaurice & Redgwell , Environmental non compliance with procedures , Netherlands year book of international Law , 2000 ,.

العمل على السفن التي ترفع غير أعلام دولتها

أ.م.د. صبا نعمان رشيد الويسي

كلية القانون/جامعة بغداد

المقدمة

تمتاز ظروف العمل على ظهر السفن بطبيعة خاصة تقتضي تنظيمها بشكل مستقل ، ولذلك كان لمنظمة العمل وقفات دقيقة لتنظيم علاقات العمل في البحر فالنقل البحري قد سارع في تطوير الانتاج الصناعي والتبادل التجاري بين الدول ، الا ان خدمة البشرية هذه قد انعكست سلبا على القائمين بهذه الاعمال فكانوا عرضة للاستغلال من قبل صاحب العمل حتى لا يكاد ان ينظم لهم عقدا ، ثم ويتطور وسائل العلاقات الدبلوماسية في المجتمع الدول وقيام العديد منها يرسط نفسها بنظم قانونية ذات وجهين ، يتمثل الاول وما قد يترافق مع هذه العملية التجارية عموما من تحقق لألتزام مادية تخالف طموحات صاحب العمل بالربح ، سواء كان ادائها للعمل على ظهر السفن او كضرائب ورسوم للدول التي تسجل في دورائها الرسمية السفن في حين يتحقق الوجه الثاني له باستقرار العمل لاطمئناتهم على حقوقهم وماتوفره لهم من مردودات تؤمن لهم العيش الرغيد بعيد العمل الشاق ، برزت ازاء ذلك وسائل للتحايل على القواعد القانونية سواء ماكان منها دوليا او داخليا (وان كان اصل دولي بالمصادقة عليه) ، أهمها عملية رفع علم دولة غير دولة التسجيل والاولى قد لاتلزم نفسها بقواعد ذات صفة أمرة او تمنح تسهيلات عند تنفيذ القانون .

إن لقواعد الدولية إذ تعد السفينة التي ترفع علمين على ظهرها كأنها عديمة الجنسية ، الا انها ماتزال في خلاف حول القواعد الواجبة التنفيذ على علاقات العمل التي تتم على ظهر سفينة رفعت علما غير علم دولتها مما يعني الخلاف حول سيادة اي دولة. تبعا لما تقدم سوف نبحت في مطلب تمهيدي تقسيم وتصنيف السفن والبحارة وبث اتفاقيات منظمة العمل الدولية (ILO) بعدها القاعدة التشريعية الدولية لعلاقات العمل يليها مبحث اول يتناول الاتفاقيات تلك بشكل محدود لنلي ذلك مبحث ثاني الخلافات الفقهية وطروحات الاراء حول مسألة القواعد المختصة بتنظيم علاقات العمل عند تحقق رفع علم غير علم دولة السفينة .

مطلب تمهيدي - تصنيف العمال والسفن وفق إتفاقيات وتوصيات منظمة العمل

إذا كانت قواعد علاقات والمنضوية تحت أحكام (قانون العمل) تعد مكملة للنصوص الخاصة التي تحكم علاقات العمل البحرية،^(١) مما يستدعي ان تنظيم (علاقة العمل بأجر وتحت اشراف وتوجيه

(١) المادة (١١٣) قانون التجارة البحرية رقم (٨) لسنة ١٩٩٠ المصري

صاحب العمل) سوف تحكم بقواعد صاحبة ذات أصل في أغلبها دولي،^(١) وهو محور حديثنا للمباحث التالية ، ورغم ذلك فداخل هذا الاستثناء هناك استثناءات تشمل عمال يعملون على سطح السفن وحتى في ذاتها لموقع للعمل او بعدها بشأن العمل فبعض السفن كذلك لا تدخل ضمن إطار حديثنا التالي .

الفرع الأول- السفن حسب التصنيف الدولي لمنظمة العمل (ILO)

بغض النظر عن ملكية السفن سواء كانت مملوكة بشكل عام (للدولة وللمؤسسات العامة) ام كانت مملوكة ملكية خاصة لفرد واحد ام شركة ، فان قواعد منظمة العمل غالبا ماتنظم احكام شمول عمال السفن البحرية دوريا عن السفن النهرية ويبدو ان هناك شرطين هامين كذلك للسريان وهو تسجيل السفن بشكل قانوني ومنظم في اقليم محدد لدولة او تابع لأقليم دولة ما في حين لا يفرق بذلك سواء كانت تستعمل لنقل البضائع او نقل الاشخاص كشرط ثالث^(٢)

ثانيا - السفن المشمولة باحكام الاتفاقيات : تلتقي اغلب الاتفاقيات التي ستكون محور حديثنا حول حقوق العمل على ظهر السفن بشمول السفن التالية بأحكامها :-

١- السفن التي تكون ذات حمولة كبيرة تقدر في أغلب الاحيان بـ(٥٠٠) طن ، وإن كانت منظمة العمل قد عدلت من احكام بعض الاتفاقيات لتشمل حتى السفن التي تتراوح حمولتها الكلية بين (٢٠٠) طن و (٥٠٠) طن^(٣)

٢- السفن المشغلة بشكل آلي سواء كانت لنقل البضائع او لنقل الركاب لاغراض تجارية وبذلك تستبعد السفن العائلية^(٤) ، وفي اغلب الاحيان تشمل السفن التجارية للاماكن البعيدة في حين تستثنى السفن ذات خطوط تجارية قريبة^(٥)

وبذلك سوف نقسم التصنيف الى الشمول والى خلافه بالتالي :-

اولا- السفن غير المشمولة بأحكام الاتفاقيات لاتسري اتفاقيات منظمة العمل على عمال السفن التالية :

أ- السفن الخشبية من الطراز القديم كالسفن الشراعية العربية والصينية والهندية البدائية .
ب- السفن المستعملة بالصيد او العمليات المتصلة اتصالا مباشرا به او في صيد عجول البحر او الاعمال المماثلة .

ج - سفن الخيران او مصاب الانهار.^(١)

(١) د. السيد عيد نايل ، قانون العمل الجديد ، دار النهضة العربية / القاهرة ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص ٧٩ و د. عصام انور سليم ، اصول

قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ منشأة المعاون الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٥

(٢) المادة (١/١) الاتفاقيه رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩ بشأن الاجازات بأجر للبحارة.

(٣) انظر التطور الحاصل في الاتفاقيه الخاصة باسكان الملاحين بين عامي (١٩٤٩) و (١٩٧٠).

(٤) المادة (٢) الاتفاقيه رقم (٩٣) لسنة ١٩٤٩ المعدل.

(٥) المادة (١٢) الاتفاقيات رقم (١٠٩) لسنة ١٩٥٨ .

- د - قوارب الهيردرفيل والقوارب التي تسير بالمرامح الهوائية.
- هـ - السفن ذات الحمولة الصغيرة التي غالبا ما تقل عن (٥٠٠) طن وبعد الاتفاقيات تحدها بأقل من (١٠٠) طن.^(٢)
- و- السفن التي تقوم بالقطر (السفن القاطرة).
- ي - السفن الحربية او السفن الحكومية المستخدمة لغير الاغراض التجارية.^(٣)
- ز - اليخوت للترفيه والنزهة.
- ح - السفن المستخدمة في التجارة الساحلية.

الفرع الثاني - عمال السفن حسب تصنيف منظمة العمل الدولية (ILO)

إن كان التصنيف السابق قد استبعد عدد معين من السفن حسب الطاقة التي تشغل بها ام كانت حمولتها او مكان عملها او نوعها ، فإن الاتفاقيات الدولية المنظمة لعمل العمال على ظهر السفن تستبعد بشكل كلي عمال الموانئ وعمال التفريغ والتحميل لانتقاء عملهم على السفن بطريق الابحار^(٤) ، في حين تستقبل في سريان القواعد الخاصة بكل اتفاقية حسب نظام تطبيقها لذات العمل على السفن في البحر وإن كان قد قسمتهم حسب الخدمات التي يقدمونها بالشكل التالي .

أولا - عمال الملاحة : وهؤلاء الذين يوفرون المقدرة الفنية اللازمة لتسيير السفن في البحار^(٥) ، بمعنى العمال المختصون بالجانب الاداري والهندسي للابحار^(٦) ويتكونون من :-

- ١- الربان وهو الشخص الذي يتولى قيادة السفينة .
- ٢- ضباط الملاحة المكلفين بنوية الملاحظة وهم غير المرشدين ممن يتولو فعلا يسيير السفينة او مناورتها.
- ٣- كبير المهندسين وهو الشخص الذي يتولى مسؤولية ادارة القوى الميكانيكية المحركة للسفينة بشكل دائم .
- ٤- الضباط المهندسين وهم ممن يكفون بنوية الملاحظة أي ادارة الات السفينة وهؤلاء محدد عددهم حسب حمولة السفينة .
- ٥- عمال اللاسلكي وبقية عمال الاتصالات .

(١) المادة (٣/١) الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩ .

(٢) المادة (١) الاتفاقية (١٣٣) لسنة ١٩٧٠ المعدل للاتفاقية بشأن اسكاي الملاحين على ظهر السفينة لسنة ١٩٤٩ .

(٣) المادة (١) الاتفاقية رقم (٥٣) لسنة ١٩٣٦ بشأن الحد الأدنى للصلاحيه الفنية الواجب توافرها في ربانة وضباط السفن التجارية .

(٤) المادة (١) الاتفاقية رقم (٥٤) لسنة ١٩٣٦ بشأن الاجازات السنوية بأجر للبحاره.

(٥) المادة (٢) الاتفاقية رقم (٥٣) بشأن الحد الأدنى للصلاحيه الفنية الواجب توافرها في ربانة وضباط السفن التجارية لعام ١٩٣٩ والداخله حيث التنفيذ عام ١٩٣٩

(٦) يقصد بالبحار عضو فريق البحاره غير ربان السفينة او الضابط وهم البحار المؤهلين ويقصد بالبحار الكفو اي شخص تقتض فيه القوانين او اللوائح الوطنية او الاتفاقيات الجماعية القدرة على القيام بأي عمل يطلب من بحار ذي رتبة صغيرة على ظهر السفينة بالاضافة الى الاعمال الخاصة بالقيادي او البحارة المتخصصين مادة (٤) الاتفاقية رقم (٧٦) لسنة ١٩٦٥ .

- ٦- ضباط الارتباط بالميناء والسلطات في الموانئ .
- ٧- ضباط الادارة والحسابات والامدادات .
- ٨- ضباط وعمال الانقاذ ومسؤول ادارة زوارق النجاة .
- ٩- عمال خزن وادارة مصاد الطاقة في السفينة .

ثانيا - عمال الخدمات الصحية والطبية: وتتمثل هؤلاء في القطاع الطبي للسفن :-

١- الاطباء

٢- موظفي التمريض

٣- عمال الخدمة الاخرين في المستشفيات المحمولة على السفن^(١)

ثالثا - عمال الخدمات العامة: وهؤلاء يشمل العمال ممن يتولون خدمة البحارة والضباط وركاب السفن إذا كانت بحاجة الى ذلك .

١- الطباخين ومساعدين الطباخين

٢- عمال التنظيف والاستقبال والتسجيل

٣- عمال المقاهي والمطاعم

٤- الفرق الموسيقية والمغنين على السفن

رابعا - استثناءات عامة: وهم من فئات من مختلف الدرجات والتصنيفات الوظيفية يستثنون في تطبيق

الاتفاقيات الدولية بشكل عام وهم :-

١- الاشخاص المستخدمون في اية سفينة يكون ملاحوها جميعا افراد اسرة صاحبها كما تحددها القوانين الداخلية ، مما يعني تحديد مفهوم الاسرة عائد الى القانون لتحديد شروطها^(٢) .

٢- الاشخاص الذين يعملون كلية او اساسا لحسابهم الخاص .

٣- الاشخاص الذين لا يتقاضون عن خدماتهم اجورا نقدية او غير نقدية مرتبا او اجورا اسمية او يتقاضون لقاء ذلك نسبة معينة من الربح .

٤- الاشخاص الذين تقتصر واجباتهم على العناية بالبضاعة المحمولة على ظهر السفن ولا يعملون في خدمة صاحب السفينة ، او ربانها .

٥- عمال الشحن والتفريغ .

الاستثناءات الخاصة : يلاحظ ان القواعد الخاصة بتنظيم علاقات العمل غالبا ما تستثني فئات خاصة (كالاحداث) من العمل بشكل مطلق على ظهر السفن كما في حالة منع تشغيل العمال الاحداث الذين تقل

(١) المادة (٣) الاتفاقية رقم (٥٧) بشأن تجهيز للساعات العمل بجهاز القوة العاملة على ظهر السفن ١٩٣٦ الداخلة ١٩٦٥

(٢) المادة (١) الاتفاقية رقم (٥٤) بشأن الاجازات السنوية بأجر البحارة المعدلة لسنة ١٩٣٦ والداخلة حيز التنفيذ سنة ١٩٦٥

اعمارهم عن ستة عشر عاما من ان يعمل ليلا^(١) ويقصد بعبارة الليل هي الفترة التي لا تقل عن تسعة ساعات متصلة تبدأ قبل منتصف الليل وتستمر بعده حسبما ما تقرره قوانين او انظمة الدولة^(٢) في حين لم نجد في الاتفاقيات الدولية ما يحظ تشغيل النساء على ظهر السفن وخصوصا اذا كانت مملوكة للعائلة ، بل ان قانون العمل العراقي النافذ والذي تغلب احكامه ذات الاصول الدولية على القواعد الداخلية الناشئة بجواز تشغيل النساء ليلا اذا كانت في المواصلات.^(٣)

المبحث الاول

القواعد الدولية للعمل في البحر

تعد الاتفاقيات والتوصيات الدولية منار القواعد الداخلية في الدول عند الالتزام بها بأقرارها بقانون ، حيث كان لمنظمة العمل الدولية اهتماما بالغا في العمل البحري لمعانة العمال المتناسقة ايا كانت الدولة التي ينتمون اليها الا ان موضوع حديثنا حول حقوق العمال في العمل البحري من حيث القواعد الدولية المنظمة لذلك سيأخذ تشكيلا عاما بأدرجنا للاتفاقيات المقررة بذلك وشكلا خاصا في موضوع بحثنا حول حقوق العمال على ظهر السفن الرافعة علما من غير علم دولتها .

المطلب الاول- الاتفاقيات الدولية للعمل في البحر

تراوحت تنظيم عمل العمال في العمل بالبحر في اطار اتفاقيات منظمة العمل الدولية حول الحقوق التي تتناولها بموجب اتفاقياتها التالية اتباعا :

الفرع الاول - الرعاية الطبية

ان المخاطر التي يوجهها العمال والظروف غير الطبيعية للعمل البحري ناهيك عن البعد عن اليابسة حيث تتوفر الرعاية الطبية الدقيقة تتطلب التركيز في المجال الاول حول تنظيم الرعاية الطبية

(١) المادة (٢٥١/١١) الاتفاقية رقم (٥٧) بشأن ساعات العمل وتجهيز القوة العاملة على ظهر السفن المعدلة بالاتفاقية رقم (٧٦) والاتفاقية (٩٣) والاتفاقية (١٠٩) لسنة ١٩٥٨

(٢) ويلاحظ خطر تشغيل الاحداث ممن تقل اعمارهم عن ثمانية عشر سنة في سفن الصيد التي تدار بالفحم كعمال في قاع السفينة او كوقادين طبقا للاتفاقية رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٩ بشأن السن الأدنى لتشغيل صيادي الاسماك والداخل حيز التنفيذ سنة ١٩٦١ وهو كما يبدو ذات اتجاه قانون العمل العراقي بحضر تشغيل الاحداث في الاعمار بين (١٥ - ١٨) سنة بصفة وقادين او مساعدي وقادين لصعوبة هذه الاعمال وقابليتهم للاصابة بالامراض من جراء العمل بوقود السفن . مادة (٩٠/ثانيا) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل .

(٣) او اتصالات او في المجال الطبي حسب الاحوال . مادة (٨٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل

اولا - الفحص الطبي للاحداث والشباب:(^١) حيث لايجوز تشغيل الاحداث والشباب ممن تقل اعمارهم عن (١٨) سنة على ظهر السفن عدا السفن التي يعمل عليها افراد الاسرة الواحدة (^٢) ، الا بعد تقديم شهادة طبية تثبت لياقتهم البدنية لمثل هذا العمل على ان تكون موقعة من طبيب تعتمده السلطة المختصة.

ثانيا - الفحص الطبي للبحارة : حيث تناولت الاتفاقية السابقة العمال الاحداث ووجوب فحصهم فقد عالجت الاتفاقية رقم (٧٣) لسنة ١٩٤٦ والداخلة دور التقيد في اب ١٩٥٥ (بشأن فحص التجارة طبيا) موجب فحص البحارة عموما ، فقد حددت وجوب اختلاف الفحص الطبي من بحار الى اخر حسب سنة وطبيعة (^٣) عملة على ان يثبت في الشهادة الطبية الاتي:- (١) حالة الحواس للبحار مقبولة (سمع ، بصر ، ابصار الالوان) (٢) عدم معاناة امراض تهدد الاخرين وقد تتفاهم من جراء العمل على ظهر السفينة .

ثالثا - التأمين الصحي:(^٤) يؤمن على كل شخص يستخدم بوصفة بحارا في دول تسري عليها احكام هذه الاتفاقية بموجب نظام للتأمين الصحي الاجباري مما يوفر له الرعاية الطبية في حال المرض (خاصة الادخال الى المستشفى و التعويض النقدي في حالة فقدان القدرة على اداء العمل للمرض)^(٥)

رابعا- الضمان الاجتماعي(^٦) لكل بحار حقهم في ارض الدولة التي سجلت فيها السفينة ، بترك اثناء الرحلة على ارض دولة اخرى بسبب اصابته اثناء الخدمة على السفينة بشكل غير متعمد يتحقق الرعاية الطبية حتى يشفى وبدلا ماليا يعادل ١٠٠% من اجرة حتى حصوله على عمل مناسب او حتى يرحل الى وطنة .

الفرع الثاني - الرعاية الاجتماعية (الاسكان ، الاحفام ، الترحل)

يترتب على كل عضو من اعضاء منظمة العمل الدولية مراعاة تطبيق احكام الاتفاقيات الخاصة برعاية العمل اجتماعيا يرضاه لذاته الانسانية خلال عمله على ظهر السفن ، وحيث تتمثل الرعاية الاجتماعية في المحاور الآتية :-

اولا - الاسكان: حيث الزمت الاتفاقية رقم (٧٥) (بشأن اسكان الملاحين على ظهر السفينة) لسنة ١٩٤٦ والداخلة حيز التنفيذ سنة ١٩٦٥(^٧) بوجوب ترتيب مواقع الاسكان والملاحين على ظهر السفينة بمراعاة الاتي:

(١) الاتفاقية رقم (١٦) بشأن الفحص الطبي الاجباري للاحداث والشباب الذين يشتغلون على ظهر السفن لعام ١٩٢١ والتي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٢٢ .

(٢) مادة رقم (٢) من الاتفاقية رقم (١٦) لسنة ١٩٢١ .

(٣) مادة (٢/٤) اتفاقية رقم (٧٣) بشأن الفحص البحارة طبيا لعام ١٩٤٦

(٤) الاتفاقية رقم (٥٦) بشأن التأمين الصحي للبحارة لعام ١٩٣٦ والداخلة حيز التنفيذ عام ١٩٤٩

(٥) مادة (٣) و (٢) من الاتفاقية السابق

(٦) الاتفاقية رقم (٧٠) بشأن الضمان الاجتماعي للبحارة

(٧) تم تعديلها عام ١٩٤٩ بالاتفاقية رقم (٩٢) حيث املت لسريان الاتفاقية الجديدة .

- ١- ترتيب مواقع الاسكان عند تشييد السفينة مع مراعاة مراقبة السلطات المختصة لذلك^(١)
 - ٢- تطبيق معايير الامان عند الاسكان تعزل الجدران الواقية بشكل كاف عن الحرارة
 - ٣- مراعاة الجوانب الصحية وخاصة المقلعة بالتهوية مع توفير التدفئة والتبريد بكل هذه الغرفة مع توفير الانارة الكافية^(٢)
 - ٤- لايجوز ان تكون الغرف تحت خط الطفو والا تقل مساحة الفرغة للفرد الواحد عن مساحة كافية تقدرها جهات هندسية محددة^(٣) والا توضع في مقدمة السفينة بحيث تتعرض لخطر الاصطدام
 - ٥- مراعاة الرتب الدرجات عند توزيع الغرف
 - ٦- مراعاة ان تكون الغرف ذات مساحة كافية للحركة وان توضع اسماء البحارة عليها بخط واضح بحيث تسهل قراءة^(٤)
 - ٧- ان توجد اماكن كافية لطعام البحارة^(٥)
 - ٨- ان تتوفر في السفينة مرافق صحية كافية مشتملة على احواض غسيل واستحمام و دش مع توافر الماء البارد والحار ومواد الغسل^(٦)
- ثانيا - إطعام العمال على ظهر السفينة:** إن مهمة صاحب العمل بموجب الاتفاقية رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٦ الداخلة حيز التنفيذ عام ١٩٥٧ لا يكون باطعام العمال فقط وانما الارتقاء بمستوى الطعام وتقديم الوجبات للطاقم^(٧) ، وبذلك تلزم الدولة تنفيذها إما عن طريق القوانين فإن لم تكن هناك وجب ذلك عن طريق الاتفاقيات الجماعية بين اصحاب العمل و العمال^(٨) ، مما يستدعي:-
- ١- الرقابة المركزية ، حيث توضع لوائح متعلقة بتوريد الطعام والمياه وتقديم الوجبات في كل سفينة مع مراعاة النقيش على مصادر المياه والاعذية والترتيبات الخاصة بالتخزين ناهيك عن منح شهادات صلاحية لافراد قسم التغذية ممن يتوجب ان تتوفر فيهم صفات خاصة^(٩)، مع مراعاة النقيش في حال تقديم الشكاوي.
 - ٢- المستوى الغذائي فيكون تقديم الطعام والوجبات مما يؤدي الى صيانة الصحة والرفاهية لبحارة السفينة، فيكون تقديم الطعام المساء مناسباً من حيث القيمة الغذائية والجودة والتنوع للبحارة.^(١٠)

(١) مادة (٢٤) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٩

(٢) مادة (٩) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٦

(٣) مادة (١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٦

(٤) مادة (٩/١ ، ١٠) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٦

(٥) مادة (١١) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٦

(٦) مادة (١٣) الاتفاقية رقم (٧٥) لسنة ١٩٤٦

(٧) وانظر في سبيل ذلك الاتفاقية رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ والداخلة حيز التنفيذ ١٩٥٣ بشأن الاستخدام لطهاة يكون لديهم لياقة مهنية

(٨) مادة (٢/١) الاتفاقية رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٦ بشأن الغذاء وتقديم الوجبات للبحارة على ظهر السفن

(٩) مادة (٢) الاتفاقية رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٦

ثالثا - إعادة العمال على ظهر السفينة الى وطنهم : حيث يجري إعادة العمال ممن يعملون على ظهر

السفينة الى وطنهم فعليا او بتحمل التكاليف في الاحوال الاتية :-

١- الاعادة اثناء سريان العقد او عند نهايته : سواء كان ذلك بالاعادة الفعلية الى وطن البحار او الى الميناء الذي تم التعاقد معه فيه ، ويتساوى في ذلك التشغيل بعمل مناسب على ظهر السفينة اخرى قاصدة بلدة (٢)

٢- العامل الاجنبي : في حالة الاستخدام لبحار اجنبي في غير بلده، يتم اعادته حسب قانون دولته وإذا لم يكن هناك قانون ينظمه يتم اللجوء الى العقد الذي تم استخدامه على اساسه(٣)

٣- يجب الايتحمل البحار نفقات عوته الى وطنه إذا كانت السفينة قد تركته ورائها في البحر للاصابة اثناء الخدمة في السفينة او لغرقها او مرضه بشكل غير متعمد او للفصل ، مع وجوب مراعاة دفع مصاريف السفر الاقامة الغذاء والسفر كاملة من ذلك واذا اهملت سفينة ما لغرض اعادته مع تكلفة بعمل ما وجب دفع كامل الاجر عن الاعمال التي يؤديها على ظهرها.(٤)

٤- تكون السلطة العامة في الدولة التي سجلت السفينة منها مسؤله عن مراقبة إعادة افراد الطاقم الى اوطانهم بغض النظر عن جنسية البحار وعلى ان تتحمل السلطة العامة نفقات الاعادة الى الوطن(٥)

المطلب الثاني - القواعد المنظمة للعمل على ظهر السفن

إن تنظم العمل على ظهر السفن بما يترتب عليه حقوق كلا طرفيه (العامل ، صاحب العمل) من بدييات علاقة العمل إيا كان مكان اداء الالتزامات بما يترتب على ذلك تحديد للعلاقة في اطار من الحقوق والواجبات .

الفرع الاول - عقد العمل

يبدو فعليا إهتمام المنظمة الدولية لاثبات حقوق كلا من طرفا عقد العمل البحري من خلال الزام الدول الموقعة للاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦(٦) ، بموجب ان تكون (عقود استخدام البحارة) مكتوبة وبذلك تخرج الاتفاقية المذكورة من نطاق تطبيقها العقود التي تبرم مشافهة من خلال الاشتراطات التالية :-

اولا - رقابة السلطة المختصة: بذلك تضمن الاتفاقية رقابة السلطة المختصة ان مواد عقد الاستخدام قد عرضت عليها كتابة وان كل من مالك السفينة او من يمثله وكذا العامل (البحار) قد امنا عليها(٧) هذا من

(١) مادة (٥) الاتفاقية رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٦

(٢) مادة (١/٣ و ٢) الاتفاقية رقم (٢٣) بشأن إعادة البحارة الى وطنهم لسنة ١٩٢٦ الداخلة حيز التنفيذ لعام ١٩٢٨.

(٣) مادة (٣/٣) الاتفاقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٢٦.

(٤) مادة (٤) و (٥) الاتفاقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٢٦.

(٥) مادة (٦) الاتفاقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٢٦.

(٦) دخلت حيز التنفيذ في نيسان ١٩٢٨.

جهة ومن جهة اخرى تلزم الاتفاقية بموجب مطابقة بنود العقد المبرم بين طرفي العقد لنصوص القانون المختص بتنظيم علاقة العمل فإن لم يوجد تنظيم وطني (قومي) وجب عدم مخالفة الاتفاقية ناهيك عن وجوب وجود نص تشريعي داخلي يضمن للعامل الاطلاع على بنود العقد الذي ابرمه مع صاحب العمل بما جعله على بينه من التزامه^(٢)

وخاصة في مجال القواعد المتعلقة بالاختصاص القاضي من حيث الاشراف على العقد والرقابة على تنفيذ احكامه.^(٣)

ثانيا - موضوعية العقد: يجب ان يحدد العقد بموضوع حقوق كلا من طرفيه ناهيك عن واجباتها ، إن الاستدلال على طرفي العقد يتطلب اضافة الى تحديد الالتزامات لكل من طرفية تحديد ماهيتهما ، اي تحديد الطرف الاول بشكل يتضمن كاملة المعلومات عنه وكذا الامر بالنسبة للطرف الثاني بما يستدعي تحديد تاريخ ابرام العقد ومواعيد الرحلات وعدد الرحلات.^(٤)

ثالثا - مدة العقد: ان تنظيم العقد لمدة العقد ترتبط بطبيعة عمل العامل على ظهر السفينة حينما اذا كان عملا دائما (عقد عمل غير محدد) ام عمل محدد لمرحلة واحدة الا ان ذلك يرتبط باجازة القوانين الداخلية الابرام عقود عمل محددة المدة ام لا.^(٥)

رابعا - انتهاء العقد: مما كان طبيعة العقد من حيث الزمان سواء كان محدد المدة ام غير محدد المدة فإنه ينتهي قانونا في الاحوال التالية:-^(٦)

١- التقايل (باتفاق الطرفين المتبادل).

٢- وفاة البحار.

٣- فقدان السفينة او عدم صلاحيتها كليا للملاحة.

٤- اسباب يحددها التشريع الوطني.

الا ان هناك اسباب لانتهاء يختص بها العقد اذا كان غير محدد المدة بنقض احد طرفية لأي من بنوده وفي اي ميناء ترسو فيه السفينة لشحنها او لتفريغها بشرط اعطاء مهلة قانونية للانتهاء لمدة لاتقل عن ٢٤ ساعة.^(٧)

(١) مادة (٣/٣) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٨.

(٢) مادة (٤/٣) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦.

(٣) مادة (٤) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦.

(٤) مادة (٣/٦ ، ٥ ، ٦) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦

(٥) مادة (١/٦) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦

(٦) مادة (١) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦

(٧) مادة (٩) الاتفاقية رقم (٢٢) لسنة ١٩٢٦

الفرع الثاني - تحديد سن العمل على ظهر السفن

تحدد الاتفاقيات الدولية حدا ادنى لسن العمل يستدعي بطلان التشغيل لأقل من ذلك ، حددت الاتفاقية رقم (٨٥) بشأن تحديد السن الأدنى للاشغال البحارة بالملاحة البحرية لسنة ١٩٣٦ المعدلة سن العمل بخمسة عشر سنة ، حيث ثبت سن العمل للبحارة بالاجازة بسجل خاص يبين تاريخ ملاذهم^(١) الا انه رغم ذلك هناك استثنائين احدهما استثناء سلبي والآخر ايجابي مما يمزق قاعدة الحد الأدنى للتشغيل

اولا - الاستثناء الايجابي: تتمثل ذلك بجوز تشغيل الاحداث على ظهر السفن دون الخامس عشرة في الحالات الاتية :

- ١- العمل على سفن لا يشتغل فيها سوى افراد الاسرة الواحدة^(٢)
- ٢- العمل في سفن المدارس او سفن التدريب مادام هذا العمل قد اعتمد من قبل السلطة العامة ، ويؤدي الحدث دون الخامس عشرة تحت اشرافها^(٣)
- ٣- اباحة التشغيل لمن كان في الرابعة عشرة بمنحة اجازة للعمل من قبل السلطة التعليمية اذا كانت القوانين الداخلية غير ذلك استثناء بعد التأكد من الاعتبارات الصحية والجسمانية للعامل.^(٤)

ثانيا - الاستثناء السلبي

ونعني به عدم جواز تشغيل الحدث ومن كان عمره يقل عن (١٨) سنة بصفة وقاد او مساعد وقاد وذلك بصعوبة العمل وتسببه بامراض خطيرة ، حيث يثبت كم الاحداث ممن كانوا اقل من سن الرشد في سجل خاص مع تقييد دقيق للاعمال التي يؤديونها الا ان احكام هذا الاستثناء يرد عليه اجازة للعمل في الحالات الاتية رغم خطورته:-

- ١- عمل الاحداث على ظهر السفينة الدراسية او سفن التدريب مع مراقبة السلطة المختصة لهذا التشغيل^(٥)
- ٢- تشغيل الاحداث على سفن يجري تسييرها اساسا بوسيلة غير استخدام القوى البخارية.^(٦)
- ٣- تشغيل الاحداث ممن لا يقل اعمارهم عن (١٦) سنة اذا كانت قادرين على اداء عمل وقادا ومساعد وقاد في سفن تعمل للتجارة الساحلية على شواطئ الهند واليابان.^(٧)

(١) مادة (٤) الاتفاقية رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٦ الداخلة حيز التنفيذ ١٩٣٩.

(٢) مادة (١/٢) الاتفاقية رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٦.

(٣) المادة (٣) الاتفاقية رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٦.

(٤) مادة (٢/٢) الاتفاقية رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٦.

(٥) اي اعلى من الحد الأدنى لسن العمل على ظهر السفن وهو (١٥) سنة .

(٦) المادة (٥) الاتفاقية رقم (١٥) لسنة ١٩٢١ بشأن تحديد السن الأدنى التي يجوز فيها تشغيل الشباب وقادين او مساعدين وقادين

والداخلة حيز التنفيذ في ١٩٢٢.

(٧) مادة (٣) الاتفاقية رقم (١٥) لسنة ١٩٢١.

الفرع الثالث - تنظيم الاجازات السنوية

بغية اراحة العمال على ظهر السفن وتحديد نشاطهم السنوي فقد الزمت الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩ والداخلية حيز التنفيذ عام ١٩٦٥ الدول النص على استحقاقهم اجازة سنوية في السفن البحرية المسجلة على اقليم تسري عليه هذه الاتفاقية^(١) ، على ان منح الاجازة السنوية تنظيم بالشكل الاتي :-
اولا- شروط استحقاق الاجازة السنوية: يحق لكل عامل تسري عليه الشروط القانونية للأتفاقية الحصول على اجازة سنوية بعد خدمة متواصلة لمدة اثني عشر شهرا مدتها :-

١- الضابط والريان يمكنهم الحصول على (١٨) يوم عن كل سنة خدمة
 ٢- غيرهم من الملاحين ، يحصلون على (١٢) يوم عن كل سنة خدمة
 ٣- عند ترك الخدمة وبعد ستة اشهر متصلة يحق للعامل الحصول عن كل شهر خدمة اجر يوم ونصف عن الفئة الاولى واجر يوم عن الفئة الثانية ، ويلاحظ انه يستحقون بنفس الاحكام استحقاقاتهم في حال الصرف من الخدمة دون خطأ^(٢)

٤- الاستبدال بالعمول النقدي إذا اقتضت ظروف الخدمة عدم منحها للعامل
ثانيا - حساب أجر الاجازة السنوية : يتقاض كل عامل يحصل على إجازته السنوية بحكم المادة الثالثة من ذات الاتفاقية على اجره العادي عن مدة الاجازة كاملة مع حساب ملحقات الاجر (بدل اعاشة) بالطريقة التي بينها القوانين الداخلية للعمل او الاتفاقيات الجماعية^(٣)

ثالثا - مواعيد الحصول على الاجازة السنوية للبحارة : تمنح الاجازة السنوية عند استحقاقها في اول فرصة تسمح بها احتياجات العمل على ان يكون ذلك بالاتفاق المتبادل بين طرفي العلاقة بحيث لايجوز ان يطلب من العامل بدون موافقة ان يبدأ اجازته في ميناء غير الاقليم الذي استخدم فيه او في غير موطنه^(٤)

رابعا - احكام خاصة للاجازة السنوية

أ- في حساب مواعيد استحقاق الاجازة السنوية للعمال على ظهر السفن لاتدخل الايام الاتية بحسابها :-
 ١- الاعياد الرسمية او التقليدية
 ٢- الانقطاع عن الخدمة المرض او لاصابة عمل

(١) التي سبقت بالاتفاقيتين رقم (٤٥) لسنة ١٩٣٦ ورقم (٧٢) لسنة ١٩٤٦.

(٢) مادة (٣) الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩

(٣) المادة (٥) الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩

(٤) مادة (٤) الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩

ب- يعتبر العمل دون عقد استخدام رسمي مدة للعمل المتوصل كما لا تعتبر فترات انقطاع التي لاتزيد جملتها على ستة اسابيع خلال سنة العمل قاطعة لمدة الخدمة ، كما لا تقطع خدمة العامل تغيير ادارة السفينة او ملكيتها او حتى تغييرا في السفن التي خدم فيها (١)

ج- يجوز تجزئة الاجازة السنوية المستحقة كما يجوز تجميعها عن السنة الواحدة للسنة اللاحقة اذا نظمت ذلك القوانين الداخلية للأقليم الذي سجلت فيه السفينة او كان هناك اتفاقا جماعيا

الفرع الرابع- اجور وساعات العمل على ظهر السفن

ان المصادر التنظيمية لعلاقة العمل والمتمثلة بوجهي التزامات وحقوق كلاً من طرفي العلاقة (الاجور يقابلها ساعات العمل) __ لعمال السفن قد عالجتها المنظمة الدولية للعمل في اكثر من اتفاقية وصولا للاتفاقية رقم (١٠٩) لسنة ١٩٥٨ والتي بذلك نتناولها في محورها اجر وساعات العمل .

اولا- ساعات العمل على ظهر لسفن: ويقصد بساعات العمل (الوقت الذي يطلب فيه من شخص (٢) بناء على او امر من رئيسه القيام بأعمال في خدمة السفينة او صاحبها) وبناءا على هذه الاتفاقية تقسم ساعات العمل حسب موقع السفينة:-

السفن التجارية القريبة

١- السفينة في الميناء

أ- يوم الراحة الاسبوعية اعمال عادية واعمال نظافة لساعتين

ب- غير ذلك من الايام ثمان ساعات مالم ينص الاتفاق الجماعي على اقل من ذلك

ج- كل ساعات عمل تضاف الى ذلك يستحق عنها العامل اجرا اضافيا

د- اذا زاد ساعات العمل عن (١١٢) ساعة في خلال اسوبعين يستحق عنها العامل اجازة

٢- السفينة في عرض البحر لاتزيد على اربع وعشرين ساعة ليومين متتاليين مهما كانت الظروف

السفن لنقل الركاب

١- السفينة في الميناء يكون لعشر ساعات اثناء وجود الركاب

٢- السفينة في عرض البحر عشر ساعات في عرض البحر وايام الابحار وان لاتزيد مدة العمل المتصل على (١٤) ساعة متصلة .

السفن الاخرى التجارية

١- بالموانئ

أ- خمس ساعات في ايام الراحة الاسبوعية

(١) مادة (٣) الاتفاقية رقم (٩١) لسنة ١٩٤٩

(٢) المادة (١٢/٤ د) الاتفاقية رقم (١٠٩) لسنة ١٩٥٨ بشأن ساعات العمل على ظهر السفينة وتزويد السفن بالرجال

ب- ثمان ساعات في اليوم السابق على يوم الراحة الاسبوعية
 ج- ثمان ساعات في اي فترة على ان لايزيد تواجد العامل على (١٢) ساعة
 ٢- عند الابحار تسع ساعات في اي فترة للعمل سواء كانت السفينة في عرض البحر وايام الابحار او الوصول على ان لايزيد تواجده على (١٣) ساعة ولايدخل من ضمن ذلك بحيث لا يحتسب اجرا اضافيا :-
 ١- الاعمال التي يقرر فيها الربان أنها ضرورية عاجلة كتأمين سلامة البضاعة او السفينة او الاشخاص الذين على متنها .

٢- الاعمال التي يطلبها الربان لمساعدة في السفن والاشخاص الذين انتابتهم محنة

٣- نداءات الاستغاثة والتمرينات على النزول بقارب البحار

٤- اعمال الجمارك والحجر الصحي ^(١)

٥- تحديد موقع السفينة بالرصد الجوي

تقييد التشغيل الليلي: حيث لايجوز تشغيل اي شخص دون السادسة عشر ليلاويقصد بالليل الفترة الواقعة قبل منتصف الليل ومابعده لمدة لاتقل عن تسع ساعات^(٢)

ثانيا - اجور العمل على ظهر السفن: تستخدم المنظمة الدولية معيارا لتحديد اجور العمل على ظهر السفن لمبدأ اجر العامل البحار الكف في الولايات المتحدة وبريطانيا وايرلندا بمقدار مايعادل (٦٤) دولار حيث يعاد تقدير قيمته اذا كان هناك اية تغييرات على سعر الصرف بالعودة الى صندوق النقد الدولي
 ١- تحديد أجر العمال في السفينة الواحدة في حالة السفينة التي تستخدم فئات معينة في البحارة مما يتطلب الامر استخدام عدد يزيد عما يكون فيه عادة فيجب ان يكون اجر البحار لايقبل عن الحد الادنى للاخر المحدد سابقا مع مراعاة :-

أ- تحديد الاجر وفقا لمبدأ الاجر المتساوي للعمل المتساوي

ب- يؤخذ في الاعتبار العدد الاضافي للعمال ذات زيادة النفقات يتحملها صاحب السفينة

٢- قيمة الغذاء إذا لم تقدم وجبات الغداء دون مقابل يرفع الحد الادنى لأجر العمال او الاجر الاساس بمقدار يتحدد باتفاقية جماعية بين منظمات اصحاب السفن والبحارة المختصة او السلطة المختصة .

٣- اجراءات رقابية : يحدد سعر كل اجر وفق فترة لاتتجاوز شهر كانون الثاني او الشهر الذي يليه مع امكانية اتخاذ الدولة الاجراءات الضرورية الاتية :-

أ- استخدام نظام للاشراف والعقوبات لضمان عدم دفع اجور اقل من الحد الادنى المقرر .

(١) المادة (١٩) الاتفاقية رقم (١٠٩) لسنة ١٩٥٨

(٢) المادة (٢) الاتفاقية رقم (٢٠) لسنة ١٩٥٨

ب- ضمان صرف أجر كل عامل وقت الاتفاقيات الدولية وإن قل عن ذلك استرداد الفرق بإجراءات قضائية او غيرها على ان تكون (سريعة وغير ذي نفقة على العامل).^(١)

الفرع الخامس - ضمان اصابات العمل

حماية للعمال على ظهر السفن مما يلحقهم من جراء العمل سواء كان مرضا او (اصابة مهنيتين) ، فإنه يلزم صاحب العمل بالرعاية والتعويض وفق شروط محددة

اولا :- نطاق الحماية : تشمل التزامات صاحب السفينة في الرعاية والتعويض بالشكل الاتي :-

١- التعويضات: وتشمل تعويض العامل عن الامراض المهنية واصابات العمل في الاتي :-

أ- المرض او الاصابة التي تحدث خلال الفترة الواقعة بين عقد الاستخدام وانقضاء المدة.^(٢)

ب- الوفاة الناشئة عن اي من المرض او الاصابة.

٢- الاستثناءات .

أ- الحادث الذي لايقع على السفينة

ب- الحادث او المرض الناشئين عن اهمال متعمد او خطأ مقصود او سؤ سلوك من جانب المريض او المصاب بحادث او المتوفي

ج- المرض او العاهة التي يتعمد العامل اخفائها عند دخولة الخدمة

د- حرمان العامل من التعويض اذا امتنع العامل عن الفحص الطبي عند الحاجة بالخدمة

٣- الرعاية الطبية: وتشمل الرعاية الطبية التي يلتزم بها صاحب السفينة وتتمثل في الاتي :-

أ- العلاج الطبي وتقديم الادوية اللازمة والكافية وكذلك اجهزة العلاج

ب- الطعام والمسكن

ثانيا :- مسؤولية صاحب العمل: حيث يلتزم صاحب السفينة بدفع نفقات علاج المريض او المصاب بحادث ورعاية طبيا الى ان يتم شفاؤوه او ان يثبت ان شفاؤوه لا امل منه او انه تخلفت لديه عاهة. على انه التزام صاحب يقيد بالتالي :-

١- مسؤولية صاحب العمل على تحمل تكاليف العلاج الاعالة حدة لا تقل عن (١٦) اسبوع من تاريخ وقوع

الاصابة او المرض وينظم ذلك بالقوانين الداخلية .

(١) المادة (١٠) الاتفاقية رقم (١٠٨) لسنة ١٩٥٨

(٢) المادة (٢) الاتفاقية رقم (٥٥) بشأن مسؤولية صاحب السفينة في حالات مرض البحارة او اصاباتهم او وفاتهم دخلت الاتفاقية حيز

٢- يعفى صاحب العمل من مسؤوليته اذا وجد نظام تامين اجباري ضد المرض والاصابة المهنيين على شرط ان يطبق احكامه على البحارة في البلد الذي سجلت فيه السفينة فبالامكان تنظيم الامر بقانون بالشكل التالي :-

أ- انتهاء مسؤولية صاحب العمل بتجاه المريض او المصاب من وقت استحقاقه للمزايا المقررة بالعلاج او التعويض بنظام التأمين .

ب- انتهاء مسؤولية صاحب العمل في الوقت المحدد للحصول على المزايا الطبية للمنتفعين من نظام التأمين ، الا ان كان الشخص مستثنى بسبب قيود تتعلق بكونه من العمال الاجانب او غير المقيمين في البلاد التي سجلت فيها السفينة . (١)

ثالثا :- مسؤولية صاحب العمل عن العجز المهني : اذا نشأ عجز عن العمل بسبب المرض او الاصابة المهني فيلزم صاحب العمل بما يأتي:-

اولا - الالتزامات المادية: يشمل التزامات صاحب العمل بالالتزامات المادية التالية :-

- ١- ان يدفع للعامل المصاب اجره كاملا طوال مدة بقائه على ظهر السفينة.
- ٢- اذا كان المصاب يعيل اخرين وجب على صاحب العمل دفع كامل اجورة او بعضا منها من تاريخ نزوله الى البر حتى شفائه او ثبات درجة العجز ، ولمدة لا تقل عن (١٦) اسبوع حسب نص القوانين الداخلية
- ٣- يلزم صاحب العمل بتحمل تكاليف اعادة العامل المصاب الى بلده اذا انزل في ميناء غير الميناء الذي استخدم فيه. (٢)

ثانيا - نفقات الدفن: يلزم صاحب السفينة بمصاريف الدفن اذا وقعت الوفاة على ظهرها او على البر وكان الشخص مستحق الاعاله مع احقية صاحب العمل بدفع المصاريف اذا كان لديه نظام تأمين اجتماعي او نظام التعويض يلزم هذا الاخير بدفع المصاريف المذكورة (٣)

المبحث الثاني

احكام رفع دولة لسفن غير مسجلة عليها

اذا كان اهتمام المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتجاه بعض الرعايا في دول بحرية معينة للخدمة في سفن دول اخرى بدون اتفاقيات جماعية تبحث عن مفاوضات ملائمة تضمن لهم الحماية والمستويات

(١) مادة (٤/٣/ب) الاتفاقية رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٦

(٢) مادة (٦) الاتفاقية رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٦

(٣) مادة رقم (٧) الاتفاقية رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٦

المطبقة بحمل سفن دولهم ، قد دفع ذلك المنظمة الدولية الى استصدار توصية غير ملزمة رقم (١٠٧) بشأن ارتباط البحارة بالخدمة في السفن المسجلة في بلد اجنبي^(١) فكيف في حالة دقيقة تكاد تنتشر اكثر من تساؤل في بعض المسائل ذات الاهمية الخاصة وهي حالة العمل في سفن مسجلة في دولة ما وترفع علم دولة اخرى وما قد يثير ذلك من مشكلات يكاد يكون محور حديثنا في هذا المبحث .

المطلب الاول- الاحكام العامة للسفن في مناطق اعالي البحار

يعد مبدأ حرية الاستعمال لمناطق اعالي البحار من المبادئ الاساسية المستقره في القوانين الدولية^(٢)، ويترتب على ذلك عدم خضوع هذه المنطقة لسلطة اي دولة بمعنا انها مفتوحة للاستخدام من قبل اي دولة بشكل متساوي طبقا للمادة (٨٧) من اتفاقية (قانون البحار) لعام ١٩٨٢ طالما كان الاستخدام لاغراض سلمية تمارس فيه (حرية الملاحة ، التحليق ، مد الكابلات ، اقامة الجز الصناعية ، صيد الاسماك ، البحث العلمي) ، ووفقا لذلك في اطار موضوع بحثنا وهو المشروع الذي يعمل عليه العمال هي (السفن) والتي يحكم وضعها القانوني في منطقة اعالي البحار القواعد التالية والتي تؤثر على الوضع القانوني لحقوق وواجبات العمال.

الفرع الاول- جنسية المشروع (السفن)

تكون للسفن جنسية الدولة التي تسجل فيها عادة ، ووفقا للقواعد الدولية تتسير السفن سواء كان عامه ام خاصة في مناطق اعالي البحار^(٣)، على ان تمنح الجنسية من قبل السلطات المختصة وفق قوانين الداخلية لتلك الدولة بعد استيفاء الشروط الخاصة المتعلقة بالتسجيل واهمها منح السفينة اسم خاص بها.

اولا - النتائج المترتبة على الجنسية : تمنح السفينة المسجلة في اقليم الدولة الوثائق الدالة على ذلك ، مما يسمح لها الابحار تحت علم هذه الدولة فقط وليس لها ان تغير علمها اثناء الرحلة او اثناء وجودها في احدا الموانئ الا في حالة حصول تغيير نقل حقيقي للملكية او تغيير التسجيل^(٤) ، وتبرز حالة رفع علمي دولتين

(١) وذلك يعين ((دفع الدول الى بذل كل ما في وسعها لعدم تشجيع البحارة داخل اراضيها على الالتحاق او الموافقة على الالتحاق بالسفن المسجلة في دولة اجنبية مالم تكن الشروط التي يلتحق بمقتضاها مثل هؤلاء البحارة تعادل بصيغة عامة الشروط المنطبقة بواسطة الاتفاقيات الجماعية والمستويات الاجتماعية المقبولة من منظمات اصحاب السفن والبحارة المعترف بها في الدول البحرية التي تطبق فيها مثل هذه الاتفاقيات والمستويات)). مادة (١) التوصية رقم (١) بشأن ارتباط البحارة بالخدمة في السفن المسجلة من بلد اجنبي لعام ١٩٥٨ .

(٢) د. محمد سامي عبد الحميد ، التنظيم الدولي (الجماعة الدولية - الامم المتحدة) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٢٢٨

(٣) مادة (٩٠) اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ ، سواء كانت الدولة ساحلية ام غير ساحلية

(٤) المادة (٩٢) ، اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢

مختلفتين او اكثر على ظهر السفينة ، عند ذاك ليس لها ان تدعي اي جنسية من هذه الجنسيات امام دولة اخرى^(١) ، بل انها تعامل معاملة السفينة عديمة الجنسية^(٢)

ثانيا - اختصاص دولة العلم: تخضع السفن في اعالي البحار لولاية قانون الدولة التي تجملها علمها لانها تمثل سيادة الدولة بشكل كامل مع بعض الاستثناءات^(٣) ، مما يعني خضوع السفينة الخاصة لقضاء دولتها عند حصول منازعة حول تطبيق القانون^(٤)

الفرع الثاني- استثناءات على اتفاقية قانون البحار

هناك حالات استثنائية منصوص عليها صراحة في معاهدات دولية تخضع فيها السفن الخاصة لغير

ولاية دولة العالم تشتمل في الاتي :-

الاول- الاعمال غير المشروعية : وهذه تسمح للدولة اخرى غير دولة العلم ضبط السفينة او بعض النظر بمن جنسيتها والقبض على من فيها وضبط ممتلكاتها ويدخل ضمن الاعمال غير المشروعية :
أ- اعمال القرصنة وهو العنف والسلب و الاحتجاز ضد الاشخاص والاموال التي تقوم لها سفينة في اعالي البحار .

ب- المطاردة الحثيثة وهو اقتناع سلطات دولة معينة بقيام سفينة ترفع علم دولة اخرى بخرق قانونها على ان تكون السفينة عند الخرق داخل المياه الداخلية للدولة المطاردة .

ج- الزيارة:وهو حق تمارسة السفن الحربية لتنفقد السفن التجارية الاجنبية اذا كان هناك مايدعو للأعتقاد بممارستها لعمل غير مشروع

د- حظر ممارسة الاعمال غير المشروعة للسفن التجارية :ويتمثل ذلك في اتخاذ الدولة لكل التدابير اللازمة لمنع نقل الرصيف وتجارة المخدرات

ثانيا - البث الاذاعي : يقصد بالبث الاذاعي غير المصرح به ارسال الاذاعات الصوتية او التلفزيونية في منشآت بحرية (سفينة او منصة) بنية استقبالها من قبل العامة ، ومع مخالفة القواعد الدولية عدا نداء الاستغاثة^(٥)

(١) د. عصام العطية القانون الدولي العام ، منشأة العاتك ، الطبعة الثانية منقحة ومزودة ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٣٧٧

(٢) مادة (٢/٩٢) اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢

(٣) بالنسبة للسفن المملوكة للدولة (خاصة الحربية) سلطة دولة العلم مطلقة .

(٤) والسفن الخاصة هي السفن المختصة لاغراض تجارية وغير حكومية انظر في ذلك د. عصام العطية مصدر سابق ، ص٣٧٦ ، هـ ٣

(٥) حيث تتعدد الدول التي لها حق محاكمة الاشخاص القائمين بذلك بين دولة العلم ودولة التسجيل او دولة رعايا الجنسية (الدولة التي تستقبل السبب) د. عصام العطية ، مصدر سابق ، ص٣٨٢

المطلب الثاني- أحكام تنازع القوانين والمحاكم المختصة

تبعاً لما تقدم تبرز حالة رفع علم دولة غير الدولة التي سجلت فيها السفينة في حالات محددة تكاد ان تكون لتبرير تدخل الدول على السفن التي تجري فيها الاعمال المشروعة الا ان الامر يدق في حالة التصرفات المشروعة التي تجريها السفن والتي تبدو فيها حقوق العمال بالضيق بين دول قد صدقت على الاتفاقيات الاولية المختصة بعمال السفن والتي تعدد قوانينها على اسبابها او ان تلتزم بذلك الشركة المالكة للسفن بموجب الاتفاقيات الدولية بين دولة قد تم رفع علمها على سطح السفينة ولا تشير الى تلك التنظيمات القانونية لحقوق العمال لا من قريب ولا من بعيد مما يضيع حقوقهم بين تنازع في تنفيذ ايها من باب اولي ان قواعد الاسناد الدولية في عد (السفينة) من قبل الشخصيات المعنوية مما يعني خضوع لنظام الاحوال غير المنقولة^(١) ، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الميناء الذي سجلت فيه وبخلاف ذلك سوف يبحث التسائل في حالة خرق القاعدة برفع علم دولة غير دولة الميناء .

الفرع الاول- القانون الواجب التطبيق على عمال سفينة ترفع علم غير علم دولة الميناء

ان اعتبار السفينة من قبل (الشخص المعنوي) يستدعي تطبيق احكام قانون البلد الذي يكون فيه (مجلس الادارة) للشركة المالكة ، الا ان تعدد الدول التي تمر بها السفينة (بعدد دول النشاط) ومحاولة الكسب من رفع علم غير علم دولة التسجيل او ان يكون التسجيل قد تم في دولة ومقر الشركة في دولة اخرى يرمز فكرة (وحدة النظام القانوني) الواجب التطبيق ، ان الافتراض السابق يمكن طرحه بشكل ثلاث خطوات تتمثل في الاتي :

اولاً - القانون الواجب التطبيق في عقد العمل .

لعل مشكلة تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بعقد العمل تشير جدل فقهيها وذلك لتناميها مع قاعدة الاسناد العامة في شأن اخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الادارة^(٢) ، وذلك للطبيعة الخاصة للقواعد المنظمة لعلاقات العمل وما تتصف به العلاقة بحد ذاتها بطابع مستقل عن غيرها من العلاقات التعاقدية فيثير مشكلة بطرح عند بدأ تنظيم العلاقة ومن ثم القانون الواجب التطبيق عند التنفيذ .

١- القواعد التنظيمية .

ان الصفات الخاصة لعلاقات العمل وتأثيرها بطابع حمائي دفع العديد من الدول سواء كانت اشتراكية ام رأسمالية الى وصف العديد من الاحكام القانونية لمنظمة هذه العلاقة بالصفة الامر ، مما

(١) (وهي تشبه الاشخاص المعنوية في وجوب تسميتها بأسم ومن حيث انتمائها لدولة من الدول بتسجيلها في احد موانئها او حمل علمها) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، الطبعة الثانية ، مطبعة الارشاد - بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١٩٦-١٩٧

(٢) د. هاشم علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، بدون سنة طبع ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ٧١٠

يستدعي وصفها بالبطلان في حالة خرقها ومثال ذلك الاحكام الخاصة بتشغيل النساء او الاحداث في اعمال معينة او في ساعات معينة ، بمعنى ان خرق القواعد هذه عند بدء تنظيم العلاقة يجعل منها غير موجودة او باطلة بطلانا جزئيا بحسب الاحوال ، مما يدفع الى القول بأنه لا مجال للتنازع في العديد من الدول اذا كان هناك خلاف حول تطبيق اي قانون لأي دولة علم في العديد من دول العالم كالعراق ومصر^(١)

٢- القواعد الاتفاقية

يثور التساؤل حول القانون الواجب كل عقود العمل لعمال البحر بعد رفع علم غير علم دولة السفينة ولكن عند تنفيذ العقد وما يرتبط بذلك من وجوب اداء كل طرفي العلاقة لألتزاماتها دون نقصان مما يستوجب الاستفسار عند الاخلال بذلك ، فأن تم البحث حول سيادة قانون اية دولة وما يرتبط بذلك من تطبيق للالتزامات القانونية (القانون الداخلي وقوانين المصادقة على الاتفاقيات الدولية) ، تبعا لذلك نرى ان محور اجابة هذا التساؤل حول مركز علاقات العمل واساس التطبيق في هذه العلاقات الا وهي (علاقة التبعية القانونية) والمتمثلة بتلقي الاوامر من صاحب العمل وحق الاخير في توجيه العقاب في حالتي الاهمال والتقصير ، مما يعني البحث عن جنسية صاحب العمل (الشركة المالكة) مما يستدعي تطبيق قانون مركز ادارة الاعمال^(٢) ، ناهيك عن فائدة ذلك من توحيد للقوانين المطبقة على العثور فلا تتنازع فيما بينها ، بذلك فان استبدال علم دولة السفينة يعيدها الى يتبعها لسيارة دولة الشركة الام ومن ثم يتبعة عمالها لهذه القوانين.

ثانيا - قانون المسؤولية عن الانهاء التعسفي

ان الانهاء التعسفي لعقود عمال السفن يدور مع طبيعة العقد من حيث الزمان وبالتالي تكون الاحالة في الاسناد لقانون مجدد حسب طبيعة العقد الزمنية وان كان ذلك في الظروف الطبيعية لتنفيذه (رفع علم دولة الميناء)

١- انتهاء عقد العمل محدد المدة : وهو عقد ينقضي بحلول الاجل المتفق عليه او بأنجاز عمل موضوع العقد بذلك يكون انقضاؤه الطبيعي مثلا بالوصول الى ميناء دولة ما او بانقضاء الرحلة البحرية او بعدد من رحلات وبذلك لا يتناسب مع طبيعة قيام احد طرفي العقد بانهائة قبل الاجل المتفق عليه إذ تنور المسؤولية العقدية للطرف المبادر بذلك بغير عذر مبرر (كعدم قيام الطرف الاخر باداء ما عليه من التزامات) او في غير احوال الفسخ كالفصل او لاستحالة التنفيذ ك وفاة العامل ، إن مسألة رفع علم اي دولة على ظهر السفينة سواء كانت دولة التسجيل او غيرها تثير عند ذاك مسائل التنازع وذلك لخضوعها لقانون العقد (دولة التنفيذ)^(٣) ، وإن كنا نرى بوجوب تطبيق قانون دولة التي تم فيها النقاء ارادة كل من طرفي العقد (دولة انشاء العقد)

(١) مصدر سابق ، ٤٢٣

(٢) بنفس الاتجاه انظر اراء الفقه الفرنسي الحديث المطروحة من قبل ، د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٧٢١

(٣) د. هاشم علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٧٣٢

وذلك لأن كل من طرفي العقد قد التزم اراديا بهذا العقد وفق قوانين محددة لدولة الانشاء مما يستدعي تطبيقها عليهما عند صرف القواعد .

٢- انتهاء عقد العمل غير محدد المدة : إن انتهاء عقد العمل غير معلوم موعد انقضاءه يشير مسائل التعسف عند استخدام الحق^(١) ، الا ان رفع علم غير دولة التسجيل يكفل بشكل كامل تطبيق فكرة (الخطأ التصريحي) مما يعني اخضاع دعوى التعويض عن الانهاء لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام بوصية القانون المختص في دعاوى المسؤولية التصريحية ، مما يعني تطبيق القانون السائد في دولة ما قد تم رفع علمها على ظهر السفينة ايا كانت دولة التسجيل ام غيرها

الفرع الثاني- المسؤولية عن اصابات العمل

ان تطور القواعد المنظمة لعلاقات العمل وما يترافق مع ذلك من تنظيم لحقوق العمال اثناء تنفيذة للالتزامات بالتخلي عن فكرة توافر شروط مسؤولية صاحب العمل التصريحية لتحقيق تعويض العمال عن اصابات (والامراض المهنية) العمل من حيث استقرار اغلب النظم في العالم بتعويض العمال مالم يكن ذلك من خطأ العامل الجسيم او المتعمد^(٢) ، ان اخضاع تحقيق الامان الاجتماعي للعامل لقواعد آمنة وتترا من قبل مؤسسات اغلب الاحيان من قبل المرافق العامة ويؤشر الى احقية العمال بالتعويض عن اصابات العمل في جميع الاحوال ولكن وفق قواعد اي دولة ؟

ولكن قبيل الاجابة عن هذا التسائل يبدو ان يثير محورا للجدل اخر وهو ان الاتفاق على العمل على ظهر السفينة قد يتضمن الاحالة الى (نظام محدد للضمان الاجتماعي) مما يعني وجوب استقطاع الاجر المحدد من اجر العامل يدفع للاشتراك بهذا النظام الاجباري ام الى اتفاق فردي بين صاحب العمل والعامل عن التعويض لاصابة العامل بمرض مهني او اصابة عمل ، حيث تبدو مسألة حل الاخيرة بأبسط صورها بخضوعها لقانون (دولة التنفيذ) ودخولها في مجال التأريخ في القانون الخاص ، اما الصورة الاولى برفع علم غير علم الدولة التي تستقطع من اجر عمال السفينة ووقوع الاصابة خلال رفع علم غيرها مما يستبعد مسؤولية دوائر الضمان عن تعويض العمال لخروجهم من نطاق سيادتها (بعد قواعد الضمان من قواعد القانون العام) . ان ما تقدم يجعل من العامل عرضة لاستغلال صاحب العمل حيث يتطلب ذلك منة اثبات مسؤولية صاحب التصير (خطأ وضرر وعلاقة سببية) ، ولذلك يرى وجوب اسناد القاعدة لقاعدة دولة الشركة الام بصفة عامة برغم الفروض السابقة ومبررنا في ذلك لقيام الشركة ابتداءا بأداء ما عليها من

(١) ان الاتجاه العام في الظروف العادية (رفع علم دولة التسجيل) يستوجب تطبيق قانون دولة التنفيذ انظر بذلك شرح الاتجاهات د. هاشم

علي صادق ، مصدر سابق ، ص ١٣٣

(٢) د. عدنان العابد و د. يوسف الياس ، الضمان الاجتماعي ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢١

التزامات مالية تدفع لشركة الضمان (سواء كانت عامة ام خاصة) مما يعنيها تحملها مسؤولية الاصابات الناتجة عن العمل بغض النظر عن علم الدولة التي قد ترفعها سفينتها العاملة في البحار .

الخاتمة

إذا كانت الاعمال التي تتم على ظهر السفن بطبيعة خاصة تستدعي تنظيمها بشكل مستقل عن بقية العقود التي تنظم علاقة العمل ، ولذلك استدعت منظمة العمل الدولية (ILO) ومنذ بداية نشأتها تقريبا لاحكام اتفاقيات دولية تتطلب قواعد تحقق بها حماية لعمال السفن التي تمارس عملا في البحر مشروطة بتوافر بعض العناصر التي تمكن من تنفيذ احكامها ، ان بعد مسافات العمل عن مراكز المدن من طبيعة العمل البحري الشاق ولذلك تناولت اغلب الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الاقرار بكون السفينة مشروعا للعمل يستحق عنها العمال من جراء العمل مجمل الحقوق المترتبة على عقد العمل وما يرتبط به من رعاية طبية وحماية كاملة عن اصابات العمل تلتزم بموجبها الدول التي تصادق على الاتفاقيات ، الا ان صعوبة دفع المستحق من حق العمال عند قيام المسؤولين على السفينة برفع علم دولة غير الدولة التي سجلت فيها كمتطلب للاعتراف بها وفق الانظمة البحرية وذلك في سبيل التخلص من مسؤولية ما او بغية الكسب او لتدمير عمل ما ازاء دولة لا تلتزم باتفاقيات منظمة العمل ، مما يعني الخلاف حول استحقاق العامل على السفينة لحقوقه وفق اي تنظيم قانوني فيما يتعلق بعقد العمل بشقية التضميني والذي غالبا ما يتعلق بقواعد امرة والتي لا بد ان تتم وفق قانون مقر ادارة الشركة اما القواعد الاتفاقية فان كانت تتبع نفس قاعدة الاسناد (قانون مركز ادارة الاعمال) الا ان تيريرها يكون بموجب احكام التبعية القانونية ، وتبقى لدينا مشكلتين هي الانهاء التعسفي لعقد العمل ففي ما يتعلق بالانهاء المبشر لعقد العمل الفردي محدد المدة يتجه الفقه للقول باخضاعه لدولة تنفيذ العقد وان كنا نرى بضرورة وحدة النظام القانوني مما يعني اخضاعه للقوانين دولة انشاء العقد ، في حين يكفل رفع علم دولة غير دولة تسجيل السفينة تطبق فكرة (الخطأ التقصيري) على انهاء عقد العمل غير محدد المدة ، مما يعني اخضاعه لقانون محل وقوع العمل المنشئ للالتزام (اي الدولة التي رفع علما عند وقوع الضرر) في حين نرى وجوب اسناد مسؤولية صاحب العمل عن اصابات العمل (المرض المهني) لقاعدة عامة وهي نفاذ قانون دولة الشركة الام (مركز الاعمال) للتخلص من الفرضيات القائلة بتحقيق التعويض وما يترتب على الاصابة من حقوق اذا كان يلتزم بدفع اشتراكات شهرية وفق قوانين ملزمة ام الى مجرد اتفاق فردي بوجوب التعويض مما يعني ضياع حقوق عمال البحر ازاء سطوة صاحب العمل وهؤلاء غالبا ما يكونون من مالكي السفن البحرية المتعددة بالبحث عن المحكمة المختصة وفي اي دولة عند المطالبة بحقوقهم التعويضية .

المصادر

أ- الكتب

- ١- د.حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، الطبعة الثانية ، مطبعة الارشاد، بغداد ، ١٩٧٢.
- ٢- د.السيد عيد نايل ، قانون العمل الحديد ، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
- ٣- د.عدنان العابد وديوسف الياس ، الضمان الاجتماعي ، بغداد ، ١٩٨٩.
- ٤- د.عصام انور سليم ، اصول قانون العمل الحديد ، رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ نشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
- ٥- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام، شركة العاتك ، الطبعة الثامنة ، منقحة ومزيدة ، بغداد ، ٢٠٠٦.
- ٦- د.محمد سامي عبد الحميد ، التنظيم الدولي والجماعية الدولية (الامم المتحدة) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٠.
- ٧- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، بدون سنة طبع ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

ب- الاتفاقيات الدولية .

- ١- اتفاقيات العمل الدولية ج ١ او ج ٢ ، السكرتارية المؤقتة لمنظمة العمل العربية ، القاهرة ، مارس - ١٩٧١.
- ٢- توصيات العمل الدولية ، السكرتارية المؤقتة لمنظمة العمل العربية ، القاهرة ، مارس ١٩٧١.

نكول من أحييت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد

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

المقدمة

إذا كان الأشخاص في القانون الخاص يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة، فأنهم يتمتعون بحرية واسعة في أعمال إرادتهم لتحقيق هذه المصالح، إذ يكون لهم مطلق الحرية في اختيار من يتعاقدون معه، وفي تحديد مضمون التعاقد طالما انه غير مخالف للنظام العام.

إلا أن هذا القول لا يشمل الإدارة فيما تبرمه من عقود إدارية، إذ إن استهداف المصلحة العامة يفرض على الإدارة مراعاة قيود والتزامات قانونية تجعل من عقودها أكثر تعقيداً من القيود المدنية بهدف تحقيق الوفرة المالية وضمن التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل من ناحية المواصفات الفنية والمدد الزمنية. وبرز أنواع التعقيد فيها يظهر في الجانب المتعلق بالتعبير عن الإرادة، إذ غالباً ما يتم هذا التعبير في عملية معقدة ومتشابكة يصطلح عليها . عندما تروم الإدارة التعاقد من أجل الحصول على السلع والخدمات . بالمناقصة العامة.

والقيود التي تنطوي عليها المناقصة العامة لا يقتصر جانب الإدارة بتحملها، وإنما هنالك قيود يتحملها المناقص، إذ يحظر عليه سحب عطائه قبل البت فيه، وإذا ما بت في العطاءات المقدمة، ألزم صاحب العطاء الفائز باستيفاء إجراءات معينة قبل قيامه بتنفيذ مضمون العقد، فإن لم يستوفها عُد ناكلاً عن المناقصة العامة مما يقود إلى ترتيب جملة من الآثار القانونية على هذا النكول، ولوقوف على تفاصيل أحكام النكول أثرنا تناوله في هذه الدراسة.

مشكلة البحث: تبرز مشكلة البحث هنا في غموض بعض نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، إذ أغفلت الإشارة الصريحة إلى الامتناع عن تسديد التأمين النهائي فيما إذا كان يعد احد أسباب النكول في المناقصة العامة، فضلاً عن انتقادات يمكن توجيهها إلى النصوص المنظمة لأحكام النكول.

أهمية البحث: ويكتسب البحث في هذا الموضوع أهمية خاصة، كونه يتطرق إلى موضوع لم يسبق تناوله بدراسة مستقلة في العراق بحسب علمي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كتب الفقه الإداري في دراستها لإحكام المناقصة العامة يجري التركيز فيها على إجراءات المناقصة حتى صدور القرار النهائي بإحالتها،

غافلة عن تفصيل الإجراءات اللاحقة على صدور قرار الإحالة والواجب استيفائها قبل المباشرة بتنفيذ العقد ، أو تكتفي بالإشارة المقتضبة لها.

أهداف البحث: الأهداف التي نرمي إلى تحقيقها من هذا البحث تتمثل في الآتي:

١. تحديد موعد نشوء الرابطة التعاقدية لمعرفة إن كان النكول سابقاً لها أم لاحقاً عليها.
٢. الوقوف على مفهوم النكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة.
٣. دراسة الأحوال التي يعد فيها المناقص الفائز ناكلاً عن المناقصة.
٤. دراسة الآثار القانونية المترتبة على النكول.

منهج البحث: سنعتمد في إعداد بحثنا هذا على المنهج التحليلي المقارن، وسنأخذ من قوانين الدول العربية، وبخاصة القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي محلاً للمقارنة بينها والقانون العراقي.

تقسيم البحث: سيشتمل بحثنا هذا على ثلاثة مباحث، سنخصص الأول منها لبحث تاريخ نشوء العلاقة التعاقدية في المناقصات العامة، بينما سندرس في الثاني التعريف بالنكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة، أما الثالث فسنفرد لدراسة الآثار القانونية المترتبة على النكول.

المبحث الأول

تاريخ نشوء الرابطة التعاقدية في المناقصات العامة

إذا كان العقد . كقاعدة عامة . في نطاق القانون الخاص ينشأ بتلاقي القبول الصادر من احد العاقدين بالإيجاب الصادر من الآخر، فان الأمر لا يبدو بهذا الوضوح في عقود القانون العام ، وبخاصة تلك التي تبرم بأسلوب المناقصة العامة التي تتألف من تضافر مجموعة من الإجراءات القانونية وصولاً إلى تحقيق عملية التعاقد.

ولكي نفهم حقيقة النكول في المناقصة العامة يتعين بادئ ذي بدء الإحاطة بتاريخ نشوء الرابطة التعاقدية ، وهذه تحتم أن ندرس مرحلتها الإحالة والمصادقة عليها في المناقصة العامة ، وهو ما سنتولى القيام به عبر المطالبين الآتيين:

المطلب الأول- التعريف بالإحالة

سندرس في هذا المطلب تحديد المقصود بالإحالة ، وتبيان طبيعتها القانونية، وذلك عبر الفرعين الآتيين:

الفرع الأول- المقصود بالإحالة

تعد الإحالة^(١)، المرحلة الأكثر أهمية وسط مراحل التعاقد عبر المناقصة العامة ، والتي تتولاها لجنة تحليل وتقييم العطاءات (لجنة البت) التي تعتمد معياراً محدداً يجري في ضوئه إحالة المناقصة على عطاء

(١) ويسمى في مصر والكويت والسعودية واليمن بقرار الإرساء، وفي الجزائر قرار المنح المؤقت ، في حين يسمى في لبنان الالتزام المؤقت.

معين من جملة العطاءات المقدمة^(٢). والإحالة لغة من قولهم (أحال الغريم: زجّاه عنه إلى غريم آخر، والاسم الحوالة...يقال أحلت فلاناً بما له عليّ. وهو كذا درهماً. على رجلٍ آخر لي عليه كذا درهماً أحيله إحالةً)^(١). أما الإحالة اصطلاحاً فتعني إفصاح الإدارة عن إرادتها بقبول الإيجاب الصادر من احد أصحاب العطاءات بغية ترتيب التزامات متبادلة بعد اعتماده من قبل الجهة الإدارية المختصة^(٣).

وتحكم إحالة المناقصة العامة ثلاثة مبادئ رئيسة هي التلقائية والإجبارية والنهائية. فالتلقائية في الإحالة تعني عدم تمتع لجنة الإحالة (لجنة البت) بأية سلطة تقديرية من اجل تحديد المتنافس الذي يجب التعاقد معه ، إذ تلتزم اللجنة بإحالة المناقصة على المتنافس الذي قدم في عرضه السعر والمواصفات الأقل والأفضل^(٣).

والإجبارية في الإحالة تشير إلى امتناع لجنة الإحالة (لجنة البت) عن إحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل حتى لو كان لديها مسوغ مقبول^(٤)، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بان اللجنة يقع عليها واجب الإحالة على العرض الأفضل حتى لو كان هذا العرض قد احتوى على خطأ بين في تقدير السعر من جانب عارضه، وذلك مع وجود التزام ملقى على عاتقها يتمثل في إعلام جهة المصادقة (الاعتماد) بعدم استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة ، وهذا المبدأ مقرر لأجل انتظام عمليات المناقصة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين^(٥).

ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية تحتم على اللجنة أن لا تتخذ قرارها بالإحالة ، وتكون سبباً لإلغاء المناقصة أو تمديد أجلها ، ومن هذه الحالات التقدم بعرض وحيد للإدارة، أو إذا كانت قيمة العروض المقدمة تزيد على السعر المقدر من جانب الإدارة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة الاستغناء عن المناقصة نهائياً^(١).

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٦، ص١٣٨.

(١) أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعدام يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع، مادة (حوّل)، ص٧٦١.

(٢) عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ١١.

(٣) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص٦٦١.

(٤) د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، بلا دار نشر، ٢٠٠٥، ص ٣٢٢.

(٥) د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(١) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٧١.

يلحظ انه في مصر إذا لم يتقدم سوى عرض واحد مستوفٍ للشروط فإن المنافسة طبقاً للمادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ يجوز إلغاؤها بقرار من السلطة المختصة ، ولكن المادة نفسها نصت على إمكانية قبول العرض الوحيد في حالتين: الأولى إذا كانت حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المنافسة ، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها ، والأخرى أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر ، أما في العراق فإنه طبقاً للمادة (٥/٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨

أما النهائية في الإحالة فيقصد بها انه متى ما تمت الإحالة ، فيجب أن تكون باثة لا رجعة فيها، إذ لو ترك الباب مفتوحاً أمام الرجوع عن الإحالة فسيخل ذلك بمبدأ المساواة بين المتقدمين كما انه يتناقض مع مبدأ التلقائية^(٢).

ويقدم مجلس الدولة الفرنسي استثناءين على هذا المبدأ هما:

١. أن الإحالة يمكن أن تكون موقوفة على شرط تقديم بعض الوثائق، فان لم تقدم هذه الوثائق يمكن للجنة أن تعود عن قرارها.

٢. يمكن تصحيح الإحالة، ولكن ينبغي أن يكون ذلك قبيل إقفال باب المناقصة وضمن الجلسة نفسها ، أما إذا تم إقفاله فان اللجنة تكون قد استنفدت سلطاتها ومن ثم يتمتع عليها إجراء مثل هذا التصحيح^(٣).

الفرع الثاني - الطبيعة القانونية للإحالة

تتفاوت الطبيعة القانونية لعمل لجنة الإحالة (الإرساء) باختلاف القوانين، فهناك قوانين تجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية قراراً إدارياً نهائياً من دون حاجة إلى مصادقة أية جهة إدارية أخرى مثل القانون الكويتي والعماني^(١)، وهناك قوانين . وهذا الاتجاه الغالب . يجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية مجرد توصيات بإحالة المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل مواصفات، ترفع إلى جهة إدارية مختصة لغرض المصادقة عليها(اعتمادها) مثل القانون العراقي والمصري والسعودي^(٢).

وفي هذه الحالة الأخيرة فان الإحالة لا تعدو أن تكون اختياراً مؤقتاً للمتعاقد، ولا تكون نهائية إلا بعد صدور قرار المصادقة من الجهة المختصة ، بمعنى آخر إن مقدم العطاء يبقى في مركز غير تعاقدي قبل صدور قرار المصادقة ويظل على إيجابه الملزم^(٣)، ولا يمكن القول بان الإحالة هنا تشكل قبولاً يتم معه التعاقد لأن ذلك يقود إلى تعطيل حق جهة الإدارة في العدول عن المناقصة، إذ سيشكل ذلك فسخاً للعقد

يتم إعادة الإعلان عن المناقصة في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان، مع ملاحظة انه في حالة تقديم أكثر من عطاء وكان واحد منها مقبولاً فنياً وتجارياً فيتم قبوله، والسير بعملية تحليل العطاءات والإحالة.

(٢) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٧٤.

(٣) هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٤٢.١٤٣.

(١) المادة (٤٢) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٥٦) من قانون المناقصات الحكومية رقم (٨٤/٨٦) لسنة ١٩٨٤ العماني.

(٢) المادة(٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية، والمادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم(٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (١٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ هجرية.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٧٦.

الذي تم وهو أمر لا يمكن التسليم به ويتعارض صراحة مع حكم القانون الذي يمنح الإدارة سلطة العدول عن المناقصة^(٤).

وما يترتب أيضا على أن تكون الإحالة بقرار إداري أو بتوصية، انه في الصورة الأولى سيكون من الممكن الطعن بقرار الإحالة أمام القاضي الإداري بمعزل عن الطعن بعملية التعاقد برمتها، بوصف قرار الإحالة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال^(١)، إما في الصورة الأخرى فإنه لا يمكن الطعن بالتوصية على أساس أن التوصية لا تعد قراراً إدارياً لعدم إلزاميتها، وبالتالي فإن الطعن لا يكون إلا بعد صدور قرار المصادقة والتبليغ به وهو ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ عندما اشترطت في المادة (١٠) أن يكون تقديم الاعتراض لدى اللجنة المركزية لنظر الاعتراضات والشكاوى التعاقدية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور كتاب الإحالة والتبليغ به، علماً أن هنالك من الكتاب في مصر من يصرح بإمكانية الطعن بتوصية لجنة البت بدعوى الإلغاء وذلك حتى قبل اعتمادها من الجهة الإدارية المختصة بوصفها قراراً إدارياً نهائياً^(٢).

المطلب الثاني- التعريف بالمصادقة على الإحالة

إن عمل لجنة الإحالة هو ليس الحلقة الأخيرة في عملية إبرام العقد الإداري، إذ يستتبعه إجراء آخر لا يقل أهمية عنه ، ألا وهو المصادقة على ما أسفر عنه عمل لجنة الإحالة من نتائج، وللوقوف على معنى المصادقة وأثارها القانونية يجيء هذان الفرعان.

(٤) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٨٧.

(١) إن نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري هي من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتمدها منذ مطلع القرن العشرين وتحديدًا في حكمه الصادر في قضية (Commune de Gorre) في ١١/١٢/١٩٠٣، وحكمه الصادر في قضية (Martin) في ٤/٨/١٩٠٥، ومضمونها أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة ، وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما له طبيعة عقدية بحتة، ومنها ما تتوافر له صفات وأركان القرارات الإدارية، فهذه القرارات وإن كانت تدخل في العملية العقدية، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن بها بدعوى الإلغاء.

وقد اخذ مجلس الدولة المصري منذ إنشائه بهذه النظرية واستقر العمل بها في قضائه إلى يومنا هذا، أما مجلس شورى الدولة في العراق فإن هنالك الكثير من أحكام الهيئة العامة ومحكمة القضاء الإداري قبل فيها النظر في الطعون بقرارات الإحالة في المزايدات العامة مثل حكم الهيئة العامة المرقم ١٣/٩٠/٩٠/٩٠ في ١٩٩٠/٩/٢ وحكم محكمة القضاء الإداري المرقم ٩٠/١٢١ في ١٩٩٠/٨/٥، إلا انه في الآونة الأخيرة صدرت فتوى لمجلس شورى الدولة برقم ٥٩ في ٢٠١٢/٨/٧ التي تفيد بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استنادا إلى نصوص واردة في العقد.

ينظر بهذا الخصوص كل من: د. جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٨٦. / محمد سمير جمعة ، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٩ ، ٢٠١١، ص١٩٩.

(٢) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص١٠٤/١٠٤. د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص١٨٨.

الفرع الأول- تعريف المصادقة

ويطلق على هذا الإجراء في القانون المصري بالاعتماد^(١)، ويعد آخر إجراءات المناقصة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنه بمنزلة القبول في العقد، بل يعد إجراء المصادقة في هذا الشأن القبول النهائي للعقد^(٢). أن تمتع السلطة المختصة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض المصادقة على نتائج الإحالة إنما تستند إلى أسباب تبررها^(٣)، فمن دون شك أن المناقصة ترمي إلى إبرام عقد يتصل بدوره في تسيير مرفق عام، وان مصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المناقصة عبارة عن إجراءات متتالية يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً ، لذا ينبغي أن تتمتع الإدارة بمكنة تقدير ظروف التعاقد والتقرير بمدى انسجامها ومصلحة المرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مصلحة الإدارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملائمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به العقد في أي لحظة من لحظات طرح الإجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الإحالة متنافياً مع الصالح العام، أو أن تصبح المصلحة المالية للإدارة متعارضة مع نتائج الإحالة، ولا سيما أن مبدأ تلقائية الإحالة الذي تقوم عليه المناقصة قد يؤدي إلى أن السعر المقدم من جانب المناقص أكثر بكثير من المعطيات الاقتصادية للسوق، وهذا يستلزم من الإدارة أن تتدخل لإصلاح ما قد تكون الإحالة (الإرساء) التلقائية قد توصلت إليه من نتائج غير معقولة أو غير عادلة^(٤).

ويجب التفريق بين المصادقة على العقد ، والتصديق على العقد، إذ في الأخير قد يلزم القانون الإدارة المتعاقدة بإحالة وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقر ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية، لا من نتائج ناجمة عن الإحالة، مما يعني أن تدخل سلطة التصديق ليس بذي اثر في وجود العقد نفسه، فالعقد الخاضع للتصديق يخرج إلى حيز الوجود القانوني بنحو سابق على تدخل سلطة التصديق، إذ إن الرابطة التعاقدية تكتمل من تاريخ المصادقة على الإحالة، إلا انه . عند الفقه الإداري . لا يصبح العقد منتجاً لأثاره القانونية إلا من تاريخ التصديق، ومتى ما صدر التصديق فإنه يكون ذا اثر رجعي أي يقر مشروعية العقد من تاريخ إبرامه، علماً أن الوضع الذي كان سائداً في فرنسا هو تطلب التصديق على عقود الجهات المحلية إلى أن

(١) المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري.

(٢) هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٣) وهذه السلطة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ هي رئيس جهة التعاقد بحسب الصلاحية المخولة له لإغراض التعاقد (م ٧/ ف ١٩)، وفي قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ هي الوزير - ومن له سلطاته - والمحافظ ، ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، كل في نطاق اختصاصه (م ٢)، وفي قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي لجنة المناقصات المركزية (م ٤٢).

(٤) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، ك ١، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٦٧٩، ٦٧٨.

صدر قانون ١٩٨٢/٣/٢ الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، وبقي معمولاً به فقط في العقود التي تبرمها الجماعات الوطنية^(١).

أما في العراق فقد نصت المادة (٩) من قانون كاتب العدل رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ على تولي مدير الدائرة القانونية في الوزارة المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة تصديق العقود التي تبرمها بدلاً من كاتب العدل، والتصديق هنا هو لغرض التوثيق ليس إلا ، وبالتالي فليس له من اثر على انعقاد العقد أو سلامته أو نفاذه، إذ كل ما يترتب عليه عدم استيفاء هذا الإجراء هو المسألة الإدارية للموظف المسؤول.

وينبغي معرفة أن لجنة الإحالة (البت) في القانون المصري والعراقي لا تصدر قراراً نهائياً بالإحالة، وإنما تقدم توصيات إلى الجهة الإدارية المعنية قانوناً لغرض المصادقة عليها^(٢)، مع التذكير أن هذه الأخيرة تملك سلطة تقديرية في إقرار الإحالة أو العدول عنها طبقاً لما تراه محققاً لمصلحة المرفق العام، وعند صدور المصادقة أو رفضها يكون قرار الإحالة اكتسب الوجود القانوني بوصفه قراراً إدارياً مما يمكن معه الطعن فيه بالإلغاء أمام المحاكم المختصة^(٣).

الفرع الثاني- الآثار القانونية المترتبة على المصادقة على إحالة المناقصة العامة

إن قرار المصادقة على توصيات إحالة المناقصة العامة الذي يصدر من السلطة الإدارية المختصة يشكل عنصراً جوهرياً في صيرورة العقد، لأن هذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية، وبه يكتمل رضا طرفي العقد، وبالتالي فإن المصادقة هي التي تحوّل المناقص من مرشح للتعاقد، بعد اختيار عطائه من لجنة الإحالة، إلى متعاقد بعد صدور قرار المصادقة، فقرار المصادقة يعد منشأً للعملية العقدية لا كاشفاً عنها، فهو يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء (الإيجاب) الفائز^(١).

ولكن مع ذلك فإن العقد في القانون المصري لا ينعقد إلا بإخطار صاحب العطاء الفائز بقرار اعتماد عطائه وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بقولها (لكي ينتج القبول أثره ويعد العقد تاماً يتعين أن يعلم الموجب بقبول إيجابه باعتبار أن القبول.. لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من

(١) د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج١، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩٨، ص٤٩٠. / مهند نوح، المرجع السابق، ص٦٨١.٦٨٠.

(٢) المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٨٧. = وفي حكم للمحكمة الإدارية في العراق تقول فيه (... تجد المحكمة أن المدعيان قدما الاعتراض إلى هذه المحكمة والمتمثل في هذه الدعوى من دون أن يكون هنالك قرار بالإحالة قد صدر من رئيس جهة التعاقد، لذلك تكون دعوى المدعيان واجبة الرد...). حكمها المرقم ٤٣/تخطيط/٢٠١١ في ٢٦/١٠/٢٠١١ أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص ٩٢.

(١) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص١٣٣.١٣٤.

وجه إليه...^(٢)، ولكن في العراق ينفذ قرار المصادقة على الإحالة من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد^(٣).

وما يترتب على صدور قرار المصادقة من آثار قانونية أن الإدارة لا تستطيع أن تسحب قرار المصادقة بعد صدوره، إذ إن العلاقة القانونية، كما أوضحنا، توجد من تاريخ صدور هذا القرار، ومن ثم فإن سحبه يشكل اعتداء على هذه العلاقة العقدية، مما يستوجب المسؤولية التعاقدية للإدارة^(٤)، وكذلك لا تستطيع الإدارة من حيث المبدأ أن تعدل في شروط العقد بعد صدور قرار المصادقة، إلا باتفاق مع المتعاقد (على شكل ملاحق عقود)^(١)، كما لا يمكنها أن تنفرد في شرح شروط العقد وتفسيره، لأن تلك المهمة ينفرد بها القاضي الإداري الذي يستخلص عندئذ النية المشتركة للمتعاقدين، وعلى وفق قواعد التفسير المعروفة في القانون المدني^(٢).

ولكن إذا كانت الرابطة التعاقدية تنشأ من تاريخ المصادقة على إحالة المناقصة العامة أو من تاريخ إخطار المناقص الفائز باعتماد عطائه، يثور التساؤل عن القيمة القانونية لتوقيع العقد من طرفيه (الإدارة والمناقص الفائز) بعد صدور قرار المصادقة.

إن توقيع العقد من طرفيه نراه لا يعدو أن يكون إجراء يمكن عبره تحديد اللحظة الزمنية التي يبتدئ فيها بتنفيذ العقد، وآية ذلك أن امتناع المناقص الفائز عن التوقيع يقود. كما سنرى ذلك لاحقاً. إلى توقيع جزاءات يشير مضمونها إلى قيام الرابطة التعاقدية^(٣)، فضلاً عن أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ نصت في المادة (١٤) على أن (على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على أن تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد...)، علماً أننا وجدنا القانون الكويتي يشذ

(٢) طعن رقم ٤٣٦٠ في ٢١/١١/٢٠٠٦ أورده د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) تنص الفقرة عشرون من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن (تعد قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبلغ من ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد...)

(٤) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٩٠.

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

(٢) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٩٠.

(٣) وهذا ما بينته إدارة الفتوى في مجلس الدولة المصري بقولها متى اخطر المقاول بقبول عطائه فيترتب على عائقه التزام بالتوقيع على عقده مع جهة الإدارة.. تراخيه في هذا التوقيع يخول الإدارة حق اللجوء للوسائل القانونية للضغط عليه لينفذ التزامه... فتوى رقم ٦٥٩ في ٢٠/٣/١٩٦٢ أوردها د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٧١٦.

عن هذا الأمر بجعل إبرام العقد يكون من تاريخ توقيع العقد^(٤)، ومرد ذلك بحسب ما نراه أن قرار الإحالة الصادر من لجنة المناقصات المركزية هو قرار نهائي لا يتطلب مصادقة أية جهة إدارية أخرى^(٥).

المبحث الثاني

التعريف بالنكول وأحواله

سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص الأول منهما لبحث التعريف بالنكول، وسنفرد الآخر لدراسة أحوال النكول.

المطلب الأول- التعريف بالنكول

إن دراسة التعريف بالنكول تتضمن بادئ ذي بدء الوقوف على مدلول النكول من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ومن ثم تمييزه من إلغاء المناقصة العامة، وهذا ما سنتولى القيام به عبر الفرعين الآتيين:

الفرع الأول- المدلول اللغوي والاصطلاحى للنكول

النكول لغة مشتق من الفعل الثلاثي (نكَل) ونكل عنه كضرب ونص وعلم نكولا □: نكص وجبن، وينكل نكولا □ ونكل: نكص يقال نكص عن العدو وعن اليمين، ينكل بالضم أي جبن، ونكله عن الشيء صرفه عنه^(١).

أما النكول اصطلاحاً فعلى الرغم من الجهد الكبير والمضني الذي بذلناه في استقصاء التعريفات المقدمة للنكول من القضاء والفقهاء الإداريين ، إلا أننا لم نوفق في الحصول على أي تعريف ، إذ كل ما وجدناه هو المرور السريع على واجب المناقص الفائز بعد تبليغه بقرار المصادقة بإيداع التامين النهائي وتوقيع العقد. وإزاء ذلك كان لا بد لنا من تحديد العناصر الأساسية للنكول لكي نتمكن من تعريفه، وهذه العناصر نوجزها في الآتي^(٢):

١. من دراسة الأحوال التي يعد فيها صاحب العطاء الفائز بالمناقصة ناكلاً . سواء في القانون العراقي أو المقارن . يتبين أن النكول يحدث بعد صدور قرار المصادقة وتبليغ المناقص الفائز به، بمعنى آخر أن النكول ينشأ بعد قيام الرابطة التعاقدية وقبل تنفيذ العقد.
٢. أن النكول يقع من قبل المتعاقد مع الإدارة، وخلاف ذلك غير صحيح.

(٤) المادة (٥٢) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الكويتي.

(٥) تنظر إجراءات البت في المناقصة والتوقيع على العقد المواد (٤٢ - ٥٦) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ .

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور، المرجع السابق، ص ٧١٩.

(٢) هنالك من القوانين تستخدم مصطلح الانسحاب من المناقصة العامة بدلا من النكول ومنها قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي (م ٥٣ و ٥٤)، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري (م ٥٢).

٣. يتمثل النكول في امتناع المتعاقد عن إتمام شكليات معينة تطلب القانون استيفاءها بعد صدور قرار المصادقة والتبليغ به، مما يعني أن النكول يشكل انتهاكا للالتزامات التعاقدية. ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى تقديم تعريف للنكول يجمع هذه الملامح وهو: (انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار مصادقة إحالة المناقصة وتبليغه به)^(١).

الفرع الثاني- تمييز النكول من إلغاء المناقصة العامة

يراد بإلغاء المناقصة العامة إقدام الجهة الإدارية التي أعلنت عنها على الإفصاح عن رغبتها بصرف النظر عنها والكف عن مباشرة إجراءاتها، وذلك عبر قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة^(٢). ويأتي الاعتراف لجهة الإدارة بسلطة إلغاء المناقصة العامة بسبب ما قد يستجد من ظروف يضحى معها التعاقد غير محقق للمصلحة العامة، لذا تستطيع الإدارة إلغاء المناقصة العامة من دون أن تتحمل أية تبعات قانونية عن هذا الإلغاء ما دامت غير متعسفة فيه^(٣)، ويعد هذا أمراً منطقياً على أساس أن المتعاقد مع الإدارة ينظر إليه على أنه معاون للإدارة في تسيير المرفق العام، فإذا ما قررت الإدارة أنها لم تعد بحاجة إلى ذلك المعاون فلها بموجب القانون إلغاء المناقصة العامة^(٤).

ويلحظ أن القوانين عادة تجعل من إلغاء المناقصة من اختصاص السلطة المختصة بالمصادقة (الاعتماد) وذلك بصورة مباشرة أو بناء على توصية لجنة الإحالة (البت) ، وفي هذه الصورة الأخيرة يحدد القانون عادة أسباب تلتزم لجنة الإحالة معها بالتوصية بإلغاء المناقصة العامة، ففي مصر نصت المادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على إلغاء المناقصة في حالة الاستغناء عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وكذلك تلغى بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت في إحدى الحالات الآتية:

١. إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.
 ٢. إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.
 ٣. إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية.
- أما في العراق فان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ أوجبت في المادة (٥/ خامسا) إعادة الإعلان عن المناقصة إذا لم تقدم العطاءات خلال مدة الإعلان أو في حالة تقديم عطاء واحد خلال

(١) وهذا التعريف يقتصر على حالة النكول في المناقصات العامة، إذ لا يقتصر استعمال مصطلح النكول على المناقصات العامة فقط وإنما يستعمل كذلك في المزايدات العامة وذلك عندما يمتنع المحال عليه المزداد عن دفع بدل البيع أو الإيجار. تنظر المادة (١٩) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ النافذ.

(٢) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٠، ص ٥٥.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٤) د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١١٥.

هذه الفترة، وكذلك إذا تجاوز مبلغ أفضل عطاء لمقدمي العطاءات نسبة ١٥% من الكلفة التخمينية ، كما وأجازت المادة نفسها في فقرتها (ثانياً / ل) لجهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط.

ومما تقدم يمكن أن نستخلص جملة فروق بين النكول عن المناقصة العامة وإلغائها وهي:

١. أن النكول عن المناقصة يحدث دائماً بعد نشوء العلاقة التعاقدية (إبرام العقد) ، في حين يكون إلغائها قبل أو بعد نشوء هذه العلاقة^(١).

٢. النكول يقع من المتعاقد (المناقص الفائز)، أما الإلغاء فيقع من جهة الإدارة.

٣. يشكل النكول انتهاكاً للالتزامات التعاقدية ويتحمل الناقل جملة جزاءات، بينما يعد الإلغاء أمراً مشروعاً للإدارة لا تتحمل إزاءه أية مسؤولية ما دامت لم تتعسف في هذا الإلغاء^(٢).

٤. يشكل النكول سلوكاً سلبياً يتمثل في امتناع المتعاقد عن إتمام إجراءات التعاقد، بينما يشكل الإلغاء سلوكاً إيجابياً يتمثل في صدور قرار إداري من جهة الإدارة بإلغاء المناقصة العامة.

المطلب الثاني - أحوال النكول عن المناقصة العامة

إن مصادقة الجهة المختصة على الإحالة يعني أن الإدارة قد أفصحت عن إرادتها النهائية والملزمة بقبول التعاقد مع صاحب العطاء الفائز (الإيجاب)، وينشئ اقتران هذا القبول مع الإيجاب العقد بين الطرفين.

إلا أن المتعاقد لا يستطيع المباشرة في تنفيذ مضمون العقد ما لم يستوف □ إجراءات قانونية معينة ، وهي دفع التأمين النهائي وتوقيع العقد مع الإدارة بعد صياغة فقراته، فإذا امتنع عن ذلك عد ذلك منه نكولاً مما يجعله عرضة للجزاء القانونية التي تطبق على الناقل، وهذا يعني أن أحوال النكول تتمثل في الامتناع عن دفع التأمين النهائي، والامتناع عن توقيع العقد، وسن فصلهما بإيجاز على النحو الآتي:

(١) لا وجود لهذا الفارق في القانون الكويتي، إذ يقع الإلغاء والنكول قبل نشوء الرابطة التعاقدية التي حدد المشرع بداية وجودها بتوقيع العقد، علماً أن مجلس الوزراء هو من يملك بموجب المادة (٥٢) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ العدول عن الترسية.

(٢) ومع ذلك يقر مجلس الدولة الفرنسي للمناقص بالتعويض قبل الإدارة إذا بدأ بتنفيذ مضمون المناقصة بعد إحالة المناقصة عليه وقبل المصادقة عليها، وذلك في حالة إلغاء المناقصة أو عدم المصادقة عليها بشرط توفر الآتي:

١. أن تكون الأعمال التي نفذها المناقص قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة. = =

= ٢. أن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال بصورة صريحة أو ضمنية من خلال عدم معارضتها في تنفيذ تلك الأعمال.

وقد اتجهت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تبني هذا الحكم أيضاً بقولها (إن انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم الخطأ والانحراف في السلطة لا يحول من دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب وذلك إذا ثبت أن ما قامت به من أعمال . بعلم الوزارة وموافقتها الصريحة أو الضمنية . قد عادت بفائدة حقيقية على الوزارة..) ينظر كل من د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٥٣ / بلال أمين زين العابدين، المرجع السابق، ص ١٨٣.

الفرع الأول- الامتناع عن دفع التأمين النهائي

تستوجب اغلب التشريعات تقديم تأمين نهائي من صاحب العطاء الفائز بالمناقصة وذلك خلال مدة زمنية معينة^(١)، وهذا التأمين لا يخرج عن كونه ضماناً للإدارة تتوقى عن طريقه الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد ، فضلاً عن انه يضمن ملاءة المتعاقد من الناحية المالية وذلك عند مواجهته للمسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية^(٢).

ولا يكون التأمين النهائي ضماناً حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرته، أي اقتضاء قيمة دينها منه بطريقة التنفيذ المباشر من دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء ، سواء نص على ذلك في شروط العقد أم لم ينص^(٣).

وتتحدد قيمة التأمين النهائي الواجب سداه من المتعاقد بـ ٥% من قيمة العقد في القانون العراقي والمصري^(٣)، أما عن المدة الزمنية الواجب فيها سداد التأمين النهائي فباعتبارها في التشريعات المصرية عن التشريع العراقي، إذ حددها المشرع المصري في المادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بعشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، ويكون الأداء خلال عشرين يوماً إذا كان المتعاقد من خارج مصر مع الترخيص للإدارة بمد المدة بما لا يتجاوز العشرة أيام في الحالتين، بينما في العراق لم تحدد تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ مدة زمنية ينبغي أداء التأمين النهائي خلالها ، إلا انه يمكن القول أن هذه المدة تتحدد بالأربعة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة ، وهذا الحكم يستفاد ضمناً من المادة (٧/ فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي أوجبت تبليغ المتعاقد بتوقيع العقد خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بمصادقة رئيس جهة التعاقد على التوصية بالإحالة، إذ أن أداء التأمين النهائي يكون دائماً قبل توقيع العقد.

(١) تنظر على سبيل المثال المادة (١٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية، والمادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٤) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٣٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي، والمادة (٤٥) من قانون ونظام المناقصات العامة رقم (٨٦) لسنة ١٩٨٤ العماني.

ويلحظ أن التسميات التي تطلق على التأمين النهائي تتعدد في التشريعات ومنها تسميته بضمان التنفيذ والضمان النهائي وتأمين الإدارة، وكفالة حسن التنفيذ، والكفالة النهائية،...

(١) وهذا ما أفصحت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (يقصد بالتأمين النهائي أن يكون ضماناً لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري. كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري. فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره. الطعن رقم ١٢٨٩ في ٢-١-١٩٦٥ لسنة ٠٨ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، صفحة رقم ٣١٣.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية ٢٠٠٤، ص ٢٧٢.

(٣) المادة (١٦/ أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، والمادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المشرع العراقي أعفى الشركات العامة والقطاع العام من تقديم التأمين الأولي والنهائي لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ نفاذ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وحوّل وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي إعادة النظر بهذا الاستثناء بعد مضي هذه المدة وبالتنسيق مع لجنة الشؤون الاقتصادية في مجلس الوزراء، وهذا يعني انه في حالة تطبيق هذا الاستثناء فان النكول لا يتصور حدوثه بسبب عدم أداء التأمين النهائي إلا من أشخاص القانون الخاص فقط^(١).

الفرع الثاني - الامتناع عن توقيع العقد

تقع على الجهة الإدارية المتعاقدة مسؤولية صياغة العقد طبقاً لشروط المناقصة ، ولما جاء في عطاء المناقص الفائز من عروض، مضافاً إليها أية شروط يتفق عليها الطرفان تضمن سلامة تنفيذ العقد^(٢)، وتطلب من المتعاقد بعد أدائه التأمين النهائي التوقيع على العقد وذلك خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبليغ المتعاقد بالإحالة، فإذا امتنع عن التوقيع أنذرته الإدارة بلزوم التوقيع خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالإذار، فإذا انقضت المدة ولم يوقع العقد عدّ ناكلاً^(٣).

وألزمت المادة (١٠/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الجهات الإدارية بالترتيب في توقيع العقد إلى حين حسم الشكوى أو الاعتراض المقدم من أصحاب العطاءات غير الفائزة الذين لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية من قبل الوزير أو المحافظ بشرط تقديم المعارض لتعهد رسمي بدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخير بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة، وحسنا فعل المشرع العراقي بتحديد مدة توقيع العقد، بخلاف كثير من التشريعات العربية التي حوّلت الإدارة تحديد المدة للمتعاقدين في كتاب تبليغه بالتوقيع^(٤)، إذ نرى أن عدم تحديد المدة سيقود إلى تقديم مدد مختلفة تبعاً لاختلاف تقدير الجهات الإدارية المتعاقدة، وكذلك سيمنع تماهل الإدارة بتبليغ المتعاقد بتوقيع العقد، أو تحديد مدة قصيرة للمتعاقدين لأجل التوقيع.

المبحث الثالث

الجزاءات القانونية المترتبة عن النكول

إن نكول المتعاقد عن استكمال الإجراءات القانونية للتعاقد يجعله عرضة إلى توقيع جملة من الجزاءات القانونية عليه من الإدارة ، ويستند في تفسير الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات القانونية على الناكول في

(١) المادة (١٦/هـ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(٣) المادة (٧/فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(٤) تنظر على سبيل المثال المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة

(٥٣) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٣٠) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨)

لسنة ١٤٢٧ السعودي، والمادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ اليمني.

تحقيق سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذ ليس من شك في أن النكول عن استكمال إجراءات التعاقد من شأنه تعريض عمل المرفق العام إلى الإرباك والتلكؤ.

وبتمحيص التشريعات يمكن القول أن هنالك ثلاثة أنواع من الجزاءات يمكن توقيعها على المتعاقد نتيجة النكول، وهي مصادرة التأمينات، والإحالة على المتقدم الثاني، ووضع الناكل على القائمة السوداء، وسندرس هذه الجزاءات بالتفصيل طبقاً لما يأتي:

المطلب الأول - مصادرة التأمينات

من المعلوم أن التأمين الذي يودع لدى الإدارة على نوعين تأمين أولي (ابتدائي) يدفع عند التقدم بالعبء، وتأمين نهائي يدفع عند قبول العبء، وسنبحث مصادرتهما على وفق الآتي:

الفرع الأول - مصادرة التأمين الأولي

يعد التأمين الأولي من ابرز مرافقات العبء ، إذ تضمنت اغلب التشريعات نصوصاً توجب إرفاق التأمين الأولي مع العبء، وبخلاف ذلك يجري استبعاد العبء المقدم من المنافسة^(١).

ولقد قدمت تعريفات عديدة للتأمين الأولي جاءت متفقة في معناها مختلفة في ألفاظها، ومنها تعريفه بأنه قيمة يضمنها العارض عرضه ، ويخصصها لمصلحة الإدارة ، وذلك ضماناً لجدية العرض، وتأييداً لحسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض، والمستندة إلى إرادته المنفردة^(١)، وكذلك تعريفه بأنه (مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقى به أثار الأخطاء التي يرتكبها صاحب العبء عند انسحابه أو نكوله عن المناقصة أو المزايدة أو الممارسة ، وضمان لجدية مساهمته وسلامة قصده^(٢)).

وجزاء مصادرة التأمين الأولي إلى جوار ترتبه عند سحب المناقص لعطائه قبل البت في المناقصة ، يترتب كذلك عند نكول المناقص عن تسديد التأمين النهائي بعد إرساء المناقصة عليه ، وقد وردت الإشارة إلى هذا الجزاء في المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٣٣) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي.

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٩٢.

ويلحظ أن المحكمة الإدارية العليا في مصر أقرت بالسلطة التقديرية للإدارة في عدم استبعاد العبء الخالي من تقديم التأمين الأولي إذا ما قدرت ملاءة صاحب العبء المالية إذ تقول في حكم لها (لا يترتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شرط الوفاء بالتأمين ما دامت الإدارة قد اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العبء ، واثقة من ملاءته وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته العقدية...). حكمها المرقم ٢٥ في ١٦/١/١٩٩٢ أورده د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٨٩.

(١) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٦٩.

(٢) هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص ١٩٢.

أما في العراق فقد نصت المادة (١٦/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن (تصدر التأمينات الأولية لمن ترسو عليه المناقصة عند نكوله عن توقيع العقد بعد التبليغ بأمر الإحالة وتتخذ بحقه كافة الإجراءات القانونية الأخرى المنصوص عليها في هذه التعليمات)، وكذلك نصت المادة (١٧/أولاً) من التعليمات نفسها على أن (... في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بعد إنذاره رسمياً بضرورة توقيع العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه تتخذ الإجراءات الآتية:
أ. مصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكِل).

ولنا على هذين النصين الملاحظات الآتية:

١. إن مصادرة التأمين الأولي تكون بقرار يصدر بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية المتعاقدة من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء^(٣).
٢. إذا ما امتنع المتعاقد عن توقيع العقد يتعين على الإدارة إنذاره بضرورة توقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه وإلا يصار إلى مصادرة التأمين الأولي، وفي القانون المصري يشترط بموجب المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول^(١).
٣. أن الإدارة ليس لها أن تطلب من المتعاقد توقيع العقد إلا بعد أدائه التأمين النهائي، إذ يتحول التأمين الأولي بعد صدور قرار الإرساء إلى تأمين نهائي من خلال قيام المتعاقد بدفع الفرق بين الاثنين، وبالتالي كان الأولى بالتعليمات النص على مصادرة التأمين النهائي في حالة نكول المتعاقد عن توقيع العقد وليس التأمين الأولي على أساس أن هذا الأخير يتحول إلى تأمين نهائي بعد صدور قرار إرساء المناقصة.
٤. طبقاً للنصين المتقدمين فإن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين الأولي هي سلطة مقيدة، إذ تلزم الإدارة بمصادرة التأمين بمجرد حدوث النكول ولا تملك سلطة إعفاء المتعاقد من هذا الجزاء.

(٣) ينظر كل من: د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩، ص ٥٥٥. د. مازن ليلو

راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، ٢٠٠٢، ص ١١٢.

(١) في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر تقول فيه (في حالة عدم التزام المتعاقد بسداد التأمين النهائي، يحق للإدارة أن تفسخ العقد مع مصادرة التأمين الأولي أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، ويشترط لاتخاذ أي من الإجراءات السابقين إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول حتى يكون على بينة من الإجراء الذي اتخذته في مواجهته). حكمها في الطعن ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق في ١٩٩٤/٣/٢٢ مجموعة المبادئ، س ٣٩، ج ٢، ص ١١١٣.

الفرع الثاني - مصادرة التأمين النهائي

فيما سلف بينا أن التأمين النهائي يمثل المبالغ المالية التي تودع لدى جهة إدارية من المتعاقد معها بهدف تأمينها ضد آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري فضلاً عن ضمانها ملاءة المتعاقد لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ مضمون العقد^(٢).

ويصار إلى مصادرة التأمين النهائي في بعض التشريعات المقارنة عند نكول المتعاقد عن توقيع العقد، سواء فسخ العقد بين الإدارة والمتعاقد أم جرى إحالة المناقصة على المناقص الثاني^(١)، بينما في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ يكون توقيع العقد هو الفيصل في فرض جزاء مصادرة التأمين الأولي أم مصادرة التأمين النهائي، إذ إن انتهاك المتعاقد لالتزاماته قبل توقيع العقد . بما في ذلك امتناعه عن توقيع العقد . يقود إلى مصادرة التأمين الأولي، في حين يقود انتهاك المتعاقد لالتزاماته بعد توقيع العقد إلى مصادرة التأمين النهائي^(٢).

ومع ذلك نرى انه يمكن استيفاء أية مبالغ تترتب لمصلحة الإدارة من مبلغ التأمين النهائي كونه يشكل ضماناً لجهة الإدارة بوصفه الحد الأدنى اللازم لتعويض الأضرار التي أصابت الإدارة من نكول المتعاقد عن تنفيذ التزاماته^(٣)، ومن ثم لا تثريب إن اجتمع مصادرة التأمين مع التعويض من دون أن يعد ذلك ازدواجاً للتعويض، فإذا كان التأمين النهائي لا يكفي لجبر الأضرار التي أصابت الإدارة جاز لها أن ترجع بالتعويض على المتعاقد لاستكمال جبر بقية الأضرار ، ومن دون أن يقبل من المتعاقد أثبات أن قيمة الأضرار تقل عن مبلغ التعويض^(٤).

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٦٨.

(١) تنظر على سبيل المثال المادة (٥٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري.

(٢) تنظر المادة (١٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ التي تضمنت فقرتين خصصت الأولى للأثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية قبل توقيع العقد، في حين خصصت الأخرى للأثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية بعد توقيع العقد.

(٣) د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٥٠/ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(٤) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (وما دامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة ، فلا تثريب إن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض حيث أن هذا الاستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة ، على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بان لا يحضر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وان يكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر ، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك). حكمها في الطعن ١٠١٩ في ١٠/١٢/١٩٦٦ أشار إليه الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

المطلب الثاني- الإحالة على المناقص الثاني مع تحميل المتعاقد فرق البديلين

سندرس في هذا المطلب القواعد المنظمة لهذا الجزاء، وطعن المتعاقد فيه على وفق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول- القواعد المنظمة لإحالة المناقصة على المناقص الثاني

فضلاً عن مصادرة التأمينات، للإدارة بمقتضى المادة (١٧/ أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الحق في حالة نكول المناقص عن توقيع العقد إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناقل فرق البديلين الناجم عن تنفيذ العقد، فإذا كانت قيمة التأمينات غير كافية يتم أخذها من أمواله الأخرى، وفي حالة نكول المرشحين الأول والثاني عن توقيع العقد أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث، ويتحمل الناقلان الأول والثاني فرق البديلين بالتضامن وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الأولية^(١).

ونورد الملاحظات الآتية على هذا النص:

١. إن سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجزاء مقيدة ، بمعنى أن الإدارة تلزم في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بمصادرة تأميناته الأولية وإحالة المناقصة على المناقص الثالث مع تحميل المناقص الأول فرق البديلين، في حين نجد في التشريعات المقارنة أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إلغاء العقد أو إحالة المناقصة على المناقص التالي بحسب ترتيب العطاءات^(٢).
٢. يترتب جزاء الإحالة على المناقص الثاني في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة نتيجة امتناع المناقص الفائز عن توقيع العقد، بينما يترتب هذا الجزاء في القوانين المقارنة . إلى جوار الامتناع عن توقيع العقد . نتيجة الامتناع عن تسديد التأمين النهائي^(١).
٣. لا يقصر حدوث النكول من المناقص الأول الفائز، وإنما يعد المناقص الثاني كذلك ناكلاً إذا امتنع عن توقيع العقد أو امتنع عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ (التأمين النهائي)، وتطبق عليه الإجراءات ذاتها التي تطبق على المناقص الأول عند النكول، وتحال المناقصة إلى المناقص الثالث مع تحميل الناقلين فرق البديلين بالتضامن.

(١) وفي هذا الصدد نورد حكم محكمة التمييز التي تقول فيه (إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد وأحيل العقد ذاته إلى مقاول آخر يتحمل المقاول الناقل فرق الزيادة تنفيذا للعقد وبحكم القانون). الحكم المرقم ٧٤/٢١٥ في ١٣/٥/١٩٧٤ أورده خليل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨، ص٦٤٨.

(٢) تنظر على سبيل المثال المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٦) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٤٧) من قانون ونظام المناقصات الحكومية رقم ٨٤/٨٦ لسنة ١٩٨٤ العماني، والمادة (٥٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري.

(١) تنظر المواد القانونية نفسها في الهامش المتقدم.

ويلحظ هنا أن التعليمات أفصحت عن عد امتناع المناقص عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ (التامين النهائي) من أحوال النكول بخلاف نكول المناقص الأول الذي قصرته على الامتناع عن التوقيع، وكذلك لم تبين التعليمات الحكم القانوني للمناقصة فيما لو نكل المناقص الثالث عن المناقصة، إذ كان ينبغي النص . بحسب ما نرى . صراحة على امتلاك الإدارة سلطة إلغاء المناقصة العامة أو إعادة عرضها من جديد.

الفرع الثاني- الطعن بقرار إحالة المناقصة على المناقص الثاني

بالنظر إلى ضرورة تنظيم عملية التعاقد بين الحكومة وبين المتعاقدين معها جاء قانون العقود الحكومية العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ليحتوي القواعد القانونية المنظمة للمناقصة العامة والمنازعات التي تنشأ بسببها، إذ أشار القسم (١٢) من القانون إلى إنشاء محكمة تختص بنظر اعتراض صاحب العطاء الذي يظن انه ظلم في قرار إحالة التعهدات العامة، وإذ أن لكل قانون . كقاعدة عامة . تعليمات تصدر بشأن تنفيذه فقد صدرت التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ التي ألغيت وحلت محلها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ التي أشارت في المادة (١٠/ثانيا) إلى تشكيل محكمة إدارية مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ويتضح مما سبق أن المتعاقد الذي تسحب منه المناقصة وتحال إلى المناقص الثاني يستطيع الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية^(١)، بشرط مراعاة الضوابط الواردة في المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وهي:

١. تقديم شكوى لدى اللجنة المركزية في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظة أو الإقليم المعني خلال سبعة أيام عمل من تاريخ صدور قرار الإحالة والتبلغ به، وتتولى هذه اللجنة دراسة الشكوى وتقديم التوصية بخصوصها إلى الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ إيداع الشكوى لدى جهة التعاقد، وعلى الأخير البت بالتوصية خلال سبعة أيام من دون أن تحدد التعليمات تاريخ البدء باحتسابها، ويعد عدم البت بالموضوع بعد انقضاء المدة رفضاً للاعتراض.

(١) وجهت انتقادات كثيرة إلى تشكيل هذه المحكمة ، إذ هنالك من الكتاب من رأى عدم صحة تسميتها بالمحكمة كونها مشكلة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ، وهذا يشكل مخالفة صريحة لنص المادة (٩٦) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن (ينظم القانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها واختصاصاتها وكيفية تعيين القضاة وخدمتهم...)، وكذلك مخالفته لأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، وكذلك أنتقد تسميتها بالإدارية لان ذلك يوحي بأنها تختص بالمنازعات الإدارية في حين أنها لا تختص إلا بنوع واحد من المنازعات الإدارية وهي النظر في الاعتراضات المقدمة ضد قرارات إحالة المناقصات العامة.

د. حنان محمد القيسي و صفاء حسين الشمري، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص ٥٩، ٥٨.

٢. أن يقدم اعتراض لدى المحكمة الإدارية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكوى، ويعاب على هذا النص إن مدة تقديم الاعتراض كان ينبغي جعلها تسري من تاريخ التبليغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره.

علما أن الحكم الصادر من المحكمة يمكن الطعن به تمييزاً لدى محكمة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بقرار المحكمة، كما أن ولاية المحكمة تشمل طلبات إلغاء قرارات الإحالة من دون أن تشمل طلبات التعويض عما سببته من أضرار، وهذا يعني لزوم اللجوء إلى محكمة البدء للمطالبة بالتعويض^(١).

المطلب الثالث - وضع الناكل على القائمة السوداء

من المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصات العامة هي حرية المنافسة ، إذ يحق . كقاعدة عامة . لكل فرد أن يتقدم للاشتراك فيها من دون أن تمنعه الإدارة أو تحرمه من حقه في الوصول إلى إحالتها عليه بوصفه صاحب أفضل عطاء سعراً وشروطاً فنية^(٢).

ولكن يحق في الوقت نفسه للإدارة أن تتخذ من الإجراءات . وهي بصدد تنظيم المناقصة العامة . الكفيلة بإبعاد الأفراد الذين تثبت لديها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء التزاماتها، وقصر المشاركة فقط على الصالحين والقادرين على أدائها، وقرارها بالإبعاد بالتأكيد هو قرار إداري يوصف عند الفقه الإداري بالقرار المنفصل الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري بغية التثبت من عدم إساءة الإدارة في استعمال سلطتها^(٣). ويمثل إدراج اسم الناكل في القائمة السوداء إجراء يتيح للإدارة حرمان الأفراد غير المرغوب فيهم من الاشتراك في المناقصات العامة بشكل نهائي أو لمدة محددة ، إذ تحتفظ الإدارة بقوائم (سجلات) خاصة تتضمن أسماء هؤلاء الأفراد غير المرغوب فيهم، يجري الرجوع إليها عند البدء بإجراءات المناقصة بهدف الوقوف على الأسماء الممنوعة من الاشتراك فيها^(٤).

وإدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء بوصفه جزاء تضمنته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بنصها في المادة (١٨) على أن (للجهات التعاقدية في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة

(١) وهذا ما بينته المحكمة صراحة في حكمها المرقم ٢٠١١/٣ في ٢٠١١/٤/١٣ الذي تقول فيه (وجدت هذه المحكمة بعد دراسة إضبارة الدعوى من أن دعوى المدعين بالنسبة إلى طلب التعويض ليس له سند من القانون حيث أن هذه المحكمة لا تختص بنظر هكذا طلبات ، إذ أن اختصاصها النوعي يشمل النظر في الدعاوي الإدارية الخاصة بالاعتراض على قرارات الإحالة في المناقصات العامة...) أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٣) د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٨.١٠٧.

(٤) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء..)، وأحالت التعليمات بصدد توقيع هذا الجزء إلى الضوابط الواردة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، التي ألغيت وحل محلها تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ التي خولت في المادة (١٥) منها وزير التخطيط والتعاون الإنمائي بناء على طلب مسبب من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وضع شركة المقاولات أو المقاول في القائمة السوداء لمدة لا تزيد على سنتين في حالات عديدة منها امتناع المتعاقد عن توقيع العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة.

وما يترتب على إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء أن يجري تنزيل صنف المقاول درجة واحدة تسري من تاريخ رفع اسمه من القائمة السوداء، وعدم التعامل مع المقاول خلال مدة درج اسمه في القائمة السوداء^(١).

علما أن تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ خولت المقاول الذي تقرر إدراج اسمه في القائمة السوداء حق الاعتراض لدى الوزير بواسطة الوزارة المنفذة أو المستفيدة خلال (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ، وبيت الوزير في الاعتراض خلال (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ تسجيل الاعتراض في مكتبه، ويعد قراره نهائياً^(٢)، والنهائية هنا لا تعني عدم جواز الطعن بقرار الوزير أمام القضاء وإلا عد ذلك مخالفة صريحة لنص المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥^(٣)، وإنما تعني عدم جواز رجوع الوزير بهذا القرار، وكذلك ينفذ هذا القرار من دون داع لمصادقة أي جهة إدارية أخرى عليه. وبإنعام النظر في النصوص القانونية المنظمة لهذا الجزء نستطيع تقديم الملاحظات الآتية عليه:

١. تكون سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجزء تقديرية، أي لها بحسب ما تراه محققاً للمصلحة العامة إدراج اسم المتعاقد الناكل في القائمة السوداء أو عدم إدراجه.

٢. يترتب هذا الجزء نتيجة نكول المتعاقد عن توقيع العقد، علما أن القوانين المقارنة لم تجعل النكول من الأسباب الموجبة لإدراج المتعاقد في القائمة السوداء أو شطب اسمه من قائمة المقاولين سوى قانون المناقصات الكويتي الذي أجاز للإدارة في المادة (٥٢) منه شطب اسم المناقص الفائز من قائمة المقاولين والموردين المعتمدة شطباً دائماً أو لمدة معينة^(٤)، وكذلك القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام

(١) المادة (١٥/ثانياً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

(٢) المادة (١٨) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

(٣) تنص المادة (١٠٠) من دستور ٢٠٠٥ على أن (يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

(٤) تنظر على سبيل المثال المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي ، والمادة (٢٨) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ اليمني.

عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة الذي قرر في المادة (٥٨) حرمان المناقص الفائز بالمناقصة إذا تخلف عن توقيع العقد من دون عذر مشروع من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة بقرار من الوزير المختص.

٣. إن الإدراج في القائمة السوداء يكون مؤقتاً.

٤. تستطيع الإدارة حرمان المناقص من المناقصة متى ما اتضح لها إدراج اسمه في القائمة السوداء سواء كان ذلك قبل صدور قرار الإحالة أم بعده^(٢).

٥. بما أن التعليمات لم تحدد مرجع الطعن بقرار الوزير بإدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء، فإن محكمة القضاء الإداري ستكون مرجع الطعن بوصفها الجهة المختصة بالنظر في صحة القرارات الإدارية التي لم يعين المشرع مرجعاً للطعن فيها^(٣).

الخاتمة

من خلال دراسة أحكام النكول في القانون العراقي ترشّحت لدينا جملة من الاستنتاجات وعدد من التوصيات نوردتها بالاتي:

١. يعد قرار المصادقة الصادر من الجهة المختصة منشأً للعملية التعاقدية، إذ يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة، إلا أن هذا القبول لا ينفذ في القانون العراقي إلا من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد.

٢. إن توقيع العقد بعد صدور قرار المصادقة لا يعدو أن يكون إجراء به يتحدد بدء تنفيذ العقد.

٣. يشير النكول في المناقصة العامة إلى انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار المصادقة على توصية إحالة المناقصة العامة.

٤. يتميز النكول من إلغاء المناقصة العامة (العدول) انه يقع من المتعاقد بينما يقع الإلغاء من الإدارة، والنكول عمل غير مشروع يعرض الناكول لجزاءات قانونية، في حين إلغاء المناقصة عمل مشروع للإدارة إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي إجراء الإلغاء.

٥. أسباب النكول محددة على سبيل الحصر وهي الامتناع عن تسديد التأمين النهائي والامتناع عن توقيع العقد.

٦. يترتب على النكول توقيع ثلاثة جزاءات هي مصادرة التأمينات، وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، وإدراج اسم الناكول في القائمة السوداء، وتتفاوت سلطة الإدارة بتوقيع هذه الجزاءات فهي تكون مقيدة في

(٢) وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية في العراق بقولها (ومن تدقيق كل ما تقدم تجد هذه المحكمة بان هذه الدعوى واجبة الرد لسببين الأول هو أن شركة المدعي قد وضعت في القائمة السوداء بموجب كتاب الدائرة القانونية في وزارة التخطيط.... ، وهذا يمنع من إحالة أي مشروع للمدعي وشركته سواء كان المنع قبل الإعلان عن المناقصة والإحالة أم بعد ذلك وبحسب تعليمات وزارة التخطيط بهذا الشأن...).

الحكم المرقم ٣٤/تخطيط/٢٠١١ في ٢٤/٨/٢٠١١ أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٣) تنظر المادة (٧) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

مصادرة التأمينات وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، بينما تكون تقديرية في إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء.

التوصيات:

١. بهدف تبسيط إجراءات التقاضي أمام الأفراد نوصي بإلغاء المحكمة الإدارية وإعادة اختصاص النظر بصحة قرارات الإحالة والتعويض عنها إلى محكمة القضاء الإداري، إذ كما هو معلوم أن المتعاقد في ظل الوضع الراهن يضطر أن يقيم ثلاث دعاوي قضائية أمام ثلاث محاكم مختلفة في حالة إحالة المناقصة على المناقص الثاني وإدراج اسمه في القائمة السوداء ، وهي المحكمة الإدارية بهدف إلغاء قرار الإحالة ، ومحكمة البداية بقصد الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته من سحب المناقصة منه وإحالتها إلى المناقص الثاني، ومحكمة القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار إدراج اسمه في القائمة السوداء.

٢. تعديل المادة (١٦/أولاً) والمادة (١٧/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بإضافة النكول الناشئ عن الامتناع عن سداد التأمين النهائي إلى جوار النكول عن توقيع العقد.

٣. تعديل الفقرة ثالثاً من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وجعل مدة تقادم الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية يسري من تاريخ التبليغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره.

٤. تعديل نص المادة (١٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ومنح الإدارة سلطة إلغاء المناقصة أو إعادة عرضها إلى جوار سلطتها بإحالة المناقصة إلى المناقص الثاني أو الثالث في حالة نكول الثاني، وذلك لما فيه من تحقيق للمصلحة العامة التي قد تقتضي هذا الإلغاء أو إعادة العرض، وبخاصة في حالة نكول المناقص الثالث عن المناقصة العامة.

قائمة المراجع

١. أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع.
٢. د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
٣. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة.
٤. د. جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٥. د. حنان محمد القيسي و صفاء حسين الشمري، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.
٦. خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.
٧. د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩.
٨. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٩. د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، بلا دار نشر، ٢٠٠٥.
١٠. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
١١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٢. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧.
١٣. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١٤. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، ٢٠٠٢.
١٥. د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٧. د. محمد سمير جمعة ، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٩، ٢٠١١.
١٨. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.
١٩. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمّان، ١٩٩٩.
٢٠. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٠.
٢١. د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٢. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥.
٢٣. هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٢٤. د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج١، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩٨.

مشروعية التداوي بالمخدرات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)

د. هيثم حامد المصاروة
كلية الأعمال براغ - جامعة الملك عبد العزيز

abstract

Basically, the drug use is prohibited, either by the Islamic legislation or by the law. However, certain medical cases or clinical treatments would require it. Thus, we wonder about the legal fundament of this usage and the conditions to be followed in order to guarantee a correct and secure use of these drugs, especially as for the respect of the patient will, in the case he needs the treatment with drugs. Actually, this kind of treatment could save his life, lower his pains or even manage the disease, but it still dangerous. This fact imposes to take the extreme care by doctors when they prescribe or use these drugs. Also, doctors should clarify this method of treatment to the patient and aware him from its effects.

المقدمة

تعد المخدرات من اشد الآفات فتكا ببني البشر، لا سيما في هذا العصر الذي بدى فيه أن تعاطيها أكثر انتشارا واتساعا، وتهديدها للصحة والمال كبيرا وفادحا، وهو ما حدى بفقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع في العديد من الدول إلى اتخاذ موقف صريح وصارم من كل من يتعامل بها، وسواء أكان ذلك لأغراض الإنتاج أم الاتجار أم التعاطي، فلا يحل شرعا ولا قانونا التعامل في هذه المادة الخطير والفتاكة بالزراعة أو البيع أو الاستعمال.

بيد أن جانبا آخر لهذه المادة يثير العديد من التساؤلات حولها، فهي وإن كانت تتضمن أضرارا ومساوي كبيرة، سواء على المستوى الفردي أو الجماعي، إلا أن لها منافع يتعذر تجاوزها أو إنكارها، ولا سيما من الناحية الطبية، فالتقدم العلمي الكبير في مجال الطب وعلم النفس والعلوم الأخرى أوضح بما لا يدع مجالا للشك أن الإثم الناشئ عن تعاطي المخدرات لا يضارع المنافع الكبيرة التي قد توفرها المخدرات إذا ما استخدمت استخداماً طبيياً مشروعاً ومنظماً.

ولعل الوقوف على مثل الحقيقة السابقة يثير جملة من التساؤلات حول مشروعية استعمال المخدرات لأغراض العلاج، فهل تكفي الفوائد الطبية للمخدرات للقول بإباحتها، وما هو الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في هذا الصدد للخروج على الحكم الأصلي المتعلق بها وهو التحريم؟ يضاف إلى ذلك تساؤل آخر يتصل بالشروط والأوضاع التي يمكن تبنيها لضمان حسن استعمال هذه المادة في الأغراض المفيدة التي يمكن تحصيلها، لذا فالتساؤل مطروح أيضا حول مدى إباحة استخدام المخدرات في الأعمال الطبية؟

نعتقد أن الإجابة عن مثل هذه التساؤلات تتطلب التعرض إلى أضرار استخدام المخدرات وفوائدها، فضلا عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي منها، ولا سيما من ناحية الضوابط التي تبيح

استخدامها في المجال الطبي، لذا نتولى دراسة هذه الموضوعات من خلال توزيع الدراسة على المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

ماهية المخدرات

تستخدم منظمة الصحة العالمية تعبير المواد النفسية بدلاً من المخدرات لأن الأخيرة تشمل مواد واستخدامات علمية أخرى عادية غير محظورة أو خطيرة، ومع ذلك سنستخدم تعبير المخدرات أو المواد المخدرة جرياً على ما ذهب إليه أغلب الباحثون^(١).

ويعرف المشرع الليبي المواد المخدرة في المادة الأولى من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية^(٢) الليبي رقم (٧) لسنة ١٩٩٠ على النحو كالاتي: (يقصد بالمواد المخدرة المبينة في الجدول الملحق رقم (١)). الأمر الذي أورد مثله المشرع الأردني في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية^(٣) رقم (١١) لسنة ١٩٨٨ أيضاً^(٤)، وكذلك المشرع العراقي في قانون المخدرات رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٥ "المعدل"^(٥).

نعتقد بان التعريف السابق غير كاف لإيضاح المعنى المقصود من مصطلح المخدرات، فهو ببساطة يحيل إلى جداول ملحقة بالقانون، وهذه الجداول تتضمن أسماء ومصطلحات علمية وفنية متخصصة، قد

١ - لقد عرف الإنسان المخدرات في تاريخ موغل في القدم فقد وجدت آثار كبيرة تدل على معرفة الإنسان بالمواد المخدرة بشكل نقوش على جدران المعابد أو كتابات على أوراق البردي المصري القديمة؛ كما عرفت عند الإغريق ونقشت على جدران المقابر والمعابد وهي في يد الآلهة وكانت بيد الآلهة "هيرا" تعني الأمومة والآلهة "ديميتر" تعني خصوبة الأرض، والإله "بلوتو" تعني الموت أو النوم الأبدى. وكانت الكحوليات أقدم المواد المخدرة المعروفة التي تعاطاها الإنسان وكانت الصين أسبق المجتمعات إلى معرفة عمليات التخمر الطبيعية لأنواع مختلفة من الأطعمة فقد صنع الصينيون الخمر من الأرز والبطاطا والقمح والشعير؛ كما أن كلمة القنب وهي كلمة لاتينية تطلق على الحشيش هي تعني الضوضاء وقد سميت هكذا لأن متعاطية يحدث ضوضاء بعد وصول المادة المخدرة إلى ذروة مفعولها. وقد عرف العالم الإسلامي الحشيش في القرن الحادي عشر ميلادي حيث استعمله قائد القرامطة في آسيا الوسطى "حسن بن صالح" وكان يقدمه مكافأة لأفراد مجموعته البارزين وعرفت فرقته باسم الحشاشين.

في حين عرفته الولايات المتحدة الأمريكية في بدايات القرن العشرين حيث نقله إليها العمال المكسيكيون الذين وفدوا للعمل داخل الولايات المتحدة. د. مصطفى سويف، المخدرات والمجتمع نظرة تكاملية، سلسلة عالم المعرفة، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت، (العدد ٢٠٥ - يناير / كانون الثاني) ١٩٩٦ - ص ٣٧.

٢ - تعرف المادة الأولى من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي المؤثرات العقلية كالاتي: (المواد المبينة في الجدول الملحق رقم (٢)).

٣ - تعرف المادة الأولى من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني المؤثرات العقلية كالاتي: (المؤثرات العقلية: كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول ذوات الأرقام ٥ و ٦ و ٧ و ٨ الملحقة بهذا القانون).

٤ - تعرف المادة (٢) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني المادة المخدرة كالاتي: (كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول ذوات الأرقام ١ و ٢ و ٤ الملحقة بهذا القانون).

٥ - تعرف المادة (٢) من قانون المخدرات العراقي المخدر كالاتي: (كل مادة طبيعية أو تركيبية أو المواد المدرجة في الجدولين الأول والثاني الملحقين بهذا القانون).

يتعذر على الكثير من الأشخاص فهمها أو تحديد مضمونها، لذا فإنه يجدر التعرض لتعريف المخدرات من الناحية الفقه القانوني.

فقد عرف المخدر لدى البعض^(١) بأنه: (الجواهر الطبيعية والكيميائية التي عندما تدخل إلى جسم الإنسان تحدث به تغيرات من خلال عمليات كيميائية في البنية أو في وظيفة أو أكثر من وظائفه مع التأثير على الجهاز العصبي وعلى المزاج). وقد اتجه جانب آخر من الفقه الوضعي نحو إيراد العديد من أنواع المواد المخدرة فعرّفها بأنها: (المادة المخدرة هي العنصر أو المركب أو المحلول المحتوي على الأفيون أو الحشيش أو الكوكا أو الهيروين بنسبة خاصة، يكون من شأنها أن تقتر الجسم أو تغيّب العقل أو تهيج الشعور)^(٢). بينما يعرفها جانب آخر من الفقه^(٣) على أنها: (بأنها مواد تؤثر على الجهاز العصبي المركزي ويسبب تعاطيها حدوث تغيرات في وظائف المخ، وتشمل هذه التغيرات تنشيطاً أو اضطراباً في مراكز المخ المختلفة).

وما يلاحظ على التعريفات السابقة هو إشارتها إلى الجوانب السلبية للمخدرات، كتأثيرها على الجهاز العصبي أو فقد الوعي أو إحداثها اضطراباً على دماغ الإنسان، أما ما يفسر التركيز على هذا الجانب فهو الاستخدام الشائع لهذه المادة، وهو الاستخدام غير المشروع. غير أنه لا يمكن النظر إلى المخدرات من وجه واحد فقط، فهي وإن كانت في الأعم الأغلب من الحالات لا تتضمن إلا أضراراً، إلا أنها قد تتضمن محاسن تعود على الإنسان بالمنفعة^(٤)، ومن قبيل المنافع التي قد تعود على الإنسان من المخدرات استعمالها في المجال الطبي، لذا نعرض لأضرار المخدرات ثم لاستخداماته الطبية.

أولاً. الأضرار المترتبة على تعاطي المخدرات

أن تعاطي المواد المخدرة أياً كان نوعها أو وضعها القانوني يشكل خطورة كبيرة وأضرار مباشرة وغير مباشرة تشل المجتمع الإنساني وتضر بأخلاقه واستقراره وأمنه ومصادر عيشه، ذلك أنها تعد من أهم المشاكل الدولية التي تشغل مختلف الهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية والوطنية لما تسببه من أضرار ومخاطر من مختلف النواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويمكن أن نبين بإيجاز هذه المضار.

١- **البعد الحيوي:** تؤثر المخدرات على متعاطيها على نحو خطير في بدنه ونفسه وعقله وسلوكه، ولكن إذ يمكن إجمال الآثار الناجمة عن تعاطيها في الخمول والكسل وفقدان المسؤولية والتهور والاضطراب في

١ - د. محمد رمضان بارة، شرح قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، مطابع الوحدة، الزاوية، ١٩٩٥، ص ٣١.

٢ - أنور العمروسي، المخدرات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٢٧.

٣ - د. عز الدين الدنشاري، المخدرات والإدمان، دار النهضة القاهرة، ١٩٩٠، ص ١١.

٤ - يشير جانب من الفقه الإسلامي إلى حقيقة المنافع التي يمكن جنيها من الخمر والمخدرات بصفة عامة، إذ لا يكاد يوجد لها من منفعة سوى في مجال التجارة وتحقيق الأرباح من بيعها. للمزيد في هذا الموضوع انظر: د. سعد الدين مسعد هلال، التأصيل الشرعي للخمر والمخدرات، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية (الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة)، الكويت، ٢٠٠١، ص ٢٥٨.

الإدراك. كما تجعل المدمن قابلاً للأمراض النفسية والبدنية والعقلية وقد يصاب بفقدان المناعة الإيدز أو انفصام الشخصية، كما قد تؤدي بعض أنواع المخدرات إلى تغييرات حادة في المخ^(١).

وهناك احتمالات قدمتها بعض الدراسات العلمية بإصابة المدمن بالسرطان، كما أثبتت البحوث أن للمخدرات أضرار على خلايا جسم تتمثل بالنمو البطيء والحجم غير العادي للنواة في الخلية وكذلك الإنتاج المضطرب للبروتين والأضرار بالحيوانات المنوية والبويضات وخلايا الأعصاب والأنسجة^(٢).

٢- البعد الثقافي: لا تقتصر آثار المخدرات على الأضرار الحيوية على مستوى الفرد، بل إن العلاقة العضوية الحيوية تؤثر وتتأثر بالجانب النفسي للفرد، مما يلقي أثراً بالغ الخطورة على مستوى السياق الاجتماعي والثقافي. فقد ثبت من الدراسات التي تمت في آثار استخدام المخدرات في مصر أن هذا الاستخدام يؤدي إلى تغييرات أساسية في الشخصية وضعف في الذاكرة ويقلل من التركيز وتعريض المهارات للضياع^(٣). إذ يصبح المدمن غير قادر على اتخاذ القرارات المناسب أو التفكير السليم في مواجهة الأخطار الحاصلة والمتوقعة، وكذلك الهروب من الواقع وتجنب صعوباته، وعدم تمييز الظروف المحيطة به.

٣- البعد الاجتماعي الاقتصادي: يؤدي الاعتماد على المخدرات إلى افتقاد القدرة على الكفاح من أجل الأسرة، ومن ثم إلى البطالة، وربما يقود ذلك إلى ارتكاب الجرائم والسراقات لتأمين الحصول على المواد المخدرة. وتتفاقم المشكلات بشكل أكبر في الدولة النامية والفقيرة عندما تؤدي أزمات الفقر المزمنة إلى انتشار البطالة وعمالة الأطفال العشوائية، والانهيار الأسري والتي تؤدي إلى مشكلات أكثر خطورة ومنها ظاهرة تشرد الأطفال أو ما يعرف بأطفال الشوارع وسهولة احتكاكهم بمدمني المخدرات ومن ثم تعاطيها^(٤).

٤- المخدرات والجريمة: فقد أثبتت الدراسات أن ثمة جرائم تحدث قبل تعاطي المخدرات، وأخرى بعدها، وأغلبها يرتبط بأمرين، الأول: يتعلق بجلب المخدرات وتوزيعها، والثاني: يتعلق بعملية الاستهلاك، وتبدأ الجرائم الخاصة بالجلب والتوزيع من التجريم القانوني لها، وترتبط بالجرائم ضد الأشخاص بالقتل والأذى البالغ أثناء الاصطدام مع القوات المطاردة لعصابات التهريب وكذلك توريط العديد من الأحداث والشباب في عصابات التوزيع والتسويق علاوة على جرائم غسيل الأموال الناتجة عن الاتجار بالمخدرات^(٥). وهناك جرائم

١ - انظر: د.محمد زيد، آفة المخدرات وكيفية معالجتها، ١٩٨٨، دار الأندلس، ص ٥٣.

٢ - انظر: د.مصطفى كارة، كتاب الوعي الأمني، مطابع العدل، ١٩٩٠، ص ٢٢.

٣ - لقد أثبتت الدراسات التي تم إجرائها في بعض الدول مدى الخطورة التي يمثلها تعاطي المخدرات على الأطفال، ففي دراسة أجريت في هندوراس تبين تورط أطفال الشوارع في مشاكل مع الشرطة وتعاطي المخدرات وثبت أنه نصفهم يستنشقون الغراء و ٤ من ١٠ يتعاطون الخمر في المناسبات و ٦ من ١٠ يدخنون و ١ من ٥ يستعملون الحشيش. انظر: د.صلاح عبد المتعال، الأبعاد الاجتماعية والنفسية والتربوية لتعاطي المخدرات،

(<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/2A6CE3B7-9427-4ACE-96DA-7EF634BAD681.htm>).

٤ - د.صلاح عبد المتعال، المرجع السابق، ص ٦٠.

٥ - انظر: د.صلاح عبد المتعال، المرجع السابق، ص ١٠.

ترتبط بالاستهلاك، وأغلبها يظهر في جرائم المال والحصول عليه بالقوة والقهر رغبة في حصول المدمن على المخدر عندما يقع في ضائقة مالية تحول بينه وبين القدرة على شراء المخدرات^(١).

ثانياً. الاستخدام الطبي للمخدرات

منذ وقت طويل استخدم الإنسان المواد المخدرة لأغراض مشروعة كالطب والترفيه، فقد عرف العرب الأفيون منذ القرن الثامن الميلادي وقد وصفه ابن سينا لعلاج التهاب غشاء الرئة الذي يسمى حينذاك "داء ذات الجنب" وبعض أنواع المغص^(٢).

كذلك تم استعمال الكوكايين في صناعة الأدوية نظراً لتأثيره المنشط على الجهاز العصبي المركزي، لذلك استخدم بكثرة في المشروبات الترويحية وبخاصة الكوكاكولا، لكنه استبعد من تركيبها عام ١٩٠٣، غير أن الأمر بقي على خلاف ذلك في بعض المجالات الأخرى، فقد روجت شركات صناعة الأدوية له بقوة واستخدمته في أكثر من خمسة عشر منتجاً وعقاراً^(٣).

لذلك رأينا منظمة الصحة العالمية تستخدم تعبير المواد النفسية بدلاً من المخدرات، ذلك أن استخدام هذه المواد ممكن أيضاً في مجال المواد الطبية والعلمية، بالإضافة إلى استخدامات أخرى عادية غير محظورة أو خطيرة.

غير أن هذه الاستخدامات الطبية أو العلمية تشكل في كثير من الأحيان خطراً كبيراً عند إساءة استخدامها كعقاقير للحصول على التأثيرات النفسية كالمهدئات والمنشطات عند التعاطي المتكرر لها والذي يؤدي إلى الإدمان.

وفي هذا الصدد يمكن تعريف الإدمان بأنه تناول الشخص لمادة مخدرة بحيث يصبح من المتعذر عليه تركها. والملاحظ هنا أن الإدمان قد تحقق حتى وإن كانت المادة المخدرة ممزوجة بمواد أخرى، كما في العقاقير الطبية^(٤).

١ - أفاد تقرير مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين "ميلانو ١٩٨٥" عن الشباب والجريمة والعدالة، بأن سلطات الدول المشاركة قلقة للغاية بسبب مصاحبة ازدياد معدل الجريمة بازدياد استهلاك العقاقير المخدرة وأشار أيضاً إلى أن كثيراً ما ارتكبت الجرائم من أجل الحصول على العقاقير أو المال الذي يشترونها به. انظر: د.صلاح عبد المتعال، المرجع السابق، ص ١٠.

٢ - انظر: د.مصطفى سويف، المرجع السابق، ص ٣٨.

٣ - انظر: د.مصطفى سويف، المرجع السابق، ص ٣٨.

٤ - يعرف الإدمان لدى البعض على أنه: (تعاطي المواد الضارة طبيًا واجتماعيًا وفسولوجيًا بكميات أو جرعات كبيرة ولفترات طويلة منتظمة تجعل الفرد متعوداً عليها خاضعاً لتأثيرها. وقد يكون الإدمان إدماناً على المخدرات سواء المنبه (stimulants) مثل الهرويين والكوكايين أو المفترة (depressants) مثل الأفيون والماريهوانا، أو إدماناً على المشروبات الروحية أو حتى بعض الأدوية والعقاقير ذات التأثير على الجهاز العصبي). د.محمود أبو زيد، المعجم في الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع، ص ٢٧.

وقد تحصل حالة الإدمان نتيجة الوقوع تحت تأثير مواد أخرى لا تصنف من ضمن المخدرات المحظورة أو الخطرة مثل الكحول، كما أن هناك مواد أخرى تمنعها بعض الدول ولا تمنعها دول أخرى مثل القات أو نتيجة مواد طبية تحمل عناصر مخدرة أعطيت خطأ من الطبيب أو الصيدلي.

ويحصل الإدمان عندما تحصل تغييرات في كيمياء الجسم بسبب تعاطي المادة المخدرة، بحيث يتطلب الأمر معه زيادة كمية المخدر دوماً للحصول على نفس التأثير، كما أن الانقطاع عن التعاطي دفعة واحدة ينجم عنه حدوث نكسة صحية وألاماً مبرحة قد تؤدي بالشخص في النهاية إلى الموت^(١).

ومع ذلك فإن للمواد المخدرة الكثير من الاستخدامات الطبية، إذ يمكن إدراج بعض أنواع المخدرات وتأثيراتها على المتعاطي إيجاباً أو سلباً، وذلك على النحو الآتي:

١. الأفيون: وهو من أخطر أنواع المخدرات، إذ يؤدي إدمانه إلى كسل المعدة والأمعاء والإمساك المزمن، كما يؤدي بعد فترة من إدمانه إلى احتقان المخ وتليف الكبد.

أما في المجال الطبي فقد وصفت مركبات الأفيون كعلاج لبعض الأمراض والآلام واتسع نطاق استخدامه حتى دخل كمهدئات للأطفال وألف أحد الأطباء كتاباً يبين للأمهات متى وأين تستخدمه علاجاً لأطفالها^(٢).

٢. الهيروين: وهو من العقاقير ومن مشتقاته المورفين وهو مخدر خطر تجري عليه بعض العمليات الكيماوية يضاف إليه مسحوق عظام جماجم الأموات ويتعاطى عن طريق الحقن تحت الوريد أو الشم.

ويستخدم طبياً في حالات الإصابات حتى يسمى الإدمان على المورفين قديماً اسم "مرض الجندي"، وقد أنتجت منها بعض شركات تصنيع الأدوية العديد من العقاقير المؤثرة على الجهاز العصبي^(٣).

٣. المهدئات (الفاليوم، الاتيفان، الروهيبنول): الأصل في استخدامها أن يكون طبياً لعلاج حالات القلق والتوتر وبعض حالات الصداع وعلاج الاضطرابات العقلية كالفصام، إلا أن إساءة استخدام هذا النوع من الأدوية يؤدي إلى الإدمان غير أن الانسحاب من الإدمان في هذه المخدرات أخف وطأة من غيره.

٤. المنشطات (الكوكايين، الامفيتامينات): يؤدي تعاطيها إلى اضطرابات سلوكية والشعور بأن البيئة تتحرك بالمدمن وأن حشرات صغيرة تزحف تحت جلده، يؤخذ بالشم أو الحقن أو المضغ يؤدي إلى الوفاة إذا أخذت منه جرعة زائدة.

يستخدمه الرياضيين والطلاب والسائقين الذين يقودون سياراتهم لمسافات طويلة يقلل من الإحساس بالإجهاد والتعب والشعور بالنعاس^(١).

١ - للمزيد من التفصيل حول الإدمان ومراحله انظر: د.ذياب البدانية، المخدرات آفة العصر، منشورات وزارة الثقافة (سلسلة العلوم)، عمان، ٢٠٠٧، ص ٥٢.

٢ - انظر: د.حمود عليما، منظور شامل للوقاية من المخدرات،

(<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/B4C79FB2-A9C8-4291-B5BE-B74AD1D47883.htm>).

٣ - انظر: د.حمود عليما، المرجع السابق.

٥. **المنومات:** وتستخدم كمسكنات منها ذي الأثر القصير مثل "البنثوثال" وآخر متوسط "الاميتال" وثالث طويل "فينوباربيتال" وتتخذ على شكل أقراص أو كبسولات أو أمبولات. آثارها السلبية تتمثل في الإدمان الذي يؤثر على الحركات المعدية والموعية وتناقص لإفرازاتها وكذلك ظهور ميول عدوانية وارتفاع درجة الحرارة والمغص الشديد والصداع.

٦. **المهلوسات:** ومنها الحشيش الذي يستخرج من نبات القنب ويستخدم عن طريق التدخين في السجائر أو النرجيلة وهو يؤثر على الجهاز العصبي المركزي ويؤدي إلى ظهور الميول الإجرامية والثورات الجنونية التي تؤدي إلى العنف والأمراض المزمنة للجهاز التنفسي كالربو والتهاب الشعب الهوائية وقد تصل الأعراض إلى الإصابة بالسل.

ومن أشهر الاستخدامات الطبية للمهلوسات مادة الأسيد التي تستخرج من نبات الفطر والتي في عقار **L.S.D** على شكل أقراص أو كبسولات^(٢).

المطلب الثاني

التداوي بالمخدرات في الشريعة الإسلامية

أباحت الشريعة الإسلامية التداوي ودعت إليه حفاظاً على سلامة الأبدان، وفي ذلك يقول الله تعالى: (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً * ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيراً)^(٣)، ويقول تعالى: (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة)^(٤)، كما يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاءً)^(٥).

وهنا لا بد من التساؤل حول جواز استعمال المخدر علاجاً في الشريعة الإسلامية؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من الوقوف على الأصل في حكم التعامل بالمخدرات في الشريعة الإسلامية، ثم التطرق إلى الاستثناء المتعلق بإمكانية استخدامها في الأعمال الطبية.

أولاً: حظر التعامل بالمخدرات في الشريعة الإسلامية

١ - انظر: د. ذياب البداينة، المرجع السابق، ص ٢٣، ٤٩.

٢ - انظر: د. مصطفى سويف، المرجع السابق، ص ١٠٧، ٤٣.

٣ - سورة النساء، الآية (٢٩ - ٣٠).

٤ - سورة البقرة، الآية (١٩٥).

٥ - محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن النسائي، الطبعة الأولى، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ١٩٨٨، الجزء الثاني، ص ٨٠٣.

لعل أبرز دليل على تحريم التعامل بالمخدرات تتمثل في الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في تحريم الخمر، وذلك بإعتبار المخدرات إحدى أنواع الخمر والمسكر^(١)، أو بالقياس على الخمر والمسكر^(٢)، فقد ورد في سورة المائدة قول الله عز وجل: (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوات فهل أنتم منتهون)^(٣)، كما روي عن أم سلمة أنها قالت (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتّر)^(٤)، والمفتّر بحسب يشير جانب من الفقهاء هو كل مخدر للجسد وإن لم يؤد إلى الإسكار^(٥).

وفي ذلك ذهب جمهور^(٦) فقهاء الشريعة الإسلامية من الأحناف^(٧) والمالكية^(٨) والشافعية^(٩) والحنابلة^(١٠) إلى القول بتحريم المخدرات، الأمر الذي أكد عليه الفقهاء المحدثين أيضاً^(١١)، وذلك على اعتبار

١ - انظر: د.سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص ١٤٤. إذ يقول ما نصه: (ويترتب على ذلك: أن يصح التعبير عن المخدرات بالمسكرات، فتقول: البنج ونحوه مسكر ومخدر....). نفس المرجع.

يقول الإمام ابن تيمية في تحريم (الحشيشة) وهي إحدى أنواع المخدرات - كما أسلفنا: (إن كل مسكر خمر حرام، والحشيشة المسكرة حرام، ومن استحل السكر منها فقد كفر؛ بل هي في اصح قولي العلماء نجسة كالخمر). تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧، ج ٣، ص ٤٢٣. يلاحظ مما سبق ان هناك سببين لتحريم المخدرات لدى الإمام ابن تيمية، أولهما: أنها من قبيل المسكر، وثانيهما: أنها نجسة. انظر المرجع نفسه، ص ٤٢٤.

٢ - هناك جانب من الفقه الإسلامي يرى أن تحريم المخدرات يكون من باب القياس على الخمر. انظر: د.نزيه كمال حماد، الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس عشر، السنة الرابعة عشرة، مكة المكرمة، ٢٠٠٣، ص ٩٨.

٣ - سورة المائدة، الآيتان ٩٠-٩١.

٤ - أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨، ج ٣، ص ٣٢٧.

٥ - انظر في عرض المعاني التي يحتملها لفظ (مفتّر): د.محمد علي البار، الكحول والمخدرات والمنبهات في الغذاء والدواء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، السنة الحادية عشرة، مكة المكرمة، ١٩٩٩، ص ٣٧٧. د.سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص ٦٩.

٦ - لم ينعقد الإجماع بشأن حرمة المخدرات، فثمة أنواع منها ذهب نفر من الفقه إلى إباحتها، وهذا واضح من بعض نصوص الفقهاء، فقد جاء في حاشية رد المحتار ما نصه: (...اتفق مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش، وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمة بعد أن اختلفوا فيها. فأفتى المزني بحرمتها، وأفتى أسد بن عمرو بجلها، لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم، فلما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشا عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها...). محمد بن أمين (ابن عابدين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (بإليه تكلمة ابن عابدين)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٥، ج ٣، ص ٢٦٤.

٧ - انظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (المعروفة بالفتاوى العالمية)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ج ٥، ص ٤٩٤.

أنها مفسدة لما تسببه من أضرار صحية ونفسية واجتماعية^(٥)، فالمخدرات لا تحدث ضرراً بعقل متعاطيها فقط^(٦)، بل إنها تلحق أضراراً بالبدن والنسل والمال والدين^(٧)، قال تعالى: (الذين يتبعون النبي الأمي الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث)^(٨).

ولم تكثف الشريعة الإسلامية بتحريم المخدرات على التعاطي فحسب، بل حرمت بيعها والاتجار بها وترويجها^(٩)، كما في الخمر تماماً^(١٠)، استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"^(١١).

- ١ - انظر: محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ج ١، ص ١٢٧.
- ٢ - انظر: أحمد ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر، دون سنة طبع، ج ٩، ص ١٦٨.
- ٣ - انظر: الفتاوى لابن تيمية، المرجع السابق، ج ٣، ص ٤٢٣. أبي النجا الحجاوي، الروض المربع، الطبعة السادسة، دار الفكر، دون سنة طبع، ص ٣٤٨.
- ٤ - انظر: قرار هيئة كبار رقم (١٣٨) في حكم مهرب ومروج المخدرات، منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، مكة المكرمة، ١٩٨٩، ص ٣٠٥. انظر كذلك: د. سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص ١١٤، ص ٣٣٢ - ٣٣٤.
- ٥ - انظر: د. سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص ١١٤، ص ٣٣٢ - ٣٣٤.
- ٦ - للمزيد من التفصيل حول أقوال الفقهاء في تحريم المخدرات انظر: د. محمد عارف ومصطفى فهمي، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، ١٩٨٦، ص ٩٥-٩٦.
- ٧ - انقسم الفقه الإسلامي بشأن العقوبة المستحقة على تعاطي المخدرات، فمنهم من يرى أنها توجب الحد كشرب الخمر، ومنهم من يرى بأنه يوجب التعزير لا الحد. للمزيد من التفصيل انظر: د. احمد فتحي بهنسي، الخمر والمخدرات في الإسلام، الطبعة الأولى، مؤسسة الخليج العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٦٩.
- وما يلاحظ أيضاً بان البعض من المحدثين كان يرى وجب الحد في المخدرات، إلا انه عدل عن ذلك إلى التعزير، وذلك لإعطاء حرية للقاضي بتشديد العقوبة أو تخفيفها بحسب ما يرى، خصوصاً وأن جرائم المخدرات متعددة ومتنوعة، يصعب جعل عقوبتها جميعاً عقوبة واحدة في كل الأحوال. انظر في تفصيل هذا الرأي: نفس المرجع، ص ١٦٩، ص ١٧٢.
- ٨ - سورة الأعراف، الآية ١٥٧.
- ٩ - انظر: قرار هيئة كبار رقم (١٣٨) في حكم مهرب ومروج المخدرات، منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، مكة المكرمة، ١٩٨٩، ص ٣٠٥.
- ١٠ - نتيجة للأضرار الكبيرة التي تسببها المخدرات فقد اتجه فقهاء الشريعة الغراء ليس فقط إلى تحريم بيع المخدرات، بل وإلى منع زراعة أو إنتاج كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إنتاج المواد المخدرة، فقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: " أن من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه لمن يتخذه خمراً فقد تقحم النار". للمزيد انظر: المستشار عزت حسنين، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون، ١٩٨٦، ص ١٣٧، ٦٩.
- ١١ - مسلم بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح بشرح النووي، مكتبة الإيمان، المنصورة، لجزء السادس، ص ٧.

كما ذهب هذا الجانب من الفقه إلى تحريم استخدام المخدرات استناداً إلى عصمة جسم الإنسان وحرمته، وعدم جواز تخطي هذه الحرمة والاعتداء عليها، فاستعمال المخدر فيه تجاوز وتعدت على عقل الإنسان وبدنه^(١)، لا بل إن البعض يرى فيه أكثر من ذلك، فهو يشكل أيضاً اعتداء على عرض الإنسان وماله ودينه^(٢)، والإنسان مكرم شرعاً وجعله الله مستخلفاً في الأرض وعهد إليه بحمل الأمانة، وفي ذلك يقول تعالى: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"^(٣).

يقول الشيخ ابن تيمية: (أكل هذه الحشيشة الصلبة حرام، وهي اخبت الخبائث المحرمة، وسواء أكل منها قليلاً أو كثيراً؛ لكن المسكر منها حرام باتفاق المسلمين، ومن استحل ذلك فهو كافر يستتاب، فان تاب وإلا قتل كافراً مرتداً، لا يغسل، ولا يصلى عليه، ولا يدفن بين المسلمين، وحكم المرتد شر من حكم اليهودي والنصراني)^(٤).

ثانياً: إباحة التدوي بالمخدرات في الشريعة الإسلامية

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى عدم جواز التدوي بالمحرمات كالخمر والمخدرات^(٥)، وذلك استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داءٍ دواءً، فتداووا ولا

وهناك العديد من الأحاديث الشريفة الواردة في النهي عن بيع الخمر، ومنها قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله تعالى حرم الخمر. فمن أدركته هذه الآية وعنده شيء فلا يشرب ولا يبيع)، كما قال عليه السلام: (إن الذي حرم بيعها حرم شربها). نفس المرجع، ص ٣.

١ - انظر: د. فكري أحمد عكاز، الخمر في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عكاظ للنشر والتوزيع، جدة، ١٩٨٢، ص ٤٧ وما بعدها. انظر كذلك: د. سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

٢ - انظر: د. محمد علي البار، المخدرات في الفقه الإسلامي على ضوء المعطيات المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث، السنة الثانية، مكة المكرمة، ١٩٨٩، ص ١٢١.

٣ - سورة الإسراء، الآية ٧٠.

٤ - تقي الدين ابن تيمية، المرجع السابق، ج ٣، ص ٤٢٥. كما يقول في موضع آخر: (هذه الحشيشة الصلبة حرام، سواء سكر منها أو لم يسكر؛ والسكر منها حرام باتفاق المسلمين؛ ومن استحل ذلك وزعم انه حلال فانه يستتاب؛ فان تاب وإلا قتل مرتداً، لا يصلى عليه، ولا يدفن في مقابر المسلمين). نفس المرجع، ج ٣، ص ٤٢٣.

٥ - جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: ((وأما الخمر فلها أحكام ستة) أحدها: أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها، ويحرم الانتفاع بها للتدوي وغيره.

والثاني: أنه يكفر جاحد حرمتها. والثالث: أنه يحرم تملكها وتملكها بالبيع والهبة وغيرهما مما للعباد فيه صنع.

والرابع: أنه قد بطل تقومها حتى لا يضمن متلفها... والخامس: هي نجسة غليظة كالبول والدم. والسادس: يجب الحد بشربها قليلاً وكثيرها وبياح تخليلها). الفتاوى الهندية للشيخ نظام، ج ٥، ص ٤٩٤.

كما جاء في موضع آخر: (ولو أن مريضاً أشار إليه الطبيب بشرب الخمر روي عن جماعة من أئمة بلخ أنه ينظر إن كان يعلم يقيناً أنه يصح حل له التناول وقال الفقيه عبد الملك حاكيا عن أستاذه أنه لا يحل التناول كذا في الذخيرة. ولا يجوز أن يدوي بالخمير جرحاً أو دبر

تداووا بحرام^(١)، كما ورد أن طارق ابن سويد الجعفي سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر؟ فنهاه، أو كره أن يصنعها. فقال: إنما أصنعها للدواء. فقال (إنه ليس بدواء. ولكنه داء)^(٢).

وعلى خلاف الرأي السابق ذهب جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إباحة التداوي بالمخدرات^(٣)، أما الأحاديث النبوية السابق ذكرها، فهي إذ تحرم المسكر والمخدر في العلاج، إنما تحرمه لوجود دواء مباح، إذ لا يجوز التداوي بمحرم مادام أن هناك دواء مباح^(٤)، ومن ثم فإنه يمكن استعمال المخدرات في العلاجات الطبية والنفسية والبحوث العلمية المرتبطة بذلك.

أما الحجج التي يستندون ويؤسسون عليها إباحة التداوي بالمخدرات فمتعددة، ولعل من أهمها ما يأتي:

١. يقول تعالى: "فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فإن ربك غفور رحيم"^(٥). ويقول كذلك: "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم"^(٦). ويقول تعالى أيضاً: "إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه أن الله غفور رحيم"^(٧).

ومن هذه الآيات تؤخذ القاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات"^(٨)، ويتبين من هذه القاعدة أنه إذا كانت الميتة والدم ولحم الخنزير محرمة فإنها تصبح في حكم المباح عند الضرورة، ومن ثم يجوز أكل الميتة عند المخمصة، ولكن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يؤكل من الميتة إلا بالقدر الذي يدفع الضرورة ويسد الرمق^(٩).

والضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الإنسان حداً أن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك^(١٠)، أو هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً^(١١).

دابة ولا أن يسقي نمياً ولا أن يسقي صبياً للتداوي والوبال على من سقاه كذا في الهداية... هل يجوز شرب الخمر للتداوي؟ إذا لم يجد شيئاً يقوم مقامه فيه وجهان...). المرجع السابق، ج ٥، ص ٤٣٥.

انظر كذلك: الروض المربع للحجاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

١ - سنن أبي داود، المرجع السابق، ج ٤، ص ٧.

٢ - صحيح مسلم، المرجع السابق، ج ٧، ص ١٣٤.

٣ - انظر: د. عبد الفتاح محمود إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ١٤٠. د. فكري أحمد عكاز، المرجع السابق، ص ٧٠.

٤ - انظر: محيي الدين بن شرف النووي، المجموع، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٩٨٠، ج ٩، ص ٥٨.

٥ - سورة الأنعام، الآية ١٤٥ (وانظر كذلك: سورة الأنعام، الآية ١١٩ وسورة النحل، الآية ١٥).

٦ - سورة المائدة، الآية ٣.

٧ - سورة البقرة، الآية ١٧٣.

٨ - د. محيي هلال سرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧، ص ٨٧.

٩ - د. محيي هلال سرحان، المرجع السابق، ص ٨٩.

١٠ - د. محيي هلال سرحان، المرجع السابق، ص ٨٩.

وتطبيقاً لذلك فقد تعرض الفقهاء لشرب الخمر وتناول المخدرات لضرورة التداوي^(٢)، كعلاج الأمراض المزمنة، وعلاج المدمنين عليها^(٣)، وأجازوا ذلك، ومن هؤلاء^(٤) الحنفية حيث ينصون على أن: "يباح للمضطر تناول الميتة والخنزير وكذا لو غص وخاف على نفسه من ذلك ولا يجد ما يزيل به إلا الخمر يباح له شربها"^(٥)، كذلك فعل المالكية^(٦) والشافعية^(٧) فقد ورد عن مالك والشافعي أنهما "أجازا أكل الميتة عند المخمصة وإساعة اللقمة بالخمر"^(٨)، وهو ما ورد عن الحنابلة أيضاً^(٩).

- ١ - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الشام للتراث، بدون سنة طبع، ص ٨٥.
- ٢ - انظر: نادر أحمد بيوض التميمي، تطبيق الإسلام وأثره في مكافحة الجريمة، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٨٤، ص ١٣٦.
- ٣ - يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى جواز تناول المدمنين على المخدرات لها أثناء علاجهم إذا خشي على حياتهم من الموت، وفي ذلك يقول ابن حجر ما نصه: (...فإنه أسوأ المخدرات، لأن قليله يؤدي إلى مسخ البدن والعقل وزواله عن جميع اعتدالاته وكثيره قاتل فوراً فهو أبلغ من الأفيون في السمية... ولا حجة لمستعملي ذلك في قولهم إن تركنا له يؤدي للقتل فصار واجباً علينا، لأنه يجب عليهم التدرج في تنقيصه شيئاً فشيئاً، لأنه مذهب لشغف الكبد به شيئاً فشيئاً إلى أن لا يضره فقهه كما أجمع عليه من رأيناهم من أفضل الأطباء فمتى لم يسعوا في ذلك التدرج فهم فسقة آثمون لا عذر لهم ولا لأحد في إطعامهم إلا قدر ما يحيي نفوسهم لو فرض فوتها بفقده وحينئذ يجب على من رأى فاقده وخشي عليه ذلك إطعامه ما يحييا به لا غير كأساعة اللقمة بالخمر...). تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج ٩، ص ١٦٨.
- وهو ما ذهب إلى مثله جانب آخر من الفقه الإسلامي، حيث يقول: (...بجوز لمن ابتلي بأكل الأفيون وصار يخاف على نفسه الموت من تركه إن يستعمل منه القدر الذي لا يؤثر في عقله وحواسه ويسعى في تقليل ذلك وقطعه جهده، ويجب عليه أن يتوب ويندم على ما مضى). مواهب الجليل للحطاب، المرجع السابق، ج ١، ص ١٢٧.
- ٤ - هناك آراء كثيرة ومتعددة في مسألة جواز تناول الخمر لمن غص في طعامه أو للتداوي، فقد جاء في ذلك: (ومن اضطر إلى شرب الخمر لعطش أو دواء فهل له شربها؟ فقال أبو حنيفة نعم، وللشافعية في المسئلة ثلاثة أوجه: أحدها عند المحققين المنع مطلقاً. والثاني الجواز مطلقاً. والثالث يجوز للعطش ولا يجوز للتداوي...). محمد بن عبد الرحمن الدمشقي، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٢٤. كما جاء في موضع آخر: (...ومن غص بلقمة ولم يجد غير خمر جاز له أن يسيغها عند أبي حنيفة والشافعي واحمد، وقال مالك في المشهور عنه لا يسيغها على كل حال... وهل يجوز شرب الخمر للضرورة كالعطش والتداوي؟ قال مالك واحمد لا يجوز. وقال أبو حنيفة يجوز للعطش لا للتداوي، وللشافعي أقوال...). نفس المرجع، ص ٢٨٨.
- ٥ - الفتاوى الهندية للشيخ نظام، ج ٥، ص ٤٩٦. كما جاء في الفتاوى أيضاً: (...رجل خاف على نفسه من العطش يباح له أن يشرب الخمر بقدر ما يندفع به العطش عنده إن كانت الخمر ترد ذلك العطش... وفي الفتاوى المضطر لو شرب قدر ما يرويه فسكر لا حد عليه لأن السكر بمباح، ولو قدر ما يرويه وزيادة ولم يسكر ينبغي أن يلزمه الحد...). نفس المرجع، ج ٥، ص ٤٩٦.
- ٦ - انظر: مواهب الجليل للحطاب، المرجع السابق، ج ١، ص ١٢٧.
- ٧ - انظر: تحفة المحتاج لابن حجر، المرجع السابق، ج ٩، ص ١٦٨.
- ٨ - الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص ٩٣.
- ٩ - جاء في الروض المربع ما نصه: ((لا يباح شربه) أي شرب ما يسكر كثيره (للذة ولا لتدو ولا لعطش ولا لغيره إلا لدفع لقمة غص بها ولم يحضره غيره) أي الخمر وخاف تلفاً لأنه مضطر...). الروض المربع للحجاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٨. وما بشار إليه هنا هو ان جانباً من الفقه تطرق إلى جواز الاحتقان بالخمر، ولم يوجب الحد عليه، حيث يقول الإمام ابن قدامة: (...وان احتقن بالخمر، لم يحد؛ لأنه ليس بشرب ولا أكل، ولأنه لم يصل إلى حلقه، فأشبهه ما لو داوى به جرحه...). عبد الله بن احمد بن قدامة، المغني، الطبعة الثالثة، دار

وبناء على ما سبق يذهب يمكن اعتبار المريض المحتاج إلى المخدرات لإنقاذ حياته وصحته في حكم المضطر إذا ما تحققت الشروط الآتية:

- ١- أن يكون معرضاً لخطر محقق.
- ٢- أن لا يوجد علاج أو دواء لإنقاذه ودفع الأذى عنه بغير المخدرات.
- ٣- أن تكون المصلحة المترتبة على تناول المخدرات أعظم من تلك التي اقتضت حظرها.
- ٤- أن يقتصر تناول هذه المادة على المقدار الذي يكفي للعلاج فقط^(١)، فالضرورة تقدر بقدرها - كما مر آنفاً.

ومؤدى ذلك، ضرورة توافر الشروط السابقة مجتمعة، وإلا فإن الطبيب إذا باشر العلاج في غير حالة الضرورة، فإنه يكون بعمله قد خرج من دائرة الإباحة إلى التعدي، مما قد يجعله مسؤولاً عن نتائج فعله غير المأذون به.

وبالرغم مما سبق، فإن جانب من الفقه الإسلامي يذهب إلى إباحة التداوي بالمخدرات حتى في غير حالة الضرورة، وذلك رعاية لمصالح الناس، ومادام أن الحاجة تدعو إلى ذلك^(٢)، فالقاعدة في الفقه الإسلامي

عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ج١٢، ص٤٩٨. وعلى أية حال فإباحة المحرم للمضطر منصوص عليها لدى الحنابلة، فقد ورد في المحرر ما نصه: (...ومن اضطر إلى محرم كالميتة ونحوها حل له ما يسد رمقه فقط...). عبد السلام بن عبد الله (أبى البركات)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل، دون سنة طبع، ج٢، ص١٩٠. انظر: إبراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٢، ج٢، ص٤١٨.

^١ - قرب: د.عبد الفتاح محمود إدريس، المرجع السابق، ص١٤٤.

انظر في شروط حالة الضرورة بوجه عام: د.وهبه الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٢، ص٦٥. د.محمد سعود المعيني، النظرية العامة للضرورة في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠، ص٣٧.

^٢ - انظر: د.نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص٩١، ص١١٠. د.عبد الفتاح محمود إدريس، المرجع السابق، ص١٤٠.

وفي هذا الصدد صرح جانب من الفقه الإسلامي بجواز تناول المخدر للحاجة، فقد جاء لدى المالكية في مواهب الجليل ما نصه: (قال ابن فرحون: وأما العقاقير الهندية فإن أكلت لما توكّل له الحشيشة امتنع أكلها، وإن أكلت للهضم وغيره من المنافع لم تحرم ولا يحرم منها إلا ما أفسد العقل....). مواهب الجليل للحطاب، المرجع السابق، ج١، ص١٢٧.

كما أجاز جانب من الحنفية تناول البنج للتداوي، حيث نص على الآتي: (...وعند محمد: يسقط القضاء بالبنج والدواء لانه مباح فصار كالمريض كما في البحر وغيره، والظاهر أن عطف الدواء على البنج عطف تفسير، وأن المراد شرب البنج لأجل الدواء، أما لو شربه للسكر فيكون معصية بصنعه كالخمر...). حاشية رد المحتار لابن عابدين، المرجع السابق، ج٢، ص١٠٩.

انظر لدى الشافعية: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج٩، ص١٦٨. ولدى الحنابلة: المغني لابن قدامة، ج١٢، ص٤٩٨.

تقضي بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة^(١)، كما أن الاستغناء عن المخدرات في كثير من الأدوية والعقاقير الطبية يبدو أمراً متعذراً من الناحية العملية^(٢).

٢. أن حفظ الكليات الخمس واجب شرعاً عند العلماء^(٣)، ومن ذلك حفظ النفس، لذلك فإن التداوي في الفقه الإسلامي يعد أمراً مطلوباً شرعاً، فهو من مظاهر تكريم شريعة الإسلام للإنسان، ذلك أنها أمرت كل إنسان بأن يهتم بإصلاح جسده بشتى الطرق المتاحة، وبضمنها استعمال الوسائل الطبية والعلاجية التي تؤدي إلى إنقاذ حياته وشفائه من الأمراض والأسقام، إذ يعد ذلك تطبيقاً وانصياعاً لقوله تعالى: "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"^(٤).

وبناء على ذلك يمكن القول: انه إذا كان في استخدام المخدرات حفظ للنفس البشرية وسلامة جسم الإنسان وصحته وعدم تعريضه للهلاك، فإنه يعد أمراً سليماً من الوجهة الشرعية، لأن فيه محافظة على النفس البشرية وصيانة لها.

٣. يقول الله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"^(٥) كما يقول عز وجل: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"^(٦) ويؤخذ من الآيتين الكريمتين قاعدة شريعة مفادها "أن المشقة تجلب التيسير"^(٧)، ومؤدى ذلك أن الأحكام الشرعية شرعت للتيسير على العباد ودفع المشقة والحرَج عنهم، وبالتالي فإنه يعد من باب التيسير ورفع الحرج التداوي بالمخدرات^(٨) لرفع مرض لا يرجى شفاؤه بغير تناولها.

١ - يتمثل الفارق بين الحاجة والضرورة في أن (الحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه، بخلاف الضرورة، لأن مبنى الضرورة على لزوم فعل ما، لا بد منه...). د. محمد صديق بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مكتبة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٦٨.

٢ - يؤكد جانب من المختصين صعوبة تجنب الأدوية المحتوية على مواد مخدرة في الكثير من الاحيان، إذ يقول ما نصه: (والواقع أن هناك اختلاف بين ما يسمى مسكرات مثل الخمر بكافة أنواعها، وبين ما يسمى مخدرات مثل البنج ونبات ست الحسن والتي تستخدم بشكل واسع في الطب، ويستخدمها الناس كافة بما فيهم الفقهاء يومياً ولأنه الأسباب فاستخدام حبوب المغص (يسكوبان، بلادينال، سبامورسالجين) واستخدام أدوية السعال المحتوية على الكواديين وهو من مستخرجات الأفيون أمر كثير الاستعمال شائع بين الناس كما أن الكوديين يستخدم بكثرة مع الأدوية للألام مثل الريفوكود (APC)... الخ وهي تخلط مع الأسبرين وتتعاطى بدون وصفة طبية...).

د. محمد علي البار، المخدرات، المرجع السابق، ص ١١٧.

٣ - يطلق علي الكليات الخمس أيضاً الضروريات الخمس وهي: الدين، النفس، العقل، النسل، المال. انظر: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧، ص ٣٧٩.

٤ - سورة البقرة، الآية ١٩٥.

٥ - سورة البقرة، الآية ١٨٥.

٦ - سورة الحج، الآية ٧٨.

٧ - د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد، الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨٠.

٨ - قرب: نادر أحمد بيوض التميمي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

٤. يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنية"^(١). ويؤخذ من هذا الحديث قاعدة شرعية مفادها أن الأمور بمقاصدها^(٢)، إذ يجب النظر إلى الحكم المترتب على فعل المكلف من خلال مقصده من ذلك الأمر^(٣)....).

والاستدلال بهذه القاعدة في مجال في مجال الاستشفاء بالمخدرات يكون بالنظر إلى نية المتداوي بالمخدرات^(٤)، وحيث أنه لا يقصد من تناول المخدرات الحصول على المتعة المحرمة وتغييب عقله، بل الاستشفاء من مرض ألم به^(٥)، لا سيما إذا كان العلاج بغير المخدر متعذراً، فإن تعاطيها يعد أمراً جائزاً لسمو هدفه المتمثل بإنقاذ حياته ودفع المرض والأذى عنه.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن جانباً من الفقه الإسلامي يشترط لصحة استخدام المخدرات في العلاج توافر ما يأتي:

- أ. أن يكون الطبيب المعالج الذي يقرر استخدام المخدر في العلاج عدلاً ومن ذوي الدراية والخبرة^(٦).
- ب. أن يحصل الطبيب المعالج على إذن المريض أو وليه الشرعي^(٧)، لاسيما إذا ما كان استخدام المخدرات في العلاج في غير حالة الضرورة.

المطلب الثاني

التداوي بالمخدرات في القانون الوضعي

الأصل في موقف القانون الوضعي من مسألة التعامل بالمخدرات هو الحظر، إلا أن هذا الحظر قاصر على الاستعمال الضار للمخدرات^(٨).

^١ - محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطبوعات محمد علي صبيح، الأزهر، مصر، الجزء السابع، ص ١٥٨.

^٢ - د. محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣١.

^٣ - د. محي هلال السرحان، المرجع السابق، ص ٣٥.

^٤ - انظر: د. محمد علي البار، المخدرات، المرجع السابق، ص ١١٧.

^٥ - يلاحظ من استقراء بعض النصوص التي أوردها جانب من الفقه عدم اعتبارهم تناول المخدر للتداوي معصية، فلم يرتبوا على ذلك بعضاً من آثار التصرفات كالطلاق، وفي ذلك يقول ابن عابدين: (...الأفيون: ما يخرج من الخشخاش. والبنج: بالفتح نبت مسبت. وصرح في البدائع وغيرها بعدم وقوع الطلاق بأكله معللاً بأن زوال عقله لم يكن بسبب هو معصية. والحق التفصيل، وهو إن كان للتداوي لم يقع لعدم المعصية، وإن للهو وإدخال الآفة قصداً فينبغي أن لا يتردد في الوقوع... فإنه إذا كان للتداوي لا يزجر عنه لعدم قصد المعصية...).

حاشية رد المحتار لابن عابدين، ج ٣، ص ٢٦٤.

^٦ - انظر: د. عبد الفتاح محمود إدريس، المرجع السابق، ص ١٤٤. وجدير بالذكر أن جانباً آخر من الفقه الإسلامي يتطلب توافر شروط أخرى، كأن يشترط أن يكون الشفاء بها أمر متيقن. الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج ٥، ص ٤٣٥. فيما يشترط البعض في الطبيب أن يكون مسلماً. انظر: د. فكري أحمد عكاز، المرجع السابق، ص ٦٨.

^٧ - انظر: د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، ١٩٨٧، ص ٤١.

^٨ - لقد اتجه المشرع في مختلف الدول إلى حظر الاتجار بالمخدرات وتعاطيها فشدت العقوبات المنصوص عليها في القانون واستحدثت عقوبات جديدة في القوانين الجنائية أو بواسطة قوانين خاصة بالمخدرات.

أما استخدام المخدرات في التداوي فقد صرح به المشرع في مختلف الدول^(١)، إذ عادة ما يرخص لأشخاص معينين بالتعامل بها وحيازتها وفق أصول وضوابط معينة.

ونعتقد بأن الأساس الذي يباح على أساسه التعامل بالمواد المخدرة في القوانين الوضعية يشابه نظيره الذي بنيت عليه الإباحة في الشريعة الإسلامية، أي بالاستناد إلى حالة الضرورة وما ينزل منزلتها من الحاجة، ذلك أن كثيراً من الحالات المرضية يستعصي علاجها أو يتعذر دون استخدام المواد المخدرة، كما أن الفوائد والمزايا المتحققة من استخدام المواد المخدرة تفوق بكثير نظيراتها المترتبة من حظر استخدامها، لا

الأمر الذي كان المشرع الليبي قد فعل مثله، فقد أصدر القانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٠ بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، والذي أورد عقوبات مختلفة ومشددة في العديد من الحالات، ومن ذلك ما جاء في المادة (٣٤) منه، حيث نصت على ما يأتي: (يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد عن خمسين ألف دينار كل من:

١. صدر أو جلب أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية في غير الأحوال المرخص بها قانوناً.
٢. زرع أو صدر أو جلب النباتات الواردة في الجداول في أي طور من أطوار نموها هي أو بذورها في غير الأحوال المرخص بها قانوناً وكان ذلك بقصد الاتجار). تقابل المادة (٨) من قانون المخدرات الأردني.

كذلك عاقب القانون الليبي في المادة (٣٧) منه بالسجن أو بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار كل من جلب أو صدر أو أنتج أو حاز أو أحرز أو اشترى أو نقل مواد مخدرة بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي أو تعاطها أو استعمالها فعلاً. تقابل: المادة (٧) من قانون المخدرات الأردني. المادة (١٤) قانون المخدرات العراقي.

وما يجدر الإشارة إليه هنا هو أن العقوبات التي أوردها المشرع الليبي قد لا تكفي وحدها للحيلولة دون انتشار المخدرات ومواجهتها، إلا إنها وبالرغم من ذلك تلعب دوراً بالغ الأهمية في هذا الصدد.

ولعل الطريقة الأفضل في التصدي للمخدرات تكمن في إيجاد العقوبات الملائمة، ومساندتها وتعزيزها بوسائل فاعلة أخرى كإجراء الحملات الهادفة إلى التوعية من مخاطرها.

وعلى الصعيد الدولي فقد دعا المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة عام ١٩٥٨ إلى عقد مؤتمر لإقرار اتفاقية وحيدة للمخدرات من أجل استبدالها بالمعاهدات المتعددة للدول الأطراف، وقد تم عقد هذا المؤتمر عام ١٩٦١ وحضرته سبع دول عربية هي الأردن وتونس ومصر وسوريا و العراق ولبنان والمغرب، وثمان دول إسلامية من مجموع (٧٣) دولة حضرت المؤتمر.

وقد أجاز البروتوكول الصادر في ٢٥ مارس ١٩٧٢ المعدل للاتفاقية للدول الأطراف أن تستبدل العقوبة التي تنص عليها بالنسبة لمتعاطي المخدرات بتدابير تخضعه لإجراءات العلاج والتعليم والتأهيل والرعاية الاجتماعية.

أما على المستوى العربي فقد صدرت الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية سنة ١٩٩٤، وقد جاء في المادة الثانية الفقرة ٣/ج أنه يجوز بالنسبة للمتعاطين استبدال العقوبات بتدابير أخرى مثل التوعية والعلاج وإعادة التأهيل وإدماجهم في المجتمع والرعاية اللاحقة.

إن فطرق مواجهة آفة المخدرات والتصدي لها لا تقتصر على إيقاع العقوبات الجنائية بحق من يثبت ارتكابه جريمة تتعلق بها، فهناك طرق أخرى في سبيل تحقيق ذلك. للمزيد من التفصيل انظر: د. أحمد المجذوب، طرق علاج وتأهيل مدمني المخدرات،

(<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/CEB516A6-02FE-4690-9352-AF865EF5226F.htm>).

د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٩٨٨، ج ٢، ص ٢٣٤ وما بعدها.

١ - انظر على سبيل المثال: قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني. قانون المخدرات العراقي. قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠. قانون المخدرات السوري رقم (٢) لعام ١٩٩٣.

سيما وأنه يمكن حصر المضار والمساوي الناجمة عن سوء استخدام تلك المواد في أضيق نطاق إذا ما وضعت الضوابط الملائمة والقيود اللازمة للتعامل بالمخدرات واستخدامها في الأغراض الضرورية والمشروعة.

وبتعبير آخر فإن النظر إلى المنافع المتحققة للمرضى من استخدام المخدرات يفضي إلى التسليم بإمكانية استخدامها والتداوي بها إعمالاً لأحكام حالة الضرورة، ولكن ذلك منوط أيضاً بجملة من الأحكام التي تضمن حسن وترشيد استخدام هذه المواد فيما يجوز لا فيما يحظر.

لذلك فقد أباح المشرع الليبي والأردني والعراقي التعامل بالمواد المخدرة استثناءً في بعض المجالات التي ترتبط غالباً بالأعمال الطبية، سواء التعليمية منها أو العلاجية^(١)، إذ صرح لبعض الأشخاص بجلب المخدرات والاتجار بها^(٢)، فيما سمح للبعض الآخر باستعمال وصنع مستحضرات تدخل المخدرات في تكوينها كالصيدالة والأطباء والمخابر ومصانع الأدوية^(٣).

ومع ذلك فقد يتجاوز البعض حدود الإباحة التي رسمها المشرع في استخدام المخدرات، فيستخدمها على غير ما يصرح به القانون، لذلك فقد واجه المشرع الليبي مثل هذا الفرض من خلال ما يمكن تسميته بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات^(٤)، حيث عاقب كل من رخص له حيازة أو إحراز مواد مخدرة أو مؤثرات

١ - انظر: المادة (١١) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، المواد (٨٤)، (١٠٨) من القانون الصحي. انظر كذلك: قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (١٦٧) لسنة ١٣٧٤هـ. ر. ٢٠٠٦ م بتقرير بعض الأحكام في شأن تنظيم تجارة الأدوية.

انظر: المادة (٤) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني. المادة (٨) قانون المخدرات العراقي.

٢ - انظر المواد (٤)، (٧) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي.

انظر: المادة (١٩) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني. المادة (٥) من قانون المخدرات العراقي.

٣ - لقد بينت المادة (١١) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي عدداً من الأشخاص المصرح لهم بالتعامل بالمواد المخدرة، حيث نصت على ما يأتي: (لا يجوز لمديري المحال المرخص لها بالاتجار في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أن يبيعوا أو يسلموا هذا المواد أو ينزلوا عنها بأية صفة كانت إلا للأشخاص الآتي ذكرهم:

١. مديرو المخازن المرخص لها في هذا الاتجار.

٢. مديرو الصيدليات ومصانع المستحضرات الصيدلانية.

٣. مديرو صيدليات المستشفيات والمصحات والمستوصفات إذا كانوا من الصيدالة.

ومع ذلك يجوز لهم أن يبيعوا أو يسلموا أو ينزلوا عن هذه المواد بموجب بطاقات الرخص المنصوص عليها في المادة الحادية والعشرون إلى الأشخاص الآتي ذكرهم:

١. الأطباء الذين تخصصهم المستشفيات والمصحات والمستوصفات التي ليس بها صيدالة.

٢. مديرو معامل التحاليل الكيميائية والصناعية والأبحاث العلمية.

٣. المصالح العامة والمعاهد العلمية المعترف بها...

انظر: المادة (٣)، (٤)، (٥) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني. المادة (٤)، (٨) من قانون المخدرات العراقي.

٤ - انظر: د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧، ص ٤١٩.

عقلية إذا استعمالها في غرض أو تصرف فيها بصورة تخالف ما هو مصرح به قانوناً، وفي ذلك تنص المادة (٣٦) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي: (يعاقب الطبيب الذي يعطي وصفة طبية بمواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لغير أغراض العلاج بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار)^(١). الأمر الذي فعله المشرع الأردني أيضاً^(٢)، فيما سكت المشرع العراقي عن إيراد نص خاص بذلك^(٣)، وهو ما يجدر به تدراكه.

ويتسع نطاق التجريم والعقاب ليشمل أشخاصاً آخرين كالمريض الذي صرف له المخدر لتعاطيه فيتصرف فيه للغير بالبيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات، الأمر الذي يشمل مأموري الضبط القضائي أيضاً، ذلك لأنهم مكلفين طبقاً لقانون المخدرات والمؤثرات العقلية بضبط المواد المخدرة أو إتلافها في الحالات التي يكون الاتصال بهذه المخدرات والمؤثرات العقلية جريمة وفقاً لقانون المخدرات، وفي ذلك ورد النص في المادة (٣٥) من قانون المخدرات الليبي: (يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشرة سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار... كل من رخص له بحيازة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة وتصرف فيها بمقابل بأي صفة كانت في غير تلك الأغراض... وتكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار... إذا كان الجاني من الموظفين أو المستخدمين العموميين المنوط بهم مكافحة جرائم المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو الرقابة على تداول المواد وحيازتها). وهو ما نص على مثله القانون الأردني^(٤) والعراقي^(١) كذلك.

^١ - ان الحظر المتعلق بصرف المواد المخدرة يشمل بضمنه الأطباء أيضاً، إذ يحظر على الطبيب أن يحرر لنفسه وصفه بأية كمية من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية لاستعماله الخاص. انظر المادة (١٤) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي.

^٢ - تنص المادة (١١) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني على ما يأتي: (يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل طبيب قدم إلى أي شخص وصفة طبية بمواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو قدمها له بعينها مباشرة وذلك لغير العلاج الطبي وهو عالم بذلك).

^٣ - لم يورد المشرع العراقي عقوبة خاصة بالطبيب الذي يسيء استعمال العقاقير المحتوية على المخدرات، على الرغم من أنه أشار إلى حظر ذلك، إذ جاء في المادة (٤/٨) ما نصه: (يحرم من ذكر في الفقرة ١/ من هذه المادة من إجازة المتاجرة أو إعطاء وصفة بالمخدرات بمدة مؤقتة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز خمس سنوات أو دائمة إذا ثبتت للوزارة أنهم أساءوا التصرف بها..). فهذه المادة تتيح اتخاذ قرار بحظر التعامل بالمخدرات على الأطباء إن هم تعسفوا باستخدامها، غير أن ذلك لا يعني عدم عقوبته، إذ يمكن إيقاع العقوبة على الطبيب بوصفه مخالفاً لأحكام قانون المخدرات بصفة عامة، إذ نصت المادة (٤/١٤/خامساً) من القانون ذاته على الآتي: (يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائتي دينار: ١- من خالف حكماً آخر من أحكام القانون..).

^٤ - جاء في المادة (٩) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني ما يأتي: (يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على خمسة عشر ألف دينار كل من أقدم بمقابل على أي فعل من الأفعال التالية:

١. قدم إلى أي شخص أياً من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو سهل له الحصول عليها وذلك في غير الحالات المرخص أو المسموح بها بمقتضى التشريعات المعمول بها.

وما يجدر الالتفات إليه هو أنه وفي ظل المخاطر الكبيرة التي تسببها المخدرات لا بد من العناية الفائقة في استعمالها طبيياً، إذ أن الاستعمال غير الدقيق قد يلحق بالمريض أضراراً تؤدي به إلى الوفاة أو العجز أو الإدمان أو الإجهاض للحوامل من النساء أو غير ذلك من الأضرار.

ولا شك هنا في أن ما يفضي إلى النتائج الضارة للمخدرات لا يتمثل عادة بتعاطي المواد المخدرة بنسب قليلة، أو حتى لمرات محدودة في بعض منها، خصوصاً وأن كثيراً من الأدوية عادة ما يدخل في تركيبها ويمتزج بها مواداً مخدرة، فمثل هذه الأدوية يصعب الاستغناء عنها في العلاج، كما أن تناولها من قبل المريض لا يفضي إلى الأضرار به عادة، وإن كان من أضرار لها فإنها غالباً ما تكون ضئيلة^(٢)، لذلك فإن صرف الطبيب لمثل هذه الأدوية لا يشكل معضلة من الناحية القانونية، فهو بعمله هذا إنما يكون قد أدى التزاماً ملقىً على عاتقه، خصوصاً إذا وافق عمله الأصول الطبية المتعارف عليها في العلاج^(٣).

٢. رخص له بحيازة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة وتصرف بتلك المواد والمؤثرات بأي صفة في غير تلك الأغراض...

ج. تكون العقوبة الوضع بالأشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار إذا ارتكبت أي من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة في أي من الحالات التالية... إذا كان الجاني من الموظفين أو المستخدمين أو العاملين المنوط بهم مكافحة الجرائم المتعلقة بالمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو القيام بأعمال الرقابة والإشراف على التعامل أو التداول بها أو حيازتها أو أي من الأعمال المنصوص عليها في هذا القانون..)

انظر كذلك المادة (٢٦) من القانون نفسه.

١ - جاء في المادة (١٤) من قانون المخدرات العراقي ما نصه: (ب. يعاقب بالإعدام أو بالسجن المؤبد وبمصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة من ارتكب بغير إجازة من السلطات المختصة فعلاً مما يأتي: ١- استورد أو اصدر أو جلب بأية صورة من الصور المخدرات المذكورة في مادة ٣ من هذا القانون أو أنتجها أو صنعها بقصد الاتجار بها أو باعها أو سلمها للغير أو تنازل له عنها بأية صفة كانت ولو كان ذلك بغير مقابل أو توسط في أية عملية من هذه العمليات. ٢- حيازة المخدرات المذكورة في مادة ٣ من هذا القانون أو إحرارها أو إشرافها أو تسليمها بأية صفة كانت بقصد الاتجار بها...

د - وتكون العقوبة الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار ولا تقل عن ثلاثة آلاف دينار... إذا كان المتهم من موظفي أو مستخدمي الكمارك أو من الموظفين أو المستخدمين العموميين المنوط بهم مكافحة المواد المخدرة أو الرقابة على تداولها أو إحيائها أو كان من الموظفين أو المستخدمين العموميين الذين لهم بهذه المواد اتصال من أي نوع كان..)

٢ - انظر: د. محمد على البار، المخدرات، المرجع السابق، ص ١١٧.

٣ - جاء في المادة (٥) من قانون المسؤولية الطبية الليبي ما نصه: (يجب على الطبيب ما يلي:

أ. توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة، المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة..).

يلاحظ هنا أن المشرع الأردني لم يصدر إلى الآن قانوناً خاصاً بالمسؤولية الطبية، لذا فإن بعض الأحكام المتعلقة بمسؤولية الطبيب يتم البحث عنها في قوانين عدة، ومن ذلك التزام الطبيب باتباع الأساليب الطبية المتعارف عليها، إذ يمكن التوصل إلى ذلك من خلال المادة (٤٥) من قانون نقابة الأطباء رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢، حيث نصت على الآتي: (كل طبيب يخل بواجباته المهنية خلافاً لأحكام هذا القانون وأي نظام صادر بمقتضاه أو يرتكب خطأ مهنيًا أو يتجاوز حقوقه أو يقصر بالتزاماته وفق الدستور الطبي أو يرفض التقيد بقرارات المجلس أو يقدم على عمل يمس شرف المهنة أو يتصرف في حياته الخاصة تصرفاً يحط من قدرها يعرض نفسه لإجراءات تأديبية أمام

وبعبارة أخرى فإن خطورة المواد المخدرة تزداد تدريجياً كلما زادت نسب المخدر الموصوف للمريض، أو كلما كثرت الحالات التي يعالج بها المريض بوساطة المخدر، وهو ما يستدعي الحرص والعناية الفائقة عند صرفه، الأمر الذي ينطبق بوجه خاص على الأدوية التي تصرف للأشخاص ذوي الأمراض النفسية، ذلك أنها قد تتضمن نسباً عالية من المواد المخدرة-كما مر سابقاً.

ولعل التساؤل المثار هنا يتعلق بماهية الشروط الواجب توافرها لاستخدام المخدرات في العلاج

الطبي؟

أن أول شرط يجب توافره لاستخدام المواد المخدرة للعلاج هو وجود وصفة طبية مكتوبة وموقعة من

الطبيب تتضمن صرف المواد المخدرة للمريض، هذا طبعاً إن لم يكن نزول إحدى المستشفيات^(١). كما لا بد من القول أن من المبادئ المسلم بها قانوناً أن جسم الإنسان يتمتع بحماية تطال سلامته من كل مساس أو اعتداء يقع عليه من الغير، أي كان، أي حتى وإن كان طبيباً^(٢)، وأن أي تجاوز من الطبيب على جسد وصحة أي شخص قد يثير - في آن واحد - المسؤولية الجنائية إذا كان فعله يشكل

مجلس التأديب). أما الدستور الطبي المشار إلى إلزام الطبيب به فيعرفه القانون نفسه في المادة (٢) منه كالآتي: (الدستور: قواعد آداب الطب المعلنة والمتعارف عليها منذ القديم في ممارسة المهنة وواجبات الأطباء نحو مرضاهم وزملائهم). وما قيل بشأن المشرع الأردني ينطبق بخصوص المشرع العراقي، إذ جاء في المادة (٢٢) من قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ ما نصه: (تعتبر الأعمال التالية ممنوعة لأغراض هذا القانون... مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر وقواعد السلوك المهني...)، وقد نصت تعليمات السلوك المهني رقم (٨) لسنة ١٩٨٥ على ضرورة إحاطة الطبيب بفنون الطب، كما نصت على ضرورة معرفته بكافة الحقائق عن العقار الذي يصفه.

١ - انظر: المادة (٥/د) قانون المسؤولية الطبية الليبي.

كما تشترط المادة (٧٥) من قانون الدواء والصيدلة الأردني رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠١ أن تكون الوصفة الطبية المتضمنة مادة مخدرة مكتوبة ومبين فيها الكمية المطلوب صرفها. الأمر الذي نصت على مثله المادة (٨) من الدستور الطبي الأردني، حيث نصت على الآتي: (تحتوي أوراق الوصفات الطبية المعلومات المسموح بإدراجها في إعلان الصحف واللافتات فقط ويجب أن يذكر على الوصفة الطبية اسم المريض وعمره والتاريخ وتوقيع الطبيب وان تكون الوصفة واضحة الخط وحاوية على شروط استعمال العلاج).

وما يلاحظ على النص الأخير انه أضاف بيان مهما يجب إيرادها في الوصفات الطبية وهو المتعلق بشروط استعمال الدواء، وهو ما قد يتضمن تنبيه المريض لمضار الدواء في بعض الأحوال.

كما أن عدم وجود وصفة طبية لدى حائز العقاقير الطبية قد يفضي إلى انعقاد مسؤوليته الجزائية، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ما يأتي: (حظر الجدول الثالث الملحق بقانون المخدرات والمؤثرات العقلية حيازة المواد (العقاقير) المدرجة في الجدول إلا بموجب وصفة طبية، وعليه فإن خلو أوراق القضية مما يفيد ان حيازة المميز ضدهم للمواد المضبوطة كانت بموجب وصفة طبية يشكل جرم حيازة عقار خطير بقصد التعاطي عملاً بالمادة ١٤ / ١ من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية). تمييز جزاء (١٨٨ - ٩٤) هيئة خماسية، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٩٤، ص ٢٣٩٠.

انظر: المواد (٨-١٠) من قانون المخدرات العراقي والمادة (١٤) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٠.

٢ - انظر المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦. انظر كذلك: المادة (٢)، (٦) من الدستور الطبي الأردني. المبادئ الأساسية في الممارسة الطبية من تعليمات السلوك المهني للأطباء "العراق".

جريمة معاقب عليها قانوناً، والمسؤولية المدنية لجبر الأضرار اللاحقة به، فضلاً عن المسؤولية التأديبية لآخلاقه بالقواعد الواجب مراعاتها مهنياً^(١).

وفي إطار هذا المفهوم إذا كنا نسلم بعدم جواز إعطاء الشخص المواد المخدرة بداعي التداوي أو جبره عليها لما قد يشكله ذلك من خطر على حياته أو لتعارض ذلك مع إرادته أو مبادئه الدينية والأخلاقية، فإن التساؤل الذي قد يطرح نفسه هنا يدور حول قبول المريض العلاج بالمواد المخدرة، فهل يكفي للقيام بذلك قبوله الصادر عند التعاقد فقط، أم أنه يشترط في قبوله العلم بمسائل محددة تتعلق بالعلاج كنوع المخدر وتأثيراته؟ ومن جهة أخرى هل يمكن تصور حالات لا يُعبأ فيها بإرادة المريض، بحيث يتم إعطائه مادة مخدرة دون استشارته؟ وما مدى إمكانية رفض المريض للعلاج بالمادة المخدرة إن كان ذلك يفضي إلى الأضرار به وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟... هذا ما سنحاول الإجابة عنه حالاً.

أولاً: قبول العلاج بالمواد المخدرة

من المستقر عليه أنه لا يجوز إجبار المريض على الخضوع للعلاج أو تحمل المساس بجسده إلا في حالات استثنائية كحالة الضرورة العلاجية، هذا في ظروف العلاج العادية، فكيف إذا كان يتم بوساطة مواد مخدرة؟... والدليل على صدق ما سبق هو قانون المسؤولية الطبية الليبي، والذي نصت المادة (٦/ب) منه على أنه يحظر على الطبيب: (معالجة المريض دون رضاه إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته أو كان مرضه مهدداً للسلامة العامة أو معدياً...). وهو ما قضى بمثله الدستور الطبي الأردني^(٢) وتعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين^(٣).

إذن فالأساس الذي ينبغي أن تبنى عليه العلاقة بين المريض والطبيب هو الرضاء، أما تفسير ذلك فيتجلى في أن قوام وحقيقة العلاقة بينهما تستند في كثير من الأحيان إلى فكرة التعاقد، إذ يبرم الطرفان ما يسمى بعقد العلاج الطبي، ذلك أنه من غير المتصور ترك أمر تقرير العلاج من عدمه للطبيب بمفرده، فمازلت القوانين المختلفة تعترف للفرد بحق راسخ على جسده^(٤).

١ - انظر: المادة (٢٨)، (٢٩)، (٣٠) من قانون المسؤولية الطبية الليبية. المادة (٤٥) من قانون نقابة الأطباء الأردني. موضوع المسؤولية الطبية من تعليمات السلوك المهني للأطباء "العراق".

انظر كذلك: د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٤٠١.

٢ - نصت المادة (٢) من الدستور الطبي الأردني على الآتي: (كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وأن تكون له ضرورة تبرره وأن يتم برضائه أو رضاه ولي أمره أن كان قاصراً أو فاقداً لوعيه). انظر كذلك المادة (١٧) من الدستور الطبي الأردني.

٣ - جاء في المبادئ الأساسية في الممارسة الطبية من تعليمات السلوك المهني للأطباء "العراق" ما نصه: (كل عمل طبي يجب أن يكون لمصلحة المريض المطلقة ويجب أن يتم برضائه).

٤ - انظر: د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٥٩.

من ذلك يتضح أن قبول المريض بالعلاج شرط أساسي وضروري، ويجب الحصول عليه قبل البدء في العلاج.

والقبول المقصود بالنسبة لاستعمال المواد المخدرة في الأعمال الطبية ليس مجرد صيغة أو شرط شكلي يقتضيه أمر مباشرة العمل الطبي، وإنما المقصود منه الحصول حقيقة على الرضاء المستتير من المريض، وإهمال الطبيب في الحصول على رضا المريض على هذا النحو يجعله مسؤولاً عن نتائج فعله. أما الرضاء المستتير فيقصد به أن يكون الرضاء عن بصر وبصيرة^(١) بعواقب استخدام المخدرات بالعلاج الطبي.

لذلك فلا يجانب الصواب القول بضرورة إعمال مسؤولية الطبيب إن هو لم يحم بإعلام المريض بطبيعة ونوع العلاج وتأثيراته^(٢)، ليس فقط عند البدء في العلاج وإنما في المراحل التالية أيضاً إذا كانت تتطوي على مخاطر أكبر، كما لو كان يترتب على تناول الدواء المتضمن لمواد مخدرة مخاطر وأضرار من قبيل الإدمان أو زهاب العقل أو الإغماء أو مخاطر الوفاة، الأمر الذي يجدر بالمشرع الليبي والأردني والعراقي النص عليه صراحة، لا بل أن الأولى اشتراط الحصول على الموافقة الكتابية من المريض إن كان استعمال المخدر يتضمن قدراً من الخطورة على المريض، على نحو ما فعل المشرع الليبي نفسه بشأن إجراء العمليات الجراحية^(٣).

وإذا كان انعقاد المسؤولية المدنية يفترض بالضرورة إصابة المريض بضرر، فإن التساؤل قد يثار هنا حول مدى إمكانية تمسك المريض بخطأ الطبيب ومن ثم المطالبة بالتعويض إذا كان عمل الطبيب الذي أدى إلى شفاء المريض تم دون الحصول على رضائه المستتير باستخدام المخدرات؟ نعتقد بأن للمريض الحق في المطالبة بالتعويض، ذلك أن الطبيب كان قد أبقى المريض جاهلاً بطبيعة العلاج المعطى له، ولعل فرض الحصول على التعويض هنا تزداد إذا كان إرادة المريض أو مبادئه تحولان دون استخدام المخدرات، إذ قد يشكل ذلك ضرراً معنوياً يستوجب تعويض كبيراً، وبغض النظر عن سلامة الباعث الذي دفع بالطبيب للقيام بذلك.

١ - لقد كانت مسألة الرضاء المستتير من المسائل التي أثارت اهتمام الفقه والقضاء في نطاق المسؤولية الطبية عموماً. للمزيد من التفصيل انظر: د. مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، جامعة المنوفية، دون سنة طبع، ص ١١ وما بعدها.

٢ - انظر: د. خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٣.

٣ - جاء في المادة (١٠) من قانون المسؤولية الطبية الليبي ما يأتي: (لا يجوز إجراء العمليات الجراحية إلا بمراعاة ما يلي: أ.... د. أن تكون هناك موافقة كتابية على إجراء العملية من المريض أو المسئول عنه قانوناً إذا لم يكن راشداً أو كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته، وذلك كله ما لم يقرر طبيبان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة وكان الحصول على الموافقة متعذراً). انظر كذلك موضوع المسؤولية ورضا المريض من تعليمات السلوك المهني للأطباء "العراق".

ونعتقد كذلك أن من عناصر الرضاء المستتير أن يقوم الطبيب بتبصير المريض ببدائل المخدرات من الأدوية الأخرى المقترحة للعلاج إن وجدت، ولو اقتضى استعمال الأدوية البديلة إمضاء المريض مدة أطول، وذلك حتى يتوافر للمريض قدر أوسع من حرية الاختيار، لا سيما إن كانت تلك الأدوية فاعلة ومؤثرة بصورة تمكنه من الاستغناء أو التخفيف من جرعة المخدر المستعملة، وهو ما يمكن تخريجه بالاستناد إلى القواعد العامة في قانون المسؤولية الطبية الليبي، حيث نصت المادة (٥/د) منه على إلزام الطبيب بالآتي: (وصف العلاج كتابة مع تحديد مقاديره وطريقة استعماله وتنبية المريض أو ذويه إلى ذلك أو إخبار المريض بأي منهاج آخر للعلاج يعتبر بديلاً متعارفاً عليه ونصحه بالمنهاج الأرحح في رأيه).

أما المشرع الأردني والعراقي فلم ينص أي منهما على حكم مماثل لهذه المادة، وهو ما يجدر به إدراجه في قانون المخدرات في اقرب وقت ممكن، الأمر الذي يحسن بالمشرع الليبي النص عليه أيضاً في الأحكام الخاصة بالعلاجات المخدرة، أي في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية مباشرة، لا في القواعد العامة فقط.

ثانياً: عدم ضرورة الحصول على قبول المريض للعلاج بالمواد المخدرة

إن قيام الطبيب بمعالجة المريض بوساطة مادة مخدرة ودون الحصول على موافقته أو علمه يعد عملاً غير مشروع بحسب الأصل، وذلك لما فيه من مساس بجسد الإنسان وإرادته، غير أن هذه العمل نفسه يصبح مشروعاً في حالات معينة تسوغها مبررات مختلفة.

أما الأساس الذي يمكن الاستناد إليه للقول بمشروعية العلاج في هذه الحالات فيرتكز إلى المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية الليبي، والتي قررت الأصل والاستثناء في هذا الصدد، فقد أوردت هذه المادة القاعدة الأصلية في الأعمال الطبية والمتمثلة في حظر المساس بجسد الإنسان دون رضاه، ثم أوردت الاستثناء والمتمثل في جواز علاج المريض دون الحصول على موافقته في بعض الأحوال، حيث جاء فيها ما نصه: (يحظر على الطبيب ما يلي:

أ. استخدام الطب لإزهاق روح الإنسان، أو الأضرار بجسمه ما لم يجز القانون ذلك.

ب. معالجة المريض دون رضاه، إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته، أو كان مرضه مهدداً للسلامة العامة أو معدياً...).

وهو ما قرر مثله المشرع الأردني في قانون الصحة العامة رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢، حيث جاء في المادة (٢٤/أ) منه ما نصه: (يكون الوزير مخولاً باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للقضاء على الوباء، وله في سبيل ذلك عزل المصابين أو المعرضين للإصابة أو المشكوك في إصابتهم ومنع انتقالهم وإعطاء الأمصال والمطاعيم^(١) والمعالجة والتفتيش...).

١ - انظر كذلك المادة (٣٠/ب) من قانون الصحة العامة.

وهو ما قرره الدستور الطبي الأردني بشأن فاقد الوعي، فقد نصت المادة (١٨) منه على الآتي: (إذا طلب الطبيب بشكل طارئ لإسعاف مريض عاجز أو فاقد لقدرة على التصرف ولم يتمكن من الحصول على الموافقة القانونية في الوقت المناسب مع تثبيت ذلك في حينه، فعليه أن يقوم بالمعالجة اللازمة دون النظر إلى أي اعتبار آخر).

وعلى نحو مماثل أيضا قرر المشرع العراقي مثله في قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١، إذ نص في المادة (٥٢) على انه: (عند الاشتباه بأي شخص كونه حاملا لمسبب مرض... فللجهة الصحية الحق في اتخاذ التدابير الكفيلة لمراقبته... ومعالجته عند ثبوت كونه حاملا لهذه الميكروبات أو مصابا بالمرض لحين سلامته منه). وهو ما نصت على مثله أيضا تعليمات السلوك المهني للأطباء في موضوع المسؤولية ورضا المريض بشأن الحالات العاجلة، إذ جاء فيها: (لا حاجة للطبيب لاستحصال الرضا في وقائع العوارض التي يفقد فيها المريض وعيه وإرادته وتتطلب إسعافا مستعجلا، وبوسع الطبيب أن يقوم بمعالجة المجانيين حتى مع استعمال القوة).

وعليه فانه يمكن ملاحظة حالتين يمكن فيهما استخدام الأدوية كافة، وبما فيها الأدوية المضمنة على مواد مخدرة، وهاتين الحالتين هما:

١. حالة الضرورة الطبية:

فقد يوجد الشخص في حالة تقتضي إجراء علاج عاجل يتطلب حقن المريض بمادة مخدرة، ولا شك أن هذه الحالة تعد من قبيل حالات الضرورة التي تؤدي بذاتها إلى تخفيض مستوى الحماية القانونية في شأن مسألة الرضاء؛ ذلك أن حالة المريض ومصالحته في الشفاء والعلاج تبرر إعفاء الطبيب من الحصول على القبول، خاصة وأن المريض قد يكون في حالة أو وضع يتعذر معه التعبير عن إرادته^(١)، كما لو انتاب المريض حالة من فقد الوعي أو الجنون، ومثال ذلك أيضا الحالة التي تواجه الطبيب خلال التدخل الجراحي إذا لم يكن في الوسع توقعها، وكانت تستلزم استخدام المواد المخدرة دون انتظار رضاء المريض، ففي مثل هذه الحالات لا نجد أساسا لمسألة الطبيب عن استخدام المخدر، خصوصا إذا كان ذلك يتفق مع أصول الفن الطبي.

كما قد يتعذر الحصول على إذن المريض للعلاج بالمخدر لكونه ناقص الأهلية، كما لو كان قاصراً أو يتوافر لديه أحد عوارض الأهلية، كالجنون أو العته، إذ لا مناص في مثل هذه الأحوال من الاكتفاء بإذن

١ - قد يستوجب جانب من المشرعين - كالمشرع الفرنسي - إعلام المريض لاحقا عن أخطار المرض والعلاج الذي سبق أن أعطى له عندما يكون في حالة تسمح بالتعبير عن إرادته والحصول على موافقته اللاحقة. للمزيد من التفصيل انظر: د. خالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٠.

ولي المريض أو وصيه، لأن الولاية والوصاية إنما تتقرر لحاجة ناقص الأهلية وعدم قدرته على مباشرة تصرفاته^(١).

أما تكييف العلاقة بين المريض والطبيب في الأحوال السابقة فقد يتراءى للبعض أنها قائمة على فكرة الفضالة، ذلك أن الطبيب يقوم بشأن عاجل وضروري لمصلحة المريض ودون إذنه^(٢). ومع ذلك نعتقد بان العلاقة بين الطرفين في الأحوال السابقة لا تستند إلى القواعد العامة في القانون المدني، فالقول بذلك يعني استبعادا وإغفالا واضحا لنصوص القوانين الخاصة، ونقصد بذلك قانون المسؤولية الطبية الليبي وقانون الصحة العامة الأردني والدستور الطبي الأردني وقانون الصحة العراقي وتعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين، فالأولى الاستناد مباشرة إلى النصوص المشار إليها سابقا من تلك القوانين^(٣)، فالقانون -لا سواه- هو مصدر الحقوق والالتزامات الناجمة عن العلاقة بين الطرفين هنا. هذا كله طبعا إن لم يتم الحصول على موافقة ولي المريض أو وصيه أو نائبه على إجراء العمل الطبي، أما ان حصلت مثل تلك الموافقة، فنعتقد بان العلاقة بينهما تدخل في حدود عقد العلاج الطبي في كثير من الأحيان.

٢. العلاج الإجباري بالمخدرات:

يقصد بالعلاج الإجباري ذلك النوع من العلاج الذي يتم بقوة القانون بغير حاجة إلى رضاه الشخص الخاضع له، كما في حالات علاج المرضى المصابين بالأمراض المعدية أو الوبائية المؤثرة في الصحة العامة؛ وهو ما قد ينطبق أيضا على المصابين بالأمراض العقلية والأمراض الجنسية^(٤). الأمر الذي قد يتوافر في علاج المدمنين على المخدرات والمصابين بالأمراض النفسية، والذين قد تستدعي حالتهم إعطاء أدوية تشتمل على مواد مخدرة^(٥)، وينسب أكبر من غيرهم من المرضى، لصعوبة السيطرة عليهم لا سيما في المراحل الأولى من العلاج.

١ - انظر: د. مصطفى عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٨٣.

٢ - تعرف المادة (١٩١) من القانون المدني الليبي الفضالة كالاتي: (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك).

٣ - انظر: المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية الليبي. المادة (٢٤/٢) من قانون الصحة العامة الأردني. المادة (١٨) من الدستور الطبي الأردني. المادة (٥٢) من قانون الصحة العراقي وموضوع المسؤولية ورضا المريض من تعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين.

٤ - قد تعطي بعض التشريعات للمحاكم سلطة إصدار الأمر بعلاج مرضى الأمراض العقلية دون موافقة الأقرب على العلاج، ينظر تشريع كاليفورنيا ٣٢٠٨ Cal-Prod أشار إليه د. مصطفى عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٧٥، ص ٧٩.

٥ - عادة ما يتم علاج المدمن تدريجياً، وهو ما يتطلب إعطاؤه عقار مخدراً مثل (الميثادون)، والملاحظ هنا أن هذه المادة تعد إدمانية أيضاً. انظر: نياح البدانية، المرجع السابق، ٩٣. وفي بعض الدول كالولايات المتحدة قد يسمح بتناول المدمن لهذه المادة خارج مراكز العلاج إذا ما أمضى مرحلة معين من العلاج. انظر: د. محمد فتحي عيد، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

وقد اخذ المشرع الأردني صراحة بالعلاج الإجباري لمدمني والمخدرات والمرضى النفسيين في قانون الصحة العامة الأردني، حيث قضت المادة (١٦/أ) منه بإدخال المصابين بالأمراض النفسية وبالإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية إلى المستشفيات أو إلى الأقسام المخصصة لذلك أما بصورة اختيارية أو إجبارية ويجوز الإدخال جبراً في أي من الحالات الآتية:

أ. إذا كانت حالة المريض أو المدمن تستدعي طريقة علاجية لا تتم إلا في المستشفى أو في الأقسام المخصصة لذلك.

ب. إذا كان المريض أو المدمن يسبب أذى لنفسه أو للآخرين سواء كان مادياً أو معنوياً.

ج. إذا كان المريض أو المدمن يسبب أذى للممتلكات.

د. إذا أصدرت المحكمة قراراً بذلك بناءً على بيينة طبية.

وهو ما نص على مثله قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني بشأن المدمنين على المخدرات أيضاً، إذ نصت المادة (١٤/ب) على ما يأتي: (للمحكمة عند النظر في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة^(١) أن تتخذ بحق الجاني أيًا من الإجراءات التالية بدلاً من الحكم عليه بالعقوبة المنصوص عليها في تلك الفقرة وذلك وفقاً لما تراه ملائماً لحالته:

١. ان تأمر بوضعه في إحدى المصحات المتخصصة بمعالجة المدمنين على تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية للمدة التي تقررها اللجنة المعتمدة لفحص الموضوعين في المصحة رهن المعالجة.

^١ - تنص المادة (١٤/أ) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني على الآتي: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار كل من تعاطى أو استورد أو أنتج أو صنع أو حاز أو أحرز أيًا من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية بقصد تعاطيها ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من زرع أو اشترى أيًا من النباتات التي تنتج منها المواد المخدرة والمؤثرات العقلية لتعاطيها وفي حال تكرار هذه الأفعال يعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ويعتمد لإثبات التكرار صدور حكم على الفاعل في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة بما في ذلك الأحكام القضائية الأجنبية).

وما يلاحظ هنا هو ان صلاحية المحكمة في وضع المحكوم عليه تقتصر على الجرائم المنصوص عليها في الفقرة المذكورة آنفاً، ودون غيرها من الجرائم، الأمر الذي طبقته محكمة التمييز في إحدى قراراتها، حيث جاء فيه ما يأتي: (صلاحية المحكمة بالحكم بوضع المحكوم عليه في إحدى المصحات المتخصصة بمعالجة المدمنين بدلاً من الحكم عليه بالعقوبة تقتصر على الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (١٤) وطالما ان المتهم أدین خلافا للمادة (١٩/أ) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية فلا يرد الأمر بوضعه في المصح بدلاً من فرض العقوبة عليه). تمييز جزاء رقم (٣٣٨ - ٩٤) هيئة خماسية، منشور في مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٩٥، ص ١٤٤٩.

٢. ان تقرر معالجته في إحدى العيادات المتخصصة في المعالجة النفسية والاجتماعية للمدمنين على تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والتردد عليها وفقاً للبرنامج الذي يقرره الطبيب النفسي أو الاختصاصي الاجتماعي في العيادة^(١).

وما تجدر الإشارة إليه هنا هو ان المشرع الأردني انتهج نهجا حاول من خلاله تحفيز وحث المدمنين على المخدرات على العلاج والتخلص من هذه الآفة، وذلك من خلال الإعفاء من دعوى الحق العام لكل من تقدم من تلقاء ذاته للعلاج من الإدمان، حيث نصت المادة (١٤/د) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني على الآتي: (لا تقام دعوى الحق العام على من يتعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو يدمن عليها إذا تقدم قبل ان يتم ضبطه من تلقاء نفسه أو بواسطة أحد أقربائه إلى المراكز المتخصصة للمعالجة التابعة لأي جهة رسمية أو إلى إدارة مكافحة المخدرات أو أي مركز أمني طالبا معالجته).

فإذا شفي المريض وأصبحت حالته تسمح بإخراجه من المستشفى، فإن للطبيب بموافقة مدير المستشفى ان يقرر إخراج المريض وإعلام ذوي المريض بتاريخ المغادرة، أما إذا كان إدخاله قد تم عن طريق المحكمة فيجب إعلام المحكمة بقرار الإخراج^(٢).

وعلى نحو مماثل لما جاء في القانون الأردني كان المشرع العراقي قد نص في المادة (١٤/سابعاً) من قانون المخدرات، إذ جاء فيها: (للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة ثانيا من هذه المادة، أن تأمر بإيداع من ثبت إدمانه على تعاطي المخدرات بسبب حالة مرضية تعرضت لها صحته، احد المصحات أو الأماكن الصحية التي تخصصها الوزارة لهذا الغرض ليعالج فيها لمدة ستة أشهر ولها بناء على طلب الادعاء العام أو المحكوم عليه أن تفرج عنه قبل انقضاء هذه المدة إذا تبين شفاؤه بتقرير طبي صادر عن لجنة طبية في المصح أو المكان الصحي الذي أودع فيه).

وما يجدر الالتفات إليه هنا هو أن استفادة المريض المتعاطي للمواد المخدرة من المعالجة وعدم إقامة دعوى الحق العام في مواجهته يجب ألا تكون لأكثر من مرة، وإلا لأصبح منح مثل هذه الفرصة مدعاة للإفلات من أحكام القانون^(٣).

١ - للمحكمة إصدار قرار بوضع المتعاطي في إحدى المصحات إن رأت لذلك موجبا، وهي صاحبة الصلاحية في ذلك، الأمر ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها عندما نصت على أنه: (إن صلاحية تطبيق أحكام الفقرة (ب) من المادة (١٤) من قانون المخدرات بحق المتعاطين للمادة المخدرة هو أمر عائد للمحكمة تقدره حسب الظروف وتوافر المصحات والعيادات المتخصصة، وبالتالي فالمحكمة ليست ملزمة بتطبيق هذا النص على المميز واتخاذ قرار بوضعه في إحدى المصحات المتخصصة بمعالجة المدمنين). تمييز جزاء (٩٧-٩١) هيئة خماسية، المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٧، ص ٤٥٨. انظر كذلك: تمييز جزاء (٣٣٨-٩٤) هيئة خماسية، مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٩٥، ص ١٤٤٩.

٢ - انظر المادة (١٨) من قانون الصحة العامة الأردني.

٣ - جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ما نصه: (حيث أن المميز أعطي فرصة منحها إياه القانون بان ادخل قسم المعالجة من الإدمان وتمت معالجته كما هو ثابت وخرج وأنه قبض عليه بعد ذلك من قبل رجال الضابطة العدلية وبحوزته المادة المخدرة التي كان قد

ونعتقد بان ما أخذ به المشرع الأردني والعراقي يجدر بالمشرع الليبي أن يتبنى مثله^(١)، وذلك في سبيل الحد من الإدمان على المخدرات.

ثالثاً: حق المريض في رفض العلاج بالمواد المخدرة

جاء في تعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين ما نصه: (لا مناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن فيها من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض)^(٢). هذا إن كان العلاج في الأحوال العادية، فكيف به لو كان يتم بواسطة مواد مخدرة؟! لا شك بأنها لازمة وضرورية على وجه أكبر.

وقد جاء في المادة (٦/ب) من قانون المسؤولية الطبية الليبي ما يأتي: (يحظر على الطبيب ما يلي: ... معالجة المريض دون رضاه، إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته... أو قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج يسبب مضاعفات يتعذر أو يصعب معها العلاج...).

ومما يلفت النظر في هذا النص أنه أجاز العلاج الإجباري للمريض بالرغم من رفضه له^(٣)، وحتى لو كان قادراً على التعبير عن إرادته أو لا يهدد مرضه السلامة العامة، وهو ما يثير التساؤل عن مدى حق المريض في رفض العلاج بالمواد المخدرة في الظروف العادية!؟

وبتعبير آخر، قد تتهدد حياة الإنسان أمراض يمكن الشفاء منها باستخدام المخدرات أو مستحضرات تدخل المخدرات في تكوينها، وفي حالات معينة قد يرفض المريض العلاج بهذه المواد استناداً إلى معتقدات أو مبادئ يؤمن بها، أو لعدم قدرته على اتخاذ القرار المناسب، أو حتى لأنه يبغض ذهاب عقله بالمخدر، فهل يمكن في مثل هذه الحالات إجباره على العلاج بالمواد المخدرة؟

اشتراها من أحد الأشخاص وتعاطى جزءاً منها وحيث ان المميز لم يطلب المعالجة إلا بعد ان جرى التحقيق معه من قبل المدعي العام بواسطة استدعاء قدم من وكيله إلى المدعي العام، وحيث ان القانون عندما نص على إعطاء مثل هذه الفرصة للمعالجة وعدم تكرار التعاطي وحيث ان المميز قد عاد إلى التعاطي بإرادته وقبض عليه من قبل رجال مكافحة المخدرات فانه ليس من المعقول ان تتكرر مثل هذه الفرصة، وإلا اصبح الأمر تحايلاً على القانون وتعاط للمخدرات في حى القانون). تمييز جزاء (٧-٩٩) هيئة خماسية، المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٩، ص ٦٠٨.

١ - هناك عدد من المشرعين يتبنى ذات الحكم الذي يتبناه المشرع الأردني، انظر على سبيل المثال: المادة (٣٧) من قانون مكافحة المخدرات المصري. المادة (٤٣) قانون المخدرات السوري.

٢ - موضوع المسؤولية ورضا المريض من تعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين.

٣ - لقد تطلب قانون المسؤولية الطبية الليبي في عجز المادة (٦/ب) شرطين لإجازة العلاج الإجباري للمريض ليس من بينهما ما يشير إلى إرادة المريض، وهذين الشرطين هما:

أ. ان يكون رفض المريض للعلاج يقضي إلى مضاعفات يتعذر أو يصعب معها العلاج.

ب. ان يكون إقرار خطورة رفض المريض للعلاج صادر عن لجنة طبية.

نعتقد أن للمريض الحق في رفض العلاج في مثل هذه الأحوال، وذلك احتراماً لخصوصية الإنسان وإرادته وحرية ومعتقداته، إما إذا أثبت أن رفض المريض للعلاج نابع من فقدانه للوعي أو نقصانه، فيتعين تأكيد قرار رفض العلاج من ولي المريض أو وصيه أو نائبه أو أقربائه.

غير أن على الطبيب في كل الأحوال التي يتمتع فيها المريض بالعلاج بالمخدر أن يلفت انتباهه إلى ضرورة هذا العلاج، وأن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمعالجة المريض بأسلوب آخر إن وجد، أما إذا أذعن الطبيب بسرعة أمام رفض المريض للعلاج بمثل هذه المواد، فنعتقد بأن ذلك لا يخلي الطبيب تماماً من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض، لذلك نعتقد بأهمية لفت انتباه المريض إلى ما هو مقدم عليه وإخلاء الطبيب من المسؤولية بشكل صريح ومكتوب، وذلك من خلال اشتراط إفراغ المريض لرغبته برفض العلاج بهذه المواد من خلال إقرار مكتوب ومبين فيه رفض المريض تناول العلاج رغم ضرورته ومضاعفاته، الأمر الذي يمكن تلمس سنده في القواعد العامة من قانون المسؤولية الطبية الليبي، وتحديدًا فيما نصت عليه المادة (٢٤) والتي جاءت على النحو الآتي: (لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول وذلك كله دون الإخلال بحكم البند (ب) من المادة السادسة من هذا القانون.

ويثبت رفض المريض للعلاج بإقراره كتابة أو بالإشهاد عليه^(١).

وهو ما نعتقد بضرورة تبني مثله من قبل المشرع الأردني والعراقي، فمثل هذا الحكم يحقق مصلحة كل من المريض والطبيب في آن واحد.

أما إذا باشر الطبيب العلاج بالمخدرات رغم رفض المريض، فنعتقد بأن من الأولى اعتبار ذلك أساساً لمسألة الطبيب حتى وإن كان قصده من وراء ذلك العلاج ومساعدة المريض على الشفاء، ذلك أنه يتعذر التسليم بإمكانية إجبار الشخص على علاج يرفضه، خصوصاً وأنه يصعب تصور الكيفية التي يمكن أن يتم بها الإجبار على العلاج في مثل هذه الحالات، ايتم ذلك علاناً وعنوة، أم خلسة وخديعة؟... نعتقد بأن في كلاهما امتهان لكرامة الإنسان وإرادته وأهليته وحرية وعقله، الإنسان الذي يفترض انه دائماً غاية التنظيم

١ - يلاحظ هنا دقة ومنطقية ما نصت عليه المادة (٢٤) من قانون المسؤولية الطبية الليبي من اشتراطها إفراغ رفض المريض للعلاج كتابة بعد نصحه، وهو ما يجدر تبنيه في التشريعات الأخرى، لاسيما العربية منها، والى حين تبني مثل هذا النص نعتقد بان على القضاء الأخذ بحكم مماثل لما تنص عليه المادة المذكورة إذا ما عرض عليه دعوى مسؤولية طبية ناجمة عن رفض المريض للعلاج، بحيث يطلب من الطبيب للتخلص من المسؤولية تقديم دليل مكتوب على رفض المريض.

الأمر الذي توصل إلى مثله القضاء الفرنسي، فقد استلزمت محكمة النقض في فرنسا في حكم لها ضرورة حصول الطبيب على شهادة من المريض تثبت رفضه للعلاج الذي وصفه، وهذا الدليل المكتوب يعد عنصراً حاسماً لتخليص الطبيب من المسؤولية. انظر: د. جابر محجوب علي، دور الإدارة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٦٣.

القانوني^(١).... ناهيك عن ان الأخذ بمثل هذا الحكم يناقض أصول ومبادئ مهنة الطب، فمهنة الطب - بحسب الدستور الطبي الأردني - مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال، وأن يكون قدوة في سلوكه ومعاملته، مستقيماً في عمله، محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم، رحيماً بهم وبأذلاً قصارى جهده في خدمتهم^(٢).

لذلك نقترح رفع النص المتعلق بإمكانية إجبار المريض على العلاج بناء على تقرير لجنة طبية الوارد في ذيل الفقرة (ب) من المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية الليبي.

ويشار هنا إلى أن ثمة اتجاه في الفقه يذهب إلى أن ممارسة الطبيب العلاج دون رضاء المريض يجعل الطبيب مرتكباً جريمة غير عمدية تتمثل بالإهمال أو عدم الاحتياط^(٣). إلا أنه يصعب التسليم بما يذهب إليه الاتجاه السابق، ونعتقد أن من الأولى اعتبار الطبيب مسؤولاً مسؤولية عمدية في حالة مباشرته العلاج دون رضاء المريض، لأن عمله هذا يخرج العمل الطبي عن دائرة الإباحة.

أما من الوجهة المدنية فنعتقد بأن العلاقة بين المريض والطبيب تكون خاضعة لاحكام العمل غير المشروع^(٤) (الفعل الضار^(٥))، إذ يستحق المريض تعويض عن كل ضرر مادي أو معنوي ألم به، إذا كان التدخل الطبي قد تم في غير الحالات التي يسمح بها القانون بتجاوز إرادة المريض، أو في غير الحالات التي يبرم فيها عقد العلاج مع المريض أو نائبه.

وأخيراً فإن مسألة الطبيب جنائياً ومدنيا لا تمنع من مسأله تأديبياً، وذلك بوصفه مقصراً في أداء واجباته المهنية^(٦).

١ - جدير بالإشارة أن الأصل لدى المشرع الليبي نفسه عدم جواز إرغام الشخص على ما يخالف إرادته، حتى وإن كان ذلك متعلق بإخلال بالالتزام يقع على عاتقه بموجب عقد مثلاً، فمن القواعد المستقرة في القانون المدني أن امتناع الشخص عن تنفيذ الالتزام الواقع عليه يجعل منه في حكم المستحيل، وذلك إمعاناً في حماية الحرية الشخصية وأسوة بما هو مستقر النظم القانونية الحديثة. للمزيد من التفصيل انظر: د.عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ١٩٩٥، ص ٢٦. د.حسن علي الذنون ود.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، (الجزء الثاني: أحكام الالتزام)، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٤، ص ٧١.

٢ - انظر المادة (١) من الدستور الطبي الأردني. انظر كذلك: موضوع خصائص المهنة الطبية من تعليمات السلوك المهني بنقابة الأطباء العراقيين.

٣ - انظر في عرض هذا الرأي: د.محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨، ١٩٤٨، ص ٢٧٩.

٤ - انظر المادة (١٦٦) وما بعدها من القانون المدني الليبي. المادة (٢٠٢) وما بعدها من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٤.

٥ - انظر المادة (٢٥٦) وما بعدها من القانون المدني الأردني.

٦ - انظر: المادة (٢٨)، (٢٩)، (٣٠) من قانون المسؤولية الطبية الليبي. المادة (٤٥) من قانون نقابة الأطباء الأردني. المادة (٢٣) من قانون نقابة الأطباء العراقيين.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع مشروعية التداوي بالمخدرات في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي يجدر بنا عرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة.

* النتائج

١. ينطوي استخدام المخدرات على مخاطر كبيرة وجسيمة، سواء على مستوى الفرد أو المجتمع، إلا أن لها في الوقت ذاته منافع كثيرة تظهر أهمها في مجال الاستخدامات الطبية، وبالرغم من ذلك فقد يفضي سوء الاستخدام الطبي لها إلى الإدمان على تعاطيها.
٢. يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحريم التعامل بالمخدرات، وهذا هو الأصل في الحكم المتعلق بالمخدرات، أما الاستثناء فهو إباحة استعمالها في الأعمال الطبية للعلاج، إذ تؤسس الإباحة في ذلك استناداً إلى حالة الضرورة، فيما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى التوسع في ذلك، فيجيز استعمال المخدر للعلاج استناداً إلى الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، ولصعوبة الاستغناء عنها في الكثير من الأدوية.
٣. تجيز القوانين الوضعية كالقانون الليبي والأردني والعراقي العلاج بالمواد المخدرة إذا دعت حالة المريض إلى ذلك، ولكنها تقرر في الوقت ذاته عقوبات على كل من يتجاوز حدود الإباحة التي تجيزها، وسواء تعلق الأمر بالمريض أو الطبيب أو القائمين على صرف أو مراقبة وضبط المواد المخدرة.
٤. لا بد من احترام إرادة المريض الذي يتم علاجه بالمادة المخدرة، لذا فإنه لا يكفي الحصول على رضا المريض بالعلاج عند التعاقد فقط، بل أن الأمر يتطلب الحصول على رضائه أيضاً عند اتخاذ الطبيب قرار باستخدام المواد المخدرة في العلاج، إذ يفترض في الرضاء أن يكون مستتيراً، بحيث يتم تبصير المريض بالعلاج وتأثيراته.
٥. يجوز استثناء علاج المريض بالمواد المخدرة دون الحصول على موافقته في حالة الضرورة العلاجية، كما يجوز العلاج رغماً عن إرادة المريض في حالات مواجهة الأمراض التي تتهدد صحة المجتمع، وفي علاج المدمنين على المخدرات.
٦. يحق للمريض رفض العلاج بالمادة المخدرة لأي سبب كان، إذ يجب على الطبيب احترام إرادة في مثل هذه الحالة، والعمل بقدر الإمكان على تخفيف الأضرار الناجمة عن رفض المريض للعلاج بالمواد المخدرة.
٧. يستحق المريض تعويضاً عن الأضرار اللاحقة به جراء عدم حصول الطبيب على رضائه للعلاج بالمخدر، الأمر الذي ينطبق أيضاً في حالة تجاوز الطبيب لقرار المريض برفض العلاج، وذلك استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، كما قد يترتب إلى جانب ذلك انعقاد مسؤولية الطبيب الجنائية والتأديبية.

*** التوصيات**

١. يجدر بالمشرع الليبي والأردني والعراقي إيراد نص خاص يلزم الطبيب بتبصير المريض عند علاجه بالمواد المخدرة بحيث يبين له ماهية المادة وتأثيراتها، والبدائل المتاحة إن وجدت.
٢. يحسن بالمشرع الليبي النص صراحة على إمكانية إبدال العقوبات الجنائية المستحقة على متعاطي المخدرات بالعلاج في المصحات المخصصة لذلك، وعدم إقامة دعوى الحق العام على متعاطي المخدرات ومدمنها إذا تقدم أحدهم للعلاج من تلقاء ذاته أو بواسطة ذويه.
٣. يجدر بالمشرع الأردني والعراقي النص على ضرورة توقيع المريض الراض للعلاج بالمواد المخدرة على إقرار مكتوب ومبين فيه صراحة رفض المريض تناول العلاج رغم ضرورته والمضاعفات المترتبة على ذلك.
٤. من الأولى بالمشرع الليبي نسخ الفقرة المتعلقة بإمكانية علاج المريض رغم إرادته بناء على تقرير لجنة طبية والواردة في عجز الفقرة (ب) من المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية.
٥. يجدر بالمشرع العراقي النص على عقوبة جنائية خاصة بالطبيب الذي يسهل تعاطي المخدرات لغير أغراض العلاج.

قائمة المراجع*** مراجع الشريعة الإسلامية****(أ) مراجع القدامى**

- (١) أبي النجا الحجاوي، الروض المربع، الطبعة السادسة، دار الفكر، دون سنة طبع.
- (٢) أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨.
- (٣) أحمد ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر، دون سنة طبع.
- (٤) إبراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٢.
- (٥) تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧.
- (٦) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الشام للتراث، دون سنة طبع.
- (٧) عبد السلام بن عبد الله (أبي البركات)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دون سنة طبع.
- (٨) عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧.
- (٩) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطبوعات محمد علي صبيح، الأزهر، مصر، دون سنة طبع.

- ١٠) محمد بن أمين (ابن عابدين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (يليه تكملة ابن عابدين)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٥.
- ١١) محمد بن عبد الرحمن دمشقي، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٧.
- ١٢) محيي الدين بن شرف النووي، المجموع، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٩٨٠.
- ١٣) مسلم بن الحجاج النيسبوري، الجامع الصحيح بشرح النووي، مكتبة الإيمان، المنصورة، دون سنة نشر.
- ١٤) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (المعروفة بالفتاوى العالمكيرية)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

(ب) مراجع المحدثين

- ١٥) د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، ١٩٨٧.
- ١٦) د. أحمد فتحي بهنسي، الخمر والمخدرات في الإسلام، الطبعة الأولى، مؤسسة الخليج العربي، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٧) د. سعد الدين مسعد هاللي، التأصيل الشرعي للخمر والمخدرات، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية (الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة)، الكويت، ٢٠٠١.
- ١٨) عزت حسنين، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون، ١٩٨٦.
- ١٩) د. عبد الفتاح محمود إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- ٢٠) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧.
- ٢١) د. فكري أحمد عكاز، الخمر في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عكاظ للنشر والتوزيع، جدة، ١٩٨٢.
- ٢٢) د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد، الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٢٣) د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للضرورة في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠.
- ٢٤) د. محمد صديق بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مكتبة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٢٥) د. محمد عارف ومصطفى فهمي، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، ١٩٨٦.
- ٢٦) د. محمد علي البار، المخدرات في الفقه الإسلامي على ضوء المعطيات المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث، السنة الثانية، مكة المكرمة، ١٩٨٩.
- ٢٧) د. محمد علي البار، الكحول والمخدرات والمنبهات في الغذاء والدواء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، السنة الحادية عشرة، مكة المكرمة، ١٩٩٩.
- ٢٨) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن النسائي، الطبعة الأولى، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ١٩٨٨.

- (٢٩) د. محيي هلال سرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، بغداد، ١٩٨٧.
- (٣٠) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٢.
- (٣١) نادر أحمد بيوض التميمي، تطبيق الإسلام وأثره في مكافحة الجريمة، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٨٤.
- (٣٢) د. نزيه كمال حماد، الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس عشر، السنة الرابعة عشرة، مكة المكرمة، ٢٠٠٣.
- (٣٣) قرار هيئة كبار رقم (١٣٨) في حكم مهرب ومروج المخدرات، منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، مكة المكرمة، ١٩٨٩.

* مراجع القانون

- (٣٤) أنور العمروسي، المخدرات، دار الفكر الجامعي، دون سنة طبع.
- (٣٥) د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، (الجزء الثاني: أحكام الالتزام)، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٤.
- (٣٦) د. خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- (٣٧) د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- (٣٨) د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧.
- (٣٩) د. عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ١٩٩٥.
- (٤٠) عز الدين الدنشاري، المخدرات والإدمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- (٤١) د. محمد رمضان بارة، شرح قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، مطابع الوحدة العربية، الزاوية، ١٩٩٥.
- (٤٢) د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٩٨٨.
- (٤٣) د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨، ١٩٤٨.
- (٤٤) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، جامعة المنوفية، دون سنة طبع.
- (٤٥) د. مصطفى كارة، كتاب الوعي الأمني، مطابع العدل، ١٩٩٠.

* التشريعات

التشريعات الليبية

- (٤٦) القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٤.
- (٤٧) قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦.

- (٤٨) قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي رقم (٧) لسنة ١٩٩٠.
- (٤٩) القانون الصحي الليبي.
- (٥٠) قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (١٦٧) لسنة ١٣٧٤ و.م ٢٠٠٦ م بتقرير بعض الأحكام في شأن تنظيم تجارة الأدوية.

التشريعات الأردنية

- (٥١) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- (٥٢) قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الأردني رقم (١١) لسنة ١٩٨٨.
- (٥٣) قانون الدواء والصيدلة الأردني رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠١.
- (٥٤) قانون الصحة العامة رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢.
- (٥٥) قانون نقابة الأطباء الأردنيين رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢.
- (٥٦) الدستور الطبي الأردني.

التشريعات العراقية

- (٥٧) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٤.
- (٥٨) قانون المخدرات العراقي رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٥.
- (٥٩) قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١.
- (٦٠) قانون مزاوله مهنة الصيدلة العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٠.
- (٦١) قانون نقابة الأطباء العراقي رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤.
- (٦٢) تعليمات السلوك المهني في نقابة الأطباء العراقيين رقم (٨) لسنة ١٩٨٥.

ج) التشريعات المقارنة

- (٦٣) قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠.
- (٦٤) قانون المخدرات السوري رقم (٢) لعام ١٩٩٣.

* المجالات

- (٦٥) مجلة نقابة المحامين، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، (سنوات مختلفة).
- (٦٦) المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، (سنوات مختلفة).

* المراجع العامة

- (٦٧) أحمد المجذوب، طرق علاج وتأهيل مدمني المخدرات، (شبكة الجزيرة - المعرفة) (<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/CEB516A6-02FE-4690-9352-AF865EF5226F.htm>).

- (٦٨) د.حمود عليمات، منظور شامل للوقاية من المخدرات، (شبكة الجزيرة - المعرفة)

(<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/B4C79FB2-A9C8-4291-B5BE-B74AD1D47883.htm>).

- (٦٩) د.ذياب البداينة، المخدرات آفة العصر، منشورات وزارة الثقافة (سلسلة العلوم)، عمان، ٢٠٠٧.
- (٧٠) د.صلاح عبد المتعال، الأبعاد الاجتماعية والنفسية والتربوية لتعاطي المخدرات، (شبكة الجزيرة - المعرفة) (<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/2A6CE3B7-9427-4ACE-96DA-7EF634BAD681.htm>).
- (٧١) د.محمد زيد، آفة المخدرات وكيفية معالجة الإدمان، مطابع الأندلس، ١٩٨٨.
- (٧٢) د.محمود أبو زيد، المعجم في الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع.
- (٧٣) مصطفى سوييف، المخدرات والمجتمع نظرة تكاملية، سلسلة عالم المعرفة، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، (العدد ٢٠٥ - يناير / كانون الثاني) ١٩٩٦.

تكوين القاعدة العرفية الدولية

أ.م.د. هادي نعيم المالكي م. عبد الرسول كريم أبو صبيح

كلية القانون/جامعة بغداد

المقدمة

مما لا خلاف فيه بأن القواعد العرفية الدولية تعد من مصادر القانون الدولي العام وأكثرها قدماً من الناحية التاريخية، ويكاد لا يخلو أي مؤلف في القانون الدولي العام من تناول القواعد العرفية الدولية بوصفها من مصادر هذا القانون الرئيسية، وليس من مهمة هذا البحث تحديد القواعد العرفية غير المحددة بعد أو استقراء المحدد منها، بل تهدف الدراسة إلى التوصل إلى المعايير التي على أساسها يتم تكوين القاعدة العرفية الدولية بمعنى آخر التوصل إلى خطوات تكوين القاعدة العرفية الدولية أو آلية تكوينها.

إنّ هذا الموضوع عند بعض فقهاء القانون الدولي العام يُعد من الواضحات التي لا تحتاج إلى عناية البحث على أساس أن القاعدة العرفية الدولية مكونة من ركنين مادي ومعنوي، إلا أن الاتجاه الفقهي الذي أخذ بالانتشار يذهب إلى أن ما عدّه البعض من الأمور الواضحة هو الذي جعل من العرف الدولي مشكلة يحيط بفهمها اللبس والغموض ويتجنب الكثير الخوض فيها، وسوف نعرض لتفصيلات الاتجاه الأخير وترجيح ما رجح منهما.

ولمّا كان لأساس إلزام قواعد القانون الدولي العام سيّما القواعد العرفية الدولية الأثر الواضح في تكوين تلك القواعد، لذا كان لزاماً علينا تناول الأسس الفلسفية لإلزام قواعد القانون الدولي العام والقواعد العرفية الدولية قبل تناول موضوع التكوين.

لما تقدم فقد قسّمت الدراسة إلى مبحثين: الأول منهما خصّص لأساس إلزام القاعدة العرفية الدولية سواء ما يخص المذهب الإرادي أو المذهب الموضوعي، والثاني تم تخصيصه لتكوين القاعدة العرفية الدولية منتهين إلى خاتمة احتوت على المهم من الاستنتاجات.

المبحث الأول

أساس إلزام القاعدة العرفية الدولية

إذا كان من بديهيات القول أن قواعد العرف الدولي من المصادر الرئيسية لقواعد القانون الدولي العام فإن ما يقال عن أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام هو نفسه يقال عن أساس إلزام القواعد العرفية الدولية، وإذا كان المذهبان الإرادي والموضوعي هما الأساس الذي استندت عليه النظريات على تعددها والتي طرحت في بيان أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام، لذا سيتم تناول الموضوع في مطلبين الأول للمذهب الإرادي والثاني للموضوعي.

المطلب الأول: المذهب الإرادي

ترتبط المفاهيم الإرادية في القانون العام بكل من الدولة والسلطة مما يؤثر على النتائج والحلول التي تترتب عليها، فارتباطها بالدولة يظهر واضحاً في إيمانها بالسيادة المطلقة للدولة فأرادتها لا تعلوها إرادة أخرى فهي المصدر الوحيد للقانون، وأمّا ارتباطها بالسلطة فبوصف أن القواعد القانونية لا تصدر إلاّ عن السلطة المختصة بإصدارها ومن ثم لا وجود لمبادئ معينة يمكن أن تقاس تلكم القواعد القانونية على أساسها، إنما تقاس في ضوء الشكل التنظيمي المرسوم لها من قبل السلطة المختصة^١.

ولمّا كان المجتمع الدولي يتميز بعدم وجود سلطة عليا تعلو على أعضائه، وتملك إسباغ الطابع التنظيمي على قواعد السلوك الدولية التي تستمد منه قوتها الملزمة، فقد برزت مشكلة في نطاق القانون الدولي تخص إمكانية تفسير خضوع الدولة صاحبة السيادة المطلقة والتي لا تخضع لسيادة أخرى لقواعد القانون الدولي؟^٢.

لقد طرحت في الإجابة على السؤال المتقدم نظريتان أولاهما هي نظرية الإرادة المنفردة أو التحديد الذاتي للإرادة وثانيهما هي نظرية الإرادة المتحدة أو التحديد الجماعي للإرادة نتناولهما في نقطتين.

أولاً: نظرية الإرادة المنفردة أو التحديد الذاتي للإرادة

(١) سليمان عبد المجيد. النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ١٢٢.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢٣.

يُعد الفقيهان الألمانيان (يرينج) و(يلينك) رائدا هذه النظرية وقد أوضحوا مفاهيمها في مؤلفاتهم (الغاية في القانون) و(الكفاح من أجل القانون) و(روح القانون الروماني) للفقهاء يرينج والتي نشرت في القرن التاسع عشر، و(النظرية العامة للدولة) و(الدول الحديثة وقانونها) للفقهاء يلينك والتي نشرت مع بداية القرن العشرين^١، فبيما يخص الفقيه يرينج فهو يقيم علاقة بين الإرادة والغاية، فالقانون في نظره ظاهرة اجتماعية وهو يخضع لقانون الغاية فالإرادة هي القوة الخالقة في العالم ومحركها هو الغاية وغاية القانون تتركز في تنظيم المجتمع فالمجتمع في تصوره هو الغاية من القانون ولأن الدولة لها أن تمارس القوة الجبرية إذا اقتضاها الأمر ذلك، لذا فإن القانون هو مجموعة وسائل الجبر المنظمة التي تصدر عن الدولة أو هو سياسة القوة^٢، ولا استغناء للقانون عن القوة أما الأخيرة فيمكنها الاستغناء عن القانون، فالقانون دونما قوة يصبح متعذر التنفيذ ويفقد قيمته وتسهل معصيته فالقوة تحمل الإرادة على الخضوع لحكم القانون وليس الأفراد هم وحدهم من يخضعون لحكم القانون بل الدولة نفسها تخضع للقانون ذاته، والمصلحة الذاتية للدولة هي ما يبرر خضوعها للقانون والمتمثلة في تحقيق الأمن القانوني وارتقاء القيم الاجتماعية وازدهار الاقتصاد الوطني^٣، ولكن القانون ليس بغاية في حد ذاته بل هو وسيلة لغاية محددة لذا فإن "القانون موجود من أجل المجتمع، لا المجتمع من أجل القانون، فإذا تحتم على قوة الدولة أن تضحي بأحدهما، عليها التضحية بالقانون وإنقاذ المجتمع"^٤.

أما فيما يخص الفقيه يلينك فهو يقيم علاقة بين السيادة والقاعدة القانونية، وهو يرى أن السيادة للدولة لها وجهان سلبي وإيجابي، فأما السلبي فيعني عدم خضوع الدولة لأي قيود تحد من إرادتها الذاتية وأما السيادة في تصويرها الإيجابي فتعني أن الدولة لها مكنة أن تحدد لإرادتها الذاتية مضموناً ملزماً^٥ بإجراء تقييد ذاتي يمكنها أن تتحلل منه في أي وقت من دون أي خرقٍ للقانون^٦، وينتهي يلينك إلى نتيجة أنه إذا تعارض وجود الدولة والقانون الدولي فإن الأخير يتراجع إلى الوراء لصالح الدولة، إن القانون الدولي وجد من أجل الدول لا الدول من أجل القانون الدولي^٧.

(٣) المصدر السابق، ص ١٢٣-١٢٤.

(٤) المصدر السابق، ص ١٢٤-١٢٥.

(١) المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٢) ثروت أنيس الأسيوطي. مبادئ القانون، ص ١٥٧، مشار إليه في سليمان عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٣) د.حكمت شبر. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، بغداد: المكتبة القانونية، طباعة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٦.

(٤) آرثر نوسبوم. الوجيز في تاريخ القانون الدولي، ترجمة وتعليق د.رياض القيسي، بغداد: بيت الحكمة، ٢٠٠٢، ص ٣٢٢؛ عصام العطية. القانون الدولي العام، ط ٢، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٢، ص ٣٤.

(٥) سليمان عبد المجيد. مصدر سابق، ص ١٢٧.

ثانياً: نظرية الإرادة المشتركة أو التحديد الجماعي للإرادة

إن الفقيه الألماني (تريبل) هو من طرح هذه النظرية ويمكن إجمالها بأن إرادات الدول قد توافقت على خلق قاعدة قانونية لغرض معين فإنها بذلك تنشئ إرادة جديدة هي أقوى من مجموع الإرادات المتلاقية وتسمى الإرادة تلك (الإرادة الجماعية أو المشتركة) وهي تمثل أساس إلزام القانون الدولي،^١ وتريبل يستند في إلزام قواعد القانون الدولي إلى الاتفاقيات الشارعة (law making Treaties) ويدخل القواعد العرفية الدولية من ضمنها بوصفها اتفاقات ضمنية وفي نظره فإن القواعد الدولية بصورة الاتفاقات الصريحة أو الضمنية تعد ملزمة للدول ولا يجوز الخروج على ما تقرره من أحكام.^٢

ومما يؤخذ على هذه النظرية أنها محض نظرية فلسفية تحتاج إلى إثبات لتقدير مدى صحتها من عدمها مضافاً إلى وجوب البرهنة على أن اتفاق إرادات الدول يؤدي إلى خلق إرادة جديدة وإن هذه الأخيرة تسمو على الإرادات المكونة لها،^٣ مضافاً إلى إنه " إذا كان من الممكن القول أن القانون هو وليد الإرادة المشتركة للدول، فإن ذلك إن كان شرطاً لازماً فهو ليس بالشرط الكافي، إذ توجد أشخاص وكائنات قانونية أخرى تلعب دوراً مهماً على الصعيد الدولي مع أنها ليست دولاً. كذلك إذا سلمنا بأن القوة الملزمة للقانون الدولي تستند إلى اتحاد إرادات الدول أو اندماجها، فما هو الحل مثلاً إذا قامت دولة أو أكثر - بعد تكوين القاعدة القانونية - بعدم الموافقة عليها؟ هل يسقط الاتحاد المزعوم أو الاندماج الوهمي الذي تستند إليه هذه النظرية؟ أم أنها تبقى رغم سقوط هذا الاتحاد أو الاندماج؟ مع أنه يمثل سبب وجودها وأساس حياتها؟"^٤

من هنا ووفقاً للمذهب الإرادي فإن القاعدة العرفية الدولية لا يمكن أن تنشأ خارج إرادة أشخاص القانوني الدولي وسلوكهم، ولا أقل من القبول الضمني للدولة التي يتم مواجهتها بالقاعدة العرفية الدولية، لذا تقترب القاعدة العرفية الدولية من مفهوم المعاهدة الدولية في اشتراط توافق إرادات الدول عليها، وإن كانت إرادة الدولة تظهر بالشكل الرسمي في حالة المعاهدة إلا أن ذلك يفقد القاعدة العرفية الدولية - كما الاتفاقية الدولية وفقاً لمبدأ نسبية أثر الاتفاقيات - عموميتها المطلقة، إذ لا يمكن الاحتجاج بالقاعدة العرفية الدولية إلا تجاه الدول التي أكدت سلوكياتها المتكررة الاعتراف بصفقتها الملزمة^٥ أي توافر العقيدة القانونية بالزامها.

المطلب الثاني: المذهب الموضوعي

(٦) عبد الحسين القطيفي. القانون الدولي العام، الجزء الأول في أصول القانون الدولي العام، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٧٠، ص ٦٠؛

محمد المجذوب. القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ١١٥.

(٧) آرثر نوسيوم. مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٨) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٦٠.

(٩) أحمد أبو الوفا. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٤٣.

(١٠) بيار ماري دوبيوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا وسليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية

للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣٥٧-٣٥٨.

يتم البحث من قبل أنصار هذا المذهب عن أساس إلزام القانون الدولي في عوامل خارجة عن نطاق الإرادة، ونتيجة للاختلاف في تعيين تلك العوامل فقد برزت في هذا المذهب نظريتان هما نظرية التضامن الاجتماعي ونظرية تدرج القواعد القانونية نتناولهما تباعاً.

أولاً: نظرية التضامن الاجتماعي

يعد العميد الفرنسي ديكي من أشد الفقهاء دعوة لهذه النظرية وتمسكا بها وقد هاجم فكرة سيادة الدولة وأنكر شخصيتها المعنوية كما أنكر الإرادة الخالقة للقانون والسيادة من وجهة نظره لا وجود لها فهي تتناقض مع القانون والدولة لا شخصية معنوية لها لأنها ليست إلا مجموعة من الأفراد الطبيعيين والقانون ليس من خلق الدولة لأنه سابق على وجودها وهو أعلى منها إنه " القانون الموضوعي المعبر عن ضرورات التضامن الاجتماعي " وأساس الإلزام في نظر العميد ديكي هو شعور الأفراد في الجماعة بالتضامن فيما بينهم وفيما بينهم وأفراد الجماعات الأخرى،^١ لذا فإن السنة أو القاعدة الاجتماعية "... ليست شيئاً آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي، الذي يحدد السلوك الإيجابي أو السلبي الذي يجب أن يتخذه كل أعضاء الفئة من أجل أن تستطيع هذه الفئة والأفراد المكونون لها أن تعيش وتتطور... بحيث أن خرقه يؤدي حتماً إلى رد فعل، مرده تمسك الفئة... بالقانون الذي يحكم حياتها".^٢

أمّا الأستاذان (سل) و (بوليتس) فإنهما وأن لم يسايرا العميد ديكي في جميع فرضيات نظريته فإنهما على العموم يؤيدانها.

ففيما يخص الأستاذ سل فإنه يقيم أساس القانون في الحدث الاجتماعي وقواعد القانون في نظره تأتي من الحدث الاجتماعي ومن اقتران الأخلاق بالسلطة والاثنتين ينتجان عن التضامن الاجتماعي،^٣ أما فيما يخص الفقيه بوليتس فإنه لا يرى أن القانون يصدر عن نظام ولا يعبر عن إرادة بل إنه نتاج اجتماعي ليس إلا، إنه واقعة محضة ذاع الشعور بوجودها وما التشريعات الداخلية والاتفاقيات إلا تعبيراً عن الضمير القانوني للشعوب وهذا الأخير هو من يمنحها قوة الإلزام وما الأعراف والاتفاقيات الدولية إلا وسائل للتثبيت من حقيقة ذلك القانون.^٤

ثانياً: نظرية القاعدة الأساسية (السنة)

(٤) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٥-٧٦؛ عصام العطية: مصدر سابق، ص ٣٦.
(١) دكي. المطول في القانون الدستوري، الجزء الأول، ص ٨١-٨٢، أشار إليه منذر الشاوي. فلسفة القانون، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٢٣-١٢٤.
(٢) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٦.
(٣) المصدر السابق، ٧٧.

لا تختلف نظرية الفقيه (كلسن) عن نظرية التضامن الاجتماعي في البحث في أساس إلزام قواعد القانون الدولي في ما هو خارج نطاق الإرادة الإنسانية إلا أنه يبني نظريته على أساس مختلف^١ يتمثل في القاعدة الأساسية (السنّة)، فكل القواعد القانونية التي يرجع سريانها إلى قاعدة أساسية بذاتها تشكل نظاما من القواعد وإن المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام نفسه هي القاعدة الأساسية نفسها،^٢ فالقواعد القانونية في ظل الأنظمة القانونية الوطنية ترد أو تستند إلى قاعدة أساسية (سنّة) وهي وجوب موافقتها لدستور الدولة وهذا الأخير بدوره ولكونه يستند إلى سنّة الفاعلية في القانون الدولي والتي تقضي بوجوب أن تكون السلطة في الدولة سواء جاءت بشكل ديمقراطي أو بثورة أو انقلاب قادرة على فرض سيطرتها على الأفراد في الدولة لذا فالأنظمة القانونية الوطنية ترجع في أساسها السنني (لا التاريخي إذ الدولة في الأصل أسبق وجوداً من القانون الدولي) إلى قواعد القانون الدولي،^٣ وهذا الأخير محكوم كذلك بمبدأ تدرج القواعد القانونية إذ إن الاتفاقيات الدولية ترد إلى قاعدة أساسية من قواعد العرف الدولي هي العقد شريعة المتعاقدين فالقواعد العرفية الدولية تبعاً لذلك أسمى مرتبة من القواعد الاتفاقية الدولية والأمر نفسه يقال عن أحكام القضاء الدولي فالمحكمة الدولية التي تصدر تلكم الأحكام إنما تستند في ممارسة اختصاصها على الاتفاقية الدولية المنشئة لها، إذن فالقواعد العرفية الدولية أسمى مرتبة من باقي القواعد الدولية، ولكن على أي سنّة أساسية تستند قواعد القانون الدولي؟ تجيب النظرية بأنها العقد شريعة المتعاقدين *Pacta Sunt Servanda*^٤.

ولم تسلم نظرية الفقيه كلسن من النقد إذ أخذ عليها أنها لم تبين القاعدة الأساسية (السنّة) التي ترجع إليها القاعدة التي أدعت أنها أساسية ترجع إليها جميع القواعد^٥، مضافاً إلى أن النظرية هذه تخلط بين القانون والأداة التي تخلق القانون وهي الدولة على أساس أن الإلزام يكمن في ذات القانون ولكن الأساس هذا لا يمكن أن يوجد إلا في المصدر والأداة الذي ينشئ قواعده فالقانون لا يمكن أن يوجد نفسه بنفسه، فلا بد إذن من أداة تقوم بإيجاده وهي الدولة،^٦ مضافاً إلى أن نظرية كلسن تستند على افتراض غير قابل للإثبات^٧

(٤) المصدر السابق، ص ٧٨.

(٥) حامد سلطان. القانون الدولي العام في وقت السلم، الطبعة السادسة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ١٥؛ روبرت ألکسي. فلسفة القانون، تعريب كامل فريد السالك، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص ١٦٥.

(٦) هانس كلسن: النظرية المحضة في القانون، ترجمة د.أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية - وزارة العدل، ١٩٨٦، ص ١١٤.

(١) المصدر السابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٢) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٨.

(٣) حكمت شير. مصدر سابق، ص ٥١-٥٢.

(٤) منذر الشاوي. فلسفة القانون، مصدر سابق، ص ٧٢.

فهي مجرد سفسطة منطقية وهي كما يقول الفقيه جورج سل كمن علق النظام القانوني برمته على مسمار ومن ثم ترك المسمار معلقا في الفضاء فهوى المسمار والنظام الذي تعلق به.^١

فالقاعدة العرفية الدولية وفقا للمذهب الموضوعي تنشأ بعيدا عن إرادة الدول الصريحة أو الضمنية إنها تتشكل نتيجة وعي أكثرية أعضاء الجماعة الدولية ومن هنا فإنها تكون ذات طبيعة موضوعية يمكن أن تلزم الدول التي لم تسهم في تكوينها أو شاءت أن تبقى بعيدة عن تطبيقها،^٢ عدا بطبيعة الحال الدول التي سلكت بشكل صريح طرق الرفض الدولية سيما الاحتجاج كما سيأتي.

المبحث الثاني

تكوين القاعدة العرفية الدولية

إن القاعدة العرفية الدولية - بحسب رأي اتجاه في الفقه الدولي^٣ - حالها حال القاعدة العرفية الداخلية تتكون من ركنين أولهما مادي هو التواتر والثاني معنوي هو الشعور بالإلزام، وفيما يأتي عرض للركنين المادي والمعنوي.

المطلب الأول: الركن المادي (التواتر)

التواتر هو الاطراد وفي الاصطلاح القانوني هو تكرار العمل بشكل مطرد (مستمر ولمدة طويلة) بحيث يسود الشعور بالزامية ما كان محلا للتواتر.

وفي القاعدة العرفية الداخلية فإن التواتر والشعور بالإلزام يكون من قبل الأشخاص القانونية الطبيعية (الأفراد) في حين يكون في القاعدة العرفية الدولية من قبل الأشخاص القانونية الدولية (الدول والمنظمات الدولية) لاختلاف الأشخاص المخاطبين في نطاق القانونين الداخلي والدولي.

(٥) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٨.

(٦) بيار ماري دوبيوي. مصدر سابق، ص ٣٥٨.

(١) بدأنا بتناول الرأي الأول لأغراض منهجية تخص التقسيم، أما ما يخص الرأي الثاني في الفقه الدولي فتم دراسته في ثنايا الركنين السالفين.

والأساس في تكوين الركن المادي للقاعدة العرفية الدولية هي السابقة الدولية وهي التصرف الخارجي إيجابياً كان أو سلبياً الصادر عن سلطة أو شخص ذي اختصاص داخلي أو دولي.^١ ولا يشترط في تحقق التواتر هنا مضي مدة زمنية طويلة على صدور السابقة الدولية فيكفي مضي قدر من الوقت ولو كان قصيراً فقط لتحقيق التواتر المطلوب في السابقة الدولية،^٢ ولقد ساهم التطور التقني وثورة المعلومات في سهولة الكشف عما تواتر عليه سلوك الدول في أمر معين فلم يعد لمضي مدة من الزمن لنشوء القاعدة العرفية تلك الضرورة التي كانت عليها في الماضي،^٣ ومن فقهاء القانون الدولي من يقول بكفاية المرة الواحدة لتحقيق العرف الدولي وهو ما يطلق عليه بـ (العرف لأنني) أو (العرف المتوحش)،^٤ إذ قد يبرز إلى الوجود فجأة عندما تقبل الدول سابقة واحدة غير عادية كأساس لعرف جديد،^٥ ولا يؤثر في رأي البعض من الفقهاء الانقطاع الذي يحصل لأجل تحقق تواتر السابقة الدولية المكونة للقاعدة العرفية الدولية إذ أن أغلب السوابق الدولية مرت بحالات انقطاع وإنما المهم في هذا الشأن هو القابلية للاستمرار في المستقبل.^٥ وكما يمكن أن يكون السلوك الدولي إيجابياً يمكن أن يكون سلبياً^٦ ومثاله قاعدة عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، إلا أنه ينبغي عدم المبالغة في ذلك إذ أن أغلب القواعد العرفية الدولية تكونت من سلوك الدول الإيجابي بقيامها بعمل معين.^٧ وينبغي أن يكون العرف الدولي عاماً أي يطبق على عموم الدول لأجل أن يصبح مصدراً لقواعد القانون الدولي العام أما العرف الإقليمي فلا يطبق إلا على مجموعة معينة من الدول.^٨

ومحل التواتر هو ما يصدر عن إرادة الدولة سواء بفعل انفرادي أم باتفاق مع شخص دولي آخر وهو ملزمٌ للدولة فقط التي صدر عنها الفعل الانفرادي وللدول الأطراف في الاتفاق الدولي وفي هذه المرحلة لا يتحقق الركن المادي للقاعدة العرفية الدولية بل إن ما يكونها هو تواتر الأفعال الانفرادية في الموضوع نفسه من جانب دول متعددة أو تواتر عقد الاتفاقيات الدولية مما يكون القناعة القانونية لدى المجتمع الدولي بصيرورة المواضيع أو القواعد التي جاءت بها الأفعال الانفرادية أو الاتفاقيات الدولية ملزمة لها، ولا مجال لاعتبار

(٢) عبد الحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٣) صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة: دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٥٥.

(٤) أحمد الرشيدى. بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد ٥٥، ١٩٩٩، القاهرة، ص ٦٢.

(٥) حسني محمد جابر. القانون الدولي، الطبعة الأولى، بدون سنة ومكان طبع واسم الناشر، ص ٣٠.

(١) سليمان عبد المجيد. مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) عادل أحمد الطائي. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ١٨٨.

(٣) حكمت شبر. مصدر سابق، ص ٧١.

(٤) Mark W. Janis. An introduction to international law, fourth edition, ASPEN publishers, New York, 2003, P 43.

تواتر الأخذ بالعادة الدولية من قبل الدول مساهما في تكوين قاعدة عرفية دولية بل يجعل منها التواتر قاعدة من قواعد المجاملة الدولية.

وإذا ما أرادت دولة أن لا تسري القاعدة العرفية الدولية في مواجهتها فما عليها إلا أن تسلك طرق الرفض الدولية ومثالها الأوضح الاحتجاج، فاحتجاج الدولة على قاعدة عرفية دولية يمنع من سريانها في مواجهتها^١ والقول بأن القاعدة العرفية الدولية العامة هي مصدر لقواعد القانون الدولي العام ومن ثم ينبغي سريانها تجاه الدول كافة قول لا يجري على إطلاقه فهو يصدق تجاه الدول التي لم تحتج على القاعدة العرفية الدولية وبمعنى أدق على القاعدة العرفية الدولية بعد صيرورتها كذلك بمدة معقولة.

أما عن الأعمال التي تتكون منها السابقة الدولية التي يؤدي تواتر الأخذ بها إلى نشوء القاعدة العرفية الدولية فهي:

أ: **على الصعيد الوطني:** ويشمل ذلك ما يصدر عن هيأت الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وكما يأتي:

(١) الهيئة التشريعية: ومهما تكن التسمية التي تطلق على ما تصدره الهيئة التشريعية من تشريعات فإنها فيما يخص المواضيع الدولية محل اعتبار لأنها تكشف عن سلوك الدولة تجاه الدول الأخرى،^٢ فالقواعد العرفية الدولية المتعلقة بأعالي البحار والبحر الإقليمي والموانئ البحرية تعود في الأصل إلى قواعد تشريعية وطنية.^٣

(٢) الهيئة التنفيذية: إن الأعمال التي تقوم بها الهيئة التنفيذية في المواضيع الدولية عديدة ومثالها تصريح يصدر عن رئيس دولة أو وزير خارجيتها في أمر ما يخص شأنًا دوليًا،^٤ ومثاله التصريحان اللذان أصدرهما الرئيس الأمريكي ترومان في ١٩٤٥/٧/٢٨ حول الثروات الحية للبحار وحول الموارد المعدنية لقاع وباطن قاع البحار، فقد شجع هذان التصريحان البلدان المجاورة على إصدار تصريحات مماثلة أو تشريعات وطنية لمد سيادتها بشكل انفرادي على مساحات بحرية مجاورة

(٥) حيدر أدهم الطائي. الاحتجاج في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص ١٥٣؛ محمد عبد الرحمن الدسوقي. مدى التزام الدولة بغير إرادتها في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص ١٣٨.

(١) شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٨٢، ص ٨٥.
(٢) أحمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ص ١٠٠؛ محمد نعيم علوه. موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الأول - المبادئ والمصادر -، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص ٢٧٣.

(٣) علي زراقط. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ١٦٠.

لسواحلها مما ساهم في نشوء قواعد عرفية دولية حول الجرف القاري والثروات الحية في تلك البحار ومن ثم نشوء قاعدة المائتي ميل بحري فيما بعد^١، ومما تجدر ملاحظته أن التصريح الصادر عن مسؤول كبير في الدولة إذا لم يكن في صالحها له قوة إثباتية كبيرة لسببين: أولهما هو أنه يعد عنوان الحقيقة لعدم وجود إجبار عليه من أحد وثانيهما أنه دليل على الوقائع التي انصب عليها، لذا ولكونه في غير صالح من صدر عنه لا تنطبق عليه القاعدة المقررة والتي تقضي بأنه ليس للشخص أن يصطنع دليلاً لصالحه^٢.

(٣) الهيئة القضائية: ويمكن للأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية في المواضيع الدولية أن تساهم في نشوء السوابق التي تؤدي بدورها إلى تحقق الركن المادي للقاعدة العرفية الدولية^٣، ومثالها أحكام محاكم الغنائم إلا أنه لا يخفى ما للاعتبارات السياسية من تأثير على البعض من تلكم الأحكام^٤.

ب: **على الصعيد الدولي**: ويشمل ذلك المعاهدات الدولية وأحكام القضاء الدولي وقرارات المنظمات الدولية، وكما يأتي:

(١) المعاهدات الدولية: إن القاعدة العامة في أثر المعاهدات الدولية أنها لا تلزم إلا أطرافها أي أن نسبية أثر المعاهدات هو الأصل العام^٥ ولكن يمكن للمعاهدات الدولية أن تلزم غير أطرافها إذا ما تكرر عقد المعاهدات في موضوع معين بحيث تصبح القواعد التي تكرر ذكرها في تلكم المعاهدات قواعد عرفية دولية تلتزم الدول غير الأطراف بها بصفقتها هذه أما الدول الأطراف فإنها تلتزم بها بموجب المعاهدة نفسها^٦، والتزام الدولة الغير بالمعاهدة الدولية عند شيوع العمل بمضمونها بوصفها قواعد عرفية دولية هو ما أكدته المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، بالقول: "ليس في المواد من ٣٤ إلى ٣٧ ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير باعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترف لها بهذه الصفة".

(٤) محمد الحاج حمود. القانون الدولي للبحار، بغداد: شركة مطبعة الأديب البغدادية المحدودة، ١٩٩٠، ص ٢٤-٢٥.

(٥) أحمد أبو الوفا. قضاء محكمة العدل الدولية ٢٠٠١-٢٠٠٥، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٢٠١، تعليق المؤلف على قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو (الكونغو ضد أوغندا) أمام محكمة العدل الدولية، ٢٠٠٥.

(٦) جمال عبد الناصر مانع. القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠، ص ٢٣٥.

(٧) شارل روسو. مصدر سابق، ص ٨٥.

(١) هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، الطبعة الأولى، بغداد: مكتبة السنهوري، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ٤٧. ويمكن للمعاهدة الدولية أن يمتد أثرها لغير أطرافها في حال ترتيب التزام على الغير أو حق للغير وعن علاقة شرط الدولة الأكثر رعاية بمبدأ نسبية أثر المعاهدات أنظر الصفحات ٤٦-٥٧ من المصدر نفسه.

(٢) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس، ١٩٩٣، ص ٢١-٢٢، إلا أن هناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى أن القواعد العرفية الدولية تأتي بالمرتبة الأولى وينبغي على المعاهدات الدولية أن توافقها ولا تخالفها، وسيأتي مزيد من البيان في المتن في بيان العلاقة بين القواعد العرفية الدولية والقواعد الاتفاقية الدولية.

ويلاحظ هنا أن جدلا واسعا قد أثير فيما يخص علاقة المعاهدة بالعرف الدولي وإسهامها في نشوئه بشيوع العمل عن طريق المعاهدات فيما يخص موضوعا معيناً، فقد أشكل البعض في لجنة القانون الدولي بصدد صياغة المادة أعلاه في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ عن دور المعاهدات في تكوين القواعد العرفية الدولية فالأصل العام في أثر المعاهدات أنها لا تلزم غير أطرافها أما القواعد العرفية الدولية فإنها تلزم الجميع كما يجب عند البعض الآخر التفرقة بين كون المعاهدات - وشيوع عقدها من قبل الدول - مصدرا للقواعد العرفية الدولية وبين النص في المعاهدة على قواعد عرفية موجودة سلفاً وثابتة في التعامل الدولي وأشكل فريق ثالث على ما ينطوي عليه إيراد المادة من خطورة تتمثل في الموقف الواجب اتخاذه إذا ما عقدت مجموعة دول معاهدة قد قبلتها بعد ذلك دول أخرى بوصفها قواعد عرفية دولية ومن ثم أنهى الأطراف المعاهدة، واشترط فريق رابع أن يكون هناك اعتراف صريح من قبل الدول غير الأطراف بموضوع المعاهدة بوصفها قاعدة عرفية دولية.^١

وهناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى أفضلية القواعد العرفية الدولية على القواعد الاتفاقية الدولية (المعاهدات الدولية) على أساس أن المعاهدات نسبية الأثر ولا تلزم - بحسب الأصل - إلا أطرافها في حين أن القاعدة العرفية الدولية أثرها عام يشمل الدول كافة إلا من اتخذت طرق الرفض الدولية تجاه القاعدة العرفية الدولية كالاحتجاج مضافاً إلى أن جميع المعاهدات ترجع في إلزامها لأطرافها إلى قاعدة عرفية دولية هي العقد شريعة المتعاقدين.^٢

(٢) أحكام القضاء الدولي: وتكون الأحكام الصادرة من القضاء الدولي سيّما محكمة العدل الدولية إذا ما تكرر اعتمادها قاعدة معينة مصدراً للقاعدة العرفية الدولية.

(٣) قرارات المنظمات الدولية: أما عن قرارات المنظمات الدولية ودورها في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية فإن تواتر العمل الدولي بها يسهم في تكوين القواعد العرفية الدولية، إذ " أن صدور هذه المقررات - بشكل عام - يلزم له توافر موافقة أغلبية الجماعة الدولية في بعض الأحوال، كما يلاحظ أن العرف المتكون من هذه المقررات لا يشوبه الغموض على النحو الذي يشوب سواه وذلك لأن صدور التصرف من المنظمة لا يتأتى إلا بعد مناقشات مستفيضة - في الغالب - تتوفر عليها أغلب أعضاء الأسرة الدولية فتجلى غموضها بتناولها لمختلف وجوه المسألة"^٣ مضافاً إلى أن " مقررات المنظمات الدولية تسهم بتكوين العرف بوتيرة أسرع من سواها نظراً لأن عامل التكرار يتأكد بصدور التصرف عن

(٣) محمد مجدي مرجان. آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٣١٤-٣١٥.

(١) هانس كلسن. مصدر سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٢) عزيز القاضي. تفسير مقررات المنظمات الدولية، القاهرة: المطبعة العالمية، ١٩٧١، ص ٨٦-٨٧.

ذات الجهة "١، " إن الأثر القانوني يعزى هنا إلى العرف... وليس إلى القرار في ذاته، وقد تطور في هذا الخصوص قانون عرفي موضوعي"٢، ومثال تلك القرارات، القرار الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٤/١٢/١٩٦٠ وعرف باسم (الإعلان الخاص بمنح الاستقلال للبلاد الراضحة تحت الاستعمار) إذ إن العمل الدولي المستمر بمضمون الإعلان وتبنيه هو الذي جعل من القرار المتقدم قاعدة عرفية دولية.٣

إلا إن إسهام قرارات المنظمات الدولية في تكوين القواعد العرفية الدولية لم يمنع الجدل الفقهي المحتدم في نطاق القانون الدولي العام بشأن تلك القرارات وعدها مصدرا مستقلا لقواعد القانون الدولي العام أم لا، ويستند من ينكر على تلك القرارات صفة كونها مصدرا مستقلا إلى أن المنظمات الدولية وإن اعترفت لها بالشخصية القانونية الدولية إلى جنب الدول فإنها مع ذلك لا يكون لقراراتها مصدرية مباشرة لقواعد القانون الدولي العام لأن أصل المنظمة الدولية هي المعاهدة الدولية المنشئة لها^٥ مضافاً إلى أن المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تكفلت بتحديد مصادر القانون الدولي العام لم تذكر قرارات المنظمات الدولية بشكل صريح ومن ثم لا يمكن تحميل النص أكثر مما يحتمل والتوسع في تفسيره دونما دليل.٦

ويذهب أنصار مصدرية قرارات المنظمات الدولية لقواعد القانون الدولي العام إلى أن المعاهدة المنشئة للمنظمة الدولية وإن كانت أساس وجود المنظمة الدولية من الناحية القانونية إلا أن ذلك لا يمنع من كون قرارات المنظمة الدولية مصدرا أيضا لتلك القواعد فالمصدر لقاعدة ما قد يكون مصدرا لمصدر آخر فالمعاهدات الدولية تستند في وجوب الالتزام بأحكامها إلى قاعدة عرفية هي (العقد شريعة المتعاقدين) مضافا إلى أن عدم ذكر قرارات المنظمات الدولية في نص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لا يمنع من التوسع في أحكامها لتشمل قرارات المنظمات الدولية بوصفها مصدرا لقواعد القانون الدولي العام سيما وأن صياغة هذه المادة قد تعرضت للنقد من جانب من الفقه الدولي،^٧ وأن المادة ١/٣٨ قد

(٣) المصدر السابق، ص ٨٧.

(٤) محمد طلعت الغنيمي. الأحكام العامة في قانون الأمم - التنظيم الدولي -، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون سنة طبع، ص ٤٩٤.

(٥) محمد المجنوب. مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٦) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص ٨٨.

(١) مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام، الجزء الأول - قانون المنظمات الدولية -، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون سنة طبع، ص ٢٠٠.

(٢) محمد سامي عبد الحميد. القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٤، ١٩٦٨، ص ١٢٨-١٣٠.

(٣) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص ٨٨ والمصادر التي يشير إليها المؤلف في هامش رقم ١ من الصفحة نفسها.

نقلت حرفياً عن النظام الأساس للمحكمة الدولية السابقة (محكمة العدل الدولية الدائمة) حينما لم يكن للمنظمات الدولية الدور المهم في مرحلة تأسيس محكمة العدل الدولية،^١ وأن المادة الرابعة عشرة من معاهدة الجماعة الأوروبية للطاقة الذرية تفرق بشكل واضح بين القرارات الملزمة وغير الملزمة وتخول العديد من أجهزتها إصدار قرارات ملزمة ليس فقط في مواجهة الدول الأعضاء بل في مواجهة رعايا تلك الدول.^٢

المطلب الثاني: الركن الثاني (العقيدة القانونية بالإلزام)

إلى جانب الركن المادي للقاعدة العرفية الدولية لا بد من وجود الركن الثاني المتمثل في الركن المعنوي (الشعور بالإلزام) فيجب أن تشعر الدول بأن القاعدة العرفية الدولية هي واجبة الإلتباع من قبلها^٣ وإلا لكانت مجرد قاعدة للمعاملة الدولية.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور حكمت شبر أنه " لا يمكننا الاتفاق مع المعارضين لوجوب توفر الركن المعنوي في العرف... إذ أن قواعد الأخلاق والمعاملات الدولية تنشأ بنفس الطريق الذي تمر به قواعد العرف الدولي. أي تتمثل في انتهاج الدول للأخذ بالسابقة الدولية بشكل متواتر. ولتمييز العرف الدولي عن القواعد الأخيرة لا بد من توافر العقيدة لدى الدول بإلزام قواعد العرف الدولي. وهذا ما يميز العرف عن قواعد الأخلاق الدولية والمعاملات الدولية"،^٤ فقواعد المعاملات ما هي إلا تعبير عن الآداب الدولية ففي أي وقت تملك الدولة الخروج عليها وما من جزاء يترتب عليها نتيجة لذلك سوى سلوك الدول الأخرى لطريق المعاملة بالمثل.^٥

ولابد أن يتحقق الركن المعنوي مع المادي جنباً إلى جنب كي تتحقق القاعدة العرفية الدولية ووجه إلزام القاعدة العرفية الدولية إذا كان مصدرها معاهدة دولية ليس هو بالطبع المعاهدة نفسها الملزمة لأطرافها فإطراف المعاهدة الدولية هم وحدهم المعنيون باحترام أحكامها استناداً لقاعدة نسبية أثر المعاهدات بل إن وجه الإلزام لغير أطراف المعاهدة هو أن تكرر عقد مثل تلك المعاهدات في موضوع معين مقرراً لقاعدة أو قواعد معينة يخلق شعوراً بإلزامية تلك القواعد التي قررتها المعاهدات سيما لدى الدول التي اعترفت بشرعية

(٤) محمد سامي عبد الحميد. مصدر سابق، ص ١٢٩-١٣١.

(٥) مصطفى أحمد فؤاد. مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٦) N. A. Maryan Green. International Law (law of peace), Macdonald & Evans Ltd, London, 1973, P 18; Jeremy Pearce. Customary international law not merely fiction or myth, Australian International Law Journal, 2003, p 134.

(١) حكمت شبر. مصدر سابق، ص ٧٤.

(٢) حكمت شبر. المصدر السابق، ص ٤١؛ عبد الكريم علوان. الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول - المبادئ العامة -، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ٣٥.

موضوع المعاهدات تلك أو التزمت السكوت تجاهها أما إذا احتجت دولة ما أو دولا على معاهدة فلا تسري - بحسب الأصل - على الدولة المحتجة.

ولا بد للاحتجاج أن يكون في مدة مناسبة بعد تكون القاعدة العرفية الدولية وإلا لن يكون محلاً للاعتبار وهو ما طرح في قضية المصائد البريطانية النرويجية التي نظرتها محكمة العدل الدولية وأصدرت حكماً فيها عام ١٩٥١ وتتلخص وقائعها في عدم اتفاق بريطانيا والنرويج "على جوهر القاعدة التي يتم على أساسها رسم خط الأساس لقياس عرض البحر الإقليمي أو مناطق الصيد عندما تتعلق بالجزر والخلجان الموجودة على طول الساحل النرويجي، فبينما كانت بريطانيا متفقة مع النرويج على تحديد عرض منطقة الصيد بأربعة أميال بحرية، فإنها اختلفت معها حول نظام خطوط الأساس التي يبدأ منها قياس هذه المنطقة، فحتى تحتفظ النرويج لنفسها بأكبر مساحة بحرية ممكنة كبحر إقليمي يحيط بسواحلها، أصدرت سنة ١٩٣٥ مرسوما ملكيا ينص على أن يتم قياس البحر الإقليمي أو منطقة الصيد النرويجية انطلاقاً من خطوط الأساس المستقيمة المرسومة بين النقط البارزة على الساحل النرويجي أي عبر كل الخلجان الموجودة بهذا الساحل والجزر المحيطة به، بغض النظر عما إذا كان طول الخط المستقيم الذي يغلق أو يربط الساحل بالجزر أو الجزر ببعضها يتجاوز ١٠ ميل بحري أم لا"١ وجاء في قرار المحكمة: "إن تحديد المساحات البحرية كان له على الدوام صفة دولية ولا يمكن أن يترك للإرادة المطلقة للدولة الساحلية حسبما تظهر في تشريعاتها، وإذا كان المتبع أن تحديد اتساع البحر الإقليمي يتم بإرادة دولة واحدة، فإن نفاذ هذا التحديد في مواجهة الدول الأخرى يتوقف على القانون الدولي العام"٢ ولدى الرجوع إلى قواعد القانون الدولي العام وجدت المحكمة: "إن التسامح العام للدول فيما يخص الممارسة النرويجية هو حقيقة لا يمكن معارضتها، فلفترة تزيد على ستين سنة لم تنازعها حكومة المملكة المتحدة نفسها بأي شكل كان"٣ وخلصت المحكمة إلى "أن إشهار الوقائع والتسامح العام الذي أبداه المجتمع الدولي، ووضع بريطانيا العظمى على بحر الشمال واهتمامها الخاص بالمسألة، وامتناعها الطويل يمكن في أية حال أن يسوغ فرض النرويج لنظامها بحق المملكة المتحدة".٤

وعن الركن المعنوي وضرورة توافره مع الركن المادي لتكوين القاعدة العرفية الدولية جاء في حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في ١٩٦٩/٢/٢٠ في قضية الجرف القاري في بحر الشمال بأن "العنصر الأصلي في هذا الصدد هو أنه - حتى إذا كان مثل هذا الموقف قد تكرر كثيراً من قبل الدول التي ليست طرفاً في الاتفاقية - فإن هذه التصرفات لو نظر إليها على وجه الإجمال، فإنها لا تكفي في حد ذاتها لتكوين العقيدة

(١) محمد عبد الرحمن الدسوقي. مصدر سابق، ص ١٤٣-١٤٤.

(٢) محمد مجدي مرجان. مصدر سابق، ص ٤١٤.

(٣) حيدر أدهم الطائي. مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٤) المصدر السابق، ص ١٤٤.

القانونية *Opinion Juris*. وذلك لأن الوصول إلى هذه النتيجة يلزم توفر عنصرين، ليس فقط أن تكون هذه التصرفات تمثل تعاملًا ثابتاً، بل يجب علاوة على ذلك أن تكون هذه التصرفات شاهدة - بطبيعتها وبالطريقة التي تتم بها - على الاعتقاد بأن هذا التعامل قد أصبح ملزماً بواسطة وجود قاعدة قانونية. وأن ضرورة مثل هذا الاعتقاد - وهو العنصر المعنوي - قائمة ضمناً في مفهوم الاعتقاد بالإلزام. وأن على الدول المعنية الشعور بالامتثال إلى ما يفيد بأن هذا الالتزام^١ يمثل إلزاماً قانونياً، ذلك لأن تكرار سلوك معين من جانب الدول قد يكون لاعتبارات عملية أو سياسية أو بدافع المجاملة فتكون إرادة من يمارس هذا السلوك غير معروفة.^٢

و يذهب اتجاه في الفقه الدولي إلى أن هناك فرق واضح بين الركن والماهية. فالركن في الشيء هو ما يدخل في وجود الشيء ويتوقف عليه وجوده وعلى عدمه عدم الشيء نفسه فهو جزء منه لا الشيء نفسه أما الماهية فإنها الشيء نفسه، ومن هنا يتم التفرقة بين ركن القاعدة العرفية الدولية وماهيتها فالتواتر للسابقة الدولية يمثل ركن القاعدة العرفية والعقيدة القانونية بالإلزام هي القاعدة العرفية نفسها.^٣

ويُعد الفقيهان غوغنهايم وكلسن من أشد المعارضين لفكرة الخلط بين الركن والماهية في القاعدة العرفية. فالعقيدة القانونية بالإلزام إنما هي نتيجة التفاعل بين السوابق القانونية التي ما إن تواترت فإنها تصبح ملزمة، فالإلزام هو نتيجة تواتر السوابق الدولية لا سببها ولا يمكن للنتيجة أن تكون سبباً.^٤

وبمقتضى الرأي الأخير الذي يفرق بين الركن والماهية في القاعدة العرفية فإنه يشكل على ما جاء في حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في حكمها المتقدم لعام ١٩٦٩ في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بأن أصل العرف هو العادات وأن التعامل العام بها يحتاج لتوافر عنصر آخر هو الشعور بالزاميتها ومن ثم فوجه الإشكال الذي يرد هنا هو في العلاقة بين العادات غير الملزمة أصلاً والعادات الملزمة لاحقاً فبصيرورة الأخيرة ملزمة ينشأ العرف الدولي أو القاعدة العرفية الدولية ففي ذلك مصادرة على المطلوب فالقاعدة الدولية غير ملزمة بطبيعتها وإن كثر التعامل العام بها فإن ذلك لا يجعل منها قاعدة عرفية دولية بل قاعدة للمجاملة الدولية وإن ما يكون القاعدة العرفية ليس العادة نفسها وإن شاع التعامل بها بل التصرف الإرادي الملزم لإطرافه، فالإلزامه نسبي وليس عاماً وإن شيع التعامل العام بتلك التصرفات الإرادية الملزمة يكون القاعدة

(٥) زهير الحسني. مصدر سابق، ص ٢٦-٢٧.

(٦) مفيد محمود شهاب. الأثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد التاسع والعشرون، ١٩٧٣، ص ٨٣.

(١) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد الخامس والأربعون، ١٩٨٩، ص ١٣٠.

(٢) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٣٠.

العرفية الدولية،^١ ومن يقول بأن العنصر المعنوي ركناً في القاعدة العرفية الدولية يصور العادات بأنها وقائع مجردة غير ملزمة لا بد لأجل أن تكون ملزمة من اقترانها بالركن المعنوي فالأخير في نظرهم مواكبٌ لعملية تكوين القاعدة العرفية الدولية ويعد ضرورياً لسد الفراغ القانوني الموجود في الوقائع، إلا أن هذا التصور منتقد ويعد مصادرة على المطلوب والسير في حلقة مفرغة ذلك أن الوقائع لكي تكون ملزمة لا بد من أن تكون عرفاً ولأجل أن تكون عرفاً لا بد من أن تكون ملزمة أي لا بد من وجود العنصر المعنوي كركن فيها قبل أن تكون عرفاً وهذا ما لا يمكن قبوله فالقاعدة لا تكون ملزمة إلا إذا كانت قاعدة عرفية أو اتفاقية وهذا ما يعني السير في حلقة مفرغة ولا يمكن الخروج منها إلا بالاستغناء عن العنصر المعنوي في تكوين العرف وفي إثباته،^٢ إذن فالقاعدة العرفية الدولية لا تتكون من دمج العنصرين (الركنين) المادي والمعنوي بل إن الممارسة الدولية للسوابق المعبر عنها بالركن المادي هي التي تكشف عن العقيدة القانونية بالإلزام لأن القاعدة العرفية الدولية هي بالذات القناعة القانونية للدول.^٣

ومما ساعد في جعل موضوع تكوين العرف الدولي بوصفه من مصادر القانون الدولي العام مشكلة وموضوعاً يتسم باللبس والغموض هو الفهم غير الدقيق للعرف الدولي من قبل بعض من كتب في موضوع العرف الدولي وقد تبع هؤلاء على الفهم الملتبس نفسه جيل من طلبة القانون والباحثين في نطاق القانون الدولي العام مما شكل من العرف الدولي أشبه ما يكون بعقدة يتجنب كثيرون الخوض في غمارها،^٤ يقول الفقيه بيار ماري دوبيوي: "بالفعل توجد... مجموعة من القواعد المحددة والمفصلة، وهي فضلاً عن ذلك مدونة حالياً، تحدد شروط تكوين المعاهدات الدولية وصحتها، ولكن على العكس، لا توجد... قواعد إجرائية تحكم شروط تكوين العرف"،^٥ ومما ساهم في ذلك ما ورد في المادة ٣٨/١/ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي ذكرت العرف الدولي من بين مصادر قواعد القانون الدولي العام، بوصف أن العرف الدولي هو دليل على تعامل عام معتبر بمثابة قانون، إلا أن العرف الدولي ليس دليل على التعامل الدولي بل العكس هو الصحيح فالتعامل الدولي يعد دليلاً على وجود العرف، وقد وقعت الترجمة الفرنسية والإنجليزية بهذا الإشكال إلا أنها لم تورد مصطلح العادات وقد صححت الترجمة العربية ما وقعت من إشكال عند غيرها عندما نصت على أن العرف الدولي هو "مجموعة العادات المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال" إلا أنها وقعت في إشكال آخر حين أوردت مصطلح (العادات) فالعادة كما سبق بيانه غير

(٣) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٢٧-٢٨.

(٤) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٣٢؛ مصطفى أحمد فؤاد.

دراسات في النظام القضائي الدولي، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ١٠١.

(١) بيار ماري دوبيوي. مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٢) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٣) بيار ماري دوبيوي. مصدر سابق، ص ٣٥٦.

ملزمة ولا تسهم في تكوين القاعدة العرفية الدولية،^١ (فالعادة تعامل غير ملزم ابتداء وانتهاء أما أصل العرف فهو تصرف قانوني ملزم على أساس اتفاقي ابتداء وأنه ملزم على أساس عرفي انتهاء فالعرف... عملية انتقال من الالتزام الاتفاقي النسبي إلى الالتزام العام العرفي).^٢

لذا " يكون أساس العرف - وفق هذا الرأي - هو الاعتقاد بأن تصرفاً معيناً يعتبر ملزماً قانوناً... فالاعتقاد يكفي وحده لخلق القانون".^٣

ومما تجدر الإشارة إليه فإن محكمة العدل الدولية وخلال الستين عاماً الأولى من تأسيسها لم تقتبس أو على الأقل تُشر في قراراتها بشكل واضح إلى المادة ٣٨/١ ب من نظامها الأساس اللهم إلا أربع مرّات وهو ما يتضح من تجنبها ذكر مصطلح (عرف) و (قانون عرفي) في قراراتها وفتاوها ومن بين أسباب ذلك، تلك الطبيعة الجدلية التي يُعرف بها القانون العرفي الدولي بشكل عام.^٤

ويذهب البعض بعيداً في التركيز على أهمية العقيدة القانونية بالإنزام وجعلها المصدر الأساس للقاعدة

العرفية الدولية وإعطاء ممارسات الدول مجرد دور ثانوي.^٥

نخلص ممّا تقدم بأن السلوك الدولي تجاه قاعدة معينة وتواتر الأخذ بها هو ما يكون ركن القاعدة العرفية أما القاعدة العرفية الدولية فهي العقيدة القانونية بالإنزام نفسها فمتى ما تكونت تلك العقيدة فقد تكونت القاعدة العرفية الدولية، وأن السابقة الدولية هي محل التواتر والأخير يكون ركن القاعدة العرفية وأن الدول لا تلزم بحسب الأصل رغماً عن إرادتها لأن أصل القاعدة العرفية ليس في الوقائع المجردة أو العادات بل في التصرف الإرادي الملزم من جانب الدول وإن كان بادئ الأمر إلزامه نسبي لا يلزم إلا الدول التي صدر عنها ولكن تواتره يرقى به إلى الإنزام العام متمثلاً في القاعدة العرفية الدولية العامة، ولكن هذا الإنزام العام لا يقيدّه

(٤) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٥) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٦) مفيد محمود شهاب. الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٨٣.

(١) (In its sixty years of activity the Court has only four times explicitly quoted or at least referred to subparagraph 1(b) of Article 38 of its Statute...One even gains the impression that the Court purposely avoided the terms 'custom' and 'customary law' in its decisions and opinions. The reasons for this may be *inter alia*, the notoriously controversial character of international customary law in general...), Jeremy Pearce. Customary international law not merely fiction or myth, Op.cit., p 133.

(٧٢) (*Opinio Juris* alone, rather than coupled with consistent state practice, formulates the foundational source of customary international law. State practice, if it has any role at all to play, is a secondary factor in customary international norm formation), Roozbeh (Rudy) B. Baker. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates, the European Journal of International Law Vol. 21, 2010, p 181-182

إلا طرق الرفض الدولية التي تلجأ إليها بعض الدول لأجل عدم سريان القاعدة العرفية الدولية تجاهها ومثالها الأوضح هو الاحتجاج، ولا يمكن عد العقيدة القانونية بإلزام القاعدة العرفية الدولية اتفاقاً ضمنياً ضرورة أن الدول الحديثة النشوء تجد نفسها ملزمة بقواعد عرفية دولية قد تكونت من قبل نشوئها ولم تكن لتلك الدول أي دخل في تكوين تلك القواعد، بل إن القاعدة العرفية الدولية تصبح قاعدة موضوعية تمثل مصدراً لقواعد القانون الدولي العام حالها حال القواعد الاتفاقية وإذا أمكن عدم سريان قاعدة عرفية دولية تجاه دولة احتجت عليها فإن ذلك مشروط بصدور الاحتجاج في مدة معقولة بعد نشوء القاعدة العرفية ولا يمكن أن يسمح لتلك الدولة بأن تحتج على القاعدة العرفية بعد انتهاء تلك المدة.

الخاتمة

وفي نهاية البحث نثبت المهم من الاستنتاجات وفقاً لما يأتي:

(١) إن الأسس الفلسفية في إلزام قواعد القانون الدولي العام من مثل المذهب الإرادي والموضوعي لها الدور المؤثر في إلزامية القواعد العرفية الدولية بوصف أن الأخيرة هي من ضمن القواعد القانونية الدولية.

(٢) إن ما جعل من موضوع تكوين القواعد العرفية الدولية مشكلة غالباً ما تثير لبساً وغموضاً ويتجنب كثيرون الخوض فيها، هو في خطأ بعض من كتب في العرف الدولي وتبعه في ذلك جملة من الباحثين على الخطأ نفسه سيما ما يخص مفهوم الركن والماهية، وأيهما هو المادي وأيهما المعنوي في القاعدة العرفية الدولية.

(٣) إن الاتجاه الراجح في آلية تكوين القواعد العرفية الدولية يتمثل في التفرقة بين الركن والماهية واعتبار تواتر السوابق الدولية هو الركن المادي واعتبار العقيدة القانونية بالإلزام هي الماهية أي هي القاعدة العرفية نفسها.

(٤) لا بد من التفرقة بين التصرف الإرادي الملزم وبين العادة الدولية، فالأول هو ما يكون تكراره مكوناً لتواتر السوابق الدولية (أي الركن المادي) في القاعدة العرفية الدولية، أما العادة الدولية فلا يؤدي تكرارها إلا إلى جعلها قاعدة للمعاملة الدولية.

(٥) ينبغي عدم إدخال العقيدة القانونية بالإلزام في موضوع إثبات القاعدة العرفية الدولية لأنها من الصعب بل المستحيل أحياناً إثباتها فمن السهل دوماً أن تدعي الدولة عدم علمها بالقاعدة العرفية

- الدولية، بل ينبغي التركيز في الإثبات على الركن المادي أي تواتر السوابق الدولية في الأخذ بالقاعدة الدولية ووجود أو عدم وجود الاحتجاج عليها.
- (٦) إن القاعدة العرفية الدولية إذا ما تكونت تصبح قاعدة موضوعية عامة تلزم الدول كافة إلا من سلكت طرق الرفض الدولية تجاهها سيما الاحتجاج.
- (٧) إن القواعد العرفية الدولية العامة هي ما تكون مصدرا لقواعد القانون الدولي العام وليست القواعد العرفية الإقليمية.
- (٨) تلعب قرارات المنظمات الدولية دورا مؤثرا في تكوين القواعد العرفية الدولية ولكن مع ذلك لا يمكن عدها مصدرا مستقلا لقواعد القانون الدولي العام لصريح نص المادة ٣٨/ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تكفلت بتعداد مصادر قواعد القانون الدولي العام ولم تشر إلى تلك القرارات مطلقا ولا يمكن التوسع في تفسير النص دونما دليل.

تأثير ظاهرة الفساد الإداري على حقوق الانسان

أ.د. سعد علي العنزي م. رشا محمد جعفر

Abstract

The administrative Depravation become an international phenomenon through its negative effects which came over the society , and it has several dimensions such as economic , political and legal dimensions ,and there are many effects that it could leave on the structure of society and hurt the democracy in the country, in addition to its impact on human rights and this is clear from the studies related to this subject as announced the administrative issued from many countries which become in front of many preambles of constitutions in order to maintain the human rights and not to invent them in all circumstances .

المقدمة

يترتب على الفساد الإداري آثار سلبية كثيرة تصيب المجتمع أهمها ما يصيب حقوق الفرد، فكلما توسعت أشكال الفساد كلما أضر بالمجتمع وأساء إليه.

وأضحى الفساد الإداري ظاهرة عالمية من خلال ما يحدثه من تعطيل كثير من المشاريع الخدمية التي يحتاجها الإنسان وله أبعاده متعددة فهناك أبعاد اقتصادية وسياسية وقانونية.

وليس هنالك صلة مباشرة بين الفساد الإداري ونوع نظام الحكم، فالفساد موجود في دول أنظمتها ديكتاتورية كما هو أيضاً موجود في دول أنظمتها ديمقراطية، وهذا ما أكدته تجارب العديد من الدول المتحولة من نظام إلى آخر.

ولابد من الإشارة في هذا المنطلق إلى الآثار التي يتركها الفساد الإداري على بنية المجتمع وما يلحق الديمقراطية في البلاد، فكلما اتسعت أشكاله كلما أضر ذلك بالديمقراطية وأساء إليها فهو ليس ظاهرة هامشية بل أنها ظاهرة مهمة تهم المجتمع ومعالجتها تعد مدخل أساسي وحجر زاوية لبناء ديمقراطية ناجحة في البلد. والفساد الإداري كما يهدد الديمقراطية فإن تأثيره على حقوق الإنسان في المجتمع لا يستهان به، فالرجوع إلى الأبحاث والدراسات نجد بأن حقوق الإنسان قد أقرتها الشرائع والأديان السماوية ونادى بها المفكرون والباحثون، وشرحت بها الإعلانات الصادرة من الدول وأصبحت متصدرة لديباجات العديد من الدساتير فهي محور الحياة والعمل السياسي فهي لصيقة بالإنسان وينبغي احترامها والحفاظ عليها وعدم انتهاكها.

وبهدف إلقاء الضوء على تأثير ظاهرة الفساد الإداري على حقوق الإنسان، سوف نتناول الموضوع على وفق مبحثين: نخصص المبحث الأول منها لبيان ماهية ظاهرة الفساد الإداري ونعرج على آثار ظاهرة الفساد الإداري على حقوق الإنسان في المبحث الثاني ثم نهي بحثنا بجملة من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول

ماهية ظاهرة الفساد الإداري

لمعرفة ماهية ظاهرة الفساد الإداري نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه مفهوم الفساد الإداري، وفي الثاني منه نسلط الضوء فيه على أنواعه.

المطلب الأول- مفهوم ظاهرة الفساد الإداري

الفساد الإداري ظاهرة منتشرة في المجتمعات كافة وهي مرض يهدد كيان المجتمع ويعطل سير عجلة التنمية والتطور والإعمار. وقد يختلط الفساد الإداري بالعديد من الظواهر الإجرامية التي يعاني منها المجتمع كجريمة غسيل الأموال والجريمة المنظمة، حيث يشبهها البعض بالمثلث للترابط الوثيق بينهما ولتحديد مفهومه نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول- تعريف ظاهرة الفساد الإداري

الفساد لغة يأتي من الفعل أفسد ويقال أفسد فلان المال يفسده إفساداً وفساداً، ويقال فاسد الرجل رهطه: أساء إليهم ففسدوا عليه ونقاسد القوم: تدابروا وتقطعوا الأرحام، وفسده مبالغة في فسده، والمفسدة الضرر، واستفسد الشيء عمل على أن يكون فاسداً^(١) والفساد نقيض الإصلاح، قال تعالى: ((وَكَانَ فِي

(١) المعجم الوسيط، تأليف مجموعة من اللغويين، ج٢، ط٢، دار الفكر العربي، ص ٦٨٨.

الْمَدِينَةَ تَسْعُهُ رَهْطٌ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ))^(١) ويأتي الفساد بمعنى الجذب في البر والقحط في البحر أي في المدن التي على الأنهار قال تعالى: ((ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ))^(٢).

أما الفساد اصطلاحاً فليس هناك إجماع على تعريفه حيث محاولة تعريفه من قبل الباحثين تتأثر بالحقل العلمي للباحث وبالمنظور الذي ينطلق منه، والذي يهتما في هذا الجانب نظرة القانونيين الذين يربطون بين الفساد وانتهاك القانون والذي يتمثل بالأداء غير السليم والمتطرف للوظيفة العامة^(٣).

وقد وردت عدة تعاريف للفساد الإداري فعرفه البعض على أنه استغلال الوظيفة العامة بهدف تحقيق غايات شخصية واجتماعية بشكل منافي للقوانين والأنظمة السارية، سواء كان هذا الاستغلال بدافع شخصي أو نتيجة ضغوط التي يمارسها عليه أفراد من خارج الجهاز الحكومي وسواء كان هذا السلوك بشكل فردي أم جماعي^(٤). في حين ذهب بعضهم إلى تعريفه إلى أنه (استخدام النفوذ العام لتحقيق أرباح ومنافع خاصة ويشمل جميع أنواع رشايوي المسؤولين المحليين أو الوطنيين أو السياسيين)^(٥).

أما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فعددت المخالفات التي تعطي انطباع عن وجود فساد في أي من البلدان الأعضاء في هذه الاتفاقية من المادة (١٥) وحتى المادة (٢٥) والزمّت الدول الأطراف باتخاذ تدابير لتجريم هذه الأفعال ولم تأت هذه الاتفاقية بتعريف محدد للفساد إلا أنها حددت المقصود بتعبير الموظف العمومي في المادة (٢) منها^(٦).

أما منظمة الشفافية الدولية فعرفت الفساد على أنه (إساءة استعمال السلطة الموكلة لتحقيق مكاسب خاصة)^(٧). أما البنك الدولي للفساد فعرف الفساد الإداري على أنه (إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، فالفساد يحدث عندما يقوم موظف بقبول ابتزاز، أو رشوة لتسهيل عقد أو إجراء، أو طرح لمناقصة عامة، أو إجراءات عامة للتغلب على منافسين، أو تحقيق أرباح خارج إطار القوانين المرعية، كما يمكن

(١) سورة النمل، الآية/٤٨.

(٢) سورة الروم، الآية/٤١.

(٣) د. حمدي عبد الرحمن حسن، الفساد السياسي في أفريقيا، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٦.

(٤) عبد الرحمن الهجان، استراتيجيات مهارات مكافحة الفساد الإداري، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد ٤، ع ٢٣، الرياض، ص١٢٧.

(٥) د. جاسم محمد الذهبي، الفساد الإداري في العراق وتكلفته الاقتصادية والاجتماعية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني

الآتي: www.berc-iraq.com.pl

(٦) تنص المادة (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ على "أي شخص يؤدي وظيفة عمومية أو يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي لدولة العراق وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قانون تلك الدولة أو العراق".

(٧) منظمة الشفافية الدولية، تقرير الفساد العالمي لعام ٢٠٠٧.

للفساد أن يحصل عن طريق استغلال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة، وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة^(١).

ويبدو أن تعريف البنك الدولي يميز بين مستويين للفساد الإداري (الأول) هو الفساد الذي يرتكبه رؤساء الدول والحكومات والوزراء ومن في حكمهم ويسمى بالفساد الأكبر و(الثاني) هو فساد الموظفين في القطاعات المختلفة ويسمى بـ (الفساد الأصغر).

وعموماً فإن الفساد كمصطلح يشمل مجموعة من الممارسات المشبوهة سواء كانت سياسية واقتصادية وإدارية، ولا يقتصر ظهوره على القطاع العام وإنما قد يشمل القطاع الخاص أيضاً ومؤسسات المجتمع المدني.

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف ظاهرة الفساد الإداري بأنها (إساءة استعمال السلطة الممنوحة للموظف لتحقيق مكاسب خاصة).

الفرع الثاني- أسباب ظاهرة الفساد الإداري

إن عوامل الفساد في كل مجتمع هي عوامل ذاتية فردية موجودة أساساً في البنية تثير في جوهرها جملة من المشاكل، فعناصر الفساد موجودة في داخل كل إنسان.

والفساد الإداري في الأصل مخالفات فردية لكنها إذا تكررت فتصبح ظاهر اجتماعية سلبية لا تقتصر على بلد معين لكنها تختلف في مستواها من بلد إلى آخر حسب النمو السياسي والاجتماعي في بلد مقارنة ببلد آخر، وشكل الحكم فيها^(٢).

ويمكن أن نلخص أهم الأسباب والدوافع التي تؤدي إلى ظاهرة الفساد الإداري فيما يلي:-

١- ضعف الضوابط الأخلاقية وانهيار القيم وبروز علاقات اجتماعية قائمة على أساس المنافع الخاصة أفرزت ممارسات وسلوكيات بعيدة عن الشعور بالمواطنة^(٣).

٢- ارتفاع أعباء توفير كمية قليلة من الخدمات العامة والتوزيع غير العادل لها وتنامي الشعور بصعوبة الحصول عليها دون اللجوء إلى الرشوة أو المحسوبية أو التوسط، فمثلاً يمكن لأي كان الحصول على عقود عامة مقابل دفع رشى دون أن تكون حتى له الخبرة الاستثمارية المناسبة وهذا يؤدي إلى عدم المساواة بين المواطنين لأن البعض منهم سوف يحصل على تسهيلات ومعاملة خاصة لقدرته على دفع

(١) د. حاج عارف ديالا، الإصلاح الإداري (الفكر والممارسة)، دار الرضا للنشر، دمشق، ٢٠٠٣، ص ٧٧.

(٢) د. يوسف مكي، إعادة قراءة أسباب ظاهرة الفساد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.saudiaffairs.net.p2>

(٣) د. ماجد محمد خورشيد الداودي، الفساد الإداري والمالي في أجهزة الدولة، الأسباب والمعالجات، بحث منشور في مجلة الحوار، ع ٤،

الرشى أو أنه له ارتباطات حزبية أو طائفية أو قومية وهذا يولد حالات التلاعب وعدم التقيد بالأصول القانونية في إنجاز المعاملات.

٣- اعتياد المخالفين على عمليات المخالفة واستمرارية المخالفات الجماعية بسبب التغطية والتستر عليها من قبل المسؤولين وضعف قدرة الأخير على كشف ظواهر الفساد الإداري، وهذا يعود إلى أن اختيارهم تم على أساس الطائفية والمحسوبية دون الأخذ بنظر الاعتبار إلى معيار الكفاءة والخبرة والنزاهة، لأن الانتخابات أصبحت وسيلة لوصول الفاسدين إلى مراكز السلطة.

٤- انعدام الشفافية في مؤسسات القطاع العام وهذا يرجع إلى الرواتب غير المجزية لموظفي القطاع العام مما يدفعهم إلى الحصول على المال من موارد أخرى قد تكون غالباً غير مشروعة.

٥- زيادة الفقر وعرقلة النمو لضعف الإنتاج الوطني وهذا يؤدي إلى زيادة نسبة البطالة وهذا يفتح المجال لأكبر قدر ممكن من فرص الفساد.

٦- عدم استيعاب النصوص العقابية لتجريم أكبر قدر ممكن من صور الفساد وعدم كفاءة المحققين لملاحقة جرائم الفساد، وهذا بدوره يؤدي إلى ضعف هاجس الرقابة الكفوءة وهاجس احتمال كشف الفساد لدى كل من يفكر اللجوء إليه سواء في القطاع العام أو في القطاع الخاص^(١).

المطلب الثاني- أنواع الفساد الإداري

الواقع أن صور الفساد الإداري متعددة ومتداخلة وغالباً ما يكون انتشار بعضها سبباً على انتشار البعض الآخر. وهذه الصور لا تخرج عن المخالفات التي تصدر من الموظف أثناء قيامه بواجباته الوظيفية في منظومة التشريعات والقوانين والضوابط^(٢) وعليه ظهرت تقسيمات وتصنيفات متعددة للفساد الإداري فمنهم من قسم الفساد الإداري إلى فساد صغير وكبير والبعض الآخر قسمها إلى داخلي وخارجي^(٣).

ومقابل هذه التصنيفات الكثيرة، هنالك العديد من الأحداث والمتغيرات التي ساهمت في انتشار الظاهرة في العقد الأخيرة وهذا بدوره انعكس على الأشكال والصور التي تظهر بها^(٤). وعليه لتسليط الضوء على أنواع الفساد الإداري سنقسم دراستنا إلى فرعين نتناول في الأول منه الفساد الإداري في ظل قانون العقوبات، بينما نتناول في الثاني منه الفساد الإداري في ظل قوانين الوظيفة العامة.

الفرع الأول- الفساد الإداري في ظل قانون العقوبات

(١) رحيب العيكل، الفساد تعريفه وأسبابه، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، بيت الحكمة، ع ٢٣، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٨٤-٨٦.

(٢) د. سالم محمد عبود، ظاهرة الفساد الإداري والمالي، دار الدكتور للعلوم، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) داود عماد الشيخ، الفساد والإصلاح، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، ٢٠٠٣، ص ١٠٦.

(٤) المصدر نفسه، ص ١٠٩ وما بعدها.

إن الفساد يحصل من خلال الإخلال بسير العدالة وهذا يعد جريمة، ولاشك أن المكاسب المادية (أموال أو نقود) والمعنوية هي التي تدفع بالفسد لارتكاب هذه الأفعال التي تتخذ المظاهر الآتية^(١):
 أولاً - الرشوة: وتعرف بأنها حصول الشخص على منفعة من موظف أو من في حكمه وتكون غالباً مالية للقيام بأعمال مخالفة لأصول المهنة. وتعد هذه الجريمة من أبرز صور الفساد الإداري وقد نظمها المشرع العراقي أحكامها في المواد (٣١٤-٣٠٧) ق.ع^(٢). أما المشرع المصري فقد شدد على العقوبة لتصل إلى الأشغال الشاقة المؤبدة وبالإضافة إلى العقوبة السالبة للحرية^(٣).

أما المشرع الفرنسي نجد أن المادة (١٨٢) قد نصت على (إذا كان الحكم الصادر نتيجة للرشوة قد قضى بعقوبة أشد من عقوبة السجن فيجب تطبيق هذه العقوبة على القاضي أو المحلف الذي اقترف الرشوة مهما كانت هذه العقوبة)^(٤). لم تقتصر القوانين العقابية على معالجة جريمة الرشوة وإنما أشارت في نصوصها إلى الجرائم المشابهة أو قريبة الصلة بها ومنها المواد (٣١٤-٣٠٧) ق.ع، والتي تتضمن:

١. **جريمة المكافأة اللاحقة:** التي يقصد بها بأنها جريمة عمدية يشترط لتحقيقها توافر القصد الجنائي بعلم الفاعل أنه (موظف عام أو مكلف بذمة عامة) وأن ما طلبه أو أخذه أو قبله من عطية أو منفعة هو مكافأة له على ما قام به من عمل أو امتناع أو إخلال بواجبات وظيفته^(٥). والجدير بالإشارة أن هذه الجريمة للوهلة الأولى لا تكاد تختلف عن جريمة الرشوة إلا بشيء واحد ألا وهو عدم وجود اتفاق سابق يربط الموظف بصاحب العلاقة، والعلة من تجريم الفعل المذكور هو أن طلب الموظف أو قبول العطية أو المنفعة تبعث على الريبة والشك، وهذا ما يحط من هيبة الوظيفة العامة وكرامتها.
٢. **جريمة الوساطة:** (الوسيط) هو الشخص الذي يتوسط بين الراشي والمرتشي لغرض عرض الرشوة أو طلبها أو قبولها أو أخذها أو الوعد بها. والعلة من التجريم أن الوسيط يقوم بتسهيل الانزلاق في جريمة الرشوة بحيث يتم القبول والعرض دون أن يظهر أي منهما في مواجهة الآخر، وهذا بدوره يضعف من فرص كشف الموظفين المرتشين وصعوبة إثبات الجريمة^(٦).

(١) سعاد عبد الفتاح محمد، الفساد المالي والإداري، بحث منشور على الموقع الآتي:

www.iraqfoundation.org.p4

(٢) راجع بهذا الصدد المواد (٣١٤-٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون رقم (١٢٠) لسنة ١٩٦٠.

(٤) Code Penal note, 59 eed, Paris, Juris Prudence Generale, Dalloz, 1962, Art 181-182.

(٥) عدنان علي كاظم، جريمة الرشوة في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ١٩٤ وما بعدها، وراجع أيضاً المادة (٣٠٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٦) المادة (٣١٠) من قانون العقوبات العراقي، وانظر كذلك المواد (١٠٩-١٠٧) من قانون العقوبات المصري.

ثانياً - **التزوير**: ويقصد بها (تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر آخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي بيّنها القانون تغييراً من شأنه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص)^(١). وتعد هذه الجريمة من أهم صور الفساد الإداري خاصة في حالة ارتكابها من قبل موظف عام لكونها تخل بالثقة العامة، ولا يهم في كون التزوير قد وقع على محرر رسمي أو عادي^(٢).

ثالثاً - **الاختلاس**: ويقصد بها قيام الموظف أو المكلف بخدمة عامة بالتصرف بالمال الموجود تحت حيازته بسبب الوظيفة، وذلك من خلال ضمه إلى ملكه سواء كان هذا المال عاماً أم خاصاً، على أن يكون منقولاً^(٣). وتعد هذه الجريمة من الصور الواضحة للفساد الإداري، ومن الجرائم الملحقة بها (جريمة الاستيلاء بغير حق) وقد نظمها المشرع العراقي في المادة (٣١٦) من ق.ع. حيث قضت بعقوبة السجن سواء كان المال مملوكاً للدولة أو للقطاع الخاص، وتتحقق الجريمة أيضاً سواء قام الموظف بالاستيلاء على المال بنفسه، أو سهل لغيره عملية الاستيلاء^(٤).

الفرع الثاني - أنواع الفساد الإداري في ظل قوانين الخدمة المدنية

في إطار التعريف العام، يعد الفساد من حيث الجوهر استغلالاً لما تنتجه الوظيفة العامة من سلطات قانونية أو فعلية ونفوذ لأجل تحقيق منافع على المال العام، ومجالات نشاط الفساد الإداري تتنوع بقدر تنوع مجالات الوظيفة وهي تشمل:-

١- **الرشوة**: إن ارتكاب الموظف جريمة الرشوة يعد بمثابة ارتكاب إخلال خطير بواجبات وظيفته، مما يتوجب مسألته من قبل الإدارة عن فعله، ومعظم قوانين الخدمة المدنية قد عاقبت الموظف بعقوبة العزل، فضلاً عن إلى العقوبات الجنائية الأخرى^(٥).

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن (العزل) المشار إليه أعلاه قد يتخذ صورتين:

الأولى: أن يتم العزل من الوظيفة بقوة القانون، وكنتيجة حتمية لصدور الحكم لكونه عقوبة تبعية كما الحال بالنسبة للقانون العراقي في المادة (٩٦) ق.ع^(٦).

(١) المادة (٢/٨٦) من قانون العقوبات العراقي.

(٢) راجع المواد (٢٩٧، ٢٩٤، ٢٩٣) من قانون العقوبات العراقي.

(٣) المادة (٣١٥) من قانون العقوبات العراقي .

(٤) انظر د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١١١.

(٥) عدنان علي كاظم، مصدر سابق، ص ٢٢٣، وانظر المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، التي عرفت العزل بأنه (تتحية الموظف عن الوظيفة ولا يجوز إعادة استخدامه في وظيفة حكومية).

(٦) أشارت المادة (١٩٦) من قانون العقوبات العراقي على أن الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا ومنها حرمانه من الوظيفة العامة أو الخدمات العامة.

- الثانية:** أن يتم العزل من الوظيفة بصورة مؤقتة بمدة لا تقل عن سنة واحدة, وهذا الاتجاه معمول به في القانون الفرنسي, الذي جعل مدة العزل من الوظيفة لمدة خمسة سنوات كحد أدنى, وعشر سنوات كحد أعلى محسوبة من تاريخ فرض العقوبة.
- وعليه وفقاً لما تقدم يتضح لنا بأن عزل الموظف من الوظيفة وفقاً لأحكام قانون العقوبات, يكون عزلاً مؤقتاً بينما هو في قانون انضباط موظفي الدولة يكون مؤبداً.
- ٢- ومن الصور الأخرى التي تعد بمثابة خطراً على الوظيفة أو الخدمة العامة أو تمس بنزاهة القائمين بها, ومنها قيام الموظف بطلب أو قبول هدية من صاحب الحاجة من عمل أو امتناع يتعلق بأعمال وظيفته لمصلحة هذا الأخير^(١).
- ٣- **نهب المال العام:** ويتم ذلك من خلال استغلال المركز الوظيفي للتصرف بأموال من غير وجه حق, فمثلاً يقوم الموظف الذي له صلة بتداول النقد أو السندات المالية ببيع سندات الدولة أو الإمساك عن شرائها, وتكمن خطورة هذا الفعل في إخلال الموظف بواجباته الوظيفية إخلالاً جسيماً يتمثل في عدم أداء أعمال وظيفته بأمانة وشعور ومسؤولية^(٢).
- ٤- **الابتزاز:** ويقصد بها قيام الموظف أو المكلف بخدمة عامة باستغلال موقعه الوظيفي لغرض الحصول على المال, من خلال قيامه بتقديم تبريرات قانونية أو إدارية أو إخفاء التعليمات النافذة على الأشخاص ذوي العلاقة, كما يحدث في دوائر الضريبة حيث يقوم بابتزاز المواطن, مقابل الامتناع من إلحاق الضرر به, حيث يقوم باستغلال جهله بالتعليمات المقررة لغرض تحصيل الضرائب.
- ومن الصور الأخرى قيام دافعوا الضرائب بالابتزاز للحصول على منفعة مقابل الخدمة المشروعة, (كوضع تقدير عالي للضريبة وحصوله على منفعة مقابل قيامه بالتقدير السليم) أو غير مشروعة مثل الموافقة على دفع ضرائب أقل كثيراً من المطلوب, كحذف بعض أبواب الدخل مقابل رشوة, أو الحصول على نسب من العقود أو المناقصات العامة.
- ٥- استخدام النفوذ للقيام بالتعيينات وتعيين الأقارب, وشراء الوظائف وتفضيل ذوي القربى في العقود والتعيينات, بالرغم من الضرر الذي يلحق المصلحة العامة أو خزينة الدولة.
- ٦- الإفراط في إصدار الطوابع الرسمية: من خلال قيام الموظف بإجراء ترتيبات وهمية للطوابع وطوابع دفع الضرائب.

(١) Code Penale, Art 180.

(٢) المادة (٤٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

٧- التساهل في إنجاز المعاملات وخاصة المعاملات المهمة والمستعجلة، كمعاملات التقاعد والجنسية وجواز السفر^(١).

٨- فساد أنظمة البحث والتحري الداخلية: يعد (القبض) إجراء لكشف الجريمة وهو في الوقت نفسه يمس الحريات الشخصية للأفراد، وقد نص القانون على أن يتم الطلب من سلطة التحقق. وتطبيقاً لذلك فإن أهمية وخطورة هذا الإجراء على حريات الأفراد يقتضي الالتزام بضوابطه ولكن المتبع هو رشوة المسؤولين عن تحري الموظفين المخطئين من أجل التغاضي عن حالات الخطأ وتأخر البحث فيها من أجل إسقاط الشكوى^(٢).

المبحث الثاني

آثار الفساد الإداري على حقوق الإنسان

كما هو معلوم أن حقوق الإنسان، وحرياته مرتبطة بشخصه، وأن كمال إنسانية ونقصانها مرهونتان بمقدار ما يتمتع به من حقوق، وما ينعم به من حريات، وكلما تعددت الحقوق والحريات التي تسلب من الإنسان، يكون الانتقاص من إنسانيته بنفس ذلك القدر^(٣).

وقد قال الفقهاء بالعديد من التقييمات والتصنيفات لحقوق الإنسان هي تتباين باختلاف الزاوية التي ينظر فيها، ولا نريد إيراد كافة التفاصيل المتعلقة بالتصنيفات وإنما نردها تأييداً لبعض الفقهاء^(٤) إلى نوعين حقوق فردية، وحقوق جماعية.

وانطلاقاً من هذه المقدمة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه مفهوم حقوق الإنسان بينما نتناول في الثاني منه انعكاسات الفساد الإداري عليها.

المطلب الأول - مفهوم حقوق الإنسان

تعد كلمة (الحق) من المفاهيم التي تظهر واضحة للوهلة الأولى ولكنها من أصعب الكلمات التي يصعب تعريفها تعريف جامع مانع وهذا يرجع إلى المدلول العظيم لهذه الكلمة. والحق في اللغة: هو الثابت،

(١) سعاد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص ٥، وانظر كذلك سحر معروف قبلان، آليات مكافحة الفساد (آثارها على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في سورية)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة دمشق، ٢٠٠٩، ص ٤٠.

(٢) د. عصام زكريا عبد العزيز، حقوق الإنسان في الضبط القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٧١.

(٣) د. صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي، ط ١، دار الزهراء للإعلام العربي، ١٩٨٨، ص ٧.

(٤) د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، ١٩٩٤، ص ١٥٤ وما بعدها.

ففي القرآن الكريم قال الله تعالى: ((انه لحق مثل ما أنكم تنطقون)) وهو نقيض الباطل، وذلك كما في قوله تعالى: ((ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون))^(١).

أما اصطلاحاً فقد وردت تعريفات عديدة للحق وهي لم تسلم من نقد، لذا حاول المحدثون من أساتذة الفقه الإسلامي وضع تعريف للحق مبيناً ماهيته وكاشفاً عن حقيقته ومنهم من يعرفه على أنه (مركز شرعي (أو قانوني) من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره)^(٢). وعليه فإن هذا التعريف يكون شاملاً بعمومه جميع أنواع حقوق الإنسان فكل منها يعني ثبوت شيء أو قيمة لشخص فرداً كان أو جماعة وبموجب هذا الثبوت يكون للشخص الحق في التصرف لتحقيق المصلحة التي شرح الحق لأجلها كما هو الحال بالنسبة لحق الانتخاب وحرية الإقامة وحرمة المسكن وحق التعليم^(٣).

وأن موضوع حقوق الإنسان موضوع جوهرى وأصيل قد أقرتها الشرائع والأديان، وتبادلتها الأفكار والآراء، وتبنتها الاتفاقيات والمواثيق الدولية وأضحت متصدرة للإعلانات والدساتير الصادرة من الدول وهي ظاهرة تحتاج إلى مواصلة التذكير بها باعتبارها لصيقة بالإنسان يتطلب احترامها والحفاظ عليها وعدم التجاوز عليها. وهي كغيرها من الظواهر تتعايش مع ظواهر أخرى ظهرت وتظهر^(٤).

وإذا استقرنا مواثيق حقوق الإنسان نجد أنها تعكس تطور دائرة هذه الحقوق فبدأت هذه الحقوق تأخذ صور متنوعة فمن الحقوق السياسية والحديثة إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أي من الحقوق الفردية إلى الحقوق الجماعية... فحقوق الأفراد لا تصان بدون وجود مجتمع يحميها وأيضاً حق الجماعة لا يتحقق بدون ضمان حقوق أعضائها كما احتوت تلك المواثيق والاتفاقيات على حقوق تثبت للجماعة ولا يجوز حرمان فرد بعينه وأبرزها حق تقرير المصير التي نص عليها كل من العهدين الدوليين في مادته الأولى^(٥).

وكما أسلف الذكر، أنه من بين الحقوق الأساسية أو الفردية والتي ظهرت تباعاً في الاتجاهات

الفردية وتضمنتها النصوص التشريعية بالاهتمام هي:-

أولاً- الحقوق المدنية والسياسية وتشمل:-

(١) الآية/٢٣ من سورة الذاريات والآية/٤٢ من سورة البقرة.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، حقوق الإنسان في الإسلام، ط١، مطبعة الخنساء، بغداد، ٢٠٠٥، ص ٤-٥.

(٣) وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن حقوق الإنسان حكمها رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية في ٥ يوليو ١٩٩٧ حيث تذهب فيه (عدم جواز التضحية بحقوق الإنسان وحرياته في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها). أشار إليه، د. عبد الفتاح مراد، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، المكتب الجامعي، إسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤١٢.

(٤) من الدساتير العربي التي تصدرت موادها إعلانات حقوق الإنسان دستور جمهورية العراق الحالي لعام ٢٠٠٥ في الباب الثاني المواد من (٤٦-١٤) ودستور الجزائر لعام ١٩٩٦ في الفصل الرابع منه المواد من (٥٩-٢٩) ودستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨ في الباب الثاني منه المواد من (٣٤-٢٠).

(٥) المادة(١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تنص على (لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها...).

١- حق الحياة. ٢- حق التملك. ٣- الحق في حرية الفكر والوجدان والدين. ٤- حق التمتع بحرية الرأي والتعبير. ٥- الحق في حرية الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السلمية. ٦- حرمة الحياة الخاصة وشؤون الأسرة والمسكن والمراسلات. ٧- الحق في حرية التنقل. ٨- حق تقلد الوظائف العامة. ٩- حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة. ١٠- عدم التمييز بأشكاله ويشمل: (منع التمييز العنصري - منع التمييز ضد المرأة - منع التمييز في مجال التعليم - منع التمييز ضد العمال - منع التمييز ضد اللاجئين) ١١- عدم جواز الاعتقال أو الحجز أو النفي تعسفاً. ١٢- حق اللجوء السياسي.

ثانياً- الحقوق الاقتصادية وتتضمن:-

١- حق العمل. ٢- الحق في الإضراب. ٣- الحق في العناية الطبية.

ثالثاً- الحقوق الاجتماعية وتتضمن:-

١- حق الزواج وتكوين الأسرة. ٢- حق الضمان الاجتماعي.

رابعاً- الحقوق الثقافية:-

١- الحق في التعليم. ٢- حق المشاركة الحرة في الحياة الثقافية. ٣- حقوق الملكية الفكرية.

أما الحقوق الجماعية فتتضمن:-

١- حق تقرير المصير. ٢- الحق في التنمية. ٣- الحق في السلم. ٤- الحق في البيئة.

٢- حقوق الأقليات والشعوب الأصلية^(١).

والجدير بالإشارة أن التمييز بين حقوق الإنسان الفردية والجماعية يرتبط بالتمييز بين الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية من جهة والاجتماعية والثقافية من جهة أخرى... فبينما تتمثل الأولى بحقوق الفرد في مواجهة الدولة، تشمل الثاني حقوقاً يجب على الدولة أن تدعمها بإجراءات معينة. والقول بوجود حقوق فردية وأخرى جماعية لا يعني ذلك عدم وجود علاقة بينهما. لأن كافة الحقوق يمكن أن تأخذ طابعاً مختلطاً كمثل الحقوق الثقافية في ميدان التعليم والتربية ومكافحة التمييز بينهما^(٢) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها حيث تذهب (تلتزم الدولة بتوفير التعليم الأساسي لجميع المواطنين. ووجوب صدور القرارات اللازمة لتنظيم التعليم في هذه المرحلة...)^(٣).

(١) القاضي محمد عبد العزيز والأستاذ أحمد فتحي خليفة، المعايير الدولية لحقق الإنسان بالمقارنة لما هو وارد بالدساتير العربية المختلفة، المعهد الدولي، ٢٠٠٥، ص ٧٣٧ وما بعدها.

(٢) المادة (٢٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وانظر كذلك المادة (٢) من الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٢٣٠ لسنة ٢٣ ق في ٢٧/٣/١٩٩٤ مشار إليه د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق،

وبناءً على ما تقدم يتضح لنا بأن الفرد لا يمكنه التمتع بحقوقه وشعبه لا يتمتع بأي استقلال فحقوقه لا تصان إلا في ظل الجماعة والاتجاه الحديث المعمول به هو أن يعامل المجتمع الدولي حقوق الإنسان ككل وعلى قدم المساواة دون التمييز بين الحقوق فردية أو جماعية وهذا ما أكدته برنامج عمل مؤتمر فيينا المنعقد عام ١٩٩٣ والخاص بحقوق الإنسان^(١).

المطلب الثاني - انعكاسات الفساد الإداري على حقوق الإنسان

يعد الفساد بمفهومه العام آفة تصيب كيان المجتمع وتقف عائقاً أمام عجلة التطور والتنمية. كما يمنح تمتع المواطنين بحقوقهم. ولهذا الظاهرة انعكاسات وآثار وخيمة يمكن إيجازها بالآتي:-

١- تؤدي إلى إجهاض مبكر لعملية التنمية في المجتمع من خلال إهدار العديد من أموال الدولة كان من الأجدر بمكان استثمارها في مشاريع تخدم المواطنين وهذا يؤدي إلى اتساع الهوة التي تفصلنا عن البلدان المتقدمة صناعياً واقتصادياً فمثلاً على سبيل المثال سوء الاستخدام للمبالغ المخصصة للأغراض التعليم والصحة وتحول هذه المبالغ لاستخدامات أخرى غير شرعية وهذا يؤدي بدوره إلى صعوبة تواجه الجهة المانحة في التأكد من إنفاق المبالغ في الأوجه المحددة لها. ففي المثال المتقدم أعلاه نجد أن المنحة قدمت لبناء مدرسة أو مستشفى، إلا أنه باستلام المبالغ بصورة يسيرة يمنح مجال ربح إلى تحويل بعض المبالغ إلى جيوب بعض المسؤولين في الدولة وهذا بدوره ينعكس على بناء المدرسة من الناحية التصميمية والهيكلية^(٢).

وعليه وفقاً لما تقدم نجد بأن الفساد الإداري يؤدي إلى زيادة حجم المديونية الخارجية بسبب سوء الإنفاق الحكومي من خلال استخدام الموارد في غير وظائفها الأساسية وهذا يؤدي إلى زيادة التكاليف المالية في المشاريع الخدمية بسبب نسبة العمولات التي تصل إلى (٥٠-٢٠%) من التكاليف الأصلية وهذا ما أكدته تقرير منظمة الشفافية الدولية (TI) الذي ينص على أن (الرشاوي التي يستوي عليها قلة من البشر على حساب غالبية المواطنين، تؤثر بشكل كبير على أهداف التنمية المستدامة، مثل القضاء على الجوع الذي يعاني منه ١,٢ مليار شخص يعيشون على أقل من دولار في اليوم، وتعميم التعليم الابتدائي بحيث يستوعب ١١٣ مليوناً من الأطفال محرومين من فرص التعليم في العالم)^(٣).

(١) الفقرة (٥) من برنامج عمل مؤتمر فيينا لسنة ١٩٩٣، مشار إليه في المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان-فيينا، حزيران ١٩٩٣، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٥، ص ٢٧.

(٢) انظر د. فوزي حسين محمد، الفساد الإداري، بحث مشار إليه في وقائع الندوة الموسومة (الانعكاسات الاجتماعية للفساد الإداري)، التي عقدها قسم الدراسات القانونية، بيت الحكمة، ٢٠٠٨، ص ١٠٥، وانظر كذلك، د. سعد العنزي، قراءات جديدة للفساد، مقالة منشورة في جريدة النهار الصادرة عن، هيئة النزاهة، ع ١٠٠، كانون الثاني، ٢٠١٠، ص ٨.

(٣) د. سالم محمد عبود، ظاهرة الفساد الإداري والمالي، دراسة في إشكالية الإصلاح الإداري والتنمية، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٨٨.

- ٢- ذهاب هيئة القانون من خلال اعتماد الفساد كأسلوب يعتمد الموظفون في العمل وسيلة للحصول على مزايا في المجتمع حيث (الرشوة) تكون هي السائدة باعتبارها جريمة شائعة لأن جهاز الشرطة هو الأكثر فساداً واحتمالية القبض على المواطن المرتكب الفعل يكون ضعيفاً إضافة إلى أن المعاقبة على هذه الجريمة يكون ضعيفاً وهذا ما أكدته منظمة الشفافية الدولية المعنية برصد ظواهر الفساد في تقرير لها الذي ينص على (أن العاملين في مجالات الشرطة والقضاء والأحزاب السياسية والبرلمان والخدمات العامة هم الأكثر طلباً للرشوة في العالم... وكان جهاز الشرطة هم الأكثر فساداً بالنسبة لمن استطلع رأيهم حول العالم حيث أشار ربع من شاركوا في الاستفتاء إلى أن أقسام الشرطة طلبت منهم دفع رشاي عندما اضطروا إلى التعامل معها واضطر واحد من كل ستة إلى دفع رشاي تلتها المحاكم ثم قطاع التربية وبعده قطاع الصحة^(١)) ويرجع أسباب الفشل في كشف جريمة (الفساد الإداري) كون هذه الجريمة تتم بصورة سرية خلف الأبواب الموصدة. من قبل أشخاص يكونون على قدر من الدراسة والخبرة بأساليب الالتفاف على القانون بحيث تكون هنالك صعوبة في كشفها بالوسائل التقليدية. والتعمد في تعقيد الإجراءات الإدارية لإجبار المواطنين على دفع المزايا المالية وهذا يؤدي إلى تحملهم جهد وقت ومال لإنجاز معاملاتهم حتى لو كانت بسيطة^(٢).
- ٣- يساهم الفساد الإداري في تردي حالة توزيع الدخل والثروة بين أبناء المجتمع وهذا يؤدي إلى الإثراء المفاجئ والغير مشروع لبعض الفئات وشيوع حالات الفقر واتساع الفجوة بين أبناء المجتمع وهذا بدوره يؤدي إلى تحولات سريعة وفجائية في تركيبة المجتمع^(٣) وعليه فان تأثيره لا ينحصر في خلق التفاوت الباطل والغير مشروع وإنما خطورته تتمثل في خلق مشاعر الحقد والكراهية.
- ٤- تعمل الظاهرة على تدني أو غياب قيم مركزية لأي مجتمع مدني حديث ضامن لحقوق وحرمان الديمقراطية. والنزاهة والمساءلة. وهذا لا يقتصر دوره على المجتمعات على الصعيد الوطني وإنما القرآن يطال المؤسسات والمنظمات الدولية والدليل على ذلك حالة الرئيس السابق للبنك الدولي الذي تم إخراج من منصبه لتورطه في قضايا فساد متعددة^(٤).
- ٥- انتشار ظاهرة (غياب الشخص المناسب عن المكان المناسب) وهذا بدوره انعكس على هجرة الكفاءات العلمية إلى الخارج وعدم توليهم المواقع التي يستحقونها وهذا أدى إلى عدم أداء العمل بالشكل

(١) فارس حامد عبد الكريم، الثقافة المضادة للفساد بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: [http://farisalajrish-](http://farisalajrish-maktoobblog.com.p1)

maktoobblog.com.p1

(٢) حيدر عصام، الفساد الإداري والتنمية مقال منشور في مجلة التجارة العراقية، ع٦٦، تشرين الأول، ٢٠٠٧، ص٥٦.

(٣) سمر معروف فيلان، مصدر سابق، ص٣٩.

(٤) ممدوح حسين، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المغزى والفرص والمخاطر) بحث منشور على الموقع الإلكتروني

الآتي: <http://mamdouabmed,maktoobblog.com.p5>

الصحيح والمطلوب والسبب في ذلك استخدام نظام (المحاكمة المذهبية) في اختيار العاملين في أجهزة الدولة^(١).

٦- تدني كفاءة الاستثمار والفشل في جذب الاستثمار الأجنبي بسبب الرشاوي التي تحد من الموارد المخصصة للاستثمار. ففي الوقت الذي يكون هدف البلدان النامية جذب الاستثمار الأجنبي نجد أن (الفساد الإداري) يضعف هذه التدفقات من خلال الضرائب التي يطالبها (الموظفون الفاسدون) على المستثمر الأجنبي قبل الشروع بالاستثمار وهذا بدوره يقلص العائد من الاستثمار لعزوف المستثمرين بسبب عدم يقينهم بقيام الموظف بالعمل المطلوب ويتسبب ذلك تراجع في مؤشرات التنمية البشرية وخاصة في ميدان التعليم والصحة وانتشار ظاهرة (البطالة المقنعة) بسبب عزوف المستثمرين للاستثمار داخل البلد^(٢).

٧- يؤدي الفساد إلى زيادة الصراعات بين الأحزاب في جهاز الدولة وذلك بهدف تحقيق المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وهذا من خلال جعل وسائل الإعلام وسيلة لترويج مصالحهم بدلاً من أن تكون من أجل التوعية ومحاربة الفساد^(٣).

٨- ولعل من أبشع صورة الفساد الإداري ذلك الذي يظهر تحت غطاء مكافحة الفساد من أظهرها انتهاك حقوق الإنسان والإخلال بسيادة القانون ومبدأ استغلال القضاء واستغلال الجهات التحقيقية الغير كفوءة والغير نزيهة في تصفية الخصوم السياسيين بحجة مكافحة الفساد وهذا ما أكدته رئيسة منظمة الشفافية الدولية في تصريح لها "أن ما يبعث على القلق أن القطاعات الأكثر فساداً هي القطاعات الأكثر تماساً مع حياة الناس مثل القضاء والصحة والشرطة والتربية"^(٤)

الخاتمة

يعد الفساد آفة تصيب بنيان الدولة وتقف عائق أمام تحقيق أو تمتع المواطنين بحقوقهم الأساسية , وتهدد المجتمعات بالانهيار الإنساني والأخلاقي.

وقد بينا في مقدمة البحث , إن موضوعه يعد من أكثر الموضوعات القانونية والعملية حاجة إلى الدراسة في الوقت الحاضر , بسبب كثرة المشاكل التي أثرت بشأنه .

(١) د. فوزي حسين محمد، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) د. سالم محمد عبود، مصدر سابق، ص ٩١.

(٣) تقرير منظمة الشفافية الدولية لسنة ٢٠٠٧.

(٤) سعد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص ٤.

ونخلص من هذه الإطلالة السريعة إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات التي تمخضت عن دراسة هذا الموضوع , والتي منها ما كان من بنات أفكار الباحث ومنها ماسبق الإشارة إليه من قبل من سبقنا من الباحثين. كونها الهدف الأسمى لكل مجهود علمي .

١- إن بداية العلاج لظاهرة الفساد الإداري يكون من خلال تحديد مسبباتها وإن الفساد رذيلة وإن صاحبه منبوذ وإنسان غير سوي.

٢- الفساد يشق طريقه بصورة سهلة في حالة أن يكون الخلل قد أصاب السلطة القضائية فالقاضي الفاسد هو الذي يسهل انتشار الفساد كمثل تضيق الفرصة للمخبرين عن الفساد في عدم وجود الآذان الصاغية والحماية الكافية لهم من قبل القضاء .

٣- العناية التامة بشؤون العاملين في إدارة الدولة من خلال تحسين مستواهم المادي ورفع مستواهم الثقافي والفني , وتنمية الصفات والقدرات والمهارات الواجب توفرها في القائمين على شؤون الدولة , وإعادة بناء الهيكل الإداري وفقا أسس مدروسة فلا يمكن القضاء على الفساد الإداري إلا من خلال بناء الإدارة من جديد حتى لا تسمح بالفساد بالتغلغل .

٤- إصلاح قوانين وأنظمة الخدمة المدنية باعتباره له الأثر المباشر في مكافحة الفساد الإداري والتركيز على جوانب انخفاض الرواتب فيعد انخفاض الأجور والرواتب التي يتقاضاها الموظف سببا اقتصاديا في حدوث الفساد الإداري. وعليه فإن محاصرة الفساد تكون من خلال تحسين أحوال الموظفين باختلاف درجاتهم بحيث تصبح وسيلة للعيش الكريم وتحصن الموظف الحاجة والإغراء , وهذا بدوره يعمل على جذب الكفاءة والمهارات , واعتماد إستراتيجية تشريعية من خلال إصدار القوانين لتجريم كل صور الفساد ووضع عقوبات رادعة , واستخدام سياسة التدوير الوظيفي مع عدم الإخلال بالكفاءة .

٥- قيام الإدارة بالاستعانة بوسائل الإعلام والدورات التطويرية كما هو الحال بالنسبة إلى العراق حيث تقوم بذلك هيئة النزاهة استنادا إلى الأمر ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ أو المحاضرات أو المنشورات وذلك لتوضيح لجميع العاملين في الجهاز الإداري وعن مختلف مستويات بان الوظيفة العامة خدمة يقوم بها الجهاز الإداري .

٦- استخدام الإصلاح الاقتصادي باعتباره من الإجراءات الواجبة لمكافحة الفساد من خلال معالجة الفقر والبطالة والتفاوت الطبقي وتشجيع الاستثمار الأجنبي وتوفير المناخ اللازم للاستثمار وتحرير التجارة .

٧- نشر القيم والمبادئ الحميدة , لان انهيار القيم الأخلاقية كالإثراء السريع بأية وسيلة ولو كانت غير مشروعة له علاقة وثيقة بالفساد الإداري .

٨- تنمية الروح الوطنية يعد هذا من أهم العوامل التي تعمل على مكافحة الفساد الإداري ومهمة بث هذا الانتماء يكون من خلال المجتمع المتمثل بالأسرة والمدرسة والجامعة وغيرها من المؤسسات الاجتماعية كالنقابات والجمعيات .

- ٩- مكافحة جريمة غسل الأموال تعد عنصر مهم في مكافحة الفساد الإداري من باب عدم فتح الفرصة وذلك لمرتكب جريمة الفساد من الاستفادة من أمواله. لذلك فإن جريمة غسل الأموال تمثل خطراً جسيماً على الركائز الأساسية للمجتمع .
- ١٠- إن استقلال السلطة القضائية من المبادئ التي كرستها معظم المواثيق والاتفاقيات الدولية .
- ١١- إصلاح الهيئات التي تتولى مهمة مكافحة الفساد وبالأخص الجهات التحقيقية، وجعلها فاعلة وضمن استقلالها من خلال حسن اختيار القائمين عليها، وإن تحترم حقوق الإنسان في أعمالها وحكم القانون وسيادته وإن لا يكون عملها في مكافحة الفساد مبرر لانتهاك حقوق الإنسان.
- ١٢- الحد من كل أنواع الفساد بكافة صورته وأنواعه بواسطة الرقابة الفعالة والمسالمة، واعتماد الشفافية بحيث تكون كل المرافق والمؤسسات في الدولة تعكس ما يجري بداخلها . والشفافية هنا ليست غاية بل وسيلة لمكافحة الفساد من خلال إجبار الفاسد على العمل .
- ١٣- ملاحقة المفسدين من قبل رؤسائهم المباشرين إذا أحسن اختيارهم من خلال اعتماد آلية (وضع الرجل المناسب في المكان المناسب)، ويقصد بالرجل المناسب ليس الرجل النزيه فحسب وإنما الذي تتوفر فيه عناصر الكفاءة والتخصص والخبرة العملية.
- ١٤- تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني ، من خلال القيام بدورها في نشر الوعي والتعريف بمخاطر الفساد ، وهذا معمول به في العراق حيث تم إنشاء دائرة العلاقات مع المنظمات غير الحكومية التابعة لهيئة النزاهة بموجب قانون الهيئة الملحق بالأمر ٥٥ لسنة ٢٠٠٤، وتتنحصر مهمة هذه الدائرة في نشر ثقافة النزاهة وأخلاقيات الخدمة العامة.

المصادر

- القرآن الكريم.
 - المعجم الوسيط، تأليف مجموعة من اللغويين، ج٢، ط٢، دار الفكر العربي.
- أولاً: الكتب والرسائل الجامعية
- ١- د. حاج عارف ديالا، الإصلاح الإداري (الفكر والممارسة)، دار الرضا للنشر، دمشق، ٢٠٠٣ .
 - ٢- د. حمدي عبد الرحمن حسن، الفساد السياسي في أفريقيا، ط١، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٣ .
 - ٣- داود عماد الشيخ، الفساد والإصلاح، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، ٢٠٠٣ .
 - ٤- د. سالم محمد عبود، ظاهرة الفساد الإداري والمالي دراسة في إشكالية الإصلاح الإداري والتنمية، دار الدكتور للعلوم، بغداد، ٢٠٠٨.
 - ٥- سحر معروف قبلان، آليات مكافحة الفساد (آثارها على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في سورية)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة دمشق، ٢٠٠٩ .

- ٦- د. صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي، ط١، دار الزهراء للإعلام العربي، ١٩٨٨ .
- ٧- د. عبد الفتاح مراد، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، المكتب الجامعي، إسكندرية، ٢٠٠٥ .
- ٨- عدنان علي كاظم، جريمة الرشوة في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧ .
- ٩- د. عصام زكريا عبد العزيز، حقوق الإنسان في الضبط القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ .
- ١٠- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢ .
- ١١- القاضي محمد عبد العزيز والأستاذ احمد فتحي خليفة، المعايير الدولية لحقوق الإنسان بالمقارنة لما هو وارد بالدساتير العربية المختلفة، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، ٢٠٠٥ .
- ١٢- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، حقوق الإنسان في الإسلام، ط١، مطبعة الخنساء، بغداد، ٢٠٠٥ .
- ١٣- د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، بلا مكان طبع، ١٩٩٤ .

ثانياً: البحوث والمقالات

- ١- د. جاسم محمد الذهبي، الفساد الإداري في العراق وتكلفته الاقتصادية والاجتماعية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: www.berc-iraq.com
- ٢- حيدر عصام، الفساد الإداري والتنمية مقال منشور في مجلة التجارة العراقية، ع٦، تشرين الأول، ٢٠٠٧ .
- ٣- القاضي رحيم العكيلي، الفساد تعريفه وأسبابه، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، بيت الحكمة، ع٢٣، ٢٠٠٩ .
- ٤- سعاد عبد الفتاح محمد، الفساد المالي والإداري، بحث منشور على الموقع الآتي: www.iraqfoundation.org
- ٥- د. سعد العنزي، قراءات جديدة للفساد، مقالة منشورة في جريدة النهار، ع١٠، كانون الثاني، ٢٠١٠ .
- ٦- عبد الرحمن الهجان، استراتيجيات مهارات مكافحة الفساد الإداري، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد ٤، ع ٢٣، الرياض.
- ٧- فارس حامد عبد الكريم، الثقافة المضادة للفساد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://farisalajrish-maktoobblog.com>.
- ٨- د. فوزي حسين محمد، الفساد الإداري، بحث مشار إليه في وقائع الندوة الموسومة (الانعكاسات الاجتماعية للفساد الإداري)، التي عقدها قسم الدراسات القانونية، بيت الحكمة، ٢٠٠٨ .
- ٩- د. ماجد محمد خورشيد الداودي، الفساد الإداري والمالي في أجهزة الدولة، الأسباب والمعالجات، بحث منشور في مجلة الحوار، ع٤، ٢٠٠٩ .

- ١٠- ممدوح حسين، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المغزى والفرص والمخاطر)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://mamdounabmed,maktoobblog.com>.
- ١١- د. يوسف مكي، إعادة قراءة أسباب ظاهرة الفساد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.saudiaffairs.net>.

ثالثاً: الوثائق

- ١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨.
- ٢- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧، المعدل بالقانون رقم (١٢٠) لسنة ١٩٦٠.
- ٣- Code Penal annote, 59 eed, Paris, Jurisprudence General, Dalloz, 1962 , Art 181-182.
- ٤- العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية لعام ١٩٦٦.
- ٥- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٦- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل .
- ٧- المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان- فيينا، حزيران ١٩٩٣، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٥ .
- ٨- دستور الجزائر لعام ١٩٩٦.
- ٩- دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨.
- ١٠- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ .
- ١١- دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
- ١٢- تقرير الفساد العالمي لعام ٢٠٠٧.
- ١٣- تقرير منظمة الشفافية الدولية لسنة ٢٠٠٧.

شهادة الزور المتسببة في القتل بالتطبيق على القانون العقابي اليمني

د. باسم محمد أحمد الفراجي

كلية القانون/الجامعة المستنصرية

مقدمة

الشهادة دليل إثبات للحقوق في النظام القانوني، فلا يخلو أي نظام قانوني منها سواء كان سماويا أو وضعيا، قديما أو حديثا. فقد وردت أحكامها في الشريعة اليهودية وفي الشريعة المسيحية و في الشريعة الإسلامية و في القانون المصري القديم وفي القانون العراقي القديم وفي القانون الروماني وفي القوانين الوضعية المعاصرة لكنها - أي الشهادة - ليست الدليل الوحيد انما هناك أدلة اخرى وبحسب كل نظام قانوني .

إن الشهادة قد تصبح أحد أنواع الجريمة عندما تكون كاذبة، وهي ما تعرف بجريمة شهادة الزور وهي تصنيف تجريمي حسب مشتراطات معينة إلا إنه في إطار جريمة القتل العمد قد تكون شهادة الزور السلوك الإجرامي فيها ، وعندئذ من الخطأ أن تصنف شهادة الزور بأنها جريمة شهادة الزور .

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحديد التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل هل هي جريمة شهادة الزور أم جريمة القتل العمد ؟ وبيان النتائج المترتبة على ذلك .

منهج البحث وخطته:

المنهج المتبع في هذا البحث هو العرض والتحليل والمقارنة بحسب موضوعات البحث، فقد تضمن البحث إضافة إلى المقدمة والخاتمة ثلاثة مباحث . في المبحث الأول : التعريف بالشهادة وواقعها في الشرائع السماوية والقوانين القديمة والمعاصرة وفي المبحث الثاني: التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل باعتبارها جريمة شهادة الزور وفي المبحث الثالث : التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل باعتبارها جريمة القتل العمد.

المبحث الأول**التعريف بالشهادة وواقعها في الشرائع السماوية والقوانين القديمة والمعاصرة**

سنتكلم عن موضوعات هذا المبحث في مطلبين : المطلب الاول . يتضمن التعريف بالشهادة والمطلب الثاني . يتضمن واقع الشهادة في الشرائع السماوية والقوانين القديمة والمعاصرة .

المطلب الاول : التعريف بالشهادة :

للشهادة تعاريف لغوية واصطلاحية ، أهمها :

اولا . تعريف الشهادة في اللغة:

الشهادة : خبرٌ قاطعٌ . تقول شَهِدَ الرجلُ على كذا - بكسر الهاء - وربما قالوا شَهِدَ الرجلُ بسكون الهاء تخفيفا . وشَهِدَ فلان على فلان بحق فهو شاهد والمشاهدة : المعاينة . وشَهِدَ له بكذا شهادةً أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد وأصل الشهادة : الإخبار بما شاهده .^(١)

ثانيا . تعريف الشهادة في الاصطلاح :

تعريف الشهادة في الاصطلاح على نوعين . تعريف فقهي وتعريف قانوني :

١ . تعريف الشهادة في الفقه :

هناك الكثير من التعاريف الفقهية للشهادة نورد منها هذا التعريف الذي جاء فيه بأنها : إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء .^(٢)

و قد وضع شراح القانون تعاريف كثيرة للشهادة نذكر منها ما يلي :

الشهادة هي : إخبار شفوي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح .^(٣)
أو هي : الإقرار الشفوي الذي يدلي به الشاهد والذي يتضمن كل ما يعرفه عن تجربة معينة أو حادثة سابقة توصل إليها عن طريق إحدى حواسه.^(٤)

٢ . تعريف الشهادة في القانون :

جاء في قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ م المعدل أن الشهادة هي : إخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره .^(٥)

المطلب الثاني : واقع الشهادة في الشرائع السماوية و القوانين القديمة و المعاصرة :

سنتكلم عن موضوعات هذا المطلب في فرعين : الفرع الاول . يتضمن واقع الشهادة في الشرائع السماوية و الفرع الثاني . يتضمن واقع الشهادة في القوانين القديمة و المعاصرة .

الفرع الاول : واقع الشهادة في الشرائع السماوية :

وردت الشهادة كدليل إثبات في الشرائع السماوية الثلاثة اليهودية والمسيحية والإسلامية .

فالشريعة اليهودية تضمنت موضوع الشهادة في مواضيع كثيرة منها سفر التثنية :

(لا يقوم شاهد واحد على إنسان في ذنب ما أو خطية ما من جميع الخطايا التي يخطئ بها . على فم شاهدين أو على فم ثلاثة شهود يقوم الأمر . إذا قام شاهد زور على إنسان يشهد عليه بزيغ يقف الرجلان اللذان بينهما الخصومة أمام الرب أمام الكهنة والقضاة الذين يكونون في تلك الأيام . فان فحص القضاة جيدا وإذا كان الشاهد شاهد كاذب قد شهد بالكذب على أخيه فافعلوا به كما نوى أن يفعل بأخيه)^(٦)

وفي سفر العدد: (كل من قتل نفسا فعلى فم شهود يقتل القاتل . وشاهد واحد لا يشهد على نفس للموت)^(٧) والشريعة المسيحية أيضا تضمنت موضوع الشهادة في نصوصها كما في أدناه . (فقال يسوع لا تشهد الزور)^(٨) و(أنت تعرف الوصايا ... لا تشهد الزور)^(٩)

والشريعة الإسلامية تضمنت موضوع الشهادة وفي مقدمتها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة . قال الله تعالى: (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ)^(١٠) و(وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)^(١١) و(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)^(١٢) و(فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ)^(١٣) و(وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا)^(١٤)

وفي حديث نبوي شريف مرويا عن أنس رضي الله عنه قال (سئل النبي صلوات الله عليه وسلم عن الكبائر قال:الإشراك بالله ,وعقوق الوالدين ,وقتل النفس ,وشهادة الزور)^(١٥)

وفي حديث نبوي شريف اخر قال رسول الله صلوات عليه و سلم (ألا اخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها)^(١٦)

فالشريعة الإسلامية حرمت الامتناع عن تحمل الشهادة من ناحية و حرمت شهادة الزور سواء بكتمان الحقيقة أو تغيير الحقيقة من ناحية اخرى . وقد وضعت الشريعة الإسلامية للشهادة أحكاما من عدة وجوه . فبخصوص النصاب اشترطت تعدد الشهود حسب ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة .

قال الله تعالى:(وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ)^(١٧) و(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ)^(١٨)

وعن الرسول صلوات الله عليه وسلم : أن الأشعث بن قيس قال :كانت بيننا وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (شاهدك أو يمينه) فقلت انه يحلف ولا يبالي .فقال النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر نقي الله وهو عليه غضبان)^(١٩)

ولكن هذا التعدد قد يزيد أو ينقص ففي جريمة الزنا يتوجب أن يكون عدد الشهود أربعة : فالله تعالى قال :
(وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا)^(٢٠) و(وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)^(٢١) و(لَوْلَا جَآؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَٰذِبُونَ)^(٢٢)

وجاء في الحديث النبوي الشريف: قال سعد بن عباد : يا رسول الله لو وجدت مع أهلي رجلا لم أمسه حتى أتى بأربعة شهداء ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم.قال: كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك ،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اسمعوا إلى ما يقول سيدكم انه لغير وأنا أغير منه والله أغير مني)^(٢٣)

أما في بقية جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات وجرائم التعازير فالأمر لا يحتاج إلى أربعة شهود و إنما إلى اثنين كما في السرقة وشرب الخمر والقتل وغيرها.^(٢٤)

وهناك حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الواحد مثل الولادة والرضاع والبركة والحيض وغير ذلك مما لا يطلع عليه الرجال غالبا وفي رؤية الهلال وفي إثبات العيب وتقييم التلف مما يعتبر من قبيل الخبرة وفي الترجمة.^(٢٥)

وبخصوص الشروط الواجب توافرها في الشهود تفرق الشريعة الإسلامية بين نوعين من الشروط وعلى النحو الآتي :^(٢٦)

أولاً- شروط تحمل الشهادة وهي على النحو الآتي :

١- العقل ٢- البصر ٣- الرؤيا المباشرة لا التسامع

ثانيا - شروط أداء الشهادة وتنقسم إلى شروط عامة وشروط خاصة وعلى النحو الآتي :

أ- الشروط العامة وهي على النحو الآتي :

١- البلوغ ٢-الإسلام ٣- الحرية ٤- العدالة ٥- الذكورة ٦- الاختيار ٧- العلم

ب-الشروط الخاصة وهي على النحو الآتي:

١- شروط متعلقة بصيغه الشهادة.

٢- شروط متعلقة بالدعوى .

٣- شروط متعلقة بالقضاء.

الفرع الثاني : واقع الشهادة في القوانين القديمة والمعاصرة:

عرفت المجتمعات المدنية القديمة الشهادة باعتبارها إحدى أدلة الإثبات , فتضمنت قوانينها موضوع الشهادة وأشهر تلك القوانين القانون المصري القديم والقانون العراقي القديم والقانون الروماني .

ورغم عدم توفر نصوص قانونية تشير إلى الشهادة في القانون المصري القديم إلا أن هناك شواهد تدل على أن الشهادة كانت تعتبر دليلاً ملزماً للمحكمة سواء في القضايا الجنائية أو المدنية.^(٢٧)

ويؤكد القران الكريم تلك الحقيقة في قول الله تعالى : (ارْجِعُوا إِلَىٰ أَبِيكُمْ فَقُولُوا يَا أَبَانَا إِنَّ ابْنَكَ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ)^(٢٨)

أما القانون العراقي القديم فقد تضمنت مسلة حمورابي للملك البابلي حمو رابي موضوع الشهادة في المواد ٣ و٤ و٩ و١٠ و١١ و١٣ و٢٢٧. وسيقتصر عرضنا على المادتين (٣ و٤) كما في أدناه :

المادة (٣) إذا كان رجل قد تقدم في دعوى ليدلي بشهادة على جريمة ثم لم يقدّم الدليل على القول الذي قاله فإذا كانت تلك الدعوى دعوى يحكم فيها بالموت , فسوف يقتل ذلك الرجل .

المادة (٤) وإذا كان قد تقدم ليدلي بشهادة على قمح أو نقود فسوف يتحمل الجزاء الخاص بتلك الدعوى.^(٢٩)

وتضمن القانون الروماني موضوع الشهادة في مدونة جوستينيان للملك الروماني جوستينيان التي احتوت قواعد كثيرة بهذا الشأن منها : (إن الشهود لا يعدون بل يوزنون) و(لا يعمل بشهادة الواحد) و(إنما الثقة بالشهود لا بالشهادة) و(الإنسان لا يكون في دعواه شاهداً عدلاً) و(على الشاهد أن يقرر ما عرفه مما حصل بحضرته أو ما أدركه بحواسه هو لا بحواس غيره)^(٣٠)

و بخصوص القوانين المعاصرة فقد تضمنت الشهادة باعتبارها احد أدلة إثبات الحقوق و القانون اليمني واحد منها لكنه يجمع بين الأصالة و المعاصرة حيث يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية دون أن ينغلق على ما هو حديث و ايجابي في النظم القانونية العالمية المعاصرة.

وقد نظمت أحكام الشهادة عبر قانون الإثبات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢م المعدل الذي يحتوي (١٧٩) مادة موزعة على تسعة أبواب و الشهادة وردت في الباب الثاني الذي احتوى أربعة فصول تبدأ من المادة (٢٦) حتى المادة (٧٧) . كما أن الشهادة ذكرت في المادة (١٣) باعتبارها احد طرق الإثبات كما في أدناه :

المادة (١٣) طرق الإثبات هي : ١-شهادة الشهود . ٢- الإقرار . ٣-الكتابة . ٤- اليمين وردها و النكول عنها . ٥ - القرآئن الشرعية و القضائية . ٦- المعاينة (النظر) . ٧- تقرير . ٨- استجواب الخصوم .

وتضمن قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م أحكام الشهادة في مواد متعددة و نذكر منها المادة (٣٢٣) التي تنص : (تعد من أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية ما يلي :-

١. شهادة الشهود. ب- تقرير الخبراء. ج- إقرار المتهم. د- المستندات بما فيها أية تقارير رسمية مرتبطة بشخصية المتهم أو وقائع الجريمة و القرائن و الأدلة الأخرى.
و يبدو أن الشهادة حسب أعلاه تحتل الترتيب الأول بين طرق الإثبات من دون أن يكون لها القيمة الأقوى على باقي الأدلة الأخرى . و ما يؤكد هذا الفهم ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٣٢١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤ م و كما في أدناه :
(تقدير الأدلة يكون وفقا لإقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات) .

المبحث الثاني

التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل باعتبارها جريمة شهادة زور

إن واقعة شهادة الزور المتسببة في القتل تتمثل عندما يتقدم شخص بشهادة كاذبة ضد متهم أمام المحكمة فتصدر المحكمة حكما باعدام المتهم المذكور بناء على تلك الشهادة الكاذبة .
و عليه فإن تصنيف هذه الواقعة الاجرامية بأنها جريمة شهادة الزور يتوجب انطباق كل احكام جريمة شهادة الزور التالي ذكرها عليها و قبل الولوج فيها نبدأ بتعريف جريمة شهادة الزور .
تعرف جريمة شهادة الزور بأنها : (تعهد الشاهد أو من في حكمه تقديم معلومات كاذبة أو ترك معلومات متعلقة بدعوى منظورة من المحكمة بعد حلفه اليمين أمامها من شأنها احتمالية تضليل القضاء)^(٣١)
لقد تناول بعض شراح القانون موضوع شهادة الزور المتسببة في القتل عند شرحهم جريمة شهادة الزور ضمن الأحكام الخاصة للجرائم باعتبارها احد صور جريمة شهادة الزور.^(٣٢)
و بالتطبيق على قانون العقوبات اليمني فقد وردت احكام جريمة شهادة الزور في قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤ م في الفصل الأول تحت تسمية المساس بسير القضاء من الباب الخامس تحت تسمية الجرائم المخلة بسير العدالة من الكتاب الثاني - القسم الخاص كما في أدناه:
مادة (١٧٩) تنص على أن : (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الشاهد الذي يدلي بعد حلف اليمين أمام المحكمة بأقوال غير صحيحة أو يكتم كل أو بعض ما يعلم من وقائع الدعوى الجزائية التي يؤدي عنها الشهادة وإذا ترتب على الشهادة الحكم على المتهم بعقوبة أشد تكون عقوبة الشاهد هي العقوبة المقررة للجريمة التي حكم على المتهم فيها ولو لم ينفذ الحكم .ويجوز للقاضي إعفاء الشاهد من العقوبة إذا عدل عن شهادته وأدلى بالحقيقة قبل صدور الحكم في موضوع الدعوى التي أدى فيها الشهادة ويسري كل ذلك على من كلفته المحكمة في دعوى بعمل الخبرة أو الترجمة فغير الحقيقة عمدا وإذا ترتب على شهادة الزور الحكم على المتهم بعقوبة الإعدام أو الرجم أو القطع تكون

عقوبة شاهد الزور الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات إذا لم ينفذ الحكم و إذا نفذ الحكم فعلا فتكون عقوبة الشاهد الزور هي الإعدام أو الرجم أو القطع)
 وعليه فان هذه الجريمة لها أربعة أركان : ركن محل الجريمة (سير القضاء) وركن صفة الجاني (الشاهد) والركن المادي والركن المعنوي و في أدناه شرح موجز لهذه الأركان:(٣٣)
 أولاً: ركن محل الجريمة (سير القضاء): المقصود بهذا الركن هي أعمال الأجهزة القضائية المختصة بالتحقيق والفصل في الجرائم المختلفة سواء كانت جنائية أو غير جنائية وبحسب نص المادة (١٧٩) أنفة الذكر ينحصر الأمر بالمحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها.

ثانياً: ركن صفة الجاني (الشاهد): من اجل تحقق جريمة الزور لا بد أن تكون صفة الجاني شاهداً والشاهد هو كل شخص أدرك واقعة سابقة عن طريق إحدى حواسه . وقد يكون الشاهد مبلغاً عن الجريمة إن كانت جنائية أو تأديبية أو غير مبلغ سواء كانت الجريمة جنائية أو تأديبية أو مدنية . وقد يمتلك هذه الصفة المشتكي أو المدعي بالحق المدني أو المتهم في حالات معينة يجيزها القانون .
 ولتوضيح مسألة صيرورة المتهم شاهداً نفيد بان المتهم يمكن أن يكون شاهداً على المتهمين الآخرين معه في الدعوى في حالة ما توفر له سبب اباحة أو سبب مانع للمسئولية الجنائية أو سبب مانع للعقاب ذلك أن التعارض بين مصلحه المتهم في التخلص من العقاب ولزوم أن تكون شهادته صادقة منعدم لأنه في مأمّن من العقاب ، فإذا ما تعمد المتهم بتقديم معلومات كاذبة أو ترك معلومات متعلقة بالدعوى المنظورة من قبل المحكمة باعتباره شاهداً بعد حلفه اليمين أمامها قد تضلل القضاء فانه يسأل عن جريمة شهادة الزور .

والشهود على نوعين:

- ١- شهود الإثبات ويدعون بشهود الاتهام أيضاً وتكون شهادتهم متضمنة للوقائع التي تدل على قيام المتهم بارتكاب الجريمة وإثبات التهمة عليه .
- ٢- شهود النفي ويدعون بشهود الدفاع أيضاً وتكون شهادتهم متضمنة للوقائع التي تدل على عدم قيام المتهم بارتكاب الجريمة ونفي التهمة عنه .

وجعلت المادة (١٧٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م الخبير والمترجم في حكم الشاهد . فالاول عندما يكلف من قبل المحكمة لإبداء رأياً في واقعة معينة ضمن دعوى منظورة من طرفها بعد حلفه اليمين أمامها كالأطباء الشرعيين والخبراء بطبغات الأصابع وآثار الأقدام والخبراء بالأسلحة النارية والمحللون الكيميائيون وغيرهم من ذوي الاختصاص سواء كانوا رسميين أو غير رسميين ، والثاني عندما يكلف من قبل المحكمة للقيام بالترجمة في حالة كون أطراف الدعوى المنظورة من طرفها

لا يعرف اللغة العربية أو اخرسا أو أصما بعد حلفه اليمين امامها. علما أن الخبير هو كل شخص اكتسب خبرة عملية وفنية معينة أما المترجم فهو كل شخص يتقن لغة أجنبية أو يتقن لغة الإشارة.

ثالثا : الركن المادي:

يتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر هي السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية والرابطة السببية بينهما.

ولما كانت جريمة شهادة الزور من الجرائم الإيجابية فهي تتطلب أن يكون السلوك الإجرامي فيها ايجابيا (الفعل أو القول) لكنه من الممكن أن تتحقق حتى لو كان السلوك الإجرامي سلبيا (الترك) طالما كان الترك من قبل الشاهد له صلة بالتزام قانوني نشأ نتيجة استدعاء المحكمة للشاهد أو نتيجة حضور الشاهد للمحكمة تطوعا.

والسلوك الإجرامي الايجابي مثاله الإدلاء بأقوال كاذبة أو تغيير الحقيقة في مستند أو بينة أو تقرير أو أي شيء آخر أو اصطناع واقعة أو التحريف أو الإضافة لنص الكلام المترجم. أما السلوك الإجرامي السلبى فمثاله كتمان معلومات أو وقائع أو عدم ذكرها وبيانها. وتتحقق جريمة شهادة الزور سواء كانت كل أو بعض وقائع الشهادة غير صحيحة. ويشترط لتحقق جريمة شهادة الزور أن تكون الشهادة الكاذبة وقعت أمام محكمة سواء كانت هذه المحكمة جنائية أم إدارية أم مدنية أم تجارية أم أحوال شخصية أو عادية أم استثنائية بشأن دعوى منظورة امامها.

أما الشهادة التي تقع قبل مرحلة المحاكمة أو أمام غير المحكمة كما لو تمت أثناء مرحلة التحقيقات الابتدائية التي تجرى من قبل السلطات الإدارية أو النيابة العامة أو أمام لجان أو مجالس التحقيق أو لجان التحكيم فلا يتحقق بها جريمة شهادة الزور ،كما يشترط لتحقق جريمة شهادة الزور أن يحلف الشاهد اليمين أمام المحكمة قبل الإدلاء بالشهادة المكذوبة أما إذا حلف اليمين بعدها أو إذا لم يحلف قبلها فان ذلك يمنع قيام الجريمة.

إن جريمة شهادة الزور هي من جرائم الخطر فالجريمة تتحقق بمجرد صدور السلوك الإجرامي وبالتالي فإن العدول عنها لا ينتج عنه أثرا في نفي حالة الشروع لان الشروع لا وجود له في جرائم الخطر فهي أما أن تقع تامة أو لا تقع. وبما أن جريمة شهادة الزور من جرائم الخطر فإن النتيجة الإجرامية المعتمدة هي تعريض العدالة للضرر مما يعني أنها تتحقق سواء وقع الضرر لأحد خصوم الدعوى أم لا وسواء وقع ضرر للقضاء أم لا فتجرد السلوك الإجرامي من أحداث تأثير على مجريات الدعوى كما لو كان الكذب أو الإخفاء لواقعة لا أهمية أو لا صلة لها بالدعوى ومن ثم عدم تعريض العدالة للضرر لا يتحقق به جريمة شهادة الزور.

ومن الجدير بالقول ان قانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م تضمن تعارضاً في مادتيه (٣٣٩) و (٣٥٣) اللتان تتصان على مايلي :-

الاولى : - لا يحلف الشهود والخبراء اليمين الشرعية امام القاضي الا اذا رأى القاضي خلاف ذلك .
الثانية :- بعد ان يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه وعمره ومهنته وموطنه وسكنه وهل يعرف المتهم قبل الجريمة وهل هو في خدمة احد الفريقين او من ذوي قرياه وعن درجة القرابة يحلفه اليمين الشرعية ثم يؤدي شهادته شفاهة .

ووجه التعارض ان المادة (٣٣٩) تمنع تحليف الشاهد اليمين كأصل ثم تجيز ذلك استثناءً بينما المادة (٣٥٣) توجب تحليف الشاهد اليمين .

رابعاً:الركن المعنوي:

الركن المعنوي في جريمة شهادة الزور لا يتخذ إلا صورة القصد الجنائي لأنها لا تقع إلا عمداً مما يعني عدم تحققها في حالة اعتقاد الشاهد بصدق شهادته مهما شابها من أخطاء نتيجة عوامل ذاتية كضعف ذاكرة الشاهد نجم عنه النسيان للواقعة المتعلقة بالدعوى أو ضعف بصر أو سماع الشاهد تسبب في عدم صحة الإدراك للواقعة المتعلقة بالدعوى أو عوامل خارجية كتدخل الغير في خلق واقعة غير صحيحة متعلقة بالدعوى فأدركها الشاهد على تلك الحال.

والقصد الجنائي المطلوب توفره هو القصد العام أي العلم والإدراك لكافة مكونات هذه الجريمة وفي مقدمتها السلوك الإجرامي المتمثل في الإدلاء بأقوال كاذبة أو إخفاء الحقيقة من شأنه احتمالية تضليل القضاء .

وعليه لا يتطلب توفر القصد الخاص كما لو كان الشاهد يقصد من شهادته الكاذبة الإضرار بالمتهم أو المجني عليه أو المدعي بالحق المدني أو المسؤول عن الحق المدني.

المبحث الثالث

التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل باعتبارها جريمة قتل العمد

إن واقعة شهادة الزور المتسببة في القتل تتمثل عندما يتقدم شخص بشهادة كاذبة ضد متهم أمام المحكمة فتصدر المحكمة حكماً باعدام المتهم المذكور بناء على تلك الشهادة الكاذبة .

و عليه فإن تصنيف هذه الواقعة الاجرامية بأنها جريمة القتل العمد يتوجب انطباق كل احكام جريمة القتل العمد التالي ذكرها عليها و قبل الولوج فيها نبدأ بتعريف جريمة القتل العمد.

تعرف جريمة قتل العمد بأنها: (العدوان عمداً على حياة إنسان بإماتته) لقد تناول بعض شراح القانون موضوع شهادة الزور المتسببة في القتل عند شرحهم النظرية العامة للجريمة والأحكام الخاصة للجرائم باعتبارها احد صور جريمة القتل.(٣٤)

و بالتطبيق على قانون العقوبات اليمني فقد وردت احكام جريمة القتل العمد في قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م في الفصل الأول تحت تسمية الاعتداء على حياة وسلامة الجسم من الباب العاشر تحت تسمية الجرائم الواقعة على الأشخاص والأسرة من الكتاب الثاني -القسم الخاص- وسنكتفي بعرض المادتين (٢٣٤-٢٣٠) كما في أدناه:

المادة (٢٣٠): (يعتبر المولود إنسانا له حقوق الإنسان إذا خرج حيا من بطن أمه سواء كانت الدورة الدموية متصلة في بدنه كله أم في بعضه وسواء قطع حبل سرتة أم لم يقطع وتثبت حياته بالاستهلال بالصياح أو العطاس أو التنفس أو الحركة التي تتحقق معها الحياة)

المادة(٢٣٤): (من قتل نفسا معصومة عمدا يعاقب بالإعدام قصاصاً إلا أن يعفو ولي الدم فان كان العفو مطلقاً أو بشرط الدية أو مات الجاني قبل الحكم حكم بالدية ولا اعتبار لرضاء المجني عليه قبل وقوع الفعل. ويشترط للحكم بالقصاص أن يطلبه ولي الدم وأن يتوافر دليله الشرعي فإذا تخلف أحد الشرطين أو كلاهما واقتنع القاضي من القرائن بثبوت الجريمة في حق المتهم أو إذا امتنع القصاص أو سقط بغير العفو يعزر الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات، و يجوز أن يصل التعزير إلى الحكم بالإعدام إذا كان الجاني معروفا بالشر أو ارتكب القتل بوسيلة وحشية أو على شخصين فأكثر أو من شخص سبق أن ارتكب قتلا عمداً أو توطئة لارتكاب جريمة أخرى أو لإخفائها أو على امرأة حامل أو على موظف أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته حتى لو سقط القصاص بالعفو).

وعليه فإن هذه الجريمة لها ثلاثة أركان: ركن محل الجريمة (حياة إنسان) والركن المادي والركن المعنوي وفي أدناه شرح موجز لهذه الأركان:

أولاً- ركن محل الجريمة (حياة إنسان):

المقصود بهذا الركن هو حياة إنسان وبهذا لا بد أن يكون محل الجريمة إنسانا حيا أما الجنين قبل الوضع أو الإنسان الميت فلا يصلح أي منهما أن يكون محلا لجريمة القتل . ففي الحالة الأولى يطلق على الاعتداء على الجنين تسمية جريمة الإجهاض وفي الحالة الثانية يطلق على الاعتداء على الإنسان الميت تسمية جريمة الاعتداء على حرمة الموتى.

ثانياً - الركن المادي:

يتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر هي: السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية والرابطة السببية بينهما، والسلوك الإجرامي هو عدوان من شأنه إزهاق روح المجني عليه ولما كانت جريمة القتل من جرائم الضرر فإن النتيجة الإجرامية يجب أن تكون هي موت المجني عليه. أما حدوث ما دون الموت الدائم كالموت المؤقت أو الإصابات مهما كانت درجتها ونوعها فان المتحقق هو جريمة الشروع بالقتل.

وفيما يتعلق بالرابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية يجب أن تكون هناك صلة بينهما بمعنى أن موت المجني عليه ناتج عن فعل الجاني الذي وقع على المجني عليه وتحقق به الموت.

ثالثاً- الركن المعنوي:

جريمة قتل العمد يشترط لتحقيقها توفر القصد الجنائي والقصد الجنائي المطلوب توفره هو القصد العام فقط أي العلم بمكونات الجريمة وانصراف إرادة الجاني نحو ارتكابها وهي أمانت إنسان حي. وعليه يبرز السؤال الآتي:

كيف يمكن ان تصنف واقعة شهادة الزور المتسببة في القتل مرتين : الاولى . جريمة شهادة الزور والثانية . جريمة القتل العمد . والاجابة على ذلك ان التصنيف التجريمي للواقعة الاجرامية لا يعتمد على عنصر السلوك الإجرامي حصرا انما على كافة اركان الجريمة وبضمنها السلوك الاجرامي فاضافة الى ما ظهر لنا من اختلاف واضح في جميع الاركان للجريمتين . نضيف بان السلوك الاجرامي في الواقعة مدار البحث والمصنفة جريمة شهادة الزور هو عبارة عن فعل واحد يبدأ في لحظة ادلاء الشاهد بشهادته الكاذبة بعد حلف اليمين امام المحكمة وينتهي لحظة اتمامها بينما السلوك الاجرامي في الواقعة مدار البحث والمصنفة جريمة القتل العمد هو عبارة عن ثلاثة افعال او اكثر حسب الحال يتشابه فعله الاول تماما مع الفعل المذكور اعلاه في جريمة شهادة الزور ثم يتبعه الفعل الثاني الذي يبدأ في لحظة استخدام القاضي للشهادة الكاذبة وينتهي لحظة اصدار حكم الاعدام ثم يتبعه الفعل الثالث الذي يبدأ في لحظة استخدام الجلاد للحكم الصادر بالاعدام مما تتحقق به حالة المساهمة الجنائية الاصلية عن طريق ما يسمى بالتسبب وهي حالة غير ممكنة في جريمة شهادة الزور كما اوضحنا في المبحث الثاني.

والتسبب معناه: أن شخصا معيناً قد وضع سبباً من الأسباب ثم تركه ومضى دون أن يحدث ذلك السبب أية نتيجة عند وضعه ويبقى عديم الأثر لكونه غير قادر على تحقيق نتيجة من تلقاء نفسه حتى يأتي المجني عليه أو شخص آخر غير مسخر من الشخص واضع السبب فيستخدم ذلك السبب الموضوع فتحدث منه النتيجة.

و شهادة الزور المتسببة في القتل والمصنفة جريمة القتل العمد يمكن ان تتخذ عدة نماذج إجرامية: النموذج الأول : أن القاضي حسن النية ويكتشف بان الشهادة مزورة فيصدر حكماً ببراءة المتهم وبذلك نكون امام حالة جريمة الشروع بالقتل العمد ومرتكبها هو شاهد الزور .

النموذج الثاني: أن القاضي حسن النية ولا يكتشف بأن الشهادة مزورة فيصدر حكماً بإعدام المتهم ثم يأتي المختص بتنفيذ الإعدام (الجلاد) وهو حسن النية أيضاً فينفذ الحكم وبذلك نكون امام حالة تسمى في الفقه الوضعي بالفاعل المعنوي وهو شاهد الزور .

النموذج الثالث: أن القاضي حسن النية ولا يكتشف بان الشهادة مزورة فيصدر حكما بإعدام المتهم ثم يأتي المختص بتنفيذ الإعدام (الجلاد) وهو سيء النية أي يعلم أن الحكم مبني على شهادة الزور ويريد قتله فينفذ الحكم وبذلك نكون امام حالة واضح السبب وهو شاهد الزور ومستخدم السبب (المباشر للقتل) وهو الجلاد.

النموذج الرابع: أن القاضي سيء النية سواء كان على اتفاق مع الشاهد الزور من عدمه فيصدر بناء على الشهادة الزور حكما بإعدام المتهم ثم يأتي المختص بتنفيذ الإعدام (الجلاد) وهو حسن النية فينفذ الحكم و بذلك نكون امام حالة ما تسمى بالفاعل المعنوي وهما شاهد الزور والقاضي.

النموذج الخامس: أن شاهد الزور والقاضي سيء النية والمختص بتنفيذ الإعدام (الجلاد) سيء النية قصدوا قتل شخص بحسب دور كل واحد منهم الشاهد عبر شهادته المزورة، والقاضي عبر اصداره الحكم بالإعدام والمختص بتنفيذ الإعدام (الجلاد) عبر تنفيذه الحكم سواء كان بينهم اتفاق من عدمه وبذلك نكون امام حالة واضعي السبب وهما شاهد الزور والقاضي ومستخدم السبب (المباشر للقتل) وهو الجلاد.

والنماذج الإجرامية الأربعة (الثانية والثالثة والرابعة والخامسة) في حالة عدم تحققها أي عدم تحقق النتيجة الإجرامية بموت المجني عليه فإن المتحقق يصبح جريمة الشروع بالقتل العمد أسوة بالنموذج الإجرامي الاول.

المبحث الرابع

أوجه التشابه والاختلاف بين التصنيفين التجريبيين لشهادة الزور المتسببة في القتل

يتمخض عن العرض في المبحثين السابقين للتصنيفين التجريبيين لشهادة الزور المتسببة في القتل وبالمقارنة وجود أوجه تشابه واختلاف بينهما يتم درج ابرزها كما يلي :

اولاً: إن جريمة شهادة الزور هي من الجرائم التعزيرية وفقاً للمادة (١٤) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بينما جريمة القتل العمد هي من جرائم القصاص بالنفس وفقاً للمادة (١٣) من قانون الجرائم و العقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م .

ثانياً: إن جريمة شهادة الزور لها تصنيفات فرعية بالاعتماد على معيار العقوبة المفروضة على مرتكب جريمة شهادة الزور وفق المادة (١٧٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م المذكور نصها سلفاً فهي لا تقتصر على التصنيف المتمثل بجريمة شهادة الزور ذات عقوبة القتل وإنما كما في ادناه:

١. جريمة شهادة الزور ذات عقوبة القتل
٢. جريمة شهادة الزور ذات عقوبة الرجم
٣. جريمة شهادة الزور ذات عقوبة القطع
٤. جريمة شهادة الزور ذات عقوبة الحبس
٥. جريمة شهادة الزور ذات عقوبة الغرامة

بينما جريمة القتل العمد ليس لها تصنيفات فرعية .

ثالثا: ان جريمة شهادة الزور وفقا للمواد (١٥ و ١٦ و ١٧) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م من الجرائم غير الجسيمة اذا كانت العقوبة المفروضة عليها الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة و من الجرائم الجسيمة اذا كانت العقوبة المفروضة عليها الحبس لمدة تزيد على ثلاث سنوات او العقوبة البدنية كالاعدام او الرجم او القطع . بينما جريمة القتل العمد وفقا للمادتين (١٥ و ١٦) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م من الجرائم الجسيمة فالعقوبة المفروضة عليها هي الاعدام قصاصا.

رابعا: ان النتيجة الاجرامية المعتبرة في جريمة شهادة الزور لتقرير المسائلة الجنائية هي تعريض العدالة للضرر وهي واحدة في كل اصناف جريمة شهادة الزور. اما النتائج الاخرى المتمثلة باصدار احكام العقوبات من قبل المحكمة على المتهمين (المشهود ضدهم) فإن دورها يتمثل في تحديد نوع ومقدار العقوبة على شاهد الزور وهي متعددة تعدد اصناف جريمة شهادة الزور كما موضح في الفقرة (ثانيا) أعلاه بينما النتيجة الاجرامية المعتبرة في جريمة القتل العمد لتقرير المسائلة الجنائية هي وفاة المجني عليه.

خامسا: ان القصد الجنائي في جريمة شهادة الزور يتمثل في احتمالية تضليل القضاء و ليس اصدار احكام العقوبات المبينة في المادة (١٧٩) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م من قبل المحكمة على المتهمين (المشهود ضدهم) بينما القصد الجنائي في جريمة القتل العمد يتمثل في ازهاق روح المجني عليه.

سادسا: المساهمة الجنائية الأصلية من نوع (بالتماؤ أو بالتسبب) في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة شهادة الزور لا يمكن تصورها لأن تحقق جريمة شهادة الزور تحتاج إلى حلف اليمين أمام المحكمة ولا يمكن تصور المساهمة الجنائية الأصلية من نوع (بالتماؤ) في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد لأن تحقق جريمة القتل العمد تحتاج أن يكون المتماؤ على استعداد للحلول مكان المباشر وهذا ما لا يمكن بينما يمكن تصور المساهمة الجنائية الأصلية من نوع (بالتسبب) في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد أما المساهمة الجنائية الأصلية من نوع (بالمباشرة) فيمكن تصورها في التصنيفين التجريميين السالفين ، ففي التصنيف التجريمي الأول (كجريمة شهادة الزور) يكون المساهمون جميعهم مباشرين وفي التصنيف التجريمي الثاني (كجريمة القتل العمد) يكون المستخدمون الأخيرون للسبب جميعهم مباشرين أي إن المستخدمين الأخيرين للسبب هم من غير الشاهد والقاضي وانما المختصون بتنفيذ الإعدام(الجلادون).

سابعا: المساهمة الجنائية التبعية بصورها الثلاثة (العون والتحريض والاتفاق) في التصنيفين التجريميين لشهادة الزور المتسببة في القتل يمكن تصورها فقد وردت أحكام العون والتحريض دون الاتفاق في قانون

الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م في المادتين (٢٣ و ٢٢). وكان مشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات اليمني يتضمن أحكام الاتفاق في نهاية المادة (٢٤) كالآتي :

(من يتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فتقع الجريمة بناء على هذا الاتفاق).

إلا أنه وبحسب المادة (٢٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م التي تنص على:

(الشريك هو من يقدم للفاعل مساعدة تبعية بقصد ارتكاب الجريمة وهذه المساعدة قد تكون سابقة على التنفيذ أو معاصرة له وقد تكون لاحقة متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة أما المساعدة اللاحقة التي لم يتفق عليها قبل ارتكاب الجريمة كالإخفاء فيعاقب عليها كجريمة خاصة).

يتخذ العون ثلاثة صور:

١- عون سابق على تنفيذ الجريمة ٢- عون معاصر لتنفيذ الجريمة ٣- عون لاحق على تنفيذ الجريمة.

والصورة الأخيرة غير متوافقة كلياً مع القواعد العامة للمساعدة على تنفيذ الجريمة لكونها تشكل جريمة تامة مستقلة بذاتها سواء كان هناك اتفاق سابق على تنفيذ الجريمة أم لا. فالمساعدة اللاحقة بإخفاء جثة القتيل والمساعدة اللاحقة بمحو أدلة الجريمة تشكلان جريمة تضليل القضاء والمساعدة اللاحقة بإيواء الجاني بعد انتهائه من ارتكاب الجريمة تشكل جريمة إخفاء الجناة وهكذا فكل هذه الجرائم لها أحكامها الخاصة التجريبية والعقابية في القانون.

فاذا ما انتهى التنفيذ للجريمة لم يعد هناك محل للمساعدة الا اذا كانت المساعدة قد قدمت قبل اللحظة التي تكتمل فيها عناصر الركن المادي للجريمة و هي لا تكتمل ما لم تتحقق النتيجة بكل اجزائها.^(٣٥)

لذلك فان المنحى الذي سلكه المشرع اليمني بحسب المادة (٢٣) أعلاه لا يمكن على اساسه تصور العون اللاحق في التصنيفين التجريبيين مدار البحث سواء كان هناك اتفاق سابق على تنفيذ الجريمة ام لا. فشهادة الزور بمجرد الادلاء بها يكتمل عناصر ركنها المادي فهي جريمة وقتية رغم الاختلاف ما بين شهادة الزور المصنفة كجريمة شهادة زور وشهادة الزور المصنفة كجريمة القتل العمد.

ثامناً: المساهمة الجنائية الاصلية في جريمة شهادة الزور على مرحلة واحدة اذ انها تقتصر على شاهد الزور بينما المساهمة الجنائية الاصلية في جريمة القتل العمد على مرحلتين مختلفتين تماماً فالذي قدم شهادة الزور والقاضي الذي اصدر الحكم بالاعدام ينتميان إلى المرحلة الاولى فهما واضعا السبب والذي يستخدم شهادة الزور والحكم الصادر بالاعدام وهو الجلاذ بتنفيذ الاعدام ينتمي إلى المرحلة الثانية فهو مستخدم السبب .

تاسعاً: التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة شهادة الزور يجعل دائرة المسؤولية الجنائية (التجريم) أضيق مقارنة بالتصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد لأن جريمة شهادة الزور تصنف من جرائم الخطر مما يجعل حالة الشروع منعومة بينما التصنيف التجريمي

لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد يمكن أن يترتب عليه وجود حالة الشروع لان جريمة قتل العمد تصنف من جرائم الضرر.

عاشرا: التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة شهادة الزور يجعل إجراءات إثباتها أسهل مقارنة بالتصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد حيث لا تتعدى إثبات ارتكاب الجاني لشهادة كاذبة بينما اثبات جريمة القتل العمد يتطلب اضافة الى اثبات ارتكاب الجاني لشهادة الزور اثبات ان هناك قصدا جنائيا لارتكاب جريمة القتل العمد.

احد عشر: رغم أن المادة (٣٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م أفادت بأنه لا يرتكب جريمة من وقع منه الفعل المكون لها تحت ضغط إكراه مادي يستحيل عليه مقاومته أو بسبب قوه قاهرة ويكون فاعل الإكراه مسؤولا عن الجريمة التي وقعت • إلا إنه لا يمكن تصور وقوع الإكراه المادي أو القوه القاهرة على مرتكب شهادة الزور وبالتالي على مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل في تصنيفها التجريميين • وعليه لا يمكن له التخلص من المسؤولية الجنائية والمدنية بحجة وقوعه تحت الإكراه المادي أو القوه القاهرة.

اثنا عشر: يمكن تصور وقوع الإكراه المعنوي على مرتكب شهادة الزور وبالتالي على مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل في تصنيفها التجريميين مما يتوفر مانع المسؤولية الجنائية والمدنية له وهذا التصور ينطبق على حالة الضرورة • الا أن وقوع حالة الضرورة أكثر ندرة قياسا بحالة الإكراه المعنوي.

ونؤكد ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور علي حسن الشرفي من أن المادة (٣٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م المذكور نصها آنفا احتوى على الخطأ التالي الذي ورد في نهايتها: (ويستثنى من ذلك القتل وتعذيب الإنسان فلا ترتفع المسؤولية فيهما عن المكره ومن اكراه).^(٣٦)

وهو نص لا محل له في هذه المادة لعدم قيام الجريمة ممن وقع عليه الإكراه المادي أصلا إنما هو متعلق بانعدام المسؤولية الجنائية في حالة الإكراه المعنوي والضرورة فكان على المشرع أن يضعه في نهاية المادة (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م التي تنص على:

(لا مسؤولية على من ارتكب فعلا أُلجأته ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى ويشترط أن يكون الفعل متناسبا مع الخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حاله ضرورة من اوجب عليه القانون مواجهة ذلك الخطر).

ثالث عشر: ذكرنا في الفقرة (٩) أعلاه أن الشروع لا وجود له في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة شهادة الزور لأنها من جرائم الخطر و قصرنا وجود الشروع على شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد باعتبارها من جرائم الضرر • ولما كان الشروع على نوعين: شروع موقوف وشروع خائب.

فالسؤال هل هذان النوعان من الشروع يمكن تصورهما في هذه الجريمة؟ والإجابة على ذلك كالآتي:

أ- أن الشروع الموقوف يمكن تصويره في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد وذلك عندما يدلي الشاهد بشهادة كاذبة أمام الجهات التحقيقية غير المحكمة أو أمام المحكمة قبل اليمين وتكتشف.
ب- الشروع الخائب يمكن تصويره في شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد وذلك عندما يدلي الشاهد بشهادة كاذبة أمام المحكمة بعد حلف اليمين ثم تكتشف شريطة أن يكون الاكتشاف قبل تنفيذ عقوبة القتل و إلا فإن جريمة قتل العمد تتحقق وليس جريمة الشروع بالقتل العمد أو عندما يدلي الشاهد بشهادة كاذبة أمام المحكمة بعد حلف اليمين ينتج عنها تحقيق نتيجة إجرامية دون النتيجة الإجرامية المحددة في جريمة قتل العمد وهي الوفاة كما لو صدرت عقوبة الحبس سواء نفذت أم لم تنفذ.

رابع عشر:- العقوبة المقررة على مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل و المصنفة كجريمة شهادة الزور في حالة عدم تنفيذ الحكم بالإعدام أو الرجم على المحكوم عليه بإحدى هاتين العقوبتين تكون الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات بحسب المادة (١٧٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بينما العقوبة المقررة على مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل والمصنفة كجريمة شروع بالقتل العمد تكون الحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات بحسب المادة (١٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م التي تنص:(يعاقب على الشروع دائماً ولا تزيد العقوبة عن نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة التامة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وإذا كانت عقوبة الجريمة التامة هي الإعدام , تكون عقوبة الشروع الحبس الذي لا يزيد على عشرة سنوات وتسري على الشروع الأحكام الخاصة بالعقوبات التكميلية المقررة للجريمة التامة)

ويتبين أن العقوبة في تصنيفها التجريمي الثاني هي أشد في حدها الأعلى من تصنيفها التجريمي الأول.
خامس عشر - يمكن تصور العدول الاختياري أي التراجع عن المشروع الإجرامي من طرف مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة شهادة الزور و ذلك عندما يتراجع الشاهد عما أدلى به من شهادة مزورة بعد حلف اليمين أمام المحكمة وقبل صدور الحكم من المحكمة التي تنظر الدعوى إلا أن هذا العدول لا ينفى قيام المسؤولية الجنائية و تحقق الجريمة لأن هذه الجريمة من جرائم الخطر و الشروع فيها لا وجود له فهي أما تقع تامة أو لا تقع و لا مجال هنا لتطبيق قاعدة (العدول الاختياري ينفي الشروع) أما يقتصر أثر العدول على الإعفاء من العقوبة استناداً إلى نص المادة (١٧٩) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م و هو إعفاء ليس وجوباً إنما جوازي تقرره المحكمة إن شاءت. أما العدول الاختياري من طرف مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة القتل العمد فيمكن تصويره إذا كان التراجع عن المشروع الإجرامي من طرف مرتكبه أمام الجهات التحقيقية غير المحكمة أو أمام المحكمة قبل حلف اليمين لأنها من جرائم الضرر و مؤداه عدم معاقبة العادل فيها وجوباً استناداً إلى قاعدة (العدول الاختياري

ينفي الشروع) فالمسؤولية الجنائية منعدمة و الجريمة غير متحققة.وينطبق تفصيل أعلاه أيضا على المساهمين سواء الأصليين أو التبعية وكل واحد منهم حسب حالته.

سادس عشر: لا شك إن عقوبة المساهم الأصلي هي ذات عقوبة الفاعل وبحسب أن كان التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد أم كجريمة شهادة الزور وهذا ما نصت عليه المادة (٢١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بالآتي: (يعد فاعلا من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة و يشمل ذلك المتمالي الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها) ولكن ما عقوبة المساهم التبعية ؟ الإجابة على ذلك : أن عقوبة المساهم التبعية تتحدد على ضوء ما كان التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة للقتل كجريمة القتل العمد أم كجريمة شهادة الزور و على النحو الآتي :

عقوبة المساهم التبعية في شهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد : سبق و بينا أن التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد يضع هذه الجريمة ضمن تصنيف جرائم القصاص بالنفس و بالتالي تنطبق عليها أحكام جرائم القصاص و عقوباتها. وبالرجوع إلى نصوص المواد ٣٩ و ٦٦ و ٧٨ من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م ذات العلاقة المبينة في أدناه :

المادة ٦٦ : (القصاص على الجاني المباشر ومن يأخذ حكمه ويحكم على الشركاء غير المتمثلين طبقا للقانون)، المادة ٧٨ : (يحكم بالدية على القاتل الأصلي و من في حكمه و يعزر الشركاء غير المتمثلين بالحبس مدة لا تقل عن سنة ما لم ينص القانون خلاف ذلك)، المادة ٣٩ : (لا تقل مدة الحبس عن أربع و عشرين ساعة ولا تزيد على عشر سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) يتضح أن العقوبة المقررة للمساهم التبعية في هذه الجريمة أيا كانت صورته (العون أو التحريض أو الاتفاق) هي الحبس بين سنة واحدة كحد أدنى وعشر سنوات كحد أعلى وقد ترك للقاضي تحديد المقدار المناسب بين هذين الحدين حسب اجتهاده . وهو مسلك محمود اعتمده المشرع اليمني يتفق مع مبدأ جنائي معتبر في النظام الجنائي الإسلامي مفاده الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات وأي شبهة أوضح من وقوع الجريمة وأفعال المساهم التبعية غير داخلة على الإطلاق في العملية التنفيذية لها .

عقوبة المساهم التبعية في شهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة شهادة الزور : لقد ذكرنا سابقا بأن التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة شهادة الزور وضع هذه الجريمة ضمن تصنيف جرائم التعازير و بالتالي تنطبق عليها أحكام جرائم التعازير وعقوباتها . و بالرجوع إلى المادة (٢٤) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بنصها الآتي :

(في الجرائم التعزيرية من ساهم في الجريمة بوصفه فاعلاً أو محرصاً أو شريكاً يعاقب بالعقوبة المقررة لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)
 يتضح أن العقوبة المقررة للمساهم التبعي في هذه الجريمة أياً كانت صورته (العون أو التحريض أو الاتفاق) هي ذات عقوبة الفاعل . مما يعني أن عقوبة المساهم التبعي حسب هذا التصنيف التجريمي كجريمة شهادة الزور هي أشد من عقوبة المساهم التبعي حسب التصنيف التجريمي كجريمة القتل العمد.

الخاتمة

نخلص مما تقدم بمجموعة نتائج و توصيات على النحو الآتي :
 أولاً: إن ما ذهب إليه شراح القانون من وجود تصنيفين تجريميين لشهادة الزور المتسببة للقتل : التصنيف الأول جريمة شهادة الزور والتصنيف الثاني جريمة القتل العمد هو أمر صحيح من الناحيتين النظرية و الواقعية و كما أسلفنا .

ثانياً: التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة القتل العمد وجعل تصنيفها ضمن جرائم القصاص بالنفس موداه انطباق كل أحكام جرائم وعقوبات القصاص بالنفس عليها بينما التصنيف التجريمي لشهادة الزور المتسببة في القتل كجريمة شهادة الزور وجعل تصنيفها ضمن الجرائم التعزيرية موداه انطباق كل أحكام الجرائم والعقوبات التعزيرية عليها .
 ثالثاً: نلفت انتباه المشرع اليمني إلى ما يلي:

١- ضرورة حذف كلمة (الجزائية) من منطوق المادة (١٧٩) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م كي لا يقتصر حكمها على الدعاوى الجزائية .

٢- ضرورة رفع التعارض الوارد ما بين المادتين (٣٣٩) و (٣٥٣) من قانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م وذلك بحذف كلمة (لا) الواردة في بداية المادة (٣٣٩) ليصبح الاصل في المادتين المذكورتين هو تحليف الشاهد من اجل ان تكون الشهادة لها قيمة الدليل ومن ثم تنتج جريمة شهادة الزور اذا كانت كاذبة والاستثناء هو عدم تحليف الشاهد فتصبح الشهادة من قبيل الاستدلال ولا ترقى الى منزلة الدليل ومن ثم لا يتحقق بها جريمة شهادة الزور حتى اذا كانت كاذبة.

٣- ضرورة حذف عبارة(ويستثنى من ذلك القتل وتعذيب الإنسان فلا ترتفع المسؤولية فيهما عن المكره ومن اكرهه) من نهاية المادة (٣٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م و وضعها في نهاية المادة (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م .

٤- ضرورة جعل الاعفاء وجوبياً في حالة العدول الاختياري من طرف مرتكب شهادة الزور المتسببة في القتل المصنفة كجريمة شهادة الزور من أجل تشجيع الجاني على التراجع عن مسلكه الإجرامي لأن الاعفاء

الجوازي الوارد في نص المادة (١٧٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م لا يمنح الجاني فرصة أكيدة للتخلص من العقاب مما يدفع ذلك إلى تمسكه وإصراره على شهادته المزورة.

الهوامش و المراجع :

- ١- لسان العرب لابن منظور (٧١١-٦٣٠هجري) /المصححان أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي /الجزء السابع /الطبعة الأولى / دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي /بيروت /١٩٩٦/صفحة ٢٢٣.
- ٢- الموسوعة الفقهية /وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية / الجزء السادس والعشرون / الطبعة الأولى / الكويت /١٩٩٢/صفحات ٢١٥-٢١٦.
- ٣- الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعملية /د.شهاد هابيل البرشاوي/ دار الفكر العربي /القاهرة/١٩٨٢/صفحة ١٦.
- ٤- أصول التحقيق الإجرامي / د.سلطان الشاوي/ بغداد /١٩٧٥/ صفحة ٧٥.
- ٥-انظر المادة (٢٦).
- ٦- الكتاب المقدس / سفر التثنية /الإصحاح التاسع عشر/ رقم ١٥ و١٦ و١٧ و١٨ و١٩ .
- ٧- المرجع السابق / سفر العدد / الإصحاح الخامس و الثلاثون /رقم ٢٩ و٣٠.
- ٨- المرجع السابق / إنجيل متي / الإصحاح التاسع عشر / رقم ١٨.
- ٩- المرجع السابق / إنجيل مرقس / الإصحاح العاشر / رقم ١٩.
- ١٠- سورة البقرة / الآية ٢٨٢.
- ١١- سورة البقرة / الآية ٢٨٣.
- ١٢- سورة النساء / الآية ١٣٥.
- ١٣- سورة الحج / الآية ٣٠.
- ١٤- سورة الفرقان / الآية ٧٢.
- ١٥- صحيح البخاري / تقديم احمد محمد شاكر/ الجزء الثالث / كتاب الشهادات / باب ما قيل في شهادة الزور / رقم الحديث لا يوجد / دار الحديث / القاهرة / صفحة ٦٦٨.
- ١٦- سنن الترمذي / كتاب الشهادات رقم الحديث ٢٢٩٥.
- ١٧- سورة البقرة / الآية ٢٨٢.
- ١٨- سورة المائدة / الآية ١٠٦.
- ١٩- صحيح البخاري / تحقيق عبد العزيز بن باز / الجزء الثالث / كتاب الشهادات / باب اليمين على المدعى عليه في الأموال و الحدود / رقم الحديث ٢٦٦٩-٢٦٧٠ / الطبعة الأولى / دار الفكر /بيروت / ١٩٩١ / صفحة ٢١٣.
- ٢٠- سورة النساء / الآية ١٥ .
- ٢١- سورة النور / الآية ٤ .
- ٢٢- سورة النور / الآية ١٣ .

- ٢٣- صحيح مسلم / تحقيق خليل مأمون شيحا / الجزء العاشر / كتاب اللعان / رقم الحديث ٣٧٤٢ / الطبعة الثانية / دار المعرفة / بيروت / ١٩٩٥ / صفحة ٣٧٠ .
- ٢٤- انظر المادة (٤٥) من قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ م .
- ٢٥- انظر المادتين (٤٥ و ٤٦) من قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ م و الشهادة الزور من الناحيتين القانونية و العملية / مرجع سابق / صفحات ٨٧ - ٨٨ و المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية/الدكتور مصطفى الزلمي و الدكتور عبد الباقي البكري/القاهرة/٢٠٠٦/صفحة٢٢١.
- ٢٦- الشهادة الزور من الناحيتين القانونية و العملية /مرجع سابق /صفحات ٨٨ - ٩٨ و المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية/مرجع سابق/صفحة٢٢٣.
- ٢٧- الشهادة الزور من الناحيتين القانونية و العملية / مرجع سابق /صفحة ٤٥ .
- ٢٨- سورة يوسف /الآية ٨١ .
- ٢٩- قانون حمورابي / د. سلام زناتي /مجلة العلوم القانونية و العملية / العدد الأول / القاهرة / ١٩٧١ .
- ٣٠- الشهادة الزور من الناحيتين القانونية و العملية / مرجع سابق / صفحات ٦٩ - ٧٢ .
- ٣١- شروحات و تعليقات على جرائم مختارة من قانون العقوبات اليمني / د. باسم محمد احمد الفراجي / منشورات جامعة الحديدة / الحديدة / ٢٠٠١م/ صفحة ٥٦ .
- ٣٢- شرح قانون العقوبات الخاص -القسم الخاص/د. حسني الجندي و د. مجدي عقلان / الطبعة الاولى/صنعاء/١٩٩٣م/صفحات ٣٥-٤١ .
- ٣٣- انظر المواد ١٢٣-١٢٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ و شروحات و تعليقات على جرائم مختارة من قانون العقوبات اليمني / مرجع سابق / صفحات ٥٦ - ٧٢ .
- ٣٤- شرح قانون الجرائم و العقوبات اليمني - النظرية العامة للجريمة / د. علي حسن الشرفي / الطبعة الثالثة / صنعاء / ١٩٩٧ م / صفحات ٣١٠ - ٣١٨ و شرح قانون الجرائم و العقوبات اليمني - جرائم الاعتداء على الأشخاص / د . علي حسن الشرفي / الطبعة الثانية / القاهرة/ ١٩٩٦م / صفحات ٤٣ - ٤٧ و شرح قانون العقوبات اليمني طبقا لمشروع قانون الجرائم و العقوبات الشرعي و القانون الشرعي للجرائم و العقوبات - الجريمة / د . حسني الجندي / صنعاء / ١٩٨٨ - ١٩٨٩ م / صفحات ٦٠٠ - ٦١٣ و التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي / عبد القادر عودة / الجزء الأول / مؤسسة الرسالة / بيروت / ١٩٩٨ / صفحات ٣٥٧ - ٣٧٩ .
- ٣٥- شرح قانون العقوبات- القسم العام- النظرية العامة للجريمة و النظرية العامة للعقوبة و التدبير الاحترازي/د. محمود نجيب حسني /الطبعة الثالثة/القاهرة/١٩٧٣م/ صفحات٤٥٧-٤٥٨.
- ٣٦- شرح قانون الجرائم و العقوبات اليمني - النظرية العامة للجريمة/ د. علي حسن الشرفي / مرجع سابق /صفحة ٣٦٤ .

النقود الإلكترونية كوسيلة لدفع الثمن في عقد البيع دراسة قانونية

د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي
كلية القانون- جامعة بغداد

مقدمة

لقد ظهرت في أواخر القرن العشرين مجموعة من الظواهر المختلفة التي أفرزها التطور التكنولوجي مثل التجارة الإلكترونية، و العقد الإلكتروني، ووسائل الدفع الإلكترونية، والنقود الإلكترونية. ولقد شهدت الحركة المصرفية حديثاً تطوراً كبيراً وكان من أحد شواهد هذا التطور السماح لعملاء المصارف بإجراء عمليات الشراء والبيع من خلال شبكة الاتصالات Internet، وذلك باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية التي تتيحها هذه المصارف. ولم يقف التطور عند هذا الحد، وإنما ظهر على الساحة أيضاً ما يعرف بالنقود الإلكترونية أو النقود الرقمية. وهي عبارة عن بطاقات إلكترونية تحتوي على مخزون نقدي تصلح كوسيلة للدفع، وأداة للإبراء، ووسيطاً للتبادل. ولما كانت النقود الإلكترونية تصلح لأن تقوم بغالبية الوظائف التي تقوم بها النقود التقليدية (أي تلك التي يصدرها البنك المركزي)، فقد أضحى من المتوقع أن تحل هذه النقود الحديثة محل النقود التقليدية على المدى الطويل.

وفي الواقع، فإن انتشار النقود الإلكترونية وذيوع استخدامها سوف يولد آثاراً هامة من الناحية القانونية والاقتصادية والمالية. فمن المتوقع أن تفرز النقود الإلكترونية مجموعة من المشاكل القانونية والتي ينبغي على الفقه الاستعداد لها مثل مخاطر التزيف والتزوير، والاحتيال، بالإضافة إلى أن النقود الإلكترونية سوف تخلق مناخاً خصباً لبعض الجرائم الخطيرة مثل جرائم غسل الأموال والغش و مدى كفاية هذه النقود للوفاء بالالتزامات المالية المتعلقة بدفع الثمن. من ناحية أخرى فإن من المتعارف عليه أن البنك المركزي هو الذي يعهد إليه في غالبية الدول بمسألة إصدار النقود، علاوة على دوره الرئيس في رسم السياسة النقدية للدولة. ومن شأن قيام جهات أخرى غير البنك المركزي بعملية إصدار النقود الإلكترونية - وهو ما يجري في الواقع الآن - أن يؤثر على قدرة البنك المركزي على الحفاظ على الاستقرار النقدي من خلال إضعاف دوره في السيطرة على حجم السيولة النقدية و تداول النقود.

لذلك فإن اعتبار النقود الإلكترونية كوسيلة لدفع الثمن امر ليس بالسهل التسليم به وذلك نتيجة للمشاكل القانونية التي من الممكن ان تنشأ عنها و تبرز هذه المشاكل من خلال تحديد ماهية هذه النقود و طبيعتها و ضرورة وجود تنظيم قانوني يحكم عملها، و تحديد الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد، و التزامات الجهة المصدرة للنقود تجاه عملائها.

يتضح مما سبق حجم المشكلات القانونية والمالية التي يمكن أن تنشأ كنتيجة لظهور النقود الإلكترونية، لاسيما حلو التشريع العراقي من قانون اوتنظيم يحكم اصدار النقود الإلكترونية، فضلا عن الاثار المترتبة عليها، حيث انه بالرغم من مسودة قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية المعروضة على البرلمان تتضمن تنظيمًا قانونيًا لبعض وسائل الدفع الإلكترونية الا انه لم يتناول بالتنظيم احكام النقود الإلكترونية، و قد اصبح العراق بحاجة ماسة الى التعامل بها بعد ان اخذت دول عدة بهذه النظم المستحدثة و التي اخذت بالتوسع و الانتشار هذا من جانب و من جانب اخر فان اغلب الدراسات الفقهية التي تناولت النقود الإلكترونية تناولتها من حيث الدراسة الوصفية من حيث نشوئها و مخاطرها و ضرورة وجود تنظيم قانوني لها، حيث لم نجد على حد علمنا دراسة عملية تناولت كيفية اعتبار هذه النقود وسيلة ابراء ذمة المدين في الالتزامات المالية العقدية. عليه ويهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على تلك المشكلات مع وضع تصور

لأهم الضوابط التي ينبغي على أي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية أن يتضمنها، وذلك من خلال الاستفادة من تجارب الدول التي سبقتنا في هذا المجال، و عليه سوف نقوم باعتماد منهج للدراسة المقارنة بين التنظيم القانوني في مصر و العراق من خلال اعتماد الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الإلكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٢ و قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل و مسودة قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية. ومن هذا المنطلق، فإن خطة البحث سوف تنقسم إلى ثلاثة فصول، نتناول في الفصل الأول ماهية النقود الإلكترونية و الفصل الثاني نتناول فيه الطبيعة و التنظيم القانوني للنقود الإلكترونية، و الثالث نتناول فيه الآثار القانونية للنقود الإلكترونية.

الفصل الأول

ماهية النقود الإلكترونية

لقد ساعد التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات، و تطور الصناعة المصرفية، و ظهور التجارة الإلكترونية في الحياة الاقتصادية، على ظهور شكل جديد من النقود أطلق عليه مسمى النقود الإلكترونية electronic money. وسوف نخصص هذا الفصل لدراسة ماهية النقود الإلكترونية. ولهذا فإننا سنتناول هذا الفصل في مبحثين نخصص المبحث الأول لنشأة النقود الإلكترونية وأشكالها و المبحث الثاني لتعريف و خصائص النقود الإلكترونية.

المبحث الأول - نشأة النقود الإلكترونية وأشكالها

قبل أن نخوض في الحديث عن النقود الإلكترونية فإن طبيعة الدراسة تقتضي أن نلقى الضوء أولاً على نشأة هذه النقود وأبرز اشكالها، وهذا ما سوف نتناوله في مطلبين مستقلين، حيث سنتناول في المطلب الأول نشأة النقود الإلكترونية و في المطلب الثاني أشكال النقود الإلكترونية.

المطلب الأول- نشأة النقود الإلكترونية

من الملائم الآن أن نلقى الضوء على نشأة النقود الإلكترونية، ثم نحلل تلك العوامل التي ساعدت على تطورها وتلك التي يمكن أن تعوق انتشارها.

إذا كانت النقود الإلكترونية هي إحدى إفرزات التقدم التكنولوجي، وبصفة خاصة تطور علم الاتصالات. ولهذا فإن البعض يرجع نشأة النقود الإلكترونية إلى عام ١٨٦٠، حيث تم تحويل مبلغ مالي باستخدام التلغراف^١ ومع هذا، فإنه من الملاحظ أن المعنى الدقيق للنقود الإلكترونية لا يتطابق مع هذه الواقعة، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد حوالة نقدية من شخص إلى شخص آخر. ويذهب البعض الآخر^٢ إلى رد أصل النقود الإلكترونية إلى اختراع الكتابة المشفرة Cryptography، وقد استخدم العسكريون وسائل الاتصال المشفرة في نقل أسرار الأعداء. ويوجد نوعان من الاتصال المشفر: تشفير ذو مفتاح خاص أو متشابه Symmetric Key Cryptography، وتشفير ذو مفتاح عام Public Key Cryptography، ويقصد بالمفتاح Key الأداة المستخدمة لقراءة الرسالة المشفرة. ففي النوع الأول، يكون لدى المرسل والمستقبل نفس المفتاح وهو كتاب فك الشفرة، بينما يوجد في النوع الثاني مفتاح عام للإرسال ومفتاح خاص للاستقبال^٣.

وعلى الرغم من أن خدمة تحويل الأموال قد بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩١٨ وذلك عندما قامت بنوك الاحتياط الفيدرالي بنقل النقود بواسطة التلغراف، فإن الاستخدام الواسع للنقود الإلكترونية لم يبدأ إلا في عام ١٩٧٢ عندما تأسست دار المقاصة الآلية Automated Clearinghouse. فقد تولت هذه

^١ تم اختراع التلغراف بواسطة Samuel F.B. Morse وذلك في سنة ١٨٤٤. انظر في تفصيل ذلك: Bernkopf, M., "Electronic

Cash and Monetary Policy", First Monday Review, Vol. 1, N°1, May, 1996, P. 3.

^٢ Solinsky, J. , "An Introduction to Electronic Commerce", Worldquest University, Olen Soifer,

USA, 1995, p.8.

^٣ Bernkopf, M., "Electronic Cash and Monetary Policy", op.cit, P. 4.

المؤسسة عملية إمداد خزانة الولايات المتحدة الأمريكية وأيضاً البنوك التجارية بديل إلكتروني لإصدار الشيكات Check Preprocessing، وعلى غرار هذا النظام، انتشر وجود أنظمة متشابهة في أوروبا، ونتج عن هذا استخدام النقود الإلكترونية بصورة شائعة في أنحاء المعمورة تتم المدفوعات في النظم المصرفية العالمية بطريقة إلكترونية من خلال عدد من شبكات الكمبيوتر القائمة بين البنوك. ومن أكثر هذه الشبكات اتساعاً شبكة CHIPS (Clearing House Interbank Payments System)، وهي عبارة عن شبكة مملوكة ومدارة بواسطة دار المقاصة في نيويورك، حيث يتم استخدامها في تحويل قيم نقدية كبيرة. في عام ١٩٩٤، قامت شبكتي CHIPS و FEDWIRE بإنهاء ١١٨ مليون صفقة قدرت قيمتها بمبلغ ٥٠٧ تريليون دولار^١.

أما البطاقات البلاستيكية الإلكترونية، والتي تعد الصورة الرئيسة للنقود الإلكترونية، فلم تعرف إلا في عام ١٩٧٠ على يد الياباني Kunitaka Arimura. وفي عام ١٩٧٤ طور الفرنسي Roland Morens هذا الاختراع من خلال تطوير أوجه استخدام هذه البطاقة الإلكترونية، وفي الواقع فإن Honeywell Bull يعد أول من اخترع البطاقة الذكية Smart Card التي تمثل الشكل الرئيس للنقود الإلكترونية وكان ذلك في عام ١٩٧٩. إلا أن هذه الصورة الأولية لهذه البطاقة كانت تتسم ببراءة التصميم مما دفع شركة French Bank Card Association إلى استخدام تكنولوجيا أكثر تقدماً لإنتاج البطاقات الذكية، وظهرت بالفعل أول بطاقة ذكية تقليدية في عام ١٩٨٦^٢.

هذا وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أول الدول التي عرفت النقود الإلكترونية وتبلغ عدد البطاقات الإلكترونية فيها ٢٦٢٨ بطاقة لكل ألف نسمة مقارنة باليابان حيث تصل النسبة إلى ١٩٤٥ بطاقة بينما لا تتجاوز هذه النسبة ٧٨٦ بطاقة في أوروبا. ويستخدم الكنديون هذه البطاقة في إبرام أكثر من ٥٠% من صفقاتهم في مقابل ٢٢% بالنسبة للأمريكيين و ١٨% فقط بالنسبة للأوروبيين^٣. وعلى النقيض من هذا، فإن حجم استخدام النقود الإلكترونية مازال ضعيفاً مقارنة باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية في إبرام الصفقات. ففي ألمانيا، ارتفع حجم النقود الإلكترونية (المخزنة على بطاقات بلاستيكية سابقة الدفع) من ٥١١ مليون مارك ألماني في عام ١٩٩٧ إلى ١٢٣٨ مليون مارك ألماني في عام ١٩٩٨. أما عن النقود الإلكترونية التي استخدمت بالفعل فلم يتجاوز حجمها ١٦٠ مليون مارك ألماني تم دفعها في ١٢ مليون صفقة في عام ١٩٩٨ مقابل ٨٥ مليون مارك ألماني تم دفعها في ٤ مليون صفقة في عام ١٩٩٧^٤. أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن استخدام النقود الإلكترونية (في شكل بطاقات ذكية) قد ارتفع حجمها من ٥١ مليون دولار في عام ١٩٩٢ إلى ١٤٥ دولار في عام ١٩٩٦ أي أنها زادت بنسبة ٣٠%

^١ Jerry gao , and other, A peer to peer wireless payment system, san jose state university , comuter eng,usa ,2005, p.5.

بحث منشور في موقع المكتبة الافتراضية العلمية العراقية : www.ivsl.org

و انظر ايضا Khanh quoc nguyen, and other , micro digital money for electronic commerce , school of computing and IT university of western sydney, 1997.p.3

بحث منشور في الموقع السابق.

^٢ Good, Barbara , "Electronic Money", Federal Reserve Bank of Cleveland Working Paper, No 97/16, 1997, PP 6-8.

^٣ Deutsche Bundesbank , "Recent developments in electronic money", Deutsche Bundesbank Monthly Report, 1999, P. 43.

^٤ Deutsche Bundesbank , "Recent Developments in electronic money", Op. Cit., P. 46.

ومن المتوقع ارتفاعها بنسبة ٦١% في عام ٢٠٠١ ليصل حجم ما تم إنفاقه من نقود إلكترونية إلى ١٥٥٠ مليون دولار^١.

المطلب الثاني- أشكال النقود الإلكترونية

تختلف صورة النقود الإلكترونية وأشكالها تبعاً للوسيلة التي يتم من خلالها تخزين القيمة النقدية، وكذلك وفقاً لحجم القيمة النقدية المخزونة على تلك الوسيلة التكنولوجية. فهناك إداً معيارين لتمييز صور النقود الإلكترونية: معيار الوسيلة ومعيار القيمة النقدية.

أولاً:- معيار الوسيلة: نستطيع أن نقسم النقود الإلكترونية وفقاً للوسيلة المستخدمة لتخزين القيمة النقدية عليها إلى البطاقات سابقة الدفع، والقرص الصلب، وأخيراً الوسيلة المختلطة.

١- البطاقات سابقة الدفع Prepaid Cards: ويتم بموجب هذه الوسيلة تخزين القيمة النقدية على شريحة إلكترونية مثبتة على بطاقة بلاستيكية. وتأخذ هذه البطاقات صوراً متعددة. وأبسط هذه الأشكال هي البطاقات التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه، ومن أمثلتها البطاقات الذكية Smart Cards المنتشرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وبطاقة دامونت سابقة الدفع Danmnt Prepaid Cards، والتي يتم تداولها بصورة شائعة في الدانمارك. وهناك أيضاً بعض البطاقات التي تستخدم كنقود إلكترونية وتستعمل في ذات الوقت كبطاقات خصم Debit Cards مثل بطاقات Abant Cards المنتشرة في فنلندا^٢. وهناك أخيراً بطاقات متعددة الأغراض، أي تستخدم في ذات الوقت كبطاقة خصم، وكبطاقة تليفون وكبطاقة شخصية بالإضافة إلى كونها نقوداً إلكترونية.

٢- القرص الصلب Hard Disk: ويتم تخزين النقود هنا على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي ليقوم الشخص باستخدامها متى يريد من خلال شبكة الإنترنت، ولهذا فإنه يطلق على هذا النوع من النقود أيضاً مسمى النقود الشبكية Network Money. وطبقاً لهذه الوسيلة، فإن مالك النقود الإلكترونية يقوم باستخدامها في شراء ما يرغب فيه من السلع والخدمات من خلال شبكة الإنترنت، على أن يتم خصم ثمن هذه السلع والخدمات في ذات الوقت من القيمة النقدية الإلكترونية المخزنة على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي^٣.

٣- الوسيلة المختلطة: وتعد هذه الوسيلة خليطاً مركباً من الطريقتين السابقتين، حيث يتم بموجبها شحن القيمة النقدية الموجودة على بطاقة إلكترونية سابقة الدفع على ذاكرة الحاسب الآلي الذي يقوم بقراءتها وبثها عبر شبكة الإنترنت إلى الكمبيوتر الشخصي لبياع السلع والخدمات.

ثانياً:- معيار القيمة النقدية: هناك تصنيف آخر للنقود الإلكترونية يرتكز على معيار حجم القيمة النقدية المخزنة على الوسيلة الإلكترونية (البطاقة البلاستيكية أو القرص الصلب). ونستطيع أن نميز هنا بين شكلين من النقود الإلكترونية:

١- بطاقات ذات قيمة نقدية ضعيفة TinyValue Cards: وهي بطاقات صالحة للوفاء بأثمان السلع والخدمات والتي لا تتجاوز قيمتها دولاراً واحداً فقط^٤.

٢- بطاقات ذات قيمة متوسطة: وهي تلك التي تزيد قيمتها عن دولار ولكنها لا تتجاوز ١٠٠ دولار.

^١ Good, Barbara , "Will Electronic Money Be Adopted in the United States", Federal Reserve Bank of

Cleveland Working Paper, No 98/22, 1998, PP. 4.

^٢ Thygesen, Christian and Kruse, Mogens, "Electronic Money", Danamarks National Bank Monetary

Review, 4th Quarter, 1998, P. 3.

^٣ Bostjan brumen , and other , internet commerce athorities and digital cash , institute of informatics

,slovenia, 2000, p.7.

بحث منشور على الانترنت في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية على الموقع : www.ivsl.org

^٤ انظر حيدر عبدالمطلب هاشم الحسني، خصوصية التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق -

جامعة النهريين، ٢٠١٠، ص ١٢٣.

المبحث الثاني- تعريف و خصائص النقود الإلكترونية

إن النقود الإلكترونية إذا كانت تصلح لأن تحل محل النقود التقليدية، وكذلك محل وسائل الدفع المختلفة كالعملة النقدية والشيك وبطاقات الخصم والشيك السياحي وأيضاً بطاقات الائتمان، من الضروري أن نعرف هذه النقود و نحدد خصائصها وذلك من خلال المطلبين الآتيين حيث نتناول في المطلب الأول تعريف النقود الإلكترونية، و المطلب الثاني خصائص النقود الإلكترونية.

المطلب الأول - تعريف النقود الإلكترونية

استخدم البعض^١ اصطلاح النقود الرقمية Digital Money أو العملة الرقمية Digital currency، بينما استخدم البعض الآخر^٢ مصطلح النقدية الإلكترونية Electronic cash. وبغض النظر عن الاصطلاح المستخدم، فإن هذه التعبيرات المختلفة تشير إلى مفهوم واحد وهو النقود الإلكترونية Electronic Money وسوف نستخدم هذا المصطلح الأخير في بحثنا هذا وذلك لشيوع استخدامه ودلالته في الوقت نفسه على مضمون ومعنى هذه النقود.

وكما اختلف الفقهاء حول الاصطلاح، فقد اختلفوا أيضاً حول وضع تعريف محدد للنقود الإلكترونية، حيث هناك عدة تعاريف للنقود الإلكترونية يمكن تقسيمها على النحو الآتي:-

اولا: التعريف الفقهي للنقود الإلكترونية: اختلف الفقه بتعريف النقود الإلكترونية و نتيجة لذلك برزت عدة آراء و هي:-

الراي الاول :- عرفها البعض بأنها دفع أو تحويل الودائع المدخلة والمعالجة الكترونياً ضمن أنظمة البنوك الإلكترونية^٣، غير أن الملاحظ على هذا التعريف أنه يتطرق إلى وسيلة تحويل القيمة الكترونياً دون أن يتطرق إلى تعريف القيمة النقدية نفسها.

الراي الثاني :- ذهب رأي آخر إلى أن النقود الإلكترونية هي بطاقات تحتوي على مخزون الكتروني أو أرصدة نقدية محملة الكترونياً على بطاقة تخزين القيمة^٤، غير أن هذه التعريف لم يعرف هو الآخر النقود الإلكترونية بل عرف الوسيلة التي يتم فيها خزن أو حفظ تلك النقود.

الراي الثالث :- ويرى تعريف أكثر دقة أن النقود الإلكترونية عبارة عن سلسلة من الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لموديعها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على كارت ذكي أو على القرص الصلب^٥، غير أن هذا التعريف، وإن كان مستوفياً للمعنى الفني والمادي للنقود الإلكترونية، ينقصه الجانب الموضوعي في تعريف النقود الإلكترونية.

^١ Berensten, Aleksander , "Monetary Plicy Implications of Digital Money", Kyklos,1998, Vol. 51, n^o Cash 1, P.90

^٢ انظر البند ثانيا /١/ب من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢ الصادرة عن البنك المركزي المصري بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٢.

^٣ انظر حيدر عبدالمطلب هاشم الحسني، المرجع السابق، ص١٢٣.

^٤ انظر د.فاروق محمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢، ص ١٠٥.

^٥ انظر نضال سليم برهم، احكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، ص ١٦٦. وكذلك انظر

د.عدنان ابراهيم سرحان، الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، دبي

١٠ - ١٢ / ٥/ ٢٠٠٣/ المجلد الاول، ص٢٨٣.

الراي الرابع:- يرى البعض الآخر^١ بانها هي تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الالكترونية، ويتم تخزينها الكترونياً و انها عدة انواع، و قد ظهرت نتيجة التطور في تقنيات الاتصالات الالكترونية و تغير الانظمة الحكومية.

ثانياً: تعريف المؤسسات المالية للنقود الالكترونية: كما اختلف الفقه بتعريف النقود الالكترونية، اختلفت ايضا المؤسسات المعنية بتعريف النقود الالكترونية كما مفصل في ادناه:-

١- **تعريف المفوضية الاوربية:** فلقد عرفت المفوضية الأوروبية^٢ بأنها قيمة نقدية مخزونة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، ويتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها بديل عن العملات النقدية والورقية، وذلك بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة. إلا أن هذا التعريف ليس مانعاً وتعوزه الدقة، حيث أنه لا يستبعد دخول وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى و هي أمر مختلف عن النقود الإلكترونية.

٢- **تعريف البنك الدولي BIS:** يقال الشئ نفسه عن تعريف البنك الدولي للنقود الإلكترونية حيث ذهب إلى اعتبارها "قيمة نقدية في شكل وحدات ائتمانية مخزونة بشكل إلكترونية أو على أداة إلكترونية يحوزها المستهلك".^٣

٣- **تعريف المجلس الاستشاري الفيدرالي للمستهلك في الولايات المتحدة:** و لقد توسع المجلس الاستشاري الفيدرالي للمستهلك في الولايات المتحدة^٤ في مفهوم النقود الإلكترونية، فعرفها بأنها نقود يتم نقلها إلكترونياً.

٤- **تعريف البنك المركزي الاوربي :** عرفها البنك المركزي الأوروبي^٥ بأنها "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً. ويعد هذا التعريف هو الأقرب إلى الصحة نظراً لدقته وشموله لصور النقود الإلكترونية واستعباده للظواهر الأخرى التي يمكن أن تتشابه معها.

٥- **تعريف شركة إيرنست اند يونغ:** عرّفت شركة إيرنست اند يونغ^٦ النقود الإلكترونية بأنها مجموعة من البروتوكولات والتوافيق الرقمية التي تُتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعلياً محل تبادُل العُمَلات التقليدية^١.

^١ انظر د.محمد سعدو الجرف، اثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع و الخدمات، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ /٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول، ص ١٩٢.

^٢ European Commission , "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, 1998, COM (98) 727, PP.w.

^٣ Bank for International settlements (BIS), "Implication for central banks of the development of electronic money, Basle,1996, P. 13.

^٤ The consumer Advisory Board of the Federal Reserve Board of the USA, 1996, "Federal Reserve Board Consumer Advisory Council Meeting", nov. 2, P. 5.

^٥ European Central Bank , "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany, August, 1998, P. 7.

^٦ إيرنست و يونغ Ernst & Young أو E&Y هي إحدى أكبر الشركات المهنية في العالم وتعتبر واحدة من الشركات الأربع الكبار و تعتبر سابع أكبر شركة في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك في سنة 2007 .

تعتبر إيرنست و يونغ منظمة عالمية تتكون من مجموعة من الشركات الأعضاء. المقر الرئيسي العالمي لها في لندن في بريطانيا، أما المقر الرئيسي لفرعها في الولايات المتحدة الأمريكية فيقع في نيويورك تايم سكوير.

٦- **تعريف البنك المركزي المصري:** عرفها البنك المركزي المصري^٢ بانها وحدات من النقود تخزن على وسائط الكترونية Electronic device مثل الحاسب الشخصي الذي يتم تحميله ببرنامج خاص لهذا الغرض، و تستخدم هذه النقود لاجراء مدفوعات ذات قيم محدودة بتحويلها الى الوسائط الالكترونية الخاصة بالاطراف المتقابلة.

ثالثا:- التعريف المقترح للنقود الالكترونية: يمكن أن نعرف النقود الالكترونية بأنها عبارة عن قيمة نقدية بعملة محددة تصدر في صورة بيانات الكترونية مخزنة على كارت ذكي أو قرص صلب بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة.

وينسجم هذا التعريف مع ما عرفها به القرار التوجيهي الصادر من البرلمان الاوربي في ٢٠٠٠/٩/١٨ بانها " كل قيمة تمثل ديناً على مصدرها و تخزن في دعامات الكترونية"^٣

وتجدر الإشارة إلى أن النقود الالكترونية عبارة عن وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني الذي يتم بعبدة وسائل أخرى غير النقود الالكترونية وهذا ما يتناقض مع استخدام البعض لمصطلح النقد الالكتروني للدلالة على كل أنواع الدفع التي تتم بطريقة الكترونية، غير أن هذا الاستخدام بدأ ينحسر مع تبلور مفهوم النقود الالكترونية وتحديد معناها.

إذ يختلف مصطلح النقود الالكترونية عن البطاقات المصرفية الالكترونية مثل بطاقة الائتمان وبطاقة السحب الآلي وبطاقة الدفع وبطاقات الصرف البنكي والبطاقات الذكية وبطاقات الموندكس^٤.

كما يختلف مفهوم النقود الالكترونية عن التحويل الالكتروني الذي يعني تحويل قيمة نقدية من حساب إلى آخر بوسيلة الكترونية وهو من ثم لا يتضمن تمثل قيمة نقدية معينة في كيان مادي بل هو عبارة عن رقم

تشكلت الشركة بفعل سلسلة من الاندماجات لمنظمات سابقة. تم تأسيس أقدم هذه المنظمات في سنة 1849 في إنجلترا وسميت هارنج أند بولين في تلك السنة قام فريدريك ويني بالانضمام إلى الشركة. أصبح شريكاً في سنة 1859 وبدخول أبنائه إلى الشركة تغير اسمها إلى ويني، ومن ثم في سنة 1894 أصبح اسمها سميث أند ويني.

في بداية سنة 1924 قامت هذه الشركات الأمريكية بالاندماج مع شركات بريطانية شهيرة، حيث اندمجت يونج مع برودس باتيرسون وشركائه. أما إرنست فاندمجت مع سميث وويني. أدى هذا الأمر إلى تأسيس الشركة الأنجلو-أمريكية التي أطلق عليها اسم إرنست أند ويني وكان هذا في سنة 1979 حيث اعتبرت رابع أكبر شركة محاسبية في العالم. في سنة 1989، اندمجت الشركة رقم ٤ على مستوى العالم مع الشركة رقم ٥ على مستوى العالم وهي آرثر يونج مما أدى إلى تشكيل إرنست ويونغ.

لتفاصيل أكثر عن الشركة المذكورة انظر الموسوعة الحرة (ويكيديا) منشورة على الانترنت في الموقع:

<http://ar.wikipedia.org/wiki/>

^١ انظر مناصر لطيفة و عبد العزيز فطيمة، التجارة الالكترونية في الدول العربية الواقع و التحديات، المركز الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٣٦.

وانظر ايضا ود النور، ماهي النقود الالكترونية، ص ١ بحث منشور على الانترنت في الموقع :

<http://cbfs.merrikhna.net/vb/showthread.php?t=474>

^٢ انظر البند ثانيا ١/ ب من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية لسنة ٢٠٠٢ الصادرة عن البنك المركزي المصري بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٢٨.

^٣ انظر القرار المذكور رقم (CE/ 2000/46) المتعلق بنشاط مؤسسات النقد الالكتروني، الجريدة الرسمية للمجموعة الاوربية بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٠ مشار اليه في

G.Mathiaset A. Memais , les enjeux de la monnaie electronique juriscom , net1417 , 2001 , p.1

^٤ انظر بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الثانية ٢٠١٠، ص ٢٠٤.

يتحول من حساب إلى آخر وكل ما في الأمر أن التحويل يتم طلبه بوسيلة الكترونية دون أن يختلف عن التحويل العادي الذي يتم في المعاملات الورقية^١.

كذلك تختلف النقود الإلكترونية عن الوسائط الإلكترونية المصرفية وهي مجموعة من الخدمات التي تقدمها المصارف يمكن بواسطتها للعملاء الاستفادة من خدمات المصرف عبر الانترنت مثل الهاتف المصرفي وخدمات المقاصة الإلكترونية والانترنت المصرفي^٢.

المطلب الثاني- خصائص النقود الإلكترونية

تمتاز النقود الإلكترونية بجملة من الخصائص المميزة لها و التي اكتسبتها من طبيعتها الخاصة التي تتصف بها و يمكن تحديد خصائص هذه النقود بالنقاط الآتية:-

أولاً: النقود الإلكترونية قيمة نقدية مخزنة إلكترونياً: النقود الإلكترونية وخلافاً للنقود التقليدية عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية أو على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي. أي أنها تشمل وحدات نقدية لها قيمة مالية. ويترتب على هذا أنه لا تعتبر بطاقات الاتصال التليفوني من قبيل النقود الإلكترونية حيث أن القيمة المخزونة على الأولى عبارة عن وحدات اتصال تليفونية وليست قيمة نقدية قادرة على شراء السلع والخدمات. وكذلك الأمر بالنسبة للبطاقات الغذائية (الكوبونات) والتي من المتصور تخزينها إلكترونياً على بطاقات، فهي لا تعد نقوداً إلكترونية لأن القيمة المسجلة عليها ليست قيمة نقدية بل هي قيمة عينية تعطى حاملها الحق في شراء وجبة غذائية أو أكثر وفقاً للقيمة المخزونة على البطاقة.

كما انها مخزنة على وسيلة إلكترونية وتعد هذه الصفة عنصراً مهماً في تعريف النقود الإلكترونية، حيث يتم شحن القيمة النقدية بطريقة إلكترونية على بطاقة بلاستيكية أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي للمستهلك^٣. وهذا العنصر يميز النقود الإلكترونية عن النقود التقليدية التي تعد وحدات نقدية مصكوكة أو مطبوعة، وفي الواقع فإنه يتم دفع ثمن هذه البطاقات مسبقاً وشراؤها من المؤسسات التي أصدرتها، ولهذا، فإنه يطلق عليها البطاقات سابقة الدفع Prepaid Cards.

ثانياً: النقود الإلكترونية ثنائية الأبعاد: إذ يتم نقلها من المستهلك إلى التاجر دون الحاجة إلى وجود طرف ثالث بينهما كمصدر هذه النقود مثلاً. فالنقود الإلكترونية صالحة لإبراء الذمة ووسيلة لدفع أثمان السلع والخدمات دون أن يقتضي ذلك قيام البائع بالتأكد من حقيقة هذه النقود أو من كفاية الحساب البنكي للمشتري كما هو الحال بالنسبة لوسائل الدفع الإلكترونية، حيث يتأكد البائع من مدى كفاية الرصيد الموجود في حساب المشتري.

و انها غير مرتبطة بحساب بنكي وتوضح أهمية هذا العنصر في تمييزه للنقود الإلكترونية عن وسائل الدفع الإلكترونية، فهذه الأخيرة عبارة عن بطاقات إلكترونية مرتبطة بحسابات بنكية للعملاء مستخدمي هذه البطاقات تمكنهم من القيام بدفع أثمان السلع والخدمات التي يشترونها مقابل عمولة يتم دفعها للمصرف مقدم هذه الخدمة. ومن أمثلة وسائل الدفع الإلكترونية، بطاقات الخصم Debit Cards، وهي عبارة عن بطاقات يقتصر استخدامها خصماً على حسابات دائنة للعملاء يتم بموجبها تحويل قيمة نقدية من حساب إلى حساب آخر^٤. فهي بمثابة المفتاح الذي يسمح بالنفاز إلكترونياً إلى الودائع البنكية المملوكة لمستخدم هذه البطاقة. وتعتبر بطاقات الائتمان Credit Cards من قبيل وسائل الدفع الإلكترونية حيث يتم استخدام هذه البطاقات

^١ انظر بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

^٢ انظر المرجع السابق، ص ٢٠٥.

^٣ لمزيد من التفصيل حول كيفية عمل النقود الإلكترونية انظر: رأفت رضوان، "عالم التجارة الإلكترونية"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مكتبة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ١٩٩٩، ص ٩٣-٩٧.

^٤ انظر د. حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، الوفاء الإلكتروني كوسيلة لتنفيذ الالتزام - دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين، المجلد ١٤، العدد ٣، ايلول ٢٠١٢، ص ١٨٩.

خصماً على حسابات بنكية مدينة نظير فائدة يقوم بدفعها حامل أو مالك هذه البطاقة إلى المؤسسة المصرفية التي منحتة هذا الائتمان^١.

من الواضح إذاً أن النقود الإلكترونية تتشابه مع الشيكات السياحية Travelers Checks التي هي عبارة عن استحقاق حر أو عائم على بنك خاص أو مؤسسة مالية أخرى، وغير مرتبط بأي حساب خاص^٢. وهذا ما دعا البعض^٣ إلى اعتبار النقود الإلكترونية بمثابة تيار من المعلومات السابحة أو الطوافة.

ثالثاً: النقود الإلكترونية ليست متجانسة: حيث أن كل مصدر يقوم بخلق وإصدار نقود إلكترونية مختلفة. فقد تختلف هذه النقود من ناحية القيمة، وقد تختلف أيضاً بحسب عدد السلع والخدمات التي يمكن أن يشتريها الشخص بواسطة هذه النقود. فهذه النقود ليست متماثلة أو متجانسة.

و تحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها ويعني هذا العنصر ضرورة أن تحظى النقود الإلكترونية بقبول واسع من الأشخاص والمؤسسات غير تلك التي قامت بإصدارها. فيتعين إذاً ألا يقتصر استعمال النقود الإلكترونية على مجموعة معينة من الأفراد، أو لمدة محددة من الزمن، أو في نطاق إقليمي محدد. فالنقود، ولكي تصير نقوداً يتعين أن تحوز ثقة الأفراد وتحظى بقبولهم باعتبارها أداة صالحة للدفع ووسيطاً للتبادل. من ناحية أخرى، فإنه لا يجوز اعتبار هذه الوسائل نقوداً إلكترونية في حالة ما إذا كان مصدرها وملكها هو شخص واحد. فعلى سبيل المثال، لا تعد بطاقات الاتصال التليفوني نقوداً إلكترونية نظراً لكون من أصدرها ومن يقبلها هو جهة واحدة (شركة الاتصالات التليفونية)، حيث لا يصلح العمل بهذه البطاقة إلا في أجهزة التليفون التي خصصتها تلك الهيئة لهذا الغرض.

رابعاً: سهولة الحمل: تتميز النقود الإلكترونية بسهولة حملها نظراً لخفة وزنها وصغر حجمها، ولهذا فهي أكثر عملية من النقود التقليدية، ويرجع ذلك إلى أنها تغني الفرد من حمل نقود كبيرة لشراء السلع والخدمات^٤. كما أنها وسيلة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة يجب أن تكون هذه النقود صالحة للوفاء بالالتزامات كإجراء السلع والخدمات، أو ابراء ذمة المدين. أما إذا اقتضت وظيفة البطاقة على تحقيق غرض واحد فقط كإجراء نوع معين من السلع دون غيره أو للاتصال التليفوني، ففي هذه الحالة لا يمكن وصفها بالنقود الإلكترونية بل يطلق عليها البطاقات الإلكترونية ذات الغرض الواحد.

خامساً: وجود مخاطر لوقوع أخطاء بشرية وتكنولوجية: يلاحظ أن النقود الإلكترونية هي نتيجة طبيعية للتقدم التكنولوجي. وعلى الرغم مما تقدمه هذه التكنولوجيا للبشرية من وسائل الراحة والرفاهية، فإنها تظل عرضة للأعطال مما يتسبب في وقوع مشكلات كثيرة خاصة في ظل عدم وجود كوادرات مدربة وخبيرة تكون قادرة على إدارة المخاطر المترتبة على مثل هذه التقنيات الحديثة^٥. وهذا ينطبق على النقود الإلكترونية،

^١ انظر المرجع السابق، ص ١٩٠.

^٢ White, L.H., "The Technology Revolution and Monetary Evolution" in, The Future of Money in the Information Age, Cato Institute's 14th annual monetary conference, May 23, Washington, D.C., 1996, P. 16.

^٣ Philips, J., "Bytes of Cash: Banking, Computing and Personal Finance", First Monday Review, Vol. 1, N°5, November 1996, P. 3.

^٤ انظر وعود كاتب الاباري، السداد الالكتروني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع، ٢٠١٠، العراق، ص ٢٠٦.

^٥ يصاحب تقديم العمليات المصرفية الالكترونية مخاطر متعددة وقد اشارت لجنة بازل للرقابة المصرفية الى انه ينبغي قيام البنوك بوضع السياسات و الاجراءات التي تتيح لها ادارة هذه المخاطر من خلال تقييمها و الرقابة عليها و متابعتها و اصدرت اللجنة خلال اذار ١٩٩٨ و ايار ٢٠٠١ عدة مبادئ لادارة هذه المخاطر شملت مخاطر التشغيل و السمعة و مخاطر قانونية.

وبصفة خاصة تلك التي يتم التعامل بها عبر الإنترنت. وعلى النقيض من ذلك، فإن النقود التقليدية تتميز بالوضوح وقلة الأخطاء الناتجة عن التعامل بها. ومع هذا فمن المتوقع أن تقل المشكلات الناتجة عن التعامل بالنقود الإلكترونية في المستقبل مع اعتياد استخدامها والتعامل بها.

سادساً: النقود الإلكترونية هي نقود خاصة: على عكس النقود التقليدية التي يتم إصدارها من قبل البنك المركزي، فإن النقود الإلكترونية يتم إصدارها في غالبية الدول عن طريق شركات أو مؤسسات ائتمانية خاصة، ولهذا فإنه يطلق على هذه النقود اسم النقود الخاصة Private Money.

الفصل الثاني

الطبيعة والتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية

لا ريب أن استخدام النقود الإلكترونية يثير عددا من المشاكل الفنية والمالية والاقتصادية والقانونية ذلك أن هذه النقود نمط جديد يختلف عما اعتاد عليه البشر في حياتهم الماضية من تجسد القيمة النقدية في شيء ملموس يرى بالعين المجردة ولا يحتاج إلى واسطة لكي يتم التعامل بها.

يمكن أن تثير النقود الإلكترونية بعض المشاكل القانونية، وتتبع هذه المشاكل أساساً من خلال انتهاك القوانين والتعليمات مثل جرائم غسيل الأموال، إفشاء أسرار العميل وانتهاك السرية. من ناحية أخرى، فإن المشاكل القانونية قد تتولد أيضاً عندما تقنن حقوق والتزامات الأطراف المختلفة المتعاملة بالنقود الإلكترونية بطريقة غير دقيقة، حيث إن العلاقات التعاقدية والقانونية التي تنشأ بين المستهلكين وتجار التجزئة والمصدرين والمشغلين هي علاقات متشعبة ومعقدة. ولأن بحثنا متركز على بحث النقود الإلكترونية من الناحية القانونية باعتبارها وسيلة لدفع الثمن في العقد لذا سوف نقتصر على ما نراه ينشأ من مشاكل قانونية في حال استخدام النقود الإلكترونية كبديل مالي لشراء السلع والخدمات. يمكن القول أن النقود الإلكترونية تثير مشكلة طبيعتها ومدى إمكانية قبولها للوفاء بالالتزامات بديلاً عن النقود الورقية أولاً وتثير مشكلة كيفية إصدارها والتعامل بها لذلك لا بد من وضع ضوابط ومعايير لإصدارها.

المبحث الأول- الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية

نرى من الضروري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه طبيعة النقود الإلكترونية و نتناول في المطلب الثاني مدى كفاية النقود الإلكترونية للوفاء بالالتزامات المالية.

المطلب الأول- طبيعة النقود الإلكترونية

إذا كانت الأوراق النقدية تختلف عن بقية أنواع الأوراق التي تمثل قيمة معينة ويتم التعامل بها فهي تختلف عن الأوراق التجارية والأوراق المالية ولعل جوهر هذا الاختلاف هو إصدار هذه العملة بقانون وطبعها بشكالية معينة تصدر عن البنك المركزي وهو ما يجعلها ملزمة القبول لدى الفرد بحيث لا يستطيع أحد رفضها في التعامل^١.

لذلك فإن هذا الاختلاف قد يثير تساؤلاً حول طبيعة القيمة المالية المخزنة إلكترونياً ذلك أنها قد تصدر من البنك المركزي وقد تصدر من مؤسسات مالية أخرى وهو ما يجعل عدها نقوداً يلزم الأفراد بقبولها في

مشار إلى تقرير لجنة بازل في مرفق رقم ١ الخاص بمخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية الملحق بالضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية الصادرة من البنك المركزي المصري، المرجع السابق، ص ٧٠.

^١ فعلى سبيل المثال منح قانون المدفوعات السلوفيني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٢ بموجب المادة ٣١ منه الشركات المرخص لها إصدار النقود الإلكترونية والتي تشمل الشركات الوطنية وشركات إصدار النقود الإلكترونية التابعة للدول الاعضاء في الاتحاد الأوروبي المرخص لها إصدار النقود الإلكترونية داخل حدود جمهورية سلوفينيا اما بطريق مباشر او من خلال فروعها. مشار إلى موقف القانون السلوفيني في شيماء فوزي احمد، التنظيم القانوني للنقود الإلكترونية، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد ١٤، العدد ٥٠، السنة ١٦، ص

التعامل أمرا محل نظر و لا يستقيم مع الفكرة التقليدية لمفهوم المال^١، و ذلك لانها مجرد ملفات الكترونية صغيرة و ليس لها كيان مادي شأنها شأن ورقة النقد^٢.

و يرى البعض قد عولجت هذه المشكلة في الولايات المتحدة وفي الاتحاد الأوربي عن طريق منع إصدار النقود الالكترونية أو أي وسائل الدفع الالكتروني إلا من المؤسسات المالية الائتمانية أو تحت إشرافها وهو تقييد لإصدار العملة الالكترونية^٣.

غير أن هذا الحل ليس حلا سليما ذلك أن إصدار النقود يجب أن تنفرد الدولة بتقريرها وهو ما لا يمكن مع وجود جهات أخرى لإصدار النقود. بالإضافة إلى ذلك فإن النقود الالكترونية تستخدم عبر شبكة الكترونية وهو ما يجعلها تتجاوز الجغرافية والتي تحدد النطاق المكاني للسيادة الوطنية فإذا كانت النقود الالكترونية تتجاوز الحدود الجغرافية وتتسم بالطابع الدولي فهي تشكل خطرا على السيادة الوطنية.

لذلك يتطلب وجود تنظيم قانوني دولي لمشكلة إصدار النقود الالكترونية لأن هذه النقود كما تقدم من تعريفها وخصائصها ذات طابع دولي لا يمكن حصر التعامل بها داخل حدود دولة معينة.

إن كون النقود الالكترونية بيانات مخزنة على الحاسوب الآلي يطرح سؤالاً حول مدى اعتبار هذه النقود شيئاً مادياً فتكون ملكيته ملكية أي مال مادي أي أنها حقا عينيا أو أن هذه النقود هي أشياء غير مادية تكون الملكية فيها ملكية أدبية أو ذهنية.

إن الإجابة على هذا السؤال ينبغي أن تكون مسبقة ببيان كيفية خزن المعلومات على الحاسوب الآلي لأن النقود الالكترونية واحدة من أنماط هذه المعلومات.

إن النقود الالكترونية تخزن على مادة قابلة للتمغنط تتيح تضمين المعلومات فيها عن طريق مغنطة كل نقطة من نقاطها بإمرار تيار كهربائي فيها^٤، إذ تتم الاستفادة من قابلية هذه المادة للتمغنط بالاعتماد على نظام الأرقام الثنائية (نظام ١٠٠) حيث تكون مغنطة نقطة باتجاه عقارب الساعة مثلا ستجعلها تُقرأ في الحاسوب بوصفها الرقم ١ ولكن لو تمت مغنطتها باتجاه معاكس فستقرأ بوصفها الرقم صفر، وبتجميع الأرقام الموجودة في عدة نقاط سوف يتكون رمز معين يمثل كتابة أو معلومات بموجب أنظمة معدة تزود بها أجهزة الحاسوب^٥. لهذا قد اثارَت الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية جدلا كبيرا في الفقه على الرغم من الاتفاق على اهمية هذه النقود بالنسبة للتجارة الالكترونية، و قد تركزت هذه الخلافات الفقهية حول نقطتين اساسيتين يمكن تلخيصهما في سؤالين هما:-

- هل النقود الالكترونية اموال تؤدي الوظائف نفسها التي تؤديها الاموال ؟
- هل النقود الالكترونية نوع جديد من الاموال يضاف الى الاموال النقدية و الاموال المكتوبة، ام انها تنتمي الى واحدة من هذه الانواع ؟

^١ انظر المادة ٦٥ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان (المال هو كل حق له قيمة مادية)

^٢ انظر د.نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الالكتروني و النقود الرقمية، دراسة مقارنة، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠ - ١٢ / ٥ / ٢٠٠٣ المجلد الاول، ص ٧١.

^٣ انظر نبيل مهدي زوين، النقود الالكترونية - دراسة قانونية، ص ٦. بحث منشور على الانترنت بتاريخ ٢٠١٢/٣/٨ في موقع : <http://www.dahsha.com/old/viewarticle.php?id=33446>. انظر نضال سليم برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار

الثقافة للتوزيع و النشر، عمان، ٢٠١٠، ص ١٦٥ و ما بعدها.

^٤ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص ١٦٦.

^٥ Sabrina M. Shedid and Mohammed Kouta , modified set protocol for mobile payment , 2012 2nd

international conference on software technology and engineering (ICSTE) p.VI351

بحث منشور في موقع المكتبة الافتراضية العلمية العراقية بتاريخ : ٢٠١٢/٣/١ : www.ivsl.org

^٦ انظر سمير عبد السمیع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٥٦. Op. Cit. P. VI352

لا تخفى أهمية الاجابة على هذين السؤالين فهذه الاجابة ستحدد في الواقع النظام القانوني الذي ينطبق على النقود الالكترونية، و مع ذلك يمكن القول بان هناك بعض نقاط الاتفاق في الفقه على ان هذه الوحدات الالكترونية التي تستخدم في الوفاء عبر الانترنت يتوافر فيها خصائص النقود و تقوم بوظائف هذه النقود، اما مكانة هذه النقود الالكترونية بالمقارنة بنوعي الاموال الاخرى، فهي في الحقيقة نقطة الخلاف ونتيجة لذلك برز رايان في الفقه:-

الراي الاول:- يرى البعض^١ ان النقود الالكترونية ليست سوى اموال مكتوبة^٢ (scriptural money) فهي لا تكون في صورة مادية، و انما في صورة وحدات او في صورة ارقام تقيد في جانب المدين لدى المستهلك التي يوفي بها، و تقيد في جانب الدائن للتاجر الذي قبل الوفاء بها، و بذلك فهي تشبه الوفاء عن طريق التحويلات او البطاقات البنكية، و ما يميزها فقط عن هذا النوع من الاموال انها تصدر و تتداول الكترونياً، فهي اموال مكتوبة تاخذ الشكل الالكتروني.

الراي الثاني:- ذهب البعض الاخر^٣ من الفقه الى ان النقود الالكترونية نوع جديد من الاموال يتمتع بخصوصية تجاه النقود الورقية و النقود المكتوبة، فهي اولا لا تتمتع بذاتية مستقلة عن النوعين السابقين من الاموال، فالتاجر او الدائن بعد ان يتحصل على هذه الوحدات من المستهلك يطلب من المصدر ان يحولها له اما نقود ورقية او نقود مكتوبة، لانها لا تتمتع بقبول عام لدى كل التجار بعكس النوعين السابقين، ومن ثم فهي دائماً في حاجة اليهما، و ثانياً انه بوصول هذه الوحدات الى التاجر لا يعد دائماً للمصدر بقيمتها، و ليس له الحق في مطالبة المصدر بالسداد فالاصل ان السداد قد تم بوصول الوحدات اليه من المستهلك و كل ما هنالك ان له حق مطالبة المصدر بتحويل هذه الاموال الى اموال عادية (ورقية او مكتوبة) فالمصدر و الحال كذلك ليس في الوضع القانوني نفسه للمصرف في حالة النقود المكتوبة، فهو لا يصدر هذه الاموال الا اذا كان قد اخذ مقابل لها مسبقاً من المستهلك.

الراي المقترح :- ان هذا الخلاف الفقهي حول طبيعة النقود الالكترونية نشب بسبب الطبيعة الخاصة لهذه الاموال سواء عند اصدارها في علاقة المصدر بالمستهلك او عند استخدامها في علاقة المستهلك بالتاجر او عند عودتها مرة اخرى الى المصدر لتحويلها في علاقة التاجر بالمصدر، لكن هذه النقود الالكترونية هي تمثيل مادي للقيمة النقدية وبالتالي فإن الحق الوراد عليها هو حق عيني، حيث يؤكد البعض^٤ انها تمثل قيمة مالية معينة تستخدم في الوفاء باثمان السلع و الخدمات، و لا يمنع من ذلك كونها غير قابلة للاستخدام إلا عبر جهاز الحاسوب لأن هذه الصفة تنافي قابلية الرؤية للعملة الالكترونية ولكنها لا تنافي ماديتها، و يمكن القول بان طبيعة هذه النقود تستلزم وجود عدة عوامل مساعدة للنقد الالكتروني والتي يمكن القول أن أهمها هي دفعها عبر شبكة الكترونية ووجوب توافر نظام مصرفي معد لغرض التعامل مع النقد الالكتروني

أولاً: دفع النقود عبر شبكة الكترونية: من خلال تعريف النقود الالكترونية يتبين أنه لا يمكن أن تستخدم إلا بوجود جهاز حاسوب مرتبط عبر شبكة الكترونية خاصة أو عامة، إن هذه الخاصية تجعل من النقود الالكترونية ذات طابع دولي ذلك أن فضاء الشبكات الإلكترونية لا يتقيد بالحدود الجغرافية لدولة معينة بل يمتد ليشمل أرجاء المعمورة وهو ما يستلزم تنظيمًا دوليًا لهذه النقود.

^١ Piffartit Nadia. , Atheoretical approach to electronic money , working papers, faculty of Economic and social sciences , University of Fribourg, February , 1998,p10.

^٢ الكتابة الالكترونية هي كل حرف او رقم او رمز او اية علامة اخرى تثبت على وسيلة الكترونية او رقمية او ضوئية او اية وسيلة اخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للادراك و الفهم. انظر المادة ١/ خامسا من مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي.

^٣ Blanluet G. , la monnaie electronique , definition- nature juridique, Revue de droit bancaire et financier , Mars – Avril, 2001, p.130.

^٤ انظر د.شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ /٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول، ص١١٤.

كما يترتب على هذه الخاصية عدم ضرورة المعاصرة الزمانية أو التواجد في مكان واحد أثناء استعمال العملة الإلكترونية فلا يشترط أن يكون دافع النقود ومن تدفع له متواجدين في مكان أو زمان واحد حتى تتم عملية الدفع بل يمكن أن تتم العملية من خلال وجود طرف واحد.

ثانياً: وجود نظام مصرفي معد لغرض التعامل بالنقود الإلكترونية: إن الآلية التي تستخدم بها النقود الإلكترونية تستلزم نظاماً مصرفياً خاصاً تضعه المصارف سواء كانت مصارف حقيقة أو افتراضية^١. وكلا هذين النظامين يستلزم نظاماً مصرفياً خاصاً يقوم على حماية السرية والأمن، لأن فضاء الانترنت يقوم على وجود أرقام متسلسلة ترمز إلى القيمة النقدية وهذه الأرقام تستخدم لمرة واحدة، بحيث يقوم المصرف بتغيير الرقم المتسلسل عند انتقال النقود الإلكترونية من شخص لآخر وهذا ما يستلزم نظاماً مصرفياً خاصاً.

المطلب الثاني- مدى كفاية النقود الإلكترونية للوفاء بالالتزامات المالية في العقد

إن إبرام أي عقد من العقود، يوجب على طرفي العقد الوفاء بالالتزامات التي تترتب على كل طرف، من هذه الالتزامات هو الوفاء بالبدل المالي للعقد من خلال دفع الثمن سواء كان بالنقود الورقية أو النقود الإلكترونية أو أي وسيلة أخرى^٢، إلا أننا في هذا الموضوع سوف نبحث في آلية عمل النقود الإلكترونية أي الكيفية التي يتم بها دفع هذه النقود وكيفية انتقالها من ملكية و حيازة المشتري الى البائع و تعلقها بذمته المالية و كفايتها للوفاء بالالتزامات المالية في العقد، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً:- آلية عمل النقود الإلكترونية.

أن حياة النقود الإلكترونية في الواقع تمر بثلاثة ادوار:

الدور الأول: الإصدار لصالح صاحب البطاقة.

الدور الثاني: الانتقال من صاحب البطاقة إلى طرف ثالث كالبائع الذي انتقلت إليه النقود الإلكترونية.

الدور الثالث: استهلاك النقود الإلكترونية عن طريق قيام الطرف الثالث باستردادها عن طريق نقود تقليدية من المصدر.

نأخذ مثلاً البيع باستعمال النقود الإلكترونية، حيث تنقسم عملية البيع باستعمال النقود الإلكترونية إلى مرحلتين تتم كل مرحلة على أربع خطوات^٤:

المرحلة الأولى: السابقة لعقد البيع.

١- يقوم المشتري بالحصول على النقود الإلكترونية من احد المصارف المصدرة لها بالقدر الكافي لاحتياجاته وتكون على شكل وحدات صغيرة.

٢- اقتناء برنامج خاص^١ بإدارة النقود الإلكترونية وهو برنامج مجاني يتم الحصول عليه من شركة، (Cyber Cash) الذي يحمي البرنامج من المحو أو النسخ، ويعمل على حساب الأرصدة في ضوء عمليات اقتناء النقود الإلكترونية.

^١ انظر وعود كاتب الانباري، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

^٢ سواء اكان عقدا تقليديا ام الكترونيا، و العقد الالكتروني هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه و الذي يتم بوسيلة الكترونية. انظر في تعريف العقد الالكتروني المادة ١١ البند ١١ من مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي، و قد اجازت المادة ١٨ / اولا من مشروع القانون المذكور انه يجوز ان يتم الايجاب و القبول في العقد بوسيلة الكترونية.

^٣ انظر المادة ٥٢٦ الفقرة ١ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه: (الثمن مايكون بدلا للمبيع و يتعلق بالذمة المالية)

^٤ نود ان نشير بان آلية عمل عمل النقود الإلكترونية و كيفية استخدامها و مراحلها من الناحية التقنية، تم اقتباس هذه المعلومات من: انظر صالح مفتاح، النقود والسياسة النقدية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة الدولة في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية، ٢٠٠٣، ص ١٥. منشورة على الانترنت في الموقع :

٣- يجب على البائع أن يشترك في احد المصارف التي تتعامل بالنقود الالكترونية، وهذه المصارف تعمل عبر شبكة الانترنت.

٤- الخطوة الأخيرة تتضمن حصول البائع على برنامج خاص لإدارة النقود الالكترونية، هذا البرنامج مجاني، كذلك يحصل عليه من نفس الشركة، ويعمل هذا البرنامج على تسجيل المتحصلات من البائع وإضافتها إلى رصيده كما يقوم بالسيطرة على عملية تحويل الأرصدة من نقود الكترونية إلى نقود حقيقية.

المرحلة الثانية: ابرام عقد البيع: بعد الخطوات المتعلقة بعمليات إدارة النقود الكترونية تأتي الخطوات المتعلقة بعملية الشراء وتبدأ بعد قيام المشتري بتصفح مقر البائع واختيار السلع والتعرف على أسعارها، خلال هذه المرحلة يقوم المشتري باتخاذ قرار الدفع من خلال النقود الالكترونية، بالقيمة المطلوبة فيقوم البرنامج الإداري للنقد بما يلي :

١- اختيار الرصيد بإمكانية السماح بالوفاء أو عدمه.

٢- إذا كان الرصيد يسمح بالوفاء فيقوم البرنامج باختيار وحدات النقد التي سيقوم الدفع بها، حيث يتم تحديد هذه الوحدات بالقيم الخاصة لكل وحدة في كشف خاص لإرساله إلى البائع عن طريق المصرف المصدر.

٣- يتلقى المصرف كشف الدفع للمشتري، ويتأكد من صحة النقود الالكترونية بطرق التأكد المختلفة (صحة الأرقام الخاصة بوحدات النقد الالكتروني)، يتم إرسال وحدات النقد الالكتروني للبائع.

٤- يتلقى برنامج إدارة النقود الالكترونية للبائع كشف العملات الالكترونية المرسله من المصرف ويقوم بإضافة وحدات النقد الجديدة بأرقامها وعلامات التأمين الخاصة بها إلى خزينة البائع الرقمية.

و يقوم برنامج إدارة النقود الالكترونية للبائع بإخبار المشتري بتمام عملية الوفاء ثم يقوم نظام النقود الالكترونية للمشتري بمحو هذه الوحدات المخصصة لهذا الكشف من مخصصات المشتري بصورة نهائية بعد انتقالها من حيازة المشتري الى ذمة البائع.

ثانياً:- كفاية النقود الالكترونية لتنفيذ الالتزامات المالية العقدية: يمكن القول بأن هذه المشكلة هي أهم المشاكل التي تنشأ عن استخدام النقود الالكترونية في إطار المعاملات المالية و العقود الالكترونية^٣، لأن الغرض من النقود بصورة عامة هو الوفاء بالالتزامات التي تترتب على الأشخاص عن طريق نقل ملكية النقود. فهل تكفي النقود الالكترونية للوفاء بالالتزامات المالية في العقد مثلها مثل النقود التقليدية و تطبق عليها نفس أحكام النقود الورقية؟

حيث ان هناك تساؤلاً يثار حول مدى كفاية النقود الالكترونية و صحة وصفها بالثمن باعتباره بديلاً للمبيع^٤. لم يتفق راي الفقه على كفاية النقود الإلكترونية لتنفيذ الالتزامات العقدية، و نتيجة لذلك برزت عدة آراء في الفقه:-

الراي الاول:- فقد اعتبرها البعض^١ مجرد وسيلة للدفع مع عدم صلاحيتها كوسيلة للإبراء حيث لا يستطيع حائز هذه النقود أن يوفي بها ديونه. من ناحية أخرى، فإن قدرة النقود الإلكترونية على الانتقال من يد إلى

^١ أو يسمى الوسيط الالكتروني، و هو برنامج حاسوب أو اي وسيلة الكترونية اخرى تستخدم من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لاجراء بقصد انشاء او ارسال او تسليم معلومات. انظر المادة ١ الفقرة ثانياً من مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي.

^٢ تعتبر هذه الشركة **Cyber Cash**: شركة سايبير كاش عالميا الاولى في تقديم برامج وتقنيات الدفع الإلكتروني الآمن عبر الإنترنت، وخاصة لجهة الخدمات المطلوبة لبطاقات الدفع، الإيداعات، النقود، الشيكات، البطاقات الذكية، وكل أنواع البرامج المساعدة. انظر زهير بشنق، العمليات المالية المصرفية الالكترونية، إتحاد المصارف العربية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٦٠.

^٣ انظر د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٩٨.

^٤ انظر المادة ٥٢٦ الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه: (و يلزم ان يكون الثمن معلوما بان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة).

أخرى محدودة، حيث يتعين على البائع القيام بتقديم البطاقة المخزن عليها النقود الإلكترونية، والتي تمثل أثمان السلع والخدمات التي باعها، إلى مصدر النقود الإلكترونية Issuer وذلك لاستبدالها في مقابل نقود ورقية.

الراي الثاني:- ذهب البعض الآخر^٢ إلى أن النقود الإلكترونية لا تختلف عن جميع أشكال النقود الموجودة الآن وذلك باعتبارها ثمناً للمبيع و وسيلة للبراء.

الراي الثالث:- ويرى البعض الآخر^٣ أن النقود الإلكترونية هي نقود حقيقية لأنها تقوم بكل وظائف النقود التقليدية و لذلك فهي وسيط للتبادل، كما أنها مقياس ومستودع للقيمة، الأمر الذي يجعل من هذه النقود معينة تعينا نافيا للجهالة الفاحشة.

الراي الرابع:- اعتبر البعض الآخر^٤ ان النقود الإلكترونية كوسيلة دفع لها قوة الإبراء (ابراء المدين)، ليس لها تلك القوة الأبعد تسوية قيمة المدفوعات التي تمت بها بين طرف كل من بنك المشتري و بنك البائع، وقد تبنى التنظيم القانوني في مصر^٥ هذا الموقف.

الراي الخامس:- يذهب البعض الآخر إلى اعتبار عقد البيع يشمل المقايضة و انه بيع سلعة بسلعة، لذلك فان الثمن يصح ان يكون اي شيء اخر او اي وسيلة اخرى غير النقود التقليدية العادية، حيث يعتقد هولاء بانه لا يشترط بالثمن في عقد البيع ان يكون مبلغ نقدي، مما يسمح ذلك من جعل النقود الإلكترونية ثمناً للبيع و وسيلة من وسائل الوفاء و ابراء ذمة المدين المالية.

في الواقع، فإن النقود الإلكترونية تتشابه مع النقود التقليدية في صلاحية كلا منهما كوسيلة لدفع الثمن، علاوة على تمتعهما بقدر واسع من القبول وإن كانت النقود التقليدية تتمتع بقبول أكثر نظراً لحدائثة النقود الإلكترونية واعتمادها على تكنولوجيا متقدمة^٦ ربما لا تكون متوافرة إلا في الدول المتقدمة. من ناحية أخرى، فإن هذه التكنولوجيا قد تتباين داخل الدولة الواحدة مما يقلل من اعتماد الأفراد على النقود الإلكترونية كوسيلة لدفع الثمن و يقودهم هذا إلى طلب نقد الثمن حالا (Cash Money). ولذلك فإن النقود الإلكترونية تصلح كمقياس للقيمة متشابهة في ذلك مع النقود التقليدية^٧.

ومع هذا فإن النقود الإلكترونية تختلف عن النقود التقليدية في عدة أمور. فالبنك المركزي في كل دولة هو الجهة العامة المنوط بها إصدار وطبع النقود بكل فئاتها وتحديد حجم هذه النقود التي يتم تداولها بالقدر الذي لا يؤثر في السياسة النقدية للدولة. وعلى العكس من هذا، فإن مصدر النقود الإلكترونية هو مؤسسات ائتمانية

^١ Piffaretti, Nadia, op. Cit, P. 8.

^٢ Ely, B., "Electronic Money and Monetary Policy: Separating fact from fiction, paper presented at Cato Institute's 14th Annual Monetary Conference", May 1996, P. 20.

^٣ صلاح زين الدين،، دراسة اقتصادية لصراع البقاء بين النقود الإلكترونية والبنك المركزي، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والحاسوب المنعقد خلال لفترة من ١٢ - ١٤ / أغسطس، ٢٠٠٤، جامعة اليرموك - الأردن.

^٤ انظر اسعد فاضل مندبل الجياشي و عقيل سرحان محمد النصري، التكيف القانوني للنقود الالكترونية، بحث منشور على الانترنت في الموقع: Proasaad.info ص ١١.

^٥ انظر المادة ثانيا /٢ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري.

^٦ هذه التكنولوجيا هي عبارة عن وسائل الكترونية : اجهزة و معدات او ادوات كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او كهرومغناطيسية او وسائل اخرى مشابهة تستخدم في انتشاء المعلومات و معالجتها و تبادلها و تخزينها. انظر المادة ١ الفقرة ٧ من مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي.

^٧ Barbara A. Good , ELECTRONIC MONEY , Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Research

خاصة قد تخضع لرقابة الأجهزة الحكومية المعنية. من ناحية أخرى، فإن النقود الإلكترونية – على عكس النقود العادية – لا تستطيع أن تغل فائدة وذلك لعدم قابلية وضعها كوديعة مما يتعارض مع ما تذهب إليه النظرية النقدية من اعتبار النقود أصل مربح.

و مع ذلك، فإنه على الرغم من الفروق الشكلية بين النقود العادية والإلكترونية، نعتقد أن النقود الإلكترونية هي نقود عادية متطورة فهي وإن كانت لا تتشابه معها في الشكل، فإنها تتفق معها في المضمون. فالنقود الإلكترونية تصلح وسيلة لدفع الثمن، كما أنه لا يوجد ما يحول دون قيامها بوظيفة النقود العادية كوسيط للتبادل و من ثم يساعد على انتقالها من حيازة الى اخرى^١. فعند إجراء عقد بيع بين شخصين باستخدام النقود الإلكترونية، يقوم كلاهما (أي البائع والمشتري) بوضع بطاقتيهما في محفظة إلكترونية (Electronic Wallet)^٢، والتي تقوم بخصم ثمن السلعة أو الخدمة من بطاقة المشتري وتقلها إلى بطاقة البائع. من المتصور بعد ذلك أن يقوم البائع باستخدام حسيبة النقود الإلكترونية في شراء سلع وخدمات من منتج أو من بائع آخر ليقوم ببيعها بعد ذلك، أو يستخدمها في وفاء ديونه. فالنقود الإلكترونية تصلح إذاً لإبراء الذمة وذلك بنفس الطريقة سالفة الذكر. و ذلك لان المقابل ذو القيمة في مفهوم القانون، يمكن ان يتألف اما من حق، مصلحة، ربح او فائدة تحصل لاحد الطرفين، او امتناع عن ضرر، خسارة او مسؤولية تحملها او تعهد بها الطرف الاخر^٣.

و يرى البعض^٤ أن النقود الإلكترونية بأشكالها المختلفة تصلح للقيام بوظائف النقود القانونية، فالأمر ينطبق هنا أيضاً على النقود الافتراضية أو الشبكية، حيث يقوم البائع والمشتري بابرار العقد من خلال استخدام شبكة الإنترنت. فالبائع يقوم بالضغط على كلمة "يشترى" في الموقع الخاص بالبائع ويتم بمقتضاها تحويل مبلغ مساو لقيمة السلعة أو الخدمة من ذاكرة الكمبيوتر الشخصي للمشتري إلى ذاكرة الكمبيوتر الشخصي للبائع ليقوم البائع بعد ذلك بشراء سلع وخدمات أو بتحويلها إلى نقود عادية أو بتحويلها إلى حساب بنكي في أي مكان في العالم عبر شبكة الإنترنت. كما يؤكد البعض^٥ أنه من المتصور في المستقبل القريب أن تقبل النقود الإلكترونية كودائع وتصلح حينئذ لأن تدر أرباحاً. لهذا يعتقد هؤلاء ان النقود الإلكترونية ماهية لا نقوداً عادية متطورة.

^١ حسنا فعل المشرع العراقي في مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية حين جعل للاوراق التجارية و المالية الالكترونية ذات الحجة المقررة لمثيلاتها الورقية، وذلك بموجب المادة ٢٣ من المشروع.

^٢ ظهرت فكرة استعمال تقنية تركز على تجميع وحدات للقيمة وذلك في اداة مستقلة عن الحسابات المصرفية، ظهرت فكري (حافضة النقود الالكترونية)، و (حافضة النقود الافتراضية) او الشبكية، و التي تشحن مسبقاً برصيد مالي و يتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافضة النقود الالكترونية او على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة حافضة النقود الافتراضية، و هكذا فان قطع النقود او الكوبونات الافتراضية تماثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة على ذاكرة جهاز الحاسوب، و يستطيع من يرغب التعامل بهذه النقود ان يحصل من احد المصارف او احدى المؤسسات الوسيطة على رخصة تسمح له باستعمال النقود الالكترونية بالمقابل الذي يتفق عليه و يكون له مفتاحا عاما و مفتاحا خاصا من اجل تامين معاملاته و التحقق منها. انظر د.اسامة ابو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص ١٠٠-١٠١ الهامش.

^٣ "A valuable consideration , in the sense of law , may consist either in some right, interest ,profit, or benefit, accruing to the one party or some forbearance, detriment,loss or responsibility given, suffered, or undertaken by other" Denis Keenan,English law, 9ed,1989,p.204

مشار الى هذا الراي في د.مجيد حميد العنبيكي، مبادي العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٤.

^٤ د.محمد ابراهيم محمود الشافعي، الاثار النقدية و الاقتصادية و المالية للنقود الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي، ١٠-١٢ ايار ٢٠٠٣، المجلد الاول، ص ١٤٢.

^٥ المرجع السابق، الصفحة نفسها.

و يرى البعض الآخر^١ أن النقود الالكترونية هي مرحلة جديدة من مراحل التعامل الإنساني المالي الذي بدأ باستخدام المقايضة وسيلة للحصول على السلع والخدمات ثم ما لبث أن تحول الإنسان إلى استخدام الذهب والفضة بوصفهما مقياساً لقيمة الأشياء قبل أن تصدر المسكوكات المعدنية التي مثلت المرحلة الأولى من مراحل ظهور العملة التي تطورت لتصبح أوراقاً نقدية مطبوعة بشكلية معينة يقوم على أساسها قيمة الأشياء. إن هذا التطور التاريخي يعبر عن حقيقة مهمة هي أن النقود بصورة معينة ليس لها قيمة في حد ذاتها بل هي رمز لقيمة معينة يتفق الأفراد على مساواتها بها والدليل على ذلك أن صدور قانون بإلغاء عملة معينة أو تغيير شكلها سوف يسلب من العملة القديمة القيمة التي كانت ترمز لها. وما دامت العملة رمزاً لقيمة محددة يكون القانون هو الفيصل في تحديدها فيمكن أن يكون هذا الرمز مسكوكة معدنية ويمكن أن يكون ورقة نقدية تطبع بشكل معين كما يمكن أن يكون مجموعة من البيانات المخزنة إلكترونياً.

وهذا لا يعني أن تكون هذه النقود شيئاً مختلفاً عن النقود الورقية أو المعدنية بل هي رمز لشيء واحد هو القيمة المالية و من ثم فإن قيام المدين بالوفاء بأي منها سوف يكون مبرراً لذمته ولن يعد هنا الوفاء وفاءً بمقابل. على أساس قبول الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير المستحق^٢ لكن هو وفاء بسيط منتج لكافة آثاره القانونية من حيث ابراء ذمة المدين.

كما يترتب على ذلك أيضاً أن ملكية النقود الالكترونية تنتقل بالتسليم وهو تسليم مادي وليس تسليماً معنوياً لأن الفيصل في التفرقة بين نوعي التسليم هو قيام الموفي بعمل مادي ولا شك أن تسليم النقود الالكترونية يتم بعمل مادي هو نقل البيانات التي ترمز للقيمة المالية من حيازة شخص إلى آخر. حيث ان من شروط وفاء الدين و البراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه^٣ و هو يستقيم مع مفهوم النقود الالكترونية حيث ان الموفي مالك لهذه القيم النقدية.

لكن التعامل بالنقود الالكترونية يحتاج إلى تهيئة تنظيم قانوني لما يثيره من مشاكل تتعلق بالدفع والوفاء بالالتزامات ومشاكل تقديم الخدمة وما تثيره من مسؤولية.

و يرى البعض^٤ ان هذه المشكلة قد عولجت في الولايات المتحدة و في الاتحاد الاوربي عن طريق منع اصدار النقود الالكترونية او اي وسائل الدفع الالكتروني الاخرى الا من المؤسسات المالية او تحت اشرافها. و نعتقد بضرورة وجود تنظيم قانوني يتناول اصدار النقود الالكترونية بالتنظيم^٥، و ذلك لان هذه النقود ذات طابع لا يمكن حصر التعامل بها داخل حدود الدولة فقط.

المبحث الثاني- ضوابط و معايير إصدار النقود الإلكترونية

إن أي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية لا يتعين عليه فقط تحديد طبيعة أو شخصية تلك الجهة التي تتولى إصدارها وإنما عليه أيضاً أن يضع مجموعة من الضوابط التي تضمن في النهاية درء المخاطر الاقتصادية والقانونية التي من المتوقع حدوثها عند إصدار هذه النقود. تلك الضوابط قد تكون شكلية أي تتعلق بشكل وصياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع النقود الإلكترونية، وقد تكون موضوعية أي تتعلق سواء بالجهة المصدرة للنقود الإلكترونية أو لجهات رقابية على المؤسسات المصدرة لتلك النقود، لذلك سوف نقسم

^١ انظر نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص ٦.

^٢ نصت المادة ٣٩٩ من القانون المدني العراقي على انه: (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء).

^٣ نصت المادة ٣٧٦ من القانون المدني العراقي على انه: (يشترط لفاذ وفاء الدين و البراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه...)

^٤ انظر نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص ٧.

^٥ يجب على المشرع العراقي الاسراع بتشريع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية، لكي يتمكن البنك المركزي العراقي من اصدار تنظيم قانوني للمدفوعات و النقود الالكترونية، استناداً للمادة ٢٧ من مشروع القانون اعلاه التي خولت البنك المذكور تنظيم اعمال التحويل الالكتروني بما في ذلك اعتماد وسائل الدفع الالكتروني و القيد غير المشروع و اجراءات تصحيح الاخطاء و الافصاح عن المعلومات و اي امور اخرى تتعلق بالاعمال المصرفية الالكترونية بنظام يقترحه البنك المركزي العراقي.

هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول الضوابط الشكلية و الثاني نتناول فيه الضوابط الموضوعية، و التي نامل ان يهتدي بها المشرع العراقي عند تشريعه تنظيم قانوني للنقود الالكترونية.

المطلب الاول- الضوابط الشكلية للتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية

لابد أن تتميز نصوص التنظيم القانوني المتعلق بالنقود الإلكترونية بالوضوح الشديد فيتعين على السلطة التشريعية في العراق أن تحدد بدقة مفهوم النقود الإلكترونية وتميزها عن وسائل الدفع الإلكترونية وعن البطاقات الإلكترونية ذات الغرض الواحد أو محدودة الأغراض.

من ناحية أخرى، ومع الأخذ، في الاعتبار الترتيبات التعاقدية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المختلفة المتعاملة بالنقود الإلكترونية، فإنه يجب على التشريع المتعلق بالنقود الإلكترونية أن يوضح بدقة التزامات وحقوق كل طرف في مواجهة الأطراف الأخرى. فالتزامات وحقوق مصدر النقود الإلكترونية والعملاء والتجار والأطراف الأخرى المستخدمة لهذه النقود يجب أن تحدد تحديداً نافياً للجهالة، فيجب إذاً أن يكون من السهل على كل طرف أن يدرك ويعي مركزه القانوني.

كما يجب أن يتولى التنظيم التشريعي المقترح على توضيح الخسائر التي يمكن أن تلحق بكل طرف في حالة ما إذا أعلن إفلاس المؤسسة المصدرة للنقود الإلكترونية. بالإضافة إلى هذا، فإن التشريع المقترح يجب أن يوضح بصورة جلية ما إذا كانت ديون مصدر النقود الإلكترونية قد تم تغطيتها بضمان ودائع أو بضمانات أخرى تذكر في نفس التشريع. ويتعين عليه أيضاً أن يضع ترتيبات لحل المنازعات موضعاً بصفة خاصة آلية فض هذه المنازعات والهيئة أو المحكمة المختصة والقواعد الإجرائية التي يجب اتباعها وتطبيقها (مثل قواعد عبء الإثبات)^١.

وكذلك فإن التعامل في النقود الإلكترونية قد يكون عابراً للحدود، وهنا فإنه يتعين على أي تشريع يتصدى لموضوع النقود الإلكترونية أن ينطوي على نصوص معالجة لتلك المشكلات التي يمكن أن تنشأ عن تشعب وتدويل آثار النقود الإلكترونية وذلك من خلال المسؤولية القانونية لكل طرف والمحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تثيرها هذه النقود

المطلب الثاني- الضوابط الموضوعية للتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية

يتعين على أي تنظيم تشريعي للنقود الإلكترونية ان يتضمن على قيود تلتزم بها الجهة المصدرة لتلك النقود. تلك القيود ما هي إلا مجموعة من الضوابط التي تهدف إلى حماية الأطراف المتعاملة في النقود الإلكترونية وتحول دون استغلال مصدري النقود الإلكترونية لبقية الأطراف ومن أهم هذه الضوابط:

أولاً: خضوع المؤسسات المصدرة للنقود الإلكترونية للإشراف والرقابة الدقيقة: إذا تولى البنك المركزي العراقي عملية إصدار النقود الإلكترونية، ففي هذه الحالة لن يكون هناك حاجة إلى إشراف من جهة أخرى حيث يعتبر البنك المركزي العراقي هو بنك الحكومة إلا أن الصعوبة تثار حينما يعهد بأمر إصدار هذه النقود إلى جهة مصرفية كالبنوك أو مؤسسات ائتمانية أو غير ائتمانية. في مثل هذه الحالات لابد من خضوع تلك الهيئات لإشراف دقيق ورقابة صارمة من قبل جهات حكومية متخصصة كالبنك المركزي مثلاً وذلك لمنع ودرء المخاطر التي يمكن أن تنتج عن إصدار تلك المؤسسات للنقود الإلكترونية. وعلى الجهة الرقابية أن تتأكد بصفة خاصة من أن رأس مال المؤسسة المصدرة لا يقل عن مستوى معين وأن تقدم هذه المؤسسة ما يكفي من الضمانات المالية لتغطية أي مخاطر مالية متوقفاً حدوثها. كذلك يتعين على الجهات المصدرة أن تتبع سياسة إدارة قوية فيما يتعلق بالمخاطر الخاصة بأنشطة النقود الإلكترونية.

ولقد اشترطت اللائحة الأوروبية المنظمة للنقود الإلكترونية لسنة ٢٠٠٠ على المؤسسة الائتمانية المصدرة لهذه النقود ألا يقل رأس مالها المبدئي عن مليون يورو (المادة ٤) كما لا يجب أن ينخفض هذا المبلغ عن هذا الحد في أي وقت من الأوقات. من ناحية أخرى، فقد نص هذا التشريع أيضاً على ضرورة احتفاظ مؤسسات النقود الإلكترونية دائماً بما يساوي أو يزيد على ٢% زيادة على المبلغ الكلي الممثل لحجم الخصوم المالية الحالية المتعلقة بالنقود الإلكترونية غير المدفوعة أو متوسط حجم هذه الخصوم في آخر سنة أشهر، وإذا لم

يكن قد مر ستة أشهر على إنشاء المؤسسة المالية فيجب أن يتساوى هذا المبلغ أو يزيد عن ٢% زيادة على المبلغ الكلي لحجم الخصوم المالية المتعلقة بالنقود الإلكترونية غير المدفوعة المستخدمة خلال ستة أشهر ويستدل على هذا المبلغ من خلال الخطة المالية المقدمة من المؤسسة المصدرة إلى السلطة المختصة^١.
ثانياً: ضرورة توافر ضوابط أمنية: على التشريع المتعلق بالنقود الإلكترونية في العراق أن يعالج الجرائم المتوقع حدوثها مثل غسيل الأموال أو المسائل الأمنية، ولهذا فإن الاهتمام لا يجب أن ينصب فقط على الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية وإنما يجب أن يركز هذا التشريع أيضاً على أنواع وأشكال النقود الإلكترونية المقرر إصدارها^٢. فعلى سبيل المثال، يجب وضع حد أقصى لقيمة النقود الإلكترونية التي يسمح بالتعامل بها بين المستهلكين وتجار التجزئة ومن الممكن أيضاً أن يلتزم المشغلون للنقود الإلكترونية برقابة الصفقات المبرمة.

من ناحية أخرى، فإنه يتعين على المخططين للنقود الإلكترونية أن يوفر وسائل للرقابة الأمنية تسمح باكتشاف النقود المزورة وأن تسمح باتخاذ الإجراءات الوقائية والعلاجية اللازمة في حالة ظهور مثل هذه المشكلات. يجب بصفة خاصة على القائمين بإصدار النقود الإلكترونية أن يكونوا قادرين على مراقبة مستوى وحجم مديونية المؤسسة من النقود الإلكترونية مقابل حجم ما تم إصداره من نقود. وعلى السلطات والجهات المتخصصة إجراء التدريبات الكافية ووضع الترتيبات اللازمة لتقليل مخاطر التزييف والاحتيال في مجال النقود الإلكترونية. ويجب التوصل إلى طريقة يتم بها الاحتفاظ ببيانات خاصة عن كل صفقة والأطراف المبرمة لها وذلك عند استخدام النقود الإلكترونية. لا بد أن يكون هناك مجارة للتطور التكنولوجي فيما يخص تحديث الوسائل الأمنية الضرورية لمجابهة التحايل والتزوير وتزييف النقود الإلكترونية.

ثالثاً: إلزام المؤسسات المصدرة للنقود الإلكترونية بقبول تحويلها إلى نقود عادية: يتعين على أي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية أن يتضمن النص على التزام مصدري النقود الإلكترونية بقبول تحويلها إلى نقود قانونية (أي تلك التي يصدرها البنك المركزي في الدولة) وذلك عند سعر التعادل أو التكافؤ في أي وقت يطلب فيه حامل هذه النقود تغييرها. ويرجع هذا إلى أنه في حالة عدم وجود علاقة بين النقود الإلكترونية والنقود القانونية فإن من شأن هذا أن يغري المؤسسات الائتمانية بالتمادي في إصدار النقود الإلكترونية بلا حدود مما يؤدي في النهاية إلى خلق ضغوط تضخمية على اقتصاد الدولة. من ناحية أخرى، فإن تعهد المصدريين بقبول تحويل النقود الإلكترونية إلى نقود قانونية سوف يقلل من خطر فقدان النقود الإلكترونية لوظيفة النقود باعتبارها وحدة محاسبة في حالة ما إذا لم تقبل المؤسسات الائتمانية تغييرها عند سعر التعادل. هذا ولقد نصت المادة الثالثة من التشريع الأوروبي الصادر سنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز لحامل النقود الإلكترونية أن يطلب من مصدرها أن يحولها إلى نقود قانونية عند سعر التعادل أو أن يحولها إلى حسابه الخاص وذلك دون تحمل مصروفات أو رسوم غير تلك التي تكون ضرورية لتنفيذ هذه العملية ولقد أوضحت هذه المادة ضرورة احتواء العقد المبرم بين مصدر النقود الإلكترونية وحاملها على شروط تحويل النقود الإلكترونية إلى نقود قانونية. ويمكن للعقد أن يتضمن حداً أدنى للتحويل^٣.

رابعاً: ضرورة وجود تنسيق وتعاون تشريعي دولي: إن النقود الإلكترونية تعتمد في وجودها على التقدم التكنولوجي وأنه من السهل التعامل بهذه النقود عبر الحدود عن طريق شبكة الإنترنت. وينتج عن هذا عدة صعوبات تتعلق بتحديد التنظيم القانوني الذي يمكن أن تخضع له المعاملات والصفقات التجارية التي تتم

^١ The European Parliament and the Council of the European Union, "Electronic Money directive", 2000

Op. Cit., PP.2.

^٢ Bank for International settlements (BIS), "Implication for central banks of the development of

electronic money, Op. Cit., P. 9.

^٣ The European Parliament and the Council of the European Union, "Electronic Money Directive" 2000,

Op. Cit., PP. 2

بواسطة النقود الإلكترونية، وحتى لو قامت هذه الدول بتقنين التعامل بتلك النقود فإنه ليس بالضرورة أن تتشابه القواعد القانونية المنظمة لهذه المسألة مما يثير في النهاية صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عند حدوث مشكلة قانونية. من هذا المنطلق، وكنتيجة للبعد الدولي للنقود الإلكترونية، فإن التنظيم القانوني الوطني لهذه النقود لن يكون فعالاً ما لم يستكمل بتنظيم وتنسيق وتعاون دولي. لقد أضحى إداً من الضروري أن تتعاون الدول من خلال اتفاقيات جماعية وثنائية يوضح فيها مسؤوليات مواطني كل دولة.

هذا وقد حددت لجنة بازل بصدد الإدارة الحصيفة لمخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية عدداً من القضايا التي يمكن أن تثيرها النقود الإلكترونية، ويمكن للتعاون الدولي أن يحل المشكلات الخاصة بها ومن بين هذه المسائل الشفافية، الخصوصية، وغسيل الأموال، و تحديد حجم المخاطر، و التي نامل ان يتم الاخذ بها عند وضع التنظيم القانوني للنقود الإلكترونية^١.

الفصل الثالث

الآثار القانونية للنقود الإلكترونية

ان النقود الإلكترونية تثير جملة من الالتزامات المتقابلة، اي ان التزام كل طرف يقابله التزام الطرف الاخر، و ان تحديد هذه الالتزامات يقوم على اساس العقود المبرمة بين الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية و مستخدمي هذه النقود، و هذه العقود تتسم بصفة الاذعان، لانها لا تعطي الحق بمناقشة شروط العقد^٢.

لذلك كانت التشريعات المتعلقة بتنظيم اصدار النقود الإلكترونية دقيقة في تحديد التزامات اطراف العقود المتعاملة بالنقود الإلكترونية، بهدف اعداد تنظيم تشريعي متوازن، و ان المشرع العراقي بسماحه التعامل بنظام الدفع الإلكتروني^٣، و من ضمنها النقود الإلكترونية دون تنظيم ذلك تشريعياً قد يفتح الباب للعديد من المشاكل القانونية، لذا كان لا بد من تنظيم ذلك، عليه تتولى في ادناه تحديد الآثار القانونية الناشئة عن التعامل بهذه النقود و التي نتمنى على العراقي الاهتداء بها عند اعداد التشريع المزمع لتنظيم وسائل الدفع الإلكتروني عموماً و النقود الإلكترونية بصفة خاصة.

لذلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الاول الآثار القانونية بالنسبة لمصدر النقود الإلكترونية و المبحث الثاني نتناول فيه الآثار القانونية بالنسبة للمشتري و البائع.

المبحث الاول- الآثار بالنسبة الى مصدر النقود الإلكترونية

ينبغي قبل الخوض باثار النقود الإلكترونية تحديد الجهة التي يحق لها اصدار هذه النقود، فهل يحق للمؤسسات المالية او الشركات اصدار مثل هكذا نوع من النقود ام ان ذلك من اختصاصات البنك المركزي، حيث ان ذلك سوف يتوقف عليه تحديد طبيعة الآثار و الالتزامات المترتبة على النقود، عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تحديد الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية و الثاني نتناول فيه التزامات الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية.

المطلب الاول- تحديد الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية

لم يتفق الراي على تحديد الجهة المختصة باصدار النقود الإلكترونية و نتيجة لذلك تباينت مواقف التشريعات المختلفة، رغم اهمية هذا الموضوع لما له من اثار مهمة، ونتيجة لذلك برز اتجاهين حول الجهة المعنية باصدار النقود الإلكترونية:

^١ د. عبدالرزاق خليل و حمزة طيبي، ادارة مخاطر العمليات المصرفية وفق معايير لجنة بازال الدولية، ص ٣. بحث منشور على الانترنت بتاريخ ١١/٨/٢٠١٢ في الموقع: http://skills-management.blogspot.com/2012/02/blog-post_9369.html

^٢ تنص المادة ٣ الفقرة هـ / د من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الإلكترونية، الصادرة عن البنك المركزي المصري، على انه (هـ- يحدد البنك المسؤوليات الواقعة عليه من جراء تقديم الخدمات عبر الشبكات. د- يحدد البنك المسؤوليات الواقعة على العميل من جراء حصوله على الخدمات عبر الشبكات)

^٣ انظر المادة ٣٩ من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٤.

الاتجاه الاول :- ذهبت بعض النظم التشريعية الى ترخيص المصارف الحاصلة على اذن من البنك المركزي والتي تشمل المصارف الوطنية و فروع المصارف الاجنبية اضافة الى مصارف الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي، و الشركات المرخص لها - كالشركات الوطنية، و شركات اصدار النقود في دول الاتحاد الاوربي - اصدار النقود الالكترونية داخل حدود الدولة^١.

الاتجاه الثاني:- ذهب البعض الاخر من النظم التشريعية^٢ الى حصر اصدار النقود الالكترونية للمصارف المرخص لها من البنك المركزي، و اناط مسؤولية الرقابة و الاشراف على المصارف التي تصدر تلك النقود ايضا بالبنك المركزي، و قد برر الفقه موقف المشرع لديهم بعدد من الحجج الاتية:-

الحجة الاولى :- ان السماح للمؤسسات غير الائتمانية و غير المصرفية اصدار النقود الالكترونية، سيفقد الدولة جزء من ايراداتها اذا ظهرت النقود الالكترونية كمنافس قوي للنقود التقليدية^٣.

الحجة الثانية:- قد يحدث عدم التزام المؤسسات غير المصرفية بتقديم تقارير عن انشطتها الى البنك المركزي، فان السماح لهذه المؤسسات باصدار النقود الالكترونية، سيمثل تهديدا لهذه المصارف حيث يفقدونها القدرة على تتبع النقود المعروضة للتداول، و من ثم عجزها من ضبط السياسات النقدية.

الحجة الثالثة:- قد يتعرض مستخدمو النقود الالكترونية التي تصدرها الشركات الخاصة دون رقابة لمخاطر فقدان ما يحملون جراء احتمال تعرض هذه الشركات للتوقف و الافلاس، و هو ما يجعل النقود الالكترونية تفقد اهم خصائص النقود الا و هو اعتبارها مخزنا للقيمة^٤.

عليه يدعو البعض^٥ المشرع العراقي الى حصر اصدار النقود الالكترونية بالمصارف المرخصة من قبل البنك المركزي العراقي و جعل مهمة الاشراف و الرقابة عليها من قبل البنك المركزي بوصفه صاحب الامتياز في اصدار النقود.

و ان هذا الاتجاه الاخير الذي يؤكد على ضرورة حصر اصدار النقود الالكترونية بالبنك المركزي هو جدير بالتأييد حيث ستكون للبنك المذكور سلطة الرقابة و الاشراف على تلك النقود.

المطلب الثاني- التزامات الجهة المصدرة للنقود

ثم التزامات عديدة على الجهة المصدرة للنقود الالكترونية تجاه المتعاملين بها و هؤلاء اما ان يكونوا مستهلكين او تجار، و هذه الالتزامات اما ان تكون ناجمة عن طبيعة العمل المصرفي كالمحافظة على السرية و الالتزام باعلام المتعاملين بها و هذه الالتزامات خارج نطاق بحثنا لارتباطها بالدراسات المتعلقة بالعمليات التجارية و المصرفية و لامجال لذكرها الان ، و هناك التزامات خاصة بالنقود الالكترونية حصرا و التي هي تمثل جوهر التزام الجهة المصدرة و هذه الالتزامات هي على النحو الاتي:-

اولا:- تمكين المستهلك التعامل بالنقود الالكترونية: يجب على المصرف تمكين المستهلك من استخدام النقود الالكترونية من خلال تسليمه اداة الدفع التي تمكنه من اجراء و ابرام العقود و تمكنه من دفع الثمن و ذلك من خلال تزويده بالبطاقات الذكية او المحفظة الالكترونية^١.

^١ و لقد تبنى المشرع السلوفيني هذا الموقف بموجب قانون المدفوعات رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٢ حيث منح بموجب المادة ٣١ من القانون المذكور للجهات المذكورة اعلاه حق اصدار النقود الالكترونية. مشار الى موقف المشرع السلوفيني في شيماء فوزي احمد، المرجع السابق، ص ١٨٨.

^٢ و لقد تبنى المشرع المصري هذا الاتجاه بموجب البند اول/١/ج من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري.

^٣ انظر د. محمد ابراهيم الشافعي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

^٤ انظر د. محمود احمد الشراوي، مفهوم الاعمال المصرفية و اهم تطبيقاتها، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين

الشريعة و القانون، دبي ١٠ - ١٢ / ٥ / ٢٠٠٣ المجلد الاول، ص ٣٨.

^٥ انظر شيماء فوزي احمد، المرجع السابق، ص ١٨٩.

لذلك يجب على الجهة المصدرة تزويد تلك الاجهزة و هي صالحة للاستعمال، وبخلافه تقوم مسؤوليتها عن جميع الاضرار التي تلحق بالمستهلك نتيجة الاخطاء الفنية و لايمكن دفع تلك المسؤولية الا اذا اثبت انه قام بتسليم هذه الادوات صالحة للاستعمال^٢. لذلك فالجهة المصدرة تلزم بتعويض العميل اذا ما لحقه ضرر جراء ذلك، و نامل من المشرع العراقي تحديد مسؤولية الجهة المصدرة على هذا النحو عند تنظيم النقود الالكترونية تشريعيا.

ثانياً:- التزام الجهة المصدرة للنقود باستردادها: يجب على المصرف المصدر للنقود الالكترونية الالتزام تجاه العميل المشترك في نظام الدفع بالنقود الالكترونية - المستهلك لتلك النقود و التاجر- بتحويلها الى نقود تقليدية عند الطلب^٣. لكن بعض النظم التشريعية التي تنظم النقود الالكترونية لا تلتزم باستردادها تلك النقود الا لعملائها، بهدف عدم اجراء عمليات مبادلة بغرض اتاحة هذا الاستخدام، لان طريق استرداد النقود يتم من خلال القيد في الحساب الجاري للعميل لان المصرف لا يصدر تلك النقود لعملائه الا خصما على حساباتهم الجارية الدائنة.

يرى البعض^٤ ان التزام المصرف بالاسترداد له اهميته، لان انتفاء ذلك الالتزام يفقد فاعليتها كوسيلة للوفاء بالالتزامات المالية في العقود هذا من جهة و من جهة اخرى ان البائع لا يقبل التعامل بالنقود الالكترونية كوسيلة من و سائل الدفع مالم تكن تلك النقود ستحول الى نقود تقليدية، فضلا عن ذلك ثقته في مدى قدرة تلك المؤسسات و المصارف المصدرة لها على الوفاء بهذا الالتزام. لذلك يجب على المشرع العراقي عند تشريعه التنظيم القانوني للنقود الالكترونية باعتبارها كوسيلة تنفيذ للالتزامات التعاقدية ان ينص صراحة على التزام المصرف المصدر باسترداد النقود الالكترونية و تحويلها الى نقود عادية عندما يطلب منه ذلك.

المبحث الثاني- الاثار بالنسبة للمشتري و البائع

ثم التزامات عديدة تقع على عاتق البائع و المشتري اي المستهلك و التاجر الذين يتعاملون بالنقود الالكترونية و عليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين الاول نتناول فيه التزامات المستهلك (المشتري) و الثاني نتناول فيه التزامات التاجر (البائع).

المطلب الاول- التزامات المشتري

ان مستهلك النقود الالكترونية تقع على عاتقه عدة التزامات تقابل التزامات المصرف المصدر للنقود و تحديد هذه الالتزامات يخضع للعقد المبرم مع المصرف المصدر و ان هذه الالتزامات قسم منها يخضع لطبيعة العمل المصرفي الذي تنظمه طبيعة تلك الاعمال كتقديم البيانات الشخصية الضرورية للمصرف و اعلامه باي تغييرات تطرأ على حالته الشخصية^٥، و ابلاغ المصرف في حال فقدان و السرقة للبطاقة^٦، و منها ما يكون ذا طبيعة خاصة يتعلق بالنقود الالكترونية و التي ستكون موضوع بحثنا هذا و من هذه الالتزامات الاتي :-

^١ انظر ثانيا /١/ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري.

^٢ انظر د. احمد السيد لبيب، الدفع بالنقود الالكترونية، الماهية و التنظيم القانوني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢٤٦.

^٣ انظر نسرين عبد الحميد، الجوانب الالكترونية للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٨.

^٤ انظر ثانيا /٣/ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية، المرجع السابق.

^٥ انظر د. احمد السيد لبيب، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

^٦ نصت المادة ثانيا /٣/ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية على انه (يتحمل العميل مسؤولية اعداد البيانات الخاصة بالمستفيد او الاضافة او التعديل عليها).

^٧ نصت المادة ثالثا /٨/ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية (يلتزم العميل في حالة قدان او سرقة جهاز الشفرة باخطار البنك لكي يقوم بابطال هذا الجهاز)

اولا:- عدم اساءة استخدام النقود الالكترونية: يتم تزويد المستهلك ببرنامج خاص بنظام الدفع بالنقود الالكترونية و اداة الحماية الخاصة به فتعتبر هذه الاداة هي وسيلة التحقق من هوية العميل بمجرد ادخالها بنجاح^١. عليه يجب اتباع اجراءات الحماية في التعامل خاصة عبر شبكة الانترنت مع المصرف من خلال المحافظة على اداة الدفع و وسائل الدخول التي زوده بها المصرف المصدر^٢. و اذا اخل المستهلك بالتزامه اعلاه فانه يتحمل المسؤولية عن سوء استخدام الخدمة الناتج عن عدم الالتزام باجراءات الحماية او الناتج عن قيامه بالكشف عن اجراءات الحماية او مخالفتها لدى الاستخدام^٣.

ثانيا:- اعادة اداة الدفع عند انتهاء التعاقد: بعد انتهاء الرابطة العقدية بين المصرف مصدر النقود الالكترونية و المستهلك يكون عليه اعادة اداة الدفع الى المصرف، سواء تم انهاء التعاقد مع المصرف بانتهاء المدة او كان انتهاء العقد نتيجة فسخ العقد او غلق الحساب، وغيرها من الاسباب الاخرى التي تؤدي الى انتهاء حالة التعاقد ما بين المصرف و المستهلك^٤. وقد تقوم المصارف عند انتهاء التعامل مع العميل ابطال او حجب الحساب الالكتروني الخاص بالعميل هذا من جانب ومن جانب اخر، يرى البعض^٥ ان انتهاء حساب العميل لاي سبب كان لا يمنع المصرف مقدم الخدمة ان يعيد الى العميل مجموع المبالغ الموجودة في حساب النقود الالكترونية الخاص به، فضلا عن المبالغ التي تحتويها اداة الدفع ذاتها وقت غلق الحساب او انتهاء العقد.

المطلب الثاني- التزامات البائع

يقع على عاتق التاجر (البائع) التزامات محددة، بوصفه احد اطراف العلاقة الناشئة عن التعامل بالنقود الالكترونية، و لم تتضمن الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و وسائل الدفع و اصدار النقود الالكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري ما يشير الى تحديد التزامات التاجر بوصفه طرفا في هذه العلاقة ضمن المسؤوليات الاسترشادية التي وضعها للمصرف المصدر و المستهلك، فقبول التاجر للنقود الالكترونية كوسيلة لوفاء الالتزامات المالية هو جزء مهم من العملية، و مع ذلك طرح الفقه جملة من الالتزامات تقع على عاتق التاجر البائع على النحو الاتي:-

اولا:- الالتزام بقبول الدفع بالنقود الالكترونية: يرى البعض^٦ ان اول ضمان للتعامل بالنقود الالكترونية و اول طريق في سبيل انتشارها هو منحها قوة الوفاء للالتزامات المالية، بالزام المتعاملين بها قبولها و منهم التاجر الذي يبيع سلعة و يقبل الوفاء بالثمن بواسطتها، لان عدم قبول التاجر بها للوفاء يؤدي الى جعل تلك النقود عديمة الفائدة و ليس لها فائدة في التعامل.

و يلاحظ ان التنظيم القانوني للنقود الالكترونية في مصر جعل الوفاء بواسطة النقود الالكترونية غير مبرر الذمة المالية حتى تتم التسوية النهائية فيما بين مصرف المستهلك (المشتري) و مصرف التاجر (البائع)^٧. و في الواقع ان موقف المشرع المصري اعلاه منتقد لانه يتناقض مع طبيعة النقود الالكترونية التي تقتضي

^١ تنص الفقرة ٩ من المادة ٣ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية (تعتبر ادوات الحماية وسيلة للتعرف و التحقق من

شخصية العميل، و بمجرد اتمام ادخالها بنجاح يعتبر العميل هو مصدر جميع التعليمات و المعاملات)

^٢ انظر د. شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية - رؤية مستقبلية، المرجع السابق، ص ١٢٤.

^٣ نصت الفقرة ٥ من المادة ٣ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية على انه (يتحمل العميل مسؤولية سوء استخدام الخدمة الناتج عن

الالتزام باجراءات الحماية او الشروط و الاحكام الواردة في العقد الذي يتم ابرامه مع البنك بشأن العمليات المصرفية الالكترونية او عن

قيامه بالكشف عن اجراءات الحماية او مخالفتها لدى الاستخدام).

^٤ انظر د. احمد السيد لبيب، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

^٥ انظر المرجع السابق، ص ٢٦٥.

^٦ انظر شيماء فوزي احمد، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

^٧ انظر ثانيا /٢ من الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية

السرعة في الوفاء و ابراء ذمه المدين من الالتزام، لانه عدم الوفاء الفوري للنقود الالكترونية قد يثير جملة من المشاكل في المستقبل خصوصا في حال تعرض المصرف المصدر للنقود الالكترونية للافلاس.
و قد يثار التساؤل ما الحكم لو تعرض المصرف المصدر للنقود الالكترونية للافلاس هل يحق للبائع (التاجر) الرجوع على المشتري الذي اشترى السلعة منه ام الرجوع على الجهة المصدرة للنقود^١.
للاجابة على هذه المشكلة ستكون لدينا فرضيتين:-

الفرضية الاولى:- اذا كان الوفاء بواسطة النقود الالكترونية يعتبر مبررئ للذمة المالية اي نهائي، ففي هذه الحالة لا يكون هناك حق للبائع في الرجوع على المشتري لانه تم دفع الثمن لحظة البيع و الشراء بموجب عملية الكترونية، تنتقل قيمة النقود من محفظة المشتري الى محفظة البائع و لم يبق له سوى الرجوع على المصرف لاسترداد تلك النقود و يدخل في تفليسة المصرف المصدر و يتزاحم مع بقية الدائنين.
الفرضية الثانية:- اذا كان الوفاء بواسطة النقود الالكترونية غير مبررئ للذمة المالية اي انها وسيلة للتبادل في هذه الحالة كان للتاجر الرجوع على المشتري الذي يتحمل وحده افلاس مصدر النقود الالكترونية. والواقع فان ما يتناسب مع طبيعة الوفاء بهذه النقود هو الانتقال الفوري من ذمة البائع الى المشتري لذلك نؤكد على ضرورة قيام المشرع العراقي عند تشريعه التنظيم القانوني للنقود الالكترونية الزام المتعاقدين و المتعاملين بها قبولها في وفاء قيمة السلع و الخدمات، و ان تنتقل فوريا من ذمة المشتري الى ذمة البائع، و اذا تم رفض ذلك من البائع في قبول الوفاء باثمان السلع و الخدمات عن طريق النقود الالكترونية قامت مسؤوليته عن مخالفته لنصوص قانونية امرة.

ثانيا:- التأكيد من صلاحية و صحة النقود الالكترونية: يقع على عاتق التاجر عبء مسؤولية التأكيد من صحة و صلاحية محفظة النقود الالكترونية المقدمة اليه من قبل المشتري و ذلك للتأكد من صلاحية هذه النقود، و تتم عملية التأكيد بعدة وسائل تبعا للطريقة او الوسيلة المستخدمة عليه سوف نتناول كل وسيلة و طريقة التاكيد من صلاحيتها:-

الوسيلة الاولى:- يتم التاكيد من صلاحية النقود من خلال قيام البائع بالاتصال بقواعد البيانات الخاصة بالمصدر الذي يحتفظ بالارقام المتسلسلة لوحداث النقود الالكترونية التي سبق ان تم استهلاكها بالانفاق، يستخدم هذا الاسلوب خاصة عندما يكون الدفع بالنقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت^٢.
الوسيلة الثانية:- عندما يتم الدفع بواسطة البطاقة الذكية عند نقاط البيع لدى التاجر فان البطاقة ذاتها تتضمن وسائل تقنية مقاومة للتلاعب تحول دون انفاق النقود الالكترونية انفاقا مزدوجا^٣. و اذا تم اشعار البائع باحدى الحالتين السابقتين من قبل المصرف المصدر بان البطاقة المقدمة او النقود غير صحيحة ففي هذه الحالة يلتزم برفض الوفاء بها.

و لكن ما الحكم فيما لو اخل البائع بالالتزام اعلاه و انه قبل الوفاء بتلك النقود بالرغم من علمه بعدم صلاحيتها؟ في هذه الحالة سوف يتحمل البائع المسؤولية عن الالتزامات التي قبل الوفاء بها، و من ثم لا يكون له الحق في مطالبة المصرف بتحويل النقود الالكترونية التي قبل الوفاء بها الى نقود تقليدية.

^١ اختلف الفقه حول طبيعة هذه النقود هل هي مبررئ للذمة المالية اي الوفاء بها نهائي ام مجرد وسيلة للتبادل و تتم تسويتها عند نهاية الصفقة لدى مصرف البائع و المشتري، انظر بصدد الخلاف الفقهي حول طبيعة هذه النقود ماسبق بحثه في الفصل الثاني، المبحث الاول، المطلب الثاني من البحث هذا.

^٢ انظر د. احمد السيد لبيب، المصدر السابق، ص ٢٦٥.

^٣ انظر د. احمد سفر، العمل المصرفي الالكتروني في البلدان العربية، المؤسسة العربية للكتاب، طرابلس - لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٨٧.

الخاتمة

بعد ان تم بحمد الله ندرج في ادناه اهم الملاحظات و المقترحات و النتائج الي توصلنا اليها من خلال البحث في موضوع النقود الالكترونية باعتبارها وسيلة ادفع الثمن في عقد البيع، التي نامل ان تغني المكتبة القانونية و الاستفادة منها عند وضع تشريع خاص باصدار النقود الالكترونية في العراق :-

١- النقود الالكترونية عبارة عن قيمة نقدية بعملة محددة تصدر في صورة بيانات الكترونية مخزنة على كارت ذكي أو قرص صلب بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة.

٢- تمثل النقود الالكترونية قيمة مالية معينة تستخدم في الوفاء باثمان السلع و الخدمات، ولا يمنع من ذلك كونها غير قابلة للاستخدام إلا عبر جهاز الحاسوب لأن هذه الصفة تنافي قابلية الرؤية للعملة الالكترونية ولكنها لا تنافي ماديتها.

٣- ان طبيعة النقود الالكترونية تستلزم وجود عدة عوامل مساعدة للنقد الالكتروني والتي يمكن القول أن أهمها هي دفعها عبر شبكة الكترونية و وجوب توافر نظام مصرفي معد لغرض التعامل مع النقد الالكتروني.

٤- إن الآلية التي تستخدم بها النقود الإلكترونية تستلزم نظاما مصرفيا خاصا تضعه المصارف سواء كانت مصارف حقيقة أو افتراضية، وكلا هذين النظامين يستلزم نظاما مصرفيا خاصا يقوم على حماية السرية والأمن.

٥- النقود الإلكترونية تتشابه مع النقود التقليدية في صلاحية كلا منهما كوسيلة لدفع الثمن، علاوة على تمتعهما بقدر واسع من القبول وإن كانت النقود التقليدية تتمتع بقبول أكثر نظراً لحدثة النقود الإلكترونية واعتمادها على تكنولوجيا متقدمة ربما لا تكون متوافرة إلا في الدول المتقدمة.

٦- أن النقود الإلكترونية هي نقود عادية متطورة فهي وإن كانت لا تتشابه معها في الشكل، فإنها تتفق معها في المضمون. فالنقود الإلكترونية تصلح وسيلة لدفع الثمن، كما أنه لا يوجد ما يحول دون قيامها بوظيفة النقود العادية كوسيط للتبادل و من ثم يساعد على انتقالها من حيازة الى اخرى.

٧- إن أي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية لا يتعين عليه فقط تحديد طبيعة أو شخصية تلك الجهة التي تتولى إصدارها وإنما عليه أيضاً أن يضع مجموعة من الضوابط التي تضمن في النهاية درء المخاطر الاقتصادية والقانونية التي من المتوقع حدوثها عند إصدار هذه النقود.

٨- التنظيم القانوني الوطني للنقود لن يكون فعالاً ما لم يستكمل بتنظيم وتنسيق وتعاون دولي، حيث أضحي إذاً من الضروري أن تتعاون الدول من خلال اتفاقيات جماعية وثنائية يوضح فيها مسؤوليات مواطني كل دولة.

٩- يتعين على أي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية أن يتضمن النص على التزام مصدري النقود الإلكترونية بقبول تحويلها إلى نقود قانونية (أي تلك التي يصدرها البنك المركزي في الدولة) وذلك عند سعر التعادل أو التكافؤ في أي وقت يطلب فيه حامل هذه النقود تغييرها.

١٠- يتعين على أي تنظيم تشريعي للنقود الإلكترونية أي ينطوي على قيود تلتزم بها الجهة المصدرة لتلك النقود. تلك القيود ما هي إلا مجموعة من الضوابط التي تهدف إلى حماية الأطراف المتعاملة في النقود الإلكترونية وتحول دون استغلال مصدري النقود الإلكترونية لبقية الأطراف.

١١- يجب على التشريع المتعلق بالنقود الإلكترونية أن يوضح بدقة التزامات وحقوق كل طرف في مواجهة الأطراف الأخرى. فالالتزامات وحقوق مصدر النقود الإلكترونية والعملاء والتجار والأطراف الأخرى المستخدمة لهذه النقود يجب أن تحدد تحديداً نافياً للجهالة، فيجب إذاً أن يكون من السهل على كل طرف أن يدرك ويعي مركزه القانوني.

١٢- ضرورة حصر اصدار النقود الالكترونية بالبنك المركزي حيث ستكون للبنك المذكور سلطة الرقابة و الاشراف على تلك النقود.

١٣- يجب على المشرع العراقي عند تشريعه التنظيم القانوني للنقود الالكترونية باعتبارها كوسيلة تنفيذ للالتزامات التعاقدية ان ينص صراحة على التزام المصرف المصدر باسترداد النقود الالكترونية و تحويلها الى نقود عادية عندما يطلب منه ذلك.

١٤- ضرورة قيام المشرع العراقي عند تشريعه التنظيم القانوني للنقود الالكترونية الزام المتعاقدين و المتعاملين بها قبولها في وفاء قيمة السلع و الخدمات، و ان تنتقل فوراً من ذمة المشتري الى ذمة البائع، و اذا تم رفض ذلك من البائع في قبول الوفاء باثمان السلع و الخدمات عن طريق النقود الالكترونية قامت مسؤوليته عن مخالفته لنصوص قانونية امرة.

المصادر

اولاً:- باللغة العربية

- ١- د.احمد السيد لبيب، الدفع بالنقود الالكترونية، الماهية و التنظيم القانوني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
 - ٢- د.احمد سفر، العمل المصرفي الالكتروني في البلدان العربية، المؤسسة العربية للكتاب، طرابلس - لبنان، ٢٠٠٦.
 - ٣- د.اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
 - ٤- اسعد فاضل مندبل الجياشي و عقيل سرحان محمد النصري، التكيف القانوني للنقود الالكترونية، بحث منشور على الانترنت في الموقع : profasaad.info
 - ٥- بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الثانية ٢٠١٠.
 - ٦- د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، الوفاء الالكتروني كوسيلة لتنفيذ الالتزام - دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد ١٤، العدد ٣، ايلول ٢٠١٢.
 - ٧- حيدر عبدالمطلب هاشم الحسني، خصوصية التعاقد عبر و سائل الاتصال الحديثة، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠١٠.
 - ٨- رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مكتبة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ١٩٩٩.
 - ٩- زهير بشناق، العمليات المالية المصرفية الالكترونية، إتحاد المصارف العربية، بيروت، 2006 .
 - ١٠- سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
 - ١١- د.شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ / ٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول.
 - ١٢- شيماء فوزي احمد، التنظيم القانوني للنقود الالكترونية، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد ١٤، العدد ٥٠، السنة ١٦.
 - ١٣- صالح مفتاح، النقود والسياسة النقدية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة الدولة في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية، ٢٠٠٣. منشورة على الانترنت في الموقع :
- <http://www.4shared.com/get/76dvmMKB/online.html>
- ١٤- صلاح زين الدين، دراسة اقتصادية لصراع البقاء بين النقود الإلكترونية والبنك المركزي، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والحاسوب المنعقد خلال لفترة من ١٢ - ١٤ / أغسطس، ٢٠٠٤، جامعة اليرموك - الأردن.
 - ١٥- د.عبدالرزاق خليل و حمزة طيبي، ادارة مخاطر العمليات المصرفية وفق معايير لجنة بازال الدولية، ص ٣. بحث منشور على الانترنت بتاريخ ١١/٨/٢٠١٢ في الموقع:
- http://skills-management.blogspot.com/2012/02/blog-post_9369.html
- ١٦- د.عدنان ابراهيم سرحان، الوفاء (الدفع) الالكتروني، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ / ٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول.
 - ١٧- د.فاروق محمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
 - ١٨- د.مجيد حميد العنبيكي، مبادي العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٤.
 - ١٩- د.محمد ابراهيم محمود الشافعي، الاثار النقدية و الاقتصادية و المالية للنقود الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي، ١٠- ١٢ ايار ٢٠٠٣، المجلد الاول.
 - ٢٠- د.محمد سعدو الجرف، اثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع و الخدمات، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ / ٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول.
 - ٢١- د.محمود احمد الشراوي، مفهوم الاعمال المصرفية واهم تطبيقاتها، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠- ١٢ / ٥/ ٢٠٠٣ المجلد الاول.

- ٢٢- مناصر لطيفة و عبد العزيز فطيمة، التجارة الالكترونية في الدول العربية الواقع و التحديات، المركز الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٣٦.
- ٢٣- د.نبيل صلاح محمود العربي، الشبك الالكتروني و النقود الرقمية، دراسة مقارنة، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، دبي ١٠ - ١٢ / ٥ / ٢٠٠٣ المجلد الاول.
- ٢٤- الموسوعة الحرة (ويكيبيديا) منشورة على الانترنت في الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki/>
- ٢٥- نبيل مهدي زوين، النقود الالكترونية - دراسة قانونية، ص ٦. بحث منشور على الانترنت بتاريخ ٢٠١٢/٣/٨ في موقع: <http://www.dahsha.com/old/viewarticle.php?id=33446>
- ٢٦- نضال سليم برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠.
- ٢٧- نسرین عبد الحميد، الجوانب الالكترونية للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٢٨- ود النور، ماهي النقود الالكترونية، ص ١ بحث منشور على الانترنت في الموقع: <http://cbfs.merrikhna.net/vb/showthread.php?t=474>
- ٢٩- وعود كاتب الانباري، السداد الالكتروني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع، ٢٠١٠، العراق.

ثانياً:- القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون البنك المركزي العراقي رقم ٩٦ لسنة ٢٠٠٤
- ٣- الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و اصدار وسائل دفع النقود الالكترونية الصادرة عن البنك المركزي المصري لسنة ٢٠٠٢، بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٢.
- ٤- مسودة مشروع قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي.

ثالثاً:- باللغة الانكليزية

- 1-Bank for International settlements (BIS), "Implication for central banks of the development of electronic money, Basle,1996.
- 2-Bernkopf, M., "Electronic Cash and Monetary Policy", First Monday Review, Vol. 1, N°1, May, 1996.
- 3-Bostjan brumen , and other , internet commerce athorities and digital cash , institute of informatics ,slovenia, 2000.
- بحث منشور على الانترنت في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية على الموقع : www.ivsl.org
- 4-Cash Berensten, Aleksander , "Monetary Plicy Implications of Digital Money", Kyklos,1998, Vol. 51, n° 1,.
- 5-Deutsche Bundesbank , "Recent developments in electronic money", Deutsche Bundesbank Monthly Report, 1999.
- 6-Ely, B., "Electronic Money and Monetary Policy: Separating fact from fiction, paper presented at Cato Institute's 14th Annual Monetary Conference", May 1996, P. 20.
- 7-European Commission , "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, 1998, COM (98) 727, PP.w.
- 8-European Central Bank , "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany, August, 1998.
- 9-Good A. Barbara , ELECTRONIC MONEY , Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Research Department, August 1997.
- 10-Good, Barbara , "Electronic Money", Federal Reserve Bank of Cleveland Working Paper, No 97/16, 1997.
- 11- Good, Barbara , "Will Electronic Money Be Adopted in the United States", Federal Reserve Bank of Cleveland Working Paper, No 98/22, 1998.

12-Jerry gao , and other, A peer to peer wireless payment system, san jose state university , comuter eng,usa ,2005.

بحث منشور في موقع المكتبة الافتراضية العلمية العراقية : www.ivsl.org

13-khanh quoc nguyen, and other , micro digital money for electronic commerce , school of computing and IT university of western sydney, 1997.

بحث منشور في موقع المكتبة الافتراضية العلمية العراقية : www.ivsl.org

14-Philips, J., “Bytes of Cash: Banking, Computing and Personal Finance”, First Monday Review, Vol. 1, N^o5, November1996.

15-Piffartit Nadia. , Atheoretical approach to electronic money , working papers, faculty of Economic and social sciences , University of Fribourg, February , 1998.

16-Sabrina M. Shedid and Mohammed Kouta , modified set protocol for mobile payment , 2012 2nd international conference on software technology and engineering (ICSTE) p.VI351

بحث منشور في موقع المكتبة الافتراضية العلمية العراقية بتاريخ : ٢٠١٢/٣/١ : www.ivsl.org

17-Solinsky, J. , “An Introduction to Electronic Commerce”, Worldquest University, Olen Soifer, USA,1995

18-Thygesen, Christian and Kruse, Mogens (1998), “Electronic Money”, Danamarks National Bank Monetary Review, 4th Quarter.

19-The consumer Advisory Board of the Federal Reserve Board of the USA, 1996, “Federal Reserve Board Consumer Advisory Council Meeting”, nov. 2.

20-White, L.H., “The Technology Revolution and Monetary Evolution” in, The Future of Money in the Information Age, Cato Institute’s 14th annuel monetary confrence, May 23, Washington, D.C., 1996.

رابعاً:- باللغة الفرنسية

1-Blanluet G. , la monnaie electronique , definition- nature juridique, Revue de droit bancaire et financier , Mars – Avril, 2001.

2-G.Mathiaset A. Memais , les enjeux de la monnaie electronique juriscom , net1417 , 2001

آثار عقد التحكيم - دراسة مقارنة

د. حسن مكي مشيري

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

Abstract

This paper deals with the effects of Arbitration contracts , Arbitration is an agreement between the parties to dispute outside the courts and resolve disputes resolution. This subjects is discussed in two chapters , in the first I study the effects of arbitration clause giving the positive effects that arise because of the disputes between the two parties which must be resolved by the arbitrator and the negative effects that arise because the court's obtain to resolve the disputes that arise between the two parties.

In the second chapter I discussed the effect of the arbitration ward focusing the arbitrator's obtain to give the interpretation or correct the ward according to the Iraqi legislation so that the execution of the ward must be done by the court.

مقدمة

التحكيم وسيلة يختارها الخصوم لفض النزاع الذي ينشأ بينهم، بموجبها يتم طرح الموضوع على مُحكم معين أو أكثر للنظر والبت في النزاع دون الحاجة لعرضه على القضاء العام المختص أصلاً بالفصل في المنازعات.

ويُعد التحكيم احد الوسائل السريعة التي يلجأ إليها الأشخاص للفصل في المنازعات التي حصلت أو التي قد تنشأ في المستقبل، وذلك حسب الاتفاق المبرم بينهم، فإذا كان الاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع سمي ذلك بشرط التحكيم، أما إذا كان الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع سمي ذلك بمشاركة التحكيم، وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التحكيم النموذجي اتفاق التحكيم بأنه (هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم ، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل)^(١).

١ - قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ١٢ - ٦ - ١٩٨٥ ، وثيقة الأمم المتحدة رقم ٤٠/١٧ / A. وانظر المادة الأولى من قواعد الاونستيرال للتحكيم المنقحة عام ٢٠١٠. وقد عرّف المشرع المصري التحكيم في المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم (٢٧ لسنة ١٩٩٤) أنه عبارة عن (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية).

فقد لجأ الأشخاص للتحكيم لما يوفره من فوائد قد لا يحققها الطريق العادي لفض المنازعات الذي نظمه القانون وتديره الدولة و المتمثل في مرفق القضاء، ورغم الفوائد التي يحققها التحكيم إلا انه قد يؤدي إلى وقوع بعض الأخطاء ويعرض مصالح الخصوم للضرر^(١)، فالتحكيم يُعد نظام استثنائي لفض المنازعات بجانب نظام القضاء العادي الذي أوجده المشرع للفصل في المنازعات والدعاوى.

وقد نظم المشرع العراقي أحكام التحكيم في المواد (٢٥١ - ٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وقد انضم إلى اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ التابعة للأمانة العامة لجامعة الدول العربية، وقد صادق عليها بتاريخ ٢٦-١-١٩٨٩ ودخلت حيز النفاذ ابتداء من تاريخ ٢٧-٦-١٩٩٢. بينما نظم المشرع الليبي أحكام وقواعد التحكيم في المواد (٧٣٩ - ٧٧٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والقانون الخاص رقم (٤) لسنة ١٣٧٨ ور الموافق (٢٠١٠ مسيحي) بشأن التوفيق والتحكيم.

فالتحكيم عبارة عن عقد بمقتضاه يتفق طرفان على أن المشكلات التي تقع عن تفسير أو تنفيذ عقد أو التي تنشأ من علاقة قانونية غير تعاقدية تحل بواسطة المحكمين، فالهدف من عقد التحكيم منح المحكم سلطة في نظر المنازعات التي تنشأ عن علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية وإدخالها في اختصاص وولاية المحكمين، بدلا من منح الاختصاص للمحاكم العادية.

لاشك أن عقد التحكيم كسائر العقود يستلزم لتكوينه توافر عدد من الشروط الموضوعية مثل الرضا والمحل والسبب، وشروط شكلية^(٢)، ومن أهم هذه الشروط ما يتعلق بوجود الرضا وتوافر أهلية التصرف لأطراف العقد وإلا كان اتفاق التحكيم غير قائم^(٣)، وان يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية بموضوع عقد التحكيم والمسائل المتنازع عليها، والتي يجب أن تكون من المنازعات التي يجوز فيها التحكيم^(٤).

١ - مزيد من التفاصيل بشأن مزايا وعيوب التحكيم راجع د/ فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث ٢٠٠٨ ، ١٦ وما بعدها. د/ علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٨ وما بعدها. د / ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، المكتب الجامعي الحديث ، الأردن الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤ وما بعدها. د/ ادم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٠.

٢ - انظر ا د/ الكوني علي اعبده، قانون علم القضاء، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشورات جامعة ناصر ، ١٩٩١ ، ليبيا ، ص ٢٨٠.

٣ - د / نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٤ ، الإسكندرية ، ص ٣٩.

٤ - فقد استبعد المشرع الليبي عدد من الحالات المتعلقة بالنظام أو منازعات العمال أو المتعلقة بالجنسية وغيرها من الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم انظر المادة (٧٤٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

ويجب أن يتضمن عقد التحكيم تعيين المحكمين ومهلة إصدار قرار التحكيم مع تعيين أجرهم، وتحديد القانون الواجب التطبيق ويجب أن يتم كتابة عقد التحكيم لغرض الإثبات^(١)، أما إثبات وجود شرط التحكيم فيتم بالوسائل التي يثبت بها العقد الأصلي، فإذا كان العقد تجارياً جاز إثباته بكافة طرق الإثبات وإذا كان العقد الأصلي مدنياً يجب إثباته بالكتابة طبقاً للقواعد العامة.

فإذا وجد اتفاق التحكيم رتب مجموعة من الآثار سواء أثناء تنفيذ شرط التحكيم أو بعد صدور قرار التحكيم من المحكمين، وعليه نقسم هذا البحث إلى مبحثين نخصص الأول لدراسة آثار شرط التحكيم، ونتناول في المبحث الثاني آثار قرار التحكيم.

المبحث الأول

آثار شرط التحكيم

اتفاق التحكيم سواء أكان شرط أم مشاركة تحكيم يترتب أثراً رئيسياً في مواجهة أطرافه، الأول إيجابي يتمثل في عرض النزاع على المحكم أو أكثر للفصل فيه، والثاني سلبي يتمثل في امتناع القضاء العادي مؤقتاً نظر النزاع القائم بين الطرفين، رغم كونه صاحب الولاية العامة أصلاً في الدولة للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص^(٢). عليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لدراسة الأثر الإيجابي لشرط التحكيم، ونتناول في المطلب الثاني الأثر السلبي لشرط التحكيم.

المطلب الأول - الأثر الإيجابي لشرط التحكيم

يتمثل الأثر الإيجابي لشرط أو مشاركة التحكيم بالتزام أطراف العقد بعرض النزاع أولاً على محكم أو هيئة التحكيم لتسوية النزاع قبل عرضه على المحكمة المختصة، فطالما وجد اتفاق على فض النزاع بواسطة المحكمين فلا يجوز لأحد الخصوم أن يلجأ إلى القضاء للفصل بالنزاع دون أخذ موافقة الخصم الآخر^(٣). وليس لأحدهما أن يعطل أو يتخلى عن اتفاق التحكيم بإرادته المنفردة، ذلك أن اتفاق التحكيم شأنه شأن العقود الرضائية ملزم للطرفين، فلا يجوز لأحدهما أن يعرقل أو ينسحب من الاتفاق بإرادته المنفردة، وإلا جاز للطرف الثاني أن يلجأ للقضاء بطلب الطرف الأول بتنفيذ اتفاق التحكيم وطلب توقيع غرامة تهديديه عليه^(٤).

١ - نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي على انه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ..).

٢ - راجع د/ احمد إبراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٢. د/ حمد الله محمد حمد الله ، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٦

٣ - د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٣.

٤ - د/ احمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، مصر الطبعة الأولى ، بدون سنة نشر ، ص ٢٤٤.

فاتفاق التحكيم لا ينزع من الأطراف حق اللجوء إلى القضاء وإنما يمنهم مؤقتاً من الالتجاء إلى القضاء مادام شرط التحكيم قائماً، أو ما لم يتبين أن الاتفاق باطل لتخلف ركن من أركانه أو استحالة تنفيذه أو يكون غير قابل للتطبيق من الناحية العملية أو لاغ بسبب مخالفته للنظام العام أو أن موضوع النزاع لا يمكن تسويته بالتحكيم، ولا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها التحكيم طبقاً لنص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

فشرط التحكيم يُعد التزاماً يقع على عاتق طرفيه بعرض النزاع أولاً على هيئة التحكيم للبت وحسم النزاع بدلاً من المحكمة المختصة^(١)، ولا يمكن الرجوع عن شرط التحكيم إلا باتفاق جميع الأطراف. وقد يحصل العدول عن التحكيم من جميع الأطراف بشكل صريح أو بشكل ضمني مثل حضورهم أمام المحكمة المختصة للفصل بالنزاع القائم دون أن يثير احد الخصوم مسألة وجود عقد التحكيم^(٢)، أو يحضر احد الخصوم ويباشر إجراءات المرافعة أمام القضاء دون اعتراض من الخصم الآخر، لان رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة يُعد من الحقوق العامة التي لا تقبل التنازل عنها، إذ أن وجود شرط التحكيم لا يعد نزولاً عن حق الالتجاء إلى القضاء^(٣).

السؤال الذي يطرح هو، هل يمتد اثر شرط التحكيم إلى الخلف العام أو الخلف الخاص ؟

القاعدة أن آثار اتفاق التحكيم تسري في مواجهة أطرافه والخلف العام إعمالاً للقواعد العامة الواردة في نص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)، حيث يلتزم ورثة الشخص الذي ابرم اتفاق التحكيم بهذا الاتفاق ويستطيعون التمسك بشروط التحكيم في مواجهة الطرف الآخر مادامت تتوافر لديهم الأهلية، إذ جاء في نهاية نص المادة رقم (٢٥٩) من قانون المرافعات بأنه لا ينقضي التحكيم بموت احد الخصوم، وقد اشترط كذلك المشرع الليبي توافر كمال الأهلية في الورثة لسريان شرط التحكيم في مواجهتهم، حيث نصت المادة (٧٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على انه (لا ينقضي التحكيم بموت احد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وإنما يمد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً).

١ - د/ حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، مرجع سابق، ص ١٨١.

٢ - انظر د/ ادوارد عيد، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٦٥، ص ٦٩٢.

٣ - نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي على انه (ومع ذلك إذا لجأ احد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً) وانظر د/ احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص ٤٨.

فالأصل أن آثار عقد التحكيم تنصرف إلى الخلف العام كالوارث إذا كان كامل الأهلية، فإذا كان الوارث ناقص الأهلية أو فاقد الأهلية التصرف اللازمة لصحة شرط التحكيم لا تنصرف إليه آثار عقد التحكيم، فإذا بلغ القاصر سن الرشد أو زال عنه سبب نقص الأهلية تنتقل إليه آثار عقد التحكيم ويستطيع أن يحتج عليهم بشرط التحكيم أو يحتجون به في مواجهة الطرف الآخر^(١). ويستثنى من ذلك بعض الحالات التي لا ينصرف فيها اثر عقد التحكيم إلى الخلف العام إذا تبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الورثة والذي نصت عليه المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي، فإذا كان بعض الورثة كاملي الأهلية وكان احدهم قاصرا استمر شرط التحكيم منتجا لآثاره بالنسبة للبالغين سن الرشد بينما ينقطع سريان آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للقاصر^(٢).

أما بالنسبة للخلف الخاص وهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو حق عيني عليها كالمشترى، فالأصل أن الخلف الخاص يكون من الغير لا تنصرف إليه آثار عقد التحكيم على أساس أن الخلف الخاص يتلقى الحق من سلفه، إلا انه استثناء يُعد الخلف الخاص طرفا تنصرف إليه آثار عقد التحكيم بقوة القانون إذا كان يعلم بوجود شرط التحكيم، وان يكون اتفاق التحكيم سابق على انتقال الشيء إلى الخلف، وان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، حيث نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي بالقول (إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فان 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).

فأساس انتقال شرط التحكيم هو انتقال آثار العقد الأصلي إلى الخلف الخاص وهو تعلقها بالشيء المنتقل إليه بمقتضى الاتفاق أو بنص القانون، وشرط العلم بوجود اتفاق التحكيم يختلف بحسب ما إذا كان شرط التحكيم مدرج في العقد الأصلي أو منفصلا عنه، ففي الحالة الأولى يكون العلم بشرط التحكيم متحققا تبعا لتحقق العلم بالاتفاق الأصلي، أما في الحالة الثانية يستطيع الخلف أن يتمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم إليه رغم انتقال الاتفاق الأصلي إليه^(٣)، أما شرط أن يكون اتفاق التحكيم من مستلزمات العقد فهذا أيضا متحقق، لان هذا الاتفاق يحمي الاتفاق الأصلي لان موضوعه فض النزاع الناجم عن العقد.

يثور السؤال عن مصير شرط التحكيم في حالة رفع احد الطرفين دعوى أمام المحكمة المختصة

فهل ينتفي عن الاتفاق صفته كاتفاق تحكيم؟ نخصص المطلب الآتي لمناقشة ذلك.

١ - راجع د/ حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مطبعة عباد الرحمن ، مصر ٢٠٠٥ ص ١٤٩.

٢ - د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ١٩٠.

٣ - د/ حسام الدين فتحى ناصف ، نقل اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، مصر ٢٠٠٣ ، ص ٢٣. د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٩١.

المطلب الثاني - الأثر السلبي لشرط التحكيم

يتمثل هذا الأثر السلبي في امتناع القضاء العام من نظر نزاع يدخل ضمن اختصاص التحكيم فبجانب الآثار الايجابية لشرط التحكيم ينشأ التزام مقابل يقع على عاتق أطراف عقد التحكيم يتمثل بعرض النزاع أولاً على هيئة التحكيم للفصل فيه، والامتناع عن رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة للنظر بموضوع يدخل في نطاق التحكيم، وهذا الالتزام ينشأ من عقد التحكيم، وهو التزام متبادل بين الأطراف^(١)، فيترتب على ذلك حرمان الأطراف من الالتجاء إلى القضاء العادي، بل يجب على المحكمة أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم بناء على طلب صاحب المصلحة، حيث نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٨) من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ١٢-٦-١٩٨٥ بالقول (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسالة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك احد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه)، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي على (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى أمام القضاء إلا بعد استفاد طريق التحكيم)^(٢).

فإذا ما رفعت دعوى أمام المحكمة تدخل ضمن نطاق التحكيم يتعين عليها أن تحيل القضية إلى التحكيم إذا طلب الخصم ذلك وتمسك بوجود اتفاق التحكيم، ويجب عليه إبداء هذا الدفع وجميع الدفوع الشكلية في الجلسة الأولى قبل التعرض لموضوع الدعوى ، أما إذا تعدد المدعى عليهم وكان احدهم يستفيد من وجود اتفاق التحكيم، ففي مثل هذه الحالة يستطيع الآخرين أن يرفعوا الدعوى إلى المحكمة المختصة أما المستفيد من وجود شرط التحكيم فيجب عليه أن يرفع النزاع إلى هيئة التحكيم ما لم يكن النزاع غير قابل للتجزئة أو ما لم ينص اتفاق التحكيم عكس ذلك^(٣).

فإذا رفع احدهم النزاع إلى القضاء العادي بموضوع يدخل ضمن نطاق التحكيم كانت المحكمة غير مختصة بنظره إذا دفع صاحب المصلحة بوجود شرط أو مشاركة التحكيم لمنع عرض النزاع على القاضي، لكن الخلاف ثار حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي يتقدم به الخصم للمحكمة، فهل يُعد الدفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول على النحو الآتي.

١ - د / نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية ، مرجع سابق ، ص٦٣.

٢ - انظر المادة (٢٧) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري.

٣ - د/ ادوارد عيد ، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص٦٧٥.

الاتجاه الأول : يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بان الدفع باتفاق التحكيم يُعد من قبيل الدفع بعدم الاختصاص^(١)، ويستند هذا الرأي إلى أن اتفاق التحكيم يجعل النزاع خارج اختصاص المحكمة وعليها أن تحيل الطرفين إلى هيئة التحكيم للفصل بالنزاع القائم^(٢).

الاتجاه الثاني : يرفض فكرة الدفع بعدم الاختصاص ويرى أن الدفع بوجود شرط التحكيم يُعد من قبيل الدفع بعدم القبول، ويجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا تمسك صاحب المصلحة بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في موضوع النزاع في الجلسة الأولى.

وقد تبني المشرع العراقي هذا الاتجاه إذ نص في المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات (فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم) وكذلك تبني المشرع المصري الاتجاه الثاني في المادة (١٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤^(٣)، بينما المشرع الليبي لم يُبين نوع الدفع إلا أن المحكمة العليا في ليبيا ذهبت إلى القول انه دفع بعدم القبول حيث جاء في احد أحكامها انه (لما كان من المقرر أن الاتفاق على التحكيم أمر يتعلق بمصلحة الخصوم أنفسهم، ولا علاقة له بالنظام العام، فان هذا الاتفاق لا يخرج النزاع من اختصاص المحكمة باعتبار أن الفصل في الخصومات بين الناس أنيط بالمحاكم، وحيث أن الطاعن أبدى دفاعه في الموضوع أمام المحكمة، ولم يتمسك بشرط التحكيم فان حقه في هذا الدفع يكون قد سقط، حيث يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية دفعة واحدة وقبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ولم يقدم الطاعن الدليل على انه تمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع قبل إبداء دفاعه الموضوعي، فان هذا السبب من الطعن يكون غير مقبول ولا يحق له الطعن به لأول مرة أمام المحكمة العليا ويتعين الالتفات عنه)^(٤).

أما إذا لم يتمسك صاحب المصلحة بوجود اتفاق التحكيم أو تم التنازل عنه بشكل صريح أو ضمني أو كان الاتفاق باطل أو لا يمكن تنفيذه تبقى المحكمة هي صاحبة الاختصاص بالفصل بالنزاع القائم .
السؤال هو إذا عرضت أثناء التحكيم مسألة طارئة من المسائل الوقتية أو المستعجلة فهل يمتد اثر شرط التحكيم إليها وتكون من اختصاص المحكمين أم تدخل في اختصاص القضاء المستعجل ؟

١ - تبني هذا الرأي المشرع الكويتي في المادة (١٧٣) من قانون المرافعات والمشرع الفرنسي في المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات، راجع تفاصيل ذلك د/ حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مرجع سابق ، ص١٤٣ .

٢ - انظر ا د/ الكوني علي اعبوده، قانون علم القضاء، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص٢٨٥ . د / نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية ، مرجع سابق ، ص٦٤. وانظر المادة (٢٤) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري.

٣ - حيث نصت على انه (يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى) .

٤ - طعن مدني رقم ٥٤ / ٢٦٦ بتاريخ ١٩٨٢/٢/٨ ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، أكتوبر ١٩٨٢ ص٨٥ .

تبين لنا انه يمنع أطراف عقد التحكيم من الالتجاء إلى المحكمة المختصة لحسم النزاع دون موافقة الطرف الآخر، لكن هذا لا يعني منع القضاء بشكل مطلق من نظر بعض المسائل الطارئة والتي لها علاقة بموضوع التحكيم، حيث يجوز للمحكمة المختصة نظر المسائل الوقتية والمستعجلة بناء على طلب احد الخصوم لاتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة^(١)، ولو كان أصل الحق أو موضوع النزاع معروضا على هيئة التحكيم، تطبيقا للمادة (٢٦٨) من قانون المرافعات العراقي حيث نصت (إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي آخر، يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قرار للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسألة)^(٢).

فإذا تعددت المسائل الوقتية أو المستعجلة وتعلقت إحدى المسائل بموضوع النزاع وجب وقف المحكمين عن البت بالنسبة لتلك المسألة والسير في المسائل الأخرى^(٣)، فيشترط أن تكون المسائل الطارئة متلازمة مع موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم لكي تؤدي إلى وقف المحكمين عن الفصل بالنزاع القائم، وعليه لا يجوز للمحكمين اتخاذ إجراء تحفظي أو تدبير معين أو القيام بالحجز وإنما يكون هذا من اختصاص القاضي، فإذا أمر المحكم بإجراء الحجز، مثلا، يستطيع القاضي أن يأمر بإلغائه، وقد نصت على هذا المادة (٧٥٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي حيث ذكرت (ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية. وإذا أذن أي قاض مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، وعلى هذا القاضي أن يصدر قرارا بإلغاء الحجز حينما يقرر المحكمون ذلك)، أي يتعين على المحكمين الرجوع إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لإصدار قرار بالإنابة أو اتخاذ إجراء مترتب على تخلف الشهود مثلا^(٤).

فوجود شرط التحكيم لا يمنع القضاء من نظر المسائل الوقتية أو المستعجلة التي لها صلة بموضوع النزاع محل التحكيم، وقد أجازت ذلك المادة (٩) من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ١٢ - ٦ - ١٩٨٥ حيث نصت (لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب احد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائيا مؤقتا، وان تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب).

١ - نصت المادة (٢٥) من قانون المرافعات الليبي على (يقوم رئيس المحكمة الابتدائية أو من قيوم مقامه بالنظر في الأمور المستعجلة ، ويقوم بالنظر في هذه المسائل في المواد الجزئية قاضي المحكمة الجزئية).

٢ - د/ عبد المنعم زرم ، الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبع انتهاء خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ، مصر الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ، ص ١٢. و انظر المادة (٤٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٣ - د/ ادوارد عيد ، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٧١٣.

٤ - انظر نص المادة (٢٦٩) من قانون المرافعات العراقي.

أما إذا كان اتفاق التحكيم يتضمن اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في المسائل الوقتية والمستعجلة بجانب النظر في موضوع النزاع محل عقد التحكيم فلا يعتبر الالتجاء إلى المحكمة المختصة نزولاً عن شرط التحكيم المتعلق بموضوع النزاع، ما لم يتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم^(١).

المبحث الثاني

آثار قرار التحكيم

إذا توافرت في قرار التحكيم الشروط الشكلية والموضوعية التي نص عليها المشرع أو اتفاق الأطراف بشأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، وتم تطبيق إجراءات التحقيق وسماع شهادة الشهود أو الخبراء إذا لزم الأمر، واشتمل القرار على العناصر الجوهرية مثل أسماء وأقوال الخصوم، وعناوينهم، وأدلة الإثبات ومستنداتهم، وكتابة الحكم وأسباب الحكم ومنطوقه، والمكان الذي صدر فيه، وتاريخ صدوره، وأسماء وعنوانين وتوقيعات المحكمين^(٢)، وصدر الحكم بالاتفاق أو بأغلبية الآراء بعد المداولة طبقاً للقانون أو قواعد العدل والعرف^(٣)، رتب مجموعة من الآثار سنتناولها في ثلاث مطالب، نتناول في الأول استنفاد ولاية المحكمين، ونخصص المطلب الثاني لبيان حجية الأمر المقضي، ونتطرق في المطلب الثالث إلى تنفيذ قرارات التحكيم على النحو الآتي :

المطلب الأول - استنفاد ولاية المحكمين

بصدور قرار التحكيم في الميعاد المحدد يستنفد المحكمون صلاحيتهم وتنتهي مهمتهم بنظر موضوع النزاع، ويجب كتابة الحكم وإيداع الأصل مع مشاركة التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره^(٤)، ولا يجوز للمحكمين نظر النزاع من جديد ولو تبين لهم عدم عدالة أو عدم صحة قرارهم، لكن السؤال الذي يطرح هو هل يجوز للمحكمين بعد صدور قرار التحكيم تصحيح الخطأ المادي أو الأخطاء الجوهرية الواقعة في قرار التحكيم، وهل يجوز للمحكمين إصدار قرار آخر خلال ميعاد التحكيم يصحح القرار السابق إذا لم يتم إيداع أصل الحكم في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً في الفصل بالموضوع ولم يتم إعلان الخصوم بمنطوق الحكم السابق، وهل يجوز للمحكمين تفسير قرار التحكيم إذا شابه غموض في منطوقه أو كان مبهماً مما يتعذر على الخصوم تنفيذه، نتعرف على التفاصيل على النحو الآتي :

١ - راجع د/ احمد إبراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به ، مرجع سابق ، ص ٧٧.

٢ - انظر المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي.

٣ - انظر المادة (٧٦٠) من قانون المرافعات الليبي. والمادة (٤٣) من قانون التحكيم المصري والمادة (٣١) من قانون التحكيم النمونجي.

٤ - انظر المادة (٢٧١) من قانون المرافعات العراقي ، وانظر المادة (٧٦٢) من قانون المرافعات الليبي التي حددت المدة بخمسة أيام.

أولاً - تصحيح حكم التحكيم

المشرع العراقي اشترط أن يكون قرار التحكيم الصادر من المحكمين قد صدر بشكل مكتوب وعليه قد يقع من المحكمين أخطاء مادية في كتابة القرار، لا شك انه يجب أن نفرق بين حالة إيداع قرار التحكيم في المحكمة المختصة وإعطاء صورة عنه للخصوم، وبين حالة عدم إيداع قرار التحكيم في المحكمة المختصة، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة يجوز للمحكمين تصحيح الأخطاء المادية التي لحقت بقرار التحكيم، بشرط أن لا يكون الخصوم قد تم إعلانهم بمنطوق الحكم أو تم نشر الحكم أو جزء منه، ويشترط أيضاً أن يتم التعديل خلال المهلة المحددة، ويجب أن يكون القرار صادر من هيئة التحكيم التي أصدرت القرار الأول، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن تصحيح قرار المحكمين يكون باطلاً ويخرج من اختصاصهم ويكون من اختصاص المحكمة المختصة التي أودع فيها أصل قرار التحكيم.

أما في حالة إذا تم تسليم صورة من قرار التحكيم للخصوم وتم إيداع أصل واتفاق التحكيم في المحكمة المختصة، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز للمحكمين تصحيح الأخطاء المادية الواردة في قرار الحكم الصادر عنهم بعد إيداع أصل الحكم في قلم كتاب المحكمة، لأن ولايتهم قد انتهت واستنفذ المحكمين سلطة البت في الموضوع وبالتالي يكون تصحيح الأخطاء المادية من اختصاص المحكمة التي أودع فيها أصل قرار المحكمين.

فلا يجوز للمحكمين إصدار قرار آخر لتصحيح القرار السابق، إذا انتهى الميعاد المحدد وتم إعلان الحكم إلى الخصوم، إذ لا يجوز الفصل في الموضوع الواحد لنفس السبب مرتين لسقوط حقهم في الفصل ولمنع التضارب بين الأحكام^(١).

لأشك المشرع العراقي اغفل بيان حكم الأخطاء المادية في قرار المحكمين^(٢)، رغم انه تطرق في المادة (١٦٧) من قانون المرافعات إلى الأخطاء المادية البحتة أو الحسابية في الأحكام الصادرة من المحاكم حيث تقوم المحكمة بتصحيح هذه الأخطاء بناء على طلب الخصوم. ولكن من جانب آخر تناول المشرع العراقي بيان حكم الأخطاء الجوهرية في قرار التحكيم أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار إذ في

١ - راجع د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة ٢٠٠٤، ص ٦١٣.

٢ - إلا الاتفاقية عمان العربية قد أشارت إلى الأخطاء المادية والحسابية حيث نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٣٣) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ على انه (إذا وقع في القرار خطأ مادي كتابي أو حسابي، يجوز للهيئة تلقائياً أو بناء على طلب كتابي من احد الطرفين أن تقوم بتصحيحه بعد إخطار الطرف الآخر بالطلب على أن يقدم طلب التصحيح خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام القرار)

مثل هذه الحالة يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تبطل قرار المحكمين، كما يجوز للخصوم أن يتمسكوا أمام المحكمة المختصة ببطلان قرار التحكيم إذا شابه خطأ جوهرى^(١).

بينما نجد أن المشرع المصري قد منح المحكمين سلطة تصحيح الأخطاء المادية التي قد تقع منهم أثناء كتابة قرار التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار التحكيم^(٢)، أي انه سمح لهيئة التحكيم بتصحيح ما يقع من أخطاء كتابية أو حسابية في قرار التحكيم بناء على طلب احد الخصوم^(٣).

وقد أجاز قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم في الفقرة الأولى من المادة(٣٣) اجاز للمحكمين بتصحيح الأخطاء المادية أو الحسابية الواردة في قرار التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره بناء على طلب احد الخصوم بشرط إعلان الطرف الآخر.

ويجوز للمحكمين إصدار قرار آخر يحل محل القرار الباطل خلال مهلة التحكيم المحددة إذا لم يعترض عليه الخصوم وقبلوا التقيد بمضمون القرار الثاني فيكون هذا القرار صحيحاً، لان العيب الناتج عن صدوره يجعله باطل بطلان نسبي يعود للخصوم حق التمسك به، أما إذا اعترض عليه احدهم وتمسك بالقرار الأول، أو تم تعديل القرار بعد انتهاء الميعاد المحدد للتحكيم، أو تم تصحيح القرار دون إعلان الطرف الآخر فان القرار الثاني يكون باطلاً^(٤).

ثانياً - الأحكام الإضافية

يحتفظ للمحكمين بعد استنفاد ولاية الفصل بالنزاع بإصدار قرارات إضافية في طلبات جزئية أو مسائل تمهيدية قدمها الأطراف إلى هيئة التحكيم خلال إجراءات التحكيم واغفل عنها المحكمون ولم يتم البت فيها. فإذا أغفلت هيئة التحكيم من خلال القرار الذي أصدرته بعض الطلبات التي تقدم بها الأطراف خلال إجراءات التحكيم ولم يتم البت فيها، جاز لها أن تفصل بهذه الطلبات خلال المدة المحددة لها في اتفاق التحكيم أو التي نص عليها القانون بعد إعلان الخصوم، وتكون هذه الأحكام صحيحة ومنتجة لكافة آثارها ويتوجب عدم طرح هذه المسائل من جديد على المحكمة المختصة^(٥).

١ - انظر المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي ، وقد بينت الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات العراقي ما المقصود بالخطأ الجوهرى حيث نصت (ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية) ، وانظر د/ ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مرجع سابق ، ص ٣٠٥

٢ - انظر الفقرة الأولى من نص المادة (٥٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٣ - راجع د/ حسنى المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ضل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مرجع سابق ، ص ٤٧٠.

٤ - د/ ادوارد عيد ، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٧٢٢.

٥ - د / ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠.

وقد منح المشرع المصري في المادة (٥١) من قانون التحكيم هيئة التحكيم سلطة إصدار قرارات إضافية خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار التحكيم، ويكون ذلك بناء على طلب احد الخصوم، بشرط إعلانه إلى الطرف الآخر خلال ثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم المحكمين، وبشرط عدم إيداع أصل حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع، ويشترط كذلك أن لا يقوم المحكم بتعديل أو تكملة الطلبات التي تم الفصل فيها بالزيادة أو النقصان حيث تكون للحكم حجية الأمر المقضي به^(١). بينما المشرع العراقي لم يبين لنا حكم القرار الإضافي الذي يصدره المحكمين بعد استفاد ولاية الفصل بالنزاع في الطلبات التي تقدم بها الخصوم أثناء إجراءات التحكيم والتي اغفل عنها المحكمون رغم انه قد تم التعرض في المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات إلى المسائل الأولية التي لها تأثير في موضوع التحكيم أو التي تخرج عن ولاية المحكمين قبل صدور قرار المحكمين، ففي مثل هذه الحالات يتعين على المحكمين التوقف عن الفصل في النزاع حتى يتم البت بالمسائل الطارئة من قبل المحكمة المختصة.

أما إذا كان موضوع النزاع غير قابل التجزئة واغفل المحكمين الفصل بجزء من الطلبات التي تقدم بها الخصوم أثناء إجراءات التحكيم بحيث أن الحكم الصادر في شق منه يؤثر على الفصل في أجزائه الأخرى وفات الميعاد المحدد، ففي هذه الحالة لا تنقيد المحكمة المختصة بالقرار الصادر عن المحكمين^(٢)، فقد سمح المشرع العراقي للمحكمة المختصة النظر في القضية كلاً أو بعضاً إذا كانت صالحة للفصل فيها، أو تقوم بإعادة القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم من نقص وقد نصت على ذلك المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات، وبالتالي يجوز للخصم أن يرفع دعوى أمام المحكمة للفصل بالموضوع بجميع الطلبات من جديد^(٣).

ثالثاً - تفسير حكم المحكمين.

رغم أن المحكم يستنفذ سلطة البت في موضوع النزاع من جديد بعد صدور قرار التحكيم، إلا انه يجوز للخصم طلب تفسير الحكم الصادر من هيئة التحكيم لصعوبة تنفيذه، وذلك إذا كان حكم التحكيم مبهم صدر بعبارة غير محددة أو بسبب وجود عيب في صياغة القرار أو لم يتم صياغته صياغة قانونية بشكل جيد أو إذا شاب الحكم بعض الغموض أو كُتبت بطريقة تعذر على الخصوم تنفيذه بطريقة صحيحة، كأن

١ - د/ حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مرجع سابق ، ص ٤٧٢.

٢ - د/ ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٨١.

٣ - نصت المادة (٢٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي على انه (إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه).

يصدر قرار التحكيم ويتضمن عبارات إنشائية غير منضبطة أو تستعمل مصطلحات غير قانونية في صياغة القرار أو يصدر في شكل توصية مما يؤدي إلى الغموض أو اللبس عند تنفيذ القرار^(١).

فقد منح المشرع المصري لهيئة التحكيم صلاحية تفسير الحكم بعد إصدار قرار التحكيم وانتهاء مهمتها من الفصل بالنازع، إذا شاب منطوق الحكم غموض وإذا طلب صاحب المصلحة خلال مدة معينة ، بشرط إعلان الخصم الآخر بذلك ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٩) من قانون التحكيم على انه (يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم)^(٢).

أما تفسير حكم التحكيم طبقا للقانون الليبي يرجع إلى المحكمة المختصة التي أودع فيها أصل قرار التحكيم والتي يكون رئيسها مختصا بإصدار قرار صيغة تنفيذ حكم المحكمين، لان تفسير القرار يخرج من اختصاص المحكمين الذين أصدره تبعا لخروج القضية من يدهم ولاستنفاد سلطة النظر في الموضوع من جديد، فقد نصت المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات الليبي على انه (يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو ابهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى) .

أما المشرع العراقي لم يحدد في قانون المرافعات الجهة المختصة في تفسير قرار التحكيم، رغم انه الزم القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه^(٣)، وعليه يكون تفسير الغموض الواقع في قرار التحكيم من اختصاص المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع وهي المحكمة المختصة بوضع الصيغة التنفيذية على اصل قرار التحكيم .

أما إذا كان اتفاق التحكيم يتضمن فقرة تمنح المحكمين صلاحية تفسير قرار التحكيم إذا شاب منطوقه بعض الغموض أو اللبس، ففي مثل هذه الحالة فان تفسير القرار يخرج من اختصاص المحكمة ويكون من اختصاص المحكمين. وقد أجازت ذلك الفقرة (ب) من المادة (٣٣) من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم حيث أجازت للمحكمين القيام بتفسير جزء أو نقطه معينة من قرار التحكيم بناء على طلب احد الخصوم وبشرط إعلان الطرف الآخر، وبالتالي يكون التفسير جزء من قرار التحكيم.

١ - د/ إبراهيم ممد احمد دريج ، شرح قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥ ، مطابع السودان للعملة المحدودة، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ، ص٦٠

٢ - وقد بينت الفقرة الثانية من نص المادة إجراءات ومواعيد تفسير حكم المحكمين. راجع د/ حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مرجع سابق ، ص٤٦٧ .

٣ - انظر المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

وعندما يتم إحالة تفسير قرار التحكيم إلى هيئة التحكيم يتعين عليها أن تلتزم حدود التفسير وان لا تتجاوز حدود القرار بتعديل الحكم بالإضافة أو الحذف، وذلك لان المُحكّم قد استنفد ولاية الفصل بالموضوع وله الحق فقط في تفسير العبارات الغامضة الواردة في منطوق الحكم بحيث ينبغي أن لا يخرج عن هذه الحدود^(١). فإذا لم يقوم المُحكّم بهذه المهمة خلال الميعاد المحدد أو رفض تفسير القرار، ففي مثل هذه الحالات يعود تفسير حُكم المحكمين إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً والتي أودع فيها أصل حُكم التحكيم، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة.

المطلب الثاني - حجية الأمر المقضي

لاشك أن قرار التحكيم الصادر من المحكمين يجب أن يكون مستوفي كافة الشروط التي نص عليها المشرع^(٢)، وان يكون عقد التحكيم قد استوفى أركانه الشكلية والموضوعية لكي يصدر قرار التحكيم بشكل صحيح ويكون قابل للتنفيذ من قبل أطرافه بشكل اختياري دون حدوث معوقات أو مشاكل قد تؤدي إلى عدم تنفيذه حيث يكتسب حُكم التحكيم حجية الأمر المقضي به منذ صدوره فيما قضى به بحيث لا يجوز إعادة ذات النزاع للفصل فيه من جديد من قبل هيئة التحكيم، ولكن مع ذلك قد يشوب قرار التحكيم بعض الحالات التي تستوجب بطلانه إذا توافر سبب من أسباب البطلان^(٣)، أو تخلف ركن أو شرط من شروط عقد التحكيم فيقوم صاحب المصلحة في عقد التحكيم بالطعن فيه أمام الجهة المختصة للنظر في هذا الاعتراض مما يؤدي إلى طرح التساؤل ما هي المحكمة المختصة بالنظر بالنزاع؟ وما مدى إخضاع قرار التحكيم للطرق الطعن المقررة في القانون؟

أجاز المشرع العراقي للمحكمة المختصة بان تبطل قرار التحكيم كله أو بعضاً منه إذا توافرت حالة من حالات البطلان التي نصت عليها في المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات^(٤)، والمحكمة المختصة بنظر النزاع هي محكمة البداية لأنها الجهة المختصة بوضع الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم، ما لم يكن التحكيم في قضية تكون من اختصاص محكمة الاستئناف، وللمحكمة أن تصدق على قرار المحكمين أو تعيد القرار إليهم لإصلاح ما شاب القرار من نقص، ولها أن تفصل بالنزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة

١ - د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٦٦٦.

٢ - انظر المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي.

٣ - انظر المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي التي بينت حالات بطلان قرار التحكيم.

٤ - نصت المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي على انه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية ١- إذا كان قد صدر بغير بيئة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق. ٢- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون. ٣- إذا تحقق سبب من أسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة. ٤- إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار)

للفصل فيها، وكذلك أجاز المشرع للخصوم أن يطلبوا من المحكمة إبطال قرار التحكيم إذا لحق بحكم التحكيم سبب من أسباب البطلان.

فإذا فصلت المحكمة بالنزاع من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم، فإن حكمها يكون قابلاً للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف أو الطرق المقررة بالقانون، ولكن لا يكون الحكم الصادر قابلاً للطعن فيه عن طريق الاعتراض وهذا المنع نصت عليه المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات العراقي. والخصوم لا يجوز لهم الطعن بقرار التحكيم أمام هيئة التحكيم وإنما يتم الاعتراض على قرار المحكمين أمام المحكمة المختصة أصلاً للنظر بالنزاع عن طريق رفع دعوى بطلان قرار التحكيم، وعليه لا يجوز للمحكمين أن يقوموا باستئناف قرار التحكيم الصادر عنهم، لأن حكم المحكمين لا يعد مرحلة من مراحل المحاكمة التي نظمها قانون المرافعات، ما لم يكن حكم التحكيم وارد على قضية استئناف، ففي هذه الحالة يكون نظر النزاع من اختصاص هيئة التحكيم للفصل فيه.

بينما نجد المشرع الليبي أجاز لأطراف عقد التحكيم برفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع، بأن يطلبوا بطلان حكم التحكيم إذا توافرت حالة من الحالات التي نصت عليها المادة (٧٦٩) من قانون المرافعات، حتى لو وجد اتفاق بين الأطراف على عدم الالتجاء لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وللمحكمة المختصة إذا قبلت الطعن بقرار التحكيم الخيار بين أن تفصل بالموضوع إذا وجدت أن القضية صالحة للحكم أو تأمر بإحالة الموضوع إلى احد قضاتها إذا كان يحتاج لمزيد من التحقيق، ولها أن تأمر بوقف تنفيذ حكم المحكمين إذا رأت أن موضوع النزاع له صلة بنزاع آخر منظور أمام جهة قضائية أخرى طبقاً للمادة (٧٧١) من قانون المرافعات الليبي.

وكذلك أجاز المشرع الليبي لأطراف اتفاق التحكيم أن يطعنوا في الأحكام الصادرة من المحكمين بطريق الاستئناف، طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم^(١)، ما لم يكن المحكمون مفوضين في الصلح أو كانوا محكمين في الاستئناف أو إذا كان الخصوم قد تنازلوا صراحة عن حق الاستئناف أو إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز النصاب النهائي للمحكمة المختصة أصلاً لنظرها^(٢)، وأجاز المشرع الليبي الطعن في أحكام المحكمين بالتماس إعادة النظر أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، باستثناء حالة إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه طبقاً لما ورد في نص المادة (٧٦٨) من قانون المرافعات الليبي.

١ - انظر المادة (٧٦٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي والتي نصت على انه (يجوز استئناف أحكام المحكمين بعد التصديق عليها حسب المادة ٧٦٣ وذلك طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم).

٢ - راجع د/ علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، مصر الطبعة الأولى ٢٠٠٣، ص ٢٣.

بينما نجد أن المشرع المصري طبقاً للفقرة الأولى من لنص المادة (٥٢) من قانون التحكيم يمنع الطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر أو الطعن فيها بالنقض، ولا يبقى أمام المحكوم ضده إلا طريق واحد للطعن على أحكام التحكيم عن طريق رفع دعوى بطلان الحكم طبقاً للفقرة الثانية من نص (٥٢) من قانون التحكيم^(١)، وقد عدت المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري أسباب الطعن في بطلان الحكم^(٢).

المطلب الثالث - تنفيذ قرارات التحكيم

حُكم المحكمين يكتسب حجية الأمر المقضي بعد صدوره وبعد أن تنفذ طرق الطعن به، لكن لا يمكن تنفيذ القرار جبراً على المحكوم عليه إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية من قبل القاضي المختص بنظر النزاع أصلاً لتكون له صفة السند التنفيذي، بناءً على طلب صاحب الشأن، فقرار المحكمين يحتاج إلى التصديق عليه من قبل المحكمة المختصة التي أودع فيها أصل الحكم حتى يتمكن صاحب المصلحة من تنفيذ القرار، إذ لا يكون القرار قابلاً للتنفيذ إلا بعد إيداع أصل الحكم والتصديق عليه من قبل المحكمة المختصة أصلاً بنظر الموضوع، بناءً على طلب أحد الخصوم وبعد دفع الرسوم المقررة، إذ يشترط أن يقترن حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية ليرتب آثاره القانونية^(٣) طبقاً لنص المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات العراقي^(٤)، إذ نصت في الفقرة الأولى على أنه (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة)^(٥).

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٦٣) من قانون المرافعات الليبي على أنه (لا يصير حكم المحكمين واجب التنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها بناءً على طلب أحد ذوي الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ومشاركة التحكيم والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه، ويوضع أمر التنفيذ بذيل أصل الحكم).

^١ - راجع تفاصيل ذلك د/ حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، مرجع سابق ، ص ٤٧٩.

^٢ - مزيد من التفاصيل عن أسباب بطلان حكم التحكيم انظر د/ علي بركات ، الطعن في أحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، مرجع سابق ، ص ٤٧ وما بعدها ، - د/ عاطف محمد الفقى ، التحكيم في المنازعات البحرية ، مرجع سابق ، ص ٦٥٠. د/ صلاح الدين جمال الدين د/ محمود مصيلى ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٤ ، ١٤٦.

^٣ - د/ ادوارد عيد ، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٧٢٠.

^٤ - انظر نص المادة (٧٦٣) من قانون المرافعات الليبي.

^٥ - إلا أن اتفاقية عمان العربية نصت على أن المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة هي المختصة بوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التحكيم انظر المادة (٣٥) من الاتفاقية

لا ريب أن وضع الصيغة التنفيذية ضرورية لجميع قرارات التحكيم المراد تنفيذها جبراً على المحكوم عليه، وهي تخرج عن اختصاص المحكمين وتكون من اختصاص المحكمة التي أودع فيها أصل حكم المحكمين، وبالتالي لا يجوز للمحكمين وضع الصيغة التنفيذية ولا يسمح لهم بأن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية^(١).

وتنفيذ حكم المحكمين من قبل المحكوم عليه قد يكون بشكل اختياري، بمجرد النطق به أو بعد وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وقد يكون تنفيذ القرار جبراً على المحكوم عليه إذا رفض القيام بذلك طوعاً، بناءً على طلب المحكوم له حيث يتم تنفيذ قرار التحكيم جبراً عن المحكوم عليه بالوسائل القانونية كما هو الحال بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم المختصة.

ولا يصار إلى التنفيذ الجبري إلا بعد التأكد من إيداع أصل حكم المحكمين ومشاركة التحكيم وإعلان المحكوم عليه بالطرق المقررة في قانون المرافعات، والتأكد من عدم وجود مانع يمنع من القيام بالتنفيذ، كأن تتوفر حالة من حالات بطلان حكم المحكمين المنصوص عليها في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي^(٢)، مثلاً كأن يكون حكم المحكمين مخالف للنظام العام أو أن يوجد تعارض في الحكم الصادر، ويجب وضع الصيغة التنفيذية من قبل القاضي على ذيل حكم المحكمين حتى يكتسب صفة السند التنفيذي.

وسلطة القاضي تقتصر على وضع الصيغة التنفيذية وليس له أن يبحث موضوع النزاع من جديد^(٣)، أو يُعدل في حكم المحكمين بإضافة التزام أو أداء على المحكوم عليه^(٤). ويصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمين من قبل رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو رئيس محكمة الاستئناف فيما لو كان النزاع قد صدر فيه حكم ابتدائي من المحكمة المختصة.

الخاتمة

- ١ - انظر نص المادة (٧٥٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي
- ٢ - انظر المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري. والمادة (٧٦٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.
- ٣ - د/ احمد هندی، تنفيذ أحكام المحكمين، الدار الجامعة الجديدة للنشر، مصر طبعة ٢٠٠١. ص ٩٥.
- ٤ - د / نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية، مرجع سابق، ص ٢١٨.

تبين خلال البحث أن اتفاق التحكيم يرتب نتائج وآثار متعددة سواء أكانت ايجابية أو آثار سلبية ناجمة عن شرط أو مشاركة التحكيم، وكذلك يرتب الحكم الصادر من المحكمين آثار أخرى تتعلق بتعديل أو تفسير أو بطرق الطعن أو بتنفيذ قرار التحكيم.

فالتحكيم يُعد من الطرق الناجعة لفض المنازعات التجارية والمدنية التي تنشأ بين الأشخاص بناء على اتفاقهم، بجانب وجود المحاكم المختصة أصلاً بالفصل في الدعوى التي ترفع إليها من قبل الخصوم، بحيث لا يمكن إنكار الدور المهم الذي يقوم به المحكمون للفصل في المنازعات التي ترفع إليهم من قبل الأطراف والتخفيف من الكم الكبير من القضايا والدعاوى التي ترفع إلى المحاكم المختصة نظراً لما يتمتع به التحكيم من السرية والمرونة والسرعة في الفصل بالمنازعات.

فالتحكيم يُعد من الوسائل التي تشجع على استثمار رؤوس الأموال الأجنبية داخل العراق حيث يبعث في نفس المستثمر الاطمئنان من عدم خضوعه لإجراءات التقاضي الطويلة في محاكم الدولة، وعليه نقترح التوصيات الآتية :

أولاً - أن يتم إصدار قانون جديد ينظم أحكام التحكيم بشكل مفصل سواء في المسائل التجارية الداخلية والدولية، وينظم التحكيم في المواد المدنية و مسائل الأحوال الشخصية، والحقوق الشخصية المترتبة على المواد الجنائية، وكيفية وطرق تنفيذ أحكام التحكيم الخارجي داخل العراق، بالاستئناس بتجارب الآخرين ممن كانوا اسبق في إصدار قانون خاص بالتحكيم مع الاستهداء بقواعد قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم.

ثانياً - تحديد المسؤولية المدنية والجنائية للمحكمين في حالة إخلال المحكم بواجباته أو في حلة إفشاء أسرار الخصوم والتي تحصل عليها بمناسبة القيام بمهام التحكيم.

ثالثاً - نشر الثقافة القانونية بين المواطنين من خلال وسائل الإعلام المختلفة بأهمية الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم للتخفيف من الكم الكبير من القضايا التي ترفع إلى المحاكم.

رابعاً - إعداد وتدريب عناصر وطنية للقيام بمهام التحكيم بين الأشخاص بشكل عادل ونزيه، وذلك من خلال إنشاء مراكز متخصصة لتأهيل وتدريب المحكمين بالاستعانة بخبرات مراكز التحكيم العربية أو الأجنبية.

المراجع

أولاً - الكتب القانونية.

١. د/ إبراهيم محمد احمد دريج، شرح قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥، مطابع السودان للعملة المحدودة، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.
٢. د/ احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.
٣. د/ احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية، دار النهضة العربية، مصر الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.
٤. د/ احمد هندی، تنفيذ أحكام المحكمين، الدار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، طبعة ٢٠٠١.
٥. د/ دم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة مصر، طبعة ٢٠٠٩.
٦. د/ ادوارد عيد، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٦٥.
٧. د/ الكوني علي اعبده، قانون علم القضاء، قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشورات جامعة ناصر، ليبيا، ١٩٩١.
٨. د/ حسام الدين فتحى ناصف، نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، مصر ٢٠٠٣.
٩. د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمن، مصر ٢٠٠٥.
١٠. د/ حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.
١١. د/ صلاح الدين جمال الدين، د/ محمود مصيلى، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤.
١٢. د/ عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة ٢٠٠٤.
١٣. د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
١٤. د/ عبد المنعم زمزم، الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
١٥. د/ علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
١٦. د/ علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
١٧. د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث ٢٠٠٨.
١٨. د/ ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الأردن الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
١٩. د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

ثانيا - التشريعات.

اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣

قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٥٣

قانون المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التحكيم بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية

قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في

١٢ - ٦ - ١٩٨٥، وثيقة الأمم المتحدة رقم ٤٠/١٧ / A

مدى مشروعية القرار المعيب الذي تحصن بمرور مدة الطعن

المدرس علي حسن عبد الامير
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

Administrative Law required public administration at the most direct legal powers and responsibilities, as custodians of public interest, taking into account the principle of legality that all the actions pursuant to law or compatible with the legal system in the country. On the other hand is not reasonable to follow the administration of the legality of the administrative decision to indefinitely, it makes no sense that the courts examine the application of attack by an unlawful decision before its application for a long time and stabilized the situation on the account within the legal construction work of the Department, as the flexibility that characterized the work of the Annex General to make administrative work more compelled to respond to the developments and the renunciation of all of Shell and would disrupt the administrative work, even if the administrative work in itself illegal as long as the acquired immunity that makes it Bminay for examining the legitimacy again.

To illustrate this idea to the administrative decision shameful to say that resolution defective can stop triggered by not a basis for the future while retaining the individual acquired rights resulting from this decision without having the same resolution of the sources of legitimacy, and this is supported by practice, as the decision defective exhaust induced by ignoring the administration to him and do not adopt it, in rendering its decisions in the future, while retaining the addressee resolution acquired rights to produce it not from the resolution, but the passage of time required to challenge any that the rights held by the addressee resolution defective in the future to pure product of the decision itself but Tattabratr of the effects of acquired rights, which produced an unlawful decision.

المقدمة

من المسلم به في القانون الإداري، أن الجهة الإدارية تملك الحق في سحب ما يصدر عنها من قرارات، والقرارات الصادرة من الاداره كما نعلم ليست على نفس الشاكلة فهناك القرارات السليمة، وهي القرارات التي صدرت متفقة مع أحكام القانون، وهناك القرارات المعيبة، والتي أصابها عيب من عيوب عدم المشروعية، فهل تملك الجهة الإدارية سحب كل ما يصدر عنها من قرارات؟، أم أن هناك قرارات إداريه لا تملك الجهة الاداريه سحبها وان كان الأمر كذلك فما هو السبب من منعها؟

ان القرار غير المشروع هو ذلك القرار المعيب بعيب من العيوب التي يترتب عليها الحكم بإلغائه عن طريق القضاء , وهي عيوب الاختصاص والشكل والمحل وعيب الانحراف بالسلطة وهي العيوب المعروفة بأوجه الطعن في القرارات الادارية غير المشروعة. وللتخلص من القرارات الإدارية المعيبة, تتبع الإدارة واحد من طرق ثلاثة, فهي أما أن تقوم من تلقاء نفسها بتدارك ما أصاب قرارها من عيب فتقوم بسحبه أو تعديله بما يتفق مع نص القانون, أو أن يتقدم صاحب الشأن إلى الاداره عارضا عليها وجهة نظره وموضحا لها ما أصاب قرارها من عيب فان استجابت إلى تظلمه فيها ونعم, أما إذا تعنتت لوجه نظرها فلا يكون أمام ذوي الشأن إلا اللجوء للقضاء عارضا مسألته عليه مطالبا بإلغاء ذلك القرار المعيب وهذا هو الطريق الثالث ومن المعلوم أن القرارات المعيبة تتحصن بانقضاء مده معينه ينص عليها القانون لتعامل بعدها معاملة القرارات السليمة حيث يتمتع على الإدارة سحب أو إلغاء هذه القرارات بعد انقضاء هذه المدة, وبعبارة اخرى ان سلطة الإدارة في سحب القرار الإداري المعيب تكون مقيدة بالمدة التي نص عليها القانون وهي في العراق ستون يوما فاذا انقضت هذه المدة اكتسب القرار الاداري حصانة تعصمه من السحب او الالغاء ويعامل معاملة القرار الاداري المشروع ولا يمكن اثاره عدم مشروعيته بعد ذلك الا اذا كان القرار قد صدر استنادا الى الغش او الخطا الجسيم من جانب الإدارة عندها يجوز اثاره عدم مشروعيته في أي وقت دون التقييد بميعاد الستين يوما. من جهة اخرى فان مبدا المشروعية يلزم الإدارة بان تكون تصرفاتها مطابقة للقواعد القانونية النافذة في الدولة, فالقواعد القانونية هي بطبيعتها ملزمة للإدارة وتصرفات الإدارة يجب ان تكون تطبيقا لتلك القواعد وتبقى الإدارة ملزمة بهذه القواعد مالم يتم الغاؤها او تعديلها, الا ان العمل الاداري مرن بطبيعته فالإدارة بعملها اليومي يجب ان لا تكون مجرد اله صماء تنفذ ما تنص عليه القواعد القانونية وانما لا بد ان تتمتع بقدر من حرية التصرف من اجل ديمومة عمل المرفق العام.

ان الإدارة وفي اثناء عملها اليومي تواجه تعارض مستمر بين مبدئين الاول هو مبدا المشروعية الذي يلزمها بتطبيق القانون وهذا المبدا جيد لتحقيق العدالة بين الافراد الا انه يبطل العمل الاداري, ومبدا ديمومة المرفق العام الذي يعد من اهم المبادئ لعمل المرفق العام ومن مقتضاه ان الإدارة ملزمة بادامة عمل المرفق العام بانتظام وهذا المبدا صعب التحقق اذا ما رجعت الإدارة في كل صغيرة وكبيرة الى القواعد القانونية في الدولة.

وإذا كان المشرع قد حسم هذا الخلاف في العمل الاداري من خلال النص على تحصين القرارات الادارية بعد مضي مدة معينة لايجوز بعدها اثاره عيب عدم المشروعية, الا انه مع ذلك لم يحل المشكلة نهائيا لان التساؤل الذي يثار بعد تحصن القرار الاداري يتعلق بالقيمة القانونية للقرار الاداري المحصن وفيما اذا كان بإمكان الإدارة الرجوع اليه من اجل اصدار قرارات جديدة بالاستناد الى هذا القرار غير المشروع والمحصن وهو ما سنحاول الاجابة عليه في هذا البحث المتواضع. حيث سنسلط الضوء في المبحث الاول على دراسة

فكرة الظاهر في القانون الاداري وكيف ان القرار الاداري يتمتع بقرينة السلامة من اجل ضمان استمرار سير المرفق العام اما المبحث الثاني فسنتناول به دراسة العيوب التي تواجه القرار الاداري ومدى تأثيرها المستقبلي عليه باعتباره عنصر من عناصر المشروعية .

المبحث الاول

الظاهر في القانون الاداري

في البداية لابد ان ننوه الى ان فكرة الظاهر ليست فكرة حديثة فقد عرفت منذ ان عرفت الجماعات الانسانية الاولى التنظيم القانوني (١) ولكن بنسب متفاوتة حسب درجة التطور والرقى في كل تنظيم اجتماعي، لذلك ليس غريبا القول ان النظم القانونية القديمة عرفت فكرة الظاهر و عملت بها وذلك تحت تأثير قيم واعتبارات فرضها الواقع المتنوع والمصلحة العليا منذ قرون طويلة، ففي الشريعة الاسلامية مثلا يعد الظاهر عنوان الحقيقة مالم يقد الدليل على خلافها، حيث ان البيانات شرعت لاثبات خلاف الظاهر (٢)، وهذا ما قضى به رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "انكم لتختصمون الي، لعل بعضكم يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قطعت له من حق اخيه شيئا فلا ياخذنه فانما اقطع له به قطعة من النار" (٣).

وفي مجال القانون الاداري تبرز فكرة الظاهر في تصرفات الادارة القانونية التي تهدف من ورائها الى احداث اثار قانونية معينة (٤) وتصرفات الادارة القانونية هي التي تهمنا في هذا المجال باعتبار ان الظاهر ينشا في كل علاقة قانونية تفصح عنها الادارة بارادتها المنفردة -القرار الاداري- او المتلاقية مع ارادة اخرى -العقد الاداري- بالاساليب التي نظمها القانون بهدف ترتيب اثار قانونية معينة، واذا كان الموظف الظاهر -الموظف الفعلي- اكثر تطبيقات النظرية شيوعا فان في تصرفات الادارة القانونية تطبيقات لا تقل اهمية عن الموظف الظاهر، وسنقتصر الحديث في دراستنا هذه - رغم تعدد موضوعات نظرية الظاهر - على دراسة فكرة الظاهر في مجال تحصن القرار الاداري من السحب والالغاء انطلاقا من الحقيقة القائلة بان الظاهر في القرارات الادارية بمشروعيتها حتى يثبت العكس، وبالتالي على الافراد تنفيذ القرارات الادارية والالتزام بها طالما صدرت من الادارة وفق قواعد المشروعية (٥). من جهة اخرى فان القرار الاداري غير المشروع الذي يرتب بشكل مباشر حقوق للافراد بعد فوات مواعيد الطعن القضائية يكتسب حصانة تعصمه من السحب او الالغاء وذلك لان القرار الاداري غير المشروع الذي يولد حقوق الافراد ويبقى فترة معقولة يخلق مظهرا خادعا بصحة المراكز القانونية الناشئة عنه، لذلك يعتبر تحصن القرار الاداري بفوات مواعيد الطعن بالالغاء من تطبيقات نظرية الظاهر لذلك سوف نخصص لهذا المبحث مطلبين، الاول في دراسة قرينة سلامة القرارات الادارية والثاني لدراسة فكرة حصانة القرار الاداري

المطلب الاول :- قرينة سلامة القرارات الادارية

يعد القرار الإداري من أبرز امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة ومن أهم وسائل مباشرتها لتوظيفها الإدارية، إذ تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة وإنشاء مراكز قانونية جديدة فترتب التزامات على عاتق الأفراد وتنشأ لهم الحقوق (٦).

وهذا القرار الذي تتخذه الإدارة ينتج آثاره القانونية حال نفاذه حتى لو كان معيباً وذلك استناداً إلى قرينة الصحة والسلامة القانونية التي تعتبر من السمات المميزة للأعمال الإدارية بصفة عامة والقرارات الإدارية بصفة خاصة والتي ينتج عنها نتائج عديدة يعدها الفقهاء بمثابة امتيازات ممنوحة إلى الإدارة، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب معنى قرينة سلامة القرارات الإدارية والنتائج التي تترتب على هذه القرينة.

الفرع الأول :- معنى قرينة سلامة القرارات الإدارية.

يقصد بقرينة سلامة القرار الإداري تمتع القرار الإداري بصحة ما تضمنه من أحكام وبقائمة قانونية ولحين اثبات العكس (٧). فالأصل في القرار الإداري أنه مشروع ومطابق للقانون ويبقى نافذ المفعول بكونه صحيحاً من تاريخ سريانه وحتى تاريخ انتهاءه (٨) والسبب في اعتبار القرار الإداري يتمتع بقرينة السلامة يرجع إلى أن العمل الإداري بصورة عامة يحاط بضمانات خاصة كحسن اختيار الموظفين الذين يقومون به وخضوعهم للرقابة الرئاسية باستمرار والالتزام باتباع الشكليات والإجراءات القانونية عند اتخاذ قراراتهم وباحترام قواعد الاختصاص (٩)

وقرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الإداري تشمل كل أركانه التي تتوقف عليها مشروعيته ولذلك يفترض أنه قد صدر من قبل السلطة المختصة وفق الشكليات القانونية وأنه قام على سبب له وجود مادي وسند قانوني صحيح سواء صدر القرار مسبباً أو غير مسبب فإنه يفترض أنه قام على أسباب صحيحة (١٠) ويرى الفقيه جيز (١١) أن السبب في تمتع القرار الإداري بقرينة السلامة هو ضمان سير المرافق العامة التي تستلزم أن تستمر القرارات غير المشروعة في إنتاج آثارها بصفة مؤقتة وإلا فإن النشاط الإداري سوف يصاب بالشلل ولذلك فإن القرار غير المشروع يتمتع بمشروعية ظاهرة تمكنه من أن ينتج بصفة مؤقتة آثار القرار المشروع أما الدكتور الطماوي فيرى أن "الوضع الذي تمليه طبائع الأمور أن مجرد رفع دعوى بطلب إلغاء قرار معين بحجة عدم مشروعيته لا يمكن أن ينال من نفاذ هذا القرار وإلا لانتبهنا إلى نتيجة لا يمكن التسليم بها، وهي شل نشاط الإدارة، لأن هذا النشاط يقوم في معظمه على القرارات الإدارية.

في ضوء ما تقدم يمكن القول أن كل قرار إداري يتمتع بافتراض مسبق بموافقته للقانون وهو ما يسمى بقرينة صحة وسلامة القرارات الإدارية من الناحية القانونية وبهذه الفكرة ينتج القرار الإداري آثاره القانونية حال نفاذه ويترتب على الأفراد الالتزام بما يتضمنه القرار من واجبات ولهم التمتع بما يمنحهم من حقوق وامتيازات وإذا اردوا الطعن بالقرار فإن هذا لا يوقف آثار القرار إلا في حالة الحكم بالغائه ويتحمل من يهاجم القرار عبئاً أثبات عدم موافقته للقانون (١٢) كما أن الطعن بالقرار الإداري لا يوقف تنفيذه ويعود أمر إيقاف

التنفيذ للإدارة ما لم تلزم الإدارة بموجب حكم قضائي بإيقاف التنفيذ وهي الحالات التي يتعذر معها إعادة الحال الى ماكان عليه في حالة الاستمرار بالتنفيذ(١٣)

ان قرينة سلامة القرارات الادارية لاتجعل من العمل الاداري حراً،(١٤) بمعنى ان الادارة لاتكون حرة في اتخاذ القرارات دون مراعاة القواعد القانونية المطبقة في الدولة،بل لابد على الادارة ان تحترم قواعد القانون وذلك هو مبدا المشروعية(١٥) الذي هو احد المكونات الاساسية للقانون الاداري(١٦) لذلك على الادارة في ادائها لوظائفها الادارية ان تحترم ارادة المشرع ولاتخرج عن نصوص القانون ولاتنتكر لها او تعمل على اهمالها بعدم تطبيقها من جانبها او الوقوف منها موقفا سلبيا بترك الافراد يخالفونها دون جزاء(١٧)

الفرع الثاني :- النتائج المترتبة على مبدا قرينة سلامة القرارات الادارية

تترتب على قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الاداري نتائج يعتبرها بعض الفقهاء امتيازات ممنوحة الى جهة الادارة في حين يرى اخرون ان هذه النتائج الطبيعية لقرينة السلامة(١٨) لاتعد امتيازاً تاماً اذ إن هناك التزاماً على عاتق الادارة في كل مرة تحتاجها من اجل القيام بوظائفها.اذا لاتعد قرينة السلامة امتيازاً لجهة الادارة بان تملك التنازل عنها او ان تلجا الى القضاء طالبة الحكم لها بما تدعيه، وهذه النتائج هي:

اولاً:- يصبح القرار الاداري - كما اسلفنا - نافذا بمجرد صدوره من قبل السلطة الادارية التي تملك سلطة اصدار ذلك القرار ويكتمل بعد توقيعه من قبل الشخص المختص باصداره ومنذ هذا الصدور الا انه لايسري بحق الافراد الذين يطبق عليهم الا اذا وصل الى علمهم وذلك عن طريق احد وسائل الاعلام او الشهر (١٩) وهذا النفاذ ليس مقصوراً على القرارات الادارية السليمة بل يشمل كذلك القرارات الادارية المعيبة اذا لم يصل عيبها الى درجة من الجسامة يجردها من صفتها الادارية ويجعلها معدومة.

اذا صفة النفاذ هذه تكون ملازمة لكل قرار اداري ومنذ صدوره وبذلك تتأكد الحالة القانونية التي اوجدها القرار حالاً ومباشرة بمجرد صدوره سواء فيما يتعلق بما انشأه من حقوق اما فيما يتعلق بما فرضه من التزامات

بحيث يتعين على الافراد الالتزام بذلك القرار على اعتبار ان القرار من حيث المبدأ مطابق للقانون (٢٠)

فكما القانون والحكم القضائي فان القرار الاداري يحصل على القوة التنفيذية من ذاته وبدون مساندة او اجراء اخر(٢١) لانه التعبير المستقل عن ارادة سلطة دستورية هي السلطة الادارية، وصلاحيه الادارة باصدار قرار يتمتع بالقوة التنفيذية عن طريق مبدا الفصل بين السلطات يعني بان للسلطة التنفيذية القدرة على اتخاذ القرار

النافذ بارادتها المنفردة وبدون تعليق عليها من قبل السلطات الاخرى (٢٢)

ثانياً :- الادارة مدعى عليها باستمرار :- اذا كانت القاعدة في منازعات القانون الخاص انه لا احد يستطيع الحصول على حقه بنفسه، فان المنازعات الادارية تحصل بين طرفين ليسا على قدم المساواة، فالادارة وبحكم امتيازات السلطة العامة المقررة لها تصدر قرارات ادارية نافذة حال صدورها وان هذه القرارات مفترضة

سلامتها الى ان يثبت العكس حيث انها تنفذ قراراتها مباشرة دون الحاجة للجوء الى القضاء لتأييد صحة قرارها قبل المباشرة بتنفيذه.

يترتب على ذلك ان الفرد اذا اراد الطعن بالقرار الاداري وجد نفسه دائما في مركز (المدعي) ووجد الادارة في مركز (المدعى عليه) (٢٣) كما يجد نفسه ملزما بالاستمرار بتنفيذ القرار الاداري ولحين البت بمشروعيته عن طريق القضاء وذلك لان مهاجمة الافراد للقرارات الادارية لايعطي لهم الحق في التخلص من الالتزامات التي تفرضها عليهم(٢٤)

ولما كانت القاعدة ان البينة على من ادعى (٢٥) فان ذلك يؤكد صعوبة مركز الفرد في هذا الوضع لان تطبيق هذه القاعدة يجعل عبئ الاثبات يقع دائما على عاتق الطاعن وهو في الحقيقة عبء ثقيل لان الادارة هي التي تحتفظ بالوثائق والملفات التي غالبا ما يكون لها الاثر الحاسم بالدعوى، لذلك يقتصر دور المدعي على اثارة الطريق امام القضاء بالارشاد الى السجلات والمستندات وعلى الادارة ان تقدم الاوراق المطلوبة لان نكولها واستمرارها على العناد يعد تسليما منها بما يدعيه المدعي من بيانات(٢٦)

المطلب الثاني :- حصانة القرار الاداري

بعد صدور القرار الاداري وفق الاحكام القانونية المطبقة في الدولة وبعد علم المخاطبين بالقرار الاداري المعيب وانقضاء المهلة المنصوص عليها في الفقرة (ز) من المادة الثانية من التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ والتي نصت على "على المتظلم ان يقدم طعنه الى المحكمة خلال ستين يوما من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوما المنصوص عليها في الفقرة (و) ثانيا من هذه المادة والا سقط حقه في الطعن ولايمنع ذلك من مراجعة المحاكم العادية للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او الخرق للقوانين"، فان هذا القرار يصبح نهائيا ولايجوز للمخاطبين طلب الغائه او التعويض عن الضرر الناشئ عنه وبهذا يحوز القرار الاداري نعلى قوة الشئ المقرر التي تمنع على مصدره او أي سلطة ادارية اخرى سحبه او الغاؤه الا وفقا للمبادئ المقررة وفق القانون الاداري (٢٧) وسنتناول في هذا المبحث دراسة تعريف الحصانة في القانون الاداري ثم نحاول بيان المصادر التي يكتسب من خلالها القرار الاداري هذه الحصانة.

الفرع الاول :- تعريف حصانة القرار الاداري

الحصانة مصدر الفعل حصن، وأصل هذه الكلمة يدل على الحفظ والحياطة والحرز، يقال : حصن المكان يحصن حصانة فهو حصين منع، وحصن حصين أي منيع، كما يطلق الحاصن والحصان على المرأة المتعفة، فالحصانة تدل على المنعة وهي العز والقوة التي تمنع الغير من الوصول إلى من اتصف بها بإيذاء أو تنقص.(٢٨) والمراد بتحصن القرار الاداري تحول القرار الباطل الى قرار صحيح بسبب عدم

الطعن به خلال المواعيد المقررة قانوناً. وتقوم فكرة التحصن على أساس التوفيق بين مصلحتين متعارضتين في القرار الإداري (٢٩) هما:-

أ - مصلحة المتضرر في أن يمكن من الطعن في القرار المعيب إذا أصاب مركزه بضرر ولكن خلال مواعيد محده.

ب - مصلحة من صدر القرار في شأنهم في استقرار مراكزهم القانونية.

ان الحصانة التي يحوزها القرار الإداري تعني ان القرار الإداري اصبح نهائياً وفرض ثبات واستقرار في العلاقات القانونية التي ينظمها وهذه النتائج القطعية التي تنتج عن مشروعية القرار الإداري او عن انقضاء المهلة هي التي تمنح القرار الإداري نهائيته بحيث ان أي مراجعة ضد قرار اداري بعد انقضاء المهلة هي مراجعة غير مسموحة ويصبح القرار الإداري محصن من كل طعن ومستقر في النظام القانوني (٣٠).

الفرع الثاني :- مصادر حصانة القرار الإداري

تتبع حصانة القرار الإداري من مصدرين رئيسيين وهما كالاتي :-

المصدر الاول :- القرار السليم، فالقرار الفردي اذا ما صدر سليماً وتطبيقاً لقواعد المشروعية في الدولة اكتسب حصانة تعصمه من الالغاء والسحب قبل او بعد ميعاد الطعن القضائي كونه صدر تنفيذاً لقواعد المشروعية في داخل الدولة الامر الذي يتعذر معه على الافراد مهاجمة هذا القرار لابل يتعذر على الادارة كذلك اتخاذ أي قرار من شأنه المساس بالحقوق المكتسبة التي رتبها القرار المشروع، حيث ان القرارات المرتبة لحقوق ايا كان نوعها -تنظيمية او فردية- يجب كقاعدة عامة ان تظل سارية المفعول حتى تنتهي نهاية طبيعية (٣١)

وعليه لا تستطيع الادارة سحب قرارها المشروع ابتداءً تنظيمياً كان ام فردياً وذلك لان سحب القرار المشروع السليم سيتم بالضرورة بقرار اخر يصدر باثر رجعي، والقاعدة العامة ان القرارات الادارية ترتب اثارها من تاريخ صدورها وليس باثر رجعي، والحكمة من عدم جواز سحب القرارات الادارية المشروعة ان السحب ما وجد الا لانهاء القرار الإداري وتصحيح ما اكتنف القرار من عيوب وبالتالي لا يمكن اللجوء الى سحب القرار عند خلوه من العيوب والاطء (٣٢)، حيث ان مبدا المشروعية يضع على عاتق الادارة التزاماً ايجابياً بان تكون لاعمالها المختلفة سنداً قانونياً والتزاماً سلبياً بان لاتخالف هي نفسها في تصرفاتها ونشاطها القانون بصفة عامة (٣٣)

اما المصدر الثاني فهو فوات مدة الطعن بالقرار المعيب :- ان مبدا المشروعية يفرض على الادارة ان تكون تصرفاتها في دائرة القانون، ومبدا استقرار الحقوق والمراكز القانونية تفرضه المصلحة العامة التي تهدف الى توفير الحماية والاستقرار لهذه الحقوق والمراكز بحيث يتمتع المساس بها الا فيضيق نطاق، وللتوفيق بين هذين المبدئين المتعارضين اقر الفقه والقضاء بانه لايجوز للادارة سحب قراراتها غير

المشروعة في أي وقت وانما يجب ان يتم هذا السحب خلال مدة معينة بعدها يتحصن القرار المعيب، وذلك محاولة منهما الى التوفيق ما بين مبدا المشروعية ومبدا استقرار الاوضاع والمراكز القانونية المترتبة على القرار (٣٤)

ان القرار الاداري الفردي يتمتع بحجية مطلقة اتجاه المخاطب به وحجية نسبية اتجاه الادارة، فهذه الاخيرة مقيدة بميعاد الستين يوما المقررة للطعن بالقرار الاداري، فاذا انقضت هذه المدة فان القرار الاداري يتحصن بفوات ميعاد الطعن، وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا في مصر " وان كان حق جهة الادارة في الغاء او تعديل القرارات التنظيمية العامة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة مطلق غير مقيد بميعاد، فان حقها في تعديل القرارات الفردية مقيد بميعاد الستين يوما المنصوص عليها في المادة الثانية من التعديل الثاني لقانون انشاء مجلس الدولة الانفة الذكر فاذا انقضى هذا الميعاد اصبح القرار غير قابل للتعديل او الالغاء من جانب جهة الادارة " والحكمة من ذلك مراعاة التناسق بين الميعاد الذي يجوز فيه لذوي الشأن طلب الغاء القرارات الادارية بالطريق القضائي وبين الميعاد الذي يجوز فيه لجهة الادارة سحب قرارها او تعديله حتى يستقر امره بعد مضي فترة واحدة" (٣٥). ولكن ما هي المدة التي يستقر بعدها الامر غير المشروع؟ ذهب راي الى انه لا يمكن وضع قاعدة صارمة بهذا الخصوص وانه يجب ان يستقر الامر غير المشروع بعد مرور مدة معقولة، وان يترك تقدير ذلك للادارة تحت رقابة القضاء وفقا للظروف المختلفة وحسن النية المستفاد من القرار، وبهذا المسلك ياخذ مجلس الدولة اليوناني (٣٦)

ومن الامثلة المستمدة من قضاءه في هذا الشأن ان الادارة لا تستطيع ان تسحب القرار الصادر بتعيين موظف بعد مرور سنة او بتعيين اخر بعد مرور بضع سنوات او ترخيص بفتح صيدلية بعد ثماني سنوات او رسوما بمنح الجنسية بعد مرور بضع سنوات، علما ان المدة في العراق هي ستين يوما حسب ما جاء في احكام المادة السابعة الفقرة (ز) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، ومن تطبيقات المحكمة الادارية العليا المصرية بهذا الخصوص ما جاء في احد قراراتها الحديثة " وأن هذه الترقية قد تمت بطريق الخطأ وذلك أمر غير متحقق في النزاع المائل فسحب قرار ترقية المطعون ضده قد تم بعد أن تبين لجهة الإدارة أن هناك من هو أقدم منه في شغل الوظيفة الأدنى ولم يكن مبعث ذلك انتقاده لاشتراطات شغل الوظيفة إذ أن ترقية العاملين - بصفة عامة - تمر بإجراءات كثيرة يتم فيها التحقق من توافر شروط الترقية في جميع المرشحين لها وعليه فإن غاية ما ينسب إلى قرار ترقية المطعون ضده أنه صدر مشوباً بعيب مخالفة القانون لتخطى الأقدم إلى الأحدث دون مبرر قانوني وأن هذا العيب يترتب عليه البطلان فقط وليس الانعدام ومن ثم فإنه يتقيد في سحبه بالميعاد المقرر قانوناً لسحب القرارات الإدارية غير المشروعة" (٣٧)

المبحث الثاني

مشروعية القرار المعيب

أن القانون الإداري يلزم الإدارة العامة عند مباشرة معظم اختصاصاتها ومسؤولياتها القانونية، باعتبارها الأمانة على المصلحة العامة، مراعاة مبدأ المشروعية بان تكون جميع تصرفاتها أما تطبيقاً للقانون أو متلائمة مع النظام القانوني في الدولة. مثل هذا الالتزام أو هذا القدر من حرية التصرف يعد الشرط الأول لحياة وبقاء التصرف الإداري خاصة بعد تعاظم الدور الذي تضطلع به الجهات الإدارية وتداخل مجالات ومسؤوليات الدولة الحديثة (٣٨)

الا ان مبدأ المشروعية وكما اوضحنا ذلك سابقا يتعارض مع مبدأ آخر وهو مبدأ استقرار الأوضاع القانونية في المجال الإداري، إذ يعد من المصلحة العامة ان لا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ومراكزهم الذاتية. (٣٩) من جهة أخرى ليس من المعقول متابعة الإدارة لمشروعية القرار الإداري الى ما لانهاية وليس من المنطق ان ينظر القضاء في طلب يهاجم به قرار غير مشروع مضى على تطبيقه مدة طويلة واستقر الوضع على اعتباره ضمن البناء القانوني لآعمال الإدارة، حيث ان المرونة التي يتصف بها عمل المرفق العام تجعل العمل الإداري مضطرا الى الاستجابة للتطورات الحاصلة فيه ونبذ كل ما من شأنه شل وعرقلة حركة العمل الإداري حتى وان كان العمل الإداري في ذاته غير مشروع طالما اكتسب الحصانة التي تجعله بمنأى عن فحص مشروعيته مرة أخرى.

المطلب الأول:- ماهية القرار المعيب

سنحاول في هذا المطلب دراسة فكرة القرار الإداري المعيب واسباب ظهور العيوب في القرارات الإدارية ثم نسلط الضوء على مشروعية القرار المعيب الذي تحصن بمرور مدة الطعن.

الفرع الأول :-تعريف القرار المعيب

نقصد بالقرار المعيب في هذا البحث هو القرار الذي يترتب اثاره القانونية ويلزم الافراد باحترامه الا انه مشوب باحد العيوب التي تعيب صحة القرار الإداري وتجعله غير مشروع (٤٠) كعيب الشكل وعيب عدم الاختصاص او المحل... الخ ، وبذلك فان القرار المعيب يعتبر صحيحا مرتبا لآثاره مادام قائما لم يتم الغاؤه او سحبه (٤١). ان الحق في القرار المعيب لا يتولد عن هذا القرار مباشرة ولكن عن مرور المدة المعقولة التي يتعين بعد ان تستقر الأوضاع القانونية، حتى لا يتفاجأ الافراد بتغيير الأوضاع القانونية المألوفة فجأة لاسيما اذا رتبوا امورهم على بقاؤها (٤٢)

لقد فرق الفقه والقضاء في مجال القرارات الإدارية المعيبة بين القرار الباطل والقرار المعدوم معتمدين في هذه التفرقة على مدى جسامه عدم المشروعية، فالقرار يعتبر معدوما اذا بلغ في عدم مشروعيته حدا من الجسامه يفقده صفة القرار الإداري ويجعله مجرد عمل مادي لا يتمتع بما للقرار الإداري من امتيازات ويعد

القرار باطلا اذا لم تبلغ مخالفة المشروعية فيه هذا المبلغ من الجسامة (٤٣)، وهذا النوع من القرارات هو ما يهمنى في بحثنا هذا.

اما عن درجة جسامة عدم المشروعية كمييار للتفرقة ما بين القرار المعدوم والقرار الباطل او المعيب فهي لا تتطوي على قدر من التحديد الموضوعي الذي يسمح بالتفرقة الدقيقة بينهما رغم خطورة هذه النتائج وتزداد هذه الخطورة بترك المعيار للافراد في تقدير الانعدام لكي يحقق لهم الامتناع عن تنفيذ القرار المعدوم او مقاومته دون الرجوع الى القضاء، لذلك تنفرد المحكمة وحدها بتقدير انعدام القرار الاداري والا تعرض الافراد المخاطبين باحكام هذه القرارات لخطر تحصيلها اذا ما راي القضاء انها لا تصل الى حد الانعدام وانها فقط غير مشروعة ومن ثم كان من الواجب عليهم رفع دعوى الالغاء ضدها في ميعاد الطعن المقرر قانونا (٤٤)

الفرع الثاني :- ماهية عيوب القرار الاداري :-

هناك بعض عيوب عدم المشروعية التي تصيب احد اركان القرار الاداري وتجعله معرضا للسحب او الالغاء خلال مدة الطعن القضائية وتتمثل هذه العيوب بالاتي :-

اولا :- عيب عدم الاختصاص البسيط :- الاختصاص يعني صلاحية عضو السلطة الادارية موضوعيا وزمانيا ومكانيا للتعبير عن ارادته الملزمة ويعادل ركن الاختصاص في القانون الاداري ركن الاهلية في القانون الخاص (٤٥).

ان السلطة التنفيذية تقوم بمباشرة اختصاصاتها عن طريق توزيعها على الهيئات والادارات المختلفة التابعة لها، فاذا ما وقع تجاوز من قبل هيئة او ادارة او موظف لهذه الحدود المقررة بالقوانين فان القرارات الصادرة تكون مشوية بعيب عدم الاختصاص (٤٦)، ومن المعلوم ان عيب عدم الاختصاص البسيط الذي يشوب ركن الاختصاص يقع داخل السلطة التنفيذية وبين اداراتها وموظفيها اما اذا تجاوز عيب عدم الاختصاص الحدود المرسومة لكل من السلطتين التشريعية والقضائية فهذا يعد غصبا للسلطة (٤٧) ويؤدي عيب عدم الاختصاص البسيط الى بطلان القرار الاداري وهذا القرار يكون قابل للتحصن اذا ما مرت عليه مدة الطعن دون ان يطعن به ومن صور عيب عدم الاختصاص البسيط الاتي :-

الصورة الاولى عيب عدم الاختصاص الموضوعي :- وتتجسد الصورة الاولى لعيب عدم الاختصاص البسيط بما يعرف بعيب عدم الاختصاص الموضوعي البسيط حيث ينصرف هذا العيب الى مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في القانون بمعناه الواسع من قبل سلطة ادارية على اختصاصات سلطة ادارية اخرى (٤٨)، ويكون عيب عدم الاختصاص ايجابيا كما يمكن ان يكون سلبيا، فالحالة الايجابية هي ان تتعدى سلطة ادارية او موظف عام بصورة عمدية او غير عمدية على اختصاص موظف اخر (٤٩) اما الحالة السلبية فتكون اذا امتنعت سلطة ادارية من مباشرة اختصاصاتها في موضوع معين معتقدة خطأ انها

غير مختصة بشانها (٥٠) ومن صور عيب عدم الاختصاص الموضوعي البسيط حالة ممارسة وكيل الوزارة اختصاصا اصيلا للوزير او حالة اعتداء

المفوض على الاختصاصات التي فوضها للمفوض اليه.. الخ(٥١) ولقد اثير تساؤل بشأن امكانية تغطية عيب عدم الاختصاص من خلال اعطاء من اصدره دون ان يكون مختصا بذلك سلطة اصداره بعمل تشريعي او قرار اداري لاحق ؟ بالنسبة للحالة الاولى، فالفقه والقضاء يرى ان للجابة عن هذا السؤال تكمن بالرجوع الى القواعد العامة التي تقضي البحث عن مدى مشروعية القرار من حيث الاختصاص الى تاريخ صدوره بغض النظر عن الظروف الواقعية والقانونية اللاحقة الى تاريخ اصداره (٥٢). اما بالنسبة الى الحالة الثانية، فان الاتجاه السائد في مجلس الدولة الفرنسي يذهب الى ان المصادقة اللاحقة من الجهة المختصة على قرار صادر من جهة غير مختصة لا يغطي عيب عدم الاختصاص، وقد استقرت احكام محكمة التمييز في العراق على ان الاجازة اللاحقة لاتصحح القرار الصادر من غير ذي اختصاص (٥٣).

الصورة الثانية :- عيب عدم الاختصاص الزمني، ويتحقق هذا العيب عندما لا تكون ولاية اصدار القرار منعقدة لمصدر القرار، حيث ان الشخص الاداري يتولى ممارسة اختصاصاته خلال المدة الزمنية التي يتمتع خلالها بهذا الاختصاص وبالتالي لا يجوز له ممارسته قبل منحه الصلاحية وكذلك لا يجوز ممارسته بعد انتهاء علاقته بها او نفاذها (٥٤) وبالتالي فان تحديد الفترة لممارسة المجلس المحلي لصلاحياته بثلاث سنوات او اربع مثلا والتي تبدأ من تاريخ الاجتماع الاول فانه لا يجوز ممارسة هذه الصلاحية قبل انتخابه او دعوته للاجتماع، وكذلك يجب التوقف عن ممارسة اختصاصه بعد انتهاء المدة القانونية لولايته (٥٥)

اما الصورة الثالثة لعيب عدم الاختصاص البسيط فهي ما تعرف بعيب عدم الاختصاص المكاني، ويبدو هذا العيب عندما تعدي سلطة ادارية محدد اختصاصها ضمن نطاق معين فتصدر قرارات في مكان تابع الى سلطة ادارية اخرى (٥٦)، ومثالها ان يعتدي محافظ بابل على اختصاص محافظ بغداد، وقد تعتبر هذه المخالفة جسيمة في حالة عدم وجود اتصال ترابي بين السلطتين الاداريتين من شأنه ان يؤدي الى تداخل الاختصاص ومثاله ان يصدر قرار من محافظ البصرة يعتدي به على اختصاص محافظ بغداد (٥٧)

ومن التطبيقات القضائية على عيب عدم الاختصاص ما قضت به محكمة تمييز العراق في احد القضايا المنظورة امامها بانه "لدى التدقيق والمداولة ظهرت الصلاحيات مقصورة على الاماكن الموجودة ضمن حدود البلدية ولا تتعدى على ما هو خارج الحدود المذكورة فيصبح الحكم المميز موافقا للقانون قرر تصديقه" (٥٨).

ثانيا :- عيب الشكل :- المقصود بعيب الشكل هو عدم التزام الجهات الادارية بالقواعد الشكلية او الاجراءات التي اوجدتها القوانين واللوائح في اصدار القرارات الادارية، وعيب الشكل لا يتعلق بالنظام العام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وهذا يعني ان المحكمة لا تتصدى لعيب الشكل من تلقاء نفسها (٥٩)

ان القانون اذا فرض شكلية معينة فيجب على الادارة مراعاتها فاذا اغفلت الادارة مراعاة تلك الشكلية فان ذلك يجعل من القرار الاداري معيبا وهذا ماذهب اليه القضاء الاداري في مصر، حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصرية في احد احكامها "ان نقل الموظفين لغاية الدرجة الاولى من الامور الواجب عرضها على لجنة شؤون الموظفين بالخدمة او المصلحة و صدور قرار من ادارة المصلحة او الخدمة بنقل موظف من هذه الدرجة دون عرضه على هذه اللجنة يعتبر عيبا شكليا يعيب القرار الاداري" (٦٠)

ان الفقه اجمع على ان عيب الشكل لا يكون الا بالنسبة الى الشكليات والاجراءات الجوهرية، اما بالنسبة الى الشكليات والاجراءات الثانوية فان تجاهلها بطبيعة الحال لا يؤثر على مشروعية القرار الاداري، ويمكن حصر اهم الحالات التي يمكن تجاوزها بـ "استحالة اتمام الشكليات، حالة الظروف الاستثنائية، قبول صاحب الشأن الاستيفاء اللاحق للشكليات" (٦١) وعن احكام القضاء العراقي لا يعد اغفال الشكلية في كثير من الحالات عيبا يستوجب الانعدام.

ثالثا :- عيب السبب :- ان الرقابة على ركن السبب في القرار الاداري قد خضعت الى مراحل تطور، ففي البداية كان مجلس الدولة الفرنسي يتمتع عن رقابة الوقائع المكونة للسبب من الناحية المادية، أي من ناحية تحققها من عدمه وذلك على اعتبار ان القضاء الاداري هو قضاء المشروعية والتحقق من تطبيق الادارة للقانون لا يدخل في طبيعة عمله ومن ثم الرقابة المادية لسبب القرار الاداري، ولكن سرعان ما تبين ان رقابة المشروعية بالذات لا يمكن ان تكون مجدية و فعالة دون رقابة حدوث الوقائع التي استندت اليها الادارة وذلك من الناحية المادية والواقعية (٦٢).

ان رقابة القضاء لسبب القرار الاداري لا تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع المكونة للسبب بل تشمل كذلك الوصف القانوني لهذه الوقائع بمعنى انه لو ثبت للقاضي الاداري صحة الوقائع ماديا ولكن اتضح ان الادارة لم تعط الوقائع الوصف او التكييف القانوني الصحيح فان القاضي يعد سبب القرار معيبا. (٦٣)

وهناك نوع ثالث من الرقابة وهو اقصى درجاتها على الاطلاق وهو مايسمى برقابة الملائمة أي رقابة القاضي لاهمية الوقائع المكونة لركن السبب ومدى تناسبها مع مضمون القرار الصادر، بمعنى اخر ان القاضي يراقب درجة خطورة القرار وهل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة اهميتها مع درجة خطورة القرارام الاثار المترتبة على القرار؟.

وعن موقف القضاء في العراق بهذا الشأن ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية برد دعوى المدعي المميز القاضي بفصل المميز عليها التي تعهدت بخدمة الحكومة مدة دراستها وتدريبها بعد تخرجها بالشروط والراتب المعين في القوانين والانظمة، اذ تبين لهذه المحكمة بأن المميز عليها لم تخالف هذا التعهد ولم تنقطع عن مواصلة الدراسة ولم ترفض الخدمة لدى المدعي المميز وزارة الصحة بأرادتها وانما هي التي

فصلتها هذا فضلاً عن ان هذه الوزارة لم تفصح عن سبب الفصل وامارات عدم الصلاحية للخدمة في مدة التجربة مما يملك القضاء رقابته ان كان يلابسه تعسف في استعمال الحق اولاً. (٦٤)

وينبغي لنا في هذا المقام التنويه الى حقيقة مفادها ان الادارة عبارة عن شخص قانوني اعتباري اضفى عليها القانون طابع الشخص القانوني الا انه ليست شخصا طبيعيا، ولكنها مع ذلك وفي سبيل اداؤها لمهامها الوظيفية فانها تستعين باشخاص ادميين يمثلونها ويتكلمون باسمها وحسابها أي يتصرفون بصفتهم ممثلين لها وليس اصال عن انفسهم، وتتصرف اثار هذه التصرفات الى جهة الادارة سواء تمثلت في ترتيب حقوق ام تحميل التزامات، وهذا الكلام يجعلنا نفر بسريان القواعد المتعلقة بعيوب الارادة في حقهم والتي تكون شديدة الصلة بعملهم الوظيفي(٦٥). فالموظف العام يمكن ان يقع تحت وطأة الغلط او الاكراه او التدليس الامر الذي يؤدي الى خلل في ارادة الموظف او تعدمها كليا (٦٦).

وإذا امعنا النظر في اثر هذه العيوب لوجدنا ان كل هذه العيوب تنصب في ركن من اركان شرعية القرار الاداري وهو ركن السبب، حيث ان اغلب عيوب الارادة المقبولة في فقه القانون العام تؤثر على ارادة مصدر القرار في فهمها للأسباب الواقعية والقانونية الدافعة لاتخاذ القرار، فتقدرها على كونها تصلح قانونا لتبرير اصدار القرار وهي في الواقع غير ذلك، حيث ان القرار يصدر في هذه الحالة من غير سند من الواقع او القانون أي دون سبب صحيح يبرره، ومن ذلك اذا اصدرت الادارة قرارا بسحب ترخيص السلاح لاعتقادها خطأ بوجود سبب حقيقي يبرر هذا السحب كوجود خطورة في استمرار المرخص له في حمل السلاح، فان قرار السحب يكون معيبا لكونه صدر عن ارادة معيبة وقعت في غلط بتصورها الخاطئ وعلى خلاف الحقيقة بوجود خطورة في استمرار حمل السلاح، حيث ان الخطورة هنا هي الحالة الواقعية والقانونية التي دفعتها لاتخاذ قرار سحب الترخيص، فالغلط هنا عيب من عيوب الارادة صب في ركن السبب وبالتالي تكون عيوب الإرادة محجوبة بفكرة السبب في القرار الاداري، وبالتالي يمكن القول بان عيوب الارادة قد تصيب القرار بالبطان الا انها لاتعني بحال من الاحوال عدم وجوده وبمعنى اخر فان عيوب الارادة في القانون العام لاتتعلق بعناصر وجود القرار الاداري وانما بعناصر شرعية القرار الاداري (٦٧)

وتأييدا لهذا التحليل تقول المحكمة الادارية العليا في مصر في قرار حديث لها "القرار الاداري لا يكون معدوما الا في حالة غصب السلطة او في حالة انعدام ارادة مصدر القرار، يكون غصب السلطة في حالة اعتداء سلطة ادارية على اختصاص محجوز للسلطة التشريعية او السلطة القضائية، اذا كانت الادارة تتصرف داخل النطاق المقرر لها وكان المحل قابلا لتعرض الادارة له فانه لا يصح القول بان الادارة غادرت النطاق الاداري بسبب انراحتها عن السبب واساس ذلك ان السبب يفسد فقط ولكنه لاينعدم لانه لازمة سيكولوجية لاتغادر الوعي ولايتصور ان يتجرد منه الا ان يكون القرار قد صدر تحت ضغط يعدم الارادة باكملها وليس السبب فحسب، طالما ان مصدر القرار يتصرف عن وعي فلا بد ان يكون لتصرفه سبب سواء كان هذا السبب

حقيقيا ام وهميا كاذبا ام لم يكن متفقا مع الصالح العام، في هذه الاحوال جميعا يكون السبب موجودا وان لم يكن صحيحا مما يؤدي الى بطلان القرار وليس انعدامه" (٦٨)

رابعا: - عيب اساءة استعمال السلطة (الغاية): - ان عيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها يتعلق بالغاية التي تسعى الادارة الى تحقيقها من وراء القرار الاداري (الصريح او الضمني).

ولاشك ان جميع الاعمال الادارية يجب ان تهدف الى تحقيق المصلحة العامة، ذلك لان السلطة التي تمنح لرجل الادارة ليست امتيازاً او حقاً خاصاً مصاحباً للوظيفة، وانما اختصاص يمارس على مقتضى احكام القانون وفي نطاق الغاية التي يجب ان يبتغيها كل نشاط اداري وهي المصلحة العامة (٦٩) والمسلم به في الوقت الحاضر، وفي الدولة الحديثة، ان سلطة الدولة ليست غاية في ذاتها، ولكنها مجرد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة، فهي سبيل القيام بوظيفتها مقيدة بالاعراض والاهداف المرجوة من القرار الاداري بجميع انواعه لهذا نجد في عيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها من العيوب القصدية في السلوك الاداري، قوامه ان يكون لدى الادارة قصد اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها. ويعد عيب الغاية من اقدم صور عدم المشروعية ظهوراً في القضاء الاداري الفرنسي (٧٠)

وغني عن البيان ان عدم المشروعية التي تشوب القرار الاداري تكونت تدريجياً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ولهذا لم تكن الطبيعة القانونية للانحراف ميدان تطبيقه كوجه من اوجه الالغاء محددة بدقة، ولهذا بدأ الفقه التقليدي الخلط بين الانحراف في استخدام السلطة وعيب الاختصاص، كذلك هناك جانب من الفقه قد خلط بين هذا الركن مع ركن السبب واطلقوا عليها بالاسباب الدافعة، وايضاً هناك

جانب من الفقه اكد على عدم وجود هذا العيب الا مع السلطة التقديرية للادارة (٧١). ولما كان عيب الانحراف في استعمال السلطة يتصل بركن الغاية في القرار الاداري فهو يختلف عن العيوب الاخرى، لانه يرتبط بأمر مادي او موضوعي قابل للتحقق منه بسهولة بخلاف بعض عيوب القرار الاداري الاخرى التي ترتبط بنية مصدر القرار وبواعثه الكامنة التي يصعب التحقق منها اذا لم تظهر الى الخارج على شكل مظاهر مادية ملموسة (٧٢).

وعلى الرغم من ان العديد من الفقهاء قد ذهبوا الى القول ان تخلف ركن الغاية في القرار الاداري لا تؤدي الى انعدام القرار الاداري الا ان المحكمة الادارية العليا في مصر ذهبت الى ان تخلف ركن الغاية يؤدي الى الانعدام (٧٣)

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا اذ كان في ذلك القرار اذى كبير للصالح العام أي كلما ابتعد القرار الاداري عن تحقيق المصلحة العامة كلما كان الاصوب اعتباره منعداً اما اذا كان يحوي على عيب في استعمال السلطة لكن بدرجة ليس من شأنها ان تجانب الصالح العام، فلا يمكن معها اعباره

منعدما وفي جميع الاحوال فاننا نؤيد الراي القائل بانعدام القرار الاداري الذي يصدر لتحقيق منغعة شخصية او بدافع الانتقام(٧٤).

خامسا:- عيب المحل:- يعد عيب المحل او ما يسمى (بعيب مخالفة القانون) من اهم العيوب التي تشوب القرار الاداري وان لم يكن اهمها جميعاً. وقد عبر عن هذا العيب قانون مجلس الدولة المصري في المادة العاشرة منه بقوله (..... مخالفة القوانين واللوائح او الخطأ في تطبيقها او الخطأ في تطبيقها او تأويلها.....)، وكذلك في القانون العراقي فقد حددته المادة (٧) من القانون رقم (١٠٦) في الفقرة (هـ) البند ثانياً (٣) (ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين والانظمة او التعليمات او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة).

ولكي يكون القرار الاداري سليماً وصحيحاً في عنصر المحل يجب ان يتوفر فيه شرطين الاول ان يكون هذا المحل ممكناً من الناحية القانونية او من الناحية الواقعية فإذا كان محل القرار مستحيلًا قانوناً او عملاً اصبح القرار الاداري منعدماً وليس قابلاً للبطلان او الالغاء فقط والثاني ان يكون محل القرار الاداري جائزاً قانوناً وهذا يعني ان الاثر القانوني الذي يحدثه القرار يجب ان يكون من الجائز احداثه او ترتيبه طبقاً للقواعد القانونية القائمة وبناءً على ذلك اذا كان الاثر القانوني للقرار يتعارض مع النصوص القانونية او المبادئ القانونية العامة فإن هذا يعيب القرار الاداري ويجعله مستحقاً للالغاء(٧٥)ومن هذا يتبين لنا ان رقابة القضاء الاداري على محل القرار الاداري تستهدف مطابقة محل القرار الاداري لاحكام القانون بمعناه الواسع رقابة موضوعية تستهدف فحوى القرار المطعون فيه(٧٦)

المطلب الثاني - مشروعية اثار القرار المعيب

من المسلم به فقهيًا وقضائيًا أن القرارات الادارية غير المشروعة التي تحصنت بفوات مواعيد سحبها أو الطعن عليها بالالغاء لا تصبح قرارات مشروعة وكما علمنا سابقاً أن الدافع وراء ضرورة تحصن تلك القرارات كان هو ضرورة استقرار الأوضاع والمراكز القانونية للإفراد وتغليب القضاء والفقهاء لهذا المبدأ على مبدأ المشروعية واحترام القانون لذلك لا يمكن القول بان فوات المدة المقررة قانوناً للتخلص من ذلك القرار المعيب تقلب ذلك القرار المعيب إلى قرار مشروع

إن الفقه والقضاء متفق على إن مرور المدة التي يجوز خلالها طلب إلغاء القرار غير المشروع لا يحول دون طلب التعويضات المترتبة على تنفيذ القرار، وبالتالي فإن استقرار الأمر الإداري في مثل هذه الحالة لا يحجب عدم المشروعية تماماً (٧٧) ولكن الخلاف يدق حول مدى جواز إصدار قرارات جديدة مبنية على القرارات المعيبة التي تحصنت بفوات مواعيد السحب.(٧٨) ويمكن إجمال ذلك الخلاف بين اتجاهين كالتالي: الاتجاه الأول: يري أن استقرار القرار الإداري غير المشروع لا يصلح أساساً إلا لترتيب الآثار المباشرة للقرار فقط دون الآثار غير المباشرة.

الاتجاه الثاني: فيرى إن القرار الإداري غير المشروع يصلح أساسا لإصدار القرارات التي تترتب عليه كما لو كان سليما.

وقبل الخوض في الآراء التي جاء بها كل اتجاه من هذه الاتجاهات لابد ان نوضح بان القرار الاداري يرتب نوعين من الاثار،الاول يعرف بالاثار المباشرة وهي النتيجة المباشرة التي تترتب عن القرار الاداري وهي اول اثر يمكن ملاحظته عند صدور القرار كما هو الحال عند صدور قرار فرض عقوبة على موظف كعقوبة الفات نظر فان الاثر المباشر الذي يمكن ملاحظته من هذه العقوبة هو تنبيه الموظف بالمخالفة التي ارتكبها وتوجيهه بعدم تكرارها مستقبلا، اما الاثر غير المباشر لهذه العقوبة فيتمثل بالنتائج التي تترتب بالاستناد الى الاثر المباشر،والمتمثلة في تاخير الترفيع والزيادة لمدة ثلاثة اشهر (٧٩) وفيما يلي نعرض لكل اتجاه:

الفرع الاول:- القرار المحصن يرتب الاثار المباشرة للقرار الاداري:

يتجه البعض من الفقه وأحكام القضاء إلى ان استقرار القرار الإداري غير المشروع بفوات مواعيد الطعن لا يصلح أساسا إلا لترتيب الآثار المباشرة للقرار فحسب أما الآثار غير المباشرة فلا يجوز ترتيبها على القرارات غير المشروعة ولو كانت قد استقرت ولقد أكد هذا الاتجاه بعض فتاوي مجلس الدولة المصري ومنها الفتوى رقم ٢٤٦ الصادرة في ١٩٦٦/٣/٦ ونصها: "إن تحصن القرار الخاطيء لا يعني تحوله إلى قرار صحيح من جميع الوجوه، إذ أن القرارات غير المشوبة بعيب مخالفة القانون التي تتحصن بفوات ميعاد الطعن فيها بالإلغاء لا تنتج غير الآثار التي تنشأ عنها مباشرة، وبصفة تلقائية دون حاجة إلى تدخل جديد من جانب السلطة الاداريه في صورة تصرف إداري جديد، ومن ثم لا يجوز اتخاذها أساسا لقرار إداري أو إدخالها كعنصر، لان تحصينها لا يسبغ عليها المشروعية ولا تطهرها من العيوب التي شابتها، لان القول بخلاف ذلك معناه، إلزام الاداره باحترام الخطأ، الأمر الذي يتنافي مع حسن سير الاداره ومبدأ المشروعية(٨٠)

ومن أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية المؤيدة لهذا الاتجاه الحكم الصادر في جلسته ١٩٦١/٦/١٧ والذي جاء فيه: "أما إذا تحصنت القرارات بفوات ميعاد المطالبة بالإلغاء، فإنها لا تنتج غير الآثار التي تنشأ عنها مباشرة وبصفة تلقائية، أي دون حاجة إلى تدخل جديد من جانب السلطة الاداريه في صورة قرار إداري جديد، ومن ثم لا يجوز اتخاذها أساسا لقرار إداري آخر، أو إدخالها كعنصر من عناصره لان تحصينها لا يسبغ عليها المشروعية، ولا يطهرها من العيوب التي شابتها بحيث تكون الجهة الادارية ملزمة بوجوب الاعتداد بهذه القرارات، لان القول بغير ذلك معناه إلزامها باحترام الخطأ الأمر الذي يتنافي مع حسن سير الاداره ومبدأ المشروعية.(٨١)

الفرع الثاني:- القرار المحصن مصدر من مصادر المشروعية

يرى أنصار هذا الاتجاه وهم الغالبية من الفقه وأحكام القضاء انه يجوز أن تصدر الجهة الادارية قرارات إداريه أخرى استنادا إلى القرار الإداري المعيب الذي تحصن بفوات مواعيد السحب, وان ذلك نتيجة منطقية لاستقرار القرار الإداري المعيب فقرار التعيين غير المشروع إذا ما تحصن واستقر كان أساسا صالحا ليس فقط لترتيب الآثار المباشرة للتعين من تسلم العمل وتقاضي الراتب المقرر لوظيفته وإنما أيضا لترتيب الآثار غير المباشرة الخاصة بحياة الموظف كالقرارات الصادرة بالترقية وبمنح المكافآت وخلافه(٨٢) وقد اصدر القسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري الفتوى ٧٤٩ لسنة ١٩٥٩/١٠/٣١ وكان نصها "لما كان هذا الميعاد قد انقضى دون سحب القرار أو طلب إغائه فإنه يصبح ممتنع الإلغاء أو السحب ويكون شأنه شأن القرار الصحيح قانونا وتترتب عليه كافة آثاره وفي مقدمتها تسوية معاشه على النحو الذي تضمنه القرار" (٨٣)

وفي هذا المعنى نجد حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٦٦ والذي تصوغ فيه المحكمة هذه القاعدة في ألفاظ واضحة حيث تقول: "إن القرار الداري المعيب, متى كان من شأنه إن يولد حقوقا بالمعنى الواسع, فان حق الاداره في سحبه يقوم في الفترة التي يكون فيها مهددا بالإلغاء القضائي, وانقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء معناه صيرورة القرار الإداري محل الطعن حصينا ضد الإلغاء, وهو ما يجعله في حكم القرار المشروع, مما يجعله لنفس السبب مصدرا يعتد به شرعا لمراكز قانونيه صحيحة, ولحقوق مكتسبه لذوي المصلحة فيه, بحيث لا يكون من المقبول والحالة هذه أن يباح للاداره اغتصاب هذه الحقوق بأي شكل كان, وذلك مهما يكن القرار مصدر هذه الحقوق خاطئا أو مخالفا للقانون, ما لم تصل المخالفة للقواعد التشريعية بالقرار الإداري إلي حد الانعدام, مما يفقده صفة القرار الإداري, ويهبط به إلى مجرد الأعمال المادية التي لا تتمتع بشيء من الحصانة" (٨٤)

ويقول العميد سليمان الطماوي تعليقا منه على هذا الاتجاه "لقد كان من الممكن اعتبار المبدأ السابق من قبيل المسلمات القضائية لو لا أننا وجدنا حكما للمحكمة الادارية العليا وفتوى للقسم الاستشاري تورد قيادا على ذلك المبدأ من مقتضاه إن القرار المعيب الذي يتحصن بفوات الميعاد لا يترتب عليه إلا الآثار المباشرة دون الآثار غير المباشرة" كما يرى الدكتور سليمان الطماوي بانه لايمكن الدفاع عن الاتجاه الاول اذ ان نظريه تحصين القرارات الادارية المعيبة بفوات المدة تفقد أساسها لو قصرناها على الآثار المباشرة هذا فضلا عن صعوبة التمييز بين الآثار المباشرة وغير المباشرة ولهذا فان القرار غير المشروع, الذي يتحصن بمرور مدد التقاضي دون أن يسحب إداريا أو يلغي قضائيا, ينتج كاهه الآثار التي من شأنها ان تترتب عليه لو كان سليما, سواء أكانت تلك الآثار مباشرة أو غير مباشرة ولا يخرج من ذلك إلا نتائج محدودة رتبها المشرع أو القضاء وأهمها:

(١) انه يجوز طلب التعويض عن القرار المعيب رغم تحصنه لان دعوى التعويض مدتها أطول من مدة دعوى الإلغاء.

(٢) إن اللوائح (القرارات التنظيمية) رغم تحصنها يمكن شل أثارها بأحد أسلوبين:

- الطعن بعدم شرعيتها إذا أرادت الاداره تطبيقها على الأفراد لان الدفع بعدم شرعية اللوائح لا يسقط بالتقادم

- يمكن طلب إلغاء القرارات الاداريه الفردية التي تصدر تطبيقا للائحة المعيبة بالرغم من تحصنها, وذلك استنادا إلى ما في اللائحة من عيوب (٨٥).

راينا بصدد الموضوع:- بعد ان انتهينا من بحث الاراء الفقهية واحكام المحاكم التي جاءت لتحديد مدى اعتبار القرار المعيب الذي تحصن بمرور مدة الطعن عنصر من عناصر المشروعية، نود ان نبين انه لذلك فان العمل الإداري في مجال القرارات الادارية يقوم على ثلاث نقاط رئيسية وهي (مبدأ مشروعية القرار الإداري ومبدأ الحقوق المكتسبة وقرينة سلامة القرارات الادارية) وان كل مبدا من هذه المبادئ يهدف الى تحقيق غرض معين، فالمشروعية توجب على الادارة ان تقوم باداء واجباتها وفق القواعد المطبقة في الدولة، ومبدا الحقوق المكتسبة يعمل على الحفاظ على ثقة الافراد باعمال الادارة، وقرينة السلامة تهدف الى استمرار وديمومة العمل الاداري) ويمكن تمثيل عمل هذه المبادئ بعمل عجلة الدراجة الهوائية، فمبدا الحقوق المكتسبة يمثل المركز الذي تركز عليه العجلة، وقرينة السلامة هو اطار العجلة المتحرك والمكابح هو مبدا المشروعية في حالة اثارته، وعلى الرغم من اهمية الجدل الفقهي بصدد الموضوع الا اننا لانعتقد وجود ضرورة لكل الاراء التي قيلت بصدده وتفصيل ذلك نقول ان هذه المبادئ يعمل كل واحد منها يستقل عن الاخر ولا يمكن لاي مبدا ان يؤثر على اهداف المبدأ الاخر لذلك فاذا ما اصاب أي مبدا من هذه المبادئ خلل تستمر المبادئ الاخرى بعملها، ولتوضيح هذه الفكرة على القرار الاداري المعيب نقول ان القرار المعيب يمكن ان تتوقف اثاره من خلال عدم الاستناد اليه مستقبلا مع احتفاظ الفرد بالحقوق المكتسبة التي ترتبت عن هذا القرار دون ان يكون القرار نفسه مصدر من مصادر المشروعية، وهذا ما يؤيده الواقع العملي في الدوائر العراقية، حيث ان القرار المعيب يستنفذ اثاره من خلال تجاهل الادارة له وعدم اعتمادها عليه في اصدارها لقراراتها المستقبلية، مع احتفاظ المخاطب بالقرار بالحقوق المكتسبة التي تنتج له ليس من القرار وانما من مرور المدة اللازمة للطعن أي ان الحقوق التي يحوزها المخاطب بالقرار المعيب مستقبلا لا تنتج عن القرار ذاته وانما تعتبر اثر من اثار الحقوق المكتسبة التي انتجها القرار غير المشروع.

الخاتمة

تعتبر القرارات الادارية من التصرفات القانونية الحيوية التي تعبر عن سياسة الدولة العامة ونظامها القانوني والاقتصادي والاجتماعي وكل مايتعلق بالحاجات العامة واسلوب تنفيذ ذلك، والقرار الاداري باعتباره تعبير عن ارادة السلطات العامة هو محتوى وجوهر العملية الادارية، لأن مفهوم القيادة الادارية الحديثة لايعدو عن كونه صلاحية اتخاذ القرارات المؤثرة والفاعلة تبعا لمدى الصلاحيات التي حولها اياها المشرع من حيث سلطة التقدير او التقييد، اذ تعكس القرارات الادارية مدى فعالية الادارة وكفاءتها وقدرتها على تحويل التشريعات الى واقع عملي ذو اثر ايجابي ملموس على حياة الناس ومستوى الرفاه الاجتماعي وعلى خلاف ذلك فان الادارة الضعيفة غير الكفؤة تؤثر سلبا على حياة الناس، وكم من التشريعات الاصلاحية العظيمة افرغت من محتواها الانساني الاجتماعي بسبب ضعف الادارة او فسادها، ويرى بعض فقهاء القانون ان القرار الاداري اضحى مصدرا من مصادر الحق لقدرته على انشاء الحقوق العينية والشخصية، تعبيراً عن اهمية القرار الاداري في الحياة المعاصرة

والقرار الاداري يخضع لمبدأ المشروعية، بمعنى وجوب ان تتم جميع تصرفات السلطات العامة في اطار القواعد الدستورية والقانونية والاكان التصرف معيبا وباطلا يستوي في ذلك ان يكون التصرف ايجابيا كالقيام بعمل اوسلبيا كالامتناع عن عمل يوجبه القانون، وعدم مشروعية القرار قد ترتب المسؤولية الجنائية في حالات معينة

والاصل ان تتمتع القرارات الادارية بقرينة المشروعية، بمعنى انه يفترض فيها انها قد صدرت صحيحة ومشروعة، الا انها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، اذ بإمكان صاحب المصلحة في الطعن بالقرار الإداري ان يقيم الدليل على ان القرار الإداري مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية.

وعيوب المشروعية هذه تكون على درجات مختلفة، فقد يجعل العيب القرار الإداري باطلا وبالتالي يمكن الطعن به خلال مدة معينة الا انه اذا انقضت هذه المدة دون الطعن بالقرار فان ذلك يؤدي الى تحصن القرار الإداري، ألا أن هناك بعض العيوب التي تكون على درجة كبيرة من الجسامة تجعل من القرارات الإدارية تخرج من نطاق التصرفات القانونية لتندرج ضمن مفهوم الأعمال المادية وهي ما تعرف بالقرارات المعدومة

ان عدم المشروعية التي تصيب القرار الاداري تجعله معرضا للالغاء او السحب خلال المدة التي نص عليها القانون وبخلافه يتحصن القرار الاداري من السحب او الالغاء الا اذا كان هناك غش او خطأ جسيم عندها لايتحصن القرار الاداري من الطعن مهما كانت المدة التي مرت عليه

ان القرار الاداري المحصن يرتب حقوق مكتسبة للمعني به وان ترتيبه لهذه الحقوق لاتجعل منه مصدر من مصادر المشروعية وبالتالي فان القرار الاداري المحصن على الرغم من وجوده في البناء القانوني الا انه

يعتبر مجرد من صفة النفاذ وان ماينتج عن القرار المحصن هو في الحقيقة ينتج عن الحقوق المكتسبة التي رتبها القرار وليس القرار ذاته لان الادارة وهي في سبيل ممارسة اعمالها اليومية تحاول التوفيق بين ثلاث مبادئ اساسية (مبدأ مشروعية القرار الإداري ومبدأ الحقوق المكتسبة وقرينة سلامة القرارات الادارية).

الهوامش والمصادر

(١) عرفت شريعة حمورابي فكرة الظاهر ولو في ادنى صورة فقد كانت معظم التصرفات القانونية لها طابع شكلي يعلن على الملأ كافة، وهو الامر الذي يؤدي الى نفاذ تصرف صاحب الظاهر في مواجهة صاحب الحق لمصلحة الغير حسن النية ويمكن ملاحظة فكرة الظاهر في شريعة حمورابي من خلال استقراء نص المادتين (٢٢٧-٢٢٦) المتعلقةتين بتنظيم عمل الوسام وتحذيره من مغبة استغلال مهنته لما ينطوي عليه الامر من اعتداء صارخ على حق الملكية، فالوسام هو من يضع الوسم على العبد للدلالة على عبوديته وعلى ملكية السيد له، حيث نصت المادة ٢٢٦ على انه اذا ازال الحلاق او الوسام علامة العبودية من على رقيقه دون علم مالكة- يعاقب بقطع اليد، للمزيد تراجع المادة ٢٢٦ من شريعة حمورابي، وكذلك نصت شريعة حمورابي على انه اذا حضر رقيق الى الحلاق بصحبة رجل ظهر بمظهر السيد له، وطلب من الحلاق ازالة علامة العبودية ورفعها دون ان يعلم الحلاق بان الرقيق غير مملوك للشخص المرافق صاحب الوضع الظاهر فعلى الحلاق ان يثبت حسن نيته بالقسم لتبرا ذمته اما المرافق للعبد فيعاقب بالقتل المادة (٢٢٧) ويرجع كذلك الدكتور عامر سليمان، القانون في العراق القديم، الطبعة الثانية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧، ص ٢٦٨، اما بالنسبة الى الحلاق فقد اعفى المشرع الحلاق من المسؤولية شريطة ان يثبت حسن نيته وذلك من خلال القسم على انه لم يعلم ان الشخص المرافق هو غير المالك، وبذلك يمكن القول ان المشرع البابلي قد عرف فكرة الظاهر وعمل بها بشرط ثبوت حسن النية، يرجع عدنان ابراهيم سرحان، نظرية الاوضاع الظاهرة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ١٩٨٦، ص ١٣ وكذلك يراجع عارف صالح مخلف الدليمي، نظرية الظاهر في القانون الاداري، رسالة ماجستير جامعة النهدين، ١٩٩٨، ص ١١ وما بعدها اما في القانون الروماني فقد ظهرت نظرية الظاهر اول مرة في قضية العبد (BARBARIUSPHILIPPUS) الذي تولى وظيفة البريتور ان اوهم الناس بانه من طبقة الاحرار في حين انه من طبقة العبيد، واصر بعض الاحكام القضائية، الا ان تلك الخديعة لم تدم طويلا اذ انكشفت واعيد الى عبوديته ولكن الفقيه (ULPIEN) تسال عن مصير الاحكام التي صدرت وتعلق بها حقوق الافراد، فلم يجد تحت فكرة العدالة وحماية مصلحة الغير حسن النية الا ان يعترف بصحة التصرفات الصادرة

طيلة فترة توليه القضاء، للمزيد يراجع عارف صالح مخلف نفس المصدر اعلاه ص ١٢

(٢) احمد علي الندوي، القواعد الفقهية، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، ١٩٨٦، ص ٣٠٩.

(٣) صحيح مسلم، الجزء الثاني، الطبعة بلا، دار الفكر، ص ٦٠.

(٤) بعكس الاعمال المادية للادارة التي لاتهدف من ورائها الى احداث اثار قانونية

(٥) انظر حمدي ياسين عكاشة القضاء الاداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق وكذلك يراجع الدكتور حسني درويش عبد الحميد نهاية القرارات الادارية عن طريق القضاء، طبعة بلا، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١١ وكذلك

- يراجع الدكتور خالد سمارة الزغبى، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، المركز العربي للخدمات الطلابية، الاردن، ١٩٩٣، ص ٨٧
- (٦) احمد خورشيد حميد المبرجي، وقف تنفيذ القرار الاداري عن طريق القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ٤.
- (٧) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص ٥٧١
- (٨) الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الاداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٩٩١، ص ٢٢٩، ويفرق الدكتور ماهر صالح علاوي بين انتهاء القرار ذاته وانتهاء اثاره، فمن الممكن ان تتوقف اثار القرار الاداري بمعزل عنه، فالقرار لا ينتهي وجوده الا بارادة صريحة او ضمنية لسلطة عامة مختصة (المشروع، القضاء، الادارة العامة) بانتهاء وجوده، المصدر نفسه ص ٢٢٩
- (٩) وردت هذه المعاني في حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في عام ١٩٥٧، اورده احمد خورشيد، مرجع سابق، ص ٦
- (١٠) الاصل ان الادارة غير ملزمة بتسبب قراراتها مادام القانون لا يلزمها بهذا التسبب باعتباره شرطا شكليا لصحتها، الدكتور عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، ١٩٧١، دار النهضة العربية، ص ٣١٦.
- (١١) نقلا عن الدكتور محمد كمال الدين منير، قضاء الامور الادارية المستعجلة، رسالة دكتوراه جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٩٤
- (١٢) رشا شاکر حامد، النظام القانوني للقرارات التنظيمية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص ٨١
- (١٣) الدكتور خالد سمارة الزغبى، القانون الاداري وتطبيقاته في المملكة الاردنية الهاشمية، الطبعة الثانية، ١٩٩٣، دار الثقافة، عمان ص ١٩١.
- (١٤) دومينيك بويو وبروسبير ويل، القانون الاداري، ترجمة الدكتور سليم الحداد، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ٢٠٠٩ ص ٩٦.
- (١٥) ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى ان الحكومة تحضر على نفسها التعرض الى المبادئ العامة للقانون لاسيما وجود رقابة قضائية على العمل الاداري، دومينيك مرجع سابق، ص ٩٦.
- (١٦) للمزيد عن مبدا المشروعية يراجع الدكتور عدنان عمرو، القضاء الاداري، مبدا المشروعية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا، ص ٥ وما بعدها.
- (١٧) لذلك تعمد الادارة على مراجعة اعمالها اكثر من مرة من اجل تقادي دعوى الالغاء حتى لا يتم الطعن بها امام القضاء، الدكتور محمد علي جواد، نظرية سحب القرارات الادارية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، الماجستير، ٢٠٠٦ (الجامعة المستنصرية)
- (١٨) الدكتور صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الاداري الليبي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، الشركة العامة للنشر والتوزيع، ليبيا، ص ٤٧١

(١٩) الدكتور عبد الفاتح حسن، القانون والقرار الإداري في الفترة ما بين الإصدار والشهر، مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية، العدد ٣ السنة ١٩٧٠، ١٢، ص ٧٩، وفي هذا الصدد يجب التمييز بين نفاذ القرار -سريان القرار - تنفيذ القرار فبالنسبة الى نفاذ القرار يعني ترتيب القرار لآثاره في مواجهة الإدارة وفي مواجهة الغير ولحين تمتع القرار بقوة نفاذ كاملة فانه يمر بمراحل الأعداد والإصدار والنشر. أما السريان فالأصل ان القرار الإداري يسري بحق الإدارة التي أصدرته من تاريخ إصداره وبحق الأفراد المخاطبين من تاريخ شهره بالنشر او الاعلان، أما التنفيذ فيقصد به و ضع آثار القرار الإداري موضع التنفيذ سواء عن طريق الإدارة مباشرة او عن طريق القضاء، للمزيد تراجع رشا شاكر مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢٠) الدكتور ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، نشاط واعمال السلطة الادارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، بلا، ص ٣٧٤ وما بعدها.

(٢١) القوة التنفيذية للقرار الإداري قرينة بسيطة على مشروعيته، للمزيد يراجع الدكتور خالد خليل ظاهر، القانون الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ص ٢٠١

(٢٢) الدكتور عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٦.

(٢٣) الدكتور محمد جمال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، ٢٠٠٤، بلا، ص ٢٢٨

(٢٤) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، امتيازات سلطة الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٨٧.

(٢٥) المادة ٧ اولا من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٢٦) الدكتور محمود حلمي، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٧٤، دار الفكر العربي، ص ٤٤٧. ويراجع في هذا الصدد قرار محمة التمييز الصادر في (٢٠٠٥/١٠/١٩) امام محكمة بداءة الشناقية في قضية احد اعضاء المجلس البلدي لمنطقة الشناقية ضد المجلس، حيث ادعى ان المجلس قد اقاله بدون وجه حق، وقد اعتبرت محكمة التمييز عدم اجابة المجلس وحضور الجلسات حجة عليه.، ويراجع كذلك الدكتور شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٨٠، ص ٤٣٠

(٢٧) الدكتور عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، مرجع سابق، ص ١٧

(٢٨) <http://shariakuniv.edu.kw/1/reslstdeplomatec.htm>.

(٢٩) <http://sharia.kuniv.edu.kw/1/resistdeplomatic.utm>

(٣٠) رشا عبد الرزاق جاسم الشمري، صفة النهائية في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، ٢٠٠٥، ص ٩٥.

(٣١) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، دار الفكر العربي، ص ٦١١.

(٣٢) الدكتور عصام عابدين، سحب القرارات الإدارية بين الاصول القانونية والفتاوى السلطانية، بحث منشور على شبكة المعلومات، ٢٠٠٨.

- (٣٣) حكم المحكمة العليا المصرية، م٤٤ ط ١ س ١١٧١/٢٠٠٥ العدد ٢٠٠٥ قضية وزارة العدل ضد شركة الغزال للملكية الفكرية، منشور على شبكة المعلومات ؟
- (٣٤) الدكتور اعاد علي حمود القيسي، الوجيز في القانون الاداري، دار وائل للنشر والتوزيع، بلا، ص ٣١٥.
- (٣٥) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الاداري، مرجع سابق، ص ١٢٥.
- (٣٦)، الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٣.
- (٣٧) المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الثانية - الطعن رقم ١٠٩١٥ لسنة ٤٧ ق.ع - جلسة ٢٠٠٨/١٢/١٣. (منشور على شبكة المعلومات تحت عنوان "مدى حق الإدارة في سحب القرار الاداري" ٢٠٠٨).
- (٣٨) عبد الامير محسن، سلطة الإدارة في اصدار القرارات التنظيمية والرقابة عليها، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ٣٢٢.
- (٣٩) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الاداري، مرجع سابق، ص ٨٣.
- (٣٩) الدكتور اعاد علي حمود القيسي، القضاء الاداري وقضاء الالغاء، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، بلا، ص ٢٠٥.
- (٤٠) احمد المصري، اسباب الطعن بالقرار الاداري، دعوى الغاء القرار الاداري، بحث منشور على شبكة المعلومات، التجمع الديمقراطي الفلسطيني للمحاميين والقانونيين، الارشيف، ٢٠٠٩،
www.pgflp.nextlvip\showthreadphp
- (٤١) سرمد رياض عبد الهادي، الغاء القرارات الادارية من جانب الإدارة، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، ٢٠٠٥، ص ٢٩.
- (٤٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣٧.
- (٤٣) الدكتور ماجد راغب الحلو، دعاوى الادارية، دعوى الالغاء - دعوى التعويض - دعوى التاديب - طرق الطعن بالاجكام القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٣٧.
- (٤٤) الدكتور سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية، بلا، ص ٣٥٠.
- (٤٥) الدكتور عدنان عمرو، القضاء الاداري، قضاء الالغاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا، ص ١٠١.
- (٤٦) رنا ياسين حسين، انعدام القرار الاداري، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، ٢٠٠٤، ص ٤٩.
- (٤٧) الدكتور رياض عبد عيسى الزهيري، عيب عدم الاختصاص في القرار الاداري، دراسة مقارنة مع الجزائر، بحث منشور على شبكة المعلومات، ٢٠٠٨.
- (٤٨) قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها رقم ٢٩ لعام ١٩٩٦ في قضية علي اسعد ضد محافظ نابلس - نقلا عن الدكتور عدنان عمرو، مرجع سابق، ص ١٠٢ - بأنه "وحيث ان المستدعى ضده محافظ نابلس يملك وفق احكام المادتين (٢٥/٢٨١ ط) من نظام التشكيلات الادارية رقم ١ لسنة ١٩٦٦ الحق في اصدار القرار المطعون فيه واتخاذ هذا الاجراء حفاظا على المصلحة العامة فان قراره هذا يكون متفقا واحكام القانون والصادر عن جهة مختصة في اصداره.

- (٤٩) الدكتور خالد خليل طاهر، القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار المسيرة، بلا، ص ١٣٩.
- (٥٠) الدكتور طعيمة الجرف، رقابة القضاء لعمال الادارة العامة، قضاء الالغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ٤٢٧.
- (٥١) رنا ياسين، مرجع سابق، ص ٥٠.
- (٥٢) جاسم كاظم كباشي، سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٦٢.
- (٥٣) من احكام محكمة التمييز في هذا الشأن "بما ان الوكيل -وكيل وزارة النفط- لايملك سلطة التضمين فهو لايملك تخويل غيره سلطة ممارستها ويكون امره بتخويل المدراء العامين هذه السلطة ليست له قيمة قانونية ولايضي شرعية على هذه المخالفة بتاييد لاحق ممن يملكها وذلك لان ممارسة السلطة العامة ليست تصرفا شخصيا من الافراد فتلقه الاجازة" القرار رقم ٢٠٨ استئنافية ١٩٧٠١- السنة الثانية اص ١٧٥.
- (٥٤) الا انه واستثناء من هذه الحالة وتجنباً للمحاذير التي تنشأ عن الفراغ في الحكم بسبب اقالة الحكومة او استقالته، جرى العرف الدستوري على ان يكلف رئيس الدولة والوزراء بالبقاء في الحكم الى ان تتالف وزارة جديدة ويحدد نطاق عملها بما يسمى بتصريف الاعمال العادية، للمزيد يراجع الدكتور خالد سمارة الزعبي، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، عمان، ١٩٩٣، ص ٨٥.
- (٥٥) ايمان عبيد كريم السلطاني، القرار التنظيمي التنفيذي، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٥، ص ١٠٥.
- (٥٦) الدكتور حسن محمد عواضة، المبادئ الاساسية في القانون الاداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بلا، ص ٢٣٠.
- (٥٧) الدكتور عدنان عمرو، القضاء الاداري، قضاء الالغاء، مرجع سابق، ص ١٠٤.
- (٥٨) حكم محكمة تمييز العراق رقم ١١٢٤٤ حقوقية ١٩٥٢١ الصادر في ١٦-٤-١٩٥٣ نقلا عن رنا ياسين حسن، انعدام القرار الاداري، مرجع سابق، ص ٥١.
- (٥٩) الدكتور علي محمد بدير والدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي ومهدي ياسين السلامي، القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣، ص ٤٢٨.
- (٦٠) اوردته رنا ياسين مرجع سابق، ص ٦٨.
- (٦١) جاسم كاظم كباشي، مرجع سابق، ص ٨٠.
- (٦٢) الدكتور فؤاد العطار، القضاء الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ٣١٠، ان اول حكم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بخصوص ركن السبب صدر عام ١٩٠٢،
- (٦٣) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦١٣.
- (٦٤) هبة خالد نجم المرسومي، الرقابة القضائية على القرار الاداري الضمني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، ص ١٥٠.

- (٦٥) من عيوب الارادة البعيدة الصلة عن العمل الوظيفي هي نقص الاهلية وانعدامها (كالجنون وعدم بلوغ السن القانوني)لانه ليس من المتصور ان يكون الموظف مجنون او دون السن القانوني لتولي الوظائف العامة
- (٦٦) الدكتور رافت فودة، عناصر وجود القرار الاداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٢٥.
- (٦٧) الدكتور رافت فودة، نفس المصدر، ص ١٣٠
- (٦٨) للمزيد عن اراء المحكمة الادارية العليا في مصر، يراجع، رافت فودة، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٤١
- (٦٩) د. محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية للوائح الادارية، دار النهضة العربية، لسنة ١٩٩٧، ص ٤.
- (٧٠) هبة المرسومي، مرجع سابق، ص ١٩٠
- (٧١) د. خضر عكوبي يوسف: موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، الطبعة الاولى، مطبعة الادارة المحلية، بغداد، لسنة ١٩٧٦. وكذلك لقد ايد هذا الاتجاه القضاء العراقي في قرار محكمة التمييز المرقم ٣٠١/م/٦٩ في ٤/٤/١٩٧٠، منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، ١٩٧٠، ص ١٥٧.
- (٧٢) انظر: د. سعد عصفور، د. محسن خليل: القضاء الاداري (موسوعة القضاء والفقهاء للدولة العربية)، الجزء (٦٨) القاهرة، ١٩٨٠، ص ٩٩.
- (٧٣) رنا ياسين، مرجع سابق، ص ٧٢.
- (٧٤) الدكتور السيد محمد مدني، القانون الاداري الليبي، ١٩٦٤-١٩٦٥، دار النهضة العربية، ص ٢٨٣.
- (٧٥) هبة المرسومي، مرجع سابق، ص ١٨٧.
- (٧٦) انظر: د. محمود سامي جمال الدين: اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص ١٢٥.
- (٧٧) راجع د. سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الادارية ص ٧٧١
- (٧٨) راجع هذا الخلاف في المرجع السابق للمستشار حمدي عكاشة ص ١٠٢٣
- (٧٩) المادة الثامنة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي
- (٨٠) الفتوى مشار إليها في المرجع السابق لمستشار حمدي عكاشة ص ١٠٢٥
- (٨١) الحكم مشار إليه في المرجع السابق لمستشار حمدي عكاشة ص ١٠٢٥
- (٨٢) راجع مبادئ القانون الإداري للدكتور سليمان الطماوي ص ٢١٢
- (٨٣) راجع المرجع السابق للمستشار حمدي عكاشة ص ١٠٢٦
- (٨٤) الفتوى مشار إليها في السابق للمستشار حمدي عكاشة ص ١٠٢٧
- (٨٥) راجع مبادئ القانون الاداري للدكتور سليمان الطماوي ص ٢١٢.

نطاق الحماية القانونية للمستهلك من ضرر الإعلان التجاري الكاذب دراسة مقارنة

المدرس رباب حسين كشكول
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

في ظل التطور التكنولوجي الذي رافق إنتاج السلع وتقديم الخدمات أصبح من الضروري أن يتوافر لدى المستهلك قدر وافي من المعلومات حول السلع والخدمات المعروضة في السوق قبل التعاقد لإختيار أكثرها ملائمة لإحتياجاته، هذا ما يوفره الإعلان التجاري للمستهلك من خلال ما يتضمنه من بيانات حول مواصفات ومزايا المعلن عنه . غير أنه بدلاً من أن يكون الإعلان التجاري وسيلة لإرشاد المستهلك نحو التعاقد الأمثل قد يصبح وسيلة لتضليله وخداعه هذا ما يحصل لدى تضمين المعلن رسالته الإعلانية بيانات كاذبة حول حقيقة التعاقد لترغيب الجمهور في المنتج أو الخدمة المعلن عنها، وهذا ما يلجأ إليه الكثير من المعلنين لترويج منتجاتهم وخدماتهم وتحقيق الأرباح على حساب ضحاياهم من المستهلكين .

ومع تزايد ظاهرة الإعلانات التجارية الكاذبة التي تستغل إثارة الجمهور وتشويقه عبر جوائز ومسابقات وهمية أو مزايا و تخفيضات لا وجود لها مستغلة التطور الحاصل في وسائل الإتصال لتبث عبر وسائل متنوعة من صحف وتلفزيون وأنترنيت وهاتف وغيرها بغية إقناع الجمهور بأهمية المعلن عنه وضرورة الحصول عليه، عليه نرى ضرورة التعرف إلى أوجه الحماية التي يوفرها القانون للمستهلك المنخدع بحقيقة الإعلان الكاذب وما إذا كانت كافية لمواجهة ما يولده من ضرر؟ هذا ما سنبحثه في ظل القوانين العراقية النافذة بالمقارنة مع بعض القوانين الأخرى من خلال تقسيم البحث الى مبحثين نخصص الأول لدراسة مفهوم الإعلان التجاري الكاذب ، والثاني نتطرق فيه إلى طرق الحماية القانونية للمستهلك، ثم نختم بحثنا هذا بأهم النتائج التي توصلنا إليها .

المبحث الأول

مفهوم الإعلان التجاري الكاذب

تقتضي معرفة مفهوم الإعلان التجاري الكاذب الإمام بتعريف الإعلان التجاري وأهميته ثم تحديد قيمته القانونية ببيان تكييفه القانوني، وصولاً إلى بيان ماهية الإعلان التجاري الكاذب وهذا ما سنبحثه في ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول - تعريف الإعلان التجاري وأهميته

في ظل التعدد الكبير في أنواع المنتجات والخدمات وإزدياد منتجها ومقدميها، أصبح التنافس شديداً فيما بينهم لإجتذاب الزبائن، مستعينين لبلوغ مبتغاهم بكل الوسائل المشروعة، والتي من شأنها إظهار تلك السلع والخدمات ببيان خصائصها، وحث الجمهور على طلبها بالإعلان عنها (١) بأي من وسائل الإعلان المختلفة. وهذا ما يتحقق باتفاق المعلن (المنتج أوالتاجر) مع الجهة الناشرة على تحقيق العمل الإعلاني بالوسيلة والأجر المتفق عليهما (٢) وصولاً الى تحفيز الجمهور للتعاقد معه على طلب المنتج أو الخدمة المعلن عنها.

فالإعلان التجاري هو وسيلة إتصال ما بين المعلن والجمهور (٣) وهي وسيلة قديمة بدأت بأساليب بدائية بسيطة محدودة الأثر، فقد تمثلت إبتداءً بالمناداة في الأسواق عن وصول المنتجات والخدمات والقوافل التجارية يقتصر أثرها على سامعيها، وبعد إستخدام اللافتات الرمزية لبيان طبيعة عمل الشخص لم يتوسع دور الإعلان كثيراً (٤) غيرانه مع إنتشار الكتابة والتطور التكنولوجي المتزايد زاد من تنوع صور وأثرالإعلان، إذ لم يعد الإعلان مقتصرأعلى بضعة أسطر تعلن عن سلع وخدمات معينة، بل أضيف إليها صورة وصوت مما زاد من تأثيره في نفوس متلقيه (٥).

ومع تطور وسائل الإعلان وتعاظم دوره في تصريف السلع والخدمات بدأ التوجه التشريعي في العراق (٦) نحو تنظيم الاعلان وذلك بقانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان رقم ٤٥ لسنة ١٩٧١، والذي نصت المادة (١/٤) منه على (الإعلان - جميع وسائل الدعاية والنشر في الصحف أو التلفزيون أو السينما أو النيون أو البلاستيك والمصقات الجدارية وكذلك الأدلة بإختلاف انواعها).

والملاحظ على هذا التعريف إقتصاره على ذكر الوسائل المستخدمة في الإعلان من صحف وتلفزيون وغيرها دون بيان الهدف من الإعلان ذاته (٧) مع أهميته في تمييز الإعلان عن غيره من وسائل الإتصال بالجمهور كالإعلام على سبيل المثال، ففي الوقت الذي يسعى فيه الإعلان لترويج منتج أو خدمة معينة بحث الجمهور على التعاقد بشأنها، فإن للإعلام هدف آخر يتمثل بنشر الحقائق على الجمهور بقصد المعرفة والثقافة. (٨)

كما ويتسم التعريف السابق بعموم نطاقه فهو يشمل الإعلان عن مختلف النشاطات المدنية والتجارية والصناعية. أما المشرع الفرنسي فقد حدد الهدف من الإعلان دون أن يورد تعريف له وذلك بالمادة الثالثة من القانون رقم ٧٩- ١١٥٠ الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٩ والتي نصت على (يعتبر إعلاناً كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب إنتباههم سواء كان نقشاً نموذجياً أو صورة) (٩).

وبصدد مفهوم الإعلان التجاري فقد طرح الفقه تعاريف متعددة تشترك جميعها في التركيز على عنصرين أساسيين يتحقق بتوافرهما الإعلان التجاري، أحدهما مادي يتمثل بالوسيلة المعتمدة في إيصال

الرسالة الإعلانية للجمهور (١٠) وذلك بإستخدام أداة تعبير تدرك بالحواس من الوسائل المرئية أو المسموعة أوالمقروءة (١١) والتي تشترك جميعها في تحقيق هدف معين كونها تخاطب الجمهور بتقديم منتج أو خدمة وتحفيزه على طلبها .

أما العنصر الآخر، فهو معنوي يجسد المصلحة الخاصة للمعلن ويتمثل بقصد تحقيق الربح والذي يسعى للوصول إليه عبر الوسائل المتقدمة من خلال التأثير في الجمهور وإستمالتهم نحو المنتج أو الخدمة المعلن عنها، وبالنتيجة تصريف أكبر قدر منها وتحقيق الربح، وهذا ما يخرج من نطاق الإعلان التجاري الإعلان الذي لا يستهدف المعلن فيه تحقيق الربح كالإعلانات التي تدعو فيها الجمعيات الخيرية الجمهور للمساهمة في نشاطاتها.

والملاحظ هنا ان التطور الحاصل في وسائل الإعلان (العنصر المادي) له تأثير كبير في ضمان زيادة تسويق المنتج والخدمة المعلن عنها وبالتالي تحقيق الربح (العنصر المعنوي) ذلك أن الصور المتطورة والمتنوعة التي تظهر بها الإعلانات التجارية زادت من تأثيرها في التوجه الإستهلاكي لمتلقيها ، حيث لم يعد سماع أومشاهدة الإعلان قاصراً على من يبحث عنه بل أصبح الإطلاع على الإعلان والتأثر به أمر غيرمقصود أحياناً فهي على حد تعبيرالبعض (١٢) تلاحق الناس في بيوتهم عبر وسائل الإعلام وفي مقر أعمالهم بالصحف والمجلات وفي الطرقات عبر الملصقات ،وفضلاً عن توظيف وسائل الإرسال الحديثة لهذا الغرض من الهاتف والأنترنيت والفاكس وغيرها ،مما يزيد من فرص التعاقد مع المعلن بشأن المنتج أو الخدمة المعلن عنها.

وعلى أساس هذين العنصرين (المادي والمعنوي) يعرف البعض (١٣)الإعلان التجاري بأنه الوسيلة الفنية التي يستخدمها المعلن للتأثير النفسي والذهني على المستهلك بقصد تحفيزه على شراء الخدمة أو المنتج المعروف.

وبهذا يتضح أن المستهلك هو المستهدف من الإعلان التجاري ، إذ يشكل الإعلان عنصراً جذاباً للجمهور يهدف إلى أن يسترعي إنتباههم (١٤) وإقناعهم بضرورة الخدمة أو المنتج محل الإعلان بإبراز مزاياه وخصائصه وكيفية الحصول عليه بما يسهم في تسويق أكبر قدر منه وإذا كان المعلن يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة من الإعلان التجاري على النحو السابق غير انه لا يمكن إنكار الفائدة التي يحققها الإعلان بالنسبة للمستهلك ذاته.

إذ إن الكم الهائل من أنواع المنتجات والخدمات التي تزخر بها الأسواق توقع المستهلك في حيرة بشأن إختيار أفضلها مزايا وأنسبها ثمناً مما يحتاج إلى من يرشده لذلك بإمداده بالمعلومات الضروريةعنها على النحو الذي يمكنه من المقارنة فيما بينها قبل أن يقبل على التعاقد لشراء إحداها،وهذا ما يوفره الإعلان التجاري ،فهو يقوم بوظيفة توجيهية(١٥) بالنظر لما تتضمنه الرسالة الإعلانية من معلومات حول طبيعة

الشيء المعلن عنه وخصائصه الجوهرية، ولذا يراه البعض أحد المكونات الرئيسية لتدعيم نظم حماية المستهلك وتثقيفه مما زاد من ثقته به وإعتماده عليه (١٦).

وعلى أساس هذه الأهمية (١٧) يرى الفقه إن الإعلان أصبح علماً ووسيلة ضرورية في المجال الإقتصادي والإجتماعي بالنظر لحاجة المعلنين والمستهلكين إليه على حد سواء (١٨) غير أن هذه الوسيلة لا تحقق مبتغاها إلا إذا كان الإعلان صحيحاً أما إذا كان الإعلان كاذباً فإن هذا الكذب سيبعد الإعلان عن أهدافه الحقيقية.

المطلب الثاني - التكييف القانوني للإعلان التجاري

مما لا شك فيه أن توجيه المعلن إعلاناً تجارياً للجمهور يعرض عليهم التعاقد لشراء منتج معين أو تقديم خدمة ما بسعر ومواصفات مناسبة سوف يحفز العديد من الجمهور على قبول التعاقد معه إقتناعاً منهم بملائمة ظروف العقد لأمكانياتهم وإحتياجاتهم ثقةً منهم بما ورد في الإعلان من بيانات بخصوص المنتج أو الخدمة محل الإعلان دون غيرها من أنواع المنتجات أو الخدمات المعروضة وهنا يثور التساؤل حول مدى كفاية هذا الإعلان لئن ينعقد به العقد فهل يكفي قبول المستهلك بهذا الإعلان لتحقيق الرضا بإعتباره إيجاباً صادراً من المعلن. أم أنه مجرد دعوة يتوجه بها المعلن للجمهور يعرض عليهم التعاقد، وبالتالي فإن موافقة أحدهم على التعاقد مع المعلن هي إيجاباً يحتاج لقبول الأخير.

وتبدو أهمية هذا التساؤل من حيث مدى مسؤولية المعلن عن البيانات الواردة فيما أعلنه على الجمهور. فلو أن للإعلان القيمة القانونية للإيجاب فهذا يعني إن المعلن ملزم بإن يسلم المتعاقد المنتج أو الخدمة بالمواصفات المحددة بالإعلان وبخلافه تتحقق مسؤوليته عن ذلك، كما إن عدم الإعتراف للإعلان بقيمة قانونية يعني إعفاء المعلن من أية إلتزامات ناشئة عن إخلاله بما أورده فيه من بيانات حتى وإن كانت غير مطابقة للواقع.

وفي شأن التكييف القانوني للإعلان التجاري فقد إنقسم موقف الفقه إلى إتجاهين: الأول يذهب إلى عدم الإعتراف للإعلان بأية قيمة قانونية، وإعتباره مجرد عرض أولي لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب، ولا يترتب أي أثر قانوني (١٩).

وعليه فلا يكفي قبول المستهلك بمضمون الإعلان لوجود العقد لعدم إتجاه إرادة المعلن بوجه نهائي إلى ذلك بمجرد الإستجابة لدعوته. وهذا ما إتجه إليه ابتداءً القضاء الفرنسي في بعض أحكامه (٢٠) ويستند أنصار هذا الإتجاه لتدعيم وجهة نظرهم تلك على عدم إشمال الإعلان التجاري على المواصفات الأساسية للإيجاب كونه باتاً ويشتمل على التحديد الكافي للعقد (٢١) خلافاً لما موجود في الإعلان، والذي يقتصر على حث المستهلك على التعاقد من خلال سياق ما يروى له من بيانات عن العقد دون تحديده بشكل كافٍ (٢٢).

والواقع إنه ينبغي عدم التسليم بالرأي المتقدم بشكل كامل، فلو أسلمنا بأن العرض غير الجاد الصادر عن الشخص هو دعوة للتعاقد لا إيجاباً، غير أن الإفتقار للجدية والتحديد الكافي صفة لا تنطبق على كل الإعلانات التجارية وإن كانت تصدق على البعض منها، فالملاحظ على الكثير من الإعلانات التي تعرض عبر شاشات التلفاز والتي تنشر في الصحف أو تعلق على واجهات المحال التجارية إشتمالها على العناصر الأساسية للعقد مثل مواصفات المنتج أو الخدمة والسعر وطريقة دفعه والضمانات الممنوحة للمتعاقد وغيرها، مما يمكن معه القول إنها تعبر وبشكل جاد عن إرادة المعلن في التعاقد، وهو ما يدعونا لتأييد الإتجاه الفقهي الذي ينادي بالتمييز بين نوعين من الإعلانات التجارية من حيث تكييفها القانوني بالنظر إلى مضمونها، النوع الأول إعلانات تعد إيجاباً من المعلن يتحقق بها التراضي إذا ما لاقى قبولاً مطابقاً لها من المستهلك طالما تضمنت تعبيراً جازماً عن إرادة المعلن في التعاقد بشأن محل الإعلان الذي تم تحديده بشكل كافٍ أي كان شكل الإعلان طالما إنه ليس للإيجاب صورة محددة ينبغي التقيد بها.

فالإعلان بهذا المفهوم هو امتداد لشخصية المعلن وإيجاب موجه لكل من يطلع عليه من الجمهور (٢٣) ولا يؤثر في إعتبار هذا النوع من الإعلان إيجاباً عموميته إذ يلتزم المعلن بالتعاقد مع من يتقدم إليه أول بأول لوجود قرينة مؤداها السماح بالتعاقد حتى نفاذ الكمية (٢٤).

أما النوع الآخر من الإعلانات والتي لا يتوافر فيها صفات الإيجاب فهي تعد مجرد دعوة للتعاقد كونها لا تعبر عن القصد الحقيقي للمعلن في التعاقد، ويقتصر أثرها على تعريف الجمهور بوجود خدمة أو منتج معين وبيان مزاياها دون الدخول في تفاصيل العقد، فتوجيه الإعلان بهذه الكيفية ليس من الدقة والكمال بحيث يعد إيجاباً وإنما القصد منه مجرد دعوة للتعاقد (٢٥).

ويميل التوجه القضائي الفرنسي الحديث للإعتداد بالقيمة القانونية للإعلانات التجارية معتبراً إياها إيجاباً من المعلن يتم العقد بإقترانه بقبول مطابق له من المشتري للشيء المعروض والتمن المعلن عنه (٢٦).

ويفرق المشرع العراقي بين الإعلان عن المنتجات والخدمات مع بيان ثمنها والإعلان عنها دون بيان ثمنها (٢٧) إذ يعتبر الإعلان في الحالة الأولى إيجاباً صحيحاً يصلح لإقتران قبول أي فرد من الجمهور به وبموجبه يلتزم المعلن بأن يسلم الشيء المعلن عنه لجميع المتقدمين لشراءه طالما لم ينفذ، أما إذا لم يكن الإعلان مصحوباً بتمن المعلن عنه فإن الإعلان لا يعتبر إيجاباً بل دعوة للتفاوض (٢٨)

وعليه فإن تضمن الإعلان البيانات الجوهرية في التعاقد من صفات المعلن عنه وثمرته يشير للرغبة الجادة للمعلن في التعاقد وهو ما يتطلب إعتباره إيجاباً يستند إليه في تقرير المسؤولية العقدية للمعلن عند إخلاله به بأن إشتتمل على بيانات كاذبة إذا ما تعاقد المستهلك معه.

ولا يخفى ما لتأثير إعتبار الإعلان إيجاباً من فوائد تكفل الحفاظ على مصلحة المستهلك الذي وثق بمضمونه وكون رضائه بالعقد على أساس ثقته بما ورد في الرسالة الإعلانية من بيانات مما يتطلب مراعاة الثقة

والأمانة التي تقوم على أساسها التجارة بالإعتراف للإعلان بقيمة قانونية طالما عبر المعلن فيه عن رغبته الجادة في التعاقد الذي حدد عناصره الأساسية في الرسالة الإعلانية الموجهة للجمهور والقول بخلاف هذا يفقد ثقة الجمهور بالإعلانات وما تتضمنه من مزايا ووعود (٢٩) مما يقلل من فاعليته في إستقطاب الجمهور طالما علموا أن الإعلان الموجه لهم غير معترف به، فضلاً عن ذلك فإن عدم الإعتراف له بقيمة قانونية مهما كان مضمونه يعني إبراء ذمة المعلن من المسؤولية عما أورده فيه من بيانات، وهذا ما يراه البعض (٣٠) محفزاً له على تضمين رسالته الإعلانية بيانات كاذبة الهدف منها خداع المتلقي ودفعه للتعاقد. ومنعاً لتلك الممارسات الإعلانية الخادعة، ولحث المعلن على توخي الحيطة والحذر فيما يقوم بنشره من معلومات، ولإضفاء الصدق والموضوعية على الإعلانات التجارية لابد من الإعتراف لها بقيمة قانونية وبهذا يواكب الإعلان التطور التكنولوجي في شتى المجالات وتأثيره الفعال في إبرام العقود، والذي يستوجب جدية كل طرف مشترك في إتمامها أياً كان دوره فيه (٣١).

المطلب الثالث - ماهية الإعلان التجاري الكاذب

إن حث الجمهور على التعاقد عبر الرسالة الإعلانية الموجهة إليه يدعو المعلن لإمتداح الخدمة او المنتج محل الإعلان ومحاولة إظهار تفوقها عن مثيلاتها من خلال البيانات التي تؤكد محاسنها ومزاياها، وقد يتعدى المعلن درجة المدح ويصل في الثناء على الشيء المعلن عنه حد المبالغة بهدف ترغيب الجمهور به وبالتالي تحقيق الربح عبر تصريف أكبر قدر منه من خلال بعض المحسنات اللفظية (٣٢) هذه المبالغة في الوصف والمدح عدها الفقه سلوك محتمل ومقبول في مجال الإعلان التجاري.

إذ إن صحة الإعلان التجاري لا تقتضي التقيد بالحرفية التامة فهذا ما قد يفقد الإعلان الإثارة والتشويق، أو يجعله بارداً على حد تعبير البعض (٣٣) ولذا يتخذ الفقه من المبالغة جوهر للإعلان ذاته (٣٤) بإعتبار ان الغرض منه هو الترويج لسلعة أو خدمة ما من خلال التعريف بها، وهو ما يقتضي إمتداحها بإبراز مزاياها للتأثير في الجمهور، ومن جانبه فقد أكد القضاء الفرنسي على عدم تأثير المبالغة الإعلانية على صحة الإعلان التجاري (٣٥).

ويلاحظ بأن المبالغة في وصف ومدح السلعة أو الخدمة لا يقتصر على ما يوجهه المنتج أو التاجر من إعلان تجاري فحسب، بل على صعيد التعامل التجاري الإعتيادي بشكل عام، فمن يرغب بشراء سلعة ما يسمع من البائع وبشكل مبالغ فيه المزيد من عبارات الثناء عليها المبالغ بها بما يؤكد جودتها ويزيد من رغبته في شرائها من جانب آخر فإن تضمن الإعلانات التجارية شيء من المبالغة والتحويل لإكساب الشيء المعلن عنه شهرة تزيد من تسويقه أمراً متعارفاً عليه لدى الجمهور، فالمبالغة داخلية في الإطار المسموح به في مجال التعامل التجاري.

وإذا كان العرف أستقر على قبول المبالغة في الإعلان (٣٦) غير أن هذا لايعني بأي حال السماح للمعلن بإتخاذها غطاءً لوعود إعلانية كاذبة ،لذا يؤكد الفقه (٣٧) على ضرورة تقييدها بدرجة محددة ينال تخطيها من صحة الإعلان ذاته . حيث يؤكد الفقه على ضرورة إقتصار المبالغة في الإعلان على البيانات الخاصة بإسلوب العرض وعبارات الحث على التعاقد ووسائل الإثارة والتشويق دون أن يمتد إلى البيانات الخاصة بالسلعة أو الخدمة ذاتها وأهميتها،وهذا ما إتجه إليه أيضاً القصاص الفرنسي لدى إعتبره المبالغة في أسلوب عرض السلعة أمراً مقبولاً في الحياة التجارية (٣٨).

ولا شك إن تقييد المبالغة في الإعلان عند هذا الحد يضمن توافر الجدية فيها مما يؤمن الحفاظ على مصلحة المستهلك من الإنخداع بالإعلانات الكاذبة، ويزيد من ثقته بالإعلان وهو ما يصب في صالح المعلن ذاته من خلال زيادة تسويق منتجاته .وعليه فإن تخطي المبالغة الحد المسموح به ، ووصف المعلن الخصائص الجوهرية للشيء المعلن عنه بأوصاف غير مطابقة لحقيقته يعتبر أمر غير مشروع،ويضفي على إعلانه صفة الكذب (٣٩) فالإعلان الكاذب هو الإعلان الذي يتضمن بيانات غير حقيقية بشكل يعرض المخاطبين به للخداع (٤٠) فهو يتضمن معلومات كاذبة تخص حقيقة أو ماهية الشيء المعلن عنه تغرر بالتعاقد وتعطيه تصوراً خاطئاً بملائمة الشيء المعلن عنه لإحتياجاته مما يدفعه للتعاقد .

فلتضمن الإعلان الموجه للجمهور من إحدى شركات السياحة عبارة (تمتع معنا بالرفاهية التامة) فلا غبار على مشروعية الإعلان بهذه الطريقة وإن كانت الخدمات التي تؤمنها الشركة للمتعاقد لاتحقق الرفاهية التامة كما زعمت في إعلانها لأن هذه المبالغة تقتصر على أسلوب العرض فهي متسامح فيها،بينما يعد إعلانها كاذباً فيما لو ضمنته بياناً يتعلق بتوفير بعض الخدمات المجانية التي لا وجود لها في الواقع.

ويتحقق الإعلان التجاري الكاذب بقيام المعلن بأي سلوك من شأنه خداع المستهلك (٤١)،وعادةً ما يتحقق هذا السلوك بشكل إيجابي بتضمين المعلن رسالته الإعلانية إدعاءات وهمية أو بيانات غير حقيقية تتعلق بمواصفات المعلن عنه وتحظى بأهمية في نظر الجمهور كونها مقررة لصالحه .

ويتنوع محل الكذب في الإعلان التجاري فقد يرد على ثمن المنتج كالإعلان عن وجود تخفيضات بنسبة غير حقيقية ،أو يتعلق بتوفير بعض الخدمات كما لو أعلنت شركة الهاتف النقال كذباً عن تأمين خدمة الإتصال مع شبكات العالم أو تقديم خدمة الأنترنت.

ومن جانبه فقد حدد المشرع الفرنسي محل الكذب في الإعلان التجاري ببيانات محددة (٤٢) وذلك بالمادة الأولى من قانون ٢٩ يوليو لسنة ١٩٩٣ لما لها من أهمية في حث الجمهور على التعاقد . وفي ظل التطور الحاصل في وسائل الإعلان يجد الفقه (٤٣) صعوبة في حصر البيانات التي يؤثر الكذب فيها على صحة الإعلان ، فكل فترة تكشف عن وجود أساليب جديدة في الكذب بما في ذلك النشر عبر الأنترنت والإعلان عن طريق التلفزيون فقد يستعين بعض المعلنين بشهادة نجوم المجتمع كأهل الفن والرياضة بما

يؤكد من جودة المنتج ويزيد من تسويقه، وإذا كان من الواضح تبين الكذب في الإعلان لدى تضمينه بيانات كاذبة على النحو المتقدم.

غير أن الكذب لا يتضح بهذه السهولة لدى سكوت المعلن عن بعض البيانات التي كان من المفترض الإفصاح عنها لإيضاح حقيقة التعاقد مما يوهم المتلقي لتفسير هذا السكوت لصالحه سواء بتخفيف بعض الإلتزامات عن عاتقه، أو تضخم مزايا التعاقد بالنسبة إليه (٤٤) وفي هذا الشأن يسلم الفقه بإمكانية تحقق الكذب بطريق سلبي في الإعلان التجاري متى كان لسكوت المعلن تأثير على قناعة المستهلك في إتخاذ قرار التعاقد (٤٥) فالسكوت هنا يحجب المعلومات الكافية عن المستهلك على نحو يخل بحقه في الإعلان، ويوهمه ويدفعه للتعاقد شأنه شأن من غرته البيانات الكاذبة الواردة بالإعلان، وتطبيقاً لذلك إعتبرت المحكمة العليا الفرنسية إعلاناً كاذباً ما وجهه التاجر من إعلان عن بيع التلفزيون الملون نتيجة سكوته عن ذكر وجود ملحق لعقد البيع يوقعه المشتري يتضمن زيادة ثمن المبيع بمبلغ معين كشرط للحصول على الضمان المجاني الذي ورد ذكره بالإعلان (٤٦) وسواء تجسد الكذب في الإعلان التجاري بإتخاذ المعلن سلوك إيجابي أم سلبي على النحو المتقدم فإنه ينجم عن هذا السلوك جملة من المحاذير التي لا يمكن تغاضيها أبرزها:-

١- خداع المستهلك نتيجة إغرائه بمواصفات كاذبة للشيء المعلن عنه على نحو يدفعه للتعاقد إعتقاداً منه بجوداه في إشباع حاجاته التي يروم إليها مما يضلل المستهلك، ويدفعه للتعاقد بشأن منتج أو خدمة لم يكن ليقبل عليها لو علم حقيقتها (٤٧) مما يلحق به الضرر.

٢- إن ابتعاد الإعلانات التجارية عن الحقيقة يفقدها ثقة الجمهور ويقلل من دورها، مما يباعد الإعلان عن هدفه كوسيلة تشويق وترويج ليصبح مجالاً خصب للكذب والتضليل (٤٨).

٣- ولا يقتصر خطر الإعلان الكاذب على ما يصيب المستهلك من ضرر إذ إن إستقطاب زبائن المنافسين بإدعاءات مغرية كاذبة هو إخلال بإصول المنافسة المشروعة (الشريفة) هذا مايقوم به المعلن عبر الإعلانات التجارية الكاذبة مما يخل بالثقة التي تقوم على أساسها التجارة (٤٩) ويضر بالمنافسين .

ومع ذلك، فلم يهتم المشرع العراقي بمواجهة الإعلانات التجارية الكاذبة بصورة مباشرة فلم يرد في قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان رقم ٤٥ لسنة ١٩٧١ المعدل كونه التشريع الأساسي لتنظيم أمور الإعلان ما يشير لمنع نشر الإعلانات الكاذبة ومعاقبة مروجيها كما فعل ذلك بشأن الإعلانات المخلة بالأداب والمروجة للنزعات الطائفية والإعلانات ذات الطابع السياسي (٥٠) مع ما ينتج عن الإعلانات التجارية الكاذبة من سلبيات لا تقل خطورتها عن السلبيات التي تولدها الإعلانات المخلة بالأداب العامة أو المروجة للنزعات الطائفية كونها تثير الإضطراب في البيئة التجارية بما يضر بمصالح المستهلك والتجار المنافسين على حدٍ

سواء، في حين نجد إن إهتمامه تركز على مسائل شكلية تتعلق بإجراءات الترخيص ومنح الإجازة لمكاتب الإعلان.

وأخذت مواجهة المشرع للإعلانات الكاذبة صورة عرضية من خلال بعض النصوص المتناثرة التي لا يجمعها منهج واحد، منها ما ورد بالمادة (٣٢) من قانون العلامات والبيانات التجارية النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل بخصوص وجوب كون البيان التجاري واقعياً أياً كانت الوسيلة المستخدمة في طرح البضاعة على الجمهور بما في ذلك الإعلان عنها، وكذلك الأحكام المتعلقة بالإسم التجاري وذلك بالمادة ٢٤ من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وما ورد في قانون براءة الإختراع والنماذج الصناعية النافذ رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ (المادة ٤٤)، وبعض القوانين الأخرى (٥١) مما يشير إلى وجود قصور تشريعي في حماية المستهلك من الوعود الإعلانية التجارية الكاذبة المضللة للمستهلك المنتشرة في مختلف وسائل الإعلان خلافاً لما نهجته بعض القوانين بشأن تنظيم الإعلانات فقد إنتهى التطور التشريعي الفرنسي لتجريم الإعلان الكاذب بكل أشكاله وصوره إذا ما تضمن إدعاءات أو بيانات كاذبة أو عروض زائفة من شأنها تضليل المستهلك دون إشتراط سوء نية المعلن وذلك بالمادة الأولى من قانون الإستهلاك الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ (٥٢).

المبحث الثاني

طرق حماية المستهلك من ضرر الإعلان التجاري الكاذب

فيما سبق ورد ذكر صفة المستهلك دون بيان مفهومها وهو ما وجدنا ضرورة التطرق لها في مقام دراسة طرق حمايته من ضرر الإعلان التجاري الكاذب، وفي هذا الصدد فإن المستهلك كما تشير تسميته هو من يقوم بعملية الإستهلاك، والتي هي العملية الإقتصادية الأخيرة بعد الإنتاج والتوزيع، وقد كان البحث في مفهوم المستهلك قاصراً على مجال علم الإقتصاد غير أنه مع ظهور حركات الدفاع عن المستهلكين بدأ التوجه القانوني نحو الإهتمام بتحديد مفهوم المستهلك، والذي تبلور بدوره في إتجاهين، الأول يعطي للمستهلك مفهوم ضيق يقتصر على الشخص الذي يمتلك أو يستخدم سلع أو خدمات لإشباع إحتياجاته الشخصية دون غيره ممن يتعاقد للإستفادة من تلك السلع والخدمات لأغراض مهنته. أما الإتجاه الآخر فهو يميل للتوسع في مفهوم المستهلك من خلال عدم الربط بينه وبين الغرض من التعاقد ليشمل بهذا المفهوم كل من يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة سواء لإستعماله الشخصي أو المهني.

ويميل الرأي الغالب في الفقه للأخذ بالإتجاه الأول بإضفاء صفة المستهلك فقط على من يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية دون من يتعاقد لإشباع حاجاته المهنية أو الحرفية فهو مهني تاجراً كان أو موزعاً (٥٣).
ويختلف الضرر الذي يلحقه الإعلان التجاري الكاذب بالمستهلك من حيث طبيعته بحسب المركز القانوني للمستهلك وما إذا كان مجرد متلقياً للإعلان أم متعاقداً مع المعلن. ففي المرحلة السابقة للتعاقد على الرغم من

عدم إرتباط المستهلك مع المعلن برابطة عقدية غير إن هذا لاينفي إحتمال تضرر المستهلك من الإعلان الكاذب، هذا ما يحدث أمانتيجةً لعدول المعلن عن إعلانه، أو عدول المستهلك ذاته عن التعاقد بعد تبينه حقيقة الإعلان.

فقد يجد المستهلك في الإعلان التجاري بمايتضمنه من وعود إعلانية كاذبة محفزاً للتعاقد مع المعلن دون غيره ثم يفاجأ بعدول المعلن عن التعاقد بعد موافقته عليه مما يحمل المستهلك بعض المصاريف أو يضيع عليه مصلحة مالية.

وتماشياً مع الرأي الراجح فقهاً فإن إعتبار الإعلان التجاري إيجاباً (إذا ما توافرت فيه سمات الإيجاب) يمنع المعلن عن العدول عنه بعدالقبول، وإلا كان مسؤولاً بالتعويض عما يصيب المستهلك من ضرر، وحتى على فرض أن الإعلان دعوة للتعاقد لا إيجاباً فإن عدول المعلن عن هذه الدعوة بعد تلييتها من المستهلك لا يخلص المعلن من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المستهلك نتيجة ما يرافق عدوله من خطأ أضر به. كما ان الإعلان الكاذب قد يسبب الضرر للمستهلك نتيجة لرفضه التعاقد مع المعلن بعد إكتشافه لحقيقة الإعلان دون أن يعدل المعلن ذاته عن الإعلان. فقد يتحمل المستهلك بعض المصاريف أو تفوته صفقة تجارية نتيجة لرفضه التعاقد مع المعلن بعد تحققه من عدم مصداقية الإعلان، كما لو تضمن الإعلان عرضاً لبيع الأجهزة الإلكترونية بسعر مغري ومواصفات عالية تبين للمستهلك عدم مطابقتها لما أعلن عنه بعد إستعانتة بذوي الخبرة ففي هذه الحالة يرجع عدم تعاقد مع المعلن وما لحق به من ضرر نتيجة ذلك إلى خطأ المعلن ذاته مجسداً فيما وجهه للجمهور من وعود إعلانية كاذبة، وهو خطأ يقتضي العدل حماية الجمهور عما ينتج عنه من ضرر.

ويبدو مجال تضرر المستهلك من الإعلان التجاري الكاذب أكثر إتساعاً في المرحلة اللاحقة للتعاقد نتيجة لتأثره ببريق الإعلان الكاذب وإنخداعه بحقيقة التعاقد، مما يؤثر على قناعة المستهلك في إتخاذ قراراته الإستهلاكية. إذ غالباً مايعتمد المستهلك في إتخاذ تلك القرارات على الأعلانات التجارية (٥٤) في حين أن الإعلان الكاذب يفسد اختيارالمستهلكين ويلحق بهم الضرر (٥٥) نتيجة إنخداعهم بالمزاعم الكاذبة من مزايا غير حقيقية أو مسابقات وجوائز لا أساس لها من الصحة. ولا يقتصر خطر الإعلان الكاذب على ما يصيب المستهلك من ضرر مالي بل قد يتعداه لإصابته فضلاً عن ذلك باضرار صحية. هذا ما يحدث إذا ما تعلق الإعلان بالتعاقد بشأن منتجات غذائية أو مستحضرات تجميل أو أدوية لعلاج السمنة أو الصلع وغيرها. إذ ان تضمن اي من هذه المنتجات لعيب ما يضر بصحة مستخدميها الذين أقبلوا على شرائها ضناً منهم بكفاءة مفعولها حسب ما ورد في الإعلان الكاذب الذي تلقوه ووثقوا بمضمونه. فالحفاظ على صحة وسلامة المستهلكين لدى إستخدامهم السلع والمنتجات تقتضي حمايتهم عما يضر بهم في الوقت الذي تهدده بالخطر الإعلانات الكاذبة بدعوتها لترويج المنتجات ذات المردود السلبي على صحة المستهلكين.

ولا يقتصر ضرر الإعلان الكاذب على مصالح المستهلكين من الجمهور بل المهنيين منهم أيضاً فلا شك أن شرائهم لمنتجات رديئة لغرض بيعها نتيجة إنداعهم بالإعلان الكاذب سوف يفقدون بعض عملائهم بعد تدني ثقتهم فيما يسوقونه من منتجات مما يؤثر على حجم مبيعاتهم وبالتالي أرباحهم، وهو ضرر تسبب الإعلان الكاذب في حدوثه مما يستوجب تقرير مسؤولية المعلن عنه.

هذا التعدد في صور الضرر الناتج عن الإعلان الكاذب يشير إلى مدى خطورته على مصالح المستهلك مما يتطلب حمايته منه، وفي هذا الصدد فإن طرق حماية المستهلك من ضرر الإعلان الكاذب تنقسم بحسب دورها في الحماية إلى مجموعتين، الأولى وقائية، والأخرى علاجية سنتولى إيضاح كل منها في مطلب مستقل:-

المطلب الأول - الطرق الوقائية لحماية المستهلك: هذه الطرق كما تشير تسميتها تسعى لتقادي إنداع المستهلك بالإعلان التجاري الكاذب، وحمايته من ضرره قبل إصابته به وذلك من خلال ما يأتي:-

أولاً - الرقابة الذاتية على الإعلان التجاري: تتصل هذه الطريقة من الحماية بمراقبة المعلن نفسه لما يصدر عنه من رسالة إعلانية موجهة إلى الجمهور بإعتباره هو الذي يحدد مضمونها وما تشتمل عليه من بيانات، فيحرص على أن تصل هذه الرسالة بكل وضوح ومصداقية لمتلقيها دون غموض أو خداع.

وتجد هذه الرقابة على الإعلان أساسها من شعور يغلب عليه الطابع الديني يتمثل بإعتقاد المعلن بخضوع سائر أعماله لرقيب أعلى مُطَّلِع (٥٦)، وأن ما يخفيه من كذب عن الناس هو ظاهر ومعلوم لدى الرقيب الأعلى وسيجازى عليه. هذا الوازع الديني ينمي شعور المعلن بضرورة مقارنة أعماله مع التعاليم الدينية التي توجب التحلي بالصدق والأمانة وتتهى عن الغش والخداع مما يضع أعماله في الإتجاه الصحيح بما فيها الإعلان التجاري.

وفي هذا الشأن فإن للإرشاد الديني دوره في تنمية الرقابة الذاتية وذلك من خلال ما يقوم به الخطباء والمبلغين من تنكير بتعاليم الدين الإسلامي الناهية عن إستغلال الناس وأكل أموالهم بالباطل (٥٧) مما ينبه الكثير من التجار الغافلين المتخفين وراء الإعلانات الكاذبة لمدى خطورة أفعالهم وما ينتظرهم من جزاء دنيوي وأخروي ولعل هذا التنكير سيعيد الكثير منهم إلى جادة الطريق فيبدأوا بمراقبة أنفسهم ومحاسبتها.

وتكمن أهمية الرقابة الذاتية في إنها إضافة لطبيعتها المانعة من الإضرار بالغير فهي أسلوب مثالي لحماية الفرد من نفسه ومن معطيات الحياة المختلفة (٥٨) وهي تحقق فائدة مزدوجة للمستهلك في تلقيه إعلاناً صادقاً وللمعلن أيضاً بدعم ثقة الجمهور بنشاطه وبما يوعدهم به من مزايا في رسالته الإعلانية مما يزيد من فرص التعاقد معه وبالتالي أرباحه.

وقد تتخذ الرقابة الذاتية صيغة فردية بمراقبة المعلن لنفسه على النحو المتقدم، كما إنها قد تأخذ شكل جماعي منظم يتحقق بإتفاق المعلنين على تكوين تنظيم مشترك بهدف مراقبة إعلاناتهم التجارية لضمان صحتها بعد

إدراكهم لخطورة الإعلانات الكاذبة على مصالحهم بإضعاف ثقة الجمهور بنشاطاتهم، وتسمى الرقابة الذاتية بهذه الصيغة الجماعية بالإنضباط الذاتي (٥٩).

مثال ذلك ما قام به المعلنين ووكالات الإعلان في فرنسا منذ عام ١٩٣٥ بإنشاء مكتب لمراقبة الإعلانات والذي حل محله مكتب فحص الإعلانات (B V P) للتحقق من مدى مطابقة الإعلان للقانون، والرد على إستفسارات المعلنين، وإصدار التوصيات بشأن الألفاظ الواجب إستخدامها في الإعلانات، ولمكتب توجيه العقوبات للعضو المخالف تصل إلى حد وقف عضويته بالمكتب والإدعاء بالحق المدني (٦٠). وقد أعلن المكتب عن بعض القواعد التي تمثل آداب المهنة مستوحاة من الممارسات الإعلانية الصادقة منها منع ذكر بعض الألفاظ المبهمة والتي تثير الجدل في الرسائل الإعلانية (٦١).

وسواء إتخذت الرقابة الذاتية على الإعلان صيغة فردية أو جماعية منظمة فهي بنظر البعض (٦٢) الإسلوب الأمثل لحماية المستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة ولعل هذا يعود لكونها نابعة من إرادة المعلن ذاته في إيصال رسالة إعلانية صادقة للجمهور بإعتباره هو من يتولى تنظيمها، فكلما كان المعلن صادقاً كان الإعلان سليماً يمكن للمستهلك الإستعانة به في إتخاذ قراراته التعاقدية وهو مطمئن لنتيجتها.

ثانياً - رقابة الجهة الناشرة السابقة على نشر الإعلان التجاري: هذه الطريقة من الحماية تقتضي فحص الإعلانات التجارية قبل عرضها على الجمهور بأي من وسائل النشر للتحقق من مصداقيتها مما يجنب الجمهور الوقوع في الخداع. وتتحقق هذه الرقابة بالتأكد من مضمون الإعلان ومدى مطابقته لما أعلن عنه، والألفاظ المستخدمة في الإعلان، والطريقة المراد إيصاله للجمهور من خلالها فتدقيق كل هذه المسائل سوف يسهم في الحد من ظاهرة الإعلانات الكاذبة.

وتقع مسؤولية الرقابة السابقة على الإعلان على عاتق الجهة التي تتولى نشره من مكاتب الدعاية والنشر والإعلان، والمؤسسات الصحفية والفنية التي تمارس أعمال الدعاية والنشر والإعلان (٦٣) بإعتبارها الجهة المنفذة للإعلان مما ينبغي عليها التأكد من سلامة أعمالها بالتحقق من مصداقية الإعلان قبل عرضه على الجمهور رعاية لمصالحهم وتجنباً لما قد ينتج عنه من مشاكل. وبهذا تأخذ الجهة الناشرة مصلحة الجمهور في نظراً لإعتبار بضمان صحة ما تنشره من إعلانات موجهه إليه دون أن يكون همها الوحيد تحقيق الربح بنشر ما يعرض عليها من إعلانات. ويتطلب قيام الجهة الناشرة بالرقابة على الإعلانات من الناحية الفنية إمتلاكها مراكز رقابية متكاملة من كوادرات فنية متخصصة في جميع المجالات ولديها ما يكفي من الأجهزة الفنية اللازمة للفحص، وتأخذ هذه المراكز الرقابية على عاتقها مهمة فحص الإعلان وتصدر موافقتها على النشر في وقت قصير حتى لاتتعطل مصالح المعلن، بعد التأكد من جدية الإعلان.

وإذا كان هذا الكلام سليم من الناحية الواقعية ومتماشياً مع مصلحة الجمهور، وينم عن تطور في مراقبة النشاط الإقتصادي والإعلامي. غير إنه لا يوجد من الناحية القانونية ما يلزم مكاتب الدعاية والنشر والإعلان

ومؤسسات الإعلان بمراقبة الإعلانات من حيث جديتها مع أهميته في الوقت الذي تزخر فيه مختلف وسائل الإعلان العراقية بكم هائل من الإعلانات المحلية والخارجية وفي مختلف المجالات التجارية مع تأثر الجمهور بها وتعويله عليها في إتخاذ قرار التعاقد دون تأكده من مصداقية الإعلان ذاته، فبالرجوع لقانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان العراقي النافذ لا نجد إلتراماً قانونياً يوجب على الجهة الناشرة للإعلان بالتحقق من صحتها قبل نشرها، بل إن القانون لم يؤكد حتى على منعها من نشر الإعلانات التجارية الكاذبة (٦٤) وهذا قصور ينبغي تلافيه لتعزيز حماية المستهلك العراقي.

وإذا كان وجود التزام الرقابة على الإعلانات قبل النشر بما يتطلبه من كوادرات يحتاج لإمكانيات قد يصعب توفيرها على بعض مكاتب الإعلان غير إن المبررات العملية لحماية الجمهور تفوق في أهميتها على الإعتبارات المالية، كما إن وجود هذه المستلزمات الفنية والمالية من شأنه أن يحصر مهمة نشر الإعلان على الجهات الكفوءة المتخصصة دون سواها غير القادرة لتحمل أعباء هذا النشاط والتي تفنقر للخبرة والجودة وهوما يسهم في تطوير صناعة الإعلان.

وتجدر الإشارة لخضوع مكاتب الإعلان في العراق للرقابة والتفتيش من قبل وزارة الإعلام، وهي رقابة لاحقة على نشر الإعلان تتولاها لجان الوزارة لمراقبة سجلات الإعلانات (٦٥) التي تقوم بإعدادها مكاتب الإعلان للتأكد من مراعاتها لإلتراماتها القانونية، والتي لا يجد التأكد من واقعية الإعلان مكاناً له من بين تلك الإلترامات (٦٦).

ثالثاً- توعية المستهلك وإرشاده: مما لا شك فيه إن الإعلان التجاري يعتمد على بعض المغريات التي تؤثر معنوياً وعقلياً على المستهلك وتدفعه للتعاقد، وقد تتصل تلك المغريات بالخصائص الجوهرية للسلعة أو بالإلترامات المتعاقد وغيرها، ولا تترافق الصحة هذه المغريات دائماً بل قد تجد أساسها في الكذب والخداع للتأثير في متلقي الإعلان، ويختلف مدى تأثر المتلقي بما يعرض عليه من إعلانات بحسب مدى معرفته وثقافته وحسب طبيعة الشيء المعلن عنه.

فإذا تعلق الإعلان بسلع أو خدمات متداولة لدى الجميع فهذا ما يجعل التعرف على مصداقيته أمراً ميسوراً على أغلب المتلقين من الجمهور بخلاف ما لو تعلق بمنتجات تحتاج معرفتها لوعي وثقافة كأن يتعلق بأجهزة الكترونية أو كهربائية أو بعض الأدوية فإن أثر الإعلان سيكون نافذاً لدى الكثير من المتلقين دون إحاطتهم بمدى مصداقيته إلا من كان منهم على مستوى من الدراية والمعرفة، فهو لا يتأثر بهكذا إعلان إلا بعد تحققه من صحته، وهذا ما يوصلنا للقول بضرورة كون المستهلك واعياً حتى لا يجري وراء الأعلانات إلا بعد التأكد من جديتها ليتحقق ما إذا كان الإعلان كاذباً هدفه إستغلال أموال الجمهور فيتجنبه، أو صحيحاً فيتعاقد مع المعلن وهو مطمئن من نتيجة التعاقد، وبهذا يضيع المستهلك فرصة خداع الجمهور على الكثير من المعلنين.

إذ إن توعية المستهلك جيداً تؤدي لإفساد الحملة الإعلانية المضللة (٦٧) نتيجة لعدم تأثره به والتعاقد على أساسه بعد معرفة حقيقته، وأهمية هذه التوعية على مصالح الجمهور دعت الباحثين في الإعلان من المنظور الإسلامي لإلقاء المسؤولية على عاتق وسائل الإعلام بأن تمارس دورها في التوعية والتثقيف لإرشاد الجمهور (٦٨)، ليحصلوا على قدر مناسب من التوعية يحصنهم من مغبة الإعلانات الكاذبة، ويرشدهم إلى الإعلانات الحقيقية الهادفة، بينما يلقي جهاز حماية المستهلك في مصر المسؤولية الأولى على عاتق المستهلك الذي يقبل على الإعلانات الكاذبة تحت تأثير بعض المغريات دون التحري من دقتها. (٦٩)

والواقع إن تعزيز حماية المستهلك تدعو لتأييد المسؤولية المشتركة لكل من المستهلك والجهات الإدارية التي تهدف لتحقيق قدر مناسب من التوعية، فعلى المستهلك أن يفحص الشيء المعلن عنه قبل التعاقد سواء بنفسه أو بغيره إذا إقتضى الأمر، وكذلك الشراء من أماكن معلومة بحيث يسهل الرجوع على المعلن في حالة التأكد من عدم مطابقة المبيع للمواصفات المعلن عنها، وأن ينمي ثقافته الإقتصادية من خلال المشاركة في الندوات والمؤتمرات التثقيفية التي تعدها أجهزة حماية المستهلك.

ومن جانبها ينبغي على وسائل الإعلام أن تأخذ على عاتقها المشاركة في تثقيف المستهلك وتعريفه بعلاقة السلع والخدمات بصحته من خلال مانقيمه من مؤتمرات (٧٠) وماتصدره من منشورات وغيرها من الفعاليات التي تساهم بقدر في حماية المستهلك، وبهذا يرتقي وعي المستهلك وتزداد ثقافته الإقتصادية مما يؤثر إيجاباً على سلوكه الإستهلاكي، فكلما زاد وعي المستهلك كلما كان إختياره أكثر حرية (٧١) بعيداً عن مؤثرات الإعلان الكاذب.

مما تقدم يبدو أن حماية المستهلك من ضرر الإعلان التجاري الكاذب وفق هذه الطريقة هي حماية ذاتية تتصل بجهود المستهلك ذاته ليؤمن نفسه بنفسه من خطر الإعلان الكاذب بفضل ما يتسلح به من وعي وثقافة إكتسبها بجهوده الذاتية أو بفعل أستفادته من أنشطة وسائل الإعلام المتخصصة في هذا الشأن.

من خلال إستعراض طرق الحماية الوقائية السابقة يتضح إن الإعلان التجاري الكاذب والذي يبدأ برسالة موجهة من المعلن إلى المستهلك عبر وسيلة النشر المعتمدة من مكاتب الإعلان يمكن توقي ما ينتج عنه من ضرر بالقدر الممكن بفضل جهود كل من هؤلاء (المعلن، مكاتب الإعلان، المستهلك) على النحو السابق بيانه، غير إنّه إذا لم تقلح تلك الطرق الوقائية في حماية المستهلك نتيجة لإخضاعه بالإعلان الكاذب فعندئذ تتم حمايته بطرق علاجية نتناولها في المطلب الآتي:

المطلب الثاني - الطرق العلاجية لحماية المستهلك

يأتي دور هذه الطرق بعد مرحلة وقوع الضرر، أي تضرر المستهلك لإخضاعه بالإعلان الكاذب من خلال توفير الحماية القضائية التي تمكنه من معالجة الضرر بتحميل المعلن المسؤولية القانونية لإتباعه هذا الإسلوب المعيب في الإعلان وعلى النحو الآتي :-

أولاً- المسؤولية المدنية للمعلن: إن إتصاف الإعلان التجاري بالكذب هو خطأ صادر من المعلن يتمثل في سعيه لخداع المستهلك عبر هذا الكذب بإبرازه لصفة ما في السلعة أو الخدمة محل الإعلان تحظى بأهمية جوهرية بالنسبة للمستهلك بصورة مغايرة لما عليها في الواقع، فإذا أصيب المستهلك بضرر نتيجة لخطأ المعلن في المرحلة السابقة للتعاقد معه فإن معالجة هذا الضرر تقتضي إزالته أو التخفيف منه من خلال إلزام المعلن بتعويض المستهلك بناءً على القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وما تقتضيه من وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما دون أن يفرد الإعلان التجاري الكاذب بخصوصية تذكر.

وإذا ما تعاقد المستهلك مع المعلن فإنه ينبغي على المعلن أن ينفذ إلتزامه طبقاً لما إشتمل عليه العقد (٧٢) بأن يقدم للمستهلك الخدمة أو المنتج بالمواصفات التي أعلن عنها ووافق المستهلك التعاقد معه على أساسها حتى يحقق المستهلك الفائدة المرجوة من العقد وهذا ما يقنضيه حسن النية في تنفيذ الإلتزامات (٧٣) فالمعلن ملتزم بما ورد في إعلانه التجاري من بيانات فإذا لم يرق بتنفيذ إلتزامه فهذا ما يصيب المستهلك بالضرر لحصوله على منتج أو خدمة لا تلبي إحتياجاته على الوجه المطلوب، ولمعالجة الضرر الذي لحق بالمستهلك المتعاقد وبالإستناد للعقد المبرم بينهما (المستهلك والمعلن) يمكن للمستهلك وبالإستعانة بالسلطة العامة إجبار المعلن على تنفيذ إلتزامه بتسليم محل العقد بالمواصفات المعلن عنها (٧٤) إذا لم يرق بتنفيذه إختياراً وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري، غير إن حماية المستهلك بموجب رهن بتوافر شروطه القانونية والتي تتعلق بإمكانية التنفيذ العيني دون إرهاب المدين (المعلن) (٧٥) فإذا لم تتوافر شروطه فعندئذ يمكن للمستهلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الإمتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه وهو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل (٧٦).

ولا تقتصر حماية المستهلك من ضرر الإعلان الكاذب على ما تقدم إذ تتيح نظرية التندليس التي تأخذ بها بعض الدول كما وردت بالقانون المدني المصري (٧٧) الحق للمستهلك المتعاقد طلب إبطال العقد الذي أبرمه مع المعلن بتأثير الإعلان الكاذب، إذ يعتبر الإعلان الكاذب من قبيل الحيل الجسيمة التي يستخدمها المعلن للتأثير في إرادة المستهلك ودفعه للتعاقد فهو يساهم بكذبه في وجود رضا غير صحيح يجيز للمستهلك طلب إبطال العقد للتندليس وبهذا تتم حماية المستهلك من خلال إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل العقد كما إن طلب البطلان لا ينفى حقه في طلب التعويض إذ كان له مقتضى وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وبموجب القانون المدني العراقي فإنه لامجال أمام المستهلك لطلب إبطال العقد الذي أبرمه تحت تأثير الإعلان

التجاري الكاذب لعدم الأخذ بنظرية التدليس غير إنه بإمكان المستهلك المطالبة بوقف العقد للتغريب بموجب المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي النافذاً ما لحق بالمستهلك غبن فاحش أما إذا كان الغبن الناتج عن التغريب يسيراً فلا يحق له المطالبة بوقف العقد. مما يؤكد إتساع نطاق الحماية القانونية للمستهلك في القانون المصري والذي يجيز بطلان العقد للتدليس مقارنةً مع القانون العراقي والذي يجيز وقف العقد للتدليس إذا ما توافرت شروطه.

مما تقدم يلاحظ وجود تنوع في طرق حماية المستهلك بموجب قواعد المسؤولية المدنية والتي يستطيع بمقتضاها جبر الضرر الذي أصابه لإرتباطه مع المعلن بعقد بناه المعلن على الخداع المتمثل بالإعلان التجاري الكاذب.

ويجدر التأكيد إلى إن رجوع المستهلك (المتعاقد) على المعلن لتقرير مسؤوليته عن الإعلان الكاذب سواء بإجباره على تنفيذ التزاماته العقدية أو بدفع التعويض عن عدم التنفيذ لا يقتصر فقط على الحالة التي يكون فيها المعلن هو المتعاقد المباشر معه أي الطرف الآخر في العقد الذي أبرمه المستهلك للحصول على المنتج أو الخدمة محل الإعلان وإنما يمكن للمستهلك الرجوع على المعلن لتقرير مسؤوليته عما أورده في مستنداته الإعلانية وإن إنعدمت العلاقة المباشرة بينهما كما لو إشتري المستهلك (المتعاقد) المنتج محل الإعلان من الموزع والذي إشتراه بدوره من تاجر الجملة وإشتراه الأخير من الصانع المعلن. إذ يسلم الفقه والقضاء (٧٨) بوجود سلسلة تعاقدية بين المعلن والمشتري الأخير للسلعة لا تنقطع بإنعدام العلاقة المباشرة بينهما وهي تعطي للمشتري الأخير حق الرجوع عليه بضمان العيوب الخفية ومطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر بسببها بناء على دعوى من طبيعة عقدية إختصاراً للجهد والنفقات التي يتكبدها المشتري الأخير فيما لو رجع على بائعه ثم يرجع بائعه على بائعه وهكذا حتى يصل إلى الصانع المعلن. ويقيس الفقه حق المستهلك المتعاقد في الرجوع على الصانع المعلن بما ورد في مستنداته الإعلانية على حقه في الرجوع عليه بدعوى ضمان العيوب الخفية طالما إن السلسلة التعاقدية موجودة بينهما، فضلاً عن كون الصانع المعلن هو من حدد مضمون الإعلان وضمينه البيانات والتعهدات التي يرى أنه قادر على تنفيذها مما يتطلب الرجوع عليه مباشرة في حالة عدم مطابقة محل العقد لما أورده في الإعلان، ومع ذلك يمكن للمستهلك الرجوع على بائعه المباشر ومطالبته بتنفيذ مضمون الإعلان كونه المتعاقد معه.

ثانياً- المسؤولية الجنائية للمعلن : إن حماية المستهلك وفق هذه الطريقة تقتضي مسائلة المعلن جنائياً عن خديعته للجمهور فيما وجهه إليه من إعلان تجاري كاذب. فليس من العدل أن يتضرر المستهلك بمفرده من الإعلان الكاذب ويترك المعلن بلا عقاب يحقق أرباحاً على حساب المستهلك الذي يخسر أمواله على أثر الوعود الإعلانية الكاذبة. فلا بد من أن يضار المعلن أيضاً من فعله من خلال ما يوجه إليه من عقوبة.

ويتطلب تفعيل المسؤولية الجنائية للمعلن كون الإعلان التجاري الكاذب جريمة معاقب عليها قانوناً، فإذا لم يكن كذلك فعندئذ يتعذر محاسبة المعلن جنائياً ، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص (٧٩) ويحقق تجريم الإعلان الكاذب ردع المعلن وزجره من خلال إنزال العقاب به والذي يدفع من خلاله ثمن إستغلاله غير المشروع للحرية الإقتصادية وحقه في التعبير عن رأيه من خلال الإعلان عن منتجاته وخدماته (٨٠) ولعل هذا العقاب يدفعه الى الألتزام بالصحة فيما يعرضه على الجمهور مستقبلاً من إعلانات تجارية.

كما إن تجريم الإعلان الكاذب من شأنه ردع باقي المعلنين بتحذيرهم من خطورة ما سيلاقونه من جزاء يؤثر على مصالحهم بشكل عام، وعلى ما يحظون به من ثقة في الوسط التجاري يعتمدون عليها في تسويق منتجاتهم، مما يساهم في الحد من انتشار ظاهرة الإعلانات التجارية الكاذبة ويؤمن الحفاظ على مصالح المستهلكين.

ولا تقتصر معاقبة المعلن بالكذب على ما يوجه إليه من عقوبة (سالبة للحرية أو مالية) بل قد تلجأ المحكمة لإصدار بعض القرارات المتعلقة بالإعلان الكاذب ذاته إذا ما قدرت ضرورة إتخاذها لحماية المستهلك كعقوبة تكميلية كأن تأمر بوقف الإعلان حتى تمنع إنتشاره وبالتالي تحول دون تأثر ضحايا آخرين به لإنخداعهم بحقيقته، أو قد تجد المحكمة في تصحيح بيانات الإعلان التجاري إجراءً ضرورياً لحماية مصالح الجمهور عموماً فتصدر أمراً بنشر إعلان تصحيحي ، وهو يمثل إعلاناً مضاداً يحدد القاضي مضمونه، وهذا ما إستحدثه قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ الفرنسي كعقوبة تكميلية للمعلن عن إرتكابه جريمة الإعلان الكاذب. (٨١)

ولا يوفر قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان العراقي النافذ الحماية القانونية للمستهلك بتقرير المسؤولية الجنائية للمعلن كونه لا يعتبر الإعلان الكاذب جريمة مع مافي ذلك من إنصاف لحقوق المستهلك والتي يعرضها المعلن بكذبه للضياح من خلال إستنزاف موارده المالية في عقود محاطة بالكذب والخداع ولا تلبى الغاية المرجوة من ورائها ، فضلاً عن أهمية التجريم لمواجهة خطورة الإعلان التجاري الكاذب على الإقتصاد العام بالنظر لخروج المعلن بكذبه على أصول المنافسة الشريفة والتي يقوم على أساسها الإقتصاد الحر (٨٢) ومع ذلك فقد ورد في بعض التطبيقات الجزئية في بعض القوانين العراقية ما يؤكد تسبب الإعلان الكاذب في إثارة المسؤولية الجنائية للمعلن كما ورد بالمادة (٤/٤٤) من قانون براءة الإختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل بخصوص معاقبة المعلن بالحبس أو الغرامة إذا ما وضع بغير وجه حق على الإعلانات ما يؤدي للإعتقاد بحصوله على براءة إختراع أو إستعمل نموذجاً صناعياً خلافاً لإحكام القانون (٨٣) كما أكدت المادة ٤٦٦ من قانون العقوبات رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ على المعاقبة بالحبس أو الغرامة أو بإحدهما لمن يتسبب في إرتفاع او إنخفاض أسعار السلع أو إختفاء سلعة من السلع المعدة للإستهلاك بإذاعته عمداً وقائع مختلفة أو أخبار غير صحيحة أو إدعاءات كاذبة.

أما المشرع الفرنسي فقد إعتبر الإعلان التجاري الكاذب جريمة اقتصادية عمدية تثير المسؤولية الجنائية للمعلن في ظل التشريع الصادر في ٣ يوليو ١٩٦٣ غير أن المشرع الفرنسي لم يتبع نفس النهج في قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ بشأن توافر القصد الجرمي لمسؤولية المعلن وإكتفى بالإهمال وقلة الإحتراز وهذا ما تبناه أيضاً قانون الإستهلاك الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ (٨٤) ويعكس هذا الإتجاه الرغبة في تحقيق حماية أفضل للمستهلك بتوسيع نطاق المسؤولية عن الإعلان الكاذب لتطول المعلن وإن لم تتجه إرادته إلى غش المستهلك وهو ما يراه البعض (٨٥) متفقاً ومقتضيات حماية المستهلك لإقامة التوازن المفقود بين مركز المنتج ذي الخبرة الواسعة والمستهلك ذي المعلومات المحدودة بالمقارنة مع المعلن صاحب الخبرة والمعرفة فيما يقوم بالإعلان عنه. ومن الجدير بالذكر إن حماية المستهلك من ضرر الإعلان التجاري الكاذب بتقرير المسؤولية الجنائية للمعلن لا تقتصر على تجريم الإعلان الكاذب وإنزال العقاب بالمعلن بل يمكن للمستهلك فضلاً عن ذلك المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

ما تقدم يتضح إختلاف الهدف الذي تحققه المسؤولية المدنية والجنائية للمعلن كطرق لمعالجة الضرر الذي لحق بالمستهلك نتيجة الإعلان الكاذب فبينما تسعى المسؤولية المدنية للمعلن الى إلزامه بتنفيذ وعوده الإعلانية أو إلزامه بالتعويض إن كان له مقتضى وكذلك إبطال العقد الذي بناه المعلن على أساس من الكذب والإحتيال على المستهلك . فإن المسؤولية الجنائية تهتم بمسألة العقوبة وتحقيق هدفها في الردع العام لمجموع المعلنين والردع الخاص للمعلن الكاذب.

الخاتمة

من خلال ماتم بحثه لنطاق الحماية القانونية للمستهلك من ضرر الإعلان التجاري الكاذب توصلنا إلى جملة من النتائج وهي على النحو الآتي :-

١- مع ما يتسم به الإعلان التجاري الكاذب من خطورة على مصالح الجمهور (من المستهلكين والمهنيين) إلا إنه لم يحظ بإهتمام المشرع فلا توجد معالجة كافية للإعلانات الكاذبة والعناصر التي يرد عليها الإعلان الكاذب مع أهمية ذلك من الناحية الواقعية في مجال النشاط التجاري والصناعي عموماً.

٢- ضرورة إعتبار المستندات الإعلانية ذات طبيعة عقدية سواء نشرت في وثائق أوكتالوجات أو بأي شكل آخر متى إشتملت على العناصر الأساسية والتفصيلية للعقد ذلك إنها عرضت من أحد المتعاقدين (المعلن) ووافق عليها الآخر (المستهلك) مما يثير المسؤولية العقدية للمعلن عند إخلاله بها وهو ما يدفعه لتوخي المصادقية في وعوده الإعلانية، طالما أنه سيلتزم بها.

٣- إن رعاية مصالح المستهلك تقتضي تلقيه إعلاناً صادقاً يستعين به في إتخاذ قراراته التعاقدية بعيداً عن الكذب والخداع وهذا لا يتحقق بغير الرقابة على الإعلان التجاري عن طريق إنشاء مكاتب متخصصة في

فحص الإعلان قبل نشره وكذلك إنشاء الجمعيات المختصة بحماية المستهلك حتى تمارس دورها في الإرشاد والتوعية وتنقيف المستهلك بما يمكنه التحقق بنفسه من صحة الإعلان قبل التعاقد.

٤- ضرورة تحديد ماهية الإعلان التجاري الكاذب ومواجهته جنائياً وإعتباره جريمة إقتصادية بالنظر لخطورته على الإقتصاد العام لتحقيق الردع الخاص بالمعلن كذباً والردع العام لباقي المعلنين لدى معرفتهم بما سيلاقونه من جزاء ثمناً لإستغلالهم غير المشروع للحرية الإقتصادية.

الهوامش والمصادر

- ١-الإعلان في اللغة: إظهار الشيء فيقال عن الأمر: أي ظهر وانتشر، ينظر أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان ناشرون بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص ١٦٢ .
- ٢-للتفصيل في تعريف عقد الإعلان ينظر الدكتور شيرزاد عزيز سلمان ،عقد الإعلان في القانون دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ،دار دجلة _عمان/٢٠٠٨، ص ٤٢ وما بعدها .
- ٣-الدكتور عمر محمد عبد الباقي،الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،منشأة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٤، ص ٩٤ .
- ٤-الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد،القيمة العقدية للمستندات الإعلانية دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية ،٢٠٠٧، ص ٢،١
- ٥-الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد،المصدر أعلاه، ص ٢ .
- ٦-للتفصيل في تطور وسائل الإعلان في العراق ينظر الدكتور شيرزاد عزيز سلمان ،المصدر أعلاه ،ص ٢٢-١٨
- ٧-وهذا ما نهجه المشرع المصري أيضاً في القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٦ لدى تعريفه الإعلان في المادة الأولى منه بأنه (أية وسيلة أو تركيبية معدة للعرض أو النشر بصيغة الإعلان بحيث تشاهد من الطرق أو الداخل أو خارج وسائل النقل العام) .
- ٨-الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق، ص ٩٥ .
- ٩-أورده الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد ،مصدر سابق ،ص ١٥ .
- ١٠-الرسالة الإعلانية هي الصيغة الإعلانية المراد توصيلها للجمهور ينظر الدكتور شيرزاد عزيز سلمان ،مصدر سابق، ص ١٣١
- ١١-الدكتور عبد الله حسين علي محمود ،حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي ،دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية ،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية،٢٠٠٢، ص ٧٦ .
- ١٢-الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد ،مصدر سابق ،ص ١٣ .
- ١٣-الدكتورة هدى حامد قشقوش ،الإعلانات غير المشروعة في نطاق القانون الجنائي،دار النهضة العربية،ص ٧ .
- ١٤- جورج ريبير و رينيه رولبو ،لويس فوجال ،المطول في القانون التجاري ،الجزء الأول،المجلد الأول ،ترجمة منصور القاضي ،الطبعة الأولى ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،٢٠٠٧، ص ٧٤٩ .
- ١٥-الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق ،ص ١٢٤

- ١٦- الدكتور عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٨٧ .
- ١٧- بالرغم من الفائدة المزدوجة للإعلان التجاري يحذر البعض من بعض الأخطار التي ترافقه كتوليد قوة شرائية تدفع للإسراف في شراء السلع والخدمات على سبيل التجربة ويحذر الفقه أيضاً من خطر الغزو الفكري الذي تخلفه الإعلانات التجارية لإقناع الجمهور بضرورة سلع عديمة الأهمية للتفصيل حول ذلك ينظر الإعلان الجاري غسيل للمخ، تحقيق إقتصادي، منشور في الصحيفة السعودية التي تصدرها على شبكة الأنترنت، مؤسسة الجزيرة للصحافة والطباعة والنشر، الطبعة الأولى العدد ١٠٥١٧
- ١٨- الدكتور عبد الله حسين علي محمود، مصدر سابق، ص ٧٤، وأيضاً الدكتور عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٢٤ .
- ١٩- ومنهم الدكتور محمد السعيد الرشدي، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨، ص ٦٩ . وأيضاً الدكتور عبد الرحمن عبد الباقي عمر، دراسات في الإعلان، مكتبة عين شمس، ١٩٥٩ ص ١٢٤، الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص ١٢٢ .
- ٢٠- للتفصيل حول بعض الأحكام التي إتبع هذا الإتجاه ينظر الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد، مصدر سابق، ص ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٢١- الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على اسس أو بشروط معينة ينظر الدكتور عبد المجيد الحكيم، الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل - العراق، ١٩٨٠، ص ٣٨ .
- ٢٢- ينظر بهذا المعنى الدكتور عبد الحي حجازي، المصدر أعلاه، ص ١٢٢، ١٢٣، وأيضاً الدكتور عبد الرحمن عبد الباقي، المصدر أعلاه، ص ١٢٤ .
- ٢٣- الدكتور عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١١١ .
- ٢٤- الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد، مصدر سابق، ص ٥٢ .
- ٢٥- الدكتور محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، ص ٧٢ .
- ٢٦- من هذه الأحكام ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من إدانة الشركة المعلنه بناءً على الشروط الواردة في المستندات الاعلانية التي حررتها من أجل المتعاقدين معها، وكذلك ما قضت به محكمة إستئناف باريس من انه يجب أن تكون كمية البانزين التي تستهلكها السيارة المبيعة متفقة مع ماورد في إعلانات الشركة وإلا إنعقدت مسؤوليتها في حالة مخالفة ذلك . لتفاصيل هذه الأحكام ينظر الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد، مصدر سابق، ص ٧٧، ٧٨ .
- ٢٧- وذلك بالمادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والتي نصت على (أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض)
- ٢٨- الدكتور سعيد مبارك، الدكتور طه الملا حويش، الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله) دار الحكمة للطباعة والنشر بغداد، ١٩٩٣، ص ٢٨، ٢٩ .

- ٢٩- الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد ،مصدر سابق، ص ٥٠ .
- ٣٠- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق، مصدر سابق، ص ١١١ .
- ٣١- الدكتور حمدي سعد أحمد محمد ،مصدر سابق، ص ٤٩ .
- ٣٢-الدكتور شيرزاد عزيز سلمان ،مصدر سابق ،ص ١٤٩ .
- ٣٣-ينظرالدكتور عبد الله حسين علي محمود ،المصدر السابق ،ص ٨٣ .
- ٣٤-الدكتور عبد الله حسين علي محمود،مصدر سابق ،ص ٨٣،والدكتور عمر محمد عبد الباقي،مصدر سابق ،ص ١٤١ .
- ٣٥-وهذا ما أكدته محكمة باريس حين قضت بانه ليس محظوراً أن يقوم التاجر بامتداح خدماته ومنتجاته حتى درجة المبالغة t g l scine 22 avr 1968 G p 1968 - 557 note j c fourgoux; Paris; 31
mai1968;D;S;1969;34 نقلاً عن الدكتور عبد الله حسين علي محمود ،مصدر سابق، ص ٨٣
- ٣٦-الدكتور عبدالله حسين علي محمود ،مصدر سابق ،ص ٨٤ .
- ٣٧-الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق ،ص ١٣١، وأيضاً الدكتور عبدالله حسين علي محمود،مصدر سابق، ص ٨٤
- ٣٨- ينظر في هذا الشأن الأحكام التي أشار إليها الدكتور عبد الله حسين علي محمود ،المصدر السابق ،ص ٨٣، ٨٤، ٨٥ .
- ٣٩- الكذب لغة :الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو،ينظر المصباح المنير،مصدر سابق، ص ٢١٣ .
- ٤٠- الدكتور عمر محمد عبد الباقي،مصدر سابق ص ١٢٨ .
- ٤١- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق، ص ١٥٧ .
- ٤٢- للتصويل حول ذلك ينظر الدكتور عبدالله حسين علي محمود،مصدر سابق، ص ١٠٨
- ٤٣:الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي ،حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ١٠٣، وأيضاً الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق ،ص ١٤٢
- ٤٤-الدكتور عبدالله حسين علي محمود،مصدر سابق ،ص ٨٢، وأيضاً الدكتور عمر محمد عبد الباقي،مصدر سابق/ص ١٥٨ والمصادر التي يشير إليها
- ٤٥-الدكتور عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٧٢ ،الدكتور عبد الله حسين علي محمود، مصدر سابق، ص ٨٥ .
- ٤٦-وذلك في حكمها الصادر عام ١٩٧٦ والذي أورده الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،المصدر السابق ،ص ١٥٨
- ٤٧-الدكتور عبد الله حسين علي محمود،مصدر سابق، ص ٧٣ .
- ٤٨- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق ،ص ١٢٧ .

- ٤٩- أكدت المادة الأولى من قانون التجارة العراقي النافذ على ذلك بنصها على (التجارة نشاط اقتصادي يجب أن يقوم على أساس الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون ومن لايلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤولية المدنية والجزائية) .
- ٥٠- وذلك بالمادة ١٠/أولاً منه على (يمنع منعاً باتاً قيام المكتب بنشر وترويج أو طبع الإعلانات المخلة بالآداب أو المروجة للزعات الطائفية والطروحات الإستعمارية والصهيونية والإعلانات التي تتضمن معلومات عسكرية أو أمنية) .
- ٥١- منها قانون نقابة المحاسبين والمدققين رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦٩ المادة ١٦ منه والتي نصت على (لايجوز للعضو القيام بالاعمال الآتية ١- إستعمال لقب علمي أو صفة غير صحيحة أو غير مصادق عليها وفق القوانين والأنظمة المرعية والإعلان عن ذلك بأية طريقة كانت) .
- ٥٢- للتفصيل حول ذلك ينظر الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق، ص ١٣٩، ص ١٤٠ .
- ٥٣- للتفصيل حول هذين الإتجاهين ينظر الدكتور عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٦-٣١ .
- ٥٤- وقد يستعين المستهلك بمن هو أدري منه في إتخاذ قراراته وهذا ما يلجأ اليه أيضاً المهنيين من المنتجين والتجار والموسوقين وذلك بالإتفاق معه بعقد يسمى بعقد المشورة المهنية للتفصيل حول ماهيته وتمييزه عن عقد الإعلان ينظرالدكتورة ريماء محمد فرج ،عقد المشورة دراسة مقارنة لعقد تقديم الإستشارات القانونية والتقنية ،المنشورات الحقوقية مطبعة صادر، ٢٠٠٦، ص ٣٠، ٣١، ٣٢ .
- ٥٥- الدكتور عبد الله حسين علي محمود ،مصدر سابق، ص ٩٦ .
- ٥٦- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .
- ٥٧- هذا ما تأكد بالعديد من النصوص القرآنية منها قوله تعالى(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)سورة البقرة الآية (١٨٨) .
- ٥٨- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق، ص ١٨٤ .
- ٥٩- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ،مصدر سابق، ص ١٨٢ .
- ٦٠- الدكتور عبد الله حسين علي محمود ،مصدر سابق، ص ١١٤، ١١٥ .
- ٦١- للتفصيل حول ذلك ينظر الدكتور عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٠٣ .
- ٦٢- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
- ٦٣- ينظر المادة ٣/١ من قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٧١ .
- ٦٤- كما سبق التأكيد على ذلك .
- ٦٥- هذه السجلات حددتها المادة (٥) من قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان المعدل بنصها على(على صاحب المكتب أن يمكسك السجلات الآتية أولاً- سجلاً بعناوين وأسماء المعلنين وتاريخ إعلاناتهم ومواصفاتها ثانياً- سجلاً بأسماء وعناوين العاملين والنمذوبين في المكتب ثالثاً- سجلاً خاصاً بملاحظات لجنة التفتيش)، كما أكدت

- المادة (٨) من القانون ذاته على (الرقابة على أعمال المكتب بنصها على (يؤلف المحافظ لجنة للكشف والتفتيش على مكاتب الدعاية والنشر والإعلان تتولى التوثق من التزام المكاتب بهذه التعليمات وتطبيق العقوبات على المخالفين)
- ٦٦- نصت المادة (٨) من قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان رقم ٤٥ لسنة ١٩٧١ المعدل على (تلتزم المكاتب بما يلي ٢- مسك سجلات بالإعلانات التي تقوم بتنفيذها وتكون سجلاتها خاضعة للرقابة والتفتيش ثالثاً-تنظيم سجلاتها بشكل منسق وتدوين أسماء جميع الأشخاص أو الشركات أو الجهات المعلنة وعناوينها فيها مع تثبيت محتويات الإعلان وحجمه ووسيلة نشره وبيان سعره ومقدار عمولة المكتب منه .
- ٦٧-الدكتور عبد الله حسين علي محمود ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .
- ٦٨-الدعاية والإعلان التجاري من المنظور الإسلامي بحث مقدم من جمال الأبيج - دراسة فقهية في الموقع العالمي للإقتصاد الإسلامي the Islamic Economics Global site
- ٦٩-وذلك ضمن البرنامج القومي الذي عقده جهاز حماية المستهلك المصري بعنوان (نحو حماية المستهلك من الإعلانات المضللة) والذي أقيم في الفترة من ١٠ يونيو حتى ١٢ يونيو ٢٠٠٩ بالتعاون مع غرفة التجارة الأمريكية في مصر والوكالة الفدرالية التجارية الأمريكية وهيئة معايير الإعلان البريطانية لمواجهة خطر الإعلانات التي تعتمد على الخداع في إظهار المنتج أو الخدمة بصورة كاذبة . لمزيد من التفاصيل حول تشكيل البرنامج ينظر الموقع إسلام أون لاين (www islam on line net)
- ٧٠- مثال ذلك ما تقوم به جمعية الإمارات لحماية المستهلك في دولة الإمارات العربية المتحدة من دور مهم في مجال حماية المستهلك حيث تتضمن من بين أهدافها خلق وعي عام لدى المستهلك حول السلع والخدمات وعلاقتها بصحته وسلامته وإرشادهم للتأكد من ملائمة المواد الاستهلاكية . ينظر الدكتور عبد الله حسين علي محمود ، مصدر سابق، ص ١١٥ .
- ٧١-الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد ، مصدر سابق، ص ٣٢ .
- ٧٢- وذلك تطبيقاً للمادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتهل عليه وبطريقة تتفق وما يوجبه حسن النية)
- ٧٣- حسن النية : يعني ان ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد . ينظر الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الإلتزام، الجزء الثاني ، طبع على نفقة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ١٢ .
- ٧٤-انظر المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ .
- ٧٥-للتفصيل في ماهية هذه الشروط ينظر الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، المصدر أعلاه ، ص ١٦ - ١٩ .
- ٧٦- وذلك بالإستناد للمادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي النافذ .

- ٧٧- والذي نصت المادة ١٢٥ منه على (١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ٢- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) .
- ٧٨- حول هذا الإتجاه الفقهي والقضائي ينظر المصاحف التي يشير إليها الدكتور حمدي أحمد سعد أحمد، المصدر السابق، ص ٩٠، ٩١، ٩٢ .
- ٧٩- وهذا ما تأكد بالمادة الأولى من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ .
- ٨٠- باعتبار ان الإعلان عن الخدمات والمنتجات هو إحدى تطبيقات حرية الرأي الذي يتمتع به المعلن كونه مواطناً ، ينظر بهذا المعنى الدكتور شيرزاد عزيز سلمان ، مصدر سابق، ص ١٣٥ .
- ٨١- الدكتور عبد الله حسين علي محمود، مصدر سابق، ص ١٠٩، ١١٠ .
- ٨٢- كما سبق بيان ذلك تفصيلاً .
- ٨٣- والتي تماثلها المادة ٤٨ من قانون براءات الإختراع والنماذج الصناعية المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٩ والتي نصت على (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين وبغرامة لاتقل عن عشرة جنيهاً (٤)٠٠٠- كل من وضع بغير حق على المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك بيانات تؤدي إلى الإعتقاد بحصوله على براءة الإختراع أو بتسجيله رسماً أو نموذجاً صناعياً) .
- ٨٤- للتفصيل حول ذلك ينظر الدكتور عبد الله حسين علي محمود، مصدر سابق، ص ١٠٨، ١٠٩ .
- ٨٥- الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، مصدر سابق، ص ١٦٤

عقد البيع سي. اند. اف والتأمين البحري على البضاعة المرسله

م. م. شوقي ناصر علوان مطر
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

The selling with condition of transport of goods without the insurance (C. a. F) was considered more important of international marine transport and this occupied a important position at the modern international commercial activities as the exchange of goods for import and export have join often by this type as well as another types of selling.

The idiom of (C. a. F) as resume for two expressions of (Cost and freight) that is selling was included in addition to cost of goods fee of its transport , and fee of shipping , in other words this selling with condition of transport of goods without the insurance (C. a. F) as selling which the seller must to undertake to making contract of transport of good from port of shipping to arrival port without any undertake to making contract of insurance against the transport dangers.

المقدمة

ان البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها أو ما يعرف ب (سي. اند.اف) هو نوع من البيوع الدولية البحرية والمقصود بالبيع الدولي هو الذي يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر أما البحري فهو الذي تنتقل فيه البضاعة عن (١) طريق البحر حيث يتم التبادل السلع عن طريق الاستيراد والتصدير.

هذا ولقد حظي هذه البيوع باهتمام المؤسسات التجارية الدولية التي نظمت أحكامها والتي يتم أبرامها بين مؤسسات تجارية أو أشخاص تابعين لدول متباعدة عن بعضها بسبب المجال البحري الذي يفصل بينها والتي هي العبار عن عقود دولية خاصة بالتبادل التجاري الدولي.

لقد اهتمت دول العالم بهذه البيوع، فعقدت أول مؤتمر لها من أجل توحيد أحكامها في وارسو علم ١٩٢٨، وتم تعديل هذه الاحكام عام ١٩٣٢، وقد سميت هذه القواعد بقواعد وارسو. اكسفورد وتعد هذه القواعد غير ملزمة للأطراف إلا إذا أحالوا عليها صراحة كما يجوز لطرفي العقد الاتفاق على مخالفة هذه القواعد أو الاحالة الى البعض الاخر.

وقد وضعت غرفة التجارة الدولية تعريفاً للاصطلاحات المستخدمة في التجارة الدولية سميت بالا نكوتيرمز Incoterms وذلك في عام ١٩٣٦، وقد عدلت عدة مرات في الاعوام ١٩٥٣، ١٩٦٧، ١٩٨٠، ١٩٧٦

وكذلك عام ١٩٩٠ أن هذه القواعد غير ملزمة للإطراف إلا إذا تم الاحالة عليها. ولذلك فان القواعد الانكوتيرمز لأتعد تنظيمًا لعقد البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) أو غيرها من باقي البيوع البحرية و إنما هي تستمد قوتها من ارادة الاطراف عندما يلزمون أنفسهم بتطبيق احكامها، كما أنها تحدد التزامات كل من البائع والمشتري فقط من دون التدخل في تفاصيل العلاقة ما بين طرفي العقد والناقل البحري (٢).

ولقد عني قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بأحكام هذا النوع من البيوع ووضع احكاماً خاصة لها ضمن المواد ٢٩٨ . ٣٠٦ ونظم بالاضافة الى البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) (بيوع أخرى):

- البيع سيف أو كاف C. I. F. ou C. A. F

- البيع فوب F. O. B

- البيع بشرط التسليم. بجانب السفينة (فاس)

- البيع بشرط التسليم في مكان العمل.

- البيع بشرط التسليم في مكان معين للانطلاق (فوب . مطار)

- البيع بشرط الوصول بسلامة.

- البيع بشرط التسليم على عربة القطار (فور) او مركبة فوت.

حيث أن البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) هو البيع يلتزم فيه البائع بإبرام عقد نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول دون أن يلزم بأبرام عقد التأمين عليها ضد مخاطر النقل (٣).

المبحث الاول

التعريف بعقد البيع (سي. اند. اف) وبيان طبيعته القانونية

وهنا لابد أن نقسمه الى مطلبين أولها للتعريف بالعقد والثاني لبيان طبيعة العقد

المطلب الاول . التعريف بعقد البيع (سي. اند. اف)

أن هذا المصطلح يعني أن البيع يتضمن بالإضافة الى ثمن البضاعة محل العقد أجرة نقلها ومصاريف شحنها أي ان البائع في هذا النوع من البيوع يلتزم بشحن البضاعة التي قام ببيعها وتتم موافقة المشتري على ذلك ابتداء حين إبرام العقد فالثمن الذي يقع على عاتق المشتري هو ثمن اجمالي يضم في آن واحد قيمة البضاعة ومبلغ النقل.

ومن هنا فان البائع في عقد البيع (سي. اند. اف) يجمع بين الصفتين هما صفة البائع بان يلتزم بنقل ملكية البضاعة وتسليمها للمشتري بعد استلامه لثمنها وصفة الشاحن بان يلتزم بمقتضى العقد بعملية الشحن وتسليم وثائق الشحن (سند الشحن).

لقد عرف المشرع العراقي عقد البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) ضمن المادة ٣٠٧ من قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ سنة ١٩٨٤ بالقول بأنه : ((... البيع الذي يلزم فيه البائع بإبرام عقد نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول دون أن يلتزم بإبرام عقد التأمين عليها ضد مخاطر النقل)). ومن هذا التعريف يمكن تحديد الخصائص المميزة للبيع (سي. اند. اف) وبما يلي:

اولا : أن تبعة هلاك البضاعة تنتقل من وقت الشحن الى عاتق المشتري.

ثانيا : أن مسؤولية البائع تنتهي من تاريخ شحن البضاعة، وهو يستحق ثمن البضاعة ايا كان مصيرها بعد شحنها.

ثالثا : ان المشتري يعتبر مالكا للبضاعة من تاريخ شحنها وبذلك يستطيع التصرف بها بواسطة السندات التي تمثلها.

رابعا : لا حاجة للمشتري الى ممثل له في ميناء الشحن لأجل إبرام عقد النقل للبضاعة.

خامسا : يجب على المشتري التأمين على البضاعة في ميناء الشحن او من يمثله قانونا.

المطلب الثاني / الطبيعة القانونية لعقد البيع سي. اند. اف

لقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد البيع سي. اند. اف فبعضهم يرى بأنه من العقود الاحتمالية والبعض الاخر يرى بأنه عقد بيع المستندات بينما يرى آخرون بأنه عقد بيع بضائع ومستندات في حين يرى البعض بأنه ما هو إلا عقد بيع بضائع فقط، ولمعرفة طبيعة العقد سي. اند. اف لا بد من التعرض لهذه الاتجاهات الفقهية :

اولا : الاتجاه الفقهي الذي يقول بان البيع سي. اند. اف من العقود الاحتمالية :

ويرى هذا الاتجاه بان البيع سي. اند. اف من العقود الاحتمالية حتى وان تم تحديد التزامات المتعاقدين فهو يشبه اليانصيب وذلك لان ما ينتج عنه اما ربح وفير أو خسارة جسيمة (٤).

ان هذا الرأي لا يمكن القبول به لاختلاف الطبيعة القانونية للعقود الاحتمالية عن العقد سي. اند. اف ففي العقد الاحتمالي لا يمكن للمتعاقدين تحديد التزاماته وحقوقه بينما في العقد سي. اند. اف فان كان من البائع والمشتري، يعرف التزاماته وحقوقه (٥).

ثانيا : الاتجاه الفقهي الذي يقول بأن البيع سي. اند. اف هو بيع مستندات :

يرى هذا الاتجاه بان البيع سي. اند. اف ما هو إلا بيع لمستندات، على اعتبار أن المشتري يستطيع التصرف بالبضاعة بمجرد استلامه للمستندات، بل وحتى قبل وصول البضاعة إليه وأن المشتري لا يدفع الثمن الذي

يمثل قيمة البضاعة وأجور النقل الانظير تقديم المشتري لتلك السندات (٦) ان هذه الاتجاه لا يمكن التسليم به لأنه بعيد عن حقيقة البيع سي.اند.اف اذ باستطاعة المشتري الرجوع على البائع اذا ما ثبت ان البضاعة غير مطابقة لما أتفق عليه في العقد. وان البائع يلتزم بتسليم المشتري بضاعة في حالة قابلة للاستعمال واذا استطاع المشتري ان يثبت ان البضاعة التي استلمها في ميناء التفريغ غير مطابقة للمواصفات التي في سند الشحن، فان هذه المستندات لا تمثل شيئاً (٧)

ثالثاً :- الاتجاه الفقهي الذي يقول بان عقد البيع سي. اند. اف ما هو إلا بيع بضائع ومستندات :-

يرى هذا الاتجاه بأن البيع سي. اند. اف هو بيع لبضائع ومستندات في وقت واحد، ولذلك على البائع ان يسلم البضاعة والمستندات، مما يعني ان هناك نقل ملكية وتسليم خاص بالمستندات مستقل عن نقل ملكية وتسليم البضاعة (٨)

بيد أنه يؤخذ على هذا الرأي بان الوثائق المذكورة ما هي إلا وسائل إثبات وقوع البيع وان نقل المستندات الى المشتري هو التزام يقع على عاتق البائع تفرضه طبيعة محل البيع (٩) سي.اند.اف وهي بضائع منقولة عن طريق البحر.

رابعاً :- الاتجاه الفقهي الذي يقول بان العقد بيع سي. اند.اف هو بيع البضائع :-

ان بيع سي. اند.اف لا يعد من ناحية التكييف القانون عن كونه بيعاً محله أموال منقولة سلع والبضائع يتضمن التزام البائع بتسليم المشتري لسندات معينة كإثبات تنفيذ البيع كقائمة البيع وسند الشحن اذ ان التزام البائع بتسليم هذه الوثائق لا تأثير له اطلاقاً على التزامه الرئيسي وهو تسليم البضاعة محل العقد (١٠).

المبحث الثاني

الاثار القانونية لعقد البيع سي. اند. اف

وهنا لا بد أن نقسمه الى مطلبين الاول لبيان التزامات البائع والثاني لبيان التزامات المشتري.

المطلب الاول :- التزامات البائع

ان البائع في العقد سي.اند. اف يلتزم بعده التزامات متمثلة بما يلي :-

اولاً. التزام البائع بتسليم كامل البضاعة المتفق عليها بالعقد :-

غير ان يجب ان يلاحظ بان عملية التسليم للبضاعة لا يعني انه يجب ان يسلمه البضاعة تسليم مادياً إنما يجب ان يتم التسليم من خلال المستندات التي تمثلها من خلال ارسال البائع او تسليم المشتري لسند شحن نظيف أي خالي من أي تحفظات يمكن ان يدرجها الناقل (السفينة) على نوع او كمية البضاعة المرسله وذلك لكي يتمكن المشتري من تسلم سندات شحن قابلة للتداول والائتمان أذ يستطيع بدوره ان يتصرف بها بالبيع او الرهن كيفما شاء كذلك يجب أن يستلم مع وثيقة الشحن او سند الشحن قائمة بالبضاعة المبيعة وقيمتها.

فإذا ما تسلم المشتري وثائق لا تنطوي على المعلومات اعلاه بان كانت كمية البضاعة او مواصفاتها غير مطابقة للعقد المتفق عليه كان له ان يطالب بفسح العقد وألا له الحق بان يطالب بأنقاص ثمن البضاعة بصورة تناسب مع مقدار الضرر الحاصل متى كان يمكن ذلك (١١).

ثانيا - يلتزم البائع بموجب عقد البيع بإبرام عقد النقل الخاص بالبضاعة :-

اذ يتوجب على البائع تحديد سفينة الشحن ومن ثم القيام باجرات الشحن على السفينة وما يتعلق بتلك الإجراءات من مصروفات ونفقات ومن ثم اعلام المشتري باسم سفينة الشحن.

وهنا يجب التفريق بين عمليتين حصلتا بموجب العقد البيع سي. اند. اف. اولهما عملية البيع الحاصلة بين البائع والمشتري وثانيهما عملية الشحن التي يقوم بها البائع لمصلحة المشتري.

فاذا ما حصل ضرر للبضاعة المشحونة قبل عملية الشحن كان الذي يتحمل مسؤولية الضرر هو البائع اما اذا كان الضرر الذي يلحق البضاعة نتيجة لعملية النقل بعد شحنها كان الناقل هو المسؤول عن الضرر الذي وقع عليها امام المشتري أي له ان يقوم بمقاضاة الناقل وليس البائع (١٢).

ثالثا - يلتزم البائع بموجب العقد سي. اند. اف بتغليف البضاعة :-

أذا يتوجب على البائع ان يقوم بعملية تغليف البضاعة ودفع جميع ما يترتب على ذلك مصروفات قد يتطلبها فحص البضاعة ووزنها او قياسها ثم شحنها على واسطة النقل البحري المعينة لنقلها.

فإذا ما قام البائع بذلك توجب عليه اعلام المشتري بالسرعة اللازمة باسم السفينة الناقلة وحصول الشحن عليها (١٣).

رابعا - يقع على عاتقه الحصول على اجازة تصدير البضاعة وغيرها من الوثائق الضرورية في الدولة التي تقع فيها شحن البضاعة وذلك لتسهيل خروجها من تلك الدول، او مرورها عبر دول اخرى. ودفع جميع الرسوم التي يريتها تصدير البضاعة.

خامسا - يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع سي. اند. اف بتقديم شهادات المنشأ اذا ما اتفق البائع والمشتري على ان يقدم الاول للأخير تلك الشهادة التي تدل على مصدر البضاعة، فهنا يتوجب على البائع الحصول على هذه الشهادة.

وتقديمها للمشتري وتوضح أهمية هذه الشهادة في الحالات التي تشتهر بها بلد المنشأ بجودة البضاعة المبيعة (١٤).

المطلب الثاني . التزامات المشتري

هنالك عدة التزامات يرتبها العقد سي. اند.اف على عاتق المشتري وهي :-

اولا . الالتزام بدفع ثمن البضاعة

أن هذا الالتزام ينصرف الى قيمة البضاعة ومبلغ النقل وجميع المصاريف. التي حددها عقد البيع و ثمن البضاعة يعتبر مستحقا من تاريخ وصول الوثائق والمستندات الى المشتري بغض النظر عن وصول البضاعة الفعلي (١٥)

ويتم الوفاء ب ثمن البضاعة من خلال مؤسسة مصرفية تصدر بناء على طلب المشتري اعتمادا مستنديا غير قابل للالغاء مقابل المستندات المتفق عليها.

وبالمقابل يقوم البائع بسحب سفتجة يرفق بها المستندات المطلوبة ثم يقوم بخصمها لدى مؤسسة مصرفية (مصرف البائع) فيحصل على ثمن البضاعة (١٦).

ثانيا . يلتزم المشتري باستلام وثائق ومستندات شحن البضاعة :-

لما كان المصرف يحل محل المشتري في تسلم المستندات نظير الدفع فان عليه ان ينقل المستندات الى المشتري فور تسلمها من البائع وعليه ان يقوم بذلك على وجه السرعة وفي اقرب اجل (١٧).

وبالمقابل فانه يقع على المشتري استلام تلك الوثائق والمستندات دون تأخير من قبله اذا تم اعلامه بوصولها إليه من قبل المؤسسة المصرفية التي يتعامل معها والتي اصبحت وسيطا في عملية البيع.

وليس له من حيث المبداء ان يرفض تلك المستندات الا اذا كانت غير مطابقة الشروط المتفق عليها في العقد. فاذا ما استلم المشتري الوثائق والمستندات بالرغم من عدم مطابقتها لشروط العقد، فانه يعتبر في هذه الحالة قابلا بها إلا ان له ان يعترض عليها خلال اربعة ايام من تاريخ تسلمها. ويتم الاعتراض من خلال اخطار يرسل الى البائع ويتضمن الطلب منه بإرسال مستندات مطابقة لشروط العقد خلال فترة زمنية مناسبة، فإذا انقضت تلك الفترة ولم يرسل البائع الوثائق مطابقة لشروط العقد كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع مع التعويض ان كان للتعويض مقتضى اما اذا رفض المشتري المستندات دون سبب قانوني مقبول فإنه يلزم تعويض البائع من جراء ذلك.

وتجدر الاشارة الا أنه لايجوز للمشتري عند رد المستندات لأسباب معينة او عند قبوله اياها بتحفظ ان يبدي بعد ذلك أي اعتراض اخر غير الاسباب والتحفظات التي سبق له وان اوردها.

ثالثا :- يلتزم المشتري باستلام البضائع

يلتزم المشتري في البيع سي. اند.اف بتسلم البضاعة محل العقد. وهذا لا يكون عادة الا عند وصول البضاعة وفي ميناء الوصول، والمقصود بالتسليم هنا هو التسلم المادي للبضاعة من قبل المشتري او من

يمثله قانونا، بان يسمح للمشتري بفحص البضاعة والتأكد من مدى مطابقتها لشروط العقد والمستندات التي سبق وان تسلمها من البائع (١٨).

وقد يظهر عند تسليم البضاعة ان كميتها اقل ما هو متفق عليه اوان بها عيبا فللمشتري في هذه الحالة ان يخطر البائع بذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المبيع فعليا، فإذا ما تبين المشتري بعد استلامه البضاعة عدم صلاحيتها للغرض المعدة له او صعوبة تصريفها فان له بمقتضى القواعد العامة الحق في فسخ العقد واذا رفض الطلب المشتري بالفسخ فانه يصار الى انقاص الثمن. اما اذا تبين ان هناك زيادة في الكمية المرسلة الى المشتري فانه يصار الى تكملة ثمنها من قبل هذا الاخير، فإذا رفض المشتري تكمله الثمن فيقضى للبائع عندئذ باسترداد الزيادة الحاصلة في البضاعة (١٩).

وقد يحصل ان يقوم المشتري بسي. اند.اف ببيع البضائع أثناء الرحلة البحرية وان قيامه ببيع البضائع لا يعتبر في حد ذاته قبولا لها، اذا ان القبول يكون تاليا ودائما للتسلم، أي التسلم المادي للبضائع وفي هذه الحالة يرجع في تقدير توافر القبول او عدمه الى المشتري الثاني الذي يستلم البضاعة فعلا وبإمكانه التحقق من حالتها (٢٠).

رابعا. يتحمل المشتري جميع رسوم الاستيراد ورسوم اخراج البضاعة من ميناء التفريغ بما فيها نفقات اخراجها من السفينة ورسوم استعمال رصيف ميناء التفريغ اذ تنص المادة ٣٠٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بفقرتها الرابعة على أنه ((ان يتحمل كافة المخاطر التي تتعرض لها البضاعة بعد وضعها تحت تصرفه وكافة المصاريف والنفقات التي تحقق عليها منذ تلك اللحظة)).

خامسا: يلتزم المشتري في حالة احتفاظه بحق تعيين ميعاد شحن البضاعة او تعيين ميناء التفريغ خلال فترة زمنية محددة بان يصدر التعليمات بشأن شحن البضاعة وتعيين ميناء الوصول فإذا مضت تلك المدة ولم يصدر تعليماته للبائع بهذا الشأن فانه يلتزم بجميع المصروفات الاضافية الي تتجم عن ذلك ويتحمل ايضا تبعة ما يلحق البضاعة من اضرار حتى تاريخ انقضاء مهلة الشحن اذ تنص المادة ٣٠٦ من قانون العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه: ((اذا احتفظ المشتري بحق تعيين ميعاد الشحن او ميناء التفريغ خلال مدة معينة ولم يصدر تعليماته في هذا الشأن خلال المدة المذكورة، التزام بالمصروفات الاضافية التي تتجم عن ذلك وتحمل تبعة ما قد يلحق البضاعة من ضرر حتى تأخير انقضاء مهلة الشحن بشرط ان تكون البضاعة في ذلك التاريخ تعينت بذاتها)).

المبحث الثالث

دور التأمين البحري على البضاعة المرسلة بموجب عقد البيع سي. اند. اف

ان التأمين على البضاعة في عقد البيع سي. اند. اف يقع على عاتق المشتري وليس البائع كما هو الحال في عقد البيع سيف اذا يقع على البائع وليس على المشتري حيث ان البيع سي. اند. اف يتماثل مع عقد البيع سيف فيما عدا التأمين حيث يكون البائع في موقف سلبي (٢١).

وبذلك فان عملية التأمين على البضاعة في عقد البيع سي. اند. اف. تقع على عاتق المشتري اذا يجب عليه هنا ان يقوم هو لا البائع بالتأمين على البضاعة ضد مخاطر النقل وان المصروفات والنفقات اللازمة لعملية التأمين لا يتم اضافتها الى الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري وانما يتحمله المشتري فيخرج من الثمن وهو يكون أي المشتري بحاجة الى ممثل له في ميناء الشحن لاجل ابرام عقد التأمين (٢٢).

وبما ان البيع سي. اند. اف يتم بتسليم البضاعة عند الشحن وتنتقل ملكيته الى المشتري بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه ويلتزم البائع تبعا لذلك بالقيام بشحن البضاعة المبيعة وابرار عقد نقلها ودفع نفقات النقل بينما يقوم المشتري بابرام عقد التأمين عنها وفق الشروط المعتادة في ميناء الشحن.

وحيث ان التأمين على البضاعة المرسلة انما كان لحساب ومصصلحة المشتري المرسل اليه، فهو يكون وحده صاحب الصفة والمصلحة في مطالبة شركة التأمين بالتعويض عما يكون قد أصاب البضاعة من تلف او عجز ولا صفة للبائع في هذه المطالبة لان البضاعة قد خرجت من ملكيته (٢٣).

ان عقد التأمين البحري هو عقد يلتزم المؤمن بموجبه بتعويض المؤمن له او المستفيد عن الاضرار التي تلحق بالأموال المؤمن عليها الناجمة عن تحقق الخطر المؤمن منه أو أي اضرار أخرى يتفق عليها طرفا العقد التي تقع اثناء الرحلة البحرية او بعبارة اخرى عقد يرضى بمقتضاه المؤمن بتعويض المؤمن له من الضرر اللحق به في معرض الرحلة البحرية عن هلاك حقيقي لقيمة ما مقابل دفع قسط على ان لا يتجاوز هذا التعويض قيمة الاشياء الهالكة (٢٤).

ان قيام المشتري بالتأمين على البضاعة ضد اخطار النقل يمكن ان يمتد على البضاعة حتى لو كان المبيع قد شحن على دفعات اذا يجب على المشتري في هذه الحالة ان يقوم بالتأمين على كل دفعة على حده لحين وصولها الى ميناء التفريغ واستلام المشتري لتلك الدفعة غير ان التأمين عادة ما ينصرف الى التأمين ضد اخطار النقل العادية كالغرق او الحرق اما الاخطار غير عادية للنقل فغالبا لا يتم التأمين ضدها الا اذا اتفق على ذلك صراحة كالتأمين ضد مخاطر الحرب مثلا (٢٥).

وإذا كان الاصل انه في عقد البيع سي. اند. اف ان يقوم المشتري أو نائبه بابرام عقد التأمين، إلا انه قد يتفق طرفي العقد وبمقتضى عقد وكالة مستقل عن عقد البيع على ان يقوم البائع بابرام عقد التأمين لحساب

المشتري وفي هذه الحالة اذا لم يقيم البائع بتنفيذ الوكالة فلم يبرم عقد التأمين لم يكن للمشتري طلب فسخ البيع بل فقط التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ الوكالة(٢٦).

قد يحصل ان يقوم البائع في عقد البيع سي. اند.اف بالتعاقد على التأمين دون ان يلزمه ذلك نص في العقد او العرف وان يقوم بدفع اجرة التأمين لمجرد رغبته في ان يكون مجاملا فان البائع في هذه الحالة يعتبر فضوليا فاذا ما اقره المشتري على ما قام به من التعاقد على التأمين فان قواعد الوكالة هي التي تسري.(٢٧)

الخاتمة

يتضح لنا من خلال البحث جملة من الامور ابرزها ما يلي :-

١ . ان البائع يلتزم في عقد البيع سي. اند.اف بان يرسل الى المشتري، وبأسرع ما يمكن المستندات التي تخوله التعرف على البضاعة واستلامها اذا ان تسلم البضاعة في مرفئ الوصول لا يمكن إلا بتسليم المستندات. التي تمثل حيازتها والتي اهمها وثيقة الشحن، وشهادة المنشأ وشهادة المراقبة والوزن وفاتورة البضاعة وغيرها من الوثائق التي يتفق بشأنها فيما عدا وثيقة التأمين.

٢ . ان البيع سي. اند.اف موضوعه بضاعة يلتزم البائع بنقلها الى ميناء الشحن وابرارم عقد نقلها الى بلد المقصد مقابل ثمن اجمالي يشمل قيمة البضاعة المبيعة وأجرة النقل البحري فيتحمل المشتري بموجبه مخاطر النقل البحري اعتبارا من الشحن ويترتب على المشتري اجراء عقد التأمين ضد مخاطر النقل.

٣ . في عقد البيع سي. اند.اف يتولى البائع بأبرام عقد النقل دون عقد التأمين ويقوم البائع بتسليم المبيع في ميناء الشحن على ظهر السفينة وهو يتولى امر الشحن وكافة النفقات حتى وصول البضاعة الى ميناء المشتري، وتقع مسؤولية الاخطار الواقعة اثناء النقل على عاتق المشتري.

٤ . يتمتع العقد سي. اند.اف بالخصائص نفسها التي يتمتع بها عقد البيع سيف الا ان التأمين في هذه الحالة يكون على عاتق المشتري. وتلجأ الدولة عادة الى مثل هذه العقود لتشجيع شركات التأمين الوطنية ودعمها وكذلك للتغلب على صعوبة مقاضاة شركات التأمين الاجنبية وملاحقتها عند تحقق المخاطر المشمولة بالتأمين. او بعبارة اخرى بما أن البيع سيف هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بأبرام عقد نقل المبيع من ميناء الشحن الى ميناء التفريغ والتأمين عليها ضد مخاطر النقل والشحن على السفينة والنفقات والمصروفات اللازمة لذلك ثم اضافتها الى الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه وإذا التزم البائع بأداء المصروفات وابرارم عقد النقل دون عقد تأمين اعتبر البيع سي. اند.اف.

٥ . لما كان في الاصل ان في عقد البيع سي. اند.اف ان يقوم المشتري او من يمثله قانونا بأبرام عقد التأمين، إلا انه قد يتفق طرفي العقد (البائع والمشتري) وبمقتضى عقد وكالة مستقل عن عقد البيع على ان يقوم البائع بأبرام عقد التأمين لحساب المشتري وفي هذه الحالة اذا لم يقيم البائع بتنفيذ الوكالة بأن لم يبرم عقد التأمين فلا يجوز للمشتري طلب فسخ عقد البيع وانما له أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه

جراء عدم تنفيذ عقد الوكالة ، وهذا ويختلف الامر بطبيعة الحال بالنسبة للعقد سيف حيث ان ألتزام البائع بابرارم عقدي النقل والتامين ناشي عن عقد البيع ذاته، ومن ثم ففي حالة اخلال البائع بالتزامه يحق للمشتري طلب فسخ العقد.

الهوامش

١. أنظر المادة ٢٩٤ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٢. حسن النجفي، البيوع الدولية، بغداد، ١٩٧٣ ج ١ ص ٢٦ وما بعدها.
٣. أنظر المادة ٣٧ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- ٤ أنظر بهذا المعنى د عزيز عبد الامير العكيلي، دور سندات الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف أو سيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٤٦
- ٥ . أنظر بهذا المعنى د علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الاسكندرية، ١٩٧٥ ص ٢٢٩
٦. أنظر بهذا المعنى د. احمد محمود حسني، البيوع البحرية، طبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الاسكندرية، ١٩٨٣ ص ١٣٥
٧. أنظر المصدر السابق صفحة ١١٤ وما بعدها.
- ٨ . Vente et commerce maritime bruzeless : 1952.p 137HEENEN(J)
- ٩ . د. باسم محمد صالح، قانون التجاري، القسم الاول، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١ ص ٢٩٥.
١٠. انظر المصدر السابق، ص ٢٩٤
- ١١ . انظر بهذا المعنى. د عادل علي المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة، ٢٠١١، ص ١٧٠.
- ١٢ . انظر د. عادل علي المقدادي. المصدر السابق ص ١٧١.
- ١٣ . انظر د. محمد السيد الفقي. القانون البحري . دار الجامعة الجديدة. ٢٠٠٧ . ص ٣٣٧
- ١٤ . انظر د. محمد السيد الفقي . أساسيات القانون التجاري والبحري . دار الجامعة الجديدة . ٢٠٠٩ . ص ٢٨٩
- ١٥ . انظر حسن النجفي، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠
- ١٦ . انظر د. محمد السيد الفقي القانون البحري، مصدر سبق ذكره، ص ٣٧٩
- ١٧ . انظر د. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الواجهة القانونية . ١٩٨١ . البند ٤٩٦
- ١٨ . د. عادل علي المقدادي، ومصدره سبق ذكره ص ١٧٩.
- ١٩ . انظر د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٣٠٢.
- ٢٠ . انظر د. احمد حسني، مصدر سابق ذكره ، ص ٤٢٦.
- ٢١ . انظر . Dr. Hanydoeidar , principles of commercial law 2006.p 334

- ٢٢ . انظر . المصدر السابق .
- ٢٣ . انظر . انور طلبة، العقود الصغيرة (عقد التأمين)، المكتب الجامعي الحديث، ص ١٥٥ .
- ٢٤ . انظر د. خالد غازي ابو عربياحكام التامين، دار وائل للنشر، ط ١، ٢٠١١، ص
- ٢٥ . ان الخطر البحري هو الحادث البحري الذي يحتمل وقوعه للشيء المؤمن عليه انظر بإصدار الاخطار البحرية د. عادل علي المقداوي . مصدر سبق ذكره، ص ٢٦٥ وكذلك د. غازي خالد ابو عربي المصدر السابق ذكره .
- ٢٦ . انظر د. محمد السيد الفقي اساسيات القانون البحري، مصدر سابق ذكره، ص ٢٩٢ .
- ٢٧ . انظر د. احمد حسني، مصدر سبق ذكره، ص ٤٩٤ .

المصادر

- ١ . حسن النجفي، البيوع الدولي ج ١، ١٩٧٣
- ٢ . د عزيز عبد الامير العكلي، دور سندات الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف او سيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١ .
- ٣ . د علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الاسكندرية، ١٩٧٥ .
- ٤ . د. احمد محمود حسني، البيوع البحرية، طبعة ثانية، منشأة المعارف، بالإسكندرية ، الاسكندرية، ١٩٨٣ .
- ٥ . د. باسم محمد صالح، قانون التجاري، القسم الاول، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١ .
- ٦ . د. عادل علي المقدادي، قانون البحري، دار الثقافة، ٢٠١١ .
- ٧ . د. محمد السيد الفقي، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧ .
- ٨ . د. محمد السيد الفقي، أساسيات القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩ .
- ٩ . د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الواجهة القانونية، ١٩٨١ .
- ١٠ . المستشار انور طلبة، العقود الصغيرة (عقد التأمين)، المكتب الجامعي الحديث .
- ١١ . د. خالد غازي ابو عربي، أحكام التامين، دار وائل للنشر ط ١، ٢٠١١ .
- ١٢ . قانون التجاري العراقي، رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

المصادر الاجنبية :

- ١٣ . Heenen(j) : vente commerce maritime bruzeless 1952 .
- ١٤ . Dr. Hanydoeidar , principles of commercial law 2006 .

دور مجلس الأمن في التدخل الإنساني

م.م. أسامة يوسف نجم

كلية القانون/ الجامعة العراقية

Abstract

When a state is unwilling or unable to protect its citizens from actual or apprehended large scale loss of life (with or without genocidal intent) or large scale 'ethnic cleansing', the principle of non-intervention in the internal affairs of other states yields to the international responsibility to protect, through what is called the humanitarian intervention.

Military intervention for humanitarian purposes has a controversial past. this is the case 'both when it has happened – as in Somalia – and when it has failed to happen, as in Rwanda'. Since the then United Nations Secretary-General Kofi Annan posed his much cited question at the United Nations Millennium Summit many have sought to discuss and debate humanitarian intervention. The importance of finding international agreement on the legality of humanitarian intervention has never been more apparent.

The evolution of the legality of humanitarian intervention encourages the believe that an end to genocides, large scale ethnic cleansing and large scale loss of life were within humanity's reach. However, whilst the holistic approach of the doctrine is to be commended, and the legality of the proposal requires further analysis.

المقدمة

كان ولا يزال موضوع (التدخل الإنساني) موضوعاً شائكاً ويثير العديد من الإشكالات في تحليله وفي الموقف منه على صعيد القانون الدولي العام، ولا يزال فقهاء ذلك القانون منقسمين بين فريق مؤيد وآخر معارض لهذه الظاهرة الآخذة بالتزايد خاصة بعد إنتهاء الحرب الباردة وإنهيار الإتحاد السوفييتي، إذ ظهرت العديد من التطبيقات العملية لهذه الظاهرة وكان العديد منها فاشلاً ومأساوياً في نتائجه اللاحقة، ولذلك يمكن القول بأن نظرية "التدخل الإنساني" لا تزال غير مكتملة، ولا زال الغموض يكتنف العديد من جوانبها مما يستدعي المزيد من الدراسة والبحث.

ولعل أهم إشكال يبرز حول ظاهرة التدخل الإنساني هو اتهامها بخرق مبادئ دولية هامة مثل مبدأ السيادة للدول وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، خاصة وأن مفهوم التدخل الإنساني اليوم أضحي مرتبطاً إرتباطاً عضوياً مع التدخل بإستخدام القوة العسكرية، وكما هو معلوم فإن إستخدام القوة المسلحة سيفضي ولا

بد إلى حدوث أضرار وخسائر في الأرواح والممتلكات، وبالتالي فإن العديد من الباحثين والفقهاء يعتبرونها وسيلة تتنافى مع الهدف المنشود من إستخدامها، ويفتح تساؤلات كبيرة حول الجهة المسؤولة عن هذه التبعات والنتائج، فضلاً عن وجود حالات ليست بالقليلة يتضح فيها وجود معايير مزدوجة في تطبيق هذه الظاهرة تبعاً لاعتبارات سياسية بحتة بعيدة كل البعد عن الضوابط والمعايير الإنسانية. ولكن بالمقابل نجد فريقاً يعتبر التخوف السابق ذريعة لا يؤدي قبولها إلا إلى ترك الشعوب التي تتعرض لجرائم ضد الإنسانية وإلى إنتهاكات صارخة لحقوق الإنسان يواجهون مصيرهم المحتوم من قبل السلطة التي تحكمهم وتمارس تلك الأعمال تجاههم.

إنطلاقاً من كل ماسبق جاء هذا البحث ليحاول تناول هذا الموضوع ومتابعة مستجداته وآخر تطبيقاته، بغية الوصول إلى إحاطة بالموضوع من الناحيتين النظرية والتطبيقية، وتناول جوانبه المختلفة وعليه فقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين، تناول الأول منهما مفهوم التدخل الإنساني من خلال تعريفه وبيان صورته المختلفة للتفريق والتمييز بينه وبين غيره من المصطلحات التي تقترب منه في بعض الجزئيات، إضافة إلى بيان مراحل تطوره بداية من فكرة السيادة المطلقة للدول ومبدأ عدم التدخل، وصولاً إلى تحول المفهوم من السيادة المطلقة إلى السيادة النسبية في الوقت الحاضر.

أما المبحث الثاني فقد اشتمل على إشكاليات التدخل الإنساني لمجلس الأمن، من خلال بيان مدى مشروعية ذلك التدخل وشروطه الواجب توافرها، ثم تم تناول حالتين تطبيقية لتدخل مجلس الأمن لأسباب إنسانية، الأولى هي حالة (الصومال) والثانية كانت حالة (ليبيا). وقد حرصنا في مناهج هذا البحث الالتزام قدر الإمكان بالتوازن فيما بين المباحث والمطالب المتضمنة فيها، وأنهينا البحث بخاتمة تعرضت فيها لأهم النتائج المستخلصة وبعض الإقتراحات المتواضعة.

المبحث الأول

مفهوم التدخل الإنساني

أصبح المجتمع الدولي يوجه اهتمامه إلى قضايا تحمل قدراً كبيراً من الأهمية على السلم والأمن الدوليين، ومن ضمنها الأزمات والمشاكل المتعلقة بحقوق الإنسان والتدخل الإنساني. وإذا كانت المواثيق والاتفاقات الدولية قد اهتمت بتكريس وحماية حقوق الإنسان، مما أعطى تلك الحقوق أبعاداً دولية، فإن الإنتهاكات التي تتعرض لها هذه الحقوق أوجدت الحاجة إلى خلق ضمانات جديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، كما أن الدول والمنظمات الدولية والإقليمية - وخصوصاً منظمة الأمم المتحدة - لإقرار حق التدخل الإنساني.

وللوقوف على مفهوم التدخل الإنساني لا بد لنا أولاً من بيان تعريفه، على أن نبحت في التطور

التاريخي له، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - تعريف التدخل الإنساني وصوره

وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف التدخل الإنساني على وفق الاتجاهات الفقهية القانونية، فضلاً عن بيان صور ذلك التدخل، وكما سيأتي بيانه:

الفرع الأول - تعريف التدخل الإنساني

تغير مفهوم التدخل الإنساني بتغيير المفاهيم التي سادت في المجتمع الدولي وخاصة المتعلقة منها بمسألة حقوق الإنسان وكيفية حمايتها ومدى امكانية التدخل الشرعي لحماية هذه الحقوق، وقد أدى ذلك الى حصول إختلاف كبير بين فقهاء القانون الدولي حول مفهوم التدخل الإنساني، ولعل سبب ذلك الإختلاف يرجع الى وجهة نظرة كل منهم في تحديد نطاق التدخل الإنساني وطرقه والأساليب المتبعة فيه، فضلاً عن الخلاف في مدى ودرجة مشروعية التدخل.

الا انهم يتفقون على شي واحد وهو حماية حقوق الإنسان، وان إختلفوا في الطرق والأساليب التي تلجأ اليها الدول لتحقيق هذه الغاية حتى ذهب بعضهم الى عدم اعطاء الاهمية لمشروعية أو عدم مشروعية هذا الاسلوب أو طريقة التدخل ما دام الهدف من وراء هذا التدخل هو إنساني أو لتحقيق اغراض إنسانية، وذلك لأن هذا التدخل هو للقضاء أو انهاء حالة غير طبيعية وهي حصول إنتهاك لحقوق الإنسان.^(١)

ولكي يكون أي تصرف دولي بما في ذلك التدخل إنسانياً لا بد ان يدخل ذلك التصرف ضمن مفهوم العمل الإنساني، ولكي يكون العمل إنسانياً وفقاً للمفهوم المعاصر للعمل الإنساني الذي تطور بتطور فكرة حقوق الإنسان يجب ان يهدف العمل الى اعمال ماتقضي به مبادئ حقوق الإنسان والمبادئ المتصلة بها.

لما تقدم فقد إنقسم الفقه الى إتجاهين فيما يتعلق بمفهومه:

الإتجاه الأول - يرى تضيق نطاق مفهوم التدخل الإنساني:

إنطلق هؤلاء من أسباب شتى في محاولة تضيق نطاق التدخل الإنساني، فمنهم من حاول تضيق نطاقه من حيث طرقه وأساليبه، وبين من حاول التضيق من حيث نطاقه، وبين من حاول تضيق نطاقه من حيث الأساس القانوني للتدخل، ووجوده وعدمه.^(٢)

أي أن هذا الإتجاه يربط بين مفهوم التدخل الإنساني وحماية رعايا الدولة المتدخلة، بوصفه حالة من حالات الدفاع الشرعي عن النفس، ولو لا صلة الجنسية والمواطنة التي تجعل القانون الدولي يسمح بالتدخل الإنساني لأصبح إستخدام القوة إنتهاكاً غير مشروع لسيادة الدول الأخرى.^(٣)

١ - خدر شنكالي - التدخل الإنساني من قبل منظمة الأمم المتحدة (لبيبا نموذجاً) ... /http://www.doxata.com

٢ - عثمان علي مولود - مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول في ظل القانون الدولي العام - اطروحة دكتوراه - الجامعة العالمية للعلوم الاسلامية - لندن - ٢٠٠٦ - ص ٦٥

٣ - محمد يعقوب عبد الرحمن - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية - ط١- مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - ٢٠٠٤ - ص ٢٢.

ومن أنصار هذا الإتجاه د. علي صادق أبو الهيف، الذي يعرف التدخل بأنه "تعرض دولة للشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى من دون أن يكون لهذا التعرض سند قانوني، بغرض إلزام الدولة المتدخل في أمرها على إتباع ما تملئها عليها - في شأن من شؤونها الخاصة - الدولة أو الدول المتدخلة".^(١) ويعرفه د. محمد طلعت الغنيمي بأنه "التدخل العسكري لحماية الرعايا في الخارج".^(٢) وبنفس الإتجاه عرفه د. محمد حافظ غانم بأنه "التدخل العسكري لحماية أرواح الرعايا من خطر محقق بهم".^(٣) ويعرفه د. بوكرا ادريس بأنه "التصرف الذي تقوم به الدولة ضد حكومة أجنبية بهدف حملها على وقف المعاملة المتنافية مع القوانين الإنسانية لرعاياها".^(٤)

الإتجاه الثاني - يرى توسيع نطاق التدخل الإنساني: ولا يقيد هؤلاء مفهوم التدخل بنوع محدد من الطرق والأساليب، أو بنطاق التدخل سواء أكان هذا النطاق مشتملاً على الشؤون الداخلية أو الخارجية أو كلاهما معاً، فضلاً عن عدم ربطهم بين أسباب وغايات ومشروعية التدخل ووجودها من عدمها. أي أن هذا الإتجاه يربط مفهوم التدخل الإنساني بالإنتهاك الصارخ والمنظم لحقوق الإنسان، ومن ثم يمكن إستخدام القوة المسلحة للدفاع عن حقوق الإنسان الأساسية التي تتعرض لإنتهاكات صارخة كما في حالات الإبادة الجماعية والتطهير العرقي.^(٥)

على ما تقدم يعرف التدخل د. سموحي فوق العادة بأنه "تعرض إحدى الدول للشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى، بغية إرغامها على القيام بعمل معين أو الإمتناع عنه مستعملة في سبيل ذلك نفوذها وسلطتها وما لديها من وسائل الضغط والإكراه".^(٦) أما د. حسام هنداوي فيعرفه بأنه "لجوء شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الى وسائل الإكراه السياسية أو الإقتصادية أو العسكرية ضد الدولة التي ينسب إليها الإنتهاك الجسيم والمتكرر لحقوق الإنسان بهدف حملها على وضع نهاية لمثل هذه الممارسات".^(٧) في حين يعرفه علاء الدين حسين خماس بأنه "تدخل دولة في شؤون دولة أخرى بهدف فرض إرادتها عليها، سواء أكان الهدف إنسانياً أم غير إنساني".^(٨)

- ١ - د. علي صادق ابو الهيف - القانون الدولي العام - ط٩- منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٧١ - ص ٢٠٩ .
- ٢ - د. محمد طلعت الغنيمي - الاحكام العامة في قانون الأمم - منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٧١ - ص ٣١٧ .
- ٣ - د. محمد حافظ غانم - الوجيز في القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٩ - ص ١٧٣ .
- ٤ - د. بوكرا ادريس - مبدا عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - ١٩٩٠ - ص ٧٥ .
- ٥ - محمد يعقوب عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٢٢ .
- ٦ - د. سموحي فوق العادة - القانون الدولي العام - بدون مكان نشر - دمشق - ص ٢٢٩ .
- ٧ - د. حسام محمد احمد هنداوي - التدخل الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ص ٥١ .
- ٨ - علاء الدين حسين مكي خماس - استخدام القوة في القانون الدولي - المطابع العسكرية - بغداد - ١٩٨٢ - ص ١١٩ .

ومما تقدم يمكن القول أن التدخل الإنساني عمل إرادي ومنظم تقوم به وحدة سياسية دولية سواء أكانت دولة أو مجموعة من الدول أو منظمة دولية عالمية أو إقليمية، بوسائل الإكراه والضغط التي تشمل جميع أشكال الضغط السياسي والإقتصادي والدبلوماسي والعسكري أو بعضها، من أجل وقف الانتهاكات الصارخة والمنظمة لحقوق الإنسان الأساسية في دولة معينة، في حال عدم قدرة الأخيرة على حماية مواطنيها (وكذلك من يقيمون فيها)، أو عدم رغبتها في ذلك، أو في حال قيام الدولة المذكورة بمعاملتهم بقسوة وإضطهاد معاملة تنتافي مع المبادئ والقوانين الإنسانية.^(١)

الفرع الثاني - صور التدخل الإنساني

أسلفنا ان التدخل الإنساني هو الذي تكون الغاية منه تحقيق اهداف إنسانية ليس الا، وهو بذلك يختلف عن التدخلات الاخرى التي حصلت أو قد تحصل من قبل بعض الدول في الشؤون الداخلية أو الخارجية للدول الاخرى، كتدخل الدول العظمى أو القوية مثلاً في شؤون الدول الضعيفة أو التدخلات التي تحصل من قبل دول من دون الرجوع الى قواعد القانون الدولي أو الشرعية الدولية المتمثلة في هيئة الأمم المتحدة، أو التدخلات التي تحصل بالاستناد الى بعض المفاهيم كحق الدفاع الشرعي أو الضرورة أو لدوافع سياسية أو اقتصادية أو مالية أو بناءً على دعوة أو معاهدة أو غيرها.

بعبارة أخرى أن ظاهرة التدخل الإنساني كواقعة هي ليست بالحديثة، كما هو مصطلحها، فإن تمييزها وتحديد المقصود بهذا التدخل بشكل واضح ليس بالأمر السهل. ولذا فإن نظرة متخصصة للظاهرة ستجعلنا مضطرين الى فرزها من ظواهر أخرى مشابهة لها، مثل التدخل لحماية الرعايا في الخارج، والتدخل للمساعدة في تقرير حق المصير، وكذلك التدخل عن طريق تقديم المساعدة الإنسانية.

وبما ان هدف التدخل الإنساني - دائماً - يتمثل في وقف الانتهاكات التي يتعرض لها الإنسان وانقاذ أو اصلاح وضعه وبما ينسجم مع قواعد القانون الدولي، ولكي يصل المتدخل الى غايته هذه فإنه بالتأكيد سوف يلجأ الى عدة وسائل لتحقيق هذه الغاية، وهذه الوسائل قد تكون سياسية أو اقتصادية أو عسكرية أو غيرها، ولاشك أن استخدام هذه الوسيلة أو تلك يتوقف على مدى وحجم الانتهاكات التي يتعرض لها الإنسان في بلد ما أو مدى إمكانية وقف تلك الانتهاكات باستخدام الوسيلة المناسبة لذلك.

ولكي تحقق المنظمة الدولية اهدافها من التدخل الإنساني، فإنها قد تلجأ الى عدة صور من التدخل الإنساني اهمها: التدخل الإنساني عن طريق الوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، التدخل الإنساني عن طريق قوات حفظ السلام الدولية، التدخل الإنساني عن طريق المحكمة الجنائية الدولية، التدخل الإنساني من قبل منظمة الأمم المتحدة وفق الفصل السابع من الميثاق.^(٢)

١ - محمد يعقوب عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٢٢/٢٣.

٢ - خدر شنكالي - التدخل الإنساني من قبل منظمة الأمم المتحدة (لبيبا نموذجاً) - مرجع سابق.

ونعتقد أن مصطلح (التدخل الإنساني) بمعناه المعاصر، هو التدخل الذي يتم بالوسائل العسكرية أو بالتهديد بها، لأغراض حماية مواطني الدولة المستهدفة بهذا التدخل، لحدوث حالات إنتهاك صارخة وجماعية لحقوق الإنسان فيها. وهو ما يمكن إستجلاءه بوضوح من التعاريف السابقة والممارسة الدولية التي سادت خلال العقود الأخيرة لظاهرة (التدخل الإنساني).

لما تقدم فإن الصور التي كانت تعدّ - سابقاً - لدى البعض من صور التدخل الإنساني، لم يعد من الممكن اليوم القول بأنها تعدّ تدخلاً إنسانياً. فالمساعدات الإنسانية التي تقدم الغذاء والدواء ومستلزمات العيش الإنسانية للمتضررين من النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية - والتي تقدم عادة من خلال التنسيق مع حكومة الدولة المستهدفة، وبعد الحصول على موافقتها، ويكون الغرض منها المساعدة والتخفيف من الأضرار الإنسانية التي أصابت مواطني تلك الدول - لا يمكن عدّها (تدخلاً إنسانياً) بالمعنى الدارج في المجتمع الدولي اليوم، ولا يوجد من يعدّه عملاً غير مشروع أو فعلاً عدوانياً يستدعي الإستكار والإدانة.

أما بالنسبة للتدخل من أجل المساعدة في حق تقرير المصير فإنه وإن كان أقرب الى المفهوم من سابقه، ولكنه يختلف كذلك، لأن حق تقرير المصير - كما هو معلوم - متفق على مشروعيته ويعدّ مقاومة ضد الإستعمار وتطبيقاً لمبدأ الدفاع الشرعي، ولكن التمييز يمكن أن يتضح اذا إعتبرنا أن حق تقرير المصير هو حق سياسي بإمتياز ربما يصاحبه إنتهاك لحقوق الإنسان للشعب الساعي لتحقيقه، في حين أن التدخل الإنساني - بمفهومه المعاصر - يكون هدفة إنقاذ مواطني دولة ما من ممارسات حكومتها التي تمارسها ضدهم مثل الإبادة الجماعية، ولذلك فإن الهدف السياسي يكون غير موجود لدى الفئة المستهدفة هنا أو يكون ليس ذا أولوية تذكر.

ومن الجدير بالذكر أن بعض الفقه يقسم التدخل الى أشكال متعددة، حيث يرى الدكتور الغنيمي أن للتدخل شكل خارجي وداخلي وعقابي:^(١) الشكل الخارجي يكون بتدخل دولة في علاقات دولة أخرى مثل تدخل إيطاليا في الحرب العالمية الثانية الى جانب المانيا ضد بريطانيا، و الشكل الداخلي للتدخل فيكون منصباً على ما يجري داخل الدولة ويمثل في تدخل دولة لصالح أحد الأطراف المتنازعة داخل الدولة - كما في حالة الثورة - الحكومة أو الثورة، في حين أن الشكل العقابي يمثل حالة القمع التي تفرضه الدولة بسبب ضرر ألحقها الدولة المتدخل في شأنها بالدولة المتدخلة، كالحصر السلمي على شواطئ الدولة.^(٢)

١ - د. محمد طلعت الغنيمي - مرجع سابق - ص ٢١٦.

٢ - مع ملاحظة أن الدكتور الغنيمي لم يقتصر على التقسيمات سالفه الذكر، وأشار الى أن بعض الفقهاء يضيفون التدخل الإقتصادي (وهو أحد أشكال التدخل الذي تمارسه الدولة على إقتصاد دولة أخرى) والتدخل الهدام أيضاً.

المطلب الثاني - تطور مراحل التدخل الإنساني

من المعلوم ان مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، يكرس ويكمل سيادة الدولة على اقليمها، وان اي تدخل في شأن من شؤونها يفقد الدولة أوينتقص من سيادتها، ذلك أن سلطة الدولة على اقليمها تتضمن تنظيم علاقاتها مع سكان الدولة من الرعايا والاجانب وكذلك إختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي وإصدار القوانين والجزاءات على مخالفيها وحرية استغلال مواردها الطبيعية، وسيادة الدولة على اقليمها هي مظهر من مظاهر الإستقلال التي تتمتع الدولة بسلطاتها الكاملة باستثناء ما يُنظم بموجب القانون الدولي والذي لا يعتبر إنتقاصاً من سيادتها أو إستقلالها.

ومن ثم كان مبدأ عدم التدخل يرتبط بالدرجة الاولى على جملة من الحقوق الأساسية للدولة والتي تتمثل في السيادة، والمساواة بين الدول لا سيما في سيادتها وقدرتها على إختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، فضلاً عن حق التصرف في مواردها الطبيعية.

ولكن ونتيجة التطورات الدولية المختلفة فقد أصاب هذا المبدأ تغييرات عدة، ومن بينها أصبح بالإمكان التدخل في الشؤون الداخلية للدولة لأسباب بعينها، مما اقتضى البحث في ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول - السيادة المطلقة للدول ومبدأ عدم التدخل

لقد أدى الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية إلى اهتزاز المبادئ التقليدية الأساسية للقانون الدولي، لأن هذا القانون الذي ينظم العلاقات بين الدول لا يتلائم مع التطورات الجديدة التي أصبح فيها الفرد يتمتع بحماية النظام الدولي. ومن أهم المبادئ التقليدية التي تعرضت للاهتزاز مبدأ السيادة المطلقة للدولة، ومبدأ عدم التدخل في شؤونها الداخلية، على اعتبار أن اي تدخل في شؤون الدولة المستقلة ذات السيادة يعد إنتهاكاً لسيادتها.^(١)

وكما هو معلوم درج الفقه القانوني التقليدي على القول بوجود وجهين للسيادة: وجه داخلي ويقتصر نطاق تطبيقه على علاقة الدولة بمواطنيها وداخل اقليمها بحدوده السياسية المعلومة، ويعتبر ذلك "مجالاً محجوزاً" لهذه الدولة وحدها. ووجه آخر خارجي ينصرف إلى علاقة الدولة بغيرها من الدول، والكيانات الدولية الاخرى.^(٢)

لذلك فقد كانت النظرية المطلقة للسيادة - ولا زالت - تعتبر أن علاقة الدولة مع مواطنيها هو شأن سيادي داخلي لا يجوز لأي دولة كانت أن تتدخل فيه، وعليه فإن التدخل الإنساني - حسب هذه النظرية - مرفوض تماماً ويتعارض مع مبادئ القانون الدولي العام ومبدأي السيادة وعدم التدخل تحديداً، وترى هذه

١ - محمد يعقوب عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٨.

٢ - د. احمد الرشيدى - الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام - المجلة المصرية للقانون الدولي - ع ٥٥ - ١٩٩٩ - ص ٧٢.

النظرية أن التدخل الإنساني ليس أكثر من ذريعة للدول العظمى تستعمله للتغطية على رغباتها الاستعمارية أو التوسعية لفرض سياساتها وإرادتها على الدول الأخرى بإسم حماية حقوق الإنسان.

ويرى أنصار هذا الإتجاه أن التدخل الإنساني عمل غير مشروع من الناحية القانونية على اعتبار أنه من السهولة بمكان اختلاق أو تلفيق اضطرابات أو أحداث ذات ابعاد وتداعيات إنسانية لتبرير التدخل العسكري، وأن التدخل الإنساني كان محظورا حتى قبل قيام هيئة الأمم المتحدة - وذلك بموجب المادة (١٥) من عهد عصبة الأمم - وأن المادة (٧/٢) من ميثاق الأمم المتحدة^(١) تحظر التدخل الإنساني لأنها تحتفظ للدولة بسلطتها وسيادتها، فيما يتعلق بمسألة حماية حقوق الإنسان.^(٢)

ويعتبر مبدأ عدم التدخل، من المبادئ الأساسية التي تعمل الهيئة وفقها، وتلك المبادئ كما جاءت في نص المادة الثانية هي:

- أ- المساواة في السيادة بين جميع أعضائها.
- ب- إلزام الدول بالوفاء بالتزاماتها الدولية وفق مقتضيات حسن النية.
- ج- إلزام الدول بتسوية منازعاتها بالطرق السلمية.
- د- إمتناع الدول الأعضاء في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة، وإستخدامها ضد سلامة الأراضي، أو الإستقلال السيادي، أو على أي وجه لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة.
- هـ- تقديم الدول الأعضاء العون للأمم المتحدة في أعمالها المتخذة وفق هذا الميثاق.
- و- عدم التدخل في شؤون الدول بما لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع.

الفرع الثاني - تحول مفهوم السيادة المطلقة إلى مفهوم السيادة النسبية

ففي ظل العلاقات الدولية المعاصرة والقانون الدولي الحديث لا تكون الدولة مطلقة التصرف بحجة السيادة، بل عليها أن تتقيد بقواعد القانون الدولي التي تحكم علاقاتها وتصرفاتها، ولذلك فمن الواضح أن مبدأ السيادة بمعناه المطلق يتعارض ويتصادم مع القانون الدولي العام، الهادف إلى إخضاع الدول لسلطته عن طريق المنظمات والهيئات الدولية التي باتت الحاضنة القانونية لعلاقات الدول الحديثة.

ولا بد من القول أن التدخل الإنساني ليس جديداً سواء على المستوى الفكري أو التطبيقي، فعلى المستوى الفكري نجد ان هذا المفهوم يستمد جذوره من مصادر دينية وفلسفية حيث ظهر مبدأ التدخل الإنساني مرتبطاً في جانب منه بما اصطلح على تسميته في الفكر القانوني والسياسي الغربي بالحرب العادلة

^١ - تنص المادة ٢/م ف ٧ من ميثاق الأمم المتحدة: "ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضى الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل، لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع".

^٢ - عماد الدين عطا الله محمد - التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٤٦٠.

أو المشروعة،^(١) اما على المستوى التطبيقي، فقد مورس هذا المبدأ من قبل الدول الاوربية ولا سيما البروتستانتية وفي حقب تاريخية سابقة وتحت ذرائع شتى، منها الدفاع عن الحقوق المنتهكة لبعض الاقليات التي تكون امتدادا اثنيا للدولة المتداخلة فيها (دولة الاصل) أو لحماية رعاياها المتواجدين في اقليم دولة أخرى في حالة عدم انصافهم من قبل قضاء الدولة الاجنبية.^(٢)

وإذا كانت الأحداث الدولية والإنسانية الكبرى على امتداد التاريخ البشري المعاصر قد شكلت محطات حاسمة في تأريخ مراحل من تطور العلاقات الدولية، كما هو الشأن بالنسبة للحربين العالميتين: الأولى والثانية وانهايار الاتحاد السوفييتي وغيرها، وذلك بالنظر إلى آثارها الكبرى في إعادة ترتيب الأوضاع في الساحة الدولية، وإذا كانت الحرب العالمية الثانية قد شكلت مرحلة حاسمة في إعادة صياغة الأوضاع الدولية عبر بناء نظام يسمح بالمحافظة على مصالح الدول المنتصرة في هذه الحرب، فإن نهاية الحرب الباردة إثر سقوط الاتحاد السوفييتي وما تلاها من متغيرات دولية متعددة ومتسارعة أسهم بشكل كبير في بروز مفاهيم وقضايا وأولويات دولية لم تكن معهودة في السابق، ومن ضمن أهم المبادئ التي تأثرت بفعل هذه الظروف: هناك مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، الذي شكل ركيزة أساسية لحماية شخصية وسيادة الدول من كل تهديد أو اعتداء خارجيين وهو ضمن المبادئ الأساسية للقانون الدولي والتي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة ومعظم مواثيق المنظمات الدولية والإقليمية.^(٣)

والواقع انه على الرغم من حقيقة أن الخلاف الذي احتدم بشدة منذ إنشاء الأمم المتحدة - أو منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ تحديدا - حول ما إذا كانت الأمور المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية تعتبر مما يندرج بالأساس ضمن نطاق الاختصاص الداخلي للدولة قد حسم الآن بحسب رأي غالبية الفقه لصالح عدم اعتبارها كذلك، إلا أن الملاحظ أن هذه الأمور لا يزال ينظر إليها بوصفها من أكثر موضوعات القانون الدولي إثارة للنقاش والجدل، سواء على مستوى الباحثين المهتمين أو على مستوى علاقات الدول ببعضها البعض الآخر.

١ - وتعود الكتابات التي تشير إلى ما نفهمه في هذه الأيام بأنه تدخل إنساني إلى حوالي عام ١٨٤٠، ويؤكد "براونلي" أنه في أواخر القرن التاسع عشر، وافقت أغلبية العلماء على وجود حق في التدخل الإنساني، ولكنه يُضيف قائلا إن العقيدة كانت "غامضة بطبيعتها" و"عرضة لإساءة الاستخدام من قبل الدول القوية". وهناك أمثلة متعددة على التدخلات تشير إلى أن اعتقاد الدول الأوروبية كان على هذا النحو. ووصف "ستويل" التدخل الإنساني في عام ١٩٢١ بأنه: "الاعتماد على القوة من أجل الغرض المبرر بحماية سكان دولة أخرى من المعاملة السيئة للغاية، التي تتم بشكل تعسفي ودائم، وتتجاوز حدود السلطة التي يُفترض أن يعمل ضمنها الملك بصواب وعدالة" - للمزيد ينظر: إيف ماسينغهام - التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية؟ - مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر - المجلد ٩١ - العدد ٨٧٦ - كانون الأول / ٢٠٠٩ - ص ١٦٥.

٢ - خدر شنكالي - مرجع سابق.

٣ - ادريس لكريني - التدخل في الممارسات الدولية: بين الحظر القانوني والواقع الدولي المتغير - مجموعة باحثين - العولمة والنظام الدولي الجديد - مركز دراسات الوحدة العربية ببلنجان - سلسلة كتب المستقبل العربي - ديسمبر / ٢٠٠٤.

ويتركز هذا النقاش بصورة رئيسية على المسائل أو التساؤلات الآتية: العلاقة بين إنتهاكات حقوق الإنسان وبين حالات تهديد السلم والأمن الدوليين، وعمّا إذا كانت هذه الإنتهاكات تبرر العودة - مرة أخرى - لإعمال مبدأ "التدخل الإنساني" أو "التدخل لأغراض إنسانية"، الذي عرف العمل الدولي بعض تطبيقاته في الماضي، وهل هناك ما يسوغ الحديث عن حقوق جماعية أو حقوق لجماعات معينة - حقوق الأقليات مثلاً أو السكان الاصليين، وذلك في الوقت نفسه الذي نتحدث فيه عن حقوق الإنسان بصفته فرداً يعيش في إطار جماعة سياسية منظمة، وحتى دونما اعتبار لرابطة الجنسية، وبافتراض أن الحديث عن مثل هذه الحقوق الجماعية جائز قانوناً، فهل يندرج ضمن نطاقها - كما في حالة الأقليات - الحق في الانفصال عن الدولة الأم إعمالاً لمبدأ الحق في تقرير المصير، ثم ما هي العلاقة - ابتداءً - بين الحماية الدولية لحقوق الإنسان وبين مبدأ السيادة الوطنية آخذين بعين الاعتبار التطورات المهمة التي لحقت بهذا المبدأ مؤخراً وكما أسلفنا، وهل يعتبر تحقق الديمقراطية في نطاق المجتمع الداخلي - كما يقول بعض الكتاب الغربيين ووفقاً للتصور الغربي لها - أحد المبادئ الجديدة والحاكمة التي ينهض عليها القانون الدولي في تطوره المعاصر.^(١)

هذا، ومن الإنصاف القول إنّ الرأي السائد كان مفاده دائماً أن الميثاق لم يقصد السماح بإستخدام القوة لحماية السكان من الأزمات الإنسانية من قبل دول تتصرف وفقاً لما تراه مناسباً. وعلاوة على ذلك، لم يحظ إستخدام القوة لحماية السكان من الأزمات الإنسانية من قبل المجتمع الدولي بأيّ سابقة قانونية مقبولة على نطاق واسع خلال هذه الفترة. وبخاصة أن محكمة العدل الدولية رفضت إمكانية أن يكون الحق في التدخل بالقوة متسقاً مع القانون الدولي. وذكرت المحكمة أنه "مهما كانت العيوب الحالية في التنظيم الدولي"، فلا يمكن أن يجد الحق في التدخل بالقوة مكاناً في القانون الدولي. وأكدت محكمة العدل الدولية أيضاً أن إستخدام القوة ليس الأسلوب المناسب لرصد أو ضمان احترام حقوق الإنسان. وبالإضافة إلى ذلك، لم يكن هناك أيّ ذكر من قبل مجلس الأمن لأيّ مسألة تبعث على القلق الإنساني خلال الفترة ما بين ١٩٤٥ وحرب الأيام الستة عام ١٩٦٧.^(٢)

وخلاصة ما تقدم بأن التدخل الإنساني يحتل في الوقت الحاضر مكانة متميزة على صعيد العلاقات الدولية المعاصرة، ويظهر ذلك جلياً من خلال الاهتمام به من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بشكل عام ومجلس الأمن بشكل خاص، وبالتالي فقد تقلصت منطقة الاختصاصات الداخلية للدول، حتى أنه لم تعد هنالك من قضية واحدة معتبرة دولياً لا يسمح بالتدخل فيها، فقد تدخلت الأمم المتحدة في أدق الأمور والمسائل التي كان الفقه التقليدي يعتبرها من المسائل الداخلية متى كان لهذه القضايا انعكاسات سلبية على السلم والأمن الدوليين.

١ - د. أحمد الرشيدى - مرجع سابق - ص ٨٣/٨٤.

٢ - ايف ماسينغهام - مرجع سابق - ص ١٦٧.

المبحث الثاني

إشكاليات التدخل الدولي الإنساني لمجلس الأمن

سعى كثيرون لبحث ومناقشة التدخل الإنساني ونظرية مسؤولية الحماية المنبثقة عنه، وذلك منذ أن طرح أمين عام الأمم المتحدة في ذلك الحين، "كوفي أنان"، سؤاله الذي جرى الاستشهاد به كثيراً في مؤتمر قمة الأمم المتحدة للألفية، إذ قال "... إذا كان التدخل الإنساني هو - في الحقيقة - اعتداء غير مقبول على السيادة، فكيف ينبغي أن نستجيب لرواندا، لسربريتشا - للإنتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان التي تؤثر على كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة؟"^(١)

وسنحاول بيان أهم تلك الإشكاليات والإشارة إلى بعض التطبيقات الدولية المهمة وذلك على وفق

المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - مشروعية التدخل الدولي الإنساني لمجلس الأمن وشروطه

وسنقوم ببحث مشروعية التدخل الدولي الإنساني، وموقف فقهاء القانون الدولي العام منه، وشروط

التدخل الدولي الإنساني في فرعين مستقلين، وكما سيأتي بيانه:

الفرع الأول - مشروعية التدخل الدولي الإنساني لمجلس الأمن

تنص ديباجة ميثاق الأمم المتحدة وبوضوح تام على الحقوق الأساسية للإنسان، وتشير إلى أهمية

وقيمة الفرد، وتؤكد على المساواة في حقوق الشعوب والقوميات، وبموجب المادة الأولى من الميثاق، فإن أحد أهداف هيئة الأمم المتحدة هو تأمين التضامن والتعاون بين الدول لتطوير واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع الأطراف وتوفير الإمكانيات للمجتمع الدولي لبحث سبل تسهيل تطبيق المساواة في الحريات الأساسية للفرد والشعوب دون تمييز في العرق واللغة والمذهب.

ولا جدال في أن موقف ميثاق الأمم المتحدة من حقوق الإنسان يمثل طفرة كبرى وربما ثورة فعلية في

مجال التنظيم الدولي فقد بقيت هذه الحقوق وفقاً للقانون الدولي التقليدي شأنها داخلية ومسألة لصيقة بالسيادة لا شأن للقانون الدولي بها.

إذ على الرغم من الإشارات الواضحة إلى أهمية حقوق الإنسان في أكثر من موقع في ديباجة الأمم

المتحدة، إلا أنه لا نجد في هذا الميثاق نصوصاً محددة تلزم الدول الأعضاء فيها بحماية واحترام حقوق الإنسان، ومع ذلك وبموجب الفقرة (٧) من المادة (٢) من الميثاق فإنه يحق للدول الأعضاء اللجوء إلى المنظمة في حالة حدوث إنتهاك صريح لحقوق الإنسان في دولة ما، وحددت المادة المذكورة حالات التدخل وحصرتها بإمكانية التدخل الفعال لحماية حقوق الإنسان في حالة قيام دولة ما بإنتهاك حقوق الإنسان بشكل يهز الضمير الإنساني ويشكل خطراً على السلام العالمي.

^١ - إيف ماسينغهام - المرجع السابق - ص ١٥٨.

بعبارة أخرى إن الدول التي وقعت على الميثاق ملزمة بما ورد فيه وأهم جزء فيه هو احترام الحقوق الإنسانية، ومن ثم فإن عدم احترام حقوق الإنسان هو متصل من الميثاق يتطلب إجراءً من المجتمع الدولي سواء من الجمعية العامة أو مجلس الأمن.

ولا يخفى على أحد أن الاختصاص الأساسي والأصيل الذي عهد الميثاق به إلى مجلس الأمن يتمثل في حفظ السلم الدولي بحيث أصبح هذا المجلس بسببه الجهاز الرئيسي للأمم المتحدة في هذا الميدان.^(١) وعلى ما تقدم يعدّ التدخل الإنساني من أكثر مواضيع القانون الدولي إثارة للجدل حيث انقسم فقهاء ذلك القانون إلى اتجاهات ثلاثة:^(٢)

الاتجاه الأول: يرفض أصحاب هذا الاتجاه فكرة التدخل الإنساني من أساسها، ويعتبرونها خروجاً صريحاً وإنتهاكاً صارخاً لمبدأي السيادة الوطنية والسلامة الإقليمية للدولة، وأنه لا سند قانوني - سواء في ميثاق الأمم المتحدة أو المبادئ القانونية التي تحكم العلاقة بين الدول - يجيز مثل هذا التدخل، ويرون أنه لا يجوز استخدام القوة إلا في حالة الدفاع الشرعي. خاصة أن الأصل في العلاقات الدولية هو عدم التدخل، والذي نص عليه في عموم المواثيق المنشئة للمنظمات الدولية، بدءاً من عهد عصبة الأمم المادة (١٠)، ومروراً بميثاق الأمم المتحدة المادة (٧/٢)، وانتهاءً بالمواثيق الإقليمية كميثاق جامعة الدول العربية، (المادة الثانية) من جهة،^(٣) وخلو المواثيق المنشئة لعموم المنظمات الدولية أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان من الإشارة إلى اللجوء باستخدام القوة أو إلى التدخل المسلح كإحدى الضمانات المتعددة التي أشارت إليها من جهة أخرى.^(٤) ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى المادة (٤/٢) من ميثاق الأمم المتحدة لإسناد رأيهم المتقدم.^(٥)

ويرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أنه ولما كان إنتهاك حقوق الإنسان، مسألة داخلية ومحدودة بحدود معينة، فإنه من الصعب بمكان أن تكون مما يهدد السلم والأمن الدوليين، ولهذا كانت هذه الصلاحية

^١ - وقد بينت ذلك المادة (٢٤) من الميثاق والتي تنص على " ١- رغبة في ان يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعاً وفعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة الى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدولي ويوافقون على ان هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه الواجبات. ٢- يعمل مجلس الأمن في اداء هذه الواجبات وفقاً لمقاصد الأمم المتحدة ومبادئها والسلطات الخاصة المخولة لمجلس الأمن لتمكينه من القيام بهذه الواجبات مبينة في الفصول ٦ و ٧ و ٨ و ١٠".

^٢ - لمزيد من التفاصيل راجع: موسى سليمان موسى - التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان - رسالة ماجستير - الاكاديمية العربية المفتوحة - في النمارك - ٢٠٠٧ - ص ٤٢ وما بعدها.

^٣ - د. محمد الطاهر - الحماية الدولية للاقليات في القانون الدولي العام المعاصر - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢٣١.

^٤ - أحمد الرشيدى - حقوق الإنسان - دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق - مكتبة الشروق الدولية - القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ٢٦٩

^٥ - تنص المادة (٢/٤) من ميثاق الأمم المتحدة، على وجوب أن: "يمتنع أعضاء الهيئة جميعاً أي أعضاء الأمم المتحدة في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة، أو استخدامها ضد سلامة الأراضي، أو الاستقلال السياسي لاية دولة، أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة"

مثار جدل واستغلال من قبل الولايات المتحدة الأمريكية في التدخل في الشؤون الداخلية للدول، فمن الثابت أن هنالك إنتهاكات لحقوق الإنسان خطيرة تتطلب تدخل الأمم المتحدة،^(١) مثل المجازر في البوسنة والهرسك وكوسوفو ورواندا ودارفور، ولكنها لا تهدد السلم والأمن الدوليين، كما هو الحال في المنازعات الدولية بين الدول والتي لم يعدها مجلس الأمن مما يهدد السلم والأمن الدوليين، مثل النزاع بين الهند والباكستان، والحرب بين اليمن الجنوبي والشمالي، والاحتلال الأمريكي للعراق بدون موافقة الأمم المتحدة.^(٢)

الاتجاه الثاني: يدعو هذا الاتجاه إلى تضييق مجال التدخل الإنساني ليقصر على العمل الجماعي في إطار الأمم المتحدة، فإذا لم تحترم السلطة الوطنية حقوق مواطنيها - أي حين تعامل حكومة ما شعبها بطريقة تنكر عليه حقوقه الإنسانية الأساسية وتهز ضمير البشرية - فيجوز للمجموعة الدولية اتخاذ التدابير المناسبة، شرط الحصول على ترخيص من مجلس الأمن. فإذا لم تحترم الدولة حقوق مواطنيها جاز للمجتمع الدولي اتخاذ الإجراءات المناسبة شرط الحصول على موافقة مجلس الأمن، وعدم الإستخدام الخاطيء لهذا التدخل الإنساني، وأن لا يكون إستخدام القوة إلا كملجأ أخير بعد استنفاد الوسائل الأخرى.^(٣)

ويجد هذا الاتجاه سنده في الفصل السابع من الميثاق الذي أعطى لمجلس الأمن صلاحيات واسعة تتيح إستخدام القوة ضد الدول إذا رأى أن أمراً ما يهدد الأمن والسلم الدوليين. فكما أن أحكام الفصل السادس جاءت إعمالاً لوظيفة مجلس الأمن في تأمين الحل السلمي للمنازعات الدولية، جاءت احكام الفصل السابع إعمالاً لوظيفته المنصوص عليها في المادة ٢٩ في قمع العدوان وسائر وجوه الإخلال بالسلم الدولي، والتي تعطي لمجلس الأمن صلاحية تقدير واتخاذ إجراءات عقابية إذا رأى أن هناك تهديد للسلم والأمن الدوليين، وهذا الإتجاه يبرر التدخل لكن عبر مجلس الأمن وبإرادة جماعية دولية.

ويرى البعض من مؤيدي هذا الاتجاه عدم شرعية تدخل أي دولة في الشؤون الداخلية لدولة أخرى تحت شعار الاعتبارات الإنسانية، نظراً لأن التدخل في هذه الحالة غالباً ما يهدف إلى تحقيق أهداف أخرى، لكنه يرى في نفس الوقت شرعية تدخل الأمم المتحدة في الحالات الإنسانية الملحة على أن يتم هذا التدخل وفقاً لمعايير موضوعية بعيدة عن إستخدام الدول الكبرى لنفوذها في التأثير على قرارات المنظمة الدولية وإساءة إستخدام التدخل الإنساني من أجل تحقيق أغراض سياسية أخرى لا تمت للتدخل الإنساني بصله، فضلاً عن كونه يعد مساساً باستقلال الدولة وانتقاصاً من سيادتها وسبباً لاندلاع المنازعات والحروب، ويرى

١ - ويرى البعض ان قبول التدخل الإنساني سيؤدي الى ان يكون ذلك التدخل حكراً على الدول القوية ضد الدول الضعيفة، ولكنه لن يستخدم بأي حال ضد اي من الدول القوية، كما انه من جهة أخرى سيؤدي الى تهميش كامل لمجلس الأمن الدولي وتعطيل له عن اداء مهامه المنوطة به خاصة حفظ السلم والأمن الدوليين. راجع : د. محمد الطاهر - المرجع السابق - ص ٢٣٢.

٢ - د. سهيل حسين الفتلاوي - الأمم المتحدة - ج٣- الانجازات والاختافات - ط١- ٢٠١١ - ص ٧٨.

٣ - تيسير ابراهيم قديح - التدخل الدولي الإنساني دراسة في حالة ليبيا - رسالة ماجستير - كلية الاقتصاد والعلوم الادارية - جامعة الازهر/ غزة - ٢٠١٣ - ص ١٠٨.

هؤلاء أن أفضل وسيلة هي أن يرفع الأمر إلى المنظمات الدولية لتجد الحلول العادلة والسليمة لمثل هذه المصاعب الدولية وخاصة القضائية منها.^(١)

الاتجاه الثالث: يتزعمه رواد النزعة الإنسانية في القانون الدولي ويدعو إلى إجازة أي عمل جماعي حتى خارج المظلة الأممية لوقف أعمال الاضطهاد الوحشية التي ترتكب في حق الأفراد والمجموعات، ويرون أن قدسية المفهوم التقليدي للسيادة الوطنية الذي كان يشكل عائقاً أمام التدخل الدولي لحماية الإنسان قد بدأ يتراجع أمام اهتمام المجتمع الدولي بتلك القضايا، وبضرورة احترام السلطات في الدولة لحقوق الأفراد وكذلك الاهتمام بقضاياها الإنسانية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وإلا فإن المجتمع الدولي سيكون مضطراً للتدخل تنفيذاً للمبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأوضاع الإنسانية، وخاصة بعد أن أنتقل القانون الدولي الإنساني من العرف إلى التقنين والتدويل.^(٢)

فالتدخل الدولي الإنساني، يندرج ضمن صور التدخل التي يشملها أحد الاستثناءات الثلاثة التي ترد على مبدأ عدم جواز استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في نطاق العلاقات الدولية المتبادلة، ونعني به مبدأ الدفاع الشرعي الفردي والجماعي الذي نص عليه الميثاق في المادة ٥٢، ما يوضح نتيجة مؤداها توسيع مفهوم الدفاع الشرعي، والذي لا يقف عند التصدي للعدوان المسلح الذي تتعرض له الدولة، بل يمتد ليشمل حق الدولة في اتخاذ الاجراءات اللازمة للدفاع عن حقوق مواطنيها خارج إقليمها.^(٣)

وخلاصة ما تقدم، يرى البعض أن الاتجاه الأول المؤيد للتدخل وبإطلاق له محاذيره الخطيرة ، حيث إنه يفتح الباب واسعاً أمام المزيد من التسييس على نظرة القوى المهيمنة في المجتمع الدولي وتقويمها للتطورات الحادثة في دولة ما، ناهيك عن أنه يخرج " التدخل الإنساني" من مضمونه الحقيقي كآلية مهمة لحماية حقوق الإنسان على مستوى المجتمع الدولي، فالاعتبارات الأخلاقية قد تكون مجرد ستار يخفي مطامع سياسية للطرف الدولي المتدخل لدى الطرف المستهدف من جراء هذا التدخل.^(٤) ولذلك، فقد ذهب

^١ - راجع: د. عبد الكريم علون - المرجع السابق - ص ٢٥، د. سامي جاد عبد الرحمن واصل - ارهاب الدولة في اطار القانون الدولي العام - منشأة المعارف بالاسكندرية- ٣٠١.

^٢ - موسى سليمان موسى - المرجع السابق - ص ٤٤. ونشير في هذا الصدد الى قرار الجمعية العامة للامم المتحدة في / ٢٢ / تشرين الاول ١٩٤٩ المتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان في المجر وبلغاريا ورومانيا، وقد انكرت الدول الثلاث، الاتهامات الموجهة اليها وعادت الجمعية العامة اكثر من مرة لتشير الى إنتهاكات الدول الثلاث، مما أدى بالدول الثلاث تلك الى الدفع أمام محكمة العدل الدولية بدعوى تجاوز الجمعية العامة سلطتها بالتدخل في الشؤون الداخلية لإثباتها عن تبني المذهب الاشتراكي، وقد رفضت محكمة العدل الدولية دفع الدول الثلاث مؤكدة انه تم تدويل مسائل حقوق الإنسان، وانها لم تعد تدخل في صميم الاختصاص الداخلي للدول، وذلك بعد تناول هذه المسائل في اتفاقيات ومواثيق حقوق الإنسان الدولية.

^٣ - راجع في هذا الصدد: أحمد الرشيدى- المرجع السابق- ص ١٣٠-١٣٢.

^٤ - تيسير ابراهيم قديح - مرجع سابق- ص ١٠٨.

بعض الباحثين إلى عدم التعويل على هذه الاعتبارات بإطلاق، بالنظر إلى أن التدخل أياً كانت صورته، إنما هو سلوك غير مقبول، فأنصار التدخل يرون أنه "رد فعل ملازم للإنتهاك الصارخ لحقوق الإنسان، ومن ثم فقد أجاز هذا الفريق استخدام القوة وشن الحرب دفاعاً عن حقوق الإنسان التي قد تتعرض للإنتهاكات جسيمة، كما في حالات التطهير العرقي والقتل الجماعي والابادة الجماعية".^(١)

ونؤيد هنا الاتجاه الثاني، ونعتقد أن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول باستخدام القوة يعد مبدأ راسخاً وثابتاً وذلك اتساقاً مع ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن الإنتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والفظائع التي ترتكب في العالم يومياً لا يمكن التغاضي عنها بدعوى سيادة الدول. ونعتقد أن حماية الإنسان من تلك الإنتهاكات الخطيرة كالإبادة الجماعية والتطهير العرقي والتعذيب وغيرها، تفوق سيادة الدول أهمية، إلا أن ذلك التدخل يجب أن يكون بشروط وضوابط صارمة حتى لا يكون مدخلاً للإنتهاك حقوق الدول الأساسية لصالح دول أخرى، وهذا ما سنحاول بيانه في الفرع التالي.

الفرع الثاني - شروط التدخل الدولي الإنساني

على الرغم من الاعتراف بالحق في المساعدة كنوع من الحماية، إلا أنه غالباً ما تظل المسائل الإنسانية على حالها بسبب مبدأ السيادة، إذ عادة ما تنزع الدول إلى رفض الاعتراف بوجود أي نزاع مسلح في أراضيها أو الإقرار بضرورة المعونات الخارجية، وبرغم مخاوف بعض الدول إزاء إمكانية استغلال الدول القوية لمبرر حماية حقوق الإنسان للتدخل في الشؤون الداخلية، إلا أن التدخل الإنساني أصبح أكثر اعتياداً بإقرار مجلس الأمن له في البوسنة، العراق، الصومال، هايتي، رواندا، وفي إطار الفصل السابع في تيمور الشرقية، وسيراليون والكونغو، بالإضافة إلى إحالة قضية دارفور على المحكمة الجنائية الدولية. وبالمقابل نجد حدوث التدخل القسري من دون العودة إلى هيئات الأمم المتحدة بشأن التدخل الأطلسي في كوسوفو والأمريكي في العراق ٢٠٠٣، مما جعل مواقف بعض الدول ليس من حيث أن حماية حقوق الإنسان تعتبر مبرراً مقبولاً للتدخل في الشؤون الداخلية للدول، بل فيما إذا كان التدخل يقتضي الرجوع إلى مجلس الأمن للحصول على ترخيص، وبذلك تجاوز النقاش مرحلة التدخل من عدمه إلى مرحلة الحديث حول الشكل والجوانب الإجرائية للتدخل، أي إذا كان يمكن قبول التدخل الدولي خارج إطار الشرعية الأممية.^(٢)

ونعتقد انه لكي يكون التدخل الدولي لحماية حقوق الإنسان مشروعاً لا بد وأن يستند الى قواعد القانون الدولي، في شقه المتعلق بحقوق الإنسان، فالعقد الدولي الذي نشأ بين الدول لم ينشأ إلا ليحافظ على أمن المجتمع الدولي وإستقراره، وليحمي الإنسان والأجيال القادمة من الإنتهاكات التي ترتكب أو قد ترتكب،

١ - د. احمد الرشيدى - مرجع سابق - ص ٢٥٠.

٢ - تيسير ابراهيم قديح - مرجع سابق - ص ١٠٩.

ولا يتم ذلك إلا إذا قررت الدول المنضمة إلى ذلك العقد بالتنازل - ضمناً - عن بعض اختصاصاتها الداخلية والتي لم تعد تتنازلاً عن سيادة الدولة على إقليمها من أرض وشعب وثروات.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن التدخل الدولي يكون مشروعاً إذا استجمع ثلاثة شروط وهي أن يكون التدخل من أجل تنفيذ التزامات دولية تقع على الدول بموجب القانون الدولي، وأن يكون التدخل عن طريق منظمة الأمم المتحدة وبقرار دولي صادر من منظمة دولية، وأن يكون القرار مشروعاً، فقد يكون بالرغم من ذلك باطلاً إذا خالفت هي نفسها المواثيق الدولية والقانون الذي يحكمها وخاصة ميثاقها.^(١)

فضلاً عما تقدم فإن هناك العديد من القيود أو الشروط التي ينبغي على الدول المتدخلة مراعاتها في حال شروعها بالتفكير في الشروع باتخاذ قرار التدخل الإنساني، أو تبني مثل ذلك القرار حتى لو كان ذلك من خلال مجلس الأمن، وأهم هذه الشروط:^(٢)

أولاً - استنفاد كافة الوسائل غير العسكرية قبل الشروع في عملية التدخل. وأن يكون لهذا التدخل العسكري فرصة كبيرة لإنهاء أو للحد من هذه الانتهاكات.

ثانياً - وصول أوضاع حقوق الإنسان في الدول المستهدفة بالتدخل إلى درجة من الخطورة لا تجدي معها هذه الوسائل، وذلك إلى الحد الذي يجعل من قرار التدخل العسكري بمثابة الحل الأخير لوقف هذه الانتهاكات. بعبارة أخرى أن يباح التدخل الإنساني فقط في الحالات الخطيرة المؤدية لانتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان لا سيما حالات القتل الجماعي وأعمال الإبادة والاعتصاب الممنهج للمدنيين والتي تمارس بسياسة منهجية على نحو يؤدي إلى إنتهاك قواعد وأحكام القانون الدولي والإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

ثالثاً - أن يكون هناك تناسب بين الوسائل العسكرية المستخدمة والمواقف التي تواجهها. أي أن لا تستخدم القوة إلا وفقاً لمبدأي التناسب والضرورة، أي أن يكون حجم القوة المستخدمة وفترة وجودها متناسبة مع الهدف الأساسي، وأن تتسحب القوة فور تحقيق هذا الشرط.

رابعاً - أن لا يؤدي هذا التدخل العسكري إلى وقوع أضرار تتجاوز الهدف المقصود منه، أي أن تسبب أضراراً أكبر من تلك التي تم التخطيط لها مما لو لم يتم مثل هذا التدخل لوقف هذه الانتهاكات، كأن يؤدي إلى وقوع خسائر جسيمة في الأرواح أو في الممتلكات، أو يؤدي إلى الفوضى وعدم الإستقرار، على نحو ما حدث في الصومال وكما سنبيين لاحقاً. وأن لا يكون من بين أهداف التدخل - من جهة أخرى - السعي

١ - د. محمد الطاهر - المرجع السابق - ص ٢٣٤.

٢ - عماد الدين عطا الله - المرجع السابق - ص ٤٧٢، د. محمد الطاهر - المرجع نفسه - ص ٢٣٤ وما بعدها.

لإحداث تغيير في هيكل السلطة في المجتمع محل التدخل، مما قد يفيد طرفاً داخلياً معيناً لمصلحة أطراف أخرى، وأن يكون محكوماً بهدف أساسي وهو التأكيد على احترام حقوق الإنسان وليس أي هدف آخر.^(١) خامساً - ضرورة أن يمر التدخل بالمراحل الآتية:

- إعطاء الفرصة للدول المعنية لحل المشكلات الداخلية بنفسها.
- أن يكون بناءً على الإرادة الجماعية للتنظيم الدولي سواء أكان اقليمياً أم دولياً.
- إحالة الموضوع على الأمم المتحدة لبحث المشكلة داخل مجلس الأمن لاتخاذ القرار المناسب وفقاً لأحكام الميثاق.

سادساً - أن يلجأ المجتمع الدولي بعد عمليات التدخل إلى بناء السلام وتوفير الدعم اللازم للهيكل التي توطد استقرار الأوضاع وبناء الثقة بين الأطراف المتصارعة.

ولابد من الإشارة إلى أن الأمين العام للأمم المتحدة السابق "كوفي عنان" كان قد طلب من أعضاء المنظمة عام ٢٠٠٠ ، بلورة تصور مشترك بين كافة الدول حول التدخل الإنساني وذلك في سياق التوفيق بين سيادة الدولة وسيادة الشعب،^(٢) وقد تم تشكيل لجنة أصدرت تقريرها عام ٢٠٠١ والذي جاء بعنوان "مسؤولية الحماية"، ويؤكد على ثلاثة مبادئ أساسية:^(٣)

- ١- استخدام مفهوم "المسؤولية الدولية للحماية" بدل التدخل الإنساني، لتجنب ما قد يثيره التعبير من مخاوف السيطرة والهيمنة وانتهاك السيادة الوطنية.
- ٢- وضع مسؤولية الحماية على المستوى الوطني في يد الدولة الوطنية وعلى المستوى الدولي تحت سلطة مجلس الأمن لتقادي التحرك الإنفرادي.
- ٣- أن تتم عملية التدخل بجدية وكفاءة وفاعلية وبناء على سلطة مباشرة مسؤولة ضمن إطار الشرعية الدولية.

١ - احمد الرشيدى - المرجع السابق - ص ١٣٢.

٢ - أنشئت اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول من قبل حكومة كندا، في أيلول عام ٢٠٠٠ ، في أعقاب الجدل الذي أحاط بحملة القصف الذي قام به حلف شمال الأطلسي في كوسوفو. وكان المحفز لذلك هو السؤال الذي وجهه "كوفي عنان" حول كيفية الرد الذي ينبغي أن يقوم به المجتمع الدولي على "الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، التي تؤثر على كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة"، للمزيد راجع: ايف ماسينغهام - المرجع السابق - ص ١٦٠.

٣ - ادريس لكريني - المرجع السابق - ص ٦٧.

المطلب الثاني- نماذج لتدخل مجلس الأمن الدولي إنسانياً

إذا كان المبدأ المسلم به والمتفق عليه هو عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول أو عدم جواز تدخل دولة في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، إذ لا يجوز لأية دولة أن تقوم بإبرادتها المنفردة بالتدخل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى حتى ولو كان هذا التدخل لإعتبارات إنسانية أو بحجة حماية حقوق الإنسان أو حماية الأقليات أو الرعايا أو أي حجة أخرى، إلا إذا كان هناك إنتهاك صارخ لهذه الحقوق.

وقد إتسع دور مجلس الأمن في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، من خلال اللجوء إلى فرض إجراءات وتدابير سواء العسكرية وغير العسكرية حسب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة في إطار حماية حقوق الإنسان، كما أن الدول الكبرى أصبحت تصنف حقوق الإنسان وإحترامها ضمن أولويات سياستها الخارجية، مما يعني أن مجالاً أساسياً للاختصاص الداخلي للدولة أصبح محلاً للتدخل الدولي.

وقد شهد المجتمع الدولي العديد من حالات التدخل الدولي الإنساني في مرحلة ما بعد الحرب الباردة، وسنشير فيما سيأتي الى اثنتين من تلك الحالات لتعلقها بدول عربية، إذ إختزنا حالة الصومال كونها من بين أهم حالات التدخل الإنساني، وحالة ليبيا كونها الحالة الأحدث لهذا التدخل، وكما سيأتي بيانه:

الفرع الأول- الصومال ١٩٩٢

تعتبر الأزمة الصومالية عن مشكلة بناء الدولة القومية حيث عجز النظام الحاكم عن توطيد التكامل والوحدة الوطنيتين فأدى الرفض الشعبي لنظام الحكم إلى رفض مفهوم الدولة بمعناه الحديث، كما تم اللجوء إلى النظم الإجتماعية الأخرى كالنظام القبلي لتوفير الحماية، وأصبحت المصلحة العامة تعني الدفاع عن المصالح القبلية. فبعد سيطرة حركة المؤتمر الصومالي الموحد على العاصمة مقديشو وفرار الرئيس محمد سياد بري في آيار ١٩٩١، إنهارت الدولة الصومالية وتوقفت عن أداء وظيفتها، وقد تزامن ذلك مع موجات متتالية من الجفاف، وهو ما أدى إلى مجاعة حصدت آلاف الأرواح في ظل صراعات مسلحة عنيفة بين الفصائل العسكرية ذات الطابع القبلي على السلطة، وضمن هذا السياق جاء التدخل الدولي بتقديم المساعدة الإنسانية.^(١)

وفي ضوء تفاقم الأزمة الإنسانية في الصومال - إذ قدر عدد الموتى من الجوع بـ (٣٠٠) فرد يومياً، فضلاً عن نزوح ١,٧ مليون آخرين الى الدول المجاورة -^(٢) أصدر مجلس الأمن مجموعة من القرارات كان أولها القرار ٧٣٣ في ٢٣ كانون الثاني لعام ١٩٩٢ والذي يلاحظ بأنه قد تعامل مع الوضع الإنساني القائم في الصومال بوصفه وضعاً يهدد السلم والأمن الدوليين، وبناء عليه طلب مجلس الأمن من الأمين العام للأمم المتحدة أن يضطلع فوراً بالإجراءات اللازمة لزيادة المساعدة الإنسانية التي تقدمها الأمم المتحدة

١ - محمد عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٢١٥.

٢ - جلال رأفت - الأزمة الصومالية- مجلة المستقبل العربي - بيروت - العدد ١٧٣- تموز / ١٩٩٣ - ص ٢٢.

ووكالاتها المتخصصة إلى السكان المتضررين في جميع أنحاء الصومال. كما طالب القرار الأطراف المتنازعة بالالتزام بوقف إطلاق النار كما قرر بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة أن تقوم جميع الدول فوراً من أجل تحقيق مقاصد إقرار السلم والإستقرار في الصومال بتنفيذ حظر عام كامل على تسليم أي نوع من أنواع الاسلحة والمعدات العسكرية للصومال.^(١)

أي أن التدخل في الصومال جاء نتيجة لاعتبارات إنسانية لتقديم المساعدات الى السكان نتيجة لإستمرار الحرب الاهلية والفوضى وغياب الدولة. فدافع التدخل كان بالأساس إيصال المساعدات الإنسانية الى المدنيين واللاجئين والمشردين نتيجة للحرب الأهلية.^(٢)

كما وأصدر مجلس الأمن قراراً آخر برقم ٧٧٥ لعام ١٩٩٢ هدد فيه باستعمال سلطاته بموجب الفصل السابع من الميثاق، كما أثنى فيه على جهود الأمين العام في المبادرة التي اتخذها في الميدان الإنساني، وشعر بالقلق من أن استمرار هذا الحال يشكل - كما جاء في تقرير الأمين العام - تهديداً للسلم والأمن الدوليين.^(٣)

وأضاف مجلس الأمن لاحقاً قراره المرقم ٧٩٤ لعام ١٩٩٢ الذي أكد فيه خطورة الأوضاع الإنسانية في الصومال، وخاصة مشكلة اللاجئين واعتبارها تهديداً للسلم والأمن الدوليين كما طالب الدول بمساعدة الصومال لإنقاذ الضحايا في النزاع الأهلي.^(٤) ويتميز التدخل الدولي عبر مجلس الأمن في الصومال، بأنه السابقة الأولى في تاريخ الأمم المتحدة التي يلجأ فيها مجلس الأمن إلى الوسائل العسكرية لحماية المساعدات

^١ - فقد جاء في البند الخامس من القرار، استعماله لسلطته بموجب الفصل السابع من الميثاق، على أن تقدم جميع الدول فوراً من أجل تحقيق مقاصد اقرار السلم والإستقرار في الصومال، بتنفيذ حظر عام كامل على تسليم أي نوع من أنواع الأسلحة، والمعدات العسكرية للصومال، الى أن يقرر المجلس خلاف ذلك. راجع الفقرات (٥-٤-٣-٢) من قرار مجلس الامن المرقم ٧٣٣ - المنشور بالوثيقة الرسمية S/RES/733(1992).

^٢ - كما اصدر مجلس الامن قرارا بالرقم ٧٤٦ لعام ١٩٩٢، يؤكد فيه قراره ٧٣٣ لعدم الالتزام به من قبل الاطراف المتنازعة. والقرار رقم ٧٥١ للعام نفسه والذي أكد فيه قراره السابقين، والذي قرر فيه انشاء عملية للامم المتحدة في الصومال تحت سلطة الامين العام للامم المتحدة، وارسال قوة من الامم المتحدة لرصد وقف اطلاق النار في مقديشو، والقرار ٧٦٧ لنفس العام.

^٣ - فقد ورد في الفقرة (٣) منه بان مجلس الامن يأذن بزيادة قوة عمليات الامم المتحدة في الصومال وتوزيعها في وقت لاحق على النحو الموصى به.

^٤ - تيسير ابراهيم قديح - مرجع سابق - ص ١١٧. وقد جاء في البند (٧) من القرار المذكور، ان مجلس الأمن يؤيد توصية الامين العام الواردة في رسالته المؤرخة في ٢٩ تشرين الثاني ١٩٩٢ (S/24868) باتخاذ تدابير، بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، من اجل تهيئة بيئة آمنة لعمليات الاغاثة الإنسانية في الصومال في أسرع وقت ممكن. اما البند (٨ و٩) فقد قام المجلس فيهما بالترحيب بالعرض المقدم من الولايات المتحدة الامريكية ودول أخرى للمساهمة في ايجاد بيئة آمنة لعمليات الاغاثة الانسانية في الصومال، أما البند (١٠) فقد نص على اذن المجلس - بموجب الفصل السابع من الميثاق - للأمين العام وللدول الأعضاء المتعاونة في تنفيذ العرض المشار اليه في الفقرة (٨) أعلاه باستخدام كل الوسائل اللازمة لتهيئة بيئة آمنة لعمليات الاغاثة الإنسانية في الصومال في أسرع وقت ممكن - S/RES/794(1992).

الإنسانية وضمأن وصولها إلى المستهدفين، خاصة بعد مهاجمة بعض الفصائل المتحاربة لقوات الأمم المتحدة لحفظ السلام أثناء أداء مهمتها بتوزيع تلك المساعدات، وقد قام مجلس الأمن بإعطاء تفويض رسمي لدول أعضاء في المنظمة وعلى رأسها الولايات المتحدة للتدخل في الصومال وذلك لإنقاذ مواطنيها من الموت جوعاً، مما أثار إشكالية قانونية تتمثل في النطاق الذي يمكن لمجلس الأمن فيه تفويض دول معينة بالتدخل في دولة أخرى من دون موافقتها لاعتبارات إنسانية؟^(١)

وقد أثار التدخل الإنساني في الصومال إشكالات عدة يتمثل أهمها في خروج مهام قوات حفظ السلام التي قادتها الولايات المتحدة عن مسارها وهدفها الأساسي وهو المساعدة في إيصال المساعدات الإنسانية كما أسلفنا، إلى الدخول كطرف في الصراع داخل الصومال، فبعد أن تخلى مجلس الأمن عن سلطاته في المراقبة والإشراف، وبالتالي التزام الحياد بين الأطراف الصومالية، تخلى عن مهامه للولايات المتحدة التي ناصبت العداء لأحد أطراف الصراع (الجنرال فرح عبيد)، مما أدى إلى ارتكاب القوات الأمريكية أشد الجرائم الإنسانية في حق الشعب الصومالي من أجل القبض عليه.^(٢)

وبالتالي فقد اظهرت عملية التدخل الإنساني في الصومال غياب منهج واضح والخلط بين ما هو سياسي وما هو إنساني، كذلك اختلاط الدور الأممي بالدور الأمريكي، إذ هيمن الثاني على الأول بعدما تدخلت القوات الأمريكية في مسار الصراع السياسي وتجاوزت بذلك مهامها الإنسانية، وكذلك استمرار مظاهر تردي الأوضاع الإنسانية، وعدم تحقق البيئة الآمنة للعمل الإنساني بعد انتهاء عملية التدخل في ١٩٩٥، وهي خير دليل على أن التدخل الدولي لم ينجز كامل ولايته الإنسانية في ذلك البلد، مما أدى في نهاية المطاف إلى فشل عملية إعادة الأمن في الصومال.^(٣)

الفرع الثاني - ليبيا ٢٠١١

يمثل التدخل العسكري الدولي المتمثل بالأمم المتحدة في ليبيا، مثلاً آخر على التدخل الدولي الإنساني لمجلس الأمن، والذي كان نتيجة للانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان في ليبيا من قبل نظام الحكم الليبي.^(٤) فقد وجهت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة ومنظمة العفو الدولية انتقادات شديدة للممارسات القمعية للنظام الليبي، فقد اعربت الاولى عن قلقها ازاء العدد الكبير المزعوم لحالات الاختفاء

١ - ادريس لكريني - المرجع السابق - ص٦٦.

٢ - فقد وصل الأمر إلى أن قامت طائرات الهليكوبتر الأمريكية بقصف المتظاهرين الصوماليين الذين طالبوا بانسحاب القوات الدولية، مما أدى إلى مصرع اعداد كبيرة منهم، للمزيد راجع: تيسير ابراهيم قديح - مرجع سابق ص ١١٨.

٣ - تيسير ابراهيم قديح - نفس المرجع - ص١١٨.

٤ - للمزيد راجع: تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، مجموعة المساعدة القانونية الدولية (ايلاك)، كانون الاول ٢٠١١ - ص٢٤.

القسري وحالات الاعدام خارج القضاء.^(١) حيث جاءت قمة تلك الإنتهاكات على أثر الثورة الشعبية في ليبيا والتي بدأت بتاريخ ١٧ شباط/فبراير من عام ٢٠١١.

وجاء في تقرير منظمة العفو الدولية لعام ٢٠١٠ أنه " ظلت حرية التعبير وحرية التجمع وتكوين الجمعيات تخضع لقيود مشددة، ولم تظهر السلطات قدرا يذكر من التسامح إزاء المعارضة، وُعُوقب بعض منتقدي سجل الحكومة في مجال حقوق الإنسان، واستمر احتجاز معتقلين سابقين في معتقل خليج جوانتانامو، كانت السلطات الامريكية قد اعادتهم الى ليبيا، وقُبض على بعض أهالي الضحايا الذين كانوا يسعون لمعرفة الحقيقة، ولم يتضح مصير مئات حالات الاختفاء القسري وغيرها من الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي ارتكبت في عقود السبعينيات والثمانينيات والتسعينيات من القرن العشرين، وظل جهاز الأمن الداخلي، الذي كان ضالعا في هذه الإنتهاكات، يمارس عمله وهو بمنأى عن المسائلة والعقاب".^(٢)

وكان من نتيجة ما تقدم أن بدأ الأمر بتظاهرات سلمية في بنغازي والمدن الشرقية، نادى المحتجون فيها بإصلاحات ومطالب شعبية متعلقة بالقضايا الاجتماعية والسياسية وإنتهاكات حقوق الإنسان، إلا أن النظام لجأ إلى الرد العنيف على المحتجين مما أدى إلى أن تأخذ الاحتجاجات والمظاهرات منحى آخر مطالبة بالتمرد وبإسقاط النظام القائم، وقد تمكن المحتجون من تحرير بعض المناطق من سلطة النظام واستيلاءهم على معظم مراكز الأمن وأجهزة الاستخبارات، وعلى أثر تصاعد المواجهة بين الثوار والنظام، قام الأخير بإستخدام الطائرات والمدافع في قصف المناطق الثائرة ما أدى إلى مقتل العديد من المدنيين جراء العمليات العسكرية، وإلى ظهور مأساة إنسانية وارتكاب إنتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، فضلاً عن تدفق أعداد كبيرة من اللاجئين إلى كل من مصر وتونس وبلدان الساحل الأوربي، مما أضاف إلى الوضع القائم تراكمات إنسانية، لتشكل بذلك إشهاراً للنزاع بالشكل الذي يوفر على القوى الدولية الجهد في إيجاد مسوغات للتدخل، فالتدويل الحقيقي للنزاع نفذ من بوابة الأوضاع الإنسانية.^(٣)

فقد وجد المجتمع الدولي نفسه ومن خلال منظمة الأمم المتحدة وعبر مجلس الأمن الدولي مضطراً لاتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية وإنقاذ المدنيين الليبيين من ويلات النزاع المسلح في ليبيا وإعمال مبدأ مسؤولية الحماية في ليبيا من أجل التدخل الدولي الإنساني في إطار الشرعية الدولية، وذلك تلافياً للتدخل العسكري لحلف شمال الأطلسي في إقليم كوسوفو الذي ثار جدل عنيف حول مشروعيته، ولا سيما أنه حدث في دولة ذات سيادة ومن دون موافقة مجلس الأمن، إذ ساهمت هذه الحالة في ظهور مفهوم "مسؤولية

١ - محمد عاشور مهدي- قراءة في أسباب الصراع المسلح في ليبيا ومساراته المحتملة - من منشورات الانترنت -

<http://www.crisisgroup.org>

٢ - تقرير حالة حقوق الإنسان لسنة ٢٠١١ ، منظمة العفو الدولية - <http://shop.amnesty.org>

٣ - تيسير ابراهيم قديح - المرجع السابق - ص١٣٧ وما بعدها.

الحماية" كسابقة،^(١) وذلك لأنها جاءت في وقت كانت توجد فيه توقعات كبيرة باتخاذ تدابير جماعية فعالة عقب انتهاء الحرب الباردة. ومن ثم فلا أنسب من مجلس الأمن الدولي للتعامل مع هذه القضايا باعتبارها الجهاز التنفيذي لمنظمة الأمم المتحدة، وتقع على عاتقه المسؤولية الرئيسية في حفظ الأمن والسلم الدوليين بموجب المادة (٢٤) من الميثاق.^(٢)

فأصدر مجلس الأمن القرار رقم ١٩٧٠ في ٢٦ شباط ٢٠١١ بالاجماع،^(٣) ولا ريب في أن مبررات هذا القرار تتمثل في إدانة العنف الممارس من قبل السلطات الليبية ضد المدنيين والإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، حيث ورد في الفقرة (١) من القرار المذكور أن مجلس الأمن " .. إذ يعرب عن قلقه البالغ إزاء الوضع في الجماهيرية العربية الليبية ويدين العنف وإستخدام القوة ضد المدنيين..."، مضيفاً في الفقرة (٢) منه "... إذ يشجب الإنتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، بما في ذلك قمع المتظاهرين المسالمين، وإذ يعرب عن قلقه العميق لمقتل المدنيين ويرفض رفضاً قاطعاً التحريض من أعلى مستويات الحكومة الليبية على أعمال العدوان والعنف ضد المدنيين...".

غير أن استمرار العنف والقمع الموجه ضد المدنيين وعدم امتثال السلطات الليبية للالتزامات التي جاءت في هذا القرار جعل مجلس الأمن يصدر القرار ١٩٧٣ في ١٧ آيار ٢٠١١، والذي على خلاف سابقه صدر بأغلبية عشرة دول مؤيدة وامتناع خمسة منها عن التصويت.

والحقيقة أنه وعلى الرغم من استناد القرارين السالفين إلى مسؤولية الحماية، الأمر الذي يعد سابقة كما أسلفنا، إلا أنهما تميزا بالغموض وعدم الدقة في فحواهما بالنسبة لبعض التدابير المقررة، الأمر الذي فتح الباب أمام تفسير اعتمده بعض الدول لتطبيقهما بالطريقة التي تراها على أرض الواقع، وهي مسألة ذات أهمية كبرى بالنسبة لآثار أية عمليات تدخل مستقبلية يجيزها مجلس الأمن.^(٤)

ويذهب مؤيدو مشروعية التدخل الإنساني في ليبيا إلى أن مجلس الأمن الدولي - الذي يعتبر الجهاز التنفيذي للأمم المتحدة، ذي القرارات الملزمة للمجتمع الدولي - قد استند في قراراته إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والذي يجيز إستخدام القوة العسكرية في حالة تعرض السلم والأمن الدولي

١ - وقد ورد ذلك بشكل صريح في الفقرة (٩) من قرار مجلس الامن رقم ١٩٧٠ لسنة ٢٠١١، والتي جاء فيها " .. واذ يذكر بمسؤولية السلطات الليبية عن توفير الحماية لسكانها".

٢ - تقرير "مسؤولية الحماية" - اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول - كانون الاول ٢٠٠١ - ص ٥٢.

٣ - ولعل ما يبرر الاجماع هو السابقة التي تميزت بها ليبيا دون غيرها من الدول العربية التي شهدت وتشهد نفس الاحداث، والمتمثلة في العقوبات التي تعرضت لها سابقا على اثر قضية لوكربي والحصار الاقتصادي المفروض عليها بموجب قرار مجلس الامن رقم ٧٤٨ في ٣١ آذار ١٩٩٢، كما انه ناتج عن تضافر استثنائي للظروف على الساحة الدولية لن يتأتى بسهولة في وضعيات مماثلة تشهدها بعض الدول لغاية اليوم منها سوريا على سبيل المثال.

٤ - المركز الفلسطيني لحقوق الانسان - المرجع السابق - ص ٤٤.

للخطر، وهذا ما أشار إليه القرار (١٩٧٣) صراحة من أن الحالة في ليبيا ما زالت تشكل تهديدا للأمن والسلم الدوليين وينص صراحة أيضا على "وإذ يرى أن الهجمات الممنهجة الواسعة النطاق التي تشن حاليا في الجماهيرية العربية الليبية على السكان المدنيين قد ترقى إلى مرتبة جرائم ضد الإنسانية.."^(١)

في حين يلاحظ أن القرار ١٩٧٠ الصادر من مجلس الأمن الدولي بخصوص ليبيا ينص فقط على وقف فوري لإطلاق النار وحظر الأسلحة والذي جاءت صياغته بطريقة غامضة،^(٢) فضلا عن إحالة الموضوع إلى المحكمة الجنائية الدولية، وكذلك فإن القرار (١٩٧٣) لم ينص بصورة واضحة وصريحة على استخدام القوة العسكرية ضد ليبيا وإنما نص على فرض حظر الطيران على الأجواء الليبية بالاستناد إلى المادة (٤٢) من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. ذلك أن قيام الدول بممارسة اختصاصاتها وتحمل مسؤولياتها واحترام حقوق الإنسان يندرج ضمن ما يوصف بالالتزامات، الأمر الذي يسمح بانتقال هذه المسؤولية إلى الدول الأخرى في إطار مسؤولية الحماية، والذي كان له مبرراً في أصله وما زال يعرف تحفظات في تطبيقه، ولعل التطورات الجديدة التي عرفها تطبيق هذا المفهوم في قراري مجلس الأمن اللذين شكلا أول تكريس لها تعد تحولاً في التعامل معه.

الخاتمة

عقب تناول هذا الموضوع الشائك من خلال هذا البحث، لا بد من تشخيص حقيقة واقعة تتمثل في أن المعسكر الغربي من دول العالم وعلى رأسه الولايات المتحدة الأمريكية يقوم بالدفع نحو تغيير القواعد القانونية الدولية لتتناسب مع الواقع الدولي الجديد بعد إنتهاء الحرب الباردة وبما يخدم توجهاتها وسيطرتها المتنامية، في حين نجد على الطرف الآخر بأن المجموعة الأخرى من الدول تحاول جاهدة التشبث بالمنظومة القانونية الدولية بمفهومها التقليدي لتحافظ على المتبقي من مكتسباتها.

في ظل ما سبق ونظراً لتسييس هذه الظاهرة المتعلقة بجانب قانوني إنساني بحت كما يفترض، وفي ظل العجز المستمر لأعضاء الأمم المتحدة عن تحديد الحالات التي يكون فيها التدخل مقبولاً أو غير مقبول، كما هو واضح حالياً في الحالة السورية التي تستمر فيها المعاناة الإنسانية بشكل صارخ في ظل العجز الدولي عن المعالجة. لا بد من الدفع - والإشارة من قبل فقهاء القانون الدولي العام ومن قبل الباحثين - باتجاه ترسيخ نظرية قانونية واضحة للتدخل الإنساني أو لمبدأ "مسؤولية الحماية الدولية" كما يفضل

١ - خدر شنكالي - المرجع السابق .

٢ - يرى البعض ان بعض الدول فسرت حظر الاسلحة على انه موجه للسلطات الليبية فقط ولا يشمل الثوار، مما حدا بها الى تمويلها بالاسلحة لحماية نفسها، مما يجعل الحدود بين مسؤولية الحماية والتدخل الانساني غير ميسور في الواقع، راجع تيسير ابراهيم قديح - المرجع السابق - ص١٤٥.

البعض تسميتها مؤخراً، ليتم إنقاذ البشرية وحقوق الإنسان من حجم التجاوزات التي تحدث في عالمنا المعاصر.

ولذلك يخلص هذا البحث إلى التوصيات الآتية لبلورة الضوابط القانونية لهذه المسؤولية الدولية:

١- تفعيل عمل اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدول التابعة للأمم المتحدة، ووضع آلية معالجة واضحة يتم مراجعتها وتقييمها دورياً.

٢- الاستمرار في ضبط وتحديد الشروط التي يجب توافرها في الحالات التي يستدعي توافرها حدوث تدخل من قبل المجتمع الدولي متمثلاً بمنظماته الدولية الفاعلة وتحت مظلتها.

٣- ضرورة تجاوز عقدة استخدام حق النقض "الفيتو" في المسائل المتعلقة بالتدخل الإنساني عن طريق مجلس الأمن، ووضع آلية لذلك من خلال إحالة الموضوع إلى الجمعية العامة التي يتوجب عليها إتخاذ قرار حاسم بهذا الشأن، أو من خلال تفعيل دور مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة ليكون له رأي ملزم لمجلس الأمن في المسائل المتعلقة بالتدخل الإنساني في الحالات الواضحة لإنتهاك حقوق الإنسان وأعمال الإبادة ضد البشرية، بما يكفل تجاوز مسألة حق النقض التي تعطل معالجة مجلس الأمن لتلك الحالات.

٤- العمل على إقرار اتفاقية دولية تلتزم بها جميع الدول، تبعد الإنتهاكات الواقعة ضد حقوق الإنسان عن التسييس والمساومات الدولية، وسن شروط واضحة واجبة التطبيق عند حدوث خرق لهذه الاتفاقية.

المراجع

١. د. أحمد الرشيدى - الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام - المجلة المصرية للقانون الدولي - ٥٥٤ - ١٩٩٩.
٢. أحمد الرشيدى - حقوق الإنسان - دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق - مكتبة الشروق الدولية - القاهرة - ٢٠٠٣.
٣. ادريس لكريني - التدخل في الممارسات الدولية: بين الحظر القانوني والتواقع الدولي المتغير - مجموعة باحثين - العولمة والنظام الدولي الجديد - مركز دراسات الوحدة العربية - لبنان - سلسلة كتب المستقبل العربي - ديسمبر / ٢٠٠٤.
٤. إيف ماسينغهام - التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية؟ - مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر - المجلد ٩١ - العدد ٨٧٦ - كانون الأول / ٢٠٠٩ .

٥. د. بوكرا ادريس - مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - ١٩٩٠.
٦. تيسير ابراهيم قديح - التدخل الدولي الإنساني دراسة في حالة ليبيا - رسالة ماجستير - كلية الاقتصاد والعلوم الادارية - جامعة الازهر/ غزة - ٢٠١٣.
٧. تقرير حالة حقوق الإنسان لسنة ١١٢١ ، منظمة العفو الدولية - <http://shop.amnesty.org>
٨. تقرير "مسؤولية الحماية" - اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول - كانون الاول ٢٠٠١.
٩. تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، مجموعة المساعدة القانونية الدولية (ايلاك)، كانون الاول ٢٠١١ .
١٠. د. حسام محمد احمد هنداي - التدخل الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧.
١١. جلال رأفت - الازمة الصومالية- مجلة المستقبل العربي - بيروت - العدد ١٧٣ - تموز / ١٩٩٣.
١٢. خدر شنكالي - التدخل الإنساني من قبل منظمة الأمم المتحدة (ليبيا نموذجا) ...
[/http://www.doxata.com](http://www.doxata.com)
١٣. د. سامي جاد عبد الرحمن واصل - ارباب الدولة في اطار القانون الدولي العام - منشأة المعارف بالاسكندرية- الكتاب بدون سنة طبع.
١٤. د. سهيل حسين الفتلاوي - الأمم المتحدة - ج٣- الانجازات والاختافات - ط١ - ٢٠١١.
١٥. د. سموحي فوق العادة - القانون الدولي العام - بدون مكان نشر - دمشق - بدون سنة طبع.
١٦. د. عبد الكريم علون - الوسيط في القانون الدولي العام - ك٢- القانون الدولي المعاصر- دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠١٠
١٧. عثمان علي مولود - مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول في ظل القانون الدولي العام - إطروحة دكتوراه - الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية - لندن - ٢٠٠٦.
١٨. علاء الدين حسين مكي خماس - إستخدام القوة في القانون الدولي - المطابع العسكرية - بغداد - ١٩٨٢.
١٩. د. علي صادق أبو الهيف - القانون الدولي العام - ط٩- منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٧١.
٢٠. عماد الدين عطا الله - التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧.
٢١. د. محمد حافظ غانم - الوجيز في القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٩.
٢٢. د. محمد طلعت الغنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٧١.

٢٣. محمد يعقوب عبد الرحمن - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية - ط١- مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - ٢٠٠٤.
٢٤. د. محمد الطاهر - الحماية الدولية للأقليات في القانون الدولي العام المعاصر - دار النهضة العربية - القاهرة- الكتاب بدون سنة طبع.
٢٥. محمد عاشور مهدي- قراءة في أسباب الصراع المسلح في ليبيا ومساراته المحتملة - من منشورات الانترنت - <http://www.crisisgroup.org>
٢٦. موسى سليمان موسى - التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان - رسالة ماجستير - الاكاديمية العربية المفتوحة - في الدنمارك - ٢٠٠٧.