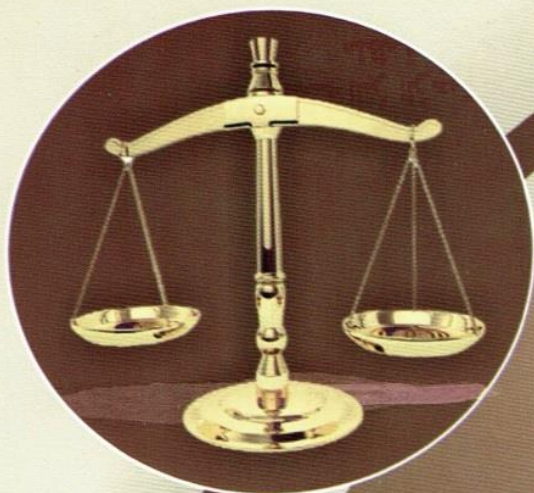


مجلة كلية الحقوق الرقم الدولي المعياري

ISSN1815 - 6630



مجلة علمية محكمة تصدرها كلية
الحقوق جامعة النهرين



المجلد ٢١ / العدد ٤

السنة ربيع الثاني ١٤٤١هـ / ١٥ كانون الاول ٢٠١٩م



مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين

مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها

كلية الحقوق في جامعة النهرين

(المجلد ٢١ / العدد ٤)

السنة : ربيع الثاني ١٤٤١ هـ / ١٥ كانون الاول ٢٠١٩ م

(وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل)



الإشراف اللغوي

م.د. أنور شناوي ذياب
م.م. سمير رحيم طاهر

الإشراف الفني

سارة عبد الخالق رفيق
أفنان علوان شبوط

هيئة تحرير المجلة

رئيس التحرير
أ.د. أكرم فاضل قصير
كلية الحقوق/جامعة النهرين

مدير التحرير
م.د. سجي محمد عباس
كلية الحقوق/جامعة النهرين

الهيئة العلمية لهيئة التحرير

أ.د. عباس زبون العبودي
أ.د. باسم علوان طعمة
أ.د. احمد كيلان عبد الله
أ.د. شروق عباس فاضل
أ.د. مها محمد أيوب
أ.د. زينب احمد عوين
أ.د. ضمير محمد حسين
أ.د. مازن ليلو راضي
أ.د. سعد حسين الحلبوسي
أ.د. احمد عبد الصبور الدجاوي
أ.د. الطيب بالواضح
أ.د. جواد الربيع
أ.د. عبد الحليم بوقريين
أ.د. بن صالح محمد الحاج عيسى

مجلة كلية الحقوق

مجلة علمية فصلية محكمة
تصدرها كلية الحقوق في
جامعة النهرين
المجلد (٢١) العدد (٤)

لسنة / ربيع الثاني ١٤٤١ هـ
١٥ كانون الاول ٢٠١٩ م

للمراسلات

رئيس التحرير
-العراق- بغداد- الكاظمية-
كلية الحقوق - جامعة النهرين

البريد الالكتروني

INTERNET.NAHRAINLAW.MA
GAZINE@GMIL.COM

الاشتراك السنوي
٢٥٠٠٠ - دينار للمؤسسات
الحكومية والأشخاص
داخل العراق
jclawnu1987

الرقم الدولي المعياري

ISSN 1815-6630

بمعامل التأثير العربي

وقدره 0.7

رقم الشهادة (2019-300)

- ١- يقدم صاحب البحث بحثه الى هيئة التحرير للنشر من خلال كتاب رسمي صادر عن جهة انتساب الباحث بناءً على طلب خطي من قبله (المرفق طياً).
- ٢- يتعهد الباحث خطياً (التعهد المرفق ١) بعدم سرقة او استلال بحثه من رسالة الماجستير او أطروحة الدكتوراه له او للباحثين المشاركين او منشور سابقا وبخلافه يتحمل التبعات القانونية.
- ٣- يقدم الباحث نسخة الكترونية للبحث لغرض التقويم الالكتروني وتحديد الاستلال الكترونياً.
- ٤- تعرض البحوث المقدمة على اللجنة الاستشارية للمجلة لاعطاء موافقة اولية بالنشر.
- ٥- تلتزم المجلة بارسال البحث الى ثلاث مقومين على ان يتم تقييم البحث في مدة اقصاها شهر وبخلافه يقدم الخبير اعتذاره خلال اسبوع وعندما يكون التقييم العلمي ايجابي يحال البحث الى المقوم اللغوي لتقويمه لغويا خلال اسبوع.
- ٦- تلتزم المجلة بابلاغ الجهات ذات العلاقة والجامعة التي ينتسب اليها الباحث عند اكتشافها وجود سرقة علمية او استلال للبحث المقدم مع الاشارة الى البحث الاصلي ومكان وسنة النشر.
- ٧- لا يزيد حجم البحث المقدم عن 25 صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.
- ٨- يجب أن يتضمن البحث : عنوان البحث ، خلاصة ، مقدمة ، منهج البحث ، النتائج ، المناقشة ، الاستنتاجات ، قائمة المراجع ، خلاصة بلغة عالمية حية وكلمات مفتاحية باللغتين العربية والانكليزية.
- ٩- لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (200) مئتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي أو غير العربي)، عنوان البحث ، اسم الباحث ، مكان العمل (والمراسلة ان كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة (*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.
- ١٠- الجداول والمواد التوضيحية ، جيدة الأعداد ، على ورق ملائم ، مصقول أو شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة، أي بحد أقصى 12*16 سم للصفحة الواحدة ، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال.
- ١١- ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين، ويشار إلى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة.
- ١٢- تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.
STANDARD INTERNATIONAL UNITS, SI UNITS.
- ١٣- لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.
- ١٤- تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في:

THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & Co., LONDON.

١٥ - تستخدم الاختصارات المقتنة دولياً ، سواء لوحادات القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة.

١٦ - لا تقبل المراجع غير المنشورة ، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر ، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.

١٧ - يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص أو في قائمة المراجع، أسلوب هارفارد، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر، حسب CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983.

١٨ - يشار إلى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين.

١٩ - ترتب المراجع في قائمة المراجع، ترتيباً " أبجدياً"، حسب أسماء المؤلفين ، وسنوات النشر.

٢٠ - بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب أن يحدد رقم المجلد، ورقم العدد وأرقام صفحات بداية ونهاية البحث.

٢١ - بالنسبة للمراجع المأخوذة، من كتب ورسائل علمية، تحدد أرقام الصفحات المستخدمة كمرجع.

٢٢ - قد تستخدم التذييل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقيم التذييل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.

كلمة رئيس التحرير

صادقة هي كلمة العلم التي تنبع من الفكر السليم والقلب الامين على اودعة الله سبحانه وتعالى فينا من قوة عاقلة تميزنا عن سائر البهائم العجماء لذا اكرر عبارتي مرة اخرى بأسلوب اخر صادقة هي الكلمة التي تنبع من الفكر السليم ولو وجد فيها اضداد العلم اختلافاً فهو تعارض مسموح لا تناقض مرفوض وشتان الفرق بين التعارض والتناقض والكلمة التي يصدر بها اساتذة القانون وطلابه هي كلمة العلم وهي الكلمة التي نسأل يوماً ما عنها امام العرش السماوي عن مدى امتثالنا اليها وقياس سلوكنا عليها .

ومن وضع يده على الورقة كاتباً مقالاً في القانون او بحثاً او كتاباً فيه لا ينظر الى ما ورائه ولا يتراجع عن ارائه طالما كان متأكداً من علمه واثقاً بمصادره التي استقى منها افكاره دارساً افكار اساتذته وموزنها بميزان علم المنطق التي تعصم ذهن الباحث او الكاتب عموماً عن الخطأ في الاستنتاج كما يقول المناطقة من اهل العلم. ومن هذا المنطلق ادعو زملائي اساتذة القانون في كليات الحقوق كافة ، كما ادعو ابنائي الطلبة من الذين نتشرف بنشر بحوثهم ودراساتهم المعدة اصلاً للنشر او المستلة من اطاريحهم ورسائلهم الجامعية الى التآني في الكتابة والتأكد من البحوث ومادة العلم الذي يتقدمون به الى مجلتنا بدل المرة مرتان وعدم التسرع بنشر البحوث او الدراسات بمجرد اعدادها كما ندعوهم الى التفكير الف مرة قبل وصف بحوثهم او دراساتهم بكونها بحثاً تحليلية او تأصيلية . فالباحث الذي يتخذ المنهج التحليلي او التأصيلي منهجاً او اسلوباً لبحثه هو كمن يستخرج الدرر المكنونة من الطمي المطروحة امام ساحل البحر . اذ ان البحوث التحليلية وكذلك التأصيلية تحتاج الى سنوات من التفكير منه الى حد نخاع العظم ان صح التعبير . واخيراً لا يفوتني الا أن اتقدم بالشكر والامتنان والتقدير الى اخي وزميلي الاستاذ الدكتور فراس عبد الرزاق حمزة عميد كلية الحقوق بجامعة النهرين على الثقة التي شرفني بها برئاسة تحرير مجلة كلية الحقوق المعروفة بعراقتها واصالتها. كما اتوجه بشكري وامتناني الى الاخوة والزملاء ورؤساء تحرير المجلة السابقين واخص منهم من عاصرتهم في تولي رئاسة تحريرها بترتيب عكسي وهم كل من الزميل الاستاذ الدكتور حيدر ادهم عبد الهادي والزميل الاستاذ الدكتور علي غسان احمد لما قدموه من خدمات وما بذلوه من جهود في سبيل انجاح مهمة المجلة والارتقاء الى ان اكتسبت موقعها الرائد بين المجالات القانونية العراقية المتخصصة في الوقت الحاضر والله من وراء القصد

رئيس التحرير

أ.د. اكرم فاضل سعيد

بغداد في ٢٠١٩/١٢/١٥

المحتويات

رقم الصفحات	أسم البحث
٣٢-١	تميز نظام التسجيل العيني عما يشته به من المفاهيم القانونية سارة مهند محمد صالح أ.د. أكرم فاضل سعيد
٦١-٣٣	ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة - أ.د. حيدر طالب الامارة م.م. سري حارث عبدالكريم
٨٧-٦٢	الأساليب القانونية لنقل الديون في عملية التوريق المصرفي (دراسة قانونية مقارنة) علي حسن باتول أ.د. صدام حسن كوكز
١٠٥-٨٨	الاغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق أ.د. سمير داود سلمان
١٣٤-١٠٦	الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني- دراسة مقارنة- أ.م. زمن غازي جعفر حيدر داود سلمان خلف
١٦٧-١٣٥	الجرائم المضرة بالصحة العامة في العراق إستبرق قاسم حمدان الكعبي أ.م.د. ميسون خلف حمد الحمداني
٢٥٨-١٦٨	عقد التداول المالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة) ميسم صلاح عبد الحسين أ.م.د. محمد جاسم محمد
٢٩٨-٢٥٩	تجنيح دعاوي الجنايات د. أوزدن حسين رحمن دزه بي
٣١١-٢٩٩	العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ د. رعد هاشم امين التميمي د.رعد عداي حسين المسعودي

رقم الصفحات	أسم البحث
٣٣١-٣١٢	المقومات العملية للنظام الحزبي في النظم الديمقراطية د. ايات سلمان شهيب
٣٤٧-٣٣٢	الحق في العمل لذوي الاعاقة في القانون العراقي م. د. نادية فرحان زامل م. م. فاطمة درو ملوح
٣٦٠-٣٤٨	الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت "دراسة مقارنة" م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي
٣٧٦-٣٦١	انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية م.م. شوقي ناصر علوان
٤٠٠-٣٧٧	التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية م.م فادية حافظ جاسم

تمهيز نظام التسجيل العيني عما يشته به من المفاهيم القانونية بحث مستل من أطروحة دكتوراه

باحثة دكتوراه

سارة مهند محمد صالح

أ.د. أكرم فاضل سعيد

جامعة النهرين/كلية الحقوق

المُلخص

"تناولنا في دراستنا هذه تمهيز نظام التسجيل العيني عن جملة من المفاهيم القانونية التي تتداخل مع مفهوم هذا النظام وهذه المفاهيم تتمثل بنظام التسجيل الشخصي واجراءات الإشهار والتصرفات الرضائية التي يتم إجرائها خارج دائرة التسجيل العقاري ، والسبب يعود وراء الوقوف على بحث مثل هذا الموضوع وتمييزه عن اوضاع قانونية مختلفة هو لأهمية نظام التسجيل العيني ودوره في حماية الملكية العقارية باعتبارها اهم ما يملكه الأفراد ، اذ تمثل الملكية العقارية البنية التحتية الداعمة للاقتصاد وهي في تزايد مستمر مع بقاء رقعة الأرض ثابتة لا تتغير ، كما وان نظام التسجيل العيني يعمل على حفظ واستقرار المعاملات ويمنع اغتصاب العقارات من أصحابها وبيان حقوق كل مالك على العقار هذا هو الذي دفعنا لدراسة هذا النظام والوقوف على تفاصيل الاوضاع القانونية التي تتداخل معه في بعض جزيئاته".

كلمات مفتاحية:-

١. نظام التسجيل العيني
٢. نظام التسجيل الشخصي
٣. اجراءات الاشهار
٤. العقارات
٥. التصرفات الصادرة من جانب واحد

Distinguish the system of in-kind registration from suspected legal concepts

Shared search

Dr. Akram fadiel saied

Sarah mohanad mohammed salih

Abstract

"In our study, we have distinguished the system of registration in kind from a number of legal concepts that interfere with the concept of this system. These concepts are the system of personal registration and publicity procedures and consensual actions that take place outside the real estate registration department. The reason is to discuss such a subject and distinguish it from different legal situations Is the importance of the system of registration" in "kind and its role in the protection of real estate as the most important property of individuals. Real estate represents the infrastructure supporting the economy and is increasing with the survival of the land area is constant and unchanged, and the system of registration in kind Work on the preservation and stability of transactions and prevent the rape of real estate owners. And the statement of the rights of each owner of this property is what prompted us to study this system and to find out the details of the legal conditions that interfere with some of its molecules".

Key words:-

1.Registration system in kind 2.Personal registration system 3.Advertising procedures 4.Real estate 5.Unilateral actions

مقدمة الموضوع

" لقد أولت تشريعات دول العالم اهتماما بالملكية العقارية والحقوق العينية المترتبة عليها وسعت إلى تنظيمها على أسس ثابتة ومثينة تقتضيها المصلحة العامة ومبادئ العدل والإنصاف ، والسبب يعود وراء ذلك هو إن الملكية العقارية تمثل مقياسا للثروة ومصدرها ، فضلا عن ذلك فإن الحق العيني الذي يترتب على العقار يمتاز بالنفوذ في مواجهة كافة مما يشكل خطورة على من يكتسبون حقا عينيا يجهلون عائديته لشخص أجنبي عنهم ، لذا ونتيجة لذلك بدأت الدول التوجه نحو ابتداء أنظمة للإعلان عن الحقوق العينية العقارية وهذه الأنظمة اختلفت تسميتها من دولة لأخرى فمنهم من أطلق عليها بالسجل العقاري ومنهم من أطلق عليها بالشهر العقاري ويتم تطبيق هذا النظام من خلال إنشاء هيئات متخصصة بذلك تنحصر مهمتها في تدوين الحقوق العينية في السجل المخصص لها وقد عرف مشرعي الدول على مر العصور نظامين لتنظيم فكرة التسجيل العقاري وهما نظام التسجيل العيني ونظام التسجيل الشخصي وقد اخذ المشرع "العراقي بنظام التسجيل العيني لتنظيم فكرة التسجيل العقاري ، إلا إن هناك مفاهيم قد تتشابه في مضمونها مع نظام التسجيل العيني الأمر الذي يؤدي إلى حدوث لبس باتجاه معين بين هذه المفاهيم . وهذا ما يتطلب معه الوقوف على هذه المفاهيم القانونية لإزالة أي لبس ممكن إن يحصل بينهما ، فقد يبدو إن نظام التسجيل المتبع لتسجيل التصرفات التي ترد على العقارات هو واحد والمتمثل بنظام التسجيل العيني ، إلا إننا نجد أن هنالك نظام آخر للتسجيل تم اعتماده من قبل تشريعات بعض الدول هو نظام التسجيل الشخصي ، فضلا عن ذلك نجد إن من التشريعات عدت التسجيل هو إجراء من إجراءات الإشهار. فيختلط التسجيل في السجل العيني ما إذا كان هو ركن في العقد وما إذا كان إجراء من إجراءات أعلام الغير بالتصرف الذي يرد على العقار ، كما وإن هناك تصرفات تجري خارج دوائر التسجيل العقاري وهي لا تختلف عن التصرفات التي تتم في هذه الدائرة مما يؤدي إلى حدوث لبس فيما إذا كانت هذه التصرفات تخضع لذات الحكم الذي نخضع له التصرفات التي تتم في دائرة التسجيل العقاري ، لذا أوجب علينا تمييز نظام التسجيل العيني عما يشتبه به من أوضاع . لذلك ومن خلال هذا البحث سوف نقف على نظام التسجيل العيني نميزه عن نظام التسجيل الشخصي الذي أخذت به جانب من تشريعات الدول كما وسوف نقوم بتمييز هذا النظام الذي يعد الركن الشكلي للتصرفات التي ترد على عقار عن إجراءات الإشهار التي يكون التسجيل فيها ليس جزءا من العقد ، فضلا عن ذلك تمييزه عن التصرفات الرضائية التي تقع خارج دائرة التسجيل العقاري.

أهمية موضوع البحث :

تتلخص أهمية هذا الموضوع لما له من ارتباط بالواقع العملي ولا سيما إن مجال التصرفات العقارية بات يلعب دوراً مهماً في أغلب مفاصل الحياة ، فضلاً عن ذلك إن هذا الموضوع كان محط اهتمام جانب كبير من فقهاء القانون في مختلف دول العالم على الرغم من صعوبة الجمع بين الفكرة النظرية لنظام التسجيل والتطبيق العملي لها ونظراً لهذه الصعوبة ارتأينا تناوله في هذا البحث " .

مشكلة البحث :

تتجسد مشكلة البحث بالخصوصية التي يتمتع بها نظام التسجيل العيني فإذا كان الأصل في القانون العراقي جعل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو أحد أركان التصرف العقاري فالتساؤل الذي يثار هنا هل توجد تصرفات عقارية ترد على العقار تتعقد من دون حاجة إلى الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري ؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عليه ضمن هذا البحث " .

منهج البحث :

كان لزاماً علينا لغرض الإجابة عن التساؤل المطروح في مشكلة البحث ووصولاً إلى النتائج التي تتفق مع المنطق السليم أن نعتمد منهج عرض نصوص القانون محاولين إعطاؤها التكييف القانوني

الصحيح الذي بمقتضاه نستطيع الوقوف على أهمية هذا النظام ودوره في حماية الملكية العقارية فضلاً عن اعتماد المنهج التحليلي محاولين تحليل هذا النظام من جميع الجوانب وربطها بالجانب العملي ، اذ لا فائدة من اية دراسة تبقى في ظل نطاق الأفكار النظرية بعيدة كل البعد عن الحياة العملية من تنظيم مسألة حماية اصحاب الحقوق العينية العقارية من جميع الجوانب من اجل تحقيق مصلحة كل من يتعامل مع العقار ، مع المقارنة البسيطة مع بعض تشريعات الدول مساهمة منا في معرفة موقف القوانين من هذا النظام للاستفادة من تجارب التي تعتمد هذه الدول في كيفية معالجة مثل هكذا مسألة كما وأولينا لأحكام القضاء جانباً لما لها من أهمية في هذا الخصوص " .

خطة البحث :

"لغرض دراسة الموضوع بشكل مفصل فإن الأمر يقتضي بنا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث ، نخصص الأول لتمييز نظام التسجيل العيني عن نظام التسجيل الشخصي والمبحث الثاني نفرد له لبيان أوجه التقارب والخلاف بين نظام التسجيل العيني وإجراءات الإشهار ، أما المبحث الثالث سيتضمن التمييز بين التصرفات الرضائية التي تقع خارج دائرة التسجيل العقاري ونظام التسجيل العيني . وإذا منتهيننا من بحث هذا الموضوع نقف على بيان اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها" .

المبحث الأول

"تمييز نظام التسجيل العيني عن نظام التسجيل الشخصي"

"اهتمت تشريعات الدول بالملكية العقارية والحقوق العينية المتفرعة منها وسعت إلى تنظيمها وفق أسس ثابتة ، وذلك لان الملكية العقارية تحتل مكانة مرموقة بين الحقوق ، لذلك ابتدعت تشريعات الدول أنظمة للإعلان عن الحقوق العينية العقارية اصطلاح على تسميتها بمصطلح التسجيل العقاري أو الشهر العقاري وقد تجسدت هذه الأنظمة بنشوء نظامين للتسجيل احدهما عيني والآخر شخصي وان هذين النظامين يختلفان عن بعضهما من عدة جوانب جوهرية انعكست أثارها على الواقع العلمي فيما يتعلق بحماية الحقوق التي ترد على العقارات . وسيتم عرض ابرز مواطن الاختلاف بين نظام التسجيل العيني ونظام التسجيل الشخصي ضمن أربعة مطالب وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

تمييز النظاميين من حيث آلية التسجيل

تتبع بعض الدول مثل فرنسا ومصر في تسجيل التصرفات التي ترد على العقار نظاما يختلف عن نظام التسجيل العيني يعرف بنظام التسجيل الشخصي من اجل حماية حق الملكية والحقوق العينية التي ترد عليه من خلال اعتماد المعيار الذي يقوم عليه هذا النظام المتعلق بالية التسجيل حيث بموجب هذا النظام يتم الرجوع إلى نوعين من السجلات لتسجيل التصرفات التي ترد على العقار سجل تدون فيه التصرفات التي ترد على العقارات بحسب الترتيب الزمني . وسجل تدون فيه التصرفات المذكورة بحسب الترتيب الأبجدي للحروف الهجائية التي تبدأ بها أسماء المتصرفين^١ ، في حين إن آلية تسجيل التصرفات ضمن نظام التسجيل العيني تختلف عن ما هو الحال عليه في نظام التسجيل الشخصي ، إذ تكون الوحدة العقارية محل اعتبار في عملية التسجيل حيث يتم أفراد صفحة مستقلة عن كل وحدة عقارية ضمن السجل تدون فيها جميع التصرفات الواردة على العقار وفي حالة ما إذا حصلت عدة تصرفات تتعلق بعقار ما فان التسجيل العيني يضمن هذه التصرفات ، إذ إن جميع التصرفات يمكن حصرها في " صفحة واحدة من السجل وهذا ما يعرف بالسجل العيني الذي استمد هذا النظام تسميته منه^٢ ، في حين إذا ما حدث تصرف على عقار ما ضمن نظام التسجيل الشخصي كان لهذا التصرف الأثر الذي يعتد به إلى أشخاص آخرين كان تكون إجراءات نقل ملكية عقار إلى أكثر من شخص فان تسجيل العقار محل التصرف سيكون ضمن عدة سجلات بالاستناد إلى الحروف الأولى لأسماء المالكين وبالتالي نكون أمام عدة سجلات تختص بملكية الوحدة العقارية^٣ ، كذلك الحال بالنسبة لتصرف الشريك لحصته إلى الغير فان هذا التصرف يتم تسجيله في سجل آخر حسب الحرف الذي يبدأ به اسم المشترك الجديد^٤ الأمر الذي يتعذر معه حصر ملكية الوحدة العقارية في سجل واحد بل ستكون موزعة بين عدة سجلات شخصية دون أن يكون هناك أي ارتباط يدل على وجود علاقة بين تلك السجلات^٥ . ويترتب على اختلاف آلية التسجيل صعوبة معرفة المالك الحقيقي بالنسبة لنظام التسجيل الشخصي لأننا لو أردنا معرفة عقار معين يجب الرجوع إلى عدة من السجلات كما وضحنا سابقا فالأمر يكون مستحيلا في التعرف على المالك الحقيقي بالنسبة للنوع الأول من السجلات القائم على تدوين التصرفات بالاستناد إلى

(١) ينظر د. محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، التسجيل والقيد ، قانون التسجيل صادر في ٢٦/يونيو / ١٩٢٣ ، بيروت : لبنان ، دار المنشورات القانونية ، ١٩٣٩ ، بند ٢٠ ، ص ٣٠ .

(٢) ينظر اميمة رافع رجب ، الإبطال القضائي لسندات التسجيل العقاري (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٧ ، ص ١٨ وما بعدها .

(٣) ينظر د. علي بن عزان بن علي الهشامي ، الآثار القانونية للتسجيل العقاري ، دراسة مقارنة ، دون ذكر سنة الطبع ، المنصورة ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٤ ، ص ٣٥ .

(٤) ينظر د. مندي حمزة محمد ، الشهر العقاري وتطوره واحكامه ، مرجع سابق ، ص ٨ .

(٥) ينظر د. ابراهيم ابو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، دون ذكر سنة الطبع، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص ٢٧ .

الترتيب الزمني حيث لا توجد أي علاقة تدل على اسم المتصرف أو المتصرف إليه أو على وصف العقار ، إما بالنسبة للسجل الثاني فهنا يتطلب البحث الطويل لمعرفة كل الأسماء كلما زادت التصرفات على العقار مما يؤدي إلى صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار وبالتالي صعوبة معرفة الحالة القانونية للعقار^١ ، في حين ان نظام التسجيل العيني يمتاز بإمكانية التعرف على المالك الحقيقي للعقار ومعرفة الحالة القانونية له ؛ لان هذا النظام يقوم على أساس تسجيل الوحدة العقارية فقط في سجل واحد هو السجل العيني ."

المطلب الثاني

تمييز النظامين من ناحية قوة الثبوت

" لا يتمتع نظام التسجيل الشخصي بأي قوة ثبوت وذلك لان التصرفات التي يتم تسجيلها بموجب هذا النظام لا تخضع للتدقيق والبحث عن مدى صحتها بل تسجل كما هي فان كانت "باطلة او قابلة للإبطال (بمفهوم القوانين التي تجيز استخدام هذا المصطلح التي ليس القانون العراقي من احداها) او الفسخ ظلت كذلك حتى بعد تسجيلها مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها بالرغم من تسجيلها بالإبطال او الفسخ . ومن ثم فان عملية التسجيل في ظل هذا النظام لا تظهر عيوب التصرف ويبقى المتصرف اليه مهددا بدعاوى الابطال والفسخ والصورية على الرغم من تسجيل التصرف الصادر منه . وهذا ما جعل من عملية التسجيل مجرد وسيلة للتسجيل والعلانية . وليس سببا لنشوء الحقوق العينية وانتقالها^٢ ، أي بمعنى اخر ان نظام التسجيل الشخصي يضيف الرسمية على التصرف الذي تم تسجيله فقط من دون ان يضمن سلامة الملكية التي تنتقل الى متلقيها من عيوبها ، اذ قد تنتقل الملكية بعيوبها الى السجلات الشخصية من دون التحري عن صحة الوثائق والمستندات التي تم الاستناد اليها في نقل الملكية . ففي ظل هذا النظام لا يتم تصحيح عقدا يشوبه عيب من عيوب الانعقاد اضافة الى التصرفات الواردة على العقار تبقى كما هي حتى وان كان يشوبها عيب التزوير^٣ ، وهذا على خلاف نظام التسجيل العيني الذي يتمتع بقوة ثبوت مطلقة ، أي ان التصرفات في ظل نظام التسجيل العيني تعتبر قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني^٤ ، وذلك لان هذا النظام يطهر التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها^٥ وعليه فان كان حق عيني تم تسجيله في ظل هذا النظام يعتبر حجة في مواجهة الكافة . وهذا ما يعزز الثقة في بيانات السجل العقاري^٦ ؛ لانه بموجب هذا النظام يقع على عاتق المكلف بالتسجيل مراقبة كل التصرفات من حيث توفر كل الاركان والشروط المطلوبة لصحة التصرف بحيث لا يسجل في السجل العقاري الا التصرفات الصحيحة والمشروعة فعلا^٧ ."

المطلب الثالث

- (١) ينظر د. عبد الحميد الشواربي ، اجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء ، دون ذكر رقم الطبعة ومكان الطبع ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص ٣ .
- (٢) د. علي بن عزان بن علي الهشامي ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .
- (٣) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، ط ٣ ، نهضة مصر ، ٢٠١٠ ، احياء التراث العربي ، ١٩٥٨ ، بند ٢٤٩ ، ص ٤٣٥ .
- (٤) ينظر د. عبد العزيز حساني ، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد ، دون ذكر رقم الطبعة ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، العراق ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٤ .
- (٥) ينظر د. محمد ابيب شنب ، دراسات في قانون السجل العيني المصري ، معهد البحوث والدراسات العربية ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص ٢٠ وما بعدها .
- (٦) ينظر اميمة رافع رجب ، الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .
- (٧) ينظر د. حسن عبد الباسط جميعي ، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني ، دون ذكر الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ١١١ .

تمييز النظامين من حيث اكتساب الحقوق المسجلة بالتقادم

"سبق وان بينا ان نظام التسجيل الشخصي ليس له قوة ثبوت مطلقة ؛ والسبب في ذلك هو ان البيانات والمعلومات المثبتة في السجل الشخصي قد تكون عرضة للطعن من قبل كل من له مصلحة في ذلك مما لا يضمن هذا النظام ظهور خطر يتمثل في ادعاء شخص آخر من الغير بملكية عقار ما عن طريق التقادم المكسب حيث ان هذا النظام لا يمنع من اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب^١ ، وهذا على خلاف نظام التسجيل العيني . إذ لا يمكن لأحد ان يكتسب الملكية العقارية بموجب نظام التسجيل العيني عن طريق التقادم المكسب ؛ وذلك لان كسب الملكية بهذا الطريق يتعارض مع مبدأ قوة الثبوت المطلقة^٢ ، أي انه من يثبت اسمه في السجل العقاري كمالك للعقار يصبح في مأمن من إن يفاجئ بادعاء أي مغتصب يزعم انه يملك العقار بالتقادم المكسب^٣ ."

المطلب الرابع

تمييز النظامين من حيث تعارض سندات الملكية

" في نظام التسجيل الشخصي يحتمل التعرض الى خطر تعارض سندات الملكية للعقار الواحد؛ وذلك راجع الى صعوبة البحث وعدم الجدوى منه لمعرفة المالك الحقيقي لعقار معين ، اذ بموجب هذا النظام توجد نوعين من السجلات : (١) سجلات دونت فيها التصرفات الواردة على ال عقارات بحسب الترتيب الزمني ، (٢) وسجلات اخرى دونت فيها التصرفات المذكورة بحسب الترتيب الأبجدي للحروف الهجائية التي تبدأ بها أسماء المتصرفين . فتكون البيانات" موزعة بين اكثر من سجل واحد ، وهذا ما يؤدي إلى تعارض سندات الملكية لصعوبة حصر البيانات المتعلقة بالعقار محل التصرف ؛ وذلك لأنها تكون موزعة بين اكثر من سجل^٤ . وهذا على خلاف نظام التسجيل العيني حيث لا يوجد تعارض ما بين سندات الملكية للعقار الواحد ؛ وذلك لانه بموجب هذا النظام يخصص لكل عقار صفحة في السجل العقاري مما يضمن ان السندات تستخرج من مصدر واحد وهو الصفحة العقارية . فتكون السندات مطابقة للبيانات المدونة في تلك الصفحة^٥ . وفي ظل هذا النظام يتم منح المتصرف اليه سندا يحتوي على معلومات يكون مصدرها الصفحة العقارية المخصصة للعقار محل التصرف ضمن السجل العيني .

(١) جرى التأكيد على عدم اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في قانون السجل العقاري رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦ المطبق في سوريا ولبنان في المادة (١٩) منه اذ نصت على ((لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري)) كما وقد نص قانون التحفيظ المغربي الصادر في (٩) رمضان ١٣٣١هـ ١٩١٣ في المادة (٦٣) منه التي نصت على ((ان التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد ، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري)) كما ونصت على ذلك المادة (٣/٢٩) من القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري العيني على انه ((كما لا يقبل اثبات تملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل)) .

(٢) ينظر د. عبد العزيز حساني ، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ ومابعدها .
(٣) يمكن اكتساب الملكية بالتقادم المكسب في حالتين اولهما : عندما تكون الحقوق العينية العقارية غير مسجلة في السجل العقاري وهنا يظهر دور التقادم في اثبات ملكية العقار والحقوق العينية الاخرى وعليه سوف يصبح حائزها المالك لها بموجب سندات التسجيل العقاري حيث نجد ان التقادم قد قلب حيازة الحائز من وضع يد الى واقع وثانيهما : عندما يكون الحق العيني مسجل في السجلات العقارية الا ان هذه السجلات فقدت او مزقت او اصبحت معيبة لدرجة لا يمكن الاعتماد بها او ان السند الذي يثبت ملكية العقار او الحق العيني الذي يرد عليه غير مصدق من قبل دائرة التسجيل في هذه الحالات يمكن كسب الملكية او أي حق عيني اخر بالتقادم او ان يتم كسب هذا الحق بالتقادم بموجب قوانين استثنائية لها دوافع سياسية وذلك عند تجاوز بعض المواطنين من بسطاء الناس على عقارات الدولة واحداثهم فيها المشيدات بشكل مخالف للقانون وبمرور الزمن يصبح هذا البناء العشوائي له وجود فعلي مما يؤدي الى تشكيل ضغط على الدولة يقودها الى اصدار قرارات استثنائية لها قوة القانون تقضي بتمليك هذه العقارات للمتجاوزين عليها .

(٤) ينظر د. محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، التسجيل والقيد ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٥) ينظر د. ابراهيم ابو النجا ، السجل العيني في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٥٤ .

"... ويترتب على ذلك ان نظام التسجيل الشخصي يؤدي الى عدم استقرار المعاملات العقارية وزعزعة الثقة فيها ، اذ بموجب هذا النظام يتطلب من الغير حسن النية ان يتأكد عند تعامله مع الشخص الذي سجل الحق على اسمه انه المالك الحقيقي للحق في حين ان نظام التسجيل العيني يتولى حماية الحقوق ، أي بمعنى اخر ان نظام التسجيل العيني يحمي حقوق المتعاملين ؛ وذلك لان كل ما مسجل في السجل العقاري يعتبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير".

المبحث الثاني

"تمييز نظام التسجيل العيني من إجراءات الإشهار"

"يعد التسجيل في السجل العقاري هو من الإجراءات التي أوجبها المشرع العقاري لانعقاد التصرفات التي ترد على العقار ، فالتسجيل هو ركن من الأركان الواجب توفرها لإتمام التصرفات العقارية فهو ينقل العقد من نطاق الرضائية الى نطاق الشكلية".

"وعليه فقد يختلط التسجيل باعتباره الركن الشكلي في التصرفات العقارية بإجراءات الإشهار ، لذا فان التمييز بين الشكل وإجراءات الإشهار يمثل اتجاها غالبا لدى الفقه القانوني^١ ؛ والسبب يعود وراء ذلك هو ان الشكل القانوني هو اسلوب يتولى المشرع تحديده للتعبير عن الإرادة مع عدم النكران لثبوت أشكال أخرى يفرضها المتعاقدون فيما بينهم لإجراء ما يرغبون فيه من تصرفات فيما بينهم . لذا فهو اسلوب لا يسلب الإرادة حريتها في التعبير عن نفسها وانما يتولى مهمة تنظيم ممارسة هذه الحرية^٢ فالإرادة المجردة من هذا الأسلوب ليس لها وجود قانوني ومن ثم لا وجود للتصرف الذي يستند إليها ، ومن هنا فان الشكل يتصل بتكوين العقد وبعد "عنصرا داخلا في ماهيته بحيث يمكننا القول بالاطمئنان لا وجود للعقد بدونه حماية للغير من الغش والخداع" لذلك فان الشكل يرد معاصرا لتكوين العقد^٣ فهو اجراء رسمي اشترطه القانون في التصرف القانوني لكي يكون ذلك التصرف صحيحا وناظرا وناظرا ، فالشكلية لا تغتصب دور الارادة ولا تنتقص شيئا منها ، اما اجراءات الاشهار فيراد بها هي وسيلة قانونية لتحقيق علم الغير بوجود التصرف القانوني ، فهي اجراءات لازمة لا استقرار التعامل لا تتعلق بالعقد ذاته ولا تدخل في عناصر تكوينه وانما هي مؤشر على وجود عقد صحيح منتج لاثاره^٤ ، أي بمعنى اخر ان الاشهار هو اجراء لاحق لتكوين العقد فهو لا يتصل بالعقد ذاته وانما يتصل بسند

- (١) ينظر المحامي وجدي شفيق فرج ، الوسيط في شرح قانون السجل العيني ، ط١ ، حيدر جروب للاصدارات القانونية ، ٢٠٠٩ ، ص١٦ .
- (٢) ينظر د. جميل الشراوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، بدون ذكر الطبعة ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٥١ وما بعدها .
- (٣) ينظر نوال قاسم هاشم ، الشكل في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٨ ، ص١٧ .
- (٤) ينظر حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص٩٨ .
- (٥) ينظر المحامي مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية (التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية) ، بغداد : مطبعة الرشاد ، ١٩٨٩ ، ص ص (٨٧) .
- (٦) ينظر د. محمود ابو عافيه ، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون العربي المقارن) ، القاهرة : دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٤٨ ، ص٥٩ .
- (٧) ان اجراءات الاشهار خاصة بالحقوق العينية العقارية ، اذ لا يوجد شهر في المنقول لانه من الصعب تنظيم الشهر في المنقولات لتتنوعها لا يمكن معه تعيين ذاتيتها ولانه لا يوجد له مقر ثابت ولانها تتداول بسرعة من يد الى يد فيتحتم شهرها بعرقلة حرية تداولها وبقيد التجارة التي تستلزم السرعة ولا تتفق مع البطء باستثناء بعض المنقولات ذات طبيعة خاصة كالسفن والطائرات والسيارات وبعض الاشخاص المعنوية كالشركات التجارية .

اثباته^١، لذلك فإن عملية الاشهار تنصب على السند الذي يثبت وجود العقد وهذا معناه ان هذه الاجراءات لا تدخل في البناء القانوني للعقد^٢.

"والدليل على صحة هذا التمييز بان بعض صور الشكل تدخل في بناء العقد، هو ان تخلف التسجيل يعدم أي اثر يمكن ان يترتب على العقد. كما وان الشكل لا يمكن ان يستبدل به شي اخر اذا ما اعتراه عيب^٣، حيث لا يمكن معالجته وانما يتوجب على اطراف العقد المتمسكة^٤ "بالنتيجة التي يفضي اليها العقد ان تعيده مجدداً^٥، اما فيما يتعلق باجراءات الاشهار فانه يفترض وجود عقد صحيح ولهذا لا يكون لغياب تلك الاجراءات من اثر على الوجود القانوني للعقد^٥."

"لذلك ومن خلال ما تقدم يتضح ان التباين في الطبيعة بين الشكل وبين اجراءات الاشهار يؤدي الى التباين في الوظيفة والجزاء التي تقوم عليها كل من الاجرائين، اذ ان وظيفة نظام الاشهار تهدف الى احاطة الغير علماً بالتغيير القانوني الذي احده العقد في الوضع القانوني لمحل العقد ليتمكن هذا الغير بعد ذلك من تحديد مسلكه في الاقدام على أي تصرف يتعلق بذلك المحل^٦، اما بالنسبة للشكالية في التصرفات القانونية فوظيفتها الجوهرية تتمثل في حماية الارادة عند الاقدام على ابرام العقد. لذا فهو لا يعدو سوى ان يكون اجراءاً لتنبيه المتعاقدين الى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه وبدونه يتدخل المشرع فيضع جزاءاً لتخلفه. ووصل تدخل مشرعنا الى الاقدام على اعدام العقد الناقل لملكية العقار وجعله عقداً باطلاً لا ينتج عنه اثر ناقل للملكية (م ٥٠٨ و م ١١٢٦). وفي تطور لاحق خفف مشرعنا هذه القسوة في الشكالية بموجب احكام القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل (وهذه مسالة اخرى). الامر الذي يتطلب معه جعل استيفاء الشكالية في مرحلة سابقة او معاصرة لتكوين العقد وهو من الامور المهمة لاتمام العقد^٧، اما بالنسبة لجزاء تخلف اجراءات الاشهار فانه يتمثل في نقصان قوة اثار العقد، اذ ينحصر العقد بين عاقيه ولا يسري في مواجهة الغير، أي ان جزاء تخلف الاشهار هو عدم سريان العقد في مواجهة الغير مع بقاء نفاذه وسريانه تجاه عاقيه الملتزمين بكل ما يولده العقد من التزامات بحكم القانون وسلطانه^٨، في حين يتمثل جزاء تخلف الشكالية في التصرفات الواردة على عقار في تجريد العقد من أي اثر سواء بين عاقيه او بالنسبة للغير والسبب يعود في ذلك هو ان الهدف منه هو توفير الحماية للارادة في اتجاهها صوب ابرام العقد^٩."

الا ان اعتبار الشكالية ركناً من اركان العقد الواردة على عقار وشرطاً من شروط انعقاده ليس حكماً متفق عليه بين القوانين، فنجد ان بعض التشريعات قد اعتبرت التسجيل ركناً في التصرفات القانونية الواردة على العقار، فاشتترطت التسجيل تلك التصرفات في الدائرة^{١٠} "المختصة ويترتب على تخلف التسجيل بطلان التصرف^{١١}". في حين اقرت تشريعات اخرى بان التسجيل يعد اجراءاً من اجراءات الاشهار^{١٢}."

(٨) ينظر د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٩) ينظر بمو بروير خان الدلوي، الاثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، بحث مقدم الى مجلة كلية الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد ٥٦، السنة ١٨، ص ١٨ وما بعدها.

(١) ينظر عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧١.

(٢) ينظر حسين عبد القادر معروف، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٣) ينظر عبد الرشيد عبد الحافظ، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤) ينظر د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ١٧٦.

(٥) ينظر د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٦) المرجع نفسه، ص ١٥٦ وما بعدها.

(٧) ينظر حسين عبد القادر معروف، مرجع نفسه، ص ١٠٦.

(٨) ان نظام التسجيل العيني هو نظام يفسر لنا الموقف المتشدد للمشرع العراقي الذي جعل من تخلف التسجيل هو عدم انعقاد عقد بيع العقار ومن ثم جعله باطلاً وهذا ما نلاحظه في المادة (٥٠٨) و (١١٢٦) من القانون المدني العراقي، ومن التشريعات التي انتهجت ما سار عليه المشرع العراقي هو القانون الاردني فيما يتعلق بالعقارات التي جرى

وسندرج ادناه موقف التشريعات من مسألة التمييز بين الشكل وبين اجراءات الاشهار وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول

التشريعات التي عدت التسجيل في الدائرة المختصة ركنا لانعقاد

"ان من التشريعات التي انتهجت هذا الاتجاه وعلقت انعقاد التصرف الذي يرد على العقار ونقل ملكية هذا التصرف على التسجيل في الدائرة المختصة هي القانون العراقي . حيث نجد ان المشرع العراقي قد عد التسجيل في السجل العقاري هو الركن الشكلي في التصرفات العقارية ، أي ان المشرع العراقي استبعد انعقاد العقد وانتقال الملكية خارج دائرة التسجيل العقاري فلا تنتقل الملكية لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل كي يتسنى حماية اطراف العلاقة العقدية والاغيار ، أي بمعنى لا يوجد انعقاد لمجلس العقد خارج دائرة التسجيل العقاري بعد اكمال المراسيم المطلوبة ، فالتسجيل هو الركن الاساسي الذي لا يكون للعقد أي وجود او اثر قانوني يمكن ان يعتد به الا بآتمامه وهذا ماكدته نصوص المواد (٥٠٨) و(١١٢٦) من القانون المدني العراقي^٢، لذلك فقد رسم المشرع العراقي شكلية معينة يجب اتباعها لتسجيل التصرف بالعقار "في" "دائرة التسجيل العقاري فيجري اولا اقرار المتعاقدين بالتصرف حصرا في دائرة التسجيل المختصة وامام رئيس الدائرة او من يخوله وينعقد هذا التصرف ومن ثم بعد ذلك يتم مجلس التعاقد بايجاب وقبول طرفي العقد او من ينوب عنهما امام الموظف المختص ثم يوقع المتعاقدان على شرح الاقرار المدون في الاستمارة الخاصة بالتسجيل في السجل . ويصادق الموظف المختص على اقرار المتعاقدين وتوقيعهما^٣ . فالتصرف الوارد على الاموال العقارية في القانون العراقي هو تصرف شكلي ، يستمد قوته من قوة التسجيل في السجل العقاري في دائرة التسجيل العقاري^٤ . وفي هذه الحالة ينبغي ان يتم الاتفاق في الدائرة المختصة ذاتها وبحضور الموظف المختص وتسجيل الاتفاق في السجل العقاري وتوقيع الطرفين المتعاقدين في السجل ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله"^٥ .

"ولقد اختلفت التفسيرات في التمييز بين الشكلية واجراءات الاشهار في ضوء ما تضمنه القانون المدني العراقي من احكام حيث ذهب البعض^٦ الى اعتبار ان التمييز بين الاقرار الصادر من المتعاقدين امام الموظف المختص واجراءات الاشهار المتمثلة بالتسجيل في السجل العقاري؛ وذلك من خلال الاستناد الى نص المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري^٧ حيث ذهب الى تفسير نص المادة بالقول بان التصرف القانوني ينعقد بايجاب وقبول طرفي العقد او من ينوب عنهما امام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح الاقرار للتصرف المذكور عليهما كما درج في استمارة التسجيل ، أي بمعنى اخر انه

تسويتها حيث نصت المادة (١١٤٨) مدني اردني على ان(لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقا لاحكام القوانين الخاصة به) .

(٩) التشريعات التي عدت التسجيل اجراءا للاشهار هي القانون الفرنسي والتونسي والقانون المصري ، فبالنسبة للقانون الفرنسي والتونسي قد علقا انتقال الملكية في مواجهة الغير في عقد بيع العقار على التسجيل ، فالحقد يكون رضائيا مابين المتعاقدين الا انه لا يعد نافذا في مواجهة الغير الا بعد التسجيل . في حين ان المشرع المصري قد علق انتقال الملكية في مواجهة المتعاقدين وفي مواجهة الغير على التسجيل .

(١) ينظر المحامي مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية ، مرجع سابق ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) ينظر نصوص المواد (٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥) من قانون التسجيل العقاري التي وضحت الاجراءات الشكلية التي يجب اتباعها لتسجيل التصرف الذي يرد على العقار .

(٣) ينظر نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

(٤) ينظر بمو بروير خان الدولي ، الاثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .

(٥) ينظر حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، مرجع سابق ، ص ١٠١ وما بعدها .

(٦) ينظر نص المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري المعدل .

ذهب الى القول بان التصرف القانوني ينعقد من تاريخ ارتباط الايجاب مع القبول امام الموظف المختص ، وما التسجيل في السجل العقاري الا اجراء من اجراءات الاشهار . كما ويستند في تبرير رايه هذا الى نصي المادة (١١٣) و(١١٤) من قانون التسجيل العقاري^١ حيث بينت هذه المواد بانه اذا امتنع قسم من المتعاقدين عن التوقيع بعد "اخذ الاقرار والتوقيع في الاستمارة يعتبر العقد منعقدا وتسجل المعاملة بموجبه على ان توضح كيفية الامتناع عن التوقيع في الاستمارة والسجل من قبل الموظف المختص كما وان المادة (١١٤) من قانون التسجيل العقاري قد بينت اذا ابرم العقد وتاخر عن التسجيل في وقتها سهوا فيعتبر العقد منعقدا من تاريخ الاقرار وباتر رجعي على ان تسجل المعاملة حينئذ ويشار الى ذلك في السجل فقد عد التصرف منعقدا من تاريخ الاقرار امام الموظف المختص ، وما التسجيل في السجل هو مجرد لاشهار العقد لا علاقة له بتكوينه كما وقد سعي في تبرير رايه الذي استند اليه وعن مدى تعارضه مع نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري^٢ حيث ذهب الى القول بانه يمكن التماس عذر للمشرع العراقي في هذا التعارض بين نصوص في القانون المدني وفي قانون التسجيل العقاري على اساس ان الخاص يقيد العام فقد ذهب الى القول بانه صحيح النصوص الواردة في القانون المدني قد صرحت بان التصرفات العقارية لا تنعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري الا ان هذه النصوص لا يمكن اعمالها مع وجود نص خاص في قانون التسجيل العقاري يقيدها . فالقانون المدني يعد قانونا عاما بالنسبة الى قانون التسجيل العقاري الذي يعد قانون خاص ويجب اعمال النص الخاص دون النص العام . فضلا عن ذلك فقد استند في تبرير رايه الى القانون المدني نفسه فقد ذهب الى القول الى ان القانون المدني قد ضم نصا يقرر حكما عاما فيما يتعلق بالشكل يمكن الاستناد اليه وهو نص المادة (٢/١٢٦) المتعلق بالعقد الناقل لملكية العقار حيث لم يحدد النص الطريقة التي يتم اتباعها لانعقاد العقد لذلك يتم الرجوع الى قانون التسجيل العقاري لمعرفة الطريقة التي اشارت اليها المادة (٢/١٢٦) مدني عراقي^٣ . كما وحاول تبرير التعارض بين ما ذهب اليه من التمييز بين الشكل واجراءات الاشهار وبين ما منصوص عليه في قانون التسجيل العقاري حيث حاول تبرير التعارض بين نص المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري والمادة (٢/٣) اضافة الى التبرير الذي سبق عرضه حيث ذهب الى القول ان المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري قد وردت ضمن الاحكام التمهيدية في صدر هذا القانون او على وجه التحديد في فصل مخصص لمعالجة اختصاص دائرة التسجيل العقاري والتعريف بالتصرف العقاري الذي لا ينعقد الا باستيفاء الشكليات التي تنتهي بالتسجيل كاشهار تمام التصرف فسارع الى القول بان التصرف لا ينعقد الا بالتسجيل في حين ان المادة (١٠٩) من القانون ذاته قد وردت ضمن الفصل المخصص لمعالجة الاجراءات الشكليات للتسجيل في السجل "العقاري وعلى وجه التحديد في القسم المخصص كيفية التسجيل في السجل العيني . لذا ذهب الى القول انه ما يسجل في السجل العيني هو التصرف القانوني وهذا معناه انه لا يقال بالتسجيل الا اذا كان هناك تصرف قانوني لذلك فهو يرى بان المشرع قد جعل المادة (١٠٩) من القانون لانعقاد التصرف . لذلك فهو يجد ان المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري قد تناولت موضوع الشكليات وليس المادة (٢/٣) ؛ لانه اذا تعارض نصان يؤخذ بالنص اللاحق وليس بالنص السابق لان النص اللاحق يمثل ارادة المشرع الحقيقية".

"وبدورنا نرى ان هذا الاتجاه الفقهي ليس صحيحا ؛ لان التسجيل في السجل العقاري هو الركن الشكلي من الاركان الواجب توافرها لانعقاد العقد الذي يرد على العقار حيث لا يجوز عد العقد منعقدا من تاريخ الاقرار امام الموظف ؛ وذلك لان التسجيل هو الركن في انعقاد التصرف في دائرة التسجيل

(٧) ينظر نص المادة (١١٣) ونص المادة (١١٤) من قانون التسجيل العقاري المعدل .

(١) ينظر نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري المعدل .

(٢) ينظر نص المادة (٢/١٢٦) من قانون المدني العراقي اذ نصت على ((٢. والعقد الناقل لملكية العقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا)) .

(٣) ينظر حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكليات وتطبيقاتها في العقود ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

العقاري . وعليه فان التصرف قبل التسجيل غير موجود فهو باطل بطلانا مطلقا ولا يترتب اثر لا بين المتعاقدين ولا تجاه الغير. وان المادة (١١٣) من قانون التسجيل العقاري قد جعلت العقد غير منعقد الا اذا تم تسجيله ايضا ؛ لان نقل الملكية والعقد لا ينعقد الا بدائرة التسجيل العقاري فهي دائرة انعقاد ودائرة تسجيل ودائرة لنقل الملكية في الوقت نفسه ، أي بمعنى ان التسجيل هو الذي يضيف على العقد وجوده القانوني حيث يعتبر العقد منعقدا باثر رجعي وذلك لاعتبارات منها ضمان الحماية القانونية للتصرفات العقارية وتأمين الاستقرار والطمأنينة لها بما ينسجم والهدف الاساسي للتسجيل العقاري من جهة واحترام ارادة المتعاقدين من جهة اخرى . ولذلك فان المادة (١١٣) من هذا القانون تحتاج لتعديل لتكون اكثر دقة ، فاذا تبين للموظف امتناع اطراف العلاقة عن التوقيع في السجل كان لهذا الامتناع ما يبرره . وحسماً للنزاع فعلى الموظف ان ينهي ذلك باعتبار ان التوقيع لم يتم . اما فيما يتعلق بنص المادة (١١٤) من قانون التسجيل يكون مبررا للقول بان العقد ينعقد من تاريخ الاقرار فالعقد لا ينعقد الا بتمام التسجيل . لذلك فان نص المادة (١١٤) من قانون التسجيل العقاري هو نص ليس في محله.

"اما فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني فقد اتجه المشرع الى اتجاهات شتى ففيما يتعلق بالتسجيل في دائرة التسجيل المختصة ، اذ لم تكن نصوص القانون الاردني قاطعة في دلالتها على ان الشكل يعد ركنا لا بد منه لا انعقاد العقود المنصبة على عقار ولم تكن متسقة في عباراتها ومصطلحاتها عند معالجتها هذا الموضوع فاتخذ المشرع الاردني موقفا غير واضح على الرغم من التطبيقات القضائية التي قضت على اعتبار التسجيل ركنا لانعقاد^١ ، فالمشرع " الاردني لم يعتبر العقد الذي يرد على العقار رضائيا وفي نفس الوقت لم يأخذ بما اخذ المشرع العراقي بشكل واضح وصريح ما اذا كان التسجيل ركنا لانعقاد . فقد ذهب المشرع الى تصنيف العقارات الى ثلاثة فئات ليشمل فئة واحدة منها بالزامية تسجيل التصرفات الواردة عليها لدى دائرة التسجيل المختصة ليكون التسجيل فيها ركنا لانعقاد . وهذا ما اشارت اليه المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢^٢ ، حيث بينت ان العقارات المشمولة باجراءات التسجيل الذي يعد فيها التسجيل ركنا لانعقاد هي العقارات التي تمت تسويتها^٣ ، اذ لا تنعقد ولا تنتقل حق الملكية والحقوق العينية الاخرى الواردة على هذا النوع من العقارات لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل لدى دائرة التسجيل المختصة مع مراعاة نصوص القوانين الخاصة المنظمة لعملية التسجيل ، أي ان الشكلية في هذه الفئة من العقارات تعتبر ركن من اركان التصرف^٤ . ولكن بالرجوع الى القانون المدني الاردني نجد ان المشرع الاردني قد اتجه الى اتجاه مخالف لما ورد في نص المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الاراضي والمياه وقد عد التسجيل ضروريا لنقل الملكية لا لانعقاد العقد وهذا ما اكدته المادة (١١٤٨) من القانون المدني

(١) ينظر محمد يوسف المزغبي ، عقد البيع في القانون الاردني ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧٩ .

(٢) ينظر نص المادة (١٦) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢ ، اذ نصت على ((في الاماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والافراز والمقاسمة في الماء صحيحا ، الا اذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)) .

(٣) ويراد بالعقارات التي تم تسويتها هي العقارات التي تمت تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة باي حق تصرف او حق تملك في الارض او المياه او حق المنفعة فيها او أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل

(٤) لقد ثار خلاف فقهي بشأن عد الشكلية ركن لانعقاد ، فقد ذهب الدكتور منذر عبد الحسين الفضل ، التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العددان (٤٠١) ، السنة (١٥) ، ١٩٨٣ ، ص ١٦٠ وما بعدها اذ يقول : ((ان المشرع الاردني لم ينص على الشكلية في بيع العقار على انها ركن في انعقاد البيع وانما اعتبر هذا العقد رضائيا يكفي لا انعقاده توافر اركان العقد الاساسية واستند في تبرير رايه الى ان اللجنة المكلفة باعداد مشروع القانون المدني لم تكن موفقة في صياغة النصوص المتعلقة بنقل ملكية العقار . الا انه تم الرد على هذا الراي من جانب الدكتور حسن الفكهاني حيث ذهب الى القول الى ان راي الدكتور منذر الفضل محل نظر لان نص المادة (١١٤٨) مدني اردني صريحة كل الصراحة حيث نصت على ان (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقا لاحكام القوانين الخاصة به))

الأردني^١ حيث لا يستطيع احد ان ينكر التناقض الذي وقع به المشرع الأردني بين نص المادة (١١٤٨) مدني ونص المادة (٣/١٦) تسوية الاراضي والمياه ، الا ان محكمة التمييز هي صاحبة السلطة في تفسير النصوص حيث اتجهت الى حل التناقض وعدم الانسجام بين النصين اذ عدت ان التسجيل ركن في العقد في الكثير من احكامها^٢ حيث عدت محكمة التمييز ان قانون "التسوية والاراضي والمياه هو قانون خاص ويعمل به عند التعارض مع نص عام وهذا ما استقر عليه القضاء الأردني هو ان العقود التي تتعلق بالاموال غير المنقولة هي من العقود الشكلية التي لا يتم العمل فيها الا باستيفاء ركنها الشكلي الذي عينه القانون هو اجراء المعاملات في دوائر تسجيل الأراضي^٣ ، لذا نرى بضرورة تعديل نص المادة (١١٤٨) لتحقيق هذا الغرض . اما بالنسبة لباقي انواع العقارات المتمثلة بالعقارات التي لم يتم تسويتها والشقق والطوابق والابنية فان أي تصرف يرد على هذه الانواع تعتبر صحيحة ونافاذة من دون الحاجة الى تسجيلها. الا انه يشترط تسجيلها لنقل ملكية التصرف الى المشتري ، لذا فان التسجيل في مثل هاتين الفئتين هو شرط لنقل الملكية فقط لا لانعقاد العقد ، أي ان العقد الذي يتم في البيوع التي لم يتم تسويتها بمجرد تطابق القبول مع الايجاب فتترتب جميع الاثار على هذا العقد من تاريخ ابرامه الا انه يتراخي اثر واحد وهو نقل الملكية فيتعلق تحققه الى حين اجراء التسجيل في الدائرة المختصة^٤.

اما بخصوص موقف المشرع اللبناني من عملية التسجيل التصرفات الواردة على العقار في دائرة التسجيل العقاري فان البائع يبقى ملزماً بتنفيذ بنود العقد واتخاذ الاجراءات الكفيلة بتسجيل العقد وانتقال الملكية الى المشتري ، فالتسجيل اجراء ضروري لانعقاد العقد الذي يرد العقار^٥ ، فعقد البيع غير المسجل اذا كان لا يجعل المشتري مالكا للعقار المبيع فانه يعطيه حق مطالبة البائع بقيد العقار على اسمه في السجل العقاري كي يصبح مالكا له وان امتنع البائع عن التسجيل كان للمشتري حق الرجوع الى القضاء ويستحصل منه على حكم به وهذا ما اشارت اليه المادة (١١) من القرار رقم (١٨٨) المتعلق بنظام السجل العقاري^٦.

اما بخصوص موقف القضاء اللبناني فبعد ان اعتبرت المحاكم اللبنانية بان العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري منعقدا بدون الزام الطرف الناكل بالتسجيل ، الا ان المحاكم اللبنانية قد تراجعت عن موقفها وقضت بانه يحق لمن تعاقد بعقد ينطوي على حق عيني عقاري ان يطلب قيده في السجل العقاري^٧ وقد ايدت محكمة التمييز اللبنانية رأي محاكم اللبنانية فقررت انه يحق للمشتري المطالبة بالبيع

(٥) ينظر نص المادة (١١٤٨) من قانون المدني الأردني ، اذ نصت على ((لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقا لاحكام القوانين الخاصة)) .

(٦) ينظر محمد يوسف الزعبي ، مدى قوة التسجيل البيوع العقارية في سجل الاراضي الأردني ، بحث مقدم الى مجلة كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، المجلد (١٣) العدد (٩) ، ١٩٨٦ ، ص ١٦٠ .

(١) قد ذهبت محكمة التمييز اللبنانية في قرارات لها الى عد البائع من العقود الشكلية التي لا تتعقد الا بالتسجيل فقد ذهبت في قرار لها رقم (٢٠١٨) في ٢١ / ١١ / ٢٠٠٥ ، اذ جاء فيه ((اذا كان عقد البيع موضوع الدعوى هو عقد جار خارج دائرة التسجيل ، فقد نصت الفقرة (٣) من المادة (١٦) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢ على بطلان مثل هذا العقد وعدته جريمة يعاقب كل من كان طرفا فيها بالغرامة)

(٢) ينظر صاحب عبيد الفتلاوي ، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارات غير المسجلة ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث مقدم الى مجلة مؤته للبحوث والدراسات العلوم الانسانية والاجتماعية ، الاردن ، ص ٣٦٤ ومنشور على الموقع الالكتروني : <http://search.mandumah.com/record125996> " (٣) ينظر القاضي عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، (دراسة مقارنة) ، ج ١ ، ط ٢ ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١ ، ص ١٨ .

(٤) ينظر نص المادة (١١) من القرار رقم (١٨٨) المتعلق بنظام السجل العقاري التي نصت على ان ((الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء حق عيني او الى نقله او اعلانه او تعديله او اسقاطه لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين الا من تاريخ قيدها اضافة الى ذلك لا يمنع المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعوايهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقهم)) " .

(٥) ينظر صاحب عبيد الفتلاوي ، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارات غير المسجلة ، دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٠ .

العادي بواسطة القضاء وفي هذه الحالة يتوجب على المحكمة ان تقضي بتسجيل العقد في السجل العقاري^١.

المطلب الثاني

التشريعات التي عدت التسجيل في الدائرة المختصة اجراء من اجراءات الاشهار

"هناك بعض تشريعات الدول ذهبت باتجاه اعتبار ان اجراءات تسجيل التصرفات الواردة على العقارات في الدائرة المختصة ماهي الا اجراءات للاشهار فقط يتم اتباعها باعتبارها اجراءا متمما لهذه التصرفات ومن بين الدول التي اتجهت هذا الاتجاه هو القانون الفرنسي والمصري . وبالرجوع الى القانون المدني الفرنسي نجد ان المشرع قد عد عقد بيع العقار من العقود الرضائية التي تنعقد لمجرد تراضي الاطراف وتطابق القبول مع الايجاب من دون الحاجة الى التسجيل لانعقاد العقد وانتقال الملكية بين المتعاقدين . الا انه علق انتقال الملكية في مواجهة الغير على التسجيل^٢. فالتسجيل هو اجراء يتم اتباعه لاشهار التصرف الذي تم بين المتعاقدين في مواجهة الغير، أي بمعنى اخر ان البيع يكون تاما بين المتعاقدين وان الملكية تنتقل الى المشتري بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والتمن حتى وان لم يتم تسليم المبيع او دفع الثمن^٣."

"الا ان ما اتجه اليه المشرع الفرنسي قد يثير من الناحية العملية بعض المنازعات ، اذ قد يقوم شخص ببيع عقاره الى شخصين على التعاقب ، ففي هذه الحالة سوف يكتسب الملكية العقارية فعلا هو من ذهب الى تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري أولاً وليس من قام بإبرام عقد البيع أولاً، وان مثل هذا الامر يؤدي الى حدوث نزاعات وضياع حقوق الشخص الذي لم يتم بتسجيل حقه أولاً. ولقد سعى القضاء الفرنسي الى التقليل من حدة هذه المنازعات وذلك من خلال اللجوء الى مبدأ حسن النية حيث بين انه من يكتسب حقا من البائع وهو يعلم بوجود بيع اخر حتى ولو لم يكن قد سجل بعد فانه لا يكتسب ملكية العقار ولا يستطيع الاستفادة من القاعدة التي وضعها المشرع الفرنسي^٤."

"اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد عد عقد بيع العقار من العقود الرضائية وليس من العقود الشكلية ، أي ان عقد بيع العقار ينعقد صحيحا فيما بين المتعاقدين من دون الحاجة الى شهره في دائرة الشهر المختصة للشهر؛ وذلك لان العقد ينعقد بمجرد تطابق القبول مع الايجاب ، إلا ان الملكية لا تنتقل الى المشتري الا من وقت التسجيل^٥ . فالمشرع المصري قد علق انتقال ملكية المبيع في مواجهة

(٦) ينظر قرار لمحكمة التمييز اللبنانية نقلا عن سليم ابا نادر ، مجموعة التشريع اللبناني ، ج ٤ ، القسم الثاني ، شركة الطبع والنشر اللبنانية ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ١٢٤ ، اذ جاء فيه (... يحق للمشتري المطالبة بتسجيل البيع العادي بواسطة القضاء) .

(١) وهذا ما يبدته المادة (١٥٨٣) من القانون المدني الفرنسي بتأكيدا على ان الملكية تنتقل للمشتري قانونا بمجرد الاتفاق على الشيء والتمن وهذا ما يظهر بان عقد البيع للعين المحددة ينتج اثاره مباشرة وفورا بمجرد الاتفاق ودون أي شكليات للتفاصيل ينظر القانون المدني الفرنسي بالعربية (دالوز) ، طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، بيروت : جامعة القديس يوسف ، ص ١٥٣٧ .

(٢) ينظر عادل كاظم جواد العوادي ، الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة تقدم بها الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٦ ، ص ٩ .

(٣) ينظر الحسين بن الشيخ اث ملويا ، الملتقى في عقد البيع ، دار هومة ، الجزائر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٠ ، اشار اليه محمد الطواهري في مقالته ، نقل الملكية في بيع العقار في القانون الجزائري مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الالكتروني : <http://www.startimes.com>

(٤) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الذي اشار اليه عادل كاظم جواد العوادي ، مرجع سابق ، ص ١٠ والذي جاء فيه : (اكتساب عقار مع معرفة البيع السابق للغير يشكل خطأ لا يسمح للمشتري الثاني باقحام قواعد الشهر العقاري لفائدته ، ويجب لاعمال هذا الاستثناء ، بان يعلم الغير بهذا البيع اثناء ابرام العقد ، وان جهل ذلك وقت ابرام البيع لا يهم ان علم به فيما بعد ، وان اعيد بيع العقار فان حسن النية يبحث في شخص المشتري من الباطن (الفرعي)) .

(٥) ينظر د. انور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج ٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٧ ، ص ١٢٠ وما بعدها .

المتعاقدين وفي مواجهة الغير على التسجيل في الدائرة المختصة^١. أي ان عقد البيع قبل الشهر ينشأ التزامات على عاتق البائع بحيث يتحمل البائع التزامات جميعها التي يرتبها العقد عدا نقل الملكية ، فالالتزام بنقل الملكية يتراخي إلى وقت التسجيل سواء كان بالنسبة للمتعاقدین او للغير. واستمر عقد البيع بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة ١٩٢٣ من عقود التراضي وكل ما أحدثه هذا القانون من تغيير في احكام البيع هو ان نقل الملكية بعد ان كان نتيجة لازمة للبيع اصبح بموجب قانون التسجيل متراخيا الى ما بعد التسجيل ، لذلك فان البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ويكون هذا الاخير ملزما بالمقابل باداء " الثمن الى البائع^٢ وبالرجوع الى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ قد اكدت المادة التاسعة منه على ان عقد البيع من العقود الرضائية التي تتم وتنتج اثارها بمجرد توافق ارادة الطرفين الا ان نقل الملكية يكون متراخيا الى حين ان يتم التسجيل ، أي ان عقد البيع غير المسجل عقد موجود وصحيح وتترتب عليه جميع اثاره فينشئ الالتزامات التي تترتب على البيع سواء في ذمة البائع او في ذمة المشتري وان كانت الملكية لا تنتقل بمجرد تمام العقد وانما يتراخي انتقالها الى ما بعد حصول التسجيل^٣ .

(٦) ينظر نص المادة (١/٩٣٤) من القانون المدني المصري اذ نصت على ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام كان في حق الغير ، الا اذا روعيت الاحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري)) ، وبالرجوع الى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ قد اكد مشروع هذا القانون على ان العقد الذي ينطوي على التصرفات العقارية يعد من العقود الرضائية التي تتم بتتطابق القبول مع الايجاب .

(٧) ينظر انور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ .

(١) ينظر نص المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ .

المبحث الثالث

تمييز نظام التسجيل العيني عن التصرفات الرضائية التي تقع خارج دوائر

التسجيل العقاري

هناك بعض التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار لا تخضع لاجراءات شكلية لكي تصبح نافذة سواء بين المتعاقدين او بالنسبة للغير وذلك خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بان التصرفات المتعلقة بالعقار لا تتعقد بمجرد تطابق القبول مع الایجاب وانما يتطلب انعقادها اتباع شكلية معينة وهي تسجيل مثل هذه التصرفات في دوائر التسجيل العقاري . فالتسجيل ، بموجب احكام القانون العراقي يعد ركن من اركان العقد المكسب للتصرف الوارد على العقار . وهذا ما استقر عليه المشرع العراقي بشكل واضح وصريح حيث لم يسم العقد الذي يتم خارج دائرة التسجيل العقاري بعقد ناقل للملكية، وذلك لانه لم يستوف الشكلية اللازمة لانعقاد التصرف الا وهي التسجيل في السجل العقاري وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات الاخرى المطبقة لنظام التسجيل العيني^١ .

"يثار التساؤل عن حكم بيع العقار الذي يجري من قبل الجهات الرسمية هل ينطبق عليها حكم بيع العقارات التي تجري في دوائر التسجيل العقاري عادة ام لها حكم خاص ؟ فضلا عن ذلك هناك تصرفات تصدر من جانب واحد متمثلة بالوصية والوقف فهل يعتبر تسجيل الوصية والوقف في دائرة التسجيل العقاري ركنا لانعقاد هذه التصرفات وصحتها ام ان التسجيل يعد مجرد وسيلة لاثبات هذه التصرفات ؟

" عليه ومن خلال هذا المطلب سوف نجيب على هذه التساؤلات في فرعين ، نخصص الاول لتمييز نظام التسجيل العيني عن البيوع التي تقوم بها الجهات الرسمية والقضائية والقرارات التي لها قوة الحكم القضائي وفي الفرع الثاني سيتم التميز بين نظام التسجيل العيني والتصرفات الصادرة من جانب واحد باعتبارها تصرفا رضائيا يقع خارج دائرة التسجيل العقاري .

المطلب الاول

تمييز نظام التسجيل العيني عن تسجيل البيوع التي تقوم بها الجهات الرسمية

والقضائية والقرارات التي لها قوة الحكم القضائي

"تتولى بعض الجهات الرسمية في حالات معينة بيع عقارات تابعة لها اما عن طريق المزايدة العلنية او بدونها، فقد تلجا المحاكم الى اصدار قرارات بيع العقارات لازالة شيوخها عن طريق المزايدة العلنية وذلك لعدم قابلية تلك العقارات للقسمة لانها تعود الى عدة اشخاص ، او ان تقوم دوائر التنفيذ ببيع العقارات المحجوزة في حالة التنفيذ العيني الجبري عن طريق المزايدة العلنية ايضا ، او تقوم دوائر التسجيل العقاري بتنفيذ احكام التملك العقارية الصادرة من قبل المحاكم المختصة بتمليك العقارات كقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل لكثرة حالات النكول الصادرة من البائع في التعهدات بنقل الملكية ، او يجري اصدار قرارات لها قوة الحكم القضائي من قبل جهات رسمية غير قضائية (ادارية) بالاستناد الى قانون بيع وايجار اموال الدولة النافذ وقانون ادارة البلديات كالقرارات الصادرة من وزارة المالية بتمليك العرصات والمباني والقرارات الصادرة عن لجان

(٢) ومن التشريعات التي اخذت بنظام التسجيل العيني القانون السويصري بموجب القانون المدني السويصري والقانون اللبناني بموجب القرار رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦ المتعلق بالتسجيل العقاري والقانون الجزائري بموجب المرسوم رقم (٧٦/٦٣) المؤرخ في ١٩٧٦/٣/٢٥ المتعلق بتأسيس السجل العقاري في الجزائر والقانون المغربي بموجب قانون التحفيظ المغربي رقم (١٤٧) لسنة ٢٠١١ المعدل والقانون التونسي بموجب المجلة العينية التونسية .

الاستيلاء وتوزيع الاراضي ، ومن هنا يثار التساؤل من تسجيل هذه البيوع وهل يعد تسجيلها في دوائر التسجيل العقاري ركن لانعقاد التصرف الوارد على تلك العقارات ام لا ؟ أي بمعنى اخر هل ان حكم بيع هذه العقارات ينطبق عليه ذات الحكم في بيع العقارات بالطريق الاعتيادي الذي يتمثل بابرام عقد البيع ومن ثم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لاستيفاء الشكلية المطلوبة ؟^١

"ولكي نكون امام اجابة دقيقة وواضحة عن هذا التساؤل ينبغي علينا بيان حكم تسجيل البيوع التي تجريها الجهات الرسمية عن طريق المزايدة العلنية وتمييزه عن الحكم الخاص بتسجيل البيوع الصادرة عن ذات الجهات بدون مزايدة المستندة الى قوانين وقرارات خاصة اضافة الى الحكم الخاص بتسجيل البيوع المستندة الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل وذلك على النحو الاتي :

اولا : البيوع التي تجري في بعض الحالات بواسطة الجهات الرسمية عن طريق المزايدة :

"تقوم الجهات الرسمية ببيع العقارات عن طريق المزايدة العلنية. ومن هنا يثار التساؤل هل يعد التسجيل هو ركن من اركان العقد فلا ينعقد العقد الا باستيفائه ام ان الشكل ليس ركنا فيه وان العقد يتم برسو المزايدة الذي تعبر عنه القوانين العراقية بـ (الاحالة) (المادة (٩٧) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل) ؟"

"ان الاجابة عن هذا التساؤل يتطلب دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لبيع العقارات باسلوب المزايدة العلنية وتفسير مضمونها والوقوف على قصد المشرع من وضعها لكي نكون امام رؤيا واضحة ينعكس من خلالها حكم دقيق يفسر الهدف اللجوء الى البيع عن طريق المزايدة العلنية في عدة قوانين تبينت الاحكام الواردة فيها من حيث المضمون اضافة الى ان تواريخ نفاذ هذه القوانين اختلفت ايضا . وفيما يلي سنقوم بعرض الاحكام القانونية الخاصة ببيع العقارات بهذا الاسلوب ابتداء من احكام القانون المدني على اعتبار انه القانون الاسبق في النفاذ من حيث صدوره ومن ثم احكام قانون التنفيذ اللاحق على صدور القانون المدني وكذلك احكام قانون التسجيل العقاري وقانون بيع وايجار اموال الدولة"^١ .

"حيث اشارت المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي الى اسلوب بيع العقارات عن طريق المزايدة العلنية ، الا اننا لم نجد نصوص تحكم هذه الحالة في القوانين المتعلقة بالتسجيل العقاري بشأن هذه التصرفات وكيفية انعقادها ؛ لانها وردت في قوانين اخرى مثل قانون التنفيذ وقانون بيع وايجار اموال الدولة ، لذلك فان الجهات القضائية اخذت تطبق احكام هذه القوانين في قرارات لها والتي بينت البيوع الادارية التي تخضع للتسجيل والتي لا تخضع للتسجيل"^٢ ؟

(١) ينظر نص المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي وكذلك ينظر المواد (٧٥-٧٦-٨٠) من قانون التنفيذ العراقي الملغى رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ والمواد (٩١-١٠٧) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ النافذ والمادة (٨) من قانون بيع وايجار اموال الدولة الملغى رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ والمادة (١٩) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ النافذ .

(٢) ينظر قرار لمحكمة التمييز العراقية المرقم ١٤٧/حقوقية غير منقول ١٩٦٨/٣/٢ في ١٩٦٨/٣/٢ ومضمون القرار ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز القاضي ببرد دعوى المدعي جاء موافقا للقانون لان بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون تطبيقا لاحكام المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي وان بيع العقار بعقد تحريري خارج الطابو يعتبر باطلا بحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٣٧) من القانون المدني والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا بحكم الفقرة (١) من المادة (١٣٨) من القانون المدني . ولذلك تصبح الاعتراضات التمييزية غير واردة وتقرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٦٨/٣/٢)) ، نقلا عن مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، ج ١ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٩ .

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز العراقية حكمت بانتقال الملكية برسو المزداد وليس شرطا لتسجيلها في دائرة الطابو تطبيقا للمادة (٧٥) من قانون التنفيذ الملغى ومضمون القرار ((بعد التدقيق والمداولة تبين ان ملكية القطعتين موضوع الاجارة قد انتقلت كاملة الى المميز عليهما بصور قرار محكمة الصلح في ١٩٦٦/١/٢٩ بحالتها حالة قطعية بنتيجة المزايدة بعهدتهم وقيامهم بدفع البذل في المدة من التاريخ المذكور حتى ١٩٦٦/٢/٢٠ ولا يتوقف انتقال

"وبالرجوع الى نص المادة (٨٩) مدني عقاري اشار الى ان العقد لا يتم في المزايدات الا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء اعلى ولو وقع باطلا كما وان العقد يتم باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد وفي كلا الحالتين من حالات الانعقاد يجب عدم الاخلال عند تطبيق نص هذه المادة بالاحكام الواردة في قوانين اخرى ، أي بمعنى ان العطاء الذي يتقدم به المنادي هو دعوة الى التعاقد ، اما الإيجاب فهو العطاء الذي يتقدم به المزايد ويسقط هذا العطاء بعطاء أعلى منه يتقدم به مزايد اخر والقبول فلا يتم برسو المزايدة على الشخص الاخير فيكون ارساء المزايد الاخير هو القبول^١.

"الا ان المشرع العراقي في القانون المدني لم يكن واضحا بهذا الشأن حيث جاء بنص مطلق ، اذ ان نص المادة (٨٩) مدني يمكن ان يطبق على بيع المنقول في المزايدة العلنية وكذلك حالة بيع العقار. ولكن مسألة ادراج بيع العقار تحت مضمون هذا النص ثار خلاف بين الفقه والقضاء^٢، والسبب يعود وراء هذا الخلاف هو نص المادة (٨٩) مدني عقاري قد جاء بالشطر "الاخير منه ((.... هذا مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى)). لذلك فان تطبيق هذا النص يخل بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى والمتمثلة بقانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ العراقي وقانون بيع وايجار اموال الدولة^٣.

"فبخصوص بيع العقارات تنفيذا للاحكام الواردة في قانون التنفيذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ الملغى المتعلقة بالتنفيذ العيني الجبري^٤، فيلاحظ ان رأي محكمة التمييز العراقية قد استقر في ظل فترة نفاذ هذا القانون على اعتبار ان البيوع التي تجريها الدوائر الرسمية على الاموال غير المنقولة صحيحة وملزمة ، اذ تنتقل الملكية برسو المزايد ولو لم يتم تسجيلها بدائرة التسجيل العقاري^٥."

الملكية على التسجيل في الطابو الحاصل بعد ذلك في ١٩٦٦/٤/٢٥ لان البيوع الجبرية لا تخضع في انعقادها لشروط التسجيل بدائرة الطابو عملا بالمادة (٨٩) من القانون المدني التي تنص على انه لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة ولانه ليس باستطاعة المشتري بعد الاحالة القطعية وتسليم الثمن ان ينكل عن الشراء ويكون التسجيل في الطابو امرا محتما على المحكمة القيام به طبقا للمادة (٧٥) من قانون التنفيذ وهو ما استقرت عليه قضاء هذه المحكمة ، نقلا عن مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

(١) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، ط ٤ ، مطبعة العاني ، ١٩٧٤ ، ص ٨٩ .

(٢) ثار خلاف بين فقهاء القانون بخصوص تطبيق نص المادة (٨٩) مدني عقاري فنشب خلاف حول الجهة التي تختص ببيع العقارات الموثقة بالرهن هل تختص ببيع العقارات دائرة التنفيذ ام دائرة التسجيل العقاري ، وبالرجوع الى قانون التنفيذ العراقي نلاحظ لم يحسم الموضوع ، لذلك فان مجلس شوري الدولة في فتواه المرقم ١٩٨١/١٢ وبتاريخ ١٩٨١/٢/١٨ قد حسم الموضوع حيث نص على انه ((حيث ان بيع العقار الموثق برهن او ما هو بحكمه انما هو من اختصاص دائرة التسجيل العقاري اصلا وذلك استنادا الى نص المادة (١٦١) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، بدلالة البند (اولا - و) من المادة (١٤) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ . وحيث ان النصوص الواردة في قانون التنفيذ بشأن بيع العقار بالمزايدة لا يترتب عليها الغاء نصوص قانون التسجيل العقاري الخاصة بالمزايدة . حيث لا يوجد نص صريح في قانون التنفيذ يقضي بسحب اختصاص مديرية التسجيل العقاري العامة في بيع العقار المرهون بالمزايدة ، وحيث ان المادة (١٢٨) من قانون التنفيذ التي نصت على عدم العمل باي نص يتعارض واحكامها ، لا تعني الغاء احكام البيع بالمزايدة الواردة في قانون التسجيل العقاري . حيث ان المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ قد حددت الحالة التي يجوز فيها لدائرة التنفيذ بيع الاموال المرهونة تامينا لدين .

لذا يرى المجلس ان دائرة التسجيل العقاري المختصة هي التي تقوم ببيع العقارات الموثقة برهن او ما هو بحكمه او حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وتطبق احكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على اجراءات البيع والمزايدة ما لم يرد به نص في قانون التسجيل العقاري ، عملا باحكام المادتين (١٦١) و (١٨٥) من قانون التسجيل العقاري ؛ لان قانون التنفيذ لم يعدل او يلغي احكامها)). ينظر نص الفتوى منشورة قام د. عبد الرسول الجصاني بنشرها في كتابه : فتاوى مجلس شوري الدولة (١٩٨٠-١٩٨٤) ، بغداد : وزارة العدل ، منشورات مركز البحوث القانونية ، ١٩٨٧ ، ص ص (١٠٥-١٠٦) .

(٣) ينظر نصوص المواد (٨٠، ٧٦، ٧٥) من قانون التنفيذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ .

(١) ينظر قرارات محكمة التمييز العراقية بخصوص انتقال الملكية برسو المزايد المشار اليها سابقا في الفرع الاول من المطلب الثاني من هذا المبحث .

في حين نجد ان بعض الفقهاء ذهب الى القول بان البيع الذي يجري عن طريق المزايدات الجبرية هو بيع صحيح ويتم برسو المزايدة الا انه بيع معلق على شرط واقف وهو تسجيل البيع باسم المحال عليه في دائرة التسجيل العقاري^١ ، اما قبل التسجيل فيجوز للمدين المطالبة بفسخ هذا البيع اذا دفع الدين وملحقاته من النفقات ورسوم التسجيل ، لذا فان التسجيل في دائرة التسجيل العقاري يؤدي الى تحقيق الشرط الواقف حسب نظر أنصار هذا الاتجاه^٢.

الا ان هذا الرأي قد تم الرد عليه من قبل جانب آخر من الفقه يتمثل بان لا يجوز اعتبار هذا البيع معلق على شرط واقف وهو توفر عنصر التسجيل في تلك البيوع كي يعتبر البيع صحيحا بل اعتبروا ان عنصر التسجيل في تلك البيوع هو ركن من اركان العقد ينتفي بانتفائه^٣ "واستند انصار هذا الرأي في تبرير وجهة نظرهم هذه الى نصوص قانون التنفيذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ الملغى حيث ذهبوا الى القول بان نص المادة (٧٥) من قانون التنفيذ تدل دلالة قاطعة على عدم إتمام العقد الا بالتسجيل^٤ حيث اجازت هذه المادة للمدين بعد رسو المزايدة ان يدفع الدين ويطلب الغاء الاحالة ورفع الحجز او فك الرهن عن عقاره ما دام تسجيل هذا العقار باسم من رست عليه المزايدة لم يتم بعد في دائرة التسجيل العقاري وانكرت على المدين هذا الحق بعد ان تم التسجيل^٥ ، لذلك يرى انصار هذا الرأي بانه اذا كان الامر كذلك فكيف يمكن اعتبار الركن في العقد شرطا واقفا في ذات العقد هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان القول بالاثار الرجعي للتسجيل يتناقض مع القاعدة المقررة في التشريع العراقي بشأن الاثر الرجعي للتسجيل حيث ان القاعدة العامة تقرر ليس للتسجيل اثر رجعي ، أي ان الحقوق العينية ومنها حق الملكية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول الا بالتسجيل ومن تاريخ التسجيل سواء ما بين المتعاقدين ام بالنسبة للغير^٦ ، عليه فان انصار هذا الاتجاه يرون بان البيع لا يتم والملكية لا تنتقل الى المشتري الا بتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري وليس بمجرد رسو المزايدة عليه^٧ ، لانه لا يوجد ما يلزم بالتخلي عن تطبيق القاعدة العامة الواردة في التشريع العراقي التي تقضي بان بيع العقار لا ينعقد ولا يوجد الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري^٨ ، فضلا عن ذلك ان الشخص الذي رسا عليه المزداد له الحق في تسجيل العقار باسمه ؛ لان مركزه اقوى من مركز الشخص المتعهد له في التعهد بنقل بنقل ملكية عقار^٩ ؛ والسبب يعود وراء قوة مركزه هو ان قانون التنفيذ يلزم دائرة التنفيذ ان تشعل دائرة التسجيل العقاري بضرورة تسجيل العقد وليس لدائرة التسجيل العقاري ان تمنع عن تسجيل العقد^{١٠} ، كما ان الشخص الذي رست عليه المزايدة له الحق في فسخ المزايدة اذا لم يسجل العقار باسمه

(٢) ينظر شاكر ناصر حيدر ، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، دون ذكر الطبعة ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٢٢٠ ، فقد ذهب الى القول الى انه : ((يمكن تسجيل المبيع في دائرة الطابو وتسليمه الى المشتري بعد دفع القسط الاول فهو بيع صحيح من اللحظة التي تقرر فيها رسو المزايدة الا انه بيع معلق على شرط واقف يتم تسجيله باسم المحال عليه في الدائرة المذكورة)) .

(٣) ينظر عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٩٢ .

(٤) ينظر د. علير خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزايدة ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٩ .

(٥) ينظر نص المادة (٧٥) من قانون التنفيذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ ، اذ نصت على ((يتحتم على دائرة التنفيذ بعد الاحالة وتسليم الثمن ان تخبر دائرة التسجيل المختصة بان تسجل العقار المبيع باسم من احيل عليه نهائيا وعندئذ يكون التسجيل صحيحا وان دفع المدين ما عليه من ديون بعد ذلك)) .

(٦) ينظر عبد المنعم يحيى داود ، كسب الملكية بالتصرف القانوني ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ .

(٧) ينظر د. عامر خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزايدة ، مرجع سابق ، ص ٩ .

(٨) ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .

(٩) ينظر نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ .

(١٠) ينظر شكر محمود داود السليم ، المركز القانوني لمشتري العقار بالمزداد العلني ، دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٣) ، العدد (٤٩) ، ٢٠١٦ ، ص ١٥٦ .

(١) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح احكام قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٢٠٠ .

خلال شهر واحد من تاريخ دفعه لرسوم التسجيل ، فضلا عن ذلك ان "البائع من حقه ان يفسخ المزايدة لفترة محدودة تنتهي بمجرد تسجيل العقار باسم من رسا عليه المزايدة".^١ وعليه فان عقد البيع يكون صحيحا ملزما ولو لم يجر تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، اذ ان هذا التسجيل ما هو الا تنفيذ للحالة التي تتم للمبيع على المشتري.

"بعد صدور قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ فقد جاء باحكام لا تخالف الاحكام المنصوص عليها في ظل قانون التنفيذ السابق فيما يتعلق ببيع العقار ، حيث اوجب تبليغ المدين بالاحالة القطعية وتكليفه باداء الدين خلال (١٠) عشرة ايام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه وبعد انتهاء هذه المدة فان العقار يجري تسجيله باسم من رسا عليه المزايدة . وبعد مالكا للعقار بانتهاء المدة التي يتم في نهايتها تسجيل العقار باسمه ، كما والزم هذا القانون المشتري ان يدفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقاري والمصاريف خلال (١٥) خمسة عشرة يوما من تاريخ الاحالة النهائية والا اعتبر ناكلا^٢ ، أي بمعنى اخر ان هذا القانون قد جعل ملكية العقار تنتقل الى المشتري بانتهاء مدة العشرة ايام الممنوحة للمدين بشرط ان يكون المشتري قد قام بتسديد بدل الاحالة ورسوم ومصاريف التسجيل (م ١٠٢) من قانون التنفيذ العراقي".

"اما عن حكم قانون بيع وايجار اموال الدولة فان المشرع العراقي قد اشترط تسديد المبيع الى المشتري بعد دفعه البديل او القسط الاول اذا كان البديل مقسطا حتى قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، أي بمعنى اخر ان المشرع العراقي قد عد عقد بيع العقار بموجب هذا القانون منعقدا من لحظة رسو المزايدة فهو ينعقد دون حاجة للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وان موضوع تسجيل هذا النوع من البيوع بموجب هذا القانون في دائرة التسجيل العقاري هو لتمكين المشتري من التصرف بالعقار للغير^٣ ."

وبعد نفاذ قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ فقد اوجب مشرع هذا القانون بان التصرفات العقارية لا تنعقد الا بالتسجيل في دوائر التسجيل العقاري وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري ومن خلال الرجوع الى نص هذه المادة نلاحظ ان هناك تعارضا يبدو للوهلة الاولى بين هذه المادة وبين نصوص المواد المنظمة لبيوع المزايدة . حيث سبق وان بينا ان البيوع التي تتم عن طريق المزايدة تنعقد برسو المزايدة ، اذ بينت القوانين المنظمة لهذه البيوع احكام وشروط ذلك البيع والتي تختلف عن احكام وشروط البيع الذي يتم في دائرة التسجيل العقاري ، اذ لا يخضع البيع في المزايدة لانعقاده ونفاذ شروطه لشروط التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، اذ ان الملكية تنتقل الى المشتري في هذه البيوع من تاريخ الاحالة القطعية ودفع البديل وليس من تاريخ التسجيل ، اما التسجيل في دوائر التسجيل العقاري فهو شرط للتنظيم العقاري واثبات انتقال الملكية الى المالك الجديد وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي "حيث" "صدرت الكثير من القرارات التي لم تعتبر التسجيل في معاملات البيع في المزايدة ركنا لانعقاد وانما اعتبرت العقد تاما برسو المزايدة^٤ .

وعليه فان عقد بيع العقار المرهون موضوع التنفيذ الجبري عليه يكون صحيحا وملزما ولو لم يجر تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، اذ ان هذا التسجيل ما هو الا تنفيذا للحالة التي تتم للمبيع على المشتري . الا ان ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، أي بمعنى اخر ان البيوع التي تجري بالمزاد العلني لا تنفذ في مواجهة الغير الا بالتسجيل في السجل

(٢) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ٢١١ .

(٣) ينظر في ذلك د. احمد سمير محمد ياسين الجبوري ، التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، الاصدار (١١) ، المجلد الثالث ، السنة ٢٠١٤ ، ص ٢٧٢ .

(٤) ينظر نص المادة (٨) من قانون بيع وايجار اموال الحكومة الملغى رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ ، وينفس الاتجاه ذهب المشرع العراقي في المادة (١٩) من قانون بيع وايجار اموال الدولة النافذ رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ .

(٥) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٤٦/ح/١٩٦٣ في ١٩٦٣/٣/٢٠ ، وكذلك ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٧٧/حقوقية/١٩٦٧ في ١٩٦٧/٤/١٣ المشار اليهما سابقا في الفرع الاول من المطلب الثاني .

العقاري . وهذا يبدو متعارضا مع ما جاءت به نص المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري الا انه في الواقع لا يوجد تعارض بين نصوص القوانين حيث ان لكل قانون مجاله ونطاق تطبيقه ، لا بل ان كل قانون يتعايش ويتكامل مع غيره من القوانين . فقانون التسجيل العقاري لا يعدل احكام القوانين الخاصة ببيع المزداد وانما تبقى هذه القوانين الاخيرة سارية باعتبارها استثناء من احكام قانون التسجيل العقاري . فصدور قانون التنفيذ يعتبر لاحق لصدور قانون التسجيل العقاري ، لذلك فان الحكم الذي جاء به قانون التنفيذ يعتبر حكما خاصا لا يتعارض مع القاعدة العامة التي جاء بها قانون التسجيل العقاري ، عليه فان التصرفات التي ترد على العقار موضوع البيع الاداري او التنفيذ الجبري عن طريق المزايدة تتعد من دون استيفاء الشكلية الرسمية التي نص عليها القانون ، أي بمعنى اخر ان بيع العقار من قبل جهة رسمية يتم برسو المزايدة وبدون تسجيل البيع الوارد على العقار في السجل العقاري ، أي ان التسجيل ليس ركنا في مثل هذه البيوع ، وانما وسيلة للاثبات . والسبب يعود وراء غاية التسجيل . هو ان الغاية من التسجيل في مثل هذه البيوع تنتفي طالما ان هذه التصرفات يتم اجرائها من قبل الجهات الرسمية مقترنة بقرار قضائي ايضا ، اضافة الى ان هذه الجهات عندما تقوم ببيع العقار تعلن عنه في لوحة الاعلانات الخاصة بها وكذلك في الصحف المحلية ويتضمن الاعلان بيان جنس ذلك العقار ومساحته وقيمه ، لذلك فان مشتري العقار يكون على بينة من الوضع المادي للعقار ويستطيع معرفة الاوصاف الكاملة وعائديته ، فضلا عن ذلك هنالك فترة زمنية تفصل بين تاريخ نشر الاعلان من قبل الجهة الرسمية في الصحف المحلية وبين تاريخ يوم المزايدة فيكون المشتري في هذه الحالة له متسع من الوقت للتأكد من العقار موضوع البيع فلا يخفى عليه أي شيء وكذلك يكون الغير على علم بهذا البيع . لذا فان الغاية التي سعى لها المشرع من فرض الشكلية في التصرفات التي ترد على العقار قد انتفت في البيوع التي تجري من قبل الجهات " الرسمية " وبانتفائها ينتفي شرط الوجوب على عدم نقل الملكية الا اذا سجلت هذه البيوع تسجيلا عينيا .

ثانيا: البيوع التي تجري بواسطة الجهات الرسمية (الادارية) بدون مزايدة :

" تتمثل هذه البيوع التي تجريها الجهات الادارية بتوزيع الاراضي السكنية من قبل جمعيات الاسكان والبلديات على المواطنين بثمان ، لذا فان مثل هذه البيوع قبل وكذلك بعد صدور قانون التسجيل العقاري تعتبر منعقدة من دون حاجة الى اتباع شكلية معينة وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري^١ . وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي في الكثير من احكامه حيث لم يعد التسجيل ركنا لانعقاده الا ان المشتري لا يستطيع التصرف بالحقوق تجاه الغير الا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري^٢ . ""

" وبالرجوع الى احكام قانون بيع وايجار العقارات الحكومية رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ الملغى نجد انه قد خول وزير المالية او من يخوله بيع عقارات الحكومة وفقا لاحكامه^٣ ، اذ ان البيع يكون صحيحا وملزما لان القانون لم يعتبر التسجيل ركنا لانعقاده ؛ وذلك لانه لا يمكن لوزارة المالية "العدول عن البيع

(١) ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٢٥٦/ح/٦٥ في ٢٥/١١/١٩٦٥ مضمون القرار : ((لدى التدقيق والمداولة تبين ان الحكم المميز بالنظر لما استند اليه من اسباب موافق للقانون وان الاعتراضات التمييزية غير واردة لان البيوع التي تقع على الاموال غير المنقولة من قبل الدوائر الرسمية صحيحة وملزمة ولو لم يتم تسجيلها بدائرة الطابو طالما جرت وفقا لاحكام القوانين المرعية ، وعليه قرر تصديق الحكم ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق)) . نقلا عن مصطفى مجيد ، مرجع سابق ، ص ٧٢

(٣) ينظر نص المادة (٢) من قانون بيع وايجار العقارات الحكومية رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ ، وكذلك الحال في قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ النافذ حيث نجد ان المشرع العراقي قد خول الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله أي منهما بيعها او ايجارها عند تحقق المصلحة العامة الا انه يجب ان يحدد في القرار انواع واوصاف وكميات الاموال المراد بيعها او ايجارها وهذا ماكدته المادة (٢) منه اذ نصت على ((٢ . لا يجوز بيع او ايجار اموال الدولة مالم يقرر الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله أي منهما ببيعها او ايجارها عند تحقق المصلحة العامة ، على ان تحدد في القرار انواع واوصاف وكميات الاموال المراد بيعها او ايجارها)) .

واسترداد المبيع الا عن طريق المحاكم وذلك في حالة نكول المشتري عن تنفيذ التزاماته المقررة بموجب المادة السادسة من هذا القانون^١.

"وكذلك الحال بالنسبة لبیع العقارات بالاستناد الى احكام قانون ادارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل حيث يلاحظ ان هذا القانون قد خول دوائر البلدية صلاحية بيع العقارات التي لا يمكن الاستفادة منها ببديل المثل للمالك المجاور بشرط موافقة الوزير المختص^٢، أي ان البيع بموجب هذا القانون يتم دون حاجة الى تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. فالبيع يعتبر منعقدا وناقلا للملكية الى المشتري من وقت دفع البديل وصدور قرار بالبيع، لذلك لا حاجة الى التسجيل في دوائر التسجيل العقاري واعتباره ركن لانعقاد هذا النوع من البيوع؛ وذلك لان القانون لا يعطي الحق للبلدية في العدول عن العقد، كما لا يمنع المشتري من بيع العقار الى شخص آخر^٣.

ومن خلال الوقوف على نصوص القوانين المنظمة لبيوع العقارات من قبل الجهات الرسمية بدون مزايده نلاحظ وللوهلة الاولى انها تتعارض مع نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري الذي اشار الى انه التصرفات العقارية لا تنعقد الا بالتسجيل في السجل العقاري لكن هذا التعارض ليس تعارضا حقيقيا؛ لان لكل قانون له مجال ونطاق تطبيقه المكاني والزمني، وما يهمننا هنا هو النطاق المكاني للقانون فحسب. فالقوانين قد وجدت لتجاور وتكامل بعضها لبعض لذلك فان القوانين المنظمة لبيع العقارات من قبل الجهات الرسمية الادارية هي واجبة التطبيق باعتبارها استثناء من قانون التسجيل العقاري."

"لذلك نحن نرى بان التسجيل في مثل هذه البيوع هو للتنظيم واشهار الحقوق والتصرف بها مستقبلا وليس للانعقاد. الا ان قانون التسجيل العقاري، وان كان قانون لاحق بالصدور على القوانين سالفة الذكر الا انه يساويها في التطبيق زماناً ومكاناً. فهو اذاً قانون لا يلغي او يعدل احكام تلك القوانين وانما تظل سارية باعتبارها استثناء من قانون التسجيل العقاري، فقانون التسجيل العقاري انف الذكر يعد مكملا لهذه القوانين."

ثالثا: البيوع التي ترد على العقارات استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل:

"سبق وان بينا بان عقد بيع العقار هو من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بالتسجيل في مديرية التسجيل العقاري وقد تمت الاشارة الى الاحكام القانونية الخاصة بتسجيل التصرفات التي ترد على العقارات التي اوردها المشرع العراقي في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، الا ان هذه الاجراءات عادة ما تستغرق وقتا طويلا لاتمامها الامر الذي يدفع الافراد الى اللجوء لطريقة المكاتبات الخارجية التي تعتبر تعهد بنقل ملكية عقار فقط. ويكون ذلك من خلال اعتماد ورقة عرفية معدة سلفا تحتوي على بيانات خاصة تتعلق باطراف التعهد (البائع والمشتري) اضافة الى بيانات تتعلق بنوع العقار محل التعهد وبديل البيع ومقدار الشرط الجزائي في حالة اخلال احد اطراف التعهد بالتزامه اضافة الى الضمانات الشخصية التي يتم اقتراحها من قبل اطراف العلاقة، أي بمعنى اخر ان اجراءات بيع العقار تاخذ شكل عقد مبرم بين طرفين لكن يفتقر الى عنصر الشكلية الذي حدده القانون ليكتسبها لاحقا في حال تصديق التعهد المبرم بين اطراف العلاقة لدى دائرة التسجيل العقاري^٤، وقد ينكل المتعهد عن الحضور بعد ابرام التعهد الى دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسم المتعهد اليه لذلك فان المشرع العراقي قد عالج هذه الحالة من خلال الزام المتعهد باعادة البديل الذي اخذه من المتعهد اليه

(١) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٩، ص ٣٥.

(٢) ينظر نص المادة (٣/٦٠) وكذلك المادة (٦١) من قانون ادارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤.

(٣) ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٤) ينظر د. حبيب عبيد، التعهد بنقل ملكية او حق التصرف في العقار (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، كلية القانون، المجلد (١٠)، العدد ١، السنة ٢٠١٨، ص ٣٣٦.

سواء اشترط ذلك في التعهد او لم يشترط^١، الا ان المشرع العراقي قد اغفل تحديد مقدار التعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده، فضلا عن ذلك لم يذكر حق تصرف الى جانب حق الملكية. ونتيجة لهذا النقص التشريعي حاول المشرع العراقي تدارك هذا باصدار القرار (١١٩٨) في ١١/٢/١٩٧٧ حيث حدد مقدار التعويض الذي يلزم به المتعهد اليه، وهو ان لا يقل عن الفرق بين قيمة العقار وقت النكول ومقدار البذل الذي تضمنه في التعهد بالاضافة الى ذلك فقد أضاف المشرع ايضا اكتساب حق التصرف في الاراضي الاميرية الى جانب حق الملكية في حالة توفر الشروط "اللازمة لكسب هذا الحق"^٢، لذلك فان المشرع العراقي قد الزم الناكل بدفع مبلغ التعويض الى المتعهد اليه عند نكوله عن الذهاب الى دائرة التسجيل العقاري."

"فالنكول عن التعهد اما ان يكون من البائع او ان يكون من المشتري او ان يكون من جانب البائع والمشتري معا، فتعويض الناكل يكون قائماً على اساس انه قد فوت فرصة على المشتري شراء عقار في تاريخ النكول بكمية النقد المتوفرة بين يديه، فضلاً عن ذلك ان النكول يؤدي الى تفويت صفقة رابحة او خسارة بعض الرسوم لدى كاتب العدل او لدى دائرة التسجيل العقاري او تكبد مصاريف الكشف الموقعي للعقار او حصول كساد في اسعار العقارات والى غير ذلك من الاضرار الاخرى. كما ويجوز ان يتفق البائع والمشتري في حالة النكول على تعويض اكبر من فرق البديلين حتى وان لم تتوفر شروط القرار ١١٩٨ وذلك بموجب احكام القرار نفسه^٣."

"حيث اجاز القرار للمتعهد اليه اذا ما نكل المتعهد من تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ان يقدم طلب تملك العقار بالاستناد الى سبب جديد خاص لكسب ملكية العقار (السبب الصحيح)^٤، اذ تنتقل ملكية العقار اذا توفر السبب الصحيح المتمثل بالسكن في العقار واحداث منشآت او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد. فلو قام المتعهد له بتشيد بعض المحدثات فيجوز له المطالبة بتملك العقار في حالة نكول المتعهد عن اكمال البيع وتسجيله في السجل العقاري باسم المتعهد له، اذا توفرت الشروط الاخرى بما فيها الشكل ولم يعارض المالك المتعهد معارضة تحريرية باقامة البناء. كما ويكون للمتعهد له المطالبة بالتعويض عن الفرق بين القيمتين قيمة العقار وقت التعاقد وقيمه عند النكول مع التعويض عن الاضرار الاخرى. ويلاحظ من الوضع الظاهري ان الحق بالتعويض مقتصر بالمتعهد له فقط ولكن في الواقع ان للمتعهد (المالك) له الحق في المطالبة بالتعويض كذلك في حالة ما اذا كان المتعهد له "قد" "اقام محدثات ثم نكل عن الشراء لهبوط قيمة العقارات هبوطا كبيرا او لهبوط قيمة المغروسات او اقامة مشروع غير ملائم بجوارها."

"عليه لا يمكن عد التعهد بنقل ملكية عقار الذي لم يستوف الشكليات المقررة هو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري عقد بيع عقار^٥ يمنح المتعهد اليه تملك العقار لان التعهد غير كافي بذاته لتحقيق شرط التملك ومن البديهي ان التعهد بنقل ملكية عقار هو تصرف لا يحتاج الى التسجيل شأنه في ذلك شأن الوعد البيع لذلك فالتعهد ينقل ملكية عقار يعد سببا صحيحا يمكن المتعهد اليه طلب التملك. الا ان محاكم الاستئناف العراقية التمييزية بحسب اختصاصها في نظر الطعون التمييزية المرفوعة اليها وفق احكام القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل قد اختلفت احكامها في اعتبار التصرف الذي يتضمن التعهد

(١) ينظر عدنان هاشم جواد الشروفي، اثر عقد البيع على نقل ملكية العقار، (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد (٣)، العدد ١٢، السنة ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(٢) ينظر نص القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧.

(٣) ينظر د. درع حماد عبد، فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك في التعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٢٠، العدد ٢، السنة ٢٠١٨، ص ٢٣ وما بعدها.

(٤) ينظر د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها، العراق، مكتبة السنهوري، ٢٠١٧، ص ٢٣٣.

(٥) ينظر علي شاكر عبد القادر، التعهد بنقل ملكية العقار واثره في انتقال الملكية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة، ٢٠١٣، ص ١٢٠.

بنقل ملكية العقار سببا صحيحا يبيح طلب التملك^١ فنجد في بعض احكامها قد قصرت مفهوم السبب الصحيح الذي يبيح طلب التملك على عقد بيع غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري حيث ما اتجهت اليه محكمة الاستئناف في احكامها هو اتجاه يقيد من حالات السبب الصحيح فيقصره على عقود البيع ويستثني من نطاق شموله التعهد الذي يرد في صورة هبة او مقايضة او وصية او في صورة عقد صلح اذا قدم بدلا للحق المصالح عنه^٢. في حين نجد ان في قرارات اخرى قد اتجهت الى تعميم مفهوم السبب الصحيح الذي يبيح طلب التملك فقد ذهبت الى الاكتفاء بوجود التعهد ايا كان العقد الذي يرد فيه هذا التعهد سواء كان ذلك التعهد بيعا او هبة او مقايضة حيث سعت المحكمة في احكامها تعميم مفهوم السبب الصحيح بما ينسجم مع قواعد التفسير للنصوص القانونية^٣.

عليه فنحن نرى ان التعهد بنقل ملكية عقار ينقل ملكية العقار وان لم يكن مسجل في دائرة التسجيل العقاري وذلك بالاستناد الى مفهوم السبب الصحيح وفقا للقرار (١١٩٨) المعدل ، فالتعهد بنقل ملكية عقار ومن ثم نكول المتعهد عن الذهاب الى دائرة التسجيل العقاري هو الذي يتيح للمتعهد اليه طلب التملك اذا ما سكن في العقار او اقام باحدث منشآت او مغروسات من دون معارضة تحريرية من المتعهد . فعدم تسجيل التصرف قد رتب المشرع العراقي له اثر ليس باعتباره عقدا وانما سببا صحيحا يمنح المتعهد اليه الحق في طلب التملك . ولولا هذا التدخل التشريعي لما انتج التعهد اثر ليس باعتباره تعهدا وانما بوصفه واعتباره سببا صحيحا في صورة واقعة ، لذلك فان المشرع العراقي قد اصدر هذا القرار ليضع سببا جديدا من اسباب كسب ملكية العقارات الصرفة وحق التصرف بالاراضي الاميرية من دون ان يمتد ليشمل الحقوق العينية الاخرى كحق الارتفاق او الانتفاع او حق المساطحة^٤.

"لذلك فان حكم البيع الذي يتم في دائرة التسجيل العقاري يختلف عن حكمه في البيوع التي يتم اجرائها من قبل الجهات الرسمية التي تتم عن طريق المزايدة او بدونها ، اذ ان التصرفات التي تجري على العقار لا تتعد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، في حين ان البيوع التي تتم عن طريق المزايدة تنعقد برسو المزايدة ، الا ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، أي ان عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية ينعقد صحيحا ولكن لا ينفذ الا بالتسجيل في السجل العقاري ، لذلك فان التسجيل لا يعد ركنا من اركان الانعقاد بالنسبة للبيوع التي تتم من قبل الجهات الادارية بدون مزايدة

(١) ينظر في عرض ذلك د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها ، مرجع سابق ، ص ٢٣٤ .

(٢) وللدكتور درع حماد عبد رأي في ذلك حيث ذهب الى القول : ((ان ما ذهبت اليه اتجاه المحكمة في نظرنا يخالف عموم النص الذي لم يخصص وجود التعهد في عقد البيع فقط ، بل جاء عاما في صياغته ، فكلما التعهد دخلت عليها (ال) الجنس فأفادت العموم وكلمة (عقار) جاءت نكرة فأفادت العموم ايضا فمجرد وجود تعهد بنقل الملكية ، ايا كان تكييف العقد الذي يرد فيه هذا التعهد ، يعتبر موفيا بمتطلبات القرار المذكور وتخصيصه من قبل بعض الاجتهادات القضائية يعد مخالفا لقواعد التفسير التي تقضي بشمول كل ما يدخل تحت هذا العموم ، ما لم يرد تخصيص لهذا العموم صراحة او دلالة ولم يرد في القرار مثل هذا التخصيص صراحة او دلالة)) ، ينظر المرجع نفسه ، هامش (١) ص ٢٣٤ .

(٣) ينظر قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية رقم ٣٩٧/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٨/٦/٢٠١٢ منشور في كتاب القاضي رزاق جبار علوان ، المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، بغداد ، دون ذكر الطبعة وسنة الطبع ، ص ٣٣٧ ، مضمون القرار : ((ثبت عدم وجود تعهد بنقل ملكية العقار وان المعاملة التي كان يروم اجرائها في دائرة التسجيل العقاري هي هبة وليس بيع ... وبذلك فان شروط التملك وفق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ غير متحققة)) . وكذلك ينظر قرار اخر لمحكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية رقم ٣٥٦/حقوقية / ٢٠١٢ منشور في كتاب القاضي رزاق جبار علوان ، المرجع نفسه ، ص ٣٠٥ ، مضمون القرار : ((ان وكيل المميز اقر بالمعاوضة من خلال قوله بدفع الفرق بين العقارين وحيث استقر القضاء هذا على ان مبادلة العقار بعقار لا يعتبر بيعا بالمعنى المقصود بالقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل معاوضة مما تكون معه الدعوى واجبة الرد)) . وايضا ينظر قرار لمحكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية رقم ٥٢٠/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٨/٨/٢٠١٢ المنشور في كتاب القاضي رزاق جبار علوان ، المرجع نفسه ، ص ٣٥٨ ومضمون القرار : ((ان الوصية الواجبة التي يستند اليها المميز في طلب التملك في دعواه المردودة لا تصلح سببا لطلب التملك)) .

وكذلك بيع القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل ، اذ ان التصرفات والبيوع التي تتم بالاستناد اليه لا يعد التسجيل فيها ركن من اركان الانعقاد ، اذ يتم اكتساب الملكية العقارية متى توافرت الشروط التي نص عليها القرار وهي السكن في العقار من جانب المتعهد اليه بنقل ملكية العقار واحداث منشآت او مغروسات فيه بدون "معارضة" "تحريرية من المتعهد . وهذا على خلاف البيوع التي تتم في دائرة التسجيل العقاري حيث يكون التسجيل فيها ركن من اركان انعقاد التصرف الذي يرد على العقار ."

المطلب الثاني

تمييز نظام التسجيل العيني عن التصرفات التي تتم من جانب واحد

"يراد بالتصرف هو اتجاه الارادة نحو احداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر بانشاء او تعديل او نقل للحق^١ ويرى الاستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي التصرف بانه هو كل ما يصدر عن الانسان بارادة حرة مدركة^٢. لذلك فهو اتجاه الارادة نحو احداث اثر في المركز القانوني للعقار سواء كان ذلك متعلق بانشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق التي اكدت عليها المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري^٣ ، لذلك يدخل ضمن مفهوم التصرف تصرفان قانونيان هما الوقف والوصية حيث كل منهما يندرج تحت مفهوم نص المادة (١/٣) من قانون التسجيل العقاري وبالتالي لا تنعقد التصرفات التي تندرج تحت مفهومها الا بالتسجيل في السجل العقاري."

"وبالرجوع الى احكام الوقف والوصية نجد انهما تصرفان صادران من جانب واحد هو ارادة الواقف او الموصي ، حيث نلاحظ ان احكامهما تختلف من حيث الاستغلال والتصرف بالعين الموقوفة او الموصى بها ، ومن هنا يثار التساؤل عن مدى خضوع الوقف او الوصية لحكم المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري ؟ أي بمعنى اخر هل يعد التسجيل في مثل هذه التصرفات ركنا للانعقاد ؟"

"بالنسبة للوقف هو تصرف صادر من جانب واحد يتمثل بالشخص الواقف ومن شأنه ان يغير من ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لاحد من العباد وينشئ حقوقا عينية للمستحقين ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الاسلامية قواعده^٤ وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا المضمون بقرارها المتضمن ((الاحكام الفقهية تجمع على ان دفن الموتى "في ارض مملوكة باذن المالك يجعلها وقفا بمجرد الدفن وان مجرد الدفن فيها يعتبر تسليم للوقف وان انقطع الدفن بها او نقلت عظام الموتى منها))^٥ ."

الا انه وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني نلاحظ ان نص المادة (١/٦٨) من القانون اعتبرت الوقف هو حق من الحقوق العينية الاصلية لذلك يكون من الواجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري شأنه في ذلك شأن التصرفات الاخرى التي ترد على العقار^٦. وهذا ما يفهم من نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري حيث يتضح من خلال الرجوع الى نص هذه المادة ان وقف أي عقار لا ينعقد الا بالتسجيل في السجل العقاري، الا اننا لا نستطيع تطبيق نص المادة (٢/٣) من قانون

(١) "ينظر نوال قاسم ، الشكل في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .
(٢) ينظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط ١١ ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٢٧٦ .
(٣) ينظر نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ .
(٤) ينظر قاسم هيال رسن ، التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣ .
(٥) ينظر قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (العراقية) بالعدد ٤٢/٩٨٤/عقار/٢٠٠٧ صادر بتاريخ ٢٤/٩/٢٠٠٩ .
(٦) ينظر نص المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

التسجيل العقاري على الوقف لان موضوع الوقف من الموضوعات التي تخضع لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده^١ .

"اما فيما يتعلق بالوصية فهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد وهو الموصي يتيح له الحق في التصرف في ثلث التركة العائدة له ، فاذا كانت التركة تحتوي على اموال غير منقولة فيجوز له التصرف في حدود الثلث من هذه الاموال . فالوصية اذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصي الى الموصى له بعد موت الموصي^٢ ، فهي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض^٣ .

"ومن خلال الرجوع الى القانون المدني العراقي لم يحدد صراحة الوقت الذي ينتقل المال الموصى به من الموصي الى الموصى له لا بالنسبة للمنقول ولا بالنسبة للعقار^٤ . وقد ذهب الاستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهاوري الى القول بان الوصية لا تلزم الا بقبولها من الموصى له صراحة او دلالة بعد وفاة الموصي فاذا قبل الموصى له الوصية استحق الموصى به من وقت الموت فالوصية هي ارادة منفردة تصدر من الموصي وليست بعقد بين الموصي والموصى له لانها لو كانت عقد لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصي . لذا فان الموصى به ينتقل من لحظة وفاة الموصي^٥ .

"اما فيما يتعلق بالمنقول وفقا للرأي الراجح في الشريعة الإسلامية انه ينتقل فور وفاة الموصي حتى ولو تاخر قبول الموصي عن الوفاة^٦ .

"ولكن فيما يتعلق بالعقار ، فان وقت انتقال الموصى به الى الموصى له لا نستطيع ان نحدده لاننا نعرف ان التصرفات العقارية لا تنعقد الا بالتسجيل وبما ان الوصية من التصرفات التي قد ترد على العقار فلا نستطيع تحديد وقت انتقال المال الموصى به الا بعد معرفة هل يعد التسجيل ركنا للانعقاد ام للاثبات لكي يتسنى تحديد وقت انتقال المال الموصى به (العقار)؟"

"ومن خلال تعريف الوصية يتضح لنا ان الوصية هي تصرف مضاف الى ما بعد الموت. وهذا معناه لا تصبح تصرفا نهائيا الا بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصي وبذلك لا يمكن" اعتبار التسجيل ركنا فيها قبل وفاة الموصي وقبول الموصى له ، فالتسجيل في مثل هذه الحالة لا يعد ركنا من اركان الوصية عند انشائها ؛ لان للموصى له الحق في الرجوع عنها متى شاء^٧ . الا ان الموصي يستطيع يستطيع اثناء حياته ان يقوم بتأشير الوصية في التسجيل العقاري وذلك تأكيداً لوجودها . وبذلك لا يترتب على هذا التأشير أي اثر يذكر سوى عدم جواز اجراء أي تصرف عقاري من قبل الموصي على الحقوق الموصى بها الا اذا بطلت الوصية وهذا ما اشارت اليه المادة (٤٩٢/٤) من قانون التسجيل

(٧) "ينظر محمد ادريس الحلبي ، السرائر ، الموسوعات الفقهية ، الوقف والوصايا ، ج١ ، دار التراث ، بيروت ، لم تذكر سنة الطبع ، ص٢٣٠ ، وكذلك ينظر تقي الدين نجم الدين عبد الله الحلبي ، الكافي في الفقه ، الموسوعات الفقهية ، الوقف والوصايا ، ج١ ، دار التراث ، بيروت ، لم يذكر سنة الطبع ، ص٦٠ .

(١) ينظر قحطان هادي عبد ، التصرف في الوصية بعد انشائها واثره في الفقه الاسلامي والقانون ، بحث مقدم الى كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣ ، السنة الاولى ، ص ٢٨٣ وما بعدها .

(٢) ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، مرجع سابق ، ص٥٥ ، وكذلك ينظر نص المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

(٣) ينظر عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، مرجع سابق ، ص٣٩٨ .

(٤) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اسباب كسب الملكية ، ج٩ ، مجلد ١ ، ط٢ ، دار النهضة الجديدة ، مصر ، ٢٠١٠ ، بند ٧٦ ، ص ٢١٠ .

(٥) ينظر عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، مرجع سابق ، ص ٣٩٩ .

(٦) ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، مرجع سابق ، ص ٥٦ .

العقاري^١. وبالرجوع الى نص هذه المادة نلاحظ انه تهدف الى ترقيين تاشير الوصية في السجل العقاري بطريقة قانونية لا علاقة لها بانعقاد التصرف ؛ لان الوصية تنعقد صحيحة من دون حاجة الى تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ؛ لذا فهي متحققة بعد وفاة الموصي . "

"وبعد حدوث الوفاة فان التسجيل يكون شرطاً لثبوت الوصية وليس لانعقادها^٢ ؛ لان الوصية تعتبر نافذة وملزمة ومرتببة لاثارها بمجرد موت الموصي وقبول الموصى له كما اسلفنا وهذا ماكدت عليه المادة (١١٠٨) مدني عراقي^٣ . "

"وبناء على ما تقدم يمكن القول بان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً صريحاً بشأن تسجيل الوقف او الوصية كما فعلت تشريعات الدول المختلفة الا اننا لا يمكن قياس الوصية والوقف في العراق على ما هو متبع في تشريعات بعض الدول العربية التي اوردت بها نصوص قانونية ، والسبب يعود في ذلك هو ان الوقف والوصية في العراق تسري عليهما احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة ، لذلك فان التسجيل في مثل هذه التصرفات يعد عنصراً للثبات وليس ركناً لانعقاد . وبهذا يختلف حكم تسجيل هذه التصرفات عن حكم تسجيل التصرفات التي تجري في دوائر التسجيل العقاري التي عدت التسجيل ركن من اركان انعقاد التصرفات التي ترد على العقار" .

(٧) ينظر نص المادة (٤/٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
(٤) الوصية تصرف انفرادي لا يحتاج الى أي شكلية بموجب قرار لمحكمة التمييز بالعدد ٢٥٦/هيئة عامة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/١٠ والمتضمن (ان الدليل الكتابي والتصديق على الوصية بموجب الفقرة الاولى من المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية ليس شرطاً لانعقاد او صحة التصرف القانوني لانشاء الوصية وانما هو لاثبات الوصية) .
(٥) ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، مرجع سابق ، ص ٥٦ ، وكذلك ينظر نص المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي النافذ .

خاتمة الموضوع

من خلال ما تقدم سوف نعرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها

الاستنتاجات :

- ١- "ان المشرع العراقي قد جعل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو احد اركان التصرف القانوني العقاري ولا يترتب عليه أي اثر ما لم يسجل في الدائرة المختصة ، فالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري يحمي الملكية من عصابات الاغتصاب ويمنع اصحاب النفوس الضعيفة من التصرف في نفس العقار مرة اخرى الى اشخاص اخرين وهذا يؤدي الى تقليل حالات اللجوء الى ساحات القضاء ومن ثم يضمن الثقة في المعاملات . وانطلاقا من الاثر الذي يترتب من عدم اتباع التسجيل في الدائرة المختصة ، فان نظام التسجيل العيني يتميز عن جملة من المفاهيم القانونية (كنظام التسجيل الشخصي واجراءات الاشهار والتصرفات الرضائية التي تقع خارج دوائر التسجيل العقاري) ."
- ٢- "يتميز نظام التسجيل العيني عن نظام التسجيل الشخصي بوجه عام وبغض النظر عن الموقف التفصيلي لا حكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل بانه يقوم على اساس تسجيل الوحدة العقارية في سجل واحد يسمى بالسجل العيني من خلاله يتم التعرف على المالك الحقيقي للعقار ومعرفة حالته القانونية حيث ان ما مسجل في السجل يعتبر قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني ؛ وذلك لان هذا النظام كنظام قائم بحد ذاته ، يظهر التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها كما يؤدي نظام التسجيل العيني الى استقرار المعاملات العقارية من خلال حماية حقوق المتعاملين لان كل ما مسجل في السجل العقاري يعتبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير ."
- ٣- "كما وان نظام التسجيل العيني باعتباره الركن الشكلي في العقد عن اجراءات الاشهار ، فالشكل بمفهومه الدقيق عبارة عن اسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرضه المشرع فرضا الزاميا بل انه في الحقيقة يمثل قيда على حرية الارادة يحد من قدرتها على اتخاذ وسيلة للتعبير عن نفسها بما يفرض عليها التسجيل من اسلوب معين فان لم تتخذ هذا الاسلوب كانت عديمة الاثر وهذا ما يميز التصرفات الشكلية من التصرفات الرضائية ، فالشكل الواجب ينقل ملكية عقار او ترتيب حق عيني عليه وفق احكام القانون المدني يتصل بتكوين العقد في حين ان اجراءات الاشهار هي اجراء لاحق لنشوء العقد لضمان علم الغير ذي المصلحة بوجود العقد ، فضلا عن ذلك فان جزاء تخلف الركن الشكلي يختلف عن جزاء تخلف اجراءات الاشهار ، فتخلف الشكل يتمثل في تجريد العقد من أي اثر سواء بين عاقيه او بالنسبة للغير ، اما تخلف اجراءات الاشهار فجزاءه هو نقصان قوة العقد اذ ينحصر اثر العقد بين عاقيه ولا يسري في مواجهة الغير ."
- ٤- " كما وان البيوع التي تتم في دائرة التسجيل العقاري التي يتم تنظيمها بالاستناد الى نظام التسجيل العيني يختلف عن البيوع التي يتم اجرائها من قبل الجهات الرسمية سواء عن طريق المزايدة او بدونها ، اذ ان التصرفات التي تجري على العقار لا تنعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حين ان البيوع التي تتم عن طريق المزايدة تنعقد برسو المزداد الا ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل وكذلك لا يعد التسجيل ضروريا بالنسبة للبيوع التي تتم عن طريق الجهات الرسمية بدون مزايدة وكذلك بالنسبة لبيوع القرار (١١٩٨) . اذ ان التصرفات والبيوع التي تتم بالاستناد اليه لا يعد التسجيل فيها ركن من اركان الانعقاد اذ يتم اكتساب الملكية العقارية متى توافرت الشروط التي نص عليها القرار ."
- ٥- "اما فيما يتعلق بالوقف والوصية باعتبارها من التصرفات الصادرة من جانب واحد فان القانون المدني لم يتضمن نصا صريحا بشأن تسجيلهما والسبب يعود وراء ذلك هو ان الوقف والوصية في العراق تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة لذلك فان التسجيل في مثل هذه

التصرفات يعد عنصرا للاثبات وليس ركنا لانعقاد الذي يعد التسجيل فيه ضروريا لصحة التصرفات العينية .

التوصيات :

١. "نرى بضرورة استحداث دراسة تمزج بين التعلم اجراءات التسجيل العقاري وتطبيقاتها على الحاسبة الالكترونية لرفد دوائر التسجيل العقاري بملاكات متخصصة تساهم في الاسراع بمكننة دوائرها".
٢. "نشر الثقافة العقارية وتدريب اشخاص قادرين على العمل في المجال العقاري للمساهمة في تطوير العمل في دوائر التسجيل العقاري".
٣. "نأمل ان تقوم الجامعات بتدريس نظام التسجيل العيني في احدى سنوات الدراسة في كليات القانون لما لهذا الموضوع من اهمية من الناحية النظرية والعملية لكي يطلع الطلبة على اهمية نظام التسجيل العيني ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية".
٤. "كما ندعو الى المؤاممة بين تخفيف قسوة جزاء شكل البيوع العقار والمحافظة على قوة السجلات العقارية ، اذ ان المشرع العراقي قد اشترط لانعقاد التصرفات العقارية استيفاء الشكلية وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وبخلاف ذلك يكون العقد باطلا ، ولكن وبالرغم من ذلك ، فأنا نجد ان المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي قد قررت اعطاء لمثل هذا التعهد اثر وهو التعويض ، الا ان المشرع في عام ١٩٧٧ قد اصدر القرار (١١٩٨) الذي اعطى اثارا جديدة للتعهد بنقل ملكية عقار لا تقتصر على التعويض عند الاخلال فقط بل اعطى المتعهد امكانية تملك العقار اذا توفرت جملة من الشروط نص عليها القرار الى جانب التعهد المذكور ، لذلك نأمل من المشرع العراقي تخفيف هذه الشكلية في العقود مع المحافظة على قوة السجلات العقارية".

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية :

أ. الكتب القانونية

١. القاضي رزاق جبار علوان ،المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، بغداد ، دون ذكر الطبعة وسنة الطبع ، بغداد
٢. القاضي عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، دراسة مقارنة ، ج ١ ، ط ٢ ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١ .
٣. المحامي مكي إبراهيم لطفي ، الشكلية القانونية (التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية) ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٤. المحامي وجدي شفيق فرج ، الوسيط في شرح قانون السجل العيني ، ط ١ ، حيدر جروب للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٩ .
- ١٠.د. أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج ٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٧ .
- ١١.تقي الدين نجم الدين عبد الله الحلبي ، الكافي في الفقه ، الموسوعات الفقهية ، الوقف والصايا ، ج ١ ، دار التراث ، بيروت ، لم تذكر سنة الطبع .
١٢. د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، بدون ذكر الطبعة ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ .
١٣. د. حسن عبد الباسط جميعي ، تحول نظام الشهر العقاري في مصر الى نظام السجل العيني ، دون ذكر الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
١٤. د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها ، مكتبة السنهوري ، العراق ، ٢٠١٧ .
١٥. د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج ١ ، البيع والإيجار ، ط ٣ ، بغداد ، ١٩٧٤ .
١٦. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح احكام قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٨٣ .
١٧. _____ ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٣ .
١٨. _____ ، موجز احكام قانون التسجيل العقاري ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٩ .
١٩. سليم ابا نادر ، مجموعة التشريع اللبناني ، ج ٤ ، القسم الثاني ، شركة الطبع والنشر اللبنانية ، بدون ذكر سنة الطبع .
٢٠. د. سعيد مبارك وطه الملاحويش وصاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، البيع والإيجار والمقولة ، دون ذكر الطبعة ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٢١. شاكر ناصر حيدر ، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، دون ذكر الطبعة ، بغداد ، ١٩٤٧ .
٢٢. د. عامر خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزايده ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٢٣. د. عبد الحميد الشواربي ، اجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء ، دون ذكر رقم الطبعة ومكان الطبع ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ .
٢٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، ط ٣ ، نهضة مصر ، ٢٠١٠ ، احياء التراث العربي ، ١٩٥٨ .

٢٥. _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اسباب كسب الملكية ، ج ٩ ، مجلد ١ ، ط ٢ ، دار النهضة الجديدة ، مصر ، ٢٠١٠ .
٢٦. عبد العزيز حساني ، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد ، دون ذكر رقم الطبعة ، مطبعة الكتاب ، العراق : بغداد ، ٢٠١٢ .
٢٨. د. علي بن عزان بن علي الهشامي ، الآثار القانونية للتسجيل العقاري ، دراسة مقارنة ، دون ذكر سنة الطبع ، المنصورة ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٤ .
٢٩. د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار العربية للموسوعات ، ٢٠٠٠ .
٣٠. محمد ادريس الحلبي ، السرائر ، الموسوعات الفقهية ، الوقف والوصايا ، ج ١ ، دار التراث ، بيروت ، لم تذكر سنة الطبع .
٣١. د. محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، التسجيل والقيود ، قانون التسجيل الصادر ٢٦/يونيو/١٩٢٣ ، بيروت : لبنان ، دار المنشورات القانونية ، ١٩٣٩ .
٣٢. د. محمد ليبب شنب ، دراسات في قانون التسجيل العيني المصري ، معهد البحوث والدراسات العربية ، مصر ، ١٩٧٤ .
٣٣. محمد يوسف الزغبى ، عقد البيع في القانون الاردني ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٠ .
٣٤. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون العربي المقارن) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٤٨ .
٣٥. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط ١١ ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع .
٣٦. مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، ج ١ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

ب. الرسائل الجامعية والاطاريح :

١. اميمة رافع رجب ، الابطال القضائي لسندات التسجيل العقاري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٧ .
٢. حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ .
٣. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٣ .
٤. عادل كاظم جواد العوادي ، الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٦ .
٥. عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .
٦. قاسم هيال رسن ، التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٩ .
٧. نوال قاسم هاشم ، الشكل في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٨ .

ج. البحوث القانونية والمجلات

١. بمو برويرخان الدلوي ، الاثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، بحث مقدم الى مجلة كلية الراافدين للحقوق ، المجلد (١٦) العدد ٥٦ ، السنة ١٨ .

٢. د. حبيب عبيد ، التعهد بنقل ملكية او حق التصرف في العقار ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي ، جامعة بابل ، كلية القانون ، المجلد (١٠) ، العدد ١ ، ٢٠١٨ .
٣. د. درع حماد عبد ، فكرة السبب الصحيح كاساس لطلب التمليك في التعهد بنقل ملكية عقار ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ٢ ، العدد ٢ ، السنة ٢٠١٨ .
٤. شكر محمود داود السليم ، المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني ، دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٣) ، العدد (٤٩) ، ٢٠١٦ .
٥. صاحب عبيد الفتلاوي ، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارات غير المسجلة ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث مقدم الى مجلة مؤتة للبحوث والدراسات العلوم الانسانية والاجتماعية ، الاردن ، منشور على الموقع الالكتروني : <http://search.mandumah.com/record125996> .
٦. علي شاكر عبد القادر ، التعهد بنقل ملكية عقار واثره في انتقال الملكية ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ٢٠١٣ .
٧. قحطان هادي عبد ، التصرف في الوصية بعد انشائها واثره في الفقه الاسلامي ، بحث مقدم الى كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (٣) ، السنة الاولى .
٨. محمد يوسف الزغبى ، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الاراضي الاردني ، بحث مقدم الى مجلة كلية الحقوق ، الجامعة الاردنية ، المجلد (١٣) ، العدد (٩) ، ١٩٨٦ .
٩. منذر عبد الحسين الفضل ، التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العددان (٤،١) ، السنة ١٥ ، ١٩٨٣ .

د . القوانين والقرارات :

القوانين والقرارات العراقية :

١. قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ .
٢. قانون التنفيذ النافذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .
٣. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.
٤. قانون بيع وايجار اموال الحكومة الملغى رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ .
٥. قانون ادارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ .
٦. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .
٧. قانون التنفيذ الملغى رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ .
٨. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٩. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ .

القوانين العربية :

١. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
٢. قانون تسوية الاراضي والمياه الاردني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢ .
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٤. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ .
٥. قانون التسجيل المصري ١٩٢٣
٦. قرار رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦ المتعلق بالتسجيل العقاري المطبق في لبنان وسوريا.

القوانين الاجنبية :

القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ بالعربية (دالوز) ، طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، بيروت : جامعة القديس يوسف.

ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي

- دراسة مقارنة -

أ. د. حيدر طالب الامارة

م. م. سري حارث عبدالكريم

ملخص

لاشك أن رقابة الاغفال التشريعي أحد فروع الرقابة على دستورية القوانين إلا أن هذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، فعدم دستورية النص لا تنأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تنأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساواة محل التنظيم، فما أغفله المشرع هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية، وحيث أن الأصل في الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية وليست رقابة ملائمة فإن تدخل القاضي الدستوري لرقابة ما لم يذكره المشرع - ما أغفله - من شأنها المساس بنطاق السلطة التقديرية للمشرع، لذا فإن هذه الرقابة تكون حساسة حتى لا يتهم القاضي الدستوري بالتدخل في عمل السلطة التشريعية وبالتالي يعد خارقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يخضع القضاء الدستوري ذاتياً لضوابط خاصة تقلل الاحتكاك مع السلطة التشريعية وتحافظ على التوازن في العلاقة مع السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية منها، وقد انصبت هذه الدراسة على الضوابط أو الكواجح الذاتية للقضاء الدستوري عند مباشرة رقابة الإغفال التشريعي، ومدى إمكانية القضاء الدستوري مد نطلق رقابته إلى حالات امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية كان من الواجب عليه اتخاذها بموجب نص أمر في الدستور في ظل غياب الإباحة القانونية لهذا النوع من الرقابة.

Controls over the legislative omission A comparative study

Prof. Dr. Haider Talib Al-Amarah

Sura Harith Abdulkareem

Abstract

There is no doubt that the oversight of the legislative omissions is one of the branches of control over the constitutionality of the laws, but this type of censorship is characterized by the fact that it focuses on what the legislator overlooked in the legal text that is subject to unconstitutionality. The unconstitutionality of the text does not come from a clear violation of the rules of formality and objectivity of the Constitution, but it stems from the omission of the legislator or failure to organize the right, freedom or accountability in the organization, what was overlooked by the legislator is what made the text a matter of unconstitutionality, since the origin of the monitoring of the constitutionality of the laws is legal control and not appropriate control, the intervention of the constitutional judge to control unless the legislator mentioned - or omitted - would prejudice the scope of the authority of the introduction of the project, therefore, this censorship is sensitive so as not to accuse the constitutional judge of interfering in the work of the legislative authority and therefore is a breakthrough for the principle of separation of powers, this, of course, requires that the constitutional judiciary subject itself to special controls that reduce friction with the legislative authority and maintain balance in the relationship with other authorities, especially legislative ones. This study has focused on the controls or self-restraints of the constitutional judiciary when the oversight of legislative omission is started. The extent of the possibility of the constitutional judiciary from the scope of its control to cases of abstention from the legislative measures that should have been taken under a provision of the Constitution in the absence of legal permissibility of this type of censorship.

المقدمة :

تعدّ رقابة الإغفال التشريعي فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم فإنها تخضع من حيث الأصل إلى نفس ضوابط ومحددات الرقابة على دستورية القوانين العامة ويترتب على تجاوزها عدّ الجهة المتولية للرقابة متجاوزة حدودها ومتداخلة في عمل واختصاصات السلطات الأخرى، وإلى جانب الضوابط العامة هنالك ما يعرف بالقيود الذاتية أو الكوابح الذاتية، تضعها كل جهة رقابة لمنع احتكاكها وتداخلها مع السلطات الأخرى، فمن أسباب نجاح القضاء الدستوري وازدهاره قيام المحكمة بوضع كوابح أو قيود ذاتية تقيد فيه اختصاصها الرقابي وذلك بسبب الطبيعة الحساسة للرقابة الدستورية واقتربها من مناطق السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية، وتجنباً للاحتكاك والنزاع وحفاظاً للمحكمة على مكانتها واحترام قراراتها كون السلطة القضائية في وضع غير مكافئ - أي أضعف - من السلطات الأخرى تلجأ لوضع هذا النوع من المحددات الذاتية، وخير مثال على هذه السياسة القضائية ما ذهب إليه القضاء الأمريكي، إذ انتهجت المحكمة العليا سياسة وضع الكوابح الذاتية لمنع الاحتكاك بالسلطات الأخرى ولاسيما الكونغرس الاتحادي ولضمان هيبة أحكامها وحماية مبدأ الرقابة من النيل منه أو تقليصه وهذه القيود الذاتية يطلق عليها تسمية (التقنيات القضائية لفض المنازعات الدستورية) (Judicial Techniques in Constitutional Law) جرى اعتمادها بصورة تدرجية واستقرت فقهاً وقضاءً وهي (عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا لضرورة الفصل في الخصومة الأصلية، أقرار القاضي بوجود قرينة الدستورية لمصلحة القوانين، عدم الامتداد لبواعث التشريع وملاءمات إصداره، استبعاد المسائل السياسية من الرقابة القضائية)^(١).

ويميز الفقه الدستوري من جانبه بين الضوابط الذاتية : وهي الضوابط التي تلزم المحكمة بها نفسها في مجال تحريك الدعوى الدستورية في مجال القوانين واللوائح التي تدخل في اختصاص رقابتها، وبين نوع آخر من الضوابط أو الحدود العامة التي تظهر قيمة هذه الضوابط والحدود العامة في أثناء قيام القاضي ببحث مدى دستورية القانون المطعون فيه، فإذا مارس القاضي عملية البحث والتقصي ضمن إطار هذه الحدود والضوابط العامة، يكون قد مارس الرقابة في حدود إطارها السليم، أما إذا تجاوزها القاضي فإنه يكون قد تجاوز حدود الرقابة السليمة^(٢)، وكذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى ذات التمييز بين ضوابط الرقابة الدستورية العامة وبين القيود الواردة على رقابة الدستورية، إذ عدّ هذا الرأي أن ما تنتهجه المحكمة الدستورية من منهج للاتصال بالدعوى الدستورية والفصل بعدم دستورية القوانين هو منهج أو قيد ذاتي من صنع أو وضع المحكمة ذاتها ابتدعته أو ابتكرته وأفرزه التطبيق العملي واستقرت المحكمة على هذا المنهج مع الوقت كونه دليل عمل ذاتي في مباشرة الدعوى الدستورية وحدود هذه المباشرة، إلا أنه يكون قابلاً للتعديل أو التغيير وفقاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتطورات الدستورية والأزمات الدستورية، ولذلك نجد أن الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين سواء أكانت سياسية أم قضائية قد وضعت قيود أو محدّدات تكاد تكون متشابهة أو تختلف قليلاً بعضها عن بعض أفرزها التطبيق وتطور المفاهيم والقضاء الدستوري^(٣).

إلى جانب القيود أو الكوابح الذاتية، ذكرنا سابقاً وجود ضوابط الرقابة على دستورية القوانين العامة وتكون في العادة ذات طبيعة ثابتة ومستقرة ومتفق عليها فقهاً وقضاءً ويمكن أن تكون هذه

(١) لمزيد من التفصيل ينظر : د. رفعت عبد سيد - الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ١٦٠ وما بعدها، كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - ١٩٦٠ - ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - الأحزاب السياسية والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري - دراسة مقارنة - بدون دار نشر - بدون سنة طبع - ص ٤٩١.

(٣) ينظر : د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - سعد سمك للمطبوعات القانونية - ط ١ - ٢٠١١ - ص ١٧٥ وما بعدها.

الضوابط العامة نفسها قيد أو محدد ذاتي لقضاء ما، فعلى سبيل المثال مسألة عدم تعرض القضاء الدستوري للمسائل أو الاعمال السياسية هو قيد ذاتي للمحكمة العليا الأمريكية، وفي الانظمة الاخرى ضابط عام للرقابة على دستورية القوانين وهذه الضوابط العامة يمكن حصرها بالآتي^(١) :

١- أن تكون الرقابة في إطار الدستور لا خارجه، ومع ذلك نجد أن بعض النظم أخذت بالرقابة داخل إطار الدستور وخارجه كالمحكمة العليا الأمريكية في الفترة التي أطلق عليها مصطلح حكومة القضاة^(٢).

٢- أن لا تتعرض لملاءمات التشريع وبواعثه.

٣- أن لا تتعرض للاعمال السياسية أو ما تسمى بالمسائل السياسية (Political Questions).

٤- وجود ضرورة قصوى تبرر التعرض للمشكلة الدستورية.

٥- إقرار القاضي الدستوري بقرينة الدستورية لمصلحة التشريع.

أما على صعيد رقابة الإغفال التشريعي فإلى جانب الضوابط العامة للرقابة ينفرد هذا النوع من الرقابة بضوابط خاصة تتناسب مع طبيعتها وهي موضوع دراستنا، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطالب الآتية :

(١) ينظر : د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٩٥ وما بعدها، وكذلك ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٤٩٣ وما بعدها، كذلك ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوض - أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٠ - ص ٤٦ وما بعدها، كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٢.

المطلب الأول

رقابة الإغفال التشريعي في حدود الدستور لا خارجه

إن ما تتمتع به الوثيقة الدستورية من سمو شكلي وموضوعي هو أهم مبررات الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم نستطيع القول إن هذه الرقابة تدور مع الدستور وجوداً وهدماً، فالدستور أهم مقومات دولة القانون وفي ظل دولة القانون تنشط رقابة الدستورية، أما في ظل الانظمة الاستبدادية التي لا تحترم قواعد الدستور تغيب الرقابة على دستورية القوانين ودساتير العراق للمدة من ١٩٥٨ ولغاية ٢٠٠٣ خير شاهد على ذلك^(١) هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مشكلة الرقابة على دستورية القوانين لا تثار في دول الدساتير المرنة غير المكتوبة، أما في دول الدساتير المكتوبة (الجامدة) يكون من مقتضى التفرقة بين الدساتير والقوانين العادية وتقرير مبدأ سمو الدستور على القوانين العادية أن يوقع جزاء على مخالفة القوانين للدستور بمعنى أن يلغى القانون أو العمل الصادر عن السلطات المؤسسة إذا كان غير دستوري، فوجود دستور جامد يؤدي إلى نتيجة منطقية واحدة وهي بطلان القوانين المخالفة له، ولعرض حماية الدستوري ولحساسية موضوع الرقابة على دستورية القوانين كونه ذا مساس مباشر باختصاص السلطة التشريعية، نجد أن واضعي الدستور قد وضعوا خيارات لتوفير الحماية له منها إنشاء مؤسسة دستورية بشكل هيئة محلفين دستورية وهو مقترح (سييز) عند وضع دستور فرنسا للسنة الثالثة^(٢)، إلا أن اقتراحه لم يحظ بموافقة الجمعية التأسيسية في حينها، ثم عاد وطرح الفكرة عند إعداد دستور السنة الثامنة في عهد الامبراطور (نابليون بونابرت) وحظيت فكرته بالموافقة وأنشئ مجلس يعرف بحامي الدستور أو (المجلس الحافظ) وكانت مهمته التحقق من عدم مخالفة مشروعات القوانين للدستور وكان المجلس المذكور ذا تشكيلة سياسية وغير مستقل خاضع لإرادة الامبراطور وفي ظل دستور ١٩٤٦ شكلت (اللجنة الدستورية) على وفق المادة (٩١) منه وأيضاً كانت تشكيلة المجلس ذات طبيعة سياسية وإن تحريك اختصاصها مرهون بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الجمهورية أما في ظل دستور الجمهورية الخامسة ١٩٥٨ فقد أنشئت هيئة سياسية تحت مسمى (المجلس الدستوري) يمارس الرقابة السياسية على مشاريع القوانين وهي رقابة سابقة إلا أنه بعد تعديل الدستور في ٢٣/يوليو/٢٠٠٨ أصبح هنالك رقابة لاحقة بشروط محددة في المادة (١/٦١) من الدستور، إذ يعرف المجلس الدستوري بالرقيب التشريعي من خلال رقابته السابقة على التشريعات طبقاً لنص المادتين (٣٤) و(٣٧) من الدستور فضلاً عن اختصاصه في تفسير النصوص التشريعية حتى أن جانب من الفقه وصفه (بالمشرع الأعلى) الذي يوجه النصوص التشريعية المخالفة للتوجهات الدستورية وليس للنص الدستوري بمفهومه الضيق بحيث لا يخرج البرلمان عن المقتضيات الدستورية التي تحكم الدولة

(١) لم تتبن دساتير العراق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وإناطتها إلى هيئة قضائية مركزية حتى عام ٢٠٠٣، ما عدا ما ورد في المادة (٨١) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ التي نصت على تشكيل محكمة عليا لمحكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ومحكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم، وكذلك البت بالامور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الاخرى لاحكامه، وكذلك ما نصت عليه المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ التي أنشأت محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت في مخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها والتي لم تمارس اختصاصها، لمزيد من التفصيل ينظر : د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة - النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - المكتبة القانونية - ط ٢ - ٢٠٠٧ - ص ٣٢٠ وما بعدها وص ٤٠١ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. سعاد الشرقاوي - القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري - ك ١ - دار النهضة العربية - ٢٠١٣ - ص ١٨١ وص ١٨٢.

الفرنسية بتاريخها وثقافتها وعلمانياتها فالمجلس الدستوري يؤدي دوراً دستورياً خطيراً بوصفه موجهاً في بادئ الأمر وأمرأ في نهايته^(١).

في حين عهد بعض المؤسسين موضوع الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئات قضائية ذات اختصاص شامل ومركزي كالولايات المتحدة الأمريكية ومصر والعراق وهي في العادة تمارس رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون ولا تمتد لمشاريع القوانين، وبالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص على تشكيل المحكمة العليا وإنما ورد في المادة (٣) منه على إيداع السلطة القضائية للولايات المتحدة الأمريكية إلى محكمة عليا واحدة وفي محاكم أدنى تشكل من وقت لآخر عندما يقضي الكونغرس بإنشائها إلا أنها أدت دوراً كبيراً في تعزيز مبدأ سمو الدستور والرقابة على دستورية القوانين وحماية النظام الفيدرالي وحماية حقوق وحرريات الأفراد^(٢)، وانتهى النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن مبدأ الشرعية وسيادة القانون تكفله المبادئ الدستورية من خلال تقرير سلطة القضاء لرقابة القوانين والقرار الحكومي (Government action) ومطابقة القوانين والقرارات الحكومية لمعيار الشرعية (Standard of legality) أي مطابقتها لأحكام الدستور^(٣).

وعوداً على بدء نقول إن الرقابة على دستورية القوانين تكون في نطاق الدستور لا خارجه وهو ضابط مسلم به للرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة وفي الرقابة على الإغفال التشريعي فلا بد أن تنصب رقابة الإغفال التشريعي على مراقبة إغفال المشرع أو قصوره في تنظيم مسألة أو موضوع خلافاً لما ورد في الدستور بحيث أن هذا الإغفال أو القصور من شأنه الانتقاص أو تجاهل الضمانات التي قررها الدستور أو يشكل إغفال أو قصور في التنظيم قيداً عليها يحول دون ممارستها بالشكل الذي كفله الدستور مما يجعل هذا النص غير دستوري أو هذا التشريع غير دستوري بنصوصه كافة أو ببعضها يتطلب تدخل القضاء لتشخيص هذا الخلل والقصور أو الحكم بعدم دستوريته أو تنبيه السلطة التشريعية لتجاوز هذا الإغفال خلال مدة محددة وإلا كان جزاء ذلك عدم دستوريته، وهذا يقتضي أن تكون رقابة الدستورية داخل إطار الدستور لا خارجه بحيث ينحصر دور القاضي في المطابقة بين القانون المطعون فيه وبين الدستور فقط وقد أخذ بهذا الاتجاه المحاكم الدستورية في مصر وألمانيا الاتحادية وإيطاليا^(٤) ويمكن أن نحدد موقف القضاء الدستوري المقارن اتجاه هذا الضابط على النحو الآتي :

(١) حول المجلس الدستوي وتطوره واختصاصاته ورقابته على التشريعات ينظر : حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - قاضي الانتخابات - حامي الحقوق والحريات - الرقيب على التشريعات - شرح تحليلي لأراء الفقه وقضاء المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠١٥ - ص ٢١٢ وص ٢٨، كذلك ينظر: د. حميد حنون خالد - مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - مكتبة السهوري - ٢٠١٣ - ص ١٥٣ وما بعدها

(٢) تم تشكيل المحكمة العليا وتنظيمها بموجب القانون رقم (٧٣) لسنة ١٧٨٩ الذي أصدره الكونغرس الأمريكي والذي نص على تشكيلها من رئيس وخمسة قضاة إلا أن عدد أعضاء المحكمة لم يكن ثابتاً وإنما كان رهين التدخلات السياسية مما أخل باستقلال المحكمة نوعاً ما حتى استقر عدد الاعضاء من رئيس وثمانية أعضاء عام ١٨٦٩ ولا زال هذا العدد حتى الوقت الحاضر، لمزيد من التفصيل بشأن تشكيل المحكمة العليا الأمريكية واختصاصاتها ودورها ينظر : د. حميد حنون خالد - المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - المجلد السابع والعشرون - العدد الأول - ٢٠١٢ - ص ٤٣ وما بعدها وص ٥١ وما بعدها وص ٦٤ وما بعدها.

(٣) ينظر : د. يس عمر يوسف - استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي - دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر - ط ١ - ١٩٩٥ - ص ٨٦.

(٤) فعلى سبيل المثال لا يجوز للمحكمة الدستورية في إيطاليا أن تبحث مدى اتفاق القانون المطعون فيه مع المبادئ العليا غير المدونة في الدستور استناداً لنص المادة (٢٣) من القانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٥٣، لمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠١.

أولاً : موقف المحكمة العليا الأمريكية :

أخذت المحكمة العليا الأمريكية بالرقابة في إطار الدستور وخارجه حتى وصفت المحكمة العليا (بحكومة القضاة) لتجاوز الرقابة على دستورية القوانين نطاق الدستور وامتدادها إلى المبادئ العليا غير المكتوبة في الدستور بل بلغت حد تقرير هذه المبادئ التي تعلق الدستور بتصوراتهم الخاصة، وأن هذا الدور كما وصفه الفقيه (هوريو) قد وصل إلى درجة عدلت المحكمة بموجبه الدستور الاجتماعي الأمريكي إلى حد ما وذلك بإعطاء التعديلات الدستورية كامل قوتها التي تناولت اعلانات الحقوق وبصورة خاصة ومكافحة التمييز العنصري، إذ أصدرت المحكمة العليا بعد تعيين (أيرل براون) رئيس المحكمة العليا عام ١٩٥٢ حكمها الشهير في قضية براون في ١٧/٣/١٩٥٤ ضد مكتب التعليم وإلغاء التفرقة العنصرية، فقد قررت عدم دستورية الفصل بين البيض والسود (الزواج) في معاهد التعليم وعدلت المحكمة مبدأها السابق بجواز الفصل عند تحقق المساواة في المزايا الذي قرره في أحكامها عام ١٨٩٦ و ١٨٩٩ و ١٩٠٨ و ١٩٢٧^(١).

ويمكن تلخيص اتجاه المحكمة العليا في تلك المدة بأن دورها لا يقتصر على مطابقة القانون المطعون به مع الدستور فحسب وإنما يمتد لفحص مدى مطابقة هذا القانون مع المبادئ العليا، فإذا وجدت أن القانون مخالف للدستور أو مخالف للمبادئ العليا فإنها تحكم بعدم دستوريته وإذا وجدت أن القانون يتفق مع الدستور ولكنه يخالف المبادئ العليا فإنها تحكم بعدم دستوريته، وتطبيقاً لذلك قضت بعدم دستورية الكثير من القوانين ليس بسبب عدم مطابقتها لنص صريح بالدستور وإنما لمخالفتها لمبادئ أعلى تسود الدستور وأن الدستور ما هو إلا تعبير عنها^(٢).

ثانياً : موقف المجلس الدستوري في فرنسا :

ذهب اتجاه فقهي يتزعمه العميد دوكي (Duguit) إلى تبني وجهة نظر تبرر للقضاء الدستوري المراقبة خارج إطار الدستور ويتلخص هذا الاتجاه بأن هنالك قانوناً أعلى وجد قبل أن توجد الدولة نفسها وأن تشريعات الدولة كلها - بما فيها التشريعات الدستورية ذاتها - تخضع له وإن كانت غير مكتوبة ولها قوة المبادئ المكتوبة أو المعلن عنها نفسها ومن ثم فإن على القضاء الدستوري أن يمنع صدور تشريع مخالف للدستور، وكذلك يمنع إصدار وتطبيق التشريع الذي يخالف المبادئ العليا غير المكتوبة وإن كان متوافقاً مع نص الدستور، ويجب على المشرع أيضاً أن يأخذ بالحسبان هذه المبادئ الكامنة في ضمير الأمة وعدم إصدار تشريع مخالف لها أو مخالف للدستور، وقد وجه لهذه النظرية عدة نقود كونها لا تتضمن ضوابط أو معايير موضوعية أو منطقية على الرغم من نبل مقاصدها وأن منح القاضي الدستوري سلطة استخلاص هذه المبادئ العليا من ضمير الجماعة أو مبادئ الحق والعدل يخرج القاضي من مهمته ويجعله يمارس عملاً تشريعياً من خلال استخلاص هذه المبادئ وتحويلها بعملية فنية إلى قاعدة قانونية وضعية^(٣).

(١) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٢ و ص ٥٠٣ هامش رقم (٢) كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص ١١٢، لمزيد من التفصيل حول قضية (براون) ضد مكتب التعليم وحيثياتها وأحكام المحكمة العليا المشار إليها في أعلاه حول تطور نظرة المحكمة العليا إلى مفهوم المساواة بين البيض والزواج وأثر دور المحكمة في تعديل المفاهيم والمبادئ الاجتماعية في أمريكا ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٢٢٢ وما بعدها و ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٤ و ص ٥٠٥ هامش رقم (١).

(٣) وعن الأساس الاجتماعي للقانون ومنهج العميد (دوكي) الواقعي في القانون المتأثر بأفكار (المدرسة العضوية) في علم الاجتماع للإنكليزي سبنسر (١٨٢٠ - ١٩٠٣) وكذلك أثر (المدرسة السوسيولوجية) للأستاذ (أميل دركهيم) زميل العميد (دوكي) في جامعة بوردو وأخيراً ما تمخض عنها مذهب دوكي الاجتماعي الخالص الذي أجرى عليه التعديل في مراحل عمره الأخيرة عندما أدخل في بنائه عاملاً أخلاقياً في مؤلفه الشهير عام ١٩٢١ بعنوان (المطول في القانون الدستوري) الذي أعاد بموجبه تقييم مفاهيمه السابقة ينظر : د. منذر الشاوي - مدخل في فلسفة القانون -

ثالثاً : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر :

رقابة الدستورية في مصر بما في ذلك رقابة الإغفال التشريعي تنحصر في نطاق الدستور لا خارجه في جميع مراحل تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في مصر وأن الرقابة تنصب على مدى وجود تعارض بين التشريع والقانون الموجب للحكم بعدم الدستورية من دون أن يمتد ذلك إلى فحص التعارض أو التطابق بين التشريع والمبادئ العليا غير المدونة فيه وقد عبرت محكمة القضاء الإداري في حكم لها صدر عام ١٩٥٧ عن هذا المفهوم بقولها (... ليس للقاضي أن يعدل عن تطبيق نص تشريعي بدعوى مخالفة العدالة ومبادئ القانون الطبيعي لأن النص في نظر القاضي يعتبر عنوان القاعدة التي تحكم المنازعة)^(١)، ووفقاً للقرار المذكور لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على الإغفال التشريعي بالنسبة للنص أو التشريع المطعون فيه إذا كان متوافقاً مع الدستور ومستوفياً ل ضماناته بحجة أن هذا النص يخالف أحد المبادئ العليا غير المدرجة في الدستور كمبادئ العدالة والانصاف وغيرها، إلا أنه يجب عدم الخلط بين المبادئ العليا غير المدرجة في الدستور وبين مخالفة (روح الدستور) أو ما يعرف (بالانحراف التشريعي) لأن روح الدستور كما عبر عنها الأستاذ الكبير (عبد الرزاق السنهوري) بأنها مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا هي روح الدستور التي تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة ومتى ما استخلصت كان على المشرع أن يلتزمها في تشريعاته وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية، ومن المبادئ التي استخلصها الدكتور السنهوري مبدأ استقلال القضاء فإذا صدر تشريع بسط وصاية أو إشرافاً على السلطة القضائية من شأن هذه الوصاية الانتقاص من استقلال القضاء أو تحديد ولايته القضائية كان التشريع باطلاً لأنطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية وكذلك من المبادئ المستخلصة من الدستور المصري التي تعبر عن روح الدستور مبدأ الحصانة الدبلوماسية، ومبدأ الفصل بين السلطات^(٢) إذ إن الأستاذ السنهوري لم يأخذ بنظرية العميد دوكي (Duguit) على إطلاقها معلاً ذلك من خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تخلخل واضطراب، إذ يقول : (... إذا نحن عمدنا إلى استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الانظار وتتباين عنده المذاهب ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة، لذلك كان لابد لنا أن نقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب، أي على نصوص الدستور، ... ونكتفي بتقرير أن هنالك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة، ... فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا، كان التشريع باطلاً لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية وهذا المبدأ الذي نقره ونراه مبدأ موضوعي وواقعي، لا يعتوره التخلخل الذي يصاحب المعيار الذاتي ولا يكتنفه الجدل الذي يحيط بالنظر الفلسفي، ... فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاته ثم إلى الغرض المخصص الذي رسم التشريع ثم إلى الحقوق والحريات بحدودها الموضوعية، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام..^(٣)، وفقاً لنظرية الأستاذ السنهوري فإن ما يستخلص بضوابط موضوعية من نصوص

الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - بغداد - ٢٠١١ - ص ٦٧ وما بعدها، كذلك ينظر : د. عبد العزيز محمد سلمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ١١٩ وما بعدها، كذلك ينظر : د. نعمان أحمد الخطيب - الوسيط في النظم السياسية القانون الدستوري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط ١ - عمان - ٢٠٠٤ - ص ٧١، كذلك ينظر : د. نوري لطيف - القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - مطبعة علاء - ط ٢ - ١٩٧٩ - ص ٩٠ وما بعدها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية (٣٩٦٧ لسنة ٣ قضائية) جلسة ١٩٥٧/٥/١٦ منشور في مجموعة المبادئ القانونية للسنة الحادية عشر - ص ٥٦٨، أشار إليه د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥١٢.

(٢) ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٢٧٩.

(٣) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مقال منشور بموجب ملحق خاص في مؤلف د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على

الدستور المكتوب من مبادئ أساسية أو عليا كمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء فإن هذه المبادئ تكون ملزمة للمشرع بأن لا يحيد عنها عند إصداره للتشريعات، وإلا كانت هذه التشريعات مخالفة لروح الدستور وكذلك ملزمة للقضاء الدستوري في مراقبة مدى تطابق هذه التشريعات لنصوص الدستور والمبادئ العليا المستخلصة منه موضوعياً بوصفها روح الدستور ويمكن تبعاً لهذه النظرية أن تراقب المحكمة الدستورية الإغفال أو القصور الذي يعتور النص التشريعي إذا جاء مخالفاً لروح الدستور أيضاً من دون أن يشكل هذا الإجراء خروج رقابة الدستورية عن نطاق الدستور إذ لا تزال الرقابة هنا في حدود الدستور لا خارجه، وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات فقهية كثيرة أبرزها رأي للدكتور محمد عصفور الذي عدّ أن الصور التي أشار إليها السنهوري كحالات للانحراف تعد في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي إذا خالفها المشرع شابهها عيب مخالفة الدستور وليس عيب الانحراف في حين يرى الدكتور أحمد كمال أبو المجد أن الفروض التي ذكرها الدكتور السنهوري هي ليست سوى تطبيقات مباشرة لنظرية (مخالفة الدستور) إلا أن هذه الفروض أثارت المشكلة الحقيقية لنطاق الرقابة ومدى إمكانية بسطها على (الغاية، أو الهدف أو الغرض الحقيقي) من التشريع لأن الهيئة التشريعية تستتر وراء أحد الاختصاصات المنصوص عليها في الدستور لتمارس نشاط آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً وهذه المخالفات المستترة ظاهرها الصحة وباطنها الفساد تحتاج لخبرة القضاء ودرايته ليكشف عن حقيقتها ورد الأمر إلى نصابه الدستوري^(١).

ومارست المحكمة الدستورية العليا رقابتها في إطار الدستور فقط لا خارجه، إذ عدّت تعارض القانون المطعون فيه مع اعلانات حقوق الإنسان لا يشكل تعارضاً للدستور ومن هذه الاعلانات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ وعدّته مجرد توجيه غير ملزم ليس له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها وحتى المعاهدات الدولية فإن صدور قانون وطني مخالف لها لا ينال من دستوريتها لأن هذه المعاهدات ليس لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون نفسه^(٢)، وكذلك لا يجوز للقاضي في مجال رقابته على الدستورية بحث مدى تعارض القانون المطعون فيه بالمواثيق والاعلانات الوطنية واعلانات المبادئ والحقوق العالمية كالعدل والمساواة والحريات ما لم ينص عليها الدستور صراحة وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ الذي جاء فيه (... أن مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية وما تضمنه من أهداف كمثال اعلانات الحقوق التي عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقتن عادة بالثورات الناجحة فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ويكون صدورها تمهيداً لإعلان دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف ويكون لهذه الأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية قوة ملزمة، أما ما عداها من أهداف ومبادئ لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فيضل مثلاً عليا ونظريات فلسفية، فالميثاق لا يعدو أن يكون توجيه للشارع الدستوري والشارع العادي على السواء ولكنه ليس دستوراً ولا قانوناً ولن

دستوريته - المركز القومي - ط١ - ٢٠١٣ - ص١٠٤٩، وللإطلاع على الآراء الفقهية المنتقدة لنظرية الدكتور السنهوري ينظر نفس المصدر - ص٢٥٠.

(١) للإطلاع على الانتقادات الموجهة لنظرية الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بشكل مفصل ينظر : د. محمد ماهر أبو العينين - المصدر السابق - ص(٢٥٠ - ٢٩٨)، وكذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص٥٩٢ هامش رقم (١) و(٢).

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٧ لسنة ٢/قضائية/دستورية) في ١٩٧٥/٣/١ أشار إليه د. محمد عبد العال سناري - المصدر السابق - ص٥١٤.

يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل المبادئ من مجال النظر والفكر إلى مجال العمل والتنفيذ...^(١).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مجال رقابة الإغفال التشريعي ضمن نطاق نصوص الدستور لا خارجه ما جاء بحكمها الصادر عام ٢٠٠٧ بعدم دستورية الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢ لإغفالها النص على وجوب انذار العامل كتابه قبل إنهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية، إذ جاء في حكمها (... فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً وذلك بأن أغفل أو أهمل جانب من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها كان ذلك اختلالاً بضماناتها التي هيئها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور...)^(٢)، وكذلك ذهبت في حكم آخر لها صدر عام ١٩٩٧ برد الدعوى التي أقامها المدعي ناعياً على نص المادة (٤٣) من القانون المطعون فيه إغفالها التقيد بحد أقصى للأجور بالمخالفة لنص المادة (٢٣) من الدستور التي تنص على أن تنظيم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة التنمية الشاملة تكفل زيادة الدخل القومي وزيادة في فرص العمل وضمان حد أدنى من الأجور ووضع حد أعلى لها يكفل تقريب الفوارق بين الدخل وقد عللت المحكمة أسباب رد الطعن بإغفال النص تحديد حد أقصى للأجور بأن النص المطعون فيه لا يقرر غير الأسس التي لا يجوز التحلل منها في اللوائح المنظمة لشؤون العاملين في الشركة ومن بينها أن يكون لكل منها هيكلها التنظيمي وجدول بوظائفها بما يتفق وطبيعة نشاطها وأهدافها وأن يكون تقييدها بالحد الأدنى المقرر قانوناً للأجور لازماً، مع ربط هذه الأجور وغيرها من المزايا المالية التي يحصل عليها العامل - وسواء أفرغها المشرع في صورة حافز، أو بدل، أو مكافأة، أو تعويض - بانتاجها أو رقم أعمالها أو بالأرباح التي حققتها وتقرير النص المطعون فيه للأسس التي تصدر هذه اللوائح على ضوءها لا يعني امتناع تكملتها بقواعد أخرى تقوم إلى جانبها ولا يعدّ هذا النص يناقض حكماً آخر في الدستور^(٣).

وكذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨١ الخاص بتنظيم المنشآت الطبية لأن النص المذكور لم ينظم بشكل متكامل مما أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة وأهدر مبدأ المساواة أمام القانون مخالفاً بذلك أحكام المواد (٣٣)، (٣٤)، (٤٠) من الدستور، إذ جاء في حكمها الصادر عام ١٩٩٥ ما يأتي :

(... وكان النص المطعون فيه يتوخى بالمزايا والحقوق التي كفلها للطباء دون سواهم وتفضيلهم عن عداهم من المستأجرين واستبعاد هؤلاء من الإفادة منها رغم تماثلهم جميعاً في مراكزهم القانونية، وبدون أن يستند ذلك التمييز إلى أسس مشروعة، بل عمد المشرع إلى نقيضها، فإن ذلك النص يكون مفتقراً إلى الأسس الموضوعية التي كان ينبغي أن يحمل عليها ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور باعتباره متبنياً تمييزاً تحكيمياً...)^(٤).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا (رقم ١٣ لسنة ٤/قضائية) جلسة ٥/أبريل/١٩٧٥ أشار إليه د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٤٩، كذلك أشار إليه د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥١٥.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية (رقم ١٧٧ لسنة ٢٦/قضائية/دستورية) في ١٤/يناير/٢٠٠٧ أشارت إليه الباحثة جواهر عادل العبد الرحمن - الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي - دار النهضة العربية - ٢٠١٦ - ص ٢٦٠.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٧ لسنة ١٦/قضائية/دستورية) في ١/٢/١٩٩٧ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - المصدر السابق - ص ١١٥ وما بعدها.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (١١ لسنة ١٦/قضائية/دستورية) في ٣/يونيه/١٩٩٥ أشار إليه د. عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشواربي - الدعوى الدستورية - منشأة المعارف في الاسكندرية - بدون سنة طبع - ص ١٦٤.

رابعاً : موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق :

لم يمارس القضاء الدستوري في العراق الرقابة بشكل جدي في ظل القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ ولم يمارس اختصاصه أصلاً في ظل دستور ١٩٦٨ وبقيت المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة (٨٧) من الدستور مجرد حبر على ورق على الرغم من صدور قانون خاص بها وهو القانون المرقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨، أما بعد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا والاحداث الدستورية في ٢٠٠٤ و ٢٠٠٥ ومن خلال استقراء أحكامها لم نجد ما يشير إلى مباشرة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة خارج نطاق الدستور أو صدرت أحكام بإلغاء قوانين لعدم توافقها مع مبادئ عليا أو قيم سامية لم يرد النص عليها في الدستور ويمكن أن نلاحظ استخلاص بعض المبادئ الدستورية من نصوص دستور ٢٠٠٥ عند تسبيب أحكامها القضائية أو الفصل في المنازعات المنظورة أمامها كمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سمو الدستور ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وهي مبادئ وردت في وثيقة دستور ٢٠٠٥ نفسه، ولا تعدّ الإشارة إليها خروج المحكمة في معرض رقابتها على دستورية القوانين عن نطاق الدستور، ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي قضت بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية لمخالفتها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والحق في معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والإدارية حكماً الصادر في ٢٠١٣/٣/١٢ التي قضت بموجبه بعدم دستورية نص المادة (١٦) من قانون الاستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ لمخالفتها للدستور لأنها سمحت للموظفين الإداريين بممارسة سلطات قضائية خلافاً لنص المادة (٤٧) من الدستور التي حددت السلطات الاتحادية (التشريعية والتنفيذية والقضائية) التي تمارس اختصاصها ومهامها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومخالفتها لنص المادة (٨٧) من الدستور التي نصت على عدم جواز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي والمادة (١٩) من الدستور التي نصت على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية^(١).

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٣/١٢ - أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣ - من إصدارات مجلة التشريع والقضاء - المجلد الخامس - آذار - ٢٠١٣ - ص ١٨٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

عدم مباشرة الرقابة على الإغفال الكلي (السكوت التشريعي)

الأصل أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد تقتصر على المسائل الدستورية، ومن ثم لا تمتد إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديرى للسلطة التشريعية، ولا إلى ما يتعلق بملاءمة التشريع وبواعث إصداره^(١)، باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع القضاء عن التدخل فيها^(٢).

فإذا كان التشريع من اختصاص البرلمان فإن تقرير الحاجة لهذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها ويمتنع على المحاكم التدخل فيها لانعدام الصلة بين الحاجة للتشريع وبين دستوريته وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن هذا المفهوم في حكم لها صدر عام ١٩٨٤ في بواكير أحكامها جاء فيه (... أن مجالات التشريع الذي تمارسه السلطة التشريعية إنما تمتد إلى جميع الموضوعات، كما أن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محقة للمصلحة العامة متى ما كان ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده...)^(٣).

وإذا كانت ملاءمات التشريع من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع إلا أنها غير مطلقة من كل القيود، فالسلطة التقديرية تخضع للقيود التي نص عليها المشرع الدستوري لا يجوز اقتحامها وتخطيها أو تجاوزها وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر عام ١٩٩٥ الذي جاء فيه (... وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية، فإن ما تقره من القواعد القانونية بصده لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهमيشها عدوان على مجالاته الحيوية التي لا تنتفس إلا من خلالها، بما مؤده أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها - بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا...)^(٤).

خلاصة ما تقدم أن الرقابة الدستورية لا تمتد إلى ملاءمات التشريع بأبعادها المختلفة ولا إلى بواعث التشريع أو دوافعه وأن لا تتدخل لتزن بمعاييرها الذاتية السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع في موضوع معين وأن لا تضع للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي رمى المشرع بلوغها وأن لا يكون خياراتها بديلاً عن عمل السلطة التشريعية فمبررات أو أسباب عدم امتداد رقابة الدستورية إلى الملاءمة التشريعية مردها من حيث الأصل أن القاضي الدستوري يقضي ولا يشرع وإذا كانت مهمته الحكم على

(١) ينظر : د. عادل عمر شريف - القضاء الدستوري في مصر - بدون مكان طبع - ١٩٨٨ - ص ١٥١.

(٢) السياسة التشريعية : هي مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب أن يحققها القانون فالسياسة التشريعية يفترض فيها إدراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيير أو تعديل أو تنظيم هذا== ==الواقع. ينظر: د. منذر الشاوي - الإنسان والقانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - ٢٠١٥ - ص ٥٠٥، وحول ماهية السياسة التشريعية كتجسيد لفكرة قانونية ومبادئ السياسة التشريعية وأطرها العامة ينظر : د. زانا رؤوف حمة كريم - السياسة التشريعية في العراق - دراسة تطبيقية في التشريعات الدستورية - ط ١ - دار سروم للطباعة والنشر - السليمانية - ٢٠١٢ - ص ٢٤ و ص ٣١ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٩٣ لسنة ٤/قضائية/دستورية) في ١٩٨٤/٢/٨ أشار إليه د. عبدالعزيز محمد سالمان - المصدر السابق - ص ١٤٠.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٥/قضائية/دستورية) في ١٩٩٥/١/١٤ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - المصدر السابق - ص ١٤١.

مدى دستورية النص التشريعي فليس وظيفته أن يصنعه فهذه مهمة المشرع وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ولذلك فإن ملاءمة التشريع والبواعث من اطلاقات السلطة التشريعية^(١).

إذ إن رقابة الإغفال التشريعي تقوم على فلسفة الاستيثاق من قدر التطابق والتباين بين النصوص التشريعية والدستور فإنها لا تتصيد المشرع في نواياه وإنما تتبع التشريع في مقاصده ومقدار إحاطة التشريع بجوانب المسألة محل التنظيم على نحو تحقيق الحماية المقصودة من المشرع الدستوري، وتأسيساً على ما تقدم لا يتدرج الإغفال التشريعي في إطار الملاءمة التشريعية ولا يعد من مفرداتها لأن الملائمة في معناها الدقيق ترد في مجالات السلطة التقديرية للمشرع ويكون المشرع غير خاضع لتوقيعات أو كفاءات لتنظيم ما عهد إليه الدستور بتنظيمه، إلا أنه متى ما قرر المشرع التدخل وحدد نطاق وآليات التدخل في التنظيم وجب عليه أن يكون هذا التنظيم متكاملاً وشاملاً ومحيطاً بالجوانب كافة بحيث يجعل ما ينظمه متوافقاً مع الدستور وذلك من خلال تنظيم الحق كاملاً غير منقوص سليماً من غير عيب واضحاً من غير غموض غير متعارضاً مع غيره من التشريعات، وهذه ليست ملائمة بقدر ما هي مشروعية دستورية تستوجب تحقق مطابقة التنظيم القانوني لاحكام الدستور احتراماً لعلوية الدستور وسمو قواعده^(٢).

إلا أن السؤال الذي يثور هل تمتد رقابة الدستورية إلى الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي، ما يسمى (بالسكوت التشريعي)؟.

بيننا سابقاً أن الإغفال الكلي أو (السكوت التشريعي) المطلق هو حالة الغياب الكلي أو أنعدام الوجود الكلي للتشريع أو القاعدة القانونية التي تتعلق بحالة معينة في الدستور وعادة ما يكون هذا السكوت مقترن بنص أمر دستوري يوجب على المشرع بالتدخل التشريعي، والرقابة على الإغفال الكلي لا تثير أي إشكاليات قانونية أو فقهية في النظم القانونية التي أقرت صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي المطلق كالدستور البرتغالي ودستور جنوب أفريقيا والمجر، فهذه النظم قررت أقصى صور الرقابة الدستورية على سكوت أو إغفال المشرع التام وأعدمت سلطته التقديرية ولم تترك له أي مجال للتحرك وفي النهاية فإن القرار بالتشريع ليس بيد السلطة التشريعية وإنما بيد السلطة القضائية، وهذه المسألة بعيدة كل البعد عن وظيفة القضاء لأنها تؤدي إلى إقحامه في مجال عمل السلطة التشريعية لأن وظيفة القضاء في الأصل قانونية بالمقام الأول ولذلك نجد أن هذه الانظمة القانونية وللأسبب المتقدم أعطت القضاء الدستوري دوراً كاشفاً لظاهرة الإغفال من دون إلزام المشرع بالتدخل بالتشريع باستثناء القانون المجري الذي ألزم المشرع بالتدخل لتنظيم القانون خلال مدة زمنية^(٣).

أما في النظم التي لم تنص صراحة على رقابة الإغفال الكلي بنص صريح للدستور فإن صورة الإغفال الكلي تتجسد في فرضية وجود نص في الدستور لتنظيم موضوع ما على وفق القانون وأن عدم صدور القانون من المشرع يمثل حالة امتناع من المشرع عن استعمال التفويض الذي منحه أياه الدستور.

إن عدم استعمال المشرع للتفويض التشريعي لتنظيم موضوع معين الوارد في الدستور يمكن أن يأخذ صور عدة هي :

أولاً : الامتناع التشريعي الكلي عن التنظيم :

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٧/لسنة ٨/قضائية/دستورية) في ١٥/٥/١٩٩٣ أشار إليه د. محمد باهي أبو يونس - القضاء الدستوري - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤ - ص ٣٦١.

(٢) ينظر : د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٤ و ص ٣٦٥.

(٣) ينظر : د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٢٠ و ص ١٢٢.

وتتحقق هذه الحالة عند امتناع المشرع عن تنظيم مسألة أحال الدستور إليه أمر تنظيمها إلا أنه أمسك عن تشريعها مع علمه بوجوب التنظيم، وهو ما يسمى بعدم الاختصاص السلبي للمشرع لامتناعه عن تنظيم مسألة وإصدار قانون كان عليه من الواجب تنظيمها أو إصداره، قياساً على القرار الإداري السلبي الذي يتمخض أو ينتج من امتناع الإدارة عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره وإن هذا الامتناع يشكل قراراً إدارياً سلبياً يكون محلاً للطعن فيه بالإلغاء، كذلك فإن امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة خوله الدستور مهمة تنظيمها، يكون قانوناً سلبياً يجوز أن يكون محلاً للرقابة الدستورية^(١) في حين أنكر جانب من الفقه الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي الكلي على أساس أن هذه الرقابة ترد على قواعد لا وجود لها وأن ثمة الامتناع لا تتحقق لأنه يتمثل بإبطال قاعدة لا وجود لها في حين برر جانب آخر من الفقه هذا النوع من الرقابة بأن الامتناع يرد على النص التشريعي من دون القاعدة القانونية والتي يمكن استخلاص معناها بطريق التفسير من أحد نصوص القانون في ضوء إغفال المشرع وضع نص آخر، في حين ذهب جانب آخر إلى القول أن إغفال المشرع لا يؤدي بالضرورة إلى عدم وجود قاعدة قانونية، إنما على العكس من ذلك قد يؤدي إلى وجود (قاعدة سلبية) لها مدلول معين وهو النهي عن أداء واجب أو رخصة^(٢).

في حين يذهب اتجاه فقهي آخر إلى عدّ (الامتناع التشريعي) يقع خارج نطاق الملائمة التشريعية، ومن ثم فهو يخضع لرقابة الدستورية ويستند هذا الاتجاه في تبرير وجهة نظره في أن الامتناع التشريعي تتجسد فيه إرادة المشرع بشكل جلي عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد إليه الدستور بتنظيمها وهو يختلف عن حالة (السكوت أو الصمت التشريعي) من ناحيتين:

الأولى : وجود الزام دستوري على المشرع بسن قانون معين.

الثانية : إنصراف إرادة المشرع إلى عدم إصدار هذا التشريع على الرغم من وجود الزام دستوري بذلك وأن هذا السلوك يمثل الجانب المعنوي لإرادة البرلمان في عدم إصدار التشريع، ومن ثم فإن هذا السلوك حري به أن يكون خاضعاً للرقابة على دستورية القوانين لوضع حد اتجاه إمساك المشرع عن سن تشريع كان يجب عليه سنه دستورياً.

وقد تأيد هذا الاتجاه الفقهي بقرار المحكمة الدستورية العليا في مصر بموجب حكمها الصادر عام ٢٠٠٠ سابق الإشارة إليه الذي عدّ السكوت التشريعي رخصة والامتناع التشريعي عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، إذ جاء في حيثيات حكمها المذكور ما يأتي : (... تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وإذا كان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإذا امتنع أو أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق كان ذلك مخالفاً للدستور...) (٣).

ثانياً : السكوت أو الصمت التشريعي الكلي عن التنظيم :

السكوت أو الصمت التشريعي هو إمساك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو يعد مما يترخص فيه، ولذلك فهو يعدّ من الملاءمات التي يستقل وحده بتقديرها ولا تخضع لرقابة القضاء الدستوري^(٤) فاخترار المشرع الوقت المناسب لإصدار قانون يعد من الملاءمات التي يترك أمرها إلى

(١) ينظر : د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٦٨.

(٢) ينظر : د. احمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - ط ١ - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٢٠٢.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٩٣ لسنة ١٩/قضائية/دستورية) في ٢٠٠٠/٦/٦ أشار إليه د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٩.

(٤) ينظر : د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٨.

المشرع، ومن الثابت أن القاضي الدستوري لا يراقب الملاءمة ومن ثم فإن الرقابة على السكوت المطلق يعد رقابة على المشرع في اختيار الوقت المناسب لإصدار قانونه وهذا يتعارض مع مبدأ حظر رقابة الملائمة، وطبقاً لما تقدم فإن النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية أو التنفيذية في حدود الصلاحيات التي بينها الدستور بما يؤكد مبدأ الشرعية الدستورية لا تكون محل لرقابة القضاء الدستوري ولا يجوز له التدخل لإلزام هاتين السلطتين بإصدار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين كون ذلك مما تستقل بتقديره تلك السلطتان وفقاً لأحكام الدستور ومن ثم لا يجوز حملها على التدخل لإصدار تشريع في زمن معين أو على نحو ما، ومن ثم يخرج اختصاص الطعن في مثل هذه الحالة عن رقابة القضاء الدستوري^(١).

وبعبارة أخرى فإن السكوت بذاته لا يمكن أن يكون محلاً لرقابة القاضي الدستوري لأن السكوت يعني غياب القاعدة القانونية، ولا يمكن بل من الاستحالة تحريك الرقابة على دستورية القوانين في ظل غياب القاعدة القانونية ولا سيما في النظم الدستورية التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ذلك أن وجود النص يعتبر شرطاً أساسياً وأولياً للرقابة على هذا القانون سواء فيما تضمنه صراحة أم ضمناً، لذا فالسكوت المطلق يساوي غياب القاعدة القانونية واستحالة الرقابة اللاحقة على دستورية قانون غير موجود لأن القول بذلك يعني حلول القاضي محل السلطة التشريعية في تقدير الكثير من الأمور وفي مقدمتها مدى الحاجة وضرورة هذا القانون وتقدير الظروف الملائمة لصدور القانون وبواعثه وأهدافه وهذه مما تخرج عن نطاق رقابة الدستورية كونها من أخص سمات السلطة التقديرية للمشرع، وأن وسيلة معالجة السكوت المطلق هو باللجوء إلى فكرة الالتزام السياسي للبرلمان بالتشريع وإمكانية تحريك المسؤولية السياسية لأن القول بغير ذلك معناه حلول القاضي محل السلطة التشريعية وممارسة وظيفتها ولأصبح دور القاضي مشرعاً إيجابياً بدلاً من كونه مشرعاً سلبياً^(٢).

ثالثاً : تحديد الدستور مدة محددة لإصدار التشريع :

إن تحديد الدستور لميعاد معين لإصدار التشريع يعدم السلطة التقديرية للمشرع في مجال تحديد وقت التدخل من عدمه وضرورة التشريع من عدمها طالما أن الدستور قد قرر مقدماً ضرورته وحدد ميعاد لإصداره، ومن ثم فإن إمساك المشرع بعد انتهاء الأجل المحدد في الدستور عن إصدار التشريع يعد امتناعاً تشريعياً وأن رخصة المشرع بالسكوت محصورة خلال المدة المحددة في الدستور فإذا انتهت المدة من دون القيام بالتزامه الدستوري عد امتناعاً عن التشريع والامتناع يقع خارج نطاق الملائمة التشريعية ومن ثم فإنه يخضع للرقابة على دستورية القوانين إلا أن السؤال الذي يثور في مثل هذه الحالة ما هو الجزء المقرر لامتناع البرلمان عن إصدار التشريع ضمن الميعاد المحدد بالدستور؟ إذ لا يمكن استصحاب الجزء الذي يوقعه القاضي الدستوري على القانون المخالف للدستور - وهو الحكم بعدم الدستورية - وتطبيقه على حالة امتناع المشرع عن إصدار القانون في الميعاد المحدد بالدستور إذ لا تزال القاعدة القانونية غائبة مع استمرار المشرع بالامتناع، على خلاف القاعدة الموجودة التي يقرر القاضي عدم دستوريته جزء مخالفتها للقانون نتيجة بسط رقابته الدستورية عليها، والحل المتصور لمثل هذه الحالة ما أفرزه التطبيق العملي للقضاء الدستوري في مواجهة مثل هذه الحالة هذا الجزء يتمثل بالدعوة المتكررة من قبل القاضي الدستوري للمشرع بأن يتدخل عن طريق ما يصدره من قوانين لتنظيم موضوع ما، وهذه المطالبة المتكررة أزاء امتناع مستمر من جانب المشرع من شأنه إثارة الرأي العام وإظهار البرلمان أمام الشعب بمظهر المنتهك أو المعتدي على حرمة الدستور مما يدفع البرلمان لإصداره تحت وطأة الضغط الشعبي وهذا الأسلوب انتهجته المحكمة الدستورية الاتحادية

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٩٩ لسنة ٢٤/ق/دستورية) في ٢٠٠٦/٦/٧ أشار إليه د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٦٨ و ص ٤٦٩.

(٢) ينظر : د. عبد الحفيظ علي الشيمي - المصدر السابق - ص ١٢٣ و ص ١٢٤ و ص ١٢٦.

بألمانيا عندما وجهت نداء عام ١٩٦٩ إلى المشرع لإصدار قانون ينظم الشروط الواجب توافرها في الاطفال الطبيعيين والاطفال الشرعيين لمرور مدة عشرين سنة على صدور الدستور الاتحادي^(١) ولكن السؤال الأكثر أهمية هو ما الحل فيما إذا استمر المشرع ممتنعاً عن تشريع القانون على الرغم من صدور نداء أو تنبيه متكرر من القضاء الدستوري وعلى الرغم من وجود الضغط الشعبي إلا يعتبر البرلمان في مثل هذه الحالة فاقداً لثقة ناخبيه ويستحق الحل لاخلاله بواجباته التشريعية؟ خلاصة ما تقدم أن أهم ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي في مجال السلطة التقديرية للمشرع يمكن أن نوجزها بالآتي :

- ١- الأصل أن القضاء الدستوري لا يتدخل بتوقيعات وضرورة وبواعث وأهداف التشريع لأنها تعتبر من إطلاقات السلطة التقديرية.
- ٢- أن امتناع المشرع المطلق عن التشريع على الرغم من صدور الزام دستوري بتنظيم مسألة ما من خلال تشريع قانون يخضع لرقابة الإغفال التشريعي لأنه يعبر عن إصرار البرلمان على إمساكه عن تشريع القانون المكلف بتشريعه دستورياً ولاسيما إذا نص الدستور على ميعاد معين للتشريع وأن هذا الإصرار انتهاك للدستور.
- ٣- أن السكوت التشريعي أو الصمت التشريعي يعدّ من الملاءمات التي يستقل المشرع وحده بتقديرها فهو الذي يحدد الوقت المناسب للتدخل بالتشريع ويحدد ضروراته وبواعثه وأغراضه ومن ثم فإنه يخرج من نطاق الرقابة على دستورية القوانين كونه رخصة وليس قيداً على المشرع.
- ٤- أن الامتناع المطلق يثير مشاكل فقهية وقضائية لتبرير الرقابة عليه من القضاء الدستوري لأن الرقابة ترد على قاعدة موجودة ولاسيما في الدول التي تتبنى نظام الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون أي أن الرقابة على دستورية القوانين تنصب على قواعد قانونية ظهرت إلى حيز الوجود وأشكلت في التطبيق فمن الصعب أو الاستحالة تطبيق جزاء مخالفة التشريع للدستور - المتمثل بعدم الدستورية - على تشريع غير موجود أصلاً أو على قاعدة سلبية أو سلوك سلبي للمشرع كما بررها الفقه، ولذلك نجد أن رقابة الإغفال التشريعي أنصبت في معظم النظم الدستورية على الإغفال الجزئي أو القصور في التشريع ما لم يرد نص صريح في الدستور بمد رقابة الدستورية إلى حالة الامتناع التشريعي.

(١) ينظر : د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٧٠، وكذلك ينظر : د. أحمد فتحي سرور - المصدر السابق - ص ٢٠٠.

المطلب الثالث

مباشرة الرقابة على الإغفال الجزئي (القصور التشريعي)

المقصود بالإغفال التشريعي الجزئي (النسبي) : هو التنظيم الناقص من جانب المشرع لموضوع ما يؤدي إلى المساس والانتقاص من الضمانات المقررة في الدستور أو في القوانين السابقة أو تقلل من فاعليتها، ففي حالة الإغفال التشريعي الجزئي لا يمتنع المشرع أو يسكت عن تنظيم ما عهد إليه الدستور من تشريعات، بل العكس نكون أمام موقف إيجابي للمشرع في التدخل بالتشريع والقيام بالتزامه الدستوري بالتشريع أو تنظيم مسألة ما، إلا أن هذا التنظيم يأتي قاصراً عن الإحاطة بجوانب الموضوع كافة بشكل متكامل وشامل مما يشكل تهديداً أو انتقاصاً من الحقوق والحريات المقررة في الدستور أو تقليل فاعلية ضماناتها المقررة في قوانين أخرى سابقة، وقد توصل الفكر القانوني منذ وقت بعيد إلى عدم إمكانية وجود تشريع متكامل لأي تشريع لا بد أن يشوبه النقص ويعتبر بعض جوانبه القصور وهذه نتيجة طبيعية للنقص الكامن في صانع التشريع بوصفه إنساناً والنقص جزء من الطبيعة الإنسانية ومن ثم فإن نظرية كمال التشريع^(١) التي روج لها بعض الفقهاء قد تعرضت لانتقادات شديدة من الفقه المعاصر وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي روبير (Roubier) والفقيه الألماني منجر (Menger) ووضحوا بأن فكرة كمال التشريع فكرة شاذة وغير معقولة لأن نظرية كمال التشريع لا تتفق مع طبيعة الأشياء وتجافي المنطق والعقل، إذ من المستحيل أن يحيط المشرع أو يتوقع كل الظروف والمعاملات التي يفرزها تطبيق القانون وما يمكن أن يطرأ في المستقبل من منازعات بشأن هذا الموضوع محل التشريع فالنصوص متناهية والحوادث غير متناهية، ولذلك حاول الفقيه (جيني) أن يقف موقفاً وسطاً عندما ذهب إلى إمكانية وجود النقص في التشريع إلا إن ذلك لا يعني إمكانية تصوره في القانون لأن التشريع يمثل أحد مصادر القانون المتنوعة كالعرف والمعاهدات ومن ثم فإن مطبق القانون يمكنه تلافي النقص بالتشريع بالرجوع إلى مصادر القانون الأخرى^(٢).

والإغفال الجزئي : قد يتأتى نتيجة لوجود عيوب شكلية في الصياغة التشريعية (كالخطأ والتكرار) أو نتيجة لوجود عيوب موضوعية (كالنقص أو الغموض أو التعارض)^(٣)، وهذه العيوب من شأنها أن تجعل القانون غير دستوري ويكون ذلك مبرراً كافياً لامتداد رقابة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي الجزئي لأن القاعدة القانونية موجودة وتخضع من حيث الأصل للرقابة على دستورية القوانين بما في ذلك ما يشوبها أو يعتورها من نقص أو قصور في التنظيم من شأنه المساس بالموضوع أو الحق محل التنظيم، فالمشرع عندما ينظم مسألة ما بصورة ناقصة فإن القاضي الدستوري لا يراقب بصورة مباشرة أمتناع المشرع وإنما يراقب الجزء الذي نظمته القانون، ومن خلال هذه الرقابة يستوعب

(١) ظهرت فكرة كمال التشريع في ألمانيا بتأثير فلسفة (هيجل) وما زال بعض الفقهاء يرددون نظرية أو فكرة كمال التشريع أمثال الفقيه النمساوي (هانز كلسن) وتتلخص فكرة كمال التشريع أن غياب النص أو القاعدة القانونية في التشريع للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يعني أن المخاطبين بهذا القانون يقفون في منطقة (الاباحة القانونية) فهم غير ملزمون بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو بإتيان سلوك سلبي أو إيجابي ويصلون بالنتيجة إلى أن النقص في التشريع هو في حقيقته حكم بالإباحة، لمزيد من التفصيل ينظر : د. كمال عبد الواحد الجوهري - القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي - دراسة تطبيقية مقارنة - المركز الأكاديمي الدولي - ط ١ - بدون مكان طبع - ١٩٩٤ - ص ١٨.

(٢) ينظر : د. كمال عبد الواحد الجوهري - المصدر السابق - ص ١٩.

(٣) ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر - مشكلات التشريع - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤ - ص ٢٠٥ وما بعدها، وكذلك ينظر : د. عبدالقادر الشخيلي - فن الصياغة القانونية - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥ - ص ٣٦ وما بعدها، كذلك ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر - أصول التشريع - دراسة في إعداد التشريع وصياغته - دار الشؤون الثقافية - بغداد - ١٩٩٩ - ص ١١٣ وما بعدها.

البرلمان الرسالة الضمنية من الحكم الصادر بعدم الدستورية، فيصدر قانون يتلافى النقص والقصور وموافقاً للدستور في جميع جزئياته، كما لو صدر قانون ينظم الوضع القانوني لأحد الجماعات ومنح لرئيس الجماعة المذكورة حق التقاضي من دون إعطاء هذا الحق لأعضاء المجموعة، ويفهم من هذا التنظيم قصر حق التقاضي على الرئيس وحرمان الأعضاء وهذا يتطلب تدخل القضاء الدستوري لمراقبة هذا القانون في الجزء الذي صرح به المشرع وليس في الجزء الذي أغفله أو سكت عنه أو أخل في موجبات تنظيمه، وما صرح عنه القانون في المثال المذكور هو منح رئيس المجموعة حق التقاضي فقط دون الأعضاء، وهذا يمثل إغفال لمبدأ المساواة والحق بالتقاضي الذي كفله الدستور فإذا أصدر القضاء قراراً بعدم دستورية هذا النص فإن هذا القرار يضع المشرع في حرج من أمره لإغفاله هذا الجانب أو الجزئية في التنظيم ويدفعه لتعديل القانون بالشكل الذي يحقق احترام الدستور بطريقة غير مباشرة^(١)، ولذلك تعد رقابة الإغفال لجزئي رقابة غير مباشرة، إذ إنها لا ترد على سكوت المشرع وإنما ترد على النصوص التي أصدرها في مجال تنظيم مسألة أو موضوع معين، بحيث إذ ترتب على طريقة التنظيم قصور وإغفال وإهمال في جانب من جوانب الموضوع لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك مخالفاً للدستور، ويوصم هذا النص بعدم الدستورية^(٢).

وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي منهجاً يتمثل في قصر نطاق رقابتها على الإغفال التشريعي الجزئي فقط، وقضت بعدم دستورية النصوص فيما اغفلته أو فيما لم تتضمنه من أمور كان على المشرع تنظيمها، أو فيما تضمنته من قصور في التنظيم سواء ما تعلق بالعيوب الشكلية للصياغة التشريعية أم العيوب الموضوعية من نقص أو غموض أو تعارض من دون أن تمد نطاق رقابتها إلى كامل ما ورد بالنص التشريعي من أحكام وهذا يحتم على المشرع تلافي ما أغفله في النص ليكون موافقاً للدستور فالتنظيم القاصر في ذاته يشكل مخالفة للدستور ويحد من فعالية الحقوق التي ينظمها المشرع تنظيمياً قاصراً^(٣).

ولم تجد المحكمة الدستورية العليا صعوبة في مد رقابتها على هذه الصورة من صور الإغفال التشريعي لأنها تراقب نصوص موجودة بالفعل وإن كان المشرع قد اغفل بعض جوانبها ولكنه لم يسكت عنها نهائياً كما في حالة الإغفال الكلي ومن ثم لا تتعارض هذه الصورة من الرقابة مع السلطة التقديرية للمشرع لأن الرقابة تنصب على التشريع بعد خروجه من اختصاص المشرع^(٤) ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في هذا المجال حكمها في موضوع الإشراف القضائي على انتخابات أعضاء مجلس الشعب، إذ كانت المادة (٨٨) من دستور ١٩٧١ قبل التعديل تنص على أن يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء المجلس وبين أحكام الانتخاب والاستفتاء على أن يجري الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية، إلا أن القائمين على عملية الاقتراع قصرُوا الإشراف القضائي للقضاة على اللجان العامة دون اللجان الفرعية التي كان يسند ترأسها لأفراد من غير أعضاء الهيئات القضائية بحجة عدم كفاية أعداد القضاة لتشكيل اللجان الفرعية الخاصة بالإشراف على الانتخابات، وتارة أخرى من خلال تفسير كلمة (الإشراف) تعني النظر في مكان عال وهذا معناه اقتصر الإشراف القضائي على اللجان العامة فقط دون الفرعية، وأن إشراف القضاة على الانتخابات العامة والفرعية من شأنه جعل الانتخابات على مراحل وتأخير أعمال الدولة لمدد طويلة، ولذلك تم الطعن بالمادة (٢٤) من القانون رقم

(١) ينظر : د رفعت عبد سيد - المصدر السابق - ص ٤٧٠ و ص ٤٧١.

(٢) ينظر : د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان ديبوي للقانون والتنمية - ٢٠٠٣ - ص ١٤١٦، كذلك ينظر : أيناس كمال كامل - حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠١٦ - ص ٢٤٧.

(٣) ينظر : د. عبد العزيز محمد سلمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد (١٥) - السنة السابعة - أبريل - ٢٠٠٩ - ص ٧٠، كذلك ينظر لنفس المؤلف - رقابة الإغفال في القضاء

الدستوري - بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.hccourt.gov.cg - المصدر السابق - ص ١٦.

(٤) ينظر : أيناس كمال كامل - المصدر السابق - ص ٢٥٣.

(٧٣) لسنة ١٩٥٦ لبيان مدى دستورية ما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية، إذ أكدت المحكمة في حكمها الصادر عام ٢٠٠٠ على أن الغاية من وجوب إجراء الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية هو لأهمية هذه العملية في نظر المشرع الدستوري وما يترتب على الإشراف القضائي من ضمان مصداقية الانتخابات وتحقيق غاياته كون القضاة هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف بما جبلوا عليه من الحيطة وعدم الخضوع لغير ضمائرهم حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثلهم في مناخ تسوده الطمأنينة وهذا يقتضي أن يكون الإشراف فعلياً لا صورياً بما في ذلك الاقتراع في اللجان الفرعية لضمان سلامة النتائج وعدم التلاعب فيها وأكدت عدم جواز التعذر لرئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية بعدم كفاية عددهم، ذلك أنه إذا ما تطلب الدستور أمراً فلا يجوز التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكمه بزعم استحالة تطبيقه لأن في ذلك إهدار للدستور وقد انتهت المحكمة إلى عدم دستورية النص الطعين، إذ جاء في حيثيات حكمها (...) ومن ثم يضحى النص المطعون عليه قاصراً عن الوفاء بما تطلبه الدستور من إشراف أعضاء من هيئات قضائية على الاقتراع، مهدراً بذلك ضمانات رئيسية تتعلق بحقي الترشيح والانتخاب وبالتالي يكون مخالفاً لأحكام المواد (٣، ٦٢، ٨٨) من الدستور...^(١).

ومن تأمل الحكم المذكور نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد باشرت رقابتها على النص الطعين من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية وما شابه من قصور في التنظيم أهدر ضمانات رئيسية كفلها الدستور لمباشرة حقي الانتخاب والترشيح في ظل إجراءات نزيهة وشفافة تشرف عليها جهة محايدة هي جهة القضاء، كما أدان الحكم المذكور مسلك المشرع في التنظيم الناقص وترجيح الاعتبارات العملية المزعومة لتبرير إستبعاد القضاء عن الإشراف في انتخابات اللجان الفرعية، لتعطيل حكم الدستور وضمائنه، كذلك تترتب على صدور هذا الحكم دفع المشرع لتعديل مسلكه التشريعي المخالف للدستور وبالفعل أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون بالعدد (١٦٧) لسنة ٢٠٠٠ الذي يقضي بتولي أعضاء الهيئات القضائية أمر اللجان الفرعية^(٢).

أما المحكمة الاتحادية العليا في العراق : فإنها على الرغم من حداثة تشكيلها وحداثة تجربتها في مجال الرقابة المركزية على دستورية القوانين مقارنة بالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر وأمريكا وإيطاليا وغيرها من الدول إلا أننا نستطيع القول إنها بدأت من حيث انتهى الآخرون مستفيدة من التجارب القضائية والفقهية في مجال رقابة الإغفال التشريعي فهي لا تراقب خارج نطاق الدستور، كما أنها قصرت رقابتها على الإغفال الجزئي ولم تمد رقابتها إلى حالات الإغفال الكلي عن إصدار التشريعات على الرغم من وجود الزام دستوري بالتشريع ومن هذه التشريعات على سبيل المثال قانون المحكمة الاتحادية العليا ذاتها^(٣) وقانون مجلس الاتحاد^(٤) وقانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية^(٥). إذ إن غياب القانون المذكور – أي قانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية – سبب فراغ تشريعي حال من دون معالجة سكوت رئيس الجمهورية الذي هو رئيس الدولة ورمز وحدة العراق ويمثل سيادة البلاد والمسؤول عن ضمان احترام الدستور واستقلال العراق وسيادته ووحدته وسلامة أراضيه وفقاً لأحكام الدستور^(٦) في ضوء تداعيات إجراء الاستفتاء لانفصال إقليم كردستان العراق عن

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١١ لسنة ١٣/قضائية/دستورية) في ٢٠٠٠/٧/٨ أشار إليه د. رفعت عيد سيد – المصدر السابق – ص ٤٧٥.

(٢) ينظر : د. رفعت عيد سيد – المصدر السابق- ص ٤٧٦.

(٣) المادة (٩٢/ثانياً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة (٦٥) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٥) المادة (٦١/سادساً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٦) المادة (٦٧) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

عن اتخاذ إجراء حاسم للحفاظ على وحدة العراق واستقلاله وأيضاً قانون النفط والغاز^(١) وغيره من القوانين المهمة ذات الصلة بالواقع الدستوري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي، ومن استقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا نجد أنها عطلت نصوص قانونية لأسباب تتعلق بالشكل الدستوري لصدورها ولتعلقها بموضوع الأحكام الواردة فيها فضلاً عن دورها في سد النقص والفراغ التشريعي في بعض القوانين التي طالها الإغفال التشريعي^(٢) ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا الجامعة لضوابط الرقابة في حدود الدستور والرقابة على الإغفال الجزئي مع تبني فكرة الإلغاء الجزئي، عندما ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون فيه أو على فقرة أو عبارة منه أو على مجرد أبعاد القاعدة القانونية التي يتضمنها النص طالما أن نصوص أو أجزاء التشريع الباقية لا تؤثر في تطبيق القانون أو تحقيق آثاره^(٣) والغاية من ذلك تجنب الغاء النص بالكامل لعدم دستوريته وتقليل المساس وإحراج السلطة التشريعية قدر الإمكان هو حكمها الصادر عام ٢٠٠٧، إذ قررت المحكمة الغاء الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل لأن هذه الفقرة أغفلت مبدأ عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن الوارد في المادة (١٠٠) من الدستور كون الفقرة المذكورة عدت فرض عقوبة (الإنذار) بآلة^(٤) ومن خلال استقراء النص المذكور نلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا قد راقبت النص المذكور في إطار نصوص الدستور لا خارجه وقضت بإلغاء مخالفته المادة (١٠٠) من الدستور^(٥)، كما أنها بسطت رقابتها على الإغفال الجزئي للنص، فالمشروع سبق وأن نظم موضوع المخالفات والعقوبات الانضباطية وجهة فرضها وضمانات فرض العقوبة ومنها التظلم والطعن أمام محكمة قضاء الموظفين بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام سابق الذكر، إلا أن هذا التنظيم كان قاصراً لأنه أصبح لا يتوافق مع الضمانات الدستورية الواردة في دستور ٢٠٠٥ لأن من شأن بقاء النص المذكور إهدار هذه الضمانات وتقليل فاعلية حق الدفاع للموظف لأن المادة (١٠٠) من الدستور حضرت تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن وقرار فرض عقوبة الإنذار من القرارات الإدارية التي يجب أن تكون قابلة للطعن وغير بآلة لأن الغاية من التشريع هو كفالة لحقوق ومنها حق الدفاع وزيادة فاعليتها، كذلك نلاحظ أن المحكمة قد لجأت إلى أسلوب الإلغاء الجزئي للنص المخالف للدستور من دون أن تتعرض للقانون كله طالما أمكن فصل هذا النص عن التشريع فالغاء الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من القانون المذكور يشير إلى أخذ المحكمة الاتحادية بفكرة الإلغاء الجزئي دون المساس بالتشريع كله طالما أمكن فصله ولا يرتبط بهذا النص ارتباطاً قابلاً للتجزئة^(٦).

(١) المادة (١١٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على أن (أولاً : تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة على أن توزع وارادتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد، مع تحديد حصة لمدة محددة للأقاليم المتضررة، والتي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، والتي تضررت بعد ذلك، بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد وينظم ذلك بقانون).

(٢) ينظر : القاضي سالم روضان الموسوي - الدستور والقانون والقضاء - خواطر نقدية - نشر وتوزيع مكتبة الصباح - بغداد - ٢٠١٦ - ص ١٨٥.

(٣) ينظر : د. أحمد فتحي سرور - المصدر السابق - ص ٢٧٤، وكذلك ينظر : جواهر عادل العبد الرحمن - المصدر السابق - ص ٢٧٢.

(٤) قرار المحكمة الاتحادية العليا (٤٠/اتحادية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٧/٢، ينظر : القاضي جعفر كاظم المالكي - المرجع المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠١١ - ص ٤١.

(٥) نصت المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن (يحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

(٦) أن فكرة الإلغاء الجزئي للنص المخالف للدستور هي فكرة مستعارة من القانون الإداري، ففكرة الإلغاء الجزئي أو النسبي للقرارات الإدارية معروفة في القضاء الإداري حيث ينصب الإلغاء الجزئي للقرار الإداري على الجزء المعيب من القرار الإداري المطعون فيه إذا كان ذلك ممكناً فإن استحالة الإلغاء الجزئي فيحكم بالإلغاء الكلي، لمزيد

المطلب الرابع

أعمال قرينة الدستورية لصلحة التشريع

المقصود بقرينة الدستورية : هي افتراض دستورية التشريع محل الطعن، فالأصل أن التشريع الصادر من السلطة التشريعية المختصة موافق للدستور شكلاً وموضوعاً ومن ثم فإن من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الأدلة والمبررات والمسوغات القانونية المقنعة والجدية لاثبات حالة عدم الدستورية لأنه يدعي خلاف الأصل وهو دستورية القانون، وهذا يقتضي في حال وجود فراغ أو فجوة تشريعية أن يقوم القاضي بسد هذه الفجوة بما يتوافق وأحكام الدستور وتجنب الحكم بعدم الدستورية ومن هنا كانت رقابة الإغفال التشريعي لا تتحرك إلا في حالات الضرورة التي يعجز فيها القاضي عن مثل هذه المعالجة، أو كان التعارض بين القانون والدستور واضحاً وقطعياً بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمال دستورية القانون^(١)، كذلك الحال إذا وجد تفسير يشير إلى وجود تعارض مع الدستور والثاني لا يشير فإنه يتوجب ترجيح التفسير الأخير -الموافق لأحكام الدستور- أعمالاً لقرينة دستورية التشريع مع ضرورة التمييز بين حالتين، الأولى : في حال عدم وضوح القاعدة فيجب على القاضي الدستوري تفسيرها بما يتوافق مع أحكام الدستور أعمالاً لقرينة الدستور على افتراض أن المشرع لا يضع قاعدة مخالفة للدستور، والحالة الثانية : عدم وضوح القاعدة القانونية الواردة في النص الدستوري كونها تحتمل أكثر من تفسير، وهنا على القاضي أن يأخذ بالتفسير الأقرب أو الأكثر توافقاً مع نصوص الدستور وبالتالي يتوجب الابتعاد قدر الإمكان عن الحكم بعدم الدستورية قدر الإمكان ليكون مقصوراً على الاحوال التي يكون فيها التعارض أو المخالفة مع النص الدستوري واضحة وغير قابلة للجدل أو الاستبعاد، وقد أكد القاضي الأمريكي جيمس برادلي تايلور (James Bradley Thayer) بوجود أن يتوقى القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية القوانين التي يشك في دستوريتها، وأن الحكم بعدم الدستورية يجب أن ينصب على النصوص التي تكون عدم دستوريتها واضحة للغاية ولا مجال لعدّها دستورية وذلك لتجاوز المشرع الخطأ البسيط إلى خطأ يثير اللبس أو الخلاف^(٢)، ومما تقدم فإن القاضي الدستوري لا يستطيع مباشرة رقابة الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة وعجزه عن تفسير النص تفسيراً مقارباً وموافقاً للدستور، وفي حال غموض النص أو وجود تعارض بين تفسيرين أحدهما يجعل القانون محل الطعن موافق للدستور والثاني غير موافق له فعلى القاضي الدستوري أن يلجأ لترجيح النص الموافق للدستور لضمان عدم استبعاد النص أو القانون المطعون فيه أو ألغائه بسبب الإغفال أو النقص أو الفراغ التشريعي الذي يشوبه.

وفي مصر : فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على القاعدة التي تقضي بأن كل قرينة ممكنة يجب أن تكون لصالح دستورية التشريع المطعون عليه ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم لدستورية النص المطعون عليه^(٣)، إذ جاء في حكم لها صدر عام ١٩٩٤ ما يأتي : (...الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض

من التفصيل ينظر : د. سليمان محمد الطماوي -القضاء الإداري - ك ١ - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي - ط٧ - ٢٠١٣ - ص ٨٨٩ وما بعدها، كذلك ينظر :

د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الإداري - دار المعارف في الاسكندرية - ط ٣ - ٢٠٠٦ - ص ٧٠١.
(١) ينظر : د. ثروت عبد العال أحمد - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٣٤.

(٢) ينظر : د. عبد أحمد الحسان - قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد (٤٨) - أكتوبر - ٢٠١١ - ص ١٧٣ و ص ١٧٦ و ص ١٧٧.

(٣) المستشار أحمد بليغ حمدي أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا في مصر أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٢٤٥.

مطابقتها للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مترافياً، بل يكون انفاذاً - اعتباراً من تاريخ العمل بها - لازماً، ولا يجوز أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها...^(١).

أما في العراق : فإن المحكمة الاتحادية العليا قد أخذت بقرينة الدستورية كضابط في منهاج رقابتها على دستورية القوانين وكضابط في رقابة الإغفال التشريعي، إذ إنها لم تلجأ لالغاء نص تشريعي أو استبعاده أو الحكم بعدم دستوريته بسبب ما شابه من إغفال إلا بعد التحقق من وجود تعارض واضح لنصوص الدستور وخرق صارخ لمواده والمبادئ التي تضمنتها ولم تكتفِ المحكمة الاتحادية بتقرير عدم دستورية النص الذي شابه إغفال تشريعي انتقص من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور بل أصدرت أوامر ملزمة لرئيس السلطة التشريعية (إضافة لوظيفته) لتشريع نص يؤمن تطبيق نصوص الدستور واحترامها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢) في ٢٢/١٠/٢٠١٢ الذي جاء في حيثيات قرارها المذكور أنفاً ما يأتي : (... ولدى دراسة المحكمة الاتحادية العليا لنص الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من القانون المشار إليه وتحليل نتائج تطبيقه على أرض الواقع خلال الانتخابات الجارية للمجالس وجد أنه يخالف حكم المادة (٢٠) من الدستور التي منحت المواطنين رجالاً ونساءً حق التصويت والانتخاب لمن يريدونه من المرشحين معبراً عن إرادتهم في تسير شؤون مناطقهم من خلال صناديق الانتخابات، وأن عملية تحويل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح آخر من قائمة أخرى لم تتجه إرادته لانتخاب مرشحها تشكل خرقاً ومخالفة لأحكام المادة (٢٠) من الدستور والمادة (٣٨/أولاً) منه التي كفلت هي الأخرى ضمان حرية التعبير عن الرأي ويشكل خرقاً لأحكام المادة (١٤) من الدستور التي كفلت المساواة بين الطرفين أمام القانون، فحرمان المواطن من إعطاء صوته لمن يريد، وإعطاء مواطن آخر حق إعطاء صوته لمن أراد، يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليها في المادة (١٤) من الدستور المتقدم ذكرها وتخل بمبادئ الديمقراطية التي تبناها دستور جمهورية العراق وحظر بموجبها سن قانون يتعارض معها في المادة (٢/أولاً/ب)، وبناءً على ما تقدم وحيث ثبت من النصوص الدستورية المتقدم ذكرها أن الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ تتعارض معها وتخرق مضامينها لذا قرر الحكم بعدم دستوريته، ... والزام المدعى عليه إضافة لوظيفته تشريع نص يؤمن تطبيق أحكام المواد الدستورية المتقدم ذكرها بديلاً عن نص الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) المتقدم ذكرها بحيث يعطي المواطن حق التصويت لمن يريد ولا يحول صوته لمن لم تتجه إرادته لانتخابه...^(٢).

ومن استقراء مضامين القرار المذكور يمكن أن نستخلص ضمناً ضوابط رقابة الإغفال التشريعي للمحكمة الاتحادية العليا وعلى النحو الآتي :

- ١- إنها مارست رقابتها في نطاق الدستور لا خارجه إذ أشارت المحكمة في حيثيات قرارها إلى مبدأ المساواة أمام القانون وحرية التعبير عن الرأي ومبادئ الديمقراطية وهي مفاهيم ومبادئ وحريات وإرادة في صلب الوثيقة الدستورية ولم تلجأ المحكمة لمد نطاق رقابتها اعلانات حقوق الإنسان العالمية والإقليمية أو موثيق الأحزاب السياسية.
- ٢- إن المحكمة الاتحادية العليا مارست رقابة الإغفال الجزئي على فقرة ضمن مادة وردت في تشريع ينظم انتخابات مجالس المحافظات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ وهي الفقرة (الخامسة) من المادة (١٣) المطعون عليها بعدم دستوريته فهي مارست رقابتها على نص موجود وتم تطبيقه بالفعل إلا أن هذه

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٦/قضائية/منازعة/تنفيذ) في ١٩٩٤/٥/٧ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٢٤٦.

(٢) مجلة التشريع والقضاء - أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ - المصدر السابق - ص ٧٣ وما بعدها.

الفقرة كانت قاصرة عن توقع ما يترتب على تطبيقها من نتائج تتعارض مع الدستور وهذا ما صرحت به المحكمة في قرارها بقولها (وتحليل نتائج تطبيقه على ارض الواقع خلال الانتخابات الجارية للمجالس وجد أنه يخالف حكم المادة (٢٠) من الدستور) فالمشروع لم ينظم موضوع توزيع الاصوات بشكل متكامل ومتوافق مع الدستور ومبادئ الديمقراطية التي نص عليها الدستور وحظر سن قانون يتعارض معها في المادة (٢/أولاً/ب) من الدستور، كما أنها لم تمد نطاق رقابتها لكامل النص أو التشريع لتمارس رقابة التصدي من تلقاء نفسها^(١).

٣- إن المحكمة الاتحادية العليا قد تبنت فكرة الالغاء الجزئي لفقرات من التشريع المطعون عليه بعدم دستوريته ولم تلجأ إلى الحكم بعدم دستورية النص كاملاً أو التشريع كاملاً، إذ اقتصر قرارها على الغاء الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من القانون المذكور فقط لتعارضها وخرق مضامين النصوص الدستورية المشار إليها في حيثيات القرار وبذلك راعت المحكمة الموازنة بين الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية من جهة وبين موجبات احترام الدستور من جهة أخرى وبين ممارسة اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين من دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات وهي بذلك وضعت قيوداً ذاتية لنفسها لتحقيق هذا النوع من الموازنة.

٤- إن المحكمة الاتحادية العليا لم تلجأ لإصدار حكمها بعدم الدستورية إلا بعد أن تيقنت من وجود تعارض وخرق صارخ للدستور بحيث من الاستحالة تفسير هذه الفقرة تفسيراً متوافقاً مع الدستور أو إعطاء تفسيراً مقارباً له استناداً أو أعمالاً لقرينة الدستورية.

٥- إن المحكمة الاتحادية العليا لم تكتفِ بتقرير عدم دستورية هذه الفقرة - الفقرة الخامسة - من المادة (١٣) فحسب وإنما أصدرت توجيهاً ملزماً لرئيس السلطة التشريعية (إضافة لوظيفته) لإصدار تشريع يحل محل الفقرة المذكورة بما يؤمن تطبيق أحكام المواد الدستورية التي تعرضت للخرق بسبب الإغفال الذي شاب تنظيم هذه الفقرة وطريقة معالجة توزيع الأصوات مما تسبب في هدر الضمانات المقررة للناخبين في حرية التعبير عن آرائهم وإعطاء أصواتهم لمن يريدون من الناخبين.

(١) حول مفهوم رقابة التصدي وضوابطها وأساسها القانوني ينظر : د. يسري محمد العصار - التصدي في القضاء الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ - ص ٢٣ وما بعدها.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا هذا الذي تناول ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي توصلنا إلى خلاصة معمقة تمثل جملة من الاستنتاجات والتوصيات ندرجها على النحو الآتي :

أولاً : الاستنتاجات :

١- الأصل أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة فنية قانونية وليست رقابة ملائمة وبالتالي فهي لا تتدخل بتوقيعات وضرورات وبواعث وأهداف التشريع التي تُعد من أبرز مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.

٢- إن سكوت المشرع أو ما يطلق عليه (بالصمت التشريعي) يخرج من نطاق رقابة الاغفال التشريعي كونه يدخل في نطاق الملاءمات فالسلطة التشريعية هي التي تحدد الوقت المناسب للتدخل بالتشريع وهي التي تحدد ضروراته وبواعثه وأغراضه، وبالتالي فإن سكوت المشرع غير المقترن بالزام دستوري بالتشريع يعد رخصة وليس قيداً على المشرع.

٣- إذا حدد المشرع الدستوري مدة زمنية توجب على المشرع إصدار تشريع قبل نهايتها، فإن سكوت المشرع يتحول إلى امتناع بعد انقضاء المدة الدستورية ويدخل في نطاق الرقابة على الاغفال التشريعي، باعتبار أن امتناع المشرع يمثل اغفال تشريعي كلي، ولذلك نجد أن القضاء الدستوري يتجنب مد رقابة الاغفال التشريعي إلى حالات الامتناع التشريعي ليتجنب المساس بالنطاق التقديري للسلطة التشريعية ما لم يوجد نص قانوني يبيح للقضاء الدستوري مراقبة امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية كان من الواجب عليه اتخاذها.

٤- إن رقابة الإغفال التشريعي فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين التي تستند في بعدها الفلسفي إلى مبدأ سمو الدستور، وبالتالي فهي تخضع كقاعدة عامة إلى نفس ضوابط الرقابة على دستورية القوانين والتي تتمثل في (الرقابة في إطار الدستور لا خارجه، أن لا تتعرض لبواعث التشريع وملاءماته، أن تنأى بنفسها عن الأعمال السياسية، وأن لا تتدخل إلا في حال وجود ضرورة قصوى أو مخالفة أو تعارض صارخ مع الدستور، مع أعمال قرينة الدستورية فالتشريع الذي يصدر عن البرلمان يفترض كونه موفق للقانون، وإن من يدعي خلاف ذلك عليه عبئ إثبات ذلك).

٥- إلى جانب الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين نجد أن رقابة الاغفال التشريعي وبسبب خصوصية وحساسية هذا النوع من الرقابة، استقر القضاء الدستوري على اخضاع رقابته لضوابط تنسجم مع طبيعة الاغفال التشريعي وهذه الضوابط هي (الرقابة في حدود الدستور لا خارجه، عدم مباشرة الرقابة على الاغفال الكلي (السكوت التشريعي)، مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على الاغفال الجزئي (القصور التشريعي)، أعمال قرينة الدستورية لمصلحة التشريع) مع بعض الاستثناءات ترد على هذه الضوابط تبعاً لتوجهات كل قضاء، فعلى سبيل المثال مارست المحكمة العليا الأمريكية رقابة الاغفال في حدود الدستور وخارجه، ومارست المحكمة الدستورية الألمانية رقابة الاغفال التشريعي على سكوت المشرع الألماني لفترة طويلة إزاء تنظيم مسألة تتعلق بواقع المجتمع الألماني دون أن يكون هنالك إلزاماً دستورياً بالتشريع، أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد مارس رقابته على الاغفال التشريعي الجزئي (القصور التشريعي) ولم يمارس الرقابة على الاغفال

التشريعي الكلي (الامتناع التشريعي) ولم يمارس رقابته أيضاً على الاغفال التشريعي المدعم للحقوق والحريات العامة.

٦- فيما يتعلق بموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي نستطيع القول أنها بدأت من حيث ما انتهى إليه القضاء الدستوري في فرنسا ومصر وأمريكا والمانيا وغيرها من الدول فهي لا تراقب خارج حدود الدستور، كما قصرت رقابتها على الاغفال الجزئي (قصور التشريع) ولم تمد رقابتها الى حالات الاغفال الكلي (الامتناع التشريعي) رغم وجود التزام دستوري بالتشريع وهناك العديد من النصوص الواردة في الدستور تضمنت التزاماً دستورياً بالتشريع إلا أنها لم تمارس رقابة الامتناع على المشرع العراقي وخير مثال على ذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا ذاته وقانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية وقانون مجلس الاتحاد وغيرها من النصوص التي لم تأخذ طريقها إلى الحيز الخارجي رغم مرور فترة طويلة على صدور الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، ورغم أن المحكمة الاتحادية العليا لم تشير إلى إغفال المشرع صراحة إلا أنها استخدمت عبارات تفيد النقص والقصور وقررت الغائها لعدم دستوريته، وأشارت في أحيان أخرى إلى الغياب الكلي للتشريع إلا أنها لم تتدخل لإدانة البرلمان عن هذا الامتناع رغم وجود الزام دستوري كما بينا آنفاً، كما نلاحظ أن هنالك تعارضاً في بعض أحكامها حول المسائل المسكوت عنها من قبل المشرع فتارة تعتبر هذا السكوت مجرد خيار تشريعي يدخل في الاختصاص التقديري للمشرع العراقي، وتارة تؤثر غياب النص أو التشريع دون أي إجراء إيعازي أو تنبيهي ومرات أخرى تلغي النص لما أصابه من إغفال تشريعي للقواعد الشكلية والموضوعية الواردة في الدستور دون الإشارة إلى حالة الاغفال التشريعي بعبارات صريحة.

ثانياً : التوصيات :

١- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى بلورة منهاج خاص برقابة الاغفال التشريعي فيما يتعلق بضوابط الرقابة أو وسائل مواجهة الاغفال التشريعي وعدم الاكتفاء بتنبيهه أو توجيه السلطة التشريعية، وإنما التدخل للزام المشرع لتلافي حالات الاغفال التشريعي خلال مدة زمنية محددة أو بخلاف ذلك تعلن عدم دستورية النص أو القانون محل الطعن لتقليل حالات عدم الدستورية وبالتالي تقليل التماس باختصاص المشرع.

٢- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم اللجوء لحالة إعلان عدم دستورية النص أو القانون الطعين، والاقتصار على الأحوال التي يكون فيها التعارض أو المخالفة للنص الدستوري واضحة وغير قابلة للجدل والاستبعاد، طالما بالإمكان تفسير النص أو القانون المطعون بعدم دستوريته تفسيراً متوافقاً مع نصوص الدستور، مع إمكانية اللجوء للتفسير المنشئ لتلافي الاغفال أو القصور في النص لتجنب إعلان عدم دستوريته، ولذلك فإن القاضي الدستوري لا يلجأ إلى رقابة الاغفال التشريعي إلا عند الضرورة أو عجزه عن تفسير النص تفسيراً مقارباً أو موافقاً للدستور، فالأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، أما النصوص التشريعية التي تكون عدم دستوريته واضحة ولا تقبل الشك أو اللبس فيجب إخضاعها للرقابة الدستورية لتجاوز خطأ المشرع الذي يثير اللبس أو الخلاف.

٣- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على الاغفال المدعم للحقوق والحريات العامة، لأن من شأن هذا الاغفال توسيع نطاق الإباحة لهذه الحقوق والحريات وإن إخضاعها للرقابة من شأنه تقييدها والحد من نطاق ممارستها والتمتع بها.

٤- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم الاكتفاء بالرقابة على الاغفال التشريعي الجزئي (القصور التشريعي)، وإنما مد نطاق رقابتها إلى حالات الامتناع التشريعي للبرلمان، فامتناع المشرع المقترن بالزام دستوري بالتشريع يخرج من نطاق الملاءمات ويدخل نطاق الرقابة على دستورية القوانين، لامتناع المشرع عن إصدار تشريع كان من الواجب عليه إصداره، وهذه تعد مخالفة للدستور تستوجب إدانة البرلمان سياسياً، ويكون تدخل المحكمة الاتحادية العليا واجباً انطلافاً من مبدأ سمو الدستور ووجوب احترام قواعده.

٥- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى ضرورة تبني رقابة الاغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق، فأى تشريع لاحق يجب أن لا يتضمن إغفلاً لضمانات أو حقوق مقررة بموجب القوانين السابقة، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين التي تصدر حديثاً وتتضمن نصوصاً تشريعية تقلل أو تحد أو تقيد من الضمانات والحقوق والمقررة بموجب نصوص سابقة.

٦- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على حالات سكوت المشرع الطويلة، فسكوت المشرع غير المقرون بالزام دستوري وإن كان من قبيل الملاءمات التي تعد من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن السكوت عن إصدار تشريعات ضرورية يتطلبها الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي لفترات طويلة من شأنه أن يثير مشاكل في هذه المجالات أو تعميق المشاكل القائمة.

ومن الله العون والتوفيق

المصادر

أولاً : الكتب القانونية :

١. د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة - النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - المكتبة القانونية - ط ٢ - ٢٠٠٧.
٢. د. احمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - ط ١ - القاهرة - ١٩٩٩.
٣. د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - ١٩٦٠.
٤. القاضي جعفر كاظم المالكي - المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠١١.
٥. جواهر عادل العبد الرحمن - الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي - دار النهضة العربية - ٢٠١٦.
٦. حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - قاضي الانتخابات - حامي الحقوق والحريات - الرقيب على التشريعات - شرح تحليلي لأراء الفقه وقضاء المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠١٥.
٧. د. حميد حنون خالد - مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - مكتبة السنهوري - ٢٠١٣.
٨. د. رفعت عيد سيد - الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩.
٩. د. زانا رؤوف حمة كريم - السياسة التشريعية في العراق - دراسة تطبيقية في التشريعات الدستورية - ط ١ - دار سروم للطباعة والنشر - السليمانية - ٢٠١٢.
١٠. القاضي سالم رمضان الموسوي - الدستور والقانون والقضاء - خواطر نقدية - نشر وتوزيع مكتبة الصباح - بغداد - ٢٠١٦.
١١. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٠.
١٢. د. سعاد الشرقاوي - القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري - ك ١ - دار النهضة العربية - ٢٠١٣.
١٣. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - ك ١ - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي - ط ٧ - ٢٠١٣.
١٤. د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر.
١٥. د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - سعد سمك للمطبوعات القانونية - ط ١ - ٢٠١١.
١٦. د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الإداري - دار المعارف في الاسكندرية - ط ٣ - ٢٠٠٦.
١٧. د. عبد القادر الشخيلي - فن الصياغة القانونية - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥.
١٨. د. عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشواربي - الدعوى الدستورية - منشأة المعارف في الاسكندرية - بدون سنة طبع.

١٩. د. عصمت عبد المجيد بكر - أصول التشريع - دراسة في إعداد التشريع وصياغته - دار الشؤون الثقافية - بغداد - ١٩٩٩.
٢٠. د. عصمت عبد المجيد بكر - مشكلات التشريع - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤.
٢١. د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان ديوي للقانون والتنمية - ٢٠٠٣.
٢٢. د. كمال عبد الواحد الجوهري - القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي - دراسة تطبيقية مقارنة - المركز الاكاديمي الدولي - ط ١ - بدون مكان طبع - ١٩٩٤.
٢٣. د. محمد باهي أبو يونس - القضاء الدستوري - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤.
٢٤. د. محمد عبد العال السناري - الاحزاب السياسية والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري - دراسة مقارنة - بدون دار نشر - بدون سنة طبع.
٢٥. د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - المركز القومي للإصدارات القانونية - ط ١ - ٢٠١٣.
٢٦. د. منذر الشاوي - الإنسان والقانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - ٢٠١٥.
٢٧. د. منذر الشاوي - مدخل في فلسفة القانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - بغداد - ٢٠١١.
٢٨. د. نعمان أحمد الخطيب - الوسيط في النظم السياسية القانون الدستوري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط ١ - عمان - ٢٠٠٤.
٢٩. د. نوري لطيف - القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - مطبعة علاء - ط ٢ - ١٩٧٩.
٣٠. د. يس عمر يوسف - استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي - دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر - ط ١ - ١٩٩٥.
٣١. د. يسري محمد العصار - التصدي في القضاء الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى - دار النهضة العربية - ١٩٩٩.

ثانياً : البحوث والمقالات :

١. د. حميد حنون خالد - المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - المجلد السابع والعشرون - العدد الأول - ٢٠١٢.
٢. د. عبد العزيز محمد سالم - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد (١٥) - السنة السابعة - أبريل - ٢٠٠٩.
٣. د. عيد أحمد الحسبان - قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد (٤٨) - أكتوبر - ٢٠١١.

ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية :

- أبناس كمال كامل - حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠١٦.

رابعاً : الدساتير :

١. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.
٢. دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغى.
٣. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٤. دستور مصر لسنة ٢٠١٤.

خامساً : المواقع الالكترونية :

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور على الموقع الالكتروني
www.hccourt.gov.cg

الأساليب القانونية لنقل الديون في عملية التوريق المصرفي

(دراسة قانونية مقارنة)

أ. د. صدام حسن كوكز

علي حسن باتول

جامعة النهرين / كلية الحقوق

مقدمة البحث^١

تعتبر المصارف وأسواق المال الركيزة الأهم التي يبنى عليها إقتصاديات كثير من الدول المتقدمة حول العالم، فهما سوقين متممين لبعضهما، وإزدهار أحدهما يؤدي بالضرورة إلى إزدهار الآخر. وقد أفرزت الممارسات المصرفية والمعاملات التي تجري في أسواق المال، العديد من العقود المستحدثة التي جاءت نتيجة لتطبيقات الهندسة المالية الحديثة، والحاجة إلى مصادر جديدة للتمويل، وزيادة دورة وفعالية رأس المال، ومن أهم تلك الممارسات التي حققت هذه النتيجة عملية التوريق المصرفي للديون، القائم أساساً على الربط بين السوق المصرفية وسوق رأس المال، من خلال من خلال نظام قانوني متكامل يحقق للمصرف ولكافة الأطراف الغاية التي يسعون إليها، فالمصرف يستفيد من ذلك النظام القانوني من خلال الحصول على حقوقه الآجلة من الإئتمانات التي يمنحها بأنواعها المختلفة من دون الإنتظار إلى تاريخ الإستحقاق، واستخدام ما يحصل عليه بعمليات إئتمانية أخرى تحقق له الربح، ويكون ذلك من خلال حوالة الديون التي له على مجموعة من المدينين إلى الجهات المتخصصة بممارسة عملية التوريق والتي بدورها تتولى تفتيت تلك الديون وتحويلها إلى أوراق مالية قابلة للتداول، ومن حصيلة الإكتتاب بتلك الأوراق المالية يتم الوفاء للمصرف بالديون التي تمت حوالتها. ومن خلال تلك الآلية التي يقوم عليها ذلك النظام القانوني، يتخلص المصرف من أعباء خدمة الديون إلى تاريخ إستحقاقها، بالإضافة إلى التخلص من المخاطر الإئتمانية المحيطة بتلك الديون، ونقلها إلى أعداد كبيرة من المستثمرين، الذين يتحملون كافة المخاطر الإئتمانية الناتجة عن الديون التي تمت حوالتها إلى شركة التوريق، والتي تم تمثيلها على شكل أوراق مالية يكتتب بها المستثمرون، وإنّ الفائدة التي يجنيها المستثمرون من الإكتتاب بتلك الأوراق المالية، التي تمثل الديون التي تمت حوالتها هي الفرق بين القيمتين، قيمة الديون التي تمت حوالتها، وقيمة ما يدفعه المستثمر في الإكتتاب بتلك الأوراق المالية، حيث يتم حوالة الديون بقيمة تقل عن قيمتها الحقيقية، وإنّ ذلك الفرق يمثل الربح الذي يحصل عليه المستثمر حامل الورقة المالية، أمّا الفائدة التي تجنيها شركات التوريق وهي الجهات المتخصصة بعمليات تحويل الديون إلى أوراق مالية قابلة للتداول تتمثل في العمولة التي تحصل عليها. وإنّ تلك الفائدة لا تقتصر على هؤلاء الأطراف فقط، بل تمتد حتى إلى المدينين للمصرف، وذلك لأنها توفر نافذة تمويلية جديدة للمصرف، والربط بينه وبين أسواق المال من خلال طرح أداة تمويلية جديدة تجذب المستثمرين بعائدها المرتفع، وتزيد من قدرته على تقديم قروض وإئتمانات لأعداد أكبر من طالبي التمويل وبفوائد أقل، وهو بذلك يخدم أعداد كبيرة من الأشخاص الذين يرغبون بالحصول على التمويل بأقل تكلفة ممكنة.

بالإضافة إلى ذلك؛ فإنّ عملية التوريق المصرفي للديون تزيد من عدد الأوراق المالية المعروضة في أسواق المال، وبالتالي يتمتع من يريد الإستثمار في ذلك المجال بخيارات أكثر في اختيار الورقة المالية التي تحقق له أكبر عائد وبمخاطر أقل، خصوصاً وإنّ الأوراق المالية التي تصدرها شركة التوريق تتمتع بضمانات عالية، وذلك لأنّ الديون أو الإئتمانات التي يمنحها المصرف تحيط بها ضمانات عدة،

^١ البحث مستل من رسالة الماجستير الموسومة النظام القانوني للتوريق المصرفي للديون (دراسة قانونية مقارنة) ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، للطالب علي حسن باتول ، واشرف الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز.

ولا يستند الإلتزام إلى مجرد قدرة المدين للمصرف على الوفاء، وإنّ تلك الضمانات ومن خلال النظام القانوني لعملية التوريق المصرفي للديون تستمر في دعم الأوراق المالية التي تصدرها شركة التوريق، وذلك بالإضافة أيضاً إلى الضمانات الإجرائية والرقابية التي يوفرها نظام التوريق المصرفي للديون، لضمان حقوق كافة الاطراف المشتركة في تلك العملية

يشكل الإسلوب المتبع في نقل الديون من قبل المنشئ لها إلى شركة التوريق، جانب مهم من جوانب عملية التوريق، لأنه يتعلق بالية تنفيذ هذه العملية فيما بين طرفيها، وكذلك بالآثار والنتائج المترتبة على العلاقة القانونية الناشئة بينهم كما يتحدد حقوق والتزامات كافة الأطراف المشتركة في هذه العملية من المنشئ إلى شركة التوريق وكذلك المستثمرين حاملي السندات في ضوء الإسلوب القانوني الذي يوطر هذه العملية. فحالة الحق تشكل إسلوباً قانونياً وحيداً في التشريعات محل المقارنة؛ في كل من فرنسا ومصر ولبنان والمغرب لنقل الديون من المنشئ إلى شركة التوريق، إلا أنّه هنالك بعض الجزئيات البسيطة التي تختلف فيها حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون، عن حوالة الحق المدنية. إلا أنّه وإن كانت حوالة الحق إسلوباً قانونياً وحيداً في التشريعات محل المقارنة، فإنّ ذلك لا يعني عدم إمكانية مناقشة أساليب قانونية أخرى، والتعرف على صلاحيتها في أن تكون إسلوباً قانونياً بديلاً عن حوالة الحق لتنفيذ هذه العملية.

أهمية البحث

إنّ النظام القانوني للتوريق المصرفي للديون يتمتع بالعديد من المزايا، التي لا تنحصر آثارها بالأطراف المشتركة في تلك العملية، إنّما تمتد إلى إقتصاد الدولة بشكل عام، باعتبار أنّ المصارف تمثل عصب الإقتصاد في الدول الحديثة، لذلك فإنّ أهمية الدراسة تأتي من أهمية التوريق المصرفي للديون باعتباره أداة تمويلية فعّالة تدعم وتنشط العمل المصرفي، وتحرك عجلة الإستثمار في أسواق المال، من خلال تدعيم تلك الأسواق بنوع جديد من الأوراق المالية.

بالإضافة إلى ذلك؛ فإنّ دراسة النظام القانوني لتوريق المصرفي للديون من خلال التشريعات التي اتخذت محلاً للمقارنة يساهم في العثور على العديد من مواطن الخلل إنّ وجدت، والدعوة إلى تجنبها، والإستفادة من تلك التشريعات في صياغة تنظيم قانوني متكامل لها في العراق، يتلاءم مع النظام القانوني العراقي ولا يخرج عن إطاره العام.

مشكلة البحث

إنّ التوريق المصرفي للديون كآلية للتمويل، تمّ بحثها في العديد من الدراسات المالية والمصرفية والإقتصادية، ولكن بأسلوب تلك الدراسات وليس بالأسلوب القانوني، وحتى الدراسات القانونية البسيطة التي حاولت البحث في عملية التوريق ابتعدت عن الاسلوب القانوني، وقامت بدراسة عملية التوريق كفرضية ، وليس كنظرية علمية تم تأطيرها قانونياً في تشريعات العديد من الدول حول العالم، فعملية التوريق المصرفي للديون عملية معقدة ومركبة من عدّة عمليات قانونية، وإنّ تشابك وتعقيد العلاقات القانونية يزيد من صعوبة تحديد طبيعتها القانونية ، لذلك سيتم في هذا البحث التركيز على الأسلوب القانوني الذي سيتم من خلاله نقل الديون لإعدادها الى مرحلة تحويلها الى اوراق مالية قابلة للتداول .

المبحث الأول

نقل الديون في عملية التوريق المصرفي بموجب حوالة الحق

إنَّ أول مرحلة من مراحل عملية التوريق المصرفي للديون تبدأ باختيار محفظة الحقوق، وإعداد حوالة حق لتلك المحفظة من قبل المحيل، الذي هو الطرف البادي أو المنشئ للديون محل التوريق وتتم الحوالة إلى شركة التوريق أو مباشرة إلى حملة السندات على حسب الأحوال^(١).

أما المراحل التالية فتتضمن تكوين صندوق التوريق، والذي هو عبارة عن وعاء مالي يتم من خلاله استثمار مدخرات حاملي سندات التوريق في شراء محافظ الحقوق، والاستفادة بين القيمة المدفوعة لصاحب المحفظة والقيمة التي يتم تحصيلها من المدينين^(٢)، وذلك لأنَّ التنازل عن الديون يكون بمقابل معجل أقل من قيمة الدين الذي تمَّ التنازل عنه^(٣).

لذلك فإنَّ جانب مهم من جوانب عملية التوريق المصرفي للديون، يتركز في الآلية القانونية لتنفيذ هذه العملية، فيما بين المحيل الذي يرغب في التخلي عن مجموعة من الأصول التي يمتلكها ونقل المخاطر المتعلقة بها إلى شركة التوريق، والتي بدورها تقوم بفرز هذه الأصول وتحويلها إلى حصص تعرض للإكتتاب من خلال سندات التوريق الممثلة لتلك الحصص.

ولا تعرف التشريعات محل المقارنة، في كل من فرنسا ومصر ولبنان والمغرب غير حوالة الحق كأسلوب قانوني وحيد لتنفيذ هذه العملية ونقل الديون إلى شركة التوريق التي تتولى بدوها تفتيت هذه الديون وتحويلها إلى أوراق مالية قابلة للتداول.

وإنَّ السبب في اعتماد حوالة الحق، كآلية قانونية وحيدة في التشريعات محل المقارنة، لنقل الديون من قبل المنشئ لها إلى شركة التوريق، هو أنَّ حوالة الحق توفر كافة الضمانات القانونية لكافة الأطراف المشتركة في عملية التوريق المصرفي للديون.

المطلب الأول

تعريف حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون

إنَّ حوالة الحق عبارة عن إتفاق ينقل بموجبه الدائن ماله من حق على مدينه إلى شخص آخر ليكون دائماً مكانه، ويسمى الدائن الأصلي المحيل والدائن الجديد المحال له والمدين يسمى المحال عليه^(٤).

فحوالة الحق عبارة عن خلافة خاصة في الحق يحلَّ بموجبها شخص يسمى المحال له، محل الدائن الذي يسمى المحيل في دينه تجاه المدين الذي يسمى المحال عليه، بحيث يبقى الدين نفسه بخصائصه وصفاته و ضماناته ودفعه، وبدون أن تؤدي تلك الخلافة إلى إنقضاء الإلتزام الأصلي أو تجديده، كما يمكن في الخلافة الخاصة في الحق أن تكون بعوض فتأخذ حكم المعاوضات أو بدون عوض فتأخذ حكم التبرعات^(٥).

(١) د احمد فاروق وشاحي: عملية التوريق بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، مصر ، القاهرة ، بدون سنة نشر. ص ١٩٦

(٢) د هشام فضلي: الإستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤. ص ٩٩.

(٣) د. مصطفى احمد ابراهيم: التمويل العقاري، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.legalecairo.com ، ٢٠١٢، ص ٢٠.

(٤) د. انور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ٣٠٧.

(٥) عز الدين بن حسين القوطالي: حوالة الحق في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ٥٣

وتختلف حوالة الحق عن حوالة العقد الذي يعني نقل الحقوق والإلتزامات إلى شخص ثالث ليس طرفاً في العقد الأصلي^(١)، في إن حوالة الحق تؤدي إلى أثر قانوني محدد وهو نقل حقوق الدائن الأصلي تجاه المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه أي انتقال الجانب الايجابي للإلتزام، أما في حوالة العقد المعروفة في القانون الانكليزي، فإن لها أثر قانوني مزدوج قوامه نقل الجانبين الايجابي والسلبي للإلتزام وفي عملية قانونية واحدة^(٢).

وللتمييز بينهما أهمية في عملية التوريق المصرفي للديون، وذلك لأن جوهر عملية التوريق يقوم على نقل الحقوق فقط التي يمتلكها المحيل في مواجه مدينه ولا يتضمن أي إلتزام يلقي على عاتق حاملي السندات أو شركة التوريق في مواجهة المدينين، وذلك لأنه سبق وإن نفذ المحيل جميع إلتزاماته في مواجهة مدينه^(٣).

فالتنازل عن الديون في عملية التوريق المصرفي يتم بموجب الإطار القانوني لحوالة الحق المدنية، التي توفر الغطاء المناسب لتنفيذ مثل هذه العمليات، إلا إن هنالك خصوصية لتلك الحوالة في هذا الجانب من ناحية الآلية القانونية لانعقادها بسبب كثرة أعداد المدينين المحال عليهم، ورغبة المحيل المنشئ للديون في الحصول على حقوقه دون إن تكون هنالك أي إجراءات طويلة لتوظيف ما يحصل عليه في مجالات أخرى، والحصول على الربح، لذلك فإن حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون تنقسم بخصوصية معينة من ناحية انعقادها والآثار المترتبة عليها.

وقد أشارت المادة ٣٦٢ من القانون المدني العراقي إلى أنه ((يجوز للدائن إن يحول إلى غيره ماله من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المحال عليه))^(٤).

وحوالة الحق متنوعة الأغراض والمقاصد فقد يقصد الدائن بيع حقه من المحال له الدائن الجديد أو يهبه إياه أو يرهنه عنده أو يوفي به ديناً عليه، لهذا الدائن الجديد فتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين^(٥).

أما قصد المحيل من حوالة حقه في عملية التوريق المصرفي للديون هو بيع الحق دائماً، والحصول على ثمن هذا الحق الذي لم يحل أجله بعد، وبما إن الحوالة بعوض في عملية التوريق المصرفي للديون، فإن المحيل يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة، مالم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك، وذلك ما تنص عليه المادة ٢٦٨ من القانون المدني العراقي.

ومثلما أن المحيل يضمن للمحال له وجود الحق المحال به وقت الحوالة، فإنه يضمن صحة هذا الحق أي أن الدين خالي من أحد اسباب البطلان أو الإلغاء ولا يضمن المحيل يسار المدين المحال عليه بدون نص في عقد الحوالة^(٦).

(١) د. مجيد حميد العنبيكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد الرابع، العدد السادس، سنة ٢٠٠٠، ص ٧٨

(٢) عز الدين بن حسين القوطالي، مصدر سابق، ص ١٠

(٣) FRANK.FABOOZI: THE HAND BOOK OF MOORTGAGE BACKED SECURITISE ، PUBLISHED BY MC CRAW –HILL ،SISTH EDITION ،2006 ،P-41

(٤) ويقابل هذا النص المادة ١٦٨٩ مدني فرنسي ((Dans le transport d'une créance ، d'un droit ou la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par ، d'une action sur un tiers la remise du titre)) والمادة ٣٠٣ مدني مصري ((يجوز للدائن إن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين)) والمادة ٢٨٠ موجبات وعقود لبناني ((يجوز للدائن إن يتفرغ لشخص آخر عن دين له إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوع بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصياً محضاً أو موضوع بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير)) والمادة ١٨٩ إلتزامات وعقود مغربي ((يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر أما بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين))

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، ص ٤٩٤.

(٦) د. جورج سيوفي: النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، لبنان، بيروت، ١٩٩٤، ص ٢٠٢.

ومن أجل إحاطة أشمل بهذا الموضوع، سننقّس هذا المطلب إلى فرعين، نتطرّق في الفرع الأول إلى إنعقاد حوالة الحق في عمليّة التوريق المصرفي للديون، أما الفرع الثاني فسيتم تخصيصه لبحث الشروط القانونية الواجب توافرها لإنعقاد حوالة الحق في عمليّة التوريق المصرفي للديون؛ وذلك كالآتي:

الفرع الأول

إنعقاد حوالة الحق في عمليّة التوريق المصرفي للديون

إنّ حوالة الحق هي إتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له، فأركان الحوالة هي أركان أي إتفاق يتم بين طرفين واركان الإتفاق هي نفس اركان العقد^(١)، ومن ثم تكون أركان الحوالة هي التراضي والمحال والسبب، فالرضا لا بدّ أن يصدر من ذي أهلية أي يجب إنّ تتوفر الأهلية القانونية في كل من المحيل والمحال له، فيجب أن يكون المحيل في عمليّة التوريق المصرفي للديون، من المؤسسات المرخص لها قانوناً للبدء بنشاط التوريق، وإنّ يكون المحال له (شركة التوريق) جهة مرخص لها مزاولة عمليّة تلقي الحقوق أو الذمم المدينة وتحويلها إلى أوراق مالية، ففي فرنسا فإن لجنة عمليات البورصة هي الجهة المخولة بمنح هذا الترخيص^(٢)، أمّا في مصر فإن الجهة المكلفة بمنح التراخيص هي العامة لسوق رأس المال المصري^(٣).

أمّا المحل في عمليّة التوريق المصرفي للديون، فمحل الشيء هو الذي يرد عليه التعاقد (المعقود عليه)، وإذا كان اثر العقد هو إنشاء الإلتزامات، فإنّ هذه الإلتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العمليّة القانونية المقصودة من العقد^(٤)، والمحل في حوالة الحق هنا هي الحقوق الشخصية أو الديون التي للدائن للدائن المحيل على مجموعة من المدينين، والأصل إنّ كل حق شخصي قابل للحوالة، إلّا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام^(٥).

فهناك حقوق شخصية، نصّ القانون صراحة على عدم جواز حوالتها، مثل حق المستعير في إستعمال الشيء المعار أو قد يتفق المتعاقدين الدائن والمدين، على أنّه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين إلّا برضائه، أو قد يكون الحق بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن مثل حق الدائن في النفقة^(٦).

أمّا بالنسبة إلى السبب في حوالة الحق فهو الباعث الدافع إلى التعاقد^(٧)، فيختلف بالنسبة لأطراف عمليّة عمليّة التوريق المصرفي للديون، فهي بالنسبة للمحيل تعجيل الوفاء بالحقوق التي له على مدينه، والحصول على الديون بدل إنتظار تاريخ إستحقاقها، بغية توظيفها مرة أخرى في مشاريع مربحة، أمّا لشركة التوريق فان السبب هو الحصول على العمولة نتيجة قيامها بإدارة هذه الديون لمصلحة حاملي السندات، من الذين يكون السبب بالنسبة لهم هو الحصول على الربح الذي يتمثل في الفرق بين سعر الشراء والقيمة الحقيقية للديون محل التوريق.

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٤٤٧.

(٢) ARTICLE (37) Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances ((Le fonds commun de créances est constitué à l'initiative conjointe d'une société chargé de la gestion du fonds et d'une personne morale dépositaire des actifs du fonds. La société de gestion du fonds doit être agréée par la Commission des opérations de bourse qui peut))

(٣) تنص المادة (٣٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ((يكون الترخيص لشركة التوريق بمزاوله نشاطها مقابل رسم يؤدي للهيئة مقداره عشرة آلاف جنيه.....)).

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٧١.

(٥) انظر الشطر الاخير من المادة ٣٦٢ مدني عراقي وارجع إلى المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٤٥٨.

(٧) د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، الجزء الاول، بغداد، ١٩٦٧، ص ٤٧٢ وما بعدها .

وتتم عملية تنفيذ حوالة الحق ونقل الديون من المحيل إلى المحال له في كل من فرنسا ولبنان والمغرب، بمجرد تسليم مستند إلى شركة التوريق يتضمن عدد من البيانات. حيث تشير المادة ٣٤ من قانون ٢٣ ديسمبر لسنة ١٩٨٨، إلى أن حوالة الحق تتم بمجرد تسليم مستند أو مذكرة تحدد اللائحة التنفيذية بياناتها، وتصبح الحوالة ملزمة لطرفيها وسارية في مواجهة الغير من التاريخ الموضوع على هذا المستند، ويؤدي تسليم هذا المستند إلى نقل الديون مع كافة الضمانات الملحقة بتلك الديون دون حاجة إلى أي إتفاق آخر^(١).

وقد أشار الشطر الأخير من المادة ٣٤ من القانون الفرنسي ذاته، إلى أن إتفاق الحوالة يمكن أن ينص على أحقية المحيل في الحصول على الفائض المحتمل لتصفية الصندوق^(٢)، وهذا يشابه ما ينص عليه الشطر الأخير من المادة ٢٣ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي، والذي ينص على أنه (... يمكن أن تنص اتفاقية التقويت على ترتيب دين لفائدة المؤسسة المبادرة على كل أو جزء من علاوة تصفيته). ولا نرى مبرراً لهذا النصوص، خصوصاً وأن الديون يتم إزالتها من أصول المحيل نهائياً، ولا تعود للظهور مرة أخرى، وتنقطع صلته بمدينه في حالة عدم توليه مهمة تحصيل الديون، وذلك يتم بالإتفاق مع شركة التوريق التي توكل له هذه المهمة^(٣).

وتنعد حوالة الحق بين كل من الدائن محيل الحق وشركة التوريق، بوصفها الممثل القانوني لصندوق التوريق الذي هو الوعاء المالي الذي يجمع حاملي السندات^(٤)، ولم يتطلب القانون الفرنسي ولائحته التنفيذية توقيع المحيل على المستند، على العكس من الموقف في قانون تسديد الديون الرهنية المغربي، وقانون تسديد الموجودات اللباني الذين أوجبا على المحيل التوقيع على المستند^(٥).

(1) ARTICLE (34) Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances ((La cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret. Elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise. La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés garantissant chaque créance et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité)).

ويقابل هذا النص المادة ٢٣ من قانون تسديد الموجودات اللباني رقم ٧٠٥ لسنة ٢٠٠٥ ((يتم تفرغ المنشئ عن أي دين بمجرد توقيعه جدولاً يقوم مقام عقد يلحظ هذه الديون ويسلمها الجدول إلى كل من المدير والوديع على أن يوقع كل منهما عليه اشعاراً بالاستلام...)) وكذلك المادة ٢١ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي رقم ٨٩_١٠ لسنة ١٩٩٩ التي تنص ((يتم تقويت الديون الرهنية من لدن المؤسسة المبادرة إلى صندوق التوظيف الجماعي للتسديد بمجرد تسليم مستند إلى مؤسسة التدبير والإيداع))

(2) Artical (34) Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créance ((Pour toutes les opérations faites pour le compte des copropriétaires «la désignation du fonds ou «le cas échéant «d'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle des copropriétaire))

(٣) تجدر الإشارة إلى أنه في الولايات المتحدة الأمريكية يعتبر حق المصرف البادي بعملية التوريق بالحصول على الفوائض من أهم المعايير في إعتبار أن العملية التي تمت ليس توريق للديون وإنما مجرد قرض قدمته شركة التوريق spv إلى المصرف بضمن الديون وما يلحق بتلك الديون من ضمانات حيث يشترط في الولايات المتحدة ضرورة إبرام بيع حقيقي للديون أي خروج تلك الديون نهائياً من الذمة المالية للمصرف البادي بعملية التوريق originato وإن ذلك شرطاً أساسياً لإعتبار العملية توريق للديون وليس مجرد قرض مضمون قدمته شركة التوريق وفي حال إعتبار العملية قرض مضمون فإن ذلك سيؤثر على حقوق مالكي السندات وذلك لأنه في حالة تكييف المحكمة العملية قرض مضمون وليس بيع حقيقي في حالة إفلاس المصرف فإن حصول حاملي السندات على حقوقهم ستتوقف لحين انتهاء كافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس ... للمزيد ينظر د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ١٩٠ وما بعدها .

(٤) د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١١٤ .

(٥) حيث تنص المادة ٢٢ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي ((توقع المؤسسة المبادرة المستند المشار إليه في المادة (المادة ٢١)) قارن مع مضمون المادة ٢٣ من قانون تسديد الموجودات اللباني.

حيث يذهب رأي إلى إنَّ المستند الذي يقوم مقام العقد في القانون الفرنسي، لا يغني عن إبرام إتفاق الحوالة الذي يكون موضوعه رسم حقوق والتزامات طرفي الحوالة من حيث نوعية الحقوق المنقولة والتأمينات الملتصقة بها وثمان الحوالة، وأساليب الوفاء بقيمة الحق وطرق تسوية المنازعات وغيرها من المسائل^(١)، إلا أنَّ هذا الرأي محل نظر في أنَّ المستند الذي يقوم مقام العقد، في عملية التوريق المصرفي للديون في القانون الفرنسي، وكذلك القانون اللبناني والمغربي هو عقد الحوالة بذاته، وإنَّ ما يقوم به المحيل من إبرام إتفاقات مع شركة التوريق في إطار هذه العملية، ما هي إلا إتفاقات تكميلية متممة للجوانب التي لم يتناولها القانون، مثل حل المنازعات وأساليب الوفاء للمحيل وأمور أخرى تتعلق بالديون محل التوريق لكن بشرط عدم مخالفتها لأحكام القانون والنظام.

حيث أشارت التشريعات في كل من لبنان والمغرب إلى مثل هذه الإتفاق، حيث نصّت المادة ٢٥ من قانون تسنيد الموجودات اللبناني على أنه ((يمكن إنَّ يستكمل الجدول بإتفاقية تكميلية للتعرف تتضمن البيانات والمستندات المرتبطة بالديون المتفرغ عنها، على أن لا تتناقض أحكام هذه الإتفاقية، مع بيانات الجدول ومع نظام الصندوق ومع أحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية))، ويقابل هذا النص المادة ٢٣ من قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي، التي تنص على أنه ((يضاف إلى المستند اتفاقية تفويت يجب إنَّ تتطابق بنودها مع بيانات المستند ومع أحكام هذا القانون، وتنص هذه الاتفاقية من بين ما تنص عليه على تسليم الوثائق والسندات الممثلة للديون المفوتة أو المؤسسة لها والمتعلقة بتوابعها من ضمانات وكفالات ورهون حيازية إلى مؤسسة التدبير والإيداع)).

أما في مصر فإنَّ حوالة محفظة التوريق تتم بموجب إتفاق نهائي بين المحيل وشركة التوريق المحال إليه وفق النموذج الذي تعدّه الهيئة العامة لسوق المال المصري، ويجب إنَّ تكون الحوالة حسب ما تشير إليه المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢؛ نافذة وناجزة وغير معلقة على شرط وناقلة لجميع الحقوق والمستحقات والضمانات المحالة، إلا إنَّ اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري، أجازت الإتفاق على إنَّ لا تكون الحوالة نافذة وناجزة إلا عند تغطية الإكتتاب بالسندات التي تطرحها شركة التوريق^(٢)، ومما لا شك فيه بأنَّ هذا الإتفاق يعدّ بمثابة شرط واقف لحوالة الحق بحيث لا تكون الحوالة نافذة إلا مع تحقق هذا الشرط، وهو تمام تغطية الإكتتاب بكامل السندات التي تطرحها شركة التوريق.

فهناك تعارض بين نصوص قانون سوق رأس المال المصري ولائحته التنفيذية، فقانون سوق المال المصري يشترط إنَّ تكون الحوالة نافذة وناجزة وغير معلقة على شرط، وناقلة لجميع الحقوق والمستحقات والضمانات المحالة، بينما تجيز اللائحة التنفيذية الإشتراط بين المحيل وشركة التوريق على إنَّ الحوالة لا تكون نافذة إلا مع تمام تغطية الإكتتاب بكامل السندات التي تطرحها شركة التوريق، وإنَّ هذا الإشتراط الذي منعه المشرّع المصري في قانون سوق المال بإشارة واضحة في عدم جواز تعليق الحوالة على أي شرط خالفته اللائحة التنفيذية للقانون، وخصوصاً وفي هذا السياق؛ فإنَّ الغرض من الحوالة في عملية التوريق المصرفي للديون، هو إصدار سندات التوريق وتام الإكتتاب بها، فالحوالة تدور وجوداً وعدماً مع تمام الإكتتاب بكامل سندات التوريق في مصر^(٣).

(١) د. هشام فضلي: نفس المصدر، ص ١١٦.

(٢) قارن مع نص المادة ٣٠١ فقرة د وكذلك المادة ٣٠٣ من قانون اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ التي تنص ((يقدم طلب إصدار سندات التوريق أو الإخطار به - بحسب الأحوال - ونشرة الإكتتاب أو مذكر المعلومات مرفقا به، بالإضافة إلى المستندات المنصوص عليها في هذه اللائحة بالنسبة لإصدار السندات وعند الحوالة ما يفيد الاتفاق على ضمان تغطية الإكتتاب في السندات ما لم يتضمن الطلب ونشرة إكتتاب في السندات ما يفيد أن الحوالة لن تكون نافذة وناجزة إلا بعد تغطية الإكتتاب بالكامل))

(٣) د. احمد فاروق وشاحي: مصدر سابق، ص ١٨٦

الفرع الثاني

الشروط القانونية لحوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون

إنَّ المستند أو الجدول الذي يتم بواسطته نقل الديون والتنازل عنها لمصلحة شركة التوريق، باعتبارها الممثل القانوني لصندوق التوريق في القانون الفرنسي و الصندوق المشترك للإستثمار بعمليات التسديد في القانون اللبناني وصندوق التوظيف الجماعي للتسديد في القانون المغربي، وحملة سندات التوريق الذين تتجمع حقوقهم في محفظة التوريق في القانون المصري حيث إنَّ شركة التوريق هي التي تقوم بإبرام الحوالة بالنيابة عن حملة سندات التوريق، لذلك فالمستند أول الجدول عبارة عن أداة شكلية لتنفيذ حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون، و التي تحتاج إلى السرعة والاختصار في الاجراءات، فهذا المستند الذي يقوم مقام العقد يؤدي إلى تنفيذ عملية التوريق فيما بين طرفيها والتنازل عن الديون للوعاء المالي الذي تنشئه شركة التوريق، فالمستند يسمح من ناحية بنقل الحق بمجرد تسليمه، ويؤدي من ناحية أخرى إلى سريان الحق في مواجهة المدين والغير من التاريخ الموضوع عليه عند تحقق واقعة الإستلام، والامر بسيط ويسير في الحالتين، ولا يحتاج إلى إخطار المدين على يد محضر أو قبوله الحوالة حتى تصبح نافذة بحقه أو بحق الغير^(١)، ذلك لأنَّ أعداد المدينين في عملية التوريق المصرفي للديون كثيرة، فغالبا فعندما يتم توريق محفظة قروض تظم آلاف المدينين لا يتصور حصول إخطارهم جميعا أو قبولهم للحولة بنفس إجراءات الإخطار والقبول في حوالة الحق المدنية، فإنَّه ليس من الشروط القانونية لحوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون القيام بهذا الإجراء وهو إخطار المدين أو قبوله للحولة.

وذلك يُبرر في إنَّ علاقة الدائنية التي تنشأ بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه في عملية التوريق، غير قائمة على الإعتبار الشخصي من جهة الدائن، لأنَّ غرض المدين هو الحصول على التمويل من الدائن وأنَّ تغييره لا يؤثر، حيث أنه - وكما سنرى - فإنَّ المحيل في عملية التوريق المصرفي للديون هو الذي يقوم غالبا بتحصيل التدفقات النقدية من المدينين.

وكما بيَّنا - سلفاً - فإنَّ التشريعات التي نظمت عملية التوريق في كل من فرنسا ولبنان والمغرب، أوجبت توافر عدد من الشروط في هذا المستند الذي يقوم مقام العقد، والذي بموجبه يتم التنازل عن الديون في عملية التوريق فالمادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون ٢٣ ديسمبر لسنة ١٩٨٨ ذكرت عدد من البيانات الواجب توافرها في هذا المستند وهي^(٢):

(١) انظر الدكتور اسامة حمود بن محمد اللاحم: بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، دار الميمان لنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠١٢ ، ص ٤٩٣ ، انظر كذلك د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١١٢ .

(2) 1. La dénomination "acte de cession de créances

2. La mention que la cession est soumise aux dispositions de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances

3. La désignation du cessionnaire

4° La désignation et l'individualisation des créances cédées ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation ،notamment par l'indication du débiteur ،du lieu de paiement ،du montant des créances ou de leur évaluation et ،s'il y a lieu ،de leur échéance. Lorsque la transmission des créances cédées est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier ،le bordereau peut se borner à indiquer ،autre les mentions visées aux 1° ،2° et 3° ci-dessus ،le moyen par lequel elles sont transmises ،désignées et individualisées ،leur nombre et leur montant globa.

5. La mention que la cession emporte l'obligation pour le cédant en sa qualité d'établissement chargé du recouvrement de procéder à la demande du cessionnaire

١. تسمية عقد أو صك حوالة الحق.
٢. الإشارة إلى خضوع الحوالة إلى قانون ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ المتعلق بالإستثمار الجماعي بالقيم المنقولة وتأسيس صناديق التوريق.
٣. تعيين المحال إليه.
٤. تعيين وتشخيص الحقوق المباعة والعناصر القابلة لتنفيذ هذا التعيين، والإشارة إلى المدين بقيمة الحق ومحل الوفاء بقيمة هذه الحقوق أو تقديرها وتواريخ استحقاقها.
٥. الإشارة بأن الحوالة تفرض على المحيل، بأن يلتزم بناء على طلب المحال له بكل عمل ضروري لازم لحفظ تأمينات الحق ومن الإستعمال ومن التنفيذ الجبري عليها.
- وتنص المادة ٢٤ من قانون تسنيد الموجودات اللبناني على مجموعة من البيانات الواجب توافرها في المستند وهي:

١. تسمية عقد تفرغ عن ديون بالتسديد.
٢. الإشارة إلى أنه خاضع لأحكام هذا القانون.
٣. اسم وعنوان المنشئ والوديع والمدير.
٤. تسمية الصندوق.
٥. تاريخ موافقة مصرف لبنان على إنشاء الصندوق.
٦. لائحة بالديون المتفرغ عنها وبالنسبة لكل منها تبيان العناصر التي تتيح تحديدها، ولا سيما اسم المدين وعنوانه وإسمه التجاري ومكان دفع الدين بقيمة أصله وتاريخ استحقاقه ومعدل الفائدة إذا وجد، وعند الاقتضاء طبيعة وتفاصيل جميع أنواع الضمانات التي تضمن الدين^(١).
- أما في مصر؛ فإن الشروط القانونية لحوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون تتم بشكل مختلف، حيث أن الإتفاق النهائي لحوالة الحق الذي أشارت إليه المواد (٣٠٧ و ٣٠٨) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، والذي يتم بين المحيل وشركة التوريق، والذي بموجبه تلتزم الأخيرة بإخطار الهيئة العامة لسوق رأس المال به، يتم بعد الحصول على اذن من نفس الهيئة للقيام بعملية مزاوله نشاط التوريق، وإن هذا الاذن أو الترخيص يتم الحصول عليه بعد توافر عدد من الشروط التي بينهاها المادة (٣٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري، ومن ضمن هذه الشروط ما تشير له الفقرة (د) من المادة - سالفه الذكر - في اللائحة التنفيذية، في إن يكون هنالك وعداً بالحوالة من المحيل إلى شركة التوريق ساري المفعول لمدة ستة أشهر على الأقل، ويجوز أن يتضمن إتفاق الوعد من المحيل، ما يفيد بأن الحوالة لا تكون نافذة وناجزة إلا بعد تمام الإكتتاب بالسندات التي تطرحها شركة التوريق بالكامل.
- وتنص المادة (٣٠٥) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري، على أنه "في حال عدم تحقق هذا الشرط، في إتفاق الوعد بالحوالة الذي يتم بين المحيل وشركة التوريق، وهو الإكتتاب بكامل

à tout acte nécessaire à la conservation des sûretés, à leur modification éventuelle, à leur mise en jeu, à leur mainlevée et à leur exécution forcée.

(١) وبالمقابل فإن المادة ٢٢ من قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي تنص أيضا على مجموعة من البيانات التي يجب إن تتضمنها المستند الذي يقوم مقام العقد وهذه البيانات تتشابه في مضمونها مع البيانات التي نص عليها القانون الفرنسي واللبناني وهذه البيانات حسب ما تقضي بها المادة المذكورة هي

١. التسمية عقد تفويت ديون رهنية للتسديد
٢. بيان خضوع العقد إلى أحكام هذا القانون
٣. تسمية المؤسسة المبادرة ومؤسسة التدبير والإيداع وعنوانها
٤. تسمية صندوق التوظيف الجماعي للتسديد
٥. لائحة بالديون المفوتة مع بيان العناصر الكفيلة بتمييز كل دين عن غيره ولا سيما اسم أو تسمية المدين وموطنه وعنوانه ومكان اداء الدين ومبلغ رأس مال الدين وتاريخ استحقاقه ومبلغ الفوائد وطبيعة وتفاصيل الضمانات المتصلة بالدين وجميع عقود التأمين المكتتبه لفائدة المؤسسة المبادرة من أجل ضمان عملية القرض الرهني
٦. المبالغ الواجب على مؤسسة التدبير والإيداع أدائه لفائدة صندوق التوظيف الجماعي للتسديد مقابل الديون مع بيان تاريخ هذا الأداء كيفية إتمامه.

السندات التي تطرحها شركة التوريق، يجب اخطار الهيئة العامة لسوق رأس المال المصري بذلك ورد المبالغ التي تمّ سدادها للإكتتاب في السندات".

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدينون محل التوريق

بينّا بأنّ المحل هو الشيء الذي يرد عليه التعاقد أو هو المعقود عليه، وإنّ المحل في عملية التوريق المصرفي للدينون، يتمثل بالدينون التي يرغب المحيل في التنازل عنها، وإنّ تحديد الطبيعة القانونية لتلك الدينون يقتضي تحديد المصدر الذي تتولد منه تلك الدينون والضمانات المحيطة بها أي تحديد النظام القانوني التي تخضع التي تخضع له تلك الدينون، فالتوريق يكون منصباً في معظم الاحيان على دون القروض المصرفية كقروض السيارات والعقارات وأنواع أخرى من العمليات الائتمانية التي تقوم بها المصارف^(١).

ولا يجب إنّ يتم الخلط بين الدين والقرض، فالدين هو كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته^(٢)، وإنّ المال هو كل حق له قيمة مادية^(٣) ويعرف الدين كذلك بأنّه وصف شرعي بالذمة يقتضي مطالبة صاحبه بمحله فهو يخول الدائن سلطة مطالبة المدين بمحل الدين أي كل ما يصح إنّ يشغل ذمة المرء من مال أو عمل^(٤)، ويرد الدين في مقابل العين التي هي الشيء المعين المشخص كبيت أو سيارة لهما وجود مادي، أمّا الدين فهو ما يثبت في الذمة من غير إنّ يكون معيناً مشخصاً سواء كان نقد أو غيره ، وأن التمييز بين المفهومين أمر مهم، في إنّ الدين يتعلق بذمة المدين ويكون وفاءه بدفع أي عين مثلية من جنس الدين، لذلك تصح فيه الحوالة والمقاصة، أمّا العين فإنّ الوفاء يتعلق بذاتها، ولا يتحقق الوفاء بالالتزام بها إلاّ بأدائها بعينها، وبذلك لا تصح الحوالة والمقاصة في الاعيان^(٥).

أمّا القرض فهو ما تدفعه من مال للغير ينتفع به ثم يردّه من دون فوائد ومن دون مشاركة في الأرباح^(٦)، وقد عرفه المشرّع العراقي في المادة ٦٨٤ من القانون المدني بـ ((أن يدفع شخص لآخر عين معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها)).

و يعتبر القرض من عقود التبرع التي لا ينتج عنها أي ربح للمتبرع بها بشكل تعاقدية^(٧)، وإنّ العلاقة بين الدين والقرض علاقة عموم وخصوص، فالدين يشمل القرض وغيره مما يثبت في الذمة، فالدين يثبت بأحد الاسباب الموجبة لثبوته كالعقد أو الفعل الضار أو الاتلاف أو الغصب أو النصوص الموجبة للالتزام المالي كنفقة الاولاد أو الزوجة، أمّا القرض فله سبب واحد وهو الاستقراض^(٨)، إضافة إلى إنّ الدين لا يختص بذات الشيء الثابت في الذمة فيتناول المثليات والقيميّات أمّا القرض فلا يتناول إلاّ المثليات^(٩).

(١) د. حسين فتحي عثمان: التوريق المصرفي للدينون ، دار ابو المجد للطباعة ، مصر ، الهرم ، ١٩٩٩ ، ص ٢٥.

(٢) محمد علي العقلا: مشكلة الدينون الخارجية للدول الاسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٣.

(٣) المادة ٦٥ من القانون المدني العراقي.

(٤) الاستاذ محمد طه البشير: الدين وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ١٩٨٤، ص ١٦٦.

(٥) د. حسني عبد السميع ابراهيم: أحكام البورصة والتوريق والتورق من منظور الفقه الاسلامي والاقتصاد المعاصر (دراسة فقهية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠١٢، ٤٥٩ وما بعدها.

(٦) مجدي علي محمد غيث: مصدر سابق، ص ٩٠.

(٧) د. احسان الحسانة، د. فيصل شياد: منتجات سوق النقد في المصارف الاسلامية، سابك لدراسات الأسواق المالية، ٢٠١٤، ص ٤٠.

(٨) محمد سيد طنطاوي: معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، دار نهضة مصر، القاهرة، ط ١، ٢٠١٣، ص ١١٥.

(٩) مجدي علي محمد غيث: نظرية الحسم الزمني في الاقتصاد الاسلامي ، المعهد العالمي للفكر الاسلامي ، فرجينيا ، الولايات المتحدة الامريكية ، ط ١ ، ٢٠١٠ ، ص ٩٩.

وبعد التمييز بين الدين والقرض؛ نعود إلى تحديد الطبيعة القانونية للديون محل التوريق في التشريعات محل المقارنة، وذلك من خلال بيان المصدر الذي تتولد منه الديون والضمانات المحيطة بها وذلك من خلال الفقرات التالية:

الفرع الأول

المصدر الذي تتولد منه الديون محل التوريق

إنّ المشرّع الفرنسي إشتراط في بداية تنظيمه لعملية التوريق، مجموعة من الشروط الواجب توفرها في الديون محل التوريق، وذلك في اللائحة التنفيذية لقانون ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ وهذه الشروط هي^(١):

١. أن لا تكون الحقوق المحالة حقوق موقوفة أو مجمدة والمقصود بها الحقوق التي يرجع عدم الوفاء بها إلى المشكلات المادية التي يمر بها المدين أو بسبب القوانين أو اللوائح أو الاوضاع السياسية.
٢. أن لا تكون الديون المحالة مشكوك في استرداد قيمتها، أي تحيط بعملية تحصيلها في المستقبل بعض الشكوك من ناحية قدرة المدين على الوفاء بها كلياً أو جزئياً أو من ناحية اضعاف ضمانتها^(٢).
٣. كذلك منعت اللائحة التنفيذية في المادة الثامنة تملك حقوقاً تقلّ أجالها عن سنتين، وذلك لأنّ صناديق التوريق في القانون الفرنسي لم تنشأ لمعالجة الإلتزام قصير الأجل، وإنما لمعالجة المشاكل المتعلقة بالإلتزام المتوسط والإلتزام طويل الأجل^(٣).

٤. لم يجز القانون الفرنسي - في بادي الأمر- توريق الحقوق المتنازع عليها وهي الحقوق التي رفعت بها دعوى أمام القضاء أو قام بشأنها نزاع جدي^(٤)، على أنّ يتعلق النزاع بأصل الحق كإنكار وجوده كلاً أو جزءاً، ويكتفي المشرّع العراقي والمصري لإعتبار الحق متنازعا فيه إنّ يقوم بشأنه نزاع جدي حتى لو لم يطرح النزاع أمام القضاء، أمّا المشرّع الفرنسي فإنّه يشترط إنّ تكون الخصومة بشأنه قائمة أمام القضاء^(٥).

إلا أنّ المرسوم الصادر سنة ٢٠٠٤ المعدّل لللائحة التنفيذية ألغى كل تلك القيود، وأجاز حوالة كافة أنواع الحقوق مهما كان نوعها أو طبيعتها، سواءً الناشئة عن ديون مدنية أو تجارية، بما في ذلك الحقوق المستقبلية والحقوق الناشئة عن بيع المال موضوع التأجير التمويلي والحقوق الناشئة عن عقد التأجير التمويلي نفسه^(٦)، وسنوضح الآلية القانونية لتوريق تلك الأنواع من الإلتزامات على شكل نقاط وبالشكل التالي:

(١) د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) شاكر محمد مصطفى، بابان ابراهيم عليوي: تحسين التنبؤ بمخصص الديون المشكوك في تحصيلها باستخدام الأساليب الأساليب العلمية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم الادارية والاقتصادية، مجلد ٤، عدد ٨، ٢٠١٢، ص ٥.

(٣) د. احمد فاروق وشاحي: مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٤) فقرة ٢ مادة ٥٩٣ من القانون المدني العراقي .

(٥) د. سعيد مبارك، دبطه الملاحويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي: الموجز في العقود المسماة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٦٠.

(٦) Article 8 Décret n°2004-1255 du 24 novembre 2004 - art. 25 (Ab) JORF 26 novembre 2004 ((I. - Le fonds commun de créances ne peut acquérir que des créances résultant soit d'un acte déjà intervenu, soit d'un acte à intervenir mais dont le montant et la date d'exigibilité ne sont pas encore déterminés. Un fonds dont le règlement autorise l'acquisition de créances de loyer résultant d'un contrat de crédit-bail peut également acquérir tout ou partie de la créance qui résultera de la vente du bien loué. II. - Les parts d'un fonds dont le règlement autorise l'acquisition de créances immobilisées, douteuses ou litigieuses ne peuvent être souscrites et détenues que par le cédant ou des investisseurs qualifiés au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 précitée ou des investisseurs non résidents)).
الا أنّه تجدر الإشارة إلى أنّه تلك المادة تحضر في مضمونها في الفقرة ٢ منها على الأشخاص الطبيعيين شراء السندات التي تطرحها شركة التوريق الممثلة لقروض متعثرة أو مشكوك في استرداد قيمتها وانما حصرت شراء تلك السندات بأشخاص معنويين موصوفين على سبيل الحصر .

١. توريق الحقوق المستقبلية: إبتداءً يشترط في عملية التوريق المصرفي للديون، وجود علاقة دائنية بين المحيل أي المصرف الذي يرغب في توريق ديونه والتنازل عنها ومجموعة من المدينين^(١)، وعلاقة الدائنية هذه تكون ناتجة عن أحد أنواع الإئتمانات التي يمنحها المصرف، وتوريق الحقوق المستقبلية يندرج تحت نوع الإئتمان الانتاجي أو الإئتمان ذاتي التصفية، الذي يقدم للمشروعات الانتاجية لتمويل ما تحتاج إليه من رؤوس أموال، ويسمى كذلك لأنَّ المدين يستطيع السداد بواسطة استخدام قيمة الإئتمان نفسها، من خلال إستخدام قيمة القرض في عملية الإنتاج^(٢).

٢. تجانس الديون من حيث طبيعتها: تشير اللائحة التنفيذية للقانون الفرنسي الذي يحكم عمليات التوريق الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ إلى إنَّ الديون يجب أن تكون متجانسة من حيث طبيعتها^(٣)، والمقصود بتجانس الديون من حيث طبيعتها، هو أن تكون هذه الديون راجعة إلى طائفة واحدة من الطوائف التي يتوزع عليها الإئتمان^(٤).

٣. توريق الحقوق الناتجة عقد التأجير التمويلي وبيع المال موضوع التأجير التمويلي: إذ يتم توريق الحقوق الناتجة عن عقد التأجير التمويلي من خلال توريق التدفقات المالية التي يحصل عليها المؤجر التمويلي من المستأجر، وأنَّ هذه التدفقات تمثل الربح الذي يحصل عليه المؤجر والذي يتحقق له من خلال الاقسط المستحقة عن فترة العقد^(٥)، أمَّا توريق الحقوق الناتجة عن بيع المال موضوع التأجير التمويلي، فإنَّها تتم عندما يقرر المستأجر التمويلي شراء الأموال المؤجرة في نهاية عقد التأجير التمويلي^(٦).

أما الموقف في التشريعات المقارنة الأخرى، من حيث المصدر الذي تتولد منه الديون فنجد إنَّ المشرع المصري لم يتناول تحديد المصدر الذي تتولد عنه الديون سواء في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ أو لائحته التنفيذية، ولم يحدد شروط معينة يجب توافرها في الديون محل التوريق، وكذلك الحال بالنسبة لقانون تسديد الموجودات اللبناني رقم ٧٠٥ لسنة ٢٠٠٥ الذي لم يرد فيه شروط معينة يجب توافرها في الديون محل التوريق، وإنما أجاز في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون سالف الذكر توريق الديون بكافة أشكالها الواجبة للمنشئ وهو المحيل على أشخاص طبيعيين أو معنويين.

وفي قانون تسديد الديون الرهنية المغربي رقم ٨٩-١٠ لسنة ١٩٩٩، فإنَّ ذلك القانون لم يسمح سوى بتوريق الديون الرهنية، وإشترط في المادة السابعة عشر من القانون المذكور إنَّ لا تكون هذه الديون محل نزاعات، وإنَّ تكون في تاريخ حوالتها خالية من أي احتمال لعدم تحصيلها، والديون الرهنية حسب ما تعرفها الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي ((هي الديون الممثلة لقروض مضمونة برهون عقارية من المرتبة الأولى الممنوحة للأغراض التالية:

١. تملك المساكن الفردية أو اصلاحتها أو توسيعها

٢. البناء الفردي للمساكن ٣. بناء أو تملك مساكن معد للاستئجار)).

(١) د. علي عبدة محمد علي: أحكام تصكيك الديون في الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٣، ص ٥٦.

(٢) عصام محمد حسن المحاولي، طيبة ماجد حميد العاني: مصدر سابق، ص ٢٧.

(٣) د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ٥٦.

(٤) د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١٠٧.

وان المقصود بطوائف الإئتمان على سبيل المثال ما تنص عليه المادة (٢٧)(١)(ب) من قانون المصارف العراقية لسنة ٢٠٠٤ ((إئتمانات المستهلكين والرهن العقاري وبيع الحسابات المستحقة بخضم بدون حق رجوع أو بدون حق رجوع وتمويل المعاملات التجارية مثل شراء صكوك قابل للتداول بخضم بدون حق رجوع أو خدمات التأجير التمويلي)).

(٥) د. بصخر احمد الخصاونة: عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٣٧.

(٦) عبد الرحمن السيد قرمان: عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠. يمكن تعريف عقد التأجير التمويلي بأنه عملية إيجار لمدة طويلة تنتهي بحق الاختيار للمستأجر بالشراء من عدمه مع مراعاة الاقسط المدفوعة فالمستأجر التمويلي له الحق من ثلاث خيارات أمَّا شراء الأموال محل الايجار التمويلي سواء كانت عقارات أو منقولات أو حقوق معنوية أو ردها أو تجديد العقد ... للمزيد انظر جعفر كاظم جبر الموزاني: عقد الإئتمان التأجيري، اطروحة دكتوراء، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩، ص ١١.

الفرف الشافف

الضماناء الملفة بالءفون محل لفورفق

إنّ المصارف عنءما تمنح الإئتمان لعملائها فإنّها لا تستنء إلى قءرة العمل علف الوفاء؁ وإنّما فطلب فءقفم ضماناء شخصففة وعفففة للوفاء بقفمة الإئتمان الءف تمنحه^(١)؁ وفف عملفة الفورفق المصرفف للءفون فكون المصرف ءائناً لمجموعة من المقفرضفن بفروض فففسء بشكل سنااء مءفوففة؁ فكون مءافة بالءفء من الضماناء كالرهن والكفالة^(٢)؁ ومن أجل اءافة اشمل بالضماناء الملفة بالءفون محل الفورفق المصرفف؁ سنفناول الضماناء الشخصففة والعفففة للءفون محل الفورفق فف فقا؁ مسفقلة لكل منهما؁ وكالآفف:

١. الضماناء الشخصففة للءفون محل لفورفق:

إنّ الضماناء الشخصففة للءفون محل الفورفق ففوزع حسب فقرة نشونها علف مرءلففن؁ المرفة الأولى قبل نشوء علاقة ءائفففة بفن المءفل والمءفن وهو المءال علفه فف عملفة الفورفق؁ والمرفة الءاففة بعء نشوء هءة العلاقة ورغبة المءفل فف الفءلف من الءفون وءوالفها إلى شركة الفورفق؁ وءلال المرفة الأولى قء فطلب المءفل من المءفن ضماناء شخصففة للوفاء بقفمة القرض الءف حصل علفه والضماناء الشخصففة ءلال هءة المرفة فكون علف شكل كفالة أو فأمفن لمصلحة المءفل. فالكفالة عقد ففم بفن شخصفن الأول فسمى الكفل؁ وءائن شخصف آءر بموجب هءا العقد فلففزم الكفل بأن فضمن للءائن الوفاء بالءفن الءف له علف المءفن^(٣)؁ والكفالة باءفبارها عقد ملزم لءانب واء و هو الكفل الءف فلففزم بأءاء مبلغ الءفن إذا لم فقم المكفل بالوفاء عنء الاسفءقاق^(٤). وففوز للمءفل إنّ فشفرف علف المقفرض الفأمفن لصالفه ضء مءاظر عءم الوفاء؁ بسبب الوفاء أو العجز^(٥)؁ وففوز إنّ فكون الفأمفن أفضا علف العقار الضامن ضء الهلاك أو ضء ففرها من صور الءطر^(٦).

أما المرفة الءاففة من الضماناء الشخصففة للءفون محل الفورفق؛ فففمفل فف نشوء علاقة ءائفففة بفن المءفل والمقفرضفن؁ ورغبة المءفل فف الفءلف من الءفون وءوالفها إلى شركة الفورفق؁ فنءء إءفلاف فف موفف القوانفن فف هءا المءال؁ فالفانون الفرنسف والمصرفف لم ففص علف أف ضماناء شخصففة فلففزم بها المءفل فف هءة المرفة؁ فالففزام المءفل فف القانون الفرنسف فكون وفق قواعء ءوالفة الءق المءنفة؁ وكذلك الءال بالنسبة للقانون المصرفف الءف أكء علف ذلك؁ ءفن أشار فف المواء ٤١ مكرر ١ والماءة ٤١ مكرر ٢ من قانون سوق رأس المال المصرفف إلى إنّ المءفل لا فكون ضامناً للوفاء بقفمة الءفون محل الفورفق؁ وإنّما فففسر ضمانه علف وفوء الءفون وفف ءوالفها إلى شركة الفورفق؁ إلاّ إنّ ذلك لا ففمنع من وفوء ضماناء إففاقفة أخرى؁ بفن المءفل وشركة الفورفق علف الوفاء بقفمة السنااء الفف فطرءها الأخيرة.

فففوز الإففاق مثلاً علف إقفطاع جزء من فمف ءوالفة والإءفاظ به؁ ضماناً للرفوع علف المءفل فف ءالة وفوع المءاظر الفف فلففزم بففقففها؁ كما ففوز أن فكون الضمان فف صورة رهن لبعض أصول المءفل^(١).

(١) ء. وفءف كامل ءجازف: القروض المصرففة؁ ءار الفلفم الجامعف؁ ٢٠١٣؁ ص ٢١.

(٢) Zoe show: introduction and issuer prospective to securitization, published by eurmony, 1996, p-10.

(٣) ء. عبء الوءوء فءفف: عقد الكفالة؁ بءون ءار نشر؁ ١٩٦١؁ ص ٦.

(٤) ء. عبء المءفء الءكفم: الموجز فف شرح القانون المءنف (مصارء الإلفزام)؁ ط١؁ بءءاء؁ ص ٤٥.

(٥) انظر الماءة ٣٧ من قانون الفمول العقارف المصرفف رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠١ وكذلك الماءة ٥٦ من اللاءة الففففففة للقانون المءكور .

(٦) ء. الصغفر محمد مءءف: النظام القانونف للتموفل العقارف (ءراسفة مقارنفة فف القانون المءنف)؁ ءار الجامعة

الءفء؁ ٢٠١٢. ص ١٥٥

أما بالنسبة للقوانين محل المقارنة الأخرى، فالقانون اللبناني والمغربي لم تلزم المحيل بأي ضمان شخصي خلال تلك المرحلة، فيما عدا الضمانات الشخصية للديون محل التوريق، بالإضافة إلى الضمانات الشخصية التي يلتزم بها المحيل في إطار قواعد حوالة الحق، بإعتبارها الإسلوب القانوني المتميز في جميع التشريعات محل المقارنة للتنازل عن الديون، إلا أن قانون تسنيد الموجودات اللبناني أجاز كنوع من الضمانات الإتفاقية في المادة ١٠ فقرة ١، أن يتم التفرغ عن ديون تفوق قيمتها قيمة السندات التي تطرحها شركة التوريق، ونفس الحكم ينص عليه الشطر التاسع من المادة الثانية من قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي، الذي أجاز الإتفاق على تقويت ديون رهنية إلى صندوق توظيف جماعي للتسنيدي، تفوق قيمتها قيمة السندات المصدرة من أجل تغطية إحتمال عجز المدينين.

كما يجوز - من ضمن الضمانات الإتفاقية التي لم تنص عليها أي من التشريعات محل المقارنة - أن تشترط شركة التوريق على المحيل تقديم خطاب ضمان مشروط، لضمان وتغطية عجز بعض المقترضين عن الوفاء أو في حالة توريق ديون مشكوك في تحصيلها أو رديئة أو ديون متنازع عليها^(٢)، ويجوز أيضا في نفس ذلك السياق التأمين من قبل المحيل أو شركة التوريق لمصلحة المستثمرين حاملي السندات لتغطية التأخر أو العجز عن الوفاء من قبل المدينين بأصل وفوائد مستحقات المستثمرين^(٣).

٢. الضمانات العينية للديون محل التوريق:

إنّ الضمان مثلما يكون شخصياً من المتصور إنّ يكون عينياً، ويعدّ الرهن في طليعة الضمانات العينية فالضمانات العينية أما أن تكون رهن تأميني أو حيازي أو حقوق امتياز^(٤).

وإنّ هذه الضمانات تنشأ في المرحلة الأولى لنشوء علاقة الدائنية بين المحيل و المدينين، والتي تنتقل بموجب قواعد حوالة الحق، لتضمن الوفاء بالديون محل التوريق، فالضمان ممكن إنّ يكون رهناً تأمينياً على عقار يملكه المقترض أو شخص آخر كفيل عيني، يقمّ رهناً لمصلحة المقترض، ويعد عقد الرهن التأميني من عقود الضمان كعقد الكفالة^(٥)، أي إنّ ليس له كيان قائم بذاته بل ينشأ تبعاً لنشوء حق شخصي ولضمان الوفاء بهذا الحق فينتقل بانتقاله وينتهي بانتهائه^(٦)، وبما إنّ الدائن المرتهن يتقدم على الدائنين العاديين، بإستيفاء دينه من قيمة العقار المرهون ويتزاحم مع الدائنين المرتهنيين الآخرين، ويكون التقدّم بالأولوية في التسجيل بالسجل العقاري، فنجد إنّ قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي، اشترط في الشطر الثاني من المادة الثانية إنّ يكون الرهن من المرتبة الأولى.

وكذلك فإنّه من الممكن أن يكون الرهن حيازياً لأموال منقولة يملكها المدين، يقوم برهنها لمصلحة المحيل للوفاء بقيمة الدين، وكذلك ممكن إنّ يكون ذلك الرهن على أوراق مالية أو ديون يكون فيها المدين للمحيل دائناً، ومع عدم إمكان حيازة الدين حيازة حقيقية فيكتفي بالحيازة الرمزية^(٧).

وإنّ حقوق الإمتياز ليست بعيدة من أن تكون من ضمن الضمانات المحيطة بالديون محل التوريق، كما في حلول الممول في قانون التمويل العقاري المصري، الذي أجاز له القانون حوالة ديونه محل بائع العقار في إمتياز الثمن المقرر لبائع العقار، وذلك في حال كان التمويل لغرض شراء عقار، فينتقل ذلك الإمتياز بموجب قواعد حوالة الحق إلى من ينتقل له الدين^(٨)، أي أنّ الامتياز يصبح من الضمانات المحيطة بالديون محل التوريق.

(١) اسامة حمود محمد اللاحم: مصدر سابق، ص ٥٤١.

(٢) علاء الدين الزعترى: الخدمات المصرفية، دار الكلم الطيب، ٢٠٠٦، ص ٣٣١.

(٣) د. خير الدين عبد ربة الحمري: مصدر سابق، ص ١١.

(٤) حسين عذاب: الوعاء العقاري للرهن دون حيازة، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، عدد ١، سنة ٢٠١٢، ص ٢٨.

(٥) الاستاذ كاظم حسن الربيعي: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية والتبعية، مطبعة العسكري، ط ١، ٢٠١٢، ص ١٦٣.

(٦) د. جورج شراوي: التأمين العقاري، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٧) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: الحقوق العينية، الجزء الثاني، العاتك للكتاب، القاهرة، ص ٥٠٤.

(٨) د. الصغير محمد مهدي: مصدر سابق، ص ٤٦٣.

المطلب الثالث

الآثار القانونية المترتبة على حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون

بمجرد أن تتعقد الحوالة بين المحيل والمحال له، وحتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين بالإعلان أو القبول، ينتقل نفس الحق المحال من المحيل إلى المحال له، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمن أقل كما هو الغالب^(١)، وينتقل الحق من المحيل إلى المحال له بصفته إذا كان ديناً مدنياً أو تجارياً، كذلك تنتقل كافة ضمانات الدين كالكفالة والإمياز والرهن وتصبح شاملة لما حل من فوائد وأقساط^(٢).

وفي عملية التوريق المصرفي للديون فإنّ لحوالة الحق نفس الأثر، وهو خروج الحقوق المحالة من ذمة المحيل والضمان العام لدائنيه، لتدخل الذمة المالية لشركة التوريق لتصبح جزءاً لا يتجزأ من تلك الذمة المالية، وتدخل في الضمان العام لدائني شركة التوريق^(٣)، إلا أنه وبالرغم من إنّ حوالة الحق تمت بين المحيل وشركة التوريق إلا إنّ هذه الحقوق لا تدخل الذمة المالية لشركة التوريق ولا الضمان العام لدائنيها، وإنما تكون ملكاً لحملة السندات وذلك حسب المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق رأس المال المصري^(٤).

فشركة التوريق عند إبرامها لحوالة الحق مع المحيل إنما تقوم بذلك بصفته وكيلاً عن حملة السندات، للقيام بكل الأعمال اللازمة لإدارة هذه الديون وضمائنها لمصلحتهم^(٥). ومن أجل الإحاطة أكثر بالآثار القانونية لحوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول للبحث في العلاقة بين المحيل والمحال له، أما الفرع الثاني فسيتم تكريسه للبحث في العلاقة القانونية الناشئة بين المحال له والمدين في عملية التوريق المصرفي للديون، وذلك كالآتي:

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري: مصدر سابق، ص ٤٩٣.

(٢) انظر المادة ٣٦٥ من القانون المدني العراقي.

(٣) د. أحمد فاروق وشاحي: مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٤) في النظام القانوني الأمريكي للتوريق القائم على فكرة الترسـت trust يتم التمييز بين الملكية القانونية و الملكية الانصافية فملكية محفظة التوريق القانونية تثبت لمصدر سندات التوريق الذي يقوم بإنشاء ترست غير قابل للإلغاء يكون بمقتضاه هو المؤسس والأمين في ذات الوقت أما الملكية الانصافية فيكتسبها حاملو سندات التوريق الذين يقومون بإبرام عقود مع منشئ الترسـت issuer (شركة التوريق) بعد الاطلاع على المستندات المثبتة للعمل المنشئ للترست والتعرف على شروط الإستثمار وبعد إبرام العقود يكتسب حملة السندات حق ملكية شائعة في المحفظة التي انشأها منشئ الترسـت فالملكية القانونية التي تخول للأمين حق الاستعمال والاستغلال والتصرف إلا إنّ مباشرته لتلك الحقوق تكون لمصلحة المالك الانصافي فهي ملكية لحساب الغير. انظر د. حسني المصري: فكرة الترسـت وعقد الإستثمار المشترك، مصدر سابق، ٤١، ومابعدها، د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١٣، د. حسين فتحي عثمان، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٥) حيث تنص المادة ١٦ من قانون تسنيد الموجودات اللبناني رقم ٧٠٥ لسنة ٢٠٠٥ على أنّه ((يقوم المدير بإدارة الصندوق وإدارة ذمته المالية وفقاً لنظام الصندوق ولأحكام هذا القانون وعليه إنّ ينفذ الموجبات الملقاة على عاتقه بالعناية الواجبة والمفروضة على الوكيل المأجور))، وتقضي المادة ٤٧ من قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي رقم ٩٨_١٠ لسنة ١٩٩٩ على أنّه ((تقوم مؤسسة التدبير والإيداع بتدبير صندوق التوظيف الجماعي للتسديد حصراً لفائدة حاملي الحصص وسندات القرض وفقاً لما ينص عليه نظام التدبير والأحكام الواردة في هذا القانون)).

الفرع الأول

العلاقة بين المحيل والمحال له في عملية التوريق المصرفي للديون

إنّ حوالة الحق في التوريق المصرفي للديون تؤدي إلى فقدان المحيل صفته كدائن، واكتساب الوعاء المالي الذي تقوم بإنشائه شركة التوريق صفة المالك الجديد، وينتقل الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع (١). ويلتزم المحيل بأن يسلم إلى شركة التوريق السندات والصكوك المثبتة لعلاقة المديونية، حتى يمكنه الرجوع على المدين سواء ودياً أو قضائياً وتكون مهمة أمين الإستثمار حفظ تلك المستندات (٢). وبمجرد إنعقاد حوالة الحق تخرج الديون من ذمة المحيل، ولا تعود للظهور مرّة ثانية في خانة موجوداته، وتنقل حوالة الحق إلى شركة التوريق ولحساب ذلك الوعاء المالي أي ضمانات على الديون، كالتأمينات والكفالات وتصبح الحوالة نافذة بين المحيل وشركة التوريق وإتجاه المدين وخلفائه وتجاه الغير من التاريخ المسجل على الحوالة، ويحل المحال له حكماً محل المحيل ابتداءً من هذا التاريخ، دون الحاجة إلى أي إجراء آخر ودون الحاجة إلى إشعار أو طلب أو موافقة أو تدخل المدين أو أي ضامن أو أي كفيل للدين أو أي شخص آخر (٣)، فالحوالة تكون في جميع الأحوال نافذة ومنتجة لآثارها، دون اشتراط موافقة المدين أو إخطاره بها (٤). ولا تتضمن حوالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون أي ضمان لملاءة المدين، إلا إذا نص على ذلك في إتفاق الحوالة، فضمان المحيل يكون مقتصرأ على وجود الديون وضمائنها وقت الحوالة، ولا يكون مسؤولاً عن الوفاء بأي منها بعد اتمام الحوالة إلى شركة التوريق (٥).

(١) د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٢) حيث تنص المادة ٢٦٧ من القانون المدني العراقي ((يجب على المحيل إن يسلم المحال له سند الحق المحال به وإن يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه)) ويقابل هذا النص المادة ٢٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص المادة ((يجب على المتفرغ إن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين وإن يخوله كل ما لديه من الوسائل لاثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه...)) وكذلك نص المادة ١٩٩ من قانون الإلتزامات والعقود المغربي التي تقضي بأنّه ((يجب على المحيل إن يسلم للمحال له سنداً يثبت وقوع الحوالة وإن يقدم له إلى جانب سند الدين ما يكون لديه من وسائل اثباته والبيانات اللازمة لمباشرة الحقوق المحولة ويجب عليه إن يقدم للمحال له سنداً رسمياً يثبت وقوع الحوالة إذا طلب منه ذلك ومصرفات هذا السند على المحال له)).

(٣) حيث تنص المادة ٢٦٦ قانون تسديد الموجودات اللبناني بأنّه ((...يحل المتفرغ حكماً محل المتفرغ له ابتداء من هذا التاريخ وذلك دون الحاجة إلى أي إجراء آخر وفي كل الاحوال دون الحاجة إلى اشعار أو ابلاغ أو طلب موافقة المدين أو أي ضامن أو كفيل للدين أو أي شخص آخر)) ويقابل هذا النص في قانون تسديد الديون الرهنية المغربي المواد ٣١ التي تنص ((يترتب بقوة القانون عن تفويت الديون الرهنية نقل ملكية الديون لفائدة صندوق التوظيف الجماعي للتسديد وفق المقابل المحدد في المستند. وتسقط الديون المفوتة من باب الأصول في حصيلة المؤسسة المبادرة ويسري أثر تفويت الديون على الأطراف ويعتد به تجاه الدائن وذوي حقوقه والأغيار ابتداء من التاريخ الذي تضعه مؤسسة التدبير والإيداع على المستند ويحل المفوت إليه بقوة القانون محل المفوت ابتداء من التاريخ المذكور دونما حاجة إلى موافقة أي طرف آخر)) وكذلك المادة ٣٢ من نفس القانون التي تنص على أنّه ((ويسري أثر تفويت الديون على الأطراف ويعتد به تجاه الدائن وذوي حقوقه والأغيار ابتداء من التاريخ الذي تضعه مؤسسة التدبير والإيداع على المستند ويحل المفوت إليه بقوة القانون محل المفوت ابتداء من التاريخ المذكور دونما حاجة إلى موافقة أي طرف آخر)) والمادة ٣٤ التي تنص أيضاً بأنّه ((تسري آثار نقل الرهون المدرجة في مختصر المستند بين الأطراف وتجاه الأغيار ابتداء من التاريخ الذي تضعه مؤسسة التدبير والإيداع على المستند المذكور)).

(٤) انظر المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

(٥) حيث تنص المادة ٢٧ من قانون تسديد الموجودات اللبناني بأنّه ((لايتضمن التفرغ عن الديون أي ضمان لملاءة المدين إلا إذا نصت الإتفاقية التكميلية على خلاف ذلك)) ويقابل هذا النص المادة ٣٣ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي الي ينص ((لا يشمل تفويت الديون ضمان ملاءة المدين إلا إذا كان المدين في التاريخ الذي يحمله المستند قد فقد ملاءته)) ويشير أيضاً مضمون المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري على إن المحيل لا يكون مسؤولاً عن الوفاء بأي من الديون التي تتضمنها محفظة التوريق التي تمت حوالتها .

ويتولى المحيل في أغلب الاحيان تحصيل الحقوق والمستحقات المحالة، ومباشرة حقوق شركة التوريق في مواجهة المدينين بصفته نائباً عنها، فإذا تمّ الإتفاق على غير ذلك تعين على المحيل إخطار المدينين بذلك^(١).

فحالة الحق في عملية التوريق المصرفي للديون تشكل في حقيقتها إستثناءً على قواعد حوالة الحق المدنية فيما يتعلق بالأخطار والآثار المترتبة عليها، إلا أنه وبالرغم من ذلك؛ تظل حوالة الحق المدنية هي الشريعة العامة لحوالة الحقوق في عملية التوريق المصرفي للديون^(٢)، وتطبيقاً لذلك يضمن المحيل وجود الحق وتوابعه وقت الحوالة، فإذا انقضى الحق بعد ذلك أو توابعه بسبب لا يرجع إلى المحيل، فلا مسؤولية عليه بعد ذلك، وهو لا يضمن يسار المدين، إلا إذا كان هنالك ثمة إتفاق بينه وبين المحال له على ذلك، ويضمن المحيل للمحال له افعاله الشخصية فيضمن له جميع الأفعال التي تصدر منه بعد الحوالة، ويكون من شأنها الإنتقاص من الحق المحال به أو زواله أو إنقاص تأمينه أو دفعه^(٣).

الفرع الثاني

العلاقة بين المحال له والمحال عليه في عملية التوريق المصرفي للديون

تتعدّد حوالة الحق المدنية بالتراضي بين المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين، إلا أنّ هنالك فرقاً بين شروط الانعقاد والنفاد، مفاده أنّ الحوالة تتعدّد دون حاجة إلى رضا المدين، إلا أنها لا تكون نافذة في حقه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلنت له، ويجب أن يكون القبول ثابت التاريخ حتى تكون نافذة في حق الغير^(٤).

(١) حيث تنص المادة ٣٨ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي بأنّه ((تستمر المؤسسة المبادرة تحت مراقبة مؤسسة التدبير والإيداع في القيام لفائدة صندوق التوظيف الجماعي للتسديد بتحصيل الديون المفوتة والعمل بالعقود الرهنية أو الضمانات التابعة الأخرى ورفع اليد عنها وتنفيذها وذلك وفق الشروط المحددة في اتفاقية التحصيل المبرمة بين المؤسستين)) ويقابل هذا النص الشطر الثاني من المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري المصري الذي يقضي بأنّه ((....ويتولى المحيل تحصيل الحقوق والمستحقات المحالة ومباشرة حقوق شركة التوريق في مواجهة المدينين لصالح حملة السندات التي تصدرها الشركة بصفته نائباً عنها فإذا تمّ الإتفاق على غير ذلك تعين على المحيل إخطار المدينين بالحقوق والمستحقات والضمانات المحالة بهذا الإتفاق وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول)) ويقابل هذين النصين المادة (٣٦) من قانون الإستثمار الجماعي في القيم المنقولة وتأسيس صناديق التوريق الفرنسي رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٨ التي تنص بانه:

(Le recouvrement des créances cédées continue d'être assuré par l'établissement cédant ، dans des conditions définies par une convention passée avec la société de gestion du fonds commun de créances Toutefois ،tout ou partie du recouvrement peut être confié à un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations ،dès lors que le débiteur en est informé par lettre simple)).

(٢) د. هشام فضلي: مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٤) حيث تنص المادة ٣٦٣ من القانون المدني العراقي على ((لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له على إنّ نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم إنّ يكون هذا القبول ثابت التاريخ)) ويقابل هذا النص المادة ٢٠٥ مدني مصري ((لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على إنّ نفاذه التاريخ قبل الغير بقبول المدين يستلزم إنّ يكون هذا القبول ثابت)) والمادة ١٦٩٠ مدني فرنسي التي تنص بأنّه :

((Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins ،le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique))

والمادة ٢٨٣ من قانون العقود اللبناني ((ان الانتقال لا يعدّ موجودا بالنظر إلى شخص ثالث ولا سيما بالنظر إلى المدين الذي تفرغ الدائن عن دينه إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المدين أو بتصريح المدين في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنّه قبل ذلك التفرغ. وما دامت احدى هاتين المعاملتين لم تتم يصح للمدين إنّ يبرئ ذمته لدى المتفرغ.)) والمادة

إلا أنّ المدين (المحال عليه) في عملية التوريق المصرفي للدينون ليس شخصاً واحداً، بل هنالك أعداداً كبيرة من المدينين، خصوصاً في حالة توريق القروض الممنوحة لأغراض شراء المساكن أو ترميمها أو لأغراض شراء السيارات، كما وأنّ العمل التجاري يتسم بالسرعة في الإجراءات والإختصار في الوقت، لذلك فإنّ القوانين محل المقارنة؛ في كل من فرنسا ومصر ولبنان والمغرب، جاءت بنصوص خاصة تختلف عن النصوص العامة المتعلقة بنفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير، والنص العام يخص بالخاص عند التعارض^(١).

هذه النصوص جاءت متسقة ومنسجمة مع بعضها في إنّ الحوالة تتعقد بين طرفيها وتكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير من التاريخ الموضوع عليها، دون الحاجة إلى اشعار المدين أو تبليغه اياها أو تدخله بهذا الإتفاق بأي شكل من الاشكال^(٢).

إلا أنّ هنالك رأي يذهب إلى إنّ ما جاءت به المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري، بخصوص نفاذ حوالة محفظة التوريق، لا يعدّ إستثناءً من القواعد العامة لنفاذ الحوالة، فالمشرّع ألزم في ذات المادة شركة التوريق، بنشر ملخص وافٍ لإتفاق الحوالة في جريدتين يوميّتين صباحيتين واسعتي الإنتشار، إحداها على الأقلّ باللغة العربية، وبذلك رسم المشرّع الطريق الوحيد لنفاذ الحوالة، وهو عن طريق النشر في الجرائد^(٣)، إلا أنّ هذا الرأي لا يمكن قبوله لأنّه يتعارض مع ما ينص عليه الشرط الأخير من نفس المادة، وذلك بأنّ الحوالة تكون نافذة ومنتجة لآثارها دون اشتراط قبول المدين أو إخطاره بها.

والحقيقة هي أنّ لهذا الإستثناء؛ المتعلق بنفاذ الحوالة في عملية التوريق المصرفي للدينون ما يبرره، في إنّ المحيل وإنّ تنازل عن حقوقه إلا أنّه يستمر في ذات الوقت بتحصيل الحقوق والمستحقات المحالة،

١٩٥ من قانون الإنترامات والعقود المغربي ((لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين أو الغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغاً رسمياً أو بقبوله اياها في محرر ثابت التاريخ)).

ان الغير هو كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له فيكون غيراً على سبيل المثال محال له آخر غير المحال له الأول كما يكون غيراً دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحيل.

انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهاوري: مصدر سابق، ص ٤٧٢.

وتقضي محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها عام ١٩٨٥ بأن الغير هو كل شخص لم يكن طرفاً ثالثاً في إتفاق الحوالة ولديه مصلحة بأن يبقى المحيل دائناً بالحق:

((Formalités de l'article 1690 du Code civil - Signification au débiteur cédé - Effets - Opposabilité du droit acquis aux tiers - Tiers – Définition Il résulte de l'article 1690 du code civil que ne sont des tiers 'au sens de ce texte 'que ceux qui 'n'ayant pas été parties à l'acte de cession 'ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier.))

انظر موقع البوابة القانونية الفرنسي www.legifrance.gouv.fr

(١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة، مكتبة السنهوري، بغداد، ص ١٣.

(٢) حيث تنص المادة ٣١ من قانون تسديد الدينون الرهنية المغربي ((...ويسري أثر تفويت الدينون على الأطراف ويعتد به تجاه الدائن وذوي حقوقه والأغيار ابتداء من التاريخ الذي تضعه مؤسسة التدبير والإيداع على المستند ويحل المفوت إليه بقوة القانون محل المفوت ابتداء من التاريخ المذكور دونما حاجة إلى موافقة أي طرف آخر.)) وتقابل هذه النص المادة ٢٨ من قانون تسديد الموجودات للبنان التي تنص ((يمكن التذرع بالتفرغ المنصوص في الفقرة الثانية من المادة السادسة والعشرون من هذا القانون تجاه المدين وتجاه الغير دون أي اشعار أو ابلاغ للمدين)) وكذلك يذهب في مثل هذا الاتجاه القانون الفرنسي رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٨ الذي ينص بنفس سياق النصوص في القانون اللبناني والمغربي والمصري في المادة ٣٤ بانه:

((Pour toutes les opérations faites pour le compte des copropriétaires 'la désignation du fonds ou 'le cas échéant 'd'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle des copropriétaires))

واخيراً يقضي الشرط الاخير من المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري بأنّه ((...تكون الحوالة في جميع الاحوال نافذة ومنتجة لآثارها دون اشتراط موافقة المدين أو إخطاره بها)).

(٣) د. احمد فاروق وشاحي: مصدر سابق، ص ١٩٥.

ومباشرة حقوق شركة التوريق في مواجهة المدينين لصالح حملة السندات التي تطرحها الشركة بصفته نائباً عنها، وفي حال الإتفاق على غير ذلك تعين اخطار المدين بذلك^(١).

المبحث الثاني

الأساليب القانونية الأخرى الممكنة لنقل الديون إلى شركة التوريق

إنّ حوالة الحق؛ وإنّ كانت هي الإسلوب القانوني الوحيد في التشريعات محل المقارنة في كل من فرنسا ومصر ولبنان والمغرب، لنقل الديون أو التنازل عنها إلى شركة التوريق الديون، وتنفيذ عملية التوريق المصرفي فيما بين المحيل وشركة التوريق، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من مناقشة أساليب قانونية أخرى، يمكن أن يُقال بإمكانية حلولها محل حوالة الحق، التي هي الإسلوب القانوني الوحيد الذي تبنته التشريعات المقارنة للتنازل عن الدين، من المنشئ للديون محل التوريق إلى شركة التوريق.

لذلك سنناقش في هذا المطلب كل من التجديد والحلول الإتفاقي والمشاركة الفرعية بإعتبار أنّ من الممكن في جميع تلك الأساليب أن يتغير الدائن، وإنّ عملية التوريق قائمة على تغيير الدائن الأصلي واكتساب دائن جديد صفة الدائن الأصلي، والحلول محله في الديون التي منحها بصفقتها وضماناتها ودفعوها، ويكتسب الدائن الجديد نفس المركز القانوني للدائن القديم الذي تخرج تلك الديون من أصوله بصورة نهائية في عملية التوريق، وسيتم مناقشة كل ذلك من خلال الفروع التالية:

المطلب الأول

نقل الديون عن طريق تجديد الإلتزام

إذا كانت حوالة الحق إسلوب قانوني، لتنفيذ عملية التوريق المصرفي للديون فيما بين المحيل وشركة التوريق، فهي وسيلة لانققال الحق من المحيل الذي يسمى بالمنشئ أو البادئ لعملية التوريق ORIGINATOR، إلى شركة التوريق الذي يسمى بالمصدر ISSUER، فإنّ التجديد NOVATION يمثل أحد أهم الاسباب لإنقضاء ذلك الحق في جانب المحيل، ونشوء حق جديد لشركة التوريق يحل محله^(٢).

والتجديد هو إتفاق من شأنه إنّ ينهي إلتزاماً قديماً، وينشئ إلتزاماً جديداً يحل محل الإلتزام الأصلي، على شرط أن يكون الإلتزام الجديد مخالفاً للإلتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية^(٣). لذلك فالتجديد هو إتفاق بين طرفي الإلتزام على إنهاء إلتزام قائم بينهما وإنشاء إلتزام جديد، يختلف عن الإلتزام الأصلي في أحد العناصر الجوهرية، المحل أو المصدر أو الدائن أو المدين^(٤). ويختلف أطراف عقد التجديد باختلاف صور التجديد، فالتجديد بتغيير الدين في محله أو في مصدره يكون طرفاه هم كل من الدائن الأصلي والمدين الأصلي، لأنّ كل ما يحصل هنا هو تغيير محل الإلتزام

(١) حيث تقضي المادة ٣٨ من قانون تسديد الديون الرهنية المغربي بأنّه ((تستمر المؤسسة المبادرة تحت مراقبة مؤسسة التدبير والإيداع في القيام لفائدة صندوق التوظيف الجماعي للتسديد بتحصيل الديون المفوتة والعمل بالعقود الرهنية أو الضمانات التابعة الأخرى ورفع اليد عنها وتنفيذها وذلك وفق الشروط المحددة في اتفاقية التحصيل المبرمة بين المؤسسات)) ونفس مضمون النص يشير إليه المشرع الفرنسي في قانون ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ التي تنص:

((Le recouvrement des créances cédées continue d'être assuré par l'établissement cédant dans des conditions définies par une convention passée avec la société de. Toutefois, tout ou partie du recouvrement peut être confié à un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations dès lors que le débiteur en est informé par lettre sim))

وكذلك نص المادة ٤١ مكرر ١ من قانون سوق المال المصري المذكور سابقاً.

(٢) د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ١١٩.

(٣) د. حسن علي الذنون: أحكام الإلتزام، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٨٤، ص ٢١٢.

(٤) زمن حسين عاكول: التجديد والائابة في الوفاء (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص ١٥.

أو مصدره دون إن يمس ذلك أحد طرفي الالتزام، أما التجديد بتغيير الدائن فيكون طرفاه هم الدائن الأصلي والمدين الأصلي والدائن الجديد، أما بالنسبة للتجديد بتغيير المدين فيكون طرفاه تارة هم المدين الأصلي والدائن الأصلي والمدين الجديد، وتارة أخرى هم الدائن الأصلي والمدين الجديد^(١). وقد أشارت المادة ٤٠١ من القانون المدني العراقي إلى أنه ((يجوز تجديد الالتزام بإتفاق الطرفين على إن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره))^(٢). والذي يهمننا في عملية التوريق المصرفي للديون هو التجديد بتغيير الدائن، وتكون آلية تنفيذ عملية التوريق بأن يتفق مالك محفظة الحقوق الذي يرغب بالتخلي عنها مع المدينين في تلك المحفظة وشركة التوريق، بإعتبارها الطرف المتنازل له، على أن تحل الأخيرة محله في الحقوق التي له على هؤلاء المدينين.

فالتجديد يمكن قبوله نظرياً، كأسلوب قانوني لنقل والتنازل عن الديون من المنشئ لها إلى شركة التوريق، لتقوم بدورها في تفتيته وتحويله إلى سندات تطرح في سوق المال، لكن التجديد كأسلوب قانوني مقبول في هذه الحالة، إذا كان المدين شخصاً واحداً أو بضعة أشخاص لكي يتم هذا الإتفاق الثلاثي، وينشأ التزام جديد بين المدين الأصلي للمنشئ للديون محل التوريق والدائن الجديد شركة التوريق، وبما أن التأمينات الشخصية والعينية للدين تسقط بالتجديد، إلا إذا تم الإتفاق على إبقائها، وفي حالة وجود كفيل عيني أو شخصي، فيشترط أيضاً موافقتهم على الإستمرار في ضمان المدين^(٣). فيكون الإتفاق على صيرورة شركة التوريق دائناً بدلاً من المنشئ للديون محل التوريق، ويتم الإتفاق على إبقاء التأمينات الضامنة للوفاء بالديون محل التوريق، أو تعزيزها أو تغييرها بإضافة ضمانات

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري. مصدر سابق، ص ٧٩٠ وما بعدها.

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٢٧١ مدني فرنسي التي تنص ((1° La novation s'opère de trois manières: Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est laquell est éteinte ; 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substituée à l'ancienne par l'effet d'un 'substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ; 3° Lorsque envers lequel le 'un nouveau créancier est substitué à l'ancien 'nouvel engagement débiteur se trouve déchargé)) وكذلك نص المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري التي تنص ((يتجدد الالتزام ١. بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على إن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره ٢. بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على إن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين أو إذا حصل المدين على رضا ، الأصلي وعلى إن تبرا ذمة المدين الأصلي دون لرضائه الدائن بشخص أجنبي قبل إن يكون هو المدين الجديد. ٣. بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على إن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد)) والمادة ٣٢٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص ((التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد وتجديد الموجب لا يقدر وجوده بل يجب إن يستفاد من العقد صراحة)) و أخيراً المادة ٣٤٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تقضي ((التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في اجرائه))

(٣) حيث تنص المادة ٤٠٤ مدني عراقي على أنه ((إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمين شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي أيضاً)) ويقابلها النص المادة ٣٥٧ فقرة ج مدني مصري ((إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز للمتعاقدين ثلاثتهم إن يتفقوا على استبقاء التأمينات)) والمادة ٣٥٨ موجبات وعقود لبناني ((لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية أكانت أو شخصية ولا التضامن إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون)) وتنص المادة ١٢٧٧ مدني فرنسي على نفس المصموم في أنه

((La simple indication faite , par le débiteur , d'une personne qui doit payer à sa place , n'opère point novation. Il en est de même de la simple indication faite , par le créancier , d'une personne qui doit recevoir pour lu))

وكذلك نص المادة ٣٢٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص بأنه ((ان التجديد يسقط الموجب اصلاً وفرعاً تجاه الجميع. ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم إن يدخلوا برضاهم تحت أحكام الموجب الجديد ويجوز وضع نص صريح يشترط به الحاق الرهون والحقوق الممتازة ورهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط ولا يكون ذلك إلا إذا رضي بهذا اللاحق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز.)) وأخيراً نص المادة ٣٥٥ من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص بأنه ((الإلتزامات والرهن الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة))

جديدة، مقابل منح المدين أجلاً إضافياً للوفاء أو تخفيض الفوائد المترتبة على الدين خصوصاً وإن سندات التوريق في أغلب الدول هي من أدوات الإستثمار طويلة الأجل. إلا أن العقبة الأساسية في صعوبة إمكانية استخدام التجديد، كإسلوب قانوني لتنفيذ عملية التوريق المصرفي للديون، هو ضرورة إتفاق جميع الأطراف، وهم مالك محفظة الحقوق أو المنشئ للديون محل التوريق والمدينين له بالإضافة إلى شركة التوريق، هذا وإن نظام التوريق يعتمد في معظم الأحيان على حشد قروض مجمعة، وهو ما يتطلب تراضي أعداد كبيرة من المدينين مع الدائن القديم والدائن الجديد^(١)، وذلك أمر عسير تحقّقه في عملية التوريق المصرفي للديون.

المطلب الثاني

الحلول الإتفاقي كإسلوب لنقل الديون

إنّ الحلول الشخصي نظام قانوني يقصد منه إنتقال الإلتزام رغم إنقضائه من جهة الدائن، وبتعبير آخر هو استيفاء للحق من جهة الدائن وانتقال للإلتزام بالنسبة للمدين^(٢)، والقصد من هذا النظام هو حلول الموفي محل الدائن في مواجهة المدين من حيث الدعاوى والحقوق والضمانات^(٣). وينفذ الحلول الإتفاقي أمّا بإتفاق الدائن مع شخص آخر غير المدين على الوفاء بالدين، والحلول محله، ويتم الإتفاق من دون الحاجة إلى رضاء أو موافقة المدين الأصلي^(٤). أو في حالة إبرام عقد قرض للوفاء بالدين بين المدين وشخص آخر، فيحل المقرض بالإتفاق مع المدين محل الدائن الأصلي من دون الحاجة إلى موافقة الأخير أو رضائه^(٥).

(١) د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ١٢١

(٢) عبد العالي صالح محمد: الوفاء مع الحلول (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ١٢

(٣) د. انور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٤٠١

(٤) حيث تنص المادة ٣٨٠ فقرة ١ من القانون المدني العراقي بأنه ((للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين إن يتفق مع هذا الغير على إن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك ويكون الإتفاق بورقة رسمية لايجوز إن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء)) ويقابل هذا النص المادة ٣٢٧ مدني فرنسي التي تنص ((للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين إن يتفق مع هذا الغير على إن يحل محله. ولا يصح إن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ، ولو لم يقبل المدين ذلك)) وكذلك المادة ٣١٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص ايضا((ان الدائن الذي قبل الايفاء من شخص ثالث يمكنه إن يحله محله في حقوقه ويجب حينئذ إن يحصل الاستبدال صراحة عند الايفاء على الاكثر أمّا تاريخ سند الايصال المشتمل على الاستبدال فلا يعدّ ثابتاً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين فيما يختص بالاستبدال إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً.))

حيث تنص المادة ٣٨٠ فقرة ٢ من القانون المدني العراقي على أنّه ((وللمدين ايضاً إذا اقترض مالا يسد به الدين إن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن على إن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وإن يذكر في عقد القرض إن المال خصص للوفاء وفي مخالصة التسديد وإن الوفاء كان هذا المحال الذي اقترضه من الدائن الجديد.)) ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨ مدني مصري التي تنص أيضا ((يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين إن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن على إن يذكر في عقد القرض إن المال قد خصص للوفاء. وفي المخالصة إن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد)) وكذلك نص المادة ٣٤١ موجبات وعقود لبناني التي تنص ((يكون صحيحاً عندما يقترض المدين مبلغاً من المال لأيفاء ما عليه فيمنح مقرضه، لكي يؤمن على ماله، جميع الحقوق التي كانت لدائنه الأول الذي أوفى دينه ... وفي مثل هذه الحالة يجب:

(١) إن يكون لسند الاقتراض ولسند الاستبدال الايصال تاريخ صحيح.

(٢) إن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الايفاء ويصرح في سند الايصال بأن الايفاء إنما كان من المال المقترض.))

(٥) حيث تنص المادة ٣٨١ من القانون المدني العراقي على ((من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن.)) ويقابل هذا النص المادة ٣٢٩ من القانون المدني المصري التي تنص أيضا ((من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن)) واخيراً نص المادة ٣١٥ من قانون الموجبات

أما الحلول الشخصي - الذي يعني هنا- فهو إتفاق الدائن مع شخص أجنبي على الوفاء بالدين والحلول محله، وتكون الآلية القانونية لتنفيذ عملية التوريق المصرفي للديون في أن يتفق المنشئ للديون محل التوريق، مع شركة التوريق على الوفاء بالدين الذي له على مجموعة من المدينين والحلول محله بالدين بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع^(١). ويمكن أن يغني هذا الإطار القانوني للتنازل عن الديون، وتنفيذ عملية التوريق المصرفي للديون، فيما بين المنشئ للديون محل التوريق وشركة التوريق، عن صعوبات حوالة الحق فيما يتعلق بنفاذها في حق المدين أو في حق الغير، وكذلك يغني عن التجديد الذي يتطلب موافقة المدينين والذين غالباً ما يكونون بأعداد كبيرة، وكذلك فيما يتعلق ببقاء التأمينات الضامنة للديون محل التوريق. إلا أن الذي يؤخذ على هذا النظام القانوني كأسلوب لتنفيذ عملية التوريق المصرفي للديون، هو أن الموفي يرجع على المدين بمقدار ما أداه من ماله، لا بمقدار الدين فإذا أوفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين فإن رجوعه على المدين بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين^(٢). وفي عملية التوريق المصرفي للديون، فإن التنازل عن الديون دائماً ما يكون بمقابل معجل أقل من قيمة الدين المتنازل عنه، وإن الفارق بينهما، يمثل الربح الذي يحصل عليه المستثمرون من حاملي السندات.

المطلب الثالث

المشاركة الفرعية كأسلوب لنقل الديون

إن المشاركة الفرعية *sup_participatio* هو ثالث الأساليب المعروفة لنقل الديون من المنشئ إلى شركة التوريق، وإن لم يكن لها مدلول قانوني في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، إلا أنه معروف كأسلوب لتنفيذ عملية التوريق في الولايات المتحدة الأمريكية ويستخدم هذا الأسلوب لوصف عملية تمويل تتم بين المنشئ وبين بنك آخر يطلق عليه البنك المشارك^(٣).

حيث يقوم البنك المشارك بدور شركة التوريق، بتعجيل الوفاء بالديون التي للمنشئ على أن يسترد البنك المشارك أمواله وفوائدها فقط عندما يقوم المدين بالوفاء للمنشئ، ولا يملك البنك المشارك رجوعاً على المنشئ في حال إخلال المدين بالوفاء^(٤).

وقد أشار المشرع الأمريكي في قانون توريق الأصول المضمونة *Assets_Backed Securitise* إلى أن البنك المشارك أو ال *sponsor* (الوسيط) هو الذي يقوم بتنظيم وترتيب صفقة إصدار الأوراق المالية المضمونة، من خلال تسهيل الأصول غير السائلة سواء مباشرة أو بالإشتراك مع مؤسسة إصدار أخرى^(٥).

وبالرغم من المزايا التي يحققها البنك المشارك، من خلال حصوله على العمولة من المنشئ، وكذلك من بيعه للأوراق المالية وقيامه بدور شركة التوريق، إلا أنه يتحمل مخاطر عجز المدينين عن الوفاء، وكذلك مخاطر إفلاس المنشئ، وبالتالي دخول الديون في الضمان العام للدائنين ولا يتمتع البنك المشارك بأي إمتياز خاص^(٦)، فالمشاركة الجزئية ليس لها أساس قانوني تستند عليه، وإنما هو نظام أوجدته الممارسات العملية للمصارف^(٧).

والعقود اللبناني التي تقضي بأنه ((أن الاستبدال القانوني أو الإتفاقي يجعل الدائن البديل يحل في الحقوق محل الدائن الموفي دينه ولكن لا يكسبه صفة المتفرغ له ولا مركزه)).

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٦٩٣.

(٣) د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٤) د. محمد احمد غانم: مصدر سابق، ص ٦٠.

(5) Regulation ab sup_part 229.1100-asset-backed securitis artical 1101 k 1((sponsor mean the person who organises and initiate an asset-backed securitis transaction by seeling or transferring assets either directly or indirectly including through an affiliate to the issuing entity)).

(٦) شمياء ابراهيم نواره: مصدر سابق، ص ٣٩.

(٧) محمد احمد غانم: مصدر سابق، ص ٦٤.

إلا أنّ البعض يعترض على هذا الرأي، ويذهب إلى تكييف العلاقة بين البنك المشارك والمنشئ للديون محل التوريق، بأنّه عقد تمويل مبيعات آجلة، وهو شراء الديون تحت التحصيل التي يصدرها المنشئ، إلاّ إنّ عقد تمويل المبيعات الآجلة يحمل مخاطر توقف أو عجز المدينين عن الوفاء بالأقساط والفوائد، ولا يملك الممول الرجوع على المدينين وإنّما له الرجوع على المنشئ للديون فقط^(١).
ولكن تجدر الإشارة هنا؛ إلى أنّ المشاركة الفرعية كإسلوب لتنفيذ عمليّة التوريق المصرفي والتنازل عن الديون محفوفة بالمخاطر، من حيث عدم قدرة البنك المشارك الذي يقوم بدور شركة التوريق في الرجوع على المدينين، نتيجة عدم وجود علاقة تعاقدية بينهم كما في حوالة الحق أو في الأساليب القانونية الأخرى^(٢).

(١) د. زالة سعيد يحيى: مصدر سابق، ص ٣٤٧ انظر كذلك د.رشدي صالح عبد الفتاح: التمويل المصرفي للمشروعات، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٨٥.

(٢) د. حسين فتحي عثمان: مصدر سابق، ص ١٢٧ انظر كذلك د. محمد احمد غانم: التوريق في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته على بعض الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٥.

الخاتمة

أولاً: النتائج

إنّ التوريق المصرفي للديون نظام قانوني متكامل يحيل به المصرف مجموعة من الديون المضمونة بتأمينات شخصية أو عينية، وذلك بتجميع هذه الديون على شكل محفظة، وحوالة تلك المحفظة حوالة قانونية إلى شركة يكون غرضها الوحيد شراء الديون، والتي تقوم بدورها بإصدار أوراق مالية مقابل هذه الديون تعرض للاكتتاب ويحمل المكتتب بهذه الأوراق المالية مخاطر الديون المحالة على أن تراعى تواريخ إستحقاق هذه الأوراق وتواريخ إستحقاق الديون وفوائدها.

إنّ حوالة الحق المدنية هي الأسلوب القانوني الوحيد في جميع التشريعات محل المقارنة، للتنازل عن الديون من قبل المصرف البادئ بعملية التوريق إلى شركة التوريق، بالنظر إلى الضمانات التي توفره أسلوب حوالة الحق لإنجاح تلك العملية، إلا أنه تتمتع الحوالة في عملية التوريق المصرفي للديون ببعض الخصوصية المتعلقة بانعقادها والآثار المترتبة عليها، حيث تنعقد الحوالة في عملية التوريق المصرفي للديون وتكون نافذة بين طرفيها والغير من التاريخ الموضوع عليها، من دون الحاجة إلى اشعار المدين أو تبليغه بها .

وان شركة التوريق وإن كانت هي الطرف الذي يتعاقد مع المصرف البادئ بعملية التوريق بعد الحوالة، إلا أنّ الديون لا تدخل إلى ذمتها المالية بل تكون ملكاً لحاملي الأوراق المالية _ سندات التوريق _ الذين يشتركون في الوعاء المالي الذي تقوم الشركة بتأسيسه، سواء بمفردها أو بالإشتراك مع شخص معنوي آخر، والمتمثل بالقانون الفرنسي بأمين الحفظ أو المؤسسة المبادرة (المحيل) في القانون المغربي، حيث أنّ ذلك الوعاء المالي أو صندوق التوريق أو صندوق التوظيف الجماعي للتسديد، يمثل حق ملكية مشتركة لحاملي سندات التوريق الذين يشتركون في ملكيته، والذي يتم تمثيل الحصص المكونة له على شكل سندات التوريق، وأنّ ذلك الوعاء المالي هو الذي تنتقل إليه تلك الديون، وتتم إدارته من قبل شركة التوريق لمصلحة حاملي سندات التوريق.

ثانياً: المقترحات

إنّ المزايا الفعالة التي رافقت تطبيق نظام التوريق المصرفي للديون، تستدعي منّا القول بضرورة أن يتم الاستفادة منها في العراق، ويستوجب وجود نظام ناجح لعملية التوريق المصرفي للديون بالضرورة، وجود قواعد قانونية تكفل ذلك النجاح، وأن ذلك يحتم وجود تشريع قانوني خاص بعملية التوريق المصرفي للديون، يعالج كافة المسائل الجزئية والدقيقة لتلك العملية. وضرورة اعتماد حوالة الحق كأسلوب قانوني لنقل الديون من قبل المصرف البادئ بعملية التوريق إلى شركة التوريق، التي تتولى تأسيس محفظة تنتقل الديون إليها تلك الديون، ولا تدخل إلى الذمة المالية لشركة التوريق، وذلك كله يتم بعملية قانونية تكاملية واحدة ومستمرّة، وان يشترك حاملوا سندات التوريق بملكية تلك المحفظة على سبيل الشيوع، مع تحديد حريتهم في تقسيم أصول المحفظة بما.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

- ١.د احمد فاروق وشاحي: عملية التوريق بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، مصر ، القاهرة ، بدون سنة نشر
- ٢.د هشام فضلي: الإستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤
- ٣.د. انور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤
- ٤.د. مجيد حميد العنبيكي: مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، المجلد الرابع، العدد السادس، سنة ٢٠٠٠
- ٥.د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، نهضة مصر
- ٦.د. جورج سيوفي: النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، لبنان، بيروت، ١٩٩٤
- ٧.د. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة ، ١٩٨٤
- ٨.د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، الجزء الاول، بغداد، ١٩٦٧
- ٩.اسامة حمود بن محمد اللاحم: بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، دار الميمان لنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠١٢
- ١٠.د. حسين فتحي عثمان: التوريق المصرفي للديون ، دار ابو المجد للطباعة ، مصر ، الهرم ، ١٩٩٩
- ١١.محمد علي العقلا: مشكلة الديون الخارجية للدول الاسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٩
- ١٢.محمد طه البشير: الدين وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ١٩٨٤
- ١٣.د. حسني عبد السميع ابراهيم: أحكام البورصة والتوريق والتورق من منظور الفقه الاسلامي والإقتصاد المعاصر (دراسة فقهية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠١٢
- ١٤.د. احسان الحساسنة، د. فيصل شياد: منتجات سوق النقد في المصارف الاسلامية، سابك لدراسات الأسواق المالية، ٢٠١٤
- ١٥.محمد سيد طنطاوي: معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، دار نهضة مصر، القاهرة، ط١، ٢٠١٣
- ١٦.مجيدي علي محمد غيث: نظرية الحسم الزمني في الإقتصاد الاسلامي ، المعهد العالمي للفكر الاسلامي ، فرجينيا ، الولايات المتحدة الامريكية ، ط١ ، ٢٠١٠
- ١٧.شاكر محمد مصطفى، بابان ابراهيم عليوي: تحسين التنبؤ بمخصص الديون المشكوك في تحصيلها باستخدام الأساليب العلمية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم الادارية والإقتصادية، مجلد ٤، عدد ٨، ٢٠١٢
- ١٨.د. سعيد مبارك، د.طه الملاحويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي: الموجز في العقود المسماة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢
- ١٩.د.علي عبدة محمد علي: أحكام تصكيك الديون في الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٣
- ٢٠.د.صخر احمد الخصاونة: عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٥
- ٢١.عبد الرحمن السيد قرمان: عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة
- ٢٢.د. وجدي كامل حجازي: القروض المصرفية، دار التعليم الجامعي، ٢٠١٣
- ٢٣.د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام)، ط١، بغداد

٢٤. د. الصغير محمد مهدي: النظام القانوني للتمويل العقاري (دراسة مقارنة في القانون المدني)، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٢

٢٥. علاء الدين الزعتري: الخدمات المصرفية، دار الكلم الطيب، ٢٠٠٦

٢٦. الأستاذ كاظم حسن الربيعي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة العسكري، ط١، ٢٠١٢

٢٧. د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: الحقوق العينية، الجزء الثاني، العاتك للكتاب، القاهرة

٢٨. د. حسن علي الذنون: أحكام الإلتزام، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٨٤

٢٩. ر.شدي صالح عبد الفتاح: التمويل المصرفي للمشروعات، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٦

٣٠. د. محمد احمد غانم: التوريق في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته على بعض الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٦

ثانياً : الكتب باللغة الإنكليزية

1.FRANK.FABOOZI: THE HAND BOOK OF MOORTGAGE BACKED SECURITISE ،PUBLISHED BY MC CRAW –HILL ،SISTH EDITION ،200

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١. عز الدين بن حسين القوطالي: حوالة الحق في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥

٢. زمن حسين عاكول: التجديد والانابة في الوفاء (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦

٣. جعفر كاظم جبر الموزاني: عقد الإئتمان التأجير، اطروحة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩

رابعا : البحوث والمقالات

١. د. مصطفى احمد ابراهيم: التمويل العقاري، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.legalecairo.com، ٢٠١٢

٢. شاكر محمد مصطفى، بابان ابراهيم عليوي: تحسين التنبؤ بمخصص الديون المشكوك في تحصيلها باستخدام الأساليب العلمية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم الادارية والاقتصادية، مجلد ٤، عدد ٨، ٢٠١٢

٣. حسين عذاب: الوعاء العقاري للرهن دون حيازة، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، عدد ١، سنة ٢٠١٢

خامساً: القوانين والأنظمة والتعليمات

١. قانون الاستثمار الجماعي في القيم المنقولة تأسيس صناديق التوريق الفرنسي لسنة ١٩٨٨ المعدل ولائحته التنفيذية

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٣. القانون المدني المصري

٤. القانون المدني الفرنسي

٥. قانون الالتزامات والعقود المغربي

٦. قانون الموجبات والعقود اللبناني

٧. قانون تسنيد الديون الرهنية المغربي لسنة ١٩٩٩

٨. قانون التمويل العقاري المصري لسنة ٢٠٠١ ولائحته التنفيذية

٩. قانون التوظيف الجماعي للتسديد اللبناني لسنة ٢٠٠٥

١٠. قانون سوق راس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ولائحته التنفيذية ١٩٩٢

الاعغال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سمير داود سلمان

عميد كلية النخبة الجامعة

تقديم

ان اختصاص الرقابة القضائية في الاصل وبصفة عامة هو النظر في النصوص التشريعية الصريحة التي تناولت او تناول بها المشرع تنظيم احد الموضوعات الدستورية وبيان مدى توافق هذه النصوص مع قواعد الدستور من عدمه الا ان المشرع قد يضع النصوص التشريعية ولكنه يضعها قاصرة وناقصة عن ان تحيط بالموضوع من كافة جوانبه وهو ما درج الفقه على تسميته بالاغفال التشريعي. ويعد مصطلح الاغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبيا التي لم يتسن للفقه بعد التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه او مضمونه رغم تعرض القضاء الدستوري له.

ويتحقق الاغفال التشريعي اذا اغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة في الوثيقة الدستورية احد جوانبه بما قد يؤدي الى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية ومخالفة احد او بعض النصوص الدستورية من ناحية اخرى.

فالسطة التشريعية (البرلمان) مكونة من اشخاص طبيعيين وبالتالي فالنقض والقصور امر وارد. ومع ذلك فاذا تدخل المشرع وتنفيذا لحكم الدستور بتنظيم موضوع معين فان تدخله يجب ان يكون متكاملا لجميع الجوانب مفعلا لكافة الضمانات الدستورية لهذا الموضوع بحيث اذا اغفل المشرع جانبا من جوانبه الذي لا يكتمل التنظيم الا به فان ذلك من شأنه ان يقلل من الضمانات الدستورية لهذا الموضوع ويكون مخالفا لاحكام الدستور.

وقد لا يتناول المشرع احد الموضوعات الدستورية بالتنظيم من الاساس على الرغم من التزامه الدستوري بذلك وهو ما يسمى بالسكوت التشريعي او الاغفال الكلي، ذلك ان تقرير الحاجة الى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع او عدم الحاجة اليه ومن ثم عدم التدخل اي السكوت يعد اهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ومن ثم فان السكوت عن تنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية لا يعد من قبيل الاغفال التشريعي اذ لا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريتها. وقد يتعدى ذلك الى تنازل المشرع عن اختصاصاته التشريعية في تنظيم احد الموضوعات الدستورية الى سلطة اخرى لممارسة هذا الاختصاص الموكل اليه وفقا لنصوص الدستور وهو ما درج الفقه على تسميته بعدم الاختصاص السلبي للمشرع وهذا امر مغاير لفكرة الاغفال التشريعي الذي يباشر فيه لكن يأتي تنظيمه قاصرا وغير مكتمل جوانبه.

وعموما فأنا الينا تقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث:

- الاول - يتعلق بمفهوم الاغفال التشريعي.
- الثاني - اساس الرقابة على الاغفال التشريعي.
- الثالث - امكانية فرض رقابة على الاغفال في العراق.

المبحث الاول

مفهوم الاغفال التشريعي

لقد كان هذا الموضوع نتاج تساؤل للفقه^(١) مفاده هل ان اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي اوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين ام يتعداه الى النصوص التي اهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق او الحرية بدونها؟ حيث ان هذا الفقه كان يرى في هذه المسألة اهمية من ناحيتين.

اولهما- ان كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع ام انزلق اليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما- ان الدستور يكفل لكل حق او حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية وليس من معطياتها النظرية وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحياتهم والتي يعتبر انفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض ان يستهدفها المشرع وان يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلكم الحريات وشرط ذلك بطبيعة الحال ان يكون تنظيمها كافلاً تنفسيها في مجالاته الحيوية وان يحيط بكل اجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية فاذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً وذلك بان اغفل او اهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم الا بها، كان ذلك اخلاً بضماناتها التي هيأها الدستور وفي ذلك مخالفة للدستور.

المطلب الاول

تعريف الاغفال التشريعي

كما اسلفنا فان الاغفال هو اهمال ناتج عن خطأ او عمد لبعض الجوانب العملية او العلمية لهذا القانون او ذاك حتى يبدو القانون المشرع قاصراً عن تحقيق الهدف الذي شرع من اجله.

الفرع الاول

التعريف اللغوي والاصطلاحي

ترجع كلمة اغفال في اللغة الى الاسم الى كلمة أَغْفَلَ والفعل يغفل واغفل واجباته، غفل عنها، اهملها او تركها من غير نسيان. اغفل بعض التفاصيل، اغفل بعض صفحات الكتاب، تركها دون تنقيط.

وبهذا جاء قوله تعالى (وَاصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ وَلَا تَعْدُ عَيْنَاكَ عَنْهُمْ تُرِيدُ زِينَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا) سورة الكهف، الآية ٢٨.

اما كلمة تشريع، ترجع الى كلمة شرع، تشريعي اسم منسوب الى تشريع متعلق بسن القوانين، السلطة التشريعية، مجلس النواب او البرلمان، الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة اشخاص المنتخبين رسمياً مهمتهم وضع القوانين او تعديلها لدولة او ولاية الانتخابات التشريعية او الدورة التشريعية مدة انعقاد المجلس النيابي خلال سنة وتكون عادية او استثنائية^(٢).

وفي الاصطلاح القانوني يعد الاغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة ولم يتم الاتفاق على تحديد مفهومه بعد^(٣).

(١) د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الاساسية، مركز رينيه - جان دديوي للقانون والتنمية، بدون سنة طبع، ص ١٤١٦.

(٢) معجم اللغة العربية المعاصرة - الموقع الالكتروني <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>.

(٣) د. عبد المنصف عبد الفتاح، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١١، ص ٣٩٦.

الاغفال التشريعي والهيكلية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

اعتبر جانب من الفقه الفرنسي الاغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع اي تخلي المشرع عن اختصاصه^(١) كما عبر جانب من الفقه^(٢) ان الاغفال التشريعي هو بحد ذاته هو عدم

الاختصاص السلبي Incompetence negative

ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطاتها Exces de pouvoir وايد هذا الاتجاه جانب من الفقه المصري حيث قرر في تعريفه للاغفال التشريعي بانه "قيام البرلمان بتنظيم مسألة او مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن ان يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور".^(٣)

ويتبين لنا ان هذا الاتجاه اعتبر الاغفال التشريعي اي تنظيم السلطة التشريعية لمسألة او مسائل معينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع الى جانب تخلي او تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة او مسائل معينة لغيرها من السلطات، الا ان الاغفال التشريعي يختلف عن عدم الاختصاص السلبي كما اشرنا.

بينما اعتبر جانب اخر من الفقه^(٤) ان الاغفال التشريعي هو مخالفة موضوعية لاحكام الدستور حيث ذهب هذا الاتجاه الى ان الاغفال التشريعي هو الاغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافا للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلا عن الاخلال بمبدأ المساواة.

في حين ذهب اتجاه اخر من الفقه^(٥) الى ان المقصود من الاغفال التشريعي هو (اغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي الى الحد من فعاليته وعدم تفعيل او تكريس النص الدستوري من ناحية اخرى..".

وعليه فان المقصود وحسب التعريف السابق ان الاغفال التشريعي هو تنظيم المشرع لاحد الموضوعات تنظيمًا قاصراً وغير متكامل بان اغفل احد الجوانب المهمة في الموضوع على النحو الذي يؤدي الى عدم الاحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل احد النصوص الدستورية ونجد ان هذا التعريف قد قصر نتيجة الاغفال التشريعي على عدم تفعيل النص الدستوري ولم يشر صراحة الى نتيجة الاغفال هي مخالفة دستورية سواء ادت الى عدم تفعيل النص ام لا وان التنظيم القاصر هو في حد ذاته نقص تشريعي وهو مخالفة دستورية.

ويؤيد هذا الرأي جانب اخر من الفقه والذي يعرف الاغفال التشريعي بأنه "تناول المشرع احد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم لكنه يأتي - سواء عن عمد او اهمال - غير مكتمل اي تنظيمًا قاصراً عن ان يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالاخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم".^(٦)

(1) Favoreu et Philip – les grandes décisions du conseil constitutionnel – ED. Dalloz – ge ed – 1997 p.68

(2) George Schmitter – L'incompétence negative du le'gislateur et des autorités administrative – A. I. J. C. Economica – 1989- P.141-142.

(3) د. عبد احمد الفعول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٥٩.

(4) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق، ١٩٩٩، ص ٢٠٢.

- د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٨٥.

(5) د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥.

(6) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٤٩.

- د. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الاغفال التشريعي "قضاء عدم الدستورية الشرطي" بحث منشور في مجلة "الدستورية" الصادرة عن المحكمة الدستورية في مصر العدد ١٧، السنة الثامنة، ٢٠١٠، ص ١٠٢.

- د. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢، ص ٣٩٨.

- ينظر ايضا.

الاعغال التشريعي واهكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

والملاحظ ان هذا التعريف قد اشار الى جميع عناصر الاعغال التشريعي الا انه رد سبب وجود الاعغال الى العمد او الاهمال بالرغم من ان الاعغال ينشأ نتيجة عيب في الصياغة التشريعية وليس الاهمال او العمد فقط.

واخيرا يمكننا ان نعرف الاعغال التشريعي بانه "النقص او الغموض الوارد في التشريع الصادر عن المشرع ادى الى الاخلال باحد اركان تنظيم التشريع مما تسبب في قصور النص القانوني وهو وجه من وجوه المخالفة الدستورية.

الفرع الثاني

المفهوم القضائي للاعغال التشريعي

لم يشير القضاء الدستوري وبشكل صريح الى مصطلح الاعغال التشريعي ولكنه اشار في العديد من احكامه^(١) الى ان التنظيم التشريعي القاصر في ذاته يشكل مخالفة دستورية سواء تمثل هذا التنظيم القاصر فيما لم يتضمنه النص التشريعي المطعون فيه من حكم كان يتعين ان يتضمنه او فيما تضمنه من حكم قاصر.

لقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في بيانه لفكرة الاعغال التشريعي في العديد من قراراته بانه عدم تضمين النص التشريعي لجانب معين من جوانب الموضوع انما يخالف النص الدستوري وان تنظيم المشرع للموضوع اما ان يكون كافيا او غير كاف Suffisamment ou insuffisamment ويقرر عدم الدستورية لاي تنظيم يكون غير كاف^(٢) ففي مجال قانون العقوبات قرر المجلس بان النص قد اغفل فيه المشرع تحديد الجرائم بصورة كافية مما يمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.^(٣)

كما قرر المجلس بشأن احد نصوص القانون المتعلق بالتصفية القضائية للشركات وتوفير اوضاعها ان المشرع اغفل تحديد الجريمة "جريمة اخلال الموظف بواجبات الوظيفة" بصورة مخالفة لمبدأ شرعية الجرائم المنصوص عليها في المادة الثامنة من اعلان الحقوق والمواطن لعام ١٧٨٩.^(٤)

ومن هنا يتضح ان المجلس الدستوري في فرنسا لم يعرف الاعغال التشريعي تعريفا واضحا بل استخدم عدة عبارات تدل على ان التنظيم غير الكافي اي القاصر يعد مخالفة دستورية.

اما في مصر فقد تبنت المحكمة الدستورية العليا فكرة الاعغال التشريعي في العديد من احكامها فقد استعملت مصطلح الاعغال التشريعي مرات نادرة ثم عبرت عنه في باق احكامها مستخدمة عبارات اخرى مثل عبارة "عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان يتعين ان يتضمنه". او عبارة "تضمنت النص المطعون فيه لحكم قاصر".

وفي هذا المضمار فقد قضت المحكمة في احد احكامها بمخالفة المادة (١٣) من قانون حماية الاثار الصادر بالقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ للمادتين (٣٢-٣٤) من الدستور اللتين كفلتا صون الملكية الخاصة واوردت في حكمها عبارة "وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه اثرا.."^(٥) وفي معرض تناولها لموضوع الحقوق والحريات فقد ذهبت المحكمة في حكمها الى مخالفة نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك الحديد في مصر الصادرة بقرار

- قرارات المحاكم الدستورية وما عادلها من هيئات وتنفيذها في دول الاتحاد الاوربي، مجلة الدستورية، التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١٠، ص ٢٢٧.

(١) د. عوض المر، المرجع السابق، ص ١٤١٨.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) Décision du conseil constitutionnel No 84-176 du 25 juillet 1984 الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

(٤) Décision du conseil constitutionnel No 84-183 du 18 janvier 1985 الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

(٥) حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم (١٨٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٢/مايو/١٩٩٩.

الاغفال التشريعي والهيكلية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢ للدستور فيما لم تتضمنه من وجوب انذار العامل كتابة قبل انتهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير اذن اكثر من ثلاثين يوما متتالية.^(١) ولقد جاء في حيثيات هذا الحكم "لقد اغفل المشرع في النص الطعين اشتراط انذار العامل كتابته قبل انتهاء خدمته لانقطاع وبهذا فانه يكون قد اخل بضمانه دستورية جوهرية وهي مبدأ المساواة ومبدأ سيادة القانون الواردة في المواد (١٣، ١٤، ٤٠، ٦٤) من الدستور" ولا يهم في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر سواء اكان هذا الاغفال قد تعمد المشرع ام انزلق اليه من غير قصد انما تعتبر المحكمة ذلك مخالفة دستورية يتعين قمعها. والملاحظ ان المحكمة الدستورية العليا في مصر قد عبرت في احكامها عن مفهوم الاغفال التشريعي صراحة في موضوع الحقوق والحريات وذلك باستخدام مصطلحي "الاغفال" و "التنظيم القاصر" وهنا يعني ان القضاء يرى في الاغفال التشريعي هو قصور التنظيم او اهمال النصوص التشريعية جانباً من جوانب التنظيم والتي لا تكتمل التشريعات الا بها وعد ذلك اخلافاً بالضمانات التي هيأها الدستور لتكملة التشريعات وفي ذلك مخالفة لاحكام الدستور لابد من جبرها او قمعها.

المطلب الثاني

تميز الاغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات المتشابهة

كما اشرنا في مقدمة بحثنا هذا ان الاغفال التشريعي بمثل قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور او استنادا لاحكام الدستور على نحو منقوص أو قاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم الا بها مما يؤدي الى عدم الاحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة احد او بعض نصوص الدستور. وهو بهذا المعنى قد يختلط مع مصطلح السكوت التشريعي "الاغفال الكلي" ومصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشرع. لذلك سنميزه عن الاثنين.

الفرع الاول

الاغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الاغفال الكلي)

عرف جانب من الفقه الاغفال الكلي او السكوت التشريعي بانه "حالة الغياب الكلي او عدم الوجود الكلي للتشريع او لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور".^(٢) في حين عرفه جانب اخر بانه "السكوت عن تنظيم مسألة ما او عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين"^(٣).

وعموماً فان الفقه يرى^(٤) ان المشرع يملك سلطة تقديرية في عملية سن ووضع التشريعات، فله التدخل لوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور او عدم التدخل لوضعها اي سكوته كما له ان يحدد مضمون التشريع ومحتواه ودون ان يتقيد بأسلوب معين او طريقة محددة ولكنه مع ذلك يتقيد بما يفرضه عليه الدستور من قواعد واحكام فان خالفها اعتبر مخالفاً للدستور. كما ان المشرع وهو يملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت وضعه للتشريع فان تأخره في اتمام ذلك مدة طويلة اي سكوته وهو ما يمكن ان ينسب لتصرفه هذا "تقصيراً دستورياً" وليس مخالفة دستورية.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٤/يناير/٢٠٠٧.

(٢) د. عبد الحفيظ الشبيبي، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٣) د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية للمحكمة الدستورية المصرية - العدد (١٥) السنة ٨ عام ٢٠١١ ص ٨٠.

(٤) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، المجلس العلمي للنشر ولجنة التأليف والتعريب، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٤٧.

الاعغال التشريعي واهكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

وعموما فان اوجه التشابه بين الاعغال التشريعي والسكوت التشريعي يمكن ان يكون ان كلا منهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور، فيما عدا ذلك فان اوجه الاختلاف بينهما يكمن في عدة نواحي.

فمن ناحية ان الاعغال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة او على نحو منقوص اما السكوت التشريعي "الاعغال الكلي" يكون عندما لا يتناول المشرع احد الموضوعات بالتنظيم من الاساس على الرغم من التزامه دستوريا بذلك.^(١) ومن ناحية اخرى فان مسلك المشرع بصدد السكوت التشريعي "الاعغال الكلي" يعد مسلكا اراديا بحسب الاصل بينما مسلك المشرع بصدد الاعغال التشريعي هو بحسب الاصل غير ارادي. ومن ناحية ثالثة يختلف الاعغال التشريعي عن السكوت التشريعي من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء فاذا كان يمكن القول بان الاعغال التشريعي يخضع لرقابة القضاء على الدستورية ويوجد اساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة وان اي تشريع تصدره الدولة يجب ان يكون موافقا للدستور هذا الى جانب حماية الحقوق والحريات الدستورية.^(٢) الى ان السكوت التشريعي ليس مدعاة للرقابة على الدستورية اذ لا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريته.^(٣)

الفرع الثاني

الاعغال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع

ان تعبير عدم الاختصاص السلبي للمشرع Lincompetence negative du legislateur هو تعبير فرنسي بالاساس واول من استخدمه الفقيه الفرنسي "جان ريفيرو" Jean Rivero بمناسبة تعليقه على بعض احكام المجلس الدستوري المتعلقة بممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي.^(٤)

فقد عرض عدم الاختصاص السلبي للمشرع بانه "تخلي البرلمان - اي تنازله - عن اختصاصه التشريعي لغيره من السلطات".^(٥)

وقد اورد الفقه حالات لعدم الاختصاص السلبي للمشرع اي حينما تتخلى السلطة التشريعية عن ممارسته اختصاصاتها للسلطة التنفيذية الحالة الاولى هي حالة الافراط في التفويض التشريعي او تجاوزه حدوده، حينما يتخذ المشرع من عملية التفويض التشريعي فرصة للتخفف عن اختصاصاته التشريعية فيفرط في تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية او يتسامح في تحديد ضوابط التفويض. والحالة الثانية فهي افراط السلطة التشريعية في الاحالة الى السلطة التنفيذية اذ يجب على المشرع حينما يدعو السلطة التنفيذية لوضع اللوائح التنفيذية للقوانين التي يقرها ان يلتزم بالضوابط الدستورية التي تحدد قواعد الاختصاص فلا يتنازل او يترك الامر برمته للسلطة التنفيذية بذريعة تنفيذ القوانين.^(٦)

وعليه ينماز الاعغال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع. ان عدم الاختصاص يعني مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور باعتباره تخلى عن مباشرة اختصاصه واسند

(١) د. جابر محمد حجي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٢) د. جابر محمد حجي، المرجع نفسه، ص ٤٠٠.

(٣) د. هالة محمد طريح، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

- د. ثروت عبد العال احمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤.

(٤) د. عبد احمد الفضلول، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٥) د. عبد احمد الفضلول، المرجع نفسه، ص ٥٠.

(٦) د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٨٠.

الاغفال التشريعي واهكائية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

الموضوع برمته الى سلطة اخرى غير مختصة دون سند من الدستور بينما الاغفال لا يعني ان المشرع يخالف قواعد الاختصاص الثابتة في الدستور وانما باشر اختصاصه بنفسه الا انه قصر في مباشرته بان اغفل جانبا معينا من جوانب الموضوع محل التنظيم.

وكذلك فان مسلك المشرع بصدد فكرة عدم الاختصاص السلبي يعد مسلكا اراديا بحسب الاصل بينما مسلك المشرع بصدد الاغفال التشريعي هو بحسب الاصل غير ارادي.^(١)

وكذلك فان الاساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الاغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع ليس واحدا ففي عدم الاختصاص نجد ان اساس الرقابة عليه هو مبدأ الانفراد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص. في حين ان اساس الرقابة في الاغفال يتمثل في مخالفة التشريع لمبدأ سمو الدستور وعلوه من جانب ومخالفة الضمانات التي هيأها الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب اخر.^(٢)

كما ان فكرة عدم الاختصاص تعد من العيوب الخارجية للتشريع تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور ويترتب على ثبوتها القضاء بعدم دستورية التشريع المطعون فيه برمته لمخالفته لقاعدة شكلية واردة بالدستور. بينما لا يمكن اعتبار الاغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل انها مخالفة صريحة لمضمون احد نصوص الدستور او بعضها ويترتب على وجوده القضاء بعدم دستورية ما اغفل المشرع بيانه للمخالفة الموضوعية للدستور.^(٣)

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) د. عبد احمد الفضلول، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٣) د. عوض المر، المرجع السابق، ص ١٤١٧.

- د. جابر محمد حجي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

المبحث الثاني

اساس الرقابة على الاعغال التشريعي

لما كانت الرقابة على الاعغال التشريعي تهدف الى رد المخالفة الدستورية الناتجة عن هذا النقص او القصور في التشريع فان هذه الرقابة تجد اساسها في حماية الدستور باعتباره القاعدة الاعلى التي تجب احترامها من جانب السلطات الادنى له ولذلك فان سمو الدستور وعلوه يعد هو الاساس القانوني لهذه الرقابة وما يؤكد ذلك ان تحديد موضوع الرقابة على الاعغال التشريعي والذي يتمثل في وجود قاعدة قانونية ناقصة خالفت النص الدستوري سواء أكانت هذه المخالفة من خلال نقص موضوع محل التنظيم او مخالفتها للحماية التي يوفرها الدستور للحقوق والحريات.

وسوف نبين ذلك في تقسم هذا المبحث الى مطلبين.

- الاول - اساس الرقابة على الاعغال التشريعي.

- الثاني - موضوع الرقابة على الاعغال التشريعي.

المطلب الاول

اساس الرقابة على الاعغال التشريعي

يعتبر مبدأ سمو الدستور الاساس القانوني لفرض الرقابة على الاعغال التشريعي والسمو هو احد خصائص الدولة القانونية اذ انه لا بد من وضع القواعد الدستورية التي تنظم اختصاصات السلطات العامة في مكانة سامية تعلو جميع هذه السلطات وتخضعها لاحكامه حتى يتحقق خضوع الدولة للقانون ويقصد بمبدأ سمو علو احكام الدستور او علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية في الدولة.^(١)

وقد نصت على مبدأ سمو الدستور بعض الدساتير مثل نص دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ حيث نصت المادة (١٣) منه على ان (م ١٣) اولاً- يعد هذا الدستور القانون الاسمى والاعلى في العراق ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء.

ثانياً- لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم، او اي نص قانوني اخر يتعارض معه..)

ومع ذلك فان بعض الدساتير لا تنص عليه لانه مقدر ومسلم بغير والسمو نوعين سمو موضوعي ويرجع هذا سمو الى الطبيعة الموضوعية التي تحملها ثانياً الدستور من حيث كونه يخاطب المراكز القانونية في السلطات الثلاث كما ويحتوي على الحقوق والحريات الدستورية اي اختلاف الموضوعات التي يتولاها الدستور عن غيره من القواعد القانونية "التشريعية".

اما النوع الثاني فهو سمو الشكلي والذي مفاده ان هنالك دساتير جامدة لها اجراءات معقدة في التعديل.^(٢)

(١) تعددت المصطلحات التي اخذ بها الفقه منها ترجمة المصطلح الفرنسي Le principe de la supremancie de la constitution والمصطلح الانكليزي Rule of law.

(٢) يراجع في مزيد من التفصيل-

- د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط٤، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٢١٨.
- د. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري للكتاب الاول، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٢٠.
- د. عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، دار الثقافة، الاسكندرية، ١٩٥٢، ص ١٢.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٧.
- د. سعد العصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، المكتبة العصرية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٦٥.
- د. فتحي عبد النبي، نفاذ القواعد الدستورية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٩٠.

الاعغال التشريعي واهكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

وهذه الاجراءات المعقدة هي من تميز الدستور الجامد عن القانون العادي حيث ان الدساتير المرنة والتي لا تحتوي قواعد على تعقيدات تعديلية تحتوي على السمو الموضوعي دون السمو الشكلي اما الدستور الجامد فهو يحوي كلا من السمو (الموضوعي و الشكلي).

وجدير بالاطراح ان دستور العراق لعام ٢٠٠٥ يعد من الدساتير الجامدة والتي تحتوي سمو شكلي وموضوعي كما انه من الملاحظ ان الرقابة على دستورية القوانين تدور مع السمو الشكلي دون الموضوعي فهي مرتبطة معه وجودا وعدما.

عموما فلقد نص الدستور العراقي على اجراءات معقدة لتعديله حيث نصت المادة (١٢٦) منه على ان. (م) ١٢٦ اولا - لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين او لخمس (٥/١) اعضاء مجلس النواب اقتراح تعديل الدستور.

ثانيا - لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الاول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين وبناء على موافقة (ثلاثي) اعضاء مجلس النواب عليه وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال (سبعة) ايام.

ثالثا - لا يجوز تعديل المواد الاخرى غير المنصوص عليها في البند (ثانيا) من هذه المادة الا بعد موافقة (ثلاثي) اعضاء مجلس النواب عليه وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال (سبعة) ايام.

وهذا يعني ان دستور العراق ينماز بكونه من الدساتير التي تحتوي اجراءات معقدة جدا لتعديله وهذا يعني او يعكس قوة جموده.

ولكي نكفل السمو للدستور تبنت النظم القانونية المختلفة تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ولذلك يقول الفقيه الفرنسي الكبير "ايزمان Eisenmann" منذ عام ١٩٢٨ "ان الرقابة القضائية تعد وحدها العامل الرئيسي الذي يجعل من القواعد الدستورية قواعد ملزمة وقواعد حقيقية يكون لها جزاء وبدونها يكون الدستور ما هو الا عبارة عن برنامج سياسي له قيمة ادبية او معنوية"^(١)

كما واكد الفقه الالماني وجود علاقة حتمية بين وجود الاعغال التشريعي وبين تحقق المخالفة الدستورية سواء من حيث الشكل او من حيث الموضوع ذلك ان الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها وتحقق المخالفة الدستورية ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية بشكل مخالف لاحكام الدستور انما اذا اهمل او اغفل في اتمام هذه الوظيفة.^(٢)

La reconnaissance de la possibility du non-respect de la constitution en verta d'un silence inconstitutionnel des organes le'gislatifs, porte atteinte au presuppose d'une superiorite formelle et materielle de la constitution sur la loi, la loi constitutionnelle s'impose comme determinant le'geronome superieur et parametre de constitutionnalite non seulement lorsque le le'gislatif agit mais aussi lorsqu'il reste inerte violant les normes qui imposent constitutionnellement des mesures le'gislatives necessaires a la constitution de la loi fondamentale"

ولما كان الاعغال التشريعي يخالف عنصري السمو فسنبحث ذلك في فرعين..

(1) "Getgarantie juridictionnelle fait des norms constitutionnelles des norms juridiquement obligatoires, de veritables regles de droit en y attachant une sanction; sans ells, la constitution n'est qu'un programme politique, a la rigueur obligatoires moralement "La Justice constitutionnelle et la haut cour constitutionnelle d' Autriche Economica. P.U.A.M. Paris Aix. En. Provence 1986.

(2) - Gome's (J-J). Direito constitucional 6^{eme} ed Livraria AL medina Coimbra, 1993, p.979

- د. احمد كمال ابو المجد، دراسات في القانون الدستوري، محاضرات على طلبة الدراسات العليا، جامعة الكويت،

١٩٩٥، ص ٨٥.

الفرع الأول

الاغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي

يتحقق الاغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور عندما ينص الدستور على اجراءات او ضمانات معينة والنموذج الواضح هنا هو ما يتطلبه الدستور الفرنسي من اجراءات معينة فيما يتعلق بالقوانين الاساسية واللوائح الداخلية للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ ولقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته على التأكيد بان مشروع القانون الخاضع لرقابته استوفى الاجراءات المنصوص عليها في الدستور من دون غلو او نقصان.^(١)

وعلى ذات النهج سارت المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد حرصت في احكامها بعدم الدستورية او الدستورية ان لا يتضمن مشروع القانون نقص او اغفال عن الاجراءات التي يجب اتباعها في تشريعات القوانين فقد قضت في حكم لها بعدم دستورية قانون الجمعيات الاهلية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ باعتباره من القوانين المكمل للدستور والتي تحتوي على نقص يتعلق بوجوب اخذ رأي مجلس الشورى بشأن اصدارها^(٢) ولقد ورد في حكم المحكمة ما يأتي "ان القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي والموضوعي وهما الاجراءات الواردة في الدستور والضمانات الموضوعية الواردة في الحقوق والحريات الدستورية ولما كان هذا القانون من القوانين المكمل للدستور ولقد اشار كتاب امين عام مجلس شورى الدولة رقم ٨٣ بتاريخ ١١/٧/١٩٩٩ المرفق بالاوراق ان هذا القانون - بوصفه كذلك - لم يعرض مشروعه على المجلس لاخذ رأيه فيه فانه يكون ناقصا ومشوبا بمخالفة نص المادة ١٩٥ من الدستور".

وفي غير القوانين الاساسية المكمل للدستور فقد حرصت المحكمة الدستورية العليا بوجوب ان لا يتضمن القانون المطعون فيه اي نقصان او اغفال عن الاجراءات الشكلية الواردة في الدستور وكذلك الحال بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي^(٣) بل ان المحكمة الدستورية العليا في مصر وضعت مبدأ عاما وهما يشتمل في ان الاجراءات التي يتطلبها الدستور تكون في جميع الاحوال محل فحص من جانبها سواء اثبتت امامها صراحة ام لا.^(٤)

اذا الملاحظ ان الاغفال التشريعي وعلاقته بالسمو الشكلي يتعلق بالسهو او النقص او الاغفال من جانب المشرع عن النواحي الاجرائية التي تفترض من وجودها اكتمال القانون دون نقصان من جميع الجوانب الدستورية.

(١) Sirat (C). La loi organique et la constitution de 1985, D, 1960 p154, Camby (J.P), La loi organique dans la constitution 4 October. 1958. R.D.P. 1989, p. 1402.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية، جلسة ٣ منشورة في مجموعة احكام المحكمة لعام ٢٠٠٠ الجزء التاسع ص ٥٨٢.

(٣) C.C.N 59-2 DC DU 17.18 et 24 Juin 1959 Rec. P.58 Favoreu (L). Le Principe de constitutionnalite', Me'langes Eisenmann (ch) cujas, 1975, P.42.

- حكم المحكمة الدستورية في القضية ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية الجزء ٨، ١٩٩٨، ص ١٠٥٤ الحكم يتعلق باغفال الادارة نشر اللائحة.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية، جلسة ٤ منشورة في مجموعة احكام المحكمة لعام ٢٠٠٠ الجزء التاسع ص ٥٩٣.

الفرع الثاني

الاعغال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور

تأكيدا للسمو الموضوعي يحرص القاضي الدستوري على ان يكون القانون الخاضع لرقابته يتطابق بصورة كاملة مع الدستور والا اصبح القانون غير دستوري^(١) ويطبقه القاضي الدستوري هذا المبدأ بصورة ضيقة وخاصة اذا كان القانون الخاضع لرقابته يمس الحقوق والحريات الاساسية ومن ثم فان اتجاه القاضي الدستوري فيما يتعلق بالسمو الموضوعي يقتضي ان تأتي النصوص التشريعية مطابقة تماما لنصوص الدستور او قد يقصر محل التنظيم – لذلك فان المشرع الدستوري يحرص على ان تنظم النصوص القانونية وتشرع من قبل السلطة التشريعية ولا يجوز لها ان تتخلى عنها الى سلطات اخرى الا في حدود ضيقة جدا. لانها لا تعد امتياز شخصيا لها انما واجب دستوري لانها "السلطة التشريعية" هي التي اوكلها الدستور حماية هذه الحقوق وتلكم الحريات ولعل من اهم مظاهر سمو الموضوعي للدستور هو حماية الحقوق والحريات الاساسية وكفالة مبدأ المساواة ولذلك لم يكن غريبا ان غالبية الاحكام الصادرة في التصدي للاعغال التشريعي كانت مخالفة لمبدأ المساواة. لذلك يلاحظ ان الاحكام الصادرة بعدم الدستورية كانت تتوجه الى ان القانون المطعون فيه يحتوي على اغفال واضح لحق او حرية دستورية بحيث شكل هذا الاعغال نقسا او سهوا بالتنظيم ولا يهم بعد ذلك اذا كان هذا النقص ناتج عن عمد او سهو.

ولذلك فقد ذهب المجلس الدستوري في فرنسا مذهب اكد على ان القوانين التي لا تراعي او تغفل تحديد الجرائم والعقوبات بصورة واضحة وتامة فانها قد تنشئ نوعا من التحكم بالمخالفة لنصوص الدستور لان ذلك سوف يؤدي الى عدم وحدة التطبيق في جميع الحالات المماثلة.^(٢)

المطلب الثاني

موضوع الرقابة على الاعغال التشريعي

ان ما يثير التفكير هو ان محل الرقابة في النصوص المخالفة لاحكام الدستور بشكل صريح هو مطابقة النص الطعين باحكام الدستور ثم الحكم بعد البحث والتحصيل. ولكن اثيرت في هذا الموضوع عدد من الاشكالات فهل ان الاعغال التشريعي يمثل اخلال المشرع بالتزامه التشريعي ام ان الاعغال التشريعي ينشأ قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور. وعموما فان هنالك رأيان الاول يتبنى فكرة ان الاعغال التشريعي يتمثل في اخلال المشرع بالتزامه التشريعي.^(٣)

اما الاتجاه الثاني فانه يرى ان الاعغال التشريعي ينشأ قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور.^(٤)

(١) د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية احكامه وتنفيذها واثارها، مع نصوص الدستور وحدث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو مجد، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢١.

(٢) د. عبد الحليم حسن عبد الله، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٩٠.

- د. حسن احمد علي، ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨١، ص ٢.

(٣) د. عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٤) د. محمد عماد النجار، المرجع السابق، ص ١٠٣.

الفرع الاول

الاعغال التشريعي اخلال بالالتزام التشريعي

يرى هذا الاتجاه ان الاعغال التشريعي مخالفا لنصوص الدستور لان المشرع بهذا الاعغال قد اخل بالتزامه الدستوري بالتشريع في الموضوعات التي اسند لها الدستور لان المشرع قد خالف الالتزامات التي فرضها عليه المشرع حيث لم يقيم بالايفاء بالتزامه بشكل كامل وبصوره واضحة وصريحة كما ورد في الدستور.^(١)

وتأكيدا لذلك فان دور المشرع ليس شأنه شأن السلطة التنفيذية عندما تقوم بتنفيذ القانون بواسطة الالاحة التنفيذية لان دور المشرع تجاه الدستور اكثر من ذلك حيث يقع على عاتقه تطوير وتنمية النصوص الدستورية لا سيما وان هذه النصوص وضعت لتحكم وتنظم اوضاع قانونية وسياسية لفترة طويلة وعندئذ فان المشرع يملك مساحة كبيرة من الحرية ورغم هذه الحرية الا ان هنالك التزاما دستوريا يقع على عاتقه وهو ان يبادر هو للحفاظ على النصوص الدستورية ومن امثلة هذا الالتزام بالتشريع ووجوب ان يظهر بشكل كامل ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ في المادة (٣٤) منه من ان القانون يحدد المبادئ الاساسية لمجموعة من الموضوعات منها تنظيم الدفاع المدني وتنظيم الحق في التعليم وكذلك ما نصت عليه المادة (٦٣) من نفس الدستور من ان القانون الاساسي هو الذي يحدد القواعد المتعلقة بتنظيم وظائف المجلس الدستوري والاجراءات المتبعة امامه، وكذلك ما نص عليه دستور مصر الملغي ١٩٧١، في نص المادة (٤٥) والتي نصت على ان القانون هو الضامن لحياة المواطنين وكذلك من النصوص الدستورية التي الزمت المشرع العادي بالتشريع السليم نص المادة (١٥) من دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ والتي نصت ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)) وبالإضافة الى ذلك فان اغلب نصوص الدستور والمتعلقة بالحقوق والحريات تلتزم المشرع باصدار تشريع بشكل سليم ومتكامل مع النص الدستوري واي اغفال او نقص يعرض النص الدستوري لخطر ان يكون قشة في مهب الريح.

الفرع الثاني

الاعغال التشريعي ينشئ قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور

ويذهب هذا الاتجاه الى ان موضوع الاعغال التشريعي انما يتمثل في وجود قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لنص من نصوص الدستور لذلك يذهب هذا الاتجاه ان الاعغال التشريعي ليس هو محل الرقابة انما النتائج الناشئة عنه وهي القاعدة القانونية التي افرزت للسطح وهي مخالفة لاحكام الدستور.^(٢) الى ان هذه الفكرة تعرضت الى النقد من اصحاب الاتجاه الاول و ردوا ذلك الى القول ان الرقابة على الدستورية لا تمتد في اي حال من الاحوال على ما لم يتضمنه النص التشريعي اي ان الرقابة على الدستورية يجب ان تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة. الى ان هذا الرأي رد من انصار الاعغال التشريعي ينشئ قاعدة قانونية مخالفة للدستور بالقول ان الرقابة على مشروعية القرارات الادارية ومنهجية الرقابة على دستورية القوانين لا تمارس التطابق الصريح فقط انما تتعدى ذلك الى ما وراء النص فالملائمة والمشروعية هي عنصران غير صريحان ومع ذلك تطلبهم الرقابة.^(٣)

(1) Gomes (c). Constituica dirigebe e vineulacao do legislador contributo, para a compreensao des noemas constitucionais programaticas Coimbra editor, 1982, p.338 ets. Cite' par, Ribes op, cit. P 249.

(2) د. محمد عماد النجار، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(3) د. رأفت فوده، عناصر القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٨٩.

الاغفال التشريعي واهكائية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

ونرى ان كلا الرأيين على صواب وذلك لانه بمجرد اخلال المشرع بالالتزام المفروض عليه دستوريا بالتشريع يكون قد خالف ارادة المشرع الدستوري وهنا نتجت هذه القاعدة الضمنية المخالفة للدستور وهي بعدم مراعاة النصوص الدستورية والتطاول عليها بعدم احترام الابعاء الدستورية الملقاة على عاتق السلطة التشريعية.

- د. عبد الرزاق حسن، دور السكوت في التصرفات القانونية، دار الفكر العربي، ١٩٨٢، ص ١١٢.

- د. حمدي حسن عكاشة، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، ٢٠٠١، ص ٤٠٥.

المبحث الثالث

امكانية فرض رقابة قضائية على الاغفال التشريعي في العراق

لقد اشرنا في مبدأ بحثنا هذا ان الاغفال التشريعي من الامور المهمة التي يجب ان لا تغفل عن مخيلة القضاء الدستوري وهو يمارس مهمة الرقابة على دستورية القوانين وذلك لان في الاغفال التشريعي مساس مباشر بالضمانات الدستورية التي يجب التمتع بها فضلا عن كونه اخلا لا بمبدأ المساواة وذلك لان اي نقصان بالنص القانوني سواء أكان عن عمد او اهمال ينطوي في حد ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته Exce's de Pouvoir وان هذا التجاوز كما يرى الفقه الفرنسي يشبه تماما عدم الاختصاص الايجابي Lincompe'tence Positive والمشمول في اصدار قواعد تشريعية من قبل البرلمان خارج محال اختصاصه وهنا يقع البرلمان في المحذور وهو مخالفة دستورية^(١) وذلك لان الشرعية تقتضي ان الدستور يفرض التزاما على المشرع باتخاذ مواقف معينة فيخالف هذا الالتزام.

ان ممارسة الرقابة على الاغفال التشريعي كما يرى الفقه^(٢) لابد من ان يلجأ القضاء الدستوري الى وسائل فنية في التفسير لتمكنه من فرض الرقابة على الاغفال التشريعي ومن هذه الوسائل "الاحكام المضيفة Arre'ts additifs" وهذا النوع من الاحكام يندرج تحت ما يسمى بالاحكام التي تعتمد على الالتفاف حول معنى النص دون المساس بتكوينه الشكلي. ويستخدم هذا النوع من الاحكام في الفروض التي يكون فيها النطاق القاعدي للنص اقل مما يجب ان يكون عليه حتى يتفق مع احكام الدستور. وقد تم التأكيد على ان الاحكام المضيفة تعلن عدم دستورية اغفال امر كان يجب ان يتضمنه التشريع وبعبارة اخرى فان عدم الدستورية يرجع لا لان القانون نص على امر معين وانما لانه قصر النص على هذا الامر بحيث جاء ناقصا منه وهذا النقص قد اثر على عموم التشريع لان الدستور يكفل الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية فقط وتتمثل هذه الحماية في الضمانات التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم والتي يعتبر انفاذاها شرطا للارتفاع بها في الصورة التي تصدرها النصوص الدستورية نطاقا فاعلا لها وشرط ذلك بطبيعة الحال ان يكون تنظيمها كاملا بنفسها في مجالاتها الحيوية وان يحيط بكل اجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية كما اسلفنا فيما سبق.

وبالرجوع الى امكانية فرض رقابة على الاغفال التشريعي في العراق نقول. بادئ ذي بدء فان دستور العراق لعام ٢٠٠٥ اخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين حيث نصت المادة (٩٢) منه على تشكيل "المحكمة الاتحادية العليا" واشارت المادة (٩٣) من الدستور على ان تختص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة. كما اشار الى هذا الاختصاص قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والذي تعمل على اساسه المحكمة الاتحادية العليا احكام المادة الرابعة - ثانيا " كما اشار النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ في الفصل الثاني منه باختصاص المحكمة والية عملها. ومن خلال ذلك نشير

- اولا - ان هذا الاتجاه "فرض رقابة قضائية على دستورية القوانين" هو الارض الخصبة لنشوء فكرة ممارسة رقابة قضائية على الاغفال التشريعي في العراق وذلك لان القضاء يملك ملكة قانونية واسعة ويملك الحق في تفسير نصوص الدستور وهذا التفسير هو ملزم لكافة السلطات كونه يأخذ قوة النص الدستوري.

(١) George Schmitter; L'incompe'tence ne'gative du le'gative du le'gistislateur et des autorites ad-ministratives.

Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica 1989. P.141.

(٢) د. احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.

الاعغال التشريعي واهكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

- ثانياً - ان قرارات المحكمة الاتحادية في العراق هي قرارات باته وملزمة لكافة السلطات امتثالاً لاحكام المادة (٩٤) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ وهذا يعني ان المحكمة الاتحادية ستنشأ مبادئ قانونياً ثابتاً وملزماً للسلطات وخاصة السلطة التشريعية.
- ثالثاً - نرى بإمكانية ان تفرض المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقابة على الاعغال التشريعي لعدم تعارض نصوص اختصاصات المحكمة الواردة في الدستور والقانون والنظام الداخلي لها مع هكذا نوع من الرقابات بل على العكس هنالك حاجة عملية لممارسة مثل هذا النوع من الرقابة بالاضافة الى توفر الغطاء القانوني لها حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ على ان (م) تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية:
الفقرة الثانية - الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والوامر الصادرة من اية جهة تملك حق اصدارها..)
- كما و اشار النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ في الفصل الثاني منه في المادة (٣، ٤، ٥، ٦) فقد وردت كلمة "البت في شرعية نص قانوني او قرار تشريعي او نظام او تعليمات.. الخ" فان كلمة "شرعية" هي كلمة تعني خضوع القانون لاحكام الدستور من الناحية النظرية ومن الناحية العملية لان كلمة "الشرعية" تنسحب على الملائمة وهذا يعني ان المحكمة الاتحادية تملك مراقبة النصوص القانونية المخالفة لاحكام الدستور موضوعياً وشكلياً كما تملك مراقبة النصوص القانونية التي تحتوي نقصاً او اهمالاً للاحكام من نواحي التنظيم التي تجعل من هذا النص غير مطابق للشرعية الدستورية وبالتالي تحققت المخالفة الدستورية الضمنية والاخلال بالتشريع وهما كما اشرنا محل الرقابة القضائية على الاعغال التشريعي.
- الخلاصة. بإمكان المحكمة الاتحادية العليا في العراق فرض او بسط رقابتها على كل اغفال تشريعي صادر من البرلمان "السلطة التشريعية".

الباحث

الخاتمة

قبل ان نلج في هذه العجالة لابد ان نشير الى ان القضاء الدستوري احد اهم مرتكزات الدولة القانونية واهم دعائمها من خلال ما يمارس من صلاحيات واختصاصات ذات اهمية بالغة تصل الى الحد من غول السلطة التشريعية وحيف السلطة التنفيذية فالقضاء الدستوري هو الحصن الحصين الذي تلوذ به الحقوق والحريات حتى يدرأ عنها كل افتتات او جور او ظلم من السلطات الاخرى. ولما كان الامر كذلك فاننا نرى ان الاغفال التشريعي احد اهم المعاول التي قد تهدم الحقوق والحريات الدستورية فهي تمثل النقص الذي يصيب القانون المشرع عن عمد او اهمال من المشرع في احد الجوانب محل التنظيم قد تتسبب في هدم كل الضمانات الدستورية. ومن خلال بحثنا هذا توصلنا الى النتائج الاتية..

- اولاً - ان هنالك عدة انواع من الحالات التي تصيب القانون فهناك حالة السكوت التشريعي والاغفال الكلي وهو عدم تشريع بعض النصوص من قبل المشرع من غير اسباب وهنالك حالة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وتتمثل في تنازل المشرع عن بعض صلاحياته لسلطة اخرى.
 - ثانياً - لا يمارس القضاء الدستوري رقابة على الاغفال الكلي وذلك لان تقدير وقت التشريع يعود للمشرع وان القانون لم يشرع بعد وبالتالي لا توجد هنالك قاعدة واضحة يمكن مراقبتها اما في حال عدم الاختصاص السلبي للمشرع فان القضاء يمارس رقابة عليه في حال تجاوز حدود الاختصاص.
 - ثالثاً - ان الاغفال التشريعي يتمثل في اخلال المشرع القانوني بقواعد التشريع مما يظهر معه قاعدة ضمنية مفادها عدم احترام النصوص الدستورية وهذه القاعدة تمثل مخالفة صارخة لاحكام الدستور ولا بد ان تثار معها الرقابة على دستورية القوانين.
 - ومن خلال هذه النتائج نقترح على المحكمة الاتحادية العليا ان تباشر فوراً بممارسة رقابة على الاغفال التشريعي وذلك لكثرة مثل هذه الحالات في النصوص القانونية التي يشرعها مجلس النواب العراقي لخضوعه تحت تأثير الاهواء السياسية والمصالح الحزبية..
- والله من وراء القصد**

المصادر

المصادر العربية

١. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق، ١٩٩٩.
٢. احمد كمال ابو المجد، دراسات في القانون الدستوري، محاضرات على طلبة الدراسات العليا، جامعة تكريت، ١٩٩٥.
٣. ثروت عبد العال احمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ز
٤. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢.
٥. حسن احمد علي، ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨١.
٦. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجبه احكامه وتنفيذها واثارها، مع نصوص الدستور وحدث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو مجد، القاهرة، ٢٠٠٩.
٧. حمدي حسن عكاشة، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، ٢٠٠١.
٨. رأفت فوده، عناصر القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٩. سعد العصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، المكتبة العصرية، القاهرة، ١٩٨٠.
١٠. السيد صيري، مبادئ القانون الدستوري، ط٤، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٩.
١١. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، المجلس العلمي للنشر ولجنة التأليف والتعريب، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
١٢. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٣. عبد الحفيظ الشمي، رقابة الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٤. عبد الحليم حسن عبد الله، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٤.
١٥. عبد الحميد متولي، الفصل في القانون الدستوري، دار الثقافة، الاسكندرية، ١٩٥٢.
١٦. عبد الرزاق حسن، دور السكوت في التصرفات القانونية، دار الفكر العربي، ١٩٨٢.
١٧. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية للمحكمة الدستورية المصرية - العدد (١٥) السنة ٨ عام ٢٠١١.
١٨. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠.
١٩. عبد المنصف عبد الفتاح، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١١.
٢٠. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري للكتاب الاول، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٦.
٢١. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الاساسية، مركز رينيه - جان دديوي للقانون والتنمية، بدون سنة طبع.

الاغفال التشريعي واهكائية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق

أ.د. سهير داود سلمان

٢٢. فتحي عبد النبي، نفاذ القواعد الدستورية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.
٢٣. قرارات المحاكم الدستورية وما عادلها من هيئات وتنفيذها في دول الاتحاد الاوربي، محلية الدستورية، التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١٠، ص ٢٢٧.
٢٤. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات، الاسكندرية، ١٩٩٧.
٢٥. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الاغفال التشريعي "قضاء عدم الدستورية الشرطي" بحث منشور في مجلة "الدستورية" الصادرة عن المحكمة الدستورية في مصر العدد ١٧، السنة الثامنة، ٢٠١٠.
٢٦. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية القاهرة، ٢٠١٣.
٢٧. معجم اللغة العربية المعاصرة – الموقع الالكتروني
٢٨. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

المصادر الاجنبية

1. Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica 1989.
2. C.C.N 59-2 DC DU 17.18 et 24 Juin 1959 Rec. P.58 Favoreu (L). Le Principe de constitutionnalite', Me'langes Eisenmann (ch) cujas, 1975.
3. Camby (J.P), La loi organique dans la constitution 4 October. 1958. R.D.P. 1989.
4. DÉcision du conseil constitutionnel No 84-176 du 25 juillet 1984 الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.
5. DÉcision du conseil constitutionnel No 84-183 du 18 janvier 1985 الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.
6. Favoreu et Philip – les grandes decisions du conseil constitutionnel – ED. Dalloz – ge ed – 1997.
7. George Schmitter – L'incomp, tence negative du le'gislateur et des autorites administrative – A. I. J. C. Economica – 1989.
8. George Schmitter; L'incomp' tence ne'gative du le'gative du le'gistislateur et des autorites ad-ministratives.
9. Gomes (c). Constituica dirige bte e vineulacao do legislador contributo, para a compreensao des noemas constituicionais programaticas Coimbra editor, 1982.
10. Gome's (J-J). Direito constitucional 6^{eme} ed Livraria AL medina Coimbra, 1993.
11. Sirat (C). La loi organique et la constitution de 1958, D, 1960.

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي

وسائل الدفع الالكتروني

- دراسة مقارنة -

حيدر داود سلمان خلف

أ.م. زمن غازي جعفر

جامعة النهرين / كلية الحقوق

الملخص :

تعتبر وسائل الدفع الالكتروني من أبرز الخدمات التي تقدمها المؤسسات المالية التي أفرزها التقدم التكنولوجي لسداد أثمان السلع والخدمات عبر أجهزة نقاط البيع (POS) وكوسيلة لحفظ النقود بوسيلة الكترونية ، فضلاً عن إمكانية سحب أي مبلغ نقدي من أجهزة الصراف الآلي (ATM) مع إمكانية التسوق عبر الانترنت

ويلتزم مصدر هذه الوسائل تجاه مستخدميها بمجموعة التزامات ، أهمها الالتزام بسرية بياناته ومعلوماته ، لاسيما سرية الرقم السري الخاص بتنفيذ وسيلة الدفع عند تنفيذ عمليات الشراء أو السحب الآلي للنقود ؛ حيث سنركز البحث في مدى الحماية التي وفرتها قوانين وأنظمة الدفع الالكتروني المقارنة لبيانات ومعلومات مستخدم وسيلة الدفع الالكتروني من مخاطر افشائها أو العبث بها .

الكلمات المفتاحية :

الدفع الالكتروني ؛ سرية البيانات والمعلومات ؛ الرقم السري لوسيلة الدفع (PIN) .

Commitment to the secrecy of the data and the information of electronic payment methods users

(Comparative study)

Prof. Dr. Zman Ghazi Jaafar

Haider Dawood Salman Alzubaidy

Summary :

The electronic pay instruments considered one of the most services that presented by financial institute that is emerged by the technological progress. To pay the price of goods and the services by the point of seller machine (POS), and as the way to save the money by electronic instrument, more than its benefit to pull any sum of money from the automatic teller Machin (ATM) and we can use it to shopping from internet (On line) .

The exporters of these methods are committed towards its user in a group of obligations , the most important one is the secrecy of the data and information of the user especially the secrecy of the password (PIN) that used in the activation of electronic payment method during the process of purchasing or the automatic withdrawal of money . we will concentrate this research in the extent of protection that the laws and systems of electronic payment had provided that it compare the data and information of payment method user in order to limit the risk of disclosure and the mess up of these data .

المقدمة

كان لتقدم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تأثير كبير على أسلوب دفع ثمن السلع والخدمات ، حيث أضفى أبعاداً جديدة ولاسيما فيما يتعلق بعمل المؤسسات المالية ، حيث دفع ذلك شركات الاموال والمصارف بصورة خاصة إلى استخدام وسائل جديدة ومتطورة لعمليات دفع الأموال بوسائل الكترونية، وأصبحت عملية دفع النقود عن طريق هذه الوسائل من أساسيات البنية التحتية لعمل المؤسسات المالية ، وكان لهذه الوسائل أثراً كبيراً في انجاز أي معاملة تتم بصورة الكترونية ، فضلاً عن ذلك فإن هذه الوسائل تمكن مستخدميها من حمل المبالغ النقدية من دون الحاجة إلى تحمل مخاطر حملها بصورة مادية ، مع امكانية سحب أي مبلغ مالي يحتاج اليه المستخدم من خلال اجهزة الصراف الآلي التي تمكن المستخدم من ذلك ، بدلاً عن وسائل الدفع التقليدية التي تركز دائماً على وجود دعائم ورقية وحضور مادي للأفراد الذين يرومون تنفيذ أي عقد .

إن من اهم الالتزامات التي اوجبها المشرع العراقي والتشريعات موضع المقارنة على مُصدّر هذه الوسائل تجاه مستخدميها هو ان يلتزم بسرية المعاملات المالية والمحافظة على البيانات الشخصية للعملاء وفقاً لمبررات تتعلق بالصالح العام والخاص ، وأقرت هذه الالتزامات ضمن مجموعة من التشريعات المنظمة للدفع الالكتروني وتشريعات أخرى ولاسيما التشريعات المصرفية ، ويثير استخدام وسائل الدفع الالكتروني العديد من الاشكالات المتعلقة بالخصوصية وسرية معلومات المستخدم ، في الوقت التي تعتبر فيه استخدام هذه الوسائل عبر الانترنت من أهم الاستخدامات ، فقد يزامن هذا الاستخدام مجموعة من المخاطر ، لا سيما تلك التي تتعلق باختراق الرقم السري لوسائل الدفع الالكتروني .

أهمية البحث.

تبرز أهمية هذا البحث في أنه محاولة للمعالجة سرية بيانات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني كأحد أهم اشكاليات العمليات المصرفية التي تتم عبر آليات وأنظمة الكترونية ، والبحث في مدى الحماية التي رتبها المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لمستخدمي هذه الوسائل .

منهجية البحث .

استندنا خلال هذه الدراسة على قواعد المنهج العلمي التحليلي من خلال عرض مفصل لنصوص التشريعات موضع المقارنة التي نظمت عمليات الدفع الالكتروني فضلاً عن التشريعات المصرفية ، وقد اعتمدنا في ذلك على مقارنة القانون العراقي مع كل من القانون الاماراتي والقانون اللبناني والقانون التونسي من خلال ايجاد أوجه الشبه والاختلاف فيما بين نصوصها وبيان مواطن القوة والضعف والقصور التشريعي إن وجد ، وعلى هذا الاساس فإن منهجية البحث تتمثل في الدراسة التحليلية المقارنة بين هذه التشريعات ، مع الاستعانة بأراء الفقه والشروحات القانونية في اطار ذلك ، لتوفير قدر اكبر من الحماية لسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني .

مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في " مدى امكانية توفير اكبر قدر من الحماية لسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني " لذلك سوف تثير مجموعة من التساؤلات ، اهمها ما يأتي :

- ١- ما المقصود بالسرية في نطاق الدفع الالكتروني ؟
- ٢- ما هي حدود نطاق التزام المصدر بالسرية في اطار استخدام وسائل الدفع الالكتروني ؟
- ٣- هل هنالك استثناءات ترد على التزام المصدر بالسرية ؟

٤- ما هي الحماية التي وفرها المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني في الوقت الذي نعتبره من اهم المشاكل العملية التي تواجه مستخدمي هذه الوسائل ؟ وسنحاول ان نجيب على تلك التساؤلات خلال هذا البحث .

خطة البحث :

للإحاطة بكل ما تقدم ارتئينا تقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث ؛ نخصص الاول لمفهوم وسائل الدفع الالكتروني وسرية بيانات ومعلومات مستخدميها ، ونبين في الثاني نطاق الالتزام بالسرية في اطار الدفع الالكتروني ، ونبحث في الثالث الاستثناءات التي ترد على واجب السرية ؛ومن ثم نختم البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات .

المبحث الاول

مفهوم وسائل الدفع الالكتروني وسرية بيانات ومعلومات مستخدميها

تعد سرية البيانات والمعلومات من أهم المشكلات القانونية التي تواجه انتشار استعمال وسائل الدفع الالكتروني ؛ وذلك لارتباطها بشكل مباشر بالمعلومات والبيانات الخاصة بمستخدمي هذه الوسائل ، وعلى اساسا ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، حيث نبين في الأول مفهوم هذه الوسائل ؛ ونخصص الثاني للمقصود بسرية بيانات ومعلومات مستخدميها .

المطلب الاول

مفهوم وسائل الدفع الالكتروني

اهتمت التشريعات المقارنة بتعريف بعض المصطلحات القانونية المرتبطة بعمليات الدفع الالكتروني على الرغم من ان ايراد التعريفات ليست من مهمة التشريعات ؛ الا ان حداثة بعض التشريعات وغموض بعض المصطلحات القانونية دفع المشرع الى ان يخصص لها تعريفات ضمن القوانين والانظمة التي تنظم عملها ، وعلى ذلك نهجت أغلب قوانين المعاملات والتجارة الالكترونية وانظمة الدفع الالكتروني المقارنة .

ففيما يتعلق بالمشرع الاماراتي فقد اصدر مصرف الامارات العربية المتحدة المركزي في يناير ٢٠١٧ نظاما خاصا لتنظيم عميات الدفع الالكتروني اطلق عليه : " الإطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني " ، وقد عرف بدوره " أداة الدفع " على انها : ((اي من الادوات المحددة بموجب احكام هذا النظام التي يستخدمها لأجل اصدار تعليمات الدفع او استلام الدفعات ...)) ؛ كما عرف " الدفع الرقمي " على إنه : ((أي عملية دفع يتم إجراؤها باستخدام قنوات الكترونية أو مغناطيسية أو متنقلة))^(١)

وعلى اساس جمع خصائص كلا التعريفان فإن وسائل الدفع الالكتروني : هي الادوات التي تستخدم لأجل تنفيذ معاملة الدفع من خلال مجموعة من الوسائل الالكترونية او المغناطيسية .
اما فيما يتعلق بموقف المشرع اللبناني فقد اصدر حاكم مصرف لبنان المركزي مجموعة من القرارات الاساسية الموجهة الى المؤسسات المالية التي تصدر وسائل الدفع الالكتروني ، تنظم احكام هذه المعاملات وتعالج بعض علاقات اطرافها الرئيسية^(٢) الا انها لم تعرف من جانبها وسائل الدفع الالكتروني .

ومن جانب اخر فإن المشرع التونسي أصدر قانونا ينظم احكام الدفع الالكتروني ، والذي اطلق عليه " قانون التحويل الالكتروني للاموال رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٥ ؛ وقد عرف "البطاقة" على انها : ((كل أداة تحويل الكتروني للأموال تكون وظائفها محمولة على وثيقة مغناطيسية أو ذكية))^(٣) . حيث ان وسيلة الدفع الالكتروني عبارة عن بطاقة مصنوعة من مادة بلاستيكية تحتوي على رقاقة الكترونية صغيرة اشبه برقاقة (SIM) الخاصة بالهواتف النقالة ، وظفتها الاساسية ان تقوم بخزن بيانات مستخدم وسائل الدفع الالكتروني ، والاتصال باجهزة الدفع الالكتروني لتنفيذ عمليات الدفع المطلوبة من مستخدم هذه الوسائل ، وترتبط هذه الاجهزة بمصدري وسائل الدفع الالكتروني لتقييد العمليات

(١) المادة أ - ١ من نظام الإطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ .
(٢) وبالاخص كل من : القرار الاساسي لحاكم مصرف لبنان المركزي رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بالعمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية المعدل بموجب القرار الوسيط رقم ١١٩٣٧ بتاريخ ٢٦ / ١ / ٢٠١٥ ؛ القرار الاساسي لحاكم مصرف لبنان رقم ٩٦٦٨ بتاريخ ٩ / ٦ / ٢٠٠٧ المتعلق بنظام التسوية الالكترونية العائد لبطاقات الايفاء أو الدفع أو الائتمان المصدرة في السوق اللبنانية والمستعملة محليا على أجهزة نقاط البيع (POS) ؛ والقرار الاساسي رقم ٧٢٩٩ تاريخ ١٠ حزيران ١٩٩٩ المتعلق بالصراف الآلي وبيطاقات الائتمان والوفاء المعدل بالقرار الوسيط رقم ١٢٠١١ تاريخ ١٥/٦/٢٠١٥ .
(٣) الفصل الاول من قانون التحويل الالكتروني للاموال التونسي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٥ .

المنفذة في حساب المستخدم ؛ كما أصدر المشرع التونسي قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة ٢٠٠٠ لينظم احكام التجارة الالكترونية بصورة عامة ، وقد عرف وسيلة الدفع الالكتروني بانها " الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات " ^(١).

اما المشرع العراقي ، فقد اصدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ ليعالج اهم احكام المعاملات التي تتم عبر الوسائل الالكتروني ، وقد عرف هذا القانون " الوسائل الالكترونية " على انها : ((اجهزة او معدات او ادوات كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او كهرومغناطيسية او أية وسائل اخرى مشابهة تستخدم في انشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها)) ^(٢).

وقد نصت المادة ٢٧ من هذا القانون على انه : ((تنظم اعمال التحويل الالكتروني للاموال بما في ذلك اعتماد وسائل الدفع الالكتروني والقيود غير المشروع واجراءات تصحيح الاخطاء والافصاح عن المعلومات واي امور اخرى تتعلق بالاعمال المصرفية الالكترونية بنظام يقترحه البنك المركزي العراقي)) . وعلى هذا الاساس أصدر مجلس الوزراء العراقي نظام خدمات الدفع الالكتروني رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ .

ولم يعرف هذا النظام " وسائل الدفع الالكتروني " بشكل صريح ؛ الا انه تطرق الى تعريف نظام الدفع الالكتروني بصورة عامة ، حيث عرفه بأنه " مجموعة من الوسائل والاجراءات والقواعد الخاصة بعمليات تحويل الاموال بين المشاركين داخل النظام على ان يكون انتقال الاموال من خلال البنية التحتية لانظمة الدفع " ^(٣) . ويلاحظ على التعريف المتقدم انه ركز على تنظيم الاجراءات التي تتم عملية الدفع من خلالها من دون الاشارة الى العلاقة التي تنشأها عملية الدفع او الوسائل التي تتم من خلالها .

اما فيما يتعلق بموقف الفقه وشرح القانون من تعريف وسائل الدفع الالكتروني ، فقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف جامع مانع لوسائل الدفع الالكتروني وذلك لتعدد صور وانواع هذه الوسائل من جهة واختلاف وظيفة كل منها من جهة اخرى ، فمنها ما يمنح لحاملها ائتمانا ماليا ، ومنها ما يمكنه من التصرف وشراء السلع والخدمات ومن هذه الوسائل ما يمكنه سحب النقود منها من خلال اجهزة خاصة، وكان للتشريعات والانظمة الداخلية للدول التي تناولت تنظيم وسائل الدفع الالكتروني دورا في تحديد التعريف القانوني لهذه الوسائل ؛ ولذلك سنستعرض هذه التعريفات ونحاول ان نبين الراجح منها ، حيث عرفها جانب من الشراح بأنها : " الوسائل التي يستطيع من خلالها شخص معين بأن يحاسب فواتيره إلكترونيا او يقوم بتحويل النقود الكترونيا عبر حسابه البنكي الخاص ، من خلال أنظمة الدفع الالكترونية التي حلت بدلا عن الدفع النقدي التقليدي " ^(٤) ، ويلاحظ على هذا التعريف انه بين مفهوم هذه الوسيلة على اساس الحداثة والتطور التكنولوجي في وسائل دفع قيم السلع والخدمات دون ابراز الطبيعة القانونية للاطراف والعلاقات الناشئة عنها .

وعرفها آخرون حسب العلاقات القانونية الناشئة عنها على انها " البطاقات التي تعتمد على وجود ارصدة فعلية للعميل لدى البنك في صورة حسابات جارية لمقابلة المسحوبات المتوقعة للعميل حامل

(١) الفصل الاول من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠

(٢) الفقرة سابعاً من المادة (١) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢

(٣) الفقرة خامساً من المادة ١ من نظام خدمات الدفع الالكتروني للاموال العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ .

(٤) د. محمد نور صالح الجداية ، د . سناء جودت خلف : تجارة الكترونية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، ط ٢ ، ٢٠١٢ ، ص ٢٣١ ؛ وقريب من هذا المفهوم ذهب : د. السيد أحمد عبد الخالق ، البنوك والتجارة الالكترونية ، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، أعمال المؤتمر العلمي السنوي - بيروت العربية ، ج ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٩٥ ؛ د . نواف حازم خالد : الحماية المدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، مجلد ٢ ، ٢٠١٣ ، ص ٧٠ ؛ أ. د . محمد عبد حسين الطائي : التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن - عمان ، ط ٢ ، ٢٠١٣ ، ص ١٧٨ .

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني

حيدر داود سلهم خلف

أ.م. زهن غازي جعفر

البطاقة " (١). ويلاحظ على التعريف المتقدم انه يفتقر الى تحديد الوظيفة التي تقوم بها وسيلة الدفع الالكتروني .

ويعرفها جانب اخر على انها " اداة مصرفية الكترونية تصدر بناء على عقد قرض او اعتماد او ائتمان بحيث تسمح لحاملها بالسحب النقدي المباشر او بالوفاء بقيمة ما يحصل عليه من سلع وخدمات من الغير على ان يسدد الحامل كل ذلك لاحقا وفقا لاحكام القرض او الاعتماد او الائتمان " (٢) . وبعد استعراض هذه التعريفات التي اغفلت جوانب معينة ، نقترح ان يكون التعريف كالاتي: " هي الوسائل التي تقوم المؤسسات المالية بإصدارها للعملاء ، تكون قابلة لتخزين قيم وحدات نقدية الكترونية ، مقابل دفع قيمتها للمصدر بصورة معجلة او مؤجلة ، لكي يستخدمها العملاء في تنفيذ ودفع عملياتهم المالية ومن خلال مجموعة من الوسائل التقنية المعدة من قبل المصدر " .

المطلب الثاني

المقصود بالسرية في نطاق الدفع الالكتروني

لم يضع المشرع العراقي وكذلك التشريعات موضع المقارنة تعريفا محددا للسرية وذلك لوضوح معناها من جهة ، بالإضافة الى ان وضع التعريفات للمصطلحات والمفاهيم القانونية من مهمة الفقه القانوني ، لذلك سنعرض اهم التعاريف التي اوردها الفقه في هذا الاطار .

ان الجهة التي تلتزم بسرية بيانات ومعلومات المستخدم هي الجهة المُصدِّرة لوسائل الدفع الالكتروني (٣) ، وبما ان مُصدِّري هذه الوسائل عبارة عن مؤسسات مالية ومصرفية مرخصة من البنك المركزي للبلد الذي توجد فيه الجهة المُصدِّرة (٤) ، وعلى هذا الاساس وللوصول الى تعريف السرية في اطار الدفع الالكتروني يتحتم علينا الرجوع الى شروحات القوانين المتعلقة بقوانين المصارف والمؤسسات المالية الاخرى لكي نتوصل الى تعريف محدد للالتزام المُصدَّر بالسرية .

فقد عرفت بانها ((الالتزام الملقي على عاتق المؤسسات المالية بعدم افشاء الاسرار (٥) التي حصل عليها بفعل وظيفته)) (١) . حيث اننا نرى ان التعريف المتقدم واسع ، إذ لم يحدد فيه الجهة المستفيدة

(١) مصطفى موسى العجاردة : التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠١٠ ، ص ٤٠٨ ؛ وقريب من هذا المفهوم ذهب : جلال عايدة الشورة ، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢ ؛ د. محمد إبراهيم الشافعي ، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية ، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، دبي ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٣٣ .

(٢) د. معتر نزبه محمد : الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧ ؛ وذهب الى ذلك التعريف كل من : د. مبارك جزاء الحربي : بطاقات الائتمان : بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية بين الشريعة والقانون والقانون والكومبيوتر والانترنت الذي نظّمته كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة للفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٣ ، ص ٢١٥٨ . أ.د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ٢٠٠٦ ، ص ٥٣٧ ؛ فداء يحيى احمد ، النظام القانوني لبطاقة الائتمان ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ١٥ .

(٣) المادة ١٦ / اولا من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ ، المادة (د - ٦ - ١) من نظام الاطار الرقابي للقيم المحزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ ، و الفصل ٢ من قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠٥ ، والمادة ٤ / ج من قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ المعدل. حيث تشير جميع هذه المواد الى التزام مصدرى وسائل الدفع الالكتروني بسرية بيانات ومعلومات المستخدمين .

(٤) المادة ٣ من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي ، والمادة (د - ٢) من نظام الاطار الرقابي للقيم المحزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي ، المادة ٣ من قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ المعدل. وتتضمن هذه المواد وجوب ان يكون مصدر وسائل الدفع الالكتروني مؤسسات مالية او مصرفية مخولة او مرخصة من قبل البنك المركزي للدولة التي يزاول المصرف او المؤسسة المالية نشاطه فيها .

(٥) يراد بالافشاء هنا هو كشف السر واطلاع الغير عليه وجعل البيانات والمعلومات من كونها سرية الى واقعة معلومة ؛ صباح عريس عبد الرؤوف جمعة الدليمي : المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسرية ، رسالة تقدم بها الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ ، ص ٦ - ٧ .

من هذا الالتزام ؛ كما وعرفت السرية بأنها : ((الموجب الملقى على عاتق المؤسسات المالية بحفظ القضايا الاقتصادية والمالية والشخصية المتعلقة بالزبائن وبالأشخاص الآخرين ولو بنسبة اقل والتي قد آلت الى عملهم اثناء ممارستهم لمهنتهم او في معرض هذه الممارسة مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتّم لمصلحة الزبائن))^(٢) ، وعرفها جانب آخر من الفقه على اساس مهني ، بانها : ((التزام موظفي المؤسسات المالية بالمحافظة على اسرار عملائهم وعدم الافشاء بها للغير باعتبار هذه المؤسسات مؤتمنة عليها خاصة وان علاقة المصدر مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصدر لأسرار عملائه المالية)) ؛ ولهذا لا يكون الأمر سرّاً واجب الكتمان إذا وصل عرضاً ولم يؤتمن عليه ممن يتعلق به هذا الأمر المطلوب كتمانهم^(٣)

وقد ركز جانب من الفقه في تعريفهم لها على الجانب المهني للمصدر حيث عرفت بانها ((كل امر أو واقعة تصل الى علم المصدر سواء بمناسبة نشاطه او بسبب هذا النشاط وسواء افضى العميل نفسه الى المصدر بهذا الامر ، او افضى به احد من الغير ، ويكون للعميل مصلحة في كتمانهم))^(٤) وقد عرفها جان من الشراح على انها : ((الالتزام كل شخص يعمل داخل المؤسسات المالية بصفة أساسية بعدم افشاء أي أمر واجب الكتمان وصل الى علمه بمناسبة ممارسته لمهنته إلا لشخص له صفة معينة))^(٥)

وبناء على ما تقدم ومن خلال ملاحظة التعريفات السابقة لفقهاء وشراح القانون يمكننا ان نعرف السرية المصرفية في اطار عقد الدفع الالكتروني بأنها :

((التزام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات والرموز المتعلقة بالمستخدمين وحساباتهم ومعاملاتهم المالية من دون تمكين أي شخص الى الحصول عليها ؛ الا في حالات استثنائية نص عليها القانون)) .

وقد ركزنا من خلال هذا التعريف على خصوصية الالتزام بالسرية في اطار استخدام وسائل الدفع الالكتروني ؛ وذلك من خلال محافظة المُصدّر وجميع موظفيه على الرموز الخاصة ببطاقات الدفع الالكتروني لما تشكله هذه الرموز من خطورة^(٦) على المستخدمين اذا ما تم افشائها من قبل المُصدّر عمداً او اهمالاً هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فإن مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني سيكون على علم تام بجميع العمليات التجارية او المدنية التي يقوم بها مستخدميه ووسائل الدفع الالكتروني ، لذلك من الضروري ان يتم توفير حماية كافية لهذه العمليات التي يحرص اغلب المستخدمين على سرّيتها ، بالإضافة الى شمول هذا التعريف التزم المُصدّر بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بمستخدميه ووسائل الدفع الالكتروني وحساباتهم ومعاملاتهم من دون تمكين اي شخص من الحصول عليها ؛ الا في حالات استثنائية نص عليها القانون .

(١) د. نادر عبد العزيز شافي : جريمة تبييض الأموال - دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، طرابلس ٢٠٠٥ ، ص ٩٥٤ .

(٢) د. نعيم مغيب : تهريب الأموال والسرية المصرفية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان - بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦ .

(٣) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الواجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، بند ٨٨٠ ، ص ٧٢٧ ؛ أ. محمد علي السرهيد : الجوانب القانونية للسرية المصرفية - دراسة مقارنة - دار جليس الزمان للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ١٤ .

(٤) د. سميحة القيلوبي : الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، ج ٢ ، ط ٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١٥ ، ص ٩٦٨ .

(٥) د. دانا حمه باقي عبد القادر : السرية المصرفية في اطار تشريعات غسيل الأموال ، دار الكتب القانونية ، مصر - الامارات ، ٢٠١٣ ، ص ١٤ .

(٦) ياسين كاظم حسن المولى : الحماية القانونية لاطراف العلاقة العقدية في عقود التجارة الالكترونية ، رسالة ماجستير ، قدمها الى كلية الحقوق / جامعة النهدين ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٩ .

المبحث الثاني

نطاق الالتزام بالسرية في اطار الدفع الالكتروني .

نظم المشرع العراقي في نظام خدمات الدفع الالكتروني فضلا عن قوانين اخرى^(١) التزام المُصدّر بالسرية وفق نطاق محدد ، وسلكت التشريعات موضع المقارنة ذات المسلك ؛ اذ حددت نطاق الالتزام بهذا الواجب من حيث الأشخاص الذين يلتزمون بالسرية، كما وقيدت المُصدّر بسرية مضمون بعض المعلومات والبيانات ، وعلى هذا الاساس سنتناول نطاق الالتزام بالسرية في العلاقة الناشئة بين كل من مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني وبين مستخدمها على النحو الاتي:

المطلب الاول

النطاق الشخصي لواجب السرية في اطار الدفع الالكتروني

لقد اوجب المشرع الاماراتي على المُصدّر ان يحافظ على بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني ؛ حيث تنص المادة (د - ٦ - ١) من نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني لسنة ٢٠١٧ على انه : ((أ- يجب على موفري خدمات الدفع تخزين كافة بيانات هوية المستخدم وسجلات المعاملات . ب - يتم التعامل مع هذه المعلومات بسرية ولا يجوز الافصاح عنها الا ...)) .

في حين نصت الفقرة ١/ ج من المادة الرابعة من قرار حاكم مصرف لبنان المركزي حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية لسنة ٢٠٠٠ على : ((على المؤسسات المنشأة في لبنان والمشار اليها في البندين (٣ و ٢) من المادة (٣) اعلاه^(٢) والتي تتعاطى عمليات التحويل النقدية الكترونيا التقيد بما يلي : ١/ ج ان تحافظ على السرية المهنية))^(٣) .

وقد اشار قانون سرية المصارف اللبناني الى الزام المصارف التي تأخذ شكل شركات مغفلة " اي مساهمة " والمصارف التي هي فروع لشركات اجنبية بعد حصولها على موافقة وزير المالية على رخصة عملهم ، على الزامهم بالسرية المصرفية^(٤) .

واشار القانون اعلاه الى الجهات التي تدخل في نطاق هذا الالتزام وهي كل من مديري ومستخدمي المصارف وكل من له اطلاع بحكم صفته او وظيفته بأي طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية و يلتزمون بكتمان السر اطلاقاً لمصلحة زبائن هذه المصارف^(٥)؛ اما المشرع التونسي فقد نص الفصل ٥ من قانون التحويل الالكتروني للأموال لسنة ٢٠٠٥ على : ((على المُصدّر أن يضمن سرية الرمز او الرموز الممنوحة للمنتفع ...)) .

اما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فقد نصت المادة ١٦/ اولاً من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي لسنة ٢٠١٤ على انه : ((يلتزم مزود خدمات الدفع الالكتروني بما يأتي : د- وضع التدابير المناسبة لحماية امنية وسرية المعلومات من الاختراق وحماية سجلات ومعلومات الزبائن استنادا للقوانين وافضل الممارسات الدولية ويراعى مراجعها دوريا)) . كما نصت المادة (٢٥) من

١ كقانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ الذي نظم الالتزام بالسرية في المادة ٢٢ منه وكقانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ الذي نظم سرية البيانات والمعلومات الذي نظم الالتزام بسرية البيانات والمعلومات في المواد (٢٩-٥٢)

(٢) وهي كل من المصارف وسائر المؤسسات المسجلة لدى مصرف لبنان المركزي او الخاضعة لرقابته ، المادة ٣ من قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية الصادر بقرار رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بقرار رقم ٣٩٣ لسنة ٢٠١٥

٣ المادة الرابعة من قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية ٤٥٤٨ المعدل بقرار رقم ٣٩٣ لسنة ٢٠١٥ .

(٤) المادة الاولى من قانون سرية المصارف اللبناني الصادر لسنة ١٩٥٦ .

(٥) المادة الثانية من ذات القانون .

قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ على انه : ((على كل مؤسسة مالية تمارس اعمال التحويل الالكتروني للاموال اتخاذ الاجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للزبائن والحفاظ على سرية المعاملات المصرفية)) ، حيث يتضح من خلال النصوص القانونية المتقدمة ان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة قد حددت اطراف هذا الالتزام باعتباره واجب قانوني يقع على عاتق " مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني " لمصلحة " مستخدمها العميل " ؛ وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحت في الاول الشخص الذي يلتزم بالمحافظة على الاسرار ونخصص الثاني للمستفيد منها وكما يأتي :

الفرع الاول

الملتزم بواجب السرية

الزم المشرع العراقي والتشريعات موضع المقارنة مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بحماية سرية معلومات وبيانات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني ووضع التدابير التي تكفل هذه الحماية ، والسؤال الذي يتبادر الينا هنا : من هو مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني ومن هم الأشخاص الذين يتفرون تحت هذا المصطلح ؟

عرف نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي " موفر خدمات الدفع " على انه : ((أي مؤسسة تحمل ترخيصا او تصريحاً بتوفير خدمات الدفع الرقمي بموجب احكام هذا النظام...))^(١)

وقد عرف المشرع التونسي في قانون التحويل الالكتروني للاموال لسنة ٢٠٠٥ "المصدر" على انه : ((كل شخص معنوي يخول له القانون في إطار نشاطه التجاري وضع أداة تحويل إلكتروني للاموال على ذمة شخص آخر طبقاً لعقد ميرم بينهما)) . وواضح من النص المتقدم انه حصر عمل المصدر في الشركات المرخصة سواء كانت مصرفية أم لا .

كما عرفت المادة (١) من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي مُصدّر هذه الوسائل على انه ((مزود خدمات الدفع الالكتروني : الشخص الذي حصل على ترخيص من البنك المركزي لتقديم خدمات الدفع الالكتروني)) ، وتبين لنا من خلال نص الفقرة اولا من المادة (٣) من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي لسنة ٢٠١٤ انه اراد بشخص المزود المصارف والمؤسسات المالية التي يمكن ان يرخص لها من البنك المركزي العراقي ، وذلك بنصها : ((لا يجوز مزاوله خدمة الدفع الالكتروني الا بترخيص من البنك "المركزي" ، فالبنك المركزي العراقي واستنادا الى نص المادة (٤٠) من قانونه التي تنص على : ((يكون للمصرف المركزي العراقي وحده دون غيره سلطة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لترخيص وتنظيم عمل المصارف والاشراف عليها ...))^(٢) .

ويكون الترخيص من جهة اخرى الى مؤسسات مالية غير مصرفية كذلك المؤسسات التي تقدم الإقراض- الائتماني ، حيث توفر التسهيلات الائتمانية، والخدمات المالية الالكترونية لاسيما خدمات الدفع الالكتروني ، وقد نظم القانون العراقي في تعليمات تسهيل قانون المصارف العراقي عمل هذه المؤسسات التي تنشأ بناء على ترخيص من قبل البنك المركزي العراقي^(٣) . ولم يشر التشريع العراقي في جميع التعليمات الصادرة عن قانون البنك المركزي المراد من مصطلح المؤسسات المالية غير المصرفية ؛ وقد قطع المشرع العراقي الخلاف في شأن شخصية المُصدّر في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية لسنة ٢٠١٢ عندما نصت المادة (٢٥) على انه : ((على كل مؤسسة مالية تمارس اعمال التحويل الالكتروني للاموال اتخاذ الاجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للزبائن

(١) المادة أ - ١ من هذا النظام .

(٢) المادة ٤٠ من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بامر سلطة الائتلاف المنحلة ذي الرقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ .

(٣) المادة الثامنة من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ الصادرة عن البنك المركزي العراقي المنشورة في مجلة الوقائع العراقية رقم العدد : ٤١٧٢ بتاريخ : ٢٠١١/٠١/٠٣ .

والحفاظ على سرية المعاملات المصرفية ((، اي ان اي مؤسسة مالية مصرفية او غير مصرفية يمكن ان تمارس أنشطة الدفع الالكتروني ، وما يهمننا هنا ان المشرع العراقي في نظام خدمات الدفع الالكتروني فضلا عن التشريعات المقارنة لم تمنع المؤسسات المالية غير المصرفية ^(١) من مزاوله تزويد العملاء بخدمات الدفع الالكتروني ، أي ان تصدير خدمات الدفع الالكتروني لا يقتصر على المصارف وانما قد تصدر من مؤسسات مالية اخرى كشركات التحويل المالي وغيرها ؛ الا انه يتركز تصدير خدمات الدفع الالكتروني عادة من قبل المؤسسات المالية المصرفية ونجد سبب ذلك في كون المصارف تقدم جملة من الخدمات المالية تتناسب مع طبيعة عمل بطاقات الدفع الالكتروني كتقديم الخدمات المصرفية ولاسيما الائتمانية منها ، وفتح مختلف الحسابات لا سيما حسابات الخدمات الالكترونية للأفراد والشركات والمؤسسات التجارية .

وعلى هذا الاساس وبناء على جميع النصوص القانونية المتقدمة فإن المشرع العراقي اراد بمصطلح مزود خدمات الدفع الالكتروني المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية المرخصة بتزويد وسائل الدفع الالكتروني ، ويترتب على ذلك التزام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بجميع الالتزامات التي تترتب على المصارف وهذه المؤسسات ، واهمها التزامها بالسرية المصرفية .

وقد بينت المادة (٥٠) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٤ الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الالتزام بهذا الواجب ، حيث يكون محظورا بموجبها على اي اداري او مسؤول او موظف او وكيل حالي او سابق للمصرف تزويد اي معلومات او بيانات عن العملاء او حساباتهم او ودائعهم ، وينطبق هذا الحظر على اي شخص بما في ذلك مسؤولو البنك المركزي العراقي وموظفو او مراجعو الحسابات فيه الذين يطلعون على هذه البيانات او المعلومات بطريق مباشر او غير مباشر بحكم مهنتهم او مركزهم او عملهم ^(٢) ، ويتبين لنا من خلال النص المتقدم التزام مجموعة من الفئات ان تلتزم بواجب السرية ، وسنحاول ان نبين اهم هذه الفئات استنادا الى قانون المصارف العراقي - في الوقت الذي لم يبين فيه نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي وقوانين وأنظمة الدفع الالكتروني المقارنة هذه الجزئيات - وعلى النحو الاتي :

اولا : الأشخاص العاملين عند مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني :

ذكرنا سابقا ان نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي ، فضلا عن قوانين وأنظمة الدفع الالكتروني المقارنة لم تبين الأشخاص الذين يلتزمون بالسرية في اطار وسائل الدفع الالكتروني ؛ الا اننا خلصنا الى ان المزود عبارة عن مؤسسات مصرفية او مؤسسات مالية اخرى مرخصة من قبل البنك المركزي ؛ لذلك سنحاول تطويع قوانين وأنظمة المؤسسات المصرفية والمالية الاخرى للوصول الى معرفة الأشخاص الملزمين بالسرية في نطاق وسائل الدفع الالكتروني ؛ حيث تنص المادة (٥٠) من قانون المصارف العراقي على : ((... يكون محظورا على اي اداري او مسؤول او موظف او وكيل حالي او سابق للمصرف ...)) ، يتضح ان المشرع العراقي تبنى مفهوما واسعا للأشخاص الملزمين بواجب السرية المصرفية ؛ فهو لم يميز الدرجة الوظيفية للمستخدمين في المصرف واهميه

(١) من اهم المؤسسات المالية المصدرة العراقية غير المصرفية والتي تمارس نشاطها في اصدار وسائل الدفع الالكتروني في العراق هي شركة الطيف للتحويل المالي ، كما انها تمارس نشاطها عبر الانترنت وعلى الرابط الاتي :

<http://altaifmt.iq/?lang=ar>

؛ وهنالك ايضا الشركة العراقية للتحويل المالي ولها فروع ووكلاء منتشرين في كافة محافظات العراق وكذلك الدول العربية والاجنبية وبالاخص في الاردن والامارات والصين وتركيا ولبنان وباقي الدول الاوربية والعربية فضلا عن ممارسة نشاطها عبر الانترنت وعلى الرابط الاتي: <http://www.aliraqiamt.org>.

(٢) تنص المادة ٥٠ من قانون المصارف العراقي على " يكون محظورا على اي اداري او مسؤول او موظف او وكيل حالي او سابق للمصرف تزويد اي معلومات او بيانات عن العملاء او حساباتهم او ودائعهم او الامانات او الخزائن الخاصة بهم او اي من معاملاتهم او كشفها او تمكين طرف ثالث من الاطلاع على هذه المعلومات والبيانات في غير الحالات المسموح بها بمقتضى احكام هذا القانون وينطبق هذا الحظر على اي شخص بما في ذلك مسؤولو البنك المركزي العراقي وموظفو ومراجعو الحسابات فيه الذين يطلعون على هذه البيانات والمعلومات بطريق مباشر او غير مباشر بحكم مهنتهم او مركزهم او عملهم. "

وظائفهم من حيث الالتزام بالسريّة المصرفي ؛ فعادة ما يكون رئيس واعضاء مجلس الادارة ومدراء فروع المصارف ، والمدير المفوض فيها على علم بتفاصيل الحسابات والانشطة التي تقوم بها المصارف لحساب العملاء ، وذلك من خلال التقارير التي تصل الى علمهم من قبل لجنة مراجعة الحسابات التابعة الى مجلس الادارة ، اذ يقوم مجلس الادارة بإعداد تقرير عن ميزانية البنك وحساب ارباحه وخسائره وارسل هذا التقرير الى الهيئة العامة بعد انجازه ^(١) ويكون لمجلس الادارة بناء على ذلك صلاحية الاطلاع على دفاتر البنك وسجلاته ومعلومات وبيانات عملائه ؛ لذلك يعد مجلس الادارة بجميع اعضائه مؤتمناً على جميع هذه البيانات والمعلومات فلا يجوز له الاستفادة من هذه الاسرار لحساب نفسه او للغير ، وهو التزام سلبي بكتمان سر العميل او الامتناع عن افشاء كافة المعلومات التي وصلت لعلمهم بحكم مهنتهم او بسببها . ^(٢) ،

ومن المهم ان نشير الى ان المشرع التونسي اوجب في مجلة الشركات التجارية على أعضاء مجلس الإدارة عدم إفشاء المعلومات التي تكتسب طابعاً سرياً حتى بعد انتهاء مهامهم ، وعلى كلّ شخص آخر حضر أعمال مجلس الإدارة المحافظة على الطبيعة السرية للمعلومات التي اطلع عليها بتلك المناسبة ^(٣) .

ونرى ضرورة ان يلتفت المشرع العراقي في قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ الى الزام مجلس ادارة الشركات التجارية بصورة عامة بواجب السرية لما له من اثر مهم على الحفاظ على البيانات والمعلومات التي اتيح لهم من خلال مركزهم الاداري الكشف عنها ، وعدم الاكتفاء بالنصوص الواردة في قانون المصارف ، لا سيما واننا توصلنا الى ان مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني لا يقتصر على كونه مصرفاً ؛ بل من الممكن ان يكون شركات مالية اخرى .

اما المدير المفوض ^(٤) فإنه يقوم بجميع الاعمال الضرورية لتحقيق اهداف الشركة التي تأسست بموجبها ، وممارسة غرضها المثبت في العقد من دون ان يتجاوز صلاحياته وواجباته فيقوم بتنفيذ قرارات الهيئة العامة واعداد الميزانية السنوية ويكون مسؤولاً عن تنفيذ هذه الواجبات امام الهيئة العامة ^(٥) ، لذلك يلتزم المدير المفوض لكونه المسؤول الاداري بالتنفيذي في المصرف الذي الزمته المادة (٥٠) من قانون المصارف بعدم افشاء او تزويد معلومات او بيانات العملاء او حساباتهم .

في حين اجاز المشرع الاماراتي في قانون الشركات لسنة ٢٠١٥ للمساهم في الشركة الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها وعلى أية مستندات أو وثائق تتعلق بصفقة قامت الشركة بإبرامها مع احد الاطراف ذات العلاقة بإذن من مجلس الإدارة أو بموجب قرار من الجمعية العمومية أو طبقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة في هذا الشأن ^(٦) ؛ الا ان هذا القانون لم ينص على الزام هؤلاء بسرية البيانات التي يطلعون عليها .

١ حيث تنص الفقرة ثالثاً من المادة ١١٧ من قانون الشركات العراقي على : ((ثالثاً - وضع الحسابات الختامية للسنة السابقة خلال الأشهر الستة الأولى من كل سنة واعداد تقرير شامل بشأنها وبناتج تنفيذ الخطة السنوية وتقديمها الى الهيئة العامة لمناقشتها والمصادقة عليها على أن تتضمن ما يلي ١ - الميزانية العامة . ٢ - كشف حساب الأرباح والخسائر . ٣ - أية بيانات أخرى تقررها الجهات المختصة)) .

(٢) اياد خلف محمد : المسؤولية الجزائية عن افشاء السرية المصرفية : مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الثالث والعشرون ، ٢٠١٠ ، ص ٢٥٣ .

(٣) الفصل ١٩٨ من قانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ مؤرخ في ٣ نوفمبر ٢٠٠٠ يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية التونسية المنقحة بالقانون عدد ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ المؤرخ في ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٧ .

(٤) تنص المادة ١٢١ / اولاً من قانون الشركات العراقي على : ((كون لكل شركة مدير مفوض من أعضائها أو من الغير من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال نشاط الشركة يعين وتحدد اختصاصاته وصلاحياته وأجوره ومكافآته من مجلس الادارة في الشركة المساهمة والهيئة العامة في الشركات الأخرى.))

(٥) المادة ١٢٣ من قانون الشركات العراقي ؛ د. لطيف جبر كومانلي : الشركات التجارية - دراسة قانونية مقارنة - بغداد ٢٠٠٦ ، ص ١١٤ .

(٦) المادة ٢٢١ / ١ / ب من قانون الشركات الاماراتي لسنة ٢٠١٥ .

كما وأن المشرع العراقي لم ينص أيضا على الزام المساهم بالمحافظة على سرية وخصوصية هذه المعلومات ، على الرغم من ان المساهمون قد يطلعون عليها بموجب نص المادة ١٣٢ من قانون الشركات العراقي النافذ .

وبناء على ما تقدم ، فإن واجب التزام المُصدّر بالسرية يشمل بموجب قانون المصارف العراقي كل من المساهمين و إداري أو مديرو المصارف او المؤسسات المالية الاخرى المُصدّرة لوسائل الدفع الالكتروني والعاملين فيها اي كانت صفتهم بما فيهم المدراء ومدراء الفروع وكبار الموظفين والموظفين الذين يسأل عنهم المصرف مسؤولية المتبوع الذين قد يفشون معلومات وصلت اليهم بمناسبة اعمالهم في المصرف بغض النظر عن كيفية او طريقة وصول هذه المعلومات اليهم ^(١).

ثانيا - الأشخاص المطلعين على اسرار العملاء من غير العاملين مع المُصدّر :

فضلا عن ذلك فهناك مؤسسات حكومية او اشخاص من غير موظفي المصرف يطلعون على اسرار " مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني " ونشاطاتهم بحكم مهنتهم ووظيفتهم بصورة مباشرة او غير مباشرة وهم " الأشخاص العاملين في البنك المركزي ومراقبي الحسابات " فان كل من هؤلاء لديه صلاحية قانونية بالنظر لهدف المراقبة الى كل بيانات ومعلومات العملاء ، سواء كانت لديهم حسابات مصرفية داخل العراق ام لا .

حيث تنص المادة ٢٢ من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ على : ((يتمتع اي شخص يشغل منصب المحافظ او نائب المحافظ او عضو في المجلس او موظف او وكيل او مراسل للمصرف المركزي العراقي عن القيام بما يلي : أ- السماح لأخرين بالاطلاع على معلومات خاصة غير متاحة للعموم او الكشف عنها او نشرها ، يكون قد حصل عليها اثناء تأديته مهام وظيفته الرسمية ...)) ، وعلى هذا الاساس فإن كل من محافظ البنك المركزي العراقي او نائب المحافظ او عضو في المجلس او موظف او وكيل او مراسل للمصرف المركزي العراقي يتمتع بموجب النص المتقدم عن افشاء اي معلومات حصل عليها اثناء تأدية وظيفته .

كما اجاز قانون الشركات العراقي لأعضاء الشركة الذين يحملون ١٠ % في الاقل من قيمة الاسهم المكتتب بها او من حصصها ، او لعضو مجلس الادارة او للمدير المفوض ان يقدموا طلبا لمسجل الشركات بتعيين مفتشا او اكثر لتفتيش اوضاع الشركة بناء على ادعاء مسبب كما للمسجل حق تعيين مفتش عند الضرورة دون طلب من اي جهة ^(٢)، ويجب على جميع المسؤولين في الشركة ان يقدموا للمفتش كل العون للاطلاع على ما يريد من سجلات الشركة والدفاتر والمستندات ، لتقديم تقريره المكلف به من قبل مسجل الشركات ^(٣)؛ ولذلك من الضروري ان يلتزم هؤلاء بواجب السرية.

وقد نظم قانون الشركات الاماراتي حق الاطلاع على البيانات والمعلومات الخاصة بالشركات التجارية لاسباب رقابية ؛ حيث نص على انه : ((مع مراعاة اختصاصات المصرف المركزي، للوزارة والهيئة والسلطة المختصة كل فيما يخصه حق مراقبة الشركات المساهمة والتفتيش على أعمالها ودفاتها أو أية أوراق أو سجلات لدى فروع الشركات وشركاتها التابعة داخل الدولة وخارجها أو لدى مدقق حساباتها أو لدى شركة أخرى ذات علاقة بالشركة محل التفتيش، ويجوز لها الاستعانة مع لجنة التفتيش بخبير أو أكثر من الجهات ذات الخبرة الفنية والمالية بموضوع التفتيش، للتحقق من قيامها بتنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له والنظام الاساسي للشركة، وللمفتشين طلب ما يرونه من بيانات أو معلومات من مجلس الإدارة أو الرئيس التنفيذي أو من المديرين بالشركة أو من مدققي حساباتها)) ^(٤).

(١) علي جمال الدين عوض : مصدر سابق ، بند ٨٨٣ - ٨٨٤ ، ص ٧٢٩ - ٧٣٠ ؛ صباح عريس عبد الرؤوف جمعة الدليمي : مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٢) المادة ١٤٠ والمادة ١٤١ من قانون الشركات العراقي المعدل .

(٣) د. لطيف جبر كومانى : مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

(٤) المادة ٣٣٣ من قنون الشركات الاماراتي لسنة ٢٠١٥ .

ففي الوقت الذي نص في قانون الشركات الاماراتي على حق المفتشين في الاطلاع على جميع بيانات ومعلومات سجلات الشركة ؛ الا ان القانون لم ينص على ضرورة الاحتفاظ بسرية وخصوصية هذه المعلومات ومدى مسؤولية هؤلاء .

وهناك من يمارس الرقابة المالية و يطلع بحكم وظيفته على اغلب بيانات ومعلومات الشركات المصرفية فضلا عن الشركات المالية الاخرى ، الا وهو مراقب الحسابات ، فما مدى تنظيم التشريع العراقي فضلا عن التشريعات المقارنة للالتزام مراقب الحسابات بسرية المعلومات والبيانات التي يطلع عليها ؟

تنص المادة ٢٤٧ من قانون الشركات التجارية الاتحادي الاماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ على : ((يلتزم مدقق الحسابات بالحفاظ على سرية بيانات الشركة التي اطلع عليها بسبب قيامه بمهام وظيفته لدى الشركة ، ولا يجوز له الكشف عنها للغير او للمساهمين الا في الجمعية العمومية ، والا وجب عزله وذلك دون الاخلال بالمسؤولية المدنية والجزائية عند الاقتضاء)) .

في حين تضمنت مجلة الشركات التونسية الزام مراقبو الحسابات وكذلك مساعدهم والخبراء بعدم إفشاء السر المهني بخصوص الوقائع والأعمال والمعلومات التي يحصل لهم العلم بها بسبب مباشرتهم لمهامهم ، ويجب على مراقبي الحسابات أن يلفتوا نظر الجلسة العامة إلى ما وقفوا عليه من مخالفات خلال تأدية مهامهم. وهم مطالبون أيضا بإعلام وكيل الجمهورية بما يبلغ إلى علمهم من أفعال مكونة لجرائم دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية من أجل إفشاء السر المهني^(١).

ولم نجد في قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ اي نص قانوني يلزم مراقب الحسابات بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات التي تكون في حوزته بمناسبة عمله ؛ الا ان قانون المصارف العراقي نص وبصورة صريحة على ان يتقيد مراجعو الحسابات بمتطلبات السرية المهنية والمصرفية بشرط ان لا يتحمل اي منهم مسؤولية قانونية عن افشاء معلومات سرية بشأن مصرف او عميل لمصرف بحسن نية الى البنك المركزي العراقي بمقتضى هذا القانون .^(٢)

الا انه من المفيد في اطار بحثنا خصوصا مع امكانية ان يكون مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني من غير المصارف ، التزام جميع مراقبي الحسابات سواء في المصارف ام في الشركات التجارية الاخرى بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني التي حصلوا عليها من خلال القيام بواجباتهم الرقابية ، وعدم اقتصار ذلك الالتزام على مراقبي حسابات المصارف .

وفي هذا الصدد يثار تساؤل بشأن حدود تطبيق النصوص القانونية المتقدمة على اي نوع من المصارف هل تشمل جميع المصارف ، سواء حكومية ام اهلية وهل يشمل ذلك المصارف العراقية ام الاجنبية معها ايضا ؟ بعد اجازة قانون المصارف العراقي للمؤسسات المصرفية الاجنبية بممارسة النشاط المصرفي في العراق ؟

استنادا الى هذا النص فإن المقصود بالمصارف هي المصارف الوطنية والاجنبية التي تعمل في العراق على حد سواء فنص المادة ٤٩ من قانون المصارف جاء مطلقا ولم يقيد مصرفا معينا وإنما ورد عاما لجميع المصارف الحكومية والاهلية عندما نصت على ((يحافظ المصرف على السرية ...)) ، فالمطلق يؤخذ باطلاقه مالم يقيد بنص، وندعم هذا الرأي بنص الفقرة اولا من المادة الثانية من تعليمات رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ الخاصة بتسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ التي تنص على: ((يقوم البنك المركزي العراقي بترخيص اي مصرف محلي او شركة مالية غير مصرفية واجازة اي فرع لمصرف اجنبي او فتح مكتب تمثيل له))

الفرع الثاني

(١) الفصل ٢٧٠ من مجلة الشركات التجارية التونسية الصادرة بقانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) المادة ٤٨ من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٤ .

المستفيد من واجب السرية

إن حرص مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني على حفظ اسرار بيانات ومعلومات المستخدم إنما هو لتعزيز ثقة المستخدم بالمُصدّر ، وهذا ما يؤدي إلى ازدهار نشاطات الدفع الالكتروني عن طريق زيادة عدد المتعاملين معه ، وانطلاقاً من ذلك فأن مستخدم وسائل الدفع الالكتروني هو الطرف الثاني للالتزام بالسّر ، بل هو المنتفع المباشر من كتمان السر لمصلحته ، سواء كان شخصاً طبيعياً ام معنوياً^(١).

وقد اطلق المشرع الاماراتي في نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني على المستفيد من السرية المصرفية " مستخدم ، عميل ، مستهلك " فكل من هذه المسميات تندرج تحت مفهوم المستفيد من وسائل الدفع الالكتروني وقد عرفه المشرع الاماراتي في هذا النظام على انه : ((اي شخص طبيعي او اعتباري يستخدم خدمة الدفع الالكتروني او اداة الدفع ، يقدمها موفر خدمة دفع مرخص بصفة دافع او مدفوع له))^(٢) والملاحظ على هذا التعريف ان المشرع الاماراتي سمح للأشخاص الاعتبارية امتلاك وسائل الدفع الالكتروني لإنجاز معاملاتها المالية الخاصة بنشاط هذه الأشخاص .

ولم يعرف القانون اللبناني في قانون السرية المصرفية او في قرارات حاكم مصرف لبنان المتعلقة بالعمليات المصرفية الالكترونية لاسيما قرار رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بقرار ٣٩٣ / لسنة ٢٠١٥ تعريفاً للعميل المستفيد من الالتزام بالسرية المصرفية .

ومن جانب اخر اصطلح عليه المشرع التونسي مصطلح "المنتفع" وعرفه بأنه : ((كل شخص يمتلك اداة تحويل الكتروني للأموال بموجب عقد مبرم مع المُصدّر))^(٣) .

وقد اطلق نظام خدمات الدفع الالكتروني على المستفيد من السرية مصطلح الزبون ؛ إذ تنص المادة ١٦/اولاً من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي على انه : ((يلتزم مزود خدمات الدفع الالكتروني بما يأتي : د- وضع التدابير المناسبة لحماية امنية وسرية المعلومات من الاختراق وحماية سجلات ومعلومات الزبائن ...)) ، ويرتبط بمفهوم الزبون اللجوء الإرادي لمستخدم وسائل الدفع الالكتروني للتعامل مع مزود - مُصدّر - هذه الوسائل ، حيث يعتد بإرادة الزبون - المستخدم - التعامل مع المزود وإرادة المزود للتعامل مع الزبون ، حيث أن الزبون إذا اتجهت إرادته إلى التعامل مع المزود والإفشاء إليه بأي معلومات مالية فإنه يتمتع على المزود الإفشاء بما أفضاه إليه الزبون^(٤) . اما الفقه فقد اختلف في مفهوم العميل المستفيد من الالتزام بالسرية المصرفية فمنهم من ضيق مفهومه ومنهم من وسع فيه . فالاتجاه الذي وسع من مفهوم العميل عرفه بانه كل شخص تعامل مع المصرف ولو بصورة غير مباشرة و أيا كان نوع وظروف التعامل^(٥) ؛ وقد يقترب من الاتجاه الاخير ما اخذ به قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في نص المادة ١٦٧ / خامسا التي تنص على انه : ((يقصد بلفظة عميل في حكم هذه المادة كل شخص له حساب عند المسحوب عليه وحصل منه على دفتر شيكات او كان من حقه الحصول على هذا الدفتر))؛ وقد ضيق اتجاه اخر من مفهوم

(١) خليل يوسف جندي الميرالي : المسؤولية الجزائية الناشئة عن الاعتداء على سرية الحسابات المصرفية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١ ؛ أ. محمد علي السرهيد : مصدر سابق : ص ٢٩ ؛ فتاح محمد حسين الجبلاوي : النظام القانوني للسرية المصرفية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين ٢٠٠٩ ، ص ٨١ .

(٢) المادة أ-١ / قاموس المصطلحات لنظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ .

(٣) الفصل الاول من قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي .

(٤) عبد القادر العطير : سر المهنة المصرفية في التشريع الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٦ ، ص ١٠٥ .

(٥) د. يعقوب يوسف صرخوة : سر المهنة المصرفية في القانون الكويتي - دراسة مقارنة - ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ص ٦٤ ، نقلا عن فتاح محمد حسين الجبلاوي : مصدر سابق ، ص ٨٢ .

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني

حيدر داود سلهان خلف

أ.م. زهن غازي جعفر

العميل من خلال تعريفه بأنه : الشخص الذي سبق له ان تعامل مع المصرف لدرجة ان هذا الاخير قد اصبح مطمئناً اليه وليس من تعامل معه بصورة عابرة^(١). ونرى في هذا الاطار ان كل من يستخدم وسائل الدفع الالكتروني يعتبر عميلاً او زبوناً مستفيداً من أنظمة سرية البيانات والمعلومات انطلاقاً من الهدف الرئيس الذي شرعت من اجله هذه الأنظمة الا وهو المحافظة على سرية العمليات المالية ومعلومات مستخدمي هذه الوسائل . اما فيما يتعلق بكيفية التزام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بسرية البيانات والمعلومات فتتم عن طريق مجموعة من الاجراءات والوسائل اهمها استخدام تكنولوجيا المعلومات لتأمين عدم الوصول الى هذه البيانات ، ومن خلال نظام تشفير مجموعة المعلومات المتعلقة بالعمليات المالية التي تتم عبر هذه الوسائل بحيث يقتصر امكانية رؤية محتوى محدد للمرسل والمستقبل لإتمام عملية الدفع الالكتروني ، كما يستخدم بالإضافة الى ذلك نظام شهادات التصديق الالكتروني لتأكيد تعامل العميل مع الطرف الآخر بامان^(٢) فالتجار ورجال الاعمال لن يستخدموا وسائل الدفع الالكتروني في تعاملاتهم المالية ما لم يكون لديهم حماية كافية لجميع المعلومات والبيانات الخاصة بهم سواء أكانت شخصية ، ام تلك التي تتعلق بمعاملاتهم المالية وتكون لهؤلاء المستخدمين ثقة كافية بأن هذه المعلومات والبيانات لن يساء استعمالها من قبل مُصدّر هذه الوسائل او عن طريق التلاعب ببياناتها اثناء انتقالها مع اجراء المعاملات الالكترونية من خلال حمايتها بأنظمة التشفير^(٣)

(١) د . الياس ناصيف : الياس ناصيف : الكامل في قانون التجارة ، عمليات المصارف ، ج٣ ، ط٢ ، منشورات البحر المتوسط ، ١٩٩٧ ، ص ٢٨٢ .

(2) SAMAHIR MOHAMMED ALI ABDULAH: Legal Risk Associated with Electronic Funds Transfer , A thesis submitted to Plymouth University , in partial fulfilment for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY , Plymouth Law School , 2014 , p.296 .

وعود كاتب الانباري : السداد الالكتروني ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع ، ٢٠١٠ ، ص ٢١٤ .

(٣) عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٧٦ .

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لواجب السرية في اطار الدفع الالكتروني

يراد بالنطاق الموضوعي للالتزام بالسرية المصرفية بصورة عامة محل هذا الالتزام الذي يجب على المصدر بمقتضاه ان يحافظ على سرية البيانات والمعلومات الخاصة بمستخدمي وسائل الدفع الالكتروني ، فما مضمون هذه المعلومات والبيانات ؟

ان البيانات والمعلومات الشخصية لمستخدمي وسائل الدفع الالكتروني لها علاقة مباشرة في منح المصدر تلك الوسائل للمستخدمين ، فالمصارف او المؤسسات غير المصرفية وقبل ان تصدر وسائل الدفع الالكتروني تقوم بأجراء تحريات دقيقة ومفصلة عن مسلك الشخص ومركزه المالي لتحصيل اكبر قدر ممكن من المعلومات والبيانات الشخصية لمن يرغب باستخدام هذه الوسائل ، وان قيام الشخص بتزويد المصدر بهذه المعلومات لا يعني انها انتقلت من السرية الى العلانية ؛ لذلك يجب على المصدر معاملة هذه المعلومات والبيانات بسرية تامة وعدم تسريبها الى شخص او جهة اخرى^(١).

حيث تدرج جميع هذه المعلومات في الحساب الذي سيفتحه مستخدم وسائل الدفع الالكتروني ، و تشترط المؤسسات المالية في بعض عقود الدفع الالكتروني امتلاك الزبون الذي يرغب باستخدام وسائل الدفع الالكتروني لحساب جاري وذلك لامكانية الوصول الى حسابه المصرفي على مدار ٢٤ ساعة في العمليات المالية الالكترونية التي يقوم بها^(٢)؛ وبعد إبرام عقد الدفع الالكتروني يلتزم مصدر وسائل الدفع الالكتروني بالحفاظ على جميع المعاملات المالية التي تتم عبر هذه الوسائل والحفاظ على هويته وحجب المعلومات الخاصة بالعمليات المالية عن الغير الذي لم يكن طرفاً في هذه المعاملة ، إضافة الى الحفاظ على سرية جميع المعلومات والبيانات الخاصة بالمستخدم عن الجهات التي يتعامل معها مستخدم وسائل الدفع الالكتروني^(٣).

وقد أوجب المشرع الاماراتي في نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني على موفر خدمات الدفع التعامل مع كافة بيانات هوية المستخدم وسجلات المعاملات بسرية تامة ولا يجوز الافصاح عنها^(٤).

في حين الزم مصرف لبنان المركزي الجهة المصدرة لوسائل الدفع الالكتروني ، مع مراعاة المبادئ الخاصة بقانون سرية المصارف اللبناني ، عدم اعطاء معلومات عن حساب العميل الا لقاء موافقة خطية صريحة ومسبقة^(٥). في الوقت الذي اوجب فيه قانون سرية المصارف اللبناني مديري ومستخدمي المصارف بالمحافظة على سرية قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية^(٦) وقد اكتفى قانون التحويل الالكتروني للاموال التونسي على الزام المصدر بالحفاظ على سرية الرموز

(٢) د.عبد الفتاح بيومي حجازي : مصدر سابق ، ص ٢٣٢ .

(٢) شروط طلب بطاقة الماستر كارد / والفيزا كارد من مصرف اشور الدولي - العراق - متاح على الموقع الرسمي للمصرف على الرابط الاتي :

<http://www.ashurbank.com/ar/content/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B7%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA> تاريخ الزيارة ١٤ / ٢ / ٢٠١٧ . وشروط طلب بطاقات الدفع الالكتروني - فيزا كارد ، و ماستر كارد - من المصرف الاهلي العراقي : متاح على الموقع الخاص بالمصرف على الرابط الاتي:

<https://www.nbirq.com/ar/personal/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B7%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA> تاريخ الزيارة ١٥ / ٢ / ٢٠١٧ .

(٣) ناهدة فتحي الحموري ، الاوراق التجارية الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٩ . ص ١٩٣

٤ المادة د - ٦-١ من نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني لسنة ٢٠١٧ .

(٥) المادة ٨ / ٢ من قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفي بالوسائل الالكترونية رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المعدل .

(٦) المادة (٢) من قانون سرية المصارف اللبناني .

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني

حيدر داود سلهاان خلف

أ.م. زهن غازي جعفر

السرية الخاصة بوسائل الدفع الالكتروني^(١)؛ فالبيانات والمعلومات التي يجب ان يحافظ المزود على سريتها وفقا للقانون اللبناني عبارة عن البيانات والمعلومات المتعلقة بحساب العملاء ومعاملاتهم المالية التي تمت بوسائل الدفع الالكتروني المدرجة في هذه الحسابات .

وفي الوقت الذي الزم نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي المُصدّر بالحفاظ على سرية المعلومات الخاصة بالمستخدم ؛ بيد انه لم يُشر الى ماهية البيانات والمعلومات التي يلتزم المزود بسريتها^(٢)، وبالرجوع الى قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٤ ، الذي نظم الالتزام بالسرية بشكل تفصيلي ، نجد ان المادة ٤٩ منه تنص على : ((يحافظ المصرف على السرية المصرفية فيما يتعلق بجميع حسابات العملاء وودائعهم وخزائنها لديه ...)) .

وبناء على ما تقدم يكون مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني ملزم بالحفاظ على سرية المعاملات المالية الخاصة بالمستخدم وعدم افشاء اي معلومات او بيانات تبين مركزه المالي او التجاري للغير ، كما يلتزم مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بالالتزام بسرية البيانات الشخصية المتعلقة بهوية مستخدميه هذه الوسائل وأية بيانات تعريفية وعدم اظهارها للغير ، كما وتمتد مسؤولية المُصدّر عن سرية المعلومات والبيانات التي تم تبادلها بين كل من المُصدّر والمستخدم في الفترة السابقة على التعاقد^(٣)

وقبل ختام هذا المطلب نجد أهمية ان نبحث في الآلية القانونية لحماية الرقم السري لوسائل الدفع الالكتروني ، لما للإشكالات المتعلقة به لاسيما المتعلقة بكيفية تسليم هذا الرقم للمستخدم واسلوب حمايته والاجراءات التي يمكن ان يتلافى بها المستخدم فقده او التلاعب به من قبل الغير^(٤) .

فالرقم السري عبارة عن ارقام تم اعدادها من قبل الجهة المُصدّرة لوسائل الدفع الالكتروني لتكون شفرة تحتوي على رقم سري لا يعرفه سوى الزبون ومن اصدّره ، ويعتبر وسيلة آمنة لتحديد هوية الشخص الذي يستخدم وسائل الدفع الالكتروني^(٥)، او هو رقم التمييز الشخصي لحامل وسيلة الدفع الالكتروني الذي يتكون من اربعة ارقام لا يظهر على البطاقة وانما يسلم الى المستخدم في ظرف مغلق عندما يستلم البطاقة الالكترونية ، من خلاله تتعرف الآلة الالكترونية الخاصة بعملية الدفع او السحب على حساب صاحب البطاقة^(٦) .

وعند إبرام عقد الدفع الالكتروني بين مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني وبين مستخدمها يلتزم المُصدّر عندما يقدم وسيلة الدفع بالمحافظة على سرية الرقم السري الخاص ببطاقة الدفع ، ويلتزم المُصدّر بأخذ الحيطة والحذر عندما يسلم الرقم السري للمستخدم حتى لا يتذرّع مستخدم وسيلة الدفع بإهمال مُصدّر وسيلة الدفع اذا ما تم افشاء هذا الرقم^(٧) . إذ يعتبر ادخال المستخدم للرقم السري في اجهزة الصرف بمثابة أمرا للمصرف بدفع المبلغ المطلوب وهو تحويل بقيد هذا المبلغ في حساب المستخدم المدين .^(٨)

(١) الفصل الخامس من قانون التحويل الالكتروني للاموال التونسي لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) المادة ١٦ / اولا من نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي التي ألزمت مزود خدمات الدفع الالكتروني بالمحافظة على سرية وامن معلومات الزبون وفقا للقوانين ذات العلاقة .

(٣) د. مصطفى العجاردة : مصدر سابق ، ص ٢٦٦ .

(٤) حيث ضبّطت السلطات الاردنية المختصة بالجرائم المعلوماتية قيام احد الاشخاص باختراق حساب احد عملاء المصارف الالكتروني وسحب كل بياناته ومعلوماته السرية ، وقد اعترف بأنه تمكن من خلالها بالقيام بعمليات كبيرة من الشراء عبر الأنترنت : علي أحمد عبد الزعبي : حق الخصوصية في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٧ .

(٥) سلوى عبد الجبار عبد القادر : اثر استخدام التوقيع الرقمي في العمليات المصرفية الالكترونية ، مجلة دراسات محاسبية محاسبية ومالية ، المجلد الثامن ، العدد ٢٢ ، الفصل الاول لسنة ٢٠١٣ - بغداد ، ص ٣٢٢ .

(٦) د. جميل عبد الباقي : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة : دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ٢٠٠٣ ، ص ١٤ - ١٥ .

(٧) د. نواف حازم خالد : الحماية المدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، مجلد ٢ ، ٢٠١٣ ، ص ٨٩ .

(٨) نهى خالد عيسى : الاحكام القانونية الخاصة ببطاقة الائتمان الالكترونية ، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، النجف الاشرف الاشرف ، العدد ٢٢ ، ٢٠١٣ ، ص ٥٣١ .

وقد حرصت التشريعات والأنظمة الخاصة بوسائل الدفع الالكتروني بتوفير الحماية القانونية لسرية المعاملات والمعلومات التي يقوم بها مستخدم وسائل الدفع الالكتروني ، الا ان اغلبها لم ينص بصورة صريحة على التزام مُصدّرِها بالمحافظة عليه وتسليمه بعناية للمستخدم الا فيما يتعلق بالمشروع التونسي الذي اوجب على المُصدّر بموجب الفصل (٥) من قانون التحويل الالكتروني للاموال لسنة ٢٠٠٥ بضمان المحافظة على الرقم السري للمستخدم .

اما المشروع العراقي فإن نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي عالج في المادة ١٦ المشار اليها التزام مزود خدمات الدفع الالكتروني بصورة عامة من خلال وضع التدابير المناسبة لحماية امنية وسرية المعلومات من الاختراق ؛ الا انه لم يتطرق لحماية الرقم السري الخاص بوسائل الدفع.

ونرى عدم كفاية هذا النص لحماية سرية الرقم السري ، ؛ فلا بد من وجود التزام صريح على المُصدّر بالمحافظة على الرقم السري خاصة اثناء تسليمه للمستخدم ، حيث يمنع الاخير من التذرع بإهمال المصدر في المحافظة على هذا الرقم عند التسليم ، ويسد باب الكثير من الاشكالات القانونية المترتبة على فقده او التلاعب به .

وبعد التزام المُصدّر بالمحافظة على سرية الرقم السري قائما على اساس حسن نية المستخدم من جهة ^(١) ، حيث يلتزم المُصدّر باعطاء الرقم السري للمستخدم ويلتزم كل من المُصدّر والمستخدم بالمحافظة عليه ، ويسلم هذا الرقم داخل المؤسسة المالية المُصدّرة لوسائل الدفع او احد فروعها ، ويجب على المستخدم عند تسلم الرقم السري ان يوقع على ورقة يقر بموجبها بتسلمه الرمز بصورة سليمة ^(٢) . إذ يعتبر التزام المُصدّر إضافة الى كونه قانونيا فهو التزاما مهنيا واخلاقيا ؛ لأنه عنصرا اساسيا في الحفاظ على سمعة المصرف التجارية ^(٣) ؛ الا ان ذلك الالتزام الملقى على عاتق المُصدّر لا يعني افلات مستخدم البطاقة من قيامه بكافة الاجراءات الوقائية التي تهدف الى المحافظة على سرية هذا الرقم ؛ إذ ان من اهم التزامات مستخدم وسائل الدفع الالكتروني تجاه المُصدّر هو المحافظة على الرقم السري للبطاقة ^(٤) .

وتتلخص الإجراءات الوقائية للمحافظة على الرقم السري من قبل المستخدم ، ان لا يقوم بكتابة هذا الرقم على اي مستند سواء على البطاقة نفسها ام على ورقة منفصلة بل يجب على المستخدم ان يحفظ هذا الرقم غيبا ويحتفظ بالورقة المدون فيها الرقم السري في مكان امن او يتلفها ، وان لا يقوم المستخدم بلفظ او تكرار هذا الرقم امام شخص مهما كانت درجة قرابته له ، إذ تعتبر وسيلة الدفع الالكتروني ذات طابع شخصي ، وان يحرص على عدم مشاهدة اي احد لأسلوب ادخال الرقم السري سواء في اجهزة الصراف الالي او اجهزة الكاشير او نقاط البيع المباشر ^(٥) ، أما اذا أخل المستخدم بهذه الاجراءات وسمح لغيره ان يتعرف على الرقم السري للبطاقة فضلا عن السماح لهم بحملها ، فانه يكون في هذه الحالة مسؤولا عن كل الاثار التي تترتب على ذلك ^(٦) .

اما عن اجراءات الامان التي يجب على المُصدّر ان يقوم بها للحفاظ على الرقم السري تتمثل بتزويد وسائل الدفع الالكتروني بإجراءات امان عند ادخال المستخدم البطاقة سواء في اجهزة الصراف الالي ام في اجهزة البيع المباشر ، وتتمثل هذه الاجراءات بإلغاء فعالية البطاقة ، بعد ادخال رقم سري خاطئ لثلاث مرات ؛ لحظر الاستخدام غير الشرعي للبطاقة وعدم تفعيلها من جديد الا بعد تأكد المصدر من

(١) محمد حسين منصور : المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٩ .

(٢) فيصل محمد عبد : عقد بطاقة الائتمان - دراسة مقارنة - مجلة رسالة الحقوق السنة السابعة ، العدد الثاني ٢٠١٥ ، ص ٢٨٢ .

(٣) أ. شيماء فوزي احمد : التنظيم القانوني للنقود الالكترونية ، مجلة الراغبين للحقوق ، المجلد ١٤ ، العدد ٥٠ ، السنة ١٦ ، ص ١٩٤ .

(٤) نهى خالد عيسى : مصدر سابق : ص ٥٤٢ .

(٥) د . امجد حمدان الجهني : المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١٠ ، ص ٢٢١ .

(٦) فيصل محمد عبد : عقد بطاقة الائتمان - دراسة مقارنة - مجلة رسالة الحقوق السنة السابعة ، العدد الثاني ٢٠١٥ ، ص ٢٨٥ .

حامل البطاقة .^(١) ولتعزيز حماية الرقم السري لوسائل الدفع الالكتروني يجب على مُصدِّريها دعم بطاقة الدفع الالكتروني ببرامج حماية ويتم ذلك من خلال أنظمة التشفير، فالتشفير هو عملية الحفاظ على سرية المعلومات باستخدام برامج لها القدرة على تحويل وترجمة تلك المعلومات الى رموز^(٢)، بحيث لا يستطيع احد اختراق نظام البطاقة، بالإضافة الى اهمية الحماية التشريعية الخاصة بالرقم السري من خلال اتباع تعليمات معينة تؤمن له وللمُصدِّر استخدام وسائل الدفع الالكتروني بصورة سليمة .^(٣) وهو ما عمل عليه مصرف آشور الدولي في العراق، حيث اوجب على المستخدم في حالة فقدانه لرقم البطاقة السري، بغض النظر عن سبب الفقدان، سواء كان بسبب اهماله في المحافظة على الرقم ام لا، كما في حالة عدم استجابة البطاقة للرقم السري الخاص بها، إذ يتوجب على حامل البطاقة ان يقوم بمراجعة المصرف او احد فروعه للقيام بإصدار رقم سري جديد، بعد التأكد من هويته، حفاظاً على سرية هذا الرقم^(٤).

وفي هذا الصدد لم ينص المشرع الاماراتي في نظام الاطار الرقابي للنظم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني عن التزام المُصدِّر بوضع الية معينة لسرية الرقم السري بصورة صريحة، الا انه أثار في المادة د - ٤ - ١٠ منه على الزام موفر خدمات الدفع الالكتروني من ان يتحقق من ان المستخدم يمتلك وسائل فعالة لأخطار موفر خدمات الدفع في حالة تعرض وسيلة الدفع للفقدان او السرقة، وكان من الافضل ان يتضمن النص معالجة حالة فقدان الرقم السري خاصة وان هذا الرقم يكون منفصلاً عن البطاقة لأنه لا يكتب عليها وانما يكون موجوداً في ذهن حامل البطاقة من حيث الاصل^(٥). وقد حسم المشرع التونسي كما اشرنا له سابقاً في قانون التحويل الالكتروني للأموال هذا الاشكال من خلال نصه : ((على المُصدِّر ان يضمن سرية الرمز او الرموز الممنوحة للمنتفع))^(٦). وفي الوقت نفسه منع المشرع التونسي مستخدم وسائل الدفع الالكتروني من تدوين المعرف الشخصي او اي رمز اخر بطريقة تسهل اكتشافه ولاسيما على اداة التحويل الالكتروني للأموال نفسها او على الاشياء والمعدات والوثائق التي يتولى حفظها او حملها مع الاداة^(٧).

وتجدر الاشارة الى ان اهتمام اغلب التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية بسرية الرقم السري للبطاقة ينبع من ادراك المشرع لخطورة التلاعب بهذه المعلومات من قبل الغير، خاصة بعد تمكن بعض الهواة او المحترفين من امكانية الحصول على هذه الارقام بوسائل وطرق مختلفة لكي يستخدموها في الحصول على السلع والخدمات وخضم قيمتها من المستخدم الاصيل لها^(٨).

(١) د. احمد سفر : أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات احلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٧٠.
(٢) ندى بدر جراح : تقنيات التشفير في التبادل التجاري الالكتروني، مجلة ميسان للدراسات الاكاديمية، المجلد السابع العدد ١٤، ٢٠٠٩، ص ١٩٤.

(٣) د. باسم علوان العقابي، د. علاء عزيز الجبوري، د. نعيم كاظم جبر : النقود الالكترونية ودورها في الوفاء بالالتزامات التعاقدية، بحث قانوني منشور في مجلة جامعة اهل البيت، العدد السادس، ٢٠٠٨، ص ٩٨.

(٤) تعليمات اصدار بطاقات ماستر كارد من مصرف آشور الدولي - العراق، متاح على الموقع الخاص بالمصرف على الرابط الاتي :

<http://www.ashurbank.com/ar/content/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B7%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA> تاريخ الزيارة ١٥ / ٢ / ٢٠١٧.

(٥) وجدير بالذكر ان مشروع قانون تنظيم المعاملات الالكترونية اللبناني قد الزم الجهة المُصدِّرة للبطاقة المصرفية ان تسلم صاحب البطاقة المصرفية معلومات التعريف التي تخوله استعمالها - اي الرقم السري - مع ضمان سرية هذه المعلومات. كما تضمنت المادة ٤٢ منه الزام صاحب البطاقة باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لحماية البطاقة ومعلومات التعريف التي تتيح استعمالها؛ نص المادة ٤١ من مقترح قانون تنظيم المعاملات الالكترونية اللبناني المشار اليه سابقاً.

(٦) الفصل ٥ من قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي.

(٧) الفصل ٩ من القانون السابق ذكره.

(٨) لتفاصيل اكثر عن طرق هؤلاء المحترفين في الحصول على الرقم السري لوسائل الدفع الالكتروني : د. امجد حمدان الجهني : جرائم بطاقة الدفع الالكتروني عبر شبكة الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر المعاملات الالكترونية من ١٩ الى ٢٠ مايو ٢٠٠٩، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص ٧٧٦ - ٧٨٢.

المبحث الثالث : الاستثناءات التي ترد على واجب السرية في اطار الدفع الالكتروني .
أسلفنا سابقا ان الغاية التشريعية من القواعد القانونية الخاصة بالسرية المصرفية هي حماية مصلحة مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني من جهة ، وتحقيق المصلحة العامة المتمثلة بتعزيز ثقة العملاء الوطنيين منهم والاجانب بالمؤسسات المصرفية مما يجعل المصارف موضع ثقة جميع العملاء مما يساهم في جذب اكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الذي يساهم بدوره بدعم النظام المالي والاقتصادي للدولة ؛ الا ان السؤال الذي يطرح هنا ، هل هنالك استثناءات ترد على التزام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بسرية البيانات والمعلومات الخاصة بالمستخدم ؟
سنتناول مدى وجود الاستثناءات التي ترد على سرية بيانات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني في ظل القوانين المقارنة وعلى النحو الاتي :

المبحث الثالث

الاستثناءات التي تقتضيها طبيعة العمل في المصارف

تنص المادة (٥١) من قانون المصارف العراقي النافذ على انه : ((الاستثناءات - التي ترد على التزام المصارف بالسرية المصرفية - أ- اداء الواجبات المسندة الى مراقبي الحسابات الذين يعينون من قبل المصرف او من قبل البنك المركزي العراقي ... و- افشاء المصرف لكل او بعض المعلومات الخاصة بمعاملات العميل لاثبات مطالباته في نزاع قضائي بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات))

إذ يبين لنا النص المتقدم ان افشاء المصارف للبيانات والمعلومات الخاصة بالعملاء لا يعتبر اخلاصاً بواجب السرية المصرفية في حالة تقديمها لاجراض تنفيذ واجبات مراقبي الحسابات او الجهات الرقابية الاخرى كمفتشي المصارف ، في الوقت الذي يلتزم فيه هؤلاء المراقبين بسرية جميع المعلومات التي يطلعون عليها بمناسبة واجبه الرقابي^(١).

كما واجازت المادة (٣٩) من ذات القانون للمصارف ان تنشئ نظاماً تعاونية وبيوت مقاصة لتحويل الأموال ولتسوية الحسابات وادوات الدفع فيما بين المؤسسات المالية الاخرى ويجوز للبنك المركزي ان يضع قواعد واجراءات لتحكم القيام بهذه الانشطة .

وعلى هذا الاساس فإن الاستثناءات التي حددها القانون العراقي في هذا الصدد اما ان تكون متعلقة بواجبات الرقابة على المصارف، او لتبادل المعلومات بين مجموعة من المصارف وفقاً لقانون المصارف ؛ وسنوضح الاستثناءات التي نص عليها قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٤ ونرى موقف التشريعات المقارنة منها وكما يلي:

الفرع الاول

الاستثناءات المتعلقة بواجبات الرقابة على المصارف

لا يجوز وفق احكام قانون المصارف التمسك بالسرية المصرفية في مواجهة البنك المركزي او مراقبي الحسابات على حد سواء ، حيث يكون للبنك المركزي العراقي ان يفرض على اي مراجع حسابات ان يقدم اليه اي معلومة يعتبرها البنك المركزي مهمة وضرورية بالنسبة له ، او ان يقدم له تقريراً عن النظم المالية والمحاسبية للمصرف وضوابطه الداخلية^(٢).

كما اجاز القانون الاماراتي في اطار النظام الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني لسنة ٢٠١٧ الى امكانية الافصاح عن البيانات والمعلومات المحمية بالسرية المصرفية لكل من المصرف المركزي الاماراتي ولأي سلطة رقابية اخرى بشرط موافقة المصرف المركزي على امكانية اطلاعها على معلومات وبيانات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني^(٣).

ولم ينص قانون سرية المصارف اللبناني على جواز اطلاع مصرف لبنان المركزي او مراقبي الحسابات استثناء على معلومات وبيانات العملاء السرية ، الا ان المادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف اللبناني الذي صدر بمرسوم رقم ١٣٥١٣ بتاريخ ١٩٦٣/٨/١ التي اجازت لمراقبي الحسابات في مصرف لبنان المركزي ان يطلبوا من المصارف اسماء العملاء متى كانت حساباتهم مدينة مع تفيدهم بواجب السرية المصرفية^(٤).

(١) ألزمت الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من قانون المصارف العراقي مراقبي الحسابات بسرية البيانات والمعلومات التي يتم الكشف عنها من قبلهم لتنفيذ عملهم الرقابي .

(٢) مضمون نص المادة ٤٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ .

(٣) المادة د - ٦ - ١ / ب من نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ .

(٤) المادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف وانشاء المصرف المركزي اللبناني ، مرسوم رقم ١٣٥١٣ - صادر في ١٩٦٣/٨/١ المعدل ١٩٦٣/٨/١ .

في حين لم يشر قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي لسنة ٢٠٠٥ الى الاستثناءات التي ترد على الالتزام بالسرية المصرفية حيث انه اكتفى بالإشارة الى ضمان المُصدّر سرية الرمز او الرموز الممنوحة للمنتفع^(١).

ويرى جانب من الباحثين ضرورة ان يتم اطلاع الجهات الرقابية على المعلومات والبيانات محل السرية في مقر المصرف فلا يسمح لهم بنقل ملفاتهم وبياناتهم وسجلاتهم المالية الى جهة اخرى ولأشخاص تم تخويلهم رسميا من الجهات الرقابية المعنية ، فإذا تم ذلك لا يجوز للمصرف التمسك تجاه هذه الجهات بالسرية المصرفية^(٢).

الفرع الثاني

تبادل المعلومات الائتمانية لمستخدمي وسائل الدفع الالكتروني بين المصارف

يتم تبادل المعلومات الائتمانية لمستخدمي وسائل الدفع الالكتروني بين المصارف لغايات مختلفة اهمها ان مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني قد يحتاج بعض المعلومات الموثوقة عندما تتعامل مع زبون مبهم من حيث ملاءته المالية خاصة اذا كان الزبون يطلب من المُصدّر بطاقات ائتمان قرضيه قائمة على الثقة والملاءة المالية ، ولذلك اقتضت طبيعة عمل مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني أن تتعاون فيما بينها في مجال تبادل المعلومات المتعلقة بعملائها لكي يتسنى لها اتخاذ القرار المناسب عند تقديم طلب بطاقات الائتمان من قبل الزبون ؛ أذ ان تبادل المعلومات بين المُصدّرين يصب في مصلحتهم أولا من خلال توفير قدر معتد به من المعلومات الائتمانية عن العميل قبل منحه مثل هذه البطاقات او التسهيلات المصرفية الالكترونية الاخرى ، مما يساعد في خلق اجواء من الثقة واطمئنان المُصدّرين للعملاء^(٣).

حيث لا يعتبر خرقا للسرية المصرفية قيام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بتزويد مصرفا اخر بمعلومات خاصة بمستخدم وسيلة الدفع الالكتروني لان تبادل المعلومات والبيانات الخاصة بالعملاء بين المصارف المخولة من قبل البنك المركزي لا يتخطى قواعد السرية المصرفية ، اذ تبقى هذه المعلومات والبيانات محمية بقواعد السرية المصرفية^(٤).

كما لزم البنك المركزي العراقي المصرف المستفيد من الحصول على هذه المعلومات بالتوقيع على اتفاق او تعهد للحفاظ على سرية او امن المعلومات وتقارير الائتمان الخاصة بالزبون – مستخدم وسائل الدفع الالكتروني – إضافة الى اسم المستخدم وكلمة المرور^(٥). ولم نجد في نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ فضلا عن النظم الصادرة عن مصرف الامارات العربية المركزي اشارة الى هذا الاستثناء^(٦).

(١) الفصل ٥ من قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) د. زينة غانم عبد الجبار الصفار : د. زينة غانم عبد الجبار الصفار : الاسرار المصرفية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٢٤٥ .

(٣) د. عبد الحميد الشواربي و محمد الشواربي : ادارة مخاطر التعثر المصرفي من وجهتي النظر المصرفية والقانونية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية - ٢٠٠٧ ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

(٤) المادة ٣٩ / ١ ، ٢ من قانون المصارف العراقي ؛ سميحة القيلوبي : مصدر سابق ، ص ٩٨٠ .

(٥) الفقرة أ / ١ من المادة التاسعة من تعليمات تبادل المعلومات الائتمانية لسنة ٢٠١٤ الصادرة عن البنك المركزي العراقي في ٢١ / ١٠ / ٢٠١٤ . ، في حين اجازت المادة ٦ من قانون سرية المصارف اللبناني ١٩٥٦ للمصارف ان تتبادل في ما بينها فقط وتحت طبع السرية المعلومات المتعلقة بحسابات زبائنها المدينة .

(٦) للتأكد من ذلك يرجى مراجعة جميع الأنظمة المصرفية المنشورة في الموقع الرسمي لمصرف الامارات العربية المتحدة المركزي على الرابط الاتي : <http://www.centralbank.ae> تاريخ اخر زيارة في ٤ / ٣ / ٢٠١٧ .

المطلب الثاني

الاستثناءات المقررة للمصلحة العامة

ان منع السلطات العامة بمختلف انواعها بناء على طبيعة عملها الذي تنشد تحقيق المصلحة العامة من الكشف عن البيانات والمعلومات المحمية بالسرية قد يؤدي الى عرقلة عملها ، كما انه قد يؤدي إلى إن تصبح المصارف ملاذا آمناً للأشخاص الذين يرغبون في حجب المعلومات المتعلقة بمعاملاتهم المالية عن سلطات الدولة المعنية اما للهروب من الضرائب أو لأعمال غسيل الأموال ، ولذلك نصت التشريعات المقارنة إضافة الى التشريع العراقي باستثناء بعض الجهات من بمبدأ السرية ، ومن اهم هذه الجهات السلطات القضائية ، والسلطات المعنية بمكافحة غسيل الأموال ، وسنبين ذلك كما يلي :

الفرع الاول

تسوية النزاعات القضائية

ولهذا الاستثناء القانوني اهمية كبيرة في احقاق العدالة وتمكين المصرف او العميل من الدفاع عن نفسه ، فليس من العدالة ان يقف واجب السرية المصرفية حائلاً دون إيفاء المصرف حقوقه ومصالحه والعكس صحيح بالنسبة لمصلحة العميل ^(١)، وقد اخذ كل من المشرع العراقي ^(٢) و المشرع الاماراتي ^(٣) واللبناني ^(٤) بهذا الاستثناء ، دون ان يأخذ به المشرع التونسي؛ ويشترط لترتيب اثار هذا الاستثناء الاستثناء واعفاء مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني من مسؤولية أفضاء المعلومات المتعلقة بمستخدم هذه الوسائل ان يكون هناك نزاع قضائي بين المُصدّر والمستخدم ، بغض النظر عن نوع المحكمة التي تنظر النزاع او درجتها وسواء كانت متخصصة بالمسائل الجنائية ام المدنية ^(٥). ويشترط للاخذ بالاستثناء المتقدم ان يكون الكشف عن المعلومات بناء على قرار من جهة قضائية مختصة او من المدعي العام في خصومة قضائية قائمة ^(٦) ، كما يشترط ان يتم الكشف عن البيانات و المعلومات التي لها علاقة مباشرة بالنزاع وبالقدر الذي يقتضي للدفاع عن حقوق المُصدّر او المستخدم ^(٧)

ومن المهم ان نشير الى انه في حالة امتلاك العميل حسابان او اكثر لدى المُصدّر ونشأ نزاع قضائي بشأن احد هذه الحسابات مع المُصدّر ، فان استثناء الالتزام بالسرية لا يشمل سوى الحساب الذي نشأ بشأنه النزاع القضائي قياساً على نص المادة ٢٤٥ من قانون التجارة العراقي بقولها ((اذا تعددت حسابات المودع في مصرف واحد او في فروع مصرف واحد اعتبر كل حساب منهما مستقلاً عن الآخر ما لم يتفق على غير ذلك))؛ الا ان التساؤل الذي يمكن ان يطرح هنا ، في حالة لو عرض النزاع بين مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني وبين مستخدم هذه الوسائل على هيئة تحكيمية لتسوية هذا النزاع فهل تشمل النصوص المتقدمة استثناء عرض النزاع على هيئات التحكيم من السرية المصرفية ام الاقتصار على الجهات القضائية العامة حصراً ؟

(١) د. سميحة القليوبي : مصدر سابق ، ص ٩٧٥ - ٩٧٦ .

(٢) الفقرة ٥١ من المادة ٥١ من قانون المصارف العراقي .

(٣) الفقرة ٦- ١ - ب / ٤ من نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ التي تنص على : ((ب- يتم التعامل مع هذه البيانات بسرية ، ولا يجوز الافصاح عنها الا : ٤ بموجب أمر قضائي صادر عن محكمة مختصة ...)) .

(٤) المادة ٢ ، ٣ من قانون سرية المصارف اللبناني . ، وقد اخذت بهذا الاستثناء قوانين اخرى كما في المادة ٥ / ثانياً / هـ من المرسوم التشريعي رقم ٣٠ لعام ٢٠١٠ الخاص بالسرية المصرفية السوري، كما اخذت به المادة ٧٤ / هـ من قانون البنوك الاردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ .

(٥) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠ .

(٦) المادة (٤٩) من قانون المصارف العراقي.

(٧) د. سميحة القليوبي: مصدر سابق ، ص ٩٧٥ .

اختلف الباحثين في هذا الصدد ، اذ يرى جانب منهم وجوب الاخذ بروح النص وليس بحرفيته لكي يشمل النزاع المنصوص عليه قانونا النزاع المعروض على هيئة تحكيمية لان التحكيم من جهة لا يتم الا برضا العميل فمن باب اولى شموله بالاستثناء خاصة وأن السرية مقررة لمصلحة العميل^(١) ؛ الا ان هناك من يرى خلاف ذلك ، حيث ان المشرع عندما استعمل عبارة نزاع قضائي لم يكن يقصد ان جهة اخرى خارج المؤسسة القضائية ، وأن القول بشمول هذه العبارة وتطبيقها على المنازعات المعروضة على التحكيم يؤدي الى تحميل النص اكثر مما يحتمل^(٢) ، ونرى برجحان هذا الرأي الذي يقوم على الالتزام بحدود النص القانوني .

الفرع الثاني

الاستثناءات المقررة للسلطات المعنية بمكافحة غسيل الأموال

غسيل الأموال : كل نشاط يقوم به شخص مستهدفا اضعاف الصفة الشرعية على الأموال المتحصلة بطريقة غير مشروعة لتطهير تلك الأموال من عدم المشروعية من خلال استثمارها في اغراض مشروعة^(٣)؛ ويعد مُصدّرو وسائل الدفع الالكتروني من أهم المؤسسات المالية التي يجري استغلالها في عمليات غسيل الأموال^(٤)؛ وذلك لسهولة تحويل الأموال من دولة الى أخرى من خلال نظم الدفع الالكتروني ، فضلا عن الاستفادة من نظام السرية المصرفية المعمول به في العديد من الدول لاسيما العراق والذي يسهل من هذه العمليات المنوعة^(٥) ؛ لذلك يفترض الموازنة بين واجب السرية وبين افشاء البيانات لاغراض التحري عن مصادر الاموال والعمليات المالية المشبوهة^(٦) ؛ لذلك فإن السؤال السؤال الذي يطرح هنا ، ما هي الآلية القانونية التي اعتمدها المشرع العراقي فضلا عن التشريعات المقارنة في التوفيق بين نظام سرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني وبين نظام مكافحة عمليات غسيل الأموال ؟

اجاز المشرع الاماراتي في نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي بصورة صريحة لموفري وسائل الدفع الالكتروني معالجة او تقاسم البيانات الشخصية الموفرة لديهم عن طريق المستخدمين اذا كان هذا التبادل في المعلومات لازما وفقا لأحكام قوانين مواجهة غسيل الأموال^(٧) ، ويتم ذلك من خلال " وحدة المعلومات المالية " التي انشأها المصرف المركزي الاماراتي لمواجهة غسل الأموال والحالات المشبوهة ، حيث ترسل لها تقارير المعاملات المالية المشبوهة لاسيما التي تتم بوسائل الدفع الالكتروني ، من كافة المنشآت المالية والتجارية والاقتصادية ذات الصلة ، وعلى هذه الجهة ان تضع المعلومات المتوفرة لديها تحت تصرف جهات تطبيق القانون تسهيلا للتحقيقات التي تقوم بها ، ويمكن لهذه الوحدة ان تتبادل مع الوحدات المشابهة في الدول الاخرى معلومات تقارير الحالات المشبوهة عملاً بالاتفاقيات الدولية التي تكون الامارات طرفاً فيها أو بشرط المعاملة بالمثل^(٨)؛ كما والزم مصرف لبنان المركزي جميع المؤسسات المالية التي تقدم خدمات الدفع الالكتروني بتزويد هيئة التحقيق الخاصة بعمليات غسيل الأموال عن اي عمليات مالية تتم عبر وسائل الدفع

(١) محمد علي السرهيد : مصدر سابق ، ص ١١٩؛ د. زينة غانم عبد الجبار الصفار ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

(٢) دانا حمه باقي عبد القادر : مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٣) د. معتصم فلاح عنيزات : جريمة غسل الاموال ، السواقي العلمية للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٥، ص ٤١ ؛

(٤) القاضي احمد سفر : جرائم غسيل الاموال وتمويل الارهاب في التشريعات العربية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٥ .

(٥) القاضي د. احمد سفر ، المصارف وتبييض الأموال ، تجارب عربية واجنبية ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠١، ص ٢٥؛ د. محمود محمد سعيان : تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة عمليات غسيل الاموال ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ٤٩ ؛ هاني عيسوي السبكي : غسيل الاموال ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٥ ، ص ١٧٤ .

(٦) محمد عبد ابو سمرة : جريمة غسيل الاموال: دار الراجحة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ٦١ .

(٧) الفقرة د - ١ - ب / ٤ من نظام الاطار الرقابي للقيم المخزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ .

(٨) قانون اتحادي رقم ٤ في شأن تجريم غسل الأموال الاماراتي الصادر بتاريخ ١/٢٢ / ٢٠٠٢ .

الالكتروني يشتهه انها تخفي تبييض للأموال او تمويلًا للإرهاب مع ضرورة اعتماد الجهات المعنية بملاحقة جرائم تبييض الأموال برامج معلوماتية لمراقبة ذلك^(١).

ولقد وفق المشرع العراقي بين النظامين " نظام السرية ونظام مكافحة غسيل الأموال " من خلال نص المادة (٥) من قانون قانون مكافحة غسيل الأموال و تمويل الارهاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ التي اوجبت على البنك المركزي العراقي ان ينشئ مكتبا للإبلاغ عن غسيل الأموال ، على ان يكون هذا المكتب تابعا للبنك المركزي ، ويتمتع بالاستقلال العملي ، وظيفته تقوم على جمع ومعالجة وتحليل ونشر الابلاغ عن التعاملات المالية الخاضعة للمراقبة ، ويختص هذا المكتب بتلقي الإخباريات من المؤسسات المالية المختلفة عن العمليات المالية التي يشتهه في انها تنطوي على غسيل للأموال ، ويجب عليه إعلام السلطات القضائية المختصة في الحال بالتحقيق والملاحقة القضائية في حالة اشتباه المكتب بصورة معقولة بأن التعامل المالي من خلال وسائل الدفع الالكتروني المشتبه به قد أدار او حاول توظيف مبالغ متحصلة من نشاطات غير قانونية او مبالغ تستعمل في تمويل الجريمة او تكون تحت تصرف منظمة إجرامية او لدعم غرض غير قانوني^(٢)، كما تلتزم المصارف بموجب قانون مكافحة غسيل الأموال و تمويل الارهاب لسنة ٢٠١٥ بالتحري عن هوية الزبون أثناء فتح الحساب المصرفي ؛ لاسيما المتعلق باستخدام وسائل الدفع الالكتروني اذا كانت قيمة الحساب تساوي او تزيد عن خمسة ملايين دينار عراقي سواء كان فردا ام شخصا قانونيا ، يجب حينها على مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني ان يسجل كافة المعلومات المتعلقة به مع سحب كافة مستمسكاته للتحقق من ذلك^(٣) وعلى اساس ما تقدم يتبين لنا ان العمل بنظام سرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني لا يتناقض مع عمل الجهات والسلطات العامة المعنية بالكشف عن عمليات غسيل الأموال وذلك لان التشريعات المقارنة فضلا عن التشريع العراقي استنتجت الكشف عن البيانات والمعلومات للجهات المعنية بعمليات غسيل الأموال ، ولا يعتبر هذا الكشف متعارضا مع نظام السرية المذكور .

(١) الفقرة ٥ من المادة التاسعة : مكرر، من قرار حاكم مصرف لبنان المركزي حول العمليات المالية والمصرفية بالوسائل الالكترونية رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بقرار ٣٩٣ لسنة ٢٠١٥ التي تنص على : ((على المؤسسات ... التي تقوم بعمليات التحويلات النقدية بالوسائل الالكترونية التقييد على الاقل بما يلي : ١/٤ - وضع دليل إجراءات كافٍ وفعال لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الارهاب يشمل اجراءات العناية الواجبة المطلوبة تجاه العملاء التي تتكرر عملياتهم المالية وتفوق مبلغ معين ج. اعتماد برامج معلوماتية لمراقبة العمليات ... ٥- ابلاغ هيئة التحقيق الخاصة عن تفاصيل العمليات التي يشتهه انها تخفي تبييضا للأموال او تمويلًا للإرهاب ...)) .

(٢) مضمون نص المادة ٨ و ٩ من قانون مكافحة غسيل الأموال و تمويل الارهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٨٧ بتاريخ ١٦ / ١١ / ٢٠١٥ .

(٣) المادة ١٠ / اولا من قانون قانون مكافحة غسيل الأموال و تمويل الارهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ ؛ وقد صدرت بموجب البند رابعا من المادة ١٠ من هذا القانون تعليمات البنك المركزي المتعلقة بـ " قواعد العناية الواجبة تجاه العملاء للمؤسسات المالية رقم ١ لسنة ٢٠١٧ " التي حرصت على تنظيم التدابير الخاصة بالكشف عن عمليات غسيل الأموال لاسيما عن طريق وسائل الدفع الالكتروني بما يلائم قواعد السرية المصرفية ؛ حيث تنص المادة ١٣ منها على انه : ((تلتزم المؤسسات المالية التي تعمل في التحويلات الالكترونية ... بـ اولا / أ - الحصول على معلومات كاملة عن الشخص طالب اصدار التحويل ...)) كما نصت المادة ١٦ منها على انه : ((تلتزم المؤسسة المالية بإعداد وتنفيذ برنامج غسل أموال وتمويل الارهاب تتضمن ما يلي : ثامنا / ج - الالتزام بالتدابير الوقائية الملزمة حول السرية ...)) .

، ونص على ذلك بنفس المعنى في المادة ٧ من قانون غسيل الأموال الاماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ .

الخاتمة

وفي ضوء ما تمت معالجته خلال هذا البحث لمسنا مجموعة من النتائج و التوصيات التي توصلنا اليها ، تتمثل بالاتي :-

النتائج :

- ١- تعتبر سرية بيانات ومعلومات مستخدمو وسائل الدفع الالكتروني احد اهم المخاطر التي يتعرض لها مستخدمو وسائل الدفع الالكتروني ، سواء من حيث سمعتهم المالية وخصوصية بياناتهم الشخصية ، او على صعيد قيام الغير من خلال التلاعب ببيانات المستخدم السرية وإجراء عمليات مالية غير مصرح بها .
- ٢- حرص المشرع العراقي في نظام خدمات الدفع الالكتروني بالإضافة الى قوانين وانظمة الدفع موضع المقارنة على حماية سرية البيانات الشخصية ومعلومات المعاملات المالية التي تتم عبر وسائل الدفع الالكتروني، لأن ذلك يساعد على نمو وازدهار التجارة الالكترونية التي تنعكس ايجاباً على الواقع التجاري والاقتصادي بصورة عامة .
- ٣- اراد المشرع العراقي بمصطلح مزود خدمات الدفع الالكتروني المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية المرخصة بتزويد وسائل الدفع الالكتروني ، ويترتب على ذلك التزام مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني بجميع الالتزامات التي تنترتب على المصارف وهذه المؤسسات ، واهمها التزامها بالسرية .
- ٤- لم يُشر نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي إلى ماهية البيانات والمعلومات التي يلتزم المزود بسريتها ؛ فضلاً عن انه لم ينص الى وجود التزام صريح على المُصدّر بالمحافظة على الرقم السري (PIN) وإجراء التدابير المناسبة في سبيل ذلك خاصة اثناء تسليمه للمستخدم .
- ٥- يعتبر مُصدّرو وسائل الدفع الالكتروني من أهم المؤسسات المالية التي يجري استغلالها في عمليات غسيل الأموال ؛ وذلك لسهولة تحويل الأموال من دولة الى أخرى من خلال نظم الدفع الالكتروني ، فضلاً عن الاستفادة من نظام السرية المصرفية المعمول به في العديد من الدول ولاسيما العراق والذي يسهل من هذه العمليات المنوعة ، لذلك تبين لنا وجود تعارض نسبي بين اهمية الالتزام بقواعد السرية من جهة ، وأهمية استثناء بعض المؤسسات الحكومية منها لأغراض كشف مثل هذه العمليات ؛ واتضح لنا ان العمل بنظام سرية بيانات ومعلومات مستخدمو وسائل الدفع الالكتروني لا يتناقض مع عمل الجهات والسلطات العامة المعنية بالكشف عن عمليات غسيل الأموال وذلك لان التشريعات المقارنة فضلاً عن التشريع العراقي استثنت الكشف عن البيانات والمعلومات للجهات المعنية بعمليات غسيل الأموال ، ولا يعتبر هذا الكشف متعارضاً مع نظام السرية المذكور مع وجود واجبات قانونية على هذه الجهات بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات التي يطلعون عليها بحكم وظيفتهم .

التوصيات :

- ١- ندعو المشرع العراقي الى الزام المُصدّر والمستخدم معاً بالمحافظة على سرية الرقم السري لوسائل الدفع الالكتروني من خلال تبني نصوص قانونية تهدف الى الحفاظ على سرية الرقم السري لهذه الوسائل بالزام كل منهما باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على هذا الرقم التي تكفل عدم اطلاع الغير عليه او لتجنب تعرضه للسرقة .
- ٢- ندعو المشرع العراقي ان يلتفت في قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ الى الزام مجلس ادارة الشركات التجارية بصورة عامة بواجب السرية لما له من اثر مهم على الحفاظ على البيانات والمعلومات التي اتيح لهم من خلال مركزهم الاداري الكشف عنها ، وعدم الاكتفاء بالنصوص الواردة في قانون المصارف ، لا سيما واننا توصلنا الى ان مُصدّر وسائل الدفع الالكتروني لا يقتصر على كونه مصرفاً ؛ بل من الممكن ان يكون شركات مالية اخرى .
- ٣- ندعو المشرع العراقي الى الزام المساهم في قانون الشركات النافذ بالمحافظة على سرية وخصوصية المعلومات السرية المتاحة لهم ، في الوقت الذي اجاز هذا القانون للمساهمين ان يطلعوا على مجموعة من البيانات والمعلومات بموجب نص المادة ١٣٢ منه .

المصادر

الكتب القانونية :

١. د. الياس ناصيف : الياس ناصيف : الكامل في قانون التجارة ، عمليات المصارف ، ج ٣ ، ط ٢ ، منشورات البحر المتوسط ، ١٩٩٧
٢. د. امجد حمدان الجهني : المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١٠ .
٣. د. محمد عبد حسين الطائي : التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن - عمان ، ط ٢ ، ٢٠١٣ .
٤. د. احمد سفر : أنظمة الدفع الالكترونية ، منشورات احلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٨ .
٥. د. جلال عايدة الشورة ، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨
٦. جميل عبد الباقي : الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغطاة : دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ٢٠٠٣ .
٧. د. دانا حمه باقي عبد القادر : السرية المصرفية في اطار تشريعات غسيل الأموال ، دار الكتب القانونية ، مصر - الامارات ، ٢٠١٣ .
٨. د. زينة غانم عبد الجبار الصفار : د. زينة غانم عبد الجبار الصفار : الاسرار المصرفية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ .
٩. د. سميحة القيلوبي : الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، ج ٢ ، ط ٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١٥
١٠. د. عبد الحميد الشواربي و محمد الشواربي : ادارة مخاطر التعثر المصرفي من وجهتي النظر المصرفية والقانونية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية - ٢٠٠٧ .
١١. د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الواجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩
١٢. د. لطيف جبر كومانى : الشركات التجارية - دراسة قانونية مقارنة - بغداد ٢٠٠٦ .
١٣. د. محمد نور صالح الجداية ، د. سناء جودت خلف : تجارة الكترونية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، ط ٢ ، ٢٠١٢
١٤. د. محمود محمد سعيان : تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة عمليات غسيل الاموال ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٠
١٥. د. معتصم فلاح عنيزات : جريمة غسل الاموال ، السواقي العلمية للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٥
١٦. د. نادر عبد العزيز شافي : جريمة تبييض الأموال - دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، طرابلس ٢٠٠٥ .
١٧. د. نعيم مغبغب : تهريب الأموال والسرية المصرفية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان - بيروت ، ١٩٨٦
١٨. د. يعقوب يوسف صرخوة : سر المهنة المصرفية في القانون الكويتي - دراسة مقارنة - ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت
١٩. د. معتز نزيه محمد : الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦
٢٠. د. عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤
٢١. د. عبد القادر العطير : سر المهنة المصرفية في التشريع الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٦

٢٢. فداء يحيى احمد ، النظام القانوني لبطاقة الائتمان ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩
٢٣. القاضي د. احمد سفر ، المصارف وتبييض الأموال ، تجارب عربية واجنبية ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠١
٢٤. القاضي احمد سفر : جرائم غسيل الاموال وتمويل الارهاب في التشريعات العربية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، ٢٠٠٦ .
٢٥. محمد حسين منصور : المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .
٢٦. محمد عبد ابو سمرة : جريمة غسيل الاموال: دار الراهية للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠٠٩
٢٧. محمد علي السرهيد : الجوانب القانونية للسرية المصرفية - دراسة مقارنة - دار جليس الزمان للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٠ .
٢٨. مصطفى موسى العجارمة : التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠١٠
٢٩. ناهدة فتحي الحموري ، الاوراق التجارية الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٩
٣٠. هاني عيسوي السبكي : غسيل الاموال ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ٢٠١٥
٣١. أ.د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ٢٠٠٦

البحوث العلمية :

١. اياد خلف محمد : المسؤولية الجزائية عن افشاء السرية المصرفية : مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الثالث والعشرون ، ٢٠١٠.
٢. د. السيد أحمد عبد الخالق ، البنوك والتجارة الالكترونية ، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، أعمال المؤتمر العلمي السنوي - بيروت العربية ، ج ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧
٣. د. امجد حمدان الجهني : جرائم بطاقة الدفع الالكتروني عبر شبكة الانترنت ، بحث مقدم الى مؤتمر المعاملات الالكترونية من ١٩ الى ٢٠ مايو ٢٠٠٩ ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية
٤. د. باسم علوان العقابي ، د. علاء عزيز الجبوري ، د. نعيم كاظم جبر : النقود الالكترونية ودورها في الوفاء بالالتزامات التعاقدية ، بحث قانوني منشور في مجلة جامعة اهل البيت ، العدد السادس ، ٢٠٠٨
٥. د. مبارك جزاء الحربي : بطاقات الائتمان : بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية بين الشريعة والقانون القانون والكومبيوتر والانترنت الذي نظّمته كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة للفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٣
٦. د. محمد إبراهيم الشافعي ، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية ، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، دبي ، ٢٠٠٣
٧. سلوى عبد الجبار عبد القادر : اثر استخدام التوقيع الرقمي في العمليات المصرفية الالكترونية ، مجلة دراسات محاسبية ومالية ، المجلد الثامن ، العدد ٢٢ ، الفصل الاول لسنة ٢٠١٣ - بغداد .
٨. شيماء فوزي احمد : التنظيم القانوني للنقود الالكترونية ، مجلة الرافيدين للحقوق ، المجلد ١٤ ، العدد ٥٠ ، السنة ١٦ .
٩. فيصل محمد عبد : عقد بطاقة الائتمان - دراسة مقارنة - مجلة رسالة الحقوق السنة السابعة ، العدد الثاني ٢٠١٥
١٠. فيصل محمد عبد : عقد بطاقة الائتمان - دراسة مقارنة - مجلة رسالة الحقوق السنة السابعة ، العدد الثاني ٢٠١٥ .
١١. ندى بدر جراح : تقنيات التشفير في التبادل التجاري الالكتروني ، مجلة ميسان للدراسات الاكاديمية ، المجلد السابع العدد ١٤ ، ٢٠٠٩ .

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني

حيدر داود سلهمان خلف

أ.م. زهن غازي جعفر

١٢. د. نواف حازم خالد : الحماية المدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، مجلد ٢ ، ٢٠١٣ .
١٣. نهى خالد عيسى : الاحكام القانونية الخاصة ببطاقة الائتمان الالكترونية ، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، النجف الاشرف ، العدد ٢٢ ، ٢٠١٣ .
١٤. وعود كاتب الانباري : السداد الالكتروني ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني السابع ، ٢٠١٠ .

الرسائل والاطروحات :

١. خليل يوسف جندي الميرالي : المسؤولية الجزائية الناشئة عن الاعتداء على سرية الحسابات المصرفية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٣ .
٢. صباح عريس عبد الرؤوف جمعة الدليمي : المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسرية ، رسالة تقدم بها الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ .
٣. علي أحمد عبد الزعبي : حق الخصوصية في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ .
٤. فتاح محمد حسين الجيلاوي : النظام القانوني للسرية المصرفية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين ، ٢٠٠٩ .
٥. ياسين كاظم حسن المولى : الحماية القانونية لاطراف العلاقة العقدية في عقود التجارة الالكترونية ، رسالة ماجستير ، قدمها الى كلية الحقوق / جامعة النهرين ، ٢٠٠٨ .

القوانين والانظمة والتعليمات :

١. قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .
٢. قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ .
٣. قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ .
٤. قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ .
٥. قانون قانون مكافحة غسيل الاموال و تمويل الارهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ .
٦. قانون سرية المصارف اللبناني الصادر لسنة ١٩٥٦ .
٧. قانون اتحادي رقم ٤ في شأن تجريم غسل الأموال الاماراتي الصادر بتاريخ ٢٢ / ١ / ٢٠٠٢ .
٨. قانون التحويل الالكتروني للأموال التونسي رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠٥ .
٩. قانون الشركات الاماراتي لسنة ٢٠١٥ .
١٠. قانون مجلة الشركات التجارية التونسية عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ المنقحة بالقانون عدد ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ المؤرخ في ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٧ .
١١. نظام الاطار الرقابي للقيم المحزنة ونظم الدفع الالكتروني الاماراتي لسنة ٢٠١٧ .
١٢. نظام خدمات الدفع الالكتروني العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ .
١٣. قرار حاكم مصرف لبنان حول العمليات المالية والمصرفي بالوسائل الالكترونية رقم ٧٥٤٨ لسنة ٢٠٠٠ المعدل .
١٤. تعليمات البنك المركزي المتعلقة ب قواعد العناية الواجبة تجاه العملاء للمؤسسات المالية رقم ١ لسنة ٢٠١٧ .
١٥. تعليمات تبادل المعلومات الائتمانية لسنة ٢٠١٤ الصادرة عن البنك المركزي العراقي في ٢١ / ١٠ / ٢٠١٤ .
١٦. تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ الصادرة عن البنك المركزي العراقي

مواقع الانترنت

الالتزام بسرية بيانات ومعلومات مستخدمي وسائل الدفع الالكتروني

حيدر داود سلهان خلف

أ.م. زهن غازي جعفر

١. الموقع الرسمي لمصرف الامارات العربية المتحدة المركزي ، متاح على الرابط الاتي :
[/http://www.centralbank.ae](http://www.centralbank.ae)
٢. موقع بنك الكويت المركزي الالكتروني على الرابط الاتي : <http://www.cbk.gov.kw/ar/>
٣. مصرف التنمية الدولي - العراق : متاح على الرابط الاتي : <http://www.idbiraq.com/ar/>
٤. مصرف اشور الدولي - العراق ، متاح على الرابط الاتي : <http://www.ashurbank.com/ar/>
٥. مصرف ابو ظبي الاسلامي - الامارات العربية المتحدة ، متاح على الرابط الاتي :
<http://www.adib.ae/ar/>
٦. البنك العربي اللبناني ، متاح على الرابط الاتي : <http://www.arabbank.com.lb/ar/>
٧. مصرف اشور الدولي - العراق - متاح على الرابط الاتي :
<http://www.ashurbank.com/ar/>

English References:

1. SAMAHIR MOHAMMED ALI ABDULAH: Legal Risk Associated with Electronic Funds Transfer , A thesis submitted to Plymouth University , in partial fulfilment for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY , Plymouth Law School , 2014 .

الجرائم المضرّة بالصحة العامة في العراق

إستبرق قاسم حمدان الكعبي أ.م.د. ميسون خلف حمد الحمداني

جامعة النهرين – كلية الحقوق

المستخلص

تلعب جرائم الإضرار بالصحة العامة دوراً بالغ الأهمية يتطلب معه النظر إلى تلك الأفعال التي يتشكل إحدى مسببات المساس بالصحة العامة ، وخصوصاً مع التطور الذي شهدته الدول جمعاء في عالم اليوم وعلى كافة الأصعدة ، مما خلف نتائج سلبية وإن كان لهذا التطور نتائج ايجابية إلا إن أثاره السلبية كان لها القدر الكبير من الأهمية التي تتطلب معها الوقوف وقفة جادة من أجل تلك الأفعال ومدى جدية النصوص المنظمة لجرائم الإضرار بالصحة العامة في ردع تلك الأفعال والحد من انتشارها ، ومن هنا نرى إن قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ لم يعد وحده الذي نظم مسألة تلك الأفعال بل هنالك قوانين أخرى وضعها المشرع العراقي وضع التنفيذ ولها علاقة مباشرة بالصحة العامة نظمت نصوصاً هي الأخرى تتعلق بصحة الإنسان والحفاظ عليها ووضعت السبل وعلاجات لتفادي الأفعال المضرّة بالصحة العامة وكذلك العقوبات الرادعة لتلك الأفعال منها قانون الصحة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ ، وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ ، وقانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٠ وغيرها ، عليه سوف نتناول في هذا البحث بيان ماهية الجرائم المضرّة بالصحة العامة ، وذكر الأفعال التي تمس سلامة وحياة الإنسان ، وفقاً لما نضمه قانون العقوبات العراقي والقوانين الخاصة (قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ وقانون حماية تحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩) من نصوص بخصوص الموضوع الموسوم بـ (جرائم الإضرار بالصحة العامة في العراق) .

Crimes against public health in Iraq

Assist prof .Dr.Mason Khalaf Hammed Al-hammedany

ESTABRAQQASIM HAMDAN AL-KAABI

Abstract

The crimes of harm to public health play a very important role, which requires consideration of those acts which constitute one of the causes of harm to public health, especially with the development witnessed by all countries in today's world and at all levels, which has resulted in negative results, although this development has positive results, Has been so important that it requires standing a serious stand for these acts and the seriousness of the provisions governing the crimes of harm to public health in deterring such acts and reduce the spread, and therefore we see that the Iraqi Penal Code No. 111 of 1969 is no longer the only one that organized the question of those Acts but e There are other laws developed by the Iraqi legislator that put into effect and have a direct relationship to public health. They also set out provisions relating to human health and preserving them and laying down the means and remedies to avoid acts harmful to public health as well as the deterrent penalties for such acts, including Iraqi Health Law No. 89 of 1981, 27, 2009, and the Law on the Prevention of Ionizing Radiation No. 90 of 1980 and others. In this paper, we will discuss the nature of crimes harmful to public health and mention acts that affect the safety and life of human beings, The Public Health Act No. 89 of 1981 and the Law for the Protection of the Improvement of the Iraqi Environment No. 27 of 2009) on the subject of the subject of (Crimes against Public Health in Iraq).

المقدمة

منذ الأزل و خلق الإنسان كان حياة الإنسان مهمة وتظهر تلك الأهمية في أعلى مستوياتها عندما خص الله عز وجل الإنسان بالخلافة بالأرض ، وهذا التكريم العظيم للمكرم ينبغي أن يحافظ عليه من كل ما يؤدي إلى المساس بسلامة جسده والاضرار به بأي نوع من الإضرار بل وحتى من المساس بحياته ، هذا يتطلب الاهتمام به من كافة الجوانب ولاسيما الجوانب الصحية والبيئية اللتان تلعبان الدور المهم في حياة الإنسان على وجه الخصوص والمجتمع ككل على وجه العموم ، حيث لا حياة للفرد دون الصحة والنشاط التي ينبغي أن يتمتع بها دونما إي مساس من هنا كان للدول قديماً دوراً بارزاً في وضع التشريعات التي تنصب في الحفاظ على الصحة العامة وكان للدولة العراقية دوراً في ذلك من خلال النصوص التي تضمنها القانون البغدادي ون قبله القانون العثماني اللذان نظما نصوصاً عقابياً لأي فعل مضر بالصحة العامة وهذا إن دل فإنما يدل على أهمية هذا الموضوع في ذلك الوقت بل حتى الدساتير العراقية القديمة لم تخلو غالبيتها من النصوص المنظمة للصحة العامة ، وان كان الموضوع في تلك الأهمية ففي الوقت الحاضر فانه لا يقل أهمية أيضاً بل ولا بد الإحاطة به من جميع جوانبه للحفاظ على صحة الأفراد، ففي دستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ نظم نصوصاً متعلقة بالصحة العامة ، وكذلك قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ الذي وضع القواعد العامة لجريمة الإضرار بالصحة العامة وخصص لجريمة الإضرار بالصحة العامة فصل كامل في قانون العقوبات ضمن فصوله تحت عنوان جرائم الصحة العامة وفي فصل آخر مخالفات الصحة العامة إي انه حتى المخالفات التي تعد من اخف الجرائم نظمها ووضع لها نصوصاً عقابياً رادعة لها ، وما شرعه المشرع العراقي من قوانين خاصة اهتمت هي الأخرى بالصحة العامة كقانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ وغيرها من اجل الحفاظ على صحة الأفراد من المساس وحماية حياتهم.

أولاً - إشكالية البحث :-

إن جرائم الإضرار بالصحة العامة من الجرائم التي تشكل مشكلة رئيسية ومهمة ولعل السبب يعود وراء تلك المسببات التي تعددت في عالم اليوم والتي تصيب الإنسان بالإمراض بشكل أكثر من السابق مؤثرة بصحته ، فكان لابد من البحث في هذا الموضوع لأهميته وحيث إن قانون العقوبات ليس القانون الوحيد الذي اختص ببيان جرائم الإضرار بالصحة العامة وتجريمها بل إن هناك قوانين أخرى اهتمت بهذه الجرائم وهي قانون الصحة العراقي وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي اللذان بحثا في موضوع الصحة العامة ، لذا سوف نبحت دور هذه القوانين في تجريم الأفعال المضرّة بالصحة العامة والوسائل المتخذة للحد من تلك الجرائم .

ثانياً- أهمية البحث :-

نظراً لما يتعرض له العراق في الوقت الحاضر من المسببات المضرّة بالصحة العامة ، لذا اقتضت الأهمية البحث في موضوع الجرائم المضرّة بالصحة العامة في العراق من اجل الوقوف على ماهية هذه الجرائم والتوصل إلى الحلول الناجحة للحد من تلك الجرائم .

ثالثاً- منهجية البحث :-

تعتمد الباحثة على أكثر من منهج لدراسة هذا الموضوع الموسوم بـ (الجرائم المضرّة بالصحة العامة في العراق) منها المنهج الاستقرائي من اجل تكوين القواعد العامة وكذلك المنهج التحليلي للوقوف على مضمون نصوص القوانين المجرمة لأفعال الإضرار بالصحة العامة .

رابعاً - أهداف البحث :-

يهدف هذا البحث إلى التوصل إلى ما يأتي :-

١- معرفة المقصود بجريمة الإضرار بالصحة العامة والأفعال المكونة لها.

٢- معرفة طبيعة جريمة الإضرار بالصحة العامة .

- ٣- معرفة النصوص القانونية المختلفة المنظمة للأفعال المضرة بالصحة العامة ومدى جديتها .
٤- التوصل إلى مقترحات بشأن الجرائم المضرة بالصحة العامة .

خامساً - نطاق البحث :-

يتحدد نطاق هذا البحث فيما يخص بتحليل جرائم الإضرار بالصحة العامة في العراق بتناولها في القانون العراقي وقانون الصحة العامة وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي التي تمثل بمجموعها صمام الأمان المحافظ على صحة الأفراد خاصةً والمجتمع عامة .

سادساً- خطة الدراسة :-

لأهمية الموضوع الموسوم بـ(جرائم المضرة بالصحة العامة في العراق) ارتئينا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين نتناول بالمبحث الأول ماهية الجرائم المضرة بالصحة العامة من خلال تقسيمه إلى ثلاث مطالب نتناول بالمطلب الأول تعريف الجريمة المضرة بالصحة العامة وفي المطلب الثاني الأساس القانوني للجرائم المضرة بالصحة العامة وفي المطلب الثالث طبيعة الجرائم المضرة بالصحة العامة .
إما في المبحث الثاني فنتناول النماذج القانوني للجرائم المضرة بالصحة العامة وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين نتناول بالمطلب جنح الجرائم المضرة بالصحة العامة ،وفي المطلب الثاني المخالفات المضرة بالصحة العامة .

ومن ثم نختم هذا البحث بما توصلنا إليه من الاستنتاجات والمقترحات التي نأمل إن تكون على قدر من الأهمية التي يحملها موضوع الجرائم المضرة بالصحة العامة سائلين المولى عز وجل التوفيق

المبحث الأول

ماهية الجرائم الممطرة بالصحة

تعد الجرائم الممطرة بالصحة العامة من أخطر الجرائم فتكاً التي من الممكن إن تؤدي إلى وفاة الإنسان نتيجة الفعل الجرمي الذي يرتكبه الجاني فعلى مر العصور اهتمت الدول بالجريمة الواقعة على الإنسان سواء تلك التي تؤدي إلى إنهاء حياته أو تلك التي تؤثر على سلامته الجسدية فظهرت سلوكيات أخرى قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى وفاة الإنسان أو إصابته بعاهة مستديمة نتيجة الفعل الصادر من الجاني والذي قد يتمثل بنشر مرض مثلاً أو التسبب بنشر هذا المرض ،عليه إن جريمة الإضرار بالصحة العامة هي كغيرها من الجرائم لها أساسها في القوانين والدساتير من التجريم بل حتى المواثيق الدولية والإقليمية والمعاهدات والمنظمات الدولية التي تعنى بموضوع الصحة العامة فلا يوجد دولة تخلو مؤسساتها من دائرة خاصة بالصحة العامة بل الأمر أكثر من ذلك عندما أسست في كثير من بلدان العالم وزارة تختص وحدها بالصحة العامة وهذا يدل على أهمية الصحة العامة وفي نطاق المجتمع والفرد معاً ، فجريمة الصحة العامة لها عدة أفعال وسلوكيات تنطوي تحت مفهوم الصحة العامة من تلك الأفعال كما ذكر أعلاه نشر مرض المتعمد،أو التسبب في نشره نتيجة الخطأ نتيجة الإهمال أو نتيجة عدم طاعة القوانين والأوامر والأنظمة أو عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية التي من شأنها الحيلولة دون وقوع النتيجة الضارة أو الخطرة كالإهمال الواقع من قبل مالك المصدر المشع في اتخاذ الإجراءات الوقائية للحيلولة دون وقوع الإخطار التي يتسبب بها المصدر عند تسرب الإشعاعات المؤينة وغيرها من العناصر التي تنطوي تحت مفهوم جريمة الخطأ المشار إليها في قانون العقوبات العراقي ،فجريمة الإضرار بالصحة العامة يمكننا تعريفها بأنها [تلك الأفعال التي تصدر من الجاني وتنطوي على عناصر مضرّة بالصحة العامة من شأنها إن تؤدي إلى موت إنسان أو المساس بسلامته الجسدية]،وعليه وفي ضوء ما تقدم سوف نتناول تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول :- تعريف جريمة الإضرار بالصحة العامة

المطلب الثاني :- طبيعة جريمة الإضرار بالصحة العامة

المطلب الثالث :- الأساس القانوني لجريمة الإضرار بالصحة العامة

المطلب الأول

التعريف بالجريمة الممطرة بالصحة العامة

للتعرف على الجريمة الممطرة بالصحة العامة والتي تناولتها اغلب التشريعات المحلية والدولية بل حتى الاتفاقيات الدولية لابد لنا التطرق إلى تعريف كل من الجريمة لغة واصطلاحاً والإضرار لغة واصطلاحاً والصحة العامة لغة واصطلاحاً من أجل الوصول إلى تعريف شامل وموحد لمفهوم الجريمة الممطرة بالصحة العامة وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول بالفرع الأول تعريف الجريمة لغة واصطلاحاً وبالفرع الثاني تعريف الإضرار لغة واصطلاحاً وبالفرع الثالث تعريف الصحة العامة .

الفرع الأول

تعريف الجريمة لغةً واصطلاحاً

أولاً-تعريف الجريمة لغةً: جَرَمَ-الجُرْمُ: الذَّنْبُ، والجَرِيْمَةُ جرم -يجرم إي كسب فلان جريمة أهله إي كاسبهم^(١)، وقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ))^(٢)، ويقال جَرَمَ - جرماً الشيء: قطعه جرم جريمة وأجرم واحترم إليه وعليه أذنب وجَرَّمَ جريمة: عظمُ جُرْمه وأجرام الخطأ والذنب^(٣).

ثانياً-تعريف الجريمة اصطلاحاً: إن وضع تعريف عام وشامل للجريمة لا يكون بالمستوى المطلوب في ظل الظروف و التطورات الاجتماعية حيث لم تشتق التشريعات الحديثة والقوانين العقابية على الإلزام الكامل بذلك مهما بلغ أساتذة القانون من جهد لوضع تعريف شامل وعام وبذلك فقد عرفت الجريمة في القانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ في المادة (١) منه هي [لا عقاب على فعل أو امتناعاً إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون].

ويذهب أساتذة القانون الجنائي إلى تعريف الجريمة بأنها [كل سلوك خارجي ايجابياً كان أم سلبياً جرمه القانون وقرر له عقاباً إذا صدر عن إنسان مسؤول]^(٤)، أو هي [الفعل أو الامتناع عن فعل الذي

يتناول الاعتداء على العلاقات الاجتماعية السائدة في المجتمع]^(٥)، من خلال ما تقدم ذكره اقترح بصورة مبسطة تعريف للجريمة الذي مهما بلغ من جهد الباحث الشخصي لا يعلو على أساتذة وعلماء القانون الجنائي السالف ذكرهم، فالجريمة [هي كل سلوك مخالف لنص تشريعي يقوم به الجاني محدث ضرراً بالغير بطريق مباشر أو غير مباشر بالنفس أو المال يستوجب العقوبة]

الفرع الثاني

تعريف الإضرار لغةً واصطلاحاً

أولاً- تعريف الضرر لغةً: الضرر-ضر: خلاف النفع، وقد ضَرَّه وُضَارَةً والاسم الضرر^(٦) ضَرّاً-وضراً فلاناً وفلان: ضد نفعه. ضَرٌّ بضَرَّه: صار ضَريراً، وتضرر أصابه الضرر. أضَرَّار ضد نفع /الشدة والضيق/ وسوء الحال / النقصان يدخل في الشيء -الضرء الشدة ونقيض السراء (القحط) النقص في الأموال والأنفس^(٧).

(١) العلامة الجواهري، الصحاح في اللغة والعلوم -تجديد صحاح العلامة الجواهري المصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤ ص ١٨٦.

(٢) سورة المائدة الآية (٨).

(٣) أنطوان نعمة وعصام مدور ولويس عجيل، المنجد في اللغة، الطبعة واحد وأربعون، دار الشرق، بيروت-لبنان، ٢٠٠٥، ص ٨٨.

(٤) د.سامي النصراري، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الأول، بغداد، ١٩٧٧، ص ١١٢.

(٥) المصدر نفسه، ص ١١٢.

(٦) عبد الله العلي، الصحاح في اللغة والعلوم، مجلد الأول، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ١٠.

(٧) لويس عجيل، المنجد في اللغة، الطبعة واحد وأربعون، منشورات دار المشرق، بيروت-لبنان، ١٩٨٨، ص ٤٤٧.

الضرر: نقصان يدخل في الشيء ولهذا النقصان صور كثيرة منها التخریب^(١).

ثانياً- يعرف الضرر اصطلاحاً: هو [الذي يؤثر سلباً على إي مظهر من مظاهر الحياة]^(٢)، كما يعرف [الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق او غير ذلك]^(٣)، فكل إنسان له الحق في الحفاظ على صحته من الإضرار علماً إن هناك إضراراً تصيب النفس وتكون بعد فوات الأوان^(٤).

من خلال ما تقدم نقترح تعريف الضرر في ضوء ما توصل إليه الباحث من رأي وهو [حرمان او نقص مادي او معنوي ينتج عنه المساءلة الجزائية التي تستوجب التعويض].

الفرع الثالث

تعريف الصحة لغةً واصطلاحاً

أولاً- تعريف الصحة لغةً:

يقول عز وجل ((الَّذِي خَلَقْتَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ (٧٨) وَالَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ (٧٩) وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ (٨٠)))^(٥)، وقوله أيضاً ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا))^(٦)، بين القرآن الكريم من خلال آياته إن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الأساسي لحق الإنسان في الصحة والحفاظ عليها ليس فقط حقاً وإنما وجب حمايته والحفاظ عليها أياً كان لونه وعرقه وجنسه ودينه، وقوله صل الله عليه وآله وسلم ((صوموا تصحوا))^(٧)، والصحة لغةً من صَحَّ يصح: صحا وصحاحاً^(٨) وتعد الصحة أيضاً (عدم اعتلال الجسم)^(٩)

ثانياً- تعريف الصحة العامة اصطلاحاً:-

تعرف [بأنه كل انسان الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية له ولأسرته وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية، وصعيد الخدمات الاجتماعية والضرورية]^(١٠)، أو [الحال التي لا تعاني فيها آلام ولا تتوقف عن ممارسة وظائف حياتنا اليومية]^(١١)

(١) د.أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص(الجرائم المخلة بالإدارة العامة- الجرائم المخلة بالثقة العامة، جرائم الاعتداء على الأموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٨٥. ود.محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٠٥.

(٢) مايا الدباس، نظام استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير ملاحية(حالة نهر الفرات) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة دمشق، ٢٠٠٣، ص ٣٧٩.

(٣) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار النشر الجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٤.

(٤) د.علي عصام، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٧٨.

(٥) سورة الشعراء الآية من (٧٨-٨٠).

(٦) سورة الاسراء الآية (٧٠).

(٧) ابو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صيادر، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٠٧-٥٠٨.

(٨) الرائد جبران مسعود، معجم لغوي، عصري الطبعة الثامنة، دار العلم للملايين، ١٩٩٥، ص ٤٩٠.

(٩) المنجد في اللغة، طبعة دار انتشارات الاسلام، ١٩٩٦، ص ٤١٦.

(١٠) المادة(٢٥) البند الأول) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٩٤٨.

(١١) د.احسان علي محاسنه، البيئة والصحة العامة، دار النشر، دار الشروق للنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص ٧١.

الجرائم المفضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. ميسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم حمدان الكعبي

وهي وصف يخلع عن وظائف الحياة في الجسم اذا سارت على النحو العادي تحدده قوانين الطبيعة او أداء منتظم متجانس لاعضاء الجسم البشري خلال فترة يمكن تقديرها^(١)، وتعرف ايضاً [وقاية صحة الانسان من مخاطر الامراض والابوئة والحد منها ومن ذلك الحفاظ على صلاحية مياه الشرب وتوفير ادنى نقاء من الهواء وضمان سلامة الاطعمة المعدة للبيع]^(٢).

من خلال ما تقدم تعريف للصحة العامة والذي يشمل رأي المتواضع للباحث [وهو الارتقاء بمستوى الصحة البدنية والعقلية والنفسية الذي يسعى الفرد لتحقيقه والحفاظ عليه والوقاية من مخاطر الامراض والتلوثات الذي تلزم الجهة المختصة به].

المطلب الثاني

طبيعة الجرائم المفضرة بالصحة العامة

يثار لدنيا سؤال مهم جداً هل تعد جرائم الاضرار بالصحة العامة من جرائم الضرر او جرائم الخطر؟ وهل هي ماسة بفرد واحد ام تمس الجميع؟ ومن الذي يحدد وقوع الضرر او الخطر او الاثنين معاً؟

للإجابة على هذا السؤال نقول إن الجرائم بصفة عامة تقسم حسب النتيجة الجرمية باعتباره تغييراً يحدث في العالم الخارجي الحسي منه والمعنوي الى جرائم خطر وجرائم الضرر^(٣)، فجرائم الضرر هي تلك الجرائم التي يكون فيها الاعتداء فعلي او حقيقي واهدار لمصلحة المحمية قانوناً تؤدي الى إضرارها او الانتقاص منها^(٤) ويقع على سلامة الجسم كما في جرائم الايذاء إي إن العدوان فيها يستهدف النيل من مصلحة اسبغ القانون عليها الحماية سواء بصورة كلية او جزئية إي إن الضرر فيها يقين^(٥) وان الضرر واقع فعلاً^(٦) ويكون الاعتداء على الصحة العامة للأفراد بصورة فعلية والاضرار بها بها.

إما جرائم الخطر هي الجرائم التي تنطوي على ضرر يحتمل وقوعه في المستقبل^(٧)، وان اثار السلوك المادي فيها تنطوي على اعتداء محتمل على حق او مصلحة يضطلع القانون بحمايتها^(٨) ولا

(١) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

(٢) د.سه نكه داود محمد، الضبط الإداري لحماية البيئة دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٢، ص ٢٨.

(٣) د.ابراهيم شاكر محمود الجبوري، جرائم الاعتداء على امن الدولة من الداخل والخارج، الطبعة الاولى، المركز للاصدارت القانونية، ٢٠١١، ص ٨٢.

(٤) ابراهيم شاكر، المصدر نفسه، ص ٨١.

(٥) عبد الباسط محمد سيف الحكيمي، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام، رسالة ماجستير، جامعة بغداد-كلية القانون، ٢٠٠٠، ص ٣٧٨. د.عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفروضة في الجريمة دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٠٣.

(٦) د.نوار دهام مطر، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤، ص ١٦٤ و ١٦٥.

(٧) د.ابراهيم شاكر، المصدر السابق، ص ٨١.

(٨) د.فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، ٢٠١٨، ص ١٩١. د.محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة العاشرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٨٠.

الجرائم المضرّة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الحمداني

إستبرق قاسم حمدان الكعبي

تكون النتيجة فيها عنصراً أي يمكن ان تتحقق سواء كان الضرر ممكناً أو متوقعاً، عمدياً أو غير عمدياً، ايجابياً أو سلبياً، لان هدف المشرع هو حماية المصلحة من الخطر الذي يهددها ومنع الاضرار فيها^(١)، وتسمى جرائم الخطر وفقاً للمعيار المادي للجريمة بجرائم السلوك^(٢) ارتكاب السلوك يترتب عليه خطر خطر بالمصلحة محل الحماية القانونية وهو الضرر يصيب الصحة العامة للأفراد من الإخطار التي تهددها.

وان من أهم ما تتمتع به جرائم الخطر وجرائم الضرر من خصائص هي كالاتي :-

١- وان العلاقة بين جرائم الخطر وجرائم الضرر في ان جرائم الخطر لم يستفعل أمره بعد، لأنه لا يوجد فرق بين الضرر والخطر الا من حيث الكم لا الكيف فالضرر خطر جسيم، بينما الخطر ضرر اقل جسامة^(٣).

٢- لا يتصور ان تقوم المسؤولية عن فعل لا يترتب ضرراً ولو كان فعلاً خاطئاً^(٤)، لان القاعدة لا ضرر ضرر فلا مسؤولية، فالضرر ركناً أساسياً للمسؤولية^(٥)، وهو الأذى الذي يلحق الانسان ويهدد صحته عن طريق العمد وغير العمد والمتمثل بالخطأ العادي وعليه صعيد الخطأ المهني للطبيب^(٦).

٣- تعد النتيجة شرط لازم في كل جريمة فهي الأثر المترتب على وقوع السلوك الجرمي كما في حالة الاعتداء على سلامة البدن للإنسان بالإيذاء فهذه النتيجة هي من قبيل الضرر الواقع على بدن الانسان، لكن هناك جرائم لا يتطلب فيها المشرع وقوع ضرر فعلي بل يكفي بتحقق الخطر فهذا الخطر هو الذي يذهب إليه المشرع لتفادي وقوع الضرر، عليه يمكننا القول إن أي فعل من الأفعال التي تمس صحة الانسان وان لم يتحقق الضرر الفعلي فان تلك الأفعال كافية لقيام المسؤولية الجنائية أولاً لكونها شكلت خطراً على صحة الانسان لا بد من تفاديه لمنع وقوع ذلك الضرر.

وبما إن الخطر والضرر يمثلان النتيجة غير مشروعة في المفهوم القانوني لأنها الآثار التي يحدثها السلوك الإجرامي بالمصالح محل الحماية القانونية في الضرر أو التهديد به (الخطر)^(٧)، والتأثير على صحة الانسان في الجرائم المضرّة بالصحة العامة هو بارتكاب السلوك المادي المضر بصحة الأفراد وان لم تتحقق النتيجة الإجرامية لهذا الفعل.

مما تقدم فإن الجرائم المضرّة بالصحة العامة تعد الجرائم المنطوية على الخطر العام وقد تناولها المشرع الجنائي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ في الفصل السابع من الباب السابع المعنون بـ (الجرائم ذات الخطر العام)، وحرص المشرع الجنائي على تجريم ومعاقبة كل من يرتكب عمداً أو يتسبب بخطر في نشر مرض خطير كما مر ذكره مسبقاً بصحة الأفراد وفقاً لإحكام المادة (٣٦٨-٣٦٩) من قانون العقوبات، لخطورة هذه الامراض ونتائجها على الصحة العامة ومدى توفر ركني الجريمة المادي والمعنوي أصبح الجاني يستحق العقاب المنصوص عليه قانوناً.

(١) د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٧٧، ود. سمير الشناوي، الشروع في الجريمة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦.

(٢) د. ابراهيم شاكر محمود، المصدر السابق، ص ٨٢.

(٣) د. سعد ابراهيم الاعظمي، المعجم في الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، الطبعة الاولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٢٦.

(٤) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٩٩، ص ٥٩٩.

(٥) د. محمد أمين يوسف عبد اللطيف، مسؤولية الدولة عن إضرار التلوث البيئي النووي والإشعاعي، الطبعة الاولى، ٢٠١٦، ص ٨٧.

(٦) ابراهيم علي حمادي الحلبي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٦١.

(٧) د. ابراهيم شاكر، المصدر السابق، ص ٨٢.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الحمداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

وان المشرع الجزائي يعاقب على النتيجة الجرمية للفعل المضر بالصحة العامة ولم يحدد بذلك طريقة معينة او كيفية محددة للفعل الجرمي المضر بصحة الأفراد.

عليه نجد إن المشرع العراقي قد أحال مسألة عقوبة الجاني الذي يتسبب بفعله بنشر او يقوم بنشر مرض أدى الى موت انسان او إصابته بعاهة مستديمة تكون وفق اذا هو من نشر المرض عوقب بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي الى موت او جريمة عاهة المستديمة حسب الأحوال^(١).

اما اذا تسبب بخطئه الى نشر مرض أدى موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب بعقوبة جريمة القتل خطأ او جريمة الايذاء الخطأ حسب الاحوال^(٢)، مما يدل على حرص المشرع على تشديد العقوبة على الجاني لاهمية حياة الانسان وحتى سلامة جسده .

كما وان الجرائم الواقعة على الانسان والتي تؤثر على صحته تمس الجميع وليس فرد واحداً ولعل السبب في قولنا هذا ان اي جريمة من جرائم الصحة العامة هو ما اشار اليه المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي في اعتبار جرائم الاضرار بصحة الانسان من الجرائم ذات الخطر العام حيث انها تتصف بالطابع العام والشامل وما يميزها عن غيرها كون اقترافها يعرض حياة الانسان وصحته للخطر حيث ان الخطر في جرائم الصحة العامة محقق للجميع كل ويمكننا الذهاب الى ابعد من ذلك والقول بان جرائم الاضرار بالصحة العامة من جرائم التي تنطوي على الافعال التي تعرض البيئة للتلوث كما لو اشعال الجاني النار (عمداً او اهمالاً وعدم اخذ الاحتياط) في احد النفايات في غير الاماكن المخصصة للحرق ويمتد هذا الحريق بفعل الرياح الى مسافة طويلة فضلاً عن الروائح والغازات الكريهة المنبعثة من الحريق والتي تسبب اضرار كبير بحياة الانسان وسلامة بدنه، او انسان مصاب بمرض وبائي وقيام البكتريا الناقلة لفيروس المرض بنشره في ارجاء واسعة ليتسبب بنشوء كارثة صحية خطيرة ، وفهذه الافعال تنطوي على خطورة عامة سواء ارتكبت هذه الافعال بصورة ايجابية او سلبية ، عمداً او اهمالاً ، وهذا مادفع المشرع العراقي في قانون العقوبات على تجريم الافعال المهددة لحياة الافراد وصحتهم كونها ماسة بجانبين الاول صحة الانسان والتي تعد الاولى بالحماية والثانية حماية البيئة من التلوث

(١) حيث نصت المادة (٤١٠) من قانون العقوبات العراقي على [من اعتدى عمداً على اخر بالضرب او الجرح او بالعنف او باعطاء مادة ضارة او باتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه افضى الى موته يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشرين سنة اذا ارتكبت مع سبق الاصرار او كان المجني عليه من اصول الجاني او كان موظفاً او مكلفاً بخدمة عامة ووقع الاعتداء عليه اثناء تأدية وظيفته او خدمته او بسبب ذلك]، ونصت المادة (٤١٢) على [١- من اعتدى عمداً على اخر بالجرح او الضرب او الخنق او باعطاء مادة ضارة او بارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون قاصداً احداث عاهة مستديمة به يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشر سنة، وتتوفر العاهة المستديمة اذا نشأ عن الفعل قطع او انفصال عضو من أعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقد منفعته او نقصها او جنون او عاهة في العقل او تعطيل احدى الحواس تعطيلاً كلياً او جزئياً بصورة دائمة او تشويه جسم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة. ٢- تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او الحبس اذا نشأ عن الفعل عاهة مستديمة دون ان يقصد الجاني إحداثها].

(٢) نصت المادة (١/٤١١) على [من قتل شخصاً خطأ او تسبب في قتله من غير عمد كان ذلك ناشئاً عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر يعاقب بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين] كما ونصت المادة (٤١٣) الى [١- من اعتدى عمداً على اخر بالجرح او الضرب او العنف او بارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون مسبب له اذى او مرضاً يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او احدى هاتين العقوبتين ٢- وتكون العقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات والغرامات التي لا تزيد على ثلاثمائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين :

أ- اذا نشأ عن الاعتداء كسر عظم.

ب- اذا نشأ عن الاعتداء اذى او مرض او عجز المجني عليه عن القيام باعطائه مادة ضارة؟؟ مدة لا تزيد على عشرين يوماً.

ج- وتكون العقوبة بالحبس اذا حدث الايذاء باستعمال سلاح ناري او آلة معدة لغرض الايذاء او مادة محرقة او آكلة او ضارة [١- ٢- علماً انه عدلت مبالغ الغرامات بمقتضى قانون التعديل رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ .

الجرائم المفضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

،نستطيع القول ان جريمة الاضرار بالصحة العامة وجريمة التلوث البيئي جريمتان مرتبطتان ارتباط وثيق جداً بكونها ينصبان على الانسان ذاته^(١).

اما فيما يخص بتحديد طبيعة الفعل المرتكب من قبل الجاني وهل هو خطر او ضرر نجد ان هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع حسب ما يظهر له من وقائع الدعوى وله ان يسترشد في ذلك بأراء الخبراء من الاطباء والاختصاصيين المعنيين بالشؤون الصحية في هذا المجال.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لجرائم الإضرار بالصحة العامة

لقد اهتمت الكثير من الدول بموجب المعاهدات الدولية والدساتير والقوانين الداخلية بالحق بالصحة العامة والحفاظ عليها ، وعند العودة الى الدستور العراقي سنة ٢٠٠٥ نراه قد كفل حق الرعاية الصحية والحفاظ عليها بموجب الدستور وذلك ضمن المواد (٣٠-٣١-٣٢) منه، ووجب على الحكومات الحفاظ على صحة الأفراد والأطفال والنساء وذوي الاحتياجات الخاصة لغرض تأهيلهم ودمجهم في المجتمع وان الحفاظ على الصحة والرعاية الصحية هو حق لكل عراقي، وفي نطاق قانون العقوبات اخذ المشرع العراقي الجرائم المفضرة بالصحة العامة بوصفها من الجرائم ذات الخطر العام وذلك في المواد (٣٦٨-٣٦٩) فالمشرع العراقي في هذه المواد قد حرص على تجريم ومعاقبة كل مرتكب جريمة عن طريق الخطأ او العمد يؤدي الى نشر مرض خطير يضر بصحة الانسان وما يلحقه من خسائر بالصحة العامة وإضرار بالمجتمع^(٢).

ومن الجدير بالذكر ان تشريع قانون الصحة العامة جاء لغرض الحفاظ على المجتمع وديمومته وتحقيق الاستقرار فيه والحفاظ على الأمن الخاص بالفرد والمجتمع بشكل عام وعلى أموالهم وحياتهم وصحتهم وحريرتهم وهذا يجعل المجتمع أكثر قوة وتماسك^(٣) ، فقد عرفت المادة (١) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ المعدل الصحة بأنها [اللياقة الصحية الكاملة بدنياً وعقلياً واجتماعياً ، حق يكفله المجتمع لكل مواطن وعلى الدولة ان توفر مستلزمات التمتع به لتمكنه من المشاركة في بناء المجتمع وتطوره].

الفرع الاول

الأساس الدستوري لجرائم الاضرار بالصحة العامة

اهتمت الدساتير العراقية القديمة غالبيتها بالصحة العامة اهتماماً كبير لما للصحة العامة من اثر على المجتمع ككل فشرعت العديد من النصوص الدستورية التي تناولت الصحة العامة والاهتمام بها منذ دستور عام ١٩٢٥ وحتى قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ، اما بشأن نصوص دستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ اشارت المادة (٣٠) الى واجب الدولة في رعاية الفرد خاصة الاطفال والنساء وتوفير الرعاية الصحية في حالة العجز حيث جاء فيها

(١) د.نوار دهام مطر،المصدر السابق،ص١٦٩-١٧٧.

(٢) د.عباس الصواف ود.جورج حزبون،المدخل الى علم القانون،الطبعة الثانية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع وعمان،١٩٩١،ص٨-٩،ود.عبد الباقي البكري ود.علي محمد بدير،مدخل الدراسات القانون،بغداد،١٩٧٢،ص١٧.

(٣) اكدت بذلك منظمة الصحة العالمية التي تخضع للامم المتحدة في ديباجه ميثاقها عام ١٩٤٨ الى [ان امتلاك احسن حالة صحية ممكن الوصول اليها هو احد الحقوق الاساسية لكل كائن انساني،مهما كان جنسه ودينه وموقفه السياسي وسلوكه الاقتصادي].

[أولاً- تكفل الدولة للفرد وللأسرة وبخاصة الطفل والمرأة - الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، السكن الملائم، ثانياً- تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو التشرد أو اليتيم أو البطالة، وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة، وتوفر لهم السكن والمنهاج الخاصة لتأهيلهم والعناية بهم، وينظم ذلك بقانون]، أما المادة (٣١) اقترت بحق الافراد في الرعاية الصحية بكافة الوسائل العلاجية وإنشاء مستشفيات ومؤسسات صحية حيث نصت على [أولاً- لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف انواع المستشفيات والمؤسسات الصحية، ثانياً- للأفراد والهيئات إنشاء مستشفيات أو مستوصفات أو دور علاج خاصة، وبإشراف من الدولة، وينظم ذلك بقانون]، والمادة (٣٣) التي اشارت الى [لكل فرد حق في العيش في ظروف بيئية سلمية، ثانياً- تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الاحيائي والحفاظ عليهما].

الفرع الثاني

الاساس القانوني لجرائم الاضرار بالصحة العامة

بالعودة الى القوانين العراقية القديمة كالقانون العثماني لسنة ١٨٥٩ والقانون البغدادي لسنة ١٩١٩ بل وحتى مسلة قانون حمورابي نجدهم قد اشاروا الى نصوص مواد تكلمت عن الصحة العامة واشارت الى وجوب حمايتها وفرض العقاب في حالة انتهاك الصحة العامة باي وجه من اوجه الانتهاك بما يعرض صحة الانسان الى الموت او الى الايذاء الجسدي، وكذلك الحال بالنسبة الى القوانين الحديثة حيث نجد ان قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ قد افرد فصل ضمن ابوابه يتكلم عن جرائم الاضرار بالصحة العامة وذلك في نص المادة (٣٦٨) حيث جاء فيها [يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من ارتكب عمداً فعلاً من شأنه نشر مرض خطير مضر بحياة الافراد، فأذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي الى الموت او جريمة العاهة المستديمة حسب الاحوال].

اما المادة (٣٦٩) نصت على [يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنه او بغرامة لا تزيد على مائة لكل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد فاذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ او جريمة الايذاء الخطأ حسب الاحوال]، بالإضافة الى نصوص هاتين المادتين فقد اشارت المادة (٤٩٦) من ذات القانون الى صور الافعال التي تقع وتتحقق بوقوعها المخالفة، وبالإضافة الى قانون العقوبات العراقي نلاحظ ان قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ قد نظم العديد من النصوص التي تنصب حول الصحة العامة وحمايتها وقد اتخذ المشرع الجنائي عدة اجراءات لغرض منع

انتشار الامراض الانتقالية^(١)، واعتماد الخدمات الصحية والوقائية وفقاً لنصوص التي حددتها في قانون الصحة العامة وكذلك الحماية الكافية التي تخص العناية بمياه الشرب من خلال اجراءات دقيقة في فحص نوعية المياه بمواصفات دقيقة مجهرية^(٢)، ان المقومات الأساسية للحق في الصحة العامة ينشأ التزامات متعددة تقع على عاتق الدولة في اتخاذ الاجراءات الكفيلة لتوفيرها لكافة المواطنين دون تمييز بحسب السن

(١) ونصت المادة (٤٤) من قانون الصحة العامة العراقي على [المرض الانتقالي الناجم عن الاصابة بعامل معد او السموم المولدة عن والذي ينتج عن انتقال ذلك العامل من المصدر الى المضيف بطريقة مباشرة او غير مباشرة]. اما المادة (٥٧) فقد نصت على [للجنة الصحية المختصة طلب ردم المستنقعات وتغيير مجرى السواقي وازالة المكاره ومصادر تكاثر الحشرات الطبيعية بالتعاون مع الجهات المعنية].

(٢) حيث نصت المادة (٧٢) من قانون الصحة العامة العراقي على [تلتزم دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي والجهات الاخرى بتزويد الجهة الصحية بكافة المعلومات المتعلقة بما هو موجود من ماخذ مياه ونقاط تصريف وما هو مخطط له في المنطقة وكميات ومحتويات المياه المصروفة الى مصادر المياه وتركيزها بايلوجيا وكميائيا وفيزيائيا، على ان لا تتجاوز هذه التراكمات الحدود المسموح بها والتي تحددها الجهة الصحية وكذلك طبيعة حركة الماء في المصدر].

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

او الجنس او اللغة او الدين او التوجه السياسي من خلال اصدار ما يلزم من تشريعات للحفاظ وللضمان الصحي لكافة افراد المجتمع ، وكذلك يتسع مفهوم التشريعات الصحية ليشمل الحفاظ على مستوى المعيشة التي تؤثر على صحة الشعب وتتأثر به فهو يشمل الحفاظ على مستوى التعليم وظروف العمل والمهن الصحية وغيرها.

من الجدير بالذكر انه كان في نطاق البيئة ايضاً حيز في ذلك حيث صدر قانون البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ النافذ والذي تضمن العديد من النصوص التي اشارت موضوع البيئة وما يتعلق بها فيما يخص السلامة الصحية للأفراد حيث اشارت المادة (١) من هذه القانون الى حماية وتحسين البيئة ومعالجة الضرر والحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية ، علماً انه تم انشاء وزارة للبيئة بموجب امرسلطة الائتلاف (المنحلة) المرقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٣ والذي الغي وحل محله ٣٧ لسنة ٢٠٠٨ ، فالتشريعات المتعلقة بالبيئة هي من اهم التشريعات التي لها دور في الحفاظ على المجمعات وحمايتها من التلوثات من خلال اصدار التشريعات وايجاد المقترحات والحلول ، وضع المعالجات لكل المعوقات التي تسببها الملوثات البيئية، فقد صدرت العديد من التشريعات المتعلقة بالجانب الزراعي والبيئة الطبيعية وكذلك المتعلقة بالقطاع الصناعي، من اجل حماية البيئة الطبيعية والزراعية ومكافحة الافات وحماية المراعي الطبيعية والاهتمام بالجانب الصناعي من التلوث الذي يصيب العاملين والحفاظ على سلامتهم من مخاطر انتشار المواد الضارة او المتفجرة.

بالاضافة الى تلك القوانين فإن وزارة الصحة والبيئة العراقية اهتمت اهتماماً كبير في نشر ثقافة النظافة الصحية والبيئة ودورهما في الحفاظ على مجتمع صحي وذلك من خلال الانظمة والتعليمات التي تصدرها والندوات والمؤتمرات التي تعقد عبر وسائل الاعلام ، ولا يخفى علينا الاتفاقيات والمعاهدات التي تعقد بهذا الشأن من اجل الحفاظ على الصحة العامة .

المبحث الثاني

النماذج القانونية للجرائم المفضرة بالصحة العامة

ان تحديد اساس المسؤولية الجنائية في جرائم الإضرار بالصحة العامة لا يختلف عن الجرائم الأخرى من حيث كونها جريمة عمدية وغير عمدية والمتمثلة بركنيها المادي والمعنوي والذي يعد من القواعد الأساسية في القوانين الجزائية الحديثة وبذلك فان الأساس القانوني للجريمة يتطلب أمرين^(١):-

الاول مادي : الذي يمثل الواقعة الجرمية في السلوك الفاعل الارادي .
الثاني معنوي : هي الرابطة النفسية بين الواقعة الجرمية و ارادة الفاعل .
وبما ان المشرع العراقي لم يقسم المسؤولية الجزائية الى عمدية وغير عمدية بشكل صريح ومباشر ووضح ذلك في طريقة غير مباشرة عندما عالج موضوع الركن المعنوي (القصد الجرمي والخطأ) في الفرع الثاني من الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الاول في المواد (٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ .

لان اساس المسؤولية عن الجرائم العمدية هو القصد الجرمي اما المسؤولية غير العمدية تقوم على اساس الخطأ ، ومن خلال دراستنا للجرائم المفضرة بالصحة العامة في التشريع العراقي نجد انه عمل على تجريم العديد من السلوكيات التي تلحق الضرر بأحد عناصر الصحة العامة وصنفها إلى جنح ومخالفات وذلك بالنظر إلى جسامة العقوبة الواقعة على مرتكبها وعليه نحاول تقسيم الجرائم المفضرة بالصحة العامة إلى جنح و مخالفات وسوف نبحت ذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول:- جنح الإضرار بالصحة العامة

المطلب الثاني :- مخالفات الإضرار بالصحة العامة.

المطلب الأول

جنح الإضرار بالصحة العامة

يتضمن هذا المطلب الجرائم العمدية المفضرة بالصحة العامة والتي تركز على ارادة الجاني الاثمة في (القصد الجنائي) و تتحقق بالسلوك الاجرامي وحصول النتيجة الجرمية وان المشرع الجنائي قد ذهب الى تجريم سلوك الضرر بالصحة العامة ضمن الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (النافذ) في المواد (٣٦٨-٣٦٩) والذي يؤدي ارتكاب السلوك الاثم الى الاضرار بالمصلحة محل الحماية وان المشرع الجنائي عندما يحدد نموذجاً قانونياً للاضرار بالصحة العامة لكل جريمة يعني بذلك ان يتطابق الفعل مع النموذج القانوني المحدد للاضرار بالصحة العامة وتلك التي ترتكب بطريق الخطأ الجرائم غير العمدية وعليه سوف نتناول تقسيم هذا الى فرعين نتناول بالفرع الاول جريمة نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد عمداً ، وفي الفرع الثاني جريمة نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد بالخطأ.

الفرع الاول

جريمة نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد عمداً

اشار المشرع الجزائي في أحكام نص المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ على انه [يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة سنوات كل من ارتكاب عمداً فعلاً من شأنه نشر مرض خطير

(١) د.علي احمد راشد (عن الارادة والعمر والخطأ والبيئة في نطاق المسؤولية الجنائية) ، بحث منشور ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد واحد ، س٨ ، جامعة عين الشمس ، ١٩٦٦ ، ص١ ، و د علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي ، مبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الاولى ، دار السنهوري ، بغداد، ٢٠١٥ ، ص ١٣٧ .

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الحمداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

مضر بحياة الافراد ، فإذا نشأ عن الفعل موت إنسان أو اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المقضي الى الموت او جريمة العاهة المستديمة حسب الاحوال [.

ولا بد لنا من بيان ان لهذه الجريمة انشار واسع ويشمل جميع صور نشر المرض الخطير بصرف النظر عن الوسائل لكون جميع الوسائل المستخدمة في نظر القانون هي واحدة ويسال عنها الشخص الذي يخالف الاجراءات المتبعة في علاج المرض الخطير او الامتناع عن معالجته والسبب في انتشاره الى الاخرين .

ولتفعيل نص المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات النافذ و للحماية والحفاظ على الصحة العامة من الاضرار الناتج عن تلوثات البيئة المتسببه بنشر المرض الخطير بصورة عمدية والحيلولة من حدوث هذا التلوث لابد من تفعيل القواعد القانونية والاحكام المتعلقة بحماية البيئة ومحافظة عليها من التلوث ورسم الاهداف والسياسات العامة لغرض تحديد السلطة المختصة بتنفيذه من خلال الحد من التلوث البيئي الناجم عن الممارسات الخاطئة وتعزيز دور الاجهزة التنفيذية بتطبيق القرارات ومتابعة الاجراءات لحماية وتحسين البيئة وفق قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ وان للقدرة العقلية والنشاط الاقتصادي والاجتماعي للانسان

والذي تمكنه من الوصول الى اعلى مراحل التطور والحفاظ على البيئة لانه جزء منها^(١)، وبالإضافة الى ذلك فان المشرع العراقي خصص الفصل الثالث من الباب الثاني من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ لمكافحة الامراض الانتقالية والمتوطنة انسجاماً مع اهداف هذا القانون والعمل على منع تلوثها^(٢)، وتبنى كذلك في نص المادة (٤٤) من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ الامراض الانتقالية حيث اشارت هذه المادة الى المقصود بالمرض الانتقالي وذلك بقولها[المرض الناجم عن الاصابة بعامل معد او السموم المولدة عنه والذي ينتج عن انتقال ذلك العامل من المصدر الى المضيف بطريقة مباشرة او غير مباشرة]، وكما هو معلوم فأن لكل جريمة اركان وجريمة الاضرار

(١) حيث نصت المادة (٣) من الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ على [العمل مع الجهات الاخرى ذات العلاقة على تهيئة مواطن صحيح جسمياً وعقلياً واجتماعياً خال من الامراض والعاهاث معتمدة الخدمات الصحية الوقائية اساساً ومرتكزاً لخطتها وذلك بالوسائل التالية : اولاً-تأسيس وإدارة المؤسسات والمراكز الصحية وتطويرها في جميع انحاء القطر والمساهمة في رفع المستوى الصحي للاقطار العربية الاخرى.ثانياً -مكافحة الامراض الانتقالية ومراقبتها ومنع تسربها من خارج القطر الى داخله وبالعكس او من مكان الى اخر فيه والحد من انتشارها في الاراضي والمياه والاجواء العراقية.ثالثاً-العناية بصحة الاسرة ورعاية الامومة والطفولة والشيخوخة .رابعاً -العناية بالصحة المدرسية.خامساً- رفع المستوى الغذائي لجميع افراد الشعب.سادساً- وضع الضوابط والمواصفات والشروط الصحية للمعامل فيها ومراقبة تطبيق تلك الضوابط والمواصفات والشروط.سابعاً-العناية بصحة العاملين في المعامل والمصانع والمحلات العامة ورفع المستوى الصحي لهم وحمايتهم من اخطار المهنة وامراض وحوادث العمل.ثامناً- حماية وتحسين البيئة وتطويرها والحفاظ على مقوماتها والعمل على منع تلوثها.تاسعاً- غرس التربية الصحية ونشر الوعي الصحي والبيئي بكافة الوسائل.عاشراً-العناية بالصحة النفسية والعقلية وتوفير البيئة والخدمات الضامنة لها.حادي عشر-توفير الادوية والمصنوعات الطبية متطورة وفق مبدأ التكامل الاقتصادي في الوطن العربي.ثاني عشر-العمل على تكامل صناعة دوائية ومستلزمات طبية متطورة وفق مبدأ التكامل الاقتصادي في الوطن العربي.ثالث عشر- تعميم خدمات مراكز التأهيل الطبي والعلاج الطبيعي والاطراف الاصطناعية على مستوى القطر.رابع عشر- نشر التعليم الصحي والمهني ورفع مستوى العلمي للعاملين وتطوير الدراسات الطبية والاولية وتشجيع البحث العلمي في الامور الصحية والبيئية والفنية .خامس عشر-تنظيم ومراقبة ممارسة المهن الطبية والصحية بالتنسيق مع النقابات المختصة].

د.ابراهيم عصمت امطاوع،التربية البيئية في الوطن العربي،الطبعة الاولى ،دار الفكر العربي،القاهرة ،١٩٩٥،ص١٢٦.

(٢) د.محمد احمد مصطفى ايوب ، النظرية العامة للامتناع في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣، ص ٦١ ، د.امين عبدة محمد دهمش ، تعدد الجرائم في التشريع الوضعي المقارن للفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠١، ص١٩٦.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف دود الهدهاني

إستبرق قاسم دودان الكعبي

بالصحة العامة كغيرها من الجرائم تتكون من ركنين الركن المادي والركن المعنوي وسوف نبين تفصيلهما على النحو الآتي :-

أولاً- الركن المادي :-

لا يمكن مسألة الجاني عن جريمة لمجرد تفكيره في ارتكابها ، لان المبدأ الأساس للقانون الجنائي لا جريمة اذا لم يخرج التصميم الاجرامي الى حيز الوجود ويترجم الى فعل خارجي سواء كان فعلاً او امتناعاً والمتمثل بالركن المادي^(١) ، وعرفه المشرع الجنائي في المادة (٢٨) [الركن المادي للجريمة سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون] ، وعليه يتكون الركن المادي لجريمة نشر مرض خطير يضر بصحة الانسان عمداً من فعل او السلوك الارادي يترتب عليه نتيجة اجرامية ذات ارتباط سببي بالسلوك الاجرامي ، فان العنصر المادي للمسؤولية الجزائية وهو ما يكون بين فعل الجاني و النتيجة الجرمية والعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الجرمية^(٢) .

فينبغي ان نعرف اولاً ما السلوك الاجرامي ثم النتيجة الجرمية والعلاقة السببية بينهم وعلى النحو الآتي:-

أ- السلوك الاجرامي :- ان السلوك الاجرامي هو الحركة الصادرة بشكل ارادي عن الجاني يستهدف العدوان على حق او مصلحة يحميها القانون الجنائي^(٣) لكون اساس الجريمة هو السلوك الجرمي^(٤) ، وقد يكون الفعل ايجابي او الفعل السلبي ويتخذ الصورة الاولى الفعل او السلوك الجرمي الصورة الثانية الامتناع ، وقد عرفت المادة (٤/١٩) من قانون العقوبات العراقي الفعل وهو [كل تصرف جرمه القانون سواء كان ايجابياً او سلبياً كالترك والامتناع مالم يرد نص على خلاف ذلك]^(٥) .

وللسلوك الاجرامي لهذه الجريمة صور متعددة فقد يقع عن طريق التلوث البيولوجي او التلوث الاشعاعي او التلوث الكميائي الذي يشمل (الاسمدة الكميائية ، المبيدات الحشرية والزراعية) وكل هذه الصور لم تخلو من التنظيم حيث نظم المشرع العراقي قوانين تضم نصوصاً تعالج كل صورة من هذه الصور كما في قانون الوقاية من الاشعاع وقانون حماية وتحسين البيئة وقانون الصحة العامة وغيرها من القوانين المنظمة لحياة المجتمع وسلامته.

ب- النتيجة الجرمية :- هي الاثر المترتب على السلوك الذي يقصده المشرع الجنائي بالعقاب فالنتيجة الجرمية هي [تغيير من حال الى حال مغاير وبهذه الحالة هي النتيجة الجرمية بالمعنى المادي لها] ، وبذلك تكون المسؤولية الجزائية على اساس الفعل ذاته بصرف النظر عن النتائج المترتبة عليه وان النتيجة التي يرتبط بالفعل هي فقط النتيجة التي يتطلبها المشرع الجنائي التي يتوجب المسؤولية الجزائية عند قيام الجريمة قانوناً^(٦) .

(١) د.محمد احمد مصطفى ايوب ، النظرية العامة للامتناع في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٦١ ، د.امين عبيد محمد دهمش ، تعدد الجرائم في التشريع الوضعي المقارن للفقهاء الاسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠١ ، ص ١٩٦ .

(٢) د.جمال ابراهيم الحيدري ، احكام المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٠ ، ص ٦٧ .

(٣) د.حسام محمد سامي جابر ، الجريمة والبيئة ، دار شتات للنشر والبرمجيات - دار الكتب القانونية، ٢٠١١ ، ص ٨٤ .

(٤) د.عبد الفتاح الصيبي ، الاحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ١٦٠ .

(٥) د.عبد الاحد جمال الدين ، د.جميل عبد الباقي ، المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٢١٨ .

(٦) د. جمال ابراهيم الحيدري ، المصدر السابق ، ص ٦٧ .

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الحمداني

إستبرق قاسم حمدان الكعبي

فبذلك يعد نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد بصورة عمدية في الهواء مثل الفايروس وتسبب بمرض او وفاة عدد من الاشخاص يعد اعتداء على المصلحة الواجب حمايتها بموجب القانون وتحمله المسؤولية الجزائية عن ذلك^(١).

ان عملية التخلص من النفايات بالطرق العشوائية وغير الصحية تؤدي الى انتشار الاوبئة والامراض الصحية لكون حرق هذه النفايات في اماكن غير مخصصة او غير كفوءة يعد كارثة بيئية لاحتوائها على مواد طبية خطيرة وسامة^(٢).

ج- العلاقة السببية:-وهي اسناد امر من امور الحياة الى مصدره وهو في نطاق قانون العقوبات على نوعين (مادي – معنوي) ، المادي هي نسبة النتيجة الجرمية الى فعل اجرامي أي توفر علاقة سببية بين الفعل والنتيجة الحاصلة ، اما المعنوي (سوف نتكلم عنه بشكل مفصل في الركن المعنوي) هي نسبة الجريمة الى شخص متمتع بالاهلية لتحمل المسؤولية الجزائية (الاهلية الجزائية)^(٣).

ورأي الباحثة ان العلاقة السببية تندرج ضمن الركن المادي والسبب هو ان العلاقة السببية تكون نتيجة فعل ضار او سلوك جرمي يسلك الجاني لحدوث نتيجة جرمية عنه وارتباطه بالركن المعنوي من ناحية تمتعه بالاهلية الكاملة التي تحمله المسؤولية الجنائية عن ارتكاب الفعل الضار.

ثانياً- الركن المعنوي:-

يتمثل الركن المعنوي في القصد الجرمي والخطأ والذي نصت عليه المادة ٣٣ من قانون العقوبات العراقي:-[١- القصد الجرمي هو توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون لجريمة هادفاً الى نتيجة الجرمية التي وقعت او أية نتيجة جرمية اخرى]^(٤).

وحتى يسال الجاني عن ارتكابه فعل مخالف لقاعدة جنائية فيجب ان نتعرف ارادته وسلوكه الى احداث خطأ تطبيقاً لقاعدة لا عقوبة دون خطأ^(٥) ويتمثل بانه لاجرمية بدون ركن معنوي وهو الاساس الذي يسلكه المشرع الى تحديد المسؤولية عن مرتكب الفعل الجرمي والذي يمثل ضمان للعدالة وشرط لتحقيق العقوبة اغراضها الاجتماعية^(٦) وتحقق المسؤولية الجنائية للجاني عند توفر فعل ضار بالمصلحة التي يحميها القانون وارادة آثمه^(٧) وتكون هي العلاقة بين الفعل وارادة القائم به^(٨).

(١) عبد القادر حسين ابراهيم محفوظ ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاصابة بالفيروسات ، أطروحة دكتوراة جامعة عين الشمس – كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص ١٣٥.

(٢) وضعت منظمة الصحة العالمية اول وثيقة ارشادية عالمية وشاملة بهذا الخصوص (الادارة المأمونة لمخلفات (نشطة الرعاية الصحية) وتضمنت الحد من المخلفات الى ادنى مستوى والتخلص على نحو مأمون بواسطة استراتيجيات الحرق او الغير الحرق عن طريق الطمر حيث تشمل المخلفات الناقلة للدوى ومخلفات سامة ومخلفات مشعة والاجسام المضادة والمواد الكيميائية لمزيد من التفاصيل انظر الى مخلفات الرعاية الصحية منظمة الصحة العالمية .

www.who.int/mediacentre/factsheets/fs253/av

متاح في الساعة ٩:٠٠ صباحاً بتاريخ ٢٠١٧/٩/٧ .
لمزيد من التفاصيل انظر باسم حميد جريم ، ادارة النفايات الطبية في مستشفى الكوت، العدد السابع، مجلد التاسع عشر ، مجلة الهندسة ، جامعة بغداد، ٢٠١٣.

(٣) د. محمد الفاضل ، المبادي العامة في قانون العقوبات ، الجزء الاول، (بدون سنة نشر)، ص ٣١٤.
(٤) القصد قد يكون بسيطاً او مقترناً يسبق الاصرار، ٣- سبق الاصرار هو التفكير المصمم عليه في ارتكاب الجريمة قبل تنفيذها بعيداً عن ثورة الغضب الانبي او الهياج النفسي موجهاً الى شخص معين او الى أي شخص غير معين وجده او حادثة وسواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث امر او موقوفاً على شرط .

(٥) عبد القادر حسين ابراهيم محفوظ ، المصدر السابق ، ص ٣٣٢.

(٦) د. محمد نجيب حسني ، القسم العام ، المصدر السابق ، ص ٣٧٨.

(٧) د. عمر السعيد رمضان ، بحث بين النظريتين النفسية والمعارية ، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية ، ص ٥ وما بعدها.

عناصر القصد الجنائي :

ان القصد الجنائي هو الركن المعنوي في الجرائم العمدية للاضرار بالصحة العامة ،وهو عبارة عن نوايا داخلية يضمها الجاني في نفسه لا يعاقب عليها المشرع الجنائي الا اذا صاحب ضده النوايا ترجمة فعلية لسلوك الجاني والمتمثلة في الجانب المادي للجريمة .

١- العلم :- العلم لغة هو علم يعلم علماً او سمة بعلامة أي اثر فيه علاقة ويعرف بمعنى عرف و ادرك فعلم الشيء أي عرفه او ادراك حقيقة وهو مصدر علم او ادرك الشيء ووجد حقيقته^(٢) .

٢- الإرادة : وتعرف انها نشاط نفسي يعول عليه الانسان في التأثير على مايحيط به من اشخاص واشياء وهي الموجه للقوى العصبية لاثبات افعال تترتب عليها اثار مادية تشبع حاجات الانسان بها^(٣) وهي لازمة في كافة الجرائم العمدية وغير العمدية وفي الجرائم العمدية تتجه نحو تحقق الفعل والعمل على بلوغ النتيجة^(٤) .

مما تقدم يتضح ان للإرادة ثلاثة عناصر وهي عنصر نفسي داخلي وعنصر مادي وعنصر ثالث هو الاختيار^(٥) .

الفرع الثاني

جريمة نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد بالخطأ

ان المشرع الجنائي العراقي يعاقب على الأفعال والسلوك التي تكون بصورة عمدية ويتحمل الجاني بموجبها المسؤولية الجنائية كاملة بسبب توافر القصد الجنائي ، الا انه هناك افعال وتصرفات نتيجة سلوك الجاني تكون بطريق الخطأ ينتج عنه جريمة غير عمدية نص عليه قانون العقوبات العراقي في المادة (٣٥) على انه [تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر]، والمتمثلة بعدم اتخاذ الحيطة والحذر عند القيام بالواجبات الطبيعية في ممارسة الاعمال المشروعة بحيث أدى إهماله ورعونته إلى ارتكاب جرائم غير عمدية نتيجة خطأ في سلوكه . وكذلك اشار قانون العقوبات العراقي في المادة (٤١١) والتي نصت على[من قتل شخصاً خطأ أو تسبب في قتله من غير عمد بان كان ذلك ناشئاً من اهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر يعاقب بالحبس والغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين]. إن (الخطأ) بصرف النظر عن توصيفاته هو الاصل العام الذي تقوم وتؤسس عليه المسؤولية الجنائية^(٦) كقوله تعالى ((وَاسْتَغْفِرِي لِذَنْبِكِ إِنَّكِ كُنْتِ مِنَ الْخَاطِئِينَ))^(٧) .

اما في الاصطلاح يعني مخالفة قاعدة او نظام كان الواجب احترامه^(٨)، وكذلك نصت عليه احكام المادة (٣٦) من قانون العقوبات العراقي [يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة او بغرامة^(٩) لاتزيد على

(١) د. محمود نجيب حسني ، القسم العام ،المصدر السابق ، ص٥٧٥.

(٢) جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي عصري ، مجلد الثاني، الطبعة الرابعة، مطبعة العلوم ، دار العلم للملايين، بيروت ، ١٩٨١، ص١٠٤٧.

(٣) د. محمد نجيب حسني ، قسم القانون ، المصدر السابق ، ص٤١١.

(٤) د. حسام محمد سامي جابر ، المصدر السابق ، ص١١٥.

(٥) عبد القادر حسين ابراهيم محفوظ ، المصدر السابق ، ص٤٠٠ و ٤٠١.

(٦) د.محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ اساساً لمسؤولية المرفق العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣.

(٧) سورة يوسف، الآية ٢٩.

(٨) المعجم الفلسفي ، صدر عن مجموعة اللغة العربية بمصر ، طبعه الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٨٠.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

مائة دينار كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد ، فاذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل خطأ او جريمة الايذاء خطأ حسب الاحوال [.

فيكون نشر مرض عن طريق الخطأ بعدة طرق في الهواء او الماء او التربة وعن طريق الطبيب الذي يتسبب في نشر المرض عن طريق الخطأ او عن طريق الاصابة بالفيروسات والامراض المعدية والقبالة عن طريق الخطأ تكون اوسع انتشار حيث تتعدد صور السلوك الخطأ بمختلف المجالات بسبب الاهمال والرعونة وعدم الانتباه او عدم الاحتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر. فان انعدام الخطأ لا يترتب عقاب على الجاني وبغير الخطأ موجود عندما يترتب عليه فعل او ترك نتائج لم يرد لها الجاني بطريق مباشر او غير مباشر^(٢). ولقد اختلف الفقهاء حول المعيار الذي يعتد به لقيام المسؤولية الجنائية غير العمدية من الجاني يذهب راي الى الاخذ ب:-

❖ **المعيار الشخصي^(٣)** وهو ان يبذل الشخص قدر كم العناية والحذر في ظروف معينة يكون الخطأ اذا تبين ان سلوكه دون ما اعتداد عليه والحيطه والحذر تسبب اليه خطأ غير عمدي.

❖ **المعيار الموضوعي^(٤)** لتحديد المسؤولية الجنائية التي تقع من الجاني من الجرائم الغير عمدية ، وهو توقع الشخص المعتاد المتوسط الحذر والانتباه ولم يتوقع النتيجة الجرمية متى ما كانت متوقعة لدى الشخص المعتاد اذا احاطت نفس الظروف التي احاطت المتهم .

❖ **المعيار المختلط^(٥)** الذي يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي ، وهو المعيار الراجح لكونه يحقق العدالة و مصلحة المتهم والمجتمع معاً لكونه يتطلب مراعاة ظروف كل من المتهم والظروف المحيطة به مع واجب مراعاة الحيطه والحذر من المتهم لكي لايعرض حياة الاخرين للخطر .

ومما تقدم فاننا نتفق مع المعيار الثالث هو تاييد للمعيار المختلط لكونه اقرب الى الواقع الاجتماعي الذي يعيش فيه كل من الجاني والشخص المعتاد والظروف المحيطة بهما فيكون اقرب الى الواقع الذي اذا اهمل فيه الشخص معتاد الحذر والحيطه فان سلوكه يؤدي به الى المسؤولية الجنائية ، وهذا امر خلاف مقتضيات العدالة والمصلحة العامة ، فان أساس نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد عن طريق الخطأ لكون الخطأ شرط أساسي لقيام المسؤولية الجنائية بوجه عام^(٦).

أولاً- الركن المادي:-

ويشمل في السلوك الخاطئ الذي قام به الجاني من الاهمال وعدم الاحتياط او الرعونة او عدم الانتباه ، فان السلوك الناتج عن الاصابة الخطأ بالفيروسات والامراض المعدية غير العمدية هو سلوك ارادي غير قانوني ويتسم بالخطورة ويكون الخطأ أيضاً في عدم اتباع التعليمات لتعرض الانسان الى جرعات زائدة من الاشعاع او سوء الخزن والنقل خلاف القانون وكذلك قيام متعهد نقل المواد او غازات ملوثة سامة وادت الى تطاير وانبعاث الابخرة السامة دون الحفاظ عليها مما يؤدي الى اضرار صحية عامة

(١) عدل مبلغ الغرامة بمقتضى التعديل رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ (كما مر ذكره سابقاً).

(٢) د. عبد الحميد الشواربي ، عز الدين الدناصوري، المسؤولية الجنائية والمدنية في القتل والاصابة الخطأ في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥، ص١٥.

(٣) د. عوض محمد ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار المطبوعات ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥، ص٢٧٨؛ د. جلال ثروت ، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص٢٠٠.

(٤) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص٦٢١ ، احمد فتحي سرور ، قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦، ص٥٥٢.

(٥) د. جمال ابراهيم الحيدري ، احكام المسؤولية الجزائية ، المصدر السابق، ص١٥٣.

(٦) فوزي احمد شاي ، تطور اساس مسؤولية الدولة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٩، ص١٠٠.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

إذا هو يمثل السلوك الاجرامي بارتكاب فعل وهذا ماعرفته مادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، والذي يشمل الفعل الايجابي او الامتناع وهو كل فعل او سلوك ارادي ناتج عن اهمال او عدم انتباه او رعونة او عدم احتياط وعدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر ترتب عليه اذى او نشر مرض او موت وعلاقة سببية بين النشاط والنتيجة^(١).

وهل يعد السلوك او الفعل الذي يمس مصلحة حماها القانون والمشرع الجنائي بطريقة الخطأ هو اساس الركن المادي ، لكن السؤال هنا هل قصد الجاني من سلوكه احداث نتيجة جرمية ؟ نلاحظ ان الفرق بين الجرائم العمدية وغير العمدية يكون في الركن المادي في عنصر النتيجة حيث انه في جريمة العمد استهدف الجاني بسلوكه وقوع النتيجة بارادته أما الخطأ في جرائم غير العمدية هو سلوك دون ارادة النتيجة الاجرامية اذا كانت النتيجة متوقعة فكون امام جريمة عمدية^(٢).

وكما ذكرنا مسبقاً في نطاق جريمة نشر مرض خطير مضر بصحة الافراد عمداً فيما يتعلق بعناصر الركن المادي لهذه الجريمة ايضاً هي ذاتها في نطاق جريمة نشر مرض خطير مضر بصحة الافراد بالخطأ وهي:-

أ- السلوك الاجرامي:- ولكي تتوفر المسؤولية على أساس الخطأ يجب ان يكون هناك ضرر اصاب الاشخاص يتخذ صورة مرض خطير هدد صحتهم وحياتهم به وبذلك لاعتقاب في الشروع في الجرائم الغير عمدية^(٣) لعدم توفر القصد ولا يمكن قيام الاشتراك في الجرائم غير العمدية^(٤) وعدم قيام الظروف المشددة لانتفاء القصد الجنائي في جرائم الاضرار بالصحة والخطأ في القتل والمرض . منع الاشخاص من العمل في مجال تصنيع الاغذية والمشروبات وهو مصاب بالمكروبات المعوية المرضية ويجب ابلاغ رب العمل ويكون رب العمل والعامل مسؤولاً قانوناً عن تنفيذ ذلك^(٥) ولمنع انتشار الامراض عن طريق الخطأ الى الغير القيام بزيارات ميدانية تفقدية لفحص العمل في مصانع وتعليب المواد الغذائية لكون الاصابة في بعض الاحيان يجهلها الشخص نفسه الا بعد القيام بزيارات وفحص دوري للطبيب .

وكذلك يعد نشر المرض الخطير الذي يضر بصحة الافراد عن طريق الخطأ هو عدم الالتزام بالتعليمات الخاصة بانتشار ابراج الاتصالات للهواتف النقالة بان تكون بعيدة عن الدور السكنية ومدارس الاطفال^(٦)، وعدم الالتزام بالتعليمات لانشاء مختبرات صحية التي يجب ان تتوفر فيه عدة

(١) جمال ابراهيم الحيدري ، قانون العقوبات ، القسم الخاص، المصدر السابق، ص ٣١٥.

(٢) محمود نجيب حسني ، الخطأ غير العمدية ، بحث منشور في مجلة المحاماة عدد السادس و السابع ١٩٦٤ ، ص ٥١٥.

(٣) امين مصطفى محمد ، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والتهاب الكبد الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩ ، ص ١٢٠، د. عبد الحميد الشواربي ، وعز الدين الدناصوري ، المصدر السابق، ص ٤٩.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي و عز الدين الدناصوري ، المصدر السابق ، ص ٥٠.

(٥) حيث نصت المادة (٥٣) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ النافذ على[اولاً- يمنع الاشخاص الحاملون للجراثيم المعوية المرضية من العمل او الاستمرار فيه وذلك في اماكن تصنيع الاغذية والمشروبات والمرطبات وتحضيرها وتعبئتها وخزنها ونقلها وبيعها وكذلك العاملون في مشاريع الماء والمساح ومعامل الثلج، ثانياً- على الجهة الصحية المختصة عند تثبتها مختبرياً من اصابة العامل بالمكروبات المعوية المرضية اشعار رب العمل بذلك تحريراً لمنع المصاب من العمل ولا يجوز لهذا الاخير مزاوله عمله الا بعد ثبوت خلوه من تلك المكروبات ويكون كل من العامل ورب العمل مسؤولاً قانوناً عن تنفيذ ذلك] .

(٦) المادة (٢) من تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠ [الوقاية من الاشعة غير المؤينة الصادرة من منظومات الهاتف المحمول] تهدف هذه التعليمات الى حماية الانسان من التأثيرات البيولوجية المحتملة للاشعاع غير المؤين الصادر عن منظومات الهاتف مع مراعاة تشريعات العمل فيما يتعلق بالعاملين في هذه المنظومات والمتعلقة بصحتهم وسلامتهم المهنية، والمادة (٣/ثانياً) [لايجوز انشاء- البدالات المركزية في الاحياء السكنية او ضمن مباني المستشفيات والمدارس ورياض الاطفال والحضانات ويجب اقامتها كمنشأ مستقل] .

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف جود الجوهاني

إستبرق قاسم جودان الكعبي

شروط للنظافة و مكان العمل وانتظار المراجعين وطريقة اتلاف فضلات النماذج المختبرية^(١) يعد ايضاً من نشر مرض خطير عن طريق الخطأ اذا لم يراعى فيه الشروط الواجبة لانشاء والعمل فيه . وان سوء استخدام أو الاهمال أو الرعونة من قبل العامل في المواد الخطرة او ذات الاشعاع يؤدي الى الاضرار الفادحة في صحته وصحة وسلامة غيره^(٢). على وزارة الصحة والبيئة القيام بزيارات تفقيشية الى المستشفيات والمراكز الصحية والمحلات العامة والمدارس لمعرفة اذا كان احد المنتسبين او العاملين حامل لمرض معدي او خطير لان عمله في هذه المجالات يساعد في نشر المرض عن طريق الخطأ الى الغير^(٣).

وبذلك تتعدد صور سلوك الخطأ في نشر المرض من قبل العاملين في مجالات مختبرية او صحية او في مجال الاغذية ومن صور ايضاً نقل الدم الملوث عن طريق الخطأ والذي يقع من المسؤولين عن نقل الدم ، وهذا النقل للمرض يعد غير عمدي دون اخذ الاحتياطات اللازمة للفحص لمنع انتشار الامراض وانتقال العدوى^(٤).

ب- النتيجة الجرمية :- تتجسد النتيجة في الاثر المترتب عند نشر المرض الخطير المضر بالصحة العامة بالاذى او المرض اللذان يمثلان تلك النتيجة الجرمية للفعل الخاطي كما لو اصاب الطبيب او احد مساعديه شخص بمرض خطير اثر عملية جراحية (لاعطائه دواء مغشوش او مؤثر بصحة المريض) ونتيجة خطأ الطبيب الجراح فتكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الصادر من الطبيب والضرر أي المرض الخطير^(٥)، يسأل الطبيب عن خطئه ويخضع للقواعد العامة شأنه شأن أي شخص اعتيادي^(٦)، فالنتيجة الجرمية في جريمة نشر مرض خطير بالخطأ تختلف عن تلك الجريمة التي ترتكب ترتكب عمداً وذلك بالقصد الجنائي، ان الاثبات المادي للجريمة لا يؤدي بالضرورة الى انزال العقوبة على مرتكبها مالم تثبت المسؤولية الجنائية عليه^(٧)، لان السلوك الاجرامي لا بد له من الخروج الى العالم الخارجي لتحقيق تلك النتيجة الجرمية المتمثلة بنشر المرض المضر بالصحة العامة بالخطأ^(٨).

ج- العلاقة السببية :- ان العلاقة السببية تمثل اهمية كبيرة في البنيان القانوني لجريمة نشر مرض خطير مضر بصحة الافراد بالخطأ ، وفي بعض الاحيان تنتفي العلاقة السببية بين الفعل المرتكب والنتيجة الواقعة كما لو قام الصيدلاني بصرف دواء لمريض وتبين ان الدواء مغشوش^(٩)، ولم تكن لديه غاية نشر المرض خطير يضر بصحة المريض ، هنا تنتفي المسؤولية الجنائية للصيدلاني عن صرف الدواء

(١) ولمزيد من التفاصيل حول متطلبات ومواصفات الموقع انظر تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة (١٣/٢) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٠٠٩] المواد التي تضر بصحة الانسان عند اساءة استخدامها او تؤثر تأثيراً ضاراً في البيئة مثل العوامل الممرضة او المواد السامة او القابلة للانفجار او الاشتعال او ذات الاشعاعات المؤينة او الممغنطة]. من قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩.

(٣) انظر تعليمات رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٣ والى المادة (٤٨) من قانون الصحة رقم (٩) لسنة ١٩٨١.

(٤) د. امين مصطفى محمد ، المصدر السابق ، ص ١٢٣.

(٥) هيثم عبدالله خليل، المسؤولية الطبية المدنية، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٦، ص ٣٦.

(٦) عادل يوسف الشكرجي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاهمال (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة)، دار الكتب القانونية، ٢٠١١، ص ٣٥.

(٧) ايمان محمد جابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، ٢٠١١، ص ٥٥.

(٨) د. طلعت الشهاوي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل مرض الايدز ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٦١.

(٩) د. طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلاني الجنائية، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، ٢٠٠٨، ص ١٨٢، ويعرف الغش الدوائي بانه [كل فعل عمدي ايجابي ينصب على سلطة معينة او خدمة ويكون مخالفاً للقواعد المقررة في التشريع او في اصول البضاعة، متى كان من شأنه ان ينال من خواصها او فائدتها او ثمنها]، ولمزيد التفاصيل انظر: هلدري اسعد احمد ، نظرية الغش في العقد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص ١٩٧ وما بعدها، د. محمد عبد ربه محمد، المسؤولية الجنائية للصيدلاني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٠٧ وما بعدها.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الحمداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

المغشوش لعدم علمه لان اساس المسؤولية القيام بعمل او الامتناع عن فعل قررته التشريعات الجنائية^(١)، فالطبيب الذي يصف علاج المخدر للمريض هدفه العلاج لتخفيف الآلام لا لغرض تعاطي المخدر للمدنيين^(٢) وبذلك لا توجد علاقة سببية بين صرف الدواء المخدر وبين نشر المخدرات بين الناس لان اباحة عمل الطبيب عند تقديم العلاج يهدف الحفاظ على صحة وسلامة المريض^(٣)، بذلك ان ان الاتبات المادي للجريمة لا يؤدي بالضرورة الى انزال العقوبة على مرتكبها ما لم تثبت العلاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الجرمية لاثبات المسؤولية الجنائية، وتثبت العلاقة السببية بين فعل الجاني والاذى او المرض الذي حدث اذا تبين ان فعله ادى الى نشر مرض خطير مضر بصحة الافراد عن طريق الخطأ.

ثانياً - الركن المعنوي :-

الخطأ غير العمدى هو العلاقة بين الاثم والجاني وفعله وهو استثناء على الاصل^(٤) وهو كما اشار اليه المشرع الجنائي في المادة (٣٥) الخطأ المكون للجريمة غير العمدية سببه اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط وعدم مراعاة القوانين والانظمة والوامر . فتكون المسؤولية الجنائية عن الخطأ وليس القصد^(٥) والتي نتج عنه :-

١- إخلال الجاني بواجبات الحيطه والحذر وادى فعله الى الاذى او نشر مرض خطير يضر بصحة الافراد عن طريق الخطأ .

٢- العلاقة النفسية بين الارادة للفعل واحداث المرض المضر بصحة الافراد وتكون عن طريق توقع الفاعل لنشر المرض المضر بصحة الافراد او عدم توقعه نشر المرض المضر بصحة الافراد عن طريق الخطأ.

ان تعدد صور الخطأ ترتبط بسلوك الجاني فعلاً او امتناع وطبيعة القاعدة في تحقق الخطأ والمسؤولية الجزائية عن علم الجاني بها واتجاه ارادته^(٦)، وان عدم اتجاه الارادة الى احداث النتيجة الجرمية يؤدي الى انتفاء الجريمة العمدية لانتهاء القصد الجرمي^(٧)، لكن لا يمنع من تحقق جريمة غير العمدية اذا ما ثبت الخطأ الى الجاني وكان معاقب عليه .

والسؤال هنا هل ان الخطأ هو علم واردة ام فقط اتجاه ارادة وهل يتم معاقبة الجاني عليه؟

ان الخطأ هو اتجاه ارادة الجاني لاحداث سلوك ولكنه لم يراعي فيه الحيطه والحذر الكافي والالتزام بواجبات ممارسته العمل من تطبيق القوانين والوامر والانظمة ادى سلوكه الى خطأ في مصلحة يحميها القانون لتعرضها للخطر لانه ساهم في نشر مرض خطير او التسبب بعاقة او موت انسان عن طريق الخطأ وبذلك لاجرمية بدون ارادة ولكن اجاه الارادة الى عدم تحقق النتيجة الجرمية .

وعلى الرغم من ان المشرع الجزائي لم يبين الخطأ مثلما عمل في القصد الجرمي رغم أهمية في الركن المعنوي لإثبات الجريمة العمدية من غير العمدية ، فان الجرائم غير العمدية في القانون العراقي

(١) د.رضا عبد الطيم عبد المجيد ،المسؤولية القانونية عن انتاج وتداول الادوية والمستحضرات الصيدلية ،الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٤٧.

(٢) صفوان محمد شريفان ،المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص٢٤٦ وما بعدها .

(٣) د.جابر مهنا شبل،مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد السادس عشر، ٢٠١٠، ص١٤٣.

(٤) عقيل عزيز عودة ، نظرية العلم بالتجريم ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، ٢٠١٣، ص٩٢.

(٥) د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق ، ص٣١٨.

(٦) د. عمر السعد رمضان ، الركن المعنوي في المخالفات ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٩، ص٧٥.

(٧) د. علي احمد راشد ، القانون الجنائي ، المدخل واصول النظرية العامة ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤، ص٣٦٩؛ د. احمد فتحي سرور، القسم العام ، المصدر السابق ، ص٥٤١.

على سبيل الحصر وتوجد جرائم لاتعد جنائية بل انها من الجرح والمخالفات وهي اقل جسامة وخطورة من الجرائم العمدية وان تحقق المسؤولية الغير عمدية يتحقق واحدة من صور الخطأ المنصوص عليها في المادة(٣٥) قانون العقوبات العراقي النافذ لاينشر من تحقق جميع صور الخطأ اما اذا تسبب خطأ في موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة يعاقب وفقاً للمادة (٤١١) و (٤١٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

المطلب الثاني

مخالفات الاضرار بالصحة العامة

حدد المشرع العراقي المخالفات المتعلقة بالصحة العامة في الباب الثالث من قانون العقوبات^(١)، وعرف المخالفات في المادة (٢٧)[المخالفة هي الجريمة المعاقب عليه باحدى العقوبتين التاليتين : ١- الحبس البسيط لمدة من اربع وعشرين ساعة الى ثلاثة اشهر . ٢- الغرامة التي لايزيد مقدارها على ثلاثين ديناراً]. ولضرورة الحفاظ على بيئة صحية وسليمة كفل الدستور حق الافراد في بيئة صحية وسليمة في المادة (٣٣) من الدستور العراقي النافذ حيث نص على [١- لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة ٢- تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الاحيائي والحفاظ عليهم]. وعليه فان أي تغيير في البيئة يؤثر بطريقة مباشرة او غير مباشرة على صحة الانسان والكائنات الحية وهو ما يضر في الطبيعة البيئية ويؤدي الى اضرار جسيمة في المستقبل^(٢) . وبذلك فإن المخالفات بشكل عام والمخالفات المتعلقة بالصحة العامة بشكل خاص يتطلب اتجاه سلوك الجاني المخالف والارادة المتجهة الى تحقيقها^(٣) لان اضرار التلوث الذي يصيب التربة او المياه والذي ينال من الخواص الطبيعية للبيئة التي تصيب الانسان باضرار بالغة عند استخدامها والذي يعد عماد التنمية الاقتصادية في المجتمع^(٤) والاعتداء على خواصها هو اعتداء في المقام الاول على الانسان^(٥) ومن خلال العلاقة بين البيئة المحيطة والانسان وما يلحقها من اضرار سببها الانسان ذاته يستوجب على المشرع الجزائي الحد من فعل الاعتداء المضر بالصحة العامة و فرض الحماية الكافية لها^(٦) . لذا سوف نقسم المطلب الى فرعين نتناول بالفرع الاول الركن المادي وبالفرع الثاني الركن المعنوي وكالاتي :-

الفرع الأول

الركن المادي

يمثل الركن المادي ماديات الجريمة بكونه العنصر المادي للمسؤولية الجنائية والذي نصت عليه احكام المادة(٢٨)من قانون العقوبات العراقي بقولها[الركن المادي للجريمة هو سلوك اجرامي بارتكاب

(١) قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ حدد انواع المخالفات [متعلقة بالطرق العامة والاماكن المخصصة بالنفع العام والراحة العمومية وبالصحة العامة وبالااملاك العامة وبالاداب العامة والشؤون التنظيمية] .

(٢) ابتسام سعيد الملكاوي ، جريمة تلويث البيئة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩ ، ص٢٢.

(٣) د.جمال ابراهيم الحيدري، احكام المسؤولية الجزائية، المصدر السابق، ص٦٢، ود.علي حسين الخلف ود.سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المصدر السابق، ص١٣٨.

(٤) د. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية ، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الاولى، ١٩٧٦، ص١٧٥.

(٥) د. حسام محمد سامي، المصدر السابق، ص٧٠.

(٦) د.محمود صالح العادلي، الجواهر المضئية في الاسلام وحماية البيئة ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٥، ص١٦.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف دود الهداني

إستبرق قاسم دودان الكعبي

فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون]، وفي ضوء هذا النص نستطيع القول بان للركن المادي ثلاثة عناصر تتمثل بالسلوك الاجرامي بقسميه الايجابي والسلبي والنتيجة المترتبة على ذلك السلوك ومن ثم العلاقة السببية لقيام المسؤولية الجنائية عن ذلك السلوك^(١)، وهذا ماسوف نتناوله من خلال بيان عناصر الركن المادي للمخالفات المضرة بالصحة العامة.

أولاً- السلوك الاجرامي:- يقصد به مجموعة الافعال المكونة للجريمة فلا جريمة دون سلوك اجرامي لان المشرع لا يعاقب على النوايا والرغبات^(٢)، فالسلوك الاجرامي اذا كان ايجابياً ام سلبياً هو الحركة او مجموعة الحركات الارادية التي تصدر من الجاني^(٣).

بذلك يتحقق الكيان المادي في صورة السلوك الاجرامي المضر بالصحة العامة بالاتي:-

أ-دفن أو إلقاء جثة بشرية أو حيوانية:- نصت المادة (٤٩٦) من قانون العقوبات [يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر او بغرامة لا تزيد على ثلاثين ديناراً :-اولاً: من دفن جثة بشرية في احدى المدن او القرى او المساكن في غير الجبانات او المحلات التي رخصت جهات الادارة الدفن فيها .ثانياً: يعاقب بالحبس مدة لاتزيد عن شهر ولا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لاتقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار من القى في نهر او ترعة او مبزل او أي مجرى من مجاري المياه جثة حيوان او مواد قذرة او ضارة بالصحة او تركها مكشوفة دون أن يتخذ الاجراءات الوقائية لطمرها او حرقها].

ب- التعدي على الطرق والساحات العامة:- يتأثر الإنسان في سلوكه ببيئته كما يؤثر فيها ،لان سن القوانين والتشريعات وحدها لاتضمن تصرف سليم من الافراد الا ان العنصر التربوي يعد مكملاً لاحترام القوانين^(٤) وسوف يتم توضيحه بشكل مفصل في ملحق ، اذ ان الاهتمام في الاراضي والساحات والساحات والحدائق والمتنزهات تساهم في تطوير المجتمع وبناءه في مختلف المجالات^(٥). وان المشرع العراقي في المادة (٤٩٧) من قانون العقوبات العراقي فرض عقوبات لاعتداء الطرق والساحات العامة حين نصت على [يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على خمس عشر يوماً أو بغرامة لاتزيد على عشرة دنانير او لا:- من تبول او تغوط في شارع او طريق أو ساحة أو متنزه عام داخل المدن او القرى او القصبات في غير الاماكن المعدة لذلك ،ثانياً:- من القى او وضع في شارع او طريق أو ساحة او متنزه عام قاذورات او اوساخاً او كائنات او مياهاً قذرة او غير ذلك مما يضر بالصحة].

فالقاء القاذورات او التغوط ورمي الفضلات او في المنازل والمدن وهي من مسببات التلوث البيئي اذا اشمل استغلال المنازل والطرق العامة وفقاً لما حددته المادة (٤٩٩) والتي نصت على [يعاقب بغرامة لا يزيد على خمس دنانير :-اولاً: من وضع على سطح او جدران مسكنه في المدن مواد مركبة وفضلات او روث بهائم او غير ذلك ما يضر بالصحة العامة،ثانياً: من مر من القصابين او غيرها بلحوم البهائم او جثتها داخل المدن او حملها دون ان يحجمها عن نظر المارة وبذلك يجب استغلال الاراضي المختصة للرعي، وتجنب الاضرار بالدور السكنية والطرق العامة وتقليل تلوثات البيئة الطبيعية وتشويه المنظر الحضاري للدور السكنية والطرق العامة]

(١) عامر محمد الدميري ،الحماية الجنائية للبيئة في التشريعات الاردنية،رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة الشرق الوسط ،٢٠١٠، ص ١٥.

(٢) قادر احمد عبد ، التلوث البيئي والقانون الدولي ، بحث هيئة النزاهة ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ٢٠١١، ص ١٦.

(٣) عامر محمود طراف ، ارهاب التلوث والنظام العالمي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٢، ص ١٦.

(٤) د.عبير يحيى الساكني ، دور الوعي البيئي والتربية البيئية في الحد من مشكلات البيئة (العراق انموذجاً) ، مجلة كلية المأمون ، العدد الخامس والعشرون، سنة ٢٠١٥، ص ٥٧.

(٥) هشام بن سليمان المحمود ،التعدي على اراضي البلديات (دراسة تاصيلية تطبيقية في النظام السعودي) ،رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، ٢٠١١، ص ٣٣.

ج - تسريب الغازات أو الأبخرة أو الأدخنة:- يعد تلوث الهواء احد المشاكل البيئية الخطيرة لتأثيرها على الانسان بحيث يقدر احتياج الانسان بحوالي (٢٠) م^٣ أي مايعادل (١٥) كغم يومياً^(١) ، لان عدم ادراك الاثار السلبية التي تؤثر في تلوث المحيط البيئي يكون لسبب الرئيسي من الانتشار الجماعي البطيء فتثار مشكلة إلى أهمية التربية البيئية لخلق وعي بالمشكلات البيئية^(٢) من قانون العقوبات النافذ، حدد العقوبات التي تسبب عمداً أو اهمالاً في تلوث وايداء الناس في المادة (٤٩٧/ ثانياً) [من تسبب عمداً أو اهمالاً في تسريب الغازات أو الأبخرة أو الادخنة أو المياه القذرة وغير ذلك من المواد التي من شأنها ايداء الناس أو مضايقتهم أو تلوثهم . رابعاً/ من أهمل في تنظيف أو إصلاح المداخل أو الافران أو المعامل التي تستعمل النار فيها].

ثانياً- النتيجة الجرمية:- هي الاثر الاجرامي لاتمام النشاط المؤدي الى تحقق النتيجة الجرمية^(٣)، ولم يشترط المشرع العراقي لفعل القاء الجثة البشرية أو مخلفات الحيوانات والمصانع أو تسريب الغازات أو الأبخرة والاعتداء على الساحات العامة ان ينتج من خلالها ضرر بيئي مباشر فقد لا تتحقق النتيجة الاجرامية ولا تظهر تأثيرها الا بعد فترات زمنية تمتد الى سنين^(٤)، وتحقق النتيجة الاجرامية من خلال الاضرار التي تسببها للبيئة المائية أو للهواء المحيط بنا وبالتالي للصحة العامة^(٥).

ثالثاً-العلاقة السببية:- هي الصلة بين الفعل الاجرامي والنتيجة الجرمية في جرائم المخالفات وتمثل الرابطة بين السبب والمسبب^(٦)، فنشر الامراض الممطرة بالصحة العامة من خلال تلويث البيئة المحيطة المحيطة من ماء وهواء وتربة فعل تحقق بارادة الجاني تعلق بحدوث نتيجة اجرامية تمثلت بالاضرار بالصحة العامة^(٧)، فالعلاقة السببية تعد قائمة بين الفعل والنتيجة متى ما ادى الفعل الى وقوع نتيجة جرمية تمثلت بالاضرار بالصحة العامة وحتى تقام المسؤولية الجنائية لابد من تحقق العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الواقعة^(٨).

الفرع الثاني

الركن المعنوي

ويسمى الركن النفسي للجريمة^(٩)، اذ لايسال شخص عن جريمة مالم تقم علاقة بين مادياتها ونفسياتها^(١٠)، فان اساس المسؤولية الجنائية في الجرائم غير العمدية تتطلب توافر القصد الجرمي لدى الفاعل لتحقيق النتيجة الجرمية أو أي جريمة اخرى^(١).

(١) ام .هولي وجي . رجيها ، الانسان والبيئة ترجمة عصام عبد اللطيف ، منشورات وزارة الثقافة والاعلام العراق ، ١٩٧٩، ص٦٢.

(٢) محمد صابر سليم ، التربية البيئية في برامج اعداد المعلمين في التعليم العالي ، مجلة ثورة الانسان والبيئة (التربية البيئية) ، مكتب التربية العربي لدول الخليج ، الرياض ، ١٩٩٠، ص١٩٨.

(٣) د.جمال ابراهيم الحيدري، احكام المسؤولية الجنائية، المصدر السابق، ص٦٤.

(٤) د.محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٠.

(٥) د.محمد احمد طه، الحماية الجنائية للبيئة من التلوث، منشأة المعارف، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٩١.

(٦) د.جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص٦٦.

(٧) د.حسام محمد سامي، المصدر السابق، ص١١٠.

(٨) د.محمد احمد طه، المصدر السابق، ص٩١.

(٩) انظر : د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق ، ص٦٢. ويسميه البعض الركن المعنوي Element Legal

للجريمة أو المسلك الذهني الاجرامي للجريمة ، لمزيد من التفاصيل : انظر، د. علي حسين الخلف ؛ د. سلطان عبد

القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص١٤٨.

(١٠) المصدر نفسه.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم حمدان الكعبي

وان انصراف ارادة الجاني الى احداث الحريق وتشديد العقوبة من قبل المشرع اذ ادى الفعل الى الاصابة بعاهة او موت انسان ، لأن المشرع يحمل الجاني المسؤولية الجنائية لا لانه اراد ان يحدثها بل لانه باستطاعته ان يتوقع النتيجة وان فعله ادى الى الاضرار وان لم تتحقق النتيجة^(٢).

فالقصد الجرمي يتمثل العلم بعناصر الجريمة وارادة متجهة الى تحقيقها والى قبولها^(٣) ، فان الجاني قصد الفعل الجرمي وتحقيق النتيجة الاجرامي فنكون امام جريمة المخالفات ، وبذلك تكون ناتجة عن ارادة الجاني والنتيجة المتحققة^(٤) ، او ان ارادته احدثت نتيجة اشد من النتيجة التي قصدها تسمى (متعدية القصد)^(٥) كما لو نتيجة اهماله رمى نفايات في بئر ماء ادى الى الموت او العاهة المستديمة. ولمعرفة وجود القصد الاحتمالي من عدمه هو توقع الجاني حصول نتيجة عن الفعل الجرمي وقبوله المخاطرة بها رغم توقع النتيجة المحتملة^(٦) ، كما نص عليه المشرع في قانون العقوبات في المادة (٣٤/ب) [تعد الجريمة عمديه اذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها]^(٧)، يتميز القصد الاحتمالي عن الخطأ غير مقصود هو باتجاه الإرادة الى السلوك دون إحداث نتيجة او إمكانية حدوثها لكن لا يريد حدوثها ويسأل الجاني عن المسؤولية غير مقصودة نتيجة سلوكه ، إما القصد المحدد او المباشر هو اتجاه إرادة الجاني الى إحداث نتيجة معينة مثل جريمة نشر مرض خطير (كالإيدز) اتجاه شخص او أشخاص محددين وهي إرادة متجهة الى نشر المرض فقط^(٨).

إما اذا اتجهت إرادة الجاني الى نشر المرض دون تحديد الأشخاص وهوياتهم وإعدادهم يكون القصد غير محدد ففي الحالتين هما بمنزلة واحدة ويتحمل المسؤولية الجنائية^(٩) ، وبذلك لا يهم كون الأشخاص محددين ومعروفين الهوية او غير معروفين الهوية لان اتجاه إرادة الجاني الى إحداث نتيجة جرميه وهي الضرر العام الناتج عن نشر المرض والاضرار التي تصيب الانسان بصحته بصورة خاصة والصحة العامة بصورة عامة.

(١) المادة (٣٣) من قانون العقوبات العراقي.

(٢) د. عوض محمد ، جرائم الاشخاص والاموال ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص ١٨٣.

(٣) ان توافر المسؤولية الجزائية عن الجرائم العمدية يتطلب توافر القصد الجرمي لدى الفاعل وهو الضابط المميز بين الفعل العمدى والغير عمدى (الخطأ). ولمزيد من التفاصيل : انظر د. جمال ابراهيم الحيدري ، المصدر السابق ، ص ١٩٦

(٤) د. ضاري خليل محمود ، قانون العقوبات – القسم العام ، مطبعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٨.

(٥) جمال صابر نعمان ، ما هي الجريمة متعدية القصد متاح على الموقع الالكتروني:-

www.bayt.com/ar/specialities/q/132781

متاح في الساعة ٣:٠٠ ظهراً يوم الثلاثاء ٢٠١٧/١١/١٤.

(٦) د. واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات – القسم الخاص ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ١١١؛ د. ضاري خليل محمود ، المصدر السابق ، ص ٧١.

(٧) قانون العقوبات العراقي النافذ (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٨) د. واثبة السعدي ، المصدر السابق ، ص ١١٣؛ د. جمال ابراهيم الحيدري ، المصدر السابق ، ص ١٩٩.

(٩) د. واثبة داود السعدي ، المصدر السابق ، ص ١١٤؛ د. كامل السعيد ، شرح قانون العقوبات ، الجرائم الواقعة على الانسان ، دار الثقافة ، ٢٠١١ ، ص ٢٧٧.

الخاتمة

تم بعون الله وحمله الانتهاء من بحثنا حول الجرائم المصرة بالصحة العامة بالعراق و سوف نطرح أهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا لها من خلال بحثنا ونأمل إن تجد التطبيق وان تكون طريقاً لدراسات لاحقة إن شاء الله وكالاتي :-

الاستنتاجات

١- تعد جريمة الإضرار بالصحة العامة من الجرائم المهمة التي ينبغي النظر اليها بجدية والتشديد بالعقوبات الخاصة بها فجريمة الإضرار بالصحة العامة نرى انها إن لم تؤدي إلى وفاة الشخص بل إلى اصابته باضرار فانها سوف تكون اشد عليه من الوفاة نفسه ولعل السبب واضح انه سوف يصاب بخلل بحياته وخاصة اذا فقد احد اجزاء جسده واقعد كلياً عن العمل ،عليه يمكن تعريف جريمة الإضرار بالصحة العامة بأنها [هي تلك الافعال التي اشار اليها قانون العقوبات العراقي والقوانين الخاصة كقانون الصحة العامة وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي وغيرها وسواء ارتكبت بقصد أم بغير قصد ادت إلى موت إنسان أو اصابته بعاهة مستديمة].

٢- إن طبيعة جرائم الإضرار بالصحة العامة من الجرائم التي تنطوي على الخطر العام لما لها من اثر على حياة الإنسان وسلامة جسده وان تحديد الافعال هل هي من افعال الخطر أم الضرر يعود إلى سلطة القاضي التقديرية ،ونرى سواء إن الفعل عد من افعال الخطر أو الضرر لا فرق طالما إن النتيجة الواقعة واحدة إلا في حالة واحدة قد تكون هناك افعال خطرة لا يستوجب معها وقوع ضرر فيشير اليها المشرع من اجل تفاديها قبل وقوع الضرر.

٣- اولت غالبية الدساتير العراقية القديمة اهتماماً بالصحة العامة فقد بدى ذلك واضحاً في القانون العثماني والقانون البغدادي اللذان نستطيع القول بانهما النواة الاولى للاهتمام بالصحة العامة ،فتوالي الدساتير بعدهما لم تخلو عدا بعضها من النصوص التي اهتمت بالصحة العامة بل ومنحت الفرد ضماناً صحياً وصولاً الى دستور ٢٠٠٥ النافذ الذي كفل في العديد من نصوصه الصحة العامة والحفاظ عليها، هذا وبالإضافة الى التشريعات الاخرى التي توالى والتي رسمت طرقاً عديدة في كيفية المحافظة على الصحة العامة واشارت الى العقوبات الواجب ايقاعها بحق مرتكب احدى جرائم الاضرار بالصحة العامة.

٤- لاحظنا إن جرائم الإضرار بالصحة العامة قد وضعها المشرع في قانون العقوبات تحت عنوان جرائم الصحة العامة ومخالفات الصحة العامة وعند البحث في قانون العقوبات وجدنا إن هناك جرائم أخرى تنطوي على خطر على الصحة العامة التي ذكرت ضمن الباب السابع الفصل الأول من المادة (٣٤٢) الى (٣٤٩) كان الأجدر على المشرع العراقي ضمها مع جرائم الصحة العامة وتنظيم النصوص تحت عنوان واحد .

المقترحات

١- زيادة الوعي لدى أفراد المجتمع بالمشاكل والمخاطر المتعلقة بالتلوث البيئي من خلال زيادة عدد المؤسسات الادارية التوعوية واقامة ندوات تثقيفية وتشجيعية والترويج المجتمعي اذاعياً وتلفزيونياً لتشجيع جميع شرائح المجتمع للحفاظ على البيئة.

٢- توفير الحماية والحفاظ على صحة الانسان من خلال اصدار تشريع يمنع الاشخاص المصابين بامراض معدية من السفر والانتقال من مكان الى اخر لنشر المرض المضر بالصحة العامة.

٣- على المشرع إن يصدر تشريعات جديدة ومتطورة وتطبيق قانون الشرطة البيئية اسوة بالدول الاخرى لمنع اي شكل من اشكال المخالفات البيئية التي تضر بالصحة العامة.

٤- التعاون المشترك لتشكيل لجان مشتركة من قبل وزارة الصحة والبيئة ووزارة الزراعة للعمل المشترك للحفاظ على المنتوجات الزراعية التي تحتوي على تلوث في التربة ومياهها الجوفية واقامة

الجرائن الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. ميسون خلف دود الدوداني

إستبرق قاسم دودان الكعبي

ورشات عمل ودورات تدريبية والاستفادة من تجارب الدول المتقدمة لحل أزمة التلوث الكيميائي في التربة والأسمدة واستخدام أسمدة غير كيميائية لا تضر بالصحة والبيئة.

٥- منع ومعاينة القصابين الذين يذبحون الحيوانات ويذبحونها في غير الأماكن المخصصة (المجازر) الذين ينشرون التلوث البيئي في المناطق السكنية المحيطة بهم.

٦- كما إن على وزارة الصحة والبيئة و وزارة الزراعة بضرورة تفعيل القوانين والتعليمات السابقة وتشكيل لجان عمل مشترك وتكاتف الجهود لعمل مشترك للحفاظ على صحة الإنسان من الأمراض المنتشرة بسبب تلوث البيئة وتلوث المنتجات الزراعية سبب تلوث التربة والمياه الجوفية والعمل على القيام بورش عمل ودورات تدريبية والتعاون مع الدول المتقدمة لعمل أزمة التلوث والحد من التلوث الكيميائي في التربة والأسمدة واستخدام أسمدة غير كيميائية لا تضر بصحة الإنسان والبيئة معاً، ومنع استيراد أسمدة كيميائية أو أي منتج بسبب حدوث مضاعفات صحية خطيرة على الإنسان والبيئة .

المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم

٢. معاجم اللغة العربية

- ١- ابو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صيادر، بيروت، ٢٠١٠ .
- ٢- انطوان نعمة وعصام مدور ولويس عجيل ،المنجد في اللغة، الطبعة واحد واربعون، دار الشرق ،بيروت-لبنان، ٢٠٠٥ .
- ٣- الرائد جبران مسعود، معجم لغوي ، عصري الطبعة الثامنة، دار العلم للملايين، ١٩٩٥ .
- ٤- معجم لغوي عصري ، مجلد الثاني، الطبعة الرابعة، مطبعة العلوم ، دار العلم للملايين، بيروت ، ١٩٨١ .
- ٥- عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم ،مجلد الاول، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤ .
- ٦- العلامة الجواهري، الصحاح في اللغة والعلوم -تجديد صحاح العلامة الجواهري المصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية ،المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤ .
- ٧- لويس عجيل ،المنجد في اللغة، الطبعة واحد و أربعون، منشورات دار المشرق، بيروت-لبنان، ١٩٨٨ .
- ٨- المعجم الفلسفي ، صدر عن مجموعة اللغة العربية بمصر ، طبعه الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
- ٩- المنجد في اللغة ، طبعة دار انتشارات الاسلام، ١٩٩٦ .

الكتب القانونية

- ١- ابتسام سعيد المكاوي ، جريمة تلويث البيئة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩ .
- ٢- ابراهيم شاكر محمود الجبوري، جرائم الاعتداء على امن الدولة من الداخل والخارج ، الطبعة الاولى ،المركز للاصدارات القانونية، ٢٠١١ .
- ٣- ابراهيم عصمت امطاوع، التربية البيئية في الوطن العربي، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٩٥ .
- ٤- ابراهيم علي حمادي الحلبي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧ .
- ٥- احسان علي محاسنه، البيئة والصحة العامة، دار النشر، دار الشروق للنشر والتوزيع، ١٩٩٤ .
- ٦- احمد فتحي سرور ، قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .
- ٧- ام .هولي وجي . رجيها ، الانسان والبيئة ترجمة عصام عبد اللطيف ، منشورات وزارة الثقافة والاعلام العراق ، ١٩٧٩ ..
- ٨- امال عبد الرحيم عثمان ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص(الجرائم المخلة بالادارة العامة- الجرائم المخلة بالثقة العامة، جرائم الاعتداء على الاموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ .
- ٩- امين مصطفى محمد ،الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والتهاب الكبد الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩ .
- ١٠- ايمان محمد جابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، ٢٠١١ .
- ١١- جلال ثروت ، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩ .
- ١٢- جمال ابراهيم الحيدري ، احكام المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٠ .

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

- ١٣- حسام محمد سامي جابر، الجريمة والبيئة، دار شتات للنشر والبرمجيات - دار الكتب القانونية، ٢٠١١.
- ١٤- رضا عبد الطيم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن انتاج وتداول الادوية والمستحضرات الصيدلانية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ١٥- رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ١٦- سامي النصر اوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الاول، بغداد، ١٩٧٧.
- ١٧- سعد ابراهيم الاعظمي، المعجم في الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، الطبعة الاولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٠.
- ١٨- سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار النشر الجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٩- سمير الشناوي، الشروع في الجريمة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٢٠- سه نكه داود محمد، الضبط الاداري لحماية البيئة دراسه تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٢.
- ٢١- صفوان محمد شريفان، المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ٢٢- ضاري خليل محمود، قانون العقوبات - القسم العام، مطبعة بغداد، ٢٠٠٢.
- ٢٣- طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلاني الجنائية، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، ٢٠٠٨.
- ٢٤- طلعت الشهاوي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل مرض الايدز، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- ٢٥- عادل يوسف الشكري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاهمال (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة)، دار الكتب القانونية، ٢٠١١.
- ٢٦- عامر محمود طراف، ارهاب التلوث والنظام العالمي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٢٧- عباس الصواف ود. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، وعمان، ١٩٩١.
- ٢٨- عبد الاحد جمال الدين، د. جميل عبد الباقي، المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٢٩- عبد الباقي البكري ود. علي محمد بدير، مدخل الدراسات القانون، بغداد، ١٩٧٢.
- ٣٠- عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري، المسؤولية الجنائية والمدنية في القتل والاصابة الخطأ في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥.
- ٣١- عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الاولى، ١٩٧٦.
- ٣٢- عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفروضة في الجريمة دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٣٣- عبد الفتاح الصيفي، الاحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- ٣٤- عقيل عزيز عودة، نظرية العلم بالتجريم، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي، ٢٠١٣.
- ٣٥- علي احمد راشد، القانون الجنائي، المدخل واصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٣٦- علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
- ٣٧- علي عصام، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٠.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف حمد الهداني

إستبرق قاسم همدان الكعبي

٣٨- عمر السعيد رمضان ، الركن المعنوي في المخالفات ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٩.

: بحث بين النظريتين النفسية والمعيارية ، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢.

٣٩- عوض محمد ، جرائم الاشخاص والاموال ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥.

٤٠- عوض محمد ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار المطبوعات ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥.

٤١- فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، ٢٠١٨.

٤٢- محمد احمد طه، الحماية الجنائية للبيئة من التلوث، منشأة المعارف، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤٣- محمد الفاضل ، المبادي العامة في قانون العقوبات ، الجزء الاول، (بدون سنة نشر).

٤٤- محمد أمين يوسف عبد اللطيف، مسؤولية الدولة عن إضرار التلوث البيئي النووي والإشعاعي، الطبعة الاولى، ٢٠١٦.

٤٥- محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٤٦- محمد عبد ربه محمد، المسؤولية الجنائية للصيدلاني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.

٤٧- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطا اساساً لمسؤولية المرفق العام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٤٨- محمود صالح العادلي، الجواهر المضيفة في الاسلام وحماية البيئة ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٥.

٤٩- محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٩٩.

٥٠- محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة العاشرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

٥١- محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

٥٢- نوار دهام مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤.

٥٣- هلدبر اسعد احمد ، نظرية الغش في العقد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.

٥٤- هيثم عبدالله خليل، المسؤولية الطبية المدنية، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٦.

٥٥- واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات - القسم الخاص ، المكتبة الوطنية ، بغداد، ١٩٨٩.

البحوث القانونية

١- جابر مهنا شبل، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد السادس عشر، ٢٠١٠.

٢- حميد جريم ، ادارة النفايات الطبية في مستشفى الكوت، العدد السابع، مجلد التاسع عشر ، مجلة الهندسة ، جامعة بغداد ، ٢٠١٣.

٣- عبير يحيى الساكني ، دور الوعي البيئي والتربية البيئية في الحد من مشكلات البيئة (العراق انموذجاً) ، مجلة كلية المأمون ، العدد الخامس والعشرون ، ٢٠١٥.

٤- علي احمد راشد (عن الارادة والعمر والخطأ والبيئة في نطاق المسؤولية الجنائية) ، بحث منشور ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد واحد، س٨ ، جامعة عين الشمس ، ١٩٦٦.

٥- قادر احمد عبد ، التلوث البيئي والقانون الدولي ، بحث هيئة النزاهة ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ٢٠١١.

٦- محمد صابر سليم ، التربية البيئية في برامج اعداد المعلمين في التعليم العالي ، مجلة ثورة الانسان والبيئة (التربية البيئية) ، مكتب التربية العربي لدول الخليج ، الرياض ، ١٩٩٠.

الجرائم الهضرة بالصحة العامة في العراق

أ.م.د. هيسون خلف دود الهداني

إستبرق قاسم دودان الكعبي

٧-محمود نجيب حسني ، الخطأ غير العمدي ، بحث منشور في مجلة المحاماة عدد السادس و السابع ١٩٦٤ .

الرسائل و الاطاريح

- ١- امين عبدة محمد دهمش ، تعدد الجرائم في التشريع الوضعي المقارن للفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠١ .
- ٢- عامر محمد الدميري ، الحماية الجنائية للبيئة في التشريعات الاردنية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الوسط ، ٢٠١٠ .
- ٣- عبد الباسط محمد سيف الحكيمي، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد-كلية القانون، ٢٠٠٠ .
- ٤- عبد القادر حسين ابراهيم محفوظ ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاصابة بالفيروسات ، أطروحة دكتوراه جامعة عين الشمس – كلية الحقوق، ٢٠٠٧ .
- ٥- فوزي احمد شاوي ، تطور اساس مسؤولية الدولة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٩ .
- ٦- مايا الدباس ، نظام استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير ملاحية (حالة نهر الفرات) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق-جامعة دمشق، ٢٠٠٣ .
- ٧- محمد احمد مصطفى ايوب ، النظرية العامة للامتناع في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- ٨- هشام بن سليمان المحمود ، التعدي على اراضي البلديات (دراسة تاصيلية تطبيقية في النظام السعودي) ، رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، ٢٠١١ .

الدساتير

دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥

القوانين

- ١- القانون العثماني ١٨٥٩ .
- ٢- القانون البغدادي ١٩١٩ .
- ٣- قانون العقوبات العراقي النافذ ١١١ لسنة ١٩٦٩
- ٤- قانون الصحة العراقي ٨٩ لسنة ١٩٨١ .
- ٥- قانون حماية وتحسين البيئة العراقي ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ .
- ٦- قانون الوقاية من الاشعاعات المؤينة ٩٠ لسنة ١٩٨٠ .

التعليمات

- ١- تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .
- ٢- تعليمات رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٣ .

الإعلانات

الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٩٤٨ .

المواقع الإلكترونية

- ١- جمال صابر نعمان ، ما هي الجريمة متعددة القصد متاح على الموقع الإلكتروني:-
www.bayt.com/ar/speciaities/q/132781
متاح في الساعة ٣:٠٠ ظهراً يوم الثلاثاء ٢٠١٧/١١/١٤ .
- ٢- مخلفات الرعاية الصحية منظمة الصحة العالمية .
www.who.int/mediacentre/factsheets/fs253/av
متاح في الساعة ٩:٠٠ صباحاً بتاريخ ٢٠١٧/٩/٧ .

عقد التداول المالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين أ.م.د. محمد جاسم محمد
كلية القانون - جامعة ذي قار

الملخص

تعد سوق الأوراق المالية من أهم المؤسسات المؤثرة في اقتصاديات الدولة، إذ تؤثر عمليات التداول التي تتم داخل نطاقها على تطور أو ركود اقتصاد الدولة، وليس هنالك من شك في أن نمو السوق وتطوره يتم من خلال التنظيم القانوني الدقيق والمتكامل لعمليات تداول الأوراق المالية، وهذا لا يمكن أن تحقيقه إلا من خلال توفير الحماية الكافية للمستثمرين التي تضمن لهم نجاح الصفقات المبرمة لصالحهم، مما يؤدي إلى زيادة ثقة المستثمرين في السوق وبالتالي زيادة إقبالهم على استثمار ما يملكونه من أوراق مالية في البورصة. ويعد التشريع العراقي أحد التشريعات التي تناولت تنظيم عملية التداول في الآونة الأخيرة من خلال إصدار قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤، إلا أن هذا التنظيم يعتريه الكثير من أوجه القصور والغموض مما انعكس سلباً على حجم عمليات التداول. ومن هنا تظهر أهمية موضوع التنظيم القانوني لعملية تداول الأوراق المالية الذي تستهدفه الدراسة وفق خطة تتضمن أربعة مباحث، نسلط الضوء فيها على بيان مفهوم عقد تداول الأوراق المالية من الناحيتين الفقهية والتشريعية، و للسمات الخاصة التي يتصف بها عقد التداول. وستتناول الدراسة أطراف عقد التداول والية تكوينه وفقاً لقواعد. وسيوضح البحث في المبحث الثالث أحكام عقد التداول من خلال بيان حقوق والتزامات أطراف العقد، وطالما أن ملكية الورقة المالية تنتقل من حساب المستثمر المتنازل إلى حساب المستثمر المتنازل إليه وفقاً لنظام خاص يطلق عليه نظام المقاصة والتسوية الذي يختلف تماماً عن انتقال الملكية في القواعد العامة تطلب ذلك أن نبين كيفية انعقاد العقد و الضمانات التي تضمن انتقال ملكية الورقة المالية، فضلاً عن الإشارة إلى اثبات انعقاد العقد الذي يتباين بدوره من طرق الاثبات السائدة في قانون الإثبات العراقي.

الكلمات المفتاحية: عقد التداول، سوق الأوراق المالية، الاسهم، السندات، المستثمر.

Financial Trading Contract: Between Rooting and Application (A Comparative Study)

Assist. Prof.

Dr. Mohammed Jassem Mohammed

Maysam Salah Abd al Hussein

University of Thi-Qar / College of Law

drmohamed75thi@gmail.com

Abstract

The stock market is one of the most influential institutions in the country's economies. There is no doubt that the growth of the market and its development is done through the accurate and integrated legal regulation of securities trading operations and this can be achieved only by providing adequate protection for investors in the market. Thus, adequate protection increases investors confidence to trading and increases their interest also. Lately, The Iraqi legislation is one of the legislations that dealt with regulating of circulation or trading through the issuance of the securities market law No (74) of the year (2004). However, this organization is overshadowed by short coming and ambiguity, whether in terms of organizing the process of concluding the contract or its implementations or the previous preparatory stage , which reflected negatively on the volume of trading operations that take place within the Iraqi stock exchange. The importance of the legal regulation of trading process is because it will disclose through addressing it in accordance with plan which includes three chapters. The study deals in the first chapter what is contract of trading securities and bonds on demonstrate it from other contracts and the place of this contract namely securities, especially stocks and bonds .The second chapter is the process of including the trading contract, while the study will deal in the third chapter the previsions of the trading contract through the explanation of its effects and how to implement.

Key words: Trading Contract, stock market, securities and bonds, investor.

المقدمة

أولاً- التعريف بالموضوع

تعتبر أسواق الأوراق المالية بتنظيماتها المختلفة ركن أساس من أركان الهيكل المالي في الدولة، وتبرز الأهمية الاقتصادية لهذا التنظيم في تجميع المدخرات من الأفراد والمؤسسات من خلال التعامل مع أوراق مالية متنوعة الأشكال تصدر عن الشركات المساهمة. ومن أجل ضمان استقرار نشاط سوق المال الذي ينعكس بدوره على انتعاش اقتصاد الدولة تدخلت النظم التشريعية في تنظيم العمليات المنعقدة داخله. ومن أجل المحافظة على مصالح المتعاملين من أي مخاطر قد يتعرضون لها فقد ألزمت النظم التشريعية كل من يرغب في استثمار أوراقه المالية أن يلجأ إلى جهات متخصصة من الناحية العملية والقانونية يطلق عليها (شركات الوساطة) أو الوسيط المالي، إذ يتقدم المستثمر بدوره لإبرام عقد تفصيلي مع شركة الوساطة يحدد فيه حقوق والتزامات طرفي العقد بشكل واضح، ويرسم خطوات تنفيذ أوامر التداول بالشكل الذي ينسجم مع قواعد السوق المالي القانونية من جهة وتعليمات المستثمر من جهة أخرى.

إن مفهوم التداول في سوق رأس المال الذي يجسد توافق إرادتي مستثمرين من جهة وعلاقتهم بالوسيط من جهة أخرى لا يتضمن فقط ذلك الاتفاق المبرم بين الطرفين وإنما يشير أيضاً إلى الآلية التي تقود إلى هذا الاتفاق والمرحلة التحضيرية التي تسبق تنفيذ عقد التداول والتي تتجسد بالتفويض ، الأمر الذي يلزم الوسيط بالبحث عن طرف مقابل في السوق المالي لإتمام الصفقة لمصلحة مستثمره، وبالتالي قد يتضمن عقد التداول بعداً إجرائياً يضاف إلى البعد الاتفاقي أو التعاقدي.

إن عقد التداول يلتقي مع غيره من العقود بجوانب ويختلف معها في جوانب أخرى، كما وأن إجراءات نقل الملكية من خلال هذا العقد تتم من خلال نظام خاص يطلق عليه نظام الإيداع وما يتعلق به. ووفقاً لهذا النظام يتم تسوية المراكز القانونية لأطراف العقد ونقل ملكية الورقة من حساب المستثمر المتنازل لدى وسيطه إلى حساب المستثمر المتنازل إليه لدى وسيطه ويطلق على مجمل هذه العملية بالتقاص والتسوية، وهذا ما يبرر خضوع عقد التداول إلى قواعد قانونية خاصة ناشئة من خصوصية التعامل بسوق الأوراق المالية.

ثانياً- أهمية الموضوع

لقد أدى نقص وارتباك التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية العراقي وعدم دقة الاحكام المنظمة لبعض فقراته، فضلاً عن محدودية المؤلفات الفقهية العربية وبالأخص العراقية، وعدم تناولها بالتفصيل لموضوع النظام القانوني لعقد التداول للأوراق المالية، إذ لا نجد في هذا الميدان إلا النزر اليسير من المؤلفات والأبحاث التي تناولت الموضوع المذكور بشكل تفصيلي ، مما أدى إلى بقاء عمل وتنظيم سوق الأوراق المالية أمراً مبهماً والذي انعكس بدوره على تجنب الكثير من المستثمرين التعامل فيه لعدم وضوح الاحكام القانونية المنظمة له ان وجدت ، الأمر الذي جعلنا ندرك أهمية عقد تداول الأوراق المالية وبالتالي أهمية تسليط الضوء على ماهيته وآثاره.

وتتجلى أهمية البحث كذلك في الحاجة الماسة لتوضيح آثار عقد التداول من خلال التحديد التفصيلي والدقيق لحقوق والتزامات المتعاملين في الأوراق المالية، فضلاً عن تحديد التزامات شركة الوساطة تجاه المستثمرين، كما أن الفراغ التشريعي الذي يسود قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ والأنظمة والتعليمات الملحقة به فيما يتعلق بتنظيم عملية انتقال ملكية الورقة المالية والضمانات الخاصة لانقلها من المستثمر المتنازل إلى المستثمر المتنازل إليه استلزم أن نعالج مثل هذا القصور من خلال الوقوف على مواطن النقص والغموض فيه ومقارنته مع بقية القوانين العربية والأجنبية واقتراح الحلول المناسبة لها، كما أن هذا الجهد وإن كان متواضعاً إلا أننا نأمل في ان يغني المكتبة القانونية الوافية ببحث تفصيلي.

ثالثاً- مشكلة البحث

تتجسد الإشكالية الرئيسية لبحثنا في قصور قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ عن معالجة تداول الأوراق المالية معالجة تفصيلية من حيث الانعقاد و التنظيم والآثار رغم أهمية هذا الموضوع وانعكاساته على حركة الاستثمار، بالإضافة إلى ركافة صياغته وعدم وضوح الكثير من عباراته التي انعكست على تنمية وازدهار السوق المالي في العراق، كونه بحاجة إلى المزيد من التطوير لمواكبة التطورات التشريعية التنظيمية الحديثة. لذلك خضعت الكثير من جوانبه للاجتهادات الفقهية تارة، ومعالجة بعض جوانبه بقرارات متفرقة تصدر من هيئة السوق من حين إلى آخر لسد النقص وإزالة الغموض تارة أخرى.

كما أن غياب التكليف القانوني لعقد التداول أدى إلى خلق تبايناً كبيراً في تنظيم الاحكام القانونية المترتبة على علاقاته التعاقدية. وعليه فإن معالجة هذه الإشكالية من خلال تحديد التزامات وحقوق طرفي العقد بشكل تفصيلي ومنسجم مع أهمية العقد الأمر الذي ستحاول هذه الدراسة أن تسهم في إيضاحه وبيان تفاصيله، كما أن تنفيذ عقد التداول يثير إشكالية أخرى فيما يخص الضمانات القانونية التي تناولها المشرع لحماية المستثمر من مخاطر إخلال مركز الإيداع بالتزامه المتمثل بتسوية المراكز القانونية لأطراف العقد ونقل ملكية الورقة المالية من خلال إتمام عملية التقاص والتسوية حيث اتسمت تلك الضمانات بعد تناسبها مع ماهية العقد الأمر الذي ألقى بظلاله على صعوبة تولي مركز الإيداع تنفيذ العقد عند تعرض المستثمر للعجز مالي.

إن تحديد إشكالية البحث تقودنا إلى طرح جملة من التساؤلات منها: ماهي الإجراءات الفنية والشكلية التي يخضع لها عقد التداول؟ وهل حظيت تلك الإجراءات بالتنظيم الوافي من قبل التشريع العراقي أم يعترضها القصور والغموض التشريعي؟ هل عملية التداول في البورصة العراقية مقتصرة على نوع معين من الأوراق المالية أم شملت جميع أنواع الأوراق المالية؟ ما الأثر القانوني المترتب على إبرام الوسيط عقد التداول بشكل مخالف لأوامر مستثمره وهل ساير المشرع العراقي التشريعات المقارنة التي اعتبرت تصرف الوسيط في هذه الحالة باطلاً أم اتخذ منهاجاً مستقلاً في اعتبار الوسيط مخلاً بالتزامه وبالتالي يلزم بتعويض المستثمر عن هذا الإخلال؟ ماهي طبيعة التزام الوسيط بالتبصير، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ و هل الزم المشرع العراقي الوسيط بضمان سلامة الصفقة فقط أم أضاف إلى التزامه وجوب تنفيذها ؟ و إلى أي مدى تأثر الشرع العراقي بالتشريعات المقارنة من حيث تنظيمه لضمانات انتقال ملكية الورقة المالية؟

رابعاً- منهجية البحث

لقد اعتمدت الدراسة على منهج تحليلي مقارن، من خلال استعراض وتحليل وتوضيح الآراء والمناهج الفقهية المتعلقة بموضوع البحث ومناقشتها مع النصوص القانونية التي اتسمت بالإيجاز والغموض الواردة في قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ والأنظمة والتعليمات التابعة له، فضلاً عن القوانين العراقية ذات الصلة بالموضوع مع مقارنتها بالقوانين المقارنة كالمصري والاردني والكويتي.

خامساً- هيكلية البحث

سيتم تناول الموضوع في اربعة مباحث على النحو الاتي:

المبحث الاول: المفهوم القانوني لعقد التداول واطرافه التعاقدية

المبحث الثاني: تكوين عقد التداول وفق القواعد القانونية المقررة في سوق الأوراق المالية

المبحث الثالث: الآثار القانونية لعقد التداول

المبحث الرابع: انتقال الملكية والقيام بإجراءات التقاص والتسوية

المبحث الأول

المفهوم القانوني لعقد التداول وأطرافه التعاقدية

إنَّ التعامل بالأوراق المالية من (أسهم وسندات) يعد من أهم الأنشطة الاقتصادية التي يمارسها المستثمرون سعيًا للحصول على الأرباح. وتخضع عملية تداول الأوراق المالية في السوق لعدد من الإجراءات الشكلية والفنية التي تجعل من عقد التداول متميزاً من غيره من العقود، وللتعرف على مفهوم عقد التداول بشكل يزيل الضبابية ويساهم في زيادة الوضوح لصورة الحركة القانونية للأوراق المالية سنقسم هذا المبحث على مطلبين، خصص المطلب الأول لبيان تعريف عقد التداول وخصائصه، أما المطلب الثاني فخصص لبيان الأطراف التعاقدية لعقد التداول، على النحو الآتي:-

المطلب الأول

التعريف بعقد التداول وبيان خصائصه

تخضع المعاملات التي ترد في الأوراق المالية المدرجة في السوق إلى جملة من التشريعات، منها قانون الشركات، وقانون التجارة، وقانون سوق الأوراق المالية، والأنظمة والتعليمات الملحقه به، وعند مراجعة تلك القوانين لم نجد بين طياتها تعريفاً محدداً لعقد تداول الأوراق المالية، ومن أجل تحقيق ما نصبوا إليه من دقة في المعنى حول تعريف عقد التداول سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين، خصص الفرع الأول لبيان معنى التداول من الناحية اللغوية والفقهية والتشريعية، بينما خصص الفرع الثاني لبيان خصائص العقد على النحو الآتي:-

الفرع الأول

تعريف عقد التداول من الناحيتين الفقهية والتشريعية

أولاً: التعريف من الناحية الفقهية: قبل التطرق لتعريف عقد التداول لدى فقهاء القانون، من الأفضل تحديد معنى لفظ أو مصطلح (التداول) من الناحية اللغوية، فالتداول من حيث مدلوله اللغوي يدل على تنقل الشيء من يد إلى يد أخرى، أو من مكان إلى آخر بصورة متتالية، ويكون ذلك حسياً أو معنوياً^(١)، والتداول مشتق من مادة (دَوَلَ)، و(دَوَلَ) بفتح الدال وتستعمل للدلالة على انتقال الأشياء كالمالك، وقد ورد ذلك في قوله تعالى: {وَبَلَّغْ الْآيَاتِمْ نَدَاوْلَهَا بَيْنَ النَّاسِ}^(٢)، أي تلك الأيام ننقلها بصورة متعاقبة بين الناس. أما (دَوَلَ) بضم الدال فتدل على انتقال المال أو غيره في نطاق ضيق وجاء ذلك في قوله تعالى {كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ}^(٣).

أما من الناحية الفقهية فقد كان للفقه القانوني دور في تحديد معنى (التداول) وإن كان بشكل محدود، فعرفه أحد الكتاب بأنه (هو التنازل عن السهم للغير دون إتباع إجراءات حوالة^(٤) الحق)^(٥). ويلاحظ على هذا التعريف أنه يبين مضمون عقد التداول المتمثل بنقل ملكية الورقة المالية من مالكيها إلى

(١) ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري- معجم لسان العرب- المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢٥٢.

(٢) ينظر: سورة آل عمران : آية رقم (١٤٠) .

(٣) ينظر: سورة الحشر: آية رقم (٧).

(٤) يقصد بالحوالة : انتقال الالتزام ذاته سواء كان حقاً أو ديناً من شخص إلى آخر فإذا كان انتقال من دائن إلى آخر تسمى الحوالة حوالة حق وإذا كان انتقال الالتزام من مدين إلى آخر تسمى حوالة دين د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام- الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢١٩.

(٥) ينظر: د. شروق عبد الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد- الجزء الاول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥٧٩.

الغير، إلا أن هذا الانتقال ليس مطلقاً، بل هو مقيد بعدم إتباع الطرق المدنية المتجسدة بحوالة الحق. وما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يتناول الطريقة المتبعة لانقـال ملكية الورقة المالية داخل إطار سوق الأوراق المالية.

وقد اتجه البعض الآخر من الباحثين إلى تعريف مصطلح التداول بالقول (جواز لكل مساهم في نقل ملكية أسهمه أو جزء منها للغير أو لأحد المساهمين)^(١). وعند التمعن في هذا التعريف يتضح أنه أشار إلى أن التداول هو جواز لكل مستثمر في أن يتنازل عن ملكية كل ما يملكه من أسهم أو جزء منها، وهو مخير في أن يكون المتنازل إليه من المساهمين أو الغير.

في حين عرفه باحث آخر بأنه (أي عملية بيع شراء أو بيع لورقة مالية لقاء مقابل، ولا يشمل عمليات أخرى مثل رهن الأوراق المالية أو تحويلها)^(٢). وعند تفحص هذا التعريف يتضح أنه استخدم لفظ البيع للدلالة على التداول، على الرغم من اختلاف المصطلحين، إذ لكل منهما معناه الخاص من الناحية القانونية، فلفظ التداول يستخدم للدلالة على تداول الأوراق المالية حصراً داخل البورصة^(٣)، أما البيع فهو يدل على عملية انتقال الملكية في أي مكان دون التقيد بمكان معين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدين على مكان محدد^(٤)، فضلاً عن تباين المحل في كلا العقدين، فمحل عقد البيع قد يكون عقاراً أو منقولاً، أما عقد التداول فلا يمكن أن يرد إلا على ورقة مالية^(٥)، والأمر الذي تنبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أن مصطلح التداول أوسع من البيع، إذ يمكن أن يعد كل بيع للورقة المالية هو تداول، ولكن ليس كل تداول هو بيع؛ لأن الورقة المالية قد تنتقل بسبب الميراث أو البيع أو الهبة، وعلى الرغم من إطلاق البعض لفظ البيع على التداول، بيد أنه غير مرادف لمصطلح التداول الذي يحدث في سوق الأوراق المالية.

كما عرف عقد التداول بأنه (حق المساهم في تداول أسهمه بحسب الشكل الذي يصدر فيه السهم)^(٦). ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد أشار إلى أن التداول هو حق متاح لمالك الورقة، بمعنى أنه غير ملزم بالتنازل عنها للغير، بيد أنه لم يبين طريقة انتقال الورقة المالية بل اكتفى بالإشارة إلى أن تداولها يكون بحسب الشكل الذي تصدر فيه، بمعنى أن السهم إذا كان اسماً فتنقل ملكيته من خلال تسجيله في سجلات الشركة^(٧)، وإذا كان لحامله فتنقل ملكيته عن طرق المناولة اليدوية، بينما إذا كان أذنياً فتنقل ملكيته عن طرق التظهير.

(١) ينظر: د. أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٦٤.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق داوود السعدي، تعاريف ومصطلحات قطاع الأوراق المالية، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٠.

(٣) إن كلمة البورصة ليست عربية الأصل، فيالرجوع إلى المؤلفات المعتمدة في اللغة العربية لم يُعثر على أصل هذه الكلمة فمنهم من قال ذات أصل فرنسي فهي تعني كيس من النقود ويرجع السبب في إطلاق هذا اللفظ على المكان الذي يتم فيه تداول الأوراق المالية لأن التجار كانوا يأتون وهم حاملين أكياس من النقود لبيع أو شراء الأوراق المالية. محمد عثمان شير، المعاملات الإسلامية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط٢، الأردن، ١٩٩٨، ص ١٦١-١٦٢. ومنهم من قال إن كلمة البورصة ذات أصل بلجيكي حيث تعود تسميتها إلى اسم العائلة (فان در بورص) البلجيكية التي كانت تعمل في المجال البنكي. د. نوفل حسن صبري، الاستثمار في الأوراق المالية مقدمة للتحليل الفني والأساسي، مؤسسة الاهرام، العدد (١٠٠)، سنة ١٩٩٨، ص ٨١-٨٢.

John Owen Edward Clark, Dictionary of International Business Terms, Global Professional Publishing, United kingdom , 2001, p. 40.

(٤) ينظر: المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٥) ينظر: القسم الثالث، المادة (١) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤.

(٦) ينظر: د. عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الاسهم في الشركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

(٧) وفقاً للتشريع العراقي يجب أن يسجل السهم المبيع في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة مع توقيع المتعاقدين ومندوب الشركة وإلا عد العقد باطلاً، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها، تتلخص وقائع القضية بأن وكيل المدعي المميز عليه لدى محكمة بداءة الحسينية أدعى أن لموكله (٢٥٠,٠٠٠) خمسة وعشرون

في حين عرفه كاتب آخر بأنه (انتقال الحقوق الناشئة عن الأسهم من شخص لآخر)^(١). هذا التعريف قد اكتفى بالإشارة إلى بعض الآثار الناتجة عن عقد التداول المتمثلة بانتقال الحقوق الناشئة عن الورقة من المتنازل إلى المتنازل إليه، فكان من المفترض أن يتطرق إلى مكان تداول الورقة المالية فيما إذا كان ضمن إطار سوق المال أو خارجه لاختلاف آلية انتقال الورقة باختلاف المكان الذي تنتقل ضمن نطاقه.

وعند التدقيق في التعريفات أعلاه، يمكن القول أنهم استعملوا لفظ التنازل كمترادف للفظ (التداول)، كما أنهم قيدوا عملية انتقال الورقة المالية بالطرق التجارية ولم يسمحوا بانتقالها بالطرق المدنية المتمثلة بالحوالة المدنية. كما يلاحظ أنها قد اقتضت على ذكر نوع واحد من الأوراق المالية وهي الأسهم دون أن تشمل السندات وغيرها من الأوراق المالية، فضلاً عن كون الأسهم هي الأكثر تداولاً في سوق الأوراق المالية إلا أنه يجب ذكر أنواع الأوراق الباقية^(٢)، فضلاً عن أن تلك التعاريف لم تبين آلية انتقال الورقة المالية داخل سوق الأوراق المالية المتجسدة بإتباع عملية المقاصة والتسوية، وهي خاصية لا تتوفر خارج سوق رأس المال.

وفي السياق ذاته ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تعريف عقد التداول بأنه (صفة أو خصيصة تلحق ببعض السندات الممثلة لحق تسمح بنقله في مواجهة الغير دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني)^(٣)، ووفقاً لهذا التعريف يتضح أن معنى التداول يعني أن يلزم مالك الورقة المالية عند تصرفه بها بإتباع الطرق التجارية المتمثلة بتسجيل الورقة التجارية في سجلات الشركة إذا كانت اسمية، وتظهرها إذا كانت أذنيه أو لأمر، وانتقالها بالمناولة اليدوية إذا كانت لحاملها.

وفي ضوء ما تقدم يتضح إجماع الفقهاء على أن عملية تداول الأوراق المالية هي حق متاح للمالك، فهو بالخيار إن شاء تنازل عن الورقة التي يملكها للغير، وإن لم يرغب بذلك فله الحق في الاحتفاظ بها، غير أن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه جملة من القيود القانونية، ولعل أهمها عدم إتباع الطرق المدنية المنصوص عليها في القانون المدني لنقل ملكية الورقة المالية؛ لكون عملية التداول عملية تجارية وليست مدنية، ولم تتطرق تلك التعاريف إلى القيود التي فرضتها قوانين الأسواق المالية لنقل ملكية الأوراق داخل سوق رأس المال كتفويض وسيط يتولى عملية إبرام العقد، وإيداع الأوراق المالية في مركز الإيداع، والقيام بعملية التقاص والتسوية وغيرها من التفاصيل التي سنتناولها لاحقاً، فضلاً عن عدم وجود تعريف فقهي جامع مانع مفصل يتناول عملية تداول الأوراق المالية في السوق، ولعل ذلك يرجع إلى حداثة عملية تداول الأوراق المالية في البورصة.

ألف سهم من أصل (١٠٠٠، ٠٠٠) مئة ألف سهم وعند مراجعة موكله تسلم حصته من الدعم المالي الذي تعطيه الوزارة لأصحاب المطاحن وجد أن سهامه حولت وسجلت بأسماء المدعى عليهن الثاني والثالث وعند الاستفسار من سجل الشركات المدعى عليه الرابع وجد بأن المدير المفوض للمطحنة المدعى عليه الأول قد قام بتحويل السهام إلى المدعى عليهن الثاني والثالث، لذا طلب المدعى عليهم للمرافعة والحكم بإبطال البيع والتسجيل ووضع إشارة عدم التصرف على سهام موكله وإشعار الدائرة المختصة واحتفظ بحق موكله بإقامة الدعوى الجزائية وتحميلهم الرسوم والمصاريف والأتعاب. قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٥/ ذو الحجة/١٤٢٩، والموافق ٢٣/١٢/٢٠٠٨ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول، سنة ٢٠٠٩م، ص ٢١٠-٢١١.

(١) ينظر: د. فاروق أبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بدون ط، بغداد، سنة ٢٠١٥م، ص ٨٥.

(٢) يقصد بسوق الأوراق المالية هو عبارة عن سوق مالية منظمة يعقد في مكان معين في فترات دورية منتظمة يتم فيه تداول الأوراق المالية وفق القواعد التي تحددها القوانين والأنظمة عن طريق أشخاص يطلق عليهم بالوسطاء تنفيذاً للأوامر الصادرة عن مستثمريهم، ويخضع هؤلاء الوسطاء إلى رقابة السلطة العامة المختصة في الدولة، د. حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، مكتبة الصقار، ط(١)، ١٩٨٩، ص ١١٠.

(٣) ينظر: د. هشام فضلي، تداول الأوراق المالية والقيد في الحساب، دراسة قانونية مقارنة في نظام الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط١، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص ١٧٣.

Richard J. Teweles, Edward S. Bradley, The Stock Market, 7th Edition, John Wiley & Sons, U.S., 1998, p. 101.

ثانياً: التعريف من الناحية التشريعية: نظراً لأهمية عقد التداول كونه يمثل القلب النابض الذي يمد الأسواق المالية بالحياة، اتجهت بعض النظم التشريعية إلى وضع تعريف خاص به، ولعل أبرزها قانون الأوراق المالية الأردني رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ الذي عرف عقد التداول في المادة الثانية منه بأنه (العقد الذي يتم بموجبه شراء الأوراق المالية وبيعها في سوق الأوراق المالية)^(١). ونلاحظ أن المشرع الأردني قد أشار إلى أن الالتزام الذي بموجبه تنتقل ملكية الأوراق المالية هو (عقد)، أي لابد من وجود طرفين لإبرامه، وهما المستثمر والوسيط، ومحل هذا العقد أوراق مالية^(٢)، فلا يجوز أن يرد على شيء آخر غير الأوراق المالية، وهذا ما يبرز خصوصية هذا العقد، الذي يتم إبرامه في مكان خاص يسمى بسوق الأوراق المالية.

أما بالنسبة إلى المشرع المصري فهو لم يتناول تعريف عقد التداول بشكل صريح كما فعل المشرع الأردني أعلاه، على الرغم من الإشارة إليه في قانون سوق رأس المال وبأكثر من موضع، وأبرز تلك الإشارات أنه بين الأثر المترتب على إبرام عقد التداول خارج سوق الأوراق المالية في المادة (١٧) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ التي نصت على: (لا يجوز تداول الأوراق المالية المقيدة في أية بورصة خارجها وإلا وقع التداول باطلاً).

أما بخصوص المشرع العراقي، فهو الآخر لم يتناول أو يضع تعريفاً محدداً لعقد التداول في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل، على الرغم من أنه قد تطرق إلى موضوع التعامل في أسهم الشركات وسندات في المادة (١٥/٥)، ولذلك فإن المشرع في قانون التجارة ضاع تعريفات للكثير من العقود التجارية الأخرى كعقد الحساب الجاري، ووديعة النقود، وإجارة الخزائن، فمثل هذه العقود نص عليها في قانون التجارة بشكل صريح ومباشر، وإذا انتقلنا إلى تعريف عقد التداول في نطاق قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ والأنظمة والتعليمات الملحقه به، نلاحظ أنها جاءت خالية بالمطلق من إيراد تعريف لعقد التداول على الرغم من إشارتهم إلى بيان كيفية تداول الأوراق المالية في سوق رأس المال.

بناءً على ما تقدم يمكن القول أن كلاً من الفقه والتشريع لم يعرف المسائل الأخرى المتعلقة بها عقد التداول بالشكل الذي يتناسب مع ماهيته وأهميته، فأغلب التعاريف قد ركزت على البيع فقط باعتباره سبباً ناقلاً للملكية متجاهلة الأسباب الأخرى التي من خلالها تنتقل الورقة المالية أيضاً كالهبة، بالإضافة إلى أن تلك النصوص الفقهية والتشريعية لم تبين خصوصية هذا العقد في كونه لا يمكن أن يبرم وينفذ إلا من خلال وسطاء مرخصين من قبل السوق. كذلك فإن تلك التعريفات لم تشمل جميع الأوراق المالية التي يمكن تداولها في السوق، وإنما التقت تعريفاتهم في التركيز على الأسهم فقط. وعليه فإن تلك التعريفات لم تقدم تصوراً واضحاً حول حقيقة التداول في سوق رأس المال، ووفقاً لذلك يمكن تعريف عقد التداول بأنه "عقد يفوض بمقتضاه المستثمر وسيطاً مالياً مخولاً للقيام بالإجراءات القانونية المؤدية إلى انتقال ملكية الورقة المالية مودعة لدى مركز الإيداع من وإلى المستثمر بطريقة يدوية أو إلكترونية"، وقد بينا فيما تقدم عن هذا التعريف أن التداول عقد ناقل لملكية الأوراق المالية أياً كان نوعها، بمعنى أنه لا يمكن أن يرد هذا العقد إلا على الأوراق المالية نظراً لطبيعته الخاصة، ولا يتم تداول الأوراق المالية داخل السوق ما لم تودع في مركز الإيداع والتسوية والمقاصة وهذا ما سنبينه لاحقاً، ويبرم هذا العقد وينفذ عن طريق وسيط مفوض من قبل المستثمر، ويجب أن يكون الوسيط مجازاً من قبل الهيئة العامة في السوق لممارسة مهنة الوساطة، كما وضحنا من خلال هذا التعريف الآلية التي يتم من خلالها انتقال ملكية الأوراق المالية، وهي أما أن تنتقل بصورة يدوية أو آلية.

(١) لقد كانت بورصة عمان للأوراق المالية منظمة من قبل قانون الأوراق المالية رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧ ولعدم تغطيته التطورات في مجال البورصة صدر القانون المؤقت المرقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، ثم جاء قانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ الذي غيى قانون ١٩٩٧ بموجب المادة (١١٧/أ) لكنه لم يُلغِ الأحكام القانونية التي جاء بها قانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ إلا ما تعارض منها مع القانون الجديد.

(٢) الأوراق المالية هي (أداة مديونية قابلة للتداول، وأية أداة أخرى تعادل أداة المديونية هذه) المادة الأولى من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.

الفرع الثاني

خصائص عقد تداول الأوراق المالية

استناداً لمفهوم عقد التداول المتقدم ذكره يمكن القول انه يتميز بخصائص بعضها تشترك مع خصائص العقود الأخرى والبعض الآخر يتميز ويفرد بها، على النحو الآتي:-
اولاً: الخصائص العامة: يشترك عقد التداول مع غيره من العقود التجارية في عدد من الخصائص أهمها:-

١- عقد تجاري

إن الفقرة (١٥) من المادة الخامسة من قانون التجارة نصت: "تعتبر الأعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس: خامس عشر: التعامل في أسهم الشركات وسنداتها"، واستناداً لهذا النص يمكن القول أن عقد التداول يندرج تحت طائفة العقود التجارية لأن محل هذا العقد هو من الأسهم والسندات والتي يعتبر التعامل بها تجارياً، وعلى الرغم من أن الفقرة (١٥) الواردة أعلاه اكتفت بالإشارة إلى الأسهم والسندات فقط، ألا أن هذا لا ينفي تجارية عقد التداول عندما يكون محله ورقة مالية أخرى كوثائق الاستثمار^(١)، وحصص التأسيس^(٢)، لكون النص يبيح القياس على الأسهم والسندات طالما كانت الأوراق المالية الأخرى تدخل في حدود التصور المعقول، وتبرز أهمية تحديد الطبيعة التجارية لعقد التداول في نواحي عدة منها اختلاف القواعد القانونية التي تنظم هذا العقد فيما إذا كان من الأعمال التجارية أو المدنية^(٣).

٢- عقد شكلي

إن الأصل العام في العقود هو الرضائية، لأن العقد لا ينعقد إلا برضا الطرفين، ولكن عندما يشترط القانون أن تفرغ إرادة طرفي العقد في شكل معين يكون عندئذ العقد شكلياً^(٤)، وتكون الشكلية ركن من أركان العقد فإذا تخلفت بطل العقد، وعند الانتقال إلى القوانين المعنية في سوق الأوراق المالية نجد أنها قد تطلبت شكلاً محدداً لانعقاد عقد التداول وتطبيقاً لذلك اتجهت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ في نص المادة (٢٥٦) منه إلى إلزام شركة الوساطة بإبرام عقد فتح الحساب مع مستثمريها ويجب أن يتضمن هذا العقد طبيعة التزام كل طرف من أطرافه وحقوقهما،

(١) وثائق الاستثمار ويقصد بها الصكوك القابلة للتداول في الأسواق المالية والتي تصدر عن صندوق الاستثمار وهذه الصكوك تعطي للمساهمين في الصندوق مقابل حصصهم المقدمة منهم للاستثمار في الأوراق المالية عن طريق تكوين محفظة الأوراق المالية وليس كل وثائق الاستثمار تكون قابلة للتداول فهناك وثائق غير قابلة للتداول في الأسواق المالية كالوثائق التي تصدرها شركة التأمين في مصر. د. أمين السيد أحمد لطفي، التحليل المالي للتقارير والقوائم المحاسبية لأغراض تقييم أداء الشركات تقييم الشركات والاستثمار في الأوراق المالية بالبورصة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٨، ص ١٩

(٢) يقصد بحصص التأسيس باعتبارها من أنواع الأوراق المالية بأنها صكوك تصدرها شركة مساهمة بغير قيمة اسمية تكون قابلة للتداول تعطي صاحبها نصيباً في أرباح الشركة مقابل ما قدمه من خدمات أثناء تأسيس الشركة، ودون أن يقابلها تقديم حصة في رأس المال. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية التي تصدرها شركة مساهمة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٤م، ص ٣٥.

(٣) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الأول- النظرية العامة- العمليات المصرفية- القطاع التجاري الاشتراكي، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٩-٤٣.

(٤) العقد الشكلي: هو العقد الذي يجب لقيامه أن يتخذ رضا العاقدین شكلاً معيناً يحدده القانون ويكون هذا الشكل في الغالب ورقة رسمية. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، سنة ١٩٨٠م، ص ٢٣. يجب أن نميز بين الشكلية والرسمية فالشكلية أوسع من الرسمية، فالعقد الرسمي هو نوع من أنواع العقد الشكلي الذي ينقسم بدوره إلى ثلاث أقسام فهو أما "شكلي أو كتابي أو عيني" والعقد الرسمي هو العقد الذي ينعقد أمام موظف عام مختصر لكتاب العدل أو موظف التسجيل العقاري الذي بدوره يثبت العقد المنعقد أمامه في سجلات رسمية كالرهن التأميني. ينظر: د. منذر الفضلي، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات آراس، ط ١، سنة ٢٠٠٦، ص ٥١.

ويكون هذا الالتزام معد مسبقاً من قبل الشركة الذي يأخذ شكل وثائق تعدها الشركة لهذا الغرض، وبصدد التعليق على هذا النص فقد ذهب الفقه المصري^(١) إلى القول بأن عقد التداول هو عقد رضائي وليس شكلي وحبثهم في ذلك أن المشرع لم يلزم طرفي العقد في إفراغ إرادتهما بشكل معين، وإنما يتمتع أطراف عقد التداول بحرية تامة في إبرام العقد حتى في ظل وجود القيود الواردة في النص أعلاه والتي تقيد من هذه الحرية، لأن الهدف الذي يرمي إليه المشرع من تلك القيود هو حماية أطراف التعاقد^(٢).

أما على نطاق التشريع العراقي فلم يكتف برضا طرفي العقد لانعقاده وإنما اشترط أن تفرغ إرادتهما في شكل معين، ولم تكن هذه الشكلية بمنأى من تأثير التطورات التي شهدتها السوق حيث مرت شكلية عقد التداول بمرحلتين المرحلة الأولى هي المرحلة السابقة على صدور قانون سوق الأوراق المالية النافذ رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤، والمرحلة الثانية هي المرحلة اللاحقة على صدور وتطبيق هذا القانون، فمنذ إنشاء سوق بغداد للأوراق المالية^(٣) ولغاية توقفه كانت الشكلية في عقد التداول تخضع للقواعد المقررة في المادة (٦٦) من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل التي نصت على أنه " يتم بيع الأسهم في الشركات المساهمة والمحدودة في مجلس مؤلف من البائع والمشتري أو ممن يمثلها قانوناً ومندوب من الشركة يعينه المدير المفوض وينظم عقد يذكر فيه اسما البائع والمشتري وعنوانهما ورقم شهادة الأسهم وتاريخ البيع والتمن وإقرار البائع بقبضه وتعهده المشتري بقبول عقد الشركة ويسجل عقد البيع في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة مع توقيع المتعاقدين ومندوب الشركة ويعتبر باطلاً كل بيع يقع خارج المجلس أو لا يسجل في سجل الشركة".

يلاحظ على النص أعلاه أنه اشترط تشكيل مجلس مؤلف من المستثمر (المتنازل) والمستثمر (المتنازل إليه) وإن تعذر ذلك يتوجب حضور من يمثلها، فضلاً عن حضور مندوب من الشركة المصدرة للورقة المالية، وبعد استكمال تشكيل المجلس يتم إبرام عقد التداول على أن يذكر فيه (اسم المستثمر المتنازل والمستثمر المتنازل إليه وعنوانهما ورقم شهادة الأسهم وتاريخ التداول ...) وبعد استكمال جميع البيانات الواردة في المادة السابقة يتم تسجيل عقد التداول في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة. كما أشار النص إلى الأثر المترتب على إبرام العقد خارج المجلس أو عدم تسجيله في سجل الشركة يؤدي إلى بطلانه^(٤). أما المرحلة الثانية المتمثلة بصدور قانون سوق الأوراق المالية والغاء

(١) ينظر: د. سميحة مصطفى القليوبي، الشركات التجارية، ج ٢، دار النهضة العربية، ط ٣، القاهرة، سنة ١٩٩٣م، ص ٢٥٣، د. إبراهيم علوان، عقد السمسرة وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩م، ص ٤٠، د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة، مؤسسة البيان للطباعة والنشر، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٢٣. وعبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية. دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة ٢٠٠٩م، ص ١٦٧.

(٢) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩م، ص ٦٨٢.

(٣) لم يظهر سوق بغداد للأوراق المالية إلى حيز الوجود بشكل مفاجئ وإنما مهد لظهوره قوانين عدة كان أولها قانون بورصة التجارة رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٦ والمنشور في الوقائع العراقية العدد (١٥٣٣)، تاريخ ٣١ / ٨ / ١٩٣٦، ولكن لم ينشئ أي سوق للأوراق المالية على أرض الواقع بالرغم من وجود قانون خاصة ينظم العمل داخل السوق. ونظراً لكون هذا القانون كان مجرد حبر على ورق تم إيقافه بعد مدة وجيزة، وبعده صدر قانون التجارة العراقي الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ حيث تضمن مواد متعلقة بشأن إنشاء سوق خاص للأوراق المالية هذه المواد هي (٧٩، ٧٧) حيث أجاز المشرع فيها إنشاء سوق الأوراق المالية بناءً على اقتراح وزير الاقتصاد، غير أن الواقع لم يشهد أي إنشاء لسوق الأوراق المالية. فاضطرت إحدى المصارف (المصرف الصناعي) إلى إنشاء مكتب خاص لتداول الأسهم فظل يمارس عملية تداول الأوراق المالية منذ عام ١٩٧٥ حتى صدر قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (٢٤) لسنة ١٩٩١، الذي تم بموجبه إنشاء أول سوق للأوراق المالية في العراق، د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٧، نصت المادة (٤٤) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية الملغي على " على الشركة المسجلة في السوق تعيين مندوب عنها لتنفيذ أحكام المادة ٦٦ من قانون الشركات ... " كذلك نص المادة (٤٥) من ذات القانون التي نصت على " على مندوب الشركة تسجيل انتقال الأوراق المالية التي تم تناولها في السوق ما لم يكن مخالفاً لأحكام قانون الشركات والقوانين والتشريعات النافذة".

(٤) ينظر المادة (٦٦) من قانون الشركات الخاصة رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.

قانون سوق بغداد للأوراق المالية وما رافق ذلك من إبطال العمل بالنص أعلاه^(١)، نتيجة لزيادة عمليات التداول داخل السوق أصبح من المتعذر استيفاء الشكليات المقررة في النص المتقدم، لكونها تستغرق وقتاً طويلاً مما أدى إلى اللجوء إلى عقد القاعة^(٢)، عرفت المادة (١) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ عقد القاعة بأنه " عقد صادر من الوسيط البائع وبقبول الوسيط المشتري وتوافقهما على وجه يثبت أثره في الصفقة التي تم تنفيذها طبقاً للإجراءات المتبعة في قاعة التداول والذي يتضمن اسمي الوسيطين والسعر وعدد الوحدات واسم الشركة التي تعود لها الأسهم ويختتم بالة التوقيات". وبمقتضى هذه التعليمات أصبحت الشكليات تتم من خلال إبرام عقد التداول في وقت لاحق لجلسة التداول ويتولى الوسطاء تثبيت الأوامر المنفذة وبصورة مكتوبة على نماذج عقد القاعة. وعند صدور تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ والتي بمقتضاها تم تطبيق العمل بنظام الإيداع المركزي^(٣) في المادة (١/٣) التي نصت على " يتم التداول في السوق من خلال الوسطاء وتثبت عمليات التداول بموجب قيود تدون في سجلات السوق تطابق في كل جلسة تداول" فيلاحظ على هذا النص أنه استخدم لفظ (السوق) للتعبير عن مركز الإيداع ، وأهم اختصاصات المركز هي تسجيل عمليات التداول، بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي سنعرج عليها في البحث عن انتقال الملكية.

و بناءً على ما تقدم يمكن القول أن عقد التداول هو عقد شكلي، والشكليات التي اشترطها المشرع العراقي هي للانقضاء وليست للإثبات، وهذا ما أكدته المادة (٣/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ التي نصت على أنه (تعتبر القيود المدونة في سجلات السوق... دليلاً قانونياً على التداول..). فلو كانت هذه الشكليات للإثبات لبين المشرع ذلك كما فعل في التفويض عندما أشار بشكل صريح إلى أن التسجيلات الالكترونية و الكتابة المبرمة بين الوسيط والمستثمر هي للأثبات عند وقوع أي خلاف بينهما^(٤).

٣- عقد مفاوضة

تنقسم العقود من حيث حرية التفاوض: إلى قسمين فهي أما عقود مساومة (مفاوضة) أو عقود إذعان. ففي عقود المساومة أو المفاوضة تتساوى المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، إذ يكون لكل طرف الحق بوضع أي شرط بما لا يخالف مقتضى العقد والقانون وبالمقابل يحق للطرف الآخر المفاوضة على مثل هذا الشرط دون أن يخضع أحدهما لإرادة الطرف الآخر. أما بالنسبة إلى عقود الإذعان، ففيها يستقل أحد أطراف هذا العقد الذي يكون غالباً في مركز اقتصادي أقوى من الطرف الآخر بوضع شروطه ولا يكون للطرف المقابل مناقشة مثل هذه الشروط، فهو بالخيار أما أن يقبل كل الشروط التي وضعها الطرف القوي أو يرفضها كلها، وبما أن محل عقد الإذعان هو سلعة أو خدمة ضرورية والتي لا غنى للطرف المذعن عنها فيضطر الطرف الضعيف عادةً أن يقبل بالشروط التي وضعها الطرف القوي وهي غالباً ما تتصف بالتعسف تحقيقاً لمصلحة الطرف القوي^(٥)، ويرى بعض

(١) أشارت المادة ٤ من القسم التاسع من قانون سوق الأوراق المالية النافذ على " تكون معاملات الأوراق المالية في السوق أو إذا ما نصت أنظمة الهيئة على خلاف ذلك والتي أجريت عليها المقاصة والتسوية من خلال دوائر مركز الإيداع خاضعة لفرضية الحسم وهذا القسم يبطل المادة ٦٦ الفقرة الأولى من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٧٩...."

(٢) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٣) يقصد بمركز الإيداع (وهي جهة متخصصة تأخذ على عاتقها مهمة الوصول إلى الحيابة المركزية للأوراق المالية المتداولة بالسوق وتحويلها لقيود حسابية وإجراء عمليات المقاصة عليها) د. علاء الدين أحمد جبر، بورصة الأوراق المالية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ٢٠٠٧م، ص ٢٥٢. على الرغم من أن قانون سوق الأوراق المالية النافذ أشار إلى إنشاء مركز الإيداع في المادة (٣) من القسم التاسع باعتباره الجهة المركزية التي تسجل عمليات التداول التي تتم داخل السوق، بيد أنه لم يتسن له العمل بنظام الإيداع حتى صدور تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٤) ينظر: المادة (١٢) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام، ج ١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ط ١، أربيل، سنة ٢٠١١م، ص ٨٧.

الباحثين^(١) أن عقد التداول يقترب من عقود الإذعان، لأن نماذج العقد عادةً ما تكون معدة سلفاً والوسطاء يحتكرون العمل في السوق وهذا ما أشارت إليه المادة (٣/أ) " تحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية بالوسطاء المخولين من قبل السوق"^(٢)، ولكن عند النظر بتمعن في جوهر وآليات عقد التداول نجده لا يندرج تحت عقود الإذعان،^(٣) لأن طرفي عقد التداول متساويان في مراكزهما فهما يتفاوضان قبل مرحلة إبرام العقد، بل إن الوسيط ملزم بالتصرف حسب التفويض الصادر إليه من مستثمره، ولا يجوز مخالفة أي جزء من أوامر المستثمر من حيث حجم وزمن وطبيعة الصفقة وإلا تعرض للمسؤولية، لذا نجد إن صفة الاحتكار ليس لها أي وجود في عقد التداول كما أن المستثمر ليس دائماً طرف ضعيف اقتصادياً بل قد يكون من كبار المستثمرين في السوق، بل قد يكون مركزه الاقتصادي أقوى من شركات الوساطة كما إن محل عقد التداول ليس سلعة ضرورية لا غنى للمستثمر عنها كما هو الحال في عقود الإذعان.

٤- عقد محدد القيمة

تنقسم العقود من حيث قيمة الالتزام إلى عقود محددة وعقود احتمالية والعقد المحدد هو الذي يعرف كلاً من عاقديه وقت انعقاده مقدار ما يؤخذ وما يعطيه أما العقد الاحتمالي هو ذلك العقد الذي لا يعرف كلاً من عاقديه أو أحدهما مقدار ما يأخذه وما يعطيه^(٤)، وعليه يمكن القول أن عقد التداول يمكن تصنيفه بأنه من العقود محددة القيمة، لأن كلا طرفيه يستطيعان وقت إبرام العقد أن يحددان المقدار الذي يحصل عليه وما يلزمه بأدائه. ويرى البعض^(٥) إمكانية اعتبار عقد التداول من العقود الاحتمالية، فأداء الأجرة من الالتزامات الأصلية التي يلزم المستثمر بأدائها، ولكن هذا الالتزام قد لا يتحقق إذا فشل الوسيط في عمله لعدم استحقاقه العمولة المتفق عليها، فاستحقاقه للأجرة متوقف على نجاحه في تقريب وجهات النظر لإتمام الصفقة ومثل هذا الالتزام غير مؤكد الحصول وقت إبرام العقد. ويمكن القول إن هذا الرأي قد ركز على نتيجة العقد وهو قول يجانب الصواب لأن تصنيف العقود احتمالية أو محددة يكون وقت إبرام العقد وليس بعد الإبرام .

ثانياً: الخصائص الفنية أو الذاتية

على الرغم من تشابه عقد التداول مع غيره من العقود في الخصائص العامة التي سبق التطرق إليها ألا أن هذا لا ينفي انفراده بعدد من الخصائص التي تجعل منه عقداً مستقلاً وخاضعاً لأحكام خاصه وأبرز تلك الخصائص هي:-

١- تعدد مراحل إبرامه

يتميز عقد التداول في عدم إمكانية اطرافه سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين من إبرامه بأنفسهم حتى وإن كانوا كاملي الأهلية ، ويرجع ذلك لخطورة التعامل بالأوراق المالية، الأمر الذي حتم أن يمر عقد التداول بعدة مراحل تعاقدية وأولى مراحلها هي (التفويض) التي بمقتضاها يسعى كل مستثمر يرغب في استثمار أوراقه المالية في السوق إلى تفويض (وسيط) بذلك. ثم يليها مرحلة إبرام العقد والتي تتمثل بسعي كل وسيط مفوض من قبل مستثمره لإيجاد وسيط آخر، وينعقد العقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بين وسيط (المتنازل) ووسيط (المتنازل إليه)، ثم تليه مرحلة تنفيذ العقد المتجسدة بإتمام عملية (المقاصة والتسوية)، والتي سيأتي بيانها بشكل مفصل لاحقاً.

وقد نص المشرع العراقي على توسط الوسيط في إبرام عقد التداول صراحة في المادة القسم (٣) (٣) من قانون سوق الأوراق المالية بقوله " تحصر كافة التعاملات في سوق الأوراق المالية

(١) ينظر: د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص ١٢٧

(٢) ينظر: المادة (٣/أ) من القسم الثالث من قانون سوق العراق للأوراق المالية النافذ رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٣) استناداً لما تقدم وكذلك إلى ما أشارت إليه تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) في الماد (١٨/ب) يتضح أن عقد التداول يندرج تحت عقود المساومة وليس الإذعان.

(٤) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بدون ط، سنة ١٩٩٢م، ص ١١٠ - ١١١.

(٥) ينظر: د. إبراهيم علوان، مصدر سابق، ص ٤٢.

بالوسطاء المخولين من قبل السوق... وكذلك ما نصت عليه المادة (٣/أ) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ التي جاء فيها " يتم التداول في السوق من خلال الوسطاء....." وبذلك يمكن القول أن ما توجه إليه المشرع في إلزام أي مستثمر سواء كان طبيعياً أم معنوياً بتفويض وسيط عند رغبته في تداول الأوراق المالية يعد أمراً منسجماً مع خصوصية وأهمية التعامل داخل سوق الأوراق المالية، لأن غاية المشرع وهدفه من وراء ذلك الإلزام هو حماية المستثمر من المخاطر التي قد يتعرض لها عند إبرام العقد مباشرة، دون وجود وسيط مالي، وذلك لافتقاره للخبرة والكفاءة التي يملكها الوسيط فضلاً على عدم اطلاعه الكافي على معلومات وآليات التعامل القانوني والاقتصادي.

وإذا كان التزام المستثمر بتفويض وسيط ينوب عنه في عمليات التداول يمثل المحور الأساس لحماية المستثمر، فإن بيان الأثر المترتب على مخالفة هذا الالتزام يمثل جوهر تلك الحماية التي قصدها المشرع، وتعزيزاً لتلك الحماية اتجهت أغلب النظم التشريعية إلى إبطال عقد التداول المبرم بصورة مباشرة بين المستثمرين وهذا ما أشار إليه المشرع المصري في المادة (١٨) التي نصت على "يكون التعامل في الأوراق المالية المقيدة في البورصة بواسطة إحدى شركات الوساطة المرخص لها بذلك وإلا وقع التعامل باطلاً"^(١)، ولم يرد في قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ والتعليمات الملحقة به أي نص قانوني صريح ومباشر يشير فيه إلى إبطال عقد التداول المبرم دون تدخل الوسيط، غير أن المشرع أناط لسلطة سوق الأوراق المالية مهمة إبطال أي تعامل في الأوراق المالية مخالف لقانون السوق وقواعد الهيئة وهذا ما نصت عليه القسم (٣)(٤) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ بقولها: " تكون هنالك سلطة لسوق الأوراق المالية لإبطال أي تعامل في السندات في السوق مخالفاً لهذا القانون وقواعد السوق وقواعد الهيئة"، واستناداً لهذا النص فإن سلطة السوق تتولى إبطال عقد التداول المبرم بصورة مباشرة دون تفويض وسيط بذلك، لأن هذا التعامل يعد من قبيل الأعمال المخالفة لقانون السوق.

٢- من النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة نسبية فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، ويعرف النظام العام " بأنه مجموعة المصالح الأساس للجماعة والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت هذه المصالح والأسس سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية والتي يعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار"^(٢)، وقد اتجه فقهاء القانون إلى اتجاهين مختلفين في بيان مدى تعلق تداول الورقة المالية بالنظام العام، فذهب الاتجاه الأول^(٣) منهم إلى القول بأن قابلية الورقة المالية للتداول لا تعتبر من النظام العام، وحجتهم في ذلك هي وجود قيود قانونية أو اتفاقية تحد من قابلية الورقة المالية من الانتقال، ووفقاً لهذا الرأي يمكن للمستثمر المتنازل أن يمنع المستثمر المتنازل إليه من تداول الورقة المالية مرة أخرى. بينما ذهب الاتجاه الثاني^(٤) وهم الأغلبية إلى القول بأن قابلية الورقة المالية للتداول تعتبر من النظام العام وأي قيد يحد من هذا المبدأ يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً بمعنى أنه لا يجوز أن يرد في عقد التداول أي بند يحظر المستثمر المتنازل إليه من تداول الورقة المالية بشكل نهائي.

وعند مناقشة ما ذهب إليه الاتجاه الأول يمكن ملاحظة عدم وجود أي ارتباط بين القيود القانونية أو الاتفاقية وبين مدى تعلق الورقة المالية بالنظام العام، لأن وجود مثل هذه القيود لا تصل إلى حد إلغاء التداول فغالباً ما تكون هذه القيود وقتية أو معلقة على شرط وإلا اعتبرت باطلة، الأمر الذي يجعلنا

(١) ينظر: المادة (١٨) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٢) ينظر: د. عبد الباقي البكري ود. زهير بشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، سنة ٢٠٠٨، ص ٢١.

(٣) ينظر: د. محمد صالح بك، الشركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن، ج٢، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط١، سنة ١٩٤٩م، ص ١٢٩.

(٤) ينظر: د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، بدون ط، سنة ١٩٨٩م، ص ٥٣٢، علي البارودي ود. محمد فريد العربي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، بدون ط، سنة ١٩٨٧م، ص ٥٣٥، د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٢٦١، د. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ١٩٩٧، ص ٥٩٦.

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

نرجح الاتجاه الثاني الذي يرى بأن قابلية الورقة المالية للتداول تعتبر من النظام العام، وقد اعتبر المشرع العراقي قابلية السهم للتداول من خصائص الشركة المساهمة ومن الصفات الجوهرية للسهم ولا يجوز سلب هذه الخاصية منه وهذا ما أشار إليه المشرع بشكل صريح في المادة (٦٤) من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٧٩ المعدل. غير أن سوق الأوراق المالية العراقي والأنظمة والتعليمات الملحقة به لم تتطرق لهذه الخاصية.

٣- عقد معاوضة وملزم للجانبين

يعتبر عقد التداول من عقود المعاوضة وليس التبرع، ومن ثم فإن الوسيط يحصل على العمولة مقابل قيامه بإبرام عقد التداول لحساب المستثمر، وكذلك الحال بالنسبة للمستثمر الذي يدفع العمولة مقابل حصوله على العمل الذي أداه له الوسيط، وهذا ما أكدته المشرع العراقي في المادة (١٦) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية والتي بمقتضاها الزم المستثمر بدفع العمولة للوسيط المالي^(١)، وكذلك فعل المشرع المصري^(٢).

٤- انعقاد العقد مكان و زمان محددين

إن لمكان انعقاد العقد اثره في تحديد المحكمة المختصة التي تنتظر في النزاع ولا يقل زمان انعقاد العقد أهمية عن المكان حيث تبرز أهميته في تحديد آثار العقد وبالأخص الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الأوراق المالية المتداولة^(٣). ومن المعروف أن عقد التداول ليس كسائر العقود، حيث يتضاءل دور المتعاقدين في تحديد زمان ومكان انعقاده، لأن تداول الأوراق لا يكون إلا داخل سوق الأوراق المالية وهو سوق منظم^(٤) له قواعد قانونية خاصة وإزاء ذلك فإن النطاق المكاني لتداول الأوراق المالية المقيدة في سوق رأس المال تنحصر داخله^(٥). أما بالنسبة لزمان انعقاد العقد فيجب إبرام صفقات التداول ضمن المواعيد المحددة لعمل السوق، وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من قواعد التداول الإلكتروني عندما بينت بأن عمليات التداول تبدأ من الساعة العاشرة صباحاً حتى الثانية عشرة ظهراً^(٦). وبذلك يلزم المتعاقدين بالتقيد بالجدول الزمني المحدد لهم ولا يجوز لهم الخروج عنه حتى وإن اقتضت مصلحتهم إبرام عقد التداول خارج حدود ساعات عمل السوق، نتيجة لذلك يمكن القول أن إرادة أطراف عقد التداول في تحديد زمان انعقاد العقد تكاد تكون منعدمة، لتقيدهم بالنطاق الزمني المحدد لهم^(٧).

٥- آليات انتقال الملكية:

يترتب على إبرام عقد التداول عدد من الآثار القانونية وأهم وأبرز تلك الآثار هي نقل ملكية الورقة المالية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه)، ولا تنتقل الملكية بصورة مباشرة

(١) ينظر: المادة (١٦) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق الصادرة استناداً للقسم الثالث المادة (٢) من قانون سوق العراق المؤقت للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٢) ينظر: المادة (٣/١) من القرار الوزاري المصري رقم (٤٧٨) لسنة ١٩٩٤.

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٤) للسوق المنظم أو ما يسمى بالسوق الرسمي مكان وزمان محددين لتداول الأوراق المالية المقيدة فيه من قبل الوسيط ويدر من قبل هيئة إن أما تكون من قبل السلطة العامة أو تخضع لإشراف الدولة. على عكس الأسواق غير المنظمة التي ليس لها مكان وزمان محددين للتداول ويتم فيها تداول الأوراق المالية غير المقيدة في البيوت المالية أو أي مكان يختاره الطرفين حيث يكون هذا المكان حلقة وصل بين المستثمرين والوسيط. د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٢٩-٣٣. ولا يتم إنشاء سوق الأوراق المالية إلا بقانون وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من القسم (٢) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) " لا يحق العمل لأي سوق أوراق مالية أو أي سوق سندات منظم آخر بدون إجازة من الهيئة، وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) من قانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ المصري.

(٥) أنظر المادة (١) من القسم الثاني من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ، وكذلك ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٣١.

(٦) ينظر: المادة (٢/١) من قواعد التداول الإلكتروني.

(٧) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٣٠.

وإنما تخضع لعدد من الإجراءات القانونية المنظمة وفقاً لقانون السوق والأنظمة والتعليمات الملحقه التي سيتم تناولها لاحقاً.

المطلب الثاني

أطراف العلاقة التعاقدية لعقد التداول

إن عملية إبرام أي عقد لا تحتاج إلى تدخل وسيط ينوب عن أطرافه في أبرامه أو تنفيذه، وإنما يتمتع أطرافه بالحرية التامة في التعاقد المباشر طالما كانوا كاملي الأهلية، ولا يوجد هناك أي قانون أو اتفاق يمنعهم من إبرام العقد بصفتهم الشخصية. ولكن مثل هذا الأمر لا يمكن تطبيقه على العمليات التي تتم داخل سوق الأوراق المالية. لأن أغلب التشريعات قد نصت على أن يكون تداول الأوراق المالية من خلال أشخاص مرخصين من قبل إدارة السوق وهم (الوسطاء) بعد تفويضهم من قبل المستثمرين، حيث يتولى هؤلاء الأشخاص القيام بكل عمليات التداول نيابة عن المستثمرين. و التشريع العراقي قد ألزم المستثمرين بتوكيل وسيط يقوم بإبرام العقد وتنفيذه، ليس بصفته أصيلاً وإنما باعتباره وكيلاً عن المستثمرين، وهذا ما يميز التعامل داخل الأسواق المالية عن الأسواق التقليدية، فضلاً عن وجود أكثر من علاقة قانونية في العقد، ويتكون أطراف العلاقة الأولى من الوسيط والمستثمر (المتنازل)، وأطراف العلاقة الأخرى من الوسيط والمستثمر (المتنازل إليه)، ونتيجة للتشابه بين أطراف العلاقتين في جميع الجوانب قسمنا هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول المستثمر أو ما يصطلح عليه في بعض التشريعات أو في بعض كتب الفقه بالعميل، والفرع الثاني الوسيط على النحو الآتي:

الفرع الأول

المستثمر

يتطلب انعقاد أي عقد من العقود وجود صيغة معبرة عن اتجاه إرادتين لإنشائه وهي تصدر من طرفي العقد، وعقد التداول كغيره من العقود يلزم لإبرامه وجود طرفين هما الوسيط والمستثمر. وازاء الدور الذي يلعبه المستثمر في السوق بوصفه أحد مؤشرات نموها سنتناول في هذا الفرع مفهومه من الناحيتين الفقهية والتشريعية فضلاً عن شروطه.

ومن الجدير بالتنويه في هذا المقام إلى عدم وجود اتفاق فقهي وتشريعي حول مصطلح (المستثمر)، فاتجه جانب من الكتاب إلى تسميته (بالعملاء) نظراً لعلاقتهم بالوسيط حيث يعد أطراف عقد التداول عملاء أو زبائن للوسيط، وهناك من يطلق عليهم لفظ (المتدخلين)، لتدخلهم في تداول الأوراق المالية في سوق رأس المال^(١)، في حين يصطلح عليهم الأعم من الباحثين بالمستثمرين، لطبيعة نشاطهم المتعلق باستثمار أوراقهم المالية^(٢). كما أن المشرع العراقي لم يستعمل لفظاً واحداً يدل فيه على المتداولين وإنما تعددت ألفاظه، فتارة يطلق عليهم بالبائع والمشتري وهذا ما أشارت إليه المادة القسم (٥)(٩) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ بقولها "على الوسيط أن يعمل نيابة عن البائع أو المشتري..." وفي نصوص أخرى اصطلح عليهم بالزبون وهذا ما وضحه القسم (٥)(١١) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ بقولها "على الوسيط ألا يتعامل في بيع السندات نيابة عن الزبون..." وكذلك ما نصت القسم (٣)(٣) (ب) من قانون سوق العراق للأوراق المالية النافذ بقولها "لا يقوم الوسيط أو الشخص المؤثر في العمل في التعاملات في السندات التي تمثل أموال أو أرصدة للزبائن..." وكذلك نص القسم (٥)(١٢) بقولها "على الوسيط أن يتعامل في شراء السندات نيابة عن الزبون..." وما نصت عليه القسم (٥)(١٣) (ج) من ذات القانون بقولها "يبدل ما بجهده من أجل مصلحة الزبائن..."، كما أطلق عليهم في نصوص أخرى بالمستثمرين وهذا ما بينته المادة (٤/ب/ج)

(١) ينظر: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٥م، ص ٨١.

(٢) ينظر د. أحمد سفر، المصارف والأسواق التقليدية والإسلامية في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة ٢٠٠٦م، ص ٩١.

من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) حيث أشارت في الفقرة (ب) "تعتبر الأموال العائدة للمستثمر..." وفي الفقرة (ج) بقولها "على الوسيط أن يضمن الاتفاقية التي يبرمها مع مستثمره..." وفي المادة (٥/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ "يكون تفويض المستثمر خطياً..."، بينما أطلقت عليهم نصوص أخرى تسمية (العملاء) وهذا ما أشارت إليه المادة (٤/أ) من التعليمات أعلاه بقولها "يحظر على الوسيط التداول بالأوراق المالية لصالح أي من عملائه..." وكذلك نص المادة (٥/أ) "يحظر على الوسيط إدخال أية أوامر بيع أو شراء لصالح أي من عملائه..."

ويلاحظ على النصوص أعلاه أن المشرع قد استخدم أكثر من مصطلح للدلالة على من يتعامل بالأوراق المالية في السوق، ولا يحمد على موقفه هذا لأن تلك الألفاظ لا تتوافق مع المعنى القانوني الدقيق للمتعامل بالأوراق المالية، لذا كان على المشرع أن يكتفي باستخدام مطلق (المستثمر) لأن من يرغب بتداول أوراقه المالية في السوق يسعى لاستثمارها، لذا يعتبر لفظ (المستثمر) من أكثر المصطلحات توافقاً مع طبيعة نشاطهم في البورصة سنتناول تباعاً مفهوم المستثمر من الناحية الفقهية والتشريعية ومن ثم شروطه على النحو الآتي:-

أولاً-التعريف الفقهى للمستثمر: لقد عرف المستثمر من قبل بعض الكتاب بأنه "الطرف الثاني في عقد التداول يقوم باستثمار أمواله للمضاربة في الأسواق المالية فيشتري تلك الأوراق لأجل بيعها بربح والذي يمكن أن يكون شخصاً معنوياً، أو قد يكون شخصاً طبيعياً"^(١).

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يعط تصوراً واضحاً للمستثمر فذكر عبارة (الطرف الثاني في العقد) والتي تدعو إلى التساؤل (الطرف الثاني) من أي مرحلة من مراحل عقد التداول؟ فمن المعروف أن عقد التداول يمر بعدة مراحل، فهل قصد الباحث الطرف الثاني من المرحلة الأولى لعقد التداول (التفويض) التي تتكون من طرفين وهما الوسيط المفوض والمستثمر، أم كان يقصد بالطرف الثاني للمرحلة الثانية من عقد التداول التي يتمثل أطرافها بالوسيط المتنازل والطرف الثاني هو الوسيط المتنازل إليه؟ حيث تجسد هذه المرحلة بقيام الوسيط المتنازل بإبرام عقد التداول مع الوسيط المتنازل إليه بمجرد انسجام الأوامر التي بحوزتهم كما سيتم بيانها لاحقاً، ولم يوضح الباحث أن تعامل المستثمر بالأوراق المالية لا يكون بصورة مباشرة وإنما من خلال وسيط حاصل على إجازة الهيئة العامة في السوق.

وقد اتجه البعض الآخر من الباحثين لتحديد المقصود بالمستثمر بقولهم: هو كل شخص لا يحق له طبقاً للنظم المعمول بها دولياً أن يقوم بصفته الشخصية بالتعامل بالأوراق المالية ويلزم بالرجوع إلى السمسار الذي يؤدي ذلك العمل داخل البورصة مقابل عمولة متفق عليها"^(٢).

على الرغم من إجابيات هذا التعريف كونه ركز على نقطة مهمة وهي عدم جواز قيامه بالتعامل بالأوراق المالية بنفسه، وإنما يتوجب عليه تفويض وسيط ينوب عنه، بيد أن الباحث لم يوضح شخصية المستثمر الذي يحق له استثمار أوراقه المالية داخل سوق رأس المال. فهل يكون استثمار الأوراق مقتصرًا على الشخص الطبيعي أو المعنوي أم أن استثمار الأوراق المالية حق متاح لكل شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً؟ لذا كان عليه أن يوضح مثل هذه النقطة المهمة في التعريف.

كما عرف المستثمر أيضاً بأنه "أحد أطراف عقد التداول يرغب في التخلي عن ملكية أوراقه المالية مقابل الحصول على ثمن نقدي محدد، أو يرغب في تملك هذه الأوراق مقابل دفع ذلك الثمن"^(٣).

وبالنظر لقلّة التعاريف الفقهية التي أوردت بحق المستثمر في سوق رأس المال، وعدم تناولها مفهومه بالشكل المبتغى قانوناً، ونظراً للأهمية الكبرى التي يحظى بها المستثمر، كونه يمثل عصب الحياة في سوق الأوراق المالية، لا بد من الخروج بتعريف للمستثمر معتمدين بذلك على التعاريف

(١) ينظر: د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٢) ينظر: صلاح الدين شريط، دور صناديق الاستثمار في سوق الأوراق المالية دراسة تجربة جمهورية مصر العربية مع إمكانية تطبيقها في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، ص ٩٤.

(٣) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٦٧.

الفقهية والقانونية، فنعرف المستثمر بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي، وطني أم غير وطني يرغب في تداول ما يملكه من أوراق مالية بعد الحصول على ترخيص لتداولها في سوق الأوراق المالية من خلال وسيط مفوض من قبله ومجاز من قبل هيئة السوق، بغية تحقيق ربح مالي".

فبينما في فقرات هذا التعريف شخصية المستثمر التي يمكن أن تكون شخصية طبيعية أو معنوية، لعدم وجود أي نص قانوني يحصر حق تداول الأوراق المالية بالأشخاص الطبيعيين أو المعنويين؛ كما أن استثمار الأوراق في السوق لم يعد محتكراً على الوطني وإنما أصبح حقاً متاحاً للأجنبي أيضاً، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (١٢/ثانياً) التي نصت على "منح المستثمر الأجنبي والعاملين في المشاريع الاستثمارية من غير العراقيين حق الإقامة في العراق...".

ولا يجوز للمستثمر أن يتداول الأوراق المالية بصورة مطلقة في السوق، مالم تكن تلك الأوراق قابلة للتداول ولا تكون كذلك مالم يحصل المستثمر على ترخيص بتداولها في السوق من قبل إدارة السوق، وقد منعت أغلب النظم التشريعية المستثمرين من التعامل مباشرة في الأوراق المالية في سوق رأس المال، وفرضت على كل مستثمر يرغب في التصرف في أوراقه المالية أن يقوم بتفويض وسيط مرخص من قبل هيئة السوق ليتولى القيام بعملية التداول نيابة عن المستثمر، ووضحنا من خلال التعريف أعلاه الغاية التي دفعت المستثمر لاستثمار أوراقه المالية في السوق وهي تحقيق (ربح مالي).

ب-التعريف التشريعي للمستثمر: للأنظمة القانونية دور بارز في تحديد معنى المستثمر، فبالنسبة للتشريع العراقي؛ فلم يضع أي تعريف للمستثمر في قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحق به، وإنما اكتفى بالإشارة إليه في عدة نصوص قانونية ولعل أهمها نص المادة (٤/ب/ج) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ حيث أشارت إليه في الفقرة (ب) بقولها "تعتبر الأموال العائدة للمستثمر....."، وفي الفقرة (ج) التي نصت "على الوسيط أن يضمن الاتفاقية التي يبرمها مع مستثمره...." كما تناول المشرع المستثمر بالذكر في نص المادة (٥/ب) من ذات التعليمات التي نصت على أنه "يكون تفويض المستثمر خطياً...". وعند الانتقال إلى قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل نجد أنه قد عرف المستثمر في المادة (١) بأنه "تاسعاً- المستثمر الأجنبي: الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار والذي لا يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً مسجلاً في بلد أجنبي.

عاشراً- المستثمر العراقي: الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار والذي يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصاً أو شخصاً معنوياً مسجلاً في العراق"، عند التمعن في هذا النص نجد أنه قد اكتفى بالتمييز بين المستثمر العراقي وغير العراقي دون أن يعط مفهوماً واضحاً للمستثمر، كما أنه لم يبين إمكانية أن يكون المستثمر أحد أطراف عملية تداول الأوراق المالية في سوق رأس المال.

ثانياً: شروط المستثمر

بما أن المستثمر هو الركيزة الأساسية في (سوق المال)، فقد اشترطت له النظم التشريعية جملة من الشروط نوضحها على النحو الآتي:-

١- أن يكون كامل الأهلية:

يشترط لصحة عقد التداول كمال أهلية طرفيه، وعلى الرغم من أهمية المستثمر في العقد وخطورة التعامل المالي، إلا أن المشرع العراقي لم يسن له أي نص في قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحق به يبين من خلاله أهلية المستثمر، لذا يتوجب الرجوع إلى القوانين ذات الصلة.

أما بالنسبة إلى القانون التجاري فلم نجد أي نص يحدد أهلية الشخص الذي يمارس الأعمال التجارية، وإنما اكتفى بوضع نص قانوني يشترط فيه أن يكون التاجر كامل الأهلية دون أن يحدد تلك الأهلية^(١)، كما أن قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل لم يتطرق إلى أهلية

(١) ينظر: المادة (٨) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م.

المستثمر، لذا نلجأ إلى نص المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي باعتبارها قاعدة عامة حيث حددت سن الرشد بثمانى عشرة سنة كاملة. ويستثنى من نص المادة (١٠٦) الصغير المأذون الذي أكمل الخامسة عشر من عمره وحصل على إذن من قبل المحكمة لمزاولة التجارة، فهذا الشخص يعتبر كامل الأهلية بالنسبة للأعمال الداخلة في نطاق الإذن^(١). وكذلك فيما يتعلق بالصغير الذي تنتقل إليه أموال عن طريق الإرث^(٢)، والأحكام المتعلقة بكمال الأهلية تسري على الذكر والأنثى وذلك لتأثر المشرع العراقي في الشريعة الإسلامية التي تقضي باستقلال الذمة المالية للزوجين، واحتفاظ كل منهما بملكية أمواله وإدارتها بصورة مستقلة^(٣)، وشرط التمتع بالأهلية الكاملة لا يقتصر سريانه على الشخص الطبيعي وإنما تسري كذلك على الشخص المعنوي^(٤). ولعل المشرع العراقي لا ينتقد على الموقف الذي اتخذه في عدم تحديد أهلية المستثمر؛ لأن الهدف الأساس الذي دفع المشرع لتحديد أهلية طرفي العقد لحمايتهم، وطالما وفر المشرع تلك الحماية للمستثمر عن طريق منعه من تداول ما يملكه من أوراق مالية في السوق بنفسه وأوجب عليه تفويض وسيط بذلك في نص خاص في قانون سوق الأوراق المالية لذا لا تحتاج أهلية المستثمر إلى أي تفسير آخر ويفضل أن تبقى كما هي في القانون المدني.

٢- أن يكون مالكا للأوراق المالية إذا كان المستثمر (متنازلا)، وفي ذات الوقت يجب أن لا يكون ممنوعاً من تملكها إذا كان المستثمر (متنازلاً إليه): طالما أن الأوراق المالية هي أحد أنواع المنقولات فيشترط أن تكون مملوكة للمتصرف بها^(٥)، أي لا يحق للمستثمر التنازل عن ملكية الورقة المالية لأي شخص آخر ما لم يكن مالكا لها، وبما أن الأوراق المالية إما تكون سند ملكية كالأسهم أو مديونية كالسندات، فهذا يؤدي إلى اختلاف الوصف القانوني للمستثمر حسب نوع الورقة المالية الحائز لها، فيكون مساهم إذا كانت الورقة المالية التي بحوزته أسهم أو قد يكون دائن للجهة المصدرة للورقة المالية إذا كان حائزاً للسندات^(٦)، وقد تكون الورقة المالية مملوكة لأكثر من شخص إن انتقلت ملكيتها إليهم بسبب الميراث، ومن أجل تبسيط عملية تداول الأوراق المالية المشتركة جاءت بعض التشريعات بنظام جديد يطلق عليه المالك المسجل الذي عرف بتعاريف عدة أبرزها هو "الشخص الذي تودع وتفيد الورقة المالية باسمه لدى الجهة المختصة"، ومن خلال هذا النظام تسجل الورقة المالية باسم المالك المسجل الذي قد يكون شركة إدارة محافظ الأوراق المالي، أمناء الحفظ، وبنوك الإيداع، أو أي جهة أخرى يصدر بها قرار من الوزير المختص بعد أخذ رأي الهيئة، وتبقى الحقوق والمزايا للمالك المستفيدين (المستثمرين)^(٧). وقد أشار المشرع المصري إلى المالك المسجل في نص المادة (٥) من قانون الإيداع والقيد المركزي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠، حيث يساعد هذا النظام على تسهيل تداول الأوراق المالية المملوكة لأكثر من مالك لتخفيض من تكلفة تنفيذ عمليات التداول من خلال دمج أوامر المستثمرين المستفيدين وتوحيد أسعار التداول^(٨).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتطرق إلى هذا النظام، على الرغم من أهميته في تطوير نشاط الأسواق المالية، حيث يشجع هذا النظام المستثمرين الذين يشتركون في ملكية الورقة المالية الواحدة على تداولها في سوق رأس المال بعد إحاطتهم بعدد من الضمانات التي يوفرها لهم هذا النظام المتمثلة

(١) ينظر: عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ١٠٤-١٠٧.

(٣) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٤) وهذا ما نصت عليه المادة (٤/٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م. و ينظر: د. لطيف جبر كورماني، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٥) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٤، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بدون ط، سنة ٢٠٠١م، ص ٤١٩.

(٦) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٧) ينظر: دعاء عماد مشهور، المالك المسجل والمالك المستفيد في سوق الأوراق المالية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، سنة ٢٠١٦م، ص ١٥-٢٢.

(٨) ينظر: دعاء عماد مشهور، مصدر سابق، ص ٢٨.

بمساعدة الوسيط في نجاح إبرام عقد التداول؛ لأن المالك المسجل يجب أن يكون شخصاً ذا خبرة وكفاءة عالية في السوق، ومن الناحية العملية ينبغي على مالكي الورقة المالية المشتركة أن يختاروا أحدهم ليمثلهم أمام الوسيط ثم يتولى هذا الأخير بدوره إبرام وتنفيذ عملية التداول كما لو كان محل العقد ورقة مالية مملوكة لمستثمر واحد، غير أن ذلك لا يخلو من الصعوبات التي قد تواجه الوسيط فيما يتعلق بتعدد أوامر المستثمرين، لذا ندعو المشرع العراقي إلى انتهاز ذات النهج المتخذ من قبل المشرع المصري والنص على هذا النظام.

أما إذا كان المستثمر يرغب بالتعامل بالأوراق المالية بصفته (متنازلاً إليه) فيجب أن يكون غير ممنوع من التملك، فهناك أشخاص ممنوعين قانوناً من التملك وهم المحكومين بالسجن المؤبد أو المؤقت وهذا ما نصت المادة ٩٦ من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل بقولها "الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى إخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن حرمانه من الحقوق والمزايا التالية.....(٣) أن يكون عضواً في ... إحدى الشركات أو مديراً لها"^(١).

استناداً إلى هذا النص يمنع كل شخص محكوم بالسجن المؤبد أو المؤقت من تملك الأسهم؛ لأن الحاصل على الأسهم هو وحده من يتمتع بحق عضوية الشركة أو يكون مديراً لها، غير أن المشرع لم يحرم المحكوم بالسجن المؤبد أو المؤقت من الاكتتاب على السندات، على الرغم من أن اكتتابهم على السندات سيؤدي إلى إعاقة تداولها مرة أخرى، لتجنب الكثير من المستثمرين الإقدام على التعامل مع هذه الفئات للمخاوف التي تنتابهم عند التعامل معهم مما قد يؤدي إلى اضطراب نشاط سوق الأوراق المالية.

ومن الجدير بالإشارة إلى أن المشرع قد حظر كل موظف من تداول الأوراق المالية وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل بقولها "يحظر على الموظف/ ثانياً: مزاوله الأعمال التجارية وتأسيس الشركات والعضوية في مجالس إدارتها عدا أ- شراء أسهم الشركات المساهمة..."^(٢)، فنلاحظ أن المشرع في نص المادة سالفة الذكر قد حظر على الموظف مزاوله أي عمل تجاري وتأسيس الشركة والعضوية في مجالس إدارتها، ولعل السبب الذي جعل المشرع يحرم الموظف من الجمع بين الوظيفة وبين ممارسة التجارة لكون الأعمال التجارية تحتاج ممارستها إلى التفرغ التام لها وهذا يحتاج إلى جهد ووقت مما يؤثر على الأداء الوظيفي، ولم يجعل المشرع حرمان الموظف لممارسة الأعمال التجارية حرماناً مطلقاً وإنما تنفرع منه بعض الاستثناءات، ومنها شراء أسهم الشركة المساهمة.

وقد أشار البعض^(٣) إلى أن السبب الدافع من إيراد هذا الاستثناء يرجع إلى كون الشركة المساهمة من شركات الأموال وبالتالي تقل صلة المساهمين بالشركة بخلاف شركات الأشخاص، لذا لا يؤثر شراء الموظف لأسهم الشركة المساهمة على أداءه الوظيفي تبعاً لتضاؤل دور العديد من المساهمين في تسير نشاط الشركة". ولكن عند تدقيق النظر في الاستثناء أعلاه يمكن القول أن سبب استثناء المشرع لشراء أسهم الشركة المساهمة من الحظر، قد يرجع إلى أن الشركة المساهمة هي الشركة الوحيدة التي تتمتع بحق الاكتتاب العام^(٤)، وليس لكونها من شركات الأموال، فلو كان الأمر كذلك لاستثنى المشرع شراء أسهم الشركة المحدودة، فهي أيضاً تعد من شركات الأموال، وغالباً ما يطرح الاكتتاب العام في الأسواق المالية للتشجيع من جهة أخرى شراء الموظف لأسهم الشركة المساهمة لا يؤثر على أداءه الوظيفي لكونه لا يقوم بشراء مثل تلك الأسهم بنفسه وإنما يلزم بتفويض وسيط ينوب عنه في شراء تلك الأسهم لكونها معروضة للاكتتاب العام في البورصة، وعليه يمكن القول أن الموظف يتمتع بحق تداول

(١) ينظر: المادة (٩٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.

(٢) ينظر: المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة العراقية رقم (١٤) لسنة ١٩٩١م.

(٣) ينظر: استاذانا الدكتور باسم محمد صالح، د. عدنان ولي العزاوي، مصدر سابق، ص ١١٦.

(٤) ينظر: د. لطيف جبر كومان، مصدر سابق، ص ١٤٤، وقد بين المشرع العراقي أن الشركات المساهمة هي الشركة الوحيدة التي تتمتع بحق الاكتتاب العام ينظر: المادة (٣٨) من قانون الشركات النافذ.

الأسهم والسندات في سوق المال. كما أن شراء الموظف لأسهم الشركة المساهمة يكون من أجل الادخار وبالتالي لا يعتبر عملاً تجارياً^(١).

كما حصرت بعض التشريعات تملك الأوراق المالية لحاملي جنسيتها، حيث كانت ترى في الأجنبي شخصاً غريباً غير مرحب به لذا لم تنظم عملية تداول الأجنبي للأوراق المالية داخل البورصة ومن هذه القوانين، القانون الكويتي الذي لم يسمح لأي شخص لا يحمل الجنسية الكويتية بتداول الأوراق المالية حتى صدر المرسوم رقم (٣٣) لسنة ١٩٨٨^(٢). أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد اختلفت معالجته حسب القوانين^(٣) وكانت على شكل مراحل، فبالنسبة الى قانون سوق بغداد الملغي و على الرغم من عدم نصه بشكل صريح على حظر الأجنبي من تداول الأوراق المالية، ألا أن هناك نصوص قد يفهم منها و بشكل غير مباشر إلى منع أي أجنبي من تداول الأوراق المالية و استثمارها^(٤).

ولكن بعد إلغاء قانون سوق بغداد بدأ سوق الأوراق المالية العراقي بفتح أبوابه أمام المستثمرين الأجانب^(٥)، وذلك بعد صدور قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل حيث نصت المادة (١١/ثانياً) منه على " يحق للمستثمر الأجنبي التداول في سوق العراق للأوراق المالية بالأسهم والسندات المدرجة فيه واكتساب العضوية في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة... (ب) تكوين المحافظ الاستثمارية في الأسهم والسندات"^(٦).

إن هذه المادة تمثل إشارة صريحة ومباشرة من قبل المشرع للاستثمار الأجنبي، حيث سمح فيها لأي شخص غير عراقي بتداول الأسهم والسندات داخل سوق الأوراق المالية، ولكن ما يؤخذ على هذا التوجه أن المشرع العراقي قد حصر حق الأجنبي في تداول الأوراق المالية بنوعين فقط وهما الأسهم والسندات ولم يتطرق إلى الأنواع الأخرى، ولعل السبب الذي أدى بالمشرع إلى الاكتفاء بذكر الأسهم والسندات دون غيرها من الأوراق المالية كونها النوع الوحيد القابل للتداول في سوق الأوراق المالية العراقي، لذا لا يجوز لغير العراقي وفقاً للنص الوارد أعلاه ان يتداول في سوق رأس المال أوراق مالية أخرى غير الأسهم والسندات المدرجة فيه.

أما بالنسبة إلى قانون سوق الأوراق المالية النافذ فأن المشرع لم يتناول حق المستثمر غير العراقي في تداول الأوراق المالية، حتى صدور تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠ حيث سمح المشرع للأجنبي الدخول لتداول الأوراق المالية. ووفقاً لما تقدم يتضح أن المشرع قد أعطى للمستثمر الأجنبي الحق في تداول ما يملكه من أوراق مالية (أسهم، سندات) في سوق رأس المال.

(١) ينظر: استاذانا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٢) وقد سمح المرسوم رقم (٣٣) لسنة ١٩٨٨م لمواطني دول مجلس التعاون الخليجي بالاستثمار في أسهم الشركات الكويتية كذلك الحال بالنسبة للمشرع السعودي الذي لم يسمح لغير المواطن السعودي ومواطني دول مجلس التعاون الخليجي من تداول الأوراق المالية حتى طرح البنك السعودي الأمريكي صندوقاً للاستثمار في الشركات السعودية في عام ١٩٩٧م عندما سمح للأجانب باستثمار أسهم الشركات السعودية ينظر. د. عماد صلاح سلام، إدارة الأزمات في بورصات الأوراق المالية العربية والعالمية المتواصلة، بدون دار نشر، بدون ط، سنة ٢٠٠٩م، ص ١٥٨-٢٠٠.

(٣) جدير بالإشارة الى ان قانون السيطرة على اسهم الشركات النفطية رقم (١٩) لسنة ١٩٤١ النافذ تناول تداول الاسهم وعالج بعض المواضيع المتعلقة بالمستثمرين إلا انه يختص بعملية تداول الاسهم خارج سوق الاوراق المالية وهذه الدراسة تقتصر على التداول داخل السوق

(٤) اشترط المشرع العراقي في قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (٢٤) لسنة ١٩٩١م في المادة (١٢) أن يكون الوسيط عراقي الجنسية ومن خلال هذا الشرط يمكن القول أن المستثمر كذلك يجب أن يكون عراقي الجنسية فهو لا يقل أهمية عن الوسيط فمن باب أولى أن يمنع الأجنبي من الاستثمار لاسيما مع اجواء فرض الحصار الاقتصادي واقتصار العمل التجاري على العراقيين فقط.

(٥) عرف المشرع العراقي المستثمر الأجنبي في المادة (١/تاسعاً) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م المعدل بأنه " الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي أو المسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً" وقد عرفت هذه المادة المستثمر العراقي في الفقرة (عاشراً) بأنه " هو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في العراق إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً"

(٦) ينظر: المادة (٢/١١) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م المعدل.

٣- أن لا تتجاوز ملكية المستثمر الحد الأعلى المقرر قانوناً إن الأوراق المالية المقيدة في (سوق المال) تعد حق مشروع لكل شخص عراقي أو غير عراقي تملكها وذلك بحسب النظام السائد في سوق رأس المال، بيد أن حرية التملك هذه غير مطلقة وإنما قيدتها القوانين بحدود معينة، فعلى سبيل المثال أوجب المشرع المصري على المستثمر أن لا تتجاوز ملكيته من الأوراق المالية ١٠% من الأسهم الإسمية لرأس مال الشركة، وإذا أراد أن يحصل على أوراق مالية وأدى حصوله عليها إلى تجاوز الحد المقرر قانوناً وجب عليه أن يخطر الشركة قبل إبرام العقد بأسبوعين يبين في إخطاره نسبة ما يملكه في رأس مال الشركة وعدد ونوع الأسهم التي يرغب باقتنائها حتى تتولى الشركة خلال أسبوع من تاريخ إخطارها تبليغ كل مساهم يملك ما لا يقل ١% من رأس مال الشركة وكذلك إخطار سوق الأوراق المالية وعند عدم قيام المستثمر بالإجراءات المحددة قانوناً فرض عليه المشرع إلغاء الصفقة كجزاء لعدم اتخاذ الإجراءات السابقة^(١).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فموقفه يختلف حسب صفة المستثمر، فيما إذا كان متحالف أم غير متحالف وعرفت القسم (١٠)(١) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ الأشخاص المتحالفين بأنهم "شخصان أو أكثر يعملون سوياً لغرض حمل أو ممارسة سيطرة عملية على شؤون الشركة ولكن في كل الحالات وعلى الأقل يجب أن يكونوا أشخاص ذو صلة قرابة..."، أما المستثمر غير المتحالف فلم يضع المشرع العراقي تعريفاً له ولكن من خلال النص أعلاه يمكن أن نحدد معنى المستثمر غير المتحالف فهو كل شخص يعمل بصورة مستقلة من غيره من المستثمرين، فإذا كان المستثمر غير متحالف فهو غير مقيد بتملك نسبة معينة من الأوراق المالية، لعدم وجود نص في القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به تلزمه بصورة عامة من تملك كمية محددة من الأوراق المالية.

أما بخصوص المستثمر المتحالف الذي يملك أو يرغب بالحصول على ١٠% أو أكثر من الأسهم المطروحة لأغراض التجارة فيلزم بإشعار (سوق المال) أو الهيئة تحريراً أو إشعارهم في حالة حصول زيادة في هذه النسبة، وعليه أن يكتب تقريراً عن أي انخفاض في الملكية تقل عن ٨%، وقد فسر المشرع تصرف الشخص أو الأشخاص المتحالفين إذا حصلوا على أكثر من ٣٠% من أسهم شركة مساهمة للأوراق المالية بأن تصرفهم هذا غير قانوني^(٢).

هذا بالنسبة لقانون سوق الأوراق المالية، أما بخصوص قانون الشركات فقد اقتصر حظر المشرع على مساهمي شركة الاستثمار^(٣)، فحظر كل مساهم فيها سواء كان طبيعياً أو معنوياً من أن تزيد نسبة مساهمته في شركة الاستثمار على (٥%) من رأس مال الشركة^(٤).

ويبرر بعض الكتاب^(٥) هذا الحظر الخاص بشركة الاستثمار دون غيرها من الشركات، لأن وظيفة هذه الشركة هي تجميع أموال المساهمين واستثمارها في مختلف المجالات، فمن الطبيعي أن تتزايد نسبة مساهمتهم في شركة الاستثمار، وهذا ما دعا المشرع العراقي إلى حظر مساهمتها ليسهل على هذه الشركة أن تفرض سيطرتها على باقي الشركات لامتلاك مساهمتها رؤوس أموال طائلة ومن أجل تفادي سيطرتها على باقي الشركات جعل المشرع يخصها بالحظر. إلا أنه يمكن القول، تعقياً على الراي المتقدم، بأن هدف العملي للمشرع من الحظر هو من أجل منح الحرية لشركة الاستثمار كي تستثمر أموال المدخرين بدون أن تخضع لإرادة الفئة المسيطرة عليها من المساهمين في توجيه قراراتها الوجهة التي تخدم مصالحهم وتوجهاتهم. وبذلك يتضح أن المشرع العراقي قد اتخذ منهجاً مختلفاً تماماً

(١) ينظر: المادة (٨) من قانون سوق المال المصري والمادة (٥٩) من لائحته التنفيذية.

(٢) ينظر: المادة (٢،٣) من القسم العاشر من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٣) عرف قانون الشركات النافذ في المادة (٩/أولاً) شركة الاستثمار بأنها "شركة منظمة في العراق نشاطها الرئيسي فيه هو توجيه المدخرات نحو الاستثمار في الأوراق المالية العراقية بما في ذلك الأسهم والسندات وحوالات الخزينة والودائع الثابتة".

(٤) ينظر: المادة (٣٢/ثانياً) من قانون الشركات العراقي.

(٥) ينظر: علي فوزي الموسوي، النظام القانوني لإدارة ومحافظ الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٤٣١.

عن المشرع المصري، الذي لم يقيد الحظر بفئات معينة من المستثمرين، بخلاف المشرع العراقي الذي اشترط أن يكون المستثمر المحظور (متحالف).

رابعاً: فتح حساب تداول لدى الوسيط المالي

لكي يتسنى لمركز الإيداع القيام بعملية التقاص والتسوية ينبغي على المستثمر أن يفتح حساب تداول خاص به لدى أحد الوسطاء، ولا يجوز فتح أكثر من حساب لدى الوسيط الواحد حسب ما أشارت إليه المادة (١٠) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة لسنة ٢٠٠٧ التي نصت على " أ- على الشخص الذي يرغب بالتداول بالأوراق المالية المدرجة في السوق فتح حساب تداول خاص به لدى أحد الوسطاء. ب- لا يجوز فتح أكثر من حساب واحد لكل مستثمر لدى الوسيط الواحد إلا أنه يجوز للمستثمر فتح حساب تداول مع أكثر من وسيط. ج- يقوم الوسيط بفتح حسابات التداول لعملائه على أنظمة السوق الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض. د- لا يجوز فتح حساب تداول لأي شخص ما لم يكن ذلك الشخص قد حصل على رقم المستثمر " وهذه الحسابات إما تكون مستقلة حيث يتم فتحها باسم واحد فقط طبيعي أو معنوي أو قد يكون حساب التداول مشترك بين أكثر من شخص، ولا يجوز فتح حساب باسم ورثة المتوفي إلا لغاية بيع الأوراق المالية المسجلة باسم المتوفي فقط.

نخلص مما تقدم إلى أن المستثمر هو طرف مباشر في عقد التداول، ومن أجل حمايته من أي خساره قد تلحق به من جهة، ولضمان التنفيذ السليم لإجراءات التعاقد والتي هي بمستوى من التعقيد لا يمكن أن يلم بها ويؤديها بالشكل الصحيح إلا الوسطاء كونهم يملكون خبرة وكفاءة عالية في فهم أوضاع السوق وكيفية التعامل مع متغيراته من جهة أخرى، لذلك منعت أغلبية النظم القانونية من التعامل بالأوراق المالية بشكل مباشر وفرضت عليه تفويض وسيط ينوب عنه للقيام بعملية التداول في السوق باسم الوسيط ولحسابه الخاص.

ويمثل المستثمر الحجر الأساس الذي يستند عليه وجود سوق الأوراق المالية، لأن رغبة المستثمر من عدمها في تداول ما يملكه من أوراق مالية لها تأثير على استمرار سوق رأس المال، حيث أن مجرد إعراض المستثمر عن الاستثمار يؤدي إلى انعدام التداول الذي يمثل القلب النابض للسوق. ونظراً لهذه الأهمية التي يتميز بها المستثمر شجعت أغلبية النظم التشريعية المستثمر الأجنبي على استثمار ما يملكه من أوراق مالية في الأسواق الوطنية، ومن تلك النظم التشريع العراقي الذي سمح للمستثمرين من غير العراقيين استثمار أوراقهم المالية. ويلتزم المستثمر بالأحكام الواردة في قانون السوق والأنظمة والتعليمات الملحقه به كافة بالإضافة إلى التزامه بما جاء في قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل كون المستثمر يعتبر مقتنياً لاسهم إحدى شركات المساهمة المدرجة في السوق.

الفرع الثاني

الوسيط

تعتبر عملية تداول الأوراق المالية من العمليات المعقدة التي تحتاج إلى خبرة اقتصادية وفنية عالية، وفي الغالب لا تتوفر مثل هذه الصفات بالمستثمرين، ومن أجل حمايتهم من مخاطر الخسارة التي قد تلحق بهم حصرت بعض القوانين إبرام عقد التداول وتنفيذه بالوسطاء الذين تتوفر لديهم الخبرة والكفاءة العالية بأمور السوق وبالأخص بالمعلومات التي تعلن عنها الجهات المصدرة للأوراق المالية. إذ يقوم الوسطاء بتحليل مثل هذه المعلومات وتوضيحها للمستثمرين. لذا يعتبر الوسيط الحلقة الأساس في عقد التداول وللإحاطة بكل جوانبه لابد من بيان من هو الوسيط، ومن هم الأشخاص المخولين قانوناً بممارسة مهنة الوساطة، وما هي شروط الوسيط على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الوسيط

تعددت التعاريف الفقهية التي حاولت بيان المقصود بالوسيط، وأبرزها بأنه " شخص ذو دراية وكفاءة في شؤون الأوراق المالية في بورصة الأوراق المالية في المواعيد الرسمية يقوم بعقد عمليات

بيع وشراء الأوراق المالية وذلك لحساب الزبائن مقابل عمولة ويعتبر مسؤولاً وضامناً لصحة كل عملية^(١).

يلاحظ على هذا التعريف أنه أشار إلى الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الوسيط وهي الدراية والكفاءة في شؤون الأوراق المالية، ومن ثم انتقل إلى تحديد عمل الوسيط المتبلور في تداول الأوراق المالية، ولكن ما يؤخذ على التعريف أنه لم يحدد الوسيط هل هو شخص طبيعي أم معنوي؟ وهناك من يعرفه بأنه "الشخص المعنوي المرخص له الذي يتولى عملية الوساطة في نقل ملكية الأوراق المالية باسم ولحساب العميل من خلال البورصة وفي المواعيد الرسمية مقابل عمولة محددة والمتخذة شكل شركة المساهمة أو التوصية بالأسهم ويكون ضامناً لصحة العملية"^(٢). فبين التعريف المتقدم أن الوسيط يجب أن يكون شخص معنوي أي لا يجوز للشخص الطبيعي أن يكون وسيطاً كما وضح بأن الوسيط يشترط فيه أن يكون حاصلاً على ترخيص لمزاولة مهنة الوساطة، ألا أنه لم يحدد الجهة التي تمنحه هذا الترخيص كما أنه حصر ممارسة الوساطة بالشركة المساهمة والتوصية ولم يذكر المصارف التي تعد من الجهات التي يحق لها ممارسة الوساطة.

في حين عرفه كاتب آخر بأنه "وسطاء يتوسطون في بيع وشراء الأوراق المالية لحساب الغير"^(٣) لم يسلم هذا التعريف كغيره من النقد، لكونه اقتصر على بيان الدور الأساس الذي يقوم به الوسيط وهو تداول الأوراق المالية ولم يحدد شخصية الوسيط هل هي طبيعية أو معنوية، كما أنه استخدم ألفاظ لا تتصف بالدقة والوضوح كلفظ (الغير) والتي قد يقصد بها المستثمر وهو بالتأكيد ليس من الغير بل متعاقد.

وعرف أيضاً بأنه "شخص معنوي مرخص له من قبل البورصة يتولى عملية بيع وشراء الأوراق المالية لصالح المستثمر مقابل عمولة محددة"^(٤)، وقد يكون هذا التعريف أفضل من سابقه كونه أعطى معنى دقيق وواضح للوسيط، فبين بأن الوسيط يجب أن يكون شخصاً معنوياً ومرخصاً من قبل السوق، كما أنه يتعامل بالأوراق المالية لصالح المستثمر ويتلقى عمولة مقابل عمله هذا.

ولأهمية دور الوسيط في تداول الأوراق المالية اتجهت أغلب التشريعات لبيان مفهومه والتزاماته، إلا أنها قد اختلفت في تسميته، فبعضها اصطاحت عليه لفظ (الدلال) ومنها قانون سوق الأوراق المالية البحريني رقم (٤) لسنة ١٩٨٧، في حين أطلق عليه المشرع المصري لفظ (السمسار) في المادة (٢٧). أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أطلق عليه (بمقدم خدمات الاستثمار) وأكد على وجوب تدخله في تداول الأوراق المالية المقيدة في السوق المنظم داخل الإقليم الفرنسي بموجب المادة (L. 531-1) من قانون (Code monétaire et financier) رقم (١٢٢٣) لسنة (٢٠٠٠)^(٥)، بينما أطلقت عليه عليه أغلبية التشريعات (الوسيط) ومنها المشرع العراقي في قانون سوق بغداد للأوراق المالية الملغي في المادة (٧/١)، و قانون سوق الأوراق المالية لعراقي النافذ في القسم (١)(١٠)، وكذلك المشرع الأردني أطلق عليه تسمية الوسيط في قانون الأوراق المالية الأردني رقم (١) وكذلك القانون الكويتي

(١) ينظر: د. محمد يوسف ياسين، البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٠٣.

(٢) ينظر: د. صالح راشد الحمراي، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٣) ينظر: د. عبد الفضيل أحمد، بورصات الأوراق المالية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصور، العدد الرابع، سنة ١٩٨٨م، ص ٥٥.

(٤) ينظر: د. ريان هشام حمدون، التنظيم القانوني للتداول الإلكتروني للأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، الإسكندرية، سنة ٢٠١٣م، ص ٧٦١.

(٥) نقلاً عن د. ماهر مصطفى محمود إمام، النظام القانوني لشركات السمسرة في الأوراق المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، سنة ٢٠٠٨م، ص ٣٣.

Yannis V. Avgerinos, Regulating and Supervising Investment Services in the European Union, Springer, New Yurok, 2003, pp. 112-114.

ينظر الموقع ادناه الذي يتضمن نص القانون المشار اليه اعلاه

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026>

في المادة (١) لسنة ٢٠١٠، ومن جانبنا نفضل أن يسمى الشخص الذي يتولى تداول الأوراق المالية في السوق لصالح مستثمره بالوسيط، لكون هذه التسمية تتسجم مع طبيعة عملة المتجسدة بتوسطه بين المستثمرين في البورصة.

أما بخصوص تعريف الوسيط فقد كان محل اهتمام الأنظمة القانونية كما ذكرنا، ومن تلك القوانين التي عرفت الوسيط قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ في المادة الثانية بأنه "الشخص الذي يمارس شراء الأوراق المالية وبيعها لحساب الغير"

وعند التدقيق بالنص أعلاه يتضح أن المشرع الأردني لم يحدد الوسيط هل هو شخص طبيعي أم معنوي؟ كما تطرق إلى العمل الذي يمارسه وهو تداول الأوراق المالية، وقد ذكر كلمة (الغير) ولعله أراد من وضع هذه الكلمة للإشارة إلى أنه لا يجوز للوسيط أن يتداول الأوراق المالية لحسابه الخاص وإنما لحساب الغير والتي قصد به (المستثمر). وعند مراجعة التشريع المصري لم نجد فيه أي تعريف للوسيط.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد عرفه في قانون سوق بغداد للأوراق المالية الملغي في المادة (١) ٧/ بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يجاز من المجلس لممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية" ان الظاهر من هذا النص يبين بأن المشرع سمح لكل شخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً بأن يكون وسيطاً في سوق الأوراق المالية، وقد تأثر المشرع العراقي في قانون سوق بغداد للأوراق المالية بالمشرع المصري الذي لم يشترط في بداية تنظيمه لعقد التداول أن يكون الوسيط شخصاً معنوياً، وإنما سمح لكل شخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً بأن يكون وسيطاً، واستمر الوضع على هذه الحالة حتى صدر قانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ حيث اشترط بأن يكون الوسيط أو ما يطلق عليه بالسمسار شخصاً معنوياً، وبالأخص أن يكون شركة أموال (مساهمة أو توصية) بالأسهم، وفي ذات الوقت أكد على احتكار عمل الوساطة بهذه الشركات^(١).

ولم يدرك المشرع في القانون أعلاه وفي بداية تنظيمه لعمل الوسيط خطورة المهنة التي يمارسها الوسيط لذا منح الحق للشخص الطبيعي بأن يكون وسيطاً، ألا أنه وبعد إلغاء قانون سوق بغداد حصر المشرع ممارسة الوساطة بالأشخاص المعنويين فقط، وهذا ما أشارت إليه القسم (٥)(١) من قانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية " ١- يكون الوسيط المخول للعمل في سوق الأوراق المالية واحداً مما يأتي : (أ) مصرف مخول بموجب قانون المصارف ، من ضمنها المصارف الأجنبية ، التابعة والفرعية للاشتراك في التعامل بالسندات في العراق . ب) شركة انشأت وفقاً لقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ او قوانينه اللاحقة وتعديلاته وتكون متخصصة في النشاطات المتعلقة بتداول السندات او ادارة استثمارات او عمل استشارات استثمارية . والتي يكون مديرها المخول مستوفياً للشروط المنصوص عليها في القسم (٥) (٢) ج) شركة انشأت بموجب قانون معين وتكون متخصصة في النشاطات المتعلقة بتداول السندات او ادارة استثمارات او عمل استشارات استثمارية على ان يكون مديرها المخول مستوفياً للشروط الواردة في القسم ٥ "

ثانياً: الأشخاص المخولون قانوناً بممارسة الوساطة:

بالرجوع إلى القسم الخامس من نفس القانون نجد بأن المشرع قد حدد الأشخاص المخولين قانوناً بممارسة مهنة الوساطة حيث نصت المادة (١) من قانون المؤقت لسوق الأوراق المالية يجب أن يكون الوسيط المخول للعمل في سوق الأوراق المالية واحداً مما يلي: أ-مصرف مخول بموجب قانون المصارف، من ضمنها المصارف الأجنبية، التابعة والفرعية للتعامل في عمليات السندات في العراق. ب-شركة أنشأت وفقاً لقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل أو قوانينه اللاحقة وتعديلاته وتكون متخصصة في نشاطات الوساطة للسندات، إدارة استثمارات واستشارات استثمارية. والذي يدير مباشرة (أو موظف مكافئ أو مدير) يلبي الشروط الواردة في القسم (٥) (٢) أعلاه. ج-شركة أنشأت بموجب قانون ذو صلة وتكون متخصصة في نشاطات الوساطة للسندات، إدارة استثمارات واستشارات استثمارية، وينفذ مديرها المخول الشروط التي وضعت في القسم (٥) فقرة (٢) أعلاه.

(١) ينظر: د. محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٠-٣٢.

والملاحظ على النص أعلاه أن المشرع أوجب أن يكون الوسيط شخصاً معنوياً، بعد أن كان يسمح للشخص الطبيعي بأن يكون وسيطاً، غير أنه حظر في القانون المؤقت على الأشخاص الطبيعيين ممارسة مهنة الوساطة ولعل أهم تلك الأسباب هي عدم قدرة الأشخاص الطبيعيين على الوفاء بالالتزامات التي فرضها القانون على الوسيط، والتي يسهل على الأشخاص المعنوية القيام بها لامتلاكها إمكانيات مالية وبشرية تمكنها من ممارسة هذه المهنة بالشكل الذي يضمن نجاح الوسيط في تداول الأوراق المالية.

وعند النظر لنص المادة العاشرة السابق ذكرها يمكن ملاحظة أن هذا النص قد يتصف بعدم الوضوح في بعض فقراته، ويمكن تلمس ذلك في ذكر المشرع أهم واجبات الوسيط وهي (التعامل في معاملات السندات)، والسندات هي أحد أنواع الأوراق المالية، بيد أنها ليست الورقة المالية الوحيدة القابلة للتداول^(١)، فلعل المشرع أراد من ذكر كلمة (السندات) كتعبير مجازي يشمل سندات القرض والأسهم، فكان الأحرى استخدام عبارات أكثر وضوحاً ودقة، لبيان أن مهمة الوسيط تشمل التوسط في جميع أنواع الأوراق المالية القابلة للتداول في سوق رأس المال، دون أن تكون قاصرة على نوع واحد. وعند الرجوع إلى القسم (٥)(١) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي التي تعد توضيح لبعض عبارات نص المادة (١٠) السابق ذكرها، نجد أنها بينت بأن الوسيط هو شخص معنوي، لأن هذه المادة لا تعدو أن تكون مجرد تعداد، واردة على سبيل الحصر للأشخاص المخولين قانوناً بممارسة مهنة الوساطة، ولا نجد من بينهم أي إشارة للشخص الطبيعي وإنما حصرت ممارسة الوساطة بالمصارف سواء كانت عراقية أم أجنبية^(٢)، ثم أشارت إلى الشركات، إلا أنها لم تحدد أي نوع من الشركات التي يحق لها أن تكون وسيطاً، وإنما جاءت العبارة مطلقة دون أن يبين أن شركة الوساطة ينبغي أن تكون شركة مساهمة، ثم أشار إلى أنه " أي شركة أنشأت بموجب قانون ذي صلة يحق لها أن تكون وسيطاً"، ولم يوضح ما المقصود بالقانون ذي الصلة. ومثل هذه الشركات ليس لها وجود أساساً في العراق. فنص هذه المادة أيضاً بحاجة إلى توضيح.

ومما تقدم يمكن القول أن تداول الأوراق المالية لا يمكن أن يتم مباشرة بين المستثمرين، وإنما يجب تفويض وسيط للقيام بإبرام العقد وتنفيذه، وإلا عد هذا العقد باطلاً، على الرغم أن المشرع العراقي لم يبين بشكل صريح ومباشر الأثر المترتب على إبرام عقد التداول مباشرة دون تدخل الوسيط، وإنما اكتفى بوضع نص عام أعطى فيه لسوق الأوراق المالية سلطة إبطال التعاملات المخالفة لقانون أو قواعد السوق أو الهيئة، وهذا ما نصت عليه القسم (٣)(٤) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي بقولها " تكون هناك سلطة لسوق الأوراق المالية لإبطال أي تعامل في السندات في السوق مخالفاً لهذا القانون وقواعد السوق أو قواعد الهيئة".

وعند التمعن في النص أعلاه نلاحظ أن المشرع قد أشار إلى إبطال عقد التداول المبرم بشكل مخالف للقانون وقواعد السوق أو الهيئة وان القسم (١٢) قد أشار إلى مراجعة إدارة السوق للطعن بالقرارات، ألا أنه لم يحدد من هي الجهة المخولة قانوناً بالإبطال هل هي الهيئة العامة؟ أم مجلس المحافظين؟ بالإضافة إلى أن النص لم يستخدم عبارات واضحة وصريحة تبين بأن سوق الأوراق المالية ملزم بإبطال مثل تلك التعاملات.

(١) ينظر: المادة (١٠) من القسم الأول من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٢) من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية في العراق وفتح الباب أمام المستثمرين الأجانب لتشجيعهم على الاستثمار في البورصة أجاز المشرع العراقي للأجانب الدخول إلى سوق المال ليس بصفتهم مستثمرين فقط وإنما منحهم الحق في أن يكونوا وسطاء وقد حصر مهنة الوسطاء بالنسبة للأجانب في نطاق ضيق. لأنه أتاح للمصارف فقط بأن تكون وسيطاً دون أن يعطي الحق لأي شركة أجنبية بممارسة الوساطة ويرجع السبب في إعطاء المشرع العراقي الحق للأجانب لممارسة الوساطة في الأسواق المالية لتحقيق الاستثمار غير المباشر. ويتعلق هذا النوع من الاستثمار بتداول الأوراق المالية التي تصدرها الشركات الحكومية أو غير الحكومية دون أن يكون للأجنبي الحق في إدارة المشروع ولو كان بصفته كشريك للوطني. ينظر: د. سميرة عبد الله مصطفى، الاستثمار الأجنبي غير المباشر في سوق الأوراق المالية العراقي دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الرابع، العدد ١٥، الجزء الثاني، سنة ٢٠١٥م، ص ٤٩.

وإن احتكار الوسطاء لمهنة الوساطة ليس مطلقاً وإنما توجد عليه بعض الاستثناءات^(١) إذ أجازت بعض الأنظمة القانونية إبرام عقد التداول مباشرة دون حاجة لتدخل أي وسيط في ذلك^(٢) وهذا ما أشار إليه قانون سوق الأوراق المالية العراقي في القسم (٣)(ج) بقوله "لا ينطبق القيد الوارد في الفقرة الفرعية (ب) الفقرة (٣) القسم (٣) على: ١- الاشتراك العام للسندات عند إصدارها شريطة أن يكون هنالك توافق مع الفقرات المشترطة من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل وأية قوانين لاحقة أو تعديلات وقواعد الهيئة. ٢- المناقلة عن طريق الهبة إلى الأقارب من الدرجة الثانية (الأبوين/ الأباوين للزوجة أو الزوج/ الأخوة وللأخوات/ أخوة وأخوات الزوج أو الزوجة، الأبناء) أو نقلها بالميراث أو بأمر من المحكمة. ٣- لا يطبق القيد الوارد في الفقرة الفرعية (ب) الفقرة (٣) القسم (٣) على إصدار السندات الحكومية شريطة أن يكون هنالك توافق مع قواعد البنك المركزي ووزارة المالية.

وبذلك يتضح أن المشرع سائر بعض التشريعات المقارنة^(٣) التي جعلت من إلزامية تدخل الوسيط في تداول الأوراق المالية ترد عليه جملة من الاستثناءات، فنستنتج من نص المادة (٣) السابق ذكرها بأن تلك الاستثناءات الذي ذكرها المشرع واردة على سبيل الحصر وليس المثال، لأن ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

وقد استثنى المشرع العراقي المناقلة التي تتم عن طريق الهبة أو الميراث حتى الدرجة الثانية من تدخل الوسطاء فنلاحظ أن هذا الاستثناء الذي ذكره المشرع ضيق جداً، مقارنة مع ما ذكره المشرع الأردني الذي جعل أي عملية (بيع أو شراء أو هبة أو إرث) تتم بين الزوجين أو الأقارب إلى الدرجة الثالثة مستثناة من تدخل الوسطاء، أما في التشريع العراقي فقد اقتصر الاستثناء على الهبة والميراث فقط وحدده إلى الدرجة الثانية.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في الوسيط

إن التشريعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية قد اشترطت جملة من الشروط يجب أن تتوافر (بالوسيط) ليحق له التعامل بالأوراق المالية نيابة عن المستثمر، ومن أهم هذه الشروط:-
١- أن يكون الوسيط شخصاً معنوياً (مصرف أو شركة مساهمة)^(٤)، ويبرر بعض الفقهاء^(٥) هذا الشرط بما يتحلى به من إمكانيات المالية والفنية التي تتمتع بها الشخصية المعنوية على خلاف الأشخاص الطبيعيين الذين قد لا تتوافر لديهم الإمكانيات المادية والمعرفة الكافية بعملية التداول، من جانب آخر تتسم

(١) استثنى النظام الداخلي لسوق عمان الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ في المادة (٦٦) تدخل الوسطاء عند إبرام عقد التداول في حالات عدة وهي "١- عمليات البنك المركزي لحماية الأوراق المالية الحكومية أو المكفولة من الدولة. ٢- عمليات تداول الأوراق المالية الأردنية في مرحلة الاكتتاب الأولى بما في ذلك الاكتتاب العام عند زيادة رأس المال من قبل الشركات المساهمة أو الإصدار الأولي للإنسان الحكومية أو المكفولة من الدولة. ٣- عمليات تداول الأوراق المالية التي تتم ما بين الزوجين وما بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة. ٤- عمليات التحويل التي تتم خارج حدود المملكة. ٥- عمليات التحويل الارثي. ٦- أية عملية أخرى ترى اللجنة استثناءها من التداول داخل القاعة وفقاً للحالات التي تراها مناسبة.

(٢) وضع قانون تحديث الخدمات المالية الفرنسية على مبدأ احتكار الوسيط لتوسطه في عقد التداول بعض الاستثناءات وهذه الاستثناءات مقتصرة فقط على العقد المبرم بين الأشخاص المعنوية وهذا ما نصت عليه المادة (٤٣- ١١) من قانون تحديث الخدمات المالية الصادر في ٢ تموز سنة ١٩٩٦ فقد حصر الاستثناءات في نقاط عدة وهي ١- التنازل بين شركتين تمتلك إحداهما ٢٠% من رأس مال الأخرى ٢- التنازل بين شخص معنوي ليس بشركة وبين شركة عندما يمتلك الشخص المعنوي ٢٠% من رأس مال الشركة. ٣- التنازل بين شركات التأمين مملوكة من ذات المجموعة. ٤- التنازل بين أشخاص معنويين وأجهزة تعاقدية أو شركات تعاونية يتولون هم إدارتها. نقلاً عن د. فاروق أبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٣) ومن هذه القوانين التي تناولت الاستثناءات بالذكر المشرع الأردني الذي تأثر به المشرع العراقي بوضعه للعديد من الاستثناءات في قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٤) ينظر: المادة (١) من القسم الخامس من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٥) ينظر: د. علاء الدين أحمد جبر، مصدر سابق، ص ٢٧٦، د. مصطفى كمال طه في مؤلف مشترك مع د. شريف مصطفى كمال طه، بورصات الأوراق المالية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٩م، ص ٨٤-٨٥.

الشخصية المعنوية بطول فترة حياتها لعدم ارتباطها بوجود أحد أعضائها، في حين قد يتعرض الشخص الطبيعي للإفلاس أو الوفاة الذي من شأنه أن يحول دون استمرارية قيامه بمهنة الوساطة.

٢- ينبغي أن يكون الوسيط عضواً في سوق الأوراق المالية، وهذا ما نصت عليه القسم (٥)(٥)(أ) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤: " يجب أن يكون الوسيط حاصلاً على عضوية السوق ". غير أن النص لم يبين كيفية الحصول على العضوية، ومن هي الجهة التي تمنحها؟ وقد جرى العمل في العراق على تقديم الشخص الراغب بممارسة مهنة الوساطة في السوق طلباً إلى مجلس المحافظين، الذي بدوره يقرر قبوله أو رفضه بحسب حاجة السوق إلى الوسطاء وكمية الأوراق المالية المتداولة^(١)، وهذا ما أكدت عليه الدفوع التي أدلى بها وكيل المدير المفوض (س. ق. م) في الدعوى المقامة عليه أمام محكمة بداءة الكراة من قبل مصرف البلاد الإسلامي وملخص هذه الدعوى أن مصرف البلاد الإسلامي قدم طلباً بتاريخ ٣١ / ٣ / ٢٠٠٩ إلى مجلس المحافظين في سوق الأوراق المالية العراقي لمنحه إجازة لممارسة الوساطة في (سوق المال)، ولكن رفض المجلس منح المصرف إجازة مستنداً في رفضه هذا أن السوق ليس بحاجة إلى الوسطاء؛ وذلك لاكتفائه بالوسطاء الموجودين داخل البورصة، والمجلس هو صاحب القرار في منح الإجازة حسب حاجة السوق لذلك في ظل غياب الإلزام القانوني واستند المصرف في طلبه المقدم إلى المحكمة إلى قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) حيث أجاز للمصارف تداول الأوراق المالية لحسابها الخاص أو لحساب عملائها. ولهذا اعتبر المصرف أن حصوله على إجازة ممارسة مهنة الوساطة هي حق له، خاصة وأن وضع السوق يتحمل وجود وسطاء جدد بالإضافة إلى عدم وجود سوق آخر لممارسة المصرف فيه مهنة الوساطة لذا استندت المحكمة في حكمها الصادر (٣١ / ١ / ٢٠١٠) إلى أن السوق لم يقدم أي بيانات تبين حجم الأوراق المالية المتداولة فيه والكمية التي تحتاجها الأوراق المالية للوسيط، وما هي عدد المعاملات التي يخول الوسيط إنجازها؟ لذا حكمت المحكمة لصالح المصرف وألزمت المجلس بمنح المصرف إجازة ممارسة الوساطة بعد وفاء بالمتطلبات اللازمة لذلك. واستندت المحكمة في حكمها إلى المادة (٢٧) من قانون المصارف، بالإضافة إلى أن الدفع الذي تقدم به السوق ليس له أي سند قانوني وقد اكتسب هذا القرار الدرجة القطعية بقرار محكمة التمييز الاتحادية^(٢).

٣- أن يكون الوسيط عضواً في مركز الإيداع: ويقصد بمركز الإيداع جهة مركزية تقوم بإجراءات التسوية والتصفية لكل التعاملات في السندات^(٣)، وعضوية الوسيط في مركز الإيداع تعد من الشروط التي أشارت إليها القسم (٥)(٥)(ب) من قانون سوق العراق للأوراق المالية النافذ بقولها " يجب أن يقبل الوسيط كمشارك في المودع لديه أما بصورة مباشرة أو غير مباشرة وذلك من خلال مشارك آخر، ومن ضمنها مشارك مراسل للمودع لديه ". ويلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي استعمل عبارات غير دقيقة كعبارة (المودع لديه) والتي قصد بها مركز الإيداع بالإضافة إلى ذكره عبارة (مشارك) والتي قصد بها (عضواً)، وبذلك يتضح أن المشرع اشترط في الوسيط حصوله على عضوية مركز الإيداع، وتكون عضويته في المركز مرهونة بتوافر شروط محددة من قبل المركز والتي تخضع لمصادقة مجلس المحافظين والهيئة، فضلاً عن التزامه بالالتزامات التي يحددها مدير الإيداع^(٤).

٤- أن يكون الوسيط قادراً على الوفاء بالتزاماته المالية:

(١) ينظر: د. عمر ناطق يحيى الحمداني، الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١١م، ص ١٣٤.

(٢) قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية الاتحادية رقم ١٧٤٧ بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ٢٠١٠م. نقلاً عن رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٣) ينظر: المادة (١٣) من القسم الأول من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ. كما صدرت تعليمات خاصة بمركز الإيداع الموسومة بالنظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧م وأشارت المادة (١/أ) منه إلى مركز الإيداع وقد تطرق النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية سنة ٢٠٠٨م إلى مركز الإيداع في المادة (١٠).

(٤) ينظر: المادة (١) من القسم التاسع من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

من أجل ضمان حقوق المستثمرين تجاه الوسطاء وضعت بعض القوانين حدوداً لدنيا لرأس مال الوسيط وعند عدم امتلاكه لمثل هذا المقدار المحدد قانوناً لا يحق له التوسط في العمليات المتعلقة بالأوراق المالية، وتطبيقاً لذلك اتجه المشرع المصري لوضع حد أدنى لرأس مال الوسيط، وفقاً لما نصت عليه المادة (١٢٥) من اللائحة التنفيذية لسوق رأس مال المصري^(١)، والتي اشترطت أن يكون رأس مال الوسيط خمسة ملايين جنيهاً نقداً مدفوعاً بالكامل إذا مورست الوساطة في الأسهم، وعشرة ملايين جنيهاً مدفوعاً بالكامل إذا مورست الوساطة في السندات^(٢).

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي بشأن رأس مال الوسيط، فلن نجد في القانون النافذ لسوق الأوراق المالية أي تحديد لرأس مال الوسيط، وقد اكتفى بالإشارة إلى أنه يجب أن يكون رأس مال الوسيط كافياً وهذا ما بينه القسم (٥)(٥)(ج) بالنص "يجب أن تعين الحدود اليومية التجارية للوسيط وفقاً لأنظمة السوق اعتماداً على كفاية رأس مال الوسيط الصافي أو المضمون وشروط تحدد كفاية رأس المال الصافي بالاستناد على تقدير المودع لدية بتوصية من مصرف التسوية إلى المودع لدية بخصوص قدرة الوسيط على الوفاء بالتزاماته التجارية".

وعند التدقيق في النص أعلاه نجد أن المشرع قد أوكل مهمة تحديد مقدار كفاية رأس مال الوسيط إلى مركز الإيداع، الذي عبر عنه بمصطلح (المودع لديه) والذي يستند في تقديره إلى كتاب توصية من مصرف التسوية^(٣)، غير أن النص لم يضع محددات لرأس مال الوسيط لكي يسير عليها مركز الإيداع ليقرر ما إذا كان الوسيط يتمتع بالكفاءة المالية أم لا، وعندما أراد المشرع أن يتفادى مثل هذا القصور توجه لإصدار تعليمات الملاءة المالية رقم (٤) المعدلة لسنة ٢٠١١، التي أشارت إلى أن رأس مال الوسيط يحدد من قبل هيئة الأوراق المالية^(٤)، وبذلك يتضح أن المشرع قد أبتعد عن أي تحديد لرأس مال الوسيط حتى بإصداره تعليمات الملاءة المالية، الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة لقانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ باعتباره ذو علاقة أساسية بسوق المال نجد أنه حدد رأس مال المصارف المحلية بما لا يقل عن (١٠) مليارات، دينار والمصارف الأجنبية بما لا يقل عن (٥٠) مليار دينار عراقي^(٥)، كما أن قانون المصارف أجاز أن يحتفظ المصرف برأس مال أعلى من المقدار المحدد وذلك حسب ما يقرره البنك المركزي العراقي^(٦).

ويعد رأس المال المحدد من قبل قانون المصارف تأميناً كافياً للمستثمرين من المخاطر التي قد تلحق بهم من قبل الوسطاء، وعليه يمكن أن نطبق النصوص التي حددت رأس مال المصرف في قانون المصارف على رأس مال الوسيط في السوق إلا أن ما يؤخذ على هذا الإجراء أنه لا يعالج القصور الموجود في قانون السوق والتعليمات الملحقة به؛ كونه يطبق فقط على الوسيط الذي يأخذ شكل مصرف، ولا يمكن تطبيقه على الوسيط المتخذ شكل شركة، وعند الرجوع لقانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل نلاحظ بأنه وضع حداً أدنى لرأس مال الشركات، وقد حدد رأس مال الشركة المساهمة بمليوني (٢٠٠٠٠٠٠) دينار^(٧)، غير أن هذه الحدود التي وضعها المشرع العراقي في قانون

(١) أوجب المشرع المصري على المتقدم لاكتساب الوساطة في سوق رأس المال أن لا يقل رأس ماله عن ٢٥٠ ألف جنية ولا يقل المدفوع عنها عن الربع، بيد أن المادة (١٢٥) تم استبدالها بقرار من وزير الاستثمار المصري رقم (٣١٤) لسنة ٢٠٠٦ م.

(٢) ينظر: ماهر مصطفى، مصدر سابق، ص ١٢.

(٣) عرفت المادة (٢) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ مصرف التسوية بقولها "المصرف الذي يعينه المجلس من وقت لآخر لإتمام عملية التسوية"

(٤) للتعرف أكثر على الشروط التي وضعها المشرع العراقي بخصوص الملاءة المالية للوسيط ينظر: تعليمات الملاءة المالية رقم (٤) لسنة ٢٠١١ م.

(٥) ينظر: المواد (١٤، ٤) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ م.

(٦) ينظر: المواد (١٥، ١٦) من قانون المصارف العراقي.

(٧) ينظر: المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) من قانون الشركات العراقي.

الشركات لا يمكن تطبيقها على سوق المال؛ لعدم توفيرها الضمانات المالية الكافية لحماية المستثمرين، وعليه أوجب مجلس إدارة السوق أن لا يقل رأس مال الوسيط عن (١٥٠) مليون دينار عراقي^(١). وبما أن المشرع العراقي أوجب أن يكون الوسيط ذا شخصية معنوية كما وضحنا ذلك سلفاً فلا بد من وجود مدير أو ممثل طبيعي يخوله الوسيط للتعامل بالأوراق المالية، وينبغي أن تتوفر في هذا الممثل الطبيعي عدة شروط وهذا ما نص عليه القسم (٥)(٢) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ بقولها "يجب أن يكون مدير أو ممثل الوسيط المخول بالقيام بتعاملات السندات في سوق الأوراق المالية (المندوب) شخصاً طبيعياً أن: أ- لا يقل عمره عن (٢١) عاماً ويكون مقيماً بصورة مشروعة في العراق بموجب القانون العراقي. ب- تكون له أهلية قانونية. ج- أن لا تكون عليه مديونية ومفلس أو قام بارتكاب جنائية أو جنحة تعود إلى احتيال مالي والسمعة الحسنة. د- لم يدان بارتكاب جنائية في محكمة أو جهة قضائية مختصة. هـ- لم يرتكب جنحة تتعلق باحتيال مالي. و- حامل شهادة دبلوم جامعية أو ما يعادلها. ز- لديه على الأقل خبرة لا تقل عن خمس سنوات في الأمور المالية والتجارية، ومقبولة من قبل الهيئة. ج- يعمل في نشاطات الوساطة في موقع ضمن حدود العراق أو مواقع أخرى بعد أن يخوله سوق الأوراق المالية بذلك. وتوافق عليه الهيئة".

عند النظر في النص أعلاه يمكن ملاحظة أن الفقرة (ب) تكرار للفقرة (أ)، لأن الأهلية القانونية للشخص تتحدد ببلوغه سن الرشد، وهذا السن حدده المشرع في الفقرة (أ) وهو (٢١) عاماً. أما بالنسبة للفقرة (د) تتصف بعدم الدقة في صياغتها فكان الأجدر بالمشرع بدلاً من النص على (لم يدان بارتكاب جنائية) النص (أن لا يكون مرتكباً لجنائية) فلإدانة تعني أن الشخص لم تثبت بحقه الجنائية بخلاف مرتكب الجريمة الذي أقيمت بحقه أدلة قانونية تؤيد ارتكابه للجنائية المتهم بها، والمشرع لم يسمح للمدان بارتكاب جنائية بأن يكون وسيطاً على الرغم من عدم إشارته إلى منع مرتكب الجنائية من العمل وسيطاً. بالإضافة إلى وجود قصور في نص الفقرة (د) لاقتصار حظرها على مرتكب الجنائية فقط، ولم يتطرق لذكر مرتكب الجنحة في المحكمة، فكان على المشرع أن يذكر الجنحة، لأن خطورة مرتكبها لا تقل عن مرتكب الجنائية^(٢).

وبما أن عمل الوسيط يتصف بالدقة والصعوبة، النحو الذي يتطلب وجود عدد من الأشخاص يعملون تحت إشرافه ورقابته يطلق عليهم (بتابعي الوسيط) إلا أن "المشرع العراقي أطلق على تابعي الوسيط (مشارك الوسيط) وهذه التسمية غير دقيقة، لوجود اختلاف جوهري بينهما؛ فلفظ المشارك يقصد به اقتسام ممثل الوسيط والوسيط لما يؤول إليه نشاط الوساطة من عوائد وتحملها تبعة عملهما بشكل شخصي بينما الواقع يشير إلى غير ذلك، لأن (المشارك) كما أطلق عليه المشرع هو مجرد تابع للوسيط والعلاقة بينهما هي علاقة تبعية أساسها عقد العمل، وليست علاقة مشاركة، وأبرز ما يدل على ذلك حصول التابع على أجر عن عمله يتقاضاه بالاتفاق مع الوسيط"^(٣)، ويشترط في هذا التابع الذي هو شخص طبيعي أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط أشار إليها القسم (٥)(٣) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ التي نصت على: "يجب أن يكون الشخص المشارك للوسيط والمخول لتقديم المساعدة في أعمال الوساطة في سوق الأوراق المالية أو مكان عمل الوسيط شخصاً طبيعياً: أ- لا يقل عمره عن (١٨) عاماً، ويكون مقيماً بصورة مشروعة في العراق بموجب القانون العراقي. ب- أن تكون له أهلية قانونية. ج- ألا يكون قد امتنع عن دفع إفلاسه. د- لم يدان بارتكاب جنائية في محكمة أو جهة قضائية

(١) قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية الاتحادية رقم ١٧٤٧ بتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٠م. نقلاً من رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٨٢-٨٣.

(٢) نصت المادة (٣/٨٩) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري على "ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة أو منعه تأديبياً بصفة نهائية من مزاولة مهنة السمسرة أو أية مهنة حرة أو حكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو بعقوبة مقيدة للحرية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الشركات أو التجارة أو قانون سوق رأس المال أو حكم بإشهار إفلاسه" فنلاحظ بأن هذا النص هو نظير للفقرتين (ج، د) الواردة في المادة (٢٢) من القسم الخامس من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ فكان على المشرع العراقي أن يدمج الفقرتين (ج، د) في نص واحد، ويجب أن يكون نصه واضحاً شاملاً كما فعل المشرع المصري.

(٣) نقلاً عن: د. فاروق أبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٣١.

مختصة. ه- لم يدان بجنحة تتعلق باحتيال مالي أو بأمور متعلقة بالشرف. و- أن يكون حاملاً لشهادة ثانوية أو ما يعادلها. ز- أن تكون لديه القدرات المقبولة من قبل السوق. ح- أن يكون قد ساعد في نشاطات الوساطة ضمن حدود العراق أو مواقع أخرى بعد أن يخوله سوق الأوراق المالية بذلك وتوافق عليه الهيئة."

ونلاحظ بأن نص المادة اعلاه لا يتصف بالوضوح والدقة فقد وردت فيه بعض العبارات الركيكة وغير الواضحة، فمثلاً اشترط المشرع في تابع الوسيط "أن لا يكون قد امتنع عن دفع إفلاسه"، فنلاحظ أن هذه العبارة غامضة ويمكن أن تفسر بعدة تفسيرات، فقد يكون المشرع قصد من إيرادها (أن لا يكون مفلساً) أو قد يكون قصد بأنه إذا كان مفلساً لا يوجد هناك مانعاً من أن يكون تابعاً للوسيط ولكن يجب عليه أن (يدفع الديون التي عليه لدائنيه) فكان على المشرع العراقي أن يوضح غايته من هذا النص باستخدامه عبارات أكثر دقة.

كما أن المشرع وضع هذا الشرط ضمن شروط تابعي الوسيط في الفقرة الثالثة من القسم الخامس ولم نجد له أي وجود ضمن شروط ممثل الوسيط في الفقرة الثانية من القسم ذاته، ومن المعروف أن مهمة ممثل الوسيط لا تقل خطورة عن تابعي الوسيط.

نخلص مما تقدم إلى أن عقد التداول من العقود التي تحتاج إلى خبرة وكفاءة عالية ومعرفة بجميع أمور السوق، ومثل هذه الشروط يفتقر إليها المستثمرون في الغالب ولأجل حمايتهم من مخاطر الخسارة التي قد تلحق بهم عند توليهم عملية التداول بأنفسهم أوجب عليهم أغلبية النظم القانونية الاستعانة بأشخاص ذوي تخصص في مجال استثمار الأوراق المالية ليتولوا نيابة عنهم مهمة التعامل بالأوراق المالية.

المبحث الثاني

تكوين عقد التداول في سوق الأوراق المالية

تعد مرحلة إبرام عقد التداول أولى المراحل التي يبرز فيها دور الوسيط للقيام بالعمليات المتعلقة بتداول الأوراق المالية نيابة عن المستثمر. ويشكل إبرام العقد المرحلة التنفيذية للأوامر الصادرة من المستثمر التي يطلق عليها اصطلاحاً بأوامر البورصة، التي تعد بدورها مرحلة تمهيدية لانتقال ملكية الورقة المالية من المستثمر المتنازل إلى المستثمر المتنازل إليه أو بالعكس، لذا يلزم الوسيط عند قيامه بتنفيذ أوامر البورصة أن يقوم بالموازنة بين الإجراءات القانونية اللازمة وبين تنفيذ تعليمات المستثمر فيما يتعلق بتنفيذ أوامره. ومن أجل التعرف أكثر على كيفية إبرام عقد التداول قمنا بتقسيم هذا المبحث على مطلبين خصص المطلب الأول للمفهوم القانوني لأوامر البورصة بينما خصص المطلب الثاني لشروط الأوامر وطريقة عرضها وتنفيذها على النحو الآتي:

المطلب الأول

المفهوم القانوني لأوامر السوق

حظرت أغلبية الأنظمة القانونية الخاصة بسوق المال أي تعامل بالأوراق المالية ما لم يجر هذا التعامل عن طريق تفويض خاص من قبل المستثمر إلى الوسيط يخول بموجبه الأخير أن يتداول الأوراق المالية نيابة عن المستثمر، ويتجسد هذا التفويض بالأوامر التي يصدرها المستثمر لوسيطه المجاز من قبل السوق والمسجل في سجلات الوسطاء، وهذه الأوامر تمثل أساسيات ونقطة انطلاق عقد التداول، فمن خلالها يستطيع المستثمر التعبير عن إرادته في تداول الأوراق المالية، ونظراً للأهمية القانونية التي تحتلها تلك الأوامر باعتبارها المحرك الأساس لنشاط سوق الأوراق المالية وهي المعبرة كذلك عن أرادة المستثمر كان من الضروري تناولها بالإيضاح والتفصيل حيث، قسم هذا المطلب على فرعين خصص الفرع الأول لتعريف الأوامر التي يصدرها المستثمر بينما خصص الفرع الثاني لبيان أنواع الأوامر على النحو الآتي :

الفرع الأول

تعريف الأوامر

حظيت أوامر البورصة باهتمام كل من الفقه والتشريع، وبالأخص الفقه الذي كان له الدور الأكبر في تحديد المقصود (بالأوامر)، فقد برز جانب من الفقه لتحديد مفهوم خاص للأوامر ضمنهم من يعرفها بأنها "التوكيل الذي يعطيه الزبون لأحد الوسطاء كي يتداول له في البورصة أوراقاً مالية معينة، ولا يكون لهذا الأمر مفعوله إلا إذا أعطي للشخص المختص أي الوسيط"^(١) كما عرفها باحث آخر بأنها "توكيل أو تفويض أو إذن صادر من العميل إلى السمسار يتضمن عمليات تداول ورقة مالية في البورصة بسعر معين"^(٢). في حين عرفها آخر بأنها "تفويض من العميل للسمسار بإجراء عمليات التداول بالبورصة بقيمة محددة"^(٣). كما عرفها آخر بأنها "إعلان المستثمر عن إرادته الصريحة في تداول ورقة مالية أو أكثر من الأوراق المقيدة بالبورصة وذلك عن طريق شركة السمسرة التي تتلقى منه هذه الأوامر لتنفيذها"^(٤).

(١) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، منشورات زين الحقوقية، ط ١، سنة ٢٠١٥م، ص ١١١.

(٢) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٣) ينظر: محمود إبراهيم خليل، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٤) ينظر: د. أحمد مخلوف، أحكام التعامل في البورصة المصرية دراسة قانونية مقارنة مع البورصات العربية والعالمية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٣.

ومن مجمل التعاريف المتقدمة يمكن القول أنها تتفق فيما بينها على أن الأوامر هي توكيل، أو تفويض، أو إذن، أو بعبارة أدق هي تعبير صريح عن إرادة المستثمر من أجل تداول الأوراق المالية. وفي هذا الصدد بين قانون سوق الأوراق المالية طرق التعبير عن الإرادة في (الأوامر) وهي الكتابة أو المشافهة على أن يتم توثيق ذلك كتابة فيما بعد^(١)، وبما أن المستثمر ممنوع قانوناً من القيام بأي تعامل داخل الأسواق المالية بشكل مباشر، فيلزم بتفويض وسيط ليتولى تنفيذ أوامره نيابة عنه.

وإذا انتقلنا إلى تعريف الأوامر في نطاق الأنظمة القانونية نجد أن بعضها جاء خالياً من الإشارة إلى تعريف الأوامر ومنها القانون الفرنسي^(٢)، كذلك الأمر بالنسبة للقانون المصري، بيد أن المشرع اللبناني اتخذ منهجاً مغايراً لذلك عندما أشار إلى بعض أوامر البورصة^(٣). أما بالنسبة للقانون العراقي فلم نجد في قانون سوق الأوراق المالية النافذ أي إشارة إلى تعريف الأوامر، إلا أن تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٤) قد تطرقت إلى تعريفها وميزت بين أمر البيع وأمر الشراء وذلك من خلال الإشارة إلى كل منهما ضمن تعريف مستقل عن الآخر، حيث عرفت المادة الأولى من هذه التعليمات أمر البيع " بأنه الطلب الذي يقدمه المستثمر للوسيط ويقبل به الأخير طالباً منه ومفوضاً له عملية بيع الأوراق المالية وفقاً لشروط عامة أو خاصة معمول بها في السوق يحددها المستثمر"^(٤)، وفي الوقت ذاته تطرقت هذه المادة لتعريف أمر الشراء على أنه " الطلب الذي يقدمه المستثمر للوسيط ويقبل به الأخير طالباً منه ومفوضاً له تنفيذ عملية شراء أوراق مالية وفقاً لشروط عامة أو خاصة معمول بها في السوق يحددها المستثمر"

وعند التمعن في النص أعلاه يتضح أن المشرع قسم الأوامر على نوعين، فهي إما تكون أمراً بالبيع أو أمراً بالشراء، كما بينا أعلاه أن كلا الأمرين يصدران من قبل المستثمر للوسيط، فضلاً عن إشارته إلى أن هذا الأمر يكون بتفويض المستثمر للوسيط لتداول الورقة المالية التي يرغب بها، كما نصت هذه المادة على أن الوسيط يتعامل بالأوراق المالية وفقاً لشروط محددة من قبل المستثمر والتي يلتزم بها على أن تكون منسجمة مع قواعد السوق.

وعند صدور تعليمات تداول الأوراق المالية في سوق العراق، لسنة (٢٠٠٧) وجدنا بأنها حملت بين طياتها إشارة خاصة للأوامر في المادة الثانية التي نصت على أنه "التفويض الطلب الذي يقدمه المستثمر للوسيط طالباً منه ومفوضاً إياه تنفيذ صفقة شراء أو بيع ورقة مالية بناء على شروط محددة من قبل المستثمر وفقاً لأحكام هذه التعليمات، الأمر: الأمر الذي يرسله الوسيط إلى نظام التداول لشراء أو بيع ورقة مالية معينة لصالح المستثمر أو لصالح محفظته"

و عند التمعن بدقة في النص أعلاه يتضح أنه قد عرف الأمر أو كما اصطلحت عليه المادة الثانية لفظ (التفويض) بأنه طلب يتقدم به المستثمر للوسيط من أجل تولي الأخير عملية تداول الأوراق المالية نيابة عن مستثمره، ثم انتقل النص لبيان الأثر المترتب على التفويض المتبلور بقيام الوسيط بإرساله إلى نظام التداول لتداول الورقة المالية لصالح المستثمر أو لصالح الوسيط نفسه، ويرى بعض الباحثين^(٥) بصدد تعليقه على هذا النص أن المشرع العراقي قد توجه من خلال هذه التعليمات إلى التمييز بين الأمر والتفويض، باعتبار أن التفويض يصدر من المستثمر إلى الوسيط، على خلاف الأمر الذي هو طلب يتقدم به الوسيط إلى نظام التداول لغرض تنفيذه.

ومع احترامنا لهذا الرأي إلا أنه يجانب الصواب؛ لكونه جاء خالياً من الدقة في شيء، فسبق وأن أشرنا إلى أن الفقرة الثانية من النص المتقدم هي ليست بتعريف للأمر بقدر ماهي بيان للأثر المترتب عليه،

(١) ينظر: المادة (٥/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٢) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، طبعة لبنان، مصدر سابق، ص ١٩٣.

Commerce Clearing House, French Law On Commercial Companies, Commerce Clearing House, France, 1971, pp.127-130.

(٣) ينظر: المواد (١٧ - ١١) من النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادر بمرسوم رقم (٧٦٦٧) بتاريخ ١٦ / ١٢ / ١٩٩٥.

(٤) ينظر: المادة الأولى من تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٥) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٩٣.

حيث أراد المشرع أن يشير بشكل صريح إلى المهمة التي يقوم بها الوسيط بعد تلقيه للأمر من قبل المستثمر، أما بخصوص تعريف الأمر فقد تطرق إليه المشرع في الفقرة الأولى من المادة أعلاه كما أشرنا لذلك سلفاً. علاوة على ذلك تطرق المشرع العراقي في تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ النافذة إلى مضمون التفويض أو بعبارة أدق إلى البيانات التي يجب أن يتضمنها التفويض في الفصل الثاني تحت عنوان إجراءات وضع أوامر البيع والشراء في المادة (١٩) والتي نصت على: " يحدد التفويض اسم المستثمر، اسم الشركة، عدد الأسهم، والسعر الذي يرغب المستثمر بتنفيذ البيع والشراء على أساسه ويكون ذلك وفقاً لسعر معين....." نستنتج من خلال هذا النص أن المشرع العراقي لم يميز بين الأمر والتفويض فكلاهما يعتبران طلباً مقدماً من المستثمر إلى الوسيط كما انه ذكر بيانات التفويض تحت عنوان إجراءات وضع الأوامر.

وبهذا الصدد هل يشترط في الأوامر أن تصدر بشكلية معينة ؟ أي هل يجب أن تصدر وفق شكلية محددة قانوناً، وبالتالي لا يكون لها أي أثر ما لم تستوف هذه الشكلية؟ عند الرجوع للأنظمة القانونية كالقانون المصري نجد أن قانون التجارة المصري اشترط في الأوامر الصادرة من المستثمر أن تكون مكتوبة وهذا ما نصت عليه المادة (٤٥) منه^(١)، ومن ثم لا يجوز للوسيط أن يقوم بأي عملية متعلقة بالأوراق المالية ما لم يكن الأمر مكتوباً، غير أن اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ لم تجعل من كتابة الأمر شرطاً عاماً مطلقاً وإنما وضعت عليه استثناء متمثل بالسماح لصدور الأوامر بطريقة الاتصال الهاتفي مع موافقة المستثمر كتابة مع تحديد التاريخ وساعة الاستقبال من قبل الوسيط^(٢).

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فلم نجد في القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية أي أحكام متعلقة بالشكلية الواجب توافرها في الأوامر ولكن سرعان ما تقادى المشرع هذا القصور عن طريق إبراده لنص خاص بين فيه الشكل الذي يجب أن يتخذه الأمر الصادر من المستثمر وهذا ما نصت عليه المادة (٥/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ بقولها " يكون تفويض المستثمر خطياً ويجوز أن يكون هاتفياً أو على شكل رسالة بالفاكس أو بالبريد الإلكتروني وأية وسيلة أخرى يتفق عليها المستثمر مع وسيطه على أن يوثق ذلك خطياً لاحقاً".

فنلاحظ أن المشرع العراقي كما يبدو قد تأثر بالمشرع المصري عندما اشترط أن يتخذ الأمر شكلاً معيناً، إلا أنه لم يقيد المستثمر بشكلية محددة وإنما منحه الحرية في اتخاذ أي شكل يراه أسهل من غيره، فقد تكون هذه الشكلية كتابة يدوية أو قد تكون إلكترونية متمثلة برسالة فاكس أو بالبريد الإلكتروني. وعليه يمكن القول أن الموقف المتخذ من كلا المشرعين العراقي والمصري بشأن شكلية الأوامر الصادرة من المستثمر موقفاً واضحاً؛ لأنهما وازنا بين المصلحة الشخصية للمستثمر المتبلورة بحمايته من المخاطر التي قد تلحق به عند إبرام عقد التداول بواسطة الوسيط، وبين المصلحة العامة التي تتجسد بحماية وتطوير القطاع التجاري للدولة، ويكون ذلك في عدم تقيد الأوامر بشكل محدد وإنما يترك للمستثمر اتخاذ الشكل الذي يتسم بالسرعة في إنجاز معاملاته.

نخلص مما تقدم أن الأوامر هي تعبير صريح عن إرادة المستثمر يفوض من خلاله الوسيط من أجل تداول الأوراق المالية في السوق، وعلى الرغم من أن كلاً من الفقه والتشريع عرف الأوامر إلا أن هناك بعض الباحثين من التبس عليه الأمر وجعل التفويض عملية تختلف من الأمر بسبب عدم الإشارة الصريحة والمباشرة من قبل المشرع العراقي إلى أن التفويض لا يختلف من الأمر.

(١) ينظر: المادة (٤٥) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.

(٢) ينظر: المواد (٢٣٦) من اللائحة التنفيذية المصرية رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

الفرع الثاني

أنواع الأوامر

إن تشريعات الأوراق المالية العراقي جعلت من التعامل المباشر بالأوراق أمراً حكراً على الوسطاء، إلا أنه في ذات الوقت لم تمنحهم الحق في التداول وفقاً لقناعتهم الشخصية، لأن الوسيط عبارة عن جهة معبرة عن إرادة المستثمرين. لذا فلا بد من وجود أسس ينتهجها الوسطاء عند تداولهم الأوراق المالية من جانب، ومن جانب آخر لتحديد مسؤوليتهم عند التعامل بالأوراق المالية وفقاً لرغبة وتوجيهات المستثمرين ويطلق على هذه الأسس (بالأوامر) التي تتنوع وتختلف، بين الأوامر التي تكون مرتبطة بالسعر أو بالمدة، حيث سيتم تناولها على النحو الآتي:

أولاً: الأوامر المرتبطة بالسعر: لا يلزم المستثمر بتحديد السعر الذي يبرم به العقد، وإنما هو بالخيار بين أما يحدد السعر لوسيطه أو ان يصدر الأمر بدون أن يحدد سعره عندها يقوم الوسيط بإبرام الصفقة وفقاً للسعر السائد في السوق، وتقسم الأوامر المرتبطة بالسعر على نوعين فهي أما أوامر محددة السعر أو أوامر غير محددة السعر على النحو الآتي:

أ- أوامر محددة السعر: هي الأوامر التي يكون فيها سعر الورقة المالية محدد من قبل المستثمر، وقد سبق التطرق إلى أن الأوامر إما تكون أوامر بيع فيقوم المستثمر عندها بتحديد أدنى حد من الأسعار التي يقبل بها ليتنازل عن ورقته المالية^(١) أو قد تكون هذه الأوامر أوامر شراء عندها يحدد المستثمر أعلى حد من الأسعار التي يتقبلها لكي يشتري الورقة المالية المتعاقد عليها^(٢). لذا ينبغي على الوسيط مراقبة أسعار الأوراق المالية في البورصة ليستطيع تنفيذ الأوامر عند وصولها إلى السعر المحدد من قبل مستثمره^(٣). ومن أهم مميزات هذا النوع من الأوامر أنه يعطي للمستثمر المعرفة التامة بالمقدار الأقصى الذي سيؤديه عند الشراء، وكذلك معرفة الحد الأدنى من المقدار الذي يحصل عليه عند البيع^(٤). ولكن بالمقابل لا يخلو هذا النوع من العيوب التي تعيق عمل الوسيط داخل السوق وتتمحور تلك العيوب في الحد من السلطة التقديرية للوسيط في تنفيذ الأوامر حتى يصل سعر الورقة إلى السعر المحدد بالأمر حتى لو كان الفرق بين السعرين ضئيلاً^(٥). وبما أن هذه الأوامر محددة السعر من قبل المستثمر فلا خلاف في عدم جواز مخالفتها إذا كان الخروج عنها مضراً بالمستثمر، فيلتزم بها الوسيط حرفياً، ولكن ماذا لو كان في مخالفتها ما يحقق النفع للمستثمر فهل يمكن للوسيط أن لا يلتزم بها ويبرم الصفقة بنية تحقيق المصلحة؟ يرى البعض^(٦) أن المشرع العراقي وفقاً لنص القسم (٥) (٣)(ج) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ قد منح للوسيط الخيار في إبرام مثل هكذا صفقات لأنها تحقق مصلحة المستثمر المتمثلة بالحصول على ورقة مالية بسعر أقل من السعر المحدد في الأمر عند الشراء وبسعر أعلى من السعر المحدد عند البيع كون السعر المعرض في السوق أفضل وأجدر بتحقيق مصلحة المستثمر من السعر المحدد من قبله، بالإضافة لكونها تؤدي إلى زيادة حجم التداول في البورصة، ويدعو بعض الباحثين^(٧) المشرع العراقي أن يمنح الوسيط الخيار في إبرام مثل هكذا صفقات من أجل تحقيق مصلحة المستثمر. ومما يلاحظ على الرأي المتقدم أنه لم يؤسس رأيه على نص قانوني سواء في قانون سوق الأوراق المالية والتعليمات الملحقة به يعطي مثل هذا الخيار للوسيط. أما بخصوص نص القسم (٥) (٣)(ج) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ التي نصت على الآتي: "على الوسيط أن يبذل ما بجهده من

(١) ينظر: د. محمد يوسف ياسين، البورصة، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٣) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٤) ينظر: د. محمد صالح الحناوي، د. طارق الشهلاوي، الاستثمار في الأوراق المالية، الدار الجامعية، بدون ط، ٢٠١٢، ص ٣٨.

(٥) ينظر: د. عصام حسين، أسواق الأوراق المالية (البورصة)، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن سنة ٢٠١٠م، ص ٨٨.

(٦) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق ص ٩٦.

(٧) ينظر: د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٣٨١.

أجل مصلحة الزبائن في كافة الأوقات ومن ضمنها وضع مصلحة الزبائن قبل مصلحة الوسطاء ، حماية حقوق الزبائن وإبلاغهم بكل المعلومات ذات المصلحة والتي تخص التعاملات في السندات للزبائن"، فيمكن القول أنهم قد وقعوا في لبس لأن هذا النص لم يتطرق للأوامر وإنما للالتزامات التي يجب على الوسيط القيام بها ومن أهم تلك الالتزامات التي تناولها المشرع بالذكر هي تقديم مصلحة المستثمر على مصلحة الوسيط في حالة تعارضهما، فضلاً عن مخالفة توجههم هذا لنص المادة (١٨) من تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ التي جاء فيها " لا يجوز للوسيط أو وكيله بأن يتصرف حسب رأيه المطلق أو أن يفرض رأيه عندما يقوم بالتعامل بالأوراق المالية لصالح المستثمرين ما لم يكن مخولاً من قبل المستثمر بموجب تفويض خطي لممارسة مثل هذا التصرف" كذلك ما نصت عليه المادة (٥/ أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) بقولها " يحظر على الوسيط إدخال أية أوامر بيع أو شراء لصالح أي من عملائه إلا بناءً على تفويض مسبق من المستثمر يخوله هذا التصرف " فتعتبر هذه النصوص إشارة صريحة من قبل المشرع على منع الوسيط أو وكيله من القيام بأي تصرف يرغب به دون أي تفويض مسبق من قبل مستثمره، وعليه يمكن القول أن الوسيط ملزم قانوناً باتباع أوامر مستثمره، ولا يجوز مخالفتها حتى لو كانت تلك المخالفة فيها منفعة للمستثمر.

ومن الجدير بالتنويه أن الأوامر محددة السعر تكون على عدة صور وهي أما أوامر صادرة بسعر الافتتاح أو بسعر الإغلاق، ويقصد بالأمر الصادر بسعر الافتتاح: هو الأمر الذي يلزم الوسيط بتنفيذه عند أول سعر يعلن عنه في جلسة التداول، وقد عرفت المادة الأولى من تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ سعر الافتتاح بقولها " هو أول سعر ينفذ على أسهم شركة معينة في جلسة التداول"، وعليه يمكن القول أن الأمر الصادر من المستثمر إذا كان محددًا بسعر الافتتاح فينبغي على الوسيط تنفيذ الأمر عند أول سعر يعلن عنه في جلسة التداول.

أما بالنسبة للأمر الصادر بسعر الإغلاق: في هذا النوع من الأوامر يلزم الوسيط بتنفيذ الأمر عند آخر سعر في جلسة التداول ومثل هذه الأسعار وقتية إذ ينتهي العمل بها بمجرد انتهاء جلسة التداول، وقد عرفت المادة الأولى من ذات التعليمات سعر الإغلاق " هو سعر آخر عملية بيع نفذت في جلسة التداول الأخيرة لسهم شركة ما" ووفقاً لهذا النص إذا كان الأمر الصادر من المستثمر أمراً محددًا بسعر الإغلاق فيتوجب على الوسيط أن ينفذ الأمر وفقاً لآخر سعر نفذت فيه عملية التداول.

ب- أوامر غير محددة السعر: على الرغم من عدم وجود أي إشارة للسعر في هذا النوع من الأوامر، غير أن هذا لا يعني أن الوسيط يبرم العقد وفق أي سعر يرغب فيه، لأن المستثمر يحدد الأسس التي يلتزم بها الوسيط وتتمثل هذه الأسس في التعاقد بالسعر السائد في السوق، والذي يتحدد عن طريق تفاعل العرض والطلب^(١)، وأهم ما يميز هذا النوع من الأوامر أن تنفيذه يتم بصورة سريعة لهذا يطلق عليه بعض الكتاب (بالأمر الفوري)^(٢).

ولكن ما يعاب على هذا النوع أنه يعرض المستثمر لمخاطر تغير الأسعار بشكل غير متوقع^(٣) كذلك قد يحدث نوع من التعارض بين السعر المتوقع من قبل المستثمر والسعر الذي نفذت به الصفقة وبذلك يلزم بهذا السعر على الرغم من أنه كان خارج توقعاته^(٤).

ثانياً- الأوامر المرتبطة بالمدة: لا بد أن يكون للأوامر الصادرة من قبل المستثمر وقتاً لتنفذ به، وهذا الوقت أما أن يكون محددًا أو قد يكون مفتوحاً، وسيتم تناول هذه الأوامر على النحو الآتي:-

أ- أوامر محددة المدة: وهي الأوامر التي يلزم الوسيط بتنفيذها حسب توجيه المستثمر خلال فترة زمنية معينة وهذه الفترة قد تكون يوم أو أسبوع أو شهر، وعليه فهذه الأوامر تكون على عدة صور:-

(١) ينظر: د. أحمد مخلوف، أحكام التعامل في البورصة المصرية دراسة قانونية مقارنة مع البورصات العربية والعالمية، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) ينظر: د. سمير عبد الحميد رضوان، أسواق الأوراق المالية ودورها في التنمية الاقتصادية، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ط ١، بدون مكان نشر، سنة ١٩٦٩م، ص ١٠١-١٠٢.

(٣) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٤) ينظر: د. منير إبراهيم الهندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مركز الدلتا للطباعة، بدون ط، سنة ٢٠١٢م، ص ١٣٠.

*الأوامر المحددة بيوم: هذه النوع من الأوامر لا تزيد مدة نفاذها على يوم واحد، حيث تبدأ مدة سريان هذا اليوم من أول ساعات بداية جلسة التداول حتى نهايتها^(١)، ويشير الواقع العملي إلى أن أكثر أنواع الأوامر شيوعاً وتداولاً في السوق هي الأوامر ذات اليوم الواحد^(٢)، وعليه يكون الأمر الصادر من المستثمر من حيث الأصل أمراً محدداً بيوم واحد ما لم يوجد بيان في العقد يشير إلى خلاف ذلك^(٣).

*أوامر محددة بأسبوع: تبقى هذه الأوامر سارية النفاذ حتى نهاية الأسبوع، وأسبوع التداول يختلف من دولة لأخرى ففي مصر يبدأ أسبوع الجلسة يوم الأحد وينتهي يوم الخميس، أما في بورصات أغلبية دول العالم يبدأ الأسبوع يوم الاثنين وينتهي الجمعة^(٤).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يحدد بوضوح متى تبدأ وتنتهي جلسة التداول الأسبوعية، وترك لمجلس المحافظين بعد موافقة الهيئة تحديد جلسة التداول الأسبوعية وهذا ما نصت عليه المادة (١٣) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ بقولها " يحدد مجلس المحافظين بعد موافقة الهيئة أيام التداول في السوق وأوقات جلسات التداول"، وعلى الصعيد العملي يبدأ أسبوع التداول في البورصة العراقية يوم الأحد وينتهي يوم الجمعة.

أوامر محددة بشهر: يشترط المستثمر على الوسيط تنفيذ هذا النوع من الأوامر خلال شهر محدد فيبقى الأمر ساري النفاذ حتى نهاية الشهر أيّاً كان اليوم الذي صدر فيه الأمر فمثلاً: لو افترضنا أن الأمر صدر يوم (٧) كانون الثاني يبقى ساري النفاذ إلى يوم (٣١) كانون الثاني^(٥)، ومن الجدير بالإشارة أن الأوامر محددة المدة يجب أن تنفذ خلال مدة سريانها سواء كانت محددة بيوم أو أسبوع أو شهر. أما إذا انتهت المدة المحددة لتلك الأوامر ولم تنفذ من قبل الوسيط تلغى من نظام التداول تلقائياً عندما ينتهي سريان مفعولها وهذا ما نصت عليه المادة (١٨ / ١) من قواعد التداول الإلكتروني بقولها " تتم إزالة كافة الأوامر ذات القيود الزمنية من نظام التداول أوتوماتيكياً عندما ينتهي سريان مفعولها".

ب- أوامر مفتوحة المدة: وهي الأوامر التي لا يحدد فيها المستثمر لوسيطه مدة زمنية لتنفيذها، وإنما يترك الخيار للوسيط في تنفيذها بالوقت المناسب الذي يحقق مصلحة المستثمر، وهذا النوع من الأوامر شائعاً في أسواق نيويورك (New York Stock Exchange)، ألا أن هذه الأسواق أوجبت تجديد هذا النوع من الأوامر كل ستة أشهر^(٦). ويؤخذ على هذا النوع من الأوامر أنها تعرض مصلحة المستثمر للخطر، لأنها غير محددة المدة فمن المحتمل أن ينسى الوسيط تنفيذها وقد لا يكون الوقت ملائماً للتنفيذ، لاسيما عند مرور مدة طويلة على صدورها^(٧)، ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لا يعرف هذا النوع من الأوامر^(٨)، وينبغي عدم الخلط بين الأوامر المفتوحة والأوامر غير المحددة، طالما لم يحدد المستثمر مدة تنفيذ هذا النوع الأخير من الأوامر فينبغي على الوسيط تنفيذها في نفس يوم التداول وهذا ما إشارة إليه المادة (١٨ / ١ / ٢) من قواعد التداول الإلكتروني التي نصت على " إذا لم يتم إدخال قيد زمني لسريان مفعول الأمر ، تتم معاملة الأمر باعتباره أمر ليوم واحد".

إن تقلبات الأسعار وتداخل العمليات التجارية الاقتصادية قد تجعل المستثمر يتسرع في إصداره لأمر ما فهل بإمكانه التراجع عن ذلك الأمر؟ أو بالإمكان تغيير من بعض تفاصيل ذلك الأمر؟

(١) بينت المادة الأولى من قواعد التداول الإلكتروني أن هناك نوعين من جلسات التداول أما تكون هذه الجلسة قبل الافتتاح ويتم فيها إدخال الأوامر وفي نهايتها يتم احتساب سعر الافتتاح. أو قد تكون هذه الجلسة مستمرة تبدأ من الساعة (٩.٣٠) صباحاً وحتى الساعة (١٢.٠٠) ظهر كل يوم عمل. حيث تبدأ جلسة ما قبل الافتتاح الساعة ٩.٣٠ صباحاً وحتى الساعة ١٠.٠٠ صباحاً، وتُعقبها مباشرة جلسة التداول المستمرة والتي تنتهي الساعة ١٢.٠٠ ظهراً.

(٢) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٣) ينظر: عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٣٨٦.

(٤) ينظر: بركات نجيب وزملائه، مذكرة ليسانس علوم تجارية كلية الاقتصاد جامعة المسيلة الجزائر، سنة ٢٠٠٥م، ص ٧٨.

(٥) ينظر: طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

(٦) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٧) ينظر: د. منير أبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٨) ينظر: د. فاروق أبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٢١٠.

إن إمكانية تغير الأمر ليست مطلقة، لأنها تعتمد على نوع البيانات التي ينوي المستثمر تغيرها، فلو كان الأخير يرغب بتغير نوع الورقة التي اختارها، فلا يمكنه في هذه الحالة أن يغير الأمر وإنما يمكنه أن يلغي الأمر ثم يعيد إدخاله، أما إذا كان ينوي تغير السعر أو رقم حساب المستثمر أو إضافة أو إلغاء شرط خاص فيمكنه أن يغير الأمر ولكن وفق شروط حددها المشرع العراقي^(١)

المطلب الثاني

تنفيذ الأوامر

تحتل أوامر البورصة أهمية كبرى في سوق رأس المال فهي المحرك الأساس لعمليات التداول؛ كونها تعبر عن إرادة المستثمر في تداول الأوراق المالية من خلال وسيطه المفوض، ونظراً لهذه الأهمية التي تنسم بها الأوامر فقد وضعت النظم التشريعية عدد من الشروط المعينة ينبغي أن تتوافر في الأوامر الصادرة من المستثمر لكي يتمكن الوسيط من تنفيذها وفقاً للقواعد المعنية بسوق الأوراق المالية وتتطلب عملية تنفيذ الأوامر أن نبين كيفية عرضها وما هي القواعد المتبعة في تنفيذها ابتداءً من لحظة تلقي الأوامر إلى آلية تنفيذها. لذا قمنا بتقسيم هذا المطلب على ثلاث فروع، خصص الفرع الأول للشروط الواجب توافرها في أوامر البورصة، والفرع الثاني لبيان طريقة عرض الأوامر، بينما خصص الفرع الثالث لتوضيح تنفيذ الأوامر على النحو الآتي:-

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في أوامر السوق

لما كان الأمر الصادر من المستثمر إلى الوسيط يمثل تعبيراً عن إرادة الأول، لذا يشترط أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في التصرفات القانونية الإرادية، فضلاً عن توافر شروط خاصة اقتضتها طبيعة التعاملات في سوق رأس المال، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:-
أولاً: الشروط العامة: يشترط في الأمر الصادر من المستثمر إلى الوسيط من أجل إبرام عقد التداول الشروط العامة الآتية:-

١- أن يكون الأمر محدداً: لكي يتولى الوسيط إبرام عقد التداول بشكل دقيق ينبغي أن يكون الأمر الصادر من المستثمر محدداً وواضحاً وبعيداً عن أي غموض، ويتوجب أن يحدد المستثمر طبيعة عملية التداول، كما يلزم بتحديد مكان تنفيذ الأمر إذا كان في الدولة أكثر من سوق للأوراق المالية^(٢).
كما يجب أن يتضمن أمر البورصة الشروط المتعلقة بوقت التنفيذ والمدة التي ينبغي تنفيذ الأمر فيها، وسعر التنفيذ^(٣)، وقد أشار المشرع العراقي إلى هذا الشرط في التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ في المادة (١٩) التي نصت على "يحدد التفويض اسم المستثمر، اسم الشركة، عدد الأسهم، والسعر الذي يرغب المستثمر بتنفيذ البيع والشراء على أساسه، ويكون ذلك أما وفقاً لسعر معين، أو لا يتجاوز سعراً معيناً أو ما يتراوح بين سعرين أو أفضل الأسعار التي يتمكن الوسيط من تحقيقها في تلك اللحظة من الجلسة، إضافة إلى التاريخ الذي يحدد المستثمر مسبقاً أو يحدده بفترة زمنية أو بين تاريخين معينين"

والملاحظ على النص أعلاه أنه أشار إلى أن الأمر يجب أن يكون محدداً، وقد بين محتوياته وهي اسم المستثمر والوسيط وكمية الأسهم التي يرغب باقتنائها وتحديد سعرها، وقد وضع المشرع عدد من المحددات التي ينبغي على الوسيط أخذها بعين الاعتبار عند التعاقد وهذه المحددات هي التعاقد على السعر الذي وضعه المستثمر أو التعاقد على سعر آخر لكن يجب أن لا يتجاوز السعر المحدد أو ما بين السعرين أو أفضل سعر مطروح في السوق متى ما تمكن الوسيط من تحقيقه، كما يلزم المستثمر بتحديد

(١) ينظر: المادة (١٣) من قواعد التداول الإلكتروني.

(٢) ينظر: طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٣) د. عبدالله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١١٦.

تاريخ التعاقد قبل إصدار الأمر للوسيط أو يحدده بفترة زمنية سابقة على التعاقد أو ما بين التاريخين، غير أن المشرع قد اغفل الإشارة إلى السندات على الرغم من قابليتها للتداول في السوق أيضاً، لذا ندعو المشرع إلى إعادة صياغة النص ليتناسب مع متطلبات عملية التداول.^(١)

وإذا كان الأمر الصادر من المستثمر يشوبه نوع من الغموض عندها يجب على الوسيط الامتناع عن تنفيذ مثل هذا الأمر، ولا يمكن للمستثمر الزام الوسيط المفوض بالتعامل بالأوراق المالية بالشكل الذي يحلو له، لأن الوسطاء مقيدون بقواعد السوق وأنظمتها، إلا أنه يمكن للمستثمر إعطاء الوسيط بعض التوجيهات الضرورية التي يرغب في أخذها بعين الاعتبار، والتي لا تتضارب مع أنظمة السوق.^(٢)

والسؤال الذي يطرح هنا ماذا لو نفذت شركة الوساطة عملية تداول الأوراق المالية على خلاف أوامر المستثمر المحددة؟ أيعتبر التصرف باطلاً أم إخلالاً بالالتزام وبالتالي يلزم الوسيط بتعويض المستثمر عن هذا الإخلال؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من بيان موقف التشريع، فبالنسبة لقانون سوق رأس المال المصري يمكن القول أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون قد بينت الأثر المترتب على مخالفة الوسيط لأوامر البورصة في المادة (٩٦) من اللائحة التي ألزمت الوسيط الذي خالف أوامر مستثمره أو تقدم للحصول على ورقة مالية غير جائز تداولها قانوناً أو محجوز عليها أن يسلم المستثمر ورقة غيرها خلال أسبوع من تاريخ المطالبة القضائية وإذا ما تعذر ذلك وجب عليه التعويض.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد اكتفى بمنع الوسيط من التعاقد على خلاف التفويض الصادر إليه من مستثمره وهذا ما نصت عليه المادة (١٨) من تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ النافذة التي جاء فيها: "لا يجوز للوسيط أو وكيله بأن يتصرف حسب رأيه المطلق أو أن يفرض رأيه عندما يقوم بالتعامل بالأوراق المالية لصالح المستثمرين ما لم يكن مخولاً من قبل المستثمر بموجب تفويض خطي لممارسة مثل هذا التصرف"; ويلاحظ على هذا النص أنه ألزم الوسيط بالحصول على تفويض خطي سابق على تقدمه للتعامل بالأوراق المالية، كما حظر عليه تجاوز التفويض والتصرف برأيه أو فرض رأيه على المستثمر، إلا أنه لم يبين الأثر المترتب على مخالفته الوسيط للتفويض الصادر إليه من مستثمره، وبالرجوع إلى قانون سوق الأوراق المالية نجد أنه نص على إبطال أي تعامل مخالف لتشريعات السوق.^(٣)

نخلص من ذلك أن المشرع العراقي لم يسلك ذات المسلك المتخذ من قبل المشرع المصري الذي اعتبر الوسيط مخلاً بالتزامه عند مخالفته أوامر المستثمر، وإنما عد ذلك التصرف باطلاً على الرغم من أنه لم ينص بشكل صريح ومباشر على هذه الحالة.

٢- أن لا يكون الأمر مشوباً بأي عيب من عيوب الإرادة

يجب أن يكون الأمر صحيحاً ومعبراً عن الإرادة السليمة للمستثمر^(٤)، وخالياً من العيوب التي تمس الإرادة كالخطأ، والغش^(٥)، وبما أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى عيوب الإرادة في قانون سوق الأوراق المالية، فيجدر الأمر الرجوع إلى القانون المدني باعتباره أحد مصادر قانون السوق وعند الرجوع للقانون المدني وجدنا أنه اشترط أن يخلو كل عقد من عيوب الإرادة، وعليه يمكن القول أن العمل بهذا الشرط يعد واجب قانوني ينبغي أن يتوافر في كل عقد ومن ضمنها عقد التداول.

٣- أن يكون الأمر الصادر من المستثمر مشروعاً

(١) دبر بالإشارة إلى أنه حتى تاريخ تقديم البحث في الشهر الخامس لسنة ٢٠١٩ لم يصدر عن أي شركة عراقية سندات يمكن تداولها في السوق.

(٢) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٣) ينظر: المادة (٤) من القسم الثالث من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٤) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٥) ينظر: طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ١٣١.

ينبغي أن يكون الباعث الدافع لإصدار الأمر إلى الوسيط مشروعاً أي ينصب على تنفيذ عملية مشروعة غير مخالفة للنظام العام. أما إذا كان تنفيذ الأمر من شأنه أن يؤدي إلى مخالفة القواعد المتصلة بالنظام العام كأن تكون محتويات الأمر محاولة غسيل الأموال^(١)، فهنا يتوجب على الوسيط الامتناع عن تنفيذ مثل هذا الأمر وإلا تعرض للمسؤولية القانونية^(٢) وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون السيطرة على نقل وبيع اسهم شركات النفط رقم (١٩) لسنة ١٩٤١ النافذ: (لا يحق للعراقيين الذين يمتلكون اسهما في شركات النفط نقل أو بيع اسهمهم إلى شخص آخر أو اشخاص آخرين أو شركة أو حكومة اجنبية الا بموافقة وزير الاقتصاد) .

ومما تقدم يتضح أن الأوامر هي تعبير عن إرادة المستثمر، والموجه الأساس الذي يعتمد عليه الوسيط للتعامل بالأوراق المالية، لذا وضعت قوانين سوق الأوراق المالية ومن ضمنها قانون العراق للأوراق المالية عدد من الشروط التي يجب أن يستوفيه أي أمر يصدر من المستثمر، ولعل من أهمها أن يكون الأمر واضحاً لا يؤدي إلى تشتت ذهن الوسيط عند تنفيذه، إلا أن معالجة المشرع لهذه الشروط لم تكن مستوفية لكل جوانبها وإنما يعتليها القصور المتمثل في عدم تطرقه إلى عيوب الإرادة فضلاً عن عدم توضيحه مشروعية الأوامر وترك تنظيم مثل تلك الشروط للنظام العام.

الفرع الثاني

طرائق عرض الأوامر

بعد تلقي كل وسيط أوامر مستثمره يسعى لتنفيذها من أجل إبرام عقد التداول، إلا أن إبرام هذا العقد لا يتحقق ما لم يعلن الوسيط عن الأوامر التي تلقاها من مستثمره في (س.ق.م) ففي هذا المكان يعلن كل وسيط عما في حوزته من أوامر ومن ثم يتعرف كل منهم على ما لدى الآخر من عروض. وطريقة عرض الأوامر مرت بعدة مراحل، فقد كان الإعلان عن الأوامر يتم بطريقة المناداة المتمثلة بإعلان كل وسيط في البورصة عما في حوزته من أوامر وهكذا يتعرف كل منهم على أوامر الآخر، ثم تطور هذا الأسلوب إلى قيام كل وسيط بكتابة تلك الأوامر على لوحات خاصة في سوق رأس المال، وقد كان للتطور التقني الذي ساد العالم اليوم أثره البارز في سوق الأوراق المالية التي كان لها نصيب من هذا التقدم عندما لجأ وسطائها إلى استخدام وسائل الاتصال الحديثة للتصريح عن أوامرهم وبهذا أصبح الحاسب الآلي هو الوسيلة المتبعة حالياً في عرض الأوامر، وسنبين هذه الطرق بشكل مفصل على النحو الآتي:-

أولاً: طريقة المناداة: تعد طريقة المناداة من أولى الطرق التي لجأ إليها الوسطاء للإعلان عن أوامر مستثمريهم، وتتمثل هذه الطريقة بقيام الوسيط بالمناداة بصوت مرتفع^(٣)، من أجل تعريف الوسطاء الآخرون بنوع الأوامر وعدد الأوراق المالية التي يرغب بالتعامل بها ونوعها والجهة المصدرة لها^(٤). وعلى الرغم من الإيجابيات التي تحظى بها هذه الطريقة كونها الطريقة المثلى التي يلجأ إليها الوسطاء للإعلان عن الأوامر وتنفيذها لما تتسم به من السرعة، غير أن هذه المميزات سرعان ما بدأت تتلاشى، لأنها لم تعد عملية في الوقت الحالي بعد ازدياد حجم التعاملات بالأوراق المالية مقارنة مع ما كانت عليه في بداية نشوء السوق، وإتباعها حالياً يؤدي إلى إشاعة الفوضى في السوق^(٥)، مما أدى إلى هجرانها وإتباع وسائل تتلاءم مع آلية التداول في السوق.

ثانياً: لوحات العرض: هي إحدى الطرق التي يتبعها الوسطاء للإعلان عن أوامرهم وتتجسد هذه الطريقة بقيام الوسيط قبل افتتاح جلسة التداول^(٦) بتدوين الأوامر على بطاقات خاصة يبين فيها نوع

(١) ينظر: المادة (٢/أولاً) من قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥.

(٢) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٩٧، ١٩٨.

(٣) ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٤) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٥) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٦) ينظر: المادة (٢/١) من قواعد التداول الإلكتروني.

الأمر وتحديد السعر الذي يرغب به وتسليمها إلى الموظف المختص والذي يتولى بدوره تدوينها على لوحات العرض^(١)، حيث يقوم هذا الموظف بكتابتها بصورة واضحة على اللوحة التي تنقسم بدورها إلى عدة حقول، ومنها ما هو مخصص لأوامر البيع والآخر لأوامر الشراء والآخر لأسم الشركة وآخر لرمز الوسطاء وبذلك يتم الإعلان عن الأوامر^(٢). وقد كانت هذه الطريقة هي المتبعة لعرض الأوامر في سوق بغداد للأوراق المالية، حسب ما نصت عليه المادة (٢٢) من قانون سوق بغداد الملغى. وعلى الرغم من التطور الإلكتروني في بورصة العراق وإلغاء قانون سوق بغداد للأوراق المالية إلا إن هذه الطريقة ما زالت نافذة واستمر العمل بها من قبل الوسطاء، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (٣٠) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ بقوله "لوسيط تثبيت جميع أوامر البيع أو الشراء الخاصة بالمستثمرين على لوحة القاعة في أمر أو عدة أوامر عادية إذا كان ذلك يحقق مصلحة المستثمرين".

وعند التمعن في النص المتقدم ذكره نلاحظ أن المشرع لم يلزم الوسيط بإتباع أسلوب عرض الأوامر بطريقة لوحات العرض، وإنما جعله مخيراً في إتباع هذه الطريقة من عدمها، وذلك حسب مصلحة المستثمر، فإذا كانت مصلحته تقتضي بإتباع هذه الطريقة عليه أن يعلن عن أوامر مستثمره بلوحات العرض، أما إذا كانت مصلحته تقتضي بعدم إتباعها فيلزم بترك هذا الأسلوب وإتباع طريقة الحاسب الآلي التي سيأتي بيانها لاحقاً. وقد أحسن المشرع العراقي في موقفه هذا لأن مصلحة المستثمر تتحقق حسب الطريقة التي يتبعها الوسيط في عرضه للأوامر، فقد تكون طريقة لوحات العرض لا تحقق تلك المصلحة لذا يلجأ الوسيط إلى طريقة الحاسب الآلي والعكس صحيح.

ثالثاً: الحاسب الآلي (التداول الإلكتروني): إن التطور التقني والتكنولوجي الذي شهده العالم اليوم له أثر بارز في عمل سوق الأوراق المالية؛ حيث تأثر هذا السوق بوسائل الاتصال الحديثة وذلك عن طريق استخدامه للحاسوب الآلي للإعلان عن الأوامر اعتماداً على إتباع وسائل تقنية حديثة سواء في حالات التداول أو في المواقع الإلكترونية لأسواق الأوراق المالية^(٣)، وبذلك استخدمت بعض الأسواق المالية العربية طريقة (الحاسب الآلي) لعرض الأوامر، ومنها سوق الأوراق المالية المصري في المادة (٢٦٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢)، أما بالنسبة (لسوق العراق للأوراق المالية) فلم يشهد أي تداول إلكتروني للأوراق المالية سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية، فبعد صدور القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية لم يحمل بين طياته أي إشارة إلى التداول الإلكتروني، فكان التداول في تلك الفترة يتم بطريقة يدوية فقط (طريقة لوحات العرض)^(٤)، ولم يشهد السوق استخدام الحاسب الآلي لعرض الأوامر وتنفيذها إلا بعد صدور تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) التي أقرت (نظام التداول الآلي)^(٥)، ومع ذلك بقي التداول الإلكتروني مجرد قواعد قواعد قانونية نظرية لم تنتقل لحيز الوجود العملي إلا بعد سنتين ونصف من صدور تعليمات تداول

(١) د. أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، مصدر سابق، ص ٨٠٠-٨٠١.

(٢) ينظر: المواد (٤٦/١، ٤٧/١) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٣) ينظر: د. أشرف الضيع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ١٣٧.

(٤) ينظر: د. هشام طلعت عبد الحكيم، د. عماد عبد الحسين دلول، نظام التداول الإلكتروني وانعكاسه في مؤشرات تداول سوق الأوراق المالية- دراسة تحليلية على سوق العراق للأوراق المالية، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢٢، العدد ٩٢، ٢٠١٦، ص ٢٥٢.

(٥) بينت المادة (٢) من تعليمات تداول الأوراق المالية بأن نظام التداول يقصد به نظام التداول المعمول به في السوق.

الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) وفي ١٩ / ٤ / ٢٠٠٩^(١)، حيث عقدت أول جلسة للتداول الإلكتروني في السوق والتي كانت بداية استخدام الوسيط الحاسب الآلي لعرض الأوامر^(٢).

ويرى بعضهم أن إصدار المشرع العراقي تعليمات التداول الإلكتروني يعد تصريحاً منه باستخدام أسلوب الحاسب الآلي لعرض الأوامر بدلاً من لوحات العرض بطريقة الحاسب الآلي حلت محل لوحات العرض وألغتها^(٣)، مع وجهة الرأي المتقدم ذكره ، إلا أنه ليس له أساس من الصحة لعدة أسباب:-

أ- عدم وجود أي نص قانوني وارد في تعليمات التداول الإلكتروني يشير بشكل مباشر أو غير مباشر إلى أن طريقة الحاسب الآلي هي الطريقة الوحيدة المستخدمة حالياً في عرض الأوامر، وفي الوقت ذاته لم ينص المشرع على إلغاء طريقة لوحات العرض واستبدالها بالحاسب الآلي.

ب- صرح المشرع العراقي في المادة (٣٠) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ بالقول " للوسيط تثبيت جميع أوامر البيع أو الشراء الخاصة بالمستثمرين على لوحة القاعدة..." هذه المادة قطع الطريق أمام القول بعدم اعتراف المشرع بطريقة (لوحات العرض) وبذلك يتضح لنا وجود طريقتين أشار إليهما المشرع لعرض أوامر المستثمرين في البورصة وهما (الطريقة التقليدية " لوحات العرض" الطريقة الحديثة " الحاسب الآلي") على الرغم من أن الطريقة التي يغلب استخدامها حالياً من قبل الوسيط لعرض الأوامر هي الحاسب الآلي، غير أن هذا لا يعني إلغاء أسلوب لوحات العرض بل يمكن للوسيط استخدام هذا الأسلوب إذا اقتضت مصلحة المستثمر بذلك، ويعتبر الموقف المتخذ من قبل المشرع العراقي موقفاً يثنى عليه، لكونه أعطى الوسيط الخيار في اختيار الطريقة الأنسب ، فسبق وأن ذكرنا بأن أسلوب عرض الأوامر ينعكس على نجاح أو فشل عملية التداول، أي الطريقة التي يختارها الوسيط لها دور كبير في تحقيق مصلحة المستثمر من عدمها فقد تتحقق تلك المصلحة عندما يلجأ الوسيط لأسلوب الحاسب الآلي لعرض الأوامر أو قد تكون طريقة لوحات العرض أفضل في تحقيق تلك المصلحة، لذا وجد المشرع ان من الأفضل ترك الخيار للوسيط في اختيار الطريقة التي يراها أنسب من غيرها في تحقيق مصلحة المستثمر.

الفرع الثالث

كيفية إبرام عقد التداول

بعد قيام كل وسيط في سوق الأوراق المالية بعرض الأوامر حسب الطريقة التي يراها مناسبة لتحقيق مصلحة المستثمر المتعاقد معه، وبذلك تصبح تلك الأوامر معلنة أمام جمهور المستثمرين. حيث يتعرف كل وسيط على ما لدى الآخر من الأوامر، وبذلك يسهل على الوسيط إيجاد الطرف المقابل للصفقة للتفاوض معه من أجل إبرام العقد، وعقد التداول كغيره من العقود يقتضي لإبرامه تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع قبول الطرف الآخر، أي يجب أن تتطابق الأوامر المعروضة من قبل طرفي العقد لكي يصار إلى تنفيذها وتختلف طريقة تنفيذ الأوامر وذلك حسب الأسلوب الذي

(١) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم ، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٢) وقع سوق العراق للأوراق المالية اتفاق مع شركة (Mubasher) لخدمة المستثمرين لغرض نشر معلومات وبيانات للتداول الإلكتروني في سوق العراق للأوراق المالية إلى المشتركين بالإضافة إلى وسائل الإعلام المختلفة و مدة هذا الاتفاق ثلاث سنوات بموجبه تقوم الشركة ببناء موقع إلكتروني خاص بسوق العراق للأوراق المالية، ينظر: د. ريان هاشم حمدون، مصدر سابق ، ص ١٢٤. وأعقبها النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة الذي يتم من خلاله " تسوية الحسابات المتبادلة لأطراف الصفقات التي تمت ، وذلك لغرض تحديد الحقوق والتزامات الوسيط الماليين المفوضين من قبل الأطراف وتسوية المراكز الناشئة عن عمليات التداول بين أطراف تلك الصفقات ، ثم إتمام عملية نقل ملكية الأوراق المالية التي تمت عليها الصفقات من حساب المستثمر لحساب مستثمر آخر" ينظر: د. هشام فضلي ، مصدر سابق ، ص ٦٣. وقد صرح هذا النظام باستخدام الوسائل الإلكترونية كنظام حديث حسب ما أشارت إليه المادة (٣/ب) من النظام الخاص بالإيداع والمقاصة والتسوية في سوق العراق للأوراق المالية. بالإضافة إلى إصدار تعليمات تداول الأوراق المالية عن طريق الإنترنت لسنة ٢٠١٦. وصدر مثل هذه التعليمات تعتبر مؤشراً على مواكبة سوق الأوراق المالية للتطورات التكنولوجية والمعلوماتية.

(٣) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، المصدر سابق ص ٢٢٤، رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٠١.

اتخذ الوسيط للإعلان عن أوامره. فإذا اتبع الوسيط أسلوب المناداة لعرض الأوامر فعليهم المناداة بصوت مرتفع داخل قاعة التداول من أجل الإعلان عن نوع الأوامر، وعن أسعارها. وبهذه الطريقة يكون لدى كل وسيط معلومات كافية عن أوامر الوسطاء الآخرين، لكي يتقدم الوسيط إلى الوسيط الذي يجد لديه طلبات وعروض متوافقة مع عروضه فيبدي إيجابه أو قبوله حياله وبذلك ينعقد العقد^(١).

أما بخصوص الأوامر التي تم عرضها عن طريق لوحات العرض، وتعرف الوسطاء على الأوامر المعلن عنها وفق هذا الأسلوب فيتقدم الوسيط للتعامل بالأوامر التي تناسب متطلبات عملائهم وبذلك ينعقد العقد^(٢). وقد تكون الأوامر المعروضة على لوحة التداول مختلفة الأسعار ففي هذه الحالة تتحقق المفاضلة بين الأوامر فتكون الأولوية لأدنى الأسعار في حالة الشراء وأعلىها في حالة البيع^(٣).

أما إذا كانت الأوامر المعروضة على لوحة التداول ذات سعر واحد ففي هذه الحالة تكون الأولوية في التنفيذ للأوامر التي تم تسجيلها أولاً على اللوحة. أي يكون تنفيذ تلك الأوامر حسب تسلسلها الزمني^(٤) وبعد تنفيذ الأوامر يقوم الوسيط بوضع إشارة على الأمر المنفذ. تتمثل تلك الإشارة بوضع دائرة على الأمر المنفذ بالقلم المخصص لذلك على اسم الوسيط والكمية والسعر في حالة الشراء. أما في حالة البيع فتتمثل تلك الإشارة بشطب على الأمر أفقياً بالقلم المخصص لذلك، هذا في حالة شراء جميع الوحدات المعروضة أما عند شراء جزءاً من تلك الوحدات فيتم تخفيض عدد الوحدات المعروضة بالعدد الذي تم شراؤه وتثبيت الرصيد المتبقي بعد الشراء^(٥).

أما بخصوص الأوامر المعلن عنها بطريقة الحاسب الآلي، فبعد أن يقوم الوسيط بإدخال أوامر البيع والشراء المتعلقة بالأوراق المالية إلى الحاسب الآلي وقبول أمر البيع في نظام التداول الآلي يتوقف على توفر كمية كافية من مخزون الأسهم لتسوية المعاملات وهذا ما بينته المادة (٢) من قواعد التداول الإلكتروني التي نصت على أنه " قبل القيام بقبول أي أمر بيع يقوم نظام التداول الآلي بالتأكد من توفر مخزون من الأسهم لتسوية المعاملة، ومن ثم يقوم بتعليق الأسهم المحددة في الأمر حتى لا يتم استخدامها مرتين يتم رفض أمر البيع إذا لم يتوافر مخزون من الأسهم في الحساب المعني لحظة إدخال الأمر "

اذ نلاحظ أن المشرع العراقي اشترط في قبول الأوامر في نظام التداول الآلي أن تتوفر كمية كافية من الأسهم، ويجب أن يتحقق هذا الشرط لحظة إدخال الأمر إلى جهاز الحاسب الآلي، وقد وضح المشرع الأسباب التي دعت إلى وضع مثل هذا الشرط لغرض تسوية المعاملات، وتجنب استخدام الأسهم في الحساب الآلي مرتين. ولكن ما يؤخذ على موقف المشرع أنه اقتصر على وضع شروط تخص قبول الأوامر المتعلقة بالأسهم دون السندات في نظام التداول الآلي، وكان على المشرع أن يبين موقفه من السندات فهل الشرط الذي وضعه المشرع لقبول الأسهم في نظام التداول الآلي ينطبق على السندات؟ أم أن المشرع سمح بقبول تداول السندات ألياً دون قيد أو شرط؟ وبعد أن يتقبل جهاز الحاسب الآلي تلك الأوامر المتعلقة بالأوراق المالية يتولى التوفيق بين الطلبات والعروض على الأوراق المالية المسجلة على شاشة الحاسب الآلي ويتكفل هذا الجهاز بالمقابلة بين تلك الأوامر على أساس السعر والكمية المحددة في كل أمر^(٦)، ولا يتم تنفيذ هذه الأوامر على الفور وفقاً لنظام التداول الآلي، وإنما تسبق عملية معالجة الأوامر تعديلها وتحديد سعر الافتتاح لكل ورقة مالية في فترة سابقة للافتتاح^(٧).

(١) ينظر: د. حسن النجفي، سوق الأوراق المالية، إصدارات مصرف بغداد، بغداد، سنة ١٩٩٢م، ص ٥٩.

(٢) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٣) ينظر: المادة (٣٢) من التعليمات التنظيمية في سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٤) ينظر: المادة (٣١) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق لسنة ٢٠٠٤.

(٥) ينظر: المواد (٤٦، ٤٧/ب) من التعليمات أعلاه.

(٦) ينظر: د. أحمد مخلوف الممطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، المصدر سابق، ص ٩٤، د. سيف إبراهيم مصاروة، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٧) تطرقت قواعد التداول الإلكتروني إلى جلسة ما قبل التداول في المادة (٤) بالقول " قبل بدأ التداول تكون هناك فترة سابقة للافتتاح يمكن من خلالها إدخال الأوامر أو تعديلها، دون أن تتم معالجتها على الفور من قبل نظام التداول الآلي والغرض من جلسة ما قبل الافتتاح هي تحديد سعر الافتتاح لكل ورقة مالية "

وبعد أن يتم تحديد سعر الافتتاح لكل ورقة مالية من قبل نظام التداول، فهذه الأسعار قد لا تكون متساوية ففي هذه الحالة تكون معالجة الأوامر بحسب الأولوية في السعر فتقدم أوامر الشراء بسعر أعلى في التنفيذ على الأوامر ذات السعر الأدنى وتكون الأولوية في تنفيذ أوامر البيع بسعر أدنى على أوامر البيع بسعر أعلى رعاية لمصالح المتعاملين في السوق، أما إذا كانت هذه الأوامر متساوية السعر فتكون الأولوية في التنفيذ للأوامر التي تم إدخالها أولاً حسب تسلسلها الزمني^(١) وبذلك ينعقد عقد التداول وفقاً لنظام الحاسب الآلي.

وقد يثار في هذا الصدد تساؤلاً، حول سلطة الوسيط في أن يرفض إبرام العقد، أي يتمتع عن تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من مستثمره؟ فقد اختلف الفقهاء في إمكانية رفض الوسيط تنفيذ الأوامر ونتيجة لهذا الاختلاف انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات نبينها على النحو الآتي:-

١- ذهب الاتجاه الأول: إلى عدم جواز رفض الوسيط تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من مستثمره، ويستند أصحاب هذا الاتجاه في رأيهم هذا إلى الأنظمة القانونية التي جعلت من التعامل بالأوراق المالية حقاً محتكراً على الوسطاء وحدهم دون المستثمرين الذين لا يحق لهم إبرام العقد مباشرة وإنما يلزمون بتقويض وسيط ينوب عنهم في إبرام العقد، وبما إن فئة الوسطاء هي الفئة الوحيدة التي تمتلك حق تنفيذ الأوامر لذا كان من المنطقي الإقرار بعدم جواز رفض الوسطاء تنفيذ الأوامر الصادرة من مستثمريهم وإلا لا يجد المستثمرين من يتولى إبرام الصفقات التي يرغبون بإجرائها^(٢).

٢- أما الاتجاه الثاني فذهب إلى القول بأن الوسيط له الخيار في تنفيذ أو عدم تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من مستثمره، إلا أن هذه الحرية مقيدة في عدم وجود اتفاق يلزم الوسيط بتنفيذ أوامر مستثمره، ففي هذه الحالة لا يملك الوسيط الحق في رفض إبرام عقد التداول لوجود اتفاق يلزمه بتولي إبرامه، كما أن الأمر المتعلق بتصفية مركز الوسيط يلزم الوسيط بتنفيذه وإلا تعرض للمسؤولية^(٣).

٣- أما الاتجاه الثالث فذهب إلى القول بعدم جواز رفض الوسيط تنفيذ أوامر مستثمره، إلا في أحوال أو ظروف معينة حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصل هو عدم جواز رفض الوسيط لأوامر مستثمره ويستندون في ذلك إلى ذات الحجج التي استند إليها أصحاب الاتجاه الأول وهي احتكار الوسيط ممارسة عملية التداول الأوراق المالية داخل السوق، ولكن التزام الوسطاء بتنفيذ أوامر مستثمريهم هو ليس بالالتزام المطلق، لاستطاعة الوسيط في ظروف معينة أن يتمتع عن تنفيذ الأوامر وذلك في حالة امتناع المستثمر عن تسليم الأوراق المالية المطلوب التنازل عنها أو عدم دفع ثمن الأوراق المالية التي يرغب باقتنائها، وكذلك الحال عندما يجد الوسيط أن تنفيذه لتلك الأوامر ستلحق ضرراً كبيراً بالمستثمر، وفي هذه الأحوال يحق له أن يتمتع عن تنفيذ أوامر مستثمريه^(٤).

هذا بالنسبة لموقف الفقه أما بالنسبة إلى التشريع، فقد ذهب المشرع المصري^(٥) إلى النص بصورة صريحة ومباشرة على إلزام الوسيط بإدخال عروض وطلبات التداول وفقاً لأوامر المستثمر في الحاسب الآلي المتصل بالبورصة وعلى مندوب الشركة تسجيل الأوامر التي يتلقاها من الشركة خلال جلسة التداول في السجل خاص تقيد فيه جميع تلك الأوامر، ولا يجوز تنفيذ أية عملية غير مقيدة بسجل الأوامر. وبذلك يتضح أن المشرع المصري ألزم الوسيط بتنفيذ الأوامر المسجلة ولا يجوز له رفضها. أما المشرع العراقي فلم يتضمن قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به أي نص صريح مماثل لما وضعه المشرع المصري بخصوص عدم جواز رفض الوسيط لتنفيذ أوامر مستثمره. ومما تقدم يمكن القول أن الأوامر المخالفة لقانون الأوراق المالية لا يجوز للوسيط قانوناً أن ينفذها بل يلزم برفض مثل تلك الأوامر، وكذلك الحال بالنسبة للأوامر التي تلحق ضرراً بالمستثمر فلا يجوز

(١) ينظر: المادة (٨/ ١/ ٢) من قواعد التداول الإلكتروني.

(٢) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(٣) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٧٥٣، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٤) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٧٥٤.

(٥) ينظر: المادة (٢٦٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ المعدل.

للموسيط تنفيذها، لأن المشرع العراقي ألزم الموسيط ببذل كل ما بجهده من أجل تحقيق مصلحة المستثمر^(١).

أما بخصوص الأوامر التي لا تضر بمصلحة المستثمر ولا تخالف قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به فيلزم الموسيط بتنفيذها وذلك لسببين:-

أ- لأن تنفيذها يحقق مصلحة المستثمر، والموسيط ملزم بتحقيق تلك المصلحة وفقاً لنص القسم (٥)(١٣)(ج) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ.

ب- بما إن الموسيط قد دخل في عقد مع المستثمر وقد كانت وأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه هي إبرام العقد وتنفيذه إذاً هو ملزم بتنفيذ أوامر المستثمر وامتناعه عن ذلك يعرضه للمسؤولية المدنية.

نخلص من ذلك أن المشرع العراقي لا يجيز تنفيذ أوامر المستثمر في حالة مخالفتها لقانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به أو في حالة كونها تلحق ضرراً بالمستثمر. وقد أوكل للسوق سلطة إبطال أية تعاملات مخالفة لقانونه عندما تناولها بالنص في القسم (٣)(٤) من ذات القانون، أما بخصوص الأوامر التي لا تخالف قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به ولا تلحق في ذات الوقت ضرراً بالمستثمر فالمشرع ألزم الموسيط بتنفيذ تلك الأوامر على الرغم من عدم نصه على ذلك بشكل مباشر، إلا أننا نستطيع أن نستخلص من نص القسم (٥)(١٣)(ج) من قانون سوق الأوراق المالية بأنه قد ألزم الموسيط بشكل غير مباشر بتنفيذ تلك التعليمات، لكونها تحقق مصلحة المستثمر.

(١) ينظر: المادة (٣/ج) من القسم الخامس من قانون سوق الأوراق المالية العراقي.

المبحث الثالث

الآثار القانونية لعقد التداول

إن آثار العقد وأحكامه تتمثل بالالتزامات والحقوق التي يترتبها الشارع عليه، والتي تختلف من عقد لآخر، وبما أن عقد التداول هو عقد ملزم للجانبين فإنه بطبيعة الحال يفرض التزامات عدة متقابلة على عاتق طرفيه المستثمر والوسيط، بحيث يكون كلا منهما دائناً ومديناً للآخر، فالمستثمر يلزم بأداء العمولة ورد المصروفات التي تكبدها الوسيط لإتمام العقد على التفصيل الذي سنبينه، وفي مقابل ذلك يلزم الوسيط بالتزامات عدة. وقد تناول المشرع الالتزامات الأخيرة بصورة مفصلة مقارنة مع التزامات المستثمر لحماية الأخير الذي غالباً ما يكون طرفاً ضعيفاً في العقد، ويكون لكل التزام من هذه الالتزامات أحكامها القانونية الخاصة بها وعلى هذا الأساس فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين، خصص المطلب الأول لبيان التزامات الوسيط بينما خصص المطلب الثاني لتوضيح التزامات المستثمر على النحو الآتي:-

المطلب الأول

الآثار المترتبة على عقد التداول بالنسبة للوسيط

إن العمليات المتعلقة بالأوراق المالية لا تخلو من المخاطر التي قد تتعرض لها لكونها عمليات دقيقة فمحلها أوراق مالية محكومة بعوامل العرض والطلب فقد تؤدي بها إلى الهبوط أو الارتفاع السريع بأسعارها ومن أجل تفادي أي مخاطر ضارة قد تلحق بالمستثمرين اتجه قانون سوق الأوراق المالية وقواعد البورصة إلى إلزام الوسيط بعدة التزامات يجب عليه مراعاتها وعدم إهمالها، وإلا تعرض للمساءلة المدنية أو الجزائية أو كلاهما.

وفي ذات الوقت من المهم أن لا يغيب عن نظرنا إن عقد التداول من عقود المعاوضة التي ترتب على كل طرف من أطرافه التزامات وحقوق متقابلة، واستناداً لذلك منحت الأنظمة القانونية المنظمة لعمليات التداول للوسيط عدداً من الضمانات قبل المستثمر لتعزيز ثقته وتضمن له حقوقه. ومن أجل الإحاطة بتلك الالتزامات والضمانات قسم هذا المطلب على فرعين: نخصص الفرع الأول للالتزامات الوسيط بينما نخصص الفرع الثاني للضمانات التي يحصل عليها الوسيط من مستثمره على النحو الآتي:-

الفرع الأول

التزامات الوسيط

يفرض عقد التداول على الوسيط مجموعة من الالتزامات، نظم بعضها المشرع في قانون سوق الأوراق المالية وفي أنظمة وتعليمات السوق النافذة. والبعض الآخر في القوانين ذات العلاقة كالقانون التجاري والمدني وغيرهما. فإذا لم يرق الوسيط بتنفيذ تلك الالتزامات فإنه بلا شك سيتعرض للمسؤولية المدنية في مواجهة المستثمر. أن التزامات الوسيط ستكون محلاً لدراسة تفصيلية في هذا الفرع، حيث سنتناول أهم تلك الالتزامات، وهي الالتزامات المفروضة على الوسيط باعتباره تاجراً، والتزامه بالتبصير، وضمان سلامة إجراءات عقد التداول، والمحافظة على سرية المعلومات وتقديم كشف حساب للمستثمر على النحو الآتي:-

أولاً : الالتزامات المفروضة على الوسيط باعتباره تاجراً
إن من يمارس على وجه الاحتراف أعمال التداول في سندات الشركات يمكن ان يكتسب صفة التاجر، لكونه يحترف عمل تجاري وهو التعامل بالأوراق المالية التي تعد من الأعمال التجارية^(١). وعليه يمكن القول بأن الوسيط شخص يحترف العمل التجاري لتوسطه في تداول (الأسهم، السندات) ولهذا فهو

(١) ينظر: المادة (١٥/٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

يكتسب صفة التاجر مما يتوجب عليه أن يلتزم بالواجبات كافة التي يلزم التاجر بالقيام بها، وأهمها التسجيل في السجل التجاري، واتخاذ اسم تجاري، ومسك الدفاتر التجارية، والامتناع عن المنافسة غير المشروعة، لذا نجد أن المشرع المصري ألزم الوسيط بمسك الدفاتر التجارية ومسك سجلات خاصة بسجلات المديرين والعاملون في شركات السمسرة حسب ما نصت عليه المادة (٢٤٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) بقولها: "... وتلتزم الشركة بإمسك سجل خاص بحسابات المديرين والعاملين بها تبين فيه العمليات المنفذة لصالحهم".

أما بخصوص الالتزامات الأخرى كالتسجيل في السجل التجاري واتخاذ اسم تجاري والامتناع عن المنافسة غير المشروعة فلم يتناولها قانون سوق رأس المال المصري، ألا أن هذا لا يعني بأن الوسيط غير ملزم بها، لأنه تاجر فيلتزم استناداً لهذه الصفة بكافة التزامات التاجر، وهذا ما نصت عليه المادة (٣١) من قانون التجارة المصري بقولها: "على كل من قيد بالسجل التجاري يبين على واجه محلة وفي جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بتجارة اسمه التجاري ومكتب السجل التجاري المقيدة ورقم القيد". واستناداً لهذا النص يرى بعض الكتاب بأن شركة الوساطة ملزمة بأن تذكر اسمها التجاري، ومكتب السجل التجاري ورقم القيد على واجهة الشركة وفي جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بتجارتها^(١).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في القسم (٥)(٤) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ على: "يجب على الوسيط أن يتخذ ويتعامل مع الأعمال تحت اسم تجاري" ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع ألزم الوسيط باتخاذ اسماً تجارياً ويترتب على تجاهله لهذا الالتزام ابطال عملية التداول التي قام بها في السوق على الرغم من عدم تطرق المشرع لذلك بصورة مباشرة غير أننا نستطيع أن نستنتج من خلال نص القسم (٣)(٤) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي التي نصت على أن: " تكون هنالك سلطة لسوق الأوراق المالية لإبطال أي تعامل في السندات في السوق مخالفاً لهذا القانون وقواعد السوق أو قواعد الهيئة" أن الأثر المترتب على مخالفة الوسيط لهذا الالتزام هو البطلان لقيوده في السوق والتصرفات القانونية المترتبة عليها، لمخالفته النصوص الواردة في قانون سوق الأوراق المالية. وعليه يمكن القول أن المشرع ينظر إلى الوسيط على أنه تاجر وبالتالي يجب عليه أن يلتزم بكافة واجبات التاجر الأخرى، وعلى الرغم من عدم تطرق المشرع العراقي لهذه الالتزامات في قانون سوق الأوراق المالية، ألا أنها مفروضة على كل تاجر بغض النظر عن طبيعة الأعمال التي يمارسها، لأن تلك الالتزامات الواردة في قانون التجارة قد جاءت بشكل مطلق^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن اكتفاء المشرع العراقي في قانون سوق المال بالزام الوسيط باتخاذ اسماً تجارياً دون النص على باقي الواجبات قد يولد ارباكاً تنظيمياً، لكون تلك الواجبات لا تقل أهمية عن وجوب اتخاذ اسماً تجارياً، كمسك الدفاتر التجارية التي توضح الحسابات المالية للوسيط، وعن طريقها يمكن معرفة ما للوسيط من حقوق وما عليه من التزامات. من جهة أخرى كيف يمكن لمصرف التسوية أن يتولى تسوية العلاقات القانونية بين الوسيط والمستثمر مالم يطلع على الدفاتر التجارية التي تبين له حجم المعاملات التي قام الوسيط باتخاذها وعلى أساسها يتم تعزيز ماله من حقوق وما عليه من التزامات. بالإضافة إلى أن الدفاتر التجارية تمثل أحد الوسائل التي قد تلجأ إليها المحكمة عند إفلاس التاجر إذ يمكن من خلالها أن تتبين من المعلومات المدونة في الدفاتر ما إذا كان الإفلاس نتيجة لتقصير التاجر في إدارة أمواله أو نتيجة لغش أو احتيال صدر منه، وفي ذات الوقت يستطيع أن يعتمد التاجر المفلس عليها لدفع تهمة الإفلاس التقصيري أو الاحتياالي ويحصل على الصلح الوافي^(٣)، كذلك الأمر بخصوص التسجيل بالسجل التجاري الذي يمكن المستثمر من الحصول على كافة المعلومات التي تخص

(١) ينظر: د. محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٢) نصت المادة التاسعة من قانون التجارة العراقي على: " على التاجر أن يسجل اسمه في السجل التجاري ويمسك الدفاتر التجارية المقررة قانوناً وأن يتخذ له اسماً تجارياً ومركزاً لمعاملاته التجارية".

(٣) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، عمان، سنة ١٩٩٧م، ص ١١٠-١١١.

الوسيط قبل تفويضه للقيام بعملية التداول، ومن ثم يطمئن المستثمر على سلامة الصفقة قبل إبرامها، لكون المشرع أجاز لكل شخص يرغب في الحصول على معلومات تخص التاجر أن يطلع على البيانات المسجلة في السجل التجاري وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٠) من قانون التجارة بقولها: " يقوم السجل التجاري على مبدأ العلانية فيجوز لكل مواطن أن يطلب الاطلاع على محتوياته وأن يحصل على صورة مصدقة من هذه المحتويات مقابل رسم يحدده الجدول الملحق بهذا القانون"، وإزاء ذلك يمكن القول أن الوسيط ملزم كأبي تاجر بالتسجيل في السجل التجاري الذي تتولى الغرف التجارية أو الصناعية مهمة الإشراف عليه^(١)، ولا يختلف الأمر كذلك بالنسبة للمنافسة غير المشروعة التي يلتزم الوسيط بمقتضاها بالامتناع عن أي عمل من شأنه أن يلحق الضرر بالسوق كأن يتحكم بسعر الأوراق المالية أو يرغم المستثمر على الامتناع عن التعامل مع الوسيط المنافس له^(٢).

ثانياً:- الالتزام بالتبصير

يعد عقد التداول من العقود التي تستلزم خبرة وكفاءة حيث يضم أطراف تتباين معرفتهم الفنية والعلمية بالجوانب المالية للأوراق المتداولة فيكون أحد الأطراف (المستثمر) في الغالب قليل الخبرة والمعرفة بالوضع المالي للسوق، وفي المقابل يكون الطرف الآخر (الوسيط) مهني محترف تتوفر لديه معلومات واسعة وخبرة عالية، قد تدفعه إلى استغلال المستثمر في إبرام صفقات خاسرة أو غير نافعة، لذا ألزمت الأنظمة القانونية الوسيط بتبصير المستثمر بكافة المعلومات المتوفرة لديه، حيث ينتج عن قيام الوسيط بتنفيذ التزامه هذا إلى اتخاذ المستثمر قرار سليم بخصوص إبرام العقد من عدمه، ونظراً لأهمية هذا الالتزام فقد اتجه بعض الكتاب إلى وضع تعريف خاص به فقد عرفه البعض بأنه "الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالمعلومات والبيانات"^(٣). ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء مطلقاً في تحديده لمعنى الالتزام بالتبصير ولم يبين المعنى المقصود بالمعلومات والبيانات المطلوب التبصير بها وكذلك ربط هذا الالتزام بما قبل التعاقد في حين يمكن أن يتم حتى في فترة تنفيذ العقد.

كما عرفه البعض الآخر بأنه "التزام المنتج المهني بوضع المستهلك في مأمن من مخاطر المنتج المسلم له سواء أكانت سلعة أو خدمة وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له"^(٤).

وعند التمعن في التعريف أعلاه يتضح أنه قد ركز على أحد جوانب هذا الالتزام وهي قيام المدين بتعريف الدائن بالمخاطر المتجسدة بسلبات الأقدام على إبرام العقد، في حين يلتزم المدين أيضاً بتعريف الدائن بإيجابيات الأقدام دون أن يتوقف على تبصيره بالمخاطر فقط، فضلاً عن التزام المدين بالتبصير بأعلام المستهلك عن ظروف التعاقد إعلانياً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، بالإضافة إلى المعلومات الأخرى المؤثرة أثناء تنفيذ العقد، والتي يعجز المستثمر عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة^(٥). ومن نافلة القول أن الالتزام بالتبصير يختلف تعريفه تبعاً للعقد الذي ينظمه لكن الهدف واحد وهو اطلاع الطرف الآخر في العقد على التفاصيل والمعلومات والبيانات الضرورية لإبرام العقد وتنفيذه بشكل سليم.

أما فيما يخص تداول الأوراق المالية فقد عرف التزام الوسيط بالتبصير بأنه "التزام الوسيط في سوق الأوراق المالية بوصفه مهني محترف بالإدلاء بالمعلومات والبيانات كافة في المرحلة السابقة على إبرام عقد الوساطة والتي يمكن أن تخلق رضا سليم ومتنور من قبل المستثمر (العميل) لإبرام صفقة ما"^(٦)، يبدو أن هذا التعريف أفضل من سابقه كونه يبين أن الوسيط المالي ملزم وفقاً لهذا الالتزام بالإدلاء

(١) ينظر: المادة (٢٦) من قانون التجارة العراقي .

(٢) ينظر: المادة (١٠) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠.

(٣) ينظر: نزيه محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته في بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٥١.

(٤) ينظر: السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٨٠٢.

(٥) د. خالد جمال احمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م، ص ٨١.

(٦) د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص ١٣٠.

بكافة المعلومات التي تؤثر على قرار المستثمر في إبرام صفقة ما ألا أن التعريف أشار إلى أن وقت الإدلاء بالمعلومات يكون في المرحلة السابقة على إبرام العقد في حين يلزم الوسيط المالي بالتبصير إلى ما بعد التعاقد.

وعرف الالتزام بالتبصير أيضاً بأنه " التزام مترتب على أحد طرفي العقد بتعريف الطرف الآخر بالبيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد وظروفه، والتي تهم المتعاقد الآخر معرفتها والإلمام بها، لكي يكون على بينه من أمره في اتخاذ قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه " ^(١) ووفقاً لهذا التعريف يلتزم الوسيط بتعريف المستثمر بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالورقة المالية وظروف التعاقد لكي يخلق لدى المستثمر المعرفة التامة بالصفقة التي سيبرمها الوسيط لصالحه لكي يتخذ قراره السليم بشأن الإقدام أو الامتناع عنها.

هذا على الصعيد الفقهي أما بالنسبة للتشريع فلم تتطرق أغلب التشريعات لتعريف الالتزام بالتبصير وإنما اكتفت بالإشارة إليه باعتباره أحد الالتزامات الملقاة على عاتق الوسيط، وهذا ما أشار إليه المشرع المصري في المادة (٤/٢٤٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ بالنص: "يحظر على الشركة اتباع أية أساليب في عملها تنطوي على الغش أو التدليس وبصفة خاصة "إخفاء أو التغيير أو الامتناع عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بالتعامل على الأوراق المالية" ويمكن تلمس هذه الإشارة في حظر المشرع الوسيط من إخفاء أو تغيير أو الامتناع عن الإفصاح عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بمحل العقد بمعنى أن الوسيط ملزم بإعلام المستثمر عن كافة المعلومات الجوهرية المتوافرة لديه بخصوص الورقة المالية .

وفي ذات السياق نجد المشرع العراقي قد تناول هذا الالتزام في قانون سوق الأوراق المالية النافذ رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (٥)(١٦) التي نصت على " على الوسيط أن يكشف عن الأجور ، العملات الأسعار المطلوبة من زبائنه وقد قد تفرض السوق قواعد تعود في العمولة العليا، السعر ومعدل الأجور بالإضافة إلى الكشف عن المتطلبات كما أقرتها الهيئة"

كما ألزم القسم (٥)(١٣)(ج) من ذات القانون الوسيط بأن "يبدل ما بجهده من أجل مصلحة الزبائن... وإبلاغهم بكافة المعلومات ذات الصلة التي تخص التعاملات في السندات للزبائن"، كما ألزم الوسيط في القسم (٥)(١٣)(د) من نفس القانون " الامتناع عن التعامل في معاملات كاذبة وزائفة ، صيغ أخرى من الاحتيال في السوق وأعمال وممارسات لها تأثير التضليل والخداع على المستثمرين أو خلق انطباع كاذب أو مضلل عن فعالية السوق" وبذلك يتضح أن المشرع العراقي استناداً إلى النصوص أعلاه قد ألزم الوسيط بتبصير مستثمره قبل إبرام عقد التداول وبعد تنفيذه، لتحقيق مصلحة المستثمرين المتمثلة بإبلاغهم بكافة المعلومات المتعلقة بالورقة المالية. كما حظر المشرع على الوسيط الاشتراك في المعاملات الكاذبة وكل أشكال الاحتيال في السوق، لما تسببه من تضليل للمستثمرين وبالتالي ستؤدي إلى تقليل أو انعدام ثقتهم مما يدفعهم إلى الامتناع عن الاستثمار في الأسواق المالية.

ولكن متى يكون الوسيط مخلاً بتنفيذ الالتزام بالتبصير؟ للإجابة على هذا التساؤل يتوجب علينا أن نحدد طبيعة التزام الوسيط بالتبصير هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ إزاء ذلك اختلفت آراء الفقهاء حول طبيعة التزام الوسيط فذهب بعضهم إلى القول بأن الوسيط ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد، بمعنى أن مسؤولية الوسيط لا تتحقق ما لم يثبت المستثمر إن الإخلال ناتج عن خطأ الوسيط، طالما كانت مسؤولية الوسيط تقوم على أساس خطأ واجب الإثبات، وليس على أساس خطأ مفترض الذي بمجرد أن يدعي به المستثمر تثبت المسؤولية على الوسيط دون حاجة للإثبات ^(٢).

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التزام الوسيط بالتبصير يتعدى بذل عناية الرجل المعتاد، لأنه مهني محترف فلا يعتبر قد نفذ التزامه هذا بمجرد قيامه ببذل عناية الرجل المعتاد، ومن ثم إذا أخل الوسيط بالتزامه فلا يلزم المستثمر بأثبات خطأ الوسيط لتحقيق مسؤولية الأخير، وإنما يكفي أن يثبت عدم قيام الوسيط بتنفيذ التزامه، ولا يمكن للوسيط أن يتخلص من المسؤولية ما لم يثبت أن إخلاله

(١) د. جمال عبد العزيز عثمان ، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) ينظر: د. عبد الفضيل محمد احمد ، مصدر سابق، ص ١٢٦.

بالتزامه راجع لسبب أجنبي^(١)، وعليه يلزم الوسيط ببذل عناية، ألا أن التزامه هذا يقترب من الالتزام بتحقيق نتيجة، لكون العناية التي يلزم بها يفترض أن تكون على درجة عالية، كونه مهني محترف^(٢). في ضوء ما تقدم يمكننا ترجيح الرأي الفقهي الوارد أعلاه، لأن دور الوسيط يقتصر على استعراض المعلومات المتوافرة لديه حول الورقة المالية التي يرغب المستثمر باستثمارها فضلاً عن المعلومات المتعلقة بالجهة المصدرة للورقة من حيث الأرباح التي حققتها تلك الجهة ونجاحاتها التجارية التي تؤثر على قيمة الورقة المعروضة في البورصة، ويترك للمستثمر حرية تقدير نتائج هذه المعلومات.

والسؤال الذي ما زال قائماً في هذا الصدد هو هل الوسيط ملزم بالتبصير بشكل مطلق حتى لو كان المستثمر تتوافر لديه التجارب السابقة والخبرة الفنية اللازمة للتعامل في سوق الأوراق المالية؟ يرى البعض أن وجود بعض المستثمرين في البورصة الذين تتوفر لديهم الإمكانيات العلمية والفنية والتي قد تفوق خبرة الوسيط نفسه كالمصارف وشركات الاستثمار المالي وغيرهم الذين تتوفر لديهم الخبرة الفنية اللازمة للتعامل في سوق المال تجعلهم في غنى عن الحاجة إلى التبصير من قبل الوسطاء في سوق الأوراق المالية^(٣).

وبناءً على ذلك يمكن القول أن الوسيط ملزم بتبصير المستثمر حتى لو كان هذا الأخير تتوفر لديه خبرة فنية وعلمية كافية للتعامل في الأوراق المالية، فالنصوص القانونية التي سبق ذكرها ألزمت الوسيط بتبصير المستثمر بشكل مطلق دون النظر إلى مؤهلات المستثمر الشخصية، ونتيجة لذلك فقد ذهبت بعض أحكام المحاكم إلى جعل الوسيط مسؤولاً مسؤولية مدنية لعدم قيامه بتبصير المستثمر على الرغم من معرفة الأخير التامة بسوق الأوراق المالية، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما ألزمت البنك بوصفه وسيطاً بتعويض المستثمر عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لإخلاله بتبصير المستثمر على الرغم من أن الأخير كانت لديه معرفة ببعض المعلومات المتعلقة بآليات التعامل بالسوق^(٤).

ثالثاً : الالتزام بضمان سلامة إجراءات عقد التداول

من أجل زيادة ثقة المستثمرين للتداول في سوق الأوراق المالية وفي ذات الوقت عدم فسخ المجال أمام الوسيط لإبرام العقد بعيداً عن الحرص والدقة، ألزمت أغلبية التشريعات الوسيط بضمان سلامة الصفقة التي يقوم بإبرامها، وقبل التطرق للموقف القانوني من التزام الوسيط بضمان سلامة العملية يجب إيضاح المقصود بهذا الالتزام.

وعلى الرغم من عدم وجود أي تحديد فقهي دقيق لهذا الالتزام، ألا أنه يمكن القول بأن له مدلولان أحدهما شخصي متعلق بالمستثمر والثاني موضوعي متعلق (بالورقة المالية) التي هي محل عقد التداول. فيرى الفقهاء أن الوسيط ملزم بالتحقق من شروط صحة التعاقد^(٥) فمن الناحية الشخصية ينبغي على الوسيط التأكد من أن المستثمر هو أهل لإبرام الصفقة ويتحقق ذلك عن طريق التأكد من ملكية المستثمر للورقة المالية التي يرغب باستثمارها في السوق أو يتأكد من أن المستثمر هو صاحب الحق في إصدار الأوامر بتداول الأوراق المالية التي بحوزتها أو بحوزته^(٦).

(١) ينظر: د. أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٤، ص ١٩٢.

(٢) د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٣) د. صالح راشد الحمراي، حماية المستثمرين من خلال التبصير وملائمة التوجه في سوق الإمارات للأوراق المالية، ندوة الثقافة والعلوم، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠، ص ٢٠-٢١.

(٤) محكمة نقض تجاري ٢٨ أكتوبر ١٩٧٩. دالوز ١٨٧٦_٣٧- القرار مشار إليه لدى د. سهير منتصر ، الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، بلا سنة ، ص ٣٢.

(٥) د. عصام أحمد البهجي ، مصدر سابق ، ص ٧٥٧.

(٦) محمد حسن عبد المجيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ١٧٩.

أما من الناحية الموضوعية، فينبغي على الوسيط التحقق من أن الأوراق المالية جائز تداولها قانوناً^(١)، وتكون كذلك إذ لم يوجد عيب في الورقة المالية أو لم يحظر المشرع التعامل فيها، ويمكن للمشرع أن يمنع تداول بعض الأوراق المالية خلال فترة محددة لذلك الزم شركة الوساطة التأكد من خلو الورقة من القيود القانونية التي قد يفرضها المشرع على بعض أنواع الأوراق^(٢). وينبغي على الوسيط التأكد من أن الأوراق المالية غير محجوزة أو مزيفة أو مستهلكة^(٣) فإذا ما وجد الوسيط أثناء قيامه بالإجراءات اللازمة للتحقق من سلامة الورقة المالية بأن تلك الورقة معيبة عليه أن يبلغ الجهات الرقابية في السوق كالهيئة العامة وكذلك تبليغ المستثمر لاتخاذ التدابير اللازمة لتفادي مثل ذلك العيب^(٤).

أما من الناحية القانونية فنظراً لأهمية هذا الالتزام فقد نصت عليه بعض التشريعات بشكل صريح ومن أهم تلك التشريعات هو التشريع المصري في المادة (١٨) من قانون سوق راس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) الذي نص على "تضمن الشركة سلامة العملية التي تتم بواسطتها وتبين اللائحة التنفيذية للأعمال التي يجب على الشركة القيام بها".

وقد فسر غالبية الفقه المصري هذه المادة بكونها قد جعلت السمسار ملزم بضمان سلامة العملية دون الاشتراك بتنفيذ الصفقة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك بين المستثمر وشركة الوساطة^(٥).

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد الزم الوسيط بالتحقق من شخصية المستثمر وعليه التأكد من أن المستثمر تتوفر لديه الأهلية القانونية والصفة المطلوبة لتنفيذ العملية. أما إذا كان المستثمر شخصية معنوية فعلى الوسيط التحقق من أن ممثل الشخص المعنوي أهلاً للتصرف بوصفه ممثلاً قانونياً، أم بناء على تفويض أو وكالة وله طلب المستندات التي تمكنه من التحقق من صحة تعيين هذا الممثل القانوني^(٦).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتطرق إلى التزام الوسيط بضمان سلامة الصفقة في قانون سوق الأوراق المالية، بيد أن التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق لسنة ٢٠٠٤ قد تفادت هذا الفراغ التشريعي بتنظيمها بعض جوانب هذا الالتزام عندما نصت في المادة (٢٠) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية على الاتي: "على الوسيط مراعاة الشروط التالية عند تلقي الأوامر الخطية: ١- التأكد من هوية المستثمر والتثبت من أهليته للتعاقد وتثبيت اسم ولقب ومحل إقامة المستثمر. ٢- حضور المستثمر أو وكيله أمام الوسيط. ٣- طلب نسخة من الوكالة المصدقة من الكاتب

(١) هناك نوع من الأسهم لا يجوز تداولها قانوناً وهي اسهم المؤسسين إذ لا يجوز تداولها قانوناً إلا وفق القيود التي قررها قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ م في المادة (٦٤ / أولاً) وهي مضي سنة واحدة على تأسيس الشركة أو توزيع أرباح لا تقل عن ٥% من راس مال الشركة المدفوع. ينظر: د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط ٢، سنة ١٩٩٣م، ص ٣٧.

(٣) د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٧٢، يقصد بالاستهلاك قيام الشركة باستهلاك الأسهم التي قدمها الشريك كرأس مال للشركة، بيد أن الشركة تلتزم برد قيمتها إلى المساهمين في أحوال معينة كما لو كانت الشركة قد منحت امتياز باستغلال مورد من موارد الطبيعة أو إقامة مشروع عام لمدة معينة ثم يؤول المشروع مع موجوداته إلى الجهة المانحة للامتياز، ومثل هذه الأسهم لا يجوز تداولها في سوق رأس المال، لكون هذا السوق لا يسمح إلا بتداول الأوراق المالية الأصلية، لمزيد من التفصيل ينظر: د. أكرم يا ملكي، مصدر سابق، ص ٢١٤-٢١٥، د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، عمان، الأردن، سنة ٢٠٠٦م، ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٤) د. محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٥) د. علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٢م، ص ٥٨. د. مختار احمد البربري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٦) المادة (٣-٣) من قواعد السلوك الحميدة الفرنسي، مشار إليه لدى د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

العدل في حالة حضور الوكيل والتأكد من هويته. ٤-التأكد قبل تسجيل امر البيع من حيابة الأمر للاسهم وفي حالة تعذر إبراز شهادة ملكية الأسهم فعلى الوسيط أن يطلب من ذوي العلاقة إحضار كتاب تأييد من الشركة مصدرة الأسهم يبين عدد الأسهم المملوكة من قبله كما يبين أن الشهادة موجودة بحوزتها وليست محجوزة أو مرهونة أو مفقودة ولم يعط شهادة جديدة بدلا عنها..."

ويلاحظ على المادة أعلاه أنها نظمت التزام الوسيط بضمان سلامة العملية من الناحيتين الشخصية وعندما ألزمت الوسيط في الفقرات (١, ٢, ٣) من التأكد من شخصية المستثمر وهويته وأهليته للتعاقد، وفي حالة كون مصدر الأمر هو وكيل عن المستثمر فيلزم الوسيط بالتحقق من وكالته وذلك عن طريق الزام الوكيل بتقديم نسخة من وكالته مصدقة من كاتب العدل والتأكد كذلك من هوية الوكيل. كما نظمت هذه المادة التزام الوسيط بضمان سلامة الصفقة من الناحية الموضوعية عندما ألزمته في الفقرة (٣) بالتأكد من ملكية المستثمر للورقة المالية ويتحقق ذلك عن طريق الزامه بإبراز شهادة ملكيته للورقة المالية، وعليه إحضار كتاب تأييد من الشركة المصدرة للورقة يبين فيه عدد الأسهم المملوكة كما يبين بأن تلك الأسهم غير محجوزة أو مرهونة أو مفقودة.

وعلى الرغم من إيجابيات هذه المادة كونها قد نظمت اهم التزام ملقى على عاتق الوسيط، ألا أنها قد اكتفت بالإشارة إلى التزام الوسيط بضمان الصفقة التي يكون محلها اسهم دون التطرق للسندات أو أوراق مالية أخرى قابلة للتداول على الرغم من أن التزام الوسيط بضمان سلامة العملية في الأسهم لا يختلف عنه بالسندات من الناحية العملية.

وعندما ألزمت المادة (١٢/ج) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة لسنة (٢٠٠٧) المستثمر بإيداع الأوراق المالية في مركز الإيداع، ألزمت الوسيط كذلك بالتحقق من ملكية المستثمر للورقة المالية.

وفي هذا الصدد يمكن طرح التساؤل الآتي: هل المشرع العراقي ألزم الوسيط بضمان سلامة الصفقة فقط أم أضاف إلى التزامه وجوب تنفيذها؟ لقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بشأن تحديد موقف المشرع من الزام الوسيط بتنفيذ عملية تداول الأوراق المالية وعلى أساس ذلك يرى بعض الكتاب أن المشرع العراقي لم يضع نصاً قانونياً صريحاً ومباشراً يحدد من خلاله موقفه بشكل صريح فيما اذا كان الوسيط ملزم بضمان سلامة الصفقة وصحتها أم يلتزم بتنفيذها كذلك، وعليه يمكن القول أن شركة الوساطة ملزمة بضمان سلامة العملية فيما بينها وبين المستثمر وقيامها بكافة الأعمال التي من شأنها أن تحقق ربح المستثمر^(١). في حين يرى البعض الآخر^(٢) ان التزام الوسيط يتجاوز ضمان صحة وسلامة الصفقة إلى تنفيذها، لان الوسيط هو المسؤول عن القيام بإجراءات التسوية، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (١١) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) حيث ألزمت الوسيط بالتأكد من كفاية رصيد المستثمر من الورقة المالية المعنية قبل إدخال أمر التداول وكذلك ألزمت الوسيط بالتأكد من كفاية رصيد المستثمر من الثمن عندما يكون الأمر بالشراء.

من خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع العراقي وبشكل غير مباشر اعتبر الوسيط ضامناً لسلامة وصحة الصفقة دون أن يلتزم بضمان تنفيذها^(٣)، وسبب ذلك أن مركز الإيداع هو من يتولى القيام بمهمة تنفيذ الصفقة من خلال اكتمال عملية المقاصة والتسوية، وهذا ما نصت عليه القسم (٩)(٣) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي بنصها على انه "تصفى وتسوى كل معاملات السندات التي تتم في السوق من خلال دوائر الإيداع وعلى أساس إدخالها السجلات..."

(١) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ١٩١.

(٢) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣) وبذلك يقترب عقد التداول من عقد الوكالة بالعمولة. ففي عقد الوكالة بالعمولة لا يضمن الوكيل تنفيذ الصفقة وإنما يقتصر التزامه على ضمان صحة العقد الذي قام بأبرامه، لان ضمان التنفيذ لا يمكن ان يستقر الا بمقتضى نص قانوني. وبما ان كلا العقدين الوكالة والتداول لم يتضمنا اي نص قانوني صريح يلزم المدين بضمان صحة الصفقة وتنفيذها لذا لا يلزم الوكيل بضمان تنفيذ الصفقة الا اذا تضمن عقد الوكالة شرطاً صريحاً بذلك يسمى (شرط الضمان) فمثل هذا الشرط يجعل الوكيل ملزماً بضمان تنفيذ العقد. نقلا عن استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

رابعاً : التزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات

بما أن الوسيط هو الشخص الوحيد الذي يمتلك احتكاراً قانونياً لممارسة مهنة الوساطة، الأمر الذي يمكنه من الاطلاع على خصوصيات المستثمرين المالية المتعلقة بالتداول في سوق الأوراق المالية، مما يؤدي إلى إشاعة الطمأنينة بين جميع المستثمرين، لذلك تدخلت أغلب النظم التشريعية لالتزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعاملات المنفذة من خلاله وهذا الالتزام لا يختص فقط بالأسواق المالية ، بل يوجد كذلك في أغلب المجالات القانونية وبالخصوص المجال التجاري لارتباطه بالمال وكيفية استخدامه وخصوصيات التاجر وتاريخه التجاري.

ويقصد بسر المهنة ما يكتمه الشخص من معلومات أو بيانات تتعلق بمهنته من خلال عدم الادلاء بأسرار عمله و المتعاملين معه^(١) ونظراً لأهمية هذا الالتزام أو الواجب فقد أكد أغلبية التشريعات عليه، لتعلق مصلحة المستثمرين به ، وخرق الوسيط لهذا الواجب أو عدم المحافظة على المعلومات السرية التي يطلع عليها بحكم مهنته يعرضه للمسؤولية الجزائية و المدنية او كلاهما، ولم يكتف المشرع المصري بالتطرق للقواعد العامة لهذا الواجب بل أشار إليه في قوانين سوق الأوراق المالية عندما نص في المادة (٢٣٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ على: " تلتزم الشركة بالمحافظة على السرية التامة لبيانات عملائها وعدم إفشاء أية معلومات عنهم او عن معاملاتهم إلى الغير بدون موافقتهم الكتابية المسبقة وذلك باستثناء الحالات التي يلزم فيها تقديم معلومات محددة إلى البورصة أو الجهات الرقابية أو القضائية وفقاً لما تقتضيه القوانين من ذلك "

وبذلك ألزم المشرع المصري وفقاً لهذا النص شركة السمسرة بحفظ أسرار المستثمرين من أجل زيادة الثقة لديهم إلا أن هذا الالتزام ترد عليه عدداً من الاستثناءات، فمن جهة أعطى لصاحب المصلحة (المستثمر) الحرية في التنازل عن حقه في عدم إفشاء أسرار، لأن هذا الواجب هو احد الحقوق التي أقرها المشرع لمصلحة المستثمرين لذا من حق المستثمر ان يتصرف به بالتنازل، ومن جهة أخرى ألزم شركة الوساطة بالكشف عن معلومات المستثمر الخاصة في حالات حددها المشرع بالنص كما في حالة قيام إدارة البورصة أو الهيئة بواجب الرقابة على التعاملات التي تتم في سوق المال أو في حالة قيام السلطات القضائية بوظائفها عندها يكون الوسيط ملزم بالكشف عن المعلومات التي بحوزته لان المصلحة العامة تقدم على الخاصة عند تعارضهما^(٢).

ونظراً لأهمية هذا الالتزام وخاصة في سوق الأوراق المالية فقد أشار إليه قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ المعدل حيث بين فيه الجزاء المترتب على مخالفة الوسيط ولم يترك تنظيم تلك الجزاءات للقواعد العامة، فقد نصت المادة (٦٤) من هذا القانون على: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد منصوص عليها في قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على عشرين مليون جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من افشى سر اتصل بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون أو نفعا منه أو لزوج أو لأولاده أو اثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة".

وقد انتهج المشرع العراقي ذات النهج المتخذ من قبل المشرع المصري في قانون سوق الأوراق المالية عندما أشار إلى التزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات في القسم (٥)(١٣)(أ) التي نصت على " حماية المعلومات السرية التي تخص المستثمرين الا اذا دعت الحاجة الى الكشف عنها وفقاً للقانون"، وعلى الرغم من ايجابيات هذا النص كونه أشار بشكل صريح ومباشر إلى واجب الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات، غير أنه لم يكن موفقاً في استخدامه كلمة (مضطراً) والتي يمكن أن تفسر بأن الوسيط غير ملزم قانوناً بالكشف عن المعلومات السرية التي بحوزته إلى الجهات القانونية،

(١) د. يعقوب صرخو، سر المهنة في القانون الكويتي، الكويت ، ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع ، سنة ١٩٨٩، ص ١٣، د.علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨، بند ٩٨٥، ص ٩٢٧.

(٢) ينظر: د. صالح راشد الحمداني ، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق، ص ٤٤١ - ٤٤٨ .

إلا إذا كانت هناك حاجة ملحة تدفعه إلى ذلك، لذا يكون من الأفضل استبدال كلمة (مضطراً) بـ(ملزماً) لتكون الصياغة أكثر دقة ووضوحاً.

والتزام الوسيط بالمحافظة على المعلومات التي يطلع عليها بحكم مهنته في سوق رأس المال تنفرد منه استثناءات عدة نص عليها المشرع في القسم (٥)(١٤) من قانون سوق الأوراق المالية بقوله " أن يكون للهيئة والسوق الصلاحية في الحصول على المعلومات ذات صلة بوضع هذا القانون موضع التنفيذ أو قواعد البورصة أو الهيئة من الوسطاء أو وكلائهم أو الحائزين بدون حاجة إلى الموافقة من قبل ذلك الوسيط....."

ويلاحظ على النص أعلاه أنه أشار إلى (الجهات التي يلزم الوسيط بالكشف عنها قانوناً) الواردة في القسم (٥)(١٣)(١) المتقدم ذكرها، وقد حدد المشرع تلك الجهات في القسم (٥)(١٤) وهي (الهيئة العراقية المؤقتة، وإدارة السوق)، غير أنه غفل عن ذكر الجهات القضائية باعتبارها من الجهات التي يحق لها قانوناً الاطلاع على كافة المعلومات السرية ومباشرة وظائفها ولكن مع ذلك يبقى الوسيط ملزماً بالكشف عن كافة المعلومات السرية التي بحوزته للجهات القضائية، لأن القضاء يمتلك ولاية عامة يستطيع من خلالها إلزام الوسيط باعتباره تاجراً بالكشف عن دفاتره التجارية ويستطيع أن يطلع على المعلومات جزئياً أو كلياً حسب القواعد المقررة بهذا الشأن.^(١)

أما فيما يخص الإجراءات المترتبة على إخلال الوسيط بالتزامه بالمحافظة على سر المهنة، فقد تطرق إليها قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ في القسم (١٥) عندما فرض على الوسيط المخل بالتزامه عقوبة إدارية متمثلة بالغرامة ويتم تطبيق هذه العقوبة من قبل الجهات الإدارية في السوق، بيد أن من حق المضرور (المستثمر) المطالبة بفرض عقوبة جزائية على الوسيط، ويكون ذلك من خلال رفع دعوى جزائية أما المحاكم الجنائية لتطبيق أحكام قانون العقوبات على الوسيط^(٢)، باعتباره قاعدة عامة تطبق على عقد التداول كذلك.

نخلص مما تقدم أن المشرع على الرغم من نصه على هذا الالتزام بشكل صريح، ألا أنه لم يحيط بكل جوانبه كما فعل المشرع المصري الذي أشار إلى التزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات بشكل مفصل وخالي من أي قصور أو غموض.

خامساً: التزام الوسيط بتقديم كشف حساب للمستثمر: بما أن المستثمر لا يتعامل بالأوراق المالية بنفسه وإنما يلزم بتقويض وسيط، لذا لا بد أن تكون لديه وسيلة يستطيع من خلالها مراقبة عمل الوسيط من جانب والاطلاع على سير الإجراءات من جانب آخر. وهذا ما يبرر التزام الوسيط بتقديم كشف حساب لمستثمره^(٣) ويكون هذا الكشف مدعم بالمستندات المتضمنة جميع المبالغ التي تم خصمها أو إيداعها في الحساب لصالح المستثمر ولا يعفى الوسيط من هذا الالتزام، لكونه التزام قانوني مقرر بمقتضى القواعد القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢٧) من اللائحة التنفيذية القانونية لسوق رأس المال المصري بقولها: "تلتزم الشركة بأن تحتفظ في كل وقت بالدفاتر التي توضح مركزها المالي والحسابات

(١) ينظر: المادة (٥٣/أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) وبالرجوع إلى قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل نجد أنه قد نص في المادة (٤٣٧) على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مئتين ديناراً بإحدى هاتين العقبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فن أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر".

(٣) وبذلك يقترب عقد التداول من عقد الوكالة بالعمولة كذلك من ناحية الالتزام بتقديم كشف حساب، لأن الوكيل بالعمولة يلزم أيضاً بتقديم كشف حساب لموكلة وهذا ما نصت عليه المادة (٩٣٦) من القانون المدني على: "على الوكيل من وقت لآخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل لها في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً بعد انقضاءها"، ويكون هذا الحساب على نوعين فهو إما حساب جزئي أي يقدم قبل انتهاء إبرام العقد، أو قد يكون حساب نهائي ختامي وإذا كان من الجائز أن يعفى الوكيل من تقديم الحساب الجزئي، ألا أنه لا يمكن أن يعفى من تقديم الحساب الختامي (النهائي)، لأهمية هذا الحساب الأخير كونه يمكن الموكل من الاطلاع على كامل الصفقة المبرمة، ينظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٢٣٦. وينبغي أن يكون كشف الحساب الذي يقدمه الوكيل بالعمولة مطابقاً للحقيقة وإلا جاز للموكل رفض العقد الصفقة التي تتعلق بها البيانات الكاذبة، كما أن للموكل الحق في مطالبة الوكيل بالتعويض إذا أصابه ضرر. ينظر: د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

والسجلات والمستندات والمكاتبات بما يتفق مع القوانين واللوائح السارية كما تلتزم بأن ترسل لعملائها عند طلبهم البيانات المالية الدورية الخاصة بها وفقاً لآخر قوائم مالية معتمدة " وعند الانتقال للتشريع العراقي نجد أن قانون سوق الأوراق المالية قد خلا من أي نص يبين التزام الوسيط بتقديم كشف حساب لمستثمره، غير أن تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) قد تلافت هذا النقص عندما ألزمت الوسيط بإبلاغ مستثمره بالصفقات المنفذة الصالحة ويبين له رصيده من الأوراق المالية إذا كان الأمر بيعاً أو رصيده من الأموال النقدية إذا كان الأمر شراء^(١). ونظراً لأهمية هذا الالتزام كونه يمثل الأساس الذي يعتمد عليه المستثمر في عقد التداول لتحديد حقوقه تجاه الوسيط، لذا يجب أن يكون كشف الحساب دقيقاً وتفصيلياً عن كافة الرسوم والعمولات والأسعار المطلوبة فضلاً عن الكشف عن المتطلبات الأخرى التي تقرها الهيئة العراقية المؤقتة^(٢). وإذا ما راود المستثمر أي شك بشأنه صحة الحساب فيجب عندئذ أن يقدم الوسيط لمستثمره ما يثبت صحة الحساب والا جاز للأخير اللجوء إلى القضاء الذي يقوم بدوره بانتداب خبير عادة ما يكون من الهيئة العامة للسوق من أجل المحافظة على سرية المعلومات وبعد قيام القضاء بالاطلاع على سير الدعوى يصدر حكمه فإذا كان لصالح المستثمر عندها يلزم الوسيط برد ما للمستثمر من مال ويمكن للوسيط أن يثبت أنه قام بتسليم الأموال إلى المستثمر بعد تسوية الصفقة^(٣). علماً أن قانون الأوراق المالية العراقي قد نص في القسم (١٤)(١) منه على امكانية التحكيم بين طرفي النزاع داخل السوق في حالة موافقة جميع الأطراف: " قد تتخذ السوق ضوابط تخص الهيئة في تفويضها السلطة للقيام بالتحكيم في الخلافات بين الاعضاء وبين الاعضاء وزبائنهم الذين يقبلون بالتحكيم وقد يفوض سوق الأوراق المالية سلطة التحكيم لمؤسسة مخولة من قبل الهيئة ، شريطة ان تكون كل قواعد التحكيم خاضعة للمصادقة ، الاضافة والالغاء من قبل الهيئة".

ولم يتطرق قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحق به، إلى الإجراءات التي يتبعها المستثمر عند شكه من سلامة كشف الحساب المقدم من قبل الوسيط، لذا ندعو المشرع العراقي إلى سن نص قانوني يبين فيه الأثر المترتب على تقديم الوسيط كشف حساب غير دقيق أو غير صحيح . نخلص مما تقدم أن المشرع العراقي فرض على الوسيط عدداً من الالتزامات التي ينبغي القيام بها ومن تلك الالتزامات هي التزامه بالتزامات التاجر كافة. كما ينبغي عليه أن يعلم مستثمره بالمعلومات المتوفرة لديه عن الصفقة التي يسعى لإبرامها، فضلاً عن التزامه بالمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بعملية التداول، وعليه أن لا يفصح عنها لأي شخص أو جهة باستثناء الجهات التي أشار إليها المشرع ، وطالما حظر قانون سوق المال على المستثمر إبرام عقد التداول وألزمه بتفويض وسيط بذلك ألا أنه في ذات الوقت فرض على الوسيط تقديم كشف حساب لمستثمره ليكون على علم تام بالعقد المبرم.

الفرع الثاني

ضمانات استيفاء الوطاء لحقوقهم

يترتب على إبرام عقد التداول عدد من الحقوق التي يتمتع بها الوسيط، وتتمثل تلك الحقوق بالعمولة والمصاريف التي تكبدها من أجل إبرام وتنفيذ العقد. ومن أجل استيفاء الوطاء لتلك الحقوق أقرت بعض التشريعات ومنها التشريع العراقي ضمانات قانونية للوسطاء يمكن أتباعها لاستيفاء حقوقهم من المستثمرين، كحق الحبس، الحصول على الغطاء المالي، أما حق الامتياز فلا يتمتع به الوسيط وفقاً للتشريع العراقي كما سنبين ذلك تباعاً على النحو الآتي:-
أولاً: الحق في الحبس:-

(١) - ينظر: المادة (٧/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٢) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٣) ينظر: د. عبد الفضيل محمد احمد ، مصدر سابق ص ٩٩.

يندرج عقد التداول تحت عقود المعاوضة التي تعطي لكل متعاقد عدد من الضمانات لاستيفاء حقوقهم وأبرز تلك الضمانات هي (الحق في الحبس) ويقترب هنا عقد التداول مع الكثير من عقود المعاوضة كالوكالة بالعمولة، والتي تمكن الوكيل من حبس البضاعة حتى يستوفي حقوقه^(١). وعلى أساس ذلك يحق للوسيط الحبس (الثمن أو الأوراق المالية) حتى يستوفي كامل حقه من مستثمره، ألا أن المشرع العراقي في قانون سوق الأوراق المالية لم يتعرض لهذا الموضوع فضلاً عن عدم إيراد أي نص يبين فيه مثل هذا الضمان (الحق في الحبس)، وفي ذات السياق لم تتطرق الأنظمة والتعليمات الملحقة بقانون سوق الأوراق المالية إلى الحق في الحبس، الأمر الذي يقتضي الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني لبيان أحقية الوسيط بالحبس من عدمها . وعند الرجوع للمادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على: " ١- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به". كما نصت المادة (٢٨٠) على القول " ٢- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق"

ومما لا شك فيه أن النصوص الواردة أعلاه قد منحت الحق في الحبس لكل طرف من أطراف عقود المعاوضة بصورة مطلقة من دون تحديد لأي نوع من أنواع تلك العقود ، وعلى أساس ذلك يمكن القول بانطباق تلك النصوص على عقد التداول باعتباره من عقود المعاوضة، فضلاً عن أن المادة (٤/ ثانياً) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل قد نصت على: " يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص "

وبذلك يستطيع الوسيط حبس (الأوراق المالية) إذا كان الأمر الصادر من مستثمره شراءً وحبس ثمن الأوراق المالية إذا كان الأمر الصادر من المستثمر بيعاً، ولكي يتحقق الحق في الحبس يجب أن يكون الوسيط قد نفذ التزامه تجاه مستثمره المتمثل بتنفيذ الأوامر بشكل تام في حين أمتنع المستثمر عن تنفيذ التزامه تجاه الوسيط المتجسد بأداء العمولة المستحقة^(٢)، وبما أن عملية نقل الملكية تتم عن طريق الخصم من حساب المستثمر المتنازل لدى وسيطه إلى حساب المستثمر المتنازل إليه لدى وسيطه^(٣) ففي هذه المرحلة يكون المال في حوزة الوسيط فيتمكن عندها من حبسه^(٤). كما يجب أن يكون هناك ارتباط بين حق الوسيط والأوراق المالية أو الثمن المحبوس. بمعنى تكون الأوراق أو الثمن هي ذاتها محلاً لعقد التداول، فإذا لم تكن كذلك فهذا يعني عدم وجود ارتباط بين حق الوسيط وبين المال المحبوس وبالتالي يعرضه الحبس للمسؤولية المدنية^(٥)، ومتى ما توفرت تلك الشروط عندها يحق للوسيط حبس المعقود عليه (ثمن أوراق مالية) ويبقى هذا الحق قائماً حتى يستوفي الوسيط كامل حقوقه سواء تمثلت تلك الحقوق بثمن الأوراق المالية التي تولى الوسيط شراءها للمستثمر أم المصارف أو العمولة أو غير ذلك. كما يجوز أن يباشر الوسيط الحق في الحبس لاستيفاء فوائد هذا المبلغ^(٦).

ولا يخلو الحق في الحبس من واجبات تفرض على الحابس (الوسيط) من اللحظة التي يثبت فيها الحق في الحبس ويكون المحبوس في حوزة الوسيط فيتوجب على هذا الأخير أن يحافظ على المال المحبوس. وطالما أن المشرع العراقي لم يحدد العناية التي يجب أن يبذلها الحابس، يقتضي ذلك الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد مقدار تلك العناية، وطبقاً للقواعد العامة يلزم الوسيط ببذل عناية الشخص

(١) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) ينظر: رباب حسين كشكول ، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٤) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٥) ينظر استاذنا الدكتور حسن علي الذنون، محمد سعيد الرجو الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج (٢)، أحكام الالتزام دار وائل للنشر، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٥٧. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام الإثبات - آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٠٥٣.

(٦) ينظر: عبد فضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص ١٣.

المعتاد للمحافظة على المال المحبوس^(١)، وبذلك يلتزم الوسيط بالمحافظة على المال المحبوس، كمحافظة الدائن المرتهن في الرهن التجاري^(٢) على الشيء المرهون تحت يده. وبناءً على ذلك يلتزم الوسيط بضمان سلامة الورقة المالية وليس له أن يأتي بأي عمل ينقص من قيمتها أو يحول دون حصول المستثمر على جميع حقوقه، وعلى المرتهن كذلك القيام بالإجراءات المتعلقة بقبض قيمة المرهون وارباحه وفائدته وغير ذلك من المبالغ الناتجة منه على أن يخصم ما يقبضه من الدين الموثق بالرهن^(٣). وطالما كان الرهن واقعا على ورقة مالية فيجب مراعاة احكام القانون المؤقت للأوراق المالية المالية لسنة ٢٠٠٤ المتعلقة بآلية حفظ الاوراق المالية، اذ الزم المشرع في القانون اعلاه بان تحفظ جميع الاوراق المالية لدى مركز الايداع العراقي ليقوم بتحويل هذه الاوراق من صورتها المادية الى فيود دفترية لإجراء عمليات التقاص والتسوية لكل المعاملات وبالتالي يجب على الوسيط ان يعلم مركز الايداع والتسوية بالرهن الواقع على الاسهم المودعة لديه ليمتنع عن اجراء التعامل عليها^(٤).
ثانياً: حق الامتياز

يقصد بحق الامتياز بوجه عام " أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين"^(٥) وهذا الحق يخول صاحبه حق تتبع المال موضوع الحق والحق به واستعادته في أي يد كان من الناس والتنفيذ عليه ولو خرج من يد المدين الأصلي، بالإضافة إلى ذلك فإن صاحب هذا الحق يتقدم على غيره من الدائنين العاديين في استيفاء حقه^(٦).

ونظراً للإيجابيات الكبيرة التي يمنحها هذا الحق لصاحبه ولخطورة وصعوبة الدور الذي يقوم به الوسيط في سوق الأوراق المالية فقد أدى ذلك ببعض المشرعين إلى منح الوسيط مثل هذا الحق، ومنها المشرع الفرنسي إذ منح للوسيط حق الامتياز عندما نص في قانون خاص بشكل صريح في مرسوم ٢٧ / يوليو ١٩٤٩ إذ أعطى بموجبه لمقدمي خدمات الاستثمار حق الامتياز، وبما إن شركة الوساطة من أكبر الشركات التي تتولى تقديم خدمات الاستثمار المتمثلة بمباشرتها كافة العمليات المتعلقة بالأوراق المالية لصالح المستثمر فهي تتمتع بحق الامتياز المتجسد بتتبع الحق والتنفيذ عليه في أي يد كان فضلاً عن تقدمه على غيره من دائني المستثمر العاديين^(٧).

أما التشريع المصري فلم يضع نصاً مباشراً وصريحاً يشير من خلاله إلى تمتع الوسيط بحق الامتياز ، غير أنه أشار إليه في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في المادة (١٥٩) منه التي تقضي بأن يكون " للوكيل فضلاً عن حقه في الحبس امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التي يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له...."

(١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٤٩

(٢) لم يتضمن قانون التجارة العراقي النافذ تعريفاً للرهن التجاري الا ان المادة (١٨٦) منه عرفته بأنه: " تسري احكام هذا الفرع على كل رهن يتقرر على مال منقول توثيقاً لدين مترتب على عمل تجاري بالنسبة الى كل من المدين والدائن او بالنسبة الى احدهما." فالعبرة في اضافة الصفة التجارية على الرهن هي طبيعة الدين الموثق بالرهن بغض النظر عن صفة الراهن فان كان الدين تجارياً فان الرهن تجاري. د. صلاح الدين الناهي، الجديد في قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني لسنة ١٩٧١، ص ٢٤٤.

(٣) ينظر: المواد (١٩١-١٩٥) من القانون التجاري العراقي النافذ.

(٤) د. فاروق ابراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، الطبعة الاولى، دار السيسان، ٢٠١٥، ص ٢٨٧.

(٥) ينظر: المادة (١٣٦١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٦) ينظر: د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٧٣.

(٧) ينظر: د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق، مصدر سابق، ص ٥١٩.

ويستند بعض الباحثين^(١) إلى نص هذه المادة للقول بأن المشرع المصري قد منح الوسيط المالي حق امتياز والسبب الذي أدى بهم إلى هذا القول لأنهم كيفوا عقد التداول على أنه وكالة بالعمولة و لاسيما فيما يتعلق بالعلاقة بين الوسيط والمستثمر وبما إن المشرع واستناداً لنص المادة أعلاه قد منح هذا الحق للوكيل بالعمولة فهذا يعني أن الوسيط يتمتع بنفس الحق، ولكن يشترط لتمتع الوسيط (شركة السمسرة) بهذا الحق أن يكون حائزاً للأوراق المالية لحساب المستثمر . ويتحقق ذلك عند قيام مركز الإيداع بنقل ملكية الأوراق الورقة المالية من حساب المستثمر المفتوح لدى المركز إلى حساب المستثمر المفتوح في شركة الوساطة عندها تكون الورقة في حيازة الوسيط هذا في حالة كون المستثمر (متنازل إليه). أما إذا كان المستثمر (متنازل) ينتقل حق الامتياز إلى الثمن الذي تم به تداول الأوراق المالية، وبذلك يحق للسمسار أخذ حقه من الثمن الأوراق المالية والتقدم على سائر دائني المستثمر باعتبار أن دينه دين ممتاز^(٢).

بينما يرى البعض الآخر من الكتاب^(٣) أن شركة السمسرة (الوساطة) لا تتمتع بحق الامتياز على الأوراق المالية أو ثمنها، لعدم وجود نص مباشر في التشريع المصري يمنحها مثل هذا الحق لذا فهي لا تتقدم على بقية دائني المستثمر للحصول على حقه وإنما تتزاحم معهم بوصفها دائناً عادياً أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم ينص في قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به على حق الامتياز وهو ما يقتضي الرجوع إلى القانون المدني لمعرفة مدى انطباقها على عمل الوسيط المالي وعند الرجوع لنص المادة (٢/١٣٦١) من القانون المدني التي جاء فيها: "ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون"

فمن خلال النص المتقدم بين المشرع أن حق الامتياز لا يمكن أن يتقرر لأي دين ما لم ينص عليه المشرع بشكل صريح، وبذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها أن الوسيط وفقاً للتشريع العراقي دائن عادي لا يتقدم على غيره من دائني المستثمر للحصول على حقه وإنما يتزاحم معهم لعدم تمتعه بحق الامتياز. وبصدد تقويم مسلك المشرع الفرنسي في منح الوسيط حق الامتياز مقارنة مع المشرع المصري والعراقي يمكن القول أن المشرع الفرنسي كان موفقاً في مسلكه، لأن الحقوق التي يتقاضاها الوسيط ومنها حقه في العمولة هي الدافع الأساس لمباشرة علمه، ولولاها لأمتنع الوسيط عن التوسط في عملية تداول الأوراق المالية وهذا ما يؤثر سلباً على نشاط سوق رأس المال، لذا ندعو المشرع العراقي إلى منح الوسيط حق الامتياز، لما في ذلك في من تشجيع لشركات الوساطة في البورصة من أجل إتمام الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية ومن المعروف بأن أي دعم أو تشجيع للوسيط في (س.ق.م) ينعكس بدوره على اقتصاد الدولة باعتبار شركات الوساطة المحرك الأساس للقطاع الاستثماري في الدولة. ثالثاً: الحق في الحصول على الغطاء المالي

يعتبر الحق في طلب الغطاء من أبرز الضمانات التي يحصل عليها الوسيط، كون هذا الضمان يخدم مصلحتي الوسيط والمستثمر ويتجسد ذلك بحماية الوسيط من عدم ملاءة مستثمره ويضمن للوسيط إتمام الصفقة بثقة تامة. لأن حصول الوسيط على هذا الغطاء يضمن له الحصول على حقوقه من المستثمر متى ما أخل هذا الأخير بالتزامه المتمثل بأداء العمولة والنفقات بالإضافة إلى أن هذا الغطاء

(١) ينظر: د. عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص ١١٩، د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٧١٠، د. محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٢) لقد نصت المادة (١٦٠) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على: "لا يكون للوكيل الامتياز... إلا إذا كان حائزاً لبضائع أو لأشياء لحساب الموكل ويتحقق ذلك في عدة حالات أ- إذا تسلم الوكيل البضائع أو الأشياء فعلاً. ب- إذا وضعت تحت تصرفه في الجمر ك أو مخزن عام أو خاص. ج- إذا كان يحوزها قبل وصولها بمقتضى سند ثمن أو أية وثيقة نقل أخرى. د- إذا صدرها وظل حائزاً لها بمقتضى سند ثمن أو أية وثيقة نقل أخرى". ينظر أيضاً: محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٣) ينظر: د. عمر ناطق يحيى الحمداني - مصدر سابق، ص ٢٠٤. وينظر أيضاً: د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

يحمي المستثمر نفسه من المخاطر المرتبطة بعمليات التداول^(١). وقبل التطرق لتفاصيل هذا الضمان علينا أن نحدد ما المقصود بالغطاء المالي؟

اتجه بعض الكتاب والباحثين إلى وضع تعريف محدد للغطاء فعرّفه البعض بأنه "عبارة عن مبلغ من النقود أو أوراقاً مالياً يمكن تحويلها إلى نقد يتسلمها الوسيط من العميل ضماناً لتنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتقه"^(٢).

في حين عرّفه البعض الآخر بأنه "استلام السمسار لمبالغ من النقود أو الأوراق المالية أو التجارية التي يسهل تحويلها إلى نقود من العميل ضماناً لتنفيذ هذا العميل لالتزامه"^(٣).

وقد أشار البعض الآخر إلى أن الغطاء مفاده "أن تتسلم شركة الوساطة مبلغاً من النقود أو الأوراق المالية التي يسهل تحويلها إلى أموال من المستثمر ضماناً لتنفيذ هذا العميل لالتزامه"^(٤) وتتفق هذه التعريفات فيما بينها على أن الغطاء هو أحد الضمانات التي يحصل عليها الوسيط من مستثمره، ليضمن تنفيذ هذا الأخير لالتزامه ويتمثل هذا الضمان بتقديم المستثمر مبلغ من النقود أو أوراق مالية أو تجارية بشكل يسهل تحويلها إلى نقود لكي يضمن الوسيط حصوله على حقه عند قيامه بإبرام عقد التداول وتنفيذه، وعليه يمكن القول أن هناك إجماعاً فقهيّاً حول تسلم الوسيط الغطاء المالي دون أن يقتصر حقه على التأكد من وجوده في حيازة المستثمر^(٥).

أما بالنسبة للتشريعات فلم تضع أغلبها تعريفاً للغطاء المالي ، ألا أنها اكتفت بالإشارة إلى أن الوسيط من حقه أن يطلب من مستثمره تقديم غطاء مالي، ولعل أهم تلك التشريعات هي التشريع المصري الذي قد تبين موقفه من حق الوسيط بطلب الغطاء ففي لائحة البورصة الملغاة الصادرة سنة ١٩٥٧ نص في المادة (٦٩) منه على "يجب على السمسار التحقق من وجود الأوراق أو ثمنها لدى العميل صاحب الشأن قبل إجراء التعاقد وله أن يطلب من العميل أن يسلمه الأوراق أو الثمن قبل التعاقد، وللجنة البورصة عند الاقتضاء أن تقرر الزام السمسار ذلك بالنسبة لبعض الأوراق المالية أو كلها" ففي هذا النص قد منح المشرع الوسيط الحق في طلب الغطاء أما في قانون سوق رأس المال الحالي رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) ولائحته التنفيذية فلم يرد بين طياته ما يشير إلى طلب الوسيط للغطاء، لذا يرى الفقه المصري بأن نص المادة (٦٩) من لائحة البورصة لسنة ١٩٥٧ المتقدم ذكرها يجب أن تطبق في ظل قانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢، لأن لائحة البورصات لسنة ١٩٥٧ لازالت سارية بالنسبة للمسائل الإدارية التي تقوم بها لجنة البورصات غير أن إدارة البورصة في مصر اكتفت بإعطاء شركة السمسرة حق التأكد من وجود ثمن الأوراق المالية قبل تقديمها بتنفيذ أمر البيع وكذلك تتأكد من وجود ثمن الأوراق المالية المطلوب شراؤها قبل تقديمها بتنفيذ أمر الشراء، دون أن تعط للوسيط حق تسلم الغطاء بمعنى أن الغطاء المالي يبقى في حوزة المستثمر دون أن ينتقل إلى حساب الوسيط^(٦).

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فعند الاطلاع على قانون سوق الأوراق المالية النافذ لم نجد فيه أي إشارة تبين موقف المشرع بمنح الوسيط الحق في طلب الغطاء من مستثمر قبل شروعه بإبرام عقد التداول وتنفيذه، وعند صدور تعليمات تداول الأوراق المالية رقم لسنة ٢٠٠٤ أشارت في المادة (٤/٢٠)

(١) حيث قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية شركة البورصة سابقاً "مقدم الاستثمار حالياً" التي لم تطلب من العميل غطاءً كافياً للصفقات الآجلة التي تتم لحسابه وقررت بأن طلب الغطاء لا يحمي فقط وسيط البورصة من عدم ملاءة عمله، بل يحمي أيضاً العميل من المخاطر المرتبطة بعمليات البورصة. مشار إليه د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٢٣٣، د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنك في خدمة الأوراق المالية دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٧١١.

(٣) ينظر: د. طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٤١٦.

(٤) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٥) د. فاروق إبراهيم جاسم ، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٦٤، د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٦) ينظر: سيد طه بدوي محمد ، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٠ م، ص ٢٦١.

على الوسيط " التأكد قبل تسجيل أمر البيع من حيازة الأمر للأسهم وفي حالة تعذر إبراز شهادة ملكية الأسهم فعلى الوسيط أن يطلب من ذوي العلاقة إحضار كتاب تأييد من الشركة مصدرة الأسهم يبين فيه عدد الأسهم المملوكة من قبله، كما بين أن الشهادة موجودة بحوزتها وليست محجوزة أو مرهونة أو مفقودة ولم يعط شهادة جديدة بدلاً عنها" كما أشارت (١/١) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ " على الوسيط التأكد من كفاية رصيد المستثمر من الورقة المالية المعنية قبل إدخال أمر البيع".

ووفقاً لهذه النصوص يجب على الوسيط أن يتأكد من حيازة صاحب الأمر للأسهم في حالة كون الأمر الصادر من المستثمر بيعاً، وإذا تعذر تأكد الوسيط من حيازة المستثمر للأسهم عليه أن يطلب منه إبراز شهادة الملكية وإذا تعذر ذلك عليه أن يطلب من ذوي العلاقة إحضار كتاب تأييد من الشركة مصدرة الأمر كما يجب على الوسيط التأكد من كون هذه الأسهم غير محجوزة أو مرهونة أو مفقودة ولم يعد شهادة جديدة بدلاً عنها، وفي حالة كون الأمر الصادر من المستثمر أمراً بالشراء فعلى الوسيط التأكد من كفاية رصيد المستثمر من الورقة المالية قبل إبرام الصفقة وتنفيذها. واستناداً لذلك يمكن القول أن المشرع العراقي لم يمنح الوسيط الحق في أن يطلب من المستثمر وضع أوراق مالية أو ثمنها في حوزته كضمان لتنفيذ المستثمر لالتزامه وإنما اكتفى بأن يتأكد الوسيط من الملاءة المالية للمستثمر قبل إبرام العقد، فضلاً عن ذلك لم يحدد المشرع مقدار الغطاء المالي. لذا نجد ان من الأفضل من الناحية العملية أن يسن نصاً خاصاً في قانون سوق الأوراق المالية يبين فيه بأن الوسيط من حقه أن يطلب الغطاء من مستثمره قبل إبرام الصفقة لما للغطاء من أهمية كبرى بالنسبة لتنفيذ عمليات التداول وصيانة حقوق الوسيط.

ولكن على الرغم من تأكد الوسيط من رصيد المستثمر فقد يمتنع هذا الأخير عن أداء التزاماته المتمثلة بتسديد قيمة الأوراق المالية إذا كان (متنازلاً إليه)^(١)، وهذا ما يؤدي إلى زعزعة ثقة الوسيط بمستثمره، وهذا أبرز أثر مترتب على عدم حصول الوسيط على الغطاء، لذا نرى بأن النصوص الواردة في تعليمات (٢٠٠٤) و (٢٠٠٧) غير كافية لضمان حق الوسيط تجاه مستثمره.

نخلص مما تقدم أن عقد التداول من عقود المعاوضة التي تفرض على طرفيه حقوق والتزامات متقابلة وبما أن الوسيط هو من يتولى بنفسه إبرام العقد لمصلحة مستثمره فقد منحه النظم القانونية عدد من الضمانات التي تسهل عليه إبرام العقد وفي ذات الوقت تضمن له حق الحصول على حقه من مستثمره، وعليه يتمتع الوسيط بحق حبس الأوراق المالية أو ثمنها في حالة إخلال المستثمر بالتزامه، كما منحه القانون الحق في الحصول على الغطاء المالي. أما بخصوص حق الحبس فقد تبينت النظم التشريعية في إعطاء الوسيط حق التمتع به من عدمه ولم يعط المشرع للوسيط مثل هذا الحق.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على عقد التداول بالنسبة للمستثمر

يعد المستثمر الحجر الأساس في سوق المال، لأن عملية التداول لا يمكن أن تتم إلا عندما يرغب باستثمار الأوراق المالية، وبالتالي فإن وجود المستثمر ورغبته في استثمار أوراقه المالية يمثل عصب الحياة بالنسبة لتلك الأسواق وبما أنه طرف أصلي في عقد التداول فلا بد أن تترتب عليه جملة من الالتزامات والحقوق شأنه في ذلك شأن أي طرف آخر في عقود المعاوضة، والسبب الذي أدى بنا إلى الابتعاد عن ذكر الحقوق التي يتمتع بها المستثمر في هذا المطلب منعاً من التكرار، لأن حقوق هذا الأخير هي ذاتها التزامات الوسيط في عقد التداول، وهذا ما جعلنا نكتفي بالإشارة إلى التزامات المستثمر التي تعد في ذات الوقت حقوق للوسيط، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى التزامات المستثمر التي قسمناها على فرعين رئيسيين خصص الفرع الأول للالتزام المستثمر بوضع العمولة بينما خصص الفرع الثاني للالتزام المستثمر بأداء النفقات على النحو الآتي:-

(١) ينظر: المادة (١١/ ج) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

الفرع الأول

التزام المستثمر بأداء العمولة

عندما يقوم المستثمر بتفويض الوسيط ليتولى إبرام عقد التداول وتنفيذه نيابة عنه، فمن لحظة التفويض يبذل الوسيط قصارى جهده من أجل تحقيق ما يهدف إليه المستثمر، والعمل الذي يقوم به الوسيط لا يدخل ضمن أعمال التبرع، لأنه يتوسط في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية لصالح مستثمره لقاء عمولة محددة قانوناً أو اتفاقاً^(١).

وقد حاول بعض الكتاب تحديد المقصود بالعمولة فعرّفها البعض بأنها "مبلغ من المال أو نسبة من الأرباح تتقاضاها شركة الوساطة في مقابل العمل الذي تقدمه لعملائها، ويتم الاتفاق بين الطرفين على تحديدها في نصوص العقد الذي يلزم بموجبه المستثمر بدفعه إلى شركة الوساطة، ويستحق هذا الأخير العمولة عندما يكون تنفيذ العملية نتيجة لسعيه وتدخله لإبرام العقد وضمان سلامة العملية التي تتم بوساطته"^(٢).

كما عرفها البعض الآخر بأنها "عبارة عن مبلغ متفق عليه في عقد الوساطة والذي يلتزم بدفعه المستثمر للوسيط مقابل قيام الأخير بتنفيذ الأمر الصادر إليه في شأن صفقة معينة"^(٣).

كما عرفت العمولة بأنها "المقابل النقدي الذي يستحقه الوسيط عن الخدمات التي قدمها للعميل ويتم تحديد العمولة أما بنص يتضمنه القانون أو النظام الخاص لسوق الأوراق المالية أو يترك تحديدها للاتفاق المبرم بين العميل والوسيط"^(٤).

ومن خلال هذه التعريفات يتضح أن العمولة هي مبلغ نقدي يلزم المستثمر بأدائه للوسيط مقابل الجهد والوقت الذي بذله هذا الأخير لمصلحة مستثمره. ولكن ما يؤخذ على التعريفات أعلاه أنها اكتفت ببيان أحد مصادر تحديد العمولة وهو الاتفاق المبرم بين المستثمر والوسيط في حين أن العمولة قد تحدد أيضاً عن طريق نصوص قانونية من خلال تشريعات أو أنظمة سوق الأوراق المالية، ومما تجدر الإشارة إليه أن شراح القانون عندما حددوا المعنى المقصود بالعمولة لم يأخذوا محل العملية التي يقوم بها الوسيط بالحساب، أي لم يفرقوا بين عمولة العملية التي يكون محلها أسهم، والصفقة التي يكون محلها سندات، أو أي ورقة مالية أخرى وإنما جاءت التعريفات مطلقة لتشمل جميع أنواع الأوراق المالية، لأن العمولة هي مقابل للخدمة التي أداها الوسيط وليست تسعير للورقة المالية وهذا ما اتجهت إليه التشريعات مؤخراً.

أما بخصوص التشريعات فقد اكتفت بالإشارة إلى العمولة باعتبارها التزام جوهرى يلزم به المستثمر قبل الوسيط، ففي مصر قام وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية بإصدار القرار المرقم (٤٧٨) لسنة ١٩٩٤^(٥) والذي نص في المادة الأولى منه على: "تكون عمولات السمسرة في الأوراق المالية التي تتقاضاها شركات السمسرة لما يلي:

يتم الاتفاق بين شركات السمسرة وعملائها على العمولة التي تتقاضاها عن العمليات التي تقوم بها وفي العملية الواحدة التي لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيهاً مصرياً أو ما يعادلها من العملات الأجنبية يكون الحد الأقصى للعمولة خمسة من ألف من القيمة بالنسبة للأسهم واثنين في الألف بالنسبة للأوراق المالية الأخرى وفي جميع الأحوال يكون الحد الأدنى للعمولة جنيهاً واحدة وتعتبر العملية الواحدة في تطبيق الأحكام المتقدمة متى أتمت على أسهم شركات واحدة أو ورقة مالية تصدرها جهة واحدة"

(١) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٢) ينظر: د. سميحة مصطفى القليوبي، الشركات التجارية، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣) ينظر: د. ريان هاشم حمدون، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٤) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم، المصدر السابق، ص ١٦٠.

(٥) صدر القرار في ١٠ / ١٠ / ١٩٩٤.

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع المصري أعطى للوسيط والمستثمر الحرية في تحديد مقدار العمولة ولكن ليس بشكل مطلق بل قيده بعدد من القيود تتعلق بقيمة الصفقة التي يبرمها الوسيط ونوع الأوراق المالية محل الصفقة. فإذا كانت قيمة الصفقة لا تتجاوز عشرة آلاف جنيهاً مصرياً أو ما يعادلها من العملات الأجنبية ففي هذه الحالة يكون الحد الأقصى للعمولة هو خمسة من الألف من قيمة تلك الصفقة. هذا في حالة كون محل عقد التداول أسهم أما إذا كان محل العقد ورقة مالية أخرى غير الأسهم فالعمولة تكون اثنين في الألف. أما بخصوص الحد الأدنى للعمولة فحددها المشرع جنيهاً أياً كان محل الصفقة سواء كان أسهم أو ورقة مالية أخرى.

وقد تم تعديل نص هذه المادة بقرار رقم (٥٠٦) لسنة ٢٠٠٠ حيث نصت المادة الأولى منه على "يتم الاتفاق بين شركة السمسرة وعملائها على العمولة التي يتقاضاها عن العمليات التي تقوم بها على ألا يقل الحد الأدنى للعمولة عن جنيهاً للعمولة الواحدة وتعتبر العملية واحدة في تطبيق أحكام الفقرة السابقة متى تمت على أسهم شركة واحدة أو ورقة مالية أصدرتها جهة معينة" وقد ترك المشرع المصري من خلال هذا النص لكل من شركة السمسرة (الوساطة) والمستثمر الحرية في تحديد مقدار العمولة دون أن يميز المشرع بين عمولة الأسهم والسندات محل الصفقة ولم يتدخل في تحديد هذه العمولة إلا في حدها الأدنى والذي حدده بأن لا يقل عن جنيهاً للعمولة الواحدة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتطرق في القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية إلى العمولة التي يتقاضاها الوسيط نتيجة لتوسطه في الصفقة المتعلقة بالأوراق المالية، ألا أن التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ قد نصت في المادة (١٦) على: "نسبة عمولة الوسيط (١%) من قيمة الصفقة والحد الأدنى لها هو ألف دينار ويستوفي السوق خمس عمولة الوسيط"

ووفقاً لهذا النص يمكن القول أن نظام سوق الأوراق المالية العراقي اتخذ منهجاً مغايراً عن منهج المشرع المصري، فلم يترك نظام البورصة العراقي للوسيط والمستثمر أي حرية في تحديد العمولة خوفاً من استغلال الوسيط لحقه في الاحتكار القانوني للوساطة فيؤدي به ذلك أن يتغالي في طلب عمولة ذات مبالغ طائلة، مما يؤدي إلى عرقلة عملية تداول الأوراق المالية كما وضح المشرع من خلال النص المتقدم ذكره بأن إدارة السوق تأخذ (خمس) عمولة الوسيط. وبذلك أنفرد المشرع العراقي في موقفه هذا عن نظيره المصري، فلم يسمح هذا الأخير لإدارة البورصة باستقطاع نسبة من عمولة الوسيط. ومن جهة أخرى حددت التعليمات أعلاه العمولة بنسبة مئوية واحدة وهي (١%) من قيمة الصفقة دون أن تميز بين محل العقد^(١) فسواء كان محل العقد أسهم أو سندات تكون نسبة العمولة هي (١%)، ويثنى على موقف المشرع العراقي هذا لكون العمولة مقابل للجهد الذي يبذله الوسيط لإبرام الصفقة ويتساوى الجهد المبذول من قبل الوسيط سواء كان محل العقد أسهم أم سندات، ولا يجوز الاتفاق على نسبة مختلفة تماماً عن النسبة التي حددها المشرع، لأن النص قد جاء أمراً لا يجوز مخالفته وبذلك نرى بأن أسس تحديد العمولة المتخذ من قبل نظام سوق لأوراق المالية العراقي يحمد عليه، وذلك لأنها قطعت الطريق أمام أي محاولة قد تصدر من قبل الوسيط لفرض عمولة مبالغ فيها، وفي ذات الوقت حاولت تحقيق العدالة عندما حددت نسبة العمولة بـ (١%) من قيمة الصفقة دون أن يكون لنوعها أي أثر في تحديد ذلك، أي أن نسبة عمولة صفقة البيع مساوية لنسبة عمولة صفقة الشراء فالنص قد جاء مطلقاً يسري على عقد التداول بصورة مطلقة لأن العمولة هي مقابل جهد الوسيط وهذا الجهد المبذول من قبل الوسيط لا يختلف في البيع عنه في الشراء.

ولم يبين المشرع من خلال النص المتقدم ذكره الطريقة التي يتم فيها أداء العمولة، فهل يسلم المستثمر العمولة للوسيط مباشرة عن طريق الأداء النقدي المباشر؟ أم عن طريق التحويل المصرفي؟

(١) وقد ميز نظام سوق بغداد للأوراق المالية الملغي بين المعاملات التي تتم بشأن الأسهم والعاملات التي تتم بشأن السندات فحدد العمولة التي يتقاضاها الوسيط من أجراء وساطته في عقد التداول (١%) لكل عملية تداول للأسهم و(٩%) من القيمة النقدية لكل عملية تداول للسندات، ينظر: د. فاروق أبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ١٦١.

وبالرجوع إلى النصوص الخاصة بالتحويل المصرفي وحساب التسوية^(١) لم نجد فيها أي إشارة إلى آلية إداء العمولة عن طريق التحويل المصرفي وإنما يقتصر التحويل المصرفي على نقل ملكية الأوراق المالية وثنائها ، الأمر الذي يوجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بأن العمولة يتم إداؤها بصورة تسليم نقدي مباشر.

والسؤال الذي يطرح هنا، متى يستحق الوسيط العمولة؟ نص المشرع المصري بشكل صريح على أن الوسيط لا يستحق العمولة إلا إذا أدت وساطته إلى أبرام العقد وهذا ما أشارت إليه المادة (١٩٤) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، والتي نصت في الفقرة الأولى على: "لا يستحق السمسار أجره إلا إذا أدت وساطته إلى أبرام العقد..." ولكن إذا لم يبدر أي تقصير من قبل الوسيط وبذل قصارى جهده لأبرام العقد ، ألا أنه لم ينفذ الأمر الصادر إليه من مستثمره لسبب يرجع لذات المستثمر كأن يتأخر هذا الأخير في تسليم كل أو جزء من الأوراق المالية لشركة السمسرة ، ففي هذه الحالة تستحق الشركة العمولة لقاء الجهد المبذول من قبلها لتنفيذها وأمر المستثمر^(٢).

ويرى بعض الفقه^(٣) أن الوسيط إذا سعى لا أبرام الصفقة، غير أن امتناع المستثمر عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد حال دون أعمالها فلا يستحق في مثل هذه الحالة الأجرة بل يستحق بدلاً عنها، لأن العمولة لا تستحق إلا إذا أدت وساطته لإبرام العقد وفي حالة عدم إبرام العقد لسبب لا يد له فيه يستحق عندها الوسيط تعويض عادل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. بينما يرى البعض الآخر^(٤) أن رفض المستثمر لإتمام الصفقة أو أحجامه عن تنفيذ التزامه ان كان غير مبرر، وكان الوسيط مستعداً لإتمامها، فإن ذلك يعد مسوغاً لمطالبة الوسيط بكامل العمولة ويستند في رأيه هذا إلى الموقف المتخذ من قبل المشرع العراقي في عقد النقل عندما يعطي للناقل كامل الأجرة المقررة له في عقد نقل الأشخاص في حالة عدم حضور الراكب إلى المكان المحدد لتنفيذ النقل في الموعد المحدد. وبما أن المشرع العراقي لم يسن أي نص بشأن هذه الحالة، لذا يجدر الأمر الرجوع إلى القواعد العامة^(٥) التي تعطي للوسيط تعويض عادل دون أن تمنحه الحق في الحصول على العمولة لأن العمولة لا تستحق إلا إذا أدت وساطة الوسيط لإبرام العقد وأبرز دليل نستدل به هو أن أنظمة سوق الأوراق المالية العراقية عندما حددت أسس عمولة الوسيط ذكرت بأن نسبة العمولة هي (١%) من قيمة الصفقة وهذا يعني أن العمولة لا يمكن أن تحسب ما لم يتم إبرام الصفقة لأن العمولة يتم احتسابها على شكل نسبة مئوية من كامل قيمة الصفقة، فإذا لم تؤد وساطة الوسيط إلى إبرام عقد التداول وتنفيذه فكيف يتم احتساب العمولة؟ وكان المشرع قد صرح بشكل غير مباشر على أن الوسيط لا يستحق العمولة، ما لم يتم إبرام الصفقة خاصة وأن المشرع لم يترك الحرية لطرفي العقد تحديد نسبتها وهذا ما أدى بنا إلى تأييد الرأي الأول القائل بأن المستثمر غير ملزم بأداء أجرة الوسيط في حالة عدم قيام هذا الأخير بإتمام العقد غير أنه يستحق تعويض عادل إذا ما كان السبب في عدم إتمام الصفقة راجع للمستثمر ذاته.

وعلى أساس ذلك يلزم المستثمر بأداء تعويض عادل للوسيط أساسه المسؤولية العقدية ، لأن الوسيط بذل قصارى جهده لأداء كامل التزامه ونجح فيما كلف به ولكن خطأ المستثمر وتعسفه أو عدوله الاختياري ، هو الذي أدى إلى عدم نجاح الالتزام العقدي الملقى على عاتق الوسيط وعلى أساس ذلك ثبت الحق للوسيط بالحصول على تعويض عادل تقدره المحكمة كمقابل للجهد والوقت المبذول من قبله وغالباً ما يكون مقدار ذلك التعويض مساوياً للعمولة التي يستحقها الوسيط.

(١) المادة (٢) من النظام الخاص بالإيداع والمقاصة لسنة (٢٠٠٧) بأن حساب التسوية هو حساب مصرفي يقوم السوق بفتحه باسمه لدى مصرف التسوية ويتم من خلاله قبض ودفع قيمة الأوراق المالية من وإلى حسابات التسوية المصرفية الخاصة بوسطاء السوق

(٢) ينظر: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٣) ينظر: د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

(٤) ينظر: د. فاروق أبراهيم جاسم ، المصدر سابق، ص ١٦١.

(٥) ينظر المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

وعليه يمكن القول بأن العمولة هي من الالتزامات الجوهرية التي يلزم بها المستثمر قبل وسيطه ولكن في ذات الوقت يجب على الأخير أن يثبت وجود عقد مبرم بينه وبين المستثمر ،أي يثبت الوسيط أن المستثمر قد اصدر إليه أمراً شفويًا^(١).

الفرع الثاني

التزام المستثمر بأداء النفقات

تستلزم عملية تداول الأوراق المالية بذل العديد من النفقات والمصروفات، كالرسوم والإعلانات وغيرها، ومن أجل إتمام عقد التداول على أكمل وجه، يلتزم الوسيط بأداء تلك المصروفات، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يلتزم المستثمر برد ما أنفقه الوسيط من نفقات ومصروفات في سبيل إتمام الأوامر الصادرة منه ؟ بعبارة أخرى ما حكم المصروفات المقدمة من الوسيط لإتمام عقد التداول؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب بيان موقف الفقه والتشريع من ذلك، فبالنسبة لرأي الفقه انقسم على نفسه إلى اتجاهين في هذا الصدد فذهب الاتجاه الأول^(٢) إلى القول بأن للوسيط المالي، فضلاً عن العمولة التي يتقاضاها، الحق في استرداد كافة النفقات والمصروفات التي تكبدها في سبيل إتمام الصفقة، لأن الوسيط المالي ما هو إلا وكيل بالعمولة لذا تنطبق عليه كافة الأحكام المتعلقة بالوكالة بالعمولة ومنها حقه في الحصول على كافة النفقات والمصروفات التي تكبدها من أجل إتمام العقد المكلف بإبرامه استناداً إلى القواعد العامة في الوكالة بالعمولة.

أما الاتجاه الثاني^(٣) فقد ميز بين النفقات والمصروفات التي تعد من مستلزمات العقد وبين تلك التي لا تدخل ضمن مستلزماته، ففي الحالة الأولى لا يحق للوسيط المطالبة بها، لأنها من مستلزمات العقد وتدخل ضمن العمولة التي يتقاضاها الوسيط، ما لم يتفق مع المستثمر على خلاف ذلك عندها يلتزم الأخير برد النفقات والمصروفات كافة حتى وإن لم يتم تنفيذ العقد فعلاً. أما المصروفات التي لا تعد من مستلزمات العقد فيحق للوسيط المطالبة بها ليس على أساس عقد التداول وإنما وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب متى ما توافرت شروطه، إذ يفترض أنه قام بها مقابل عوض ما، ما لم يثبت المستثمر عكس ذلك ويقدر العوض طبقاً للعرف التجاري أو وفقاً لتقدير القاضي^(٤).

أما بخصوص التشريع فقد تطرق المشرع الكويتي لهذا الالتزام بصورة صريحة ومباشرة ، حيث نصت المادة (٣١١) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ على: "لا يجوز للمسمار استرداد المصروفات التي تحملها في تنفيذ العمل المكلف له إلا إذا تم الاتفاق على ذلك، وفي هذه الحالة تستحق المصروفات التي تحملها في تنفيذ العمل المكلف له ألا إذا تم الاتفاق على ذلك ، وفي هذه الحالة تستحق المصروفات ولو لم يبرم العقد "

ويلاحظ على النص أعلاه أن المشرع الكويتي في الأصل لم يلزم المستثمر برد المصروفات والنفقات التي تكبدها الوسيط لأبرام الصفقة، غير أن هذه القاعدة ليست أمره وإنما مفسرة حيث يجوز لطرفي العقد (الوسيط والمستثمر) الاتفاق على خلافها، وعلى أساس هذا الاتفاق يلزم المستثمر برد تلك المصروفات بل يحق للوسيط في حالة وجود مثل هذا الاتفاق المطالبة بالمصروفات حتى وأن لم يبرم العقد .

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يتطرق إلى التزام المستثمر برد النفقات والمصروفات في قانون سوق رأس المال، ألا أن القواعد العامة في الوكالة قد ألزمت الموكل برد ما أنفقه الوكيل في تنفيذ

(١) ينظر: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد ،النظام القانوني للمسمرة في الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٢) ينظر: د. مختار احمد البربري ، مصدر سابق، ص ١٥٣،

(٣) ينظر: د. عطية فياض ، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه المصري ،دار النشر للجامعات ، ط١، سنة ١٩٩٨م، ص٧٢. ينظر أيضاً: د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية، مصدر سابق، ص٢٥١، د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة ، مصدر سابق، ص٥١٦.

(٤) د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٠٩.

الوكالة وهذا ما أشارت إليه المادة (٧١٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بالنص : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق.." ووفقاً لهذا النص الزم المشرع المصري الموكل برد كافة النفقات التي أنفقها الوكيل لتنفيذ العقد الموكل بإبرامه، فضلاً عن التزامه برد الفوائد من وقت الإنفاق.

وعلى أساس ذلك يمكن تطبيق القواعد العامة الواردة في الوكالة بالعمولة على عقد التداول وبذلك يلزم المستثمر وفقاً للنص أعلاه برد النفقات والمصروفات كافة التي أنفقها الوسيط لإبرام عقد التداول، بيد أن هذا الحكم لا يعد من النظام العام وبذلك يجوز لطرفي العقد الاتفاق على مخالفته^(١).

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح أو ضمني في قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ والأنظمة والتعليمات التابعة له بشأن التزام المستثمر برد المصروفات والنفقات التي أنفقها الوسيط، ألا أن هذا لا يمنع الأخير من المطالبة بها، ويكون ذلك طبقاً للقواعد العامة في الوكالة بالعمولة باعتباره من أقرب العقود إلى عقد التداول لأن كلاً من الوكيل بالعمولة والوسيط يتولى إبرام الصفقة بنفسه لمصلحة موكله لقاء أجر معين بعد حصول كل منهما على إجازة تخوله ممارسة عمله وبالتالي نرجع إلى أحكام الوكالة بالعمولة عند وجود نقص في أحكام عقد التداول كما سبق بيان ذلك ، ووفقاً لذلك نصت المادة (٩٤١) من القانون المدني العراقي على انه : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك"

ويتضح من خلال النص أعلاه أن الموكل ملزم برد النفقات والمصروفات التي أنفقها الوكيل لتنفيذ الوكالة، بيد أن حق الوكيل في المطالبة بهذه النفقات مقيد بأن تكون معقولة وضرورية^(٢) وهذا ما بينته المادة (٩٤١) أعلاه عند ذكرها عبارة " التنفيذ المعتاد" ويمكن للموكل أن يتأكد من ذلك من خلال اطلاعه على كشف الحساب المقدم من قبل الوكيل، وتقضي قواعد العدالة في أحقية الوكيل في الرجوع على الموكل بالنفقات والمصروفات وعدم اعتبارها داخلة ضمن العمولة، كما أن للوكيل المطالبة بها بغض النظر عن نجاح أو فشل الصفقة، لكونها غير معلقة على إبرام العقد أو نجاحه^(٣) ويمكن تلمس ذلك من عبارة " مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته" الواردة في النص أعلاه. وتطبيقاً لأحكام القواعد العامة المتعلقة بالوكالة بالعمولة، يحق للوسيط ان يطالب المستثمر بجميع المصروفات التي بذلها لإنجاز العقد المكلف بإبرامه، كالرسوم التي يقررها المشرع لانتقال ملكية الأوراق المالية، وهذه المصروفات يلتزم المستثمر بردها حتى وإن لم ينجح الوسيط في إتمام الصفقة طالما لم يصدر خطأ منه^(٤). كما أشار النص أعلاه إلى حق الوسيط لا يقتصر على المطالبة بالنفقات والمصروفات فقط بل يمتد ليشمل في المطالبة بالفوائد^(٥) الناتجة عن النفقات والمصروفات التي أنفقها من تاريخ صرف تلك النفقات ما لم يوجد اتفاق بين الوسيط والمستثمر على خلاف ذلك، ولا يجوز أن تزيد الفوائد التي يتقاضاها الوسيط على النفقات والمصروفات التي قام بأدائها ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك^(٦).

أما بخصوص طريقة حصول الوسيط على النفقات والفوائد فطالما لم يتطرق إليها قانون السوق والأنظمة والتعليمات الملحق به فيجدر الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بتسليمها من خلال المناولة اليدوية.

(١) ينظر: د. محمد حسن عبد المجيد الحداد، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(٢) ينظر: د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٣١١.

(٣) ينظر: د. محمود الكيلاني، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٤) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٦٩٧.

(٥) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٦) ينظر: د. عبد الله تركي العيال، مصدر سابق، ص ١٦٩.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن المشرع العراقي قد سلك ذات المسلك المتخذ من قبل المشرع المصري في عدم نصه على التزام المستثمر برد النفقات والمصروفات في قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحقة به، ألا أن هذا لا يمنع الوسيط من الاستعانة بالقواعد العامة في عقد الوكالة بالعمولة للحصول على ما أنفقته. وكان على المشرع العراقي أن ينتهج ذات المنهج المتخذ من قبل المشرع الكويتي بالنص بشكل صريح ومباشر على التزام المستثمر برد المصروفات التي تكبدها الوسيط من أجل اتمام العقد، ليقطع الطريق أمام أي شك في دخول المصروفات والنفقات ضمن العمولة التي يتقاضاها الوسيط، لذا ندعو المشرع العراقي إلى سن نص قانوني في قانون سوق الأوراق المالية النافذ يبين فيه أن من حق الوسيط المطالبة بالمصروفات والنفقات.

المبحث الرابع

انتقال الملكية والقيام بإجراءات التقاص والتسوية

تطبيقاً للقواعد العامة يكون تنفيذ أي عقد من العقود سواء كان مدنياً أو تجارياً أما عن طريق أطراف هذا العقد بصورة مباشرة، أو من خلال وكلائهم. ألا أن تنفيذ عقد تداول الأوراق المالية قد خرج عن هذه القاعدة عندما خولت النظم التشريعية مهمة تنفيذ آثار العقد لأحد أجهزة سوق الأوراق المالية أو كما يطلق عليه بمركز الإيداع والتسوية. حيث يتولى هذا المركز ترتيب آثار عقد التداول وتفعيلها، من خلال قيامه بنقل ملكية الأوراق المالية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه) وتسمى هذه العملية بالمقاصة والتسوية والتي لا يمكن أن تكتمل إلا بنقل القيود الحسابية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه). ومن أجل حماية المستثمر من المخاطر التي قد تلحق به نتيجة لإخلال مركز الإيداع أو الوسيط بالتزام، فقد تناولت أغلبية القوانين المنظمة للأسواق المالية (صندوق الضمان) بالتنظيم. حيث يختص هذا الصندوق بضمان إتمام تنفيذ العقد وترتيب آثاره بشكل سليم: ومن أجل تشجيع المستثمرين على استثمار أوراقهم المالية، لذا سنتناول إثبات انتقال الملكية ضمن دراستنا هذه، التي قسمناها على مطلبين، خصص المطلب الأول لبحث آلية انتقال ملكية الأوراق المالية وفقاً لقواعد السوق، بينما خصص المطلب الثاني لبيان المسؤولية الناشئة عن انتقال الملكية، على النحو الآتي:-

المطلب الأول

آلية انتقال الأوراق المالية وفقاً لقواعد السوق

إن انتقال ملكية الأوراق المالية من مالكها إلى شخص آخر هي نتيجة طبيعية مترتبة على إبرام عقد التداول، ووفقاً للقواعد العامة تعد الأوراق المالية التي هي محل عقد التداول من المنقولات، وبما أن تداول الأوراق يكون في سوق رأس المال، فانتقال ملكيتها يكون محكوماً بقواعد ذلك السوق الذي يختلف بطبيعته عن القواعد العامة الواردة في القانون المدني. حيث تنتقل ملكية الورقة بإتمام عملية التقاص والتسوية، ولا يمكن لهذه العملية أن تكتمل إلا بتسليم الأوراق المالية عن طريق النقل بين الحسابات. ومن أجل بيان إجراءات انتقال الملكية بشكل أكثر وضوحاً قسم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الأول إجراءات انتقال الملكية والفرع الثاني إجراءات تسليم الأوراق المالية وفقاً لقواعد السوق، على النحو الآتي:-

الفرع الأول

إجراءات انتقال الملكية طبقاً لقواعد السوق

تباينت طرائق انتقال ملكية الأوراق المالية بفعل التطور الزمني، ففي الوقت الذي كانت تحتفظ فيه الأوراق بماديتها، كانت تنتقل بصورة مباشرة بين الوسطاء حيث كان يتولى الوسطاء بأنفسهم مهمة تسوية الصفقات المنعقدة لصالح مستثمريهم ، ويكون ذلك من خلال تبادل كل من وسيط المستثمر (المتنازل) ووسيط المستثمر (المتنازل إليه) الأوراق المالية التي تم التعاقد عليها بالثمن النقدي المتفق عليه وهذه العملية تنصب على أوراق معينة بذاتها، فبعد أن يتسلم وسيط المستثمر (المتنازل) الأوراق المالية من مستثمره يقوم بتسليمها يدوياً إلى وسيط المستثمر (المتنازل إليه). وكان انتقال الملكية سابقاً يتطلب تدخل الجهات المصدرة للأوراق المالية . ويبدو ذلك جلياً حينما كان قانون سوق بغداد الملغي في المادة (٣٠) تلزم الشركات المساهمة التي يجري التعامل بأوراقها المالية بتسجيل جميع العمليات التي تتم على تلك الأوراق في سجلات منظمة لديها وتخضع لرقابة السوق وتدقيقه في أي وقت^(١). غير أن عملية انتقال الملكية وفقاً لهذه الطريقة التي تتصف بالبطء الشديد وعدم تناسبها مع حجم العمليات

(١) ينظر: د. فاروق إبراهيم جاسم ، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

المتزايدة، ولكون هذه الطريقة لا توفر الحماية الكافية للأوراق المالية ، فقد تعرضت العديد منها إلى السرقة أو التلف^(١).

إن هذه الأسباب وغيرها كانت الدافع لإنشاء مركز الإيداع والتسوية الذي تختلف تسميته من دولة إلى أخرى ففي العراق يسمى (بمركز الإيداع والقيود المركزي) وقد أشار المشرع العراقي إلى ذلك في القانون المؤقت في القسم (٩)(٣) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ. أما في مصر فيسمى (بشركة مصر للمقاصة والتسوية والحفظ المركزي) وقد تم إنشائها وهي شركة مساهمة مصرية حاصلة على ترخيص من هيئة الرقابة المالية غير المصرفية برقم (٣٥) في (٢١ / ٨ / ١٩٩٥)^(٢) ويتولى هذا المركز التوسط بين عمل الوسطاء لنقل ملكية الأوراق المالية بينهم بدلاً من انتقالها بصورة مباشرة ، ويقصد بمركز الإيداع فقهيًا بأنه "المركز الذي يتولى حفظ الأوراق المالية المودعة لديه وإجراء المقاصة والتسوية للمراكز المالية الناشئة عن عقد التداول بالإضافة إلى قيام هذا المركز بنقل ملكية الأوراق المالية عن طريق القيد الدفترية"^(٣).

وقد عرفه البعض الآخر بأنه "شركة تعاونية لا تهدف لتحقيق الربح وتكون الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أعضاء لها، ويهدف هذا المركز إلى تحديد صافي الحقوق والتزامات أطراف عقد التداول ونقل ملكية الأوراق المالية بين أطراف العقد"^(٤).

ويرى بعض الباحثين بأن مركز الإيداع "هو شركة لا تهدف لتحقيق الربح بشكل أساس من النشاط الذي تؤديه ، إلا أنه لا يجوز أن يطلق عليها (شركات تعاونية) ، لأن هذا اللفظ قد يؤدي إلى الالتباس لدى البعض فلربما يفهم منه إنها جمعيات خاضعة لأحكام قوانين التعاون الإنتاجي أو الاستهلاكي"^(٥) ويلاحظ على التعاريف أعلاه أنها ركزت على وظيفة مركز الإيداع وهي تسوية المراكز المالية لأطراف عقد التداول ، ويكون ذلك من خلال تحديد حقوق والتزامات أطراف العقد، كما بينت أن مركز الإيداع هو شركة مساهمة، على الرغم من عدم الإشارة إلى تلك الشركة بصورة صريحة، إلا أنها وضحت بأن مركز الإيداع هو أحد الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

أما على الصعيد التشريعي فقد ابتعدت أغلبية النظم التشريعية بما فيها التشريع العراقي عن إيراد تعريف خاص لمركز الإيداع. أما بالنسبة إلى إجراءات التأسيس فقد أشار المشرع المصري في المادة (٣٣) من قانون الإيداع والقيود المركزي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠ على: " يكون تأسيس الشركة والترخيص لها بمزاولة أوجه نشاطها وفقاً للأحكام الخاصة بالشركات العاملة في مجال الأوراق المالية والمنصوص عليها في قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ ، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في هذا القانون" كما نصت المادة (٣٤) من ذات القانون على : " تتخذ الشركة شكل شركة مساهمة ، ولا يقل رأس مالها المصدر والمدفوع منه عما تحدده اللائحة التنفيذية، ويتكون رأس مال الشركة من أسهم إسمية من ذات النوع والقيمة".

يلاحظ على النصوص أعلاه أنها قد أشارت إلى أن مركز الإيداع يجب أن يكون شركة، وليس كل شركة لها الحق في أن تتعامل في الأوراق المالية سوى الشركة المساهمة ، كما بينت تلك النصوص نوع رأس مال مركز الإيداع وهو أسهم اسمية. أما بخصوص كميته فيجب أن لا تقل عما تحدده اللائحة التنفيذية، ولم يغفل المشرع المصري عن بيان الأحكام التي يخضع لها المركز حيث يخضع لأحكام قانون الشركات فضلاً عن خضوعه لأحكام قانون الإيداع.

في حين لم يتطرق المشرع العراقي إلى إجراءات تأسيس مركز الإيداع، وقد اقتصر موقفه على الإشارة إلى هذا المركز باعتباره الجهة المختصة بحفظ الأوراق المالية ونقل ملكيتها وهذا ما نص عليه

(١) ينظر: طاهر شوقي مؤمن ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(٣) ينظر: هالة كمال محمد إسماعيل ، الالتزام بالإيداع والقيود المركزي وفقاً لقانون ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٢٥٩ .

(٤) ينظر: د. أشرف محمود إبراهيم محمد الضبع ، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٥) ينظر: د. أشرف محمود إبراهيم الضبع ، المصدر نفسه، ص ٣٤٣.

القسم (٩)(١) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ، حيث بين المشرع أن مركز الإيداع هو جزء من سوق الأوراق المالية ، ألا أنه غير تابع للمدير التنفيذي للسوق بل يتمتع باستقلالية تامة عنه ، ويكون مدير المركز مرتبط بمجلس المحافظين مباشرة ويرفع تقاريره إلى المجلس مباشرة^(١) ومن حيث العضوية في المركز فقد نص القسم اعلاه على: " ويفتح لمشاركة أي عضو في السوق واستناداً لتلك الالتزامات والشروط التي يحددها مدير الإيداع وتكون خاضعة لمصادقة مجلس المحافظين والهيئة والإيداع...".

وأهم وظيفة يمارسها مركز الإيداع هي نقل ملكية الأوراق المالية ويكون ذلك وفقاً لعدة خطوات تختلف من قانون لآخر، فبالنسبة للقانون المصري تتبلور أولى خطوات نقل الملكية بقيام الجهة المصدرة للورقة المالية بإيداعها لدى مركز الإيداع^(٢)، وبذلك تفقد الأوراق المالية ماديتها وتحول إلى مجرد قيود حسابية ، وهذا ما يبرر عدم إلزامية مالك الورقة وفقاً للتشريع المصري بإيداعها في مركز الإيداع ، لأن المالك عندما يشتري الورقة المالية عن طريق وسيطه لا يحصل على ورقة مادية، لفقدانها ماديتها وإنما يحصل على صك تصدره الجهة المصدرة للورقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ القيد في السجل التجاري بالنسبة للأسهم ومن تاريخ الاكتتاب بالنسبة للسندات^(٣). ويكون حق مالك الورقة المالية على شكل قيود دفترية تدار من قبل مركز الإيداع ، ويتولى هذا المركز بدوره إنشاء بيانات تحتوي على أسماء ملاك الأوراق المالية من أجل زيادة ثقة المستثمرين، وفي ذات الوقت تتحقق الرقابة الفعالة على بياناتهم^(٤). وهذا ما أشأت إليه المادة (٢٥) من قانون الإيداع والقيد المركزي المصري رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠ والتي جاء فيها : " يحل قيد الأوراق المالية لدى الشركة محل سجلات المساهمين أو سجلات ملكية الأوراق المالية لدى جهة الإصدار ، وعلى الشركة استحداث الوثائق التي تحل محل صكوك الأوراق المالية في التعامل ...". وبذلك تؤدي عملية إيداع الأوراق المالية في مركز الإيداع إلى سهولة أو إمكانية تطبيق نظام التسليم مقابل الدفع ويقصد بهذا النظام "قيام كل وسيط بتنفيذ التزامه تجاه الوسيط الآخر في نفس الوقت المحدد للتسوية من خلال مركز الإيداع ، وكذلك وساطة المركز بين الوسطاء لتمكينهم من تنفيذ التزاماتهم الناشئة عن عملية التداول المتمثلة بتسليم الورقة وسداد قيمتها"^(٥)، قيمتها^(٥)، الذي يجنب مالك الورقة المالية من الوقوع في أي مخاطر ممكن أن يتعرض لها^(٦).

أما على صعيد التشريع العراقي فقد بين النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة بأن عملية تداول الأوراق المالية المدرجة في السوق لا يمكن أن تتم ما لم يتم إيداعها في مركز الإيداع ، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٢/أ) من النظام أعلاه عندما نصت على : " لا يجوز لأي شخص أن يتداول بالأوراق المالية المدرجة في السوق إلا إذا قام بإيداع الأوراق المالية المملوكة من قبله في حسابه لدى السوق"^(٧)، ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع العراقي اتخذ منهجاً مغايراً لما نهجه المشرع المصري ، حيث ألزم هذا الأخير الجهة المصدرة للورقة المالية بإيداعها لدى مركز الإيداع ، على خلاف المشرع العراقي الذي جعل مهمة إيداع الورقة المالية يقع على عاتق مالكها، لأن مالك الورقة وفقاً للتشريع العراقي يحصل على ورقة مادية يلزم بإيداعها، كما بين النص أعلاه أن إيداع الأوراق المالية يعد عملاً إجبارياً وليس اختيارياً ، لأن تفسير عموم النص يقتضي ذلك. ويترتب على عدم قيام المستثمر (المالك) بإيداع الورقة المالية في مركز الإيداع بطلان عقد التداول لمخالفته قواعد السوق، وهذا ما نصت عليه القسم (٣)(٤) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ بقولها: " تكون هناك

(١) ينظر: المادة (١/ب) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق.

(٢) ينظر: المادة (٢) من قانون الإيداع والقيد المركزي المصري رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) ينظر: هالة كمال محمود إسماعيل ، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٤) ينظر: إسماعيل محمد علي عثمان، تداول أسهم الشركات المساهمة في البورصة، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة القاهرة، سنة ٢٠١٥م، ص ٨٣.

(٥) ينظر: إسماعيل محمد علي عثمان، المصدر نفسه، ص ٩١.

(٦) ينظر: د. عبد المجيد منصور عبد العظيم ، شركة الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية في سوق رأس المال المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٢م، ص ٩٥.

(٧) ينظر: المادة (١٢/أ) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة لسوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

سلطة في السوق لإبطال أي تعامل في السندات في السوق مخالفاً لهذا القانون وقواعد السوق وقواعد الهيئة". وأبرز المهام التي يتولى مركز الإيداع القيام بها هي نقل ملكية الورقة المالية بطريقة الكترونية من حساب المستثمر المتنازل إلى حساب المستثمر المتنازل إليه التي لا يمكن أن تتم إلا بإتمام عملية المقاصة والتسوية . ويقصد بالمقاصة فقهاً بأنها " هي العملية التي يتم بموجبها تحديد صافي حقوق والتزامات أطراف التداول (المستثمرين) تمهيداً لإتمام عملية التسوية والتي يقصد بها (العملية التي يتم من خلالها انتقال ملكية الأوراق المالية المتداولة) "(١)، كما عرفت المقاصة " العملية التي يتم من خلالها تسوية المراكز القانونية الناشئة عن عمليات التداول في البورصة ، أما التسوية فهي العملية التي يتم من خلالها خصم الأوراق المالية من رصيد المستثمر (المتنازل) وإضافتها إلى حساب المستثمر (المتنازل إليه) والعملية العكسية هي خصم الرصيد النقدي من حساب (المتنازل إليه) وإضافته في حساب المستثمر (المتنازل)"(٢).

وقد عرفها آخرون البعض الآخر بأنها " العملية التي يتم من خلالها تسوية الأوراق المالية بما في ذلك تصفية العقود بين الأطراف وتسليم الأوراق المالية "(٣)، وعرفت أيضاً بأنها المقاصة " العملية التي تتولى تنظيم استلام وتسليم الأوراق المالية وتتولى حفظ الأوراق المالية لحساب المستثمرين "(٤). ويرى بعض الكتاب أن عمليتي المقاصة والتسوية واحدة إذ لا يمكن الفصل بينهما من الناحية النظرية (٥)، والترابط العملي بين كلا العمليتين يعد دافعاً أساسياً للنظر إليهما كنظام متكامل(٦)، ولا تتم هذه العملية بين أطراف عقد التداول كل منهم في مواجهة الآخر مباشرة فلا يتصور أن تتم هذه العملية بين الأطراف المباشرين للعقد (المستثمرين) ، وفي ذات الوقت لا تتم بين الوسيط مباشرة وإنما تجري هذه العملية بين الوسيط من جانب ومركز الإيداع من جانب آخر(٧).

أما من الناحية التشريعية فلم تعرف أغلب التشريعات عمليات المقاصة والتسوية ومنها المشرع العراقي الذي اكتفى بالإشارة إلى هذه العملية في المادة القسم (١) (١٣) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ والتي جاء فيها : " الإيداع : تعني الإيداع العراقي والذي سيكون الجهة المركزية التي تقوم بأجراء التسوية والتصفية لكل التعاملات بالسندات". ولكي تتم عملية المقاصة والتسوية وفقاً لما تقتضيه النظم التشريعية ينبغي على المستثمر فتح حساب تداول خاص به لدى أحد الوسطاء ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠) بقولها: " أ- على الشخص الذي يرغب بالتداول بالأوراق المالية المدرجة في السوق فتح حساب تداول خاص به لدى أحد الوسطاء، ب- لا يجوز فتح أكثر من حساب واحد لكل مستثمر لدى الوسيط الواحد إلا أنه يجوز فتح حساب تداول مع أكثر من وسيط"(٨).

ووفقاً لهذا النص يمكن القول أن المشرع قد جعل من فتح حساب التداول أمراً إلزامياً يقوم به المستثمر ثم يتولى الوسيط فتح حساب تداول لمستثمريه لدى مركز الإيداع وفقاً لأنظمة السوق الإلكترونية المعدة لهذا الغرض، بيد أن المشرع لم يبين ما المقصود بحساب التداول؟ وهل يتضمن هذا الحساب أموال نقدية؟ وكم نسبة المبالغ المالية التي ينبغي على الوسيط إيداعها في هذا الحساب؟ ووفقاً لتلك التساؤلات يمكن استنتاج أن حساب التداول الذي أشار إليه المشرع في المادة أعلاه حساب عادي يلتزم الوسيط بفتحه لدى شركة الوساطة ويحتوي على أموال حقيقية (ثمن، أوراق مالية) ، لأنه ليس بحساب تجريبي(٩) (افتراضي)، وكان من المفترض بيان أن حساب التداول الذي يلتزم المستثمر بفتحه

(١) ينظر: إسماعيل محمد علي عثمان، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٢) ينظر: طاهر شوقي محمد مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٣) ينظر: د. ريان هاشم حمدون ، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٤) ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(٥) ينظر: ماهر مصطفى محمود إمام ، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٦) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٤٩٣.

(٧) ينظر: إسماعيل محمد علي عثمان ، المصدر نفسه، ص ٩٠٢.

(٨) ينظر: المادة (١٠) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٩) الحساب التجريبي هو حساب وهمي يحتوي على أموال افتراضية غير حقيقية والصفقات التي تبرم من خلاله لا تتم أي منها على أرض الواقع وإنما هي مجرد تجربة لعملية التداول عبر الأنترنت دون تعريض الأموال الحقيقية لخطر

يحتوي على أموال حقيقية ، لكي لا يؤدي ذلك إلى خلق اللبس بين هذا الحساب والحساب التجريبي. أما بخصوص عدم تحديد المشرع لنسبة المبالغ التي يتضمنها هذا الحساب فلا يمكن أن يعد نقصاً تشريعياً ، لاختلاف كمية المبالغ التي يحتويها الحساب باختلاف نوع الأوامر الصادرة من المستثمر فمثلاً: قد يتضمن الأمر الصادر من المستثمر التنازل عن ٢٠% من الأوراق المالية فينبغي عندها أن يتضمن الحساب نسبة ٢٠% من الأوراق أو قد يتضمن الأمر التنازل عن ٤٠% من الأوراق، أو قد يصدر أمر من المستثمر مفاده الحصول على ٣٠% من الأوراق فينبغي أن يتضمن الحساب نسبة كافية من الثمن للحصول على كمية الأوراق التي يرغب المستثمر باقتنائها وعليه يمكن القول أن المبالغ التي يجب أن يتضمنها الحساب تتوقف على كمية الأوراق التي يرغب المستثمر بالحصول عليها أو التنازل عنها. ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع ألزم كل وسيط بفتح حساب مصرفي خاص به لدى مصرف التسوية^(١)، ويقصد بحساب التسوية المصرفي الخاص بالوسيط ((الحساب المصرفي لدى مصرف التسوية الذي يقوم الوسيط بفتحه وإدارته وفقاً لأحكام هذا النظام)).

الفرع الثاني

إجراءات تسليم الأوراق المالية وفقاً لقواعد السوق

تتميز مرحلة انتقال ملكية الورقة المالية بخصوصية معينة جعلت من عقد التداول عقداً متميزاً من غيره من العقود ، وتتجسد هذه الخصوصية في أن الأوراق المالية لا يمكن أن تنتقل ملكيتها إلا بإتمام عملية المقاصة والتسوية، بعبارة أخرى ان انتقال ملكية الورقة معلق على شرط واقف مفاده اتمام عملية المقاصة والتسوية ، والتي تكتمل من خلال تسليم تلك الأوراق إلى المستثمر (المتنازل إليه). وعملية التسليم هذه التي تعد بحد ذاتها أساس وجوهر التقاص والتسوية تمر بمراحل عدة أولى هذه المراحل هي مرحلة التسليم المادي الذي كان سائداً في الفترة السابقة على إنشاء مركز الإيداع عندما كانت الأوراق المالية تحتفظ بكيانها المادي، حيث كان تسليم الورقة المالية في هذه المرحلة يخضع للقواعد العامة المتبعة في القانون المدني^(٢)، فكان الوسطاء في هذه المرحلة يتولون بأنفسهم مهمة تسوية الصفقات المنعقدة بينهم بشكل يدوي لصالح مستثمريهم ، ويكون ذلك من خلال قيام وسيط المستثمر (المتنازل) بتسليم الأوراق المالية إلى وسيط المستثمر (المتنازل إليه) ويتولى هذا الأخير تسليم ثمن الأوراق إلى وسيط المستثمر (المتنازل) ، وهكذا تتم عملية التسليم بشكل مباشر بين الوسطاء^(٣). وبما أن التسليم في هذه المرحلة يقوم به الوسطاء بأنفسهم ، لذا يتوجب عليهم التحقق من سلامة الأوراق المالية قبل إتمام عملية التسليم ويكون ذلك عن طريق التأكد من صلاحية الأوراق المالية للتداول ، وتكون الأوراق صالحة لانتقال ملكيتها من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه) في حالة عدم وجود أي قيود تعيق من تداولها بالإضافة إلى التأكد من سلامة الوثائق المادية للأوراق المالية ويجب أن تكون تلك الوثائق غير معيبة أو مزورة^(٤). وقد أدى تزايد العمليات المتعلقة بالأوراق المالية داخل السوق إلى عدم ملائمة طريقة التسليم المادي مع الصفقات المنعقدة في البورصة ، حيث كانت الصفقات المنعقدة بين الوسطاء تعاني من

الخسارة ويستخدم هذا النوع من الحساب لغرض التدريب على عملية التداول ، حتى يشعر المستثمر بالراحة والخبرة التي تمكنه من تداول أوراقه المالية. لمزيد من التفصيل ينظر الرابط ادناه الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٠ الساعة العاشرة مساءً:

<https://admiralmarkets.com/ar/education/articles/forex-basics/demo-account>

(١) ينظر: المادة (١٢ / ٢) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة العراقي لسنة ٢٠٠٧.

(٢) ينظر: المواد (٥٣٨، ٥٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٦٨.

(٤) ينظر: د. حسام الدين كمال الأهواني، مسؤولية شركات السمسرة في الأوراق المالية تجاه عملائها في ظل قانون سوق رأس المال ، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية القانون – جامعة الشارقة المنعقد من (٥-٣) أبريل ٢٠٠٤، ص ١٤.

الأخطاء الكبيرة^(١)، لتراكمها وما تقتضيه من إجراءات ووقت للقيام بتسويتها ، وهذه الأسباب وغيرها أدت إلى هجر طريقة التسليم المادي والاستعاضة عنها بالتسليم بواسطة النقل بين الحسابات الذي يقوم به مركز الإيداع. إذ لم يعد للتسليم المادي أي وجود بعد فقدان الأوراق المالية ماديتها بمجرد إيداعها في المركز^(٢). وقد أدى تطبيق قاعدة تجريد الأوراق المالية من سندات المادية والتي يقصد بها (تخلي الأوراق المالية عن وثائقها المادية وتحولها إلى قيود حسابية (بيانات رقمية) مدونة في سجلات مركز الإيداع الذي يتولى القيام بمهمة تسليم الأوراق عن طريق النقل بين الحسابات المتمثل بنقل القيد الحسابي من حساب المستثمر (المتنازل) إلى حساب المستثمر (المتنازل إليه)، إذ يرى البعض^(٣) أن طريقة تسليم الأوراق المالية من خلال النقل بين حسابات المتابعين تجعل من وظيفة مركز الإيداع مشابهة تماماً لوظيفة المصرف، عندما يقوم بالنقل المصرفي لعملائه وهذا ما أدى بهم إلى القول بأن النقل بين الحسابات مستوحاة من نقل النقود حسابياً بالقيد الدفتر في حسابات البنك. ولا يشمل التسليم تسليم الوثائق المادية للأوراق المالية لسبق إلغائها^(٤) إلى تطور مركز الإيداع بشكل كبير فتبني المركز لهذه القاعدة ساهم في إنجاز عملية التسليم بسرعة أكبر^(٥). ومن أجل قيام مركز الإيداع بمهمة تسليم الأوراق يجب على إدارة السوق إبلاغه بالصفقات التي تم إبرامها ، ويكون ذلك من خلال إرسال إدارة السوق تفاصيل الصفقات إلى مركز الإيداع ليقوم بدوره بمهمة تحويل الأوراق المالية من وسيط المستثمر (المتنازل) إلى وسيط المستثمر (المتنازل إليه) ونقل ملكيتها لحساب المستثمر (المتنازل إليه)^(٦).

وتعد قاعدة إلغاء الوثائق المادية للأوراق المالية بمجرد إيداعها في مركز الإيداع قاعدة قانونية تناولتها معظم التشريعات ، حيث كان للمشرع العراقي دور بارز في هذا المجال عندما نص في القسم (٩) (٣) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ على: " فعند إيداع السندات في المركز لا يجوز سحبها وبالتالي تحويلها على شكل مادي وتدعم أنظمة المركز ما يثبت ملكية السندات...."

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع قد بين أن الأوراق المالية التي اصطلح عليها لفظ السندات بمجرد أن يتم إيداعها في مركز الإيداع تفقد ماديتها المتجسدة (بالوثائق الورقية) لتتحول إلى (بيانات رقمية)، ولا يجوز سحبها مرة أخرى واسترجاع شكلها المادي ، ونستنتج من النص كذلك ان التعامل بالأوراق المالية وانتقال ملكيتها لم يعد محكوماً بطريقة التسليم المادي بل أصبح يتم من خلال قيود دفترية ولم يعرف المشرع العراقي هذا المصطلح الأخير غير أن اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزي المصري رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠ أشارت إليه في المادة (٢٩ / ٢) بنصها على : " تسجيل البيانات في الدفاتر والسجلات التي تعدها الشركة لذلك بما فيها السجلات الإلكترونية".

وبذلك أصبح تسليم الأوراق المالية يتم من خلال مركز الإيداع والتسوية بعد أن كان يتم بشكل مباشر بين الوسيط كما سبق ذكره، وبناء على ذلك لا يمكن ان يتولى المستثمر (المتنازل) بنفسه تسليم الأوراق المبيعة مباشرة ولا حتى عن طريق وسيطة، لقيام مركز الإيداع بمهمة تسليم الأوراق المالية من خلال النقل بين الحسابات في المواعيد المحددة مع الإشارة في هذا الصدد أن مركز الإيداع يتعامل مع الوسيط دون المستثمرين، أي لا يتعامل مع المستثمرين بشكل مباشر بل من خلال وسطائهم ومن أجل أن تتم عملية المقاصة والتسوية يلتزم وسيط المستثمر (المتنازل) وليس المستثمر (المتنازل) ذاته أمام مركز الإيداع بتسليم الأوراق المالية وليس المستثمر (المتنازل) ذاته. ولكن متى يتم تسليم الأوراق

(١) ينظر: د. عصام حنفي محمود موسى ، شركة الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٨٢.

(٢) ينظر: المادة (٣) من القسم التاسع من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٣) د. عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٤) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٥) ينظر: د. سيف إبراهيم المصاروة، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٦) ينظر: محمد سامي عبد الصادق، المسؤولية المدنية في مجال خدمات الاستثمار دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة- قسم الاول- بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ٢، السنة ٢٦، الكويت، سنة ٢٠١٢م، ص ٥٧-٥٨.

المالية؟ يمكن القول أن زمن تسليم الأوراق يختلف باختلاف المراحل التي مر بها ، ففي مرحلة التسليم اليدوي عندما كان التسليم يرد على وثائق مادية يتبلور بقيام المستثمر (المتنازل) بتسليم وثائق الأوراق المالية إلى وسيطه ، ليتولى هذا الأخير إرفاقها بعقد التحويل، لتسليمها إلى وسيط المستثمر (المتنازل إليه)^(١). وفي حالة امتناع المستثمر (المتنازل) عن تنفيذ التزامه بالتسليم يصار إلى إمهاله يومين لتنفيذ التزامه^(٢)، وعليه يمكن القول أن زمن التسليم في تلك الحقبة الزمنية يستغرق وقتاً طويلاً يتراخى إلى وقت لاحق للتعاقد . وبعد أن يتم استبدال طريقة التسليم المادي بالتسليم من خلال النقل بين الحسابات، فلم يعد التسليم يستغرق وقتاً طويلاً كما كان بل أصبح يتم في اليوم نفسه الذي ينفذ فيه عقد التداول وتنتقل في الملكية، بمعنى أن التسليم يتم في ذات اليوم الذي تتم فيه التسوية ، دون حاجة لحضور الوسطاء أو المستثمرين ، وتجرى هذه العملية في يوم واحد لأن مركز الإيداع والتسوية العراقي يعمل بنظام (t+ z)^(٣)، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (٢١/أ) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ التي نصت على أن " يقوم السوق بإرسال تقرير إلى مصرف التسوية في موعد أقصاه الساعة الثانية من بعد ظهر يوم التسوية (يوم التداول لأن يوم التسوية في السوق هو (t+ zero) يبين فيه صافي المبالغ المستحقة لكل وسيط أو عليه"^(٤).

أما بخصوص مكان التسليم ، فيما إن الأوراق المالية يجب أن يتم إيداعها في مركز الإيداع الذي يتولى بدوره القيام بعملية المقاصة والتسوية التي يدخل التسليم ضمنها ، ومركز الإيداع هو جزء من سوق الأوراق المالية كما سبق بيان ذلك، لذا يجب أن يكون التسليم داخل السوق^(٥). ولكي تكتمل عملية التسليم بشكل سليم ينبغي أن يكون حساب المستثمر المفتوح لدى وسيطه محتوياً على غطاء كافي (كمية كافية من الأوراق المالية) ، لكي يتسنى لمركز الإيداع تحويل الأوراق المالية من حساب المستثمر (المتنازل) لدى وسيطه إلى حساب المستثمر (المتنازل إليه) لدى وسيطه ، لذا ينبغي على كل مستثمر تغذية حسابه لدى وسيطه عن طريق تحويل جزء أو كل من الأوراق المودعة في حسابه المفتوح في مركز الإيداع الذي عبر عنه المشرع بمصطلح (السوق) إلى حسابه المفتوح لدى الوسيط . وتجري عملية التحويل هذه وفقاً لإجراءات عدة حددها المشرع العراقي في المادة (١٣/أ) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة لسنة ٢٠٠٧ التي نصت على : " أيجوز للمستثمر إيداع الورقة المالية في حسابه لدى السوق لتحويلها أو تحويل جزء منها إلى حسابه لدى الوسيط وفق الإجراءات الآتية :

- ١- يتقدم المستثمر بطلب إلى وسيطة لتحويل عدد معين من الأوراق المالية المملوكة من قبلة من حسابة لدى السوق على حسابه لدى الوسيط وذلك على النموذج المقرر لهذه الغاية.
 - ٢- يقوم الوسيط بإدخال بيانات طلب التحويل إلى نظام السوق الإلكتروني وإجراء عملية التحويل بشكل نهائي.
 - ٣- يلتزم الوسيط بتزويد السوق بطلبات التحويل أو نسخ منها في حال طلب السوق لذلك...."
- وعلى الرغم من أن النص أعلاه ورد مفصلاً وبين الإجراءات المطلوبة لتغذية حساب المستثمر لدى وسيطه ، ألا أنه لم يلزم المستثمر بتغذية هذا الحساب وإنما جعله بالخيار، فمادام لو كان حساب المستثمر لدى وسيطه لا يحتوي على غطاء كافٍ فكيف يمكن لمركز الإيداع ان يقوم بإجراء عملية

(١) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(٢) ينظر: المادة (١٦٥) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية في سوق العراق الصادرة استناداً للقسم (٣) المادة (٢) من قانون سوق العراق المؤقت للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤.

(٣) إن الحرف (t) الذي هو اختصار (transaction) وهو يدل على الصفقة أو التعامل ، أما الحرف (z) والذي هو اختصار (zero) فهو يشير إلى أن تسوية الصفقة تتم في ذات اليوم الذي اجريت فيه ، أما اذا كانت التسوية تتم في اليوم الأول بعد التنفيذ فيطبق عندئذ على الصفقة عبارة (t+1) وإذا كانت في الثاني بعد يوم التنفيذ فيطبق اختصاراً (t+2) وهكذا يتم التسلسل بحسب يوم التسوية ، د. عبد الباسط كريم مولود، مصدر سابق، ص ٥٣٠.

(٤) ينظر: المادة (٢١/أ) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٥) ينظر: القسم (٣) (٣) (أ) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

المقاصة والتسوية وتسليم الأوراق المالية؟ لذا كان على المشرع أن يجعل من عملية تغذية حساب المستثمر لدى وسيطه أمراً إلزامياً وليس اختيارياً ، لكي تتم عملية انتقال ملكية الأوراق المالية دون أي عائق.

وبعد قيام كل مستثمر بفتح حساب تداول خاص به لدى وسيطه وقيام هذا الأخير بفتح حساب تداول لعملائه في مركز الإيداع كما سبق ذكره، ويتولى هذا المركز نقل ملكية الأوراق المالية من حساب المستثمر (المتنازل) إلى حساب المستثمر (المتنازل إليه) وتكمل عملية نقل الملكية بمجرد إتمام المقاصة والتسوية التي يتولى المركز القيام بها عن طريق نقل القيود الحسابية الخاصة بها^(١) المتجسدة بخصم مقدار الأوراق المالية التي تم التنازل عن ملكيتها بمقتضى عقد التداول من رصيد المستثمر (المتنازل) وتحويلها إلى رصيد المستثمر (المتنازل إليه) وباكتمال هذه العملية تنتقل ملكية الأوراق المالية وفقاً لقواعد الأسواق المالية^(٢).

وإزاء ما تقدم يتضح لنا مدى الأهمية التي يتمتع بها مركز الإيداع بصورة عامة ونظام المقاصة والتسوية بصورة خاصة الذي باكتماله ينفذ عقد التداول ، غير أن المشرع لم يتناوله بالشكل الذي يناسب أهميته وخطورة هذه العملية التي باكتمالها تنتقل ملكية الأوراق المالية^(٣)، على الرغم من إشارة المشرع في القسم (٣) (٩) (٣) من قانون سوق العراق للأوراق المالية النافذ على أنه " يفترض إجراء المقاصة والتسوية على كافة التعاملات التي تتم في السوق من خلال دوائر مركز الإيداع وعلى أساس إدخالها في السجلات...".

فضلاً عن ذلك فإن المشرع لم يمتنع إلى تطبيق فكرة المنع من التصرف ارادياً بذكر الحالات التي يلزم مركز الإيداع أن يمتنع عن إجراء المقاصة والتسوية في حال توافرها كما تناولها المشرع المصري في قانون سوق رأس الذي أجاز للشركة إيقاف تسوية أية عمليات تداول فور علمها أنها تمت بالمخالفة للأحكام القانونية ، وإخطار الجهة المصدرة والهيئة بتلك المخالفة^(٤).

المطلب الثاني

ضمانات انتقال ملكية الأوراق المالية

تعد عملية نقل ملكية الأوراق المالية المتداولة من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه) جوهر نتائج عقد التداول، وبما إن التداول من العقود الملزمة للجانبين فهو يترتب التزامات وحقوق متبادلة على عاتق طرفيه. وقد يخل أحد أطراف العقد بالتزامه لأسباب قد تكون شخصية أو خارجة عن الإرادة ومن أجل ضمان تنفيذ أطراف العقد لالتزاماتهم فقد وضعت أغلبية النظم القانونية عدة إجراءات وقائية ، لإتمام عملية نقل الملكية بالشكل المبغى قانوناً. ومن أجل ضمان عدم منازعة المستثمر في ملكه وعدم التعرض له في انتفاعه، فقد نظمت قواعد تداول الأوراق المالية وسائل إثبات الملكية، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى قسميه على فرعين، سنتناول في الفرع الأول ضمانات عملية التقاص والتسوية ، بينما خصص الفرع الثاني إلى بيان كيفية إثبات انتقال الملكية وعلى النحو الآتي:

(١) عند إيداع الأوراق المالية في مركز الإيداع تفقد ذاتيتها وتتحول إلى مجرد قيود في حسابات جهة الإيداع ، لتكون الأوراق المالية متماثلة مع بعضها البعض على غرار ما يحصل لدى دخولها كمدفوعات في الحساب الجاري استناداً لقاعدة الاثر التجديدي، د. علي فوزي الموسوي، النظام القانوني لإدارة محافظ الأوراق المالية ، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

(٢) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣) نص المشرع المصري في المادة الرابعة من قانون الإيداع والقيود المركزي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠ على أنه " لا تنتقل ملكية الأوراق المالية التي تم إيداعها لدى الشركة إلا بإتمام تسوية العمليات التي أجريت عليها"

(٤) ينظر: المواد (٨، ٢١) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ وكذلك المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠،

الفرع الأول

ضمانات عملية التقاص والتسوية

بعد تنفيذ أوامر البورصة يتولى مركز الإيداع بدوره إجراء عملية التقاص والتسوية على العمليات المنفذة في السوق ، لتحديد صافي حقوق والتزامات أطراف العقد. غير أن المركز قد لا يقوم بهذه المهمة بسبب إخلال أطراف المقاصة والتسوية في الوفاء بالتزاماتهم، ويرجع هذا الإخلال أما بسبب عدم دفع ثمن الأوراق المالية التي تم شرائها، أو بسبب عدم تسليم الأوراق المالية التي تم التنازل عن ملكيتها^(١).

وينعكس هذا الأمر سلباً على عمليات التداول في سوق رأس المال ، حيث تنعدم ثقة المستثمرين في مركز الإيداع مما يؤدي إلى قلة تداول الأوراق المالية. ومن أجل تفادي مثل تلك المخاطر الزمت أغلبية النظم القانونية مركز الإيداع بإنشاء إدارة صندوق الضمان للوفاء بالتزامات الناشئة عن عمليات التداول في البورصة^(٢).

ويقصد بصندوق الضمان " هو وعاء يحتوي على جميع اشتراكات أعضاء التسوية التي تتم التسوية مباشرة على حساباتهم لدى الشركة وبنوك المقاصة سواء لحساب الغير أو لحسابهم" وأهم أهداف صندوق الضمان هي ضمان قيام مركز الإيداع بتنفيذ التزامات التسوية الناتجة عن عمليات تداول الأوراق المالية المقيدة في البورصة. كما يضمن قيام مركز الإيداع بتسوية جميع عمليات التداول في يوم التسوية، بالإضافة إلى أن صندوق الضمان يهدف إلى زيادة حجم التعاملات في سوق الأوراق المالية ، ويتحقق ذلك من خلال ثقة المستثمرين في العمل الذي يقوم به الصندوق والذي يسعى بدوره لتحقيق الاستقرار والانضباط في التعاملات في البورصة^(٣).

ونظراً لأهمية الصندوق فقد أنشأ المشرع المصري صندوق ضمان التسويات بموجب قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٤ والذي تضمن في المادة الأولى منه " ينشأ بشركة الإيداع والقيد المركزي صندوق لضمان الوفاء بالتزامات الناشئة عن عمليات الأوراق المالية ويضم الصندوق في عضويته جميع أعضاء التسوية التي تتم التسوية مباشرة على حساباتهم لدى الشركة وبنوك المقاصة لحساب الغير أو لحسابهم" ^(٤). و يفهم من هذا النص أن صندوق الضمان ينشأ داخل " شركة الإيداع"^(٥)، وبالتالي هو جزء منها. وقد بين المشرع من خلال النص أعلاه أن الهدف من إنشاء الصندوق هو لضمان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن عمليات التداول في الأسواق المالية كما تطرق المشرع المصري في النص أعلاه إلى عضوية صندوق الضمان وأثار تلك العضوية ووضح أن عضويته تتألف من جميع أعضاء التسوية ويشمل الوسطاء والشركات التي تقوم بإدارة صناديق الاستثمار وشركات تكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية وتعتبر هذه العضوية الزامية ويجب على كل

(١) ينظر: طاهر شوقي مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

(٢) ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

(٣) تم نشر أهداف صندوق ضمان التسوية على الموقع الإلكتروني الاتي:

الزيارة <http://www.aljarida.com/ext/articles/print/1492883211453507900>

٢٠١٨/٧/٨.

(٤) بدأ العمل بأحكام النظام الداخلي لصندوق الضمان في ٢٠٠٤/١٢/٣١، وتقسم مساهمات أعضاء الصندوق من الوسطاء البالغ عددهم (٦٠) وسيط إلى مساهمات نقدية وكفالات بنكية ، وتحتسب وفق معادلات محددة في النظام الداخلي للصندوق ويعاد احتسابها بشكل دوري، منشور على الموقع

http://www.sdc.com.jo/arabic/index.php?option=com_content&task=view&id=28

4 تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٧/٨.

(٥) وقد أنط المشرع المصري لشركة مصر للمقاصة والتسوية والحفظ المركزي مهمة إشراف وإدارة صندوق الضمان باعتبارها الجهة الوحيدة التي تتولى ذلك في مصر مقابل حصولها على نسبة من إجمالي إيرادات الصندوق طبقاً لما تقرره الجمعية العامة للشركة، ينظر إلى المادة (١٧) من قرار مجلس إدارة الهيئة للرقابة المالية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٤ والمعدل لقرار رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

شركة سمسرة (وساطة) تتولى تداول الأوراق المالية أن تؤدي تأمين من أجل ممارسة نشاطها وتحدد قيمة التأمين وفقاً لقواعد الخصم منه واستكماله بمقتضى قرار مجلس إدارة هيئة الرقابة المالية وقد حدد قيمة الاشتراك في الصندوق وفقاً للمعادلة التي تم التطرق إليها في المادة (٨) من قرار مجلس إدارة الهيئة للرقابة المالية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٤، وذلك على النحو الآتي " قيمة الاشتراك للعضوية مساهمة العضو في الصندوق x رأس مال الصندوق x معدل المخاطر الخاصة بالعضو"، وبذلك يتضح أن المشرع المصري كان موفقاً في تنظيمه لصندوق الضمان بالشكل الذي يتناسب مع أهميته من خلال تنظيم أحكامه بشكل مفصل.

كما أن الصندوق يتولى تغطية عدم وفاء أعضائه في التزاماتهم الناشئة عن تسوية عمليات التداول في البورصة سواء كان امتناعهم عن الوفاء متمثلاً بعدم سداد قيمة الأوراق المالية التي تم شرائها أو عدم تسليم أو تحويل الأوراق التي تم التنازل عن ملكيتها، وفي ذات الوقت يتولى الصندوق تسديد التزامات العضو المخالف نيابة عنه في اليوم المحدد للتسوية وإن تجاوزت قيمة اشتراكه في الصندوق وعند امتناع العضو عن الوفاء في التزاماته الناشئة عن عمليات تداول الأوراق المالية، يتولى الصندوق في يوم التسوية في الساعة التاسعة صباحاً بتسديد التزامات ذلك العضو عن طريق الخصم من قيمة اشتراكه برأس مال الصندوق، فإذا كان العضو المخالف (متنازل إليه) يتصرف الصندوق في الأوراق المالية لصالحه، أما إذا كان العضو (متنازل) فيحصل عندها الصندوق من المتنازل إليه على ثمن الأوراق المالية التي تم تداولها ويحمل الطرف المخالف فروق سعر الأوراق المالية.^(١)

أما بخصوص المشرع العراقي فلم يتطرق إلى إنشاء صندوق الضمان باعتباره أحد ضمانات التسوية في قانون سوق الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الملحق به، غير أنه أشار إلى ضمانات أخرى مغايرة تماماً لما تناولته النظم التشريعية المقارنة كالتشريع المصري والأردني أنفي الذكر. فقد نص المشرع العراقي في المادة (١١/ج) من تعليمات تداول الأوراق المالية في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ على: " إذا لم يقيم المستثمر المشتري لأي سبب كان بدفع قيمة الأوراق المالية المشتراة لصالحه والعمولات المستحقة عليها خلال فترة التسوية، يجوز للوسيط بيع الأوراق المالية المعنية بعد أخذ موافقة المدير التنفيذي ...".

ويلاحظ على هذا النص أنه جعل ضمانات التسوية مقتصرة فقط على عملية البيع دون الشراء هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن النص جوازي وليس الزامي، لأنه جعل الوسيط مخير في بيع الأوراق المالية المتعاقد عليها دون أن يلزمه بيعها في حالة قيام المستثمر (المتنازل إليه) بأداء قيمة الأوراق، والسؤال الذي قد يطرح في هذا الصدد كيف يمكن لمركز الإيداع أن يتولى إكمال عملية التقاص والتسوية في هذه الحالة خصوصاً وأن المشرع العراقي حتى بعد صدور التعليمات الخاصة بنظام الإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧، لم تلزم المستثمر بتغذية حسابه سواء كان مفتوحاً لدى المركز أو لدى وسيطة وإنما جعلته بالخيار؟^(٢)

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول أن المشرع العراقي لم يتناول ضمانات التسوية والمقاصة بالشكل الذي يتناسب مع أهميتها. أما بخصوص النصوص التي أشار إليها على أنها ضمانات للتسوية وهي نص المادة (١١/ج) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧، المادة (١٣/أ)، المادة (١٤) من النظام الخاص بالتسوية والمقاصة لسنة ٢٠٠٧، ففي حقيقتها لا يمكن أن تحقق الاستقرار داخل الأسواق المالية، لكونها نصوص تعاني من نقص بشكل لا يمكنها أن تؤدي إلى إتمام عملية التقاص والتسوية، لذا ندعو المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري بإنشاء صندوق الضمان بموجب قانون سوق الأوراق المالية أو الأنظمة والتعليمات الملحق به، كنظام وقائي يحول دون إخلال مركز الإيداع بالتزامه.

(١) ينظر: ريمة بلجودي، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٢) ينظر: المادة (١٣/أ)، المادة (١٤) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة العراقي.

الفرع الثاني

إثبات انتقال الملكية

يقصد بالإثبات هو " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"^(١). و ان سبب ايراد موضوع الاثبات ضمن الضمانات كون الملكية لهذه الاوراق المالية اصبحت ملكية قيدية متصلة بالدليل المنشئ لها يعتمد عليه اطراف عقد التداول ويعد أمر إثبات الملكية أمراً في غاية الأهمية، حيث تبرز أهمية إقامة الدليل على انتقال الملكية بالنسبة لكل من مستثمر يرغب في تداول أوراقه المالية داخل البورصة. وبما إن المستثمر (المتنازل) ملزم بمقتضى عقد التداول بنقل ملكية الأوراق المالية التي تم تداولها لصالح المستثمر (المتنازل إليه)، لذا فهو يسعى دائماً لإقامة الدليل على الوفاء بالتزامه تجاه (المتنازل إليه) والموجهة للغير عند ادعاء المتنازل إليه بعدم قيام المستثمر (المتنازل) بنقل ملكية الاوراق المالية يستطيع عندها المتنازل رد ادعاء المتنازل إليه بمجرد اقامة الدليل الذي يثبت وفاءه بكامل الالتزامات الملقاة على عاتقه^(٢).

ولا تقل أهمية إثبات الملكية بالنسبة للمستثمر (المتنازل إليه) عن المستثمر (المتنازل) ، فيحتاج (المتنازل إليه) إلى دليل مادي يثبت عن طريقه بأنه مالك للأوراق المالية ، لكي يتمكن من خلال هذا الإثبات من التمتع بكافة الحقوق التي تمنحها له ملكية الورقة المالية ، وعند تمكنه من اقامة الدليل على ملكيته، عندها يستطيع المستثمر إذا كانت الورقة التي انتقلت إليه ملكيتها من صنف السندات من التمتع بكافة حقوق مالك السندات، ومنها حقه في الحصول على فائدة بغض النظر عن حجم الأرباح وتوزيعها^(٣). بالإضافة إلى حقه في الحصول على الفوائد التي جرى الاتفاق عليها في نشرة الاصدار بغض النظر عن ربح أو خسارة الشركة^(٤).

كما أن المتنازل إليه عن السندات يستفيد من ائتمانه في حالة رغبته في الحصول على قرض، فضلاً عن حقه في التنازل عن السندات خاصة عند ارتفاع أسعارها في السوق من الحقوق التي يتمكن المتنازل إليه للسندات من ممارستها بمجرد اثبات حقه في ملكيتها^(٥). أما إذا كانت الورقة المالية التي انتقلت إلى المستثمر المتنازل إليه من (الأسهم) فيتمكن من خلال إثبات ملكيتها من التمتع بكافة الحقوق التي تخولها إياه تلك الورقة، ومن أبرزها الحق في الحصول على حصة من الأرباح بعد استيفاء أصحاب الحقوق الأخرى أنصبتهم

بالإضافة إلى حق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم لزيادة رأس المال ، وحقه في الحصول على حصة من صافي اصول الشركة عند التصفية بعد استيفاء الحقوق الأخرى كافة^(٦). وإذا كانت الأسهم التي حصل عليها المستثمر من جراء عملية التداول أسهم ممتازة ، فتكون له الأولوية في الحصول على قيمة الأسهم الاسمية عند تصفية الشركة، وغيرها من الحقوق التي ينتفع بها المستثمر (المتنازل إليه) عن الأسهم عند اقامة الدليل على انتقال ملكية الأوراق المالية إليه^(٧) وهذا ما هو معمول به لدى التشريعات التي تأخذ بفكرة الاسهم الممتازة بينما المشرع العراقي لم يأخذ بها وخلا قانون الشركات العراقي النافذ من الاشارة اليها.

وينبغي أن يتم اثبات انتقال ملكية الأوراق المالية المقيدة وفقاً للدليل المعتمد في السوق وحسب القواعد المعنية بتنظيمه ، حيث ألزمت تلك القواعد كل مستثمر يرغب في استثمار أوراقه المالية أن

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، سنة ٢٠١٢م، ص ٨.

(٢) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٣) ينظر: د. ضياء مجيد الموسوي ، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٤) ينظر: د. لطيف جبر كومان، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٥) ينظر: رباب حسين كشكول ، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٦) ينظر: د. عصام أحمد البهجي، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

(٧) ينظر: استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مصدر سابق، ص ١٨٧.

يقوم بإيداعها في مركز الإيداع^(١)، وقد أنيطت مهمة نقل ملكية الأوراق بالجهة المركزية بدلاً من الجهات المصدرة لها^(٢)، وذلك بعد أن أصبحت الأوراق المالية مجرد قيود حسابية (بيانات رقمية) لدى مركز الإيداع لذا فمن الطبيعي أن تكون هي الجهة المعنية بإثبات انتقال الملكية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه). وهذا ما أدى إلى التعبير عن ملكية الأوراق المالية (بالملكية القيدية)^(٣) وبذلك أصبحت سجلات السوق بالإضافة إلى الوثائق الصادرة عنه دليلاً يعتمد عليه أطراف عقد التداول لإثبات انتقال الملكية في سوق الأوراق المالية وقد كانت عمليات التداول التي تتم داخل الأسواق المالية في أولى مراحلها تجري على الوثائق المادية المتجسدة للأوراق المالية، وبعد أن تتم عملية انتقال الملكية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه) تثبت تلك العملية في سجلات خاصة لدى جهة الإصدار وتقوم تلك الجهة بدورها بإعداد وثائق باسم المتنازل إليه وبذلك تثبت ملكية الأوراق المالية هذا بالنسبة للأوراق المالية الاسمية. أما الأوراق لحاملها فإن اثبات ملكيتها يكون عن طريق الحيازة استناداً لقاعدة (حيازة المنقول سند الملكية)^(٤).

وقد كان للمشرع المصري دور بارز في تحديد الوسيلة التي يعتمد عليها لإثبات انتقال ملكية الأوراق المالية المقيدة في سوق رأس المال، وهذا ما بينته المادة (٢٥) من قانون الإيداع والقيود المركزي بالنص على "يحل قيد الأوراق المالية لدى الشركة محل سجلات المساهمين أو سجلات ملكية الأوراق المالية لدى جهة الإصدار، وعلى الشركة استحداث الوثائق التي تحل محل صكوك الأوراق المالية، وذلك في التعامل وحضور الجمعيات العامة للمساهمين وصرف الأرباح، والرهن....."^(٥). أما بالنسبة إلى التشريعات العراقية، فلم يتضمن قانون سوق الأوراق المالية النافذ أي نص ينظم من خلاله إثبات انتقال ملكية الأوراق المالية المتداولة، وعند صدور تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ فقد نظمت إثبات ملكية الأوراق المالية في المادة (٣/ب) التي نصت على أنه "تعتبر القيود المدونة في سجلات السوق سواء كانت مدونة يدوياً أو إلكترونياً وأي وثائق صادرة عن السوق دليلاً قانونياً على تداول وملكية الأوراق المالية المبيعة فيها بتاريخ السجلات أو الوثائق ما لم تثبت عكس ذلك".

ومن خلال النص أعلاه يمكن القول أن المشرع العراقي قد بين الوسيلة التي يتم من خلالها إثبات انتقال ملكية الأوراق المالية من المستثمر (المتنازل) إلى المستثمر (المتنازل إليه)، وتتجسد طريقة الإثبات هذه بسجلات أو أي وثائق صادرة عن مركز الإيداع والتقص والتسوية الذي عبر عنه المشرع من خلال نص المادة المتقدم ذكرها (بالسوق)، ولعل السبب الذي دعا المشرع إلى إنفاذ مهمة إثبات انتقال الملكية بمركز الإيداع، كون هذا المركز هو الجهة الوحيدة المخولة قانوناً بحفظ الأوراق المالية وإتمام عملية نقل ملكيتها من خلال إتمام عملية التقاص والتسوية عليها^(٦)، ومن الطبيعي أن تكون هذه الجهة هي من يتولى إثبات انتقال ملكية الأوراق المالية تماشياً مع طبيعة العمل الذي تقوم به.

لذا كانت الوثائق والسجلات الصادرة عن المركز هي الدليل المعتمد عليه في إثبات الملكية من تاريخ تسجيل انتقال الملكية بتلك السجلات أو الوثائق سواء كانت مدونة يدوياً أو إلكترونياً، غير أن هذه القرينة ليست قطعية وإنما قابلة لإثبات العكس. وبالرغم من إيجابيات نص المادة السابق الإشارة إليها كونها نظمت إثبات ملكية الأوراق المالية المتداولة في البورصة، بيد أنها لا تخلو من سلبيات عدم الوضوح في الصياغة ويتجسد ذلك في عبارة (تاريخ السجلات أو الوثائق)، والتي قصد بها المشرع تاريخ تسجيل انتقال الملكية في السجلات أو الوثائق، لذا كان من الأجدر أن تكون صياغة النص على

(١) ينظر: المادة (١٢/ب) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

(٢) ينظر: المادة (٣/قسم ٩) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٣) ينظر: د. عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٤) ينظر: رباب حسين كشكول، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٥) ينظر: المادة (٢٥) من قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية المصري رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠م.

(٦) ينظر: المادة (١٢/أ/ب) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧.

النحو الآتي: " تعتبر القيود المدونة في سجلات السوق ...بتاريخ تسجيل انتقال ملكية الأوراق المالية المباعة في السجلات أو الوثائق..". وبما إن الأوراق المالية بمجرد إيداعها في مركز الإيداع تفقد وثائقها المادية لتكون مجرد قيود حسابية^(١)، لذا فمركز الإيداع لا يقوم بإصدار وثائق جديدة باسم المشتري ليثبت من خلالها ملكيته للأوراق المالية، وإنما يتولى المركز بدوره إصدار تقرير يؤكد من خلاله مقدار ملكية المستثمر للأوراق المالية، ويصدر هذا التقرير بناءً على طلب المستثمر من خلال وسيطه ومن خلال هذا التقرير يستطيع المستثمر (المتنازل إليه) معرفة رصيده من الأوراق المالية في حسابه كما يمكنه أن يثبت ملكيته للأوراق المالية سواء كان هذا الإثبات تجاه الجهة المصدرة للأوراق المالية أو أي جهة أخرى، ويتولى مركز الإيداع تزويد الشركات المصدرة للأوراق المالية بأي تعديل يطرأ على سجلات المساهمين وبذلك تتمكن هذه الشركات من مطابقة سجل الأعضاء الذي تتولى تنظيمه مع سجل الأعضاء الموجود لدى مركز الإيداع^(٢).

وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن إثبات انتقال ملكية الأوراق المالية التي قد تم تداولها في سوق رأس المال تتم بالاعتماد على سجلات مركز الإيداع، أو الوثائق الصادرة عن هذا المركز بعد أن فقدت الأوراق المالية المودعة في المركز وثائقها المادية، وعلى هذا الأساس لم تعد سجلات الشركة والوثائق المادية للأوراق المالية هي الطريقة الوحيدة المعتمدة في إثبات الملكية.

(١) ينظر : القسم (٩) (٣) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ.

(٢) ينظر: رباب حسين كشكول ، مصدر سابق، ص ١٦٤.

خاتمة البحث

بعد محاولة تأصيل التنظيم القانوني لعقد التداول في سوق الأوراق المالية وباستخدام المنهج التحليلي والمقارن للوقوف على المناقشات الفقهية وأبرز العمليات التشريعية العراقية المقارنة، استطعنا الوصول إلى جملة من النتائج والمقترحات نجملها بما يأتي:-

أولاً: النتائج:-

- ١- على الرغم من تعدد واختلاف التعاريف الفقهية والتشريعية التي قبلت بصدد عقد التداول ألا أنها لم تقدم تصوراً واضحاً حول عقد التداول في سوق الأوراق المالية، فقد افترقت تلك التعاريف للمرتكزات الأساسية التي تقوم عليها عملية التداول كتفويض وسيط يبرم العقد لمصلحة مستثمره ومكان إبرامه الذي ينحصر في سوق الأوراق المالية.
- ٢- لوحظ أن أوامر السوق تمثل مقدمة تعاقدية سابقة على إبرام عقد التداول يلزم المستثمر بإجرائه مع وسيطه ليعبر من خلالها عن إرادته في تداول الورقة المالية، وينبغي أن يكون محدد من حيث السعر والمدة حيث يؤدي هذا التحديد إلى إبرام الصفقة وفقاً لرغبة المستثمر مما يجنب وقوع الوسيط في المسؤولية.
- ٣- يلتزم الوسيط وفقاً لنص المادة (١٨) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ وكذلك المادة (٥/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ بالتنفيذ الحرفي لأوامر مستثمره لكونه يعبر عن أرادة المستثمر وليس عن إرادته الشخصية إزاء ذلك لا يجوز له قانوناً مخالفة أوامر مستثمره حتى وإن كان الخروج عنها ما يحقق مصلحة المستثمر.
- ٤- لكي يتسنى للمستثمر تداول ما يملكه من أوراق مالية ينبغي عليه أولاً أن يكون كامل الأهلية، إلا أن المشرع في القسم (١٠) (٢، ٣) من قانون سوق الأوراق المالية قد فرض عليه إضافة إلى ذلك أن يملك أو يرغب بالحصول على (١٠%) من الأوراق المالية المطروحة في السوق إذا كان متحالف، أما إذا كان غير متحالف فهو غير مقيد بتملك نسبة معينة من الأوراق المالية. ومن أجل المحافظة على استقرار السوق يمكن القول تأويلاً لنص المادة (٩٦) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م بأن المشرع العراقي قد حظر المحكوم بالسجن المؤبد أو المؤقت من التداول، ولكي يتسنى لمركز الإيداع إتمام عملية المقاصة والتسوية والتي باكتمالها تنتقل ملكية الورقة المالية من المستثمر المتنازل إلى المستثمر المتنازل إليه ألزم المشرع المستثمر في المادة (١٠) من النظام الخاص بالإيداع والمقاصة والتسوية أن يفتح حساب تداول لدى شركة الوساطة.
- ٥- يلزم كل من يرغب في تداول ما يملكه من أوراق مالية في سوق المال وفقاً لنص القسم (٣) (٣) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ أن يفوض وسيط مرخص من قبل إدارة السوق لإبرام العقد لمصلحة مستثمره، لكون عقد التداول من العقود التي تحتاج إلى خبرة وكفاءة عالية بأمور السوق لذا حظرت النظم التشريعية ومنها التشريع العراقي تعاقده المستثمر على تداول الأوراق المالية دون تفويض وسيط بذلك، ألا أن احتكار الوسيط لمهنة الوساطة ترد عليه جملة من الاستثناءات فقد استثنى المشرع في القسم (٣) (٣) (ج) من قانون السوق حالات المناقلة عن طريق الهبة والميراث حتى الدرجة الثانية.
- ٦- مع تنظيم المشرع العراقي لشروط الوسيط المالي كاشتراطه في القسم (٥) (٥) (ج) أن يكون الوسيط شخص معنوي ويمتلك رأس مال كاف للوفاء بالتزاماته تجاه مستثمره ألا أنه لم يحدد مقدار رأس مال الوسيط، فضلاً عن اشتراطه في أن يكون الوسيط عضواً في السوق ألا أنه لم يوضح كيفية حصول الوسيط المالي على العضوية، وعليه يمكن القول أن تنظيم المشرع لهذه الشروط كان مقتضياً وغامضاً بالإضافة إلى الركافة في الصياغة.
- ٧- تبين لنا أن هناك ارتباط وثيق بين نجاح الصفقة وبين طريقة عرض الأوامر مما أدى بالمشرع العراقي إلى إعطاء الوسيط المالي اختيار الطريقة الأمثل لعرض الأوامر بالشكل الذي يحقق مصلحة المستثمر سواء كان بالطريقة التقليدية المتمثلة بلوحات العرض التي يتولى فيها موظف السوق بدوره بتدوين الأوامر المحددة من حيث النوع والسعر على لوحات العرض، وقد يجد الوسيط أن نجاح العقد يتحقق

عن طريق عرض الأوامر بالحاسب الآلي حيث تعرض الأوامر وفقاً لهذه الطريقة على شاشة الحاسب الآلي فيتمكن كل وسيط بالبورصة من الاطلاع على أوامر الآخر.

٨- إن عقد التداول يبرم بمجرد قيام الوسيط المالي بتنفيذ أوامر مستثمره ويكون ذلك من خلال تقديم الوسيط إلى الأوامر التي تناسب متطلبات مستثمريهم حيث يبرم العقد بمجرد تلاقي إيجاب وسيط المستثمر المتنازل مع قبول وسيط المستثمر المتنازل إليه هذا إذا كانت وسيلة عرض الأوامر بطريقة لوحات العرض أما إذا كانت بطريقة الحاسب الآلي فيبرم العقد بمجرد تطابق الأوامر المتشابهة آلياً.

٩- ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (١١) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة (٢٠٠٧) حيث ألزمت الوسيط بالتأكد من كفاية رصيد المستثمر من الورقة المالية المعنية قبل إدخال أمر التداول وكذلك ألزمت الوسيط بالتأكد من كفاية رصيد المستثمر من الثمن عندما يكون الأمر بالشراء وعليه يمكن القول أن المشرع العراقي وبشكل غير مباشر اعتبر الوسيط ضامناً لسلامة وصحة الصفقة دون أن يلتزم بضمان تنفيذها، لكون مركز الإيداع هو من يتولى القيام بمهمة تنفيذ العقد من خلال اكتمال عملية التقاص والتسوية استناداً إلى نص القسم (٩) (٣).

١٠- توصلنا من خلال نص القسم (٥) (١٣) من قانون سوق الأوراق المالية أن المشرع العراقي نظم التزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بعملية التداول ألا أن تنظيم المشرع للاستثناءات التي ترد على هذا الالتزام يعتريه العديد من القصور ويمكن تلمس ذلك في نص القسم (٥) (١٣) من قانون السوق عندما حدد الجهات القانونية التي يلزم الوسيط بالكشف عنها قانوناً غير أن هذا النص لم ترد بين طياته أي إشارة إلى القضاء .

١١- على الرغم من أن المشرع العراقي أشار في المادة (٧/أ/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية العراقي لسنة ٢٠٠٧ إلى أن التزام الوسيط بتقديم كشف حساب دقيق ومفصل لمستثمره من أجل اطلاعه على الصفقات التي قام الوسيط بإبرامها لصالحه، ألا أنه لم يبين الأثر المترتب على تقديم الوسيط كشف حساب غير دقيق أو غير صحيح أو مضلل.

١٢- توصلنا إلى أن عقد التداول من عقود المعاوضة التي تمنح كل طرف فيها وفقاً لنص المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي حق الحبس متى ما نفذ كامل التزامه تجاه الطرف الآخر استناداً لذلك يحق للوسيط حبس الورقة المالية أو ثمنها بمجرد امتناع المستثمر عن أداء العمولة المستحقة.

١٣- اتضح لنا أن المشرع العراقي انتهج ذات النهج المتخذ من قبل المشرع المصري في عدم إعطاء الوسيط حق الامتياز وعليه يكون الوسيط المالي دائن عادي يتزاحم مع بقية دائني المستثمر في الحصول على حقه دون أن يتقدم عليهم.

١٤- لوحظ أن المشرع العراقي لم يعط للوسيط حق تسلم الغطاء المالي بمعنى أن المشرع العراقي لا يجيز للوسيط أن يطلب من مستثمره تسليم الورقة أو الثمن الذي بحوزته وإنما يقتصر حقه على التأكد من الملائمة المالية للمستثمر ويكون ذلك من خلال اطلاع الوسيط على الوثائق التي تثبت له وجود غطاء مالي كافٍ لدى المستثمر .

١٥- أن المشرع العراقي قد اتخذ منهجاً مغايراً عن نظيره المصري عندما لم يمنح المستثمر والوسيط الحرية في تحديد مقدار العمولة حيث حدد مقدارها في المادة (١٦) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ بنسبة ١% من قيمة الصفقة ويستوفي السوق رسوماً على العمولة التي تقاضاها الوسيط بمقدار الخمس.

١٦- بينت الدراسة أن الوسيط لا يستحق العمولة إلا إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد وفي حال استحالة عليه ذلك بسبب خطأ المستثمر عندها يلزم الأخير بتعويض الوسيط تعويضاً عادلاً أساسه المسؤولية التعاقدية. وأبرز دليل نستدل به هو أن المادة (١٦) من التعليمات التنظيمية لتداول الأوراق المالية العراقي لسنة ٢٠٠٤م عندما حددت أسس عمولة الوسيط بـ (١%) من قيمة الصفقة مما يعني أن العمولة لا يمكن أن تحسب ما لم يتم إبرامها، كون المشرع لم يترك الحرية لطرفي العقد في تحديد نسبتها وهذا ما أدى بنا إلى القول بأن المستثمر غير ملزم بأداء أجره الوسيط في حالة عدم قيام هذا

الأخير بإتمام العقد غير أنه يستحق تعويض عادل إذا ما كان السبب في عدم إتمام الصفقة راجع للمستثمر ذاته.

١٧- توصلنا إلى أن المستثمر ملزم برد النفقات والمصروفات كافة التي تكبدها الوسيط من أجل إبرام الصفقة طبقاً للقواعد العامة في الوكالة بالعمولة ويبقى حق الوسيط في استيفاء النفقات والمصروفات قائماً حتى وإن لم ينجح في إبرام الصفقة لكونها لا تدخل ضمن نطاق العمولة.

١٨- إن إثبات انتقال ملكية الورقة المالية يتم وفقاً للدليل المعتمد عليه في السوق وحسب القواعد المعنية بتنظيمه وقد اعتبرت قواعد سوق الأوراق المالية وفقاً للمادة (٣/ب) من تعليمات تداول الأوراق المالية العراقية لسنة ٢٠٠٧ الوثائق والسجلات الصادرة عن مركز الإيداع تعد دليلاً يعتمد عليه في إثبات انتقال ملكية الورقة المالية من المستثمر المتنازل إلى المستثمر المتنازل إلى المستثمر المتنازل إليه ألا أن هذه القرينة غير قطعية وإنما قابلة لإثبات العكس.

ثانياً: المقترحات:-

١- أن سماح المشرع العراقي وفقاً لنص القسم (٥) (٨) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ، والمادة (١٨/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ للوسيط المالي بتداول الأوراق المالية لحسابه الخاص من شأنه أن يعرض حقوق المستثمرين للمخاطر، لأن الوسيط سيحابي مصلحته الخاصة على مصلحة مستثمره لذا يجدر بالمشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري الذي منع الوسيط المالي في المواد (٩٠، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٥١، ٢٥٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م من تداول الأوراق المالية لحسابه الخاص للمحافظة على استقرار التعامل داخل سوق المال، لذا نقترح على المشرع العراقي حذف نص الفقرة (٨) من القسم (٥) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ فضلاً عن حذف المادة (١٨/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧ وإضافة نص جديد في قانون السوق يحظر من خلاله تداول الوسيط الأوراق المالية لصالح محفظته الخاصة.

٢- اكتفاء المشرع العراقي بنص القسم (٣) (٤) من قانون السوق باعتباره نص عام يبطل من خلاله أي تعامل مخالف لقانون السوق وقواعد الهيئة غير كافٍ لردع إبرام صفقات مخالفة للقانون، فعدم وجود نص صريح يشير من خلاله إلى إبطال عقد التداول المبرم دون تفويض وسيط مالي من شأنه أن يفسح المجال أمام المستثمرين للتداول بصورة مباشرة مما يؤدي إلى إشاعة الفوضى واضطراب عمل السوق، ومن أجل تفادي مثل هكذا صفقات نوصي المشرع العراقي بالسير على غرار التشريع المصري من خلال إيراد نص صريح في قانون سوق الأوراق المالية يبطل من خلاله عقد التداول المبرم مباشرة بين المستثمرين.

٣- إن استخدام المشرع العراقي لأكثر من مصطلح ليعبر من خلاله عن التوكيل الصادر من المستثمر إلى الوسيط فتارة يطلق عليه لفظ الأوامر وتارة أخرى يصطلح عليه لفظ التفويض أدى إلى خلق اللبس لدى الباحثين في كون الأوامر تختلف من التفويض لذا نجد ضرورة إشارة المشرع بشكل صريح إلى أن كل من مصطلح التفويض والأوامر مترادفين لأن كلا منهما يعبر عن إرادة المستثمر في تداول ما يملكه من أوراق مالية في البورصة. كما نوصي المشرع العراقي بالاكتماء باستخدام مصطلح المستثمر للدلالة على من يتعامل بالأوراق المالية في السوق لكونه من أكثر المصطلحات توافقاً مع طبيعة نشاطهم في البورصة.

٤- من أجل تلافي أي صعوبة قد تواجه الوسيط أثناء إبرام العقد كتعدد أوامر المستثمرين في حالة اشتراكهم في ملكية الورقة المالية الواحدة نجد من الضروري أن ينتهج المشرع العراقي النهج ذاته المتخذ من قبل المشرع المصري الذي نص في المادة الخامسة من قانون الإيداع والقيد المركزي على نظام المالك المسجل الذي يسهل عملية تداول الورقة المشتركة من خلال اختصار الجهد والوقت وتوحيد أوامر ملاكها مما يشجع المستثمرين المشتركين في ملكية الورقة على تداولها .

٥- نقترح على المشرع العراقي أن يعالج النقص التشريعي في كيفية حصول الوسيط على عضوية سوق رأس المال من خلال إيراد نص صريح يشير من خلاله إلى قيام الوسيط بتقديم طلب إلى مجلس

المحافظين في السوق والذي يتولى بدوره قبول أو رفض الطلب حسب الحاجة إلى الوسطاء وكمية الأوراق المتداولة فيه.

٦- مراعاة لمبدأ دقة التعابير القانونية التي تنعكس إيجاباً على حسن تنظيم ووضوح الأحكام نجد من الضروري تغيير المشرع لبعض المصطلحات الواردة في قانون السوق والأنظمة والتعليمات الملحقه به، لكونها عبارات غير دقيقة كعبارة مشارك الواردة في القسم (٥)(٣) و القسم (٥)(٥)(ب) من قانون السوق والتي قصد بها المشرع عضو كذلك الأمر بالنسبة لعبارة المودع لديه الواردة بنفس المادة والتي قصد ها مركز الإيداع لذا نقترح أن تكون صياغة النص على النحو الآتي " يجب أن يقبل الوسيط كعضو في مركز الإيداع أما بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال عضو آخر، ومن ضمنها عضو مراسل مركز الإيداع"، كذلك الأمر النسبة لعبارة مضطراً الواردة في القسم (٥)(١٣)(١) من قانون السوق والتي يمكن أن تفسر على أن الوسيط غير ملزم بالكشف عن المعلومات التي بحوزته للجهات القانونية ألا إذا كانت هناك ضرورة ملحة لذلك ففضل أن يستبدل المشرع هذه العبارة بعبارة ملزماً ليكون النص على النحو الآتي " حماية المعلومات السرية التي تخص المستثمرين ماعدا عندما يكون ملزماً للكشف عنها قانوناً". كما يجدر بالمشرع العراقي تغيير لفظ السندات الذي استخدمه كتعبير مجازي يستدل من خلاله على الأوراق المالية لأن السندات هي أحد أنواع الأوراق المالية فيمكن اعتبار كل سند ورقة ألا أنه لا يمكن أن تعتبر كل ورقة سند.

٧- عدم تحديد المشرع العراقي لرأس مال الوسيط من شأنه أن يؤدي إلى تراجع عمليات التداول المنعقدة في السوق مما ينعكس سلباً على نمو السوق وتطوره لذا نفضل أن يسيّر المشرع العراقي على ذات النهج المتخذ من قبل المشرع المصري بالنص على وضع حدود دنيا لرأس مال الوسيط لكونه من الضمانات التي توفر الحماية الكافية للمستثمر من أي مخاطر من الممكن أن يتعرض لها من قبل وسيطه مما يشجعهم على تداول ما يملكونه من أوراق في سوق المال.

٨- نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص الفقرة (٢) من القسم (٥) من قانون سوق الأوراق المالية ليكون على النحو الآتي " يجب أن يكون المدير أو ممثل الوسيط المخول بالقيام بتعاملات الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية (المندوب) شخصاً طبيعياً على أن لا يقل عمره عن (٢١) عاماً ويكون مقيماً بصورة مشروعة في العراق (ب) أن لا يكون عليه مديونية ومفلس أو قام بارتكاب جناية أو جنحة د- لم يرتكب جناية في المحكمة أو جهة قضائية مختصة..".

٩- نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص الفقرة (٣) من القسم (٥) من قانون سوق الأوراق المالية النافذ لتكون على النحو الآتي " يجب أن يكون الشخص التابع للوسيط والمخول لتقديم المساعدة في أعمال الوساطة في سوق الأوراق المالية أو مكان عمل الوسيط شخصاً طبيعياً: أن لا يقل عمره عن (١٨) عاماً ويكون مقيماً بصورة مشروعة في العراق بموجب القانون العراقي. ب-أن لا يكون مفلساً.

١٠- نقترح على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري بالنص بشكل صريح على تنفيذ الوسيط لأوامر مستثمره التي لا تلحق بالمستثمر ضرراً ولا تخالف قانون السوق والأنظمة والتعليمات الملحقه به لكون الوسيط ملزم بتحقيق مصلحة المستثمر التي تؤثر بدورها على ازدهار السوق.

١١- على المشرع العراقي أن يبين الأثر المترتب على تقديم الوسيط كشف حساب غير دقيق أو غير صحيح عن طريق إيراد نص يشير من خلاله إلى توجه الوسيط إلى القضاء من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة بحق الوسيط المالي من خلال إلزامه برد ما للمستثمر من مال.

١٢- نقترح على المشرع العراقي أن يسيّر على ذات النهج المتخذ من قبل المشرع الكويتي بالنص بشكل صريح ومباشر على التزام المستثمر برد النفقات والمصروفات كافة التي تكبدها الوسيط من أجل إتمام العقد ليقطع الطريق أمام أي شك في دخول المصروفات والنفقات ضمن العمولة التي يتقاضاها الوسيط.

١٣- من أجل إتمام تسوية المراكز القانونية لأطراف عقد التداول نقترح على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري من خلال إنشاء صندوق الضمان لضمان تنفيذ عقد التداول بالشكل المقتضى قانوناً. لكون الضمانات التي أشار إليها المشرع العراقي في المادة (١١/أ) من تعليمات تداول الأوراق المالية

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

لسنة ٢٠٠٧، والمواد (١٣/أ) و(٤) من النظام الخاص بالتسوية والمقاصة لسنة ٢٠٠٧ يعتليها القصور بالشكل الذي لا يمكن معه أن تتم عملية المقاصة والتسوية بشكل المبتغى قانوناً.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب:

- ١- أبراهيم علوان، عقد السمسرة وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩م.
- ٢- أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية، في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، بدون ط، سنة ١٩٨٩م.
- ٣- أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، ط٣، بيروت، سنة ٢٠٠٠م.
- ٤- أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بدون ط، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٥- أحمد حسني، قضاء النقص التجاري، منشأة المعارف، بدون ط، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢م.
- ٦- أحمد سفر، المصارف والأسواق التقليدية والإسلامية في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٦م.
- ٧- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك أزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٤م.
- ٨- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة ،بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م.
- ٩- أحمد مخلوف، أحكام التعامل في البورصة المصرية دراسة قانونية مقارنة مع البورصات العربية والعالمية، بدون مطبعة، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٨م.
- ١٠- أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١١- أحمد نجيب الهاللي، د. حامد زكي، شرح القانون المدني عقود البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، مطبعة الفحالة الجديدة، ط٣، بدون مكان نشر، سنة ١٩٥٤م.
- ١٢- أسامة أحمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري على الأوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٤م.
- ١٣- أشرف محمود أبراهيم الضبع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م.
- ١٤- أكرم ياملكي، القانون التجاري الشركات، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان- الأردن، سنة ٢٠٠٦م.
- ١٥- أمين السيد أحمد لطفي، التحليل المالي للتقارير والقوائم المحاسبية لأغراض تقييم أداء الشركات تقييم الشركات والاستثمار في الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٨م.
- ١٦- أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية للطباعة، بدون ط، سنة ١٩٨٣م.
- ١٧- باسم محمد صالح، القانون التجاري، العاتك، ط١، بغداد، سنة ٢٠١٧م.
- ١٨- باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الاول- النظرية العامة- العمليات المصرفية- القطاع التجاري الاشتراكي، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٧
- ١٩- باسم محمد صالح، عدنان أحمد ولي العزاوي، القانون التجاري والشركات التجارية المبادئ العامة- شركات القطاع الخاص- شركات القطاع الاشتراكي- شركات القطاع المختلط، مطبعة السنهوري، بدون ط، بدون سنة نشر.
- ٢٠- بركات نجيب وزملائه، مذكرة ليسانس، علوم تجارية - كلية الاقتصاد جامعة الميلة الجزائر، سنة ٢٠٠٥م.
- ٢١- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع- الإيجار- المقاوله، العاتك لصناعة الكتاب ، ط١، بغداد، بدون سنة نشر.
- ٢٢- جمال عبد العزيز عثمان، الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٠م.
- ٢٣- حسن علي ذنون، محمد سعيد الرجو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج٢، دار وائل للنشر، بدون ط، سنة ٢٠٠٤م.
- ٢٤- حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، مكتبة صفار، ط١، سنة ١٩٨٩م.
- ٢٥- حسين الماحي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، سنة ٢٠٠٢م.

- ٢٦- حسن النجفي، سوق الأوراق المالية، إصدارات مصرف بغداد، بغداد، سنة ١٩٩٢م.
- ٢٧- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م.
- ٢٨- خليل الهندي، القاضي أنطوان الناشف، العمليات المصرفية والسوق المالي المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، ج٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة ٢٠٠٠م.
- ٢٩- دعاء عماد مشهور، المالك المسجل والمالك المستفيد في سوق الأوراق المالية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، القاهرة، سنة ٢٠١٦م.
- ٣٠- رسمية زكي قرياص، أسواق المال، الدار الجامعية، بدون ط، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩م.
- ٣١- ريان هشام حمدون، التنظيم القانوني للتداول الإلكتروني للأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، الإسكندرية، سنة ٢٠١٣م.
- ٣٢- ريمة بلجودي، النظام القانوني لتداول الأوراق المالية بالبورصة، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠١٦م.
- ٣٣- سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والإيجار، مطبعة العاني، بدون ط، بغداد، سنة ١٩٧٤م.
- ٣٤- سميحة مصطفى القليوبي، السمسرة في القانون الكويتي وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة، بدون ط، سنة ١٩٨١م.
- ٣٥- سميحة مصطفى القليوبي، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، سنة ١٩٩٢م.
- ٣٦- سميحة مصطفى القليوبي، الشركات التجارية، ج٢، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، سنة ١٩٩٣م.
- ٣٧- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، سنة ١٩٩٣.
- ٣٨- سمير عبد الحميد رضوان، أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية، المعهد العالي للفكر الجامعي، ط١، بدون مكان نشر، سنة ١٩٦٩م.
- ٣٩- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٤٠- سيف أبراهيم مصرودة، تداول الأوراق المالية الحماية الجزائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٢م.
- ٤١- شروق عبد الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد، ج١، دار النهضة العربية، ط٣، سنة ٢٠٠٠م.
- ٤٢- صالح راشد الحمراي، حماية المستثمرين من خلال التبصير وملائمة التوجيه في سوق الإمارات للأوراق المالية، ندوة الثقافة والعلوم، الإمارات العربية المتحدة، سنة ٢٠١٠م.
- ٤٣- صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة، مؤسسة البيان للطباعة والنشر، سنة ٢٠٠٤م.
- ٤٤- صلاح الدين حسن السبسي، بورصات الأوراق المالية العربية والدولية وتأسيس سوق الإمارات للأوراق المالية، دار الوسام للطباعة والنشر، ط١، الإمارات العربية المتحدة، سنة ١٩٩٨م.
- ٤٥- صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج١، مطبعة الرشيد، ط٢، بغداد، سنة ١٩٤٩م.
- ٤٦- ضياء مجيد الموسوي، البورصات، دار الهدى، بدون ط، الجزائر، سنة ١٩٩٨م.
- ٤٧- طارق عفيفي صادق، الحماية القانونية لعمليات التداول في أسواق المال وفقاً للنظام السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، سنة ٢٠١٥م.
- ٤٨- طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م.
- ٤٩- طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، بدون ذكر دار نشر، ط٢، سنة ١٩٨٧م.
- ٥٠- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنك في خدمة الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م.
- ٥١- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٥م.
- ٥٢- عبد الأول عابدين بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في الشركات المساهمة، دار الفكر الجامعي، ط١، الإسكندرية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م.
- ٥٣- عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة ٢٠٠٩م.

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

- ٥٤- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بدون ط، سنة ٢٠٠١م.
- ٥٥- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بالإثبات- آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م.
- ٥٦- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت- لبنان، سنة ٢٠١١م.
- ٥٧- عبد الرزاق داود السعدي، تعاريف ومصطلحات قطاع الأوراق المالية، الناشر هيئة الأوراق المالية، بغداد، سنة ٢٠١٢م.
- ٥٨- عبد الباقي البكري، زهير بشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، سنة ٢٠٠٨م.
- ٥٩- عبد الله تركي العيال، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، منشورات زين الحقوقية، ط١، سنة ٢٠١٥م.
- ٦٠- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، بدون ط، القاهرة، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٦١- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، سنة ١٩٨٠م.
- ٦٢- عبد المجيد منصور عبد العظيم، شركة الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية في سوق رأس المال المصري، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.
- ٦٣- عبد الحكيم محمد عثمان، أصول قانون المعاملات التجارية رقم (١٨)، ج٢، الأوراق التجارية والإفلاس أكاديمية شرطة دبي، مطابع البيان التجارية، دبي الإمارات العربية المتحدة، سنة ١٩٩٥م.
- ٦٤- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٩٧م.
- ٦٥- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بدون ط، سنة ١٩٩٢م.
- ٦٦- عزيز العكيلي، الوجيز في شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان- الأردن، سنة ٢٠٠٠م.
- ٦٧- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري الشركات التجارية، ج٤، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة ٢٠٠٢م.
- ٦٨- عزيز العكيلي، الوسيط في القانون التجاري الأعمال التجارية- التاجر- المتجر- العقود التجارية، ج١، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان- الأردن، سنة ٢٠٠٧م.
- ٦٩- عصام أحمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩م.
- ٧٠- عصام حسين، أسواق الأوراق المالية البورصة، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة ٢٠١٠م.
- ٧١- عصام حنفي محمود موسى، شركة الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م.
- ٧٢- عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بدون ط، بغداد، سنة ٢٠١٢م.
- ٧٣- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام، ج١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ط١، أربيل، سنة ٢٠١١م.
- ٧٤- عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه المصري، دار النشر للجامعات، ط١، سنة ١٩٩٨م.
- ٧٥- علاء الدين أحمد جبر، بورصة الأوراق المالية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ٢٠٠٧م.
- ٧٦- علي جمال الدين عوض، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٦١م.
- ٧٧- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجه القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٨م.
- ٧٨- علي جمال الدين عوض، العقود التجارية دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٢م.
- ٧٩- علي شبلي، بورصات الأوراق المالية دراسة علمية وعملية، دار النهضة المصرية، بدون ط، سنة ١٩٦٢م.
- ٨٠- علي فوزي الموسوي، الوجيز في الأوراق التجارية، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، سنة ٢٠١٤م.
- ٨١- علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، بدون ط، سنة ١٩٩٧م.
- ٨٢- عماد صلاح سلام، إدارة الأزمات في بورصات الأوراق المالية والعالمية المتواصلة، بلا دار نشر، بدون ط، سنة ٢٠٠٩م.
- ٨٣- عمر ناطق يحيى الحمداني، الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١١م.

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

- ٨٤- غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة عقد البيع، مطبعة المعارف، بدون ط، بغداد، سنة ١٩٧٠م.
- ٨٥- فاروق أبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بدون ط، بغداد، سنة ٢٠١٥م.
- ٨٦- فاروق أبراهيم جاسم، الأطر القانونية لأسواق الأوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، سنة ٢٠١٦م.
- ٨٧- فاروق أبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، الطبعة الاولى، دار السيسبان، ٢٠١٥م.
- ٨٨- فايز نعيم رضوان، الوجيز في العقود التجارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٨م.
- ٨٩- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، سنة ١٩٩٧م.
- ٩٠- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان -الأردن، سنة ٢٠٠٦م.
- ٩١- فوزي محمد سامي، فائق محمود الشماخ، القانون التجاري الأوراق التجارية، مكتبة السنهوري، مكتبة داليا، ط١، بغداد، سنة ٢٠١١م.
- ٩٢- لطيف جبر كومان، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري وبالتعاون مع مكتبة داليا ، ط١، بغداد، سنة ٢٠١١م.
- ٩٣- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة ١٩٨٦م.
- ٩٤- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج٢، مطبعة اتحاد الجامعات، ط٢ ، سنة ١٩٥٥م.
- ٩٥- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت- لبنان، سنة ١٩٩٠م.
- ٩٦- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الكتاب العربي، ط١، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٩٧- المستشار محمد شتا أبو سعد، التعليق على نصوص القانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، دار الفكر الجامعي، بدون ط، سنة ٢٠٠٠م.
- ٩٨- محمد صالح جبر، الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، دار الرشيد للنشر، ط١، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، بغداد، العراق، سنة ١٩٨٢م.
- ٩٩- محمد صالح الحناوي، طارق الشهاوي، الاستثمار في الأوراق المالية، الدار الجامعية، بدون ط، سنة ٢٠١٢م.
- ١٠٠- محمد صالح بك، الشركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن، ج٢، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط١، سنة ١٩٤٩م.
- ١٠١- محمد صالح ، القانون التجاري شرح القانون التجاري المصري، ج١، مطبعة الاعتماد، ط٣، مصر، سنة ١٩٣٣م.
- ١٠٢- محمد عبد الكريم أحمد رشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط١، الأردن، سنة ٢٠٠١م.
- ١٠٣- محمد عثمان شبر، المعاملات الإسلامية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط٢، الأردن، سنة ١٩٩٨م.
- ١٠٤- محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية، ج٢، بغداد، بدون سنة نشر.
- ١٠٥- محمد فريد العريني ، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، سنة ٢٠٠٣م.
- ١٠٦- محمد كامل أمين ملشن، شرح القانون التجاري التكميلي، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٥٣م.
- ١٠٧- محمد محسن عد المجيد الحداد، الوساطة والسمسة في سوق الأوراق المالية، دار الكتب القانونية، دار شتا للنشر والبرمجيات، بدون ط، مصر- الإمارات، سنة ٢٠١٢م.
- ١٠٨- محمد يوسف ياسين، البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، سنة ٢٠٠٤م.
- ١٠٩- محمود سمير الشراوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، بدون ط، مصر، سنة ١٩٨٦م.
- ١١٠- محمود سمير الشراوي ، القانون التجاري النظرية العامة للمشروع- المشروع الخاص- والمشروع العام ، العقود التجارية ٠ الإفلاس- الأوراق التجارية- عمليات البنوك، ج٢، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة ، سنة ١٩٨٤م.

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

- ١١١- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية الأوراق التجارية- الشركات التجارية -المعاملات الإلكترونية ، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٥، عمان ، سنة ٢٠١١م.
- ١١٢- مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية ، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٦م.
- ١١٣- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٦٦م.
- ١١٤- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢م.
- ١١٥- مصطفى كمال طه في مؤلف مشترك مع شريف مصطفى كمال طه، بورصات الأوراق المالية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٩م.
- ١١٦- منى قاسم، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين، الدار المصرية اللبنانية، بدون ط، القاهرة، سنة ١٩٩٥م.
- ١١٧- منذر الفضلي، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات آراس، ط١، سنة ٢٠٠٦م.
- ١١٨- منير أبراهيم هندي، الأسواق الحاضرة والمستقبلية أسواق الأوراق المالية، المؤسسة العربية والمصرفية، المنامة- البحرين، سنة ١٩٩٤م.
- ١١٩- منير أبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مركز الدلتا للطباعة، بدون ط، سنة ٢٠١٢م.
- ١٢٠- منير أبراهيم هندي، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية ،مصر، سنة ١٩٩٩م.
- ١٢١- مورييس صادق، الموسوعة التجارية، دار الكتاب الجامعي، بدون ط، سنة ١٩٩٩.
- ١٢٢- نزية محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإداء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته في بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٢.
- ١٢٣- نوفل حسن صبري، الاستثمار في الأوراق المالية مقدمة للتحليل الفني والأساسي، مؤسسة الاهرام ، العدد ١٠٠، سنة ١٩٩٦م.
- ١٢٤- هشام فضلي، تداول الأوراق المالية والقيد في الحساب دراسة قانونية مقارنة في نظام الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية ، دار الجامعة الجديد للنشر، ط١، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥م.
- ١٢٤- يعقوب صرخوة، سر المهنة في القانون الكويتي ذات السلالة للنشر والتوزيع، الكويت، سنة ١٩٨٩م.

ثالثاً: البحوث والدراسات

- ١- إسراء فهمي ناجي، ماهية عقد الخيار وموقف القانون العراقي منه، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون- جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد الأول، سنة ٢٠١٣م.
- ٢- أكرم ياملكي، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم بحث مقارن، مجلة الحقوق، مركز البحث العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول، دولة الكويت، السنة ٣٠، مارس، سنة ٢٠٠٦م.
- ٣- آلاء يعقوب يوسف، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون جامعة النهريين، المجلد ٨، العدد ١٣، سنة ٢٠٠٥م.
- ٤- حسام الدين كمال الاهواني، مسؤولية شركات السمسرة في الأوراق المالية تجاه عملائها في ظل قانون سوق رأس المال، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية القانون جامعة الشارقة المنعقد من ٣ إلى ٥ أبريل، سنة ٢٠٠٤م.
- ٥- رشا محمد تيسير الخطاب، عقد التداول في البورصة - دراسة قانونية مقارنة ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد الأول، المجلد ٣٦، سنة ٢٠٠٩م.
- ٦- سميرة عبد الله مصطفى، الاستثمار الأجنبي غير المباشر في سوق العراق للأوراق المالية العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد ٤، العدد ١٥ الجزء الثاني، سنة ٢٠١٥م.
- ٧- صادق حسنين، بحث في أعمال البورصات بورصات الأوراق المالية ، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون، العدد الأول، السنة الثامنة، سنة ١٩٣٨م.
- ٨- عبد الفضيل محمود أحمد، بورصات الأوراق المالية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة المنصور، العدد الرابع، ١٩٨٨م.
- ٩- علي الباروني، معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية للسنة السابعة، العدد ٢٠١، سنة ١٩٥٨م.

عقد التداول الهالي: بين التأصيل والتطبيق (دراسة مقارنة)

ميسم صلاح عبد الحسين

أ.م.د. محمد جاسم محمد

- ١٠- محمد سامي عبد الصادق، المسؤولية المدنية في مجال خدمة الاستثمار دراسة تطبيقية على أنشطة الوساطة وإدارة محافظ الأوراق المالية في البورصة القسم الأول، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد ٢، السنة ٢٦، الكويت ، سنة ٢٠١٢م
- ١١- محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، بحث منشور في جامعة القاهرة- كلية الحقوق، سنة ١٩٨٦م.
- ١٢- هشام طلعت عبد المجيد، عماد عبد الحسين دلول، نظام التداول الالكتروني وانعكاسه في مؤشرات تداول سوق الأوراق المالية دراسة تحليلية على سوق العراق للأوراق المالية، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢٢، العدد ٩٢، سنة ٢٠١٦م.

رابعاً: الرسائل والإطاريح

- ١- إسماعيل محمد علي عثمان، تداول أسهم الشركات المساهمة في البورصة، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة ٢٠١٥م.
- ٢- حيدر فاضل حمد الدهان، النظام القانوني لعقد الوساطة في سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، سنة ٢٠١٢م.
- ٣- رباب حسين كشكول، النظام القانوني لبيع الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد ، سنة ٢٠١٥م.
- ٤- سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجه القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٠م.
- ٥- صلاح الدين شريط، دور صناديق الاستثمار في سوق الأوراق المالية دراسة تجربة جمهورية مصر العربية مع إمكانية تطبيقها في الجزائر، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية فرع علوم ومالية إلى كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية- جامعة الجزائر، سنة ٢٠١٢م.
- ٦- عقيل فاضل حمد الدهان، التزام الوسيط بالتبصير في عقد الوساطة في سوق العراق للأوراق المالية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق الصادرة عن كلية القانون – جامعة البصرة، السنة السابعة، العدد الثاني، سنة ٢٠١٥م.
- ٧- علي فوزي أبراهيم الموسوي، النظام القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين، سنة ٢٠٠٨م.
- ٨- العشي آسيا درقيني يمينية، المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم والسياسة جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، بجاية، سنة ٢٠١٧م.
- ٩- ماهر مصطفى محمود إمام، النظام القانوني لشركات السمسرة في الأوراق المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، سنة ٢٠٠٨م.
- ١٠- محمود أبراهيم خليل، النظام القانوني لتسوية عمليات البورصة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة،
- ١١- هالة كمال محمد اسماعيل، الالتزام بالإيداع والقيود المركزي وفقاً لقانون ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، اطروحة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٧م.
- ١٢- هديل غنية، النظام القانوني للوسطاء في عمليات البورصة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة الجزائر، سنة ٢٠٠٢م.

خامساً: القوانين والأنظمة والتعليمات:

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل.
- ٢- قانون سوق الأوراق المالية العراقي النافذ رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٣- قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٤- قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م.
- ٥- قانون الدلالة العراقي النافذ رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٧م.
- ٦- قانون سوق بغداد للأوراق المالية الملغى رقم (٢٤) لسنة ١٩٩١م.
- ٧- قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م المعدل.
- ٨- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م المعدل.
- ٩- قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥م.

- ١٠- قانون المنافسة العراقي ومنع الاحتكار النافذ رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠م.
- ١١- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م المعدل.
- ١٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.
- ١٣- قانون انضباط موظفي الدولة العراقية رقم (١٤) لسنة ١٩٩١م المعدل.
- ١٤- قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة ١٩٩٤م.
- ١٥- قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م.
- ١٦- قانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠م الكويتي بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية.
- ١٦- سوق الأوراق المالية البحريني رقم (٤) لسنة ١٩٨٧م.
- ١٦- قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢م.
- ١٧- قانون الأوراق المالية الاردني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧م.
- ١٨- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
- ١٩- قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م.
- ٢٠- قانون الشركات الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م.
- ٢١- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.
- ٢٢- قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م.
- ٢٣- قانون الإيداع والقيد المركزي الصري رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠م.
- ٢٤- قانون النقدي والمالي الفرنسي رقم (١٢٢٣) لسنة ٢٠٠٠م.
- ٢٥- قانون هيئة الاستثمار الجماعي في الأوراق المالية الفرنسي الصادر في (٢٣) كانون الأول لسنة ١٩٨٨م.
- ٢٦- قانون تحديث الخدمات المالية الفرنسية الصادر ٢ تموز لسنة ١٩٩٦م.
- ٢٧- قانون الأوراق المالية الأمريكي لسنة ١٩٣٣م.
- ٢٨- قانون بورصة الأوراق المالية الأمريكي لسنة ١٩٣٤م.
- ٢٩- تعليمات تداول الأوراق المالية العراقي لسنة ٢٠٠٧م.
- ٣٠- تعليمات تداول الأوراق المالية للمستثمرين عبر الأنترنت في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧م.
- ٣١- تعليمات تداول الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٣٢- تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٠ الخاصة بتداول غير العراقي في سوق الأوراق المالية العراقي.
- ٣٣- تعليمات الملائة المالية العراقي رقم (٤) لسنة ٢٠١١م.
- ٣٤- النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للأوراق المالية لسنة ٢٠٠٧م.
- ٣٥- النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية العراقي لسنة ٢٠٠٨م.
- ٣٦- قواعد التداول الالكتروني لسوق العراق للأوراق المالية.
- ٣٧- اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م.
- ٣٨- قواعد السلوك الحميدة الفرنسي.
- ٣٩- النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادر بمرسوم رقم (٧٦٦٧) بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٥م.

سادسا: القرارات القضائية والحكومية

- ١- القرار الصادر عن محكمة التمييز العراقية بتاريخ ٢٥/ذو الحجة/ ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٣/٢/٢٠٠٨م بشأن بيع أسهم الشركة.
- ٢- القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٧٤٧) بتاريخ ١٢/٢٦/ ٢٠١٠م الصادر بشأن منح ممارسة مهنة الوساطة.
- ٣- القرار الصادر عن وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية المصري رقم (٤٨٧) لسنة ١٩٤٩م.
- ٤- القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية رقم (٥٣٩) لسنة (٣٩) جلسة ١٩٧٥/٥١/٧، سنة ٢٦ بشأن السمسار.
- ٥- قرار محكمة النقض الفرنسية التجاري ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٧٩م ، دالوز ١٨٧٦-٣٧٣.

سابعا: المصادر الاجنبية

- 1- John Owen Edward Clark, Dictionary of International Business Terms, Global Professional Publishing , United kingdom , 2001, p. 40.

- 2- Richard J. Teweles, Edward S. Bradley, The Stock Market, 7th Edition, John Wiley & Sons, U.S., 1998, p. 101.
- 3- Orli Zuravicky, The Stock Market: Understanding and Applying Ratios, Decimals, Fractions, and Percentages, The Rosen Publishing Group, Inc, New Yourk, 2010, pp. 4-6
- 4- James D. Cox, Hillman Robert W., Langevoort Donald C., Securities Regulation: Selected Statutes, Rules , and Forms, 2017 Supplement, Wolters Kluwer Law & Business, New Yurok, 2017. PP. 902-908.
- 5- Commerce Clearing House, French law on commercial companies, Commerce Clearing House, France, 1971, pp.127-130.
- 6- Yannis V. Avgerinos, Regulating and Supervising Investment Services in the European Union, Springer, New Yurok, 2003, pp. 112-114.

سابعاً: المواقع الالكترونية

- 1-<http://www.mcsd.com.eg/mcdr/arabic/Showpage.aspx?pageid=56>
- 2- <http://www.aljarida.com/ext/articles/print/1492883211453507900->
- 3-
httphttps://www.sdc.com.jo/arabic/index.php?option=com_content&task=view&id=284
https://www.sdc.com.jo/arabic/index.php?option=com_content&task=view&id=284

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون

حماية المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

كلية الحقوق /جامعة النهرين

ملخص البحث

العدول عن العقد، او الانسحاب منه بمفهوم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١، هو احد اهم نظم قوانين حماية المستهلك التي قررت لكي تمنح المستهلك القدرة على تدارك الظروف التي تلي تعاقدته وتحول دون امكان ان يغدو التعاقد بالنسبة له غير محقق لاية فائدة منظورة. وتتوافر هذه المكنة القانونية على قواعد قانونية متميزة تنصرف الى شروط الانسحاب وما يفرضه على الاطراف المتعاقدة من التزامات تنشأ بمناسبة ممارسته وما ترد عليه من استثناءات، تناولها التوجيه الاوربي سالف الذكر. بالمقابل، لم يتعرض قانون حماية المستهلك العراقي وغالبية التشريعات العربية ذات الصلة الى مكنة العدول عن العقد، رغم ما تحظى به من اهمية، تاركاً تنظيم حكم هذه المسألة الى الخيارات التي تقترن بعقد البيع في القانون المدني، التي تستهدف تحقيق اغراض محدودة لا تستوعب جميع الظروف التي تلي ابرام العقد وتحيل التعاقد الى عبء على المستهلك بدلاً من ان يكون وسيلة لتحقيق فائدة ظاهرة منه. هذا البحث يسلط الضوء على الاحكام المتميزة التي جاء بها التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ مستهدفاً من وراء ذلك الفات نظر المشرع العراقي والعربي الى اهمية تنظيم حكم هذه المسألة في تشريعات حماية المستهلك.

كلمات مفتاحية: عقود، الاستهلاك، المستهلك، الانسحاب، التاجر.

Withdrawal from Consumptions' Contracts, an Absent Protection to a Consumer at the Iraqi Consumer Protection Act? A Study in the Light of the European Directive of 2011

Dr. Raad Hashim Ameen

&

Dr. Raad Adday Hussein

Al-Nahrain University/ the College of Law

The Article's Summary

Withdrawal from a consumption's contract, according to the European Directive 2011 is one of legal means of protecting a consumer, which has been devoted with a view to provide a consumer with the ability of freeing himself from a contract has no longer achieves economical benefit to him. The legal system of the right of withdrawal, under the aforementioned European legislation, contains rules relating with the conditions of exercising this right, and obligations imposed on the contract parties, the exemption on exercising this right.

However, the aforementioned legal means has no presence at the Iraqi Consumer Protection Act 2010 and the majority of Arabic legislation, despite the fact of its significance, as has been mentioned above. The reason behind this legislative lacuna may be the belief of the Iraqi legislator that the options relating with the contract of sale, such as the seeing option and testing option, spelled out in the civil code 1951 are adequate for achieving this aim. Notably, the aforementioned options aim at doing limited goals, and so do not assimilate the broad goals of the right of withdrawal. The author in this article is of the view that transplanting the legal system of withdrawal, as has been crystallised by the European Directive 2011 represents significant matter for providing a complete protection for consumer

Key words: contracts, consumption, consumer, withdrawal, trader.

اولاً: مقدمة:-

١- من المبادئ الراسخة في القانون الخاص ان العقد متى ما ابرم وكان مستجماً لاركان انعقاده صار ملزماً لطرفيه،^١ وغدى من غير الجائر قانوناً ان يستقل احدهم بانهاؤه بارداته المنفرة ما لم يتوافقا على ذلك^٢ او ان يرخص القانون لاحدهما^٣ او لكلاهما^٤ انهاء هذه الرابطة التعاقدية. وتجد هذا القاعدة سنداً في مبدأ ان العقد شريعة المتعاقدين *pacta sunt servanda*^٥ ومبدأ احترام القوة الملزمة للعقد^٦ الذي نصت عليهما الفقرة (١) من المادة (١٤٦) من القانون المدني والتي تقضي بانه "اذا نفذ العقد صار لازماً ولا يجوز لاحد الطرفين الرجوع عنه او تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي".

٢- واذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد يستهدف الحيولة دون ان يتصل احد الطرفين من التزامه فلا تقوم للعقد بعد هذا اية قيمة قانونية ويغدو التزام من لا يلزم، فان تشريعات حماية المستهلك الحديثة قد نحت نحو ايراد استثناء على هذا المبدأ^٧ مراعاة لاعتبار حماية المستهلك الذي تتضائل امامه اعتبار التمسك بالمبادئ التقليدية التي قد لا تحقق دوماً مبعًى حماية المستهلك^٨. اذ لا يعدم الواقع العملي من فروض

^١ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, the Right to Withdraw in Contract Law (2011) 1 (40), the Journal of legal Studies, P.139.

^٢ ويتحقق التوافق بالاقالة النصوص عليها في المادة ١٨١ من القانون المدني العراقي
^٣ كما هو الحال بشأن المكنة التي يمنحها القانون للمؤمن له في عقد التأمين على الحياة بانهاؤه العقد الذي التزم فيه باداء اقساط دورية (المادة ٩٩٦ مدني عراقي)
^٤ كما هو الحال في عقود الاعارة (المادة ٨٦١) والوكالة (المادة ٩٤٧)، والوديعة (المادة ٩٦٩) التي انتظمها القانون المدني العراقي.

^٥ Horst Eidenmuller, Why Withdrawal Right? (2011) available on <
<https://pdfs.semanticscholar.org/26ef/e6b6c56c850827d1fca497522179fe526.pdf>> accesst in 9/11/2018, P.5.

^٦ د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ص ٥٠٧، د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز احكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١١، ص ١٨١، د. الاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهريين، المجلد (٨)، العدد (١٤)، السنة ٢٠٠٥، ص ٦٧، د. سليمان براك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهريين، المجلد (٨)، العدد (١٤)، السنة ٢٠٠٥، ص ١٦٦، د. مصطفى احمد ابو عمرو، المصدر السابق، ص ١٨١.

^٧ Horst Eidenmuller, op cite, p.٢.

^٨ وليس ادل على فشل القواعد العامة التقليدية في حماية المستهلك ما ذهبت اليه احد المحاكم الامريكية في قضية (86 ProCD v. Zeidenberg F.3d 1447 [7th Cir. 1996]) والتي تتلخص وقائعها بان شخصاً اشترى C.D Room يحتوي على بيانات مرفق بها الترخيص الخاص بشروط الاستعمال الذي يحظر عليه الاستعمال التجاري للبيانات. ولم يكن هذا الشرط متاحاً لاطلاع المشتري قبل التعاقد واستلام المحتوى الرقمي، الا انه علم به بعد استلامه واستعماله. وحينما عمد المستهلك الى استعمال البيانات للاغراض التجارية علم البائع بذلك فلجأ الى مقاضاته على اساس خرقه لقواعد الترخيص. وقد دفع المشتري بانه لم يكن على علم بهذا الشرط وقت التعاقد، لذا فانه يعد شرطاً غير مشروع. وقد ردت المحكمة دفع المشتري على اساس انه قد اطلع على شروط الترخيص بعد صدور القبول منه وقد كان عليه ان يقرأ شروطه، ومتى ما تبين له عدم صلاحه للغرض الذي ابتغى من اجله شراء المحتوى الرقمي فقد كان عليه ان يرده الى البائع لا ان يستعمله. وقد تعرض هذا الحكم الى نقد لاذع من الفقه بالنظر لسوء تفسيره للقبول الذي انصرف الى الرضا ببند العقد لا بشروط الترخيص بالاستعمال الذي كان المجهز على غير دراية به، ومن ثم لم يصدر عنه ما يدل على رضاه باصدار امر بالقبول "I agree" الذي يرد عادة اسفل شروط الترخيص باستعمال المحتوى الرقمي، والسكوت او استعمال المحتوى للغرض الذي يبتغيه لا يعد قبولاً صريحاً كما تتطلبه الشروط ذاتها، فضلاً عن ان هذا الحكم لا يوفر حماية للمستهلك. ولعل الحسنة الوحيدة التي تضمنها هذا القرار انه قد اقر ضمناً بالحق في الانسحاب من العقد الذي لم يتقرر في القانون الامريكي باطار قاعدة عامة، الا ان ما يؤخذ على الحكم المذكور انه يضع على كاهل المستهلك عبئاً ثقيلاً بالتحري عن شروط الترخيص

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

يقع فيها المستهلك ضحية تسرعه او سوء تقديره لمدى موائمة العقد لمصالحه الخاصة،^١ او لقلة خبرته في التعامل مع وسائل الاتصال عن بعد، او بسبب وقوعه تحت ضغط اساليب الدعاية والترويج والتشجيع والترغيب التي يتبعها المجهزين والمعلنين والوسطاء المتسلحين بجميع الخبرات الفنية والاقتصادية والقانونية، او بسبب حاجته الماسة الى السلعة او الخدمة.^٢ وقد غدت هذه الاساليب في عالم اليوم علماً له اصوله يدعى بعلم التسويق marketing science الذي يمثل احد اهم عوامل تفوق مؤسسة اقتصادية على اخرى في اقتصاديات بلدان الاقتصاد الراسمالي الذي تجسد المنافسة احد دعائمه الراسخة. ولا يقتصر الامر على الضعف الذي تعاني منه ارادة المستهلك جراء تعرضه للظروف المذكورة التي تدفعه الى الولوع في تعاقدات لا تخدم مصالحه، بل يتعدى ذلك الى احتمال حدوث ظروف او وقائع لاحقة على ابرام العقد تحول دون امكان انتفاعه من العقد الاستهلاكي، من ذلك مثلاً فقدان له لوظيفته^٣ او لحصول تغيير مفاجيء في مكان عمله او لسفره المفاجيء الى خارج البلاد او لزيادة اعبائه المالية بفعل زيادة عدد افراد عائلته. ومن شأن هذه الظروف ان تعجز المستهلك عن الوفاء بما التزم به به وهو ما يقتضي من القانون ان يمنحه مهلة للتدبر فيما اقدم عليه مجدداً. ومتى ما جدت هذه الظروف وجد المستهلك نفسه في مواجهة عقد دخل فيه ولم يعد يلبي مصالحه.^٤

٣- وقد انتهجت التشريعات المقارنة في محاولة منها لاعادة التوازن الى هذه الرابطة الذي اختل من خلال الانتصار للمستهلك (الطرف الضعيف فيها)، نهجين: الاول، نهج وقائي، ويتمثل بالعمل على ضمان المساواة بين الطرفين في مستوى المعرفة بظروف التعاقد وشروطه، وذلك بفرض التزام على المحترف بان يقدم للمستهلك قبل ابرام العقد جميع المعلومات التي قد يهيمه الاطلاع عليها بغية ان يرتقي

سلفاً عند ابرام العقد، لذا يفضل عليه اقرار حق الانسحاب من العقد الذي نص عليه التوجيه الاوربي. جدير بالاشارة ان المحاكم الامريكية قد استقرت على ان الشروط التي يتضمنها استعمال الترخيص غير ملزمة للمشتري وان كان قد اخفق في رد المحتوى الرقمي الى البائع. انظر الاحكام القضائية الاتية:

Klocek v. Gateway, 104 F. Supp. 2d 1332 [D. Kan. 2000]; *Step Saver Data Systems*,

Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 [3rd Cir. 1991].

وقد خلص الفقه من الحكم المتقدم قاعدة ان القبول النهائي في هذه الاحوال يترأخى الى الوقت الذي يستلم فيه المستهلك المحتوى الرقمي ويطلع على شروطه ويضع قبوله عليها، والا فلا يعد العقد بخلاف ذلك قد انعقد بعد لعدم اقتران الايجاب بالقبول. ومتى ما احتوى الاتفاق على شرط الانسحاب منه كنا بصدد اتفاق ابتدائي initial agreement يتضمن الشرط المتقدم يتاح فيه للمستهلك الرجوع عن ابرام العقد الاصلي. بيد ان هذا الترخيص القانوني يثير، من جانب اخر، تساؤلاً اخر في القانون الامريكي عن حكم هلاك المحتوى الرقمي فهل يتحمل المشتري الذي لم يصدر قبوله بعد تبعة الهلاك، ام يلزم ان يضع الموجب حكم هذه الحالة في صيغة العرض؟ وقد خلص بعض من الفقه الامريكي الى القول بان احكام الانسحاب من العقد تفضل على اللجوء الى القواعد العامة في العقد التي تبدو غير قادرة على التصدي لحكم بعض المسائل في ضوء مبادئ حماية المستهلك.

للتفصيل انظر:-

Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, PP.

139-141.

^١ اقدس صفاء الدين رشيد البياتي، نطاق حق المستهلك بالرجوع في العقود المجهزة عن بعد: دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد (١٩)، العدد (٣٩) الجزء (١)، السنة ٢٠١٧، ص ٢٠٩.

^٢ Horst Eidenmuller, op cite, P. 14.

انظر ايضاً د. مصطفى احمد ابو عمرو، المصدر السابق، ص ١٨١.

^٣ د. عبد المنعم موسى ابراهيم، المصدر السابق، ص ٥١٤ وما بعدها

^٤ Marco Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault & Chantal Mak, the Regulation of Digital Content Contract in the Optional Instrument of Contract Law (2011) 6European Review of Private Law, P.737, Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, the Right to Withdraw in Contract Law (2011) 1 (40), the Journal of legal Studies, P.115.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

في ذلك الى مستوى علم التاجر، فلا يبقى له بعد ذلك من ذريعة ينذر بها للانسحاب من عقد جرى تنوير ارادته فيه بالمعلومات التي تعينه في اتخاذ القرار المناسب. وقد ارتأت التشريعات المقارنة ان يتضافر مع هذا الالتزام الوقائي التزام اخر علاجي يستهدف مواجهة فشل المستهلك في الاستفادة من الحماية التي قررها القانون في مرحلة ما قبل التعاقد وذلك باباحة انسحابه من العقد بعد ابرامه.

٤- وقد انتهج المشرع الاوربي النهجين كلاهما في التوجيه المرقم 2011/83/EU لعام ٢٠١١ مقررًا فرض الالتزام باعلام المستهلك وحقه في الانسحاب من العقد withdraw right from contract في المواد (٩-١٦) باطار قواعد عامة ملزمة للتاجر لا تعوزها الدقة والاحاطة بجميع جوانب الموضوع. وللقاعدة المذكورة جذور في قوانين بعض البلاد الاوربية، وفي العديد من التوجيهات الاوربية التي شرعت قبل صدور التوجيه المذكور والمتعلقة بعقود التأمين على الحياة وعقود المشاركة في الوقت، والخدمات المصرفية، وبطاقات الائتمان المصرفية^١. بينما تفررت هذه القاعدة في الولايات المتحدة الامريكية على سبيل الاستثناء بمقتضى التقنين التجاري الموحد the Uniform Commercial Code بالنسبة لبعض البضائع خلال مدة قصيرة ولمدة ثلاثة ايام^٢. وعلى الرغم من عدم وجود قاعدة قانونية عامة في الولايات المتحدة الامريكية تكرر هذا الحق باطار نظرية عامة، الا ان الواقع العملي يفيد بان العديد من المحلات التجارية في هذا البلد لا تقتأ عن ان تبيح للمستهلك الانسحاب من العقد طبقاً للشروط التي تضعها والتي تحقق لها فائدة ملموسة في تشجيعهم على التعامل معها بلا تردد في نظير تحمل المستهلك اجور الشحن shipping واجور اعادة التخزين^٣ restocking. ٥- وقد اخذ التوجيه من تنظيمه لحق الانسحاب وتبسيط اجراءاته^٤، بنظر اعتباره ما ينطوي عليه من مزايا لا تنصرف في مجملها الى حماية المستهلك من خداع بعض المجهزين واغوائهم seduction^٥ فحسب، بل تمتد الى التاجر نفسه. وجهة ذلك ان اقرار حق الانسحاب، من ناحية، يتيح للمستهلك اعادة تقييم قيمة السلعة او الخدمة التي اقتناها او مدى انسجامها مع اغراضه الشخصية والتي قد لا تتحقق الا بعد ابرام العقد واستلام البضائع. فمن يشتري اثاث منزلي معروض للبيع في محل قد يغير قناعاته حينما يتسلمه ويكتشف انه لا ينسجم مع بقية اثاث منزله^٦. ويزيل الحق في الانسحاب عن المستهلك، من ناحية ناحية ثانية، عنصر الخوف والتردد وعدم التيقن من مدى فائدة ما يشتريه، وهو ما يعد احد اهم العقبات التي تعترض تسويق البضائع والخدمات، فيقدم على التعاقد غير مكترث باحتمال حصول تغير في قناعاته فيما بعد او بفعل تلقيه لعروض اكثر سخاءً. ويدرك هذا الامر بجلاء في العقود التي تبرم عن بعد كتلك التي تجري عبر شبكة الانترنت^٧، او بالتسوق عبر الهاتف telemarketing او على عتبات منازل المستهلك (خارج محل نشاط التاجر) doorstep. ولا ريب ان في اباحة هذا الحق ما ييسر على التاجر عملية تسويق منتجاته بسرعة. وينبغي ان لا تغيب عن الذهن، من ناحية ثالثة، حقيقة ان بعضاً من العقود، كعقود التأمين على الحياة وعقود المشاركة في الوقت timeshare وعقود الخدمات المصرفية والائتمانات، تتضمن عادةً شروطاً معقدة ومطولة تحول دون امكان استيعاب مضمونها لحظة

^١ لمزيد من التفصيل بشأن هذه المسألة ينظر:-

Horst Eidenmuller, op cite, P. 14; Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.11٨.

^٢ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.116.

ويقرر قانون ولاية نيويورك للنشاط العام في القسم (٢١٨) منه معاملة اكثر سخاءً مع المستهلك فيبيع له ان يرد البضائع غير المستعملة او المتضررة التي اقتناها خلال مدة (٣٠) يوماً من تاريخ ابرام العقد. وقد سار على هذا النهج قانون ولاية كاليفورنيا (القسم ١٧٢٣ من التقنين المدني للولاية).

^٣ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.1٢٠.

^٤ انظر الفقرة (٤٤) من مقدمة التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١. انظر المصدر السابق، ص ١١٦.

^٥ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.١١٩.

^٦ Ibid, P. 121.

^٧ Ibid, P.119.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

ابرام العقد،^١ وتترتب عليها اثار مالية طويلة الامد،^٢ وهو ما يبرر منح المستهلك فرصة للتأمل والتدبر واستشارة جهة فنية او قانونية متخصصة في الموضوع. ويلاحظ، من ناحية رابعة، ان العدول عن العقد لا يؤدي سوى الى زوال العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وتبقى الصلة المعنوية قائمة بما ولدته من ثقة مشروعة للمستهلك بنزاهة المجهز وتعامله الحسن معه.^٣ وهكذا يغدو الانسحاب من العقد في الفروض السالفة اشبه ما يكون بالتأمين من الحوادث^٤ المفاجئة التي لا قبل للمستهلك على توقعها سلفاً عند ابرام العقد، وان كان التأمين يفرق عن الانسحاب من حيث انه يتقرر بصدد الحوادث التي تحدث بعد ابرامه لا بشأن وقائع قد تكون ملازمة له.^٥ وينسجم حق الانسحاب من العقد، من جانب اخر، مع مصلحة التاجر التاجر من وجهة انه يقضي على عامل الخوف والتردد لدى المستهلك في التعاقد ويبسر تبعاً لذلك ابرام العقود وتسويق السلع والخدمات ويقضي على الكساد في السوق.

ولا يخلو العدول عن العقد، من جانب اخر، من ضرر قد يصيب التاجر من ذلك فقدانه للصفقة ووجود احتمال حصول انخفاض في قيمة البضائع المباعة خلال الفترة ما بين ابرام العقد ورد المبيع، واحتمال خضوع قرار العدول للميول الشخصية للمستهلك^٦ consumer's propensity. بيد ان هذه الاعتبارات لا تقدح من اهمية اقرار الحق المتقدم الذي تفوق مزاياه، على نحو ما تقدم مثالبه، ولا تبرر تبعاً لذلك عدم تنظيمه.

٦- بالمقابل لم يعالج قانون حماية المستهلك العراقي المرقم (١) لسنة ٢٠١٠ وغالبية القوانين العربية ذات الصلة التي صدرت في العقد الاول من هذا القرن احكام العدول عن العقد عدا التشريع اللبناني^٧. وقد يكون مبعث اغفال القانون العراقي تنظيم حكم هذه المسألة الى انه قد أثر الركون الى ما تناولته القواعد العامة في عقد البيع في القانون المدني من خيارات تستهدف حماية ارادة المشتري وضمان حسن اختياره للعقد الذي يناسبه من خلال تأمين خيار نقض العقد. وسنرى فيما يلي من ابحاث ان هذه الخيارات قد تعجز عن الاحاطة بجميع مبررات اقرار الحق المذكور في عقود الاستهلاك.

ثانياً: اهمية هذه الدراسة والمشاكل التي تثيرها:-

٧- بينما فيما تقدم ان قانون حماية المستهلك العراقية وغالبية القوانين العربية ذات الصلة قد خلت من حق الرجوع عن العقد، خلافاً لما عليه الحال في بقية التشريعات الاجنبية كالقانون الفرنسي والانكليزي الذين استمدا اغلب احكامهما بهذا الشأن من التوجيه الاوربي، والفرض عندنا ان هذا الاغفال من شأنه ان ينتقص من الدور الذي ينبغي ان يلعبه القانون في حماية مصالح المستهلك المشروعة. لذا كان الاولى بالمشروع العراقي ان ينظم هذه المكنة القانونية بنصوص قانونية مراعاة منه للمزايا القانونية والعملية التي تترتب على اعتماده.

وسنتولى في هذه الدراسة الموجزة الاجابة على الاسئلة التي قد تطرح بشأن ممارسة حق الانسحاب وهي:-

- ١- ما هو مفهوم الحق في الانسحاب من عقود الاستهلاك، وما هي اهم خصائصه؟
- ٢- ما هي الشروط الواجب توافرها لممارسة المستهلك للحق في الانسحاب من العقد؟

¹ Ibid, P.137.

² Horst Eidenmuller, op cite, P. 1٧.

^٣ انظر بهذا المعنى د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (2/١٥)، المجلد (٤)، السنة ٢٠١٥، ص ٨٩١.

⁴ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P. ١٣٤ .

⁵ Ibid, P. ١٣٤.

^٦ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.137.

^٧ انظر المادة (٥٥) من قانون حماية المستهلك اللبناني المرقم (٦٥٩) لعام ٢٠٠٥.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

٣- ما هي التزامات التاجر والمستهلك عند ممارسة الاخير لحق الانسحاب؟

٤- ما هي اثار حق الانسحاب؟

ثالثاً: منهجية البحث العلمي المتبعة في البحث:-

٨- سنتولى في دراستنا لاحكام الانسحاب من عقود المستهلكين استخلاص المبادئ القانونية التي تناولها التوجيه الاوربي المرقم 2011/83/EU لعام ٢٠١١. والواقع ان دراسة هذه المبادئ لا تخلو من فائدة قانونية للقارئ العربي بالنظر الى ان التوجيه المذكور يجسد مدونة قانونية تولى صياغتها خبراء في القانون والاقتصاد لزهراء (٢٧) دولة اوروبية تنتمي لمدارس قانونية شتى واقتصاد مزدهر وتجارب طويلة في مجال حماية المستهلك وفي احترام مبادئ الاقتصاد الحر والمنافسة بين المؤسسات الاقتصادية. ولا شك ان في دراسة هذه المدونة القانونية واستخلاص المبادئ القانونية منها ما ينطوي على قدر كبير من الفائدة القانونية لدارس القانون والمشرع الذي قد يجد في الكثير منها ما يصلح لاقتباسه في التشريع الوطني. كما ان الالمام باحكام هذه المدونة الاوروبية يتوافر على فائدة اخرى تتجلى في تمكين المستهلك العراقي والعربي من معرفة ما يتحلى به من حقوق عند تعامله مع تاجر اوروبي الذي يلتزم تشريعه الوطني بتكييف احكامه القانونية بما ينسجم مع المبادئ التي ينص عليها التوجيه الاوربي.

وقد اثرتنا في هذه الدراسة ان نبتعد، قدر ما امكن، عن الخوض في النقاشات الفقهية التي تناولتها العديد من الادبيات القانونية مما لا نرى موجبا للخوض فيها مجدداً منعاً للتكرار وتحقيقاً للايجاز والوضوح في عرض المبادئ العامة. وقد قدمنا بان احكام التوجيه المذكور لا تقابلها احكام مناظرة في قانون حماية المستهلك العراقي المرقم (١) لسنة ٢٠١٠ الذي لم يعالج هذا الموضوع، وان كنا سنتولى مقارنة المبادئ المستوحاة من التوجيه الاوربي انف الذكر مع احكام خيار الرؤية التي انتظمها القانون المدني العراقي في باب البيع ما امكن ومتى ما اقتضت الضرورة ذلك.

وبناءً على ما تقدم، نعقد لدراسة حق الانسحاب من العقد خمسة مباحث: نتولى في المبحث الاول التعريف به، ونبين في المبحث الثاني شروط ممارسته، ونوضح في المبحث الثالث الالتزامات التي يتحملها طرفا العقد بمناسبة استعمال حق العدول. ونتناول في المبحث الرابع الاستثناءات التي ترد على ممارسة هذا الحق نتيجة ممارسته، ونتصدى في المبحث الخامس والاخير لبيان الاثار التي تترتب على الانسحاب من العقد. ثم نختم بحثنا المتقدم بخاتمة نتناول فيها اهم النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات التي تستهدف اصلاح واقع حال حماية المستهلك في التشريع العراقي بشأن هذه المسألة. والله ولي التوفيق.

المبحث الاول

التعريف بحق الانسحاب من العقد

٩- يقتضي توضيح مفهوم حق الانسحاب من عقود الاستهلاك تعريفه، وهو ما يستلزم ايضاً تمييزه عما تشته به من نظم قانونية، وبيان خصائصه. ويقتضي توضيح هذه المسائل افراد مطلبيين مستقلين.

المطلب الاول

التعريف بحق الانسحاب من العقد (العدول عن العقد)

(Definition of the Right of Withdrawal (the Rescission of a Contract)

١٠- الانسحاب من العقد هو التسمية التي استصوب التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ استعمالها في نعت هذا الحق، بينما يؤثر بعض من الفقه العربي وصفه "بالرجوع التشريعي"^١ او الرجوع عن العقد، او العدول عن العقد^٢. ونرى بدورنا ان تعبير العدول عن التعاقد يعد اكثر انسجاماً مع طبيعة الحق ذاته ومع ما يترتب من اثار تنبدي في انهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين ذلك ان الانسحاب يعطي دلالة على ان العقد ما زال قائماً خلافاً للواقع، وان كنا سنلتزم باستعمال تعبير "الانسحاب" تماشياً مع النهج الذي اختطه التشريع الاوربي والذي لا تقابله احكام مناظرة في التشريع العراقي وفي قوانين غالبية البلاد العربية.

١١- وائياً كان الوصف المعطى لهذه المكنة القانونية، فقد احجم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ عن اعطاء تعريف لها. وقد يكون مرد ذلك حداثة هذه القاعدة التشريعية، وعدم رغبة المشرع الاوربي في ان يجعلها اسيرة للقيود اللفظية التي يتناولها اي تعريف. بيد ان هذا الامر لم يفت من عضد بعض من الفقه الامريكي الذي عرف هذا الحق بانه يعني "...حق المشتري في الغاء العقد خلال الفترة الزمنية التي تلي ابرام العقد. وعلى المستهلك ان يعيد البضائع وان يتوقف عن استعمال الخدمة، وفي المقابل على البائع ان يرد ثمن الشراء"^٣.

١٢- وفي الفقه العراقي، يرى بعض منهم ان "الرجوع التشريعي" هو "ميزة قانونية اعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد ان ابرم العقد صحيحاً (او قبل ابرامه) دون ان تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع او مسؤولية تعويض المتعاقد الاخر عما يصيبه من اضرار بسبب الرجوع"^٤. ونرى بدورنا ان المفهوم السليم للرجوع عن التعاقد يتلخص في انه مكنة اباحها القانون للمستهلك يسمح له بان يعدل عن التعاقد خلال فترة زمنية معينة وفي الاحوال التي ينص عليها

^١ انظر د. سليمان براك دابح، المصدر السابق، ص ١٦٨. والواقع ان هذه التسمية محل نظر لدينا ذلك ان نعت الرجوع "بالرجوع التشريعي" قد ينصرف الى رجوع المشرع عن القيام بتصرف معين لا رجوع الاشخاص عن امر ما استعمالاً لمكنة قررها لهم القانون.

^٢ د. عبد المنعم موسى ابراهيم، المصدر السابق، ص ٥١٢.

^٣ د. الاء يعقوب النعيمي، المصدر السابق، ص ٩٤، سالم محمد عبود، حماية المستهلك في عقود التسويق الالكتروني (دراسة تحليلية)، بحث منشور في المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، العدد (١)، المجلد (٧) السنة ٢٠١٥، ص ٧٤، د. علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد (١)، المجلد (٢٧)، السنة ٢٠١٢، ص ١٢٠ وما بعدها، د. طالب محمد جواد و د. اكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهرين-اذا ر ٢٠٠٩، ص ٢٠٥ وما بعدها.

^٤ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.118.

^٥ د. سليمان براك، المصدر السابق، ص ١٦٨.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

القانون، لكي يتدارك من خلالها النتائج السلبية النابعة من الظروف التي احاطت بتعاقدته او التي تلتها، والتي لا يد للتاجر فيها، بدون ان يكون ملزماً بتعويض الاخير عن استعماله لهذا الحق.

المطلب الثاني

تمييز حق الانسحاب عن بقية الخيارات المتصلة بعقد البيع

Distinguishing the Right of Withdrawal from the other options relating with the Contract of Sale

١٣- بينا فيما تقدم ان القانون المدني نظم احكام الخيارات المرتبطة بعقد البيع كخيار الرؤية وخيار التجربة^١ وخيار المذاق^٢. وقد ذهب بعض من شراح القانون العراقي الى القول بان عدول المستهلك عن العقد انما يتأسس على خيار الرؤية بالنظر لتعذر رؤيته للمبيع المعروض عبر موقع التاجر الالكتروني وتعيينه تعييناً نافياً للجهالة^٣، وهو ما قد يدعو للوهلة الاولى الى القول بان لا جدوى من تنظيم هذه المكنة في قانون حماية المستهلك، طالما ان في القواعد العامة للعقد المذكور ما يتيح للمشتري الذود عن مصالحه المشروعة والعدول عن التعاقد باللجوء الى احد هذه الخيارات.

١٤- ولو اننا امعنا النظر في الاغراض التي قررت من اجلها هذه الخيارات لوجدنا انها تعجز عن ان تستوعب مقاصد اوسع استهدفها تنظيم التوجيه الاوربي لحق الانسحاب. فخيار الرؤية يتيح للمشتري الذي اطلع على المبيع ان يمضي العقد او ان يفسخه^٤، وسبب ثبوته يرجع الى عدم علم المشتري بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة والغرر^٥، ويتحقق ذلك بتمكين من لم ير المبيع وادركه بحواسه المختلفة وفقاً لطبيعته^٦ ان ينقض العقد اذا راه. ولا يثبت هذا الخيار للمشتري ان كان قد رأى المبيع او وصف له وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الوصف المبين او كان قد راه قبل ذلك ولم تتغير حالته^٧. بينما يستهدف القانون من اقرار خيار التجربة تمكين المستهلك من التحقق من مدى موائمة المبيع لاحتياجاته الشخصية او صلاحه للغرض الذي قرر من اجله التعاقد^٨. ويسري هذا الخيار على الاموال دون الخدمات مما يجعل نطاق انطباقه محدوداً. وتدرج الاغراض ذاتها التي قرر من اجلها خيار الرؤية على البيع بشرط المذاق، الذي يستهدف تمكين المشتري من التحقق من ملائمة المبيع لذوقه الخاص^٩.

^١ وخيار التجربة هو ذلك الخيار الذي يثبت للمشتري في بعض البيوع التي تقتضي تجربتها بغية الوقوف على خصائصها وصلاحها لما يبتغيه المستهلك. انظر المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي. انظر ايضا د. سليمان براك دايج، المصدر السابق، ص ١٧٥.

^٢ انظر المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.

^٣ د. طالب محمد جواد و د. اكرم فاضل سعيد، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

^٤ د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١، انعقاد العقد، ط ١، ٢٠٠٨، الناشر مكتبة السنهوري، ص ١٠٦، انظر بهذا المعنى د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية: البيع والايجار والمقولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، الناشر جامعة الموصل (بدون ذكر سنة الطبع)، ص ٣٤، ف (٦٠).

^٥ د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة البيع -الايجار- المقولة، الناشر العاتك لصناعة الكتاب (بدون ذكر سنة الطبع)، ص ٣٢.

^٦ استاذنا الدكتور سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة: في البيع والايجار، محاضرات مسحوبة على الالة الرونيو، منشورات مكتب الطباعة والنشر المركزي لجامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ٣٩ وما بعدها، د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٥، ف (٦٥).

^٧ النظر الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني. انظر ايضا د. عبد المنعم موسى ابراهيم، المصدر السابق، ص ٥١١، د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ١١٦.

^٨ د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٦٩، د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة البيع -الايجار- المقولة، الناشر العاتك لصناعة الكتاب (بدون سنة طبع)، ص ٥٦.

^٩ د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٧٤.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

وليس هذا هو الاصل في حق الانسحاب من العقد الذي يتوافر على اعتبارات اوسع من مجرد رؤية الشئ وادراك خواصه او تجربته او تذوقه، الى حماية المستهلك من اي تهور او استعجال في الشراء او لمواجهة اية صعوبة في تنفيذ التزاماته المترتبة بذمته في المستقبل. وبعبارة اخرى، يستهدف حق الانسحاب التصدي لاي تغير قد يطرأ على الحالة الذهنية للمستهلك والمتعلقة بغلبة الظن عنده بان العقد الذي ابرمه لم يعد يحقق مصالحه. وينبغي ان لا يغيب عن الذهن، من جانب اخر، حقيقة ان التاجر يلجأ عادة عند الترويج لبضاعته او للخدمة التي يزعم تقديمها الى وصفها وصفاً دقيقاً مطابقاً لواقع حال البضائع التي سلمها للمستهلك بالفعل^١، اذ لا تقتأ المؤسسات التجارية من ان تضمن مواقعها الالكترونية صوراً ومخططات واشربة فيديو ونشرات تتيح للمستهلك اللام بخصائص المبيع ومزاياه بدقة متناهية، فيقوم ذلك مقام الوصف المطابق للحقيقة الذي يعد احد مسقطات خيار الرؤية^٢.

وما قيل بشأن بشأن خيار الرؤية يقال ايضاً بصدد شرط التجربة، الذي يستهدف تمكين المستهلك من التحقق من صلاح ما يشتريه للغرض الذي اعد من اجله او للغرض الخاص الذي يبتغيه، وخيار المذاق، الذي ينصرف الى التحقق من ملائمة المواد الغذائية لرغبات المشتري. والواقع ان هذه الخيارات انما تقررت في القانون المدني في وقت لم تكن وسائل الاتصالات عن بعد كالانترنت والفاكس قد ظهرت وغدت تسمح باجراء العمليات التجارية بين طرفين متباعدين مكانياً^٣، ولعل هذا ما يدل على عدم كفاية الاحكام المنظمة لهذه الخيارات في استيعاب المشاكل التي يثيرها التعاقد عن بعد على نحو ما قدمنا، وهذه الاعتبارات هي التي حدت بالتشريعات الاخرى، بضمنها التشريع الاوربي، الى تقرير هذا الحق.

١٥- جدير بالبيان ان اغفال قانون حماية المستهلك العراقي تنظيم هذه المسألة لا يمنع المجهزين، في اطار سعيهم الى اقناع المستهلكين بالتعامل معهم، من تضمين العقود المبرمة معهم هذه المكنة، وان كان ذلك يجري بطبيعة الحال بما يضمن مصالحهم ويجنبهم اي ضرر جراء العدول. وهذا ما يتيح للشروط التعسفية المجحفة بحق المستهلكين ان تجد طريقاً لها الى هذه المشارطات فتفرغ مكنة العدول من اية قيمة عملية، والفرض انهم-وكما قدمنا- الطرف الضعيف في هذه العلاقة غير المتوازنة.

المطلب الثالث

خصائص حق الانسحاب من العقد

The Characteristics of the Right of Withdrawal

١٦- يستخلص من التعريف الذي سبق لنا ان بسطناه في المباحث السابقة ان الانسحاب من العقد، بمفهوم التوجيه الاوربي، يتوافر على الخصائص الاتية:-

١- الانسحاب من العقد، بمفهوم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١^٤، حق right لا مجرد مكنة ability يرجع في استعمالها الى ارادة ومشئئة للمستهلك تمارس لمجرد حصول تغيير في قناعته بعد ابرام العقد او ربما بفعل تلقيه لعروض اكثر سخاءً^٥ ولا رقابة عليه في ممارسته هذه المكنة من قبل القضاء. وهذا وهذا الحق بمفهوم التوجيه الاوربي ذو طبيعة خاصة، فهو اقرب ما يكون بممارسة مكنة قررها له القانون، حجتنا في ذلك ان التوجيه لم يلزم المستهلك بان يبين عند اعلانه لقرار الانسحاب اي سبب لذلك^٦، بل انه قد ذهب الى ابعاد من ذلك في تأكيده للطبيعة الخاصة بهذا الحق فلم يجز تحميل المستهلك

^١ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

^٢ الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٣ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

^٤ انظر المادة التاسعة وما بعدها من المواد اللاحقة والتي واضبت جميعها على نعت الانسحاب "بالحق".

^٥ Horst Eidenmuller, op cite, P.5.

^٦ انظر الفقرة (١) من المادة التاسعة من التوجيه المذكور.

انظر ايضاً:-

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

".... اية مسؤولية كنتيجة لممارسة حق الانسحاب"^١، وعلى هذا يصح اعماله من المستهلك دون حاجة الى اثبات تضرره من العقد او صدور خطأ من المجهز^٢.

والواقع ان اضعاف صفة الحق على العدول لا يتوافق، من جهة، مع المبادئ العامة للالتزم بوجه عام، وجهة ذلك ان الحق سلطة اقتضاء الدائن لما له بذمة مدينه يقتضي مطالبته القيام بعمل او الامتناع عن عمل او اعطاء شيء^٣ يعد تدخل المدين امراً لازماً لاقتضائه. والحق متى ما تقرر لا يبيح القانون، من جانب اخر، استعماله كيفما يبتغي صاحبه، وانما يرد عليه قيد عدم التعسف فيه، فتعد اساء لحقوق الغير ان ابتغى صاحب الحق تحقيق نزواته الشخصية او مجرد الاضرار بالمدين. والعدول عن العقد، من جانب اخر، ليس برخصة لانها تعني اباحة يسمح بها القانون بغية ممارسة احد الحريات العامة، في حين العدول مستمد من العقد ولم يرتق بعد الى درجة الحق. لذا يرى بعض من الفقه العراقي ان استعمال تعبير "الخيار" option او "المكنة" ability الذين يتوسطان ما بين الحرية العامة والحق يعد اكثر انسجاماً مع المبادئ العامة للقانون^٤، ومع خيارى الرؤية^٥ والمذاق اللذان يعدان ارادة ومشينة بيد المشتري الذي يملك فيهما حق امضاء العقد او نقضه دون ان يخضع قراره في ذلك الى مراجعة من القضاء^٦، خلافاً لشرط التجربة التي يعطي للبائع الحق في معارضة المشتري في استعمال الخيار امام المحكمة التي لها ان تنتدب خبراء مختصين لاثبات صلاح الشئ للغرض المخصص له^٧. من هنا فاننا نرى بان استعمالنا لتعبير "الحق" على ممارسة الانسحاب من العقد لا يعدو ان يكون مسايرة منا مع ما استقر عليه التوجيه الاوربي ليس الا.

٢-الانسحاب من العقد حق مقرر بنص القانون^٨ ومستمد منه. وتمثل هذه الخصيصة وجه الشبه بينه وبين خيار الرؤية^٩، خلافاً لبقية الخيارات التي تشته به كشرط الخيار^{١٠}، وشرط التجربة^{١١} وشرط المذاق^{١٢} التي ينبغي الاتفاق بشأنها بين العاقدين.

٣-الانسحاب حق يتقرر بالارادة المنفردة للمستهلك حماية له على نحو ما قدمنا^{١٣}، دون التاجر الذي لا يستطيع ان يتصل من العقد اذ يقف دونه مبدأ القوة الملزمة للعقد.

Marco Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault & Chantal Mak, the Regulation of Digital Content Contract in the Optional Instrument of Contract Law (2011) 6European Review of Private Law, P.73٧.

^١ الفقرة (٥) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

^٢ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٨.

^٣ انظر الفقرة (١) من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي. انظر ايضا د. سليمان براك دايج، المصدر السابق، ص ١٨٣.

^٤ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٩٠٨. قارن مع اقدس صفاء الدين رشيد البياتي، ص ٢٠٩، الذي يرى في العدول عن التعاقد حقاً للمستهلك لا مجرد مكنة او اباحة.

^٥ د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ١١١، د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٤.

^٦ د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٤٢ وما بعدها وصفحة ٧٤، د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ١١٦، د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٦، فقرة (٦٩).

^٧ د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٦٩.

^٨ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٨، د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب الفتلاوي، المصدر السابق، ص ٣٢.

^٩ انظر المادة (٥١٧) من القانون المدني العراقي.

^{١٠} وهو الشرط الذي يحتفظ فيه المشتري بخيار نقض العقد او امضاءه بعد ابرامه ولو كان قد رأى المبيع.

^{١١} انظر المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي.

^{١٢} انظر المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.

^{١٣} د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٨.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

٤- الانسحاب من العقد حق مقرر خلافاً لحكم القواعد العامة في القوة الملزمة للعقد^١ وما ثبت على سبيل الاستثناء وجب تفسيره تفسيراً ضيقاً لا واسعاً، ويتعين ايضاً ضبط نطاقه بما يحول دون اضافة اسباب اخرى تتيح الرجوع.

٥- الحق في الانسحاب من النظام العام public order لا يجوز الاتفاق على مخالفته^٢. وفي هذا الخصوص تنص المادة (٢٥) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ بان "...اية شروط تعاقدية بالتنازل المباشر او غير المباشر عن الحقوق الناتجة من هذا التوجيه لا تكون ملزمة للمستهلك". ولهذا النص حكم مناظر ورد في المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي التي عدت "... من النظام العام ... قوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية". ويترتب على ذلك انه لا يصح الاتفاق بين الطرفين على استبعاد حق الانسحاب^٣ صراحةً او ضمناً بايراد شروط او قيود تحد من استعماله لم ينص عليها القانون، ولو كان ذلك في مقابل البيع بسعر منخفض^٤. كما ان هذا الحق يمارس بدون حاجة الى اي اجراء اخر كإخطار البائع بالرغبة في الانسحاب^٥ او اللجوء الى القضاء.

ويرى بعض من الفقه الغربي ان الطبيعة الملزمة "للحق في الانسحاب" تفقدها المرونة التي تتطلبها ظروف الاسواق وحاجات المستهلكين، مستندين في ذلك، من ناحية، الى دراسة واقع الاسواق العالمية والشركات العالمية التي لا تفتأ عن ان تضمن سياستها العامة شروطاً تبيح للمستهلك الانسحاب من العقد كذلك التي تضعها شركة eBay وغيرها. كما ان التاجر، من ناحية اخرى، يتحسب لاحتمال عدول المستهلك عن العقد فيفرض سعراً اعلى مما عليه الحال لو لم يتقرر هذا الحق^٦، فيغرم من جراء ذلك المستهلك الذي احاط بجميع ظروف وشروط تعاقدته وتضاءلت لديه، تبعاً لذلك، احتمال عدوله. لذا يقترح هذا الفقه، بدلاً عن ذلك، عد حق الانسحاب قاعدة مكملة Default Rule غير ملزمة للمستهلك الذي قد يجد ان مصلحته تقتضي النزول عنها^٧. وهكذا يغدو المستهلك بمواجهة طائفتين من العقود له فيها حرية اختيار ما صلح له وهي: عقود يتقرر فيها الحق المذكور بسعر مرتفع، واخرى مجردة من هذا الحق ولكن باسعار اوطأ قيمة من سابقتها^٨. وعلى هذا يغدو الحق المذكور تأميناً يضمن للمستهلك احتمال عدم انسجام العقد مع مصالحه المشروعة، يمثل فيه فرق السعر بين العقدين قسط التأمين^٩ واجب الاداء من قبل المؤمن له.

وندعو بدورنا المشرع العراقي الى عدم مسايرة هذا الراي، والنص على الزامية القاعدة المذكورة، حجتنا في ذلك ان السياسات التي تتبعها الشركات العالمية في هذا المجال ينبع من وجود سياسة تسويقية عامة استقرت لدى ارباب التجارة فرضتها عوامل المنافسة الشديدة فيما بينهم تفتقر اليها السوق العراقية في الوقت الحاضر. وليس ادل على ذلك ان المتاجر العراقية تحرص على التاكيد في اعلاناتها وقوائمها

اقدس صفاء الدين رشيد البياتي، نطاق حق المستهلك بالرجوع في العقود المجهزة عن بعد: دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد (١٩)، العدد (٣٩) الجزء (١)، السنة ٢٠١٧، ص ٢٠٩.

^١ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

^٢ Marco Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault & Chantal Mak, op cite, P.73٧; Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.144.

انظر ايضاً د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٩.

^٣ Marco Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault & Chantal Mak op cite, P.73٧.

^٤ Horst Eidenmuller, op cite, p.٩.

^٥ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٨.

^٦ Horst Eidenmuller, op cite, p.٦.

^٧ ibid, p.١١.

^٨ Horst Eidenmuller, op cite, p.١١; Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.144.

^٩ ibid, p.١١

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

التجارية على العبارة المعروفة "المباع لا يرد ولا يستبدل". لذا فان الدعوة الى فرض القاعدة المذكورة على نحو لا مجال فيه للتخفيف او الاعفاء منها في هذه المرحلة التي يمر بها الاقتصاد العراقي ما يعد اكثر انسجاماً مع واقع الحال وموجب حماية المستهلك من تعسف التاجر في هذا البلد. وينبغي ان لا تغيب عن البال، من ناحية اخرى، حقيقة ان عدداً قليلاً من المستهلكين يمتلكون القدرة على التقدير الموضوعي لاهمية وقيمة ما يتعاقدون عليه من سلع او خدمات. ويتجلى هذا الفرض بوضوح اكثر في العقود منخفضة القيمة كالملابس والمشتريات اليومية التي يتكرر استهلاكها باستمرار وانتظام^١. ويلاحظ اخيراً ان التنازل عن الحق صراحةً او ضمناً هو غير حالة عرض اثمان او اجور مرتفعة بشأن عقود الخدمة التي تبيح للمستهلك الغاءها في اي وقت، ومثاله ما درجت عليه شركات النقل الجوي من فرض اسعار اضافية بشأن التذاكر التي يحق فيها للمستهلك الغاء سفرته او تأجيلها لفترة اخرى^٢، ذلك ان هذا التحميل المالي الاضافي لا يراد منه حرمان المستهلك من ممارسة هذا الحق، بل تعويض الناقل عن الضرر الذي يصيبه جراء استعمال هذا الحق وتعذر تعويضه براكب اخر.

¹ ibid, P. 13.

² Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P. 134.

المبحث الثاني

شروط ممارسة حق الانسحاب

The Conditions for the Exercise of the Right of Withdrawal

١٧- لما كان الانسحاب من العقد يعد استثناءً من حكم القواعد العامة لذا ينبغي ان يمارس في اضيق نطاق ممكن. كما ان في اباحة انسحاب المستهلك من العقد في جميع الاحوال تقف دونه اعتبارات العدالة التي تأبى ان يصيب المجهز بضرر بالغ يفوق حتى فقدانه لفرصة ابرام الصفقة. فمن غير المستساغ عقلا ان يفضي حماية طرف الى الاضرار بمصالح الطرف الاخر، فيكون المشرع قد خلق علاقة غير متوازنة^١ اتت هذه المرة على حساب مصلحة التاجر الذي لا ذنب له ولا جريرة سوى ان المستهلك قد مارس مكنة قد تجد دوافعها في مزاجه الشخصي.

لذا حرص التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ في تنظيمه لشروط الانسحاب على ادراك الموازنة العادلة والمطلوبة بين دواعي حماية مصالح المستهلك من جهة، وبين احترام القواعد التقليدية المتعلقة بالقوة الملزمة للعقد واردة الطرفين ومصلحة التاجر ففرض توافر الشروط الاتية لممارسة حق الانسحاب، وهي: ان يكون هناك عقد قد ابرم مستوفياً لشرائطه القانونية، وان يكون العقد من العقود التي تبرم عن بعد او التي تبرم خارج مقر عمل التاجر، وان يعرب المستهلك عن رغبته في الانسحاب من العقد قبل انقضاء المواعيد التي حددها التوجيه. وفيما يلي بيان مقتضب عن هذه الشروط.

الشرط الاول: ان يكون عقد استهلاك قد أبرم مستوفياً لشروطه القانونية^٢:-

١٨- ولا يحتاج هذا الشرط -الذي لم ينص عليه التوجيه الاوربي صراحة وان امكن استخلاصه ضمناً- الى تبرير ذلك ان المستهلك، متى ما تبين له ان التعاقد لم يعد يستجيب لمصلحته لسبب او لآخر، يغدو في حل من التعاقد ولا حاجة له الى الانسحاب من عقد لم يولد بعد. تأسيساً على ما تقدم، يلزم لثبوت حق الانسحاب ان يكون هناك عقد ينظم العلاقة بين الطرفين. وهذا الامر ما يميز الانسحاب من العقد عن منح البائع للمشتري مهلة للتروي والتفكير قبل ان يقدم على التعاقد^٣. والواقع ان هذا الاتفاق الابتدائي الذي يتعلق بالتروي يسبق ابرام العقد، وقد يتمخض عنه وعد من قبل البائع ملزم له فقط بالبائع ان اعرب المستهلك بعد ذلك عن رغبته بالشراء في غضون المدة المتفق عليها^٤.

١٩- والعقود التي تسري عليها احكام الانسحاب ينبغي ان تكون صحيحة لا باطلة. ويترتب على هذا انه اذا تبين ان احد اركان العقد قد اختلت فلا يصح الانسحاب منها لانها لا تعد قد انعقدت فلا ينتج من عدم حق. بيد ان العقود القابلة للابطال في الفقه الغربي، وهي التي تنعقد الا ان احد شروط صحتها قد اختل كذلك التي تتعلق بالاهلية وما الى ذلك، يصح الانسحاب منها. ونرى بان العدول عن العقد الموقوف^٥ لا يصح حتى ينتج اثره باجازه عند من تقرر لمصلحته لانه عقد مشلول حتى يتقرر مصيره، وينسحب الايقاف على جميع الحقوق والخيارات المرتبطة به لان استعمالها يتوقف على معرفة مصيره. كما ان من مصلحة المستهلك ان يتمسك بنقض العقد بدلا من العدول عنه بالنظر لما قد ينشأ عن العدول من التزامات وتبعات قانونية لا يتحملها من تقرر وقف العقد لمصلحته، كتحمل العادل للمسؤولية عن الانخفاض في قيمة موضوع التعاقد او لقيام احد مسقطات حق الانسحاب. وينبغي ايضاً ان يكون التاجر قد اوفى بجميع التزاماته قبل المستهلك بان قام بتجهيز ما اتفق عليه في المواعيد المقررة لذلك

^١ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٦ وما بعدها.

^٢ انظر الفقرة (١) من المادة التاسعة من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٣ د. مصطفى احمد ابو عمرو، المصدر السابق، ص ١٨٦.

^٤ انظر المادة (٩١) من القانون المدني العراقي.

^٥ والعقد الموقوف هو الذي اختلت احد اوصافه لا سيما تلك التي تتعلق بصحة الرضا من ذلك عيوب الارادة كالاكراه والغلط والتغريب، وصدر التصرف من غير مالكة (المواد ١٣٤-١٣٦)، وتجاوز الوكيل حدود كآلته (المادة ٩٤) من القانون المدني العراقي).

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

وان يكون ما جهزه مطابقاً لما تم الاتفاق عليه بشأنه، والا كنا بصدد اخلال احد الاطراف بالتزاماته التعاقدية^١. ولعل من مصلحة المستهلك ان يتمسك بانتهاك التاجر لبند العقد بدلاً عن ممارسة حق الانسحاب منه الذي قد يفرض عليه اداء التزامات مالية كنفقات رد الشيء.

٢٠- واذا سلمنا بان الانسحاب لا يتقرر الا اذا افترضنا وجود عقد قد انعقد، فقد يثار تساؤل مفاده ما اذا كان هذا العقد يعد نافذاً، بمعنى هل يحق للطرفين البدء بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية حتى يتقرر مصير العقد من قبل المستهلك؟ الظاهر من التمعن بدراسة نصوص التوجيه الاوربي انها تميز ما بين حالتين: الاولى، في عقود بيع البضائع، وفيها يعد العقد منعقداً ومنتجاً لاثاره وهو ما يقتضي لزوم مباشرة الطرفين بتنفيذ التزاماتهما. وفي الحالة الثانية التي تنحصر بعقود تجهيز الخدمات، لا يكون الطرفان ملزمين بتنفيذ التزاماتهما، كخدمات توريد الماء والغاز والكهرباء والتدفئة المركزية وتوريد المحتويات الرقمية (البرامج الالكترونية والالعاب الرقمية) ما لم يطلب المستهلك من المجهز المباشرة بالتنفيذ صراحةً عند ابرام العقد وقبل انقضاء مدة الانسحاب وصدور اقرار من المستهلك بالعلم بسقوط حقه بالرجوع. ولنا عودة لمعالجة هذا الموضوع بالتفصيل عند تناولنا لاثار الرجوع فنحيل الى ما سيلبي بيانه عن ذلك^٢.

٢١- ويتفق حكم نفاذ العقد في التوجيه الاوربي مع خيار الرؤية في عقد البيع في القانون المدني العراقي الذي ينعقد هو الاخر نافذاً الا انه معلق على شرط فاسخ هو عدم رغبة المشتري بالمبيع^٣، خلافاً لما عليه الحال في خيار التجربة الذي ينعقد العقد الذي يتقرر بمقتضاه معلقاً على شرط واقف هو تجربة المبيع وقبوله من المشتري شرطاً لسريانه باثر رجعي، ما لم يتبين من الظروف انه قد انعقد معلقاً على شرط فاسخ^٤، ففي فرض خيار الرؤية يكون العقد نافذاً ما لم يستعمل المشتري خيار النقص فيزول العقد باثر رجعي، في حين ان العقد لا يكون منعقداً اصلاً في خيار التذوق الا بعد اعلان المشتري عن قبوله بالشراء في غضون المدة التي يعينها الاتفاق او العرف^٥.

الشرط الثاني: ان يكون العقد من العقود التي تبرم عن بعد او العقود التي تبرم خارج مقر عمل التاجر^٦:-

٢٢- ويراد بالعقود التي تبرم عن بعد Distance Contracts بمفهوم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ بانها "اي عقد ابرم بين التاجر والمستهلك بموجب بيوع عن بعد المنظمة او برنامج توفير خدمة^٧ بدون ان يقترن بالحضور المادي للتاجر والمستهلك، مع الاستعمال الحصري لواحدة او اكثر من وسائل الاتصال عن بعد وبضمنه الوقت الذي يبرم فيه العقد"^٨. ويمكن التمثيل على وسائل الاتصال عن بعد بتلك التي تبرم عبر شبكة المعلومات الدولية internet واجهزة الهاتف والفاكس وما عدا ذلك من المخترعات التي تكشف عنها ثورة تكنولوجيا الاتصالات.

٢٣- ويعرف التوجيه الاوربي العقود التي تبرم خارج مقر عمل التاجر بانها تلك التي "...تبرم بصورة متزامنة مع الوجود المادي للتاجر والمستهلك، في مكان هو ليس مقر عمل التاجر، على سبيل المثال في منزل المستهلك او مقر العمل" ويقدم الايجاب من قبل المستهلك في هذا المكان، وقد يبرم العقد بعد ذلك

¹ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.142.

^٢ انظر الفقرة (٥٢) وما بعدها من هذا البحث.

^٣ انظر المادة (١/٥١٧) من القانون المدني العراقي.

^٤ انظر المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي.

^٥ انظر المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.

^٦ انظر الفقرة (١) من المادة التاسعة من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٧ وتشمل البيوع عن بعد او برنامج توفير خدمة تلك التي يعرضها شخص ثالث الا انها تستعمل من قبل التاجر مثل البرامج المعروضة على الانترنت. بيد انه اذا كان البرنامج يعرض المعلومات بشأن السلعة او الخدمة و/او تفاصيل العقد فقط بدون ان يتيح امكانية ابرام العقد. انظر الفقرة (٢٠) من المادة الثانية من التوجيه المذكور.

^٨ انظر الفقرة (٧) من المادة الثانية من التوجيه المذكور.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

بوسائل الاتصالات عن بعد^١. ويعرف التوجيه الاوربي مقر العمل بانه اية اماكن ثابتة للبيع بالتجزئة يمارس فيها التاجر او من يمثله^٢ نشاطه على اساس دائم او ينفذ فيها نشاطه على اساس معتاد^٣. ويمكن التمثيل على مقر العمل بالمحلات التجارية والاكشاك والشاحنات والمواقف، وتلحق به اماكن البيع بالتجزئة في مواسم السياحة كأماكن التزلج والمنتجات الشاطئية طالما كانت من الاماكن المعتادة لممارسة النشاط. اما البيوع التي تجري في الاماكن المتاحة لدخول الجمهور، كالشوارع ومراكز التسوق وشواطئ البحار ووسائل النقل العام التي يلجأ اليها التاجر على سبيل الاستثناء والمنازل واماكن العمل، فلا تعد مقرأ دائماً او معتاداً لممارسة العمل^٤ وبالتالي يرخّص القانون الانسحاب منها.

والعلة في اباحة الانسحاب في العقود التي تبرم عن بعد تكمن في ان التعاقد لا يتيح للمستهلك، بحكم التباعد الجغرافي بينه وبين التاجر، من الاطلاع المادي على البضائع، كما وانه لا يؤمن من احتمال تأثر ارادته بالدعايات والاعراضات التي تتفنن فيها الشركات لاقتناعه بالتعاقد. وي طرح التبرير ذاته بصدد التعاقدات التي تبرم خارج مقر التاجر التي يسعى فيها موظفوه وعماله ووكلاءه ووسطاءه الى اقناع مستهلك في منزله او في مكان عام باهمية ابرام عقد لم يكن ينوي الولوج فيه^٥. ولا يؤمن في هذه الحالات من احتمال تعرضه الى اغراءات تفضي الى التعاقد لا تعكس بالضرورة وجود ارادة واعية ومستنيرة مدركة لمصلحته.

٢٤-وينبغي على ما تقدم ان العقود التي تبرم بالطرق التقليدية، بمعنى تلك التي تجري في مقر التاجر (كمقر نشاط التاجر الرئيس او احد فروعه او في متجره)، او تلك التي لم تبرم عبر وسائل الاتصال عن بعد التي يغلب فيها ان يسعى المستهلك الى مقر عمل التاجر عن ارادة حرة وواعية، لا يرخّص الانسحاب منها لانتفاء اية خشية من احتمال الاضرار بمصلحة المستهلك طالما انه هو الذي سعى الى التاجر بعد اختمرت لديه نية التعاقد بعد ان يكون قد اطلع بصورة فعلية على موضوع التعاقد واخضع شروطه لدراسة مستفيضة في ضوء مصلحته الخاصة.

٢٥-ويرى بعض من الفقه الغربي ان التمييز بين الانماط المذكورة من طرائق التعاقد في تقرير حق الانسحاب هو تمييز مصطنع ينبغي هدمه، ذلك ان المستهلك الذي يتعامل مع التاجر في مقر نشاطه، قد يكون هو الآخر معرضاً لجميع الاغراءات والضغطات التي قرر حق الانسحاب من اجل حماية المستهلك منها. ويمثل الفقه على ذلك بحالة زبون لمصرف راجع مقره لغرض سحب مبلغ من النقود فيتعرض الى اغراءات من موظفي المصرف تدفعه الى ابرام عقد يتعلق بخدمة مصرفية اخرى لم يكن قد فكر بالتعاقد بشأنها^٦. ويخلص هذا الفقه الى ان المستهلك في هذه الحالة يكون بامس الحاجة الى ان يمنح الحق في الانسحاب من العقد لاشتراك هذه الحالة مع الحالات الاخرى التي يجيز القانون له فيها الانسحاب من العقد في علة الحكم. وقد اعتمد قانون ولاية كاليفورنيا الحكم المتقدم في القسم (١٧٢٣) منه فمنح حق الانسحاب حتى للعقود التي تبرم داخل مقر عمل التاجر^٧. ويخلص هذا الفقه الى القول بان بان منح حق الانسحاب من عدمه يجب ان لا يقوم على اساس طريقة ابرام العقد وانما في جميع الظروف التي يستشف منها ان ارادة المستهلك واختياراته فقد تعيبت ومسه منها الضرر، بمعنى ان هذا الحق ينبغي ان يمارس في جميع الاحوال التي تفوق فيها فائدته الاقتصادية كلفته بالنسبة للمستهلك^٨.

^١ انظر الفقرة (٨/أ، ب، ج) من المادة الثانية من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٢ الفقرة (٢٢) من مقدمة التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٣ انظر الفقرة (٩) من المادة الثانية من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٤ الفقرة (٢٢) من مقدمة التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٥ Horst Eidenmuller, op cite, P.1٥.

^٦ Horst Eidenmuller, op cite, P.1٦.

^٧ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.143.

^٨ Horst Eidenmuller, op cite, P.٣.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

ويكون الامر كذلك في السلع ذات الطبيعة المعقدة او التي لا يتسنى للمستهلك التحقق من مدى انسجامها مع مصالحه وحاجاته الا بعد ابرام العقد واستلامها، او التي لا تكون معرضة لانخفاض في قيمتها لكي لا يضار التاجر من جراء ذلك، فضلاً عن العقود التي تبرم عن بعد والعقود التي تبرم خارج مقر نشاط التاجر^١.

الشرط الثالث: ان يعرب المستهلك عن رغبته في الانسحاب من العقد قبل انقضاء المواعيد التي حددها التوجيه:-

٢٦- على المستهلك، ان هو ابتغى الانسحاب من العقد، ان يعلم التاجر بذلك في غضون (١٤) اربعة عشر يوماً والتي تعرف في الفقه الغربي بفترة هدوء الاعصاب ^٢cooling-off period التي تتحرر في غضون ارادة المستهلك من اية ضغوط او اغراءات. وقد اخذ التوجيه الاوربي بنظر الاعتبار حقيقة ان منح حق الانسحاب من العقد لمدة غير محددة من شأنه ان يحيق بالتاجر ضرر بين ياتى من ان مركزه القانوني في العقد سيبقى قلقاً لا يعرف مصيره^٣ طالما انه سيكون معرضاً لرد بضاعته اليه في وقت قد لا يجد من يشتريها مجدداً بفعل تقادم مواصفاتها او بسبب اوضاع السوق، كما ان ذلك قد يكون ادعى الى ضمان استقرار المعاملات^٤. ويلاحظ ايضا ان من مصلحة المستهلك ان يبادر الى حسم حسم امره بسرعة لكي يتلافى بذلك حدوث احد مسقطات حقه فيه في غضون الفترة المذكورة، كما لو تعرضت السلعة المتسلمة الى هلاك او تلف او سرقة او نقصان في القيمة على نحو يتعذر معه اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد.

٢٧- والمدة التي نص عليها التوجيه الاوربي هي مدة تحكيمية تسري على العقود كافة وبصرف النظر عن قيمتها المالية العالية او البخسة او طبيعتها البسيطة او المعقدة. ويمكن التمثيل على الطائفة الاخيرة من العقود بعقود الخدمات المصرفية والائتمانات كبيرة الحجم والتعاملات العقارية بضمنها عقود المشاركة في الوقت التي تقتضي من المستهلك مدة اطول للتأمل والتدبر في مدى تحقيقها لمصالحه وفهمه لشروطها المطولة والمعقدة. لذا كان يتوجب على المشرع الاوربي ان يخص هذه الطائفة من العقود بمدة اطول من العقود الاقل الاهمية التي تنتم بضالة قيمتها المالية وبساطة بنودها وقصر مدة تنفيذها، والتي لا يتصور ان تلحق بالمستهلك من جراء التعاقد ضرراً ببنياً. ويتعين على المستهلك ان يعرب عن ارادته في الانسحاب باحدى الطرق التي نص عليها التوجيه الاوربي، وهي:-

الاولى:- الصيغة الشكلية التي نص عليها الملحق (B-I) المرفق بالتوجيه^٥ والتي تفيد الانسحاب.

^١ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.14٤.

^٢ Horst Eidenmuller, op cite, P.14.

^٣ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٧ وما بعدها، اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ص ٢١٣.

^٤ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٨٩٩.

^٥ وادناه الصيغة التي جاء بها المرفق المذكور اعلاه وعلى النحو الاتي:-

الى/ (يذكر اسم التاجر، عنوانه الجغرافي، رقم الفاكس وعنوان بريده الالكتروني المدرج من قبل التاجر).
اني/نحن (اسم المستهلك/المستهلكين) نعطي اشعاراً بانني/نحن ننسحب من عقدي/عقدنا (...) لبيع البضائع الاتية (...) او لتجهيز الخدمة الاتية (...).
-الامر المؤرخ في (...) المستلم في (...).
اسم المستهلك/المستهلكين.
-عنوان المستهلك/المستهلكين.
-توقيع المستهلك/المستهلكين (مطلوب فقط في حالة الاشعار الورقي).
-التاريخ.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

الصيغة الثانية، اي بيان اخر لا لبس فيه يكرس قرار المستهلك بالانسحاب من العقد^١. وللمستهلك في ذلك حرية اختيار العبارات والوسائل المستعملة في الاتصال بالتاجر لابلague بقرار الانسحاب كارسال رسالة عادية او الاتصال به هاتفياً او حتى برد البضائع المتسلمة مرفقة بعبارة واضحة تدل على هذا المعنى^٢، شريطة ان تكون قاطعة في الدلالة على انصراف ارادته الى ترتيب هذا الاثر^٣. ولا يتطلب التوجيه الاوروبي بعد هذا شكلية معينة تنصرف الى اسلوب صياغة هذه العبارات، من ذلك مثلاً لزوم كتابة قرار الانسحاب بخط معين لعله تبدو في رغبته بالتيسير من اجراءات الانسحاب^٤.

الصيغة الثالثة، وفيها يجوز للتاجر ان ينظم عملية الانسحاب على موقعه الالكتروني طبقاً لاحدى الصيغتين المتقدمتين، وما على المستهلك سوى ان يملئ النماذج المذكورة في موقع التاجر الالكتروني ثم يرسلها submit بطريقة الكترونية. ويفهم من استعراض الصيغ انفة الذكر ان الانسحاب الضمني الذي تدل عليه الظروف الملائسة، غير جائز، كالشكوى من سوء خدمة الانترنت او اعلام التاجر بكثرة اعطال السلعة وابداءه الندم على التعاقد او طلب انقاص الثمن وما الى ذلك من احوال لا تدل على الرغبة بممارسة الحق المذكور.

٢٨-وايا كانت الطريقة المتبعة في الانسحاب من العقد، على التاجر ان يعلم المستهلك باستلام الاشعار بالانسحاب بصيغة دعامة دائمية من دون تأخير، اثباتاً لحصوله^٥ خلال الفترة المقررة قانوناً^٦. ويبقى عبء اثبات ممارسة هذا الحق على المستهلك. ولا يخرج هذا الحكم عن ان يكون تكريساً للقواعد العامة في الاثبات التي تلقي عبء اثبات القيام بعمل ما على من التزم باداءه^٧. والعبرة في تحديد ما اذا كان الانسحاب قد حصل في غضون المدة التي حددها التوجيه هو بلحظة تصدير قرار الانسحاب لا وقت وصوله الى التاجر، او من باب اولى، لحظة علمه به^٨. والعبرة في تحديد ما اذا كان المستهلك قد انسحب انسحب في غضون المدد المحددة من عدمه هي بتاريخ ارسال رسالة الانسحاب بالكيفية التي نص عليها القانون^٩ قبل انتهاء الاجل، لا بتاريخ وصولها الى التاجر او تاريخ علمه بها. وبهذا الحكم يكون التوجيه الاوروبي قد اخذ بنظرية تصدير الارادة شرطاً لانتاج اثارها القانونية. ويفرض التوجيه المذكور على التاجر الذي ينظم موضوع الانسحاب على موقعه الالكتروني بطريقة الكترونية نتيج للمستهلك ارسال رسالة الانسحاب، ان يرسل للاخير رسالة تأكيد acknowledgment باستلامه للقرار^{١٠}. وليس في هذا الحكم ما يفيد تبني التوجيه لنظرية العلم بالانسحاب بالنظر الى ان القانون لم يربط اثره قانونياً على عدم ارسال الرسالة، وجل ما يبتغيه هو تثبيت واقعة الانسحاب بدليل مادي يحسم امر وقوعه في هذه الحالة التي يتعذر فيها على المستهلك ان يحتفظ بنسخة من الامر الذي وجهه عبر موقع التاجر لا من خلال بريده الالكتروني او بابة وسيلة اخرى متاحة.

٢٩-والواقع ان مدة ال(١٤) يوماً من وقت ابرام العقد التي يصح الانسحاب في غضونهما هي مدة معقولة تتراوح ما بين القصيرة والطويلة وتنسجم بالتالي مع مقتضيات النشاط التجاري بالنظر لما تمنحه

^١ انظر الفقرة (١) من المادة (١١) من التوجيه المذكور.

^٢ انظر الفقرة (٤٤) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٣ انظر الفقرة (٤٤) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٤ انظر الفقرة (٤٤) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٥ الفقرة (٣) من المادة (١١) من التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١.

^٦ Joasia A. Luzak Vanessa Mak, the Consumer Rights Directive, Working Paper Series No. 2013-01< https://pure.uva.nl/ws/files/1536768/156732_402057.pdf>accessed on 9/11/2018, P.13.

^٧ الفقرة (٤) من المادة (١١) من التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١.

^٨ Joasia A. Luzak Vanessa Mak, o[cite, P.13.

^٩ انظر الفقرة (٢) من المادة العاشرة من التوجيه المذكور.

^{١٠} انظر الفقرة (٤٥) من مقدمة التوجيه المذكور.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

للمستهلك من وقت كاف للتدبر والتروي في اتخاذ قراره المناسب، وتحول دون تحكم التاجر الذي لو ترك الامر اليه لحدد للمستهلك مدة قصيرة لا تكفي للتروي والتدبر واختبار السلعة او الخدمة المجهز. بيد انه يلاحظ، من جانب اخر، ان التوجيه الاوربي لا يتطلب ان تكون مدة ال(١٤) يوماً ايام عمل. لذا تسري المدة المذكورة ولو تخللتها عطل رسمية. وقد يكون عذر التوجيه في ذلك ان المتاجر وبعض الشركات تواصل عملها حتى في ايام العطل والاعياد والمناسبات الدينية والاجتماعية، وان كان ذلك لا يصدق في جميع الفروض، كما هو الحال في الظروف الطارئة والعطل طويلة المدة، او حينما تتطلب طبيعة العقد استشارة جهة فنية متخصصة قد لا تمارس عملها في ايام العطل. لذا كان ينبغي بالتوجيه الاوربي ان ينص على امتداد المدة المذكورة لتشمل حالة الظروف الطارئة والعطل طويلة المدة التي تتوقف فيها المتاجر عن ممارسة عملها او يصعب الاتصال بها او الوصول اليها بغية رد المبيع، والامر بعد هذا رهن بما تنص عليه قوانين حماية المستهلك في الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي.

٣٠- وبهذا التحديد المادي لمدة الانسحاب يكون التوجيه الاوربي قد فارق القانون المدني العراقي بخصوص خيار الرؤية الذي يجيز سقوط الخيار "... بصور ما يبطل الخيار قولاً او فعلاً من المشتري قبل الرؤية او بعدها وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون ان يراه"^١ وقد ترك القانون امر تقدير هذه المدة للمحكمة تستخلصها من الظروف. والحق ان ما يستلزمه التوجيه من صدور ارادة صريحة خلال مدة معينة يفضل على ما يقرره القانون المدني من احكام مناظرة، بالنظر لما يؤديه من قطع دابر اي نزاع يثور بشأن حصوله وبشأن المدة التي ينبغي ان تصدر خلالها هذه الارادة. والواقع ان الاغفال المتقدم هو موضع نقد من الفقه العراقي الذي راي فيه ما يؤدي اليه من حصول جهالة في معرفة مدة سقوط الخيار وعدم استقرار في المعاملات المالية^٢. لذا لا عجب ان استترك القانون ذاته هذا هذا الخلل بان اجاز للبائع ان يحدد للمشتري اجلاً يسقط بانقضائه الخيار^٣. وقد لا يكون هذا الاجل كافياً كافيّاً لكي يتخذ المشتري في غرضه قراره المناسب فلا يبقى له من سبيل سوى ان يتظلم منه الى القضاء.

٣١- وعلى اية حال، اخذ التوجيه الاوربي بنظر الاعتبار الطبيعة الخاصة لكل عقد وما قد يفرزه من مشكلة تتصرف الى تحديد مبدأ سريان المدة المنوه عنها، فاورد تفصيلاً عن ذلك في الفقرة (٢) من المادة التاسعة منه وعلى النحو الاتي:-

١- في عقود الخدمة^٤ service contracts : تسري المدة المذكورة من تاريخ ابرام العقد. وقد اخذ التوجيه بنظر اعتباره حقيقة ان تقديم بعض الخدمات كخدمات تجهيز الانترنت او الهاتف واعمال الاصلاح والصيانة وغيرها، لا تتطلب القيام باعمال تنصرف الى تسليم موضوع العقد وما قد يستغرقه ذلك من مدة، فافترض انها تبدأ عادة من تاريخ ابرام العقد. لذا كان التحديد التحكيمي للقانون لمبدأ سريان المدة المذكورة من تاريخ ابرام اكثر انسجاماً مع واقع الحال وقطعاً لدابر لاي نزاع قد ينشأ بشأن ذلك.

٢- في عقود البيع^٥ Sale contracts : تسري المدة من يوم تحقق الحيابة المادية للسلعة من قبل المستهلك او اي شخص ثالث مسمى من قبله عدا الناقل. ويجد شرط الحيابة المادية تبريره في ان

^١ الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٢ د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب الفتلاوي، المصدر السابق، ص ٣٣، طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٣٣، د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ٣٧، فقرة (٦٩).

^٣ الفقرة (٢) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٤ عقود الخدمات بمفهوم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ هي " اي عقد غير عقد البيع الذي بموجبه يجهز التاجر او يتعهد بتجهيز خدمة للمستهلك والمستهلك يدفع او يتعهد بدفع السعر فيه". (الفقرة (٦) من المادة الثانية منه). بينما عرف قانون حماية المستهلك العراقي الخدمة بانها "العمل او النشاط الذي تقدمه اي جهة لقاء اجر او بدونه بقصد الانتفاع منها" (الفقرة (ثالثاً) من المادة الاولى من القانون المذكور).

^٥ يعرف التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ عقد البيع في الفقرة (٥) من المادة الثانية منه بأنه "تعني اية مادة item مادية منقولة، باستثناء السلع التي تباع بطريق التنفيذ او بخلاف ذلك بتحويل من القانون، كالماء، الغاز والكهرباء التي يجب ان تعد بضائع لاغراض هذا التوجيه حينما توضع للبيع بحجم محدد او كمية محددة". ولم يعن قانون حماية المستهلك

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

الاستيثاق من توافر المواصفات المطلوبة في السلعة المجهزة من عدمه، الذي يمثل احد اهم اسباب اقرار حق الانسحاب، يتوقف على حيالة المستهلك، او اي شخص ثالث، كالدائن المرتهن او المستأجر للبضاعة والمودع لديه والمستعير، التحقق منها وتجربتها. وينبغي على ما تقدم ان الحيالة الرمزية للبضائع، كحيالة مفاتيح المخزن الذي وضعت فيه السلع، او حيالة المستندات التي تمثلها، كسند الشحن او وثيقة الاستيداع في المستودعات العامة،^١ لا تكفي لكي تنشئ حقاً للمستهلك في الانسحاب من العقد، لان هذه الطرائق من الحيالة لا تمكنه من الاطلاع الحقيقي (الفعلي) عليها. وقد استبعد التوجيه الاوربي الناقل من نطاق الاشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الحائز وان كان هو يحوز البضائع لمصلحة المرسل اليه، مدركاً في ذلك حقيقة انه ليس من واجب الناقل التحقق من توافر المواصفات المتفق عليها في عقد البيع، الذي يعتبر من الغير بالنسبة له، كما ان التزامه لا يتعد نقل الشيء من مكان الى اخر والمحافظة عليه وتسليمه الى المرسل اليه فحسب.

والواقع ان التحديد المذكور لمبدأ مدة الانسحاب على النحو المتقدم لا يستقيم الا في عقود البيع البسيطة غير المركبة التي ينصب فيها العقد على محل واحد، والامر بخلاف ذلك قد يكون مدعاة لطرح فروض عدة تناولها التوجيه الاوربي على النحو الاتي:-

أ- في العقود التي يكون محلها بضائع متعددة multiple goods والتي تجهز بمقتضى امر واحد order من المستهلك (اي صفقة واحدة) على ان تسلم بصورة منفصلة، وبصرف النظر عن كونها من الاشياء المعينة بالنوع (الاشياء المثلثة) fungible property او الاشياء القيمة non-finable property، تسري مدة الانسحاب من يوم ثبوت الحيالة المادية لآخر سلعة من قبل المستهلك او من قبل اي شخص ثالث مسمى من قبله عدا الناقل. ولا يحتاج الحكم المتقدم الى تبرير، ذلك ان من حق المستهلك ان يتحقق من مدى مطابقة (جميع) الوحدات المجهزة لاحتياجاته ورغباته، ولكي لا تستهلك مدة الانسحاب من العقد بمضي مواعيد التجهيز الدورية للوحدات او الكميات المتفق عليها. تجدر الاشارة الى ان القانون المدني العراقي وبصدد تنظيمه خيار الرؤية في عقد البيع قد اخذ بالحكم ذاته حينما قضى في المادة (١/٥١٩) منه بانه "اذا بيعت جملة اشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة".

ب- في حالة تسليم بضائع تتألف من كمية من الاشياء او القطع، تسري مدة الانسحاب من يوم ثبوت الحيالة المادية للسلعة من قبل المستهلك او من قبل اي شخص ثالث مسمى من قبله عدا الناقل لآخر قدر من البضائع او القطع. وقد راعى التوجيه في تقرير سريان المدة على الوجه المتقدم طبيعة بعض البضائع التي لا يمكن استعمالها وتجربتها الا بعد تركيب جميع اجزاءها ومن ثم تشغيلها ولكي لا تستهلك المدة باستلام اول بضعة منها.

ج- في حالة العقود التي تتضمن تسليم بضائع خلال مدة محددة من الوقت كما هو الحال في عقود التوريد لمدة معينة periodical supplying، تسري مدة الانسحاب من يوم تحقق الحيالة المادية للسلعة من قبل المستهلك او من قبل اي شخص ثالث مسمى من قبله عدا الناقل، لاول بضاعة مستلمة. والحق ان استلام اجزاء متجانسة من الدفعة المجهزة من البضائع يتيح للمستهلك ابتداءً التحقق من مدى مطابقتها للمواصفات المطلوبة.

د- في عقود تجهيز الماء او الغاز او الكهرباء التي لا تحرز في كميات او مقادير معينة، او في حالة خدمات التدفئة المركزية او بيع المحتويات الرقمية كبرامجيات الحاسوب او الالعاب وغير ذلك من الاشياء التي لا تجهز بمقتضى دعائم مادية كالاقراص الليزرية مثل C.D و D.VD، يلاحظ بان

العراقي بتعريف عقد البيع واحال ذلك على ما يبدو للقانون المدني العراقي الذي عرفه في المادة (٥٠٦) منه بانه "مبادلة مال بمال" ويتوافر هذا التعريف على مفهوم واسع فيشمل المقايضة ايضاً (المادة ٥٩٧ وما بعدها من القانون المدني العراقي).

^١ للتفصيل في احكام الحيالة انظر حسن محمد كاظم، الحيالة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة مركز دراسات جامعة الكوفة، السنة: ٢٠١٠ المجلد (١)، العدد (١٨)، ص ١٤٠ وما بعدها

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

التوجيه الاوربي لا يضيف على هذه الاشياء صفة البضائع^١، لذا يصار الى الاعتداد بتاريخ ابرام العقد مبدأ لحساب فترة الانسحاب.

تجدر الإشارة الى ان مدة الانسحاب تمتد الى (١٢) شهرا محسوبة من تاريخ انقضاء المدة الاولى في حالة احجام التاجر عن اعلام المستهلك بحقه في الانسحاب من العقد ومدته ومدة تقادم هذا الحق واجراءات ممارسته والمنصوص عليها في المادة (١١-١) من التوجيه^٢. ومتى ما امتثل التاجر لموجب اعلام المستهلك بالحق المذكور، سرت مدة الحق في الانسحاب انفة الذكر من اليوم التالي ليوم اعلام المستهلك به^٣.

ومتى ما انقضت المدة التي حددها التوجيه ، غدى العقد المبرم باتاً وملزماً للمستهلك ولم يعد له الحق في الرجوع عنه، اللهم الا اذا اقام الدليل على اخلال التاجر بالتزاماته المقررة في العقد. اما اذا توافرت في الانسحاب الشروط التي نص عليها التوجيه انتج اثره في تحلل الطرفان من التزاماتهم المتقابلة واصبحا ملزمين بتنفيذ التزامات اخرى، وهو ما سنتناوله في المبحث القادم.

^١ انظر المفهوم المخالف للفقرة (٣) من المادة الثانية من التوجيه والتي جاء فيها "تعني اية سلعة item مادية منقولة، باستثناء السلع التي تباع بطريق التنفيذ او بخلاف ذلك بتحويل من القانون، كالماء، الغاز والكهرباء التي يجب ان تعد بضائع لاغراض هذا التوجيه حينما توضع للبيع بحجم محدد او كمية محددة".

^٢ انظر الفقرة (١) من المادة (١٠) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٣ انظر الفقرة (٢) من المادة العاشرة من التوجيه المذكور.

المبحث الثالث

الاثار القانونية التي تترتب على استعمال المستهلك لحق

الانسحاب من العقد

The Legal Effects Resulting from the Exercise of the Right of Withdrawal by the Consumer

٣٢-ينجم عن استعمال المستهلك لحق الانسحاب من العقد اثار قانونية تتمثل فيما تنتج عنه من التزامات فرضها التوجيه الاوربي على التاجر والمستهلك على حد سواء. ونعقد لدراسة كل من هذه الالتزامات مطلباً مستقلاً.

المطلب الاول

التزامات التاجر

A Trader's Obligations

٣٣- يقع على عاتق التاجر التزامان ينجمان عن استعمال المستهلك لحقه في الانسحاب من العقد يسبق احدهما ابرام العقد، فيما يتراخى نشوء الالتزام الثاني الى مرحلة ما بعد ابرامه، وهما: اعلام المستهلك بحقه في الانسحاب من العقد قبل التعاقد، ورد المبالغ المستلمة من المستهلك ثمناً للبضائع او الخدمات المجهزة.

اولاً: اعلام المستهلك بحقه في الانسحاب من العقد قبل ابرامه:-

٣٤- اعلام المستهلك بالظروف والشروط المتصلة بتعاقده المحتمل هو التزام تفرضه عادةً قوانين حماية المستهلك، ومنها قانون حماية المستهلك العراقي لعام ٢٠١٠،^١ يستهدف حماية الاخير من اي اختلال في التوازن بعلاقته مع التاجر والناجم عن اختلافهما في مستوى العلم بموضوع العقد وظروف التعاقد.^٢ ولا يتحقق هذا المقصد الا اذا فرض التشريع على المجهز (التاجر) التزاماً باطلاع المستهلك عن كل ما يهمه معرفته من مسائل. لذا لا عجب ان فرضت المادة السادسة من التوجيه الاوربي على المستهلك الالتزام المذكور. وفي الموضوع تفاصيل لا نبغي الخوض فيها، وما يعيننا في هذا المقام هو التزام التاجر باعلام المستهلك بحقه في الانسحاب من العقد. والعلة في فرض هذا الموجب تكمن في تنوير ارادة المستهلك الى ثبوت هذا الحق له -والذي قد يجهله من الناحية الواقعية- لكي لا يتراخى عن استعماله عند الاقتضاء عن اعتقاد منه بانه لا حق له في رد السلعة او الخدمة المجهزة. والواقع ان الحكم المتقدم يمثل استثناءً من حكم المبادئ العامة في القانون والتي تقضي بان لا يعذر الانسان لجهله بالقانون^٣ الذي قرر له هذا الحق، فلا مسوغ بعد هذا باعلامه به، بيد ان مقتضيات حماية مصلحة المستهلك تأبى الا ان يتأكد علم الاخير (الفعلي) بهذا الحق لكي يتساوى علمه القانوني المفترض مع علمه الحقيقي.

٣٥-وقد فرض التوجيه الاوربي على التاجر ان يضمن اعلامه المسائل الاتية:-

^١ انظر المادة السادسة من القانون المذكور.

^٢ د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٢١٥)، المجلد (٤)، السنة ٢٠١٥، ٨٩٦.

^٣ وفي هذا الخصوص تنص المادة السادسة من قانون النشر في الجريدة الرسمية المرقم (٧٨) لعام ١٩٧٧ على انه " لا يعتد بالجهل بمضمون ما ينشر في الوقائع العراقية ".

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

١- الشروط الواجب توافرها بغية ممارسة حق الانسحاب ومدة سقوطه واجراءات ممارسة هذا الحق.^١
٢- تنبيه المستهلك الى انه سيتحمل كلفة رد البضائع في حالة اتخاذه لقرار الانسحاب من العقد، ومقدار كلفة رد البضائع اذا كانت طبيعتها لا تتيح ردها بالبريد، كالمكائن والمعدات الثقيلة،^٢ على ان تكون الكلفة معقولة.^٣ واذا تعذر رد البضائع وفقاً للاحوال المنصوص عليها في هذا التوجيه، كما لو كانت البضائع مصنوعة طبقاً لمواصفات خاصة بالمستهلك او لحصول تغير في السعر وما عسى ذلك من احوال، فعلى التاجر ان يشير الى فقدان المستهلك لهذا الحق او تبيان هذه الظروف سلفاً حيثما يكون ذلك ممكناً.

٣- في عقود تجهيز المحتويات الرقمية بغير طريقة الدعاية الدائمة، نص التوجيه على انه ليس بكاف على التاجر ان يعلم المستهلك قبل التعاقد بالمسائل المشار اليها فيما تقدم، بل يتعين عليه ان يتسلم اقراراً من المستهلك acknowledgment بانه قد فقد حقه في الرجوع عن العقد حال المباشرة بالتنفيذ. كما يلتزم التاجر ان يلفت نظر المستهلك ايضاً، بطريقة واضحة وبارزة وقبل ان يصدر الاخير ارادته بقبول ابرام العقد، انه سيفقد هذا الحق بمجرد اصدار الامر بالقبول.^٤ ومتى ما ابرم العقد وجب على التاجر ان يسلم المستهلك نسخة موقعه منه او اي سند اخر مثبت لشروطه على ورقة او اية دعامة دائمة، مقترناً باقراره السابق بفقدان حقه في الرجوع.^٥ وتستهدف الاحكام المتقدمة في مجملها تحقيق اقصى حماية ممكنة للمتعامل عبر وسائل الاتصالات عن بعد من خلال لفت انظار المستهلك الى ان حقه في الرجوع عن العقد قد انقضى بمجرد قبوله التعاقد. ولا مقابل لهذه الاحكام في قانون حماية المستهلك العراقي ولا في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات المالية المرقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، وهو ما يعد، حسب تقديرنا، ثغرة تشريعية تتيح للتاجر ان يخفي عن المستهلك حقه في الانسحاب.

٣٦- وقد فرض التوجيه الاوربي على التاجر الذي يفشل عن عمد او عن اهمال في تقديم المعلومات الواردة في الفقرة (١) اعلاه، جزائين هما:-

١- امتداد مدة ممارسة حق الانسحاب البالغة (١٤) يوماً الى (١٢) شهراً، ولا تسري مدة ال(١٤) المنوه عنها مجدداً خلال مدة ال(١٢) شهراً المذكورة الا من اليوم التالي لليوم الذي يمثل فيه التاجر لهذا الالتزام وذلك بتسليم المستهلك اعلماً بثبوت هذا الحق له.^٦

ولم يتعرض التوجيه لحكم مضي مدة ال(١٢) شهراً دون ان يصدر من التاجر ما يدل على امتثاله لهذا الالتزام. ونرى ان حق المستهلك يسقط في الرجوع عن العقد، اذ ان مضي هذه المدة يقيم قرينة على انه قد استعمل السلعة او الخدمة وثبت له صلاحها، بالاضافة الى ان هذا الاستعمال من شأنه ان ينتقص من قيمتها، كما ان مضي هذه المدة الطويلة قد يؤدي الى حصول انخفاض في قيمتها، والتي تعد بدورها احد الاستثناءات التي ترد على استعمال حق الانسحاب من العقد.

٢- لا يكون المستهلك مسؤولاً عن اي انخفاض في قيمة السلع التي يرغب في اعادتها خلال الفترة ما بين ابرام العقد وممارسته لحقه في الانسحاب منه^٧ خلال المدة التي حددها التشريع الاوربي المذكور.

ثانياً: رد جميع المبالغ المتسلمة من المستهلك:-

٣٧- على التاجر ان يرد الى المستهلك جميع المبالغ التي تقاضاها منه، بضمنها الكلفة التي احتفظ بها لغرض تسليم المبيع، بدون تاخير خلال مدة لا تتعد (١٤) يوماً من تاريخ اعلامه من الاخير بقرار

^١ الفقرة (١-١) من المادة السادسة من التوجيه.

^٢ الفقرة (١-١) من المادة السادسة من التوجيه.

^٣ الفقرة (١-١) من المادة السادسة من التوجيه.

^٤ الفقرة (١-١) من المادة السادسة من التوجيه.

^٥ الفقرة (٢) من المادة الثامنة من التوجيه.

^٦ الفقرة (٢) من المادة السابعة من التوجيه.

^٧ انظر المادة العاشرة من التوجيه المذكور.

^٨ الفقرة (٢) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

الانسحاب من العقد. ويجب ان يتم الرد بالطريقة ذاتها التي اوفى فيها المستهلك بالتزامه اداء الثمن، فلو كان الاخير قد سدد قيمة العقد بوسائل الدفع الالكتروني مثل بطاقات الائتمان المصرفية debt card او credit card او بحوالة بريدية او ورقة تجارية، وجب على التاجر ان يستعمل الطريقة ذاتها في رد ما استلمه لانها تعد الطريقة المفضلة والاقل كلفة لدى المستهلك. ولا يحق للتاجر ارسال المبالغ المذكورة بواسطة وصل voucher الا اذا كان المستهلك قد اختار استعمال هذه الطريقة في الاداء عند ابرام العملية او كان قد قبل بها صراحة^١. وليس هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين على اسلوب اخر للدفع شريطة ان لا يتحمل المستهلك جراء ذلك اية رسوم اضافية^٢.

٣٨-حري بالبيان ان التاجر لا يكون ملزماً برد الكلف الاضافية supplementary costs عن طرائق تسليم البضائع التي اختارها المستهلك بصورة صريحة بغير طرائق التسليم العامة المقبولة من قبله والاقل كلفة^٣. وينبغي على ذلك انه اذا كان رد البضائع يتطلب استعمال وسائل النقل الجوي او التسليم في خلال (٢٤) ساعة 24 hour delivery وجب ان يتحمل المستهلك فرق اجور النقل^٤. والغاية من اقرار الحكم المتقدم منع الاضرار بالتاجر ما امكن بتحميله كلف لم يكن قد اختارها.

٣٩-ولضمان حق التاجر في استرداد بضاعته، منحه التوجيه الاوروبي الحق في ان يحبس withhold المبالغ واجبة الرد في ذمته حتى يتسلم البضائع المتعاقد عليها، او حتى يقوم المستهلك بتسليمه ما يثبت قيامه بارسالها اليه ايها اسبق. بيد ان التاجر قد يفقد الحق في الحبس في الحالة التي يعرض فيها استلام البضائع بنفسه^٥، اذ لا يكون هناك اي موجب لاستعمال هذا الحق في هذه الحالة التي تجري فيها عادةً مبادلة البضائع بالمبالغ المستحقة للمستهلك.

المطلب الثاني

التزامات المستهلك

The Consumer Obligations

٤٠-تفرض ممارسة الحق في الانسحاب من العقد التزامات متقابلة على المستهلك، وهي: الالتزام برد البضائع الى التاجر، والمسؤولية عن اي انخفاض في قيمة البضائع، واخيراً اداء كلفة رد البضائع وكلفة ما قدمه المجهز من خدمات سابقة على حدوث الانسحاب. وفيما يلي بيان عن هذه الالتزامات.

اولاً: الالتزام برد البضائع الى التاجر:-

٤١- على المستهلك، بعد ان قام باشعار التاجر بقراره بالانسحاب من العقد ان يباشر برد البضائع المتسلمة (باكملها) الى الاخير او الى من يخوله بالطرق المتفق عليها للاستلام او بالتسليم اليدوي، ما لم يكن التاجر قد عرض عليه ان يقوم هو باستلام البضائع بنفسه. ويجب ان يتم الرد بدون اي تاخير غير مناسب وخلال مدة لا تتجاوز (١٤) يوماً من تاريخ اشعار التاجر بقرار الانسحاب^٦. ويسري الالتزام المتقدم على البضائع دون الخدمات المجهزة التي تستعصي طبيعتها غير المادية على امكان الرد، لذا يلتزم المستهلك بتعويض التاجر عما انتفع منها حتى تاريخ انسحابه من العقد على وفق ما قدمنا.

٤٢-ويتحمل المستهلك الكلف المباشرة للرد ما لم يكن التاجر قد قبل بان يتحملها او اذا كان الاخير قد فشل في اعلام المستهلك بان عليه ان يتحمل ذلك، وذلك في الاعلام الذي يسبق التعاقد على نحو ما قدمنا. ويرد على قاعدة تحمل المشتري لنفقات الرد استثناء ينصرف الى البيوع التي تجري خارج مقر

^١ الفقرة (٤٦) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٢ الفقرة (١) من المادة (١٣) من التوجيه المذكور.

^٣ الفقرة (٢) من المادة (١٣) من التوجيه المذكور.

^٤ الفقرة (٤٦) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٥ الفقرة (٣) من المادة (١٣) من التوجيه المذكور.

^٦ الفقرة (١) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

التاجر التي يقوم هو بنفسه بتسليم موضوع التعاقد في وقت ابرام العقد، كما هو الحال بشأن تجهيز المواد الغذائية التي تجري في المنازل. ففي هذه الحالة يكون التاجر ملزماً باسترداد البضائع وعلى نفقته اذا لم تكن طبيعتها تسمح بردها بواسطة البريد العادي.^١

ثانياً: المسؤولية عن الانخفاض في قيمة البضائع:-

٤٣- المستهلك مسؤول عن اي انخفاض في قيمة البضائع ينجم عن استعمالها بطريقة تتجاوز ما هو ضروري للتعرف على طبيعتها او خصائصها او وظائفها.^٢ وتمثل طبيعة السلعة او الخدمة والوظائف التي تؤديها معايير موضوعية تتيح للمحكمة التحقق مما اذا كان المستهلك قد تعدى الحدود التي قررها التشريع الاوروبي لتجربة الشيء. ويجري عادة تفحص البضائع من خلال مسكها والتعمن بها بغية ادراك خواصها المادية والفنية والاقتصادية، وينبغي ان يتم ذلك بمنتهى العناية المطلوبة وبالطريقة ذاتها التي يتعامل بها المستهلك مع البضائع ذاتها التي يبغى شراءها من اي محل تجاري يزوره وبطريقة تتسجم مع مبدأ حسن النية.^٣ ويمثل التوجيه الاوروبي على ذلك بحالة الملابس التي يقوم المستهلك الراغب باقتنائها فعليه قياسها فقط دون ارتدائها^٤ وله فض اغلفتها لاستعمالها الخارجية لفترة قصيرة بغية اختبارها.^٥ ويلاحظ بان للحق في تفحص الشئ حضور في القانون العراقي الذي حدد المراد بالرؤية بانه "الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر او اللمس او الشم او السمع او المذاق"^٦ وهو ما يقتضي بداهة الاطلاع عليه وادراك خواصه.

٤٤- الا ان المستهلك يكون قد تعدى حدود الفحص والتجربة المعقولة، وحقت عليه المسؤولية في تعويض التاجر تبعاً لذلك، ان هو ارتدى الملابس وخرج لحضور حفل او اجتماع ولو كان ذلك لفترة قصيرة، او قام بحفظ اغذية في الثلاجة، او قام باستعمال سيارة الاجرة التي اشتراها في نقل الاشخاص، اذ انه يكون في هذه الاحوال متعسفاً في استعمال حقه.^٧ وقد ذهبت محكمة العدل الاوروبية في قضية الى ان المستهلك يكون ملزماً بتعويض التاجر في الحالة التي "يستعمل فيها البضاعة المكتسبة بموجب عقد مبرم عن بعد بطريقة لا تتسجم مع مبادئ القانون المدني، من ذلك تلك التي تتعلق بالعمل بحسن النية والاثراء غير العادل"^٨. وقد يدق التمييز ما بين التفحص المألوف عرفاً والتجربة غير المعتادة للبضائع، للبضائع، لذا فقد استقر التطبيق في بعض المحلات التجارية الامريكية المشهورة على ان قيام المستهلك بنزع بعض العلامات labels الموضوعة على الملابس سبباً مسقطاً للحق في الانسحاب.^٩

^١ الفقرة (١) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

^٢ الفقرة (٢) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

^٣ Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P. 14; Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.119.

^٤ الفقرة (٤٧) من مقدمة التوجيه المذكور.

See also Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.137.

^٥ انظر قرار محكمة العدل الاوروبية المرقم C-489/07 (Pia Messner) في ٢٠٠٩/٩/٣ مشار اليه من قبل:- Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P.14.

^٦ الفقرة (٢) من المادة (٥١٧) من القانون المدني العراقي.

^٧ Vanessa Mak, Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services No. 04/2010P.9 available at <http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TISCO-Banking-Financin g. html>, P.9.

^٨ قرارها المرقم C-489/07 CJEU judgment of 3 September 2009, case C-489/07 مشار اليه من قبل:- Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P.14.

^٩ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.138.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

ولا يمكن في الواقع وضع قاعدة جامدة لادراك التمييز ما بين التفحص المعتاد والاستعمال غير الجائز قانوناً بالنظر لصعوبة ذلك^١ دون ان يسقط حقه في العدول عن التعاقد، وجل ما على المستهلك ان يراعيه هو مسلك الرجل المعقول (المعتاد)^٢ ان وجد في الظروف ذاتها وطبقاً لطبيعة السلعة ذاتها والعرف السائد في تقرير ما اذا كان قد تخطى الحدود المعقولة والمقبولة في التحقق من البضائع. ويدرك التوجيه الاوربي ذاته هذه الصعوبة فقرر بان الالتزام المتقدم لا ينبغي ان يفرض على تثبيط المستهلك عن ممارسة حقه في الانسحاب من العقد^٣.

وقد بينا فيما تقدم ان الاستعمال غير المقبول قانوناً للبضائع يوجب مسؤولية المستهلك عن تعويض التاجر عن الضرر الذي يصيبه. وقد يدق في بعض الفروض تحديد مقدار الضرر الذي اصاب البضائع جراء هذا الاستعمال غير المشروع، لا سيما في الاحوال التي يكون فيها الاستعمال لفترة وجيزة ولم ينجم عنه ضرر محسوس كما هو الحال بشأن استعمال الحلبي الذهبية والمجوهرات في حضور حفلة. بيد ان ذلك لا يبرر عدم فرض المسؤولية في هذه الاحوال منعاً لافراط المستهلك في استعمال هذا الحق وحماية للمصالح المشروعة للتاجر^٤. والمسألة بعد هذا من مسائل الوقائع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وله، حسب تقديرنا، ان يحدد التعويض وفقاً لما اثاره المستهلك على حساب التاجر. ويعفى المستهلك من المسؤولية التي تترتب على الانخفاض في قيمة البضائع نتيجة استعمالها من قبله او لاي سبب اخر ان اخفق التاجر في اعلامه بحقه في الانسحاب من العقد^٥ ويبرر ذلك بان الاول قد لا يكون على علم بهذا الحق فيقدم على استعمال الشيء بافراط او بدون تحفظ معتقداً ان لا حق له في رد البضائع.

٤٥- ويلاحظ على التوجيه المذكور انه لم يتعرض لفرضية هلاك الشيء او تعييه على نحو يحول دون امكان رده بالحالة التي كان عليها وقت استلامه والذي يعد بدوره احد مسقطات خيار الرؤية في القانون المدني العراقي^٦. ونرى بان لا ضرورة للاشارة الى حكم هذه الحالة في التوجيه الاوربي، ذلك ان هلاك الشيء او تعييه، سواء كان ذلك ناجماً عن خطأ المستهلك او كان قد حدث قضاءً وقدرًا، يعد من مسقطات حق العدول من العقد، لان هذه الوقائع تكون قد حصلت في المبيع وهو في يد المستهلك، ولان ذلك يحول دون امكان تنفيذ التزامه بالرد^٧ على نحو ما قدمنا. كما ان التوجيه الاوربي لم يشأ ان يخوض يخوض في حكم هذه الفروض التي استحس ان يترك تنظيمها للقوانين المدنية للدول الاعضاء^٨.

ثالثاً: اداء كلفة رد البضائع وكلفة ما قدمه المجهز من خدمات سابقة على حدوث الانسحاب:-

٤٦- على المستهلك ان يتحمل وحده اجور رد البضائع المجهزة ما لم يتفق على ان يتحملها التاجر، او كان الاخير قد فشل في اعلام المستهلك بانه هو من يجب عليه ان يتحملها^٩ بوصفه جزاءً قرره التوجيه نتيجة الاخلال بهذا الالتزام، او كانت البضائع بحكم حجمها او وزنها مما يتعذر على المستهلك ارسالها الى التاجر بالبريد وهو ما يقتضي من التاجر استلامها من موطن المستهلك^{١٠}. وليس في هذا

¹ Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P. 14.

^٢ وفي هذا الخصوص تقضي الفقرة (١) من المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي على انه "في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود"

^٣ الفقرة (٤٧) من مقدمة التوجيه المذكور.

⁴ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P. ١٣٨.

⁵ Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P. ١٥.

^٦ انظر الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٧ انظر الفقرة (١) من المادة (١٤) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٨ انظر الفقرة (١٤) من مقدمة التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٩ الفقرة (١) من المادة (١٤) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^{١٠} الفقرة (١) من المادة (١٤) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

الحكم اي اجحاف بحق المستهلك الذي مارس حقاً ينبغي ان يتحمل وزر نتائجه، كما انه ليس من العدل ان يتحمل التاجر تبعة ذلك، اذ لم يصدر عنه خطأ في ذلك يسأل عنه^١. جدير بالبيان ان الحكم المتقدم يقتصر على اجور رد البضائع دون اجور اعادة تخزينها في مقر التاجر restocking of goods او اية مصاريف اخرى. بالمقابل، استقر التطبيق العملي في الولايات المتحدة الامريكية على تحميل المستهلك هذه الكلف^٢. بيد ان التوجيه الاوربي ارتأى، على ما يبدو، اعفاء المستهلك من الاجور المذكورة وقد يرجع ذلك، حسب تقديرنا، لاعتبارين، الاول عملي، ويتبدى بالرغبة في التخفيف من كاهله، لئلا يفرض تحميله لمصاريف اضافية الى احجام الكثيرين عن ممارسة هذا الحق^٣، والثاني اعتبار قانوني تتبدى في ان الانسحاب نقض للعقد باثر رجعي، فتعد البضائع كما لو لم تكن قد خرجت اصلاً من حيازة التاجر.

٤٧- وفضلاً عن ذلك، اذا كان المستهلك قد تعاقد مع التاجر على توريد خدمات الماء او الكهرباء او الغاز التي لم توضع للبيع في احجام او مقادير او في حالة التدفئة المركزية، وكان قد طلب تزويده بها بصورة صريحة في غضون فترة الانسحاب من العقد^٤، فعلى المستهلك ان ابتغى الانسحاب من العقد ان يؤدي الى التاجر نسبة من مبلغه تتناسب مع ما جهزه به من خدمات واعتباراً من تاريخ بدء التجهيز ولغاية تاريخ اشعاره بالانسحاب على اساس نسبة مقارنة مع المبلغ الاجمالي للعقد. فلو افترضنا ان عقد تجهيز خدمة الكهرباء قد انعقد لمدة (٢٨) يوماً وبمبلغ اجمالي مقداره (١٥٠) يورو، وبوشر بالتنفيذ من تاريخ ابرام العقد بناء على طلب صريح من المستهلك. ثم ان الاخير قرر الانسحاب من العقد في اليوم الاخير من مدة الانسحاب، التزم المستهلك باداء ٥٠% من قيمة العقد والتي تعادل نصف المدة والبالغة (٧٥) يورو. وقد يكون المبلغ الكلي للعقد المذكور مغالى فيه (مفرط) excessive، ويمكن تصور اذا ما علمنا ان الشركات الاوربية قد اعتادت على تحديد سعراً اعلى قيمة للعقود قصيرة الاجل مقارنة بما عليه الحال في العقود المتوسطة او طويلة الاجل رغبة منها في تشجيع المستهلكين على الارتباط معها لفترة اطول للحيلولة دون استقطابهم من قبل شركات اخرى قد تقدم لهم في المستقبل مزايا افضل. فاذا عارض المستهلك في اداء المبلغ النسبي للعقد طبقاً للمبلغ الاجمالي، وجب اعتماد اساس اخر في تقدير ما يجب اداؤه وهو سعر السوق^٥ الذي يتحدد على اساس اسعار الخدمات التي يقدمها مجهز للخدمة ذاتها في وقت ابرام العقد. ويقع على عاتق المستهلك عبء اثبات عدم تناسب قيمة العقد الكلية مع طبيعة الخدمة^٦ وقيمتها الاقتصادية. اما بخصوص العقود التي تتضمن التزام المجهز بتقديم مواد وخدمات في وقت واحد، كالعقود المختلطة التي تنصرف الى اعمال التجهيز والنصب والتشغيل، يراعى في تقدير التعويض عن السلع المقدمة بمعزل عن اسس تقدير التعويض عن الخدمات^٧.

٤٨- وقد يعفى المستهلك من اداء كلف الخدمات المقدمة له خلال فترة الانسحاب في حالتين هما:-

(١) عدم وجود موافقة صريحة منه بمباشرة التاجر تجهيز خدمات الماء والكهرباء والغاز التي لم تحرز في احجام او كميات معينة، وخدمات التدفئة المركزية التي لا يعدها التوجيه الاوربي في حكم البضائع، وكان التاجر قد فشل في اعلام المستهلك في الحالتين المذكورتين بان حقه في الانسحاب من العقد غير قائم فيهما^٨.

See also Joasia A. Luzak Vanessa Mak, op cite, P.14.

^١ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٨، اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٩.

^٢ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.139.

^٣ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٩.

^٤ الفقرة (٣) من المادة (٧)، الفقرة (٨) من المادة (٨) من التوجيه المذكور.

^٥ الفقرة (٣) من المادة (١٤) من التوجيه المذكور.

^٦ الفقرة (٤٩) من مقدمة التوجيه.

^٧ الفقرة (٤٩) من مقدمة التوجيه.

^٨ انظر البنود (b,a) من الفقرة (٤) من المادة (١٤) من التوجيه الاوربي.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

(٢) حالة تجهيز المحتويات الرقمية (كالبرامجيات والالعاب) بغير طريقة الدعامات المادية (مثل C.D و D.V.D) التي لم يطلب المستهلك البدء بتجهيزها قبل انقضاء مدة الانسحاب البالغة (١٤) يوماً، ولم يقدم اقراراً الى التاجر بانه قد فقد حقه في الانسحاب، ولم يقدّم الاخير بتزويد المستهلك بما يثبت confirmation شروط العقد بصورة ورقية او بدعامة دائمية durable medium والتي تستعمل عادة في التعاملات الالكترونية التي تجري عن بعد^١. فضلاً عن ذلك، يجب ان يكون التاجر قد اخفق في ارسال ما يثبت شروط التعاقد سواء كان ذلك بعقد موقع من قبله او باية دعامة دائمية^٢. والتمعن بدراسة هذه الاستثناءات تكشف عن حقيقة ان العلة في تحميل التاجر لكلفة الرد تكمن في ان ذلك يتخذ شكل العقوبة المدنية التي توقع بحق من لم يمتثل لحكم القانون في هذه الاحوال.

٤٩- وقبل ان نختتم حديثنا عن الالتزامات المفروضة على طرفي عقد الاستهلاك بمناسبة استعمال المستهلك لحق الانسحاب من العقد نود الايضاح بان التوجيه الاوربي لم يشأ ان يفرض على الدول الاعضاء اعتماد جزاءات محددة عند اخلال اي من الطرفين بالالتزامات سالفه الذكر، او تحديد طبيعتها (مدنية ام جنائية)، تاركاً تنظيم ذلك للقوانين الوطنية للدول الاعضاء^٣. وجل ما يتطلبه التوجيه في الجزاءات التي يتعين فرضها في هذا الصدد هو ان تكون فاعلة effective، ومتناسبة proportionate مع جسامة الاخلال بالالتزام، وراعية dissuasive^٤. ونرى بان العلة في تجنب الخوض في هذه المسألة ترجع الى اختلاف المدارس القانونية التي تتبعها الدول الاعضاء وما قد تفرزه من اختلاف في الاحكام القانونية المنظمة للمسؤولية عموماً.

^١ الفقرة (٢) من المادة (٧)، الفقرة (٨٧) من المادة (٨) من التوجيه المذكور.

^٢ المادتين (٢/٧ و ٢/٨) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٣ انظر الفقرة (٤٨) من مقدمة التوجيه المذكور.

^٤ انظر المادة (٢٤) من التوجيه المذكور.

المبحث الرابع

الاستثناءات التي ترد على حق المستهلك في الانسحاب من العقد

The Exceptions from the Right of Withdrawal

٥٠- تناولت المادة (١٦) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ الاستثناءات التي ترد على الحق في الرجوع عن العقد خلط فيها -في بعض الحالات- ما بين "مفهوم الاستثناء" الذي هو اخراج لحالات معينة من نطاق حق تقرر وقت نشوءه، وبين مسقطاته التي هي فقد لحق ترتب لشخص ولو لبرهة قصيرة من الزمن ثم زال بعد ذلك. ولو اننا تمعنا في الاستثناءات المذكورة لامكننا ردها الى سببين رئيسيين: الاول، استثناءات تتصل بموضوع العقد الذي قد تستعصي طبيعته عن امكان القبول بفكرة الانسحاب منه بعد تنفيذه. والثانية، استثناءات تتصل بظروف او وقائع تحول دون امكان اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد بغير ضرر يلحق بالتاجر. وفيما يلي بيان موجز عن هذه الاستثناءات وعلى النحو الاتي:-

١- اذا كان موضوع العقد يتعلق بخدمات انجزت بالكامل بعد ابرامه بناء على موافقة صريحة ومسبقة من قبل المستهلك وقراره بانه سيفقد حقه في الرجوع حالما يتم تنفيذ العقد بالكامل، وهو ما يؤلف تنازلاً منه عن الحق المقرر لمصلحته لا استثناء منه^١. ويمكن التمثيل على هذه الحالة بتجهيز برامجيات الحاسوب او الالعاب او اعمال الاصلاح والصيانة للاجهزة والمعدات. ومتى ما اختل اي من الشروط الواجب توافرها في الاستثناء المتقدم، كما لو لم تصدر موافقة صريحة من المستهلك على بدء تنفيذ العقد، او لم يصدر منه ما ينم عن اقراره بفقدان حقه في الرجوع، جاز له ان يمارس هذا الحق جزاءً وفقاً لعدم امتثال التاجر للمتطلبات التي يفرضها القانون. وتلحق بهذه الحالة ايضاً حالة طلب المستهلك لاستشارة قانونية او علمية او او اقتصادية طبية من الغير، اذ يتعذر في هذه الامثلة استرداد الاستشارة المقدمة، كما ان ليس هناك ما يضمن ان المستهلك لن يثري منها بعد تقديمها.

وقد اورد القانون المدني العراقي الاستثناء ذاته حينما اسقط خيار الرؤية عند صدور اي قول او فعل من المشتري قبل الرؤية ام بعدها من شأنه ان يبطله^٢.

وحرى بالبيان انه اذا كان المستهلك قد طلب من التاجر القيام بزيارة خاصة الى منزله لاغراض تنفيذ اعمال اصلاح او صيانة عاجلة، كمنظومة التدفئة او الكهرباء او اصلاح احد الاجهزة المنزلية، ثم ان التاجر قام، بمناسبة هذه الزيارة، بتوفير خدمات اخرى غير تلك المتفق عليها سلفاً او تجهيز مواد لا تتصل باستبدال الاجزاء المتعلقة بما اتفق عليه من اعمال الصيانة او الادماء، فان حق الانسحاب يشمل هذه الاعمال او البضائع الاضافية^٣. والاصل ان لا تكون الحالة الاخير مشمولة بالاستثناء لان العقد بحكم طبيعته لا يعد من العقود التي تقع خارج مقر التاجر طالما ان حضور الحرفي لم يكن بقصد اصلاح او بيع الاجهزة موضوع الحالة المعروضة، بيد ان شمولها بحق العدول مرده الى انه ما زال لواقعة حضور الحرفي الى منزل المستهلك بعض التأثير على شمول التعاقد لمسائل لم تكن محل اتفاق مسبق.

٢- اذا كانت اسعار السلع او الخدمات المجيزة تخضع للتقلبات fluctuations في الاسواق المالية التي يتعذر السيطرة عليها من قبل التاجر ومن المتصور ان تحصل خلال فترة الانسحاب. ويمكن التمثيل على هذه الحالة ببيع الذهب والاحجار الكريمة والوقود والمشروبات الكحولية والاسهم والسندات

^١ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٨ وما بعدها، اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٦.

^٢ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٦.

^٣ انظر الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٤ انظر الفقرة (g) من المادة (١٥) من التوجيه المذكور.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

المالية والسندات المشتقة التي تمثل بضائع يصار الى تجهيزها في المستقبل^١ كالحنطة والوقود وما عداها . ويوحى ظاهر النص بان فقدان الحق يتحقق لحظة ابرامه بحكم طبيعة موضوعه، وعلى هذا يكفي ان تكون هناك فرصة لحدوث هذه التقلبات في الاسعار خلال فترة الانسحاب، وان لم يكن من اللازم ان يتحقق ذلك في الواقع. ونرى بانه ان صح تفسيرنا للنص المتقدم (الذي عده التوجيه الاوربي استثناءً من الحق يقتضي ان يتقرر وقت نشوئه لا بعد ذلك والا عد من مسقطاته) فانه يتعارض بشكل صارخ مع مبادئ العدالة بل والحكمة من تقريره، الا وهو حماية المصالح المشروعة والعدالة للتاجر وتجنب الاضرار به، ذلك انه اذا لم تحصل تقلبات مهمة في الاسعار خلال فترة الانسحاب وجب ان يمنح المستهلك الخيار بين الرجوع عن التعاقد على ان يعرض التاجر تعويضاً عادلاً عن هذه الفروق ان كانت طفيفة او ان يحجم عن العدول. وقد اشار التوجيه الاوربي الى تطبيق خاص لهذا الاستثناء ينصرف الى عقود بيع المشروبات الكحولية الذي تجري طبقاً لاسعار ثابتة وقت الابرام على ان يتم التسليم بعد انقضاء مدة ثلاثين يوماً ويعتمد السعر الفعلي فيها على حدوث تقلبات في الاسواق لا يمكن السيطرة عليها من قبل التاجر، ففي هذا الفرض يحق للمستهلك العدول عن العقد^٢.

٣- اذا كان تجهيز البضائع قد تم طبقاً لمواصفات خاصة بالمستهلك specifications او كانت تجهيزات شخصية clearly personalised. ويمثل التوجيه الاوربي على هذا الاستثناء بتجهيز ستائر شبك من صنع خياط^٣ تراعى فيها عادةً اعتبار تناسقها مع اثاث ولون صبغ الجدران الداخلية للمنزل. ويندرج ضمن هذا الاستثناء ايضا تصميم موقع الكتروني خاص او شفرة خاصة بالتاجر^٤، او خياطة بدلة خاصة بالمستهلك. والعلة في فرض هذا الاستثناء ترجع الى تجنب الاضرار بالتاجر الذي قد لا يجد من يقتني منه البضائع ان ردت اليه^٥.

٤- تجهيز البضائع التي تكون معرضة للتلف deteriorate او التي تنتهي تاريخ صلاحيتها للاستعمال بسرعة expire rapidly، من ذلك شراء المواد الغذائية والادوية التي يتسارع اليها الفساد والتلف او التي تحمل في وقت تجهيزها مواعيد انتهاء صلاحية قريبة الوقوع، فلو اننا اجزنا للمستهلك في هذه الاحوال رد البضائع بعد العدول عن العقد لاصاب التاجر بلا ادنى شك ضرر يتمثل باحتمال ان يتسارع الهلاك او الفساد للبضائع وقد لا يجد متسعاً من الوقت لتصريفها.

٥- اذا كانت البضائع المجهزة مغلقة باحكام sealed goods للدلالة الى عدم استعمالها من قبل طبقاً لمقتضيات حماية الصحة او لاسباب صحية اخرى hygiene reasons. وينطبق الاستثناء المتقدم على الادوية والمستحضرات الطبية والتسجيلات السمعية والفيديوية وبرامج الكمبيوتر التي جرى فض اختامها بعد التسليم. ولا يكون من المناسب في هذه الحالة ردها بعد ان جرى فض اختامها بعد التسليم الى المستهلك، لتعلقها بحماية حقوق الملكية المعنوية للتاجر لاحتمال ان يكون المستهلك قد اقدم على استنساخها واخذ عينة منها^٦، ولان التاجر قد لا يجد بعد ذلك من يرغب بشرائها فتعد بحكم البضائع المعيبة او التالفة. وتندرج الحالة المذكورة في القانون المدني العراقي ضمن حالات تعيب المبيع او تلف للسلعة التي تعد احد مسقطات خيار الرؤية المقرر في المادة (١/٥٢٣) منه.

٦- تجهيز البضائع التي اختلطت بحكم طبيعتها وبعد التسليم الى المستهلك مع مواد اخرى بشكل لا يقبل الانفصال. ويمثل التوجيه الاوربي على هذا الاستثناء بتجهيز الوقود الذي يختلط بحكم طبيعته بمواد

^١ Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, op cite, P.138.

^٢ الفقرة (g) من المادة (١٦) من التوجيه

^٣ الفقرة (٤٩) من مقدمة التوجيه.

^٤ د. طالب محمد جواد و د. اكرم فاضل سعيد، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

^٥ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٦.

^٦ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٦.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

اخرى بعد التسليم^١، والمركبات الكيميائية او المستحضرات الطبية التي جرى خلطها ببعضها البعض او مع مواد اخرى على نحو افقدها ذاتيتها وطبيعتها الخاصة التي كانت عليها قبل التعاقد. وهذه الحالة تندرج ضمن ما يعرف بهلاك الشيء، اي فناء مادته او تعييه على حسب الاحوال والمنصوص عليها في المادة (١/٥٢٣) من القانون المدني العراقي بوصفها احد مسقطات خيار الرؤية. ويرجع امتناع الرد في هذه الحالة الى استحالة اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد لحصول تغيير مادي في الشيء. ويلاحظ بان النص قاصر على حالة اختلاط الشيء بغيره ولم يتعرض الى تحول الشيء الى شيء اخر كتحويل العنب الى نبيذ او النفط الى بنزين وان كنا نرى ان الاستثناء يشمل الحالات المذكورة على سبيل القياس لاتحادها مع المقيس عليه في علة الحكم الا وهو الاضرار بالتاجر الذي قد يتعذر عليه اعادة بيع المادة الجديدة الى شخص اخر.

٧- تجهيز الصحف والدوريات والمجلات. والعلة في امتناع الرد في هذه الحالات يرجع الى ان المادة المجهزة تفقد اية قيمة مادية او معنوية بعد ردها الذي يتاخر عن تاريخ صدورهما بالنظر لما تحمله من معلومات واخبار تغدو بعد ذلك قديمة وقليلة الاهمية بنظر الجمهور فلا يقبل احد على اقتنائها بعد ذلك. ولا يمتد الاستثناء المتقدم الى عقود الاشتراك في تجهيز هذه المطبوعات، وعلى هذا يبقى المستهلك محتفظاً بحق الانسحاب فيها طالما ان ليس في ذلك ما يضر بالتاجر اذ لا يتطلب الامر رد الشيء. ويلاحظ بان النص المتقدم مطلق فيشمل جميع الصحف والدوريات والمجلات سواء كانت سياسية او اقتصادية او اجتماعية او رياضية او ثقافية. كما يشمل الاستثناء ايضا المجلات والدوريات الاكاديمية سواء كانت علمية او اجتماعية او قانونية، وان كنا نرى بان هذه المطبوعات لا تفقد قيمتها العلمية خلال الفترة الزمنية القصيرة التي قررها التوجيه للانسحاب، اللهم الا اذا انصرف قصد المشرع الاوربي الى منع المستهلك من الاثراء غير العادل على حساب التاجر، والذي يتحقق بحيازة المطبوع والاطلاع على محتوياته وامكانية الحصول على نسخ منها عند الاقتضاء.

٨- العقود المبرمة من خلال المناقصة العامة public auction. ويبرر هذا الاستثناء على الرد لاعتبارات عدة منها، ان البيوع التي تتمخض عن اجراء المزادات العامة التي تجري عادة خارج مقر التاجر (كمحل وجود المال او اي مكان اخر معد للعرض) تتيح للمزايد فرصة الاطلاع المادي على السلع المعروضة. كما ان البيع يجري من خلال سمسار محترف auctioneer ومحاييد بحكم كونه غير مالك للبضائع المعروضة. وينبغي ان لا يغيب عن الذهن، من ناحية ثالثة، ان وجود عامل المنافسة بين اشخاص عدة يتيح بدوره للمنافس معرفة القيمة الحقيقية للبضائع وتمنحه مكنة الانسحاب من المزايدة في اي وقت قبل الاحالة، ينفي عن المزايد الفائز احتمال تسرعه او سوء تقديره للامور. ويتقدم هذه الاعتبارات اعتبار اخر يكمن في عنصر المجازفة الذي يطبع المزادات بوجه عام واحتمال الوقوع في غرر من قبل المستهلك، فلو اننا اجزنا لكل منافس فاز بمزايدة لما ابرمت العديد من البيوع بهذه الطريقة ولاننقت الحاجة الى تنظيمها اصلاً. اما المزادات التي تحصل عن بعد كتلك التي تديرها مواقع خاصة عبر شبكة الانترنت، فلا تكون مشمولة بالاستثناء المتقدم اذ اخرجها التوجيه من مفهوم المزايدة العامة^٢ بالنظر لتعذر الاشتراك المستهلك او لمن يخوله فيها، فلا تنهض الاعتبارات المتقدمة ويصح فيها الانسحاب من العقد.

٩- تجهيز محلات للاقامة غير تلك المخصصة لاغراض السكن، ونقل البضائع وخدمات تأجير السيارات، وتقديم الاطعمة المتعلقة بالانشطة الترفيهية اذا كان العقد ينص على تاريخ او مدة معينة للتنفيذ. ويلاحظ على الاستثناء المتقدم امران: الاول، ان عقود بيع السلع او تقديم الخدمات تنصرف الى اعمال السياحة التي تجري في مواسم معينة او في مناسبات اجتماعية او دينية او عائلية. والامر الثاني، ان الاستثناء المتقدم يطبق في حالة ان تنفيذ العقد كان ينبغي ان يتم في تاريخ معين او مدة معينة متى ما انقضت فقدت اعمال التجهيز او تقديم الخدمات اية قيمة ولحق التاجر جراء الانسحاب ضرر بين. فمن

^١ الفقرة (٤٩) من مقدمة التوجيه.

^٢ الفقرة (٢٤) من مقدمة التوجيه.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د.رعد هاشم امين التميمي

يحجز غرفة في فندق في موسم السياحة او لحضور مناسبة معينة كمسابقات كرة القدم او يتعهد بتوريد اطعمة في اعياد راس السنة او يخصص سيارة لنقل اشخاص الى مكان ما في مناسبة وطنية تجري في وقت محدد سيضار حتماً جراء انسحاب المستهلك في فترة حرجة لا يتيسر له ان يجد فيها من يحل محله في الاستفادة من الخدمة^١.

١٠- اذا تعلق العقد بتجهيز محتويات رقمية التي لا تجهز وفقاً لدعامة مادية tangible medium وانما بطرق اخرى منها تحميل البرنامج programme download إلكترونياً من موقع التاجر وتنصيبه على حاسوب المستهلك، هذا اذا كانت المباشرة بتنفيذ التزام التاجر قد تمت بموجب موافقة صريحة ومسبقة من قبل المستهلك واقاراره بانه قد فقد حقه في الانسحاب من العقد. والعلة في منع المستهلك من الانسحاب في هذا النمط من العقود ترجع الى ان طبيعة تجهيز هذه المادة التي تمكن المستهلك من الاطلاع عليها والاستفادة منها^٢ واستخرج نسخة منها ومن ثم يغدو من العدل ان يفقد حقه في الانسحاب لكي لا يثري على حساب التاجر، ولكي لا يتخذ من الانسحاب ذريعة للتوصل من التزامه باداء ثمن ما حصل عليه بالفعل وان قام بعد ذلك بالفعل برد ما استلمه من التاجر. وتمثل المتطلبات الشكلية انفة الذكر (الموافقة المسبقة والصريحة والاقرار انف الذكر) ضمانات حقيقية تقي المستهلك مخاطر التسرع في اتخاذ القرار وتضمن له في الوقت عينه العلم بالنتائج التي تترتب على ذلك، وهو ما قد يدفعه الى اتخاذ التدابير الملائمة للاستعلام المسبق عن اهمية وجدوى ابرام هذا العقد قبل ان يصدر امره بالشراء.

٥١- ويلاحظ اخيراً بان التوجيه الاوربي لم يتعرض لبعض مسقطات حق الانسحاب من العقد التي نصت عليها المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي المتعلقة بخيار الرؤية، من ذلك وفاة المستهلك قبل ممارسته للحق^٣ الذي عده القانون المذكور ارادة ومشينة فلا يورث^٤. والواقع ان اضافة صفة الحق على الانسحاب طبقاً لاحكام التوجيه الاوربي يبيح انتقاله الى الورثة. كما يلاحظ بان التوجيه لم يتعرض لحكم تصرف المستهلك في البضائع كلاً او جزءاً الى الغير بيعاً او هبةً على وجه يخرج من ملكه. ونرى بهذا الخصوص ان المشرع الاوربي، وان كان قد اضاف على هذه المكنة صفة الحق، فان من العسير القول بانتقاله من السلف الى الخلف لان شراء الاخير للبضاعة او الخدمة لم يكن من تاجر بمناسبة ممارسة نشاطه التجاري. وعلى اية حال فان تنظيم حكم هذه المسألة يعتمد على ما سنتنص عليه قوانين الدول الاعضاء من احكام بهذا الشأن.

^١ الفقرة (٤٩) من مقدمة التوجيه.

^٢ د. طالب محمد جواد و د. اكرم فاضل سعيد، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

^٣ الفقرة (١) من المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي.

^٤ استاذنا الدكتور سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٤٢.

المبحث الخامس

الاثار التي تترتب على الانسحاب من العقد

The Effects of the Exercise of the withdrawal from the Contract

٥٢- للانسحاب من العقد بمقتضى التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ اثران: اولهما، انقضاء العقد الاصلي، وثانيهما، انقضاء اية عقود تابعة له. وفيما يلي بيان عن هذه الاثار.

المطلب الاول

انقضاء العقد الاصلي

Termination of the Original Contract

٥٣- قدمنا ان التوجيه الاوربي قد اعتمد صراحة حق الانسحاب من العقد ولزوم تنفيذ الطرفان للالتزاماتهما التعاقدية المقررة بموجبه. وفي هذا الخصوص تحظر المادة (٣/٩) منه على الدول الاعضاء من ان تضمن تشريعاتها نصوصاً تمنع الاطراف المتعاقدة من تنفيذ التزاماتهم التعاقدية خلال فترة سريان حق الانسحاب من العقد. بيد ان التوجيه المذكور يقرر، من جانب اخر، استثنائين على قاعدة لزوم العقد حال ابرامه، وهما العقود التي تبرم خارج مقر عمل التاجر، عقود تجهيز بعض الخدمات.

٥٤- ففي العقود التي تبرم خارج مقر عمل التاجر، منع التوجيه الاوربي الدول الاعضاء من ان تقرر في تشريعاتها الوطنية نصوصاً تبيح للتاجر الحق في تحصيل مستحقاته المتفق عليها خلال فترة الانسحاب^١ من هذه العقود. وقد يكون المبرر من ايراد هذا الاستثناء رغبة التوجيه في حماية المستهلك من احتمال عدم قدرته على استرداد ما دفعه في حالة اختياره الانسحاب من العقد، لا سيما في الاحوال التي يجري فيها التعامل مع تاجر جوال قد يقدم معلومات مغايرة للحقيقة عن عنوانه او قد يتعذر الوصول الى مقر عمله بسهولة بغية رد المبيع.

٥٥- وفي عقود تجهيز بعض الخدمات، كخدمات الماء والكهرباء والغاز التي لم تحرز في مقادير او احجام معينة او خدمة التدفئة المركزية او تجهيز المحتويات الرقمية التي لم تحرز في دعائم مادية، لا تسري التزامات التاجر بشأنها الا اذا تلقى موافقة مسبقة وصريحة من المستهلك على المباشرة بتنفيذه التزاماته خلال فترة الانسحاب^٢.

٥٦- قد تبدو الاحكام المتقدمة بصدد الاستثنائين المتقدمين مناقضة ما اصل القاعدة الذي كرسه المادة (٣/٩) من التشريع الاوربي. بيد انه بالامكان رفع هذا التناقض بالقول ان التوجيه الاوربي قد ادرك تمييزاً واضحاً بين عقود بيع البضائع وعقود تجهيز الخدمات من حيث ان الاصل في الطائفة الاولى من العقود انها تنعقد منتجة لاثارها من لزوم تنفيذ الطرفين لحقوقهما والتزاماتهما المتقابلة طالما كان بإمكان الطرفين، متى ما تقرر الانسحاب منها، اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد وذلك برد كل طرف ما استلمه من طرف الاخر. وهكذا يتساوى الانسحاب من حيث اثره مع بطلان العقد^٣ والفسخ في العقود فورية التنفيذ. ويصح ايضاً للطرفين الاتفاق على ارجاء تنفيذ بعض الالتزامات الى حين انتهاء مدة الانسحاب. اما بشأن عقود تقديم الخدمات، كعقود تجهيز خدمات الانترنت والكهرباء وما عداها، التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية يتعذر بانقضاء اي جزء منها اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد، فالاصل فيها ان لا تنفذ حال ابرامها الا اذا طلب المستهلك المباشرة بتنفيذها حال ابرام العقد "سلفاً"

^١ انظر الفقرة (٣) من المادة التاسعة من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٢ انظر الفقرة (٤) من المادة (١٤) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١.

^٣ د. سليمان براك دايج، المصدر السابق، ص ١٨٢، اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢١٧.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

"وبصورة صريحة"، وفي هذه الحالة يسقط حقه في العدول في حالة تجهيز المحتويات الرقمية، وينهض حق التاجر في طلب التعويض عن الخدمات التي قدمها قبل اتخاذها لقرار الانسحاب.^{٥٧} بالمقابل، لم يحسم الفقه العراقي امره بشأن امكان تنفيذ عقود الاستهلاك حال ابرامها، فيرى بعضاً منهم ان عقود المستهلكين تنعقد نافذة ولكنها غير لازمة لهم^١. بيد ان هذا الراي ينازعه راى اخر يرى صاحبه بان عقد الاستهلاك هو عقد منعقد غير نافذ او نافذ لازم مقترن بشرط العدول بنص القانون^٢. والواقع ان هذا الراي تضمن جمعاً بين نقيضين لا يلتقيان، ذلك ان اوصاف العقد تتحدد وقت نشأته فهو اما ان يكون نافذاً او غير نافذ. وهناك من يرى بان العقد يتراخى ابرامه الى حين ان يتقرر مصيره من قبل المستهلك^٣. والواقع ان الراي الاخير له حسنة تتجلى في ان الطرفين سيكونان بحل عن تنفيذ ما ترتب بذمتها من التزامات حتى تنقضي المدة التي يقررها القانون لممارسة حق الانسحاب، فيغدو من اليسير اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد. الا ان ما يؤخذ على هذا الراي هو انه لا ينسجم مع مقتضيات التجارة التي تقوم على السرعة في ابرام العمليات التجارية واستقرار المعاملات والوضوح في تحديد المراكز القانونية لاطرافها. وينبغي ان لا يغيب عن الذهن، من جانب اخر، حقيقة ان البدء بتنفيذ التزامات التاجر، لا سيما تلك التي تتعلق بالتسليم، يعد امراً لازماً بغية تمكين المستهلك من الاطلاع على موضوع التعاقد لكي يقرر بعد ذلك ما اذا كان يتلائم مع حاجاته ويلبي مصالحه الخاصة، ولا يتحقق هذا المقصد الا اذا اجزنا للطرفين المباشرة بتنفيذ التزاماتهم قبل انتهاء مدة الانسحاب. والراجح لدينا والاكثر انسجاماً مع احكام عقد البيع في القانون المدني العراقي هو مذهب من عد العقد نافذاً غير لازم بالنسبة الى المجهز فحسب. واللزام هنا مقرر بحكم القانون لا ان يكون مستمداً من العقد ذاته.

٥٨- ويثار في هذا الشأن تساؤل مفاده ما اذا كان يحق للمستهلك ان ينسحب من العقد نظير استبدال ما اقتناه بسلع او خدمة اخرى من التاجر؟ لم يتعرض التوجيه الاوربي الى حكم هذه الحالة. وقد تطرح في هذا الشأن فرضية ان التوجيه لم يجز الاستبدال لعدة تكمن في ان استعمال حق الانسحاب يؤدي الى انتهاء العقد^٤، وقد كنا نرى بان ليس في التوجيه ما يمنع من ان يتوافق المستهلك مع التاجر على استبدال موضوع العقد بغيره او ابرام عقد جديد يختلف عن سابقه في محله او ربما في بعض شروطه على غرار ما يعرف بالتجديد بتغيير محل الالتزام^٥ بوصفه حلاً بديلاً عن نقض العقد برمته وفقدان التاجر لربح محقق.

٥٩- وي طرح في هذا السياق تساؤل اخر وهو ما اذا كان يحق للمستهلك ان يرد بعض السلع دون الاخرى، بمعنى ان ينسحب جزئياً من العقد؟ لا توجد اجابة واضحة على السؤال المتقدم في التوجيه الاوربي، وقد يحتمل سكوته عن ايراد حكم لهذه المسألة احد احتمالين: الاول، انه ابتغى عدم اباحة الانسحاب الجزئي من العقد لما في ذلك من تبعيض للصفقة وهو ما قد ينجم عنه الحاق ضرر بالتاجر. والثاني، انه قد احال تنظيم حكم هذه المسألة للقوانين الوطنية للدول الاعضاء حسبما يترأى لها. حري بالبيان ان القانون المدني العراقي قد اجاز في الفقرة (٢) من المادة (٥١٩) منه للمشتري متى رأى اشياء متفاوتة بيعت له صفقة واحدة ان يقرر "...اخذ جميع الاشياء او ردها جميعاً وليس له ان يأخذ ما رآه ويترك الباقي". ونرى بدورنا ان ليس هناك ما يمنع من الاخذ بالتصور الثاني والقول بجواز الرد الجزئي للبضائع شريطة استحصال موافقة التاجر على ذلك لان من يملك الكل يملك الجزء، ثم ان

^١ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٥.

^٢ د. وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٩٠٤.

^٣ د. سليمان براك دايج، المصدر السابق، ص ١٨٠.

^٤ د. وليد عطية وعباس عبد الصمد عباس، المصدر السابق، ص ٩٠٨ و ٩١٦.

^٥ حددت المادة (٤٠١) من القانون المدني العراقي معنى التجديد بأنه "يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدل بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره".

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

التاجر لن يضار من رد جزء من الاشياء المباعة لانه يملك القدرة على اعادة بيعها مجدداً بحكم تخصصه التجاري وقدرته على الاتصال بالزبائن.

المطلب الثاني

انقضاء العقود التابعة

The Termination of Ancillary Contracts

٦٠- نصت المادة (١٥) من التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١ على انقضاء جميع العقود التابعة ancillary contracts للعقد الاصلي بصورة تلقائية بمجرد ممارسة حق الانسحاب منه. وتعرف الفقرة (١٥) من التوجيه المذكور العقد التابع بانه " العقد الذي بموجبه يكتسب المستهلك بضائع او خدمات متعلقة بالعقود عن بعد او العقود التي تبرم خارج مقر التاجر حيثما تجهز هذه البضائع او توفر هذه الخدمات من قبل التاجر او من قبل شخص ثالث على اساس ترتيبات بين ذلك الشخص الثالث والتاجر". ويمكن تصور ابرام هذه العقود التابعة بمفهوم التوجيه الاوربي في فرضيات لا يخلو منها الواقع العملي منها ان يقدم التاجر للمستهلك اجلاً للوفاء بما عليه من ثمن في مقابل تقديمه لكفيل ضامن على غرار ما يجري عليه التطبيق العملي في البيع بالتقسيط في العراق، وقد يحصل المستهلك على قرض او ائتمان^١ او او تأمين شخصي او عيني او كفالة مصرفية من مصرف لتمويل ثمن شراء بضائع او خدمات ما. ففي هذه الفروض تكون هذه العقود ملغية بحكم القانون بصورة تلقائية حال ممارسة المستهلك لخيار الانسحاب من العقد الاصلي. بيد ان التوجيه الاوربي يشترط لالغاء هذه العقود التابعة بصورة تلقائية ان تكون هناك ترتيبات بمنح الائتمان الى المستهلكين مبرمة بين التاجر مع الشخص الثالث مقدم الائتمان، كأن تتفق شركة متخصصة ببيع السيارات مع مصرف على ان تبيع للمستهلكين بالتقسيط شريطة ان يبرم هؤلاء عقداً مع مصرف معين يلتزم فيه بتمويل هذه الاقساط. واذا انتفت هذه الترتيبات الخاصة بين التاجر والشخص الثالث، كأن يقدم التاجر نفسه للمستهلك اجلاً للوفاء بما عليه من ثمن^٢ بلا ضمان من شخص ثالث، او ان يبرم عقد اعتماد مستندي مع مصرف بدون ان يدخل الاخير في ترتيب مسبق مع التاجر، فلا يعد هذا الائتمان ابتداءً عقداً تابعاً لعقد التجهيز فيزول بزوال الاخير بوصفه احد شروط العقد لا بوصفه عقداً تابعاً له.

^١ اقدس صفاء الدين رشيد، المصدر السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

^٢ د. الاء يعقوب يوسف، المصدر السابق، ص ٩٨.

الخاتمة

Conclusion

العدول عن العقد، او الانسحاب منه طبقاً لمفهوم التوجيه الاوربي لعام ٢٠١١، هو احد مبادئ حماية المستهلك التي تواضعت على النص عليه بعض القوانين الحديثة، ابتغي منه تمكين الاخير، في حالات محددة، من مراجعة قراره بالتعاقد حماية له من جميع الظروف التي يغدو التعاقد في ظلها غير محقق لمصلحة بيئة له.

وقد اثبتنا في هذا البحث ان قانون حماية المستهلك العراقي المرقم (١) لسنة ٢٠٠١ "وغالبية" التشريعات العربية ذات الصلة تخلو من احكام مناظرة لما تناوله التوجيه الاوربي من مبادئ بهذا الخصوص، وهو ما يعد، حسب تقديرنا، احد اهم اوجه القصور في هذه التشريعات. ولا يقال بان فيما تضمنه الفصل الخاص بعقد البيع في القانون المدني العراقي من خيارات، كخيارات الرؤية والتجربة والمذاق، تنجح للمشتري (المستهلك) ان يضع نهاية للعقد وهو ما قد يحقق حماية معقولة له في هذا الصدد، ذلك ان الانسحاب طبقاً لمفهوم التشريع الاوربي يمارس، وكما قدمنا، طبقاً لمبررات اكثر سعة وشمولاً من الخيارات انفة الذكر التي انما قررت لمواجهة حالة عدم اطلاع المشتري على المبيع اطلاقاً يمكنه من التحقق من مدى ملائمة لرغباته وحاجاته او صلاحه للغرض المقصود منه فحسب.

بيد انه ينبغي ان يؤخذ بنظر الاعتبار، من جانب اخر، ان تنظيم حق الانسحاب في التوجيه الاوربي، وان كان قد اتسم بقدر غير قليل من الدقة والوضوح في الصياغة القانونية والاحاطة بالعديد من جوانب الموضوع والموضوعية (الواقعية) في تكريس القواعد القانونية الملائمة، فانه لم يعدم من مأخذ سبق لنا ان تناولناها في هذا المبحث. وحسبنا في هذا المقام ان نجمل هذه المأخذ بان التشريع الاوربي قد استعمل، من ناحية، تعبير الحق في الانسحاب الذي لا يتألف مع طبيعة هذه القاعدة القانونية من حيث انها مكنة يتوقف استعمالها على ارادة الشخص ومشينته على نحو يغدو فيه حراً في الامتناع عن ابداء اسباب استعماله، وهو ما صرح به التشريع الاوربي ذاته. والقول بالانسحاب حق للمستهلك يلزم صاحب الحق بان لا يتعسف في استعماله مما يضعف من اثر هذه القاعدة في حماية المستهلك. كما ان قرار الانسحاب، من جانب اخر، يعني ضمناً بقاء التصرف القانوني قائماً حتى بعد اتخاذه، خلافاً للمعطيات القانونية التي تفرض القول بانقضاء العقد وزواله. من هنا فاننا نؤثر استعمال تعبير "العدول عن العقد" بدلاً عن الانسحاب منه. ويلاحظ، من ناحية ثالثة، ان نطاق الانسحاب مقصور على العقود المبرمة عن بعد والعقود التي تبرم خارج مقر عمل التاجر. ولا يحقق هذا النطاق الضيق للقاعدة حماية معقولة للمستهلك ذلك انه اذا كان الغرض من اقرارها حماية المستهلك من وسائل الاغراء والضغط التي قد يتعرض لها والتسرع الذي قد يلزمه عند ابرام بعض العقود، فان هذا الاعتبار قائم ايضاً في بعض العقود كتلك التي تفرض عليه التزامات طويلة الامد او العقود ذات المبالغ المالية العالية، او تلك التي تتضمن شروطاً معقدة ومتشعبة لا يتيسر الا امام بها الا بمضي برهة من الزمن بعد ابرام العقد يكون فيها المستهلك قد اخضعها للدراسة والتدبر واستشارة الاغيار. من هنا فاننا نرى لزوم ان تنبسط القاعدة المذكورة على العقود انفة الذكر اسوة بتلك التي اشار اليها التوجيه الاوربي.

ونحن اذ نختتم بحثنا المتقدم عن قاعدة الانسحاب من العقد فلا يسعنا الا ان نضع تحت انظار المشرع العراقي المقترح الاتي المتعلق بصياغة احكام العدول عن عقود الاستهلاك في القانون عله ان يجد فيها ما يعينه على النص على هذه الوسيلة في حماية المستهلك في التشريع العراقي باقرب فرصة ممكنة.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه اللاربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين السعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

المادة الاولى:

اولاً: للمستهلك ولورثته ان يعدل عن عقد نافذ لازم كان قد ابرم، طبقاً للاحكام المقررة في المواد التالية.

ثانياً: لا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على مخالفة احكام العدول عن التعاقد صراحة او ضمناً او ان يضمنا العقد شروطاً تحد من استعماله.

المادة الثانية:

يلزم للعدول عن العقد توافر الشروط الاتية:-

اولاً: ان يكون العقد قد ابرم عبر وسائل الاتصال عن بعد، او خارج مقر ممارسة المجهز لنشاطه المعتاد، او كان مبلغه يتجاوز (١٠٠٠٠٠٠٠) مليون دينار عراقي، او تضمن فرض التزامات طويلة الامد على المستهلك، او انطوى على شروط لا يتيسر فهمها ببسر وقت ابرام العقد.

ثانياً: ان يشعر المستهلك المجهز كتابةً او باية وسيلة الكترونية دائمية بعدوله عن العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوم عمل. وتزاد هذه المدة الى (٣٠) يوماً في العقود التي تفرض على المستهلك التزامات يستغرق تنفيذها مدة تتجاوز السنة، او في العقود التي لا يتيسر على الشخص المعتاد فهمها ببسر عند ابرام العقد، او في عقود تقديم الخدمات المصرفية او عقود شراء الوحدات السكنية وعقود المشاركة في الوقت واي عقد يزيد مبلغه عن (١٠٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار عراقي.

ثالثاً: تسري المدة المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة اعتباراً من:-

١- تاريخ ابرام العقد في عقود تجهيز الخدمات اذا طلب المستهلك صراحة من المجهز المباشرة بتنفيذ التزاماته المقررة فيها من هذا الميعاد وكان قد اعلم قبل ابرام العقد بانه سيفقد حقه في العدول في حالة تجهيز المحتويات الرقمية، واعلم بانه سيكون ملزماً بتعويض المجهز عما استوفاه منه من منفعة خلال المدة التي تسبق العدول.

٢- تاريخ الاستلام الفعلي للاشياء المجهزة من قبل المستهلك او من قبل من يمثله، وعلى النحو الاتي:-

أ- في العقود التي يكون موضوعها بضائع متعددة يجري تجهيزها بمقتضى امر واحد صادر من المستهلك وتكون واجبه التسليم بصورة منفصلة، تسري مدة الانسحاب من يوم ثبوت الحيازة المادية لآخر سلعة من قبل المستهلك او من قبل من يمثله عدا الناقل.

ب- في العقود التي يكون موضوعها تسليم بضائع تتألف من كمية من الاشياء او القطع، تسري مدة الانسحاب من يوم ثبوت الحيازة المادية لآخر قدر من البضائع او الاجزاء من قبل المستهلك او من قبل من يمثله عدا الناقل.

ج- في العقود التي تتضمن تسليم بضائع متماثلة خلال مدة محددة من الوقت، من يوم تحقق الحيازة المادية لاول بضاعة متسلمة من قبل المستهلك او من قبل من يمثله عدا الناقل.

د- في عقود تجهيز الماء او الغاز او الكهرباء التي لم تحرز في كميات او مقادير معينة، او في حالة خدمات التدفئة المركزية او بيع المحتويات الرقمية كبرامجيات الحاسوب او الالعاب وغير ذلك من الاشياء التي لا تجهز بمقتضى دعائم مادية كالاقرص الليزرية، من يوم ابرام العقد.

رابعاً: يعد العدول نافذاً اعتباراً من تاريخ تصدير العادل لارادته الى المجهز او من يمثله قانوناً.

المادة الثالثة: يلتزم المجهز حال تلقيه للاشعار بالعدول بالاتي:-

اولاً: ١- ان يعلم المستهلك بطريقة بارزة وواضحة وقبل ابرام العقد بمكنة العدول عن التعاقد وشروطه واجراءات استعماله ومدة انقضاءه والاستثناءات الواردة عليه ومسقطاته طبقاً لاحكام هذا القانون، مع التنبيه الى انه سوف يتحمل كلف رد البضائع اليه والتعويض عما تلقاه منه من خدمات.

٢- تمتد مدة العدول الى سنة كاملة ان اخل التاجر بهذا الالتزام يكون وحده مسؤولاً عن اي انخفاض في سعر البضائع المجهزة غير ناجم عن خطأ من المستهلك في غضون المدة المذكورة.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه اللاربي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين المسعودي

د. رعد هاشم امين التميمي

ثانياً: ان يشعر المستهلك باستلام الاشعار بالعدول كتابةً او باية وسيلة الكترونية اخرى متفق عليها بين الطرفين بالسرعة الممكنة وخلال مدة لا تتجاوز مواعيد العدول الواردة في الاحكام المذكورة. ثالثاً: ان يرد الى المستهلك ما تقاضاه منه من مبالغ خلال المواعيد المقررة للعدول وبالطريقة ذاتها التي استعملت في استلام حقوقه المالية ما لم يتفق صراحةً على خلاف ذلك. وللمجهز ان يحبس المبالغ واجبة الرد الى حين ان يتسلم موضوع العقد او ما يثبت صراحة قيام المستهلك برد البضائع اليه. **المادة الرابعة:** يلتزم المستهلك حال اشعاره المجهز بقرار العدول بما ياتي:-
اولاً: رد البضائع المتسلمة من قبله اعتباراً من تاريخ الاشعاره بالعدول وخلال مدة لا تتجاوز المواعيد المقررة له.

ثانياً: ان يرد البضائع المجهزة بالحالة التي كانت عليها عند تسلمها بالطريقة نفسها التي تسلمها بمقتضاها او باية طريقة يتفق عليها، ويسأل عن اي انخفاض في قيمتها والناجم عن استعمالها بطريقة تتجاوز ما يستلزمه تفحص البضائع وتجربتها بغية ادراك خصائصها او وظائفها او مدى ملائمتها لحاجاته او رغباته وطبقاً لما يقرره الاتفاق او العرف او طبيعة الشيء. ثالثاً: ان يتحمل كلفة رد البضائع، ما لم يقرر المجهز ان يتولى هو بنفسه استلامها من المستهلك. رابعاً: اداء كلفة ما قدمه المجهز من خدمات سابقة على سريان العدول عن العقد محسوبة طبقاً للاسعار المتفق عليها في العقد او طبقاً لاسعار السوق ان اثبت المستهلك ان الاسعار المتفق عليها كانت مغالى فيها.

المادة الخامسة: ليس للمستهلك العدول عن العقد في الاحوال الاتية:-

- ١- اذا كان موضوع العقد يتعلق بخدمات انجزت بالكامل بعد ابرامه بناء على موفقة صريحة ومسبقة من قبل المستهلك واقراره بانه سيفقد حقه في الرجوع حالما يتم تنفيذ العقد بالكامل.
- ٢- اذا كانت اسعار السلع او الخدمات المجهزة عرضة لحصول تقلبات في الاسواق المالية يتعذر السيطرة عليها من قبل التاجر وكانت قد حصلت بالفعل خلال فترة العدول.
- ٣- اذا كان البضائع قد تم تصميمها و/او تصنيعها و/او تجهيزها طبقاً لمواصفات خاصة بالمستهلك او كانت شخصيته محل اعتبار في ذلك.
- ٤- اذا كانت البضائع ممن يتسارع اليها الفساد والتلف، او كانت تتضمن عند تجهيزها تواريخ انتهاء صلاحية قريبة الوقوع.
- ٥- اذا كانت البضائع المجهزة باغلفة او اختام او علامات لاثبات عدم استعمالها من قبل طبقاً لمقتضيات حماية الصحة او لاية اسباب اخرى وكان المستهلك قد فض اغلفتها.
- ٦- اذا كانت البضائع قد اختلطت بحكم طبيعتها وبعد التسليم الى المستهلك مع بعضها البعض او مع غيرها من المواد بطريقة لا تقبل الانفصال او بطريقة تحدث تغييراً في ذاتيتها.
- ٧- اذا كان موضوع العقد تجهيز صحف او دوريات او مجلات.
- ٨- اذا كانت العقود مبرمة من خلال المناقصة العامة عدا تلك التي تجري عن بعد.
- ٩- اذا كان موضوع العقد توفير محلات للاقامة غير تلك المخصصة لاغراض السكن، ونقل البضائع وخدمات تأجير السيارات، وتقديم الاطعمة المتعلقة بالانشطة الترفيهية وكان العقد يفرض ان يتم التنفيذ في تاريخ او مدة معينة.
- ١٠- اذا تعلق العقد بتجهيز محتويات رقمية تجهز مباشرةً من موقع المجهز بدون دعائم مادية.

المادة السادسة:

يترتب على العدول عن التعاقد انقضاء العقد، واية عقود او ترتيبات اخرى ذات صلة به وكان المجهز طرفاً فيها، على ان لا يخل ذلك بما يتقرر لكل طرف من حقوق ترتبت بسبب العدول طبقاً للاحكام سالفة الذكر.

ومن الله القصد.

المصادر

اولاً: التشريعات:

١-التشريعات باللغة العربية:-

١-التشريعات العراقية:-

-قانون حماية المستهلك المرقم (١) لسنة ٢٠١٠.

- القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل).

- قانون النشر في الجريدة الرسمية المرقم (٧٨) لعام ١٩٧٧

٢-التشريعات العربية:-

- قانون حماية المستهلك اللبناني المرقم (٦٥٩) لعام ٢٠٠٥.

٢- التشريعات الاجنبية:

-التوجيه الاوربي المرقم ٢٠١١/EU/83 لعام ٢٠١١.

ثانياً: الكتب:-

١- باللغة العربية:-

- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية: البيع والايجار والمقولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، الناشر جامعة الموصل (بدون ذكر سنة الطبع).

- د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز احكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١.

- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة: في البيع والايجار، محاضرات مسحوبة على الالة الرونيو، منشورات مكتب الطباعة والنشر المركزي لجامعة بغداد، ١٩٩٠.

-د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة البيع -الايجار- المقولة، الناشر العاتك لصناعة الكتاب (بدون ذكر سنة الطبع).

-د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١، انعقاد العقد، ط ١، ٢٠٠٨، الناشر مكتبة السنهوري.

-د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١.

ثالثاً: البحوث:-

١-باللغة العربية:-

- اقدس صفاء الدين رشيد البياتي، نطاق حق المستهلك بالرجوع في العقود المجهزة عن بعد: دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد (١٩)، العدد (٣٩) الجزء (١)، السنة ٢٠١٧.

- حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة مركز دراسات جامعة الكوفة، السنة: ٢٠١٠ المجلد (١)، العدد (١٨).

- د. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (2/١٥)، المجلد (٤)، السنة ٢٠١٥.

- د. الاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهرين، المجلد (٨)، العدد (١٤)، السنة ٢٠٠٥.

- د. سليمان براك دايج، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهرين، المجلد(٨)، العدد (١٤)، السنة ٢٠٠٥.

- د. طالب محمد جواد و د. اكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق-جامعة النهرين-اذا ٢٠٠٩.

العدول عن عقود الاستهلاك، الحماية المفقودة للمستهلك في قانون حماية

المستهلك العراقي: دراسة في ضوء التوجيه الاوروبي لعام ٢٠١١

د.رعد عداي حسين الموسوي

د. رعد هاشم امين التميمي

- د. علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد (١)، المجلد (٢٧)، السنة ٢٠١٢.
- سالم محمد عبود، حماية المستهلك في عقود التسويق الالكتروني (دراسة تحليلية)، بحث منشور في المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، العدد (١)، المجلد (٧) السنة ٢٠١٥.

٢- باللغة الانكليزية:

- Horst Eidenmuller, Why Withdrawal Right? (2011) available on < <https://pdfs.semanticscholar.org/26ef/b94e6b6c56c850827d1fca497522179fe526.pdf>> accesst in 9/11/2018.
- Joasia A. Luzak Vanessa Mak, the Consumer Rights Directive, Working Paper Series No. 2013-01< https://pure.uva.nl/ws/files/1536768/156732_402057.pdf>accesst ed on 9/11/2018.
- Marco Loos, Natali Helberger, Lucie Guibault & Chantal Mak, the Regulation of Digital Content Contract in the Optional Instrument of Contract Law (2011) 6European Review of Private Law.
- Omri Ben-Shahar & Eric A. Ponser, the Right to Withdraw in Contract Law (2011) 1 (40), the Journal of legal Studies.
- Vanessa Mak, Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services No. 04/2010P.9 available at<<http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TISCO-Banking-Financin.g.html>>.

ثالثاً: الاحكام القضائية:-

١- الاحكام القضائية الاوربية:-

-قرار محكمة العدل الاوربية المرقم:-

C-489/07, CJEU (Pia Messner) at 3/9/2009.

٢- الاحكام القضائية الامريكية:-

-Klocek v. Gateway, 104 F. Supp. 2d 1332 [D. Kan. 2000].

- Step Saver Data Systems Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 [3rd Cir. 1991].

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه بي

كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة صلاح الدين

الملخص

تختص محكمة الجنايات بالنظر في دعاوي الجنايات، ولكن قوانين بعض الدول أخذت بنظام تجنيح الجنايات الذي يجيز لجهة الإحالة إعتبار بعض الجرائم التي توصف بأنها جنايات بمثابة الجرح ومن ثم إحالة الدعوى بهذا الوصف على محكمة الجرح للحكم فيها بدلاً من محكمة الجنايات المختصة أصلاً. وهذا النظام ما زال مثاراً لخلاف الفقه الجنائي. لأجل دراسة هذا الموضوع نرى بيان مفهوم تجنيح دعاوي الجنايات وإستعراض التقييم الفقهي ومن ثم موقف القوانين الجنائية من نظام تجنيح الجنايات.

Abstract

The Criminal Court is competent to hear criminal cases, but the laws of some states have adopted the criminalization system, which allows the assignee to consider some of the offenses described as crimes as misdemeanors, and then refer the case to the court of misdemeanors instead of the competent criminal court. This system is still the subject of the dispute of criminal jurisprudence.

In order to study this subject, we see a statement of the concept of criminalization and reviewing the evaluation of jurisprudence and then the position of criminal laws from the system of criminalization.

مقدمة

ان محكمة الجنايات هي المختصة بالنظر في دعاوي الجنايات، ولكن قوانين بعض الدول أجازت لجهة الإحالة إعتبار بعض الجرائم التي توصف بأنها جنايات بمثابة الجرح ومن ثم إحالة الدعوى بهذا الوصف على محكمة الجرح للحكم فيها بدلاً من محكمة الجنايات المختصة أصلاً، بشرط أن تتوافر فيها شروط التجنيح .

نظام تجنيح الجنايات إحتل مساحة لا بأس بها من الأهمية بين القوانين الجنائية الأجنبية والعربية، كما انه كان وما يزال محل جدل ونقاش فقهاء وكتاب القانون الجنائي.

لأجل تسليط الضوء على هذا النظام وبيان مؤداه وما له وما عليه من ملاحظات في الوسط الفقهي وموقف القوانين الجنائية منه سنتناوله بالبحث على ثلاثة أقسام، نتناول في الأول مفهوم تجنيح الجنايات، وفي الثاني تقييم نظام تجنيح الجنايات، وفي القسم الثالث نبين موقف القانون العراقي والمقارن منه.

١- ماهية تجنيح دعاوي الجنايات

ليبيان ماهية تجنيح الجنايات يتوجب علينا أن نوضح مفهومه أولاً ومن ثم أنواعه:

١-١ مفهوم تجنيح الجنايات

اختلفت مصطلحات فقهاء القانون الجنائي في التعبير عن مفهوم تجنيح الجنايات، ولكن جميعها تصب في معنى واحد.

فهناك من يرى انه إظهار جنائية بمظهر الجنحة ومن ثم إحالتها الى محكمة الجنح لتتولى النظر فيها بدلاً من محكمة الجنايات وفق شروط معينة^١.

أو انه في الاصل تختص محكمة الجنح بنظر جرائم الجنح ولكن الواقع العملي يبيح تجاوز هذا الأصل بحيث تفصل هذه المحكمة بجريمة تخضع في الواقع لوصف جنائي إذا إتضح أو إذا اعتبرت من قبيل الجنح البسيطة^٢.

أو ان تجنيح الجنايات هو ظاهرة علمية أكثر منها فنية ينحط فيها الفعل عن درجة الجنائية الى درجة الجنحة لملاسات تلبسه تجعل الحكم فيه بعقوبة الجنحة أغلب وأنسب من الحكم بالعقوبة المقررة له أصلاً في القانون وتجعل إحالته الى محكمة الجنح لذلك أولى من إحالته الى محكمة الجنايات^٣.

أو ان مضمونه يقوم على إعطاء السلطة لمحكمة الجنح في الفصل بجرائم الجنايات التي تبدو وكأنها جنح إلا انه في حقيقتها جنايات^٤.

أو انه القانون يعطي صلاحية لقاضي الإحالة أن يحيل الى محكمة الجنح بعض الجنايات لتوقيع عقوبة الجنحة على المتهمين فيها، فان هذه الاحالة ليس من شأنها أن تغير من طبيعة الجنائية المحالة وتجعلها جنحة خاضعة للأحكام الخاصة بسائر الجنح بل هي تبقى كما هي والعقوبة التي تصدر فيها من محكمة الجنح تكون كعقوبة الحبس التي تصدر فيها من محكمة الجنايات^٥.

نخلص من كل ما سبق الى انه يمكننا تعريف تجنيح الجنايات بانه: (هو نظام يخول محكمة الجنح سلطة الفصل في الدعاوي التي تعد أصلاً جنايات وتم إستبدال عقوبتها لتصير جنحة).

على ذلك يشترط توافر الشروط التالية في تجنيح دعاوي الجنايات:

أولاً: أن تقتصر الجنائية المجنحة بأسباب تشديدية أو تخفيفية للعقوبة

وهو أهم شرط من شروط التجنيح، فان إحالة دعوى جنايات الى محكمة الجنح يشترط أن تقتصر الجريمة بظروف مشددة أو بأعذار قانونية مخففة أو ظروف قضائية مخففة- بحسب قانون كل دولة يأخذ بهذا النظام- من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود الجنح فصارت عقوبتها جنحة كان الاختصاص لمحكمة الجنح^٦.

ثانياً: الجهة المختصة بتجنيح الجنايات

جرى العمل في الدول التي تأخذ بنظام التجنيح منح صلاحية تجنيح الجنايات وإحالتها الى محكمة الجنح لتفصل فيها بدلاً من محكمة الجنايات الى جهات معينة كل دولة حسب النظام السائد فيها، ووفقاً لذلك يعطي الصلاحية بشكل عام لقاضي التحقيق أو النائب العام أو المحامي العام أو غرفة الاتهام أو محكمة الجنح إذا تبين لها ان الدعوى المحالة عليها من الممكن تجنيحها^٧.

ثالثاً: حدود سلطة الجهة المختصة بتجنيح الجنايات

^١ د. جلال ثروت، اصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ١٩٨٨، ص ٣٩٨.

^٢ Stefani-Levasseur et bouloc :procedure penale,1998 ,p430

^٣ لطيفة محمد سالم، النظام القضائي المصري الحديث، ج٢، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٢٥.

^٤ د. صباح مصباح محمود السليمان، قانون الاختصاص في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤، ص ١١٥.

^٥ الطعن رقم ١٨١٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٤٠ مجموعة الربع قرن، ص ٣١٦.

^٦ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٨، ص ٣٧١.

^٧ أحمد حسين حسين الجداوي، سلطة المحكمة في تعديل وتغيير التهمة الجنائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٠٨.

تجنيح دعاوى الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يى

ان إحالة الجناية إلى محكمة الجنح للحكم فيها على أساس عقوبة الجنحة مشروطة بشرط أن تكون العقوبة المقررة أصلاً للجناية مما يجوز النزول بها إلى عقوبة الحبس.

رابعاً: إجراءات الفصل في الجنايات المجنحة

ان إحالة الجنايات التي تتوافر فيها شروط التجنيح إلى محكمة الجنح لتتولى الفصل فيها لا يؤثر على طبيعة الإجراءات المقررة في دعاوى الجنح بل يجب إتباع نفس الإجراءات لدى الفصل في الجناية المجنحة^١.

١-٢ أنواع التجنيح

التجنيح على نوعين أولهما قضائي وهو الذي أوجده العمل القضائي في فرنسا، فيقوم القضاء بالسكوت والتغاضي عن بعض ظروف التشديد أو إهمال بعض عناصر الركن المادي أو المعنوي للجريمة أو الإعتداد بوصف الجنحة دون الجناية في حالة التعدد المعنوي للجرائم، فيحيلونها أمام محكمة الجنح بدلاً من محكمة الجنايات في غياب أي نص قانوني يسمح بذلك^٢، أي ان المحاكم يعمل بنظام التجنيح دون أن يكون هناك نصوص قانونية تستند عليها، وهو تغيير صفة جريمة معينة من وصف أشد إلى وصف أخف من حيث العقوبة المنصوص عليها في القانون، وبذلك يتحقق بإطلاق وصف جنحة على جريمة هي في الواقع جناية تحمل حسب ظروف ارتكابها لأكثر من وصف جنائي، فينعقد الاختصاص فيها لمحكمة الجنح^٣. مثال ذلك جريمة السرقة التي تدرج ضمن جرائم الجنح إلا انها تنقلب تنقلب إلى جناية عند إقترانها بأحد الظروف المشددة لعقوبتها، كما لو ارتكبت عن طريق الإكراه أو ارتكبت ليلاً في الأماكن المحاطة بالجدران عن طريق التسور أو الكسر أو استعمال مفاتيح مصنعة وغيرها من الظروف المشددة لجريمة السرقة، فاذا تجاوزت النيابة العامة أو حاكم التحقيق هذه الظروف المشددة في جناية السرقة الموصوفة لأصبحت سرقة عادية^٤، وكذلك إعتبار الفعل إيذاء أو ضرب عمدي بدلاً من الشروع في القتل وذلك باستبعاد نية القتل، وفي حالة التعدد الصوري للجرائم فاذا كان فعل الجاني يوصف بأكثر من وصف قانوني وهو جريمة هناك عرض وهي جناية وجريمة الفعل الفاضح مغل بالحياء وهي جنحة فيؤخذ بوصف الفعل الفاضح، ففي جميع هذه الأمثلة يؤخذ بالوصف الأخف للفعل وهو الجنحة ومن ثم إحالتها إلى محكمة الجنح لتفصل فيها^٥.

والنوع الثاني يدعى بالتجنيح القانوني وهو تقرير القانون إحالة بعض دعاوى الجنايات إلى محكمة الجنح إذا توافرت فيها أحد الأعدار القانونية أو الظروف المخففة^٦، وهو بخلاف التجنيح القضائي يستمد يستمد أحكامه من النصوص القانونية ولا ينصرف إلى تعديل أو تغيير التكييف القانوني للدعوى الجزائية وإنما إلى إبدال العقوبة، إذن مرد التجنيح ليس إلى التكييف القانوني وإنما إلى العقوبة المطبقة^٧، فلا يلزم لإتمامه تحريف لواقعة معينة أو إهمال بعض عناصر الجريمة أو الإعتداد بالجريمة ذات وصف الجناية دون الجنحة في حالة التعدد الصوري، وإنما يكفي لإتمامه إبدال نوع العقوبة

^١ تجنيح الجنايات – منشور على العنوان الإلكتروني الآتي:

http://mustafaelbnan.blogspot.com/2012/07/blog-post_2567.html

تاريخ الزيارة ٢٠/٠٥/٢٠١٨.

^٢ بوشلق كمال، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع ١٤، ٢٠١٨، ص ٦٠١. محمد شنوفي، التجنيح القضائي في القضاء الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة جزائر، ٢٠٠٢، ص ٦.

^٣ ينظر في هذا المعنى: د. صباح مصباح محمود السليمان، مصدر سابق، ص ١١٥.

^٤ نفس المصدر السابق، ص ١١٥-١١٦.

^٥ د. عبدالقواب الشوربجي، التجنيح القضائي في ضوء مشروع وزارة العدل لسنة ١٩٩٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٠.

^٦ د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٣، هامش ٣ ص ٤٥٣.

^٧ د. عبدالقواب الشوربجي، المصدر السابق، ص ٩-١٠.

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يي

المقررة للجريمة لتكون عقوبة جنحة بدلاً من عقوبة جنائية^١، وهذا لا باجتهاد القضاء إنما باجازة من المشرع، وبذلك فإن الجريمة المجنحة تظل رغم هذا جنائية في القانون^٢. والمثال على هذا النوع من التجنيح كتخفيض عقوبة السجن لمن قتل زوجته في حالة تلبسها بالزنا وهو جنائية لتوافر عذر قانوني له الى عقوبة الحبس وهي جنحة^٣، وكذلك حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي كظرف قضائي مخفف يجيز للقاضي تخفيض العقوبة.

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على انه ((إن قانون الإجراءات الجنائية إذ أجاز بالمادتين ١٥٨ / ٢ و ١٧٩/٢ إحالة بعض الجنايات إلى المحكمة الجزئية إذا رؤى أنها قد اقترنت بأحد الأعدار القانونية أو بظروف مخففة من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود الجنب لم يقصد إلى تغيير طبيعة الجريمة من جنائية إلى جنحة وإنما أراد تخفيف العبء عن محاكم الجنايات بإعفاؤها من نظر بعض الجنايات التي تقتضي أحوالها استعمال الرأفة. ومن مقتضى ذلك أن إحالة الجنائية إلى المحكمة الجزئية للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة وان كان يوجب عليها أن تتبع في الفصل فيها الإجراءات المقررة في مواد الجنب، عملاً بالمادة ٣٠٦ / ٣ من قانون الإجراءات الجنائية إلا أنه لا يترتب عليه أن تفقد الجنائية طبيعتها ومقوماتها...))^٤، وانه ((وان أجاز لقاضي الاحالة أن يحيل الي محكمة الجنب بعض الجنايات لتوقيع عقوبة الجنحة على المتهمين فيها فان هذه الاحالة ليس من شأنها أن تغير من طبيعة الجنائية المحالة وتجعلها جنحة خاضعة للأحكام الخاصة بسائر الجنب بل هي تبقى كما هي والعقوبة التي تصدر فيها من محكمة الجنب تكون كعقوبة الحبس التي تصدر فيها من محكمة الجنايات مما يقتضي أن تلتزم محكمة الجنب في قضائها الحدود المرسومة في المادة ١٧ ع عند النزول بالعقوبة للظروف المخففة...))^٥.

هنا يظهر ان هذا التجنيح الذي يكون سابق على الحكم يختلف عن نوع اخر من التجنيح الذي يكون معاصراً للحكم فالأخير لا يؤثر على الاختصاص القضائي، إذ تظل محكمة الجنايات هي المختصة بالجنايات المجنحة تطبيقاً لمبدأ "الاختصاص الكامل"^٦ وأن "من يملك الكل يملك الجزء" أو "من يملك الأكثر يملك الأقل"^٧، وهو المبدأ المعترف به في غالبية القوانين الجنائية^٨.

^١ د. بالضياف خزاني، أنواع التجنيح وطرقه، بحث منشور في مجلة الحقيقة، جامعة ادرا، جزائر، ع ٢٤، ٢٠١٣، ص ٤٤.

^٢ في هذا المعنى ينظر: نفس المصدر السابق، ص ٤٤.

^٣ د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٣٧٢.

^٤ الطعن رقم ٢٤٧٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ٧/٣/١٩٥٥ مجموعة الربع قرن، ص ٣١٧.

^٥ الطعن رقم ١٨١٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٤٠ مجموعة الربع قرن، ص ٣١٦.

^٦ محمد علي علي سويلم، تكيف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣١١.

^٧ د. عاصم شكيب، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

^٨ جاء في المادة (١٣٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل انه:

((أ - إذا تراءى لمحكمة الجنب بعد اجراءها التحقيق القضائي او المحاكمة في الدعاوى المحالة بصورة غير موجزة او قبل ذلك بناء على تدقيقها الاوراق ان الفصل في الدعوى الجزائية يخرج عن اختصاصها ويدخل في اختصاص محكمة الجنايات فتقرر احالة المتهم عليها. واذا وجدت محكمة الجنايات ان الفصل في الدعوى داخل في اختصاص محكمة الجنب فلها ان تفصل فيها او تعيدها الى محكمة الجنب.

ب - اذا وجدت محكمة الجنايات ان الفصل في الدعوى المحالة عليها من حاكم التحقيق داخل في اختصاص محكمة الجنب فلها ان تفصل فيها او تحيل المتهم على محكمة الجنب.

ج - يكون قرار محكمة الجنايات بالاحالة او الاعادة واجب الاتباع.))

٢- تقييم نظام تجنيح الجنايات

إمتاز نظام التجنيح بعدد من المزايا التي ساهمت في تبرير النص عليه في تشريعات بعض الدول وإعتماده في مجال التطبيقات القضائية، وبالمقابل كشفت التطبيقات عن عدد من المآخذ على هذا النظام مما جعله مثاراً للنقد من جانب بعض الفقهاء.

من أجل الخوض في مزايا وعيوب تجنيح الجنايات سنقسم هذا القسم على المبررات التي دعت إلى الأخذ بهذا النظام، والانتقادات التي وجهت إليه:

٢-١ مبررات الأخذ به

هناك عدة مبررات ساهمت في دعم تجنيح دعاوي الجنايات وديمومتها، نجلها في المبررات التالية:

أولاً: وجود النص القانوني

يستند تجنيح دعاوي الجنايات في أساسه القانوني إلى النصوص القانونية الواردة في القوانين العقابية للدول التي تأخذ به، وهذا القول يصدق على التجنيح القانوني دون التجنيح القضائي الذي يجري العمل به في المحاكم دون أن يكون له سند قانوني يبرره بل يتم خرقاً لمبدأ الشرعية الجزائية^١.

ففي فرنسا يجد أساسه في قانون ١٧ مارس لسنة ١٩٢٣ الخاص بالأجهاض، وقانون ١٧ فبراير لسنة ١٩٣٣ الخاص بالزواج بإمرأتين وغيرها من القوانين، وفي مصر في نص المادة (١٦٠- مكرر) من قانون الإجراءات، وفي ليبيا نص المادة (١٣٦) من قانون الإجراءات، أما في جزائر فيجد أساسه في قانون ٠٦/٠١ المتعلق بالفساد، وقانون ١٨/٠٤ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية^٢.

إذن التجنيح تستند إلى نصوص صريحة تقرره، فالجهات المختصة عندما تلجأ إلى إحالة دعوى جنايات إلى محكمة جنح إنما تجد السند القانوني وتستمد شرعية إجراءاتها من النصوص الصريحة الواردة في قوانينها الجنائية.

ثانياً: التخفيف من قساوة وصرامة العقوبات

يستند هذا المبرر على السبب الأساسي للعمل بالتجنيح في القضاء الفرنسي وهو عدم تناسب العقوبات مع الجرائم المرتكبة، وهذا يعني "جسامة العقوبات المقررة لبعض الأنواع من الجرائم مما كان يدفع المحاكم الجزائية إلى إصدار أحكام إدانة غير مبررة^٣، كجنايات الزواج بإمرأتين والأجهاض وبعض الأنواع من السرقات، مما كانت تقتضي من المحلفين تفضيل البراءة على الحكم على الجاني بعقوبة لا تتناسب مع جسامة هذه الجرائم، ولذا كان قاضي التحقيق أو النيابة تلجأ إلى تجنيح هذه الجنايات وإحالتها إلى محكمة الجنح للنظر فيها والحكم فيها بعقوبة جنحة للحيلولة دون أن تقرر محكمة الجنايات براءة مرتكبها في حال أن تم إحالة الدعوى إلى محكمة الجنايات"^٤.

بذلك كانت الغاية من تجنيح الجنايات تقادي إصدار حكم بالبراءة، والتي قد تثير الرأي العام، فكان يسمح بالحصول على أدانة معقولة^٥. مما يعني أن المتهم في النهاية لا يكون مهدداً إلا بعقوبة جنحة فحسب^٦.

^١ د. بالضياف خزاني، مصدر سابق، ص ٤٠.

^٢ سنذكر تفاصيل هذه النصوص عند البحث في موقف القوانين الجنائية.

^٣ د. بالضياف خزاني، مصدر سابق، ص ٤٦.

^٤ د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١١٨.

^٥ د. بالضياف خزاني، مصدر سابق، ص ٤٧.

^٦ د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج ١، ط ٣، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٠، ص ٤٢٨.

تجنيح دعاوى الجنايات

د. أوزدن حسين رحون دزه يى

ثالثاً: مصلحة المتهم

ان من مصلحة المتهم أن يحاكم أمام محكمة الجنج، فيمكن أن يستفيد من العفو بسرعة ومن نظام وقف التنفيذ والحكم عليه بالغرامة وحده، حيث ان أغلب القوانين يجيز إستفادة المحكوم عليه بعقوبة جنحية من هذه الأحكام^١، بينما في الجنايات لا يحق له الإستفادة من ذلك قانوناً .

رابعاً: عدم إلزامية التجنيح

ان إحالة دعوى الجنايات الى محكمة الجنج لا يكون ملزماً للخصوم وللمحكمة التي احيلت اليها الدعوى، إذ يتطلب رضا جميع أطراف الدعوى والمحكمة على التجنيح، فيجوز للخصوم الدفع بعدم إختصاص محكمة الجنج بالنظر فيها، كما يجوز للمحكمة أن تدفع بذلك من تلقاء نفسها^٢، فقرار التجنيح لا يكون ملزماً لمحكمة الجنج المحالة عليها الدعوى بل يكون له مطلق الحرية في قبوله أو رفضه، وذلك بحسب تقديره لظروف الدعوى من جديد، إلا ان هذا التقدير يكون خاضعاً لرقابة محكمة الموضوع، فاذا إتضح لمحكمة الجنج ان شروط التجنيح متوافرة فيها كان لها أن تنظر في الدعوى أما إذا كانت غير متوافرة فما عليها إلا أن تحكم بعدم إختصاصها^٣.

نرى صحة هذا التبرير لان نصوص القوانين التي تأخذ بنظام التجنيح نصوص جوازية وليست وجوبية – كما سنأتي لبيانها.

هناك من يرى ان الرضا بالتجنيح يحصل عملياً في أغلب الأحيان لأن من مصلحة المتهم أن يحاكم أمام محكمة الجنج ليقادى عقوبة الجناية وهي بالتأكيد أشد من عقوبة الجنحة، كما ان محكمة الجنج لا تدفع بعدم إختصاصها لما للتجنيح من فوائد^٤.

ونحن وان كنا نتفق مع هذا الرأي، إلا انه أغفل مصلحة المجنى عليه والمدعى بالحق الشخصي بأن يحاكم المتهم أمام محكمة الجنايات ويفرض عليه أشد العقوبات.

خامساً: الإيجاز في الإجراءات وحسم الدعوى

ان ما يبرر تجنيح الجنايات هو سرعة وبساطة الإجراءات أمام محكمة الجنج مع بطء وتعقيد الإجراءات أمام محكمة الجنايات، بالإضافة الى عدم إزدحام محاكم الجنايات بدعاوى جنائيات قليلة الأهمية لظروفها الخاصة وعدم جسامتها محلها^٥، وهو ما تقتضيه سرعة الفصل في الدعاوى وعدم إضاعة وقت محكمة الجنايات بهذا النوع من الدعاوى، بل تفرغها للجرائم الأكثر خطورة، فضلاً عن تراكم الدعاوى، وبذلك فان تجنيح الجنايات يفيد سرعة حسم الدعاوى أمام محاكم الجنج المحالة عليها، وتقليل التكلفة، فهو يكون أكثر يسراً وأقل نفقة وتعقيداً من أجراء محاكمته أمام محكمة الجنايات^٦. إذن، من كل ما تقدم عرضها من المزايا لتجنيح الجنايات نرى إذا كانت هذه الممارسات القضائية تتم على هامش الشرعية فإن ما تعود به من فوائد عملية جمة يشفع لها عيوبها .

٢-٢ الإنتقادات الموجهة اليه

رغم المبررات العديدة التي ساهمت في إعتتماد نظام تجنيح الجنايات في العمل القضائي للدول التي ليس لهذا النظام سند قانوني، والتشريعات التي نصت عليها في صلب قوانينها، إلا انه لم تسلم من سهام النقد من جانب بعض الفقه، حيث تعرض للعديد من الإنتقادات التي كشف عنها التطبيق العملي، ويمكن إجمال تلك الإنتقادات بمايلي:

^١ بوشلق كمال، مصدر سابق، ص ٦٠٢، عاصم شكيب، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

^٢ د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١١٧.

^٣ د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ١٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٧٢-٢٧٤.

^٤ د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١١٧-١١٨.

^٥ د. محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون مكان نشر، ١٩٩٣، ص ٨٥.

^٦ د. رؤوف عبيد، مصدر سابق، ص ٤٢٨. د. عاصم شكيب، مصدر سابق، ص ٣٧٣. د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١١٨.

أولاً: تناقض تجنيح الجنايات مع قاعدة التقيد بالإختصاص النوعي
الواقع أن التجنيح يصطدم بقواعد الإختصاص المتعلقة بالنظام العام، وما زال يعتمد في بقائه سوى على الموافقة الضمنية للخصوم.^١

ان تجنيح الجنايات وبنوعيه القضائي والقانوني يؤدي الى الخروج على قواعد الإختصاص النوعي، حيث ان نظام تجنيح الجنايات لا يترتب عليها تغيير وصف الجريمة من جنائية الى جنحة، فهو تجنيح للدعوى وليس للواقعة، وبذلك تبقى الدعوى جنائية رغم تجنيحها بل يقتصر على تغيير جهة الإختصاص فيوسع من نطاق الإختصاص النوعي لمحكمة الجنايات على حساب محكمة الجنايات^٢. وهذا هو مناط خروجها عن قواعد الإختصاص وهو يعتبر تطبيق غير قانوني على أساس تعلق قواعد الإختصاص بالنظام العام، وبذلك يتعين على محكمة الجنايات أن ترفض النظر في الجنائية وتحكم بعدم الإختصاص^٣.

ثانياً: يترتب على تجنيح الجنايات تنازع الاختصاص
ان أغلب الجنايات المجنحة تدور في حلقة مفرغة لتنازع الإختصاص بين محكمتي الجنايات والجنايات، وهذا التنازع أما يكون إيجابياً أو سلبياً. ويكون التنازع إيجابياً عندما تعرض نفس الدعوى على جهتين وتتمسك كل منها بالإختصاص، وسلبياً في حالة تمسك كل جهة بعدم الإختصاص. مثال الحالة الأولى أن يتم تجنيح جنائية وإحالة الدعوى من محكمة التحقيق الى محكمة الجنايات التي تفصل في الدعوى وتصدر حكمها فيها، لكن غرفة الإتهام ترى أن الواقعة ذات وصف الجنائية وتصدر أمر الإحالة على محكمة الجنايات^٤. ومثال الحالة الثانية أن تقضي محكمة الجنايات بعدم الإختصاص، بينما تقضي غرفة الإتهام باختصاص محكمة الجنايات كون الواقعة جنحة^٥.

مما يعني ان تجنيح الجنايات لا يخلو من صعوبات عند تطبيقه، فهو يؤدي في بعض الأحيان في مجال الإختصاص الى إشكالات عديدة قد يصعب إيجاد حل لها، وهذا لا يبرره تعقد الإجراءات وتأخرها^٦.

ثالثاً: يتعارض مع مصلحة الخصوم
ان تجنيح الجنايات وان كانت تؤدي الى حسم الدعوى في أقرب وقت، لسرعة وبساطة الإجراءات أمام محكمة الجنايات بالإضافة الى قلة النفقات والتكلفة، إلا انه تنتفي مصلحة المتهم، ولا يحسب في صالحه بل ضده كون هذا التسريع في الإجراءات يسرع من تطبيق العقوبة^٧. كما ان من مصلحة المجنى عليه أن يحاكم المتهم أمام محكمة الجنايات ليحصل على تعويض أكثر من ذلك الذي يحصل عليه أمام محكمة الجنايات^٨. وهكذا إذا إنتفى مصلحة المتهم أو المجنى عليه فلا يكون التجنيح مقبولاً في الوقت الذي يتعارض مع الإختصاص القضائي وهو من النظام العام.

رابعاً: تأثير التجنيح على التكيف الجزائي
يعتبر التجنيح مشكلة فيه يغلب الإثبات على حساب التكيف الجزائي في حالة إذا وجد قاضي التحقيق أن الوقائع لا تنطوي على خطورة إجرامية حيث ان الإثبات واسع في تطبيقه وخاصة في جانب القرائن التي يعتمد عليها أمر الإحالة والتي لا حصر لها، أما التكيف فان له قواعد ثابتة^٩.

^١ أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائرية، ج٣، ٢٠٠٧، ص٣٧٠.

^٢ د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص١٢١.

^٣ محمد علي سويلم، مصدر سابق، ٣١٢، د. عاصم شكيب، مصدر سابق، ٣٧٣-٣٧٤.

^٤ بوشلق كمال، مصدر سابق، ص٦٠٢.

^٥ د. عاصم شكيب، مصدر سابق، ص٣٧٤. د. بالضياف خزاني، مصدر سابق، هامش ١ ص٤٨.

^٦ د. بالضياف، مصدر سابق، هامش ٢ ص٤٨.

^٧ د. بالضياف خزاني، مصدر سابق، هامش ١ ص٤٧.

^٨ د. بالضياف خزاني، التكيف في المواد الجنائية، رسالة دكتورا مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ٢٠١٤.

^٩ ٢٠١٥، ص٢٠٠.

^٩ د. بالضياف، التكيف في المواد الجنائية، ص٨٠.

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يى

فإذا كانت الغاية من التجنيح هي تبسيط الإجراءات وتدبير أمور العدالة، ومراعاة قساوة بعض العقوبات، في حين أن الغاية من إعادة التكييف هو التطبيق السليم والصحيح للنصوص القانونية بغض النظر عن الظروف والمبررات المحيطة بالقضية، فلا أثر للوصف الخاطئ الذي تكيف به الوقائع النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو المحكمة الأقل درجة بل العبرة بالوصف الذي تعطيه للوقائع آخر جهة قضائية فصلت في الدعوى أو محكمة النقض، وبالتالي فإن إعادة التكييف بهذا المعنى تؤدي في الحقيقة إلى تعطيل مفعول التجنيح وعدم الاقرار به^١.
بذلك فإن للتجنيح القضائي أثر على التكييف الجزائي حيث تعثره صعوبات عدة فقد ترى محكمة الجناح ان الواقعة تشكل جنابة وتحكم بشكل نهائي بعدم الإختصاص، فيغير قواعد الإختصاص، كما يمس تقسيم الجرائم الى جنابات وجنح ومخالفات بإغفال القضاة بعض الوقائع^٢.

٣- موقف القانون العراقي والمقارن من التجنيح

ظهر نظام تجنيح الجنايات لأول مرة في فرنسا ثم وجد أرضاً خصباً له في القوانين الإجرائية للدول الأخرى، عليه سنبحث في بعض من تلك القوانين، وفيما بعد نبين موقف القانون العراقي من هذا النظام وذلك في الفقرتين أدناه:

٣-١ في القوانين الجنائية المقارنة

توالت تشريعات الدول الأجنبية والعربية على الأخذ بنظام تجنيح الجنايات، بعضها إكتفت بالنص عليه في صلب قانون الاجراءات الجنائية والبعض الآخر نصت عليه في القوانين الجنائية الخاصة. ففي فرنسا أوجد العمل القضائي نظام التجنيح ثم أقره المشرع فيما بعد^٣ في قانون ١٧ مارس لسنة ١٩٢٣ الخاص بالاجهاض، وقانون ١٧ فبراير لسنة ١٩٣٣ الخاص بالزواج بامرأتين، وقانون ٢٣ ديسمبر لسنة ١٩٨٠ المعدلة للمادة ٢٣١ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي الخاص بهتك العرض بالقوة أو بدونها، وقانون ٢ فبراير لسنة ١٩٨١ المعدل للمادة ٣٨٢ من القانون نفسه التي تعاقب بعقوبات الجناح لمرتكبي بعض السرقات^٤. وبمقتضاه يسمح لقاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة إحالة إحالة دعوى الجنايات الى محكمة الجناح للفصل فيها على الرغم من انه جنابة، بالتغاضي عن الظروف المشددة، أو بإستبعاد بعض الظروف المادية أو المعنوية، أو بالتغاضي عن الوصف الأشد كما في حالة التعدد المادي أو المعنوي^٥.

وفي القانون المصري كان المشرع يضطلع بنظام تجنيح الجنايات في قانون الإجراءات الجنائية في قانون ١٩ أكتوبر لسنة ١٩٢٥^٦، وبمقتضاه يجوز لقاضي التحقيق وغرفة الإتهام إحالة بعض الجنايات الى محكمة الجناح إذا توافرت أحد الأعدار القانونية والظروف المخففة، والغى هذا النظام بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢، ثم جاء القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ فأضاف الى قانون الإجراءات الجنائية المادة (١٦٠) مكرراً^٧ التي تجيز للنائب العام أو المحامي العام في الأحوال المبينة في المادة الفقرة الأولى من

^١ جميلة جلام، التجنيح القضائي، مقال منشور في مدونة العلوم الجنائية، ١٦ يونيو ٢٠١٥، منشور على العنوان الالكتروني الآتي:

<http://sciencescriminelle.blogspot.com/2015/06/blog-post.html>

تاريخ الزيارة: ٢٠١٨/٧/٨.

^٢ د. بالضياف الخزاني، التكييف في المواد الجنائية، ص ٨١.

^٣ د. حسون عبيد هبيج ومنتظر فيصل كاظم، تعديل التكييف القانوني للدعوى الجزائية- دراسة مقارنة، بحث منشور في في مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، كلية القانون، ع ٢٠٤، ٢٠١٤ ص ٢٣٧.

^٤ نفس المصدر السابق، هامش ٣٤، ص ٢٣٧.

^٥ Merle: et Vitu: droit penal special (par vitu) 1 ere ed. T.1 cjuas, 1982,686.

^٦ ينظر: د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء ١، الطبعة ٣، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٠، ص ١٨٥ وما بعدها.

^٧ مضافة بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ - الجريدة الرسمية العدد رقم ٣١ الصادر في ١٩٧٥/٧/٣١.

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يى

من المادة (١١٨) مكرراً (أ)^١ من قانون العقوبات، والمتعلقة بجرائم إختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر، إذ يجوز أن يحيل الدعوى الى محكمة الجنج بدلا من محكمة الجنايات مع بقاء الجريمة على وصفة الجنائية^٢، باستثناء الجنج التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر- عدا الجنج المضرة بأفراد الناس- فتحيلها النيابة العامة إلى محكمة الجنايات مباشرة^٣، نظراً لخطورتها ودقتها، مما لا يجوز تجنيحها^٤. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية " ان إقتران الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة بظرف قضائي مخفف لا يؤدي الى تخفيض عقوبتها الى حد عقوبة الجنحة، مما يعني عدم إمكانية تجنيح هذه الجنايات، أما إذا كانت مقترنة بعذر قانوني مخفف فيجوز تجنيحها فيما لو كان هذا العذر يخفض عقوبة هذه الجنايات الى حد عقوبة الحبس التي تدخل في إختصاص المحكمة الجنحية، فضلاً عن ذلك لا يجوز تجنيح الجنايات المرتكبة بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا تلك المضرة بأفراد الناس، نظراً لخطورتها ودقتها مما تدعو الى جعل إختصاص النظر فيها لمحكمة الجنايات دوماً"^٥.

كذلك أخذ به المشرع الليبي في المادة (١٣٦) من قانون الإجراءات بانه: ((إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة جنائية يحيلها إلى غرفة الاتهام ويكلف النيابة العامة بإرسال الأوراق إليها فوراً. ومع ذلك يجوز له بدلاً من تقديم الدعوى إلى غرفة الاتهام أن يصدر أمراً بإحالتها إلى المحكمة الجزئية إذا رأى أن الجنائية قد اقترنت بأحد الأعدار القانونية أو الظروف المخففة التي من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود الجنج. ويجب أن يشتمل الأمر على بيان الأعدار أو الظروف المخففة التي بني عليها. وللمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص إذا رأت أن ظروف الدعوى لا تبرر تخفيض العقوبة إلى حدود الجنج)).

وقن المشرع الجزائري تجنيح الجنايات بحيث يقوم النيابة العامة في بعض الأحيان بتجنيح الجنايات بإحالتها الى محكمة الجنج للإجراءات المعقدة أمام محكمة الجنايات^٦، وذلك في قانون ٠٦/٠١ المتعلق بالفساد، وقانون ١٨/٠٤ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروع بها، فهذا الاتجاه من شأنه أن يوافق نظماً التجنيح ويمنعه ليجعل المشرع وحده المختص بذلك^٧. ولخطورة عملية التجنيح فيكون للنائب العام دور في منع هذه الصورة من التجنيحات القائمة على التعليمات الادارية، وأساس ذلك أن المادة ١٨٠ من قانون الاجراءات الجزائي يمكن للنائب العام منع عملية التجنيح^٨ بالنص ((إذا رأى النائب العام في الدعاوي المنظورة أمام المحاكم عدا

^١ وتنص المادة ١١٨ مكرراً (أ) من قانون العقوبات المصري على انه: ((يجوز للمحكمة في الجرائم المنصوص عليها في هذا وفقاً لما تراه من ظروف الجريمة وملابساتها إذا كان المال موضوع الجريمة أو الضرر الناجم عنها لا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه أن تقضي فيها - بدلاً بعقوبة الحبس أو بواحد أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة السابقة. ويجب على المحكمة أن تقضى فضلاً عن ذلك بالمصادرة والرد أن كان لهما محل، وبغرامة مساوية لقيمة ماتم إختلاسه أو الاستيلاء عليه من مال أو ما تم تحقيقه من منفعة أو...)).

^٢ ينظر: د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٤٥٣. د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ط٧، دار الجامعة لجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٦٣١.

^٣ نصت المادة-٢١٤- والمستبدلة بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١- الجريدة الرسمية رقم ٤٤ مكرر الصادر في ٤ نوفمبر / ١٩٨١) عل انه: ((إذا رأت النيابة العامة بعد التحقيق أن الواقعة جنائية أوجحة أو مخالفة وأن الأدلة على المتهم كافية رفعت الدعوى إلى المحكمة المختصة ويكون ذلك في مواد المخالفات والجنج بطريق تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجزئية مالم تكن الجريمة من الجنج التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها عن طريق النشر عدا الجنج المضرة بأفراد الناس فتحيلها النيابة العامة إلى محكمة الجنايات مباشرة)).

^٤ د. محمود محمود مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٧٢. د. محمد محمد سويلم، مصدر سابق، ص ٣١٧. د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١٢٠.

^٥ د. محمود محمود مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

^٦ بوشلق كمال، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد ١، ص ٦٠٠، محمد شنوفي، مصدر سبق، ص ٦.

^٧ د. بالضياف الخزاني، التكييف في المواد الجنائية، ص ١٩٨.

^٨ د. بالضياف الخزاني، التكييف في المواد الجنائية، ٢٠٠١.

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يى

محكمة الجنايات إن الوقائع قابلة لوصفها جنائية فله الى ماقبل إفتتاح المرافعة أن يأمر بإحضار الأوراق وإعداد القضية وتقديمها ومعه طلباتها فيها الى غرفة الإتهام)).

٣-٢ في القانون العراقي

في العراق، يرى جانب من الكتاب^١ ان المشرع لم يتبع مسلك القوانين المقارنة التي أخذت بنظام التجنيح، أي أن القانون العراقي لا يعرف ما يسمى بنظام تجنيح الجنايات.

ونرى، وإن كان لا يوجد نص صريح على تجنيح الجنايات في القانون العراقي، بل ينص المادة (١٣٩/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٠٧١ المعدل على انه: ((إذا تراءى لمحكمة الجنح بعد إجرائها التحقيق القضائي أو المحاكمة في الدعاوى المحالة بصورة غير موجزة أو قبل ذلك بناء على تدقيقها الاوراق ان الفصل في الدعوى الجزائية يخرج عن إختصاصها ويدخل في إختصاص محكمة الجنايات فتقرر إحالة المتهم عليها..)) إلا انه يمكن أن نستدل على هذا النظام من نص المادة (١٨٧/ب) التي تنص على انه: ((لا تنقيد المحكمة في تحديد الوصف القانوني للجريمة بالوصف الوارد في أمر القبض أو ورقة التكليف بالحضور أو قرار الاحالة)).

يستخلص من هذا النص إن حاكم محكمة الجنح عندما ينظر في وقائع وظروف الجريمة محل الدعوى المنظورة أمامه ويمحصه، قد يستخلص أضرار وظروف مخففة، يمكن له في هذه الحالة إذا تبين له إن الجريمة المنظورة هي من الجنايات، أن تضفي عليها وصف الجنحة على إعتبار أن العقوبة التي يحكم بها على الجاني وفقاً لهذه الأضرار والظروف هي عقوبة تفرض على جرائم الجنح^٢.

مثال على ذلك قتل الزوج زوجته في حالة تلبسها بالزنا بالنص في المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته او احدى محارمه في حالة تلبس بالزنا او وجدها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال او قتل احدهما...)). حيث ان جريمة القتل هي من الجنايات ولكن نظراً للظروف التي وقعت فيها الجريمة يوجب القانون تخفيف العقوبة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبذلك يحق لمحكمة الجنح النظر في الدعوى.

إذن، من الأفضل أن ينص القانون العراقي صراحة على هذا النظام ونرى إضافة فقرة الى المادة (١٣٩) وأن يكون الصياغة على النحو الآتي:

((أ- إذا تراءى لقاضي التحقيق بعد إجرائها التحقيق الابتدائي أن الواقعة جنائية وقد إقترنت بأحد الأضرار القانونية أو الظروف المخففة التي من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود الجنح، فيجوز له أن يصدر أمراً بإحالتها إلى محكمة الجنح، على أن يشتمل الأمر على بيان الأضرار أو الظروف المخففة التي بني عليها. ولمحكمة الجنح أن تفصل في الدعوى أو تحيلها على محكمة الجنايات إذا رأت أن ظروف الدعوى لا تبرر الفصل في الجنائية المحالة عليها من محكمة التحقيق .

ب- إذا تراءى لمحكمة الجنح بعد إجرائها التحقيق القضائي أو المحاكمة ...

ج- إذا وجدت محكمة الجنايات

د- يكون قرار محكمة الجنايات))

^١ د. صباح مصباح، مصدر سابق، ص ١٢٢. د. حسون عبيد هجيج ومنتظر فيصل كاظم، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

^٢ في هذا المعنى ينظر: د. عاصم شكيب، مصدر سابق، ص ٣٧٢.

الخاتمة

من خلال إستعراض البحث في تجنيح دعاوي الجنايات وماهيته وتقييمه ببيان مزاياه وعيوبه ونصوص التشريعات التي أخذت به لا يسعنا إلا أن نقول أن تجنيح الجنايات (هو نظام يخول محكمة الجنح سلطة الفصل في الدعاوي التي تعد أصلاً جنائيات وتم إستبدال عقوبتها لتصير جنحة). وإننا لاحظنا الخلاف الفقهي الحاد بين المؤيد والمعارض لهذا النظام ونرى إن تجنيح الجنايات جاء في البداية كمعالجة قضائية الغرض منها الإلتفاف على النقص التشريعي لجسامة العقوبات المقررة لبعض الأنواع من الجرائم، ومن ثم أضفى على هذا الحل القضائي الغطاء القانوني عندما قننه المشرع الفرنسي.

ونتفق مع مؤيدي هذا النظام مع عدم التوسع فيه بل من الأفضل حصر نطاق تطبيقه في نطاق ضيق لأن هذا النظام يعتبر إستثناء ورد على الأصل وهو إختصاص محكمة الجنايات بالنظر في دعاوي الجنايات وهو وجد في التشريعات التي أخذت به لغرض الحد قدر الإمكان من مشكلة تراكم القضايا وتأخير حسمها من قبل محكمة الجنايات.

هناك فرق بين تجنيح للدعوى وتجنيد للواقعة، وإحالة الجنايات على محكمة الجنح يعد تجنيحاً للجنايات من ناحية الإختصاص فقط دون نوع الجريمة، وقانون عقوبات أغلب الدول يتضمن تجنيح لوقائع الجنايات في حين تجنيح دعاوي الجنايات لم يأخذ به الا قلة من الدول. وفي القانون العراقي وإن كان لا يوجد نص صريح على تجنيح الجنايات إلا انه يمكن أن نستدل على هذا النظام من نص المادة (١٨٧/ب) بانه: ((لا تنقيد المحكمة في تحديد الوصف القانوني للجريمة بالوصف الوارد في أمر القبض أو ورقة التكليف بالحضور أو قرار الاحالة)). ويا حبذا ينص القانون العراقي صراحة على هذا النظام بإضافة فقرة الى المادة (١٣٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية وأن يكون المضمون على النحو الآتي:

((أ- إذا تراءى لقاضي التحقيق بعد إجرائها التحقيق الابتدائي أن الواقعة جنائية وقد إقترنت بأحد الأعدار القانونية أو الظروف المخففة التي من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود الجنح، فيجوز له أن يصدر أمراً بإحالتها إلى محكمة الجنح، على أن يشتمل الأمر على بيان الأعدار أو الظروف المخففة التي بني عليها. ولمحكمة الجنح أن تفصل في الدعوى أو تحيلها على محكمة الجنايات إذا رأت أن ظروف الدعوى لا تبرر الفصل في الجنائية المحالة عليها من محكمة التحقيق .

ب- إذا تراءى لمحكمة الجنح بعد إجرائها التحقيق القضائي أو المحاكمة ...

ج- إذا وجدت محكمة الجنايات).

قائمة المصادر

أولاً- الكتب

- ١- أحمد حسين حسين الجداوي، سلطة المحكمة في تعديل وتغيير التهمة الجنائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠.
- ٢- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج٣، ٢٠٠٧.
- ٣- د. جلال ثروت، اصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ١٩٨٨.
- ٤- د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٣.
- ٥- د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠٠٧.
- ٦- د. عبدالنواب الشوربجي، التجنيح القضائي في ضوء مشروع وزارة العدل لسنة ١٩٩٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٧- د. صباح مصباح محمود السليمان، قانون الاختصاص في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
- ٨- لطيفة محمد سالم، النظام القضائي المصري الحديث، الجزء الثاني، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠١٠.
- ٩- د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج١، ط٣، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٠.
- ١٠- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٨.
- ١١- د. محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون مكان نشر، ١٩٩٣.
- ١٢- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط١٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٣- د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ط٧، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٤- محمد علي علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٠.

ثانياً- الرسائل الجامعية والبحوث

- ١٥- بوشلق كمال، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد ١٤، ٢٠١٨.
- ١٦- د. بالضياف خزاني، التكييف في المواد الجنائية، رسالة دكتورا مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ١٧- د. بالضياف خزاني، أنواع التجنيح وطرقه، بحث منشور في مجلة الحقيقة، جامعة ادرا، جزائر، العدد ٢٤، ٢٠١٣.
- ١٨- د. حسون عبيد هجيج ومنتظر فيصل كاظم، تعديل التكييف القانوني للدعوى الجزائية- دراسة مقارنة، جامعة بابل، كلية القانون.
- ١٩- محمد شنوفي، التجنيح القضائي في القضاء الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة جزائر، ٢٠٠٢.

ثالثاً- القوانين

- ٢٠- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.
- ٢١- قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

تجنيح دعاوي الجنايات

د. أوزدن حسين رحمن دزه يى

-
- ٢٢- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٢٣- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٢٤- قانون الاجراءات الجنائية الليبي .
- ٢٥- قانون الاجراءات الجنائية الجزائري .
- رابعاً- أحكام محكمة النقض
- ٢٦- الطعن رقم ١٨١٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٤٠ مجموعة الربع قرن.
- ٢٧- الطعن رقم ٢٤٧٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ٧/٣/١٩٥٥ مجموعة الربع قرن.
- ٢٨- الطعن رقم ١٨١٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٤٠ مجموعة الربع قرن.
- خامساً- المصادر الالكترونية
- ٢٩- جميلة جلام، التجنيح القضائي، مقال منشور في مدونة العلوم الجنائية، ١٦ يونيو ٢٠١٥، منشور على العنوان الالكتروني الآتي:
<http://sciencescriminelle.blogspot.com/2015/06/blog-post.html>
- ٣٠- تجنيح الجنايات – منشور على العنوان الالكتروني الآتي:
http://mustafaelbnan.blogspot.com/2012/07/blog-post_2567.html
- ٣١- الطعن رقم ١١٩١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٦ - منشور على العنوان الالكتروني الآتي:
http://mustafaelbnan.blogspot.com/2012/07/blog-post_2567.html
- سادساً- المصادر الأجنبية
- ٣٢- Stefani-Levasseur et boulouc : procedure penale, 1998 .
- ٣٣- Merle: et Vitu: droit penal special (par vitu) 1 ere ed. T.1 cjuas, 1982.

المقومات العملية للنظام الحزبي في النظم الديمقراطية

د. آيات سلمان شهيب

كلية الحقوق / جامعة النهرين

ملخص البحث

من المؤكد ان للنظام الحزبي سمات او مقومات ينبغي توافرها بصفة عامة في كل المجتمعات بغض النظر عن السمات الاخرى التي تميز النظام الحزبي فيكل دولة على حده ونستطيع ان نحدد تلك المقومات باستقراء الواقع السياسي والاجتماعي في الدول المتقدمة والتي وصلت فيها الديمقراطية الى مستوى راق من الحضارة وايضا من خلال تتبع الاطار الحركي للنظام الحزبي في الحياة السياسية، وبالتالي سوف تتضح لنا المقومات العملية للنظام الحزبي تارة اثناء تفاعله مع المؤسسات الرسمية والتي تشكل تفاعلاتها ومجموعها النظام السياسي للدولة وتارة اخرى اثناء تفاعله مع القوى غير الرسمية في المجتمع وتارة اخرى اثناء تفاعله مع بعض العوامل الاجتماعية التي تؤثر وتتأثر به مثل العامل الاجتماعي والاقتصادي والثقافي في المجتمع .

كلمات مفتاحية: الحزب، الانتخاب ، التعددية ،المشاركة الوطنية ، صناعة القرار

The practical components of the party system in democratic system

Ayat salman shuhaip

Abstract

It is certain that the party system has characteristics or elements that should be available in general in all societies regardless of the other characteristics that characterize the party system in each country. We can define these elements by extrapolating the political and social reality in developed countries, where democracy reached a high level of civilization, By tracing the dynamic framework of the party system in political life,

Thus, we will see the practical elements of the party system at times during its interaction with the official institutions, which constitute their interactions and the total political system of the state, while others interact with the informal forces in society, while others interact with some social factors that affect and are affected by such social, economic and cultural factor in society .

Keywords: party, election, pluralism, national participation, decision making

هدف البحث : يهدف هذا البحث الى التعريف بالدور الايجابي للحزاب السياسية داخل المجتمعات الديمقراطية لكون هذه الاحزاب تشكل ركنا اساسيا من اركانها والاستفادة من تجاربها في الحياه السياسية في العراق حيث انها تلهم الكيانات يمكن تشكل خطرا على الديمقراطية عندما تأخذ معنى عسكريا او طائفيا او عرقيا وبالتالي شل الحوار السياسي والقضاء على الحريات ، وسيكون ذلك من خلال ايضاح المقومات العملية التي يفترض ان تعكس الحالة المثالية لتكوين تلك الاحزاب ودورها الفاعل في المجتمع .

مشكلة البحث

يشير هذا البحث تساؤلات حول تكوين وعمل الاحزاب السياسية كما ان هذا البحث يحاول إثارة العديد من الفروض العملية التي قد تظهر نتيجة لتطبيق حرية تكوين الاحزاب السياسية ومنها كيفية ضمان الوحدة الوطنية للبلاد بعد تبني التعددية الحزبية وكيفية الحفاظ على جوهر الديمقراطية وعدم تحولها الى ديمقراطية جوفاء بانعدام الديمقراطية داخل الاحزاب السياسية وكذلك الحالة التي ينحرف فيها الحزب عن الاهداف البناءة والايجابية الى كيان سلطوي محض او كيان تخريبي ذي نزعة عدوانية.

هيكلية البحث :

سوف نقسم دراستنا الخاصة بموضوع البحث الى اربعة مباحث بالاضافة الى مطلب تمهيدي للتعريف بماهية الاحزاب السياسية لغة واصطلاحا، نتناول في الأول منها تنظيم اختيار القيادات الحزبية وبيان موقف التشريعات المقارنة منها، أما الثاني فسوف ندرس فيه تنظيم المشاركة الوطنية في اختيار الاحزاب عن طريق العملية الانتخابية كما نتناول في المبحث الثالث مسألة التنظيم الدستوري للعمل الحزبي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ وصولاً الى المبحث الرابع الذي يتناول مسألة غاية في الاهمية وهي تأثير الاحزاب السياسية في المجتمعات المتنوعة اثنيًا.

مطلب تمهيدي

لأجل بناء مفهوم واضح وسليم لمعنى مصطلح النظام الحزبي تم تخصيص مطلب تمهيدي لغرض التعريف بلفظ الحزب في اللغة العربية وفي الاصطلاح وبيان مقصوده في الدراسات القانونية والسياسية.

ولفظ الحزب في اللغة تعني التجمع (تحزّبوا) أي تجمعوا، ولفظة الحزب تعني الطائفة ^(١) وحازب بمعنى ناصر وعاضد، والأحزاب التي هي جمع كلمة حزب تعني جماعة من الناس ^(٢) والأحزاب في بداية الدعوة الإسلامية تشير إلى القبائل العربية التي اجتمعت لمحاربة النبي (عليه الصلاة والسلام) في موقعة الخندق

وقد ذكر لفظ الأحزاب في القرآن الكريم في مواضع عديدة منها: قوله عز وجل (أي الحزبين احصى لما لبثوا امدا) ^(٣) وقوله تعالى (يحسبون الأحزاب لم يذهبوا وإن يأت الأحزاب يودوا لو أنهم بادون في الأعراب) ^(٤) وقوله تعالى (فإن حزب الله هم الغالبون) ^(٥) وأما اصطلاحاً فيمكن تعريف الحزب السياسي بأنه تنظيم سياسي له صفة العمومية وذو شخصية معنوية ويتبنى برنامجاً سياسياً يسعى بمقتضاه إلى الوصول إلى السلطة ^(٦)

وقد عرف الفقيهين الفرنسيين (فرانسوا جونبترك) و (تران فان مينيه) الأحزاب السياسية بقولهما (كل تنظيم يستحوذ على كوادر حزبية موزعة داخل إقليم الدولة وهي كوادر محترفة للسياسة وهدفها صالح المجتمع كما أن هذه الكوادر تضع نصب أعينها الوصول للسلطة منفردة أو بالانضمام إلى التنظيمات الأخرى أو على الأقل في حالة عجزها عن تحقيق هذه الغاية الأثير على السلطة القائمة أو التأثير في قراراتها) ^(٧)

(١) محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ١٣٣

(٢) يوسف معلوف: منجد اللغة، دار الاسلام للنشر، الطبعة الخامسة والثلاثون، طهران، ١٩٩٦، ص ١٣١

(٣) سورة الكهف/الاية ١٢

(٤) سورة الأحزاب/الاية ٢٠

(٥) سورة المائدة/الاية ٥٦

(٦) د. محمد محمد بدران، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٣٠

(٧) رجب حسن عبد الكريم: الحماية القضائية لحرية واداء الأحزاب السياسية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٧

المبحث الأول

تنظيم كيفية اختيار القيادات الحزبية

في مجال الديمقراطية داخل الأحزاب يمكن الإشارة الى جانب مهم يتعلق بتأثير النظام الحزبي على هذه الديمقراطية، فكلما كان النظام الحزبي مستقراً وراسخاً كلما امكن من وجود الديمقراطية في احزابه الا ان هذا الأمر غير مطلق، إذ ترد عليه استثناءات عديدة مرجعها ان استقرار النظام الحزبي قد يؤدي الى تزايد قوة قيادات الاحزاب وسيطرتها، الا ان الحقيقة الراسخة في هذا الامر تبقى متمثلة في الديمقراطية داخل الأحزاب هي ضرورة لاستقرار النظام الديمقراطي.^(١)

وتختلف الأحزاب السياسية في طريقة اختيار قياداتها فالأحزاب السياسية الفاشية يفرض الزعيم نفسه و يختار معاونيه واحياناً خلفه، وفي الاحزاب الشيوعية تعين القيادة بالانتخاب الا أن هذا الانتخاب يتم ضمن لائحة تضعها القيادة السابقة نفسها وغالباً ما تقوز لائحة القيادة فتجدد نفسها وبذلك تكون القيادة محصورة في دائرة محدودة من الاعضاء يشكلون منظمة مغلقة، أما أحزاب (الكوادر) فإن القيادة تنتخب انتخاباً ولكن من بين العدد المحدود من الشخصيات والوجهاء الذين يكونون الحزب، أما الاحزاب الاشتراكية الديمقراطية وأحزاب الجماهير فإن الانتخاب هو القاعدة الا انه يطعم احياناً من القيادة.^(٢)

وبناءً على ما تقدم فإن الحزب الديمقراطي يحتاج الى ان ينتهج الشفافية داخل الحزب عن طريق إجراء انتخابات دورية تمكن الأعضاء من اختيار قادتهم على المستويين المركزي والوطني وعلى مستوى المقاطعات بكل حرية واستقلالية وكذلك ينبغي أن يتخذ اختيار القياديين المرشحين لمناصب عامة طابعاً تشاركياً أكثر لجهة أعضاء الحزب في هذه العملية.^(٣)

وقد اختلفت التشريعات في طريقة معالجتها لاعتماد مبدأ الانتخاب في اختيار القيادات الحزبية فما يرتب على الأحزاب إتباع مبدأ الانتخاب في فرنسا بالنسبة لاختيار قياداتها الحزبية هو نص المادة (٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م والتي نصت على أن "تسهم الأحزاب والجماعات السياسية في التعبير الذي يسفر عنه الاقتراع وهي تتشكل وتمارس نشاطاتها بحرية وعليها ان تحترم مبادئ السيادة الوطنية والديمقراطية".

وبالرجوع الى نص الفقرة الأخيرة من المادة (٣) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ نجدها تنص على ان "... ويشجع القانون المساواة بين النساء والرجال في الوصول الى النيابات الانتخابية والى الوظائف التي يتم شغلها بالانتخابات"

علماً أن قانون الجمعيات الصادر عام ١٩٠١ لم يتضمن أية اشارة الى اتباع طريقة الانتخاب في اختيار قيادات الاحزاب السياسية وكل ما اشترطته في تأسيس الجمعيات بهذا الصدد هو ما تضمنته المادة (٥) من القانون المذكور والتي ألزمت الاعضاء المؤسسون للجمعية إخطار السلطة الإدارية التي يقع في دائرتها مركز الجمعية ويجب ان يشمل الإخطار على بيان باسم الجمعية والغرض منها ومقر أبنيتها واسم كل من يشترك في إدارتها ومهنته ومحل إقامته وان يكون مصحوباً بنسختين من نظام الجمعية، على أن تبلغ الإدارة بأي تعديل أو تغيير في هذا النظام.^(٤)

(١) د. محمد طي: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط٥، د.ت، ص ١٦١

(٢) د. وحيد عبد المجيد: أزمة الديمقراطية داخل الأحزاب المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٨، ص ١٨-٢٥

(٣) المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية: دليل تدريبي للأحزاب السياسية، ترجمة ناتالي سليمان، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٠

(٤) لمزيد من التفصيل حول مشروعات قوانين الأحزاب السياسية في فرنسا: ينظر د. ياسر حمزة، حماية الحقوق السياسية في القانون الدستوري المصري، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩، ص ١٤٥، وما بعدها وانظر ايضاً : سعد عصفور، حرية تكوين الجمعيات في انكلترا وفرنسا ومصر، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع ١-٢٤، السنة الخامسة، ١٩٥٩، ص ١٣٨

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شهيب

وليس في هذه المادة ما يدل على إلزام الأحزاب السياسية بإتباع طريقة الانتخاب في اختيار قياداتها الحزبية، وكذا هو الحال بالنسبة للمادة الثالثة التي تبنت الشروط المتعلقة بمبادئ الجمعية وأهدافها والتي قررت بطلان أية جمعية تقوم على سبب أو لأجل غرض غير مشروع مخالف للقوانين والآداب العامة أو يكون غرضها المساس بسلامة إقليم الدولة والشكل الجمهوري للحكومة تكون باطلة لا أثر لها.^(١) بيد أن الجاري عملاً أن أغلب الأحزاب الفرنسية تتبع الممارسات الديمقراطية في اختيار قياداتها وفي اتخاذ قراراتها الأخرى.^(٢)

ولقد أوجب القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية الصادر سنة ١٩٤٩ على الأحزاب السياسية أن يستجيب نظامها الداخلي للمبادئ الديمقراطية الأساسية، وكما أنه اعتبر الحزب الذي يسعى من خلال تصرفاته وأهدافه إلى المساس بالنظام الأساسي الديمقراطي الحر أو إزالته مخالف للدستور وتكون المحكمة الدستورية هي التي تختص بالفصل بمسألة المخالفة الدستورية ومداها.

وقد تجسد هذا الأمر في قانون الأحزاب السياسية الألماني لسنة ١٩٦٧ والذي انتهى الأمر به إلى أن اعتبر الالتزام الأول على عاتق الأحزاب هو إدخال قواعد الديمقراطية الحرة في حياته الداخلية، كما أكد على مبدأ الانتخاب في اختيار قيادات الحزب في معرض تنظيمه للجنة التنفيذية للحزب.

إن القانون قد سمح أن يكون أعضاء اللجنة التنفيذية للحزب الذين حصلوا على عضوية البرلمان أو من كبار الحزب الذين يتولون مناصب حكومية، شريطة أن يكون توليهم لهذه المناصب عن طريق الانتخابات مما يدل على أن المشرع الألماني حريص على ترسيخ الأسس الديمقراطية وفي كل الأحوال اشترط القانون أن لا يزيد عدد هؤلاء الأعضاء عن خمس العدد الكلي للجنة التنفيذية.^(٣)

أما أمر سلطة الائتلاف رقم (٩٧) لسنة ٢٠٠٤ فقد أحال طريقة أو عملية اختيار القادة والمرشحين إلى النظام الداخلي للكيان السياسي وذلك بموجب أحكام القسم (٤/٣/و) والذي جاء فيه "... و- ويجب على الكيانات السياسية والأفراد المصادق عليهم ككيانات سياسية أن تصدر نظاماً يحكم تنظيمها وطريقة عملها بما في ذلك طريقة أو عملية اختيار القادة والمرشحين ويجب أن يكون النظام متاحاً لأي فرد من أفراد الشعب للاطلاع عليه..."

ومن تحليل النص يتبين أن المشرع لم يلزم الأحزاب السياسية باعتماد مبدأ الانتخاب لاختيار القيادات الحزبية واكتفى بأن يتضمن النظام الداخلي للكيان السياسي طريقة عملية اختيار القادة حتى وإن كانت غير انتخابية.

وهو ما يمكن أن نعهده عيباً صارخاً على هذا التشريع الذي يعد الأول في مجال تنظيم الحياة الحزبية في العهد الديمقراطي للدولة.

أما مشروع قانون الأحزاب السياسية العراقي لسنة ٢٠١١ فقد كان حريصاً على النص باعتماد طريقة الانتخاب كطريقة حصرية لاختيار القيادات الحزبية إذ نصت المادة (٦/ف/ثانياً) على أن "يعتمد الحزب آلية الانتخاب بوصفه الطريقة الوحيدة لاختيار القيادات الحزبية على جميع المستويات ووفق نظامه الداخلي"

ويتضح من تحليل النص أن المشروع قد حرص على تأكيد وحدانية طريقة الانتخاب في اختيار القيادات الحزبية وإن تعميم هذا الأمر على جميع المستويات الحزبية أمراً حسناً لأن ذلك يعزز بشكل كبير مفهوم

(١) راجع نص المادة (٣) من قانون الجمعيات الفرنسي لسنة ١٩٠١

(٢) على سبيل المثال احتكم قادة الحزب الاشتراكي الفرنسي في كانون الأول/يناير من سنة ٢٠٠٤ إلى الأعضاء لحل النزاع كبير طال لفترة معينة، فأجرى اقتراحاً استشارياً شمل الأعضاء للمساعدة في اتخاذ قرار فيما إذا كان على الحزب أن يوافق على التصويت بنعم في الاستفتاء الفرنسي حول مسألة الاتحاد الأوروبي المعدلة، أو بلا وكانت هذه القضية المثيرة للجدل في أوساط الحزب الداخلية تحمل بذور تقسيم الحزب لكن بإجراء الاقتراع الداخلي مكن القوى المؤيدة لتلك المسألة في الحزب والمعارضة لها من إيصال آرائها وفي نهاية الأمر نال السكرتير الأول للحزب (قائده) الموافقة النهائية التي طالما أمل فيها بفعل نتيجة التصويت التي أبدت القضية بشدة ولكن معظم مناصري الحزب تجاهلوا موافقة الحزب وصوتوا ضد الدستور الأوروبي ولمزيد من التفصيل ينظر سوزان سكارو.

(٣) راجع نص المادة (١١ ف ١، ٢) من قانون الأحزاب السياسي الألماني لسنة ١٩٦٧

الديمقراطية في المجتمع، بيد ان ما يؤخذ على النص عدم إشارته الى فرض نوع من الرقابة على الانتخابات الحزبية لضمان شفافيته ونزاهتها.

المبحث الثاني

تنظيم المشاركة الوطنية الشاملة في اختيار الأحزاب

تعد الدولة القانونية هي الاطار الذي يمكن من خلاله ان تتحقق المثل العليا للديمقراطية، فالدولة بمؤسساتها ومصالحها وهيئاتها إذا ما شيدت على اسس قانونية ولمصلحة المواطن ولكي تتجسد المواطنة على ارض الواقع على القانون ان يعامل ويعزز معاملة كل الذين يعتبرون بحكم الواقع اعضاء في المجتمع على قدم المساواة وذلك بتمكين المواطن من ممارسة حقوقه على قدم المساواة وبموجب القانون يكون ضمان الحقوق والحريات دستورياً وقضائياً وقانونياً ومجتمعياً من خلال تنمية قدرة الرأي العام ومنظمات الحريات العامة وحقوق الانسان.^(١)

وان الفرد في الدولة لا بد له من ان يكون عضواً في المجتمع السياسي وهذا يستلزم الحصول على جنسية الدولة، والجنسية تمنح تارة على اساس الولادة وبذلك تكون المواطنة أصيلة وتارة أخرى تمنح على اساس الإقامة على إقليم الدولة المانحة لها.^(٢)

وفي كل الأحوال فإن الحصول على جنسية الدولة هي الأساس في المواطنة لأنه يرتب الكثير من الاستحقاقات القانونية لحاملها، واهمها الاعتراف بأهلية الشخص بأن يكون جزءاً من الحياة العامة والمشاركة في اتخاذ القرارات السياسية وكل ذلك ضمن مجتمع دستوري.^(٣)

وحيث ان الديمقراطية اليوم تركز على التعددية الحزبية فلا يمكن لأي نظام ليبرالي ان يسير بصورة سليمة بدون وجود الأحزاب السياسية كونها اهم أدوات الصراع السياسي و اهم المنظمات التي تتكون من خلالها الارادة الشعبية وعلية فالتلازم قائم بين الاحزاب السياسية من جهة وضرورة تأسيسها على اساس المواطنة من جهة اخرى، إذ يركز بشكل اساس على مبدأ المساواة القانونية بين المواطنين دون النظر الى الجنس أو المذهب أو العقيدة، حيث استقرت معظم المواثيق الدولية والدساتير المقارنة على هذا المبدأ، وقد أضحت المواطنة إحدى آليات الحد من الصراعات على اختلاف أنواعها أثنية أم جماعية... الخ، من خلال ارتكازها على مبدأ المساواة وعدم التمييز.^(٤)

ومن الناحية القانونية تعد المواطنة من المسائل غير الواضحة تمام الوضوح، فلا يوجد اتفاق حولها في القانون الدولي في الوقت الحاضر، الا ان ثمة اتفاقاً عاماً على الأمور والمسائل الاتية على اقل تقدير وهي أن المواطنة بالمعنى القانوني الدقيق تعني العضوية في امة من الامم.^(٥)

والمواطنة وفقاً للمفهوم القانوني الدقيق بأنها عضوية الفرد في دولة من الدول، وقد تطور مفهوم المواطنة في النظرية السياسية بتطور حياة الشعوب، إذ اعتمد المفهوم الحديث للمواطنة على الاندماج بالمجتمع الانم على الولاء السياسي الذي يتألف من وقوف الاشخاص بعضهم الى جنب بعض في

(١) علي خليفة الكواري: المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص ٣١ و ٣٨

(٢) Helen Irving, Gender and the constitution, Cambridge University Press, new york, 2008, p112

(٣) DORA KOSTAKOPOULOU, The Future Governance Of Citizenship, United Kingdom, Gambridge, New York, First Published 2008, P120

(٤) د. امل هندي الخزعلي: جدلية العلاقة بين الديمقراطية- المواطنة والمجتمع المدني العراقي (العراق انموذجاً)، في اشكاليات التحول الديمقراطي في العراق، تقديم د. جابر حبيب جابر، ط١، دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف الاشرف، ٢٠٠٩، ص ٣٨

(٥) أوستن ارني: سياسة الحكم، ترجمة د. حسن علي ذنون، مراجعة د. ايليا زغيب، المكتبة الاهلية، بغداد، ج ٢، ١٩٦٤، ص ٢٢١

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شهيب

التمسك بالولاء للوطن والحصول على الامتيازات التي تسبغها عليهم النظم القانونية والامتثال للواجبات المقررة بموجبها.^(١)

والدولة التي تتعدد أصول مواطنيها العرقية وعقائدهم الدينية وانتماءاتهم الثقافية والسياسية لا يمكن ضمان وحدتها واستقرارها الا على اساس مبدأ المواطنة الذي يركز على منظومة قانونية وسياسية واجتماعية وأخلاقية متكاملة، وهذه المنظومة تتمثل في مجموعة الروابط والعلاقات التي تجمع بين ابناء الوطن الواحد من جهة، وبينهم وبين مؤسسات الدولة من جهة اخرى، فمبدأ المواطنة لا يمكن أن يقوم على إلغاء الصفات والانتماءات والمعتقدات وغيرها من خصوصيات بعض الفئات، وإنما يقوم على احترامها، وإتاحة أمامها فرص المشاركة في اغناء الوطن وتنمية رصيده الثقافي والحضاري.

ومن اهم هذه الانتماءات هي الاحزاب السياسية بعد ان اصبح دورها جوهرياً في الديمقراطيات المعاصرة لدرجة انه لا يمكن التصور بإمكانية الحياة الديمقراطية من دون مساهمة الأحزاب فيها، باعتبار ان المواطن لا يستطيع بمفرده مستقلاً عن سائر مواطنيه أن يكون لنفسه رأياً وان يتخذ موقفاً ويختار منهاجاً الا بالتشاور والمناقشة، مما يتطلب تأليف الجمعية أي الحزب الذي سرعان ما يتجه المواطن للانتماء إليه بحكم الايمان بعقيده والقبول ببرنامجه.

لقد نص الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ بشكل اكثر وضوحاً على هذا المبدأ وذلك في المادة (١) منه بنصها " فرنسا جمهورية غير قابلة للتجزئة علمانية ديمقراطية اجتماعية، وهي تكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون بدون تمييز للأصل أو العنصر أو الدين، وهي تحترم جميع المعتقدات" في المانيا بالإمكان التوصل الى ذلك من خلال التمعن بنص المادة (١/ف٢) من قانون الاحزاب السياسية لسنة ١٩٦٧ والتي نصت على ان " تشارك الأحزاب السياسية في تشكيل الإرادة السياسية للشعب في جميع نواحي الحياة وبالذات بممارسة النفوذ في صياغة الرأي العام....، وضمان الصلات الحيوية بين الشعب وعناصر الدولة." فتعتبر ديمومة الصلاة الحيوية بين الشعب وعناصر الدولة هو بعينه مبدأ المواطنة الذي يجب أن تؤسس على أساسه الأحزاب السياسية.

ونص القانون الاساسي لجمهورية المانيا الصادر عام ١٩٤٩ على أن " ١- كلا البشر سواسية أمام القانون.... ٣- لا يجوز التمييز أو إلحاق الغبن لأحد بسبب جنسه، منبته، عرقه، لغته، وطنه، أصله، عقيدته، أو رؤيته الدينية أو السياسية، ولا يجوز إلحاق الغبن بأحد بسبب اعاقه فيه"

كما تأكد المفهوم في أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي ذهب ابعده من ذلك إذ قرر أن مبدأ المساواة ممكن ان ينتهك إذا اخذ القانون بأي صورة التمييز المذكورة في المادة (١) من الدستور الفرنسي ويمكن ان ينتهك سواها إذا ما تضمن القانون قواعد مختلفة لمشروعات توجد في نفس المركز ونفس الظروف. لم يتضمن قانون الجمعيات الفرنسي الصادر ١٩٠١ نص صريحاً يقتضي بضرورة تأسيس الجمعية على اساس المواطنة الا ان بالإمكان استنتاج ذلك من روح القانون وذلك بالتمعن لنص المادة (٣) من القانون المذكور والتي نصت على ان " كل جمعية تقوم على سبب لأجل تحقيق غرض غير مشروع مخالف للقوانين والآداب العامة، أو يكون غرضها المساس بإقليم الدولة أو الشكل الجمهوري للحكومة هي باطلة ولا اثر لها"

وقد حرص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على تبني مبدأ المواطنة كأساس فلسفي لبناء الدولة وهذا ما تأكد في ديباجته التي نصت على ان " ... فسينا... لنصنع عراقنا الجديد... من دون نكرة طائفية ولا نزعة عنصرية، ولا عقدة مناطقية، ولا تمييز، ولا اقضاء..."^(٢)

(١) د. قائد محمد طربوش: انظمة الحكم في الدول العربية، تحليل قانوني مقارنة، ج٣، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧، ص ٣٤٨-٣٤٩

(٢) وقد اكد (قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤) على مبدأ المواطنة في ديباجته إذ نصت على ان " ان الشعب العراقي الساعي الى ... وساعياً في الوقت نفسه الى الحفاظ على وحدة وطنه بروح الأخوة والتآزر.... الى إزالة آثار السياسات والممارسات العنصرية والطائفية ومعالجة المشاكل المرحلية" كما اكدت المادة ٤ منه هذا المبدأ بنصها "... ويقوم النظام الاتحادي على اساس الحقائق الجغرافية والتاريخية والفصل بين السلطات وليس على اساس الأصل أو العرق، أو الاثنية أو القومية أو المذهب" اما المادة (٢٠/ب) فقد نصت على ان " لا يجوز التمييز

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شهيب

أما المادة (٧) منه فقد نصت على ان " أولاً: يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الارهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي أو يحرّض أو يمهد أو يمجّد أو يروج أو يبرّر له، وبخاصة البعث الصدامي في العراق ورموزه. تحت أي مسمى كان، ولا يجوز ان يكون ذلك ضمن التعددية السياسية وينظم ذلك بقانون"

بيد ان المادة (١٤) جاءت اكثر تجسيدا لمبدأ المواطنة بنصها " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"

اما مشروع قانون الاحزاب السياسية لسنة ٢٠١١ فقد نص على اشتراط مبدأ المواطنة كأساس يعتمد عليه الحزب في تكوينه وذلك بموجب احكام المادة (٥) من حيث نصت على ان " أولاً: يؤسس الحزب على أساس المواطنة وبما لا يتعارض ما أحكام الدستور.

ثانياً: لا يجوز تأسيس الحزب على أساس العنصرية أو الارهاب أو التكفير أو التعصب الطائفي أو العرقي أو القومي"

وبالرغم من أهمية النص على مبدأ المواطنة كونه يمثل ضماناً أكيدة لتحقيق الوحدة الوطنية للدولة الا ان بإمكاننا ان نسجل ملاحظتين على النص المتقدم تتمثل بالاتي: انه لم يبين موقف مصير الأحزاب التي هي قائمة بالفعل والمشكلة على اساس ديني أو على أساس قومي كالأحزاب الكردستانية أو التركمانية.

كما انه لم يحرم تأسيس الأحزاب على اساس ديني خصوصاً ان النص قد حرم الأحزاب على اساس طائفي أي انه حرم قيام الأحزاب على اساس الطائفة داخل الدين الواحد في الدولة ولم يحرم قيامها على اساس ديني لاسيما وأن العراق دولة متعددة الديانات، وهذا ما أفصحت عنه المادة (٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إذ نصت على " العراق بلد متعدد القوميات والأديان والمذاهب..."

أورد تكرار لا مبرر له فلا حاجة لذكر الفقرة الثانية لان تأسيس الحزب على اساس المواطنة يعني ضمناً عدم جاز تأسيسه على أساس العنصرية أو الارهاب أو التكفير أو التعصب الطائفي أو العرقي أو القومي.

ضد اي عراقي.... على اساس الجنس أو الدين أو المذهب أو العرق أو المعتقد أو القومية أو اللغة أو الثروة أو المعرفة بالقراءة والكتابة"

المبحث الثالث

التنظيم الدستوري للأحزاب السياسية في العراق بعد سنة ٢٠٠٣

اشار قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الى ضمان الحق في حرية تشكيل الأحزاب السياسية والانضمام اليها على وفق القانون في الفقرة (ج) من المادة الثالثة عشرة منه. وقد كانت تلك الإشارة غير مفصلة وغير دقيقة خاصة وان المشرع لم يفرق مصطلح السياسية بالأحزاب لا سيما وأنه قد نظمها بفقرة واحدة مع الجمعيات والنقابات غير السياسية، وأنه لم يخصص مادة دستورية خاصة بتنظيم الأحزاب السياسية ليضع الخطوط الرئيسية لتشكيلها والانضمام اليها وطرق تمويلها وحلها والجهة المختصة بمراقبتها.^(١)

وحظر على اعضاء حزب البعث المنحل ممن كان بدرجة عضو فرقة فما فوق من الترشيح الى عضوية الجمعية الوطنية الا اذا تم استثنائهم حسب القواعد القانونية.^(٢) بينما اكد دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٣٩) منه على : كفالة حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية أو الانضمام اليها.^(٣)

ولا يحد الدستور من تلك الحرية سوى الحظر الوارد في المادة (٧/اولاً) منه والذي يتعلق بحظر تبني أي كيان لأي نهج عنصري أو ارهابي أو تكفيري أو طائفي أو يحرض أو يروج له.^(٤) وبناء على ما اقره مجلس النواب طبقاً لأحكام البند (اولاً) من المادة (٦١) والبند (ثالثاً) من المادة (٧٣) من الدستور، اصدر رئيس الجمهورية قراره المرقم (٣٩) والمؤرخ في ٢٠١٥/٩/١٧ المتضمن اصدار قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ المتكون من (٦١) مادة، تهدف الى تنظيم الاطار القانوني لعمل الأحزاب السياسية على اسس وطنية ديمقراطية تضمن التعددية السياسية وتحقيق مشاركة واسعة في الشؤون العامة.

وطلب المشرع من الأحزاب السياسية القائمة تكيف أوضاعها القانونية عند نفاذ هذا القانون بما يتفق واحكامه خلال مدة لا تزيد على سنة واحدة من تاريخ نفاذه وبعبءه يعد الحزب منحلًا. كما طلب مجلس الوزراء اصدار التعليمات اللازمة لتسهيل تنفيذ هذا القانون بعد إعدادها من مجلس المفوضين في المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، لقد قرر المشرع في هذا القانون الغاء كل من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٠) لسنة ١٩٩١ وامر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة (قانون الأحزاب والهيئات السياسية) رقم (٩٧) لسنة ٢٠٠٤.

وبالنسبة لسريان هذا القانون فقد قرر المشرع العراقي ان تسري احكام قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ على الأحزاب والتنظيمات السياسية في العراق^(٥) وان يكون نافذاً بعد مضي ستين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية^(١) اي في ٢٠١٥/١٢/١١.

(١) نصت المادة (١٣) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ على ان "أ: الحريات العامة والخاصة مصانة. ب: الحق بحرية التعبير مضان. ج: ان الحق بحرية الاجتماع السلمي وبحرية الانتماء في جمعيات هو حق مضمون. د: للعراقي الحق بحرية تشكيل النقابات والأحزاب والانضمام اليها وفق القانون وهو حق مضمون. د: للعراقي الحق بحرية التنقل في انحاء العراق كافة. وله الحق بحرية السفر الى خارجه وبالعودة اليه. ه: للعراقي الحق بالتظاهر والاضراب سلمياً وفقاً للقانون. و: للعراقي الحق بحرية الفكر والضمير والعقيدة الدينية وممارسة شعائرها ويحرم الاكراه بشأنها. ز: تحرم العبودية وتجارة العبيد والعمل القسري والخدمة الاجبارية (اعمال السخرة) ج: للعراقي الحق بخصوصية حياته الخاصة"

(٢) المادة (٣١-ب-٢) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤

(٣) نصت المادة (٣٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ما يأتي " اولاً حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية أو الانضمام اليها مكفولة وينظم ذلك بقانون. ثانياً لا يجوز اجبار احد على الانضمام الى اي حزب أو جمعية أو جهة سياسية أو اجباره على الاستمرار في العضوية فيها"

(٤) نصت المادة (٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان " يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الارهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي أو يحرض أو يهدد أو يمجّد أو يروج أو يبهر له"

(٥) المادة (١) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شبيب

لقد ميز المشرع بين مفهومي الحزب السياسي والتنظيم السياسي من دون اساس علمي دقيق إذ ان التنظيم السياسي هو احد عناصر الحزب السياسي وهو مسألة إدارية تخص الحزب السياسي نفسه وليست سياسية.

ولم يبين المشرع العراقي في هذا القانون بين التنظيم السياسي والحزب السياسي الذي دفعه الى اعتماد المصطلحين في صياغة المتن ولم يضع مصطلح التنظيمات السياسية في عنوان القانون كما يتوضح ارتباك المشرع في انه لم يقرن التنظيم السياسي مع الحزب السياسي في الكثير من فقرات القانون كما هو الحال مع اهداف القانون على سبيل المثال لا الحصر.

وهدف المشرع من سن قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ الى تحقيق ما يأتي:^(٢)
أ: تنظيم الاجراءات المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية وانشطتها المختلفة.

ب: تطبيق مبدأ التعددية السياسية والحزبية القائمة على الشرعية الدستورية.

ج: ضمان حرية المواطنين في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها أو الانسحاب منها.
ويبدو انه لم يكن هنالك داعي لأدراج الآخرين وذلك لورودهما في الدستور مع ضماناتها وان الهدف الثالث هو مشتق أو جزء من الهدف الاول لذا لم تكن صياغة اهداف القانون دقيقة.

وضع المشرع العراقي في هذا القانون تعريفاً للحزب السياسي على انه " مجموعة من المواطنين منظمة تحت اي مسمى على اساس مبادئ واهداف و رؤى مشتركة تسعى للوصول الى السلطة لتحقيق اهدافها بطرق ديمقراطية بما لا يتعارض مع احكام الدستور والقوانين النافذة"

وعلى الرغم من ان المشرع لم يكن موفقاً في مساواته بين الحزب السياسي والتنظيم السياسي الا ان التعريف يمكن ان يكون اكثر تناسباً مع الحزب السياسي لا سيما وانه قد اشتمل على معظم عناصر الحزب السياسي، كما يأتي:

- ١- العضوية: أي العنصر البشري اللازم للحزب السياسي وهم المواطنون المنضمون اليه.
- ٢- الأيديولوجية: التي اشار اليها القانون على اساس انها مبادئ واهداف و رؤى مشتركة.
- ٣- الوصول الى السلطة: وهو هدف كل حزب سياسي ليتمكن من خلالها تطبيق برنامجه السياسي المعتمد على ايديولوجيته عند وصوله الى السلطة بصورة عملية وقد حدد القانون الاسلوب الديمقراطي كطريق وحيد للوصول الى السلطة.

ويتضح مما تقدم ان المشرع قد ساوى بين الحزب السياسي والتنظيم السياسي فانعكست عدم الدقة الموضوعية كذلك في تعريف الحزب السياسي الوارد في القانون.

وقد نص القانون على عدم جواز اجبار اي مواطن على الانضمام الى أي حزب أو على الاستمرار فيه ^(٣) وكذلك على عدم جواز انتماء أو انضمام أي مواطن لأكثر من حزب سياسي واحد في الوقت نفسه.^(٤)

واجاز القانون للمواطن الالتحاق بحزب اخر شريطة انتهاء عضويته من الحزب السياسي الذي كان منتبياً اليه سابقاً ^(٥) وكان من الافضل على المشرع استعمال عبارة (الانتماء أو الانضمام الى) بدلاً من عبارة (الالتحاق).

ان هذا القانون قد اكد على مبدأ عدم التمييز بين المواطنين على اساس انتمائهم لحزب سياسي معين، ونص على عدم جواز تمييز مواطن أو التعرض له أو مساءلته أو المساس بحقوقه الدستورية بسبب انتمائه لحزب سياسي تم تأسيسه على وفق القانون العراقي النافذ.^(٦)
وحدد القانون شروط تأسيس الحزب السياسي بما يأتي:^(٧)

(١) المادة (٦١) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٢) المادة (٣) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٣) البند (ثانياً) من المادة (٤) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٤) البند (ثالثاً) من المادة (٤) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٥) البند (رابعاً) من المادة (٤) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٦) البند (خامساً) من المادة (٤) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٧) المادة (٨) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شبيب

- ١- ان لا تخالف مبادئه أو أهدافه أو برامجه مع دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
- ٢- ان يكون له برنامجاً خاصاً لغرض تحقيق اهدافه عند فوزه في الانتخابات.
- ٣- ان لا يتخذ شكل التنظيمات العسكرية أو شبه العسكرية ولا يرتبط بأية قوة مسلحة.
- ٤- ان لا يكون من بين مؤسسيه أو قياداته أو اعضائه من ثبت بحكم بات قيامه بالدعوة أو المشاركة للترويج لأفكار تتعارض مع دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
- ويشترط في مؤسسي الحزب السياسي ما يأتي: (١)
- ١- ان يكون عراقي الجنسية: أي ان يكون مؤسسي الحزب السياسي من المواطنين العراقيين حصراً وبذلك اكد المشرع على ان يكون تأسيس الحزب السياسي على اساس المواطنة وان يكون منسجماً ومطابقاً لأحكام الدستور الاتحادي. (٢)
- ومن ثم يتضح انه ليس من حق الاجانب تأسيس حزب سياسي في العراق وليس للأجنبي الانضمام الى اي حزب سياسي.
- ٢- اكمل الخامسة والعشرين من العمر ومتمتعاً بالأهلية القانونية: ان هذا الشرط المركب يشير الى ان بلوغ المواطن سن الخامسة والعشرين من العمر غير كافٍ مالم يكن متمتعاً بالأهلية القانونية ويلاحظ ان تحديد هذا المستوى من العمر كشرط يعد غير مناسب جداً خاصة وانه سن تهور واندفاع واقتراح بان لا تقل اعمار مؤسسي الحزب السياسي عن (٤٠) اربعون سنة وهو العمر الذي يمثل بداية الحكمة والاتزان العقلي لدى الانسان.
- ٣- غير محكوم عليه بحكم بات من محكمة مختصة عن جريمة القتل العمد أو جريمة مخلة بالشرف أو جرائم الارهاب أو الفساد المالي أو الاداري أو الجرائم الدولية وغير مشمول بإجراءات المساءلة والعدالة وغير منتمي الى حزب البعث المنحل بدرجة عضو عامل فما فوق.
- ٤- غير منتمي لعضوية حزب آخر وقت التأسيس.
- ٥- ان لا يكون من اعضاء السلطة القضائية وهيئة النزاهة والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات والمفوضية العليا لحقوق الانسان ومنتسبي الجيش وقوى الامن الداخلي وجهاز المخابرات وعلى من كان منتمياً الى حزب ان يختار بين الاستقالة من الحزب أو الوظيفة في الجهات المذكورة.
- ٦- حاصل على شهادة جامعية أولية أو ما يعادلها: اي ان يكون مؤسسي الحزب السياسي من حاملي شهادة البكالوريوس على الأقل.
- اما بشأن اجراءات تسجيل الحزب السياسي فقد حددها القانون بما يأتي:
- ١- تقديم طلب تحريري بتسجيل الحزب السياسي موقع من ممثل الحزب الى دائرة الاحزاب السياسية يرفق به قائمة بأسماء الهيئة المؤسسة بما لا يقل عن سبعة اعضاء مؤسسين ويرفق به قائمة بأسماء لا تقل عن (٢٠٠٠) الف عضو من مختلف المحافظات مع مراعاة التمثيل النسوي اما الاحزاب السياسية التي تمثل المكونات الاثنية أو الاقلييات ترفق قائمة بأسماء لا تقل عن (٥٠٠) عضو (٣)
- ٢- تقدم مع طلب التأسيس الوثائق الآتية: (٤)
- أ: ثلاث نسخ من النظام الداخلي للحزب وبرنامجهم السياسي.
- ب: قائمة بأسماء اعضاء الهيئة المؤسسة معززة بتواقيعهم الشخصية ومصدقة من كاتب العدل.
- ج: صورة مصدقة من هوية الاحوال المدنية وبطاقة السكن لكل عضو من اعضاء الهيئة المؤسسة.
- د: تعهد خطي بفتح حساب مصرفي للحزب خلال ثلاثين يوماً من إجازة الحزب السياسي.
- هـ: نسخة من صحيفة سوابق كل عضو مؤسس ترسل من قبل وزارة الداخلية/دائرة الادلة الجنائية أو وزارة الداخلية في الاقليم لساكلي الاقليم، والهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة بطلب من دائرة الاحزاب خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التأسيس يؤكد خلو صحيفته من أي حكم

(١) المادة (٩) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٢) البند (اولاً) من المادة (٥) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٣) البند (اولاً) من المادة (١١) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٤) البند (ثانياً) من المادة (١١) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظم الديمقراطية

د. ايات سلهمان شهيب

قضائي بات عن جريمة القتل العمد أو جريمة مخلة بالشرف أو جرائم الارهاب أو الفساد المالي أو الاداري أو شموله بإجراءات المساءلة والعدالة وفي حالة عدم استلام دائرة الأحزاب لصحيفة السوابق لكل عضو مؤسس خلال المدة المذكورة يعد طلب التأسيس مقبولا قبولاً مشروطاً.

٣- دفع رسم تسجيل قدره خمسة وعشرون مليون ديناراً الى دائرة الأحزاب. ^(١) وفي حالة وجود نقص شكلي أو خلل موضوعي في إجراءات طلب تسجيل الحزب يبلغ مقدم الطلب باستكمال هذه الإجراءات خلال ثلاثين يوماً وبخلافه يعد الطلب مرفوضاً. ^(٢)

وتقوم دائرة الأحزاب في البت بطلب التأسيس خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من موعد النظر بالطلب وبخلافه يعتبر الطلب مقبولا، ويعد الحزب قائماً بعد موافقة دائرة الأحزاب ومصادقة مجلس المفوضين ونشره في صحيفتين محليتين. ^(٣)

أما بصدد الحظر أو المنع المفروض على تأسيس الأحزاب السياسية، فقد اكد المشرع على عدم جواز تأسيس الحزب السياسي على اساس العنصرية أو الارهاب أو التكفير ، او التعصب الطائفي أو القومي أو العرقي. ^(٤)

ويتضح من ذلك انه لا يمكن للجهات المختصة الموافقة على تأسيس حزب سياسي عنصري أو ارهابي أو تكفيري، بينما يمكنها منح الموافقة على تأسيس حزب سياسي طائفي أو عرقي أو قومي شريطة عدم تعصبه للطائفة أو العرق أو القومية.

ومنع القانون تأسيس أي حزب سياسي يتبنى أو يروج لفكر أو منهج البعث المنحل ^(٥) ويبدو ان المشرع قد تشدد في هذا الموضع باستعماله كلمة (منع) بصورة مطلقة ومن حيث الدقة في الصياغة القانونية كان الاجدر بالمشرع استخدام مصطلح (حظر) وليس كلمة (لا يجوز) أو (يمنع).

(١) البند (ثانياً) من المادة (١٢) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٢) البند (اولاً) من المادة (١٢) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٣) المادة (١٣) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٤) البند (ثانياً) من المادة (٥) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

(٥) البند (ثالثاً) من المادة (٥) من قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥

المبحث الرابع

تأثير الأحزاب السياسية في المجتمعات المتمايزة اثنيًا

من أجل تسمية جماعة أو اثنية^(١) يجب ان تكون جماعة متميزة داخل مجتمع ما، اي ذات ثقل يؤهلها لتأسيس كيان خاص بها ولها عادات وتقاليد مختلفة، وان الخاصية المميزة لوجود الاقلية والاعتراف بها هي احساس هذه الجماعة أو الجماعات بالتمايز والرغبة في المحافظة عليه وتطويره، وهنا ينشأ لدينا (مجتمع تعددي) ويأخذ النمو لا سيما في حال تحول الاختلافات العرقية والمذهبية والقومية فيه الى اختلافات سياسية.

يُعرف العالم البريطاني ج.س فورنيفال المجتمع المتعدد بأنه (ذلك النوع من المجتمعات التي تتألف من عنصرين أو أكثر، أي من جماعات متعددة تعيش جنباً الى جنب في ظل هيئة سياسية مشتركة دونما اختلاط فيما بينهما بسبب الفوارق الدينية أو القومية).^(٢)

ويذهب رأي الى ان المجتمع التعددي هو عكس المجتمع الوطني المنصهر فهو مجتمع يتكون من عدة طوائف في اطار سياسي واحد ولم تحصل بينهما أي عملية انصهار فعلي فالمشكلة الأساسية في هذه المجتمعات هي مشكلة الانصهار المجتمعي وقيام السلطة الفاعلة.^(٣)

ويمكن بالاستناد الى المنطقة الجغرافية التي تقطنها الأقلية القول بوجود نمطين للمجتمعات التعددية: الأول تختص فيه الأقلية بجزء معين من أرض الدولة، كالأيزيدية في العراق، وهناك النمط الذي لا تختص الأقلية فيه بجزء خاص من أرض الدولة كما هو الحال مع الأقباط في مصر. وفي الحقيقة ليس هناك اتفاق حول طبيعة العناصر المكونة للمجتمع التعددي (القومية، الدين، المذهب،... الخ) وتأثيرها على المجتمعات التعددية.

والعراق مثلاً يكون احدى المجتمعات التي تمتاز بالتنوع حيث يشكل تنوعاً قومياً لا سيما في جهته الشمالية حيث يسود فيه العرب بنسبة كبيرة وكذلك الكرد ثم التركمان والسريان والكلدان والصابئة المندائيين والايديين والشبك والكاكائية وغيرهم، وهذه الأقليات الصغيرة أقرب ما تكون أقليات اثنوجرافية من أن تكون أقليات قومية حيث تعد مجموعات تتميز بالاختلاف القومي والديني معاً. وقد وجدنا ان المذاهب الدينية أو المجموعات الطائفية أضحت امراً واقعاً كثيراً ما نشير اليه في الدراسات والبحوث الانسانية لا ضير من دراستها وتحليلها.

ويعد ذلك الامر واضحاً بالنسبة للعراق حيث يظهر فيه التنوع الديني والمذهبي بشكل واضح ويشكل فيه المسلمون الغالبية الكبرى من السكان، ويأتي المسيحيون على مختلف مذاهبهم، ثم الصابئة ومجموعة من اليهود الى جانب الأقليات الإثنية الصغيرة التي سبق الإشارة لها، وتشير جغرافيا الأديان والمذاهب في العراق الى شدة التباين والتوزيع المكاني لهذه الديان والمذاهب كلما اتجهنا من الجنوب الى الشمال ويفترن ذلك بالتباين القومي والاثنوجرافي ايضاً.

ويمتد خد التنوع القومي والديني والمذهبي واضحاً في المنطقة العربية عموماً والتي لا زالت لم تستطع ان تحقق الدولة العصرية، حيث ان هذه المجموعات فيها لأما ان تحكم بآليات المركزية والدكتاتورية اذ

(١) لغوياً تعني الاثنية كون الطبيعة ذات وحدتين ويقابلها كون الطبيعة ذات وحدة متميزة، وكلمة اثن مشتقة من الكلمة اللاتينية (ethnieus) والمقتبسة من الكلمة الاغريقية (ethnikos) وهي في الاصل (ethnos) ومعناها الشعب أو القوم أو الامة، وتعني الجماعة الاثنية جماعة تعيش مع غيرها من الجماعات في المجتمع نفسه ولكن تختلف في احد المتغيرات الارثية مثل اللغة أو الثقافة أو الدين أو المذهب أو الاصل القومي أو السلالة العرقية وتشعر الجماعة نفسها والجماعات المتعايشة معها بأهمية هذا الاختلاف، انظر في تفصيل ذلك كل من: العلامة محمد علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج ١، ط ١، مكتبة لبنان، ناشرون، ١٩٦٦، ص ٩٩ وانظر لمزيد من التفصيلات: د. مجيد حميد عارف، اثنوجرافيا شعوب العالم، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، مطبعة الموصل، ١٩٩٠، ص ١٥

(٢) نقلاً عن، د. خالد القباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، ط ١، منشورات البحر المتوسط، لبنان، ١٩٨١، ص ٤٩٤

(٣) د. عصام سليمان. الفيدرالية والمجتمعات التعددية ولبنان، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩١، ص ٢١

لا يستطيع ممارسة حريتها، أو ان تعيش في حالة من عدم الاستقرار داخل المجتمع بسبب الصراعات الناتجة اما بسبب النزعات الانفصالية داخل هذه الجماعات و التي تناشد بالانفصال التام عن عموم الدولة أو بسبب الرغبة الجامحة لديها في الحصول على المزيد من المزايا على حساب عموم المجتمع.^(١)

ومن هنا تتجلى الاسئلة الرئيسية لهذا البحث بشأن ماهية المشاركة السياسية ومدى تأثيرها في الأقليات ومدى استجابة الاقليات لها وكيف يكون التعامل مع مطالب المشاركة السياسية للأقليات؟

يرى جانب من الفقه ان مشاركة الاقليات في صنع الحكم تعني في اوسع معانيها حق في اوسع معانيها حق في صنع الحكم تعني في اوسع معانيها حق الاقلية في أن يؤدي دوراً معيناً في عملية صنع القرارات السياسية وفي اضيق معانيها تعني الحق في مراقبة هذه القرارات بالتقويم والضبط عقب صدورها.^(٢)

وقد تزامن هذه الطرح مع ما عانته الاقليات أو الجماعات الاثنية في عموم العالم من انظمتها السياسية من معاملة تمييزية اذ تمارس ضدها سياسيات التفرقة والاستبعاد والتهميش السياسي حيث شعر ابناء الاقليات انهم لا يعاملون بالمساواة في الحقوق السياسية ومن ابرزها التمثيل في المجالس النيابية مع بقية الجماعات المسيطرة، إذ تستأثر جماعة اثنية بالسلطة وكثيراً ما تنتظر الاقليات الى المؤسسات الحاكمة على انها مقصورة على النخبة مما يولد شعوراً بالاضطهاد وينمي تعدد الولاءات بسبب تضيق فرص المشاركة السياسية اذ لا يتناسب التمثيل السياسي للجماعات الاثنية مع نسبة الجماعات الكبرى داخل النظام السياسي.^(٣)

ومن هنا يصبح التناقض والتصادم الصفة التي تحكم علاقة النظام السياسي بهذه الجماعات الاثنية أو الاقليات، وهو ما يخلق حالة من الفوضى والاضطرابات الداخلية بوجه النظام السياسي لإجباره على تبني مطالبها السياسية.

وقد لا تنتهي هذه المشكلة بتلك الاستجابة فتتعدد الامور حينما يلجأ بعض قادة الاقليات المتطرفة الى طلب العم أو المساندة من قوى اقليمية و دولية لتعزيز موقفها التفاوضي مع النظام السياسي، وعندها يمكن ان تستغل بعض القوى الدولية الوضع بهدف تأجيج المشكلة وايجاد فرصة للتدخل في الشؤون الداخلية للدولة عن طريق دعم وتشجيع الاقليات في اثاره المشكلات والحروب الداخلية ودفعها باتجاه تصعيد الامور.

لذا كان من البديهي ان يتم تنظيم اشتراك الاقليات في منظومة الحكم في الدول المعاصرة وهذه المشاركة اكثر ما تتمثل في السلطات الرئيسية على الصعيد الوطني وتتمثل بالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ناهيك عن الاشتراك في تعديل دستور الدولة وكذلك السلطات ما دون الوطنية والاقليمية أو المحلية وهو ما سيتم تناوله تباعاً بالدراسة والتحليل وذلك وفقاً لما جاء في دستور ٢٠٠٥ والدساتير المقارنة.

ومن المعروف ان الحياة السياسية اليوم في ظل مختلف النظم السياسية والتي اضحى معظمها انظمة حزبية، اصبحت تتحرك بحركة تلك الاحزاب سواء كانت ليبرالية أو سلطوية أو شمولية تعددياً أو احادية كما تعد الأحزاب من اهم وسائل المشاركة السياسية لاثنيات المجتمع كافة في صنع القرار لا سيما في البلدان النامية ذات الاقليات المتنوعة، ولا شك ان لوجود الأحزاب السياسية الحرة دوره الفاعل والمؤثر في التعبير عن الاقليات على تنوعها وفي اي مجتمع كان وكذلك ترجمة امانيتها وطموحاتها من

(١) فيما يتعلق بالأقليات في الوطن العربي انظر: د. جلال يحيى و د. محمد نصر المهنا، مشكلة الاقليات في الوطن العربي، دار المعارف، ١٩٨٠، ص ٩ وما بعدها وانظر ايضا: د. مفيد شهاب، مشروع الميثاق العربي لحقوق الانسان في ضوء العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مجلة حقوق الانسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩، ص ٤٠٩-٤٢٣

(٢) د. جلال عبد الله معوض: ازمة المشاركة السياسية في الوطن العربي، مجلة المستقبل العربي، بيروت، العدد ٥٥، ايلول، ١٩٨٣، ص ١٠٨

(٣) د. محمد دهم العزاوي: الاقليات الاثنية في العالم الثالث والتدخل الدولي، مصدر سابق، ص ١٨٥. وانظر بهذا الشأن: روبرت دال، الديمقراطية و نفاذها، ترجمة نعيم مظفر، القاهرة، المؤسسة العربية للنشر، ٢٠٠٥، ص ٢١٦-٢٢٢

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شهيب

خلال قدرة هذه الأحزاب على إيصال صوت هذه الأقليات لا سيما في الأنظمة النيابية ومنها النظام النيابي في العراق.

الا انه يُلاحظ ان كثيراً من قادة البلدان النامية قد دعوا ومنذ وقت مبكر من استقلال بلدانهم الى تبني نظام الحزب الواحد ^(١) باعتباره يمثل - في رأيهم - رمزاً للوحدة الوطنية والتماسك الاجتماعي وتجسيدا لإرادة الأمة وهو الاداة الفاعلة في تجاوز الولاءات والانتماءات المحلية من قبلية ولغوية وعائلية وطائفية، وفي خلق جو سياسي يذيب أو يمتص هذه التناقضات.

ونجد في جنوب افريقيا ان دستور ١٩٩٦ قد ألزم رئاسة الجمعية الوطنية بإشراك احزاب الاقلية في الحياة اليومية للجمعية وخاصة فيما يتعلق بإشراك تلك الأحزاب في حياة الجمعية والاعتراف بأكبر حزب معارض في الجمعية بزعامة المعارضة ورئيسها بزعامة المعارضة. ^(٢)

علماً ان نظام الحكم في جنوب افريقيا حسب مواد الدستور هو برلماني حيث ان للبرلمان سلطات وصلاحيات واسعة فيه، وأياً كان النظام الحزبي المعمول به سواء كان الحزب الواحد أو التعددية الحزبية فإن الضرورة تقتضي ان لا يسمح دستورياً لأي حزب يسعى من خلال برامجه أو طبيعة تكوينه أو من خلال سياسته وسلوكه الى تقويض الوحدة الوطنية وتفكيك اواصر العلاقة بين اعضاء الجماعة الوطنية أو ان يكون له ارتباطات بجهات اجنبية وذلك على صعيد العراق أو غيره من البلاد المتنوعة اثنيًا. ^(٣)

وهناك امثلة واضحة على احزاب قامت على اسس تجزئية ادت الى عوامل اخرى الى تهيئة الظروف لانفصال اجزاء من الدولة فقد شهدت زائير قيام عدد كبير من الأحزاب والاتحادات القبلية حيث كانت العاصمة كينشاسا تحتضن لوحدها اكثر من ٨٥ اتحاداً قبلياً و ٢٧ جمعية ثقافية معظمها ذات طابع عرقي ضيق وكان الهدف الرئيسي لهذه الجمعيات هو غرس الولاء للقبيلة، وقد كان الأباكو (apako) هو اكثر الاتحادات القبلية نشاطاً حيث كان يجمع قبائل الباكو ومن ثم تحول الى حزب سياسي هدفه الرئيس توحيد وابقاء ونشر لغة (الكينونغو) ويدعو الى اقامة دولة خاصة بهم، ولم يكن الضرر الذي الحقوه بوحدة الكونغو بالشئ الهين. ^(٤)

حيث كان واحداً من اهم الاسباب التي ادت الى محاولة انفصال اقليم كاتانغا (شابا) في بداية عهد الاستقلال عام ١٩٦٠ وبذلك كان الحزب على النقيض من حزب الحركة الكونغولية (حزب باتريس لومومبا) الذي سعى الى تكوين (شعور بالشخصية الكونغولية) ^(٥)

وبهذا الشأن يكون علينا الانتباه للأحزاب التجزئية ذات الطبيعة الانقسامية وهو ما يمكن ان نتعرف عليه من مواقف هذا الحزب وسلوكياته التي من خلالها يتم اختيار مقاصد الحزب الحقيقية ومواقفه من مسألة الوحدة الوطنية.

وتجدر الإشارة الى اهمية دور الأحزاب السياسية في تعميق دور واسهام الاثنيات المختلفة في الدولة في المشاركة السياسية وصنع القرار السياسي في حال كون هذه الأحزاب تعبر عنها وتكون الوسيلة التي من خلالها تترجم هذه الاثنيات امانيتها ورغباتها وتعبر بها عن ذاتها، الا انه في الوقت عينه ينبغي التذكير بأن اهم وظيفة تنجزها الاحزاب السياسية ولا سيما على صعيد بلدان العالم الثالث هنا هي تلك الوظيفة المتعلقة بترصين الوحدة الوطنية من خلال الانتقال بالبنى الجزئية-الاثنية-الاقليمية الى مستوى

(١) محمد محمود ربيع: الثورة ومشاكل الحكم في افريقيا، دراسة في الاحزاب النظم والنظريات السياسية طرابلس الغرب، دار مكتبة الفكر، ١٩٧٤، ص ٦٢

(٢) حنان عز العرب خالد: صنع السياسة العامة في برلمان جنوب افريقيا، بيت الخبرة البرلماني، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٩

(٣) Encyclopedia of third world (London, new york), facts and files, 1981, vol.2

(٤) اسماعيلوف، مصدر سابق، ص ٦٦

(٥) رياض عزيز هادي: المشكلات السياسية في العالم الثالث، بغداد، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٩، ص ٢٦٦

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظم الديمقراطية

د. ايات سلمان شهيب

البنية الوطنية^(١) ذلك ان الاحزاب تعمل وفقاً لذلك كأدوات لتعميق الشعور بالمواطنة التي لها ان تتخطى الاعتبارات الطائفية والعرقية والقبلية لصالح الارتباط الوطني وهو ما لا يتعارض بأي حال من الاحوال مع إقدام الحزب على اسماع صوت اقلية ما أو المطالبة بحقوقها أو حتى التعبير عنها في اطار وطني.^(٢)

وبهذا الصدد لا بد من التأكيد على مسألة غاية في الاهمية وهي ان دور الاحزاب السياسية في المجتمعات التعددية أو مجتمعات الاقليات مهما بلغت اهميته لإنصاف الاقلية وابرار دورها في الحياة السياسية، إلا ان اعتماد المحاصصة الحزبية في توزيع الحقايب الوزارية وجميع المناصب الاخرى في السلطتين التشريعية والتنفيذية وجميع الاحزاب والائتلافات المشتركة في الحكومة، وجاءت النتيجة سلباً على الوضع الامني وعلى تقديم الخدمات الماسة لحياة المواطنين وشكلت في الوقت نفسه غطاء لعمليات الفساد المالي التي اصبحت ظاهرة بارزة للعيان في اغلب وزارات الحكومة وهيئاتها.

وان اتخاذ اي اجراء بحق احد المتهمين أو الضالعين في عمليات الفساد والذي يكون محسوباً على حزب ما سيجعله بعيداً عن ان تصله سلطة القانون، لأن التعرض لأحدهم سيجعل حزبه يضغط على الحكومة أو ينسحب منها وبالتالي الانسحاب من العملية السياسية وهو ما يفسح مجالاً لانهيار الحكومة كاملة.

كما ان المحاصصة الحزبية قد تشل المؤسسات الدستورية وتمنعها من العمل بصورة طبيعية ووفق الاليات المعمول بها في الانظمة المماثلة، مثلاً حالات الغياب المستمرة ولفترات طويلة لأعضاء في مجلس النواب دون ان يتمكن المجلس من اصدار تشريع ينهي عضوية هؤلاء من شأنه ان يتسبب في اعاقه العملية السياسية برمتها وهو ما يدعونا الى تكرار الدعوة الى اقامة قاعدة تشريعية تصاغ من خلالها اهم القواعد القانونية التي تنظم عملية اقامة الاحزاب السياسية والانتماء اليها وغاياتها التي لا يجب انا تخرج عن الوحدة الوطنية بأي حال من الاحوال، خصوصاً وان معظم تلك الاحزاب تشكل جزء لا يتجزأ من كينونة النظام الديمقراطي وذلك من خلال تشكيل السلطة التشريعية من قبل المرشحين الفائزين في الانتخابات التشريعية والذين هم بالأساس مرشحو الاحزاب السياسية المتنوعة.^(٣)

(١) انظر بهذا الشأن: جورج بالاندييه، الانثروبولوجيا السياسية، ترجمة جورج بالاندييه، الانثروبولوجيا السياسية، ترجمة جورج ابو صالح، بيروت، مركز الانماء القومي، ١٩٨٦، ص ١٣٧

(٢) انظر: اسامة الغزالي حرب، الاحزاب السياسية في العالم الثالث، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب، الكويت، ١٩٨٧، ص ٨٥

(٣) ولهذا السبب اصبحت لظاهرة الاحزاب السياسية نظرية علمية ضمن القانون الدستوري والنظم السياسية حيث هنالك علاقة وثيقة بين نشوء الاحزاب السياسية والنظم الانتخابية والتي تعد من المواضيع المهمة في نظرية الدولة والتي تعد جزء مهماً من نظرية القانون الدستوري بالاضافة الى تدريسها ضمن نظرية العلوم القانونية. انظر: مورييس ديفرجيه، الاحزاب السياسية، ترجمة علي مقلد و عبد الحسن سعد، دار النهار للنشر، بيروت، ط٣، ١٩٨٠، ص ١١

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة فقد انتهيت الى تصور مفاده عدم امكانية نجاح اي نظام حزبي بدون توافر المقومات القانونية والعملية والتي هي الخطوط العريضة للنظام الحزبي حيث انه لا ديمقراطية بدون احزاب سياسية، فهي اساس كل حياة ديمقراطية في الوقت الحاضر، إذ عن طريقها يتم الاعتراف والتعبير عن مختلف الاتجاهات السياسية في الدولة، وبفضلها يتكون الرأي العام الذي يؤدي الى مشاركة المواطنين في الشؤون العامة، وبالتالي تعتبر واسطة المواطنين المباشرة لممارسة السيادة في الدولة وهكذا توصلت الى جملة من النتائج بهذا الصدد ويمكن اجمالها كالآتي :

الاستنتاجات :

- ١- ان الأحزاب السياسية هي مؤسسات ذات طابع جماعي تنظيمي تساهم بصورة غير مباشرة في التأثير على مراكز القرار السياسي وان حرية تكوين الاحزاب السياسية تستند في وجودها الى حرية الرأي التي تعد الحرية الأم لسائر الحريات الفكرية.
- ٢- أن اغلب التشريعات المنظمة لحرية تكوين الأحزاب السياسية تمنع قيام الأحزاب على اساس ديني أو طائفي أو عرقي... الخ، ولا يمكن تفسير ذلك الا محاولة من المشرع لتحقيق مبدأ المواطنة وبالتالي فإن هذا الامر مدعاة لتحقيق الوحدة الوطنية، ولا يمكن ان يتحقق ذلك إلا من خلال رفع نسبة الوعي السياسي والمستوى الثقافي في المجتمع والعمل على نبذ التعصب والتطرف بكل اشكاله وأنواعه، وقبول وتبني مبدأ التعايش السلمي بين شتى الفئات والاتجاهات الايديولوجية وعد اللجوء الى القوة والعنف مهما تكن الاسباب والمبررات والغايات والاجماع على مبادئ وأهداف وطنية عامة ثابتة لضمان استقرار المجتمع التأكيد على الحريات العامة للمواطن وحقوق الانسان.
- ٣- ان غياب القانون الذي ينظم الحياة الحزبية في اي دولة حديثة العهد بالديمقراطية من شأنه ان يؤدي الى نوع من الفوضى السياسية لذا نرى ان يبادر المشرع العراقي بأقرب وقت الى تشريع قانون ينظم حرية تكوين الاحزاب السياسية لشغل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه الحياة السياسية بشكل عام والحزبية بشكل خاص.
- ٤- ان ضعف الممارسة الديمقراطية الداخلية للأحزاب السياسية يؤدي الى إفراغ العملية الديمقراطية ن محتواها وبالأخص في مسألة اختيار القيادات الحزبية، فلا يمكن للأحزاب السياسية ان تؤدي دورها في ترسيخ المبادئ الديمقراطية والتداول السلمي للسلطة اذا كانت لا تؤمن بهذه المبادئ ولا تعمل على تجسيدها، لذلك نرى ان يمنح المشرع العراقي في قانون الأحزاب السياسية المؤمل اقراره مستقبلاً لمحكمة القضاء الاداري حق الرقابة على القرارات الداخلية للأحزاب السياسية وبالأخص اختيار القيادات الحزبية وجعل جزاء مخالفة ذلك حل الحزب وتضمن ذلك في المادة (٤٠) من مشروع قانون الاحزاب السياسية لسنة ٢٠١١.
- ٥- عندما يتمتع غالبية افراد الشعب بدرجة كافية من الوعي والثقافة يكون اعلا لممارسة حقوقه وحرياته كاملة وبه يستقر النظام الحزبي في المجتمع وعلى العكس من ذلك كلما انخفض المستوى الثقافي للمواطنين كلما فقدوا القدرة على ادراك المصلحة العامة .. فالشعوب الضعيفة الوعي تفهم الخلافات السياسية على انها صراع وتناحر ويجب ان تنتهي بقضاء بعضها على البعض الاخر لهذا تتسم فيها الحياة السياسية والحزبية بالاضطرابات .

التوصيات :

مع ادراكنا ان العراق في وضعه الحالي قد قطع خطوات تشريعية وعملية نحو اقرار التعددية الحزبية الا ان هذه الدراسة ابرزت وجود بعض السلبات التي تنم عن الحياة الحزبية في العراق لذا ستكون توصياتنا في هذا المجال من اجل الارتقاء بالنظام الحزبي وتحقيق فاعليته وهي كالآتي :

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظر الديموقراطية

د. ايات سلمان شهيب

- ١- الاعتراف التشريعي بأسلوب المناظرة الانتخابية ابان انتخابات مجلس النواب وعلى شكل ندوات شخصية او حزبية تعقد بادرارة اشخاص محايدون سياسيا واعلاميا من اجل تعريف الناخبين والمواطنين بالمرشحين لانتقاء الاصلح منهم .
- ٢- اهمية تعميق الديموقراطية داخل الاحزاب السياسية فلا بد ان تقوم الاحزاب السياسية بمواجهة ازمتها الداخلية والتي تتمثل في البناء السلطوي لكافة الاحزاب السياسية فغالبيتها تعاني من تركيز القيادة بأيدي قلة والعمل على اعادة تشكيل الاحزاب داخليا بناء على انتخابات من القاعدة الى القمة.
- ٣- ضرورة توخي الاحزاب السياسية للموضوعية في ابداء الرأي وطرح النقد وهي بصدد انتقاد السياسة العامة للحكومة او لا حزبا اخرى وذلك بالاستناد الى صدق الوقائع وصحة المعلومات حتى تحض بتأييد وثقة الرأي العام.
- ٤- زيادة رقعة البرامج السياسية التي تمد المواطن بالمعلومات اللازمة حتى تزداد ثقافته السياسية ويشارك ولو بأدنى حد من الوعي السياسي وبه يساهم الاعلام العراقي في التنشئة السياسية للمواطنين ويساعد ايضا الاحزاب السياسية في اداء وظائفها ونشر برامجها.
- ٥- منع قيام احزاب سياسية يتضمن برنامجها للوصول الى السلطة عن طريق العنف المسلح واستخدام القوة او استخدام اي اساليب غير مشروعة مثل الاحزاب التي تكون تكتلات عسكرية او التي تتخذ مظهرا عسكريا.
- ٦- منع انفصالي او عنصري او طائفي و الاحزاب التي تقوم على اساس الاحزاب الهدامة وهي التي ترمي الى سيطرة طبقة معينة على غيرها من الطبقات الاخرى أو التي تهدف الى القضاء على طبقة اجتماعية.

المصادر

القران الكريم

المصادر باللغة العربية :

اولاً: الكتب .

- ١- امل هندي الخزعلي: جدلية العلاقة بين الديمقراطية- المواطنة والمجتمع المدني العراقي (العراق انموذجاً)، في اشكاليات التحول الديمقراطي في العراق، تقديم د. جابر حبيب جابر، ط١، دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف الاشرف، ٢٠٠٩.
- ٢- أوستن ارني: سياسة الحكم، ترجمة د. حسن علي ذنون، مراجعة د. ايليا زغيب، المكتبة الاهلية، بغداد، ج٢، ١٩٦٤.
- ٣- خالد القباني، اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، ط١، منشورات البحر المتوسط، لبنان، ١٩٨١.
- ٤- علي خليفة الكواري: المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت.
- ٥- علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج١، ط١، مكتبة لبنان، ناشرون، ١٩٦٦.
- ٦- عصام سليمان. الفيدرالية والمجتمعات التعددية ولبنان، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩١.
- ٧- د. جلال يحيى و د. محمد نصر المهنا، مشكلة الاقليتي في الوطن العربي، دار المعارف، ١٩٨٠.
- ٨- رجب حسن عبد الكريم: الحماية القضائية لحرية واداء الأحزاب السياسية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
- ٩- محمد محمد بدران، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ١٠- مجيد حميد عارف، اثوغرافيا شعوب العالم، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، مطبعة الموصل، ١٩٩٠.
- ١١- مفيد شهاب، مشروع الميثاق العربي لحقوق الانسان في ضوء العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مجلة حقوق الانسان، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩.
- ١٢- روبرت دال، الديمقراطية و نفاذها، ترجمة ندير مظفر، القاهرة، المؤسسة العربية للنشر، ٢٠٠٥.
- ١٣- حنان عز العرب خالد: صنع السياسة العامة في برلمان جنوب افريقيا، بيت الخبرة البرلماني، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٤- وحيد عبد المجيد: أزمة الديمقراطية داخل الأحزاب المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٨.
- ١٥- محمد محمود ربيع: الثورة ومشاكل الحكم في افريقيا، دراسة في الاحزاب النظم والنظريات السياسية طرابلس الغرب، دار مكتبة الفكر، ١٩٧٤.
- ١٦- مورييس ديفرجيه، الاحزاب السياسية، ترجمة علي مقلد و عبد الحسن سعد، دار النهاء للنشر، بيروت، ط٣، ١٩٨٠، ص١١
- ١٧- قائد محمد طربوش: انظمة الحكم في الدول العربية، تحليل قانوني مقارنة، ج٣، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧.
- ١٨- ياسر حمزة، حماية الحقوق السياسية في القانون الدستوري المصري، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩.
- ١٩- يوسف مغوف: منجد اللغة، دار الاسلام للنشر، الطبعة الخامسة والثلاثون، طهران، ١٩٩٦.

المفاهيم العملية للنظام الحزبي في النظم الديمقراطية

د. ايات سلمان شهيب

ثانياً: البحوث والمقالات .

- ١- اسامة الغزالي حرب، الاحزاب السياسية في العالم الثالث، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب، الكويت، ١٩٨٧.
- ٢- جورج بالاندييه، الانثروبولوجيا السياسية، ترجمة جورج بالاندييه، الانثروبولوجيا السياسية، ترجمة جورج ابو صالح، بيروت، مركز الانماء القومي، ١٩٨٦.
- ٣- دليل تدريبي للأحزاب السياسية، المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية: ترجمة ناتالي سليمان، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦.
- ٤- د. جلال عبد الله معوض: ازمة المشاركة السياسية في الوطن العربي، مجلة المستقبل العربي، بيروت، العدد ٥٥، ايلول، ١٩٨٣.
- ٥- علي خليفة الكواري: سعد عصفور، حرية تكوين الجمعيات في انكلترا وفرنسا ومصر، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع١-٢، السنة الخامسة، ١٩٥٩.
- ٦- رياض عزيز هادي: المشكلات السياسية في العالم الثالث، بغداد، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٩.

الداستير والقوانين :

- ١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥
- ٢- قانون ادارة الدولة العراقية المرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤
- ٣- قانون الاحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥
- ٤- قانون الاحزاب السياسي الألماني لسنة ١٩٦٧
- ٥- قانون الجمعيات الفرنسي لسنة ١٩٠١

المصادر باللغة الانكليزية .

- 1-Encyclopedia of third world (London,new york), facts and files, 1981
- 2- Helen Irving ,Gender and the constitution, Cambridge University Press, 200
- 3- DORA KOSTAKOPOULOU, The Future Governance Of Citizenships, United Kingdom-, Cambridge, New York, First Published 2008

الحق في العمل لذوي الإعاقة في القانون العراقي

م. م. . فاطمة درو ملوح
جامعة بغداد
قسم التطوير والتعليم المستمر

م. د. . نادية فرحان زامل
جامعة النهرين
كلية الحقوق

الملخص

نال مجال الإعاقة والمعوقين اهتماماً بالغاً في السنوات الأخيرة وهذا ما سنحاول بيانه في هذا البحث والتعرف على تعريف الإعاقة وذوي الإعاقة وأنواعها ومدى تنظيم القانون العراقي لها وحل مشكلة التمايز بين هذه الفئة وباقي فئات المجتمع الأخرى وضرورة التفات الدولة الى سن التشريعات التي توفر الحماية لها .

The right to work for disability in Iraqi law

Fatima doru mlouh
Baghadad university
Development and coutinnoye
Education Departmen

Dr. Nadia farhan zamil
Alnahrin university
College of law

Summary:

The Field of disability and the dis abled has received great attention in recent years. This is what we will try to explain in this vesparch and identify the definition of disability and its types and the extent of regulation of iraqi law to solvo the problem of differentiation between this category and the need to enact legislation that provides protection for this segment of society.

الكلمات المفتاحية

- ذوي الإعاقة People with disabilities
- حق العمل Right to work
- أنواع الإعاقة Types of Disability
- الهيئة العامة لرعاية ذوي الإعاقة General Authority for people with Disabilities

المقدمة

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم واصطفاه من بين مخلوقاته بأستخلافه في الأرض ، قال تعالى : ((وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً))^(١) ، وأعانه الله سبحانه وتعالى علي ذلك بتسخير المخلوقات له ، إذ قال تعالى : ((أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً))^(٢) ، وكرمه من خلال تفضيله وتهيئة اسباب الحياة له ، فقال سبحانه وتعالى : ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا))^(٣) ، وهذا التكريم والتفضيل يقتضي ان يتمتع هذا الانسان بكل الحقوق بغض النظر عن لونه او جنسه . غير ان الواقع غير ذلك في كثير من المجتمعات ومنها طبقة المعاقين التي يجب ان تتساوى مع غيرها من الطبقات.

وقد نال مجال الاعاقة والمعوقين اهتماماً بالغاً في السنوات الاخيرة سواء من ناحية الدراسة العلمية او التقدم التكنولوجي ، ويرجع هذا الاهتمام الى الاقتناع المتزايد في المجتمعات المختلفة بأن ذوي الاعاقة كغيرهم من افراد المجتمع لهم الحق في الحياة بأقصى ما تمكنه طاقتهم وقدراتهم ، ومن ناحية اخرى فإن اهتمام المجتمعات بفئات ذوي الإعاقة بتغيير النظرة المجتمعية الى هؤلاء الافراد والتحول من اعتبارهم عالة اقتصادية على مجتمعاتهم الى النظرة اليهم كجزء من الثروة البشرية مما يضمن تنمية هذه الثروة والاستفادة منها الى اقصى حد ممكن .

ويعتبر العراق من الدول التي أولت اهتماماً كبيراً لهذه الفئة لتزايد أعداد هذه الفئات خصوصاً في الآونة الأخيرة ، وذلك يرجع الى اسباب عدة تعود معظمها الى التغييرات الجذرية الخاصة في البلاد وارتباطها بصورة مباشرة او غير مباشرة باضطراب الوضع الامني في البلاد وما يستتبع ذلك من كثرة الخروقات الامنية من الانفجارات وغيرها التي خلقت وراءها الكثير من ذوي الاعاقة الذين يحتاجون الى الرعاية والاهتمام والى كفالة جميع حقوقهم وفي مقدمتها حقهم في العمل.

اولاً : مشكلة البحث

تقوم مشكلة البحث على عدم معرفة المجتمعات الحديثة حقوق ذوي الاعاقة مما اثر ذلك على مشاركتهم الضئيلة والمحدودة في بناء مجتمعاتهم.

ثانياً : أهمية البحث

ان الاهتمام بالمعوقين اصبح ضرورياً بالنظر لتزايد اعداد هذه الفئة في المجتمع . فمن خلال رعايتهم يمكننا تحويل هذه الفئة الى طاقات منتجة في حدود امكانياتهم وقابلياتهم ويكون لهم دور في المجتمع ، ذلك ان العمل وفق فلسفة الرعاية الاجتماعية هو حق واجب على الدولة ان تكفل توفيره لكل مواطن.

ثالثاً : أهداف البحث

يتمثل الهدف من البحث في موضوع ذوي الاعاقة معالجة مشكلة التمايز بين هذه الفئة وباقي فئات المجتمع الاخرى وضرورة التفات الدولة الى سن التشريعات التي توفر الحماية لهذه الفئة بهدف الوصول الى وضع الية تكفل لهم المشاركة في تنمية مجتمعاتهم.

رابعاً : خطة البحث

عالجنا فرضية بحثنا في مبحثين :-

تناول في المبحث الاول مفهوم الاعاقة والتعريف بالإعاقة وانواعها اما في المبحث الثاني تطرقنا الى الاساس القانوني لتشغيل ذوي الاعاقة ووسائل رعايتهم في العراق والتنظيم القانوني لهيئة رعاية ذوي الاعاقة .

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٣٠

(٢) سورة لقمان ، الآية رقم ٢٠

(٣) سورة الاسراء ، الآية رقم ٧٠

المبحث الاول

مفهوم ذوي الاعاقة وانواعها

ان مفهوم ذوي الاعاقة واسع ويحتوي على العديد من المصطلحات التي بيانها في هذا المبحث وذلك في مطلبين : نتعرف في المطلب الاول منه على (تعريف الاعاقة) وفي المطلب الثاني على (انواع الاعاقة) .

المطلب الاول

تعريف ذوي الاعاقة

ان جميع الاشخاص من ذوي الاعاقة ايأ كان جنسهم او اعمارهم يشتركون في ان الاعاقة بحد ذاتها تحد من قدرتهم على المشاركة الفاعلة في المجتمع وتجعلهم هدفاً للتمييز ضدهم في ممارسة حقوقهم المقررة لهم اذ ان مثل هؤلاء الاشخاص لديهم مشكلات او مواهب خاصة في التفكير او البصر او السمع او الكلام او التفاعل الاجتماعي او الحركة .

وجاء في معاجم اللغة ان كلمة (أعاقة) مشتقة من كلمة (عوقاً) وهي لا تخرج عن لغة العرب عن معنى الحبس والصرف والتثبيط^(١) .

وجاء ايضاً ان العوق بمعنى التثبيط كالتعويق والاعتياق يقول عاقه عن الوجه الذي ارده عائق وعقاه وعوقه واعتاقه^(٢) .

وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى ((قَدْ يَعْلَمُ اللَّهُ الْمُعَوِّقِينَ مِنْكُمْ))^(٣) .

ومصطلح العوق يطلق على من تعوقه قدراته الخاصة عن النمو السوي الا بمساعدة خاصة وهو لفظ مشتق من الاعاقة اي التأخير او التعويق^(٤) . هذا من جانب ومن جانب آخر توجد طرق عديدة نستطيع من خلالها فهم الاعاقة وتأثيرها على الاشخاص ذوي الاعاقة وذويهم ومجتمعاتهم ، ولقد قدمت فروع العلم المختلفة تعريفات مختلفة للاعاقة ، وفي ذلك اشارة الى انه لا يوجد شيء مطلق عندما نقوم بدراسة ظروف الانسان^(٥) .

وقد عرفت منظمة الصحة العالمية الاعاقة بأنها (مصطلح يغطي العجز والقيود التي على النشاط ومقيدات المشاركة ، والعجز هي مشكلة في وظيفة الجسم او هيكلية ، والحد من النشاط هو الصعوبة التي يواجهها الفرد في تنفيذ مهمة او عمل ، في حين ان تقييد المشاركة هي المشكلة التي يعاني منها الفرد في مرافق الحياة)^(٦) .

ويمكن ان يعرف ذوو الاعاقة بأنه (الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته الجسدية او الجسيمة او الذهنية نتيجة مرض او حادث او بسبب خلقي او عامل وراثي ادى لعجزه كلياً او جزئياً عن العمل او الاستمرار به او الترقى فيه واضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الاساسية الاخرى في الحياة وتحتاج الى الرعاية والتأهيل من اجل دمجهم في المجتمع)، ويعرف ذوو الاعاقة ايضاً

(١) ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد) لسان العرب ، ج ١ ، ص ٢٧٩ والسيد محمد مرتضى التريدي ، تاج العروس ، ج ٢ ، دار ليبيا للنشر ، صادر بيروت ، ١٣٠٠ هـ ، ط ١ ، ص ٦٤٢ .

(٢) المصدر السابق ، ص ٢٩ .

(٣) سورة الاحزاب ، الآية ١٨ .

(٤) فهمي سعيد ، التأهيل الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة ، المكتب الجامعي ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨ .

(٥) د. ابراهيم عبدالله فرج الزريقات ، التأهيل المهني وخدمات الانتقال للأشخاص ذوي الاعاقة ، ط ١ ، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة ، الاردن ، ٢٠١٦ ، ص ٢٨ .

(٦) Gilbaride,D.8 stensrud,R.(2012).people with disability in work place . in Randall M parker and Jeanne Boland patter son (eds) , Rehabilitation coun seling : Basics 8 beyond.Austin : pro-ed publisher No 130-131.

بأنهم (اولئك الذين يعانون من قصور بدني او عقلي او ذهني او حسي طويل الاجل يعيق عند التفاعل مع موانع متنوعة مشاركتهم الكاملة والفاعلة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين) او (انه الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته على تأدية دوره الطبيعي في الحياة قياسا على من هم في عمره ولما يحتاج معه الى الرعاية والتأهيل حتى يؤدي دورة في الحياة)^(١).

ومن ثم فالأعاقة هي ظاهرة تعكس التفاعل بين ملامح جسم الشخص وملامح المجتمع الذي يعيش فيه^(٢).

وهناك رأي مفاده ان لفظة (ذوي الإعاقة) لا تقتصر فقط على اصابة الفرد بعجز معين في احد اعضاء جسمه ، بل يمتد لتشمل فضلا عن ذلك الى حالة تعوق الفرد عن اداء دورة الطبيعي في المجتمع حتى ولو لم يكن نتيجة اصابته بعجز جسماني في احد اعضاء جسمه ، ومن ثم فالمعاق هو ذلك الشخص الذي انخفضت بدرجة كبيرة احتمالات ضمان عمل مناسب له لقصور بدني او عقلي معترف به قانونياً^(٣).

وقد عرف قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي رقم (٣٨) لسنة (٢٠١٣) النافذ في المادة (اولاً ١ /) منه على ان الإعاقة هي ((اي تقييد او انعدام قدرة الشخص بسبب عجز او خلل بصورة مباشرة على اداء التفاعلات مع محيطه في حدود المدى الذي يعد فيه الانسان طبيعياً)) . وبتحليل التعريفات الواردة في اعلاه نجد انها اقتصرت بتعبير ذوي الإعاقة على المعاناة من قصور بدني او عقلي او ذهني او حسي وتكون طويلة الاجل ، فضلا عن انه يجب ان تحول هذه الإعاقة حسبما ورد في اعلاه دون المساواة مع الآخرين^(٤).

اما بالنسبة لما ورد في تعريف مفهوم الإعاقة في قانون رعاية الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي رقم (٣٨) لسنة (٢٠١٣) النافذ ، فنجد انها اشارت الى حالة انعدام قدرة الشخص بسبب عجز او خلل مباشر ، وهنا نلاحظ انها اشارت الى حالة العجز الكلي ، فكلمة انعدام تعني عدم قدرة الشخص كلياً على اداء ما عليه . ونجد ان القصور الناتج عن الإعاقة قد يكون بسبب كلي او جزئي ، واشترط القانون في العجز ان يكون دائماً وهذا امر غير محبذ ، اذ ان الانعدام يقتضي ان يستغرق حياة المعاق كاملة ، وهذا لا يتحقق في كل حالات العوق اذ ان كثيراً منها يمكن شفاؤه او زواله في وقت ما من حياة المعاق ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان قانون ذوي الإعاقة النافذ حدد النتيجة المترتبة على القصور في قدرات المعاق بالحد من قدراته (على تأدية دوره الطبيعي في الحياة قياسا على من عمره) ، فنجد ان هذا التحديد الوارد في القانون ليس دقيقاً في دلالاته على المقصود من مفهوم (الانسان الذي يعد طبيعياً) .

من كل ما تقدم فأننا نقترح ان يكون تعريف المعاق بأنه (كل شخص يعاني من قصور بدني او عقلي او ذهني او حسي طويل الاجل يعيق مشاركته الكاملة والفاعلة في المجتمع على قدم المساواة مع الاشخاص الآخرين من غير ذوي الإعاقة) .

وعموماً فان ذوي الإعاقة هم الاشخاص المحتاجين الى المساعدة والحماية الاجتماعية بسبب العيوب العقلية او البدنية الناشئة عن الولادة او المرض او الإصابة ، وبالتالي فان الانشطة الحياتية المحددة للأشخاص ذوي الإعاقة قد تنعكس في فقدان كامل او جزئي للقدرة على الخدمة الذاتية والحركية وتحديد الاتجاه والتواصل والتحكم في السلوك والمهارات المتعلقة بالعمل.

(١) د. يوسف الياس ، تقييم قوانين الإعاقة في مجلس التعاون في ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الاشخاص ذوي الإعاقة (دراسة قانونية تحليلية) ، ط ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣١ .

(٢) Fiv Lllc : Lusers, Appat\Locally Tepl Low T 65

(٣) د. ابراهيم عبدالله فرج ، المصدر السابق ، ص ٢٩ .

(٤) د. يوسف الياس ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

المطلب الثاني

انواع الاعاقة

ان الاعاقة تحد من قدرة الافراد على القيام بوظيفة واحدة او اكثر من الوظائف التي تعتبر اساسية في الحياة اليومية كالعناية بالذات او ممارسة العلاقة الاجتماعية والنشاطات الاقتصادية وذلك ضمن الحدود التي تعتبر طبيعية ، كما انها لا تمكن الفرد من الحصول على الاكتفاء الذاتي وجعله في حاجة مستمرة الى مساعدة الآخرين والى تربية خاصة تساعد على التغلب على اعاقته . ان المعوقين جسيماً وصحياً هم تلك الفئة من الاشخاص الذين يتشكل لديهم عائق يحرمهم من القدرة على القيام بوظائفهم الجسمية والصحية بشكل عادي^(١).

هذا وان الاعاقة الجسمية والصحية تعتبر مشكلة مهمة تضاف الى المشكلات النفسية والاجتماعية التي قد يكون اثرها على الفرد المعوق اكبر من حجم الاصابة نفسها خاصة اذ حدثت الاعاقة في مراحل عمرية متأخرة . فقبل حدوث الاصابة يكون الفرد قد رسم لنفسه نهجاً وخططاً معينة وبحدوثها يشعر الفرد بخسارة عضو من اعضاءه او شلل في احد اطرافه او جميعها ، فتتأثر حركته وتنقله وتوازنه مما يجعله يشعر بالنقص والاختلاف عن اقرانه العاديين وتزداد المشكلة لدى الشخص المعاق عند شعوره بالألم من جراء الاصابة او حاجته لدخول المستشفى لفترة طويلة او مراجعته الطبيب ولا يخفي علينا انه مثل هذا النوع من الاعاقة قد ازداد بصورة كبيرة في العراق وذلك بعد احداث ٢٠٠٣ مما زاد العبء على الدولة بضرورة توفير العمل لهذه الشريحة المهمة في المجتمع هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان الاعاقة الحسية تتمثل بالاعاقة السمعية والاعاقة البصرية .

ولقد ظهرت العديد من التعريفات للأعاقة السمعية حسب المتهمين بهذه المشكلة فعلى سبيل المثال يهتم الاطباء والعاملون في مجال القانون على درجة فقدان السمع وذلك من اجل التمييز بين ضعف السمع والمصابين بالصمم الكامل بينما يهتم التربويون بالمضامين التربوية والاثار الناتجة عن الاعاقة السمعية على التعليم والتواصل مما سبق نستنتج ان مصطلح السمعية يشير الى المشكلات السمعية التي تتراوح في شدتها من البسيط الى المتوسط وهو ما يسمى بالضعف السمعي الى الشديد وهو ما يسمى بالصمم ومن هنا يعرف الصمم على انه درجة من فقدان السمع تزيد عن (٧٠) ديسبل للغدد تحول دون اعتماده على حاسة السمع في فهم الكلام باستخدام السماعات او بدونها هذا وتعد الاعاقة السمعية مقارنة بفئات الاعاقة الاخرى قليلة الحدوث نسبياً^(٢).

اما الاعاقة البصرية فلا شك بان حاسة البصر من اهم حواس الانسان على الاطلاق والفرد الذي يعاني من مشاكل بصرية يصبح فرصته للتواصل مع البيئة والتعلم العرضي اقل بكثير من اقرانه المبصرين اذ انه يحترم الفرد من معظم خبراته الحياتية المتعلقة باللون والشكل وتكون الصورة الذهنية عن الاشياء .

اما التعريف قانوني للاعاقة البصرية والذي يشير على ان الشخص الكفيف من وجهة نظر الاطباء هو ذلك الشخص الذي لا تزيد حدة ابصاره عن ٢٠ / ٢٠٠ قدم فيما احسن العينين او حتى في استعمال النظارة الطبية وتفسير ذلك ان الجسم الذي يراه الشخص العادي في ابصاره على بعد مسافة منتهي قدم يجب ان يقرب الى مسافة ٢٠ قدم حتى يراها الشخص الذي يعتبر كفيفا حسب هذا التعريف^(٣).

(١) د. مصطفى نوري الشمس ، الاعاقات المتعددة ، ط٤ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، الاردن ، ٢٠١٥ ، ص٧٩.

انظر كذلك Garrison - Tate, J . (2014). Person Centered planning in Cecil R.Reynolds Kimberly J.Vannest, and Elaine Fletcher Janzen (eds).

(٢) د. اسامة فاروق مصطفى ، د. السيد كامل الشربيني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠١٥ ، عمان ، ص٢١.

(٣) مصطفى نوري الشمس ، المصدر السابق ، ص١٢٩.

المبحث الثاني

الاساس القانوني لتشغيل ذوي الاعاقة

نحاول في هذا المبحث التطرق الى الاهتمام الدولي والاقليمي بذوي الاعاقة في مطلب اول والمطلب الثاني خصصناه لوسائل رعاية ذوي الاعاقة وعلى النحو الاتي .

المطلب الاول

الاهتمام الدولي والاقليمي بذوي الاعاقة

ان العمل في الاسلام سنه الحياة وطريق السعادة في الدنيا والاخرة والشرعية الاسلامية جعلته حقا للإنسان وواجبا عليه ، هذا وان الاساس الذي يجب الاعتماد عليه فيما يخص حقوق ذوي الاعاقة في ان تكون اناطة وادارة وظائف كل ما يتعلق بحقوق المعاقين بالجهة القانونية المختصة بالشأن الاجتماعي وهي وزارة العمل والشؤون الاجتماعية .

وانطلاقاً من اعلان فيلاديفيا سنة ١٩٤٤ الذي اكد اهداف منظمة العمل الدولية اذ نص على : ((يحق لكل انسان السعي الى الرفاهية المادية والنمو الروحي في ظروف من الحرية والكرامة والامن الاقتصادي وتكافؤ الفرص))^(١).

وكذلك ما نص عليه الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة ١٩٤٨ في المادة الثانية والعشرون منه : ((لكل شخص بوصفه عضواً في المجتمع حق الضمان الاجتماعي ومن حقه ان توفر له من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي وبما يتفق مع هيكل كل دولة ومواردها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية))^(٢).

كما واستناداً لما جاء في المادة الخامسة والعشرون منه والتي نصت على : ((لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته ، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة))^(٣).

كما ونصت المادة التاسعة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة ١٩٦٦ على : ((تقر الدول الاطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك من التأمينات الاجتماعية))^(٤).

اعتماداً على ما تقدم ومع تقدم الفكر والابحاث والدراسات وقرار مبدأ تكافؤ الفرص اخذت مسألة رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة تشغل حيزاً كبيراً واهتماماً خاصاً على الساحة الدولية .

اذ اعلنت الامم المتحدة عام ١٩٨١ عاما دوليا للمعاقين ، كما ان الجمعية العمومية للأمم المتحدة اعلنت في الرابع من اكتوبر ١٩٩٢ ان يوم الثالث من كانون الاول ٢٠٠٣ هو يوم للمعاقين في العالم .

ونظراً لكون معظم المعاقين بديناً واجتماعياً ينتمون الى دول نامية فقد توجهت منظمات الامم المتحدة الى مساعدة تلك الدول من خلال تأسيسها لصندوق الاعاقة الخيري وقررت بقائه قائماً خدمة للبرامج الريادية للمعاقين . كما اسست الهيئات والبرامج المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة منها :

المؤتمر الدولي حول تعليم ذوي الاحتياجات الخاصة ، اللجنة الدائمة للوقاية من الاعاقة ، خطة عمل التأهيل في العالم والمجتمعات المحلية . ومن مظاهر الاهتمام والرعاية بذوي الاحتياجات الخاصة على المستوى الدولي ما قامت به منظمة العمل الدولية من اتفاقيات وتوصيات خاصة ومنها :

(١) إعلان فيلادلفيا : منظمة العمل الدولية ، ١٩٤٤ ، وثيقة رقم ٢ / ٢ / ٣٠٤ .G.B.

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الانسان : الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٩٤٨ ، وثيقة رقم ٢١٧ الف (د.٣) .

(٣) المصدر نفسه.

(٤) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، الجمعية للأمم المتحدة ، ١٩٦٦ ، وثيقة رقم ٢٢٠٠ الف (د.٢١) .

(١) توصية منظمة العمل الدولية بشأن التأهيل المهني للمعوقين رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٥ (٢) اتفاقية منظمة العمل بشأن التأهيل المهني والعمالة المعوقين رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٣ (٣) توصية منظمة العمل بشأن التأهيل المهني والعمالة المعوقين رقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٣.

اما رعاية ذوي الاعاقة على المستوى العربي فتبدوا متباينة من دولة الى دولة اخرى ويتجلى سبب ذلك في اختلاف الامكانيات الاقتصادية والاستقرار الامني وبرامج الرعاية الصحية والاجتماعية والنفسية والمهنية فضلا عن التعداد السكاني للدولة الذي يؤثر سلبا او ايجابا في مسألة الرعاية بذوي الاحتياجات الخاصة .

ومن اكثر البلدان العربية التي تعد اليوم نموذجا لدولة رفاهية معقولة على مستوى الوطن العربي هي دولة الامارات العربية المتحدة وتتركز اسباب ذلك في ان الرعاية الاجتماعية في هذه الدولة لا تقتصر على توفير الاحتياجات الاجتماعية فقط بل شملت الاحتياجات النفسية والتربوية لجميع طبقات المجتمع المستفيدة على حد سواء . فحسب ما جاءت به احصائيات عالمية للتنمية البشرية للأعوام ٢٠٠٧-٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ - ٢٠١٠ - ٢٠١١ وقوع دولة الامارات العربية ضمن فئة الدول ذات التنمية المرتفعة جداً بتسلسل (٣٠) حتى احصائية عام ٢٠١١^(١).

ومن مظاهر الرعاية الاجتماعية في الدول المذكورة هي إنشائها مؤسسات الرعاية الاجتماعية التي ضمنت لها هذا التقدم والتطور ، كما انها استغلت مواردها بالشكل الذي مكن لجميع طبقات المجتمع الاستفادة منها ، فضلاً عن النهضة الثقافية والفكرية والتكنولوجية التي شهدتها مجتمعها ، كما انها اصدرت قانوناً خاصاً يعني بالرعاية الاجتماعية بذوي الاحتياجات الخاصة لسنة ٢٠٠٦ وهو اول قانون كرس الرعاية الاجتماعية لذوي الاحتياجات الخاصة^(٢).

وقد وفرت المملكة العربية السعودية لذوي الاحتياجات الخاصة الرعاية فأضحت كذلك نموذجاً لدولة رفاهية اجتماعية ، فقد أنشأت ما يسمى بالمراكز الايوائية لشديدي الاعاقة ومراكز للتأهيل المهني كما أنشأت مؤسسات لرعاية الاطفال المشلولين.

وسنت العديد من القوانين المعنية بحماية حقوق المعوقين وتوفير العمل لهم في القطاع الحكومي والخاص ، ومنحهم الاعانات المالية وكذلك لذويهم للقيام بمشروعاتهم الخاصة ، فضلاً عن تحمل تكاليف العلاج والادوية وتوفير المدارس الخاصة بهم كما وضعت اخيراً نظام التأمينات الاجتماعية بالمرسوم الملكي رقم ٣٣ في ٣ / ٩ / ١٤٢١ هـ^(٣).

اما الرعاية الاجتماعية لذوي الاعاقة في البلدان التي تشهد حالة عدم استقرار امني واقتصادي فأنها محدودة وكما هو الحال لدينا في العراق وعلى النحو الذي سوف نفضله في بحثنا رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة في العراق.

وبموجب قانون رعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي النافذ فإنه تؤسس هيئة مختصة لهذا الأمر تسمى (هيئة رعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة) ، وتتمتع هذه الهيئة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري ويمثلها رئيس هيئة الاعاقة والاحتياجات الخاصة .

وكما ذكرنا في أعلاه فإن هذه الهيئة ترتبط بوزارة العمل والشؤون الاجتماعية ويكون مقرها في بغداد ، ولها فتح اقسام في مراكز المحافظات غير المنتظمة في اقليم (المادة ٤ / ١ ، ٢ ، ٣ من قانون رعاية ذوي الاعاقة)

(١) ينظر د. عثمان سراج الدين : الرعاية الاجتماعية بين الاتفاقيات والمواثيق الدولية والقوانين المحلية ، دولة الامارات نموذجاً ، دراسة بحثية منشورة على الموقع الالكتروني.

(٢) ينظر د. عثمان سراج الدين : الرعاية الاجتماعية بين الاتفاقيات والمواثيق الدولية والقوانين المحلية ، المصدر السابق ، ص ٦٤.

(٣) ينظر عبد العزيز بن يوسف المطلق : حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في النظام السعودي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة نايف للعلوم الامنية ، السعودية ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٥٤.

وأن رئيس هذه الهيئة يكون من ذوي الدرجات الخاصة فضلاً عن وجود نائبين له احدهما للشؤون الفنية والشؤون الادارية وبدرجة مدير عام وان يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية الاولى في الاقل ومن ذوي الخبرة والاختصاص وله خدمة لا تقل عن (١٥) سنة وعلى ان يكون احدهما من ذوي الاعاقة^(١)

وحسناً فعل المشرع بأن جعل أحد نائبي الهيئة من ذوي الاعاقة كونه أقرب الى المعاقين وأكثر شعوراً بهم لأنه من نفس الفئة . هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإنه يكون أقرب الى تلبية احتياجاتهم . ولكن القانون المذكور اشترط بأن تكون له خبرة لا تقل عن (١٥) سنة ، وهذا أمر غير مرغوب اذ لم يذكر القانون في أحد اختصاصات تكمن الخبرة اذ جعلها كلمة واسعة ولم يحدد الخبرة المطلوبة لغرض التعيين ، فضلاً عن ذلك فإن من الصعب ايجاد شخص ذي إعاقة يكون له خبرة اكثر من (١٥) سنة . فهل أن الخبرة التي تشترط لأحد نائبي الرئيس الذي يكون من ذوي الاعاقة تشترط كلها أثناء فترة الاعاقة ام قبلها ؟

هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى لم يوضح القانون ان تكون هذه الخبرة كموظف مثلاً او كصاحب عمل او عامل او اي اختصاص اخر يكون قريب الى اهداف هذا القانون ونواياه . فضلاً عن هؤلاء الاعضاء ، فإن القانون اشترط ان يكون هنالك ممثل عن الامانة العامة لمجلس الوزراء وممثلين عن (وزارة الدفاع – وزارة الصحة – وزارة الاسكان والاعمار – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – وزارة التخطيط – وزارة الشباب والرياضة – مفوضية حقوق الانسان – ممثل عن حكومة اقليم كردستان) .

وان يكون من بينهم (٧) اعضاء من ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة و (٢) من الاشخاص المهتمين في شؤون العوق .

ونرى ان القانون قد كان واسعاً في تسمية اعضاء الهيئة دون النظر الى التخصص المطلوب الذي يراعي ما يراد من الهيئة من اهداف ، وقد راعى القانون مستوى التمثيل الحكومي للهيئة ، أذ أن اعضاء هذه الهيئة (٢٧) عضواً و (١٨) ممثلاً حكومياً وغير حكومي .

هذا وان التمثيل الحكومي للهيئة يمكن في مدى تقليص او توسيع حجم التمثيل الحكومي في اللجنة والذي يعكس مدى الرغبة في اتاحة الفرصة للمشاركة غير الحكومية فيها ، وهنا نجد ان الاهتمام في القانون كان بجانب المشاركة الحكومية في الهيئة وان الارتقاء بمستوى التمثيل الحكومي يعبر عن التوجه الى اضافة الفاعلية على دور الهيئة ومن ثم توفير فرصة ملائمة لتحقيق الغايات المرجوة من وجودهم في الهيئة .

بالاضافة الى ان هذا القانون قد اولى ذوي الاعاقة اهمية خاصة بأشراكهم بصفة اداريين وبمستويات عالية في الهيئة التي تم تشكيلها ، ومن ثم فإن ذوي الاعاقة الذين سوف يتم اختيارهم كأعضاء في الهيئة سيؤخذ بنظر الاعتبار مستوى خدماتهم المقدمة لهذه الفئات وكذلك سيرهم الذاتية .

المطلب الثاني

وسائل رعاية ذوي الاعاقة في العراق

سبق منا القول بأن الرعاية الاجتماعية عملية تأهيل مستمرة للفرد المحتاج بغية تفاعله مع المجتمع ، ولكن يثور امامنا التساؤل الآتي :
ما هي القوانين التي عنت تنظيم المسائل الخاصة بفئة ذوي الاعاقة ؟ ومن هي الجهة التي من الممكن ان يعهد اليها ذلك الموضوع وماهي طبيعة عملها واليته ؟
نصت المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) النافذ على ما يلي :

(١) ينظر نص المادة (٥ / أولاً) من قانون رعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٣ .

((العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العراق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الوضع الاجتماعي)) .
ونصت المادة (١٦) منه على ما يلي : (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك) .

وتطبيقاً لأعلاه فإن فئة المعوقين ايضاً تسري عليهم المساواة في العمل في إتاحة فرص العمل لهم وان كانوا يواجهون صعوبات عديدة من أجل المساواة ، ومع ان الرجال والنساء منهم عرضة للتمييز الا ان النساء ذات الاعاقة تواجه تمييزاً مزدوجاً بسبب جنسها واعاقتها ، وهي عرضة للفقر والعوز والامية^(١) .

اما قانون العمل الملغي رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ فقد نصت المادة الخمسون منه على انه :
((اذا رفض المعوق المؤهل العمل الذي يقدم له في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي والقطاعين المختلط والخاص والورش المحمية والجمعيات التعاونية الانتاجية للمعوقين بدون عذر مشروع يقتنع به مكتب العمل يحرم من راتب الاسرة لحين قبوله العمل)) .

كما نصت المادة ٧١ منه على :

((تؤسس ورش للمعوقين شديدي العجز القادرين على العمل جزئياً.....)) .

ونص القانون المذكور في مادته السادسة والسبعون على انه :

((اذا قل الاجر عن الحد الادنى لأجر العامل غير الماهر تقوم دائرة رعاية المعوقين بدفع الفرق بينهما.....)) .

كما نصت المادة (٢) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة (١٩٨٧) الملغى على انه : (يضمن هذا القانون حق العمل لكل مواطن قادر عليه بشروط وفرص متكافئة بين المواطنين جميعاً دون تمييز بسبب الجنس او العرق او اللغة او الدين ويترتب على ذلك إتاحة الفرصة لكل مواطن في التدريب على النشاط المهني في الحدود التي ترسمها الدولة لحجم ونوع العمل في كل قطاع مهني) . وجاء في المادة (٤ / ثانياً) من القانون ذاته : (المساواة في الاجر بالنسبة للعمل المتساوي في النوع والكم الذي يؤدي في ظروف متماثلة) ، وتعتبر هذه المادة تجسيداً ما نص عليه الدستور العراقي في المواد المشار اليها في اعلاه وتطبيقاً لاتفاقيات العمل الدولية بهذا الخصوص .

وقد اشارت الى نفس المبدئ قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ في المادة (٤) وعرف قانون الرعاية الاجتماعية العراقي رقم (١٢٦) لسنة ١٩٨٠ المعاق بأنه (كل من نقصت او انعدمت قدرته على العمل او الحصول عليه او الاستقرار فيه بسبب النقص او اضطراب في قابلياته العقلية او النفسية او البدنية)^(٢)

كما الزم دوائر الدولة بتشغيل المعاقين في الورش المحمية والجمعيات التعاونية الانتاجية ويهدف منها المشروع الى دمج المعاقين بالمجتمع عن طريق العمل والاستفادة من هذه القوى الاضافية في العملية الانتاجية للدولة^(٣)

الا ان هذا الالتزام الوارد في القانون لم يحقق اهدافه لعدة اسباب ، اذ لم يحدد قانون الرعاية الاجتماعية الكيفية التي يتم فيها التعيين من جهة ولم يحدد جزاءات قانونية على مخالفة احكامه من جهة اخرى^(٤) .
كما اشار قانون الحماية الاجتماعية رقم (١١) لسنة ٢٠١٤ الى ذوي الاعاقة بالنص على (ذو الاعاقة والاحتياج الخاص هو من يتم تحديده وفقاً لاحكام قانون رعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٣ بغض النظر عن عمر المستفيد)^(٥) باعتبار ذوي الاعاقة احد الفئات المستفيدة من هذا

(١) المساواة في العمل ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهرين ، العدد ٤ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧٥ .

(٢) مادة ٤٣ من قانون الرعاية الاجتماعية العراقي رقم (١٢٦) لسنة ١٩٨٠

(٣) مادة ٦٩ من نفس القانون

(٤) د. عماد حسن سلمان ، شرح قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص ٢٤٢-٢٤٣ .

(٥) المادة (١ / ثالث عشر) من قانون الحماية الاجتماعية

القانون من خلال الحصول على الاعانات النقدية والخدمات الاجتماعية في التربية والتعليم والصحة والسكن والمجالات الاخرى بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة^(١). كما نص القانون على شمول ذوي الاعاقة باعتبارهم احد الفئات المستفيدة من القانون المساعدة في الدخول الى سوق العمل من خلال التدريب والتعليم المهني وبناء القدرات والمساعدة في الحصول على فرص العمل او على قرض او منحة لأقامة المشاريع الصغيرة المدرة للدخل^(٢).

واخيراً تناول قانون ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٣ النافذ هذه الفئة من فئات المجتمع وعالج مسألة الجهة التي تعنى بهذه الفئة.

وعموماً فإن الاشخاص من ذوي الاعاقة يعانون من ظروف عمل صعبة ويواجهون صعوبات في الحصول على فرص عمل ، اذ ان النظرة الاجتماعية للأشخاص ذوي الاعاقة ما زالت نظرة شغف وعطف وهذا يؤثر على الحالة النفسية لهؤلاء الاشخاص . وبالتالي على المجتمع ان ينظر اليهم كنوع اجتماعي .

وان مواجهة وعلاج تلك المشكلة يتطلب العمل الاجتماعي والمسؤولية المشتركة للمجتمع بصورته الاكبر ، وذلك بهدف التوصل للتعديلات البيئية اللازمة للمشاركة الكلية للأفراد المعاقين في كل مجالات الحياة الاجتماعية . ومن ثم فان هذه القضية تنسم بأنها قضية ثقافية وفكرية وتتطلب تغييراً اجتماعياً واسع النطاق على الصعيد الفردي والمجتمع ، ومن هذا المنظور فإن عملية تقبل شخص ما ذي ضعف او عجز هي من ضمن نطاق اهتمام حقوق الانسان .

ويعتبر حق تشغيل ذوي الاعاقة في العمل من ضمن الحقوق الرئيسية التي تتمتع بها تلك الفئة ، فلذوي الاعاقة عدة حقوق يجب التمتع بها ونصت عليها الكثير من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة التي صادق عليها العراق في كانون الثاني لعام (٢٠١٢)، وتعتبر هذه المصادقة خطوة ايجابية تنصب في مصلحة ما يقارب (٢,٧٥) مليون عراقي يعانون من الاعاقة .

هذا وان اتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة لا توجد مزيداً من الحقوق او تمنح حقوقاً خاصة للأشخاص الذين يعانون من إعاقة بل أنها تؤسس لبرنامج عمل وذلك بغية ترجمة مفاهيم حقوق الانسان الى واقع . ويتمتع الاشخاص كما ذكرنا في اعلاه بعدة حقوق مدنية وسياسية كحق الشخص ذي الاعاقة في الحياة في سلامته الشخصية وحرية الشخص ذي الاعاقة وأمنه الشخص وعدم تعرضه للاستغلال والعنف والاساءة وحقه في حرية التعبير والرأي والحصول على المعلومات ، فضلاً عن حقه في الجنسية واختيار مكان الإقامة والتنقل من وإلى بلده . فضلاً عن حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كحقه في التعليم وفي صحته وفي التأهيل وإعادة التأهيل ، وأخيراً حق ذوي الاعاقة في العمل .

ويحتل العمل مكانة بارزة بين حقوق الانسان على المستوى الوطني والدولي لاعتبارات عدة ، بعضها يتصل بذات هذا البحث باعتبار ان العمل فيه تحقيق اقتصادية واجتماعية وحيوية للفرد والمجتمع بالنظر لكونه الوسيلة التي تمكن الانسان من كسب عيش افراد أسرته بواسطة الاجر الذي يحصل عليه الانسان العامل مقابل العمل الذي يؤديه لصاحب العمل^(٣) .

وبالقدر الذي يفترض ان يحقق العمل نتائج ايجابية لصالح الفرد والمجتمع وهو كان على مدى التاريخ وعند كل العصور الوسيلة التي استغل الانسان استغلالاً بشعاً من قبل امتلاك فرصة تسخير الجهد الانساني لخدمة مصلحة الاقتصادية .

(١) المادة (٨ / ثانياً) من قانون الحماية الاجتماعية

(٢) المادة (٩ / اولاً) من قانون الحماية الاجتماعية

(٣) د. عدنان العابد ، يوسف الياس ، قانون العمل ، بغداد ، ط٢ ، بدون سنة الطبع ، ص ٦ - ٧

انظر كذلك Grimby,G.8 Sm edby,B.(2001) icf approved as the successor of LciDtt.Rehabilitation medicine, vd 33, No 5,p.193-194.

واخذاً بالاعتبارات المتقدمة فإن البناء القانوني لحق الانسان في العمل قام على ركيزتين اساسيتين ، اولهما الاقرار بهذا الحق ليكون وسيلة فيكسب عيشه وعيش افراد أسرته ، وثانيهما حماية الانسان اثناء اداء العمل او من الاستغلال الذي يمكن ان يتعرض له والمخاطر التي يمكن ان يلحقها به . ومن اعلاه فإن لتشغيل ذوي الاعاقة يعتبر حقاً من حقوقه التي يجب مراعاتها وهذا ما اكده قانون ذوي الاعاقة في العراق بأنه يهدف الى ايجاد فرص عمل لذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة في دوائر الدولة والقطاع العام والمختلط والخاص^(١).

وفضلاً عن ذلك فإن القانون المذكور يهدف الى جملة من الحقوق التي ذكرت في اعلاه لذوي الاعاقة منها رعاية او تهيئة مستلزمات ذوي الاعاقة في المجتمع وتأمين الحياة الكريمة لذوي الاعاقة واحترام الحقوق وقبول العجز كجزء من التنوع البشري والطبيعة الانسانية ووضع خطط وبرامج خاصة لضمان حقوق ذوي الاعاقة وفق احكام القانون والاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تكون جمهورية العراق طرفاً فيها ، فضلاً عن وضع البرامج والخطط للوقاية من مسببات الاعاقة وجعلها متاحة للبشرية والنشر والتوعية وتأمين المتطلبات العلاجية والخدمة الاجتماعية والتأهيل النفسي والمهني وبالتعاون مع الجهات وذوات العلاقة داخل العراق وخارجه ، وايضاً توفير فرص التعليم العام والخاص والتعليم المهني والمالي لذوي الاعاقة وتطور الملاكات العامة في حقل رعاية ذوي الاعاقة^(٢).

المطلب الثالث

التنظيم القانوني لهيئة رعاية ذوي الاعاقة

بعد ان دخل العراق الى الاتفاقية الخاصة بذوي الاعاقة ، تم تغيير اسم الهيئة التي كانت تسمى هيئة ذوي الاحتياجات الخاصة الى هيئة ذوي الاعاقة ، وذلك تماشياً مع الاتفاقيات الدولية . ان ذوي الاعاقة بما لديهم من قدرات وامكانيات اذا ما توافرت لهم الخدمات الملزمة التدريبية والتأهيلية والرعاية والفرص المتكافئة سيتمكنون من المشاركة الفاعلة جنباً الى جنب مع باقي افراد المجتمع ، هذا اضافة الى الايمان الكامل بأن قضية الاعاقة قضية مجتمعية يلزم مواجهتها بتكامل مجهود الحكومات والمجتمع المدني والقطاع الخاص والاشخاص ذوي الاعاقة. وفي العراق نجد ان واقع ذوي الاعاقة مهمل ان الهيئة لا تمتلك احصائية رسمية تبين اعدادهم الحقيقية ، كما ان المنظومة القانونية تحتوي على مشاكل ليست في صالح هذه الفئة ، اذ انه وحسب تقارير وزارة العمل ان الهيئة ما زال عملها متلكأ بسبب عدم وجود تخصيصات كافية ، اذ ان هذه الفئة تعاني من الاهمال على عكس الفئة ذاتها في دول الجوار^(٣).

ومن ثم يجب ان ينصب الاهتمام في العراق على تأهيل وتدريب ذوي الاعاقة بما ينسجم مع دول الجوار ومع الاتفاقيات الدولية عن طريق تقديم الخدمات الاجتماعية والطبية والنفسية والتعليمية والمهنية التي يلزم توافرها للشخص ذي الاعاقة واسرته لتمكنه من التغلب على الآثار التي تخلف عن عجزه ، ومن ثم من المفترض ان تكون هنالك مكاتب للتأهيل الاجتماعي وان تكون موزعة على كافة انحاء البلاد وظيفتها استقبال طالب التأهيل في جميع الاعمار من مختلف الفئات ، واجراء الدراسات والفحوصات الاجتماعية والنفسية والمهنية والتعليمية لهم وذلك بواسطة اعضاء فرق التأهيل الذي يصفهم هذا المكتب بالاستعانة بالموارد المتاحة في المجتمع كالمستشفيات والمدارس والورش والمصانع لتوفير الخدمات المختلفة لهؤلاء المعاقين.

(١) ينظر المادة (٢ / خامساً) من القانون .

(٢) ينظر المادة (٢ / ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) من القانون .

(٣) تعتبر جمهورية مصر العربية من اهم الدول التي يشاد بها في العمل الاجتماعي وفي مجال رعاية وتأهيل الاشخاص ذوي الاعاقة بصفة خاصة بما لها من خبرات لا يستهان بها وتجارب رائدة في هذا الشأن ، وتعد نبزاً لباقي الدول.

وهذه المكاتب الخاصة بالتأهيل الاجتماعي هي ذاتها هيئة رعاية ذوي الإعاقة التي نص عليها قانون ذوي الإعاقة النافذ والتي اشارت الى ما ذكر في اعلاه من خدمات اضافة الى عدة خدمات اخرى مثل تقديم الخدمات الوقائية والعلاجية بما فيها الارشاد الوقائي . ونلاحظ ان هذه الهيئة قد ادرجت عدة خدمات مقدمة الى ذوي الإعاقة وذلك في الفصل الخامس وفي المادة (١٥) من قانون ذوي الإعاقة النافذ.

والذي يهمنا في بحثنا هذا هو مدى امكانية تشغيل ذوي الإعاقة باعتبارهم فئة خاصة يجب النظر اليها من جانب قانون العمل وتنظيمها ، فكما نعلم بأن قانون العمل عموماً قد نظم فئات معينة من العمل وقد اولاهما الكثير من الحماية والاهتمام واورد لها نصوص قانونية خاصة تنظم عملهم وتدريبهم وترتب استحقاقاتهم من عناية واجر وما الى ذلك اضافة الى التأمين الاجتماعي لهم وتحديد ساعات العمل المقررة ، وكذلك فإن هذه الفئة قد اورد لها حقوق قد لا تكون مقررة لباقي العمال لما لهذه الفئة من مميزات خاصة تميزهم عن غيرهم من العمال ، وهذه الفئات التي نظمها قانون العمل في فئة النساء والاحداث وعمال المقالع ، وكل فئة من هذه الفئات اولاهما القانون حماية خاصة تميزها عن باقي العمال متمثلاً بالنسبة لفئة الاحداث ويقصد بالحدث كل شخص ذكرًا كان ام انثى بلغ (١٥) سنة ولم يتم (١٨) الثامنة عشر^(١).

فقد نظر لهم القانون العمل نظرة خاصة ، اذ خص قانون الاحداث ببعض المزايا دون العمال الكبار مراعيًا في ذلك الظروف التي تحيط بهم ، اذ ان الحدث في مرحلة النمو الجسماني ولم يزل غضاً ولم تكتمل قواه العضلية والبدنية . ومن ثم فإن تكلفة المبكر بالعمل قد يكون حائلاً دون اكتمال نموه الطبيعي^(٢).

اما الفئة الثانية التي اولاهما المشرع الاهتمام فهي فئة النساء ، فهي تعد قوة مضافة الى العمل الاجتماعي ، فقد وفر التقدم التكنولوجي فرصة دخولها الى ميدان الصناعة والزراعة والادارة ، اذ حقق لها الاستقلال الاقتصادي الى جانب مساعدة زوجها او زيادة الاسرة لكونها مطلقة او ارملة ولا يوجد لها مصدر رزق غير العمل^(٣).

وبسبب تكوين المرأة النفسي والجسدي الذي يختلف عن الرجل فأنها تتعرض الى العديد من الامراض لدى اشغالها بالأعمال الخطرة او الشاقة اضافة الى دورها الطبيعي للحمل والولادة والامومة ، هذه كلها اعباء اضافية تنفرد بها عن الرجل مما يولد لديها الارهاق والارباك والضعف^(٤) ، ومن هذا المنطلق خصها قانون العمل بحماية خاصة .

اما الفئة الثالثة فهي فئة عمال المقالع التي خصها المشرع بحماية دون غيرها من الاعمال الشاقة والمرهقة ، ومن ثم وضع لها احكام تتناسب مع طبيعة هذه الاعمال ومدى خطورتها على العاملين فيها^(٥).

ومن اعلاه نجد ان فئة الإعاقة قد تزايدت في الفترات الاخيرة في العراق خاصة بعد احداث ٢٠٠٣ ، ونرى انها لا تقل اهمية عن الفئات التي ذكرناها في اعلاه ، لذلك ندعو المشرع ان يضمن قانون العمل هذه الفئة والتي ان دخلت الى العمل وانضوت تحت قانون العمل بحيث يجب وضع احكام

(١) ينظر المادة (١ / عشرون) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.

(٢) الاحكام المنظمة لتشغيل المرأة في تشريعات العمل العربية والدولية (دراسة مقارنة) ، مكتب العربي ، سلسلة البحوث والدراسات ، ط١ ، ١٩٨٣ ، ص٣٢ - ٣٤ . انظر كذلك د. محمد علي الطائي ، قانون العمل على وفق قانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص٧٥ - ٧٩ .

(٣) د. علي عريف ، شرح تشريع العمل في مصر ، ج٣ ، ط٢ ، مطبعة عطايا ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٢٥٢ .
(٤) د. محمد علي الطائي ، التنظيم القانوني لتشغيل المرأة العاملة في العراق (المشاكل والمعالجات) ، بحث منشور في مجلة القضاء ، مطبعة الشعب ، ١٩٩٠ ، ص٤٣ .

(٥) د. محمد عدنان علي الزبير ، محاضرات في قانون العمل العراقي الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص١٢٣ ، ١٢٩ .

خاصة لها تتناسب مع اوضاعهم ومقدرتهم التي تميزهم عن غيرهم و فنحن نجد مثلاً ان قانون ذوي الاعاقة قد حث على ضرورة التأهيل الاجتماعي لذوي الاعاقة وعلى توفير فرص العمل لهم اضافة الى ضمان جميع حقوقهم فإننا نجد ان قانون العمل يجب ان تنسجم نصوصه القانونية التي تخص فئة المعوقين فيما لو نظمها مستقبلاً مع نصوص قانون ذوي الاعاقة النافذ بحيث لا يكون هنالك تعارض بينهما او اختلاف وان يكون وفق رؤيا وطنية تتناسب والمستجدات في مجال العمل والتدريب وبشكل يتوافق مع الالتزامات والاتفاقيات الدولية وان يكون هنالك نوع من الالتزام في تشغيل نسبة معينة من هذه الفئة في جميع المشاريع مثلاً التي تتعاقد معها كافة الوزارات عن طريق تشكيل لجان مركزية في كافة الوزارات لتقديم حجم العمالة لهذه الفئة في مشاريع الشركات المتعاقدة مع الوزارات ، اضافة الى تقديم التسهيلات اللازمة من قبل الوزارات المعنية الى الهيئة لخدمة هذه الشرائح لتحقيق تطلعات الهيئة في عملها تجاه المعاقين وايجاد الوظائف المناسبة لهم .

هذا وان قانون العمل عليه يتضمن كافة التفاصيل التي تخص هذه الفئة بحيث يضمن لهم نسبة معينة من التشغيل وان يخبر مكاتب العمل المختصة ببياناً بعدد الوظائف والاعمال التي يشغلها المعوقين الذين تم تأهيلهم مهنيّاً واجر كل منهم .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على رسوله وآله الأطهار . وبعد أن انتهينا من بحثنا هذا فإننا توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات ، وهي على النحو الآتي:

اولاً : النتائج

- ١- إن الشريعة الاسلامية تؤكد على حقيقة تكريم شخصية الانسان دون تفريق بين انسان معاق او غيره ، أذ قال تعالى : ((ولقد كرّمنا بني آدم))^(١).
- ٢- بينت الشريعة الاسلامية ان تفاصيل الناس ليس بالصحة او بسلامة الحواس او بالجمال او الشباب او اللون او الغنى او السلطان ، وانما التفاضل بالنقوى سواء كان هذا الانسان من ذوي الاحتياجات الخاصة او من غيرهم ، لقوله تعالى : ((ان اكرمكم عند الله اتقاكم))^(٢).
- ٣- ان الاهتمام بحق الانسان سواء كان معاقاً او غير معاق تعتبر قواعد شرعية واحكام نظامية واضحة ومحددة المعالم والمفاهيم وليست شعارات برفافة .
- ٤- ان المشرع العراقي من خلال إصدار الأنظمة واللوائح الخاصة برعاية وتأهيل المعوقين يؤكد على الدور الايجابي تجاه هذه الفئة من المساواة والعدل في جميع شؤون الحياة من تعليم وصحة وثقافة ووسائل إعلام والى غير ذلك .
- ٥- يؤكد المشرع العراقي على مساهمة الدولة برعاية وتأهيل المعوقين وجعل لهم الاولوية في مجال العمل .
- ٦- لم يشر قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ الى تنظيم هذه الفئة من العمال.

ثانياً : التوصيات

- ١- افتتاح المزيد من المراكز لرعاية ذوي الاعاقة وضرورة دعم المراكز الحالية مادياً ومعنوياً ، مما يسهم في بقائها على احسن حال .
- ٢- تضمين المقررات الدراسية دروساً عن حقوق المعوقين للمحافظة على هذه الحقوق من قبل جميع افراد المجتمع.
- ٣- زيادة تفعيل دور مشاركة فئة المعوقين في جميع جوانب الحياة ومن اهمها وسائل الاعلام ومنظمات المجتمع المدني . بما يرقى الى المساواة بينهم دون غيرهم مما يؤدي الى وعي المجتمع بحقوقهم والى رضاهم .
- ٤- القيام بمسح شامل للمعوقين على مستوى البلاد من قبل الجهات المختصة للتعرف على طلباتهم واحتياجاتهم لتحديث الانظمة واللوائح ومعرفة ما يحتاجونه من دعم مادي ومعنوي.
- ٥- ضروري النص في قانون العمل على تنظيم هذه الفئة من العمال والاهتمام بها ، وان تتضمن هذه النصوص قوة نظامية لكي يمكن تطبيقها ، ومراقبة اليات التطبيق.

(١) سورة الإسراء ، الآية رقم ٧٠.

(٢) سورة الحجرات ، الآية رقم ١٣.

المصادر

أولاً / القرآن الكريم

ثانياً / كتب اللغة

- ١- ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد) ، لسان العرب ، ج ١ ، بدون سنة طبع .
- ٢- السيد محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ج ٢ ، ليبيا للنشر ، صادر بيروت ، ١٣٠٠هـ .

ثالثاً / الكتب القانونية

- ١- د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، قانون العمل ، بغداد ، ط ٢ ، بدون سنة طبع.
- ٢- د. محمد علي الطائي ، قانون العمل على وفق قانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، دراسة مقارنة ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٨.
- ٣- د. علي عريف ، شرح تشريع العمل في مصر ، ج ٣ ، ط ٢ ، مطبعة عطايا ، القاهرة ، ١٩٥٤.
- ٤- د. محمد عدنان علي الزبر ، محاضرات في قانون العمل العراقي الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩.
- ٥- فهمي محمد سعيد ، التأهيل الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٥.
- ٦- ابراهيم عبدالله فرج الزريقات ، التأهيل المهني وخدمات الانتقال للأشخاص ذوي الإعاقة ، ط ١ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، الاردن ، ٢٠١٦ ، ص ٢٨.
- ٧- د. مصطفى نوري الشمس ، الاعاقات المتعددة و ط ٤ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، الاردن ، ٢٠١٥ ، ص ٧٩.
- ٨- د. اسامة فاروق مصطفى ود. السيد كامل الشربيني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٢١.
- ٩- د. عماد حسن سلمان ، شرح قانون العمل الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٨ .

رابعاً / الرسائل والاطاريح

- عبد العزيز يوسف المطلق ، حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ١٤٢٧هـ ، ٢٠٠٦م .

خامساً / المقاولات والبحوث

- ١- الاحكام المنظمة لتشغيل المرأة في تشريعات العمل العربية والدولية (دراسة مقارنة) ، مكتب العمل العربي ، سلسلة البحوث والدراسات ، ط ١ ، ١٩٨٣.
- ٢- المساواة في العمل ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهدين ، العدد ٤ ، ٢٠٠٨.
- ٣- د. محمد علي الطائي ، التنظيم القانوني لتشغيل المرأة العاملة في العراق (المشاكل والمعالجات) ، بحث منشور في مجلة القضاء ، مطبعة الشعب ، ١٩٩٠.
- ٤- د. يوسف الياس ، تقييم قوانين الاعاقة في مجلس التعاون في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة (دراسة قانونية تحليلية) ط ١ ، ٢٠٠٩ .

سادساً / الاتفاقيات والقوانين والانظمة

- ١- الاتفاقية الدولية الخاصة بالتأهيل المهني والمعوقين لسنة ١٩٨٣.
- ٢- دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) النافذ.
- ٣- قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) النافذ .
- ٤- قانون العمل الملغي رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠.

الحق في العمل لذوي الإعاقة في القانون العراقي

م. م. فاطمة درو ملوح

م. د. نادية فرحان زامل

- ٥- قانون الرعاية الاجتماعية رقم (١٢٦) لسنة ١٩٨٠.
- ٦- قانون الحماية الاجتماعية رقم (١١) لسنة ٢٠١٤.
- ٧- قانون العمل العراقي الملغي رقم (٧١) لسنة (١٩٨٧) النافذ .
- ٨- قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي رقم (٣٨) لسنة (٢٠١٣) النافذ .
- ٩- القرار الأميري القطري رقم (٢٣) لسنة (٢٠٠٢).

سابعاً / المصادر الاجنبية

- 1-Fiv Lllc : Lusers, Appat\Locally Tepl Low T 65
- 2- Gilbaride,D.8 stensrud,R.(2012).people with disability in work place . in Randall M parker and Jeanne Boland patter son (eds) , Rehabilitation coun seling : Basics 8 beyond.Austin : pro-ed publisher No 130-131.
- 3- Garrison - Tate, J . (2014). Person Centered planning in Cecil R.Reynolds Kimberly J.Vannest, and Elaine Fletcher Janzen (eds).
- 4- Grimby,G.8 Sm edby,B.(2001) icf approved as the successor of LciDtt.Rehabilitatation medicine, vd 33, No 5,p.193-194.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من

التداول عبر شبكة الانترنت

”دراسة مقارنة“

م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

مدرس القانون المدني

الجامعة التكنولوجية – قسم هندسة السيطرة و النظم

المخلص

تقرر أغلب التشريعات المنظمة لحقوق المؤلف و الملكية الفكرية، حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول، وذلك لأسباب تتعلق بالمؤلف نفسه، منها ما يرتبط بسمعته العلمية أو الأكاديمية أو الشخصية و الاجتماعية، أو غير ذلك من الأسباب التي تبرر طلب المؤلف من المحكمة اقرار حقه في سحب المصنّف ، ولم تشر هذه التشريعات إلى خصوصية المصنّفات الإلكترونية، خصوصاً تلك التي تكون متاحة عبر المواقع الإلكترونية على الشبكة الدولية، إذ لا تتسجم الكثير من الأحكام والإجراءات التي رسمها المشرّع لسحب المصنّفات التقليدية مع خصوصية المصنّفات الإلكترونية، لاسيما أنّ تلك المصنّفات تمتاز بسهولة النسخ و التداول وعدم محدودية العدد الموجود عبر الشبكة، مما يصعب عملية سحبه ومنع تداوله، و هو ما يعني انتفاء الغاية من إقرار هذا الحق على المستوى الشخصي للمؤلف، لأنّ مصنفه المسحوب سيبقى موجوداً على الشبكة على النحو الذي لا يمكنه من الاستفادة المثلى من هذا الحق.

الكلمات المفتاحية:

المصنّف الإلكتروني، تداول المصنّف ، حق السحب، حقوق المؤلف، الملكية الفكرية.

Abstract

The most legislation of copyright and intellectual property authorizes copyright to be withdrawn from circulation for reasons related to the author itself, including those associated with his or her scientific, academic, personal or social reputation, or other grounds that justify the author's request to the court to assert his right to This legislation does not refer to the privacy of electronic works, especially those that are available through websites. Many of the provisions and procedures set out by the legislator to withdraw traditional works are incompatible with the privacy of electronic works, This means that the purpose of this right is not to be achieved on the personal level of the author, because his or her withdrawn work will remain on the network in such a way that it can't make optimal use of its Right.

key words:

Electronic work, circulation of work, right of withdrawal, copyright, intellectual property.

المقدمة

فرضت الثورة في عالم التكنولوجيا والاتصالات نفسها على حقوق الملكية الفكرية، فمن المعلوم ان كل الإبداعات والابتكارات الجديدة في مجال التكنولوجيا هي جزء منها، وما تتضمنه هذه الشبكة من خلال مضمون المواقع الإلكترونية هي عبارة عن ملكية فكرية سواء كانت براءة اختراع أو علامات تجارية أو حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة لها، حيث ان ما ينشر في البيئة الرقمية أو الفضاء الإلكتروني هي حقوق لأصحابها، وبانتشار شبكة الانترنت السريع على المستوى العالمي، حيث ازداد انتشار المعلومات وتسهلت عملية تداولها و انسيابها بين دول العالم.

حيث ابرزت قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية في دول العالم، حددت انواع المصنّفات التي يتمتع مؤلفوها بالحماية، مما يدعنا إلى التساؤل عن كيفية حماية حقوق المؤلف، في نطاق تأثير التكنولوجيا الرقمية على الممارسات العقدية في نطاق حقوق المؤلف، حتى أصبحت قواعد البيانات تمثل موضوعا مهما من موضوعات الحماية القانونية، ويتمتع المؤلف بوجه عام بجملة حقوق منها مادية ومنها معنوية "أدبية"، فيتمتع المؤلف بعدة حقوق أدبية مطلقة ومؤبدة على مصنّفه منها حقه في احترام مصنّفه والدفاع عنه ضد أي اعتداء أو تشويه وحقه في سحب مصنّفه من التداول بعد نشرة أو قبل نشره وهذا الأخير هو محور البحث الذي نحن بصدد فكيف يضمن هذه التشريعات الحماية اللازمة للمصنّفات الإلكترونية؟ وهل هذا الحق مقتصر على المؤلف وحده أو لا؟

والاشكالية الرئيسية التي يقوم عليها هذا البحث، تتمحور حول فعالية الإطار القانوني المنظم لسلطة المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت، ولا شك أن السحب بالنسبة للمصنّفات المدخلة في شبكة الإنترنت يثير جملة من التساؤلات القانونية والاقتصادية على حد سواء، فقد يعتمد بعض المؤلفين إلى سحب مصنّفاتهم الإلكترونية "أن كانت آلية السحب ممكنة" باعتبارها مصنّفات وباعتبارهم مؤلفين لهم حقوق أدبية عليها، دون الاخذ بنظر الاعتبار مقدار الضرر الذي يصيب من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي، وعليه فما هو المقصود بسحب المصنّف الإلكتروني، وكيف تتم عملية سحب المصنّف الإلكتروني، وكيف تختلف عن سحب المصنّفات التقليدية؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه المؤلف حين سحب مصنّفه، و ما هي الشروط الواجب توفرها لكي تكون عملية سحب المصنّف الإلكتروني مشروعة وناجحة.

كل هذه التساؤلات، سنتولى الإجابة عليها ضمن خطة علمية إنقسمت إلى مبحثين رئيسيين، يسبقهما مبحث تمهيدي، بيّنا فيه تعريف سحب المصنّف الإلكتروني، ونبينا في المبحث الأول الأساس القانوني لسحب المصنّف الإلكتروني، أمّا الثاني فنخصه لبيان شروط سحب المصنّف الإلكتروني. وقد إختتمنا البحث بخاتمة تضمنت أبرز النتائج و المقترحات التي توصلنا إليها في هذه الدراسة.

الباحثة

المبحث الأول

تعريف سحب المصنّف الإلكتروني

إنّ سحب المصنّف الإلكتروني، هو حق المؤلف في منع تداول مصنّفه، إلكترونياً عبر شبكة الانترنت، بحكم قضائي مسبب صار من محكمة مختصة على وفق شروط يحددها القانون مقابل تعويض من آلت إليه حقوق النشر تعويضاً عادلاً، والمصنّفات عموماً هي الاشكال التي يتجسد بها التعبير عن الفكرة، فالتعبير عن الفكرة ليست الفكرة ذاتها، وإنما المظهر الدال عليها والذي تتجسّد فيه هذه الفكرة، وهو في الوقت نفسه، المحل الذي يرد عليه حق المؤلف، وقد يتجسد هذا التعبير بصورة مادية بكلمات تلقى شفاهاً أو مدونه في كتاب أو معبر عنها برسم أو نحت أو صورة أو نغمة موسيقية أو شريط سينمائي أو برنامج من برامج الحاسب الآلي وغيرها^١.

والمصنّفات إذا كانت بصيغة الكترونية فإنها تكون أي عمل ابداعي يكون بصيغة إلكترونية تسمح بتداوله ونشره في البيئة الرقمية^٢.

إنّ الصعوبة تكمن في مدى المحافظة على حقوق الملكية الفكرية بشكل عام وحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة لها، بمنأى عن الاعتداءات التي قد تتعرض لها، ففي حقيقة الأمر؛ تتسبب السهولة المفرطة في النسخ والتوزيع وقلة تكاليفهما، وتزايد عديد المستخدمين يجعل هذه البيئة غير آمنة، وبالتالي ظهرت مشاكل كبيرة في هذا المجال، ومن هنا كان لا بد من البحث في حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في البيئة الرقمية وكذلك النشر الإلكتروني.

وسحب المصنّف من التداول يعد من السلطات الايجابية التي تقرها كثير من القوانين المنظمة لحقوق الملكية الفكرية للمؤلف فقط دون غيره،^٣ بحيث يتمكن من سحب مصنّفه الإلكتروني من التداول بعد نشره عبر شبكة الانترنت، بعد أن تتوفر لديه أسباب أدبية أو علمية تبرر اللجوء إلى هذا الحق، كما في حالة إذا لم يعد المصنّف مطابقاً لأفكاره وآرائه، أو أن استمراره فيه إساءة إلى سمعته الأدبية أو العلمية، حينها يقرر المؤلف سحب مصنّفه الإلكتروني المنشور على شبكة الانترنت^٤، فيقوم المؤلف بتعويض الغير الذي تنازل له عن حق الانتفاع المالي بعد النشر، ولا يستطيع المؤلف ممارسة هذا الحق، ما لم يعوّض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي عما أصابه من ضرر بسبب السحب أو الرجوع. ومن الجدير بالذكر هنا؛ أنه في الوقت الذي نقر فيه بحق المؤلف بسحب مصنّفه من التداول، فإنّ يجب أن نأخذ بعين الاعتبار حقيقتان مهمتان:

١- د. أكرم فاضل سعيد ود. طالب محمد جواد : المعين في دراسة المسؤولية الناشئة عن تطبيقات الحاسوب واستخداماته، ط ١ دار السنهوري لبنان بيروت، سنة ٢٠١٥، ص ٥٨.

٢. مثال ذلك ما نصّت المادة ٦ من قانون حقوق المؤلف العراقي النافذ المعدل على أن (يتمتع ما يلي بالحماية طالما كان متميزاً بطابع الاصلية أو الترتيب أو الاختيار أو أي جهد شخصي آخر يستحق الحماية:

١ - المجموعات التي تنتظم مصنّفات عدة لمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات دون المساس بحقوق مؤلف كل مصنف .

٢ - مجموعات المصنّفات التي الت الى الملك العام .

٣ - مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والانظمة والاتفاقيات الدولية والاحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية).

٤. مثلاً نص القانون العراقي في المادة "٤٣" قانون حماية حقوق المؤلف العراقي النافذ رقم "٣" لسنة ١٩٧١ المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف "المنحلة" رقم "٨٣" لسنة ٢٠٠٤ و القانون الأردني في المادة "١٨" من قانون حماية حق المؤلف رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ والمعدل بموجب قانون رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣، والقانون المصري في المادة "١٤٤" من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم "٨٢" لسنة ٢٠٠٢، والقانون الاتحادي الإماراتي في المادة "٤١٥" من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاماراتي رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢ النافذ، والمادة "٢٤" من قانون حماية حق المؤلف الجزائري رقم "٠٥-٠٣" لسنة ٢٠٠٣ النافذ.

٥. سهيلة شعابنة وايمان العيدي : حماية حقوق المؤلف في التشريع الجزائري، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، سنة ٢٠١٤، ص ٤٤.

أولاهما؛ هي أنّ النشر الإلكتروني للمصنّفات عبر شبكة الانترنت، هو نشر لا محدود السعة والانتشار، و بالتالي ليس من السهولة بمكان التعرف على عدد النسخ الإلكترونية المتداولة عبر الشبكة، والتي تتناقلها المواقع الإلكترونية والحسابات الرقمية في كل أنحاء المعمورة، بشكل لا يمكن حصره أو تعدادة، و من ثمّ يمكن سحب المعروض منه بحسب النسخ المطبوعة أو المتداولة كما في حالة سحب المصنّفات التقليدية.

أما الحقيقة الثانية؛ فتتجسّد في عدم السيطرة المطلقة على محتوى ومضمون الشبكة الدولية للاتصالات و المعلومات، وهو ما يعني أنّ سحب المصنّف الإلكتروني يمكن أن لا يكون مجدياً في ظل امكانية أي مستخدم للشبكة الاحتفاظ بنسخته الإلكترونية الخاصة بالمصنّف المسحوب وإعادة نشره مرة أخرى، وهو أمر واقع في ظل امكانيات الشبكة الدولية وتنوع المستخدمين لها بشكل غير محدود. وفي الحقيقة فإنّ هتين الحقيقتين؛ يمكن أن تكونا عقبة كأداء في وجه المؤلف أو حتى الناشر الإلكتروني، الذي يقوم بسحب مصنّفه من التداول عبر الشبكة، مما يعني عدم امكانية الاستفادة المثلى من هذا الحق على النحو الذي نألفه في الحياة التقليدية.

المبحث الثاني

الاساس القانوني لسحب المصنّف الإلكتروني

تعترف التشريعات الوطنية المقارنة بإمكانية المؤلف من سحب مصنّفه من التداول،^١ وكذلك الحال في القانون العراقي، ويمكن أن نبين الأساس القانوني لسحب المصنّف الإلكتروني في القوانين المقارنة والقانون العراقي، في مطلبين كالآتي:

المطلب الاول

موقف التشريعات المقارنة

بعض التشريعات المقارنة لم تعترف بحق المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني، بعد شره الذي يتفرع عن الحق الادبي حيث أنها تطبق القواعد العامة في العقود على الحقوق الأدبية والمالية على حد سواء، بينما اكتفت بعض التشريعات بتقديم ضمانات كافية بدلا من التعويض، كتقديم كفيل يتعهد بدفع التعويض للمتضرر من جراء سحب المصنّف، إذا عجز المؤلف عن دفعه خلال الأجل الذي تحدده الجهة القضائية المختصة.

ومن جانب آخر، فقد تبنت التشريعات الوطنية المقارنة المنظمة لحماية حقوق المؤلف، من حيث المبدأ المفاهيم والمعايير الكفيلة له، في ظل التقدم التقني والتكنولوجي في البيئة الرقمية. ففي مصر نصت عليه المادة "١٤٠" من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم "٨٢" لسنة ٢٠٠٢ النافذ على أن:

"تتمتع بحماية هذا القانون: ...

٢- برامج الحاسب الالي.

٣- قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الالي أو غيره".

وأيضاً نصت المادة "٣" من قانون حماية حق المؤلف رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ المعدل بموجب قانون رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣ على أن " تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون.... ٨- برامج الحاسوب سواء أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة".

وكذلك نصت المادة "٢" من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاتحادي رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢ على أن "يتمتع بالحماية المقررة في هذا القانون.... ٢- برامج الحاسب وتطبيقاتها، وقواعد البيانات، وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من الوزير".

وقد نصت المادة "١٤٤" من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم "٨٢" لسنة ٢٠٠٢ على أن "المؤلف وحده-إذا طرأت أسباب جدية-أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنّفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق

^١ . وجدير بالذكر هنا، أنّ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المؤلف لم تنص صراحة على سحب المصنفات من التداول، إلا أنّ اتفاقية برن وأن لم تنص على حق المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني صراحةً إلا أنه يمكن اعتبار اتفاقية برن اشارت إليها ضمناً ؛ لأنّ اتفاقية برن لم تنص على حقوق المؤلف على سبيل الحصر.

أما اتفاقية التريبس فقد اشارت في المادة "١١٩" الى التزام الدول الاعضاء بمراعاة المادة "٦" من اتفاقية برن، وبالرجوع الى اتفاقية برن وقراءة المادة المذكورة يتبين انها لم تمنح الحق للمؤلف في سحب مصنّفه بعد نشره صراحةً، على الرغم من أن اتفاقية برن نصت على بعض الحقوق الأدبية الذي يتمتع بها المؤلف باعتباره صاحب المصنّف الإلكتروني. لكن يمكن القول بأن الاتفاقية وأن لم تنص عليها صراحةً بل اشارت إليها ضمناً. وأخيراً فإن اتفاقية تريبس موقفها كموقف إتفاقية برن لأنها نصت على تطبيق اتفاقية برن بهذا الخصوص، وأن اتفاقية وبيو اشارة في المادة "٣" منه الى الزام الدول الاعضاء فيها أن تطبق المواد "٢-٦" من اتفاقية برن، ما يهمننا بالتحديد المادة "٦" من اتفاقية برن، يتبين من مضمون هذه المادة انها لم تنص على حق المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني بعد نشره، بالرغم من اشارته بالنص الصريح على بعض الحقوق الأدبية للمؤلف"، إلا أنها لم تنص على حق المؤلف في سحب مصنّفه بعد نشره صراحةً بل ضمناً، وفي هذه الحالة يكون موقف الاتفاقية كموقف اتفاقية برن.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

الاستغلال المالي ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدما من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضا عادلا، يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم^١. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة؛ نصت المادة "٤٥" من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاماراتي رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢ على أن:

"يتمتع المؤلف وخلفه العام بحقوق أدبية غير قابل للتقادم أو التنازل عن المصنّف وتشمل هذه الحقوق ما يلي: ...

٤- الحق في سحب مصنّفه من التداول، إذا طرأت أسبابا جدية تبرر ذلك. ويباشر هذا الحق عن طريق المحكمة المختصة، مع الزامه بأن يدفع تعويضا عادلا مقدما الى من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي وذلك في الاجل الذي تحدده المحكمة وقبل تنفيذ الحكم بالسحب، وإلا زال كل أثر للحكم^٢."

يتضح من النصين اعلاه، بأن لكل للمؤلف الحق في سحب مصنّفه الإلكتروني المنشور على شبكة الانترنت، إلا ان المشرّع الاماراتي لم يقتصر هذا الحق على المؤلف فحسب، وانما منح لخلفه العام هذا الحق، وذلك بالنص عليه صراحة في المادة المذكورة انفا.

فنجذ المشرّع المصري وكذا الاماراتي كما القانون العراقي، اشترطوا توافر أسبابا جدية، لكي يتمكن المؤلف من ممارسة حقه بسحب مصنّفه الإلكتروني من النشر^٣، ولم يشترطوا توافر أسباب خطيرة، لذا يكفي أن تتوافر أسباب عادية وطبيعية، كزيادة حجم المصنّف أو شكله الذي من شأنه الاضرار بشخصية المؤلف وسمعته الأدبية أو العلمية، وايضا يكفي أن يتوفر سبب جدي ومشروع من وجهة نظر المؤلف لاستخدام حقه في سحب مصنّفه الإلكتروني^٤، وفي مقابل ذلك، يجب على المؤلف أن يدفع تعويضا عادلا تحدده المحكمة خلال أجل محدد، وإلا زال كل أثر للحكم^٥."

ويرى البعض؛ أنّ سحب المصنّف الإلكتروني لا يتم الا بعد التثبت من توافر المبرر الجدي والمشروع لهذا السحب، وعند توافر السبب الجدي، فإنّه يمكن أن تراعى الحقوق المالية للمتصرف له، في حق الاستغلال المالي بكافة الوسائل القانونية العادية، خصوصا تلك التي لا تستلزم دفع التعويض مقدما، لأنّ في اشتراط دفع التعويض مقدما فيه اهدار للعلة الاساسية التي بنيت عليها فكرة حماية حق المؤلف، فضلا عن الاجحاف الذي قد يصيب المؤلف بسببها^٦."

ونصت المادة "٢٤" من قانون حماية حق المؤلف الجزائري رقم "٠٣-٠٥" لسنة ٢٠٠٣ على أن "يمكن للمؤلف الذي يرى أنّ مصنّفه لم يعد مطابقا لقناعاته ... أن يسحب المصنّف الذي سبق نشره من جهة الابلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب^٧."

وأیضا نص المشرّع الاردني على حق المؤلف في سحب مصنّفه بعد نشره، وذلك في المادة "٨٨هـ" من قانون حماية حق المؤلف رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ والمعدل بموجب قانون رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣ على أن "للمؤلف وحده: ...

^١ "نصت المادة "٩١٣٨" من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم "٨٢" لسنة ٢٠٠٢ على أن "٩- النسخ: استحداث صورة أو أكثر مطابقة للأصل من مصنف أو تسجيل صوتي أو في أي شكل بما في ذلك التخزين الإلكتروني الدائم أو الوقي للمصنف أو التسجيل الصوتي".

^٢ "نصت المادة "١" من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاماراتي رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢ على أن "النسخ: عمل نسخة أو أكثر من مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أي أداء في أي شكل أو صورة بما في ذلك التخزين الإلكتروني الدائم أو الوقي وأيما تكون الطريقة أو الأداء المستخدمة في النسخ".

^٣ د. سمير السعيد محمد أبو ابراهيم : أثر الحق الأدبي للمؤلف على القواعد العامة للعقود، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٨، ص ٦٥.

^٤ د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري حمد خاطر : الحماية القانونية للملكية الفكرية، ط١ بيت الحكمة بغداد، سنة ٢٠٠١، ص ١٠٠.

^٥ د. محمد رفعت الصباحي : نظرية الحق، طبعة جامعة طنطا، سنة ٢٠٠٤، ص ٥٣.

^٦ د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري حمد خاطر : المرجع سابق، ص ١٠١.

^٧ ينظر : قانون حماية حق المؤلف الجزائري رقم "٠٣-٠٥" لسنة ٢٠٠٣.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت

م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

هـ- الحق في سحب مصنفه من التداول إذا وجد أسباباً جدية ومشروعة لذلك، ويلزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً^١.

حيث يتضح أن المشرع الاردني لم يشترط استحصال المؤلف حكم من المحكمة من أجل سحب مصنفه الإلكتروني من النشر، وإنما اشترط لممارسة هذا الحق من قبل المؤلف حصراً، وأن تكون هناك أسباب جدية ومشروعة، في مقابل التزام المؤلف بتعويض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً.

أما الموقف في فرنسا، فقد أخذ المشرع الفرنسي أيضاً بحق المؤلف في سحب مصنفه بعد النشر، حيث نصت في المادة "٤-١٢١.L" من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي على أن "يتمتع المؤلف- ولو بعد نشر مصنفه، بالرغم من حق الاستغلال- بالحق في الرجوع والاسترداد في مواجهة المحال له، ولا يجوز له ممارسة هذا الحق إلا بشرط تعويض المحال له مسبقاً عن الضرر الذي سببه له نتيجة هذا الرجوع أو الاسترداد، وإذا قرر المؤلف نشر مصنفه بعد الرجوع أو السحب أو الاسترداد، يلتزم بأن يعطي أسبقية في حقوق الاستغلال للمحال إليه الذي اختاره منذ البداية، وبالشروط المحددة منذ البداية"^٢.

والملاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لم يشترط موافقة المحكمة على الأسباب التي استند المؤلف إليها من أجل تبرير طلبه بسحب مصنفه الإلكتروني، وذلك يبرر، بأن إخضاع المؤلف لرقابة المحكمة إذا ما ارادة ممارسة حقه بسحب مصنفه الإلكتروني بعد النشر، من أجل تقدير مدى جدية الأسباب، تؤدي الى حلول تحكيمية، وبالتالي تضعف مركز المؤلف تجاه من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي "المتعاقدين معه"، والذي قد يطعن دائماً في مطالبة المؤلف بالسحب"^٣.

ولكن بالرغم مما ذكر، فإن المشرع الفرنسي وضع شرط يقيد بموجبه نوعاً ما حرية المؤلف، تتمثل بضرورة قيام المؤلف بالتعاقد مع نفس المتنازل اليه، أي من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي، في حالة سحب المصنف المنشور وإدخال تعديلات عليه منعا من التلاعب، ويمكن أن يلجأ المؤلف الى ممارسة هذا الحق من أجل إعادة التعاقد مع الغير بشروط أفضل، وأن تتحقق الغاية المتوخاة من النص على هذا الشرط، والمتمثلة بعدم استغلال المؤلف لهذا الحق بقصد منح حق إستغلال المصنف لشخص آخر بشروط أفضل، ودون مراعاة للأضرار الذي قد يصيب من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي ابتداءً"^٤.

^١ ينظر : قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ المعدل بموجب قانون رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣.
^٢ Article.L.121_4 Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées.

مدونة الملكية الفكرية (بصيغتها الموحدة في ٣٠ ديسمبر ٢٠١٣) (FR244)، متاحة على الموقع الإلكتروني :

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=316640

^٣ د. نواف كنعان : حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة ١٩٩٢، ص ١٠٣.

^٤ قانون مع د. عبد الرشيد مأمون : الحق الادبي للمؤلف، النظرية العامة وتطبيقاتها، دار النهضة العربية مصر، سنة ١٩٧٨، ص ٣٧٠.

المطلب الثاني

موقف التشريع العراقي من سحب المصنف الإلكتروني

لم يكن قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم "٣" لسنة ١٩٧١ حين صدوره، يقرر بنص صريح حماية المصنفات الإلكترونية، بالرغم من أن القاعدة العامة في القانون المذكور كانت تقر الحماية القانونية للمصنفات الفكرية ما دامت تتمتع بعنصري الجدة والابتكار.^١ ولكن اختلف الوضع القانوني للاعتراف بالمصنفات الإلكترونية بشكل عام، وحق سحب المصنف الإلكتروني على وجه الخصوص، بعد صدور قانون تعديل قانون حماية حق المؤلف العراقي سابق الذكر، بموجب أمر سلطة الائتلاف "المنحلة" رقم "٨٣" لسنة ٢٠٠٤، والذي اعتبر بموجب نص المادة الثانية منه صراحة بأن المصنفات الإلكترونية محمية بموجب أحكام هذا القانون، حيث نصت المادة "٢/٢" من قانون حماية حق المؤلف المعدلة بموجب أمر سلطة الائتلاف النافذ، على أن: "تشمل هذه الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة، وبشكل خاص ما يلي :

٢- برامج الكمبيوتر، سواء برمز المصدر أو الآلة، التي يجب حمايتها كمصنفات أدبية... ١٣- البيانات المجمعة"^٢.

وبموجب النص المتقدم، نجد المشرع العراقي ذهب إلى حماية حق المؤلف، من أي اعتداء يمكن أن يترتب على مصنفه الإلكتروني المنشور على شبكة الانترنت، من الاضرار التي قد تلحق بشخص المؤلف أو سمعته أو مكانته الاجتماعية أو السياسية أو العلمية أو الأدبية أو الفنية الى منح المؤلف .

أما بالنسبة لسحب المؤلف لمصنفة من التداول، فقد أقرت المادة "٤٣" قانون حماية حقوق المؤلف العراقي النافذ السابق الذكر، والمعدلة بموجب أمر سلطة الائتلاف سابق الذكر، بأن للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة ان يطلب من محكمة البداة الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه، برغم تصرفه في حقوق الانتفاع المالي، ويلزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت إليه حقوق الانتفاع المالي، تعويضا عادلا تقدره المحكمة التي لها ان تحكم بالزام المؤلف، اداء هذا التعويض مقدما خلال اجل تحدده والا زال كل اثر للحكم أو على الأقل إلزامه بتقديم كفيل تقبله.

يتضح مما تقدم، ان المشرع العراقي منح المؤلف حق سحب مصنفه من التداول، ولكن هذا الحق ليس مطلقا، وانما يجب على المؤلف ان يستند في ممارسة حقه، بسحب مصنفه الإلكتروني المنشور على شبكة الإنترنت، الى أسباب خطيرة يبرر له سحب مصنفه الإلكتروني من النشر، وذلك على وفق الشروط التي تقررها تلك المادة.

^١ ينظر نص المادة ٣ و المادة ٦ من القانون.

^٢ د. أكرم فاضل سعيد ود. طالب محمد جواد : مرجع سابق، ص ٤٨٧.

المبحث الثالث

شروط سحب المصنف الإلكتروني

إنّ الإطلاع على الموقف التشريعي في العراق والقوانين المقارنة، يظهر أماناً حقيقة مفادها؛ ان اغلب التشريعات الوضعية تعطي للمؤلف حق في سحب مصنفه من التداول، ولكن يجب ان تكون هناك أسباب خطيرة يبرر للمؤلف بسحب مصنفه الإلكتروني من النشر.

والمرجع العراقي بدوره اشترط على المؤلف استحصال حكم قضائي من المحكمة المختصة " محكمة البداية "، من اجل امكان سحب مصنفه الإلكتروني المنشور على شبكة الانترنت^١، ومتى ما قررت المحكمة بان الأسباب التي يستند اليها المؤلف كافية لمنحة حق سحب مصنفه الإلكتروني من النشر، وفي مقابل ذلك، على المحكمة ان تقدر للناسخ أو للغير الذي تعلق له حق مالي على المصنف الإلكتروني المراد سحبه من شبكة الإنترنت، تعويضاً عادلاً يؤدي مقدماً أو قد تحدد المحكمة اجلاً للدفع أو قد تطلب كفيلاً يضمن المؤلف، وإلا زال اثر حكم المحكمة المتعلق بسحب المصنف الإلكتروني من النشر^٢، وعلى ذلك فإن ممارسة هذا الحق يتطلب توافر بعض الشروط يمكن بيانها بالاتي :

الشرط الاول : ان يباشر المؤلف نفسه طلب سحب المصنف الإلكتروني :

المؤلف هو إما:

١- الشخص الذي أبدع المؤلف لوحده والذي يتمتع بالحقوق المترتبة على المصنف دون ان يشاركه شخص اخر وقد يكون شخصاً معنوياً أو طبيعياً أو باسم مستعار بشرط ألا يكون هناك أي شك في شخصية المؤلف الحقيقية.

٢- قد يشترك اشخاص في التأليف ويعتبر المصنف مشترك.

وقد نص المشرع العراقي على شمول الحكم المتقدم المقرر للمؤلف الواحد إلى المصنفات المشتركة أو الجماعية، و هي التي يشترك أكثر من مؤلف في تأليفها، حيث منح اصحابها نفس الحقوق الممنوحة للمؤلف المنفرد، ومنها حق سحب المصنفات من النشر، فقد نصت المادة "٢٦" من قانون حماية حق المؤلف رقم "٣" لسنة ١٩٧١ المعدل بموجب الأمر سالف الذكر، على انه " إذا اشترك عدة اشخاص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل دور كل منهم في العمل المشترك كان لكل منهم الحق في الانتفاع بالجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ان لا يقر ذلك باستغلال المصنف المشترك مالم يتفق على غير ذلك " .

كما نصت المادة "٢٧" من القانون نفسه على ان " المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعة جماعة بإرادتهم ويتوجبه من شخص طبيعي أو معنوي ويندمج عمل المشتركين فيه، في الفكرة العامة، المواجهة من هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حده، ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلف، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف " .

وحق المؤلف هو مصطلح قانوني يصف الحقوق الممنوحة للمبدعين بالنسبة لمصنفاتهم الأدبية والفنية، ولطبيعة هذا الحق وجهان: احدهما معنوي، والاخر مادي مالي وعبر عن الأول بالحق الأدبي، وعن الثاني بالملكية الأدبية أو حق الاستغلال، وذلك أن حق المؤلف بطبيعته ينطوي على مجموعة متنافرة من الصفات، بعكس أي ملكية مادية، وهذا التنافر بين عناصر الحق الواحد.

ومن الحقوق المعنوية (الأدبية) هو أن تنسب الفكرة الابتكارية إلى الشخص المبتكر وله وحده الحق في الكشف عنها للكافة، أذن فالحق الأدبي يتعلق بشخص المخترع في اسمه وسمعته وشهرته ونطاق هذا الحق زمانياً حق دائم، وهي من الحقوق اللصيقة بشخص مؤلفها وبالتالي لا تخضع للتصرفات القانونية.

^١ د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري حمد خاطر : المرجع السابق، ص ١٠٠.

^٢ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص ٤٢٠.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

تتمثل الحقوق المعنوية بما يلي:-

- أ- الحق في أن ينسب إليه مصنفه وأن يذكر اسمه على جميع النسخ المنتجة .
- ب - الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة النشر وموعده .
- ج - الحق في إجراء أي تعديل على مصنفه سواء بالتغيير أو التنقيح أو الحذف أو الإضافة.
- د- دفع أي اعتداء على مصنفه وفي منع أي تشويه أو تحريف أو أي تعديل آخر عليه أو أي مساس به من شأنه الإضرار بسمعته وشرفه على أنه إذا حصل أي حذف أو تغيير أو إضافة أو أي تعديل آخر في ترجمة المصنّف .

هـ - الحق في سحب مصنفه من التداول إذا وجدت أسباب جدية ومشروعة لذلك ويلزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً .

وقد توسع مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة بصورة هائلة بفضل التقدم التكنولوجي الذي شهدته مختلف العقود الأخيرة والذي أدى إلى استحداث وسائل جديدة لنشر الإبداعات وتوزيعها بمختلف طرق الاتصال العالمية مثل البث عبر الساتل أو الأقراص المدمجة، بالإضافة الى ظهور مصنفات رقمية وبالتالي فإن المشاكل التي ظهرت في البيئة الرقمية بالنسبة لحقوق المؤلفين أصبحت تقلق العالم مما أدى الى وجود تعاون دولي في هذا الصدد، وبالتالي صدرت اتفاقيتين تديرهما منظمة الويبو وهما معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف ومعاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي (المعروفتين معاً باسم "معاهدتي الانترنت")، ووضعت هاتان المعاهدتان؛ قواعد دولية ترمي إلى منع النفاذ الى المصنّفات الإبداعية أو الانتفاع بها على شبكة انترنت أو شبكات رقمية أخرى، بدون تصريح بذلك النفاذ، ولا شك ان هاتين المعاهدتين ستؤديان الى حل جزء كبير من المشاكل التي تظهر في البيئة الرقمية.

وإنّ استخدام الإنترنت أدى الى حدوث مشاكل قانونية متعددة، من بينها ما يتعلق بكيفية حماية المصنّفات الأدبية والفنية المتاحة في البيئة الرقمية، وازاء هذا المشاكل وعجز القوانين والاتفاقيات على حل الكثير منها فكان لا بد من البحث عن حلول لمواجهتها.

فأصحاب حق المؤلف يواجهون في البيئة الرقمية المتشابكة، عددا كبيرا من الصعوبات والقضايا والمشكلات بسبب النشر في هذه البيئة الرقمية أو إتاحة مصنفاتهم عليها، بسبب السهولة التي يمكن من خلالها استنساخ المواد المنشورة إلكترونياً على الانترنت، فضلا عن قلة التكاليف المالية التي تستلزم ذلك، ولذلك فإنّ اتفاقية حق المؤلف أكدت في المادة ٨ منها حماية المصنّفات الرقمية التي تنشر عبر شبكة الانترنت، حيث نصت على أن : " يتمتع مؤلفو المصنّفات الأدبية والفنية، بالحق الاستثنائي في التصريح بنقل مصنفاتهم إلى الجمهور بأي طريقة سلكية أو لاسلكية، بما في ذلك إتاحة مصنفاتهم للجمهور بحيث يكون في استطاعة أي شخص من الجمهور الاطلاع على تلك المصنّفات من مكان وفي وقت يختارهما أي فرد من الجمهور بنفسه "

وعليه يكون للمؤلف وحده له الحق في سحب مصنفه من التداول بعد ان قرر نشرة^١، لأنّ هذا الحق هو حق محصور بشخص للمؤلف، ولا يشاركه في هذا الحق شخص آخر، وكذلك لا ينتقل هذا الحق الى الورثة أي ورثة المؤلف بعد وفاة هذا الأخير، فالمؤلف هو الشخص الوحيد القادر على ان يقرر مدى تعبير المصنّف الإلكتروني عن مشاعرة وتصوراته.

وجدير بالذكر هنا المشرّع الإتحادي الاماراتي، كان قد خرج عن القاعدة المقررة في أغلبية الدول المقارنة، وأعطى للخلف العام بالإضافة الى المؤلف الحق في سحب المصنّف من التداول، وهذا ما نصت عليه المادة "٤/٥" من قانون رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢ بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على ان " يتمتع المؤلف وخلفه العام بحقوق أدبية غير قابلة للتنازل أو التنازل عن المصنّف وتشمل هذه الحقوق ما يلي : ٤- الحق في سحب مصنفه من التداول ... "٢".

الشرط الثاني : وجود أسباب جدية أو خطيرة تبرر السحب :

^١ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص ٤٢٠.

^٢ ينظر : قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاماراتي رقم "٧" لسنة ٢٠٠٢.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت

م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

يجب ان يستند المؤلف في ممارسة حقه بسحب مصنّفه الإلكتروني الى أسباب جدية وليس شرطاً أن تكون أسباباً خطيرة، بل يكفي أن يكون من شأنها ان تبرر حق المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني، وهذا يعني أن لا تكون أسباب السحب، أسباباً وهمية أو أسباباً ترجع الى مزاج المؤلف، ولكن يكفي لممارسة هذا الحق ان تتوافر أسباب طبيعية وعادية^١ كشكل أو حجم المصنّف الإلكتروني، من شأنها ان تضر بسمعة وشخصية المؤلف الأدبية.

كما يكفي توفر سبب جدي ومشروع من وجهة نظر المؤلف لاستخدام حقه في سحب مصنّفه الإلكتروني بعد نشره . فعلى سبيل المثال : فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأي استحواذ عليه وقرر بنشر مصنّفه على شبكة الإنترنت، ثم تبين له بعد التقصي والاطلاع انه قد جانب الصواب في هذا وقد يكون موضوع المصنّف خطيراً وهاماً، وفي مثل هذه الحالة تنتقطع العلة بين المصنّف ووضعه، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه، بل لعل وجود المصنّف على هذه الصورة يسيء الى المؤلف ويؤذي سمعته، ففي المثال المتقدم يعتبر السبب، سبباً ادبياً خطيراً مما يبرر للمؤلف بسحب مصنّفه من التداول^٢.

وأخيراً؛ يمكن القول بأنّ الأسباب الذي يركز اليها المؤلف من أجل سحب مصنّفه الإلكتروني، يجب أن تكون أقوى من الحق المالي الذي للغير، أي ان المصنّف الإلكتروني بعد نشره، عادة ما تتعلق به حقوقاً للغير كالناشر الإلكتروني فيترتب على سحب المصنّف الإلكتروني الى اضرار الغير بسببها، واذا ما حصل خلاف بسبب جدية الأسباب أو في كفايتها تقام دعوى اما المحاكم المختصة من أجل حسم النزاع القائم .

الشرط الثالث : استصدار حكم من المحكمة المختصة :

يجب على المؤلف من أجل ممارسة حقه بسحب مصنّفه الإلكتروني من التداول، ان يلجأ الى القضاء من أجل استحصال حكم لسحب مصنّفه، ومتى قررت المحكمة المختصة الحكم لصالح المدعي " المؤلف "، اصبح له الحق في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول. والمحكمة المختصة هنا هي محكمة البدأة، التي لها سلطة تقديرية^٣ فيما يتعلق بتقدير الأسباب التي تبرر سحب المصنّف الإلكتروني من التداول، على الرغم من ان هذا الشرط لازم للمؤلف لممارسة حقه في سحب مصنّفه الإلكتروني، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة مراعات بعض الأسباب التي تدعو المؤلف الى الاقدام على سحب مصنّفه الإلكتروني من التداول أي المنشور على شبكة الإنترنت، والتي يمكن أن تنطوي في الغالب على جوانب نفسية وأدبية يصعب مناقشتها امام المحكمة خاصة بشخص المؤلف نفسه، وذلك إختصاراً للوقت المطلوب للحكم بالسحب، خصوصاً وان اجراءات التقاضي قد تطول مع بقاء المصنّف منشور على شبكة الإنترنت، قد يلحق أضراراً بالمؤلف طيلة فترة التقاضي .

وجدير بالذكر هنا؛ أنّه ان هناك بعض التشريعات لم تشترط استحصال حكم من المحكمة المختصة من أجل امكان المؤلف في سحب مصنّفه الإلكتروني المنشور على شبكة الإنترنت ومن هذا القوانين، تقنين الملكية الفكرية الفرنسي حيث نصت المادة "٤/١٢١" منه على ان " يتمتع المؤلف ولو بعد نشر مصنّفه . وبالرغم من حوالة حق الاستغلال، بالحق ف الرجوع والاسترداد من مواجهة المحال له، ... " . فالمشرع الفرنسي لم يشترط موافقة المحكمة على أسباب سحب المصنّف الإلكتروني المنشور على شبكة الإنترنت، لأن إخضاع المؤلف لرقابة المحكمة اثناء ممارسته لهذا الحق من أجل تقرير مدى جدية الأسباب، يمكن أن يؤدي الى حلول تحكيمية تضعف مركز المؤلف تجاه المتعاقد معه كالناشر مثلاً، والذي قد يطعن دائماً في ادعاء المؤلف بحاجته الى التعديل .

^١ د. سمير السعيد محمد ابو ابراهيم : مرجع سابق، ص ٦٦.

^٢ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص ٤١٩.

^٣ د. محمد حسام محمود لطفي : المرجع العلمي في الملكية الفكرية الأدبية والفنية في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء الكتاب الثاني، مصر القاهرة، سنة ١٩٩٣، ص ٤٤. ود. عبد الرزاق احمد السنهوري : مرجع سابق، ص ٣٧٦.

الأساس القانوني لحق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني من التداول عبر شبكة الانترنت

م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

وفي مقابل ذلك يشترط المشرّع الفرنسي، إذا ما أراد المؤلف بعد سحب مصنّفه من التداول اجراء التعديلات عليه بنشره مره اخرى، فإنّه يجب على المؤلف ان يتعاقد مع المتعاقد الاول، لأنّ له الافضلية على غيره من الناشرين، وهذا ما اكدته المادة "٤/١٢١" من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي التي نصت على "...، وإذا قرر المؤلف نشر مصنّفه بعد الرجوع أو السحب أو الاسترداد، يلتزم بأن يعطي اسبقية في حقوق الاستغلال للمحال إليه الذي اختاره منذ البداية، وبالشرط المحددة منذ البداية"^١.

وذاً الموقف الذي تبناه المشرّع الفرنسي نجده مطبقاً كذلك من قبل المشرّع الاردني، وذلك في قانون حماية حق المؤلف رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ المعدل باخر تعديل رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣، فلم يشترط ايضاً استحصال حكم من المحكمة المختصة من اجل ممارسة المؤلف حقه في سحب مصنّفه الإلكتروني من النشر، حيث نصّت المادة "٨/هـ" منه على أن "للمؤلف وحده :

هـ - الحق في سحب مصنّفه من التداول إذا وجدت أسباب جدية ومشروعة لذلك، ويلزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً"^٢.

^١ د. سمير السعيد محمد ابو ابراهيم : مرجع سابق، ص ٦٧-٦٨.

^٢ ينظر : قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم "٢٢" لسنة ١٩٩٢ المعدل بموجب قانون رقم "٧٨" لسنة ٢٠٠٣.

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث الى جملة استنتاجات وجملة توصيات يمكن اجمالها بما يلي :

أولاً:: الاستنتاجات:

- 1- يعرف حق المؤلف في سحب المصنّف الإلكتروني : بأنه أي حق المؤلف في حظر تداول عمله الإبداعي المنشور عبر الشبكة الدولية للاتصالات و المعلومات.
- 2- أن المؤلف يتمتع بحق سحب مصنّفه الإلكتروني بعد نشره، بالرغم من انتقال حقوق الاستغلال المالي الى الغير "الناشر الإلكتروني". ويطلق على مصطلح السحب تسميات اخرى مثل: الرجوع أو الاسترجاع أو النذب. وتعتبر حق السحب من الحقوق الأدبية للمؤلف "المعنوية" لذلك فإن هذا الحق لا يجوز الحجز عليه أو التعامل به، لارتباط هذا الحق بشخصية المؤلف، وايضا يعتبر حق دائم لا يتقادم.
- 3- ذهبت أغلب التشريعات الى إعطاء المؤلف الحق في سحب مصنّفه الإلكتروني بعد نشره، وحسروا هذا الحق بيد المؤلف فقط، باعتبار أنّ حق السحب حق شخصي محض مقرر للمؤلف دون غيره، ولا ينتقل بعد موته الى الورثة، وهو متفق عليه لدى اغلب التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف، عدا المشرّع الاتحادي الاماراتي، الذي منح هذا الحق ايضا للخلف العام.
- 4- على الرغم من وجود الصعوبات في تطبيق حق المؤلف في سحب مصنّفاته الإلكترونية المدخلة "المنشورة" على شبكة الانترنت، الا أن ذلك لا يعني تعطيل هذا الحق، بل يبقى هذا الحق مكفول للمؤلف قانونا، حيث لم يقر قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم "٣" لسنة ١٩٧١ قبل التعديل بنص صريح على حماية المصنّفات الإلكترونية، على الرغم من ان القواعد العامة للقانون كانت تبيح وجود انواع اخرى من المصنّفات المحمية ما دامت تتمتع بالابتكار . ولكن بعد تعديل القانون بأمر سلطة الائتلاف " المنحلة " رقم "٨٣" لسنة ٢٠٠٤ اعتبرت بموجب نص صريح ان المصنّفات الإلكترونية محمية بموجب أحكام هذا القانون، وذلك بالنص عليها في المادة "١٣، ٢، ٢" من القانون المذكور، لذلك بإمكان المؤلف استعمال حقه في سحب مصنّفه الإلكتروني بموجب المادة "٤٣" من هذا القانون .

التوصيات :

- 1- نقترح على المشرّع العراقي معالجة وتنظيم الحماية بالمستوى التي تكفل الحفاظ على حقوق المؤلف على المصنّفات الإلكترونية أو تشريع قانون جديد ينظم فيها المصنّفات الإلكترونية التي تتمتع بالحماية ووسائل هذه الحماية نظرا لاختلاف هذه المصنّفات عن المصنّفات التقليدية في الكثير من الجوانب .
- 2- نقترح على المشرّع العراقي، ان يسمح للمؤلف بسحب مصنّفه الإلكتروني بمجرد وجود أسباب مشرّعة ومعقولة سواء كانت هذه الأسباب متعلقة بالمؤلف نفسه أو بالمصنّف . دون ان يشترط الحصول على حكم من المحكمة، بمجرد تقديم كفيل الى من يتضرر من سحب المصنّف فهذه تعتبر ضمانه كافية بموجب القانون . وان يأخذ بعين الاعتبار موقف المشرّع الفرنسي في هذا الجانب ومبررات هذا الموقف .
- 3- نقترح على المشرّع العراقي، أن ينص صراحة على حكم الحالة التي يكون فيها المؤلف هو نفسه الناشر، هل من حقه سحب مصنّفه الإلكتروني من دون مسؤولية أو من الممكن ان يتحمل المسؤولية، بسبب نشره مصنّفه في حالات معينة أخرى غير المسؤولية العقدية، وذلك باستثناء هذه الحالة من الحكم بالتعويض والمسؤولية، ولكن مع شرط الابقاء على ضرورة الابقاء على استحصال حكم قضائي، لينأى المؤلف بنفسه عن أية مسؤولية يمكن أن يتعرّض لها بسبب عملية السحب هذه، ويحافظ على حقه في طلب التعويض من أي جهة تقوم بإعادة نشر المصنّف الإلكتروني المسحوب عبر الشبكة، بدون إذنه الصريح.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Expiration of Entitlement to legal protection of Trademarks

Abstract

Trademarks are considered now the usual from for distinguishing a product from other ones le consumers to identify the quality and type of commercial production. The importance of trademarks may extend to include the persons responsible for the production so that the final result is a type of commercial reputation that may affect, in one way or another, the said persons and development of production. The exclusive use of a trademark by a certain business may attract clients and consumers to the products and goods manufactured to such business and enable it to retain such customers, and consequently it becomes distinct from other business.

كلمات دلالية :-

العلامة التجارية

الحماية القانونية للعلامة التجارية

الحماية القانونية

المقدمة:-

وتعد العلامة التجارية في الواقع المعاصر الصيغة الاعتيادية لتمييز المنتج عن غيره، بالصورة التي تؤدي الى معرفة المستهلك بنوع الإنتاج التجاري، وقد تمتد أهمية العلامة التجارية لتشمل المسؤول عن الإنتاج بما يكون محصولته النهائية نوعاً من السمعة التجارية التي قد تؤثر بصورة أو بأخرى على الشخص المذكور وتطوّر الإنتاج. إذ يترتب على احتكار المشروع التجاري استغلال العلامة المميزة أن يجتذب العملاء والمستهلكين الى الإقبال على منتجاته أو سلعه التي يقوم بإنتاجها أو بيعها مستهدفاً الاحتفاظ بهؤلاء العملاء، وبذلك يتميز عن غيره من المشروعات المماثلة.

والعلامة التجارية مال منقول معنوي يتخذ صيغاً مختلفة قد تختلط بصورة أو بأخرى بالعناصر المعنوية التي تؤلف بمجموعها ما تتميز به مؤسسة تجارية عن المؤسسات التجارية الأخرى. وتنشأ بنفس الوقت مركزاً قانونياً خاصاً بها.

إن التطور المتلاحق لأنماط الإنتاج التجاري والذي يجب أن يتميز بما يمكن الغير (المستهلك) من التحقق من البضائع والسلع التي يقدر نوعيتها وجودتها ومن ثم طلبها مرة أخرى، يوجب تأمين (حماية) حقوق المنتج وهذه الحماية للحقوق بالوسائل التي تكفل له الوقاية من نتائج تضليل الجمهور الذي قد يرتكبه الغير الأمر الذي يتطلب توفير حماية قانونية للعلامة التجارية والتي قد تكون على صعيد داخلي (القانون الوطني) أو خارجي (القانون الدولي)^(١).

وإذا كان للحماية القانونية نطاقها الخاص فإن هذه الحماية، من حيث كونها حقاً، قد تنقضي، وحالات انقضائها قد تكون بسبب شطب العلامة التجارية أصولياً "بأحد الأسباب التي توجب الشطب، وتتجسد هذه الأسباب إما بسقوط العلامة من جهة أو بطلانها من جهة أخرى، ويتقرر سقوط العلامة التجارية في حالة عدم استعمالها خلال مدة محددة بعد تسجيلها، وقد اعتمدت أغلب القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية هذا الأسلوب كوسيلة لمكافحة العلامات ألعنة حيث يقوم المالك للمشروع التجاري بتسجيل عدد غير محدد من العلامات التجارية بقصد منع المشروعات الأخرى من اعتماد تلك العلامات، والاستفادة منها.

ويثير موضوع الشطب لسقوط العلامة العديد من الإشكالات سواء من حيث شروطه أو إجراءاته أو آثاره المترتبة عليه، من جانب آخر فإن الشطب قد يتقرر في حالة بطلان العلامة والمقصود بالبطلان هنا هو مخالفة العلامة لشروط صحتها أو الشروط الشكلية.

كذلك فإن الانقضاء قد يتم عن طريق التخلي عن العلامة التجارية، ويلاحظ هنا أن الانقضاء يشمل العلامة المسجلة وغير المسجلة. والتخلي عن العلامة قد يكون بطريق مادي أو بطريق قانوني. ويتجسد التخلي المادي عن العلامة بالتنازل الضمني عنها أو ترك

(١) خضعت العلامة التجارية في العراق الى نظام العلامات الفارقة التركي المؤرخ في ٢٩/شعبان/١٢٠٥ للهجرة وقانون علامات البضائع رقم ٤ لسنة ١٨٨٩ والتعديلات الصادرة عليه، ثم صدر قانون العلامات الفارقة رقم ٣١ لسنة ١٩٣١ والذي الغي بالقانون النافذ حالياً وهو قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل. أما على الصعيد الدولي كاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣ واتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية لسنة ١٨٩١ واتفاقية باريس لسنة ١٩٥٧ واتفاقية فينا لسنة ١٩٧٣ وغيرها. انظر قحطان سلمان القيسي، الحماية القانونية لحق المخترع ومالك العلامة التجارية، مطبعة الجاحظ، بغداد، دون سنة طبع، ص ٨. هذا ولأجل تلافي التعارض بين القوانين الوطنية المنظمة للحماية القانونية للعلامة التجارية فقد وضعت اتفاقية باريس بعض المبادئ الأساسية الموحدة لأجل تطبيقها في الدول الأعضاء كافة بدون تمييز، ومن بين أهم هذه المبادئ مبدأ (المعاملة الوطنية) إذ يكون طبقاً لهذا المبدأ للأشخاص المخول لهم الانتفاع بالاتفاقية المذكورة التمتع في أية دولة منضمة للاتفاقية بالمزايا التي تمنحها قوانين تلك الدولة لمواطنيها فيما يخص العلامة التجارية، بالإضافة الى تكريس الاتفاقية لمبدأ الأسبقية في التسجيل ومبدأ استقلال العلامات ومبدأ العلامة المشهورة وغيرها من المبادئ أو القواعد الخاصة بالعلامة التجارية.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

استعمالها وعدم مباشرة المالك لحقوقه في حاله الاعتداء عليها من قبل الغير، كما يعتبر من القرائن الدالة على الترك المادي للعلامة هو اعتزال التجارة كلية "او تصفية الشركة، ونعني بالتخلي القانوني هو انتقال الحق في العلامة سواء كان هذا الانتقال كاملاً او منقوصاً".

ان الحماية القانونية التي يسبغها القانون على العلامة التجارية لا تكون من حيث الأصل الا باعتبارها حقاً استثنائياً، شأنها في ذلك شأن باقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، بيد ان حق مالك العلامة التجارية في حماية حقه عليها يمكن ان ينقضي قانوناً متى زال حقه على العلامة ويزول الحق في العلامة بعدة طرق بعضها يتعلق بالعلامات المسجلة حصراً بطريق شطبها من سجل العلامات، اما بسبب سقوطها أو بطلانها.

وقد يزول هذا الحق كذلك بالتخلي عن العلامة سواء أكانت العلامة مسجلة أم غير مسجلة لذا سنعالج موضوع البحث من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

شطب العلامة التجارية

تجيز قوانين العلامات التجارية، عموماً، شطب العلامة التجارية من سجل العلامات بدعوى سقوطها أو بطلانها، وانقضاء الحماية القانونية المترتبة على الشطب قاصرة بدهاءة على العلامات المسجلة.

فاذا تبين ان العلامة المسجلة لم تستعمل من قبل مالكةا خلال المدة التي يحددها القانون او انها كانت مخالفة لأحكام القانون فانه يجوز عندئذ شطبها من السجل، بيد ان هذا الشطب لا يتم بصورة تلقائية بل لابد ان يتقرر بموجب حكم قضائي حائز على درجة البتات. عليه سنعالج هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين ما يلي:

المطلب الاول- الشطب لسقوط العلامة التجارية

الاصل ان يقتصر تسجيل العلامة التجارية باستعمالها في تمييز السلع او البضائع او الخدمات التي خصص لتمييزها، اذ لا تظهر اهمية الحق على العلامة التجارية إلا إذا استخدمت هذه العلامة فعلاً لتمييز المنتجات او الخدمات.

غير ان مالك العلامة قد لا يهدف من وراء تسجيل العلامة استغلالها في تمييز البضائع او الخدمات التي يقوم بإنتاجها او يبيعها، وإنما يقصد الاحتفاظ بها لأجل استعمالها لاحقاً، وهنا نكون امام ما يسمى بالعلامة الاحتياطية.

وقد يهدف مالك العلامة الى منع غيره من استعمالها، وهنا نكون امام العلامة المانعة، وعلى أية حال فإننا نلاحظ بان المشرع العراقي عمد الى تقرير حل وسط بصدد تحريم العلامات المانعة، ورتب على عدم استعمالها خلال مدة معينة سقوط العلامة بسبب عدم الاستعمال، وسقوط العلامة لعدم الاستعمال لا يتم بصورة تلقائية بل لابد من صدور حكم قضائي بناءً على طلب يتقدم به صاحب المصلحة في شطب العلامة.

ولهذا فانه يجب ان نبحت أولاً " شروط سقوط الحق في العلامة ومن ثم إن نحدد ثانياً " إجراءات الشطب والآثار المترتبة عليه.

أولاً- " شروط سقوط الحق في العلامة:

يشترط حتى تفقد العلامة الحماية القانونية ان يكون هناك غياب للاستعمال خلال مدة محددة، من دون ان يقدم مالكةا ما يبرر به عدم الاستعمال، وبهذا السياق تنص المادة الحادية والعشرون من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٥ على انه:-(١- لكل ذي مصلحة الحق في ان يطلب من المحكمة الغاء تسجيل العلامة خلال خمس سنوات من تاريخ تسجيلها على ان يحدد الوقائع التي يستند اليها ٢- بصرف النظر عن الفقرة (١) من هذه المادة يمكن تقديم طلب الغاء تسجيل العلامة في اي وقت.

أ. الذي تصبح فيه العلامة اسم شائع للسلع او الخدمات او جزء منها بالنسبة لتلك التي سجلت لأجلها.

ب. يجري توظيفها.

ج. ان تسجيل العلامة تم بالتحايل او بشكل مخالف لاحكام التسجيل.

د. عدم استعمال العلامة لمدة ثلاثة سنوات مستمرة مالم يثبت ان عدم الاستعمال ناشئ عن سبب خارجي عن الإرادة او لعذر قانوني.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

هـ. اذا استعملت من قبل من سجلها او بترخيص منه بقصد التحايل في مصدر السلع او الخدمات التي استعملت العلامة بشأنها^(١).

ورغم عدم دقة عبارات هذا النص الا انه من الثابت ان المشرع العراقي يقصد به تحريم العلامات التجارية المانعة بتقرير حل وسط يجيز من خلاله تسجيل علامة تجارية ولو كانت احتياطية لغرض استعمالها مستقبلاً، شرط ان لا تمضي مدة ثلاث سنوات مستمرة على عدم الاستعمال والا نهض عدم الاستعمال قرينة على ان العلامة مانعة. ومن هذا النص يتضح لنا شروط اعمال هذا النص كالآتي:

١. ان تمضي مدة على عدم الاستعمال

تمنح القوانين التي تأخذ بمبدأ تسجيل العلامة قبل الاستعمال لمالك العلامة اجلاً محدداً لاستعمال العلامة فاذا انقضت هذه المدة من غير ان يستعمل مالك العلامة المسجلة علامته هذه كان لأي ذي مصلحة ان يطلب شطب العلامة، اذ يعتبر عدم استعمال العلامة قرينة على انها علامة مانعة، وقد حدد المشرع العراقي هذه المدة بثلاثة سنوات مستمرة بخلاف المشرع المصري الذي يحددها بخمس سنوات^(٢)، بينما يحددها المشرع الجزائري بسنة واحدة^(٣).

الأصل في القوانين المقارنة التي توجب استعمال العلامة التجارية المسجلة في خلال مدة محددة كالقانون الفرنسي والأردني والمصري ان حق شطب العلامة لعدم استعمالها في الفترة المحددة بالقانون لا يقتصر على الفترة التي تعقب تسجيل العلامة ولحين اقامة دعوى سقوط العلامة، اذ لا يبقى هذا الحق قائماً سوا أكان عدم الاستعمال ملازماً للتسجيل منذ البداية، ام ان استعمال العلامة كان قد بدا عقب التسجيل ثم وقف استعمالها في الفترة المحددة قانوناً^(٤).

وبهذا الصدد يرى الدكتور محمد حسني عباس (متى استعمل -أي المالك- العلامة خلال مدة الخمس سنوات احتفظ بملكيته، على ان لا يتوقف بعد ذلك استعمالها خمس سنوات متتالية...) ^(٥).

وواضح من النص المشار اليه ان العلامة لا تسقط تلقائياً بعدم الاستعمال بل لابد من طلب شطب العلامة بمضي ثلاثة سنوات متتالية يثبت فيها عدم استعمال العلامة التجارية من صاحبها، سواء كانت هذه الثلاث سنوات منذ تسجيل العلامة أو بعد تسجيلها واستعمالها فترة معينة، ولا يكفي مرور ثلاثة سنوات متقطعة بل لابد ان يكون عدم الاستعمال خلال ثلاثة سنوات متتالية^(٦).

٢. عدم استعمال العلامة

يتقرر سقوط حق صاحب العلامة في الملكية ايضاً بسبب عدم الاستعمال الذي يعبر عنه المشرع العراقي بسوء النية في الاستعمال من خلال التحايل والتضليل بعبارة أخرى أنه كي يتجنب مالك الحق على العلامة سقوط حقه عليه ان يستعمل العلامة التجارية استعمالاً

(١) تعدلت هذه المادة بموجب المادة (١) من امر تعديل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧، رقمه ٨٠ الصادر بتاريخ ٢٦/٤/٢٠٠٤.

(٢) انظر م ٦٥ من قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ قانون حقوق الملكية الفكرية والذي الغى قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية.

(٣) قانون العلامات التجارية الجزائري الصادر في ١٩/١٢/١٩٦٦

(٤) حيث يعتبر القضاء الفرنسي بان مدة خمس سنوات لا يجري حسابها من جديد في حالة انتقال ملكية العلامة التجارية او في حالة اندماج الشركات او عند تجديد العلامة، بل يتم ضم مدة ترك الاستعمال. انظر:

Chavame, 'marques de fabrique, de commerce ou de service', D. rep. dr. com., t. IV, paris, 1988, N0320

(٥) انظر: د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٣٠٠.

(٦) انظر: د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٥١٧.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

جاءا" بيد ان ثمة تساؤل يطرح هنا حول طبيعة هذا الاستعمال الذي يمكن ان يجنب مالك العلامة فقدان الحق والحماية على عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط في الاستعمال ان يكون عاما" وواضحا" لا لبس فيه بينما لم يحدد المشرع العراقي طبيعة هذا الاستعمال. غير ان الراجع في الفقه المقارن هو ان هذا الاستعمال ليس مقصودا" به الاستعمال الذي يمكن التمسك به لإثبات الأسبقية في حالة التنازع على ملكية العلامة التجارية.

وعلى هذا الأساس فان الاستعمال يجب ان يكون حقيقيا" وجديا"، وقد اعتبر القضاء الفرنسي استعمال العلامة في الخارج غير منتج لتعارضه مع مبدأ الإقليمية كذلك فان الإعلان عن العلامة في مجلة أجنبية غير مشهورة في فرنسا لا يعد استعمالا" للعلامة وان استعمال العلامة من قبل الغير من خلال عقد الترخيص غير كافي لوجود الاستغلال الفعلي للعلامة التجارية^(١) ويرى البعض بان الاستخدام الجدي ان يتم استغلال العلامة بالنظر الى اهمية ومكانة المنتجات او الخدمات التي يشملها التسجيل في السوق، وبالنظر أيضا الى حجم المقاولات التي تستغل في اطار العلامة المعنية بالأمر، بحيث لا يشترط استخدام العلامة بشأن كل المنتجات او الخدمات التي سجلت من اجلها في السجل الوطني، بل ان الاستعمال الجزئي الوارد على هذه المنتجات أو الخدمات أو البضائع يعتبر استغلالا" جديا"، على ان سقوط الحق في هذه الحالة يطبق على الجزء من المنتجات او الخدمات التي لا يرد عليها الاستغلال^(٢).

هذا ومن المسلم به في الفقه والقضاء ان الاستعمال المعتبر للعلامة هو الذي يتحقق بالتمييز بين السلع او الخدمات وليس لاستخدام العلامة كاسم تجاري لتمييز المحل او المشروع ذاته^(٣).

وفي جميع الاحوال فان تقدير وجود الاستعمال من عدمه هو مسألة تقديرية تدخل في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع بها قاضي الموضوع.

٣. انتفاء المبرر لعدم الاستعمال

كذلك يلزم لسقوط العلامة بعدم الاستعمال من جانب اخر ان لا يكون هناك عذر مشروع او سبب قاهر لعدم الاستعمال، ويقع على عاتق مالك العلامة هنا اثبات هذا العذر المشروع او السبب القاهر، هذا ومن المسلم به ان إصابة مالك العلامة بمرض خطير او سفره او حزنه الشديد يعتبر عذرا" شرعيا" خاصة بالنسبة للعلامات التجارية المميزة (علامات الخدمة) اذ يتعذر في اغلب الأحيان ان يستمر المشروع في ممارسة نشاطه بشكل طبيعي^(٤).

ويعتبر كذلك من الأعذار المشروعة عدم كفاية رأس المال او عدم ملائمة الظروف الاقتصادية^(٥) وقد يكون سبب عدم الاستعمال حصول ظروف طارئة كالكوارث الطبيعية او الحروب وغيرها.

(١) انظر: بصدد ذلك:

Chavanne, op. cit, No303

(٢) انظر: د. محمد الفروجي، الملكية الصناعية والتجارية وتطبيقاتها ودعواها المدنية والجنائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢، ص ٣٢٧.

(٣) انظر:

Chavanne, op, cit, NO 306

(٤) انظر:

Baumann (D.) L Oligation d exploiter Les marquesen droit fransais et allemande,economic, parise, 1976 p.89 etsuiv.

(٥) فعلى سبيل المثال يعتبر عذرا" مشروعا" في القانون الفرنسي عدم حصول مالك العلامة على اجازة (ترخيص) من الدولة لاستغلال العلامة ماليا" في حالة تطلب الاستغلال مثل هذا الترخيص. وهذا الامر هو نتيجة منطقية للمبدأ الذي يأخذ به القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية والقاضي باستقلال العلامة عن موضوعها. انظر بهذا الخصوص:

ثانياً- إجراءات الشطب والآثار المترتبة عليه

ان سقوط العلامة التجارية لعدم الاستعمال لا يتم في الواقع تلقائياً بل لابد ان يتقرر بناءاً على حكم صادر من المحكمة المختصة حائز على درجة البتات. ويترتب على ذلك أنه إذا لم ترفع على مالك العلامة دعوى بسقوط العلامة لعدم استعمالها فان العلامة تبقى صحيحة ومتمتعة بالحماية القانونية. ويتقرر حق اقامة دعوى سقوط العلامة لكل ذي مصلحة ولو لم تكن له علامة تجارية مسجلة.

بيد انه يشترط من حيث الاصل ان يكون من المنافسين لمالك العلامة في نوع تجارته، بيد ان السؤال الذي يطرح بهذا الصدد: هل يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بحقه هذا ولو بطريق الدفع اثناء نظر دعوى التقليد؟

يذهب القضاء الفرنسي حول هذه النقطة الى تقرير عدم جواز التمسك بسقوط العلامة بطريق الدفع، إذا لم ترفع بها دعوى مستقلة، غير اننا لا نتفق مع ما ذهب اليه القضاء الفرنسي بهذا الشأن، اذ يجوز حسب الراي الراجح في الفقه الذي نتفق معه لصاحب الحق في التمسك بسقوط العلامة ان يتمسك بحقه هذا سواء بطريق الدعوى ام بطريق الدفع^(١).

من جانب اخر فإنه وطبقاً للقواعد العامة في الإثبات فان على المدعي طالب شطب العلامة إثبات عدم الاستعمال وهو يستطيع إثبات ذلك بطرق الإثبات كافة، هذا وينهض عدم استعمال العلامة خلال ثلاثة سنوات المستمرة على تسجيلها قرينة على أنها علامة مانعة.

بيد ان هذه القرينة تقبل إثبات العكس فيجوز لمالك العلامة المسجلة ان يدحض مدلول هذه القرينة بان يقدم ما يبرر به عدم استعمال العلامة خلال هذه المدة.

فإذا ما صدر قرار المحكمة بسقوط العلامة لعدم استعمالها، فان هذا القرار يتضمن الحكم بشطب تسجيل العلامة، وتنقضي تبعاً لذلك ملكية العلامة باعتبارها علامة مانعة لا يحميها القانون، وتدخل عند ذلك في الدومين العام وبالتالي تصبح من الأموال المباحة التي يجوز تملكها من قبل أول مستعمل او مودع لها^(٢).

بيد انه يجب ان يلاحظ بانه لا يمكن إعادة تسجيل العلامة المشطوبة باسم الغير الا بعد مرور مدة سنة على الأقل من تاريخ شطبها.

فبمقتضى نص المادة الثانية والعشرين من قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي (لا يعاد تسجيل العلامة المشطوبة بغير اسم صاحبها لنفس المدة الا بعد مرور سنة على الأقل من تاريخ شطبها).

المطلب الثاني الشطب لبطلان العلامة التجارية

ينقضي حق مالك العلامة التجارية في الحماية القانونية متى تبين بطلان العلامة، إلا أنه يشترط لهذا البطلان صدور حكم قضائي يقرره. ويتم إبطال العلامة التجارية إذا تبين أنها تخالف القانون ولو سبق فحصها وتمحصها من قبل مسجل العلامات^(٣).

Roubier (P.) Le droit de la propriete industrielle ،Tome II،Libr.du recueil sirey.paris. 1954.No 35.

(١) د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٣٥٠.

(٢) د. محمد منصور احمد، جريمة الغش التجاري في العلامات التجارية، ١٩٥٥، ص ٢٠٩.

(٣) وبهذا السياق تنص الفقرة الاولى من المادة الرابعة والعشرين من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل على انه ((للمسجل ولكل ذي مصلحة ان يتقدم الى المحكمة بطلب شطب العلامة المسجلة خلافاً للقانون، يقرر المسجل شطب العلامة التي يقرر مكتب مقاطعة اسرائيل في العراق بانها مطابقة او مشابهة لعلامة او رمز او شعار اسرائيلي ويقرر عدم تسجيلها ان لم تكن مسجلة. بينما نصت الفقرة الثانية على انه ((للمسجل حق شطب العلامة التي يرى انها تتعارض مع المصلحة العامة او التي يقرر مكتب مقاطعة اسرائيل في العراق بانها

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

هذا ومن المسلم به في الفقه ان بطلان العلامة التجارية ليس حالة واحدة بل يختلف باختلاف العيب الذي يشوب العلامة هذا من جهة ومن أخرى فان البطلان لا يتم في هذا الفرض تلقائياً وإنما بناءاً على حكم صادر من المحكمة المختصة. لهذا فإننا نبحث في فقرة أولى، حالات البطلان، ومن ثم نرى في فقرة ثانية إجراءات البطلان وآثاره.

أولاً- حالات بطلان العلامة:

لابد من التمييز في هذا الخصوص بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبي:

أ. البطلان المطلق:

يقع البطلان اذا كانت العلامة فاقدة لشروط صحتها، بان تكون مثلاً غير مميزة، كالعلامات الوصفية او النوعية او الضرورية او كانت كذلك مركبة من تسميات دارجة او شائعة لا تحمل اية أصالة. و يضاف الى ذلك أيضاً كل اسم لا يحمل شكلاً مميزاً "فمثلاً" قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٢٣/شباط/١٩٥٤ بان لا عبرة بقبول ادارة العلامات التجارية تسجيل لفظ الشبرويشي كعلامة تجارية ١٩٤٠، ولا عبرة بتجديد تسجيل هذا اللفظ عام ١٩٥٠. لان لفظ الشبرويشي هو لقب، وهو باعتباره اسماً لا يصح كعلامة مالم يتخذ شكلاً مميزاً في كتابته وهو مالم يتوافر بالدعوى^(١).

وتبطل العلامة كذلك اذا كانت فاقدة لشروط المشروعية لمخالفتها للنظام العام او الآداب العامة او مخالفتها النص الصريح للقانون، والواقع مسالة بطلان العلامة لعدم مشروعيته لا تثار في الغالب، ذلك لان نظام الفحص السابق الذي تأخذ به غالبية القوانين المقارنة قبل تسجيل العلامة من شأنه عادة استبعاد الاشكال التي يحظر القانون اتخاذها علامة تجارية.

بيد ان من أكثر الحالات التي تعرض على القضاء سواء العراقي ام المقارن في موضوع بطلان العلامة، هو ان العلامة المسجلة تعد فاقدة لعنصر الجدة ليس بسبب سبق استعمالها بل لسبق تسجيلها باسم الغير.

إذ يستطيع مالك العلامة المسجلة اولاً ان يطلب ابطال العلامة وشطبها من سجل العلامات ولو مضت السنوات الخمس التي نصت عليها المادة الثالثة من قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي، فما دام يحتكر مالك العلامة ملكية العلامة فانه يستطيع الاحتجاج بملكيته هذه في مواجهة الغير، وهو يستطيع ذلك مادامت علامة الغير مطابقة او مشابهة لعلامته بحيث تثير الخلط او اللبس، وما دامت مخصصة لوضعها على بضائع مماثلة او مشابهة^(٢).

هذا وتجدر الإشارة الى ان بطلان العلامة للأسباب المتقدمة جائز دائماً، اذ ان هذا البطلان من قبيل البطلان المطلق، لا يسقط الحق فيه بمضي المدة.

ب. البطلان النسبي:

مطابقة او مشابهة لعلامة او رمز او شعار اسرائيلي ويقرر عدم تسجيلها إذا لم تكن مسجلة) هذا ونرى ايقاف التعليق لهاتين الفقرتين من المادة المذكورة واعادة العمل بهما، اذ علق العمل بالفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة بموجب المادة (١) من امر تعديل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ رقم ٨٠ الصادر بتاريخ ٢٦/٤/٢٠٠٤.

(١) لقد قضت المحكمة برفض طلب المستأنف منع أخوية من استعمال نفس اللفظ اسماً تجارياً، ومنع احتكاره استعمال اللفظ تأسيساً على بطلان تسجيل الاسم الشخصي كعلامة تجارية ومالم يتخذ شكلاً مميزاً في كتابته ولو مضى على تسجيله أكثر من خمس سنوات وقد أيدت المحكمة الإدارية بمحكمة النقض حكم محكمة استئناف القاهرة في ١٠/كانون الأول ١٩٥٩. انظر د. احمد حسني، قضاء النقض التجاري، المبادئ التي قررتها في خمسين عاماً (١٩٣١-١٩٨١)، منشأة المعارف. ص ٣٣٠.

(٢) انظر: قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٤٦٦-١٩٥٤ في ٢٣/١١/١٩٥٤. المصادق عليها تمييزاً بالقرار ٢٠٢/ح/١٩٥٥-القضاء، العدد الثالث، ١٩٥٥، ص ١٠١.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

ينتج البطلان النسبي للعلامة عن وجود حقوق تملك سابقة للغير على العلامة التجارية، بمعنى ان العلامة تعد فاقدة لشرط الجدة ليس لسبق شخص اخر تسجيلها كما لاحظنا في البطلان المطلق، بل لسبق شخص اخر استعمالها في تمييز سلع او منتجات مماثلة او مقارنة.

وهذا البطلان غير مطلق، اذ يسقط الحق فيه بمرور خمس سنوات من تسجيل العلامة، وبهذا السياق تنص المادة الثالثة من قانون العلامات والبيانات التجارية على انه تعتبر العلامة ملكا لمن قام بتسجيلها ولا يجوز المنازعة في ملكيتها إذا كان قد استعملها المالك لمدة خمس سنوات متتالية من تاريخ اكمال تسجيلها).

هذا وتجدر الإشارة الى ان القضاء الفرنسي يقصر حق ابطال العلامة في حالة البطلان النسبي على الغير صاحب الاسبقية وليس لغيره التمسك بهذا البطلان مادام لم يكن هو صاحب الاسبقية^(١).

ويتفق هذا التفسير، حسب تقديرنا، مع الغاية من تقرير هذا البطلان، ولا مانع يحول دون الاخذ به في القانون العراقي.

ثانياً- اجراءات الشطب وآثاره:

ان بطلان العلامة التجارية وشطبها لا يتم في الواقع تلقائياً بل لا بد ان يتقرر بموجب حكم قضائي وكما هو عليه الامر بالنسبة لسقوط العلامة بعدم الاستعمال، حيث تبقى العلامة متمتعة بالحماية القانونية إذا لم تقم دعوى ببطلانها.

حيث المبدأ القانوني الذي قرره الفقرة الأولى من المادة الواحدة والعشرين التي تنص على انه ((لكل ذي مصلحة في ان يطلب من المحكمة إلغاء تسجيل العلامة خلال خمس سنوات من تاريخ تسجيلها على ان يحدد الوقائع التي يستند اليها)).

بيد ان المشرع يجيز لمالك العلامة التظلم من قرار المسجل امام الوزير خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بقرار المسجل، ويكون لذوي العلاقة الطعن بقرار الوزير لدى المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ، وذلك حسب ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والعشرين من القانون، التي تنص على انه: ((تكون قرارات المسجل الصادرة بموجب الفقرة (٢) من هذه المادة والقرارات الصادرة بموجب الفقرة (٤) من المادة الخامسة من هذا القانون قابلة للاعتراض لدى الوزير خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها، ولذوي العلاقة الاعتراض على قرار الوزير لدى المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بقراره))^(٢).

من جانب آخر فان طلب شطب العلامة بدعوى البطلان يتقرر لكل ذي مصلحة كما يتقرر ايضاً للمسجل.

وان التمسك بالبطلان جائز سواء اكان بطريق اقامة الدعوى مباشرة ام اثناء نظر دعوى التقليد او المنافسة غير المشروعة اذ يجوز للتاجر المتهم بالاعتداء على العلامة التمسك بالبطلان بطريق الدفع، هذا وان قرار المحكمة ببطلان العلامة يتضمن بالإضافة الى ذلك الحكم بشطب العلامة من سجل العلامات^(٣).

(١) انظر:

Chavanne، op. cit، NO 213.

(٢) انظر:

Chavanne، op. cit، NO 216.

(٣) تعدلت الفقرة (٣) من هذه المادة بموجب المادة (١) من امر تعديل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧. رقمه ٨٠ صادر بتاريخ ٢٢/٤/٢٠٠٤. بعد ان كانت هذه الفقرة تنص على انه: ((تكون قرارات المسجل الصادرة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة والقرارات الصادرة بموجب الفقرة (٢) من المادة الخامسة من هذا القانون قابلة للاعتراض لدى الوزير خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها، ولذوي العلاقة الاعتراض على قرار الوزير لدى مجلس الوزراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ، ويكون قرار المجلس بهذا الشأن قطعياً)).

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

هذا ويجب ان يلاحظ ان العلامة المشطوبة يمكن اعادة تسجيلها باسم الغير ودون التقيد بنص المادة الثانية والعشرين من قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي التي تقرر ما يلي (لا يعاد تسجيل العلامة المشطوبة بغير اسم صاحبها لنفس المدة الا بعد مرور سنة على الاقل من تاريخ شطبها)، وذلك في حالة ما اذا صدر قرار الإبطال والشطب خلال خمس السنوات الاولى اللاحقة للتسجيل تطبيقاً للمادة الثالثة واستناداً الى ان طالب الشطب كان قد اكتسب ملكيتها بأسبقية الاستعمال، فانه يجوز لمالك العلامة ان يطلب تسجيلها باسمه بمجرد شطب تسجيل العلامة، كذلك الحال متى تقرر شطب تسجيل العلامة لسبق تسجيلها باسم شخص اخر. فلهذا الاخير ان يستعملها فور الحكم ببطلان التسجيل (٢٠)، اما في غير هاتين الحالتين فان تسجيل العلامة المشطوبة لبطلانها امر يسير نظراً لنظام الفحص السابق. وحتى في حالة تسجيلها فإنها ستكون عرضة للإبطال والشطب من جهة اخرى فان استعمال العلامة التي يمنع القانون تسجيلها يمكن ان يعرض مستعملها في اغلب الحالات الى عقوبة الحبس والغرامة بحسب الاحوال.

المبحث الثاني

التخلي عن العلامة التجارية

قد يتم انقضاء حق مالك العلامة التجارية سواء اكانت مسجلة ام غير مسجلة في الحماية القانونية سواء اكانت مدنية ام جنائية، بزوال الحق في العلامة التجارية، ويزول الحق في حالة التخلي عن ملكيتها سواء بالطريق المادي (اي الترك) Abandon او بالطريق القانوني (اي التنازل) Renonciation عليه نعرض في هذا المبحث ومن خلال المطلبين التاليين ما يأتي:

المطلب الاول- الطريق المادي للتخلي عن العلامة

المطلب الثاني- الطريق القانوني للتخلي عن العلامة

المطلب الاول

الطريق المادي للتخلي عن العلامة

يراد بالطريق المادي للتخلي عن العلامة التجارية التنازل الضمني Renonciation tacite او الترك Abandon ، وذلك بإهمال صاحبها استعمالها او استغلالها وعدم مباشرة حقوقه عليها في حالة الاعتداء عليها من الغير بقصد النزول عن ملكيتها فتصبح لا مالك لها. وذلك طبقاً لحكم المادة (١١٠٤) من قانوننا المدني التي تنص على انه ((يصبح المنقول مباحاً اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته))، وترك العلامة التجارية لا يفترض لمجرد عدم الاستعمال، اذ لا بد من قرائن قوية تؤكد حتى يمكن الجزم بنية صاحب العلامة في تركها نهائياً.

ويعد هذا الحكم مسألة وقائع تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولعل من اهم القرائن التي تدل على ترك العلامة والتي تدل على قصد المالك عدم الاحتفاظ بملكيتها، ان لا يتخذ المالك الاجراءات القانونية ضد مغتصب العلامة^(١).

هذا ويعتبر من قبيل التخلي الضمني عن العلامة ذبوع وانتشار استعمالها بواسطة الغير دون ابداء اي اعتراض من جانب مالك العلامة متى بلغ شيوخ استعمالها درجة من شأنها ان تفقد العلامة مفردات دلالتها لتمييز مصدر الإنتاج، فتزول بهذه الصورة ملكية العلامة وتصبح بذلك غير قابلة للتملك، مثال ذلك ان تتحول العلامة بسبب انتشار تقليدها الى تسمية نوعية للدلالة على صنف السلعة وخصائصها^(٢).

من جانب آخر، فإنه لا يعد مجرد استمرار التقليد ولو خلال فترة طويلة دليلاً على قصد النزول عن ملكية العلامة متى قامت قرائن على نية المالك في الاحتفاظ بالملكية ومثل ذلك استمرار المالك في استعمال العلامة، او تجديد تسجيل العلامة، او اتخاذ المالك الاجراءات ضد بعض المنافسين، ومع ذلك يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان الاثر الرئيسي الذي يترتب على تساهل مالك العلامة هو انقاص مبلغ التعويض الذي يحكم به للمالك ويعتبر من قبيل القرائن الدالة على ترك العلامة اعتزال التجارة كلية من صاحب المشروع او المحل التجاري^(٣) اذ يترتب على اعتزال التجارة زوال المنافسة وانعدام وظيفة

(١) انظر: بشأن ذلك. د. سميحة القليوبي، مصدر سبق ذكره، ص ٥٥٦.

(٢) المثال التقليدي على ذلك العلامة كريب جورجيت Crepe georgette التي تحولت الى اسما "نوعياً" يدل على نوع من الاقمشة بسبب انتشار تقليدها دون اعتراض مالكاها وترتب على ذلك انقضاؤها بالترك الضمني. انظر في ذلك:

Roubier، op. cit.، t. II، p.522.

(٣) انظر:

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

العلامة لانعدام المشروع الذي تميز العلامة منتجاته، ومادامت العلامة تابعة للمنتجات والمشروع فإنها تزول بزوالهما.

هذا ويجب ان يلاحظ ان غلق المشروع لا يعني حتما ترك العلامة، اذ ان مالك العلامة يمكنه غلق المشروع بصورة مؤقتة وعلى هذا الاساس يشترط ان تمضي مدة كافية لعدم العودة الى ذات التجارة واستعمال ذات العلامة، وعندئذ تصبح العلامة من الأشياء المباحة Resnullius^(١) يجوز تملكها من قبل الغير بحسب أولوية الاستعمال او التسجيل كذلك يعتبر من القرائن الدالة على ترك العلامة تصفية الشركة.

من جهة أخرى، يلاحظ بان حق ملكية العلامة هو حق دائم غير مؤقت بيد ان قوانين حماية العلامات التجارية تجعل دوام هذا الحق او الحماية مرتبطاً بإجراء اداري يتمثل بتجديد التسجيل Lerenouvellement. وهذا التجديد يجب ان يجري من حيث الاصل تجديد التسجيل وبهذا السياق تنص الفقرة الأولى من المادة العشرين من قانون العلامات والبيانات التجارية على انه ((تكون مدة حماية العلامة عشر سنوات قابلة للتجديد للمدة ذاتها بموجب طلب يقدم خلال السنة الأخيرة وحسب الأنظمة المتبعة بعد دفع الرسوم المفروضة)) ومع ذلك فان القوانين المقارنة تنص على منح مهلة لدفع الرسوم الخاصة بالتسجيل وتجديد التسجيل وهذه المهلة في القانون العراقي ستة أشهر اذ تقرر الفقرة الثانية من المادة العشرين على انه ((لمالك العلامة ان يطلب تجديدها خلال ستة أشهر من تاريخ انتهائها مقابل دفع الرسوم المقررة والرسوم الإضافية المحددة في الأنظمة والا فليمسجل ان يشطب العلامة من السجل)).

بيد ان التساؤل الذي يطرح هو: هل يترتب على عدم تجديد التسجيل انقضاء الحق في العلامة؟

يميز الفقهاء هنا بين التجديد المقترن باستمرار الاستعمال وعدمه فان ملكية العلامة لا تنقضي غير ان العلامة تفقد الحماية الجنائية وتقتصر حمايتها على دعوى المنافسة غير المشروعة.

اما اذا اقترن عدم تجديد قيد العلامة بعدم استعمالها زال الحق في العلامة بالترك الضمني على اساس ان عدم الاستعمال المقترن بعدم تجديد التسجيل يعتبر قرينة على نية التخلي عن العلامة التجارية، ولكن هل يعتبر عدم الاستعمال صورة من صور التخلي او الترك تنقضي بسببها حقوق المالك في العلامة وفي الحماية القانونية؟

يميز الفقهاء في هذا الصدد كذلك بين العلامة المسجلة والعلامة غير المسجلة، ويقررون ان الحق في العلامة غير المسجلة يزول بعدم استعمالها متى اقترن عدم الاستعمال بنية الترك لان الاستعمال هو سند حق ملكية هذه العلامة، فإذا زال الاستعمال زال الحق، اما العلامة المسجلة فقد سبق ورأينا كيف ان المشرع رسم إجراءات انقضائها بسبب عدم الاستعمال^(٢).

المطلب الثاني _ الطريق القانوني للتخلي عن العلامة التجارية
يراد بالطريق القانوني لزوال الحق في العلامة التجارية انتقال الحق بالطريق القانوني سواء اكان هذا الانتقال كاملاً او منقوصاً.

علية فإننا نرى في فقرة اولى الزوال الكامل للحق، ومن ثم نبحت ثانياً الزوال الجزئي للحق.

Chavanne، op. cit، NO 294.

(١) انظر:

Chavanne، op. cit، NO 293.

(٢) انظر: د. محمد حسني عباس، مصدر سابق ذكره، ص ٣٦٣.

اولاً- زوال الحق كلية:

زوال الحق كلية يعني التنازل عن الحق في العلامة التجارية بعوض او بدون عوض، والأصل إن العلامة باعتبارها مالا "منقولاً" فإنه يمكن نقلها للغير شأنها شأن الحقوق الأخرى.

غير ان التساؤل الذي يطرح هو أيجوز نقل هذا الحق مجرد أم يتعين ان يرافق نقل ملكية المحل التجاري أو المشروع الذي تستخدم العلامة في تمييز بضائعه او منتجاته؟ تختلف القوانين المقارنة بهذا الصدد، فيقضي بعضها بجواز انتقال الحق في العلامة مجرداً عن ملكية المحل التجاري او المشروع في حين لا تجيز قوانين أخرى نقل الحق في العلامة مستقلاً عن ملكي المشروع او المحل التجاري الذي تميز بضائعه. وعلة هذا الحضر هو حماية المستهلك المتعامل من التضليل واللبس فيما يتعلق بمصدر المنتجات. ويأخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه حيث تنص المادة السابعة عشر من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه ((يجوز نقل ملكية العلامة التجارية ورهنها وحجزها مع المحل التجاري او مع ذلك الجزء من المحل التجاري الذي يربط بين الاستعمال وما ترمز إليه العلامة))

يتضح لنا من هذا النص انه في حالة التنازل عن الحق في العلامة للغير بعوض او بدون عوض وجب ايضاً التنازل عن المحل التجاري او المشروع، من جانب آخر إذا بيع المحل التجاري فان هذا البيع يشمل العلامة التجارية باعتبارها من مقومات المتجر ولو لم ينص صراحة في عقد البيع على ذلك، لان المتجر أصل والعلامة فرع، والفرع يتبع الأصل ولا يتخلف عنه إلا بنص صريح.

فاذا باع التاجر المتجر الذي يبيع المنتجات التي تحمل العلامة المسجلة باسمه، وجب عليه ان يطلب من سجل العلامات ان يسجل العلامة باسم المالك الجديد للمتجر بوصفها من العناصر المعنوية التي تسهم في الاحتفاظ بعملاء المتجر الذين اعتادوا شراء المنتجات التي تحمل هذه العلامة^(١).

ومع ذلك يجيز المشرع العراقي الاتفاق على بيع المحل التجاري دون العلامة التجارية حيث تنص المادة الثامنة عشرة من قانون العلامات والبيانات التجارية على انه: ((تنتقل العلامة تبعاً لملكه المحل التجاري مالم يتفق على خلاف ذلك واذا انتقلت ملكية المحل التجاري بدون العلامة تنتقل ملكية الاستمرار في صناعة المنتجات التي تسجل العلامة عليها ونتاجها والاتجار بها هذا مالم يتفق على خلاف ذلك))^(٢).

هذا ولا بد من الإشارة الى ان ما قيل بشأن اختلاف القوانين بشأن نقل الحق في العلامة يقال بالنسبة لرهن العلامة او الحجز عليها بعيداً عن المشروع. ويؤخذ بعكس الحكم المتقدم بالنسبة للقوانين التي لا تأخذ بهذا المبدأ. فقد حرمت هذه القوانين الرهن او الحجز الا مع المحل التجاري او المشروع.

ثانياً- الزوال الجزئي للحق:

يراد بزوال الحق جزئياً هو ترتيب بعض الحقوق لمصلحة الغير، كقصد استعمالها على بعض المنتجات دون المنتجات الأخرى المسجلة عليها والسماح للغير باستعمالها على المنتجات الأخيرة، ونقل الحق في استعمال العلامة مع احتفاظ صاحبها الأصلي بحق الانتفاع بها فترة من الزمن.

(١) انظر: د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٧٥٢.

(٢) بينما نجد ان القانون المصري يذهب الى الإقرار لمالك العلامة حق التصرف فيها مستقلة عن المحل التجاري او مشروع الاستغلال لأول مرة بقانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر ٢٠٠٢/٨٢. انظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق ذكره، ص ٥٣١.

انقضاء الحق بالحماية القانونية للعلامة التجارية

م.م. شوقي ناصر علوان

ويجب ان يراعى في هذه الحالة المبدأ العام المقرر للزوال الجزئي فمن وجهة نظر القوانين التي تأخذ بمبدأ نقل العلامة مستقلاً "عن المشروع او المحل التجاري يجوز قانوناً" التنازل الجزئي للعلامة.

اما فيما يتعلق بالقوانين التي تأخذ بالمبدأ الاخر فيجب ملاحظة الهدف من وراء هذا المبدأ وهو التمييز بين بضائع المشاريع المختلفة او منتجاتها، لذلك فاذا كان الزوال الجزئي للحق لا يترتب عليه التضليل في مصدر البضائع كان ذلك جائزاً "والا فيجب منعه".

فعلى سبيل المثال اذا كانت لمالك الحق في العلامة عدة مشاريع تنتج او تباع منتجات من فئات مختلفة يضع عليها علامة واحدة مثل صابون وجلود تنازل عن حقه بالنسبة للجلود، في هذه الحالة يجب ان يكون التنازل مصحوباً "بالتنازل عن مشروع الجلود ويحتفظ هو بحق استعمال العلامة على الصابون فقط، اما اذا كان المشروع واحداً" وينتج صابوناً "وجلوداً" فالراي الراجح يرى عدم ضرورة التنازل عن المشروع انما يكفي ان يتوقف مالك العلامة عن انتاج الجلود فقط^(١).

(١) د. محمد منصور احمد، جريمة الغش التجاري في العلامات التجارية، ١٩٥٥، ص ٢١٥.

الاستنتاجات

١. نجد ان المشرع العراقي يذهب الى حظر التصرف في العلامة مستقلة عن المحل التجاري الذي تدخل في تكوينه، كذلك يحظر تقرير اي حق عيني عليها او الحجز عليها الا مع المحل التجاري او المشروع الاستغلالي الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته، ولكن ما هو الحكم فيما لو كانت هنالك محلات تجارية او مشروعات بعضها في العراق واخرى خارج العراق تستعمل ذات العلامة التجارية لتمييز بضائعها فهل التنازل عن ملكية العلامة يعتبر صحيحا؟ متى كان متبوعا" بانتقال ملكية المحال او المشروعات الموجودة في خارج العراق ام ماذا؟ ومع ذلك فان المشرع العراقي لا ينص صراحة" حسب تقديرنا، على هذا الحكم مما يقتضي، تدخل المشرع للنص عليه في متن القانون الخاص بالعلامات.
٢. كذلك يتبين لنا ان المشرع العراقي لا يساير معظم التشريعات المعاصرة بشأن امكانية انتقال ملكية العلامة التجارية دون الحاجة الى انتقال ملكية المحل التجاري الذي تمثله بل يستلزم انتقال ملكية العلامة التجارية انتقالها تبعا" للمحل التجاري الامر الذي لا يستقيم مع واقع الحال لذا ندعو المشرع العراقي الى مواكبة التطور القانوني الحاصل بإمكانية التصرف بالعلامة التجارية مستقلا" عن المحل التجاري تطبيقا" للمادة ٢١ من اتفاقية التريس (TRIPS) والمنبثقة عن اتفاقية جات (GATT) (اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة عن حقوق الملكية الفكرية والتي تنص على انه (...))، وبان لصاحب العلامة التجارية حق التنازل عنها للغير مع او بدون نقل المنشأة التي تعود العلامة التجارية الى صاحب العلامة الجديد)).

المصادر

أولاً: المصادر العربية

- د. احمد حسني، قضاء النقص التجاري، المبادئ التي قررتها في خمسين عاماً" (١٩٣١-١٩٨١)، منشأة المعارف.
- د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د. محمد الفروجي، الملكية الصناعية والتجارية وتطبيقاتها ودعواها المدنية والجنائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢.
- د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
- د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
- د. محمد منصور احمد، جريمة الغش التجاري في العلامات التجارية، ١٩٥٥.
- د. محمد منصور احمد، جريمة الغش التجاري في العلامات التجارية، ١٩٥٥.
- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
- امر تعديل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧، رقمه ٨٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٦.
- قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ قانون حقوق الملكية الفكرية والذي ألغي قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية.
- قانون العلامات التجارية الجزائري الصادر في ١٩/١٢/١٩٦٦
- قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٤٦٦-١٩٥٤- في ١١/٢٣-١٩٥٤. المصادق عليها تمييزاً" بالقرار ٢٠٢/ح/١٩٥٥-القضاء، العدد الثالث، ١٩٥٥.

ثانياً: المصادر الأجنبية

- Baumann (D.) L Oligation d exploiter Les marquesen droit fransais et allemande،economic، parise، 1976.
- Chavame ،marques de fabrique،de commerce ou de service، D. rep. dr. com.، t، IV، paris،1988.
- Libr.du ،Tome II، Roubier (P.) Le droit de la propriete industrielle recueil sirey.paris. 1954

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

الملخص

اصبح واقعاً انتشار وتطور اطار الجرائم المعلوماتية في ظل الثورة المعلوماتية، والتطور في وسائل الاتصال الحديثة ، الا ان هناك مشكلات موضوعية على الصعيدين التشريعي والعملي فيما بين الدول والذي يتطلب تعاوناً دولياً للحد ومكافحة في مثل هذه الجرائم لكونها عابرة للحدود ، فالتوسع استخدام الانترنت والحاسب الآلي ومانجم عنه من أنماط حديثة للفعل الاجرامي لم يكن في الحسبان عند المشرع في معظم بلدان العالم ، وهذا الامر ماجعل الدول الوقوف وقفة جادة لمعالجة المشكلات للحد من الجرائم المعلوماتية التي من الممكن ان تكون خطيرة على الدول كافة . وللوقوف على اهمية هذه المشكلة وأبعادها القانونية والاجتماعية فقد جاء البحث في مبحثين ومن ثم الخاتمة وجملة من الاستنتاجات والتوصيات .

الكلمات المفتاحية :-

- ماهية – التعاون الدولي – مكافحة – الجرائم المعلوماتية
- مفهوم – تعريف – الجرائم المعلوماتية
- صور – صعوبات – الجرائم المعلوماتية
- المنظمات الدولية – المنظمات الاقليمية – الاتفاقيات الدولية

International cooperation to reduce Information crime

Assistant teacher Fadia Hafez Jassim

Abstract

The spread and development of cybercrime has become a reality in light of the information revolution and the development of modern means of communication, but there are substantive problems at the legislative and practical levels among countries, which requires international cooperation to limit and combat such crimes because they are transboundary, widening and using the Internet, Of the modern patterns of criminal act was not taken into account by the legislator in most countries of the world, and this leads States to stand a serious stand to address the problems that can be serious to reduce cybercrime .

الكلمات المفتاحية:-

- What the reality – International cooperation – Fight against- IT crimes .
- Concept –Definition – IT crimes .
- International organization –Regional organization – International agreements .

المقدمة

اصبحت المعلومات وصناعتها ضرورة من ضروريات الوقت الحاضر والمحرك الاساسي لأي تطور وتقدم انساني في كافة مجالات الحياة ، ومنذ ظهور التقنية والتطور بالآلية ، التي تفننت الثورة التكنولوجية في صناعتها ، أصبح التعامل مع منجزاتها يحتاج من الانسان مجهوداً ضخماً ووقتاً كبيراً لفهم اسرار منتجاتها الجديدة وتسخيرها لمسيرة الشؤون الحياتية . فالتطور الهائل في مجال الاتصالات وأنظمة المعلومات ، أضحى العالم اليوم عالم المعلومات بأمتياز ، ترتبط بمختلف نواحي الحياة ومصدر قوة اقتصادية وسياسية وعسكرية ، تسعى الدول للتنافس في إمتلاكها .

الا انه بقدر ماحققته تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من فوائد عديدة في مجال الرقي والتقدم الانساني ، فأنها في الوقت ذاته لكل تطور ضريبة ، فأن التطور الذي نحن بصده (ثورة المعلومات والاتصالات) قد كان على خطين الاول لخير البشرية والثاني لشر البشرية .

فمكافحة الجريمة المعلوماتية تقتضي توحيد التشريعات المختلفة من جهة وان يكون نظام الاثبات بالدليل الالكتروني واحداً بين الدولة التي وقعت فيها الجريمة ، والدولة التي يقيم المتهم فيها وتتولى المحاكمة عنه من جهة ، وهذا الامر مستحيل تحقيقه ، اذا لم يتم تعاون دولي يتفق مع طبيعة الجرائم المتعلقة بالانترنت ، فحول المجلس الاوربي تداركت هذا القصور او الضعف في التعاون الدولي والتي اتفقت على اعداد اطار قانوني للتعاون الدولي في التحقيقات في الجرائم المعلوماتية كان من اهم اهداف هذا الاطار (الاتفاقية) وضع سياسة جنائية مشتركة ضد جرائم المعلوماتية وإيجاد انسجام تام مابين القوانين المحلية والاطار القانوني المتفق عليه ، وكذلك الزم دول الاعضاء في الاتفاقية بالعمل على اصدار قانون محلي للحد من جرائم المعلوماتية يتم بالكفاءة في التحقيق والملاحقة القضائية للمخالفات التي ترتكب بواسطة نظام معلوماتي .

ولاهمية هذا الموضوع والحاجة الى معرفة الامكانية في التعاون الدولي واصدار قانون دولي موحد يحاربها على النطاق الدولي ، فقد تم اعداد هذا البحث الذي يسلط الضوء على القوانين الوطنية على الصعيد الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية وإن الثورة التكنولوجية والمعلوماتية قد أفرزت مجموعة من الجرائم انعكست أثارها على المستوى الإقليمي والأخلاقي وأهم هذه الجرائم هي الجرائم المستحدثة.

مشكلة البحث :

فإن هذه المشكلة يختلف من مجتمع لآخر وفقاً لأنماط والقيم الاجتماعية والثقافية السائدة بكل مجتمع والتي تؤثر على سلوك الفرد و المجتمع، حيث أفرز التقدم التكنولوجي أنماط جديدة من الجريمة وكذلك من المجرمين ، ونتج عن إساءة استخدام المعلومات بإرتكاب العديد من الانتهاكات كالتعدي على

الأشخاص، وعلى النظام العام بالمخالفة للدور الأساسي التي تقوم به المعلوماتية في النظام الاقتصادي الداخلي والدولي في الوقت الحاضر، إلا أن درجة استجابة المشرعين في الدول المختلفة لمواجهة هذه الظواهر الإجرامية، فقد اختلف باختلاف درجة التقدم التكنولوجي والعلمي للدولة ذاتها، ففي الدول المتقدمة علمياً وتكنولوجياً واجه المشرعون هذه الظواهر وخطورتها الخاصة وحدث ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية والعديد من الدول الأوروبية ،أما في الدول التي لم تتقدم علمياً وتكنولوجياً ، كمصر على سبيل المثال، فلم تصدر قوانين خاصة في هذا الصدد، وإنما يتم اللجوء إلى قواعد جنائية وضعت أصلاً لتحكم الإجرام التقليدي وعن طريق دورات تدريبية في هذا المجال، وكذلك بالإلمام بالنواحي الفنية في تشغيل واستخدام الحاسبات الآلية، وهذا ما أملتته الأمانة العلمية في هذا الموضوع الذي يعتبر من تطورات العصر ومن الدراسات المهمة في البحث عن سبل التعاون الدولي للحد ومكافحة الجرائم المعلوماتية .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والله ولي التوفيق

المبحث الاول

التعاون الدولي في تعريف الجرائم المعلوماتية

تعد الجرائم المعلوماتية هي الأكثر اتساعا الان من بين الجرائم الاخرى إذ أنها تتمتع بالكثير من المميزات للمجرمين تدفعهم الى ارتكابها ، ولقد تغيرت أنماط الجريمة ، فالاعتداءات تنوعت واتسعت ولم تتحدد فقط على النفس والمال معاً ، بل طالت المعلومات ، وهي ما عرفت على الساحة الدولية بإجرام ذوي "الياقات البيضاء " ، وتعتبر هذه الجرائم ذات البعد الدولي العابر للحدود ، حيث لم تعد تلك الحدود تشكل حجرة عثرة امام مرتكبي الجريمة ، كما ان نشاط الجناة لم ينحصر على اقليم معين بل يمتد الى اكثر من اقليم او دولة ، بحيث اصبح المجرم يتولى التشريع في التحضير لارتكاب الجريمة في دولة معينة ، ويقبل على التنفيذ في دولة اخرى ، ويهرب الى بلد ثالث للابتعاد عن ايدي اجهزة العدالة ، فاصبحت هذه الجرائم تأخذ الطابع الدولي . ومن هنا لابد من تحديد النطاق المادي لموضوع بحثنا " التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية " وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: التعريف بالجريمة المعلوماتية وفي المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه مكافحة الجريمة المعلوماتية .

المطلب الأول

مفهوم التعاون الدولي

التعاون الدولي يعنى به تبادل المساعدة وتقديم العون في سبيل تحقيق هدف ما ، وهذا ما دعا به الاسلام ، ونص عليه كمبدأ عام عند كل الجماعات الانسانية ، والذي تتجه غايتهم نحو التعاون في حل المشكلات المشتركة فيما بينهم ، فالحياة الذي خلقها الله سبحانه وتعالى متواصلة في القوام ومتشابكة في الشؤون ، وبهذا المعنى فان التعاون هو الذي حث عليه الدين الاسلامي والقران الكريم كما في قوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب "(١) " وان كان هذا التعاون فيما بين البشر والاشخاص انفسهم ، فان التعاون الدولي له النصيب في حل الاشكاليات التي تقع بين الدول ، الذي يعد مبدأ التعاون الدولي في الوقت الحاضر من اهم المبادئ القانونية الدولية ، الذي ظهر اهميته في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية مع تعدد وتشعب التطورات

التي رافقت الجريمة واساليب ارتكابها، ويعد مصطلح التعاون الدولي من المفاهيم التي يصعب وضع تعريف خاص بها، وهذا يرجع الى اسباب عديدة منها : تعدد الاشكال والصور التي يتخذها التعاون الدولي ، ارتباط هذا التعاون بمفاهيم الجريمة والاجرام المعلوماتي والحد منه ، وهي مفاهيم يصعب معها وضع تصور محدد واطار ثابت لاي منها (٢) ولتحقيق الهدف المنشود من التعاون الدولي لمكافحة الجريمة المعلوماتية يجب اولاً معرفة ماهي الجريمة المعلوماتية فلماذا سوف نتطرق الى تعريف مامعنى الجريمة المعلوماتية وماهو تعريف الحاسب الالى وماهي انواعها من خلال الفرعين : الفرع الاول تعريف الجريمة المعلوماتية والفرع الثاني انواع الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت .

(١) سورة المائدة ، الاية رقم ٢

(٢) د. علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، رؤية إستراتيجية وطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات، القاهرة، ٢٠٠٠. ص ١٨ وما بعدها .

الفرع الأول

تعريف الجريمة المعلوماتية

قبل البدء في تعريف الجريمة المعلوماتية لابد من الإشارة إلى أن الجريمة المعلوماتية لم يكن لها تعريف متفق عليه من كافة دول العالم ، وللمضي قدماً للتصدي لهذه الجريمة ، لابد من الاعتراف بعالميتها حيث لا حدود ولا دين لها وتعرف الجريمة عموماً بأنها " فعل غير مشروع أو فعل خطير محذور يرتكب عن ارادة جنائية يعاقب عليها القانون " وعلى ضوء ذلك تم تعريف الجرائم التي ترتكب عبر شبكة الانترنت ومنها جرائم الحاسب الآلي الذي هو الأداة التي تستقبل البيانات ثم تقوم عن طريق الاستعانة ببرامج معينة بعملية تشغيل هذه البيانات للوصول إلى النتائج المطلوبة^(١) ، ودائماً يكون أداة الجريمة الوحيدة في الجرائم المعلوماتية هو الحاسب الآلي الذي تعرف بأنها "الجرائم التي لاتعرف الحدود الجغرافية والتي يستخدم الكمبيوتر إدارة رئيسية في ارتكابها عن طريق شبكة الانترنت وبواسطة شخص على دراية واسعة بها "^(٢) ، ويعرف خبراء منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية أيضاً جريمة الكمبيوتر أو الحاسب الآلي بأنه " كل سلوك غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات و/ أو نقلها"^(٣) وتنبئ هذا التعريف الفقيه الألماني Ulrich Sieher وهذا التعريف يعتمد على معيارين أولهما (وصف السلوك)

وثانيهما ، اتصال السلوك بالمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها^(٤) ، وهناك تعاريف عديدة تعتمد على أكثر من معيار في تعريف جريمة الحاسب الآلي التي أخذ الفقه بها وفق معايير قانونية بحته ، أولهما تحديد محل الجريمة وأخرى وسيلة ارتكابها وفي كلاهما يلعب الكمبيوتر دور الضحية ودور الوسيلة حسب الفعل المرتكب ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي "Masse" يعرف جريمة الكمبيوتر ويستخدم مصطلح الغش المعلوماتي بأنها " الاعتداءات القانونية التي يمكن ان ترتكب بواسطة المعلوماتية بغرض تحقيق الربح المادي "^(٥) ، ونلاحظ من هذا التعريف انه أتجه نحو الجرائم ضد الاموال عندما إشار إلى غرض تحقيق الربح المادي .

ومن الجدير بالذكر أن تعريفات الجريمة عموماً تقوم على عنصرين هما عنصر الجريمة والأخرى عنصر السلوك ووصفه ، والنص القانوني على تجريم السلوك المخالف او غير المشروع لفرض العقوبة عليه ، الا ان الجديد في جرائم الحاسب الآلي هو ابراز محل الاعتداء في هذه الظاهرة الجرمية المستحدثة ، ففي قانون العقوبات تذهب نصوصه على منع الاعتداء على الاشخاص والاموال ... والخ ، لكن المستحدث هو القيمة المعنوية البحتة او الاعتبار المعنوية ذات القيمة المالية ولولا هذه الطبيعة لما كنا امام ظاهرة دخول الكمبيوتر في عالم الإجرام الذي يتضح في حقيقة الامر عنصر التنظيم الذي ينتج مخاطر هائلة واتساع المساهمة الجنائية وزج الإرادات الجرمية في إرادة واحدة هي الإرادة المنظمة للجريمة المعنية^(٦) .

(١) ينظر العطار د.ماجد ، " المسؤولية القانونية الناشئة عن فيروس برامج الكمبيوتر ووسائل حمايتها " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٥ .

(٢) ينظر المحامي منير الجنيهي والمحامي ممدوح محمد الجنيهي ، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها ، بلا ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣ .

(٣) وضع هذا التعريف من قبل مجموعة الخبراء المشار اليهم للنقاش في اجتماع باريس الذي عقد عام ١٩٨٣ ضمن حلقة (الاجرام المرتبط بتقنية المعلومات) .

(٤) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، جرائم تقنية المعلومات بدول الخليج العربي والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الانترنت ، ط١ ، دار الكتب والدراسات العربية ، ٢٠١٦ ، ص ١٥٢ .

(٥) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، المصدر نفسه ، ص ١٥٣ .

(٦) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، المصدر نفسه ، ص ١٥٥ .

ونلاحظ من خلال ذلك ان تعريف الجريمة بصورة عامة تنبني على اساس العناصر المحددة بالقانون ، إذ بدون النص القانوني على الجريمة لايمكن تحقيق المساءلة عنها ، استناداً الى القاعدة الجنائية التي توجب حظر جواز العقاب عند انتفاء النص القانوني .

وجرائم الكمبيوتر والانترنت تنتج من حيث أثرها الاقتصادي خسائر تقدر بمبالغ هائلة تفوق بأعداد كبيرة الخسائر الناجمة عن جرائم المال التقليدية وهذا ما حصل في بريطانيا التي تكبدت بخسائر فادحة جراء جرائم الكمبيوتر التي تعد الدولة الثانية بعد الولايات المتحدة الامريكية ، منها جرائم اجهزة الحاسوب كالتطفل التشغيلي ، والفيروسات ، تضرر باعمال اكثر من نصف الشركات الصناعية والتجارية

في بريطانيا ^(١) ، ومن الأمثلة التي حدثت على جرائم الانترنت من خلاصات تقارير المحاكم حول بعض الوقائع الشهيرة التي نشرت عبر مواقع شبكة الانترنت هي :-

- **قضية مورس :-** هذه الحادثة هي من أول الهجمات الكبيرة والخطيرة في بيئة الشبكات ، ففي تشرين الثاني لعام ١٩٨٨ تمكن طالب بالغ من العمر ٢٣ عاماً ويسمى ROBER MORRIS من اطلاق فايروس عرف بأسم (دودة مورس) عبر الانترنت ، أدى إلى اصابات اعداد كبيرة من الاجهزة يرتبط بها أنظمة عديدة عبر الانترنت من ضمنها أجهزة العديد من الدوائر الحكومية والمؤسسات ، وتسبب بخسائر كبيرة في إعادة تشغيلها وتصليح الأنظمة ، وحكم عليه بالسجن لمدة ٣ اعوام وعشرة الاف غرامة ، والدودة تختلف عن الفايروس بنقطة مهمة فالفايروس يكرر نفسه بواسطة تنفيذ برنامج مصاب ، تستغل الدودة الفجوات في نظام التشغيل للقيام بهجوم مباشر ^(٢) .

- **فايروس ميلسا :-** وفي حادثة مهمة أخرى ، عندما انخرطت جهات تطبيق القانون وتنفيذه في العديد من الدول في تحقيق واسع حول إطلاق فايروس شرير عبر الانترنت عرف بأسم فايروس (MELISSA) وتم اعتقال مبرمج الكمبيوتر من ولاية نيرجرسي في نيسان عام ١٩٩٩ واتهم باختراق اتصالات عامة والتأمر لسرقة خدمات الكمبيوتر ، وتصل العقوبات الموجهة له إلى السجن لمدة ٤٠ عاماً وغرامة تقدر بحوالي ٥٠٠ ألف دولار ، وصدر مذكرات اعتقال وتفتيش بلغت عددها ١٩ مذكرة ^(٣) .

وقد تكون شبكات الاتصال داخلية في الدولة الواحدة أو عالمية ، الأولى مجموعة من أجهزة الكمبيوتر ترتبط مع بعضها عن طريق كمبيوتر رئيسي تأخذ منه المعلومات الرئيسية إي (ملقم) الشبكة ، وهذا ما يعرف به في المؤسسات التجارية والتعليمية والشركات بأنواعها وأجهزة الدولة المركزية التي تتولى مهمة تطوير البيانات وتخزينها ، أما الثانية فهي غير محددة من حيث الامتداد ، أنها خيوط عنكبوتية ويرمز لها www ويقصد بها (Word Wide Web) فهي تضم معلومات هائلة ويساعد المستخدم من الاستفادة منها ، وهذا الشيء يمكن الملايين من دول العالم الاتصال ببعضهم ، فمن الطبيعي تسوء سلوكيات البشر ، اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار سهولة الاستخدام وضعف الرقابة وعدم وجود قواعد قانونية تفرض انماطاً من السلوك في هذا النطاق ^(٤) .

ونلاحظ من هذا يظهر في الوقت الحالي ما يعرف بالمجرم المعلوماتي وانماط عديدة ووسائل من العمليات الاجرامية ومكاناً للعمليات الارهابية والمخدرات والعصابات ، وهذا ما دعى التعاون الدولي في وضع اسس للمواجهة القانونية ولصد مثل تلك الجرائم والحد منها .

(١) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

(٢) ينظر أ/ ياسمينه بونعارة ، بحث بعنوان الجريمة المعلوماتية ، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، سنة ٢٠١٦ ، ص ١٧ .

(٣) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، المصدر نفسه، ص ١٦٥ .

(٤) ينظر د.هلاي عبد الله احمد ، "تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم المعلوماتي " ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٧ ومابعداها .

الفرع الثاني

أنواع الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت

الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت تنقسم إلى أنواع متعددة بحسب ماتستهدفه الجريمة والطريقة في بيان الهدف وبلوغه وعليه يمكن تقسيمها إلى الأنواع التالية :-

• النوع الاول الجرائم التي تتم ضد الحواسيب الآلية جرائم الإضرار بالبيانات :-

يعتبر هذا النوع من الجرائم الأكثر قسوة والاشد خطورة والاكثر حدوثاً فإن هدفها ينصب حول البيانات والمعلومات المخزونة والمنقولة عبر الحواسيب الآلية المتصلة أو غير المتصلة بشبكات المعلومات أو مجرد محاولة الدخول بطريقة غير مشروعة ^(١) ، أصبح لبرامج المعلومات قيمة غير تقليدية لإستخداماتها المتعددة في كافة مجالات الحياة الاجتماعية منها والاقتصادية ، مما جعلتها قيمة مميزة للتداول ، ومن هنا تبدو أهمية الانترنت باعتباره مصدراً للمعلوماتية ، مما أدى إلى ظهور بما يعرف بالاموال المعلوماتية ، وصاحب ظهور هذا المال المعلوماتي جرائم معلوماتية التي يمكن بيانها في زاويتين ^(٢) :-

أ- تكون المعلومات اداة أو وسيلة للإعتداء .

ب- تكون المعلوماتية موضوعاً للإعتداء _ (اي سرقة تلك المعلومات) .

ففي الزاوية الأولى تكون الجرائم الذي يستخدمها المجرم المعلوماتي وغايته هو إستهداف الأموال والاشخاص ومنها السرقة خيانة الأمانة ، اما الزاوية الثانية فيكون محل الجريمة هو المال المعلوماتي موضوعاً لها . وهذه الجرائم التي تستهدف مراكز معالجة البيانات المخزونة في الحاسب الآلي لإستخدامها بطريقة غير مشروعة تتميز بصعوبة اكتشافها ، كما ان هناك أنواع من الجرائم تستخدم في معالجة البيانات المخزونة في الحاسب الآلي بقصد التلاعب أو تدميرها كلياً أو جزئياً وهذا النوع هو الفيروسات المرسلة عبر البريد الالكتروني (الإيميل) ويمكن الكشف عنها بواسطة برامج الحماية

المتخصصة بالبحث عن الفيروسات ولكن بشرط تحديث قاعدة البيانات لضمان اقصى درجة من الحماية ، وقد وقعت جرائم عن طريق استخدام الحاسب الآلي في إحدى الشركات الامريكية التي تعمل سحباً على جوائز اليانصيب عندما قام أحد الموظفين في الشركة بتوجيه الحاسب الآلي بتحديد رقم معين اختاره هو فذهبت الجائزة لشخص آخر بطريقة غير مشروعة ^(٣) .

أما بالنسبة إلى تعديل أو محو أو إتلاف أو سرقة العمل لنظم المعلومات ، فإن تلك الانشطة تتم بواسطة افراد هم هواة أو محترفون يطلقون عليهم المخترقون ذوي القبعات السوداء الذين يقومون بهذه الأعمال لغرض الإستفادة المادية والمعنوية من البيانات والمعلومات ، وكمثال على ذلك ماحدث في مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية في السادس والعشرون من سبتمبر عام ٢٠٠٢ من القبض على أحد عملائها ويدعى ماريو كاستللو ٣٦ عاماً ومحاكمته بتهمة تخطي الحاجز الامني المسموح له به والدخول على أجهزة المكتب ستة مرات لغرض سرقة الاموال ^(٤) .

• النوع الثاني جرائم الفيروسات وتطويرها ونشرها :-

الفيروسات في الأصل برامج اعددها شخص أو أشخاص تهدف إلى تخريب البيانات وشطبها من ذاكرة الحاسوب ، ومبرمجة تعمل من خلال برامج ولها القدرة على نسخ ذاتها ، وأبرز طرق إنتشارها البريد

(١) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

(٢) ينظر أ/ ياسمينه بونعارة ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

(٣) ينظر المحامي منير محمد الجنبهي و المحامي ممدوح محمد الجنبهي ، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٣ .

(٤) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

الإلكتروني أو التي يتم تحميلها من الإنترنت^(١)، وقد ظهرت مؤخراً نسخ مطورة من الفيروسات تسمى الديدان التي لديها القدرة على العمل والانتشار من حاسب إلى آخر من خلال شبكات المعلومات بسرعة رهيبية وتقوم بتعطيل الخوادم المركزية، وتختلف عن الفيروسات فالفيروس يكرر نفسه من خلال تنفيذ برنامج مصاب، الدودة تستغل فجوات في نظام التشغيل للقيام بهجوم مباشر، وهناك نوع آخر من الفيروسات يدعى "حصان طراودة" يقوم بالتخفي داخل الملفات العادية ويحدث ثغرة أمنية في الجهاز المصاب تمكن المخترقين من الدخول بسهولة والعبث بمحتوياته ونقل أو محو ما هو هام منها^(٢).

• النوع الثالث الجرائم الإلكترونية وجرائم مخلة بالثقة العامة والآداب العامة :

إن الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها جرائم أمن الدولة والقدرة على وقوع العديد منها عن طريق الوسائل المقروءة، فهي تعتبر جرائم ملائمة لتقع فيها الوسائل الإلكترونية سواء فيما يتعلق بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، مثل جرائم التجسس والاتصال بالعدو، والجرائم الماسة بالوحدة الوطنية، أما بالنسبة للجرائم المخلة بالثقة والآداب العامة، فهي أيضاً من الجرائم قابلة للوقوع عبر الوسائل الإلكترونية، مثال جرائم التزوير، وتقليد الإختام، وتزوير الأوراق البنكية، وإنتحال الشخصية^(٣).

ومن أشهر جرائم الإعتداء على الأموال هي التي أحدثت في إمارة دبي بدولة الامارات العربية أواخر عام ٢٠٠١ عندما قام بها مهندس حاسبات أسويي بالغ من العمر ٣١ عاماً بنشر وقائع جريمة عام ٢٠٠٣ العديد من السرقات المالية لحسابات عملاء في ١٣ بنكاً محلياً وعالمياً وقام باختلاس الأموال من الحسابات الشخصية وتحويل تلك الأموال إلى حسابات وهمية قام هو بإنشائها، وجريمة أخرى جرت وقائعها لأحد فروع سيتي بنك بالولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٤ الذي قام بها مواطن روسي الجنسية واستطاع الاستيلاء على ٤٠٠ ألف دولار أمريكي^(٤).

ونجد في قانون جرائم أنظمة المعلومات الأردني، أن المشرع الاردني أصاب حين عالج صوراً متنوعة من هذه الجرائم وجعل لها عقوبات، وهي الجرائم المرتبطة بالذمة المالية التي تتضمن بطاقات الائتمان، أو البيانات التي تختص وتستخدم في المعاملات المالية المصرفية الإلكترونية وفق المادة (٦) منه، وإيضاً عالج جرائم المتعلقة بالحياة الخاصة لجريمة التقاط، أو التصنت على المرسل من خلال النظام الإلكتروني وفق المادة (٥) منه، وكذلك جريمة القيام بالاعمال الإرهابية أو مساندة جماعة معينة من خلال دعمها أو تمويلها بموجب المادة (١٠) من نفس القانون، وإيضاً الإطلاع على بيانات تمس الأمن الوطني قد تكون سرية أو غير متاحة للجمهور، أو العلاقات الخارجية للاردن، أو الاقتصاد الوطني وفق المادة (١١) منه.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي، إلى وقتنا الحاضر لم يسن قانوناً خاصاً يتعلق بالجرائم الإلكترونية، وكيف القضايا التي تم ارتكابها وعلى سبيل المثال، الدخول على حسابات الاشخاص لدى البنوك والإستيلاء على أموال منها، فإن هذه الوقائع تشكل جنحة أو جنايات السرقة بموجب المواد (٢٢١ إلى ٢٢٧) من القانون الكويتي التي تصل عقوبتها الى ثلاث سنوات.

وعليه نفضل أن يكون تشريع قوانين وطنية لجميع الدول ومنها العراق تتعلق بالجرائم الإلكترونية وتحديد العقوبات لمرتكبيها، ليتم تعاون دولي الذي يقتضى أن يكون لدى كل دول العالم الأدوات القانونية والإجراءات التنظيمية اللازمة لذلك في معالجة الجرائم المعلوماتية والحد منها، لأن الجريمة التي تقع في دولة معينة ممكن أن يكون مرتكبها في دولة أخرى فإذا لم يكن قانون وطني في تلك الدولة لم تحد من مكافحة الجرائم الإلكترونية على الصعيد الدولي أيضاً.

(١) ينظر أ. ياسمينه بو نغارة، مصدر سابق، ص ١٦.

(٢) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر نفسه، ص ١٨٥.

(٣) ينظر عبد الله دغش، المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، سنة ٢٠١٤، ص ١٨٩.

(٤) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر السابق، ص ١٨٩.

المطلب الثاني

الصعوبات التي تواجه مكافحة الجرائم المعلوماتية

من الصعوبات التي تواجه مكافحة جرائم المعلوماتية على سبيل المثال ، صعوبة التواصل الى الادلة الرقمية والتحفظ عليها ، والقصور التشريعي في معرفة ماهية الجريمة المعلوماتية ، وعدم وجود مفهوم قانوني دولي مشترك لتعريف الجريمة المعلوماتية ، وكذلك القصور في التعاون الدولي فيما بين الدول في مكافحة الجرائم المعلوماتية ، وتصنف الجريمة المعلوماتية بأنها ذا تشعب على المستوى العالمي ، والتي صنعت مايسمى بالنطاق المصطنع (Cyber Space) التي تشابكت فيه العلاقات القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية^(١) ، وقد ثمة صعوبات تواجه جرائم الحاسب الالى منها مايعود الى طريقة اكتشافها تتعلق بشكل اساسي بطبيعة الحاسب الالى ووسيلة ارتكابها، ماتكون اذ في الحقيقة الا عبارة عن نبضات الكترونية يستقبلها أو يرسلها الجاني قد تخترق انظمة الحماية المقررة للحاسب الالى ولبرامجه ، ويرسل أوامر من طريق ذلك فيحقق غايته بذلك^(٢) وثمة جملة اخرى من الصعوبات التي تعترض سبيل اكتشاف جرائم الحاسب الالى منها مايعود الى قدرة الجاني في طمس معالم جريمته ، من خلال تدمير الادلة الي من الممكن ان تدلي للحقيقة ، ومنها مايعود الى طبيعة المحل الذي ترد عليه كونه معلومات مرمزة او مشفرة ، ومنها مايتعلق بقلّة خبرة جهات اجهزة العدالة الجنائية التي تتعامل مع هذه الجرائم^(٣) ولمواجهة الصعوبات التي تعترض

التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المعلوماتية ، لابد من اتخاذ اجراءات سريعة تتمثل في تحديث التشريعات الوطنية المتعلقة بهذه الجرائم وابرار اتفاقيات (دولية ، اقليمية ، ثنائية) لمواجهة القصور في التشريعات الحالية ، ومعالجة حالات تنازع القوانين ، والاختصاص القضائي ، وكذلك تحديث وتطوير الخبرات في التحقيقات الجنائية بمايتناسب التطور الكبير في ثورة التكنولوجيا بالعصر الحاضر فمكافحة الجريمة المعلوماتية يتطلب توحيد التشريعات المختلفة من ناحية ويكون نظام الاثبات بالدليل الالكتروني واحداً بين الدولة التي وقعت فيها الجريمة من جهة والدولة التي يقيم المتهم فيها ويتم محاكمته بها من جهة اخرى وهذا امر مستحيل مالم يتم فيه تعاون دولي يتفق مع طبيعة الجرائم^(٤) . ونلخص اهم المعوقات او الصعوبات التي تحول دون تحقيق التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم المعلومات التي تسعى اليه اغلب الدول بما يلي :

اولاً : عدم وجود نموذج واحد متفق فيما يخص النشاط الاجرامي ، اذ ان الانظمة في دول العالم كافة لم تتفق على صور محددة في اطارها بمايسمى " إساءة استخدام نظم المعلومات الواجب اتباعها " ولا يوجد تعريف دقيق وواضح للنشاط الذي يتفق على تجريمه ، وهذا نتيجة القصور التشريعي ذاته وعدم مواكبته لسرعة التقدم والتطور المعلوماتي ، وهذا كله نتيجة لعدم اصدار قوانين دولية موحدة تتعلق بالجريمة المعلوماتية على الصعيد العربي او العالمي و بل ان مايراه البعض مباحاً للطبيعة الخاصة بالجريمة المعلوماتية عبر الانترنت ، يراه البعض الاخر غير مباحاً ، وهذا نتيجة طبيعة النظام القانوني السائد لكل دولة^(٥) ، ولعل عدم التنسيق والتوصل الى اتفاق محدد بين الانظمة القانونية السائدة للجريمة المعلوماتية والسلوك الاجرامي المرتكب يؤدي الى جعل قرصنة الحاسب الالى ارتكاب تلك الجرائم

(١) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف، مصدر سابق، ص ٢٢٢ .

(٢) ينظر د. محمد حماد مرهج الهيّتي ، جرائم الحاسوب ، ماهيتها.موضوعها.اهم صورها .الصعوبات التي تواجهها – دراسة تحليلية ، كلية القانون جامعة الانبار ، ص ٢١٠ .

(٣) ينظر د. محمد حماد مرهج الهيّتي ، المصدر نفسه ، ص ٢١٢

(٤) ينظر د. جميل عبد الباقي الصغير ، الجوانب الاجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت ، كلية الحقوق عين شمس، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢ ، ص ٧٣ .

(٥) ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ١٠٣ .

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

دون ان تعيقهم الحدود الجغرافية ، وهذا مايجعل من التعاون الدولي الامر المؤكد والحتمي لمكافحة الجريمة المعلوماتية .

ثانياً : عدم وجود معاهدات ثنائية أو جماعية بين الدول على نحو يسمح بالتعاون المثمر في مجال هذه الجرائم ، وحتى في حالة وجودها فإن هذه المعاهدات قاصرة على تحقيق الحماية المطلوبة في ظل التطور السريع لنظم المعلومات وشبكة الانترنت ، وبهذا التطور يؤدي الى تطور الجريمة المعلوماتية بنفس السرعة مما يؤدي الى ارباك المشرع وسلطات الامن في الدول ، ويجعل من التعاون الدولي الاثر

السلبى^(١) ، وهذا ماحاولت الأمم المتحدة أن تهتم به وكذلك الدول الاوربية في مؤتمر هافانا الي أنعقد في عام ١٩٩٠ لمنع الجريمة والمجرمين .

ثالثاً : تنوع وإختلاف النظم القانونية الإجرائية السائدة بين الدول ، فالتحقيق والتحري وحتى المحاكمة التي تثبت فعاليتها في دولة ما ، تكاد تكون معدومة الفائدة في دولة أخرى إذ يمنع من اتخاذها كما هو الحال

بالنسبة للمراقبة الالكترونية والتسليم والعمليات المستترة والخ ، وأن مثل هذه الإجراءات قد تكون قانونية في دولة معينة في حين قد تكون في دولة أخرى غير مشروعة ، وفي هذه الحالة فإن الدولة التي تعتبر إجراءاتها قانونية قد تشعر بخيبة امل لعدم قدرة سلطات تنفيذ القانون في دولة أخرى لكون تلك الدولة قد تمنع إستخدام أي دليل اثبات جرى جمعه بطرق تراه أنه غير مشروع حتى وأن كان هذا الدليل قد تم حصوله بالإختصاص القضائي وبطريقة مشروعة^(٢) ، لذلك يلاحظ ان التشريعات الجنائية المطبقة حالياً في معظم دول العالم تركز على الصفة الإقليمية فيما يتعلق بتطبيق قواعد الإجراءات الجنائية من خلال السلطات غير الوطنية ، وبهذا الشكل فإن التشريعات الجنائية لا تتقدم بذات السرعة التي تنمو بها حركة الإتصالات والمعلومات التي غزت العالم كله ، وبهذا فانه دعوة لعقد اتفاقيات ثنائية أو جماعية بين الدول لتسهيل التحقيق في الجرائم المعلوماتية ، وبالرغم من عقد هذه الاتفاقيات ألا أنها لا تكفي في حل مشكلات الإختصاص وتبادل الأدلة الجنائية وتسليم المجرمين ، مالم يكن هناك تشريعات جنائية أكثر مرونة تواكب التطور السريع في جميع المجالات^(٣) .

رابعاً : على الرغم من ان التجريم المزدوج للفعل يعتبر من أهم شروط تسليم المجرمين إلا أنه في بعض الأحيان يكون حجر عثرة أمام التعاون الدولي في تسليم المتهمين بإرتكاب جرائم معلوماتية عبر شبكة الإنترنت ، سيما وان بعض الدول لاتجرم انواع معينة من هذه الجرائم فضلاً عن صعوبة التحديد فيما إذا كانت النصوص التقليدية لدى الدولة المطلوب منها التسليم ممكن تنطبق على الجرائم المعلوماتية أم لا ؟ الأمر الذي يعوق تطبيق الاتفاقات الدولية في تسليم المجرمين مما يؤدي إلى عدم جمع الأدلة ومحاكمة مرتكبي جرائم المعلوماتية^(٤) .

(١) ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق، ص ١٠٥ .

(٢) ينظر حسين بن سعيد الغافري ، الجهود الدولية في مواجهة جرائم الانترنت ، دراسة منشورة على شبكة الانترنت من خلال الموقع <http://www.eastlaws.com> ، ص ٢٥ .

(٣) ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر نفسه، ص ١٠٧ .

(٤) ينظر م.م وسام الدين محمد ، بحث بعنوان التعاون الدولي في مواجهة جرائم الانترنت ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، ص ٣٨٣ .

المبحث الثاني

موقف المنظمات الدولية والاتفاقيات للحد من الجريمة المعلوماتية

أدرك المجتمع الدولي أن مشكلة الجريمة المعلوماتية ليست مشكلة فردية تهتم دولة واحدة فحسب، بل تهتم المجتمع الدولي برمته إذ أن التجمعات الإجرامية في نظم المعلومات أصبحت تيسر نفوذها على جميع أرجاء العالم بفضل ما تمتلكه من قوة وسطوة ونفوذ، لذلك بادر المجتمع الدولي إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة التي تهدف إلى مكافحة الجريمة المعلوماتية .

المطلب الأول

دور المنظمات الدولية للحد من الجريمة المعلوماتية

نظرا للخطر الذي تشكله الجريمة المعلوماتية، فقد أهتمت المنظمات الدولية بمكافحتها، لذا سبغت جهود المنظمات الدولية في مكافحة الجريمة المعلوماتية في فرعين، نتناول في أولهما دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول)، وفي ثانيهما دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية .

الفرع الأول

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول)

منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الانتربول) أكبر منظمة شرطية دولية انشأت عام ١٩٢٣ ومقرها مدينة ليون بفرنسا^(١). ويرجع تاريخ إنشاء هذه المنظمة عندما تم إنشاء ((اللجنة الدولية للشرطة الجنائية)) وكان هدف هذه اللجنة هو التنسيق بين أجهزة الأمن الوطنية للدول الأوروبية في مجال مكافحة الجريمة ولاسيما الجريمة المعلوماتية^(٢).

ومما سبق يتضح أن هذه المنظمة الدولية هي من قبيل المنظمات الدولية المتخصصة التي تهتم بالتعاون الدولي بين الدول الأعضاء فيها في مجال مكافحة الجريمة وتعقب المجرمين الذين يستطيعون تجاوز حدود الدولة التي ارتكبوا فيها جرائمهم وهربوا إلى دولة أخرى^(٣).

وقد زادت مبادرات هذه المنظمة نتيجة التطور السريع في الاتصالات ونظم المعلومات وتخزين البيانات وتحليلها فلا شك أن نجاح هذه المنظمة يتوقف إلى حد كبير على الاستخدام الفعال لما تملكه من قاعدة للبيانات الجنائية. كما أن فاعلية تبادل المعلومات المهمة لا يتوقف فقط على نظام الكمبيوتر المعقد الذي تملكه الانتربول بل يتوقف كذلك على شبكة الاتصالات الوطنية. وكان من أهم أعمال الانتربول هو تداول الملاحظات الدولية التي تمد المعلومات المتعلقة بالصور والبصمات^(٤).

ونلخص اهم اهداف المنظمة بما يلي :-

(١) ينظر د. محمد الشناوي، إستراتيجية مكافحة الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ٤٣٣.

(٢) عند نشوب الحرب العالمية الثانية (١٩٣٩-١٩٤٥م) توقف تماماً نشاط هذه اللجنة بسبب الصراع المسلح الذي نشب بين الدول الأوروبية. وعندما انتهت الحرب عام ١٩٤٥ م، تم إحياء عمل هذه اللجنة من جديد مرة أخرى، وذلك من خلال المؤتمر الدولي الذي عقد خصيصاً لهذا الغرض في العاصمة النمساوية ((فيينا)) في الفترة من السادس حتى التاسع من يونيو عام ١٩٤٦م. ولقد وقعت كل الدول التي كانت حاضرة في هذا المؤتمر على وثيقة إحياء هذه اللجنة الدولية واعتبرت هذه الدول تلك الوثيقة دستوراً لهذه المنظمة الدولية ((اللجنة الدولية)) يراجع د. منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الانتربول، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ١١.

(٣) ينظر د. منتصر سعيد حمودة، مصدر سابق، ص ١١.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مركز الأهرام للنشر والترجمة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ٤٣٠.

- أولاً: طبقاً للمادة الثانية من ميثاق المنظمة تتمثل أهم أهداف هذه المنظمة في تحقيق الآتي^(١):
- ١- جمع المعلومات المتعلقة بالجرائم والمجرمين، وذلك عن طريق المعلومات التي تتسلمها المنظمة – المكتب الرئيسي في ليون – من المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الجنائية في الدول الأعضاء، ويتم ذلك عبر شبكة اتصالات حديثة.
 - ٢- التعاون مع الدول الأعضاء في ضبط الهاربين والمطلوبين – أياً كانت جنسياتهم – والصادر ضدهم أحكام قضائية، أو أوامر بالضبط والإحضار لمثولهم أمام جهات التحقيق، وذلك من خلال إصدار النشرات الدولية المخصصة.
 - ٣- دعم جهود الشرطة في مكافحة الإجرام العابر للحدود، وتقديم الخدمات في مجال الأدلة الجنائية، كبصمات الأصابع، والحمض النووي DNA.
 - ٤- إنشاء وتنمية التعاون المتبادل على أوسع نطاق بين كافة سلطات الشرطة الجنائية في إطار القوانين القائمة في مختلف البلدان، وبروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- ونلخص من ذلك أن استراتيجية الإنتربول في مكافحة الجرائم المعلوماتية باختصار هو الوصول إلى بلد عالمي مأمون وقد انشأت في عام ٢٠٠٤ وحدة خاصة لمكافحة جرائم التكنولوجيا، كما قامت المنظمة بالتعاون مع مجموعة الدول الثمانية الكبرى (G8) بوضع استراتيجيات لمواجهة هذا النوع من الجرائم من خلال:^(٢)
- أ- إنشاء مركز اتصالات أمني عبر الشبكة يعمل على مدار (٢٤) ساعة (٧) في الأسبوع على مستوى مصالح الشرطة في الدول الأطراف .
 - ب- استخدام وسائل حديثة في تلك المكافحة ، كاستخدام قاعدة البيانات المركزية للصور الاباحية المحولة من دول الأطراف والتي تستخدم برنامج Excalibur للتحليل والمقارنة الاوتوماتيكية للصور .
 - ت- تزويد شرطة الدول الأطراف بكتيبات ارشادية حول الجرائم المعلوماتية وكيفية التدريب على مكافحتها والتحقيق فيها^(٣)
- ونلاحظ ان منظمة الشرطة الدولية للانتربول منظمة عالمية تقوم بتبادل المعلومات في مكافحة الجريمة المعلوماتية العابرة للحدود ما بين الدول .
- ثانياً : أختصاصات المنظمة الدولية للشرطة الجنائية :-**
- تختص المنظمة بتنسيق الجهود التي تبذلها دوائر الشرطة في الدول الأعضاء في مجال منع الجريمة والوقاية منها والتعاون الأمني الدولي وتباشر المنظمة نشاطها في المحوريين التاليين:-
- ١- تبادل المعلومات:-
- ويشمل ذلك المحور المعلومات بالمعني الواسع حيث يدخل فيها البلاغات أو المراسلات أو الاتصالات التي يقوم بها رجال الشرطة في دولة عضو مع دول أخرى عضو في الأمانة العامة بصدد الأنشطة الإجرامية ومرتكبيها ويشمل ذلك أوصاف المجرمين وبصماتهم وصورهم الفوتوغرافي وأوصاف الأشياء محل الجرائم وصورها^(٤).

(١) د. عادل عب العال إبراهيم خراشي، إشكاليات التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية وسبل التغلب عليها، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥، ص ٢٦-٢٧.

(٢) ينظر أ. نبيلة هبة هروال ، بحث بعنوان الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات – دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م، ص ١٥٣ .

(٣) من بين الانجازات التي حققتها شرطة الانترنت في ظل مواجهته لجرائم المعلوماتية تلك العملية التي قامت بها المباحث الفيدرالية الامريكية بالاشتراك مع الانترنت ، والمتعلقة بملاحقة الشخص الذي قام بنشر دودة الحب Lov Bui عبر الانترنت في الفلبين ، وايضاً تلك العملية التي تم القبض فيها على شاب الماني بتهمة توزيع احد الفيروسات من خلال التنسيق مع الانترنت بين المباحث الفيدرالية الامريكية والشرطة الالمانية ، وحقت من خلال تفكيك لموقع منشور فيه صور اباحية بالاشتراك مع الاوربول في ٢٠٠٥/٥/٢ ، ينظر د. عادل عب العال إبراهيم خراشي، مصدر سابق ، ص ٢٨

(٤) ينظر د. حسين فتحي الحامولي، التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الجنائية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٢١.

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

وقد اهتمت بعض الاتفاقيات الدولية بتبادل المعلومات، حيث في هذا الإطار نصت المادة الأولى من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، بضرورة تبادل المعلومات بين الدول الأطراف فيما يتعلق بالنصوص التشريعية النافذة والبحوث القانونية والقضائية. كما تطرق مؤتمر الأمم المتحدة السادس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، إلى ضرورة تطوير التبادل المنهجي للمعلومات، باعتبارها عنصراً مهماً في خطة العمل الدولي لمنع الجريمة ومكافحتها، وأوصى كذلك بالتزام منظمة الأمم المتحدة بإنشاء قاعدة معلوماتية لإعلام الدول الأطراف بالاتجاهات العالمية في مجال الجريمة^(١). ومن الأمثلة على ذلك مانصت عليه الفقرة (ج) من المادة السابعة من اتفاقية المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة على أن "يتم تبادل المعلومات والبيانات والاحصاءات والمطبوعات"^(٢).

وقد نصت المادة (٢١-٢١) من الاتفاقية القضائية بين الاردن وسوريا فيما يخص تبادل السجل العدلي بالاتي^(٣):-

١- تتبادل دائرتا السجل العدلي في الدولتين المعلومات عن الجناح والجنايات المحكوم بها في احداها ضد رعايا الدولة الاخرى .

٢- تعطي كل من الادارتين مجاناً الادارة الثانية ماتطلبه من معلومات مستقاة من السجل العدلي وعليه يهتم المجتمع الدولي اهتماما كبيراً بتبادل المعلومات بين الدول في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، لما توفره المعلومات الصحيحة والموثوقة من مساندة لأجهزة وتنفيذ القوانين في كافة المجالات، بما فيها متابعة نشأة المنظمات الإجرامية ومصادر الأموال ، وضرورة عقد اتفاقيات او معاهدات ثنائية او جماعية في تسليم المجرمين وتبادل المعلومات فيما بين الدول للحد من خطورة وضرر الجرائم الالكترونية .

٢- تحقيق الشخصية :-

يعد هذا المحور مظهراً هاماً من مظاهر التعاون الدولي الأمني^(٤)، ذلك أن عدداً كبيراً من هؤلاء المجرمين يستعملون أسماء مستعارة أو ينتحلون شخصيات يخفون ورائها أسمائهم الحقيقية بهدف تضليل رجال الأمن وتجنب إجراءات الملاحقة والمراقبة، غير أن الكشف عن حقيقة هويات هؤلاء الأشخاص البارعين في انتحال الأسماء والشخصيات في الغالب الأعم يتم من خلال مقارنة بصمات الأصابع، لأنه إذا كان من السهل على المجرم أن يغير اسمه فإن تغييره لبصمات أصابعه يعد مستحيلاً. ويكفي إذن أن تلتقط من المجرم بصمات أصابعه مرة واحدة، وأن تسجل في دائرة مركزية مختصة حتى تعود إليه حقيقته وتتجلى هويته في كل مره يريد إخفائها، ومهما بذل من جهد لتغيير أسمة أو لتبديل مظهره الخارجي، فإن بصمات الأصابع تبقى دليلاً حاسماً على إثبات شخصيته وكشف هويته^(٥) ، وساهم الانترنت في مكافحة الجريمة وذلك من خلال تزويد الدول الأعضاء فيها بمعلومات مهمة عن المجرمين المطلوبين للعدالة.

(١) ينظر محمد كريم علي، مكافحة الجريمة المنظمة في ظل المعاهدات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق /جامعة المنصورة، ٢٠١٦، ص ٨٦-٨٧ .

(٢) المنظمة تضم ثلاثة مكاتب متخصصة هي : المكتب الدولي العربي لمكافحة الجريمة والمكتب الدولي للشرطة الجنائية والمكتب الدولي العربي لشؤون المخدرات ، وتتعاون هذه المكاتب الثلاثة مع الهيئات الدولية التي تقوم على تحقيق الاغراض التي يهدف اليها عن طريق تبادل البحوث والدراسات العلمية والتجارب العملية والاشتراك فيما يعقد من حلقات ومؤتمرات وغير ذلك من اوجه التعاون ،ينظر :الجريدة الرسمية الاردنية الصادرة في تاريخ ١٦ / ٧ / ١٩٧٠ ، العدد ٢٢٥٠ ، ص ٩٦٣ .

(٣) تم توقيع هذه الاتفاقية في دمشق عام ١٩٥٣ والاتفاقية القضائية الاردنية صدر بها قانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٠ ، ينظر د. علي حسين الطوالة ، بحث التعاون القضائي الدولي في مكافحة الجرائم الالكترونية ، كلية الحقوق م جامعة العلوم التطبيقية ، ص ٦ .

(٤) ينظر د. علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، مصدر سابق، ص ١٧٨ .

(٥) ينظر د. علي حسن الطوالة، التعاون الإجرائي الدولي في مجال تسليم المجرمين، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، ص ١٣-١٤ ، <http://www.policemc.gov.bh> .

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

وقد تركزت اهتمام الإنتربول في السنوات الأخيرة بصورة أساسية على الجريمة المنظمة والانشطة الاجرامية المتعلقة بها مثل غسل الأموال^(١)، إلا أن في العراق فإن منظمة الإنتربول (منظمة الشرطة الجنائية الدولية) لم تبدي تعاونها مع السلطات العراقية في تسليم المطلوبين للقضاء العراقي، وبينت وزارة الداخلية العراقية، أن الأجهزة الأمنية العراقية تحدد للإنتربول أماكن تواجد المطلوبين ولكن برغم ذلك فلم يتم تسليمهم، وبينت أيضاً أن الإنتربول الدولي منذ عام ٢٠٠٥ لم يتعاون معها في إرجاع أي مطلوب أو متهم أو محكوم من قبل القضاء العراقي، أن الذين تم إرجاعهم يخص قضايا جنائية بسيطة، حيث أن هناك اتفاقيات بين العراق والشرطة العربية والدولية ولكن لم يسلم أي مطلوب، حيث أن هناك بعض الدول ينفون وجود المطلوبين لديهم وأحياناً يفتعلون لهؤلاء قضية حادث مروري لكي يدانوا وفق القانون ويبقون في تلك الدول^(٢).

٣- نقل الاجراءات :-

يقصد بها قيام دولة بناءً على اتفاقية باتخاذ اجراءات جنائية في جريمة ارتكبت في اقليم دولة اخرى ولمصلحة هذه الدولة ، وذلك ضمن شروط معينة^(٣) :

- ١- أن يكون الفعل المنسوب الى الشخص يشكل جريمة في الدولة الطالبة والدولة المطلوب اليها .
- ٢- أن يكون الإجراء المطلوب اتخاذه يؤدي الى الوصول الى الحقيقة كأن تكون أدلة الجريمة موجودة بالدولة المطلوب اليها .

ومن الامثلة الواقعية : قام مجرم معلوماتي من الارجننتين في عام ١٩٩٥ بالدخول الى شبكة الحاسوب في مركز امرية الرقابة البحرية للاستطلاع المحيطي في كاليفورنيا بصورة غير مشروعة الى مالايقل عن ٣٦٧ موقع عبر العالم وعلى مدى ٨٣٦ مناسبة وتشمل ١٢ دائرة امريكية لمواقع بحرية واستهداف ١٣٨ موقعاً في ٢٣ بلداً ، وقام بتعديل بعض الملفات ، لكن غالبية النشاط الاجرامي تركز في تركيب ملفات الاستكشاف لازالة اسماء وكلمات السر الشخصية للمستخدم ، وقدرت الخسائر المادية نتيجة لذلك في شبكة ناسا اكثر من مائة الف دولار . وتعاونت عدة جهات لمتابعة المجرم المعلوماتي ونتيجة للتحريات تم الحصول على أمر قضائي من المحكمة المختصة يسمح لها بالدخول والتصنت على الاتصالات الإلكترونية ، وتم ربط الحاسوب لديها مع جامعة هارفرد ، مما جعلها تتمكن من تحديد هوية المجرم من بين ١٦٥٠٠ حساب من حسابات المستخدمين ومن خلال استخدام عملية التقليل الاوتوماتيكية ، في حينها لم تكن هذه الاساليب مستخدمة سابقاً ، وبعد التحريات تبين انه شاب ارجنيني ، ووفق المعلومات التي قدمت للسلطات الارجنينية قامت باصدار مذكرة تفتيش وضبط مقر اقامة المتهم وضبط معدات حاسبه الشخصي بمساعدة الشرطة الجنائية الإنتربول الدولية ، وصدرت مذكرة جنائية من الحكومة الامريكية تتهمه بانتهاك القوانين ذات الصلة بالحاسوب ، واعترف المتهم وصدر حكم عليه بالوضع تحت المراقبة لمدة ٣ سنوات وغرامة مقدارها ٥٠٠٠ دولار^(٤) .

ومما تقدم يبدو أن هناك نوعاً من (الضبابية) في فهم معنى الإنتربول (منظمة الشرطة الجنائية الدولية)، ودورها أو حدود مسؤولياتها في التعاون الدولي لمتابعة المطلوبين للعدالة وضرورة التعاون الدولي في الحد من الجرائم الالكترونية وخطورتها .

(1) Sabrina Adamoli and other (Organized Crime Around The World . op cit p124

مشار اليه لدى : د. كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، دار العلمية الدولية، ٢٠٠١، ص ١١٠ .
(٢) ينظر أكرم عبد الرزاق المشداني، الإنتربول وملاحقة المطلوبين للعدالة (ضبابية الفهم لمهام الإنتربول)، مقال منشور في جريدة كتابات، ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١١، <http://www.kitabat.com/ar> .
(٣) ينظر د. سالم محمد سليمان الاوجلي ، احكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية - دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧ ، ص ٤٢٧ .

(2) The Neis , Argentine Computer Intersion Investigation – FBI –Law Enf orcement

Bulletiin –O ct 1928 ,VOL 67 . Issue 10 , p⁹ .

ص ٧-٨ .

الفرع الثاني

دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية في مكافحة الجريمة المعلوماتية

تمثل المنظمات الدولية العالمية ولاسيما المنظمة العالمية للملكية الفكرية الاطار المثالي والقانوني للتعاون الدولي في مجال حماية الملكية الفكرية على الصعيد الدولي ، ويقع على عاتقها من خلال الدور المنوط لها المتمثل في ترسيخ التعاون بين الدول سواء الدول النامية أو المتقدمة وهو تعاون من أجل حماية الملكية الفكرية دولياً، هذا وفقاً للقانون وللأهداف الواردة في اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة في ستوكهولم في عام ١٩٦٧ والمعدلة في ٢٨ ايلول ١٩٧٩^(١)، وتعتبر حماية الملكية الفكرية هي من اكثر الحقوق التي يتم انتهاكها بصورة دورية ومستمرة عبر شبكة الانترنت وعلى جميع شبكات الاتصالات والمعلومات على صعيد العالم .

وعليه وجود المعاهدات الدولية يمنع من تلك الانتهاكات واصدار كل دولة قوانين وطنية خاصة بها تعمل على حماية الملكية الفكرية ، هذه يؤدي الى الحد من الانتهاكات والمحافظة على الحقوق من الضياع^(٢)، وقد انتقل العالم إلى واقع جديد في الملكية الفكرية التي تعتبر وليد دراسات وتخطيط استراتيجي لمصالح الدول الكبرى منها "الامريكية" التي ساهمت فيه مختلف الشركات العملاقة متعددة الجنسيات ، وكان موضوعها هو " اتفاقية ترينس " وموضوع التجارة في الخدمات ، وخلق واقع يتيح لذوي الشأن والخبرة لتعزيز استثماراتهم، وبهذه الاتفاقية فعلاً تحقق الهدف بخصوص الملكية الفكرية ولتصبح اتفاقية ترينس الاكثر شمولية في معالجة كافة المسائل المتعلقة بها والتي سوف نتطرق عنها لاحقاً ، وفي هذا النطاق احدثت الدولة العربية موجة واسعة من تعديل التشريعات القائمة ووضع تشريعات جديدة ، وشهدت ثورة حقيقية في النظام القانوني للملكية الفكرية في الوطن العربي الذي لاتزال معالمه غير واضحة، وتتضمن قواعد حماية حق المؤلف العربية العديد من المصنفات ومنها حماية برامج الحاسوب وفي اطار اتفاقية ترينس اصبحت الحماية تمتد في عدد من الدول العربية الى البرمجيات اضافة إلى حماية مايسمى بقواعد المعلومات وفقاً لمتطلبات المادة (١٠) من اتفاقية ترينس العالمية الاتفاقية المتعلقة بجوانب التجارة تحمي برامج الحاسوب وقواعد البيانات وفقاً لقوانين حق المؤلف طيلة حياته^(٣) .

الا اننا نلاحظ ان المدة المقررة في جوانب هذه الاتفاقية لكونها طويلة قد لاتتناسب مع موجة التطورات الهائلة في برامج الحاسوب والسرعة العالية في مجرى التطور والتغيير الذي يشهده العالم اليوم في هذا المجال .

ويمكن ان نلخص ذلك من خلال مايلي :

اولاً : حماية البرمجيات وأثره على الدول النامية : البرمجيات حسيطة نشاط عالمي متطور أعلى قيم الافكار والابداع والعقل وتعتبر عن الاتجاه السائد نحو التقدم الاستراتيجي في تعريف محددات رأس المال ، ومن هذا المحور كانت وسيلة عبر عصر المعلومات بكل افرازاته ، لذا فهي متطلبة للدولة النامية^(٤)، وينصب تعاون المنظمة العالمية للملكية الفكرية مع البلدان النامية والاقلة نمواً في تطوير نظام الملكية الفكرية بما في ذلك اتفاقية ترينس ، ولأجل ذلك تعمل المنظمة العالمية للملكية الفكرية على تحقيق مايلي^(٥) :-

(١) ينظر محمد ابراهيم الصايغ ، رسالة ماجستير بعنوان "دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية في حماية الملكية الفكرية ، مقدمة الى جامعة الجزائر / كلية الحقوق ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٥٥ .

(٢) ينظر المحامي منير محمد الجنبهي و المحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .

(٣) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، مصدر سابق ، ص ٤٠٦ .

(٤) المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، المصدر نفسه ، ص ٤١٧ .

(٥) ينظر رسالة ماجستير محمد ابراهيم الصايغ ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

- ١- تحقيق طاقات البلدان النامية بما فيها البلدان الاقل نمواً لصياغة السياسات وتحديث التشريعات الخاصة بالملكية الفكرية مع مراعاة المعايير والاتجاهات الدولية المعنية بما في ذلك اتفاق "ترييس"^(١).
- ٢- تعزيز العمل بانظمة انفاذ حقوق الملكية الفكرية في البلدان النامية والاقل نمواً.
- ٣- تسهيل نشر المعلومات المتعلقة بالملكية الفكرية وتعزيزه فضلاً الى اتاحة فرص الاطلاع على التحديثات الصادرة لمجموعة التشريعات العائدة للملكية الفكرية بشكل نصوص باعداد الصيغة الالكترونية للنصوص التشريعية لاضافتها الى مجموعة قوانين المنظمة العالمية للملكية الفكرية المتاحة الكترونياً عبر الانترنت.

ثانياً : القوانين التي اصدرتها الدول العربية في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية : بالرغم من وجود اطر قانونية في تنظم بنوك المعلومات وقواعد البيانات المركزية في عدد من الدول العربية ، الا انه لا يوجد تشريع متكامل في أي من الدول العربية ومن هذه القوانين التي تم اصدارها لحماية الملكية الفكرية على مستوى عالمنا العربي هي الاتي :-

- ١- قانون حماية الملكية الفكرية الصادر بدولة الامارات العربية، وضعت دولة الامارات العربية المتحدة قانوناً للملكية الفكرية في عام ١٩٩٢ وفقاً للقانون الاتحادي رقم (٤٠) وتشمل موادها حقوق الملكية الفكرية برامج الكمبيوتر وبالأخص نسخ المواد المحمية بموجب قانون حماية الملكية الفكرية من غير رخصة وأن عملية توزيع النسخ عملاً غير قانوني ، ويمنع قانون دولة الامارات نسخ برامج الكمبيوتر بدون اذن ، وكل من يقبض عليه متلبساً بقرصنة البرامج سيخضع هو وشركته للمحاكمة بموجب القانون المدني أو الجنائي والعقوبات تفرض حسب القانون غرامة مالية أو مصادرة المنتجات والحبس لمدة قد تصل الى ثلاث سنوات^(٢).

- ٢- والاستراتيجية للدول العربية ومؤسساتها التشريعية للتعامل مع التحديات القانونية المثارة في بيئة تقنية المعلومات تتم من خلال التنظيم القانوني التكنولوجي لكل دولة تنظيم تكنولوجيا المعلومات في الاردن : ليس ثمة استراتيجية واحدة لبناء الاطار القانوني لتقنية المعلومات والتجارب المقارنة تظهر أكثر من استراتيجية وأكثر من وسيلة للتعامل ، والجامع المشترك بينهما انها استراتيجية شاملة من جهتين^(٣):
الاولى : الشمولية المتأتية من عدم الفصل بين مسائل تقنية المعلومات وموجات تشريعاتها (أمن المعلومات والملكية الفكرية لمصنعات المعلوماتية والخصوصية ، وتنظيم المعايير التقنية ، والتجارة الالكترونية ، الخ) حتى لو تم ابتعادها عن التشريعات المتخذة الا ان تدابيرها تسير بخط واضح ، وبرز مثال لهذا المسلك الجهد الاوربي في ميدان التنظيم القانوني لتقنية المعلومات .
الثانية : الشمولية تتمثل في تقصي مفاعل القواعد الجديدة على جميع فروع التشريع والقواعد القانونية المقررة ضمن النظام القانوني .

وقد عدل القانون الاردني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٩ قانون براءة الاختراع والتصميم رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ كما عدل بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٩ قانون حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٦١ ، وعلى هذا الاساس ان الاساس الاستراتيجي للتعامل المؤسسات التشريعية مع عصر المعلومات ، ادراك الحاجة الى حزمة متكاملة من التشريعات المتعين سنّها معاً لمعالجة كافة الحقوق واثاره على النظام القانوني ومنها الخدمات وقوانين الملكية الفكرية ففي الاردن التي اعتبرت وجود ضرورة موضوعية لتدابير تشريعية شمولية ، التي اصبحت مداهمة التجارة الالكترونية مبرراً لتنظيمها بقانون شامل وموحد .

- ٣- اصدر قانون حماية الملكية الفكرية في دولة الكويت رقم ٩٩/٦٤ الذي يحمي برامج الكمبيوتر تحديداً وبموجب القانون يعتبر نسخ المواد المتمتعة بحقوق الملكية الفكرية أو توزيع أو تأجير أو استيراد تلك

(١) الامانة العامة للملكية الفكرية ، تقرير صادر عنها نحو أداء البرنامج لفترة ٢٠٠٠-٢٠٠١ ، وثيقة رقم 37 / 3 A

صادرة بجنيف ، بتاريخ ٢٤/٧/٢٠٠٢ ، ص ٤٠ .

(٢) ينظر المحامي منير محمد الجنبهي و المحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ .

(٣) ينظر المستشار القانوني أمير فرج يوسف ، مصدر سابق ، ص ٤٢٢ .

النسخ من غير إذن صريح من صاحب حق الملكية الفكرية الا نسخة واحدة فقط لغرض المساندة ، العقوبات المقررة في نسخ البرامج بدون رخصة واذن صاحب الحق وكل من يقبض عليه متلبساً بقرصنة البرامج هو وشركته للمحاكمة تشمل العقوبة غرامة مالية أو الحبس لمدة قد تصل سنة واحدة او العقوبتين معاً وكذلك مصادرة المنتجات والتجهيزات المستخدمة في نسخ البرامج المزورة ونشر الحكم الصادر في وسائل الاعلام فضلاً عن اغلاق المنشأة لمدة قد تصل الى ستة اشهر^(١).

ومما تقدم نلاحظ انه لم يصدر قانون لحد الان في العراق بخصوص الجرائم المعلوماتية وفي حقوق الملكية الفكرية والانتهاكات التي تتعلق بها، إلا أنه هناك قراءة اولى على مشروع قانون لعام ٢٠١٢ استناداً الى احكام البند (اولاً) من المادة (٦١) والبند ثالثاً من المادة ٧٣ من الدستور ولم يتم تشريع القانون ليومنا هذا. مما يمكن ان نعتبره قصور تشريعي المفروض تداركه باصدار القانون لانه في عصرنا الحاضر الجرائم المعلوماتية من الجرائم التي لاتقل خطورة عن الجرائم الاخرى وبل تكون الاخطر لكون المجرم المعلوماتي لاتحد له حدود جغرافية قد يكون في دولة والجريمة تقع في اخرى ومحرك الجريمة في دولة ثالثة فهذه الجريمة ليس لها حدود .

واخيراً نجد ان البيئة العربية في حماية الملكية الفكرية غير مقبولة لغياب القواعد الاساسية التي تغطي مختلف الموضوعات التي تخص الكمبيوتر ، والتي كلها بحاجة الى الوقوف امام كافة القواعد القانونية لضمان التنسيق والتوازن فيما بينها وتحقيق نظام متكامل لحماية المعلومات ، كما هو معتمد لدى الدول الغربية والمتقدمة في المسائل الخاصة بتقنية المعلومات ، فالولايات المتحدة واوربا مثلاً اعتماداً قاعدة الحد الأدنى من التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، واعتماداً في تشريعاتهم تغطية كافة الموضوعات التي تتعلق في هذا المجال بشمولية عالية عبر مختلف مؤسساتها التشريعية لضمان تحقيق فعالية في تنظيم الشؤون الالكترونية ، وبعد انجاز كل مايتعلق في تقنية المعلومات والاشكاليات المتعلقة بها ، نجد ان تركيزهم بدأ يتجه نحو الاختصاص والقانون الواجب التطبيق .

المطلب الثاني

دور المنظمات الإقليمية للحد من الجريمة المعلوماتية

تقتصر العضوية في المنظمات الإقليمية على مجموعة من الدول ترتبط فيما بينها بروابط معينة ترجع للظروف الجغرافية أو السياسية أو التاريخية أو الاقتصادية. وسنقوم بتقسيم المطلب الى فرعين : الفرع الاول دور الاتحاد الاوربي لحماية برامج المعلوماتية ، والفرع الثاني دور مجلس وزراء العدل العربي .

الفرع الاول

دور الاتحاد الاوربي لحماية برامج المعلوماتية

تعتبر المنظمات الإقليمية مظهراً من مظاهر التقارب والتعاون بين الدول المختلفة في عصر التنظيم الدولي^(٢)، وعلى الصعيد الإقليمي أنشأ المجلس الأوروبي عام ١٩٤٩م وهو أقدم وأكثر شمولاً من كافة التنظيمات السياسية الأوروبية الأخرى حيث يغطي كل المجالات ومقره في مدينة ستراسبورج بفرنسا ويتكون من أربعين دولة أوروبية عضواً وذلك حتى آخر أبريل ١٩٩٧م^(٣). وقد برز دور المجلس والسوق الأوروبية المشتركة ، في ١٧ ايلول عام ١٩٨٠ بتوقيع معاهدة مجلس اوربا

(١) ينظر المحامي منير محمد الجنبهي و المحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص٢٠٩ .
(٢) ينظر د.عبد الواحد محمد الفار، المنظمات الدولية - النظرية العامة - الأمم المتحدة - المنظمات المتخصصة - المنظمات الإقليمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣٢٦.
(٣) ينظر عزيز علي عبد العزيز جمعدار، الجرائم المنظمة بين التقدم العلمي والمكافحة الأمنية، مطبعة رأس الخيمة الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص٢٧٧.

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

الخاصة بحماية الاشخاص من مخاطر المعالجة الالية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية^(١) ، فقد صدر عن مجلس اوربا العديد من التوصيات لتؤكد على توسيع نطاق الحماية ، لتشمل قطاعات الانشطة الخاصة كالبيانات الطبية والبحثية والاحصائية ، ومن الجهود المبذولة ايضاً على المستوى الاقليمي التي صدرت عن البرلمان الاوربي عدة قرارات منها قرار ٨ نيسان ١٩٧٩ الخاص بحماية الفرد في مواجهة التطور التقني للمعلوماتية ، والقرار الصادر رقم (٨٠/١٣ R) عام ١٩٨٠ بشأن تبادل المعلومات القانونية المتصلة بحماية البيانات ، وكذلك التوصية رقم (٨١/١ R) عام ١٩٨١ بشأن تنظيم البيانات الطبية المعالجة اليأ في بنوك المعلومات ، والتوصية رقم ١٠ / 83 R عام ١٩٨٣ والخاصة بحماية البيانات الشخصية المستعملة للبحوث العلمية^(٢).

وللمجلس الاوربي دور بارز في نطاق الجرائم المعلوماتية خصوصاً في الحفاظ على المعطيات الفردية وكل مايتعلق بالحياة الخاصة ، والسبب في ذلك يعود ان الدول المنتمية لهذا المجلس من الدول المتقدمة علمياً وتقنياً الامر الذي دفعها لوضع توصيات وعمل الاتفاقيات التي تحتاج لتشريعات داخلية تعالج كل ما هو مستحدث في مجال التقدم العلمي الذي يؤثر بدوره على تنوع وسائل ارتكاب الجرائم ، المعلومات الشخصية بأنها تلك المعلومة المتعلقة بفرد بعينه - محدد - وبقصد بملفات المعلومات اي مجموعة من المعلومات تعالج اليأ بالحاسوب ، ويقصد بالمعالجة الالية تخزين المعلومة في الحاسوب ونقل وتبادل البرامج أو تغيير المعلومة أو مسحها ، أو توزيعها كذلك . قامت هذه الاتفاقية بتحديد من يطلق عليهم مراقب الملفات أو المسؤول عنها بكونه كل شخص طبيعي أو قانوني أو سلطة عام وكالة أو اية جهة مصرح لها وفقاً لقانون البلد بتحديد الهدف من جمع المعلومات وكيفية أو هدف معالجتها^(٣) . ومن الجهود التي أرست مبادئ حماية الخصوصية بشأن البيانات الشخصية ، تلك المتمثلة بمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD ، والتي اهتمت بشكل عملي بحماية الخصوصية عبر الحدود ، وعرفت باسم قواعد الارشادية بشأن حماية الخصوصية ونقل البيانات الشخصية ، وهي قواعد ارشادية لاتتمتع أحكامها بصيغة إلزامية من الناحية القانونية ، وهي مقتصرة فقط على الاشخاص الطبيعيين^(٤) ، وكانت معاهدة المجلس الاوربي حول جرائم الشبكات الالكترونية التي ايدتها الولايات المتحدة الامريكية يمكن اعتبار بداية خطوة موفقة واساسية في هذا المجال ووضع القواعد والاسس التي يتوقع من البلدان المعنية ان تتبعها في نهاية الامر في جهودها التشريعية والتنظيمية وتطبيق القوانين^(٥) .

وان الانسجام ضروري بالنسبة للقوانين الاساسية والاجرائية ، ويجب على جميع الدول ان تعيد تقييم ومراجعة قواعد الاثبات والتفتيش والقاء القبض والتنصت الالكتروني لتشمل المعلومات الرقمية وأنظمة الكمبيوتر الحديثة وأنظمة الاتصالات والطبيعة العالمية لشبكة الاتصالات ، ومن الامور الاساسية تشكيل وحدات متخصصة في تطبيق القانون للتعامل مع المسائل المتعلقة بهذا النوع من الجرائم على مستوى البلد المعني وبامكانها ان توفر اساساً للتعاون الدولي المستند الى شبكات ثقة بين مسؤولي تطبيق القوانين في مختلف البلدان ليحقق تعاوناً ناجحاً فيما بين مختلف الدول^(٦) .

(١) ينظر المحامي محمد امين احمد الشوابكة ، جرائم الحاسوب والانترنت (الجريمة المعلوماتية) ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٧٣ .

(٢) ينظر المحامي محمد امين احمد الشوابكة ، المصدر نفسه ، ص ٧٤ .

(٣) ينظر بحث محروس نصار غايب ، الجريمة المعلوماتية ، منشور في مجلة التقني ، مجلد ٢٤ ، سنة ٢٠١١ ، ص ٢٠ .

(٤) تمت المصادقة على قواعد OECD الارشادية من ٢٢ دولة عضواً في المنظمة وهي : النمسا ، بلجيكا ، كندا ، الدنمارك ، فنلندا ، فرنسا ، المانيا الغربية (سابقاً) ، اليونان ، أيسلندا ، ايطاليا ، اليابان ، لوكسمبرج ، هولندا ، نيوزلندا ، النرويج ، البرتغال ، أسبانيا ، السويد ، سويسرا ، تركيا ، المملكة المتحدة ، الولايات المتحدة ، ينظر ينظر المحامي محمد امين احمد الشوابكة ، مصدر نفسه ، ص ٧٤ - ٧٥ .

(٥) ينظر المحامي المحامي منير محمد الجنبهي والمحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

(٦) ينظر المحامي منير محمد الجنبهي والمحامي ممدوح محمد الجنبهي ، المصدر نفسه ، ص ١٩٦ .

الفرع الثاني

دور مجلس وزراء العدل العربي

يعتبر مجلس وزراء الداخلية العرب^(١)، هو الهيئة العليا للعمل العربي المشترك في مجال مكافحة الجريمة وتحقيق الأمن الداخلي والأمن الإقليمي فيما بين الدول العربية، وقد برزت فكرة إنشاء مجلس وزراء الداخلية العرب خلال المؤتمر الأول لوزراء الداخلية بالدول العربية الذي عقد بالقاهرة عام ١٩٧٧م وتقرر إنشاء هذا المجلس، وقد أقر مجلس جامعة الدول العربية النظام الأساسي لمجلس وزراء الداخلية العرب في ١٥ ديسمبر ١٩٨٢ والذي حل محل المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة في ممارسة الاختصاصات المتعلقة في مجال الأمن العربي بمفهومه الشامل ومكافحة الجريمة. ومن اختصاصات المجلس التي تمكنه من تحقيق أهدافه بما في ذلك ما يلي:-

- إنشاء الهيئات والأجهزة اللازمة لتنفيذ أهدافه ودعم الأجهزة الأمنية العربية ذات الإمكانيات المحدودة .
- تقرير وسائل التعاون مع الهيئات الدولية .

وأقر مجلس وزراء الداخلية العرب في دورة انعقاده الثاني في بغداد عام ١٩٨٢ الإستراتيجية الأمنية العربية، وتهدف إلى تحقيق التكامل الأمني العربي، ومكافحة الجريمة بجميع أشكالها القديمة والمستحدثة في المجتمع العربي، والحفاظ على أمن الوطن العربي، وأمن مؤسساته وهيئاته ومراقفه العامة وحمايتها من كل المحاولات العدوانية من الداخل والخارج، والحفاظ على أمن الفرد في الوطن العربي وضمان سلامة خصوصيته وحريته وحقوقه وممتلكاته^(٢) .

وفي نهاية عام ٢٠١٠ وقع السادة وزراء الداخلية والعدل العرب على خمس اتفاقيات بهدف تدعيم وتوثيق العمل العربي، ومن هذه الاتفاقيات العربية الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، والتي نصت على مكافحة جرائم الاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء البشرية. ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل أوردت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات النص على تجريم الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء البشرية^(٣)، وقد اهتمت كافة الدول في مجال التعاون الدولي لمكافحة الجرائم المعلوماتية ومنها مكافحة الجرائم الاتجار بالمخدرات ، لما تسببه من اضرار على اقتصادياتها وعلى انهاك لثرواتها البشرية التي تعتمد عليه اي دولة في مجال تقدمها الاقتصادي^(٤) .

وعليه لتفعيل التعاون الدولي لابد من التركيز على ثلاث موضوعات رئيسية لابد من العمل على تعظيم وجودها والاخذ بها وهي كالآتي^(٥) :-

- ١- الانضمام الى المعاهدات الدولية التي تعمل على زيادة التعاون والتنسيق بين الجهود التي تبذلها الدول في مجال مكافحة جرائم الانترنت .
- ٢- ادخال تلك المعاهدات الدولية الى حيز التنفيذ الفعلي اي اجراء ماتنص عليه تلك الاتفاقيات دون اي ابطاء .
- ٣- العمل على وجود تعاون دولي وتكاتف مابين الدول ، في تطابق القوانين الخاصة بمختلف الدول لمكافحة جرائم المعلوماتية او الانترنت ، فيجب ان يكون الفعل الذي يرتكب والذي يعتبر جريمة في دولة ما يعاقب عليه في قوانين البلد الاخر ففي حالة عدم وجود هذا التنسيق فيما بين الدول فإن المجرمون يجدون الملاذ الامن دون اي اعتبارات لما ارتكبوا من جرائم .

(١) د.علاء الدين محمد أحمد شحاتة، الإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، دراسة تطبيقية مقارنة، لمكافحة المخدرات في كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٩٨.

(٢) د. كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٣) د. محمد الشناوي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار في البشر، مرجع سابق، ص٤٤٢-٤٤٣.

(٤) ينظر ينظر المحامي منير محمد الجنبهي و المحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص١٩٦ .

(٥) المصدر نفسه ، ص١٩٧ .

٤- تعاون كافة الدول في تسليم المجرمين أو المطلوبين أمنياً الى الدول التي تطالب بهم لارتكابهم جرائم المعلوماتية .

المطلب الثالث

دور الاتفاقية الاوربية لمكافحة جرائم المعلوماتية

(اتفاقية بودابست)

في اواخر عام ٢٠٠١ شهدت العاصمة المجرية بودابست ميلاد أولى الاتفاقيات الدولية التي تكافح جرائم الانترنت التي تبلور التعاون والتضامن الدولي في محاربتها والحد منها وبالذات عندما وصلت تلك الجرائم الى حد خطير اصبح يهدد الاشخاص والممتلكات^(١)، وترتكب الجريمة المعلوماتية في مكان غير قابل للتحديد الجغرافي ، الا انه يضم أكبر تجمع انساني متشابك ومعقد، لكن هذا التجمع الانساني الهائل يفتقر الى المعايير الاخلاقية المشتركة ، وهو ما حدا به المجلس الاوربي الى عقد اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١ الخاص بالجرائم المعلوماتية^(٢) ، اقتناعاً بان هذه الاتفاقية سوف تقدم مايلزم لردع اي عمل موجه ضد السرية في المعلومات وفي توفر نظم الحاسوب والشبكات والبيانات واتخاذ الاجراءات لمكافحة الجرائم عبر الانترنت ، والاتفاقية اكدت على الحاجة لاتخاذ التدابير التشريعية لمكافحة الجرائم المعلوماتية ومخاطرها على الدول وخصوصاً في ظل التطور والتقدم الضخم والموسع في شبكات المعلومات والانترنت والتي دعت الى مكافحة كافة الانشطة الاجرامية التي تستهدف أمن المعلومات وضمان ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم وكشفها وتوفير كافة السبل الملائمة للتحري والتحقيق والتفتيش والمحاكمة في التركيز على اهمية التعاون على الصعيد المحلي والاقليمي والدولي^(٣)، وقد نصت الاتفاقية المذكورة على " ان لكل طرف اتخاذ الاجراءات التشريعية وغيرها التي يراها لازمة لكي يحدد اختصاصه بالنسبة لكل جريمة تقع وفقاً لماهو وارد في المواد من (٢ الى ١١) من الاتفاقية الحالية عندما تقع الجريمة^(٤) :

- أ- داخل نطاق المحلي للدولة .
 - ب- على ظهر سفينة تحمل علم تلك الدولة .
 - ت- على متن طائرة مسجلة في هذه الدولة .
 - ث- بواسطة احد رعاياها ، اذا كانت الجريمة معاقباً عليها جنائياً في المكان التي ارتكبت فيه ، او اذا كانت الجريمة لا تدخل في اي اختصاص مكاني لاي دولة اخرى .
- ولكل طرف له الحق الاحتفاظ في عدم تطبيق بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في الفقرة الاولى(ب و د) من هذه المادة ويكون في شروط وحالات خاصة، فالقانون العربي النموذجي لم يصنف الجرائم المعلوماتية على اي قواعد لتحديد الاختصاص ، فاذا كان اليوم الفقه الجنائي قبل بفكرة تطبيق القانون الاجنبي لمواجهة الجريمة على الصعيد الوطني التي تبين بتجاوز فكرة تلازم الاختصاص الجنائي والتشريعي ، فمن باب اولى قبول هذه الفكرة والتعمق بها في الجرائم التي ترتكب في الفضاء الافتراضي الذي تعبر الحدود والقارات ، وبذلك نحدد ضرورة اللجوء في وضع ضوابط اسناد جنائية لتحديد الاختصاص الموضوعي والاجرائي في تصنيف هذه الجرائم الى فئات تتضمن المصالح الواجب حمايتها على المستوى العالمي وتشير الى القانون الواجب التطبيق^(٥) .

(١) ينظر المحامي منير محمد الجنيهي والمحامي ممدوح محمد الجنيهي ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .
(٢) عبد الله دغش العجمي ، رسالة ماجستير "المشكلات العملية والقانونية للجرائم الالكترونية - دراسة مقارنة ، مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٤ ، ص ١٠٠ .

(٣) ينظر محروس نصار غايب ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٤) المادة (٢٢) من اتفاقية بودابست المذكورة .

(٥) ينظر المطرودي ، مفتاح بو بكر ، الجريمة الالكترونية ، ورقة مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية ، السودان ، ٢٣-٢٥ ايلول ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٢٧ .

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

وعليه فان هذه القواعد يجب صياغتها في اطار اتفاقيات دولية لان الجريمة المعلوماتية من الجرائم الدولية التي لايمكن مواجهتها ومكافحتها مالم يكن تعاون دولي، والتي اوضحت ذلك العديد من الدول لاتستطيع بمفردها مواجهة تلك الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت مهما قامت باصدار قوانين ومهما شددت من العقوبات لكون تلك الجرائم عابرة للحدود .

وكمثال على ذلك حادثة ذكرتها احدى الدراسات عن الجرائم التي تتم عبر الانترنت عندما سيطر احدثهم على نظام الكمبيوتر الخاص بمطار امريكي وقام بإطفاء مصابيح الاضاءة الموجودة على ممرات الهبوط وهذا يمكن ان يؤدي الى سقوط الطائرات و وفاة اعداد من الاشخاص، وبعد التحري تبين ان وراء الحادث عمل ارهابي مراهق من كاليفورنيا^(١)، ولهذا يجب ان يتم تعاون دولي لمثل هذه الجرائم لانها جرائم لاتتحدد في دولة معينة وانما المجرم يتسلل العديد من الدول قبل الوصول الى نظام الكمبيوتر وأهم ما جاء في اتفاقية بودابست بشكل يسمح بتبادل التعاون سواء كان ذلك على مستوى جمع الادلة او تسليم المجرمين ، وهذا مايدل على ان العالم الدولي مقبلاً على توسع في التعاون القضائي الذي يفترض سوف يتم التعاون القضائي والامن معاً ومباشر لان العامل الزمني في جرائم المعلوماتية يتطلب السرعة والدقة في الانجاز^(٢) .

ومما تقدم نجد على الرغم من هناك تعاون دولي في الحد من الجرائم المعلوماتية الا انه لازال يوجد عقبات وصعوبات تعترض امامها لكون لم يوجد توافق بين الدول بالمفهوم العام للجرائم المعلوماتية ، ولم يوجد اتفاق على الاجراءات الجنائية بين قوانين الدول في التحقيق والتحري بتلك الجرائم .

(١) ينظر المحامي المحامي منير محمد الجنبهي والمحامي ممدوح محمد الجنبهي ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
(٢) ينظر البشري ، محمد امين ، التحقيق في جرائم الحاسب الالي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٧٨ .

خاتمة

بعد هذا العرض المتواضع لموضوع " التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية " لاحظنا تشعب وصعوبته وفيما يخص اثبات هذه الجرائم فلم نتناولها في هذا البحث ، لكون الجرائم المعلوماتية من الجرائم الحديثة نسبياً التي تستلزم دراسات مستقبلية معمقة بشأن التعاون الدولي ووضع الاسس التي يتطلب تدخلاً تشريعياً بين الدول لإبراز أهم الجوانب القانونية وحماية متكاملة وسد جميع الثغرات التي تعترض قوانين العقوبات النافذة ، ولذا فإن خاتمة البحث ليست تكراراً لما تناولته الدراسة، وإنما هي تجسيد لأهم النتائج التي أمكن التوصل إليها وتبيان لبعض المقترحات التي رأينا التوصية بها .

أولاً النتائج :-

- ١- الجرائم المعلوماتية تعد – من الجرائم الخطيرة التي تهدد الاستقرار الدولي والامن الداخلي ، فهي محط انظار المجتمع الدولي ككل ، فعالمية الاجرام يتطلب عالمية المواجهة .
- ٢- مصطلح التعاون الدولي من المصطلحات التي يصعب وضع تعريف محدد وجامع لها ، وذلك لكثرة التنوع بالاشكال والصور التي يصعب حصرها مع الوسائل المتجددة التي تجعل من التعاون ظاهرة متغيرة ومتطورة بشكل مستمر ، كما وان ارتباط هذا التعاون بمفاهيم الجريمة ومكافحتها امر يصعب تحديده .
- ٣- يمثل التعاون الامني بين اجهزة الشرطة الجنائية من الوسائل الهامة للحد من الجرائم المعلوماتية ومن خلال التحري والبحث تشدد الاجراءات في الجرائم المعلوماتية على اهمية التعاون الامني الدولي .
- ٤- عدم التنسيق بين الدول في التحقيقات الجنائية المتعلقة بالجرائم المعلوماتية ، سواء مايخص التحري والتحقيق والمحاكمة ، ممايدل على حجر عثرة امام تحقيق التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية .

ثانياً :- التوصيات :-

- ١- نشر الوعي والقيام بدورات تثقيف اجتماعية ، وقانونية، واقتصادية، وتنموية للتعريف بالجرائم الناشئة عبر الانترنت، ومكافحة كافة اشكال الجرائم التي تقع ضد المعلوماتية بكافة صورها (الاجهزة ، البرامج ، الشبكات ، والمعلومات، والبيانات ، والاموال، ووسائل الاتصال، والجرائم ضد السمعة، وضد الاشخاص، وضد الانسانية ، والموجهة ضد الامن القومي) وعموما مكافحة جرائم المعلوماتية بكل اشكالها .
- ٢- ضرورة تكوين اساس تشريعي موحد وشامل لمفهوم الجرائم المعلوماتية لتحديد الافعال التي تشكل جريمة معلوماتية ، وتخصص في اتخاذ الاجراءات القانونية المناسبة – حسب القوانين الوطنية وتنفيذ التدابير الامنية الواقية للحفاظ من الخطر المرتبط بتقنية المعلومات، السعي لدى كافة المشرعين بين الدول على جميع المستويات لقيام باصدار قانون الانترنت او قانون الجرائم المعلوماتية في الدول كافة ومنها العراق .
- ٣- لتفعيل التعاون الدولي وفي التشريع العقابي – الوقوف على اشكاليات القصور التشريعي بين الدول للحد من الجرائم المعلوماتية ، من خلالها يجب الانضمام الى المعاهدات الدولية لتكثيف التعاون الدولي وتنسيق الجهود بين مختلف الدول ، وادخل المعاهدات تلك في حيز التنفيذ ، والتغلب على اشكالية تنازع الاختصاص القضائي الدولي في الحد من الجرائم المعلوماتية ، باعتبارها جرائم دولية اي عالمية تدخل من نطاق الاختصاص العالمي .
- ٤- تكاتف الجهود العربية بانشاء منظمة عربية متخصصة مهمتها التنسيق في مواجهة الجرائم المعلوماتية وتبادل الخبرات مع الدول .
- ٥- حماية الحياة الخاصة للافراد من اعمال التطفل والتجسس ، من خلال اضافة مواد قانونية اضافة لماورد في قانون العقوبات .

المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم
ثانياً: الكتب باللغة العربية:-

١- الكتب القانونية :-

- ١- د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، مركز الأهرام للنشر والترجمة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.
- ٢- المستشار القانوني أمير فرج يوسف، جرائم تقنية المعلومات بدول الخليج العربي والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الانترنت، ط١، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠١٦.
- ٣- د. حسين فتحي الحامولي، التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الجنائية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٤- د. جميل عبد الباقي الصغير، الجوانب الاجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، كلية الحقوق عين شمس، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.
- ٥- د. علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، رؤية إستراتيجية وطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦- د. علاء الدين محمد أحمد شحاتة، الإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، دراسة تطبيقية مقارنة، لمكافحة المخدرات في كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٧- عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥.
- ٨- د. عادل عب العال إبراهيم خراشي، إشكاليات التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية وسبل التغلب عليها، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.
- ٩- د. علي حسن الطويلة، التعاون الإجرائي الدولي في مجال تسليم المجرمين، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين.
- ١٠- د. عبد الواحد محمد الفار، المنظمات الدولية - النظرية العامة - الأمم المتحدة - المنظمات المتخصصة - المنظمات الإقليمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١١- عزيز علي عبد العزيز جمعدار، الجرائم المنظمة بين التقدم العلمي والمكافحة الأمنية، مطبعة رأس الخيمة الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- ١٢- د. كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، دار العلمية الدولية، ٢٠٠١.
- ١٣- د. محمد الشناوي، إستراتيجية مكافحة الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
- ١٤- د. منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ٢٠١٣.
- ١٥- العطار د. ماجد، "المسؤولية القانونية الناشئة عن فيروس برامج الكمبيوتر ووسائل حمايتها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٦- المحامي منير الجنبهي والمحامي ممدوح محمد الجنبهي، جرائم الانترنت والحاسب الالي ووسائل مكافحتها، بلا، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ١٧- د. محمد حماد مرهج الهيبي، جرائم الحاسوب، ماهيتها. موضوعها. اهم صورها. الصعوبات التي تواجهها - دراسة تحليلية، كلية القانون جامعة الانبار.
- ١٨- د. البشري، محمد امين، التحقيق في جرائم الحاسب الالي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة ٢٠٠٩.
- ١٩- المحامي محمد امين احمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت (الجريمة المعلوماتية)، سنة ٢٠٠٤.

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

- ٢٠- د. هلال عبد الله احمد ، "تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم المعلوماتي " ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ، ١٩٩٧ .
- ٢١- أ. نبيلة هبة هروال ، الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م .
- ٢٢- م.م وسام الدين محمد ، التعاون الدولي في مواجهة جرائم الانترنت ، جامعة دمشق / كلية الحقوق .

٣- البحوث والمقالات :-

أ- البحوث :-

- ١- بحث محروس نصار غايب ، الجريمة المعلوماتية ، منشور في مجلة التقني ، مجلد ٢٤ ، سنة ٢٠١١ ، ص ٢٠
- ٢- أ/ ياسمين بونعارة ، الجريمة المعلوماتية . جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، الجزائر ، سنة ٢٠١٦ .
- ٣- د. علي حسين الطوالة ، بحث التعاون القضائي الدولي في مكافحة الجرائم الالكترونية ، كلية الحقوق / جامعة العلوم التطبيقية .

ب- المقالات :-

- ١- أكرم عبد الرزاق المشهداني، الأنتربول وملاحقة المطلوبين للعدالة (ضبابية الفهم لمهام الأنتربول)، مقال منشور في جريدة كتابات، ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١١، <http://www.kitabat.com/ar>
- ٢- الامانة العامة للملكية الفكرية ، تقرير صادر عنها نحو أداء البرنامج لفترة ٢٠٠٠-٢٠٠١، وثيقة رقم 37/3 /A صادرة بجنيف، بتاريخ ٢٤/٧/٢٠٠٢ .

٤- الرسائل والأطاريح الجامعية :

- ١- سالم محمد سليمان الاوجلي ، احكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية - دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧ .
- ٢- الباحث عبد الله دغش العجمي ، رسالة ماجستير "المشكلات العملية والقانونية للجرائم الالكترونية - دراسة مقارنة ، مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٤ .
- ٣- محمد كريم علي، مكافحة الجريمة المنظمة في ظل المعاهدات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق /جامعة المنصورة، ٢٠١٦ .
- ٤- محمد ابراهيم الصايغ ، رسالة ماجستير بعنوان "دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية في حماية الملكية الفكرية ، مقدمة الى جامعة الجزائر / كلية الحقوق ، سنة ٢٠١٢ .

٥- الاتفاقيات الدولية والمواثيق :-

- ١- وضعت دولة الامارات العربية المتحدة قانوناً للملكية الفكرية في عام ١٩٩٢
- ٢- اتفاقية بودابست لعام ٢٠١١
- ٣- اتفاقية تريس العالمية الاتفاقية المتعلقة بجوانب التجارة
- ٤- قانون حماية الملكية الفكرية في دولة الكويت رقم ٩٩/٦٤

٦- المؤتمرات والندوات العلمية :-

- ١- ينظر المطرودي ، مفتاح بو بكر ، الجريمة الالكترونية ، ورقة مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية ، السودان ، ٢٣-٢٥ ايلول ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٢٧ .

٧- تقارير المنظمات الدولية :-

- ١- القرار ٨ نيسان ١٩٧٩ الخاص بحماية الفرد في مواجهة التطور التقني للمعلوماتية
- ٢- القرار الصادر رقم (٨٠/١٣ R) عام ١٩٨٠ بشأن تبادل المعلومات القانونية المتصلة بحماية البيانات .
- ٣- التوصية رقم (٨١/١ R) عام ١٩٨١ بشأن تنظيم البيانات الطبية المعالجة الياً في بنوك المعلومات .

التعاون الدولي للحد من الجريمة المعلوماتية

م.م فادية حافظ جاسم

٤- والتوصية رقم ١٠ / R83 عام ١٩٨٣ والخاصة بحماية البيانات الشخصية المستعملة للبحوث العلمية.

٨- المصادر التي تم الحصول عليها عن طريق المواقع الإلكترونية :-

١- حسين بن سعيد الغافري ، الجهود الدولية في مواجهة جرائم الانترنت ، دراسة منشورة على شبكة

الانترنت من خلال الموقع <http://www.eastlaws.com>

2- <http://www.policemc.gov.bh>

3- <http://www.kitabat.com/ar>

4- <http://www.eastlaws.com>.

٩- المصادر الأجنبية :-

A-Sabrina Adamoli and other (Organized Crime Around The World . op cit p 124

B-The Neis , Argentine Computer Intersion Investigation – FBI –Law Enf
orcement Bulletiin –O ct 1928 ,VOL 67 . Issue 10 , p9 .



Journal of the College of Law Al-Nahrain University

**A Scientific Refereed Journal Published by
College of law/ Al-Nahrain University**

The International Standard No.ISSN6630-1815

Volume: 21/ Number: 4

Year: Rabi Al-Thani 1441H / December 2019M

**The Arabic Impact factor (0.7)
Certificate No.(300-2019)**

The College of Law Journal

AL-Nabrain University

معامل التأثير العربي لعام ٢٠١٨ وقدره ٠,٧
شهادة رقم ٣٠٠-٢٠١٩

الحمد لله



الجامعة العراقية للعلوم والتربية