

مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد ٨ / العدد ١٤ السنة: شعبان - ١٤٢٦هـ / أيلول - ٢٠٠٥م

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

مجلة الحقوق
مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين
المجلد الثامن - العدد ١٤ شعبان ١٤٢٦ هـ أيلول ٢٠٠٥ م
للمراسلات
سكرتير التحرير
العراق - بغداد - الكاظمية
كلية الحقوق - جامعة النهرين ص.ب: ٩٠٧٢
البريد الالكتروني
E-mail
JOURNAL-INF@YAHOO.COM
الاشتراك السنوي
١٢٠٠٠ - دينار - للمؤسسات الحكومية والأشخاص داخل العراق.
١٠٠ - دولار - للمؤسسات الحكومية والأشخاص خارج العراق.

هيئة تحرير المجلة
رئيس التحرير
أ.د. عدنان العابد
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أعضاء هيئة التحرير
أ.د. محي هلال السرحان
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.د. عوض فاضل إسماعيل
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.د. إبراهيم طه الفياض

كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.م. زهير سعيد طه البشير
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.م.د. عادل نصر حسين
كلية الحقوق/جامعة النهرين
مدير التحرير
أ.م.د. لطيفة حميد
كلية الحقوق/جامعة النهرين

الهيئة الاستشارية للمجلة
رئيس الهيئة
أ.د. غازي فيصل مهدي
عميد كلية الحقوق/جامعة النهرين
أعضاء هيئة
أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.د. سعد عبد الجبار العلوش
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.م.د. محمد علي جواد
عميد كلية القانون/ الجامعة المستنصرية
أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ متعاقد مع
كلية الحقوق/جامعة النهرين
أ.م.د. طه نوري الملاحويش متعاقد مع
كلية الحقوق/جامعة النهرين

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

المحتويات

الموضوع	الصفحة
نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة. أ.د. سعد عبد الجبار العلوش	٢٠-١
إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم	٦٠-٢١
الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية م.د. الأء يعقوب يوسف	١١٢-٦١
الرجوع في الهبة في التشريع العراقي م.د. قصي سلمان هلال	١٤٢-١١٣
توريد العمال في مشروع قانون العمل العراقي الجديد بين النقد والتحليل م.د. صبا نعمان رشيد الويسي	١٦٣-١٤٣
الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك م.د. سليمان براك دايج	١٨٧-١٦٤
دور فكرة المنافسة غير المشروعة في حماية الاختراعات غير المبراة م.د. سلام منعم مشعل	٢٢٢-١٨٨
الرجعة في الطلاق أركانها... وأحكامها م.د. النعمان منذر الشاوي	٢٧٦-٢٢٣
نظرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في ضوء روما الأساسي م.د. تغريد محمد قدرى، م.د. هناء إسماعيل إبراهيم	٢٩٩-٢٧٧

تعليمات النشر:

١. يقدم الأصل مطبوعات على الحاسبة الالكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (29.7*21 Cm).
٢. لا يزيد حجم البحث المقدم عن ٢٥ صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.
٣. يجب أن يتضمن البحث: عنوان البحث، خلاصة، مقدمة، منهج البحث، النتائج، المناقشة، الاستنتاجات، قائمة المراجع، خلاصة بلغة عالمية حية.
٤. لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (٢٠٠) مئتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي أو غير العربي)، عنوان البحث، أسم الباحث، مكان العمل (والمراسلة إن كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة(*)، التي تربط بين الاسم مكان العمل.
٥. الجداول والمواد التوضيحية، جيدة الأعداد، على ورق ملائم، مصقول أو شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة، أي بحد أقصى ١٦*١٢ سم للصفحة الواحدة، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال.
٦. ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين، ويشار إلى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة.
٧. تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.
STANDARD INTERNATIONAL UNITS, SI UNITS.
٨. لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.

٩. تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في:

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

١٠. تستخدم الاختصارات المقننة دولياً، سواء لوحدات القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة.

١١. لا تقبل المراجع غير المنشورة، يمكن قبول المراجع المقبولة للنشر، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.

١٢. يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص أو في قائمة المراجع،

أسلوب هارفارد، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر، حسب

CBE, STYLE MANUAL COMMIRREE, 1983.

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

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

**نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق
ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة**

بحث تقدم به الدكتور

الأستاذ سعد عبد الجبار العلوش

رئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق جامعة النهرين^(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

* المحاضرة التي ألقاها الأستاذ الدكتور سعد العلوش في اللقاء القضائي العراقي حول النظام القضائي في العراق الذي أقامه برنامج الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي في عمان بتاريخ ٣-٤ من تشرين الأول ٢٠٠٤.

نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق
ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة

الدكتور سعد عبد الجبار

العلوش

أستاذ ورئيس قسم القانون

العام

في كلية الحقوق/ جامعة

النهرين

المخلص:

يجمع الفقه الدستوري على إن مجرد النص على سمو الدستور في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا قيمة له على صعيد الواقع، ما لم تحط به ضمانات تقوية وتدرأ عنه كل انتهاك محتمل لأحكامه أو تبطله وتزيل آثاره ويسعى هذا البحث إلى تحديد النظام الأفضل للرقابة القضائية على الدستورية في العراق من خلال بيان مجالات النظام القانوني للرقابة على دستورية القوانين في العراق، وبحث الاعتبارات السياسية والقانونية والتاريخية التي تهيمن على هذا النظام، وأخيراً بيان مستقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق.

Abstract:

The constitutional jurists have agreed that the superiority of constitution will be worthless unless to be compassed of guarantees that strengthen it.

In this research we tired to show the best system for judicial observance on the constitutionality of laws in Iraq, through explaining the scope of the legal system of the observance on the constitutionality of laws in Iraq and the political legal and historical aspects that affect this system and the future of such observance in Iraq.

قبل القصد

يجمع الفقه الدستوري على إن مجرد النص على سمو الدستور في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا قيمة له على صعيد الواقع ما لم تحط به ضمانات تقوية وتدرأ عنه كل انتهاك محتمل لأحكامه أو تبطله وتزيل آثاره. فالسمو

الدستوري بدون هذه الضمانات يغدو مجرد كلمة جوفاء^(١) un vain mot. مادام إن انتهاك هيئات الدولة لأحكام الدستور وافتئاتها على الحقوق والحريات العامة فيه يكون بمنجاة من الجزاء.

لقد برزت مشكلة الضمانات في جانب منها على صعيد أعمال السلطة التنفيذية، أي موافقة أعمالها للدستور وذلك إن (كل ديمقراطية ناشئة لم تتضج فيها الديمقراطية ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة تكون السلطة التنفيذية فيها أقوى السلطات جميعاً تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها وتتحيف السلطة القضائية وتتقص من استقلالها. والدواء الناجع لهذه الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية فهي أدنى السلطات إلى الإصلاح)^(٢).

وإذا كان هذا الضرب من الرقابة على دستورية أعمال السلطة التنفيذية قد أسفر عن إرساء حلول إيجابية على صعيد القانون المقارن، غير إن دورها في حماية مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات العامة في العراق لم يبلغ الشأو المرتجى، فلقد ولدت رقابة مهیضة الجناح وبصرف النظر عن هذا الأمر فإن المشكلة تبقى قائمة بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين عندما تتحرف سلطة التشريع البرلماني فتخرج على أحكام بإصدارها تشريعات مخالفة لتضاعيفه ولل فكرة القانونية السائدة فيه أو المهيمنة عليه.

إن الحركة الدستورية الحديثة قد اعتمدت نظرية الرقابة على الدستورية وجعلتها ركناً من أركان النظام الدستوري الذي تستند إليه الدولة القانونية^(٣). ولم تعبأ بدعاوى المناهضين لرقابة القضاء من حيث كونها تمثل اعتداء على

(١) الأستاذ جورج بيردو. القانون الدستوري والمؤسسات السياسية الطبعة العشرون، صفحة ١٠٢

وما بعدها. George Burdeau Manual de droit constitutional et institutions politiques. Paris.L.G.D.J. 1984.

(٢) مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري. السلطة التشريعية مجلة مجلس الدولة. السنة الثالثة/ ١٩٥٢. القاهرة صفحة ٢.

(٣) الدكتور آدمون رباط. الوسيط في القانون الدستوري. الجزء الثاني. بيروت، صفحة ٥٣٥.

مبدأ الفصل بين السلطات وذلك بإخراج القضاء من مهمته في حكم القانون على ما يعرض عليها أفضية إلى مهمة أخرى هي الحكم على القانون وهو الأمر الذي يمثل تجاوزاً على وظيفة المشرع الممثل الحقيقي للشعب، الموكول به وحدة سلطة الإفصاح عن الإرادة العامة، والمنوط به اختصاص تحديد الاتجاه السياسي للحكم عن طريق ما يضعه من تشريعات.

وإذا كان لهذا النظر شيء من الصحة، فقد بات لازماً علينا التذكر دائماً بأن الأصل الثابت والأمر المستقر عليه في القانون المقارن هو (إن القانون لا يفصح عن الإرادة العامة إلا بمقدار التزامه بأحكام الدستور واحترامه لها)^(١).

لقد كان العراق في المقدمة من الدول الذي عرف نظاماً مختلفة للرقابة القضائية على الدستورية شيدتها المشرع التأسيسي في قوانينه الدستورية المتعددة سواء أكانت في حقبة النظام الملكي أم في حقبة النظام الجمهوري. وبعض هذه النظام طبق في حدود ضيقة وأخفق في أوسعها، وبعضها لم يعمل به إطلاقاً، أما البعض الآخر فيؤمل له ما لم يتحقق لغيره.

إن مقصدنا من هذه الدراسة هو الوصول إلى تحديد النظام الأفضل للرقابة القضائية على الدستورية في العراق. النظام الذي يضمن للدستور سموه ويشكل لحقوق الإنسان والحريات العامة دريعة تدرأ عنها كل اعتداء محتمل يمكن أن تقتطفه سلطة وضع القوانين ولا ؟؟ لنا بلوغ هذا القصد إلا إذا وقفنا على ماضي الرقابة على الدستورية في العراق وقرأنا تاريخها السياسي والقانوني. وفي ضوء ذلك يمكن أن نستخلص عناصر النظام المنشود للرقابة. فلقد بات راسخاً في علم القانون بوجه عام وعلم القانون الدستوري بوجه خاص إن أهمية الدراسات التاريخية على هذا الصعيد تعتبر ماسة وخطيرة وهذا ما تأكد في كتابات الفقيه الأمريكي الكبير روسكو باوند عام ١٩١٢ ومهدت له من قبل المدرسة التاريخية في كتابات الأستاذ سافيني

(١) انظر القرارات الكبرى للمجلس الدستوري الفرنسي Les grands decisions du Conceil constitutional. 4ed. Sirey 1986. Evolution de la nouvelle-Caledonie p.676,690

Savigny في ألمانيا ومين Maine في انكلترا. ويرجع هذا إلى إن الدساتير ليست مجرد وثائق قانونية وإنما هي خلاصة امتزاج وتفاعل الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية إلى تتوج نظامها القانوني وكل محاولة لعزلها عن هذه الظروف والاقتصار في دراستها على الجانب القانوني وحده لابد أن تقضي إلى كثير من الأغلاط النظرية والمخاطر العملية^(١).

وفي ضوء هذا البيان يمكن تقسيم الدراسة على المباحث الآتية:
المبحث الأول: مجالات النظام القانوني للرقابة على دستورية القوانين في العراق.

المبحث الثاني: في الفكرة السائدة على جوانب النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العراق (أو الاعتبارات السياسية والقانونية والتاريخية التي تهيمن على جوانب النظام).

الخاتمة: مستقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق.

(١) بول كويبر Paul Kauper أشار إليه الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد في دراسته عن (التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية. مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، مارس ١٩٦١ السنة الحادية والثلاثون، القاهرة، صفحة ٢٨٢-٢٨٤).

المبحث الأول

مجالات النظام القانوني للرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق

تمهيد وتقسيم

قلنا إن العراق كان في المقدمة من الدول الذي عرف نظاماً مختلفة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في عهده، الملكي والجمهوري. فلقد أسس المشرع التأسيسي في القانون الأساسي الملكي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية ثم قفى عليه بنظام آخر في ظل القانون الدستوري للاتحاد الهاشمي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ولقد هوى معاً بهوي النظام السياسي في العراق في ١٤ تموز ١٩٥٨.

ثم كانت حقبة النظام الجمهوري ولم تشهد البلاد في ظل قوانينها السياسية الخمسة ذوات الطابع الدستوري نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية إلا في ظل القانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨، إلا إن هذا النظام لم يحالفه التطبيق إطلاقاً، حتى إذا ما صدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية شيد هو الآخر نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية يتفق ومقاصد المرحلة الانتقالية التي تحدث آفاقها في تضاعيف وثيقته.

وفي ضوء هذا البيان فإننا سنتناول تحديد معالم النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العراق في تلكم الحقب علة وفق الآتي:

الفرع الأول: النظام الدستوري للرقابة القضائية على الدستورية في حقبة النظام الملكي وتنفرع إلى الآتي:

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري للاتحاد الهاشمي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨.

الفرع الثاني: النظام الدستور للرقابة القضائية على الدستور في العهد الجمهوري.

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري الصادر في أيلول ١٩٦٨.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

الفرع الأول

النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي

أولاً: الرقابة في ظل القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار عام ١٩٢٥: شيد المشرع التأسيسي وقتذاك نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستورية عهد بها إلى محكمة خاصة سماها المحكمة العليا، وقد خصها ببعض الاختصاصات^(١) المستثناة من الولاية العامة للمحاكم المدنية.

وقد تضمن القانون بيان تكوينها فنص على تأليفها من ثمانية أعضاء عدا الرئيس، أربعة ينتخبهم مجلس الأعيان من بين أعضائه وأربعة من بين حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام. وتتعدّد المحكمة برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذا تعذر ذلك فبرئاسة نائبه^(٢).

أما بصدد اختصاصات المحكمة فجاءت محددة في المادة الحادية والثمانين من القانون، والمهم منها الذي يتعلق بموضوع دراستنا فهو:

١. تفسير أحكام القانون الأساسي.

٢. الفصل في دستورية القوانين.

فإذا ما أثّرت أمام المحكمة العليا مسألة تخص تفسير هذا القانون أو رفعت أمامها دعوى الدستورية فتجتمع لمحكمة بإرادة ملكية بموافقة مجلس الوزراء،

(١) المادة الحادية والثمانون (تؤلف محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ولمحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة من وظائفهم ولأمر المتعلّقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه).

(٢) الفقرة الثالثة من المادة الثانية والثمانين.

فإذا لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً نصب أعضاؤها بمقتضى الإرادة الملكية التي تصدر بانعقادها^(١).

إن رقابة المحكمة العليا على الدستورية هي رقابة إلغاء لاحقة، فهي أقوى صور الرقابة على الدستورية ولذا اقتضى النص عليها في القانون الأساسي، وبهذا الوصف فهي تفارق رقابة الامتناع التي تكون حجية الحكم الصادر فيها مقصورة على طرفي النزاع بخلاف حكم الإلغاء الذي تكون فيه الحجية شاملة، وكأن المشرع التأسيسي أراد أن يبرز هذه الخصيصة في قرارات الإلغاء فجعل الأغلبية المطلوبة لصدورها مقواة بأغلبية ثلثي أراء المحكمة^(٢) بخلاف الأغلبية المطلوبة في قرارات التفسير التي اشترط لها أكثرية أراء المحكمة ولكنها مع ذلك ملزمة للمحاكم ودوائر الحكومة كافة^(٣). غير إن بعض الفقه^(٤) انتقد موقف المشرع التأسيسي من هذه المفارقة بين الأغليبتين

(١) المادة الثالثة والثمانون. لاحظ بعض الشراح إنه هناك لبساً بين إحالة القضايا إلى المحكمة وبين اجتماعها. فالفقرة ٢ من المادة ٨٢ من القانون الأساسي تنص على إن الأمور الأخرى تحال إلى المحكمة العليا بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار من أحد مجلسي الأمة، وبما إن الأمور الأخرى تشمل فيما تشمله الرقابة على دستورية القوانين فهذا يعني إن إحالة أو تحريك الرقابة من قبل أحد مجلسي الأمة لا يكون له أثر في الحقيقة إلا إذا صدرت إرادة ملكية بموافقة مجلس الوزراء بتشكيل المحكمة (انظر الدكتور طلعت الشيباني: القوى المؤثرة في الدساتير وتفسير الدستور العراقي دار القارئ ١٩٥٤، صفحة ٢٤، والدكتور منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، الطبعة الثالثة، صفحة ١٢٩ هامش ١، بغداد ١٩٦٦).

ولكننا نرى إنه لا لبس في النصوص سواء في لفظها أم في محتواها. فإحالة أحد مجلسي الأمة القضايا على المحكمة العليا لا يعني انعقادها مادام ذلك منوطاً بصدور إرادة ملكية وموافقة مجلس الوزراء. (انظر في هذا المعنى أيضاً الدكتور إسماعيل مرز، مبادئ القانون الدستوري والعام السياسي- النظرية العامة للدساتير. الطبعة الثالثة ٢٠٠٤ دار الملاك، بغداد، صفحة ٢٢٧).

(٢) المادة السادسة والثمانون/ فقرة ١.

(٣) المادة الرابعة والثمانون.

(٤) الدكتور إسماعيل مرز، المرجع السابق، صفحة.

لما تفصح عنه نظريته إلى القرار التفسيري وكأنها أدنى في الخطورة من أهمية قرار الرقابة على الدستورية.

أما الأثر المترتب على قرار المحكمة العليا الإلغاء سواء أكان هذا كلياً أم جزئياً فهو إلغاء القانون غير الدستوري كلاً أو جزءاً من تاريخ صدور القرار على أن تقوم الحكومة بوضع تشريع يكفل إزالة الأضرار الناشئة عن تطبيق الأحكام الملغاة.

إن ما يمكن بلوغه من هذا البيان يتحصل في إن هذا الذي بناه المشرع التأسيسي في تضاعيف قانونه الأساسي له على صعيد التطبيق وجه مختلف. إذ تفصح وقائع التاريخ الدستوري عندنا عن إن المحكمة العليا لم تقم بدورها على وفق ما يقتضي عليها أن تفعله. فدورها على صعيد الرقابة على الدستورية بوجه خاص- لأسباب شتى سنأتي إلى بيانها- لم يكن فعالاً، وكل ما تمخض عنه قضاؤها في حقبة النظام الملكي كلها هو صدور حكم واحد بالإلغاء، ذلك الحكم الشهير الصادر في أيلول من عام ١٩٣٩ بإلغاء بعض مواد قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨^(١). ومع إنه حكم وتر لم يشفع إلا إنه كان ذا تأثير كبير في تعزيز حماية حقوق الإنسان والحريات الفردية وقتذاك فقد ورد فيه (وحيث إن تكليف الشخص بأن يكون تحت مراقبة الشرطة أو تكليفه بالإقامة في أماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء فهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة إن المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ قد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي منوطة- بحكم القانون الأساسي- بالسلطة القضائية. ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة بالمادة الرابعة منه والمشار إليها آنفاً، ترى أكثرية المحكمة إن المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور وبالنظر إلى ٨٦ فقد أصبحتا ملغيتين).

(١) تراجع أحكام المحكمة في مجموعة (القانون الأساسي العراقي وتعديلاته) الصادرة عن ديوان التدوين القانوني. مطبعة الحكومة، بغداد. صفحة ١٠٥ وما بعدها.

في ضوء ما تقدم بيانه، قيل إن المشرع التأسيسي في بنائه لنظام الرقابة القضائية على الدستورية في القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ لم يكن يبتغى من ورائها حماية الدستور العراقي الجامد من الانحراف التشريعي بقدر ما كان يهدف إلى تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية^(١). مع تسليمنا بصحة هذا الرأي وسلامته، إلا أننا نرى- مع ذلك- إن هذا النظام كان ناشئاً وكان يمكن أن يستقيم ويستوي على سوقه عندما يتقدم به الوقت وتتعاطف في ظله الأفكار السياسية والقانونية ويتطور النافع منها فيمكث في أرض القانون يحمي الحقوق والحريات العامة للناس ويقف صاداً يصد عنها أخطار الانحراف التشريعي.

ولكن هذا النظام- كما قلنا- هو يهوي النظام السياسي السائد وقتذاك فتوقفت عجلة التطور إلى الأمام. ولعل ما يعزز هذا الذي نراه هو أن تجارب النظام السياسية المقارنة في مجال الرقابة على الدستورية كانت في أوضاع مشابهة، فقد نشأت متواضعة لا تقوى على فعل ما ينبغي لها أن تفعله لكنها بمرور الوقت تخطت الصعاب إلى حيث بلغت الشأو الذي كان يجب أن ترتقي في مرتقاه. ولنا أن نذكر أن الرقابة على الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ هي على ما نقول شهيد. فلقد شيد نظام الرقابة على الدستورية ليكون المجلس الدستوري أداة لإعادة توزيع الاختصاص Regulateur بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو بتعبير أدق أداة لتنفيذ اختصاص السلطة التشريعية في مواجهة الحكومة. ولكن التطورات الدستورية والسياسية اللاحقة

(١) انظر الدكتور منذر الشاوي، المرجع السابق، صفحة ١٣٠. الدكتور إسماعيل مرز، المرجع السابق، صفحة ٢٤٢ وما بعدها.

بوصفه الحارس الأمين للحريات العامة والحامي لحقوق الأقليات وهو ما دفع الفقه^(١) إلى التقرير بوجود قانون دستوري قضائي في فرنسا.

ثانياً: الرقابة على الدستورية في ظل دستور الاتحاد العربي الهاشمي

أبرم اتفاق بين المملكتين العراقية والأردنية الهاشمية على إنشاء اتحاد بينهما باسم الاتحاد العربي اعتباراً من يوم الجمعة ٢٤ رجب ١٣٧٧ الموافق ١٤ شباط ١٩٥٨ يكون مفتوحاً للدول العربية الأخرى التي ترغب في الانضمام إليه.

وقد تضمن نص البند الحادي عشر من الاتفاق على أن يعدل دستور كل دولة من الدولتين المنضمتين إليه إلى المدى والحدود التي تقتضيها أحكام الدستور الاتحادي^(٢). وبالتطبيق لحكم البند الحادي عشر المذكور صدر القانون الدستوري رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ليكون دستوراً للاتحاد العربي. لقد شيد هذا الدستور فضاءاً دستورياً ناطقاً به اختصاصات كثيرة مما تقتضيه شؤون الدولة الاتحادية، أما الذي يتعلق بموضوع دراستنا فاختصاصان^(٣) هما:

١. تفسير الدستور

٢. ممارسة الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم الاتحادية.

وقد جعل المشرع الدستوري تأليف المحكمة من رئيس وستة قضاة ثلاثة منهم من محكمة التمييز في كل من دولتي الاتحاد أو من كان في مستواهم من كبار رجال القانون. ويختص رئيس الاتحاد بموافقة مجلس الوزراء بتعيين رئيس المحكمة العليا وأعضائها وهم لا يعزلون^(٤). وقد اشترط القانون

(١) انظر في تفصيل ذلك الأستاذ برنارد شانتبوت. Bernard Chantbout Droit. Constitutionnel et science politique. 7 ed, 1986, Paris. Armand Colin, page 55,633-634.

(٢) تمت المصادقة على هذا الاتفاق بين المملكتين وأصبح نافذاً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية العدد ٤١٠٦ في ٢٦/٢/١٩٥٨.

(٣) المادة ٥٩ من الدستور الاتحادي.

(٤) المادة ٥٨ من الدستور الاتحادي.

الدستوري أن يكون انعقاد المحكمة في مقر حكومة الاتحاد وان يتحقق النصاب القانوني للمحكمة من خمسة قضاة بما فيهم الرئيس. أما بخصوص تحريك دعوى الدستورية فقد جعل القانون الاختصاص بذلك مقصوراً على كل من رئيس الاتحاد ورئيس مجلس الوزراء إحدى الدول المنضمة للاتحاد. فإذا ما قررت المحكمة عدم دستورية قانون ما أصدرت قرارها بإلغاء ذلك القانون فهي إذن رقابة إلغاء لاحقة، ويصدر القرار بالأغلبية المطلقة. وقرارات المحكمة بوجه عام قطعية ملزمة وأثرها الملزم يعتبر سارياً من تاريخ صدورها، وهي في الوقت ذاته تعتبر جهة استئناف بالنسبة للقرارات الصادرة من المحكمة العليا العراقية إذا ما أصدرت هنا الأخيرة قراراً يمس أحكام الدستور الاتحادي^(١).

غير أننا لم نقف فيما رجعنا إليه من مراجع ما يشير إلى إن هذه المحكمة كانت قد مارست اختصاصاتها المنوطة بها في قضاء الرقابة أو التفسير ولهذا جاء حديثنا مقصوراً على الجانب القانوني وحده ومما لا شك فيه إن له قيمة مهمة في التاريخ الدستوري والسياسي في العراق لا يمكن نكرانها. ونرى للأسف الشديد إن أغلب شراح القانون الدستوري عندنا لم يولوا موضوع الدستور الاتحادي الأهمية الجدير بها، بما في ذلك موضوع الرقابة على الدستورية التي تضمنتها نصوصه، حتى إنهم أغفلوا مجرد الإشارة إليه. كما إن جامعي الوثائق الدستورية اسقطوا منها صك هذا الاتحاد في حين إنهم ضمو إليها كامل نصوص القانون الأساسي العثماني الصادر عام ١٨٧٦.

(١) الدكتور إسماعيل مرز، المرجع السابق صفحة ٢٢٨.

الفرع الثاني

التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الجمهوري

هو النظام الملكي في ١٤ تموز ١٩٥٨ وأعلن النظام الجمهوري في ذلك التاريخ وتعاقبت على البلاد قوانين سياسية متعددة بتنظيم السلطات وبيان اختصاصاتها وتحديد العلاقة بينها أطلق عليها (الدساتير) وكان أغلب هذه القوانين لا يتضمن طريقة تعديله ولذا فهي في واقع أمرها مرنة لا تتضمن من قواعد الجمود القانوني إلا لماماً. وبما إن الرقابة على الدستورية تؤسس لحماية الدساتير الجامدة فقد خلت تلك القوانين من نصوص تنظم هذا الضرب من الرقابة.

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨.

وقد شذ عن ذلك القانون السياسي الصادر في أيلول ١٩٦٨ الذي شيد نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستورية عهد بها إلى محكمة عليا يجري تشكيلها بقانون. وقد حدد القانون الدستوري (الدستور) اختصاصها بتفسير أحكامه والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً^(١).

وتطبيقاً لذلك صدر القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ بتشكيل المحكمة العليا^(٢) الذي جعل تكوينها من ثمانية أعضاء أصليين وأربعة احتياط عدا الرئيس^(٣) الذي هو رئيس محكمة تمييز العراق أو من ناب منابه عند غيابه أما الأعضاء الأصليون فهم:

١. رئيس مجلس الرقابة المالية.

٢. رئيس ديوان التدوين القانوني.

(١) المادة السابعة والثمانون من (الدستور).

(٢) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد ١٦٥٩ في ١٢/٢/١٩٦٨.

(٣) المادة الأولى / ١ من القانون.

٣. ثلاثة من أعضاء محكمة التمييز الدائمين.

٤. ثلاثة من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام.

أما الأعضاء الاحتياط فأربعة، اثنان منهم من بين قضاة محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة. ويتم تعيين الأعضاء عدا من عينهم القانون بموجب وظائفهم بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل ويصدر بتعيينهم مرسوم جمهوري^(١).

وإذا كانت المادة ٨٧ من الدستور قد حددت اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر فإن قانون تنظيمها قد أضاف إليها في الفترة ٥ من المادة الرابعة اختصاصاً جديداً هو (البت بمخالفة المراسيم لسندها القانوني).

أما تحريك دعوى الرقابة على الدستورية فقد جعله القانون مقصوراً على كل من

١. رئيس الجمهورية

٢. رئيس الوزراء

٣. وزير العدل

٤. الوزير المختص

٥. محكمة التمييز عند النظر في القضية المعروضة أمامها إذ لها أن تطلب تفسير الدستور أو الطعن بعدم الدستورية بطلب ترفعه إلى رئيس المحكمة العليا الذي يقوم بدعوة المحكمة للانعقاد^(٢). وهذا معناه أن الرقابة على الدستورية لا يثيرها إلا أعضاء السلطة التنفيذية ومحكمة التمييز فقط، فلا يحق للأفراد أن يتقدموا بالطعن أمامها. إلا أن بعض الفقه^(٣) يرى إن بمقدور الأفراد الطعن بدستورية قانون معين أمام المحكمة العادية بطريق الدفع بعدم الدستورية. و؟؟ يتعين على القاضي إذا كان الدفع جدياً أن يرفع الأمر إلى

(١) المادة الأولى / ١ من القانون.

(٢) المادة الخامسة من القانون.

(٣) الدكتور مالك دوهان الحسن. المدخل لدراسة القانون. الجزء الأول ١٩٧٢٣ بغداد، صفحة

وزير العدل ليطالب هذا بدوره من المحكمة العليا النظر في الموضوع أما إذا رفض القاضي الدفع المقدم إليه فله أن يطعن في قرار المحكمة أمام محكمة التمييز التي تستطيع بدورها أن تطلب إلى المحكمة العليا البت في الموضوع.

إن قرار المحكمة الدستورية العليا في حالة ثبوت عدم الدستورية يعتبر قرار إلغاء يصدر بأغلبية آراء المحكمة وعند تساوي الآراء يكون صوت الرئيسين مرجح. ويسري أثر الإلغاء من تاريخ صدور القرار^(١). إن المحكمة الدستورية العليا لم تمارس أعمالها فقد عطل العمل بجميع الأحكام الدستورية المتعلقة بها وبالمثل أيضاً بقانون تنظيمها.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

سقط نظام الحكم الذي كان يقوده حزب البعث العربي الاشتراكي أثر احتلال قوات التحالف. وقد أقيمت سلطة عراقية لتولي مقاليد الحكم فيه ممثلة بمجلس الحكم.

وقد شكل هذا المجلس لجنة لوضع مسودة قانون الدولة للمرحلة الانتقالية. وبعد جهود كثيفة ومشاورات معمقة تم وضع مسودة القانون المنشود وأصدر واعتبر نفاذه قائماً إلى حين صدور الدستور الدائم وتشكيل الحكومة العراقية بمقتضاه. وقد نصت المادة الرابعة من هذا الدستور على إن نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي (فيدرالي) ديمقراطي تعددي يجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية. أما فيما يتعلق بالسلطة القضائية فقد ورد تنظيمها في الباب السادس منه المعنون (السلطة القضائية الاتحادية) وتولت المادة الرابعة والأربعون منه موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين. فجاء النص فيها على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا التي تختص بممارسة هذا الضرب من الرقابة.

(١) المادة السادسة/١ من القانون.

وقد حددت الفقرة (٥) من المادة المذكورة طريقة تكوينها فذكرت إنها تتألف من تسعة أعضاء يعينهم مجلس الرئاسة ويختار من بينهم رئيساً لها بناء على ترشيح مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور مع المجالس القضائية للأقاليم.

لقد جاءت اختصاصات المحكمة في القانون متعددة ومن بينها البت في دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات (الإجراءات) التي تصدرها الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية وذلك بناء طعن يوجهه مدع ضدها أو إذا تراءى لإحدى المحاكم شبهة عدم الدستورية فتحيل الأمر إلى المحكمة العليا.

إن رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الدستورية هي رقابة إلغاء لاحقة والاختصاص في الدعاوى المرفوعة أمامها مقصور عليها وحدها. غير إن ما يلاحظ على الاختصاصات المنوطة بها إنها على قدر من السعة يخالف المألوف الذي جرت عليه نظم الرقابة على الدستورية في القانون المقارن. وكان يمكن أن يقلص ويقصر على النظر في دستورية القوانين وحدها، أما الأنظمة والتعليمات والإجراءات فيمكن إناطتها بالمحاكم الأخرى.

ويلاحظ إن هناك عدم دقة في الصياغة التشريعية، فالبند ٢ من الفقرة ب من المادة الرابعة والأربعين من القانون حدد على سبيل الحصر الأعمال القانونية موضوع الرقابة على الدستورية وجعلها شاملة القوانين والأنظمة والتعليمات، غير إن الفقرة ج من البند ٣ من المادة المذكورة أضافت تعبير "الإجراء" إلى تلكم الأعمال عندما تصدر المحكمة قرارها بالإلغاء في حالة ثبوت عدم الدستورية. ونرى إن تعبير "الإجراء" يتسم بالغموض عندما يتعلق الأمر بالرقابة على الدستورية.

كذلك لا يبدو لنا مألوفاً على مصراعية للأفراد دونما ضابط لتحريك دعوى الدستورية بطريق الألغاء، ربما يستقيم هذا الأمر في حالة رقابة الامتناع المقرونة بنظام السوابق القضائية، لكن من المشكوك التعويل عليه عندنا وإلا صار الأمر ضرباً من دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية. وعلى العموم فحن هنا في مواجهة نصوص قانونية انتقالية لم يجر تطبيقها بعد، فإذا ما انتقلت النصوص

إلى صعيد التطبيق العملي أمكن البحث أن يكون له رأي فيما يتمخض عنها من حلول وتطبيقات، ولكن الإشارة إلى تلك النصوص تبدو - مع ذلك - مطلوبة في هذا المقام.

المبحث الثاني

الفكرة القانونية السائدة على نظم الرقابة القضائية على الدستورية في العراق
تتضمن الدساتير قواعد تحدد الفكرة القانونية السائدة Lidee de droit dominante أي فكرة القانون الرسمية في الدولة التي تتضمن أحكاماً تبين المذهب السياسي والاجتماعي والاقتصادي فيها. وهذه الفكرة قد تكون جلية الوضوح لا لبس فيها، وقد تكون غامضة فتستخلص عندئذ من مجمل تضاعيف الوثيقة الدستورية. فالفصل الخاص مثلاً من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ جاء عنوانه (القضاء) دون أن يردف بتعبير "السلطة القضائية" ما يحمل على الاعتقاد بأن القضاء يعد نوعاً من المرافق العامة التي تخضع لسلطان السلطة التنفيذية ونفوذها. ولكن لما كان القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون^(١) أمكن أذاك أن تستخلص الفكرة السائدة من ثنايا النصوص الدستورية بحيث يتبين منها أن القضاء هو في واقعه وحقيقته سلطة أو هو جهاز سلطة الشعب وإلا سلطان عليه لغير القانون وإلا كيف تكون لأحكامه الحجية على الكافة وإن لها قوة الشيء المقضي به وعنوان الحقيقة القانونية. هذا الأمر يقودنا إلى التساؤل عن الفكرة المهيمنة أو السائدة على نظم الرقابة القضائية على الدستورية في العراق في حقبة النظامين الملكي والجمهوري. ولاشك في إن تحديد الفكرة تلك يتجلى من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية:

أولاً: لم نيطت الرقابة القضائية على الدستورية في حقبة النظام الملكي بالمحكمة العليا على وفق التنظيم القانوني السابق بيانه؟
ثانياً: لم نيطت الرقابة القضائية على الدستورية في ظل الاتحاد الهاشمي بالمحكمة الاتحادية العليا وبمثلاها في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية؟
ثالثاً: لم خلت القوانين السياسية ذات الطابع الدستوري في العهد الجمهوري من أحكام قانونية تقيم نظاماً للرقابة على الدستورية. ولم عطل نظام الرقابة على

(١) المادة ١/٦٣ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠.

الدستورية في ظل دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨؟

إن التصدي لهذه المسائل الثلاث يتطلب أن نورد بشأن كل واحدة منها البيان المتعلق بها:

أولاً: لا يمكن تحليل النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي بمعزل عن الوقائع السياسية في العراق التي رافقت وضع قانونه الأساسي.

وهذا يقتضي التذكير بالمعاهدة العراقية- البريطانية التي أبرمت في ١٠-١٠-١٩٢٢ فقد ورد بالمادة الثالثة منها (يوافق جلالة الملك على وضع مشروع قانون أساسي يعرض على المجلس التأسيسي العراقي، وعلى تنفيذ هذا القانون الذي لن يتضمن شيئاً مناقضاً لأحكام المعاهدة المذكورة... الخ). ولاشك في إن هذا الأمر يتطلب قيام سلطة تنفيذية تكون لها الكفة الراجعة على بقية السلطات.

من أجل هذا صيغت الأحكام الدستورية المنظمة للمحكمة العليا لضمان أن تكون هذه- رغم صفتها القضائية الغالبة- قابلة للتأثر بالاتجاهات السياسية للسلطة التنفيذية سواء من حيث انعقاد المحكمة التي لا تتعقد إلا بإرادة ملكية تصدر بناء على موافقة مجلس الوزراء أو من حيث تشكيل المحكمة الذي يجري اختيار أعضائها من بين أعضاء مجلس الأعيان الذين يدينون بتعيينهم في مجلسهم للسلطة التنفيذية ذاتها، ولهذا فإن تأثيرهم باتجاهاتها ورغباتها أمر لا ريب فيه. هذا فضلاً عن إن المحكمة ليست هيئة دائمة وإنما هي تشكل وتتعدد متى ما قامت الحاجة إلى ذلك، فأعضاؤها متغيرون وليسوا دائمين، ولذا فإن اختيارهم منوط برغبة من تطمئن إليه منهم السلطة التنفيذية. أما تحريك دعوى الدستورية فالسلطة التنفيذية الأولية في ذلك فإن شاءت أعمال قانون معين يكون من مصالحها العمل به رغم عدم دستورية أحجمت عن تحريك دعوى الدستورية ولا عبرة بعد ذلك أن أحال أحد مجلسي الأمة القضية أمام المحكمة العليا، لأن الإحالة- كما رأينا- لا تؤدي إلى انعقادها، هذا فضلاً عن إن جانب البرلمان بمجلسيه مؤتمن على هذا الصعيد، فالأعيان معينون، والنواب المنتخبون- كما

تفوه رئيس مجلس الوزراء في إحدى جلسات مجلس النواب المعقودة عام (١٩٤٤-١) ليس بمقدورهم الفوز بالانتخابات ما لم تضمهم الحكومة إلى قائمة مرشحينها. ولهذا كله قيل إن الرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي إنما كان الهدف منها تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية^(٢).

ثانياً: أما الاعتبارات التي تهيم على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في دستور الاتحاد الهاشمي فتستقي عناصرها من عامل موضوعي نابع من طبيعة الأوضاع الدستورية والسياسية التي نشأ في ظلها الاتحاد. فشكل الدولة الاتحادية الجديدة الذي يضم دولتي الاتحاد وما كان يمكن أن ينضم إليهما من دول أخرى إنما يفصح عن نشوء وضع دستوري جديد تتعدد فيه السلطات وتتعدد فيه القوانين، ولا بد في مثل هكذا وضع من حصول تعارض بين القوانين المحلية في كل بلد وبين الدستور الاتحادي. وعندئذ يغدو التعارض بين مصالح الدول المتحدة أمراً لا محيص عنه.

وهو الأمر الذي استتبع بالضرورة إيجاد هيئة قضائية عليا تتولى رفع الخلاف بين الدول المتحدة وإزالة التعارض بين التشريعات المحلية والدستور الاتحادي. وقد ترتب على ذلك إن رقابة مضاعفة. فهي من جهة تراقب مطابقة أحكام التشريع الذي يضعه البرلمان العراقي لأحكام القانون الأساسي وتراقب من جهة أخرى مدى مطابقة هذا التشريع للدستور الاتحادي. إن هذه الاعتبارات تبدو لنا واحدة في جميع الدول الاتحادية مع إمكان تباين جوانب تنظيمها بتباين أشكال الاتحادات الدولية.

(١) الأستاذ حسين جميل. الحياة النيابية في العراق. منشورات مكتبة المثنى، بغداد. الطبعة الأولى ١٩٨٣ صفحة ٧٤-٨٥.

(٢) قارن في هذا المعنى: الدكتور إسماعيل مرزة. المرجع السابق صفحة ٢٤٢ وما بعدها الدكتور منذر الشاوي. المرجع السابق. صفحة ١٣٠.

ولهذا قيل إن حق القضاء الاتحادي في الولايات المتحدة الأمريكية في ممارسة الرقابة على الدستورية ليس إلا ثمرة من ثمار النظام الاتحادي نفسه^(١). ولاشك عندنا في أن تلكم الاعتبارات هي التي أملت على واضعي قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أن يضمنوا هذا القانون نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستور على وفق الصورة السابق بيانها. ثالثاً: يقتضي البيان إن كلامنا بخصوص التساؤل المثار في هذه الفقرة إنما ينصب على حقبة القوانين السياسية الجمهورية ابتداءً من القانون الدستوري الصادر في ٢٧ تموز ١٩٥٨ وحتى القانون الدستوري الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠.

لقد هوى النظام الملكي في ١٤ تموز ١٩٥٨ وأعلن النظام الجمهوري وتعاقبت على البلاد قوانين سياسية متعددة لتنظيم السلطة لم يكن أي واحد منها نتاج إرادة الشعب التأسيسية. ولهذا فإن وقائع التاريخ الدستوري عندنا تفصح بجلاء عن إن جملة تلكم القوانين ذوات الطابع الدستوري كانت تمثل أعراف الحاكم وتقاليده وفكره مقننة في وثائق مكتوبة يطلق عليها تعبير (الدستور). وتؤكد بالمثل أيضاً على إن الحكام الذين تعاقبوا على السلطة بفرض أنفسهم بالقوة لم يدركوا فكرة الدستور بوصفه إفصاح الشعب عن إرادته التأسيسية بإقامة قواعد قانونية تتأسس بمقتضاها السلطة وتنتقل وتمارس على أساس من الحرية والشرعية الدستورية التي وقوامها الرضا العام والفصل بين أساس السلطة وبين من يمارسها^(٢). ولما

(١) الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد. الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري. صفحة ١٠٢، القاهرة ١٩٥٨.

(٢) لقد تحددت فكرة الدستورية في أوائل الدعوة إليها في القرن الثامن عشر في إقامة "قواعد مكتوبة تكون جلية الوضوح لا يعترضها شك أو يشوبها إبهام - قواعد مستمرة لا يمكن المساس بها أو النيل منها مادام إنها - بالأقل - لم قد تضمنت إجراءات محددة باهظة لإعادة النظر بها - قواعد مكتوبها لا يضعها الحكام ولن يكون لإرادتهم عليها من تأثير. (ينظر في تفصيل ذلك الأستاذ مارسيل بريلو Marcel Prelot المؤسسات السياسية والقانون الدستوري Institutions Politiques et droit constitutionnel الطبعة العاشرة، صفحة ٢٥٥-٢٧٧ باريس ١٩٨٧)

كانت تلكم القوانين تمثل فكر القابضين، أو القابض على السلطة، فإن من سماتها تركيز الاختصاصات السلطوية بيد هذا الشخص واندماجها فيه. ولم تكن النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات العامة التي استعيرت لها من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء وإعلانات حقوق الإنسان إلا ضرباً من الوهم وإسقاطاً للذريعة. فلقد كانت الهوة واسعة بين هذه النصوص المثالية وبين تطبيقاتها المغرقة في حضيض الانحراف بالسلطة.

وهكذا غدت حقوق الأفراد وحررياتهم المرتع الخصيب لعبث الحكام بما شرعوا لذلك من تشريعات جائرة أو بما اقترفوه باسمها من أعمال مادية. ومما زاد في بشاعة ذلك غياب نظام للرقابة على الدستورية ووجود قضاء لا حول له ولا قوة بعد أن تغولته السلطة التنفيذية وأجهزت على استقلاله وأفسدت الكثير من رجاله وأطاحت بالأخيار منهم وقيدت الآخرين. كل هذا وغيره الكثير الكثير أفقد ما يمكن تسميته تجاوزاً الدساتير المشرعة من كل قيمة قانونية وأحالها- على وفق تعبير الأستاذ موريس ديفرجيه^(١)- إلى مجرد برنامج عمل للقابضين على السلطة. يعزز ما تقدم كله إن هؤلاء لم يكونوا يخشون افتئاتاً يمس دساتيرهم المشرعة التي تجسد تركيز السلطة بين أيديهم وغياب سلطة تشريعية تمثل الإرادة العامة تمثيلاً حقيقياً لهذا طغت على هذه الدساتير ما كان يعرف بفكرة الشرعية الثورية بدلاً من فكرة الشرعية الدستورية، وأصبحت القرارات التي لها قوة القانون هي الأداة التشريعية التي تمثل القاعدة والأصل الثابت في ممارسة اختصاصات السلطة ولهذه الأسباب كان البناء الدستوري لنظام الرقابة القضائية على الدستورية في دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ يمثل ضرباً من اللغو الدستوري وجمعاً بين النقيضين حيث لا يأتلف النقيضان. فكان أن تعطل العمل بأحكامها. وعندما صدر (دستور) ١٦ تموز ١٩٧٠ لم يتضمن نصاً بإلغاء دستور ٢١ أيلول

والدكتور سعد عبد الجبار العلوش: دراسات في العرف الدستوري مطبعة الأنعام، بغداد ١٩٩٩، صفحة ٨١ وما بعدها.

^(١) Maurice Duverger المؤسسات الدستورية والقانون الدستوري صفحة ٤٣. Institutions Politiques et droit constitutionnel. PUF ed. 1970.

١٩٦٨ بل إنه تضمن حكماً ورد في نص المادة التاسعة والستين منه يقضي ببقاء (جميع) القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدوره لتكون سارية المفعول في ظلّه بحيث لا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بالطريقة المبنية فيه. وفي ظل هذا النص الدستوري ثار التساؤل عن مصير قانون المحكمة الدستورية العليا الذي صدر تطبيقاً لحكم المادة ٨٧ من دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨^(١). فكان أن تصدى الفقه لهذه المسألة من خلال تفسيره للنصوص الدستورية بغية استجلاء الفكرة القانونية السائدة ومن ثم تحديد الإجابة المتعلقة بمصير المحكمة. وهكذا تفادحت الآراء على هذا الصعيد وتفاوتت على الوجه الآتي^(٢):

١. ارتفع رأي يقول فيه أصحابه أن قانون الرقابة على الدستورية سقط بسقوط سنده القانوني في دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، نظراً لأن نص المادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ إنما جاء مقصوداً على القوانين العادية دون تلك التي لها طبيعة دستورية. ويعلل أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بالقول إن المقصود بالقوانين الدستورية- ومنها قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩- هي القوانين التي ينص الدستور على ضرورة صدورها ويحدد الموضوع الذي يجب أن نعالجه ولذلك فهي تسقط بسقوط النص الذي شرعت بمقتضاه والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى وجود قوانين غير دستورية وهو أمر خطير لا يمكن أن يكون واضع الدستور قد قصده^(٣). ولكننا نرى إن هذا الرأي ينطوي على تبرير لعدم العمل بقانون الرقابة على الدستورية لا تفسير له. فالملاحظ على حجته هو أن نص المادة

(١) كان قد ارتفع رأي في مناقشات مشروع دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ يدعو إلى تقرير نظام للرقابة القضائية على الدستورية إلا إن رئيس لجنة وضع الدستور آنذاك رد قائلاً (لنسكت عن هذا الأمر ولنندعه لآراء أساتذة القانون بعد صدور الدستور).

(٢) انظر الدكتور سعد عبد الجبار العلوش: سقوط القاعدة الدستورية بعدم الاستعمال. مجلة كلية الحقوق- جامعة النهريين صفحة ١٦١ وما بعدها، المجلد ٥ العدد ٨، السنة رجب ١٤٢٢هـ- تشرين الأول ٢٠٠١م.

(٣) الدكتور مالك دوهان الحسن. المرجع السابق صفحة ٣٢٧.

٦٩ من دستور ١٩٧٠ جاء مطلق الحكم إذ استعمل المشرع فيه صيغة (جميع القوانين والقرارات التي لها قوة القانون) ولا نرى وجهاً لتقييد هذا الإطلاق بجعل الصيغة مقصورة على القوانين العادية دون الدستورية فعبارة (جميع) إذن تستلزم أعمالها لا إهمالها. كذلك إذا كان قانون المحكمة قد فقد سنده الدستوري بإلغاء دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، فالثابت إنه وجد له سنداً دستورياً جديداً قائماً في نص المادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ التي نصت على البقاء المطلق لجميع القوانين والقرارات التي لها قوة القانون المعمول بها قبل صدوره.

٢. أما الرأي الآخر فيرى القائلون به إن قانون المحكمة ظل قائماً لم يسقط بإلغاء دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، وإن المحكمة تستطيع ممارسة اختصاصاتها طبقاً لأحكام قانونها. وإذا كان لهذا الرأي وجه من الصحة كبير، إلا إن الوقائع الدستورية تفصح عن إن المحكمة لم تتخذ ما يلزم من الإجراءات التنفيذية لكفالة العمل بقانون المحكمة الدستورية وتمكين أعضائها من مباشرة اختصاصاتهم القضائية في الرقابة.

٣. وهناك رأي ثالث يميل أهله إلى القول بأن سقوط قانون المحكمة لم يكن نتيجة سقوط سنده الدستوري وإنما بعرف مسقط ناتج عن عدم العمل به في ظل دستور ١٩٧٠. ولكننا نرى إن حجة هذا الرأي داحضة نظراً لأن شرائط العرف غير متوفرة. فعدم العمل بقانون المحكمة لا يعدو إلا مجرد تطبيق صرف لم يعززه الاعتقاد بلزومه (أي الركن المعنوي للعرف)، خصوصاً وإن شروط تطبيق القانون كانت قائمة وإن الضمير القانوني في العراق قد استقرت فيه بواعث تشريع هذا القانون الذي تضمنتها مذكرة أسبابه الموجبة^(١).

إن الرأي إلا رأى في هذا الأمر يتحدد في إن قانون المحكمة الدستورية ظل قائماً بمقتضى المنطوق للمادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ إلا إن عدم

(١) ورد في الأسباب الموجبة (ولا ريب إن إنشاء المحكمة الدستورية العليا دعامة أساسية لمبدأ سيادة الدستور والتقييد بنصوصه وأحكامه درءاً لكل شطط أو تفريط في تأويل النصوص) (كما تنظر المحكمة العليا في دستورية القوانين ليبقى الدستور في مأمن من التجاوز عليه عن طريق التشريع العادي).

العمل به إحالة موقوفاً غير ساقط، وهو ما يتفق وفر القابضين على السلطة وقتذاك من حيث أن وجوده يمثل إسقاطاً للذريعة وعدم العمل بع يفصح عن مقصدهم.

الخاتمة

ما إن سادت المبادئ الديمقراطية في القرن التاسع عشر وما تمخض عنها من ذبوع فكرة السيادة التمثيلية حتى انغرس في الضمير القانوني الوضعي نزعة تقديس الإرادة العامة والتشريع المعبر عنها بعد أن ترسخ الاعتقاد بكماله وكفايته.

حتى جاء الغلو في القول بأنه ما من قانون إلا وكان التشريع مصدره. فهو من عمل سلطة لا يمكن أن تفعل الخطأ ومن ثم فهو يتسم بالسمو بحكم مصدره وإلا رقيب على أعمالها إلا ما ينزع إليه ضمير أعضائها.

لكن جانباً آخر من الفقه طرح استفهاماً إنكارياً تساعل فيه عما إذا كان التشريع هو القانون الموضوعي الذي يعبر فعلاً عن الإرادة العامة، أم إنه وهو يلتحف بأسطورة ووهم الإرادة العامة عاد قانون أغلب الأشخاص الراغبين فيه القادرين على فرضه؟

وهكذا بعد أكثر من قرنين على دكتاتورية الجمعيات التشريعية ورسوخ فكرة سمو القانون تأكد بأن الدولة لا يجب أن تكون محمية بالقانون وحسب وإنما عند الاقتضاء من القانون نفسه. وهكذا اتجهت حقوق الأفراد وحررياتهم لتفرض نفسها على التشريع ذاته وتسمو عليه. وبرز على هذا الصعيد التفسير القويم لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يرى أن الفصل لا يمكن أن ينهض مطلقاً بينها وإنما هو بالأحرى نسبي قائم على التعاون والتضافر بينها وهي تتجه جميعاً لتحقيق مصلحة الدولة. وقد استتبع هذا إن القول بأن القانون من عمل البرلمان وحده قول تجاوزه الواقع الراهن لأنه حاصل عمل مؤسسات الدولة كلها، فالحكومة تقترح والبرلمان يناقش وهناك قضاء يطبق - بحسب الأحوال - القانون ويراقبه وقد يمتنع عن تطبيقه إذا كان مخالفاً للدستور أو يلغيه أو يوجه النصح لسلطة تشريعية لكي لا تنزل^(١). وهكذا برزت فكرة

(١) لمزيد من التفصيل ينظر محاضرة الأستاذة أديث جياردون الأستاذة في جامعة لومبير

الفرنسية/ ليون Edith jaillardon عن النظام الدستوري الفرنسي LeSysteme Constitutionel Francais التي ألقنتها في كلية الحقوق بجامعة النهرين في يوم الثلاثاء

الرقابة القضائية على الدستورية بوصفها ركناً ركيناً في بناء الدولة القانونية، وواحدة من الضمانات الأساسية للحفاظ على سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات الفردية.

إن نظرتنا لمستقبل الرقابة على الدستورية تتحدد في الآتي:
لقد تقاسم التطبيق المقارن للرقابة على الدستورية نظامان. الأول يأخذ بالرقابة السياسية، والآخر يميل إلى الرقابة القضائية. ونحن نميل إلى الرأي إلا رأى الذي يمس شطره صوب الرقابة القضائية، ولنا في العراق أسباب تدعو إلى ذلك:

١. لقد عرف العراق نظام الرقابة القضائية على الدستورية منذ كان غرسها الأول في القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ وما تلاه في القانون الدستوري الصادر في أيلول ١٩٦٨. وإذا كانت قطوف هذا الغرس لم تكن دانية إلا نسبياً في القانون الأساس بسبب أن الفكرة السائدة قد انحرفت في بناء الرقابة لتحيلها ضامنة لهيمنة السلطة التنفيذية على البرلمان لا حامية لسمو الدستور، فإن على المشرع التأسيسي في الدستور المنشود أن يحرص بحزم لكي يجعل الفكرة القانونية السائدة فيه على قدر عال من الإتقان في فن الصياغة لكي يجعلها تستقيم في صف سمو الدستور لا لتحقيق سمو إحدى السلطات على غيرها. ولذا يكون لازماً على المشرع التأسيسي إلا يتكبد منهج الرقابة القضائية على الدستورية على وفق هذا البيان بعد أن تواضع عليه الفكر القانوني واستقر الاعتقاد بلزومه.

٢. إن القضاة عندنا "نخبة من رجال الأمة اشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس في قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان"^(١) ويصد عن الحقوق والحريات العامة غوائل الانحراف في التشريع البرلماني.

١٩٩٩/٢/٢٣ ونشرت في مجلة الكلية، المجلد ٣ العدد ٣، ربيع الثاني ١٤٢٠هـ - تموز ١٩٩٩م.

(١) الأستاذ عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق صفحة ٢.

٣. إن الفكرة القانونية السائدة في الدستور المنشود يجب أن تكون مبصرة للحكام بدور القاضي الدستوري في بناء دولة القانون في العراق وضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة. فلا يجب الخشية من دور القاضي في هذا المضمار وهو يفسر تضاعيف الوثيقة الدستورية ليستخلص منها قاعدة القانون الأعلى ويستبعد القاعدة المخالفة لها. لقد قال القاضي هيوز Hughes رئيس المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية (إننا نخضع للدستور، ولكن الدستور هو ما نحن نقوله)^(١)، قال ذلك فكانت المحكمة بحق الحصن الحصين لحماية الدستور وملاذ اللائذين بها المتضررين من هوى المشرعين وزيف نزعاتهم.

٤. إن الدستور المنشود أياً كان اتجاه الفكرة المهيمنة عليه، أوجهت نحو الدولة البسيطة الموحدة أم صوب الدولة المركبة الفيدرالية، فإن الدور الأساس للرقابة القضائية على الدستور لابد ساع في الحالتين إلى ضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات الفردية. مع ذلك الفارق الذي يتجه في قاضي الرقابة في ظل الدولة الفيدرالية إلى التوفيق بين نزعة الوحدة ونزعة الحكم الذاتي في الأقاليم التي تتمتع بالاستقلال الفيدرالي. وتلك مهمة نراها من أخطر المهام التي يناط أمرها بالقضاء الدستوري.

٥. وأخيراً، وسواء أخذ المشرع بنظام الرقابة على الدستورية أم لم يأخذ، فإننا نرى إن حق القضاء - العادي - في كل الأحوال - ثابت في تفسير الدستور فيما يعرض عليه من أفضية، إذ من المتعين عليه دائماً أن يبحث عن قاعدة القانون الواجب التطبيق، وإن يمتنع عن تطبيق القاعدة الدنيا المخالفة للدستور. وذلك إن

(١) We are under a constitution, but the constitution is what we say it is
أشار إليه الأستاذ أحمد كمال أبو المجد في دراسته عن (الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية في القانون) صفحة ٢٥، العدد الثالث، أيلول ١٩٦٢ السنة الثانية الثلاثون.

من لوازم مهمة القاضي أن يبحث عن القاعدة الأعلى ويعليها على القاعدة الأدنى وإلا ينساق بأي حال من الأحوال للانحراف التشريعي^(١).

إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير

بحث تقدم به

أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم

ال حلبوسي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير

أ.م.د. سعد حسين عبد

ملحم

ال حلبوسي

كلية الحقوق/جامعة

النهرين

الملخص:

يقوم المتعاقد الحقيقي أحياناً بالاختفاء وراء شخص آخر يظهر وكأنه من يبرم العقد، أما بهدف التحايل على القانون الذي يمنعه من إبرام عقد معين أو لأنه يريد أن يخفي شخصيته عن الطرف الآخر في العقد. وتسمى هذه العملية التعاقد بطريق التسخير. وتبرز أهمية هذا الموضوع من خلال كثرة انتشاره واتساع

(١) وهذا ما تأكد عندنا في قرار محكمة بداءة الكرخ في الدعوى رقم ٨٠/ب/٩٩٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١ الذي أصدره القاضي دارا نور الدين بهاء الدين عندما امتنع عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة ٥٨١ المؤرخ في ١٩٨١/٥/٥ لمخالفته لحكم الفقرة (ب) من المادة السادسة عشرة من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠، وقد اكتسب هذا القرار الدرجة القطعية بعد المصادقة عليه بقرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم ٥٠٧/حقوقية/٩٩١ إعلام ٦٦٦ وقد تعرض بسببه القاضي دارا نور الدين لغضب السلطة وقتذاك وعوقب بعقوبة سالبة للحرية.

تطبيقاته في الواقع العملي. وأبرز إشكالية يحاول هذا البحث أن يجيب عنها هي إشكالية مشروعية التعاقد بطريق التسخير.

Abstract

Concluding legal disposition though pseudonym.

Sometimes, the real contactor tries to use another name (assumed name) to conclude a contact, either to defraud the law, which prevents him from concluding a certain contact, or to hide his character from the other party in the contact. This procedure is called contracting through pseudonym. The importance of this subject comes to the fore through its widespread use and extended in the practical reality. The most prominent problem which this research. Tries to solve the problem of the contract legitimacy through pseudonym.

المقدمة

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يشاء من تصرفات قانونية لإشباع ما تقتضيه حياته من أموال و سلع وخدمات وذلك في حدود ما تسمح به قواعد النظام العام والآداب. ولكن بعض الأشخاص لا يمكنهم أن يبرموا بأنفسهم التصرفات القانونية التي تقتضي مصالحهم إبرامها، أما لأن الشخص لا يملك الأهلية التي يتطلبها القانون لمباشرة التصرف القانوني كأن يكون صغيراً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً، وأما لأنه يتمتع بأهلية الأداء الكاملة اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية ولكنه لا يستطيع إبرام التصرف بنفسه أما لعدم خبرته أو لعدم امتلاكه الكفاءة الفنية لإبرام مثل هذا التصرف الذي يتطلب قدر معين من المؤهلات الفنية أو العلمية والخبرة العملية، وأما لعدم تفرغ الشخص لمباشرة التصرف القانوني بنفسه. وأما لبعده عن المكان الذي يفترض أن يبرم فيه التصرف. ففي كل الأحوال المتقدمة لابد أن ينوب شخص آخر عن هذا الشخص في إبرام التصرف القانوني الذي لم يستطيع أن

يباشره بنفسه. فعندما يكون الشخص لا يملك أهلية الأداء الكاملة لانعدام أو نقصان تمييزه فإن القانون يحدد شخص معين (الولي أو الوصي) ويحدد صلاحياته لإبرام التصرفات القانونية التي تتصرف آثارها (الحقوق والالتزامات) إلى ذمة من لم تتوفر لديه أهلية الأداء الكاملة. وعندما يملك الشخص أهلية الأداء الكاملة لكن ظروفه الخاصة تجعل من العسير عليه أن يبرم بنفسه التصرف القانوني، فإن القانون يسمح لهذا الشخص بأن يوكل شخص آخر بباشر هذا التصرف، وإذا أبرم الوكيل التصرف ضمن صلاحياته المحددة في عقد الوكالة، فإن آثار هذا التصرف من الحقوق والالتزامات تترتب في ذمة الأصيل (الموكل). ولكن أحياناً يكون الشخص متمتع بأهلية الأداء الكاملة وظروفه تسمح له بإبرام التصرف القانوني ومع ذلك لا يستطيع هذا الشخص أن يبرم التصرف القانوني لا بنفسه ولا حتى بإنبابة غيره، لأن القانون يمنعه من مباشرة هذا التصرف وبعبارة أخرى لأن القانون يتطلب شروط معينة خاصة فيمن يريد إبرام مثل هذا التصرف. هذه الشروط الخاصة هي غير الشروط العامة اللازمة لصحة كل تصرف قانوني والمتمثلة بتوفر الأهلية الكاملة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة وكون محل التصرف معين أو قابل للتعيين النافي للجهالة وجاز التعامل فيه السبب الباعث الدافع إلى إبرام التصرف مشروع أي مخالف للقانون ولا لقواعد النظام العام والآداب. والشخص قد تتوفر لديه الشروط العامة لصحة التصرف لكنه يفتقد إلى الشروط الخاصة التي يتطلبها القانون لصحة أنواع معينة من التصرفات القانونية ولذلك لا يستطيع مثل هذا الشخص أن يبرم مثل هذه التصرفات بنفسه كما إنه لا يستطيع أن يوكل غيره ليرم له مثل هذه التصرفات لأن آثار التصرف سوف تتصرف إليه بعد انتهاء الوكيل من مهمته فيكون كأنه إبرام بنفسه التصرف الذي منعه القانون من مباشرته. وفي مثل الأحوال يلجأ هذا الشخص إلى الاحتيال على النص الذي يمنعه من إبرام التصرف القانوني الذي تقتضي مصلحته الوصول إلى إبرامه. وذلك بأن يلجأ إلى شخص آخر تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون ويمده بالمال اللازم لإبرام التصرف القانوني. بحيث يظهر هذا الشخص وكأنه يبرم التصرف القانوني لحسابه الخاص وفي الحقيقة ما هو إلا ستار اختفى وراءه المتعاقد الحقيقي الممنوع أصلاً من التعاقد، فهذا الأخير من الناحية

الواقعية هو من يستفيد من العملية التعاقدية. وواضح أن هذه العملية تختلف عن الوكالة، فالوكيل يكشف عن صفته كوكيل وهو يبرم التصرف باسم الموكل الأصيل ولذلك تتصرف آثار التصرف من الحقوق والالتزامات إلى الموكل، في حين إن المتعاقد الظاهر في هذه العملية الاحتيالية قد يكشف عن صفته ويعلم الطرف الآخر في التصرف بأنه ليس المتعاقد الحقيقي وقد لا يكشف عن ذلك، كما إن هذا المتعاقد حسب ما يبدو في الظاهر يبرم التصرف باسمه ولحسابه الخاص.

ويجب التأكيد إلى إن لجوء المتعاقد الحقيقي إلى الاختفاء وراء شخص آخر يظهر وكأنه من يبرم العقد، ليس الغرض منه دائماً الاحتيال على القانون الذي يمنعه من إبرام هذا العقد، بل أحياناً القانون يسمح للشخص بأن يبرم عقد معين ومع ذلك يخفي شخصيته وراء شخص آخر يظهر في العقد بدلاً عنه، وذلك لأنه يريد أن يخفي شخصيته عن الطرف الآخر في العقد أو لأنه يريد أن لا يعلم الغير بأنه أبرم مثل هذا العقد ولذلك لأسباب خاصة به.

تسمى هذه العملية، سواء كان الغرض منها الاحتيال على القانون والتهرب من أحكامه أو لم يكن غرضها كذلك، بالتعاقد بطريق التسخير ويسمى المتعاقد الظاهر بالمسخر وأحياناً يسمى بصاحب الاسم المستعار.

وتبرز أهمية موضوع التعاقد بطريق التسخير، والتي دفعتنا للبحث فيه، من خلال كثرة انتشاره واتساع تطبيقاته في الواقع العلمي. وإن أبرز إشكالية يثيرها موضع التعاقد بطريق التسخير هي إشكالية مشروعية التعاقد، فهل العقد الذي أبرم بواسطة شخص مسخر صحيح من الناحية القانونية أم غير صحيح؟ ولا يمكن الجزم بإجابة موحدة عن هذا التساؤل إذ يختلف الحكم من تطبيق إلى آخر خاصة وإن اكتسب التصرف القانوني، والذي تم عن طريق شخص مسخر، بشكالية معينة قد يكسبه حصانة ضد الطعن في مشروعيته كما هو الحال في تطبيق شراء العقار عن طريق شخص مسخر إذا تم تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري، الأمر الذي يتطلب بحث أبرز تطبيقات التعاقد بطريق التسخير للوقوف على مدى مشروعيته.

وقبل الدخول في هذه التطبيقات لابد من التسليم بأن في هذا الموضوع خلافات حول المصطلح القانوني المستخدم للتعبير عن حالة إخفاء المتعاقد الحقيقي شخصيته وراء

اسم متعاقد آخر ظهر بدلاً عنه، إذ ورد مصطلحان بشكل عام هما مصطلح تسخير الشخص (INTERPOSITION DE PERSONNE) ومصطلح الاسم المستعار

ولهذا ستكون خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تسخير الشخص والاسم المستعار.

المبحث الثاني: شراء العقار بطريق التسخير.

المبحث الثالث: تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير.

المبحث الأول

تسخير الشخص والاسم المستعار

ظهر على صعيد الفقه القانوني مصطلحان للتعبير عن حالة كون أحد طرفي العقد ليس هو المتعاقد الحقيقي إنما هو متعاقد فقط حسب الظاهر أما في الحقيقة فهناك متعاقد آخر اختفى واستتر وراء هذا المتعاقد الظاهر، هذان المصطلحان هما مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار. فيقال أحياناً إن المتعاقد الحقيقي سخر شخص آخر ليظهر في العقد بدلاً عنه، ويقال في أحياناً أخرى إن من ظهر باعتباره طرفاً في العقد ما هو إلا اسم استعاره المتعاقد الحقيقي ليختفي وراءه. ويعد جانب من الفقه مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار مصطلحين مترادفين. لذا يفضل هذا الجانب من الفقه عدم التمييز بين هذين المصطلحين وعدم استخراج نتائج من ذلك التمييز خاصة ما يتعلق منها بصحة التصرف^(١).

(1) Boulanger (j.) Simulation, Dalloz- Repertoire de civil, Tome 5, J.G.D, Paris, 1955, n.10.

د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٤٤، ص ١٥٤.

د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٢٥٣.

د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١١٨.

د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٨٣، ص ٢٨٩.

ولكن الرأي السائد هو أن هذين المصطلحين ليسا مترادفين لذا فإن السؤال الذي ينبغي الإجابة عنه هو: ما هو معيار التمييز بين هذين المصطلحين؟ وما هي أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق التسخير والتعاقد بطريق الاسم المستعار، إذا كان هناك معيار للتمييز بينهما؟ وهذا ما سنجيب عليه في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: معيار التمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق تسخير الشخص والتعاقد بطريق الاسم المستعار.

المطلب الأول

معيار التمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار

اختلف الفقه في المعيار الذي يميز تسخير الشخص عن الاسم المستعار إذ يرى معظم الفقهاء أن علم المتعاقد الآخر هو معيار التمييز بينهما. فإذا كان المتعاقد الآخر يعرض شخص المتعاقد الحقيقي وتواطأ معه على إخفاء شخصيته تحت اسم من تعاقد معه في الظاهر، فنكون أمام حالة تسخير الشخص (INTERPOSITION DE PERSONNE) بالمعنى الدقيق للمصطلح. أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم أن من تعاقد معه هو مجرد شخص مسخر اختفت خلفه شخصية المتعاقد الحقيقي، فنكون أمام حالة الاسم المستعار (PRETE-NOM)^(١).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٠٧٦، هامش/١.

د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، أحكام الالتزام، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص ١٧٢-١٧٣.

د. عبد باقي البكري: شرح القانون المدني، ج ٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٢٨.

د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ط ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٠٥-١٠٦.

د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨١٠.

واقترح بعض الفقه معيار آخر للتمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار، وأساس المعيار المقترح هو طبيعة العقد المراد إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي فيه. فإذا كان العقد معاوضة نكون أمام حالة الاسم المستعار، أما إذا تعلق الأمر بعقد تبرع فنكون أمام حالة تسخير الشخص. وقد أراد بعض من قال بهذا المعيار الخروج منه بالنتيجة الآتية: يكون تسخير الشخص في الهبات غير مشروع لأن الغرض منه الالتفاف على أحكام القانون، وعلى العكس يكون اتفاق الاسم المستعار بصورة عامة مشروعاً. ولا يركز هذا المعيار على أي أساس منطقي وإن كان يفيد في تسهيل المصطلح. وكما لا يمكن قبول النتيجة التي استخرجها البعض منه، فكيف يمكن تبرير عدم مشروعية تسخير الشخص ومشروعية اتفاق الاسم المستعار⁽¹⁾.

والرأي الراجح هو الأخذ بمعيار تواطأ المتعاقد الآخر مع المتعاقد الظاهر المسخر للفرقة بين مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار. ففي حالة تسخير الشخص يبرم المسخر العقد مع شخص تواطأ معه على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي أما في حالة الاسم المستعار فإن المسخر (صاحب الاسم المستعار) يتعاقد مع شخص يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو من سخره (استعار اسمه). هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، فإن المسخر في التعاقد بطريق التسخير يبرم في الحقيقة عقدين، تنتقل بأحدهما ملكية الشيء محل العقد إلى المسخر لينقلها بالعقد اللاحق إلى الممنوع من التعاقد. أما في الاسم المستعار فإن المسخر (الذي استعار المتعاقد الحقيقي اسمه ليختفي وراءه) يبرم ثلاثة عقود جديّة: الأول: عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن شخص آخر في إجراء تصرف مبین في عقد الوكالة.

والثاني: عقد يبرمه المسخر لحساب موكله ولكن باسمه هو ودون أن يكشف عن صفته باعتباره وكيل عن شخص آخر بل يظهر وكأنه يتعاقد باعتباره الطرف الأصيل في العقد ولذلك تنتقل إليه آثار هذا العقد. والعقد الثالث: هو عقد يبرمه المسخر مع موكله (من سخره) لينقل به آلية آثار العقد الذي سبق أن أبرمه لحسابه.

⁽¹⁾ Dagot (M.), la Simulation en droit prive, These. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1967, n 117.

ونجد في بعض تطبيقات الاسم المستعار ثلاثة عقود أيضاً أحدها عقد ظاهر صوري غير جدي، ولكن هذه العقود الثلاثة ليس بنفس طبيعة أطراف العقود الثلاثة التي ذكرناها أعلاه، العقد الأول: عقد وكالة بين مالك الشيء وبين شخص آخر (المستعير للاسم) يكون فيه هذا الشخص وكيلاً عن المالك في بيع الشيء. والعقد الثاني: عقد بيع يبرمه الوكيل (المستعير للاسم) باسم موكله (مالك الشيء) ولحساب موكله، ينقل بموجبه ملكية الشيء إلى صاحب الاسم المستعار على اعتبار إن هذا الأخير مشتري، وعقد البيع هذا هو عقد صوري لأن المشتري الحقيقي ليس هو المشتري الظاهر في العقد بل هو الوكيل الذي يمنعه القانون من شراء المال الموكل ببيعه، فهذا الأخير هو الذي دفع في الحقيقة الثمن وما المشتري الذي ظهر في العقد إلا ستار استعاره ليختفي وراءه ويتجنب بالتالي المنع القانوني.

أما العقد الثالث: فهو العقد الذي يبرمه صاحب الاسم المستعار (المشتري الظاهر في العقد الثاني) مع المستعير المسخر (الوكيل الممنوع قانوناً من شراء المال الموكل ببيعه)، لتنتقل به ملكية الشيء إلى المستعير الممنوع من شرائه.

ونجد هذا التطبيق في الحالة المنصوص عليها في المادة (٥٩٢) مدني عراقي، والتي منعت الوكلاء، ومن قد ينوب عن الغير في بيع المال هذا الغير كمدير الشركة والموظف العام والحارس القضائي والسماصرة والخبراء، من شراء الأموال المعهود إليهم بيعها من قبل من أنابهم في ذلك، وعلة المنع هي أن النائب يتحكم في مصلحتين متعارضتين: مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً ومصلحة الأصل باعتباره بائعاً. وهذا التعارض بين المصلحتين لا تيسر معه الحماية الواجبة لمصلحة الأصل، لأن النائب سيحابي نفسه على حساب الأصل^(١).

قلنا إنه في بعض تطبيقات الاسم المستعار، كحالة شراء الوكيل للمال الموكل ببيعه باسم المستعار، توجد ثلاثة عقود. وإن العقد الثالث هو العقد الذي يبرمه صاحب الاسم المستعار (والذي سبق أن اشترى المال لنفسه من الوكيل بعقد ضروري) مع المسخر (الوكيل الممنوع قانوناً من شراء المال الموكل ببيعه) لينقل به ملكية الشيء

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج ١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد،

إلى هذا الأخير الممنوع من شرائه. ولكن نجد إن محكمة التمييز قد تجاوزت هذا الإطار الفني لفرضية الاسم المستعار في بعض قراراتها والخاصة بشراء الوكيل للمال الموكل ببيعه باسم مستعار^(١). فلكي تتحقق حالة الاسم المستعار يجب أن يقوم صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه في الظاهر إلى الوكيل الممنوع من الشراء. وحسب وقائع الدعاوى التي أصدرت فيها محكمة التمييز أحكامها، لم يقوم صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه في الظاهر إلى الوكيل. وعدم التزام محكمة التمييز بالإطار الفني لفرضية الاسم المستعار باعثة الحيلولة دون الأضرار بالغير (الموكل)، وعلى اعتبار إن صاحب الاسم المستعار (المشتري الظاهر من الوكيل). وعلى العكس مما تقدم نجد أحياناً إن محكمة التمييز تتشدد فتشترط لتحقيق حالة الاسم المستعار قيام صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه إلى الشخص الممنوع من الشراء (الوكيل)^(٢).

(١) من ذلك ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٧٦/موسوعة أولى/٨٦/٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٢٩ والذي جاء فيه (إن المادة ٥٩٢ من القانون المدني منعت شراء الوكلاء أموال موكلهم ولو بطريق العلني لا بأنفسهم ولا باسم مستعار. والعلة في ذلك هي خشية الأضرار بالموكل لذا فإن باع الوكيل ملك موكله إلى أخيه ببذل يزيد على نصف قيمته وبفارق ضئيل جداً فيكون هذا البيع من قبيل شراء الوكيل لنفسه تحت اسم مستعار وهو محظور طبقاً للمادة أعلاه) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧، ص ٣٨.

وأكدت محكمة التمييز المبدأ أعلاه في قرارها المرقم ٥٣١/موسوعة أولى/١٩٨٨ في ١٩٨٩/١/٣٠، مجلة القضاء، السنة الخامسة والأربعون، العدد الأول، ١٩٩٠، ص ١٢١.

(٢) من ذلك ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٠٨/موسوعة أولى/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٦/٢٩ والذي جاء فيه (ليس لبائع العقار المطالبة بإبطال البيع بحجة أن وكيلته (زوجته) قد اشترت العقار باسم المستعار لأن المشتري بعدئذ قد وهب العقار المذكور إلى الوكيله، مستنداً في ذلك إلى البيان المقدم إلى دائرة التسجيل العقاري يطلب تسجيل العقار هبة من المشتري إلى الوكيله، طالما أن الواهب (المشتري) قد أنكر الهبة وتقديمه البيان المذكور الذي لا يحمل توقيعه، ولأن عقد الهبة لا يتم إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري (م ٦٠٢) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني لسنة ١٩٨٨، ص ١٩-٢٠.

ويتضح من المقارنة بين اتجاهي محكمة التمييز اللذين تقد ذكرهما، أن محكمة التمييز تتخذ من علاقة القرابة بين صاحب الاسم المستعار وبين الشخص الممنوع من الشراء (الوكيل) قرينه على إن صاحب الاسم المستعار سيقوم في المستقبل بنقل ملكية الشيء الذي اشتراه في الظاهر إلى من قام المانع في جانبه (الوكيل)^(١).

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق تسخير الشخص والتعاقد بطريق الاسم المستعار

إذا كان كل من تسخير الشخص والاسم المستعار شكلين لإخفاء التعاقد الحقيقي وراء شخص التعاقد الظاهر، إلا إنهما يختلفان من حيث الغرض ومن حيث الآثار. وسنفرد لكل وجه من وجيه الاختلاف فقرة خاصة به.

أولاً: اختلافهما من حيث الغرض

إن هدف إخفاء شخصية التعاقد بطريق الاسم المستعار يكون أوسع مدى من هدف إخفاء شخصية التعاقد الحقيقي بطريق تسخير الشخص. فقد يستهدف التعاقد بطريق الاسم المستعار التحايل على أحكام القانون التي تمنع الشخص من التعاقد في أحوال معينة، وقد يستهدف أيضاً خداع الغير الذي ما كان يقدم على التعاقد لو علم بشخصية الطرف الذي سيرتبط معه بالعقد وينتقل إليه أثر العقد. فمثلاً قد يحتاج شخص إلى أرض مجاورة لتوسيع داره ولكنه يخشى أن يطالبه مالك الأرض بثمن مبالغ فيه مستغلاً حاجته الماسة إلى قطعة الأرض هذه، لذا يلجأ إلى صديقه مستعيراً اسمه ليشتري الأرض لحسابه. ومثال ذلك أيضاً أن يريد (أ) اقتراض مبلغ من النقود (ب) ولكنه يعلم إن (ب) لا يقرضه لوجود عداوة بينهما أو لا يقرضه إلا بشروط مرهقة كاشتراط الفائدة المرتفعة، لذ يلجأ إلى صديقه (ج) الذي يعلم أن علاقته مع (ب) تمكنه من أن يقترض منه بشروط معتدلة، وهكذا يبرم (ج) القرض باسمه هو لحساب صديقه (أ).

(١) وقد بينت محكمة النقض المصرية هذه القرينة أيضاً، انظر حكمي محكمة النقض المصرية في ١٩٨٤/٢/٢٨ و ١٩٨٧/١/٢١ المشار إليهما لدى محمد شتا أبو السعد، الموجز العملي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط٢، عالم الكتب بالقاهرة، ١٩٩٤، ص٥٣-٥٤.

أما هدف التعاقد بطريق تسخير الشخص فهو التحايل على نصوص القانون التي تمنع المسخر من التعاقد في أحوال معينة. فمثلاً منع القانون العراقي فئات معينة من إبرام عقد البيع (الشراء لأنفسهم) في أحوال معينة وذلك بمقتضى المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦)^(١) من القانون المدني العراقي.

^(١) نصت المادة (١/٥٩٢) على "ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين ببيعها. وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على أيديهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدينين المعسر. وليس لمصفي الشركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها. وليس للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم ببيعها أو في تقدير قيمتها. وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه". ونصت المادة (٥٩٥) مدني عراقي على "لا يجوز للحكام وللقضاة وللمدعين العامين ونوابهم وللمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعدتهم أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم المستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها". وعله منع أعمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها هي حفظ كرامة القضاء وضمن القضاء وان لم يقصد أن يستغل نفوذه عندما أقدم على شراء الحق المتنازع فيه إلا إنه بشرائه الحق المتنازع فيه آثار الشبهة حول حياد القضاء بالنسبة لنزاع يدخل في اختصاصه. وكتطبيق خاص لحكم المادة (٥٩٥) قضت المادة (٥٩٦) مدني عراقي بأنه (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سوا كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة) وهذا ما أكدته المادة (٤١) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ بنصها على "يحظر على المحامي... ثانياً: شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع فيها في القضايا التي هو وكيل فيها" وعلى منع المحامي من أن يتعامل مع موكله بالشراء وبغيره من التصرفات في الحقوق التي يتولى الدفاع عنها تقوم على اعتبارات من النظام العام، إذ يخشى أن يستغل المحامي مركزه فيوهم موكله بأن فرصته في كسب الدعوى ضعيفة وبالتالي يدفعه إلى إبرام اتفاق يكون فيه الموكل مغبوناً.

وكذلك نصت المادة (٧٢/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ على (لا يجوز للمنفذ العدل ومنسوبي مديريته ولا أزواجهم أو أصهارهم أو أقاربهم حتى الدرجة الرابعة، الاشتراك بالمزايدة مباشرة أو بالواسطة لحسابهم أو لحساب الآخرين). وعلى منع من ذكرتهم المادة (٧٢) من الاشتراك في المزايدات التي تجريها مديرية التنفيذ لبيع الأموال المحجوزة هي خشية أن يستغل

وقد يحاول الشخص الممنوع من التعاقد بمقتضى هذه النصوص التحايل على حكمها أما بطريق تسخير الشخص أو بطريق الاسم المستعار^(١). وقد توقع المشرع العراقي اللجوء إلى مثل هذا التحايل لذا قضى في ذات النصوص بأنه لا يجوز للأشخاص المذكورين فيها إبرام العقد (شراء المال الذي يحظر عليهم شراؤه) لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة وحتى لو بطريق المزاد العلني.

هؤلاء وظيفتهم لشراء المال المحجوز بأقل من قيمته الحقيقية مما يضعف الثقة في نزاهة وحياد مديرية التنفيذ.

وقد نص القانون المدني المصري على موانع مماثلة لما نص عليه القانون المدني العراقي وذلك في المواد ٤٧٢، ٤٧١، ٤٨٠، ٤٧٩، منه. وقد نص القانون المدني الفرنسي على معظم هذه الموانع. وكذلك منع المرسوم الفرنسي الصادر في ١٦/أيلول/١٩٤٥ الكاتب العدل من توثيق العقود التي يكون هو طرفاً فيها وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (١٥/أولاً) من قانون الكاتب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٨، إذ نصت على "لا يجوز للكاتب العدل تنظيم أو توثيق السندات التي تعود له أو لزوج أو لصهره أو لقريبه لغاية الدرجة الثالثة، أو انتخاب أحد هؤلاء شاهداً أو خبيراً أو مترجماً". والغاية من هذا المنع هي ضمان الحياد في جانب الكاتب العدل، إذ لا يتوفر هذا الحياد إذا كانت للكاتب العدل مصلحة شخصية في العقد الذي يوثقه، ولهذا لا يستطيع الكاتب العدل التهرب من هذا المنع بأن يتعاقد باسم مستعار أو عن طريق شخص يسخره بالتواطئ مع الطرف الآخر في العقد ليبرم باسمه ولكن لمصلحة الكاتب العدل الذي يقوم بتوثيق هذا العقد.

(١) من أحكام محكمة التمييز بصدد الاسم المستعار القرار رقم ٤١٣/٥٠٧/٦٠١/م/١٩٩٥ في ٢٤/٥/١٩٩٥، الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨، ص ٨. وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها قرار الحكم هذا في إن الوكيله وهي زوجة الموكل قامت ببيع الدار الموكلة ببيعها إلى والدتها دون علم الموكل. وبعد عشرين يوماً من تقرير الدار باسم والدتها في دائرة التسجيل العقاري أعادت الأخيرة تسجيل الدار باسم أبنيتها.

وأيضاً ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٤٦٧/عقار/٨٧ في ٩/١٢/١٩٨٧ والذي جاء فيه (بيع الوكيله عقار الموكل إلى الغير ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار إلى الوكيله يعتبر بمثابة الشراء باسم مستعار الذي لم تجوزه المادة (٥٩٢) من القانون المدني) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧، ص ٣٧.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالمنع الذي تقرره هذه النصوص؟

إن الجزاء يختلف من نص إلى آخر فبالنسبة إلى مخالفة المنع الوارد في المادة (١/٥٩٢) مدني عراقي، فإن الجزاء هو توقف العقد كما يتضح ذلك من الفقرة الثانية من المادة (٥٩٢)^(١). فإذا اشترى أحد الأشخاص الذين ذكرتهم الفقرة الأولى من المادة (٥٩٢)، (الوكيل، مدير الشركة، الموظف، وكيل التفليسة، الحارس القضائي، السمسار، الخبير)، الأموال التي عهد إليه ببيعها لنفسه مباشرة أو باسم مستعار كان العقد موقوفاً على إجازة المالك. فإذا أجاز المالك العقد، وكان متمتعاً بالأهلية الكاملة وقت الإجازة، نفذ العقد في مواجهته. أما إذا نقض العقد وأعيد بيع المال من جديد التزم المشتري الأول، كالوكيل الذي اشترى المال لنفسه باسمه أو باسم مستعار، بمصروفات البيع الثاني ويلتزم أيضاً بتعويض المالك (الموكل) عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة نقص قيمة المبيع^(٢).

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٩٢) مدني عراقي على "إن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة. أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني، وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة البيع".

(٢) يرى الفقه المصري أن جزاء الإخلال بمنع النائب من الشراء لنفسه سواء باسمه أو باسم مستعار يجب أن يتلمس في القواعد الخاصة بالنيابة لا القواعد الخاصة بالبطلان ومن مقتضى قواعد النيابة إن كل تصرف يجاوز فيه النائب حدود نيابته لا ينفذ في حق الأصل. وشراء النائب لنفسه ولو باسم مستعار يعتبر مجاوزة لحدود نيابته لأن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته. س في البيع فإذا باع النائب المال لنفسه فإنه يكون قد جاوز حدود نيابته، وجزاء مجاوزة حدود النيابة هو عدم نفاذ تصرف النائب في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا الأخير.

انظر عرض هذا الاتجاه الفقهي لدى د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٠٦، هامش ١.

أما بالنسبة لنص المادة (٥٩٥) مدني عراقي التي منعت عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها والتي يدخل النظر في النزاع القائم بشأنها في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها، فإن جزاء مخالفة المنع هو بطلان عقد البيع، وسواء اشترى أحد عمال القضاء الحق المتنازع فيه باسمه أو باسم مستعار كأن يشترى القاضي الحق المتنازع فيه باسم زوجته أو باسم ولده، وبذلك يعتبر العقد كأن لم يكن ولا يكون له أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغير؟. ويرد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيسترد المشتري ما دفعه ثمناً للحق، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي. ويستطيع أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقاً للقواعد المقررة في البطلان. وإذا اشترى أحد عمال القضاء الحق المتنازع فيه باسم مستعار فإنه يمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن^(١).

أما بالنسبة لمنع المحامي من التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه والذي يتولى الدفاع عنه، الوارد في المادة (٥٩٦) مدني عراقي، فإن جزاء الإخلال به هو بطلان التعامل يستوي في ذلك أن يتعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار كزوجة أو ولده أو صديق له. وينصب البطلان على كل تعامل يجريه المحامي مع موكله في الحق الذي يتولى الدفاع عنه دون أن يقتصر على الشراء فقط. فإذا اتفق المحامي مع موكله على أن يقايض معه أو يهب له الحق أو يشارك فيه أو يقترضه منه، فكل هذه الاتفاقات باطلة لا يترتب عليها أي أثر لا بالنسبة للمتعاملين (المحامي وموكله) ولا بالنسبة للغير. إذن جزاء مخالفة الأشخاص المذكورين في المواد (٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي للخطر المفروض عليهم وقيامهم بالتعاقد ولو باسم مستعار هو أما عد العقد موقوفاً وذلك بالنسبة لحالة قيام النائب بشراء المال الذي عهد إليه ببيع لنفسه، أو عد العقد باطلاً بالنسبة لقيام عمال القضاء بشراء الحق المتنازع فيه أو قيام المحامي بالتعامل مع موكله في الحق الذي يتولى الدفاع عنه. وصحيح إن المواد المشار إليها أعلاه ذكرت حالة قيام الممنوع من إبرام عقد معين بإبرام هذا العقد

(١) د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

بطريق الاسم المستعار، ولم تذكر تسخير الشخص، فإن نفس الجزاء يطبق أيضاً في حالة قيام الممنوع من إبرام عقد معين بالتعاقد بطريق تسخير الشخص. إذ من باب أولى عد العقد موقوفاً أو باطلاً إذا تواطأ الممنوع من التعاقد مع الطرف الآخر في العقد على أن يتوسط بينهما شخص ثالث (المسخر) يبرم العقد مع إحداهما ثم ينقل بعد ذلك ملكية ما تلقاه بعقد آخر إلى الشخص الذي قام المانع في جانبه (المسخر)^(١).

ثانياً: اختلافهما من حيث الآثار

إذا لم يكن القصد من إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي التحايل على أحكام القانون التي تمنع بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود في أحوال معينة بل كان يقصد منه فقط خداع الغير أو الطرف الآخر في العقد، فإن العقد يكون صحيحاً. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو لمن تتصرف آثار هذا العقد، هل تتصرف إلى المتعاقد الحقيقي المستتر أم تتصرف إلى المتعاقد الظاهر (الشخص المسخر أو صاحب التسخير، نكون في الواقع أمام عقدين: الأول عقد صوري يظهر للغير على إن المسخر أو صاحب الاسم المستعار هو الطرف الأصيل فيه، والعقد الثاني هو العقد المستتر بين المتعاقد الحقيقي الذي اختفى وراء المسخر أو صاحب الاسم المستعار في العقد الأول وبين الطرف الثاني الذي ارتبط مع المسخر أو صاحب الاسم المستعار في العقد الظاهر الأول، فأى العقدين هو النافذ، العقد الظاهر الصوري أم العقد المستتر الحقيقي؟

تختلف الإجابة عن السؤال المتقدم حسب ما إذا كنا أمام حالة تسخير الشخص أم حالة الاسم المستعار ففي حالة تسخير الشخص لا يعد المتعاقد الذي تواطأ مع المسخر على أن يتعاقد معه بشرط أن ينصرف أثر العقد إلى المسخر غيراً، وبالتالي فإنه يخضع لحكم المادة (١٤٨/١)^(٢) مدني عراقي والتي تقضي بأن العقد المستتر

(١) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، في البيع والإيجار، ط ٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٧٦ - ١٧٨.

(٢) نصت المادة (١٤٨/١) على "يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم".

هو النافذ المفعول بين المتعاقدين ويعني هذا إن آثار العقد تنصرف إلى الطرف المستتر (المسخر) لا إلى المتعاقد الظاهر (المسخر). إذ تختفي شخصية المسخر وتقوم علاقة مباشرة بين المسخر والطرف الآخر في العقد يرجع بمقتضاها كل واحد منهما على الآخر بالحقوق والالتزامات التي بينها العقد. أما بالنسبة للغير كدائني المتعاقدين والخلق الخاص، فإذا كانوا حسني النية أي يجهلون صورية العقد الظاهر ويعتقدون إن الطرف الظاهر (المسخر) هو المتعاقد الحقيقي، فإن لهم التمسك بما جرى في الظاهر من كون العقد قد تم بين المسخر والطرف الآخر، كما إن لهم التمسك بالوضع الحقيقي المستتر من كون آثار العقد تنصرف إلى المسخر وذلك حسب ما تقضي به مصالحهم. وإذا تعارضت مصالح الغير فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر كانت الأولوية لمن تمسك بالعقد الظاهر^(١). وأعمال العقد الظاهر الذي كان المسخر كرفاً فيه لصالح الغير حسن النية بالرغم من صورية هذا العقد وعدم انصراف الإرادة الحقيقية إليه إنما يستند إلى إن المظهر الواقعي المخالف للحقيقة ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عنه لو استجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني الصحيح مادام لم يكن في استطاعة الغير التوصل إلى كشف الحقيقة الأمر الذي يبرر حماية الغير عن طريق السماح له بالتمسك بما جرى في الظاهر وذلك تحقيقاً لاستقرار التعامل^(٢). وحتى لو كان الباعث على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي (المسخر) مشروعاً أي لم يكن الغرض منه التحايل على القانون، فإن الغير له حق التمسك باعتبار المسخر هو من تنصرف إليه آثار العقد الذي ظهر كطرف فيه، (لأن الأطراف المسخر والمسخر والطرف الآخر في العقد)

(١) نصت المادة (١٤٧) مدني عراقي على "١. إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما إن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضربهم وإن يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرين بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

(٢) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيقات- المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مطابع الأهرام التجارية، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٧١.

بتواطئهم على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي قد خلقوا عندئذ وضعا كانوا ينوون الاستفادة منه وكان شبيهاً في خداع الغير مما يبيح له الاستفادة من هذا الوضع الظاهر. إذاً لا يعتد في تمسك الغير بانصراف آثار إلى المسخر بالبائع على التسخير سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع. فمثلاً عندما يشتري شخص مال بواسطة شخص مسخر، فإن دائن المسخر (المشتري الظاهر)، إذا كان حسن النية أي يجهل عملية التسخير ويعتقد إن مدينه هو المشتري الحقيقي، يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر أي بكون المال المبيع قد انتقل إلى ملكية مدينه، لينفذ عليه باعتباره أصبح جزءاً من الضمان العام المخصص لوفاء الديون. أما في حالة الاسم المستعار فإن المتعاقد الذي تعاقد مع صاحب الاسم المستعار هو الذي يعد من الغير لأنه لا يعلم إن هذا الأخير مجرد شخص مسخر من قبل المتعاقد الحقيقي ويترتب على ذلك أن الغير الذي تعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحده، وتتصرف إلى صاحب الاسم المستعار حقوق العقد والتزاماته ولذلك إذا لم يقف صاحب الاسم المستعار بالتزاماته قبل من تعاقد معه، فإن لهذا المتعاقد الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية. أما العلاقة بين صاحب الاسم المستعار وبين من استعار اسمه فهي علاقة وكالة ولكنها وكالة من نوع خاص إذ إنها وكالة غير نيابية فقد وكل المستعير للاسم المستعار أبرم العقد باسمه الشخصي فظهر وكأنه صاحب حق يتصرف في حقه. وبذلك تتميز هذه الوكالة المستترة غير النيابية عن الوكالة العادية النيابية حيث يتعاقد الوكيل باسم موكله وبالنياية عنه، لذا تتصرف آثار العقد من الحقوق والتزامات إلى الأصيل (الموكل). ويترتب على هذا الفرق إن صاحب الاسم المستعار يقوم بعد إبرام التصرف الموكل بإبرامه بنقل آثار هذا التصرف إلى موكله (المستعير للاسم)^(١).

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٢٩-٢٣٠، هامش/٢١.

د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للتزامات، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٢٦٥-٢٦٨، وقضت محكمة النقض المصرية بأن (عقد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على

يتبين مما تقدم إن اتفاق الاسم المستعار هو وكالة مستترة تعهد فيها المسخر بالاً يكشف عن صفته للغير. وعلى ذلك فإن الاسم المستعار يختلف عن التقرير بالشراء عن الغير من النواحي الآتية: إن المقرر بالشراء عن الغير هو مشتري يحتفظ لنفسه في عقد البيع بحق تعيين المشتري الحقيقي خلال مدة اتفق عليها مع البائع، لذا فإن البائع لم يخدع طالما إنه يعرف إمكانية المشتري في أن يحل محله شخص آخر. ومن ناحية ثانية فإن التقرير بالشراء عن الغير لا يفترض وجود وكالة معطاة إلى المشتري، إذ لا يعمل المشتري كوكيل بل يعمل لنفسه تحت شرط فاسخ هو اختيار المشتري الحقيقي خلال المدة المتفق عليها، فإذا تحقق هذا الشرط انتقلت الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي، وإذا لم يتحقق هذا الشرط استقرت الملكية نهائياً للمقرر بالشراء عن الغير. ومن ناحية ثالثة فإن فكرة النيابة تكون موجودة في حالة المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار شخص آخر يحل محله إذ إنه بمجرد أن يستعمل المشتري تحفظه في الميعاد المتفق عليه تنتقل الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي (الذي تم اختياره).

قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين للغير، أما في علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهي تقوم على الوكالة المستترة تطبيقاً لقواعد الصورية التي تستلزم أعمال العقد الحقيقي في العلاقة بينهما). نقض مدني ١٩٨٤/٢/٢٨ نقلاً عن عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٨. وقد نصت المادة (٢٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على الأحكام أعلاه بقولها "ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل في الظاهر باسمه الخاص وكان اسمه مستعاراً ولم يبرز وكالته، فإن الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره ولا يجوز لغيره أن يقاضيه ولا تطبق قواعد الوكالة والتمثيل إلا في العلاقات بين الوكيل والموكل المستتر".

في حين تنتقي فكرة النيابة في حالة الاسم المستعار إذ إن الملكية تنتقل أولاً من
البائع إلى صاحب الاسم المستعار الذي ينقلها بمقتضى عقد آخر إلى الموكل
تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر^(١).

(١) د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة،
١٩٥٧، ص ٢٧٣-٢٧٤.

المبحث الثاني

شراء العقار بطريق التسخير

يشهد الوقت الحاضر وقوع الكثير من حالات التعاقد بطريق التسخير في التصرفات الناقلة لملكية العقار وعلى وجه الخصوص عقد بيع العقار. إذ إن من يريد شراء العقار يسخر شخص مسخر؟ ثم إن العقد الذي يشتري به المسخر العقار لكي ينعقد يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري لأنه يلزم لانعقاد كل تصرف يرد على العقار استيفاء الشكلية التي اقتضاها القانون والمتمثلة بالتسجيل العقاري إذ يعطي التسجيل الوجود القانوني للتصرف وبالتالي يؤدي إلى ترتيب التصرف القانوني لأثاره من إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها سواء بالنسبة للمتعاقد أم بالنسبة للغير^(١). وعندما يسجل العقار باسم المسخر (المشتري الظاهر). يعد هو المالك حسب السجلات الرسمية ويحصل على سند رسمي يثبت ذلك. فإذا حصل خلاف في المستقبل بين من اشترى العقار في حقيقة الأمر (المسخر) وبين من أصبح هو المالك حسب سجلات دائرة التسجيل العقاري (المسخر أو صاحب الاسم المستعار)، فهل يستطيع المسخر أو ورثته أو أي شخص من الغير إثبات إن العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار هو عقد صوري غير جدي بالرغم من تسجيله مما يقتضي إبطال تسجيل العقار باسم المسخر، أم إن التسجيل يحصن العقد من هذا الطعن ويبقى العقار ملك لمن سجل باسمه رغم إن هذا الأخير هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي دفع ثمن العقار وتحمل رسوم تسجيله وأية مصروفات أخرى اقتضاها إتمام العقد؟

وعلى هذا سنبحث في مطلبين الآتي:

المطلب الأول: الدافع إلى شراء العقار بطريق التسخير.

المطلب الثاني: تأثير التسجيل على إمكانية الطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار.

(١) انظر المواد: ٩٠، ٥٠٨، ٦٠٢، ٢/١٠٧١، ٢/١١٢٦، ٢٠٣، ١٢٨٦، ١٢٣٤ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والمادتين (٣) و (٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

المطلب الأول

الدافع إلى شراء العقار بطريق التسخير

قد يكون بإمكان الشخص شراء العقار بنفسه لأن القانون لا يمنعه من ذلك ومع هذا يكلف شخص ليشترى له العقار بعد أن يزوده بالثمن ومصاريف العقد الأخرى فيظهر هذا الشخص وكأنه يشتري العقار لنفسه لأنه يتعاقد باسمه وبعد تسجيل البيع وانتقال ملكية العقار إليه يقوم بنقلها إلى المشتري الحقيقي. وما يدفع المشتري الحقيقي إلى التستر وراء المشتري الظاهر هو رغبته في إخفاء شخصيته عن الطرف الآخر (البائع) إذ يعلم إنه لو تقد إلى مالك العقار بشكل مباشر ليشترى منه العقار لرفض هذا الأخير لوجود عداوة بينها أو لطلب ثمن مغالي فيه مستغلاً حاجته الشديدة إلى العقار أو رغبته فيه ولذلك يلجأ إلى شراء العقار باسم مستعار فنحن هنا أما حالة الاسم المستعار مادام البائع لا يعلم بالتسخير أي لا يعلم بكون من تعاقد معه ليس هو المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر اختفى وراءه المشتري الحقيقي^(١).

ولكن في معظم الأحيان يكون دافع المشتري إلى عدم شراء العقار بشكل مباشر، والتخفي وراء مسخر أو صاحب اسم مستعار ليشترى له العقار، هو التحايل على النصوص القانونية التي تمنع الشخص من تملك العقار في أحوال معينة. وأبرز هذه النصوص الذي يستهدف شراء العقار بطريق التسخير التحايل عليه كما يشهد بذلك الواقع العلمي هو النص القانوني الذي يمنع الأشخاص غير المسجلين في إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق في مدينة بغداد أو في الأقضية والنواحي التابعة لمحافظة بغداد من تملك العقارات الواقعة ضمن حدود التصميم الأساسي لمدينة بغداد أو حدود التصميم الأساسية للأقضية والنواحي التابعة لمحافظة بغداد، ما عدا حالة نقل الملكية بسبب الوفاة حيث يجوز للشخص أن يكتسب بطريق الميراث ملكية عقار أو حصة في عقار واقع في حدود محافظة بغداد أو في حدود الأقضية

(١) سبق أن بينا في ص ٦ من هذا البحث بأن تواطأ الطرف الآخر في العقد مع المتعاقد الظاهر المسخر هو معيار التمييز بين حالة تسخير الشخص. وحالة الاسم المستعار واللذين هما شكلين للتعاقد بطريق التسخير.

والنواحي التابعة لمحافظة بغداد حتى ولو لم يكن مسجلاً في تلك المناطق حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق له^(١).

فيلجأ الشخص الذي لم يسجل في مدينة بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق له ويسكن المشتري الحقيقي (المسخر) في المنزل. كما إنه أحياناً يأخذ المشتري الحقيقي من صديقه أو قريبه المشتري الظاهر ورقة ضد يقر فيها الأخير بحقيقة الأمر، وتتخذ هذه الورقة في العمل الصيغة الآتية: إني السيد... أقر وأعترف بأن الدار المرقمة... والواقعة في محلة... زقاق... والمسجلة في دائرة التسجيل العقاري بتاريخ... قد سجلت باسمي بموجب السند المرقم... على سبيل الأمانة وهي في الحقيقة تعود ملكيتها إلى السيد... وقد سجلت باسمي بسبب عدم تسجيل السيد... في إحصاء ١٩٥٧ في بغداد، وقد أناط السيد... تسجيل الدار المذكورة باسمي وذلك لوجود قيد لي في إحصاء عام ١٩٥٧. وقد دفع السيد بدل البيع إلى المالك السابق السيد... والبالغ... وقد اعترف البائع بتسلم بدل البيع بموجب الوصل المرقم... والمؤرخ في... والموقع من قبله. وعليه فقد حررت هذا الإقرار والاعتراف بأن الدار الموصوفة أعلاه هي ملك المشتري الحقيقي السيد... وتذيل ورقة الضد بتوقيع المقر (المسخر) وتوقيع الشهود. وغالباً ما يكون الشهود من أقارب المقر (المسخر) كأولاده وأخوته أو زوجه.

وأيضاً من النصوص التي يستهدف شراء العقار باسم المستعار أو باسم شخص مسخر التحايل على حكمها النص الذي يمنع الأجنبي من تملك العقار في العراق إلا بعد توافر شروط معينة. فقد منع القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١، والذي نظم تملك الأجانب للعقارات في العراق، الأجنبي من تملك العقار بأي من أسباب التملك إلا على أساس المعاملة بالمثل والحصول على موافقة وزارة الداخلية بعد توافر الشروط الآتية:

١. سبق إقامة الأجنبي في العراق لمدة لا تقل عن سبع سنوات.

(١) ورد هذا المنع بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) والمرقم ١٥٧ في ١٢/٩/١٩٩٤ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٥٢٩ في ٢٦/٩/١٩٩٤ علماً إن هذا القرار لم يتم إلغائه ولا زالت دوائر التسجيل العقاري تعمل به لحد الآن.

٢. عدم وجود مانع إداري أو عسكري.

٣. ألا يكون العقار المراد تملكه قريباً من الحدود العراقية بما يقل عن ثلاثين كيلومتر.

٤. ألا يكون العقار المراد تملكه أرضاً زراعية أو أرضاً أميرية أياً كان نوعها. وإذا توافرت هذه الشروط فإن الأجنبي يملك فقط دار سكن واحدة ومحل واحد للعمل إذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه في العراق.

والأجنبي الذي يريد شراء دار سكن في العراق لكنه يفتقد كل أو أحد شروط التملك أعلاه أو الذي قد توافرت لديه الشروط المذكورة لكنه يريد تملك أكثر من دار سكن واحدة، يلجأ إلى عراقي ويعطيه مبلغ من النقود ليشتري له دار السكن المطلوبة، فتتم معاملة البيع باسم هذا العراقي المشتري الظاهر (المسخر أو صاحب الاسم المستعار) وتسجل الدار باسمه في دائرة التسجيل العقاري، فيكون هو المالك الرسمي حسب السجلات الرسمية. ويسكن الأجنبي الدار باعتباره المالك الفعلي إذ هو في الحقيقة الأمر من اشترى الدار ودفع ثمنها.

المطلب الثاني

تأثير التسجيل على إمكانية الطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار

عندما يتم شراء العقار بطريق التسخير، ويسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المسخر أو صاحب الاسم المستعار. قد يحدث بعد فترة خلاف بين المشتري الظاهر والذي أصبح المالك الرسمي المعترف به حسب السجلات الرسمية وبين مسخره. وقد يحدث الخلاف بين أحدهما ورثة الآخر، فيطعن المسخر (المشتري المستتر) بأن من سجل باسمه العقار ليس هو المشتري إذ هو لم يدفع ثمنه بأن كان مجرد شخص مسخر سجل العقار باسمه على سبيل الأمانة لكونه يفتقد إلى شرط التملك، كأن يكون أجنبي أو غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، وقد يبرز ورقة الضد التي تؤيد أدعائه والتي يقر فيها المسخر أو صاحب الاسم المستعار بحقيقة كونه ليس المشتري الحقيقي وإن العقار سجل باسمه على سبيل الأمانة وإن العقار تعود ملكيته إلى الشخص الذي دفع ثمنه إذ إن هذا الأخير هو المشتري الحقيقي، وبناء على ذلك فهو يطلب إبطال تسجيل العقار باسم المسخر.

إن هذا الطعن في الحقيقة هو طعن بأن عقد البيع بين البائع وبين المشتري الظاهر (المسخر) والذي سجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد صوري لم تنصرف إليه الإرادة الحقيقة لأطراف التصرف القانوني إذ إن هذه الإرادة انصرفت إلى عقد آخر هو العقد المستتر بين البائع وبين المشتري الحقيقي (المسخر أو المستعير للاسم) إذ إن الصورية كما تتناول وجود التصرف القانوني أو طبيعته أو شروطه وأركانه فهي تتناول أيضاً أطراف التصرف القانوني^(١).

والطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار قد يتخذ صورة دعوى. كما إذا ادعى شخص بأن الدار المسجلة في دائرة التسجيل العقاري باسم (زيد) هي ملك له لأنه هو الذي فع ثمنها ولكنها سجلت باسم صديقه (زيد) لكونه غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ وبما إنه تزوج وزوجته مسجلة في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ لذا طلب من صديقه (زيد) أن يسجل الدار باسم زوجته لكن صديقه (زيد) رفض وعرض عليه أن يعيد له فقط المبلغ الذي اشترى به الدار باعتباره دين في ذمته، ولذلك يطلب الحكم بإبطال تسجيل العقار من اسم زيد وإعادة تسجيله باسم زوجته. أو كما إذا ادعى شخص بأنه هو المشتري الحقيقي للعقار لكن لكونه أجنبي الجنسية ولا تتوفر فيه شروط التمليك المحددة بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١، لذا سجل العقار باسم زيد (عراقي الجنسية)، ولأنه تجنس بالجنسية العراقية لذا فهو يطلب إبطال تسجيل العقار من اسم زيد وإعادة تسجيله باسمه، وقد يتخذ الطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر لكونه ليس المشتري الحقيقي صورة دفع في دعوى. كما إذا قام (زيد) دعوى ادعى فيها أن (بكر) يعارضه في الانتفاع والتصرف بالمنزل الذي اشتراه من (عمر) وسجل باسمه في دائرة التسجيل العقاري وذلك دون

(١) تعرف الصورية بأنها اصطناع مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه تعبير مخفي عن الحقيقة المقصودة، سواء أكانت هذه الحقيقة هي عدم وجود التصرف أو وجود تصرف بشروط أو طبيعة أو أطراف مختلفة عن الشروط أو الطبيعة أو الأطراف المعلنة. أنظر د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٩٠.

سبب قانوني، لذلك يطلب الحكم بمنع معارضته له في الانتفاع والتصرف بهذا المنزل. فدفع المدعى عليه (بكر) بأن هذا المنزل ملك له وهو الساكن فيه وإنه كان أعطى صديقه (زيد) مبلغاً من النقود ليشتري له هذا المنزل من (عمر) لأنه غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، وأبرز (بكر) ورقة ضد يقر فيها زيد بأن المنزل ملك لبكر كونه هو الذي دفع ثمنه وأنه سجل باسمه على سبيل الأمانة لأن بكر ممنوع من التملك في محافظة بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧.

وسواء كان الطعن بصورية العقد المسجل في دائرة التسجيل العقاري، لكون المشتري في هذا العقد والذي سجل العقار باسمه ليس المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر أو اسم مستعار من قبل المشتري الحقيقي، قد اتخذ صورة دعوى أو دفع في دعوى فإن المحكمة تمتنع عن سماع هذا الطعن وتحكم برده وبالتالي يبقى العقار ملك لمن سجل باسمه رغم كونه شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي دفع الثمن إذ ليس أمام هذا الأخير إلا مطالبة المسخر بمبلغ النقود الذي دفعه ثماً للعقار باعتباره ديناً في ذمة المسخر. والسبب الذي تستند إليه المحكمة في رد الطعن هو إن المشرع العراقي قد منع صراحة الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على الحقوق العينية العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وذلك بمقتضى المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي. والتي نصت على (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو)^(١). وعلى هذا الحكم هي إنه عند تسجيل التصرف العقاري في دائرة التسجيل

(١) جاء في قرار لمحكمة التمييز "... أما الاعتراضات التي ذكرتها المميزة في العريضة التمييزية والتي مؤداها إنها وافقت على تسجيل الدار بالطابو باسم المدعية على أساس أن تكون أمانة لديها لأن الحقيقة إنها لم تبع لها الدار ولن تقبض منها ثمنها فإن هذه الاعتراضات غير واردة لأن المادة ١٤٩ من القانون المدني لا تجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو. وبما إن دفعها بوجود اتفاق مع المدعية بأن البيع الذي سجل في دائرة الطابو غير حقيقي فيكون دفعها هذا من قبيل الطعن بالصورية".

العقاري فإن الحق العيني ينتقل بقوة القانون بناءً على التسجيل، فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقاله بالصورية. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن نظام التسجيل العقاري في العراق ينطوي على إجراءات إشهار وقوة إثبات تقوم على إقرار وكتابة بحيث يتضاءل أمامها أي دليل يفيد صورية التصرف، ولذلك ينبغي الركون إلى التصرف بكونه تصرفاً حقيقياً لا يستتر تصرفاً آخر^(١).

إذن مجرد تسجيل العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار في دائرة التسجيل العقاري فإن الحق العيني المتمثل بملكية العقار ينتقل بقوة القانون إلى المسخر أو صاحب الاسم المستعار فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقال الملكية إليه بالصورية. إذا التسجيل حصن عقد البيع من الطعن فيه بالصورية لكون المشتري فيه ليس هو المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر أو صاحب اسم مستعار اختفى وراءه المشتري الحقيقي.

وينبغي التأكيد على إن القانون المدني المصري لا يتضمن نصاً يقابل نص المادة (١٤٩) مدني عراقي. ولذلك يجوز وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الطعن في التصرفات العقارية بالصورية رغم شهرها (تسجيلها). فيجوز وفقاً لأحكام القانون المصري الطعن بأن بيع العقار الذي تم شهره (تسجيله) هو بيع صوري لأن المشتري الذي سجل العقار باسمه هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري العراقي الحقيقي ليتوصل بذلك إلى إبطال تسجيل العقار وإعادة تسجيله باسم مشتريه الحقيقي الذي دفع ثمنه. وسبب اختلاف حكم القانون العراقي عن حكم القانون المصري هو أن نظام التسجيل في القانون العراقي يختلف عن نظام التسجيل

ومن أحكام محكمة التمييز الأخرى التي استندت إلى المادة (١٤٩) مدني عراقي: القرار رقم ٥٨٣/حقوقية ثانية/ ١٩٧٠ في ١٠/٦/١٩٧١، النشرة القضائية، السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٢، ص ١٤٣.

= القرار رقم ٣٥٣/مدينة أولى/ ١٩٩٥ في ٢٢/٦/١٩٩٦ الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨، ص ٣. وانظر أيضاً حكم استئناف بغداد بصفتها التمييزية في ٢٧/١/١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، ١٩٨٠، ص ١٣٠.

(١) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج ٣، ص ٣٥٦-٣٥٧.

في القانون المصري من حيث الطبيعة والإجراءات والآثار إذ لا يعد التسجيل في القانون المصري ركناً لانعقاد العقد بل هو شرط لنفاذه. ولذلك أكد الفقه والقضاء المصري^(١) على جواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية رغم تسجيلها لأنه ليس من شأن التسجيل أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً فالتسجيل إذاً في القانون المصري لا يجعل من المشتري المسخر والذي سجل العقار باسمه مالكاً حقيقياً لهذا العقار.

إن نص المادة (١٤٩) مدني عراقي جاء مطلق والمطلق يجري على إطلاقه ولذا يمنع أطراف التصرف القانوني كما يمنع الغير من الطعن بأن عقد بيع العقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري عقد صوري لكون المشتري الذي ظهر في العقد وسجل العقار باسمه ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد شخص مسخر أو اسماً مستعاراً من قبل المشتري الحقيقي. ولكن قد يستغل إطلاق حكم المادة (١٤٩) مدني عراقي لغرض التحايل على القانون. فالشخص الممنوع من شراء العقار كالوكيل الذي يعهد إليه الموكل بيع العقار، يشتري العقار لحسابه بثمن فيه غبن للمالك لكونه يقل كثيراً عن قيمة العقار في السوق، ولكن الشراء يتم عن طريق شخص مسخر أو باسم مستعار ويسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المسخر أو صاحب الاسم المستعار الذي سينقله حتماً في المستقبل إلى الشخص الذي كان ممنوعاً من شرائه (الوكيل)، ولكن المتضرر (الموكل) لا يستطيع إثبات أن المشتري الذي سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل ليس هو المشتري الحقيقي بل هو اسماً استعاره

(١) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج٢: أحكام الالتزام، ١٩٧٨، ص ٧٥ ج. زكي خير الابوتيجي، هل يجوز الاحتجاج بصورية العقود المسجلة، بحيث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة، ص ٦٠٤.

د. سليمان مرقس، في طرق الإثبات، ج٤: قواعد تقييد الأدلة وإطلاقها، مطبعة الجيلاوي، البولاقية، ١٩٧٤، ص ٧٣. ومن أحكام محكمة النقض المصرية بهذا الصدد: نقض مدني ١٩٧٣/٦/٢٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤، ص ٩٦٧.

نقض مدني ١٩٨١/١١/٢٩، مجموعة المكتب الفني، ص ٣٢، ص ٢١٦٣.

نقض مدني ١٩٨٤/٦/٧، مجموعة الكتب الفني، ص ٣٥، ص ١٥٦٤.

المشتري الحقيقي (الوكيل) لأن ادعائه هذا أو ادعاء بوجود صورية تتنازل أطراف التصرف القانوني والتسجيل حسب نص المادة (١٤٩) مدني عراقي يحصن العقد من الطعن فيه بالصورية.

ولقد توقع المشرع العراقي استغلال إطلاق حكم المادة (١٤٩) مدني عراقي لغرض التحايل على القانون ولذلك استثنى بعض الحالات من هذا الحكم. ومن هذه الاستثناءات ما ورد في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني من منع فئات معينة من الأشخاص من شراء بعض الحقوق والأموال وسواء تم الشراء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، كمنع الوكلاء من شراء الأموال الموكلين ببيعها ومنع الحكام والقضاة والمدعين العامين ونوابهم والمحامين وكتبة المحكمة من شراء الحقوق المتنازع فيها^(١). فإذا كانت هذه الأموال عقارات وتم شراؤها باسم مستعار وسجل عقد الشراء في دائرة التسجيل العقاري، فإنه يجوز الطعن بالصورية في عقد الشراء رغم تسجيله ولا يحول دون ذلك نص المادة (١٤٩) لأن المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) هي استثناء من حكم المادة (١٤٩) والقول بخلاف ذلك معناه إن حكم هذه المواد لا يطبق على حالات شراء العقارات باسم مستعار وفي ذلك فتح لباب التحايل على نصوص القانون الآمرة^(٢).

وما يؤكد هذا الاستثناء إن في معظم أحكام محكمة التمييز المستندة على المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦)، والتي قضت بإبطال عقد الشراء لكونه حاصلًا باسم مستعار وإن المشتري الحقيقي هو الشخص الممنوع قانوناً من الشراء، كان عقد الشراء وارداً على عقار وكان هذا العقد قد سجل في دائرة التسجيل العقاري، ورغم ذلك لم تلتفت محكمة التمييز إلى حكم المادة (١٤٩) الذي يمنع الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري^(٣).

(١) لقد سبق شرح أحكام هذه المواد في ص ١٠-١٤. من هذا البحث.

(٢) علي هادي علوان العبيدي، التحايل على القانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ١٧٣-١٧٤.

(٣) قضت محكمة التمييز في هذا الصدد "... إن هذا البيع يعتبر شراء لنفس الوكيل محظور بموجب الفقرة الأولى من المادة (٥٩٢) من القانون المدني مما يقتضي إبطال البيع الواقع

المبحث الثالث

تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير

هناك تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير بالإضافة إلى شراء العقار باسم مستعار أو باسم شخص مسخر الذي هو أبرز وأهم تطبيقات التعاقد بطريق التسخير كما يؤكد ذلك الواقع العملي في العراق. وإذا كان كل تصرف قانوني يتصور إبرامه بطريق التسخير إلا أننا سنقف عند بعض التصرفات القانونية شاع إبرامها بطريق التسخير، في الواقع العملي وهي: الهبة، السحب لحساب الغير في نطاق الأوراق التجارية، الاكتتاب في أسهم الشركة.

وسنبحث هذه التطبيقات في ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: إبرام الهبة بطريق التسخير.

المطلب الثاني: سحب الورقة التجارية من قبل شخص مسخر.

المطلب الثالث: الاكتتاب في أسهم الشركة باسم مستعار.

المطلب الأول

إبرام الهبة بطريق التسخير

قد يريد شخص أن يهب ماله إلى شخص آخر لكنه لا يريد أن يكشف عن شخصيته لسبب معين أي يريد أن يكتم تبرعه بحيث لا يعلم الغير أو الموهوب له بأنه هو

بإبطال سند التسجيل العقاري". القرار رقم ٥٣١/موسوعة أولى/ ١٩٨٨ في ١٩٨٩/١/٣٠،

مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، ١٩٩٠، ص ١٢١.

وأنظر في نفس المعنى القرار رقم ٤٤٨/ استئنافية/ ٨٥-٨٦ في ١٩٨٧/٥/٢٦، مجموعة

الأحكام العدلية، العدد الأول والثاني لسنة ١٩٨٧، ص ١٨.

القرار رقم ٥٥٢/مدينة أولى/ ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٩/٢١، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث

لسنة ١٩٨٨، ص ٣١.

القرار رقم ٤١٣/٥٠٧/٦١١/م/١٩٩٥ في ١٩٩٥/٥/٢٤، الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة

١٩٩٨، ص ٨.

الواهب فيسلم المال المراد هبته إلى شخص آخر أو حتى يبيعه لهذا الشخص بيع صوري ليقوم هذا الأخير (المسخر) بهبة المال إلى الشخص المراد التبرع له. فالواهب الظاهر ما هو إلا اسم مستعار أو شخص مسخر من قبل الواهب الحقيقي. وقد يكون الباعث الذي يدفع الواهب إلى التبرع باسم مستعار أو باسم شخص مسخر مشروعاً، كالأب الذي يريد أن يهب مالاً إلى أحد أبنائه مدفوعاً بعاطفة شريفة كون هذا الابن قد أسدى إلى الأب معروفاً أو قام برعايته والعناية به طيلة فترة مرضه، أو كون هذا الابن بحاجة إلى المساعدة لقلّة دخله، ولكن الأب يخشى أن تثير هذه الهبة الحقد والبغضاء بين أفراد عائلته لذا يلجأ إلى التسخير لإخفاء هبته وذلك بأن بيع المال الموهوب إلى صديق له بيعاً صورياً ويأخذ عليه ورقة ضد بأن هذا البيع صوري وإن هذا المشتري لم يكن إلا وسيط مكلف بإيصال المال إلى ابن البائع بطريق الهبة. فالتسخير هنا ليس مشروعاً فقط بل ومرغوباً فيه لأنه يمكن الشخص من تقديم المساعدة إلى أحد أفراد أسرته دون إثارة البغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة مما يحافظ على تماسك الأسرة الواحدة من خلال المحافظة على الصفا والود بين أفرادها.

وقد يكون الباعث الذي يدفع الواهب إلى الاختفاء وراء شخص مسخر ليقوم بإيصال المال الموهوب إلى الشخص المراد التبرع له بحيث يظهر هذا الشخص في العقد باعتباره هو الواهب في حين إن الواهب الحقيقي هو من سلم له المال في وقت سابق، غير مشروع لأن الغرض منه هو التحايل على نص القانون الذي يمنع أن تتجاوز الهبة نصاباً معيناً من أموال المتبرع الواهب وذلك حماية للذمة المالية العائلية. كما في القانون المدني الفرنسي إذ إن الهبة في القانون الفرنسي تتصل اتصالاً وثيقاً بالميراث إلى حد إنه يتقرر للورثة على الموهوب له حق الإرجاع (DROIT DE RAPPORT). فإذا كانت الهبة لوarith فيجب على الموهوب له الوارث أن يرجع المال الموهوب إلى التركة بعد موت الواهب ليوزع على جميع الورثة كلاً بقدر نصيبه، وحق الإنقاص (DROIT DE REDUCTION) إذا كانت

الهبه لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية^(١). فالهبة والوصية متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث. أما في الشريعة الإسلامية فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت، وعند ذلك يكون لها حكم الوصية فلا تجوز إلا في الثلث^(٢).

إذن يمنع القانون المدني الفرنسي الشخص من التبرع بأمواله بأكثر من حد معين. ولأجل التخلص من هذا المنع يقوم من يريد أن يهب مالا يتجاوز النصاب المسموح فيه بالهبة ببيع المال الموهوب إلى صديقه الذي يهبه بعد ذلك إلى من يراد التبرع له. فعقد البيع بين الشخص وصديقه صوري صورية مطلقة هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، لم يكن هذا الصديق سوى اسماً مستعاراً استعان به الواهب الحقيقي للتهرب من المنع القانوني. وقد وجد المشرع الفرنسي إن مجرد انقاص الهبة التي يبرمها الواهب باسم شخص مسخر أو باسم مستعار والتي تتجاوز نصاب الوصية

(١)(١) حدد القانون المدني الفرنسي نصاب الوصية، الذي هو نفسه نصاب الهبة. بنصوص صريحة وعلى النحو الآتي: نصت المادة (٩١٣) مدني فرنسي على (لا يجوز أن تتجاوز التبرعات سواء كانت بتصرفات بين الأحياء أم عن طريق الوصية نصف أموال المتبرع إذا لم يترك بعد وفاته إلا ولداً شرعياً واحداً. والثلث إذا ترك طفلين، والرابع إذا ترك ثلاثة أو أكثر). ونصت المادة (٩١٤) مدني فرنسي على (لا يجوز أن تتجاوز التبرعات سواء كانت - بتصرفات بين الأحياء أم عن طريق الوصية نصف أموال المتبرع في حالة عدم وجود ولد شرعي للمتبرع إذا كان له أكثر من جد من جهة الأب أو من جهة الأم، وثلاثة أرباع الأموال إذا ترك جد وحد سواء من جهة الأب أو من جهة الأم). ونصت المادة (٩١٥) مدني فرنسي (في حالة عدم وجود أطفال شرعيين وترك المتوفى طفلاً طبيعياً واحداً أو أكثر وترك أصولاً من جهة الأم أو الأب، فالتبرعات بتصرف بين الأحياء أو عن طريق الوصية لا يجوز إن تتجاوز نصف التركة إذا لم يوجد إلا طفل طبيعي واحد والثلث في حالة وجود طفلين طبيعيين والرابع في حالة وجود ثلاثة أطفال طبيعية أو أكثر). ونصت المادة (٩١٦) مدني فرنسي على (يمكن للوصية أن تستغرق كل التركة في حالة عدم وجود فرع وارث أو أصل وارث للمتوفى).

(٢) د. للسهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني: الهبة والشركة والقرض، والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢١-٢٢.

غير كاف لمنه الأطراف من ستر شخصية الواهب الحقيقي. وإن إبطال الهبة التي يبرمها الواهب باسم مستعار هي العقوبة اللازمة لردع الأطراف عن إخفاء شخصية الواهب الحقيقي وبالتالي تأمين الحماية الفعالة للذمة المالية العائلية والتي تستهدف المشرع ابتداءً حمايتها عندما حدد نصاً معيناً لا يجوز تجاوزه في الوصية والهبة وسائر التبرعات الأخرى. ولذلك تشدد المشرع الفرنسي وقضى في بعض الحالات بإبطال الهبة التي يبرمها الواهب باسم مستعار أو التي تتم لصالح شخص هو مجرد اسم مستعار اختفى ورائه الموهوب له الحقيقي، حتى لو كانت ضمن حدود النصاب الذي تجوز فيه الهبة وذلك إمعاناً في ردع الأطراف عن إخفاء شخصية أحد طرفي الهبة (الواهب أو الموهوب له). فقد نصت المادة (٢/١٠٩٩) من القانون المدني الفرنسي على إبطال كل هبة بين الزوجين إذا كانت مستترة تحت عقد من عقود المعوضة أو أبرمت باسم مستعار حتى لو كانت ضمن حدود النصاب الذي تجوز فيه الهبة. ويفسر الفقه الفرنسي عبارة (أبرمت باسم مستعار) بأن الواهب أو الموهوب له الحقيقي يكون مختفي وراء اسم شخص آخر ظهر في العقد على أنه الواهب أو الموهوب له. وفي هذه الحالة يكون إبطال الهبة عقوبة على ستر الهبة تحت عقد معاوضة أو على إخفاء شخصية أحد طرفيها حتى لو كانت ضمن النصاب المسموح به قانوناً، في حين لو أبرمت هذه الهبة سافرة، أي لم يتم سترها تحت عقد آخر أو لم يتم إخفاء شخصية أحد أطرافها وراء اسم مستعار، وكانت ضمن حدود النصاب لعدت صحيحة، وإذا لم تكن ضمن حدود النصاب أنقصت إلى الحد الذي تجوز فيه الهبة. وقد قصد المشرع الفرنسي من هذه العقوبة المدينة القضاء على التحايل على القانون في الهبات حيث انتشرت الهبات بين الأزواج والتي تتجاوز النصاب المسموح به قانوناً. ولا يطبق هذا البطلان، وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي، على الهبات التي تتم بعد الزواج فقط، بل يطبق أيضاً على الهبات السابقة للزواج والتي تتم باسم مستعار توقعاً لحصول الزواج (نقض مدني فرنسي ١٩٥١/٥/٢٢، نقض مدني فرنسي ١٩٧٢/٣/٨). وقد أكد القضاء الفرنسي على إن رفع دعوى إبطال الهبة التي أبرمت باسم مستعار لا يقتصر على الأطراف (الزوجين) بل يحق لورثة ودائني الزوجين رفع دعوى الإبطال. وصحيح إنه في مثل

هذه الأحوال توجد قرينة على أن الغرض من إبرام الهبة باسم مستعار هو الإضرار بحقوق الورثة بإنقاص الهبة إلى الحد المسموح به قانوناً إلا أن القضاء وتطبيقاً لحكم المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي يعاقب بإبطال الهبة بين الزوجين والمبرمة باسم مستعار (نقض مدني فرنسي ١٩٥٣/١١/٢٦، نقض مدني فرنسي ١٩٧٥/٦/٧، نقض مدني فرنسي ١٩٩١/٧/٢٥)^(١).

فعندما يهب الزوج مالاً إلى صديقه ليقوم هذا الصديق بتسليم المال إلى الزوجة، فإن هناك عقدين: عقد الهبة الظاهر بين الزوج وصديقه وهذا عقد صوري لأن الصديق هو مجرد اسم مستعار مهمته إيصال المال محل الهبة إلى الزوجة، وعقد الهبة المستتر الحقيقي بين الزوج وزوجته. وتطبيقاً لحكم المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي فإن عقد الهبة المستتر بين الزوج وزوجته يعد باطلاً، وكذلك لا يعد التبرع قد تم لمصلحة صاحب الاسم المستعار (صديقه الموهوب له) إذ يمتد البطلان إلى هذا العقد أيضاً.

وأيضاً هناك حالة أخرى في القانون الفرنسي تكون فيها الهبة تحت ستار اسم مستعار باطلة. وهي الحالة المنصوص عليها في المادة (١/٩١١) مدني فرنسي، فقد قضت هذه المادة ببطلان الهبة التي تتم لمصلحة شخص عديم الأهلية عن طريق اسم مستعار. ففي هذه الحالة يهب الشخص ماله إلى شخص كامل الأهلية لكن هذا الشخص في الحقيقة هو مجرد اسم مستعار سخره الواهب لإيصال المال إلى الموهوب له الحقيقي عديم الأهلية. وهنا ينبغي التأكيد على أن البطلان المنصوص عليه في المادة (١/٩١١) مدني فرنسي هو ليس عقوبة مدنية على إخفاء شخصية الموهوب له الحقيقي، لأنه حتى لو لم يتم إخفاء شخصية الموهوب له الحقيقي تحت اسم مستعار لكانت الهبة باطلة أيضاً لعدم أهلية أحد طرفيها فنص المادة (١/٩١١) مدني فرنسي يقتصر إذاً على استنتاج عواقب استعادة الحقيقة فبعد

^(١) Flour (J.) et Luc Aubert (J.), Les obligation, 1. Lacte Juridique, 8e ed, ARMND COLIN, Paris, 1991,n. 395.

Ghestin (J.), Simulation, Dalloz- Repertoire de droit civil, Tom IX, J.G.D, Paris, 1991m n, 47.

أن تبين إن أحد طرفي العقد الحقيقي، الذي كان مستتراً، عديم الأهلية حكم ببطلان العقد لتخلف أحد الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وهو شرط الأهلية. في حين إن إبطال الهبة التي تتم بين الزوجين عن طريق اسم مستعار والمنصوص عليه في المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي هو عقوبة مدنية على إخفاء شخصية أحد طرفي عقد الهبة تحت اسم مستعار لأنه لو لم يتم إخفاء شخصية أحد أطرافها وراء شخص مستعار لكانت صحيحة مادامت لم تتجاوز حدود النصاب المسموح به قانوناً.

المطلب الثاني

سحب الورقة التجارية من قبل شخص مسخر

من تطبيقات إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير في نطاق الأوراق التجارية حالة السحب لحساب الغير. فقد توجد أسباب تدفع الساحب الحقيقي للحالة التجارية إلى إخفاء شخصيته، كـرغبة التاجر في إخفاء علاقاته التجارية عن منافسيه أو كون الساحب الحقيقي موظفاً يمنع القانون من مباشرة الأعمال التجارية، فيأمر شخص آخر بسحب الحوالة (السفجة) والتوقيع عليها. فلا يظهر اسم الساحب الحقيقي في الورقة ولا يلزم قبل الأغيار، أي قبل كل حامل شرعي للحوالة (السفجة)، إنما الذي يلتزم قبلهم هو الساحب الظاهر (المسخر) وذلك بأن يضمن لهم قبول الحوالة وأداء قيمتها بحيث يمكن الرجوع عليه في حالة امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الدفع. أما علاقة الساحب الحقيقي بالساحب الظاهر فهي علاقة وكالة عادية أو وكالة بالعمولة حسب الأحوال، ولكنها وكالة من نوع خاص إذ إنها وكالة غي نيابية إذ إن الوكيل يسحب الحوالة باسمه الشخصي وليس باسم الأمر بالسحب (الموكل) كما في الوكالة النيابية. إذاً يلتزم الوكيل بإنشاء الحوالة (السفجة) طبقاً للتعليمات الصادرة من موكله الساحب الحقيقي ولكن باسمه الشخصي ولذلك يلتزم بضمان القبول والوفاء تجاه المستفيد من هذه الورقة وتجاه كل حامل انتقلت إليه الحوالة بالتطهير. أما الساحب الحقيقي (الأمر بالسحب) فيلتزم بتعويض الساحب الظاهر عن الضرر الذي قد يصيبه بسبب تنفيذ الوكالة كما إذا اضطر إلى الوفاء بقيمة الحوالة في ميعاد الاستحقاق بسبب رجوع الحامل عليه. أما علاقة الساحب الحقيقي بالمسحوب عليه فتحكمها قواعد قانون الصرف. إذ يعلم المسحوب عليه بحقيقة

الأمر ويعلم بأنه يقوم بتنفيذ الأمر الموجه إليه بكونه صادراً من الساحب الحقيقي لا من الساحب الظاهر. ولذلك يلتزم الساحب الحقيقي بتقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، ويلتزم المسحوب عليه بعد قبوله الحوالة (السفتجة) بأداء قيمتها إلى الحامل الشرعي لها. وإذا دفع المسحوب عليه مبلغ السفتجة دون أن يكون قد استلم مقابل الوفاء كان له حق الرجوع على الساحب الحقيقي لا على الساحب الظاهر.

ولا توجد أية علاقة بين الساحب الظاهر والمسحوب عليه، بل يكون لكليهما حق الرجوع على الساحب الحقيقي بما يكون قد دفعه أحدهما من مبالغ تمثل قيمة السفتجة أو أية مصاريف أخرى أنفقها^(١).

وقد أجاز قانون جنيف الموحد للأوراق التجارية في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منه السحب لحساب الغير، كما أجازته الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بقولها (ويجوز سحبها لحساب شخص آخر). وبذلك أجاز المشرع التسخير في حالة من أكثر الحالات انتشاراً في الحياة العملية وهي حالة إخفاء اسم الساحب الحقيقي وراء اسم الساحب الظاهر الذي ما هو إلا وكيل ينفذ تعليمات موكله (الساحب الحقيقي).

المطلب الثالث

الاكتتاب في أسهم الشركة باسم مستعار

هناك عدة دوافع تدفع المكتتب الحقيقي في أسهم الشركة المطروحة للاكتتاب إلى إخفاء شخصيته. فتارة يكون مدفوعاً بدوافع مشروعة مثل الرغبة في المحافظة على سرية الأعمال التجارية، وتارة أخرى على العكس يستهدف المكتتب الحقيقي بتصرفه هذا إخفاء خرق القانون مثال ذلك في القانون الفرنسي الكاتب العدل الذي يكتتب عن

(١) د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٣-١٢٤.

د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج ٢: العقود التجارية - الإفلاس - الأوراق التجارية - عمليات البنوك، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامع، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٨٨-٢٨٩.

طريق اسم مستعار في أسهم الشركة التي وثق عقدها إذ إن القانون الفرنسي يمنع الكاتب العدل من أن يكون طرفاً في العقد الذي وثقه. وأيضاً ما يقوم به مؤسسو الشركة المساهمة من اللجوء إلى أسماء مستعارة عندما لا يستطيعون إيجاد سبعة مكتتبين أو عندما يريدون تجنب وجود الغرباء، وبذلك لن تحتوي هذه المساهمة وجودهم^(١). ومن أمثلة اللجوء إلى الاكتتاب باسم مستعار بهدف التحايل على القانون في القانون العراقي أن الشركة المحدودة التي تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن شخصين ولا يزيد على خمسة وعشرين يكتتبون فيهم باسمهم، عندما تريد زيادة رأس مالها عن طريق طرح أسهم جديدة^(٢) فإن الشركاء فيها قد يكلفون أسماء مستعارة بالاكتتاب في هذه الأسهم رغبة منهم في عدم دخول شركاء جدد بينهم. وأيضاً لغرض الاحتيال على نص المادة (٣٩/رابعاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧، والتي منعت المؤسسين في الشركة المساهمة من الاكتتاب بالأسهم المطروحة على الجمهور إلا بعد انتهاء مدة ثلاثين يوماً من بدء اكتتاب الجمهور في الأسهم، قد يلجأ المؤسسون قبل انتهاء مدة الثلاثين يوماً إلى الاكتتاب في الأسهم التي أوجب القانون طرحها على الجمهور^(٣) وذلك عن طريق أسماء مستعارة.

وهكذا فإن هناك عدة دوافع وراء استعمال الاسم المستعار للاكتتاب في الأسهم الصادرة عن الشركة. ومن المسلم به أن الدافع يكون له تأثير على صحة الاكتتاب وبالرغم من إنه مبدئي تم التسليم بصحة الاكتتاب الذي يتم باسم مستعار وذلك

(١) Dagot (M.), La Simulation, op. cit, n, 123.

(٢) نصت المادة (٥٥) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ على (للهيئة العامة في الشركة المساهمة والمحدودة تغطية زيادة رأس المال بإحدى الطرق الآتية: أولاً- إصدار أسهم جديدة، تسدد أقيامها نقداً...).

(٣) نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (٣٩) من قانون الشركات العراقي على "يكتتب المؤسسون في الشركة المساهمة الخاصة بنسبة لا تقل عن (٢٠%) ولا تزيد على (٥١%) من رأس مالها الاسمي" ونصت الفقرة (ثالثاً) من هذه المادة على "تطرح الأسهم الباقية على الجمهور خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الموافقة على تأسيس الشركة ببيان يصدره وينشره المؤسسون في النشرة وفي صفحتين يوميتين في الأقل بعد موافقة المسجل عليه...".

عندما لا يخفي خرقاً لقواعد القانون إلا إن البعض عارضوا هذا المبدأ مستنديين إلى حجتين: الحجة الأولى مفادها إن صاحب الاسم المستعار لم تكن لديه نية حقيقية للمشاركة. أما الحجة الثانية فمادها إن شخصية كل مكتب تأخذ بنظر الاعتبار من قبل بقية المكتتبين. لكن من سلم بصحة الاكتتاب باسم مستعار عندما لا ينبغي تقييم نية المشاركة في شخص المكتب الحقيقي (المستعير للاسم) وليس في شخص صاحب الاسم المستعار. أما بالنسبة للحجة الثانية فإنه عندما يتعلق الأمر بشركة مساهمة كبيرة يكون الاكتتاب في أسهمها عاماً، فإن الأشخاص الذين أخذوا بنظر الاعتبار من قبل المكتتبين هم المؤسسون وليس المكتتبين الآخرين ولذلك لا يمكن القول إن المكتتبين خدعوا في شخصيات المكتتبين الآخرين الذين لم يكن بالإمكان معرفتهم ساعة توقيع الاكتتاب⁽¹⁾.

الخاتمة:

نورد في ختام هذا البحث استعراضاً لأهم النتائج والمقترحات التي تم التوصيل إليها:

أولاً: النتائج

١. إن تسخير الشخص والاسم المستعار هما شكلان لإبرام التصرف القانوني بطريق التسخير. وهذان الشكلان يستخدمان في الغالب للتحايل على النصوص القانونية التي تمنع بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود في أحوال معينة. ويمكن التمييز بين هذين الشكلين للتعاقد بطريق التسخير من خلال معيار توطأ المتعاقد الآخر مع المسخر الذي اختفى وراءه المتعاقد الحقيقي. إذ في حالة تسخير الشخص يبرم المسخر (المتعاقد الظاهر) العقد مع شخص توطأ معه على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي. أما في حالة الاسم المستعار فإن صاحب الاسم المستعار يتعاقد مع شخص يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو موكله. فاتفاق الاسم المستعار إذاً هو وكالة مستترة تعهد فيها المسخر (الوكيل) بالا يكشف عن صفته للغير. وإذا كان الاتفاق بين صاحب الاسم المستعار وبين من استعار اسمه هو وكالة إلا إن هذه الوكالة هي من نوع خاص فهي وكالة غير نيابية لأن الوكيل (صاحب الاسم المستعار) أبرم التصرف القانوني باسمه هو وليس باسم الموكل

⁽¹⁾ Dagot (m.), op. cit, n. 181.

فظهر وكأنه هو المتعاقد الأصلي في حين إن الوكيل في الوكالة النيابية يتعاقد باسم موكله ولمصلحة موكله.

٢. إن من أهم تطبيقات إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير في العراق هو شراء العقار بطريق التسخير. والسبب الذي يدفع الشخص إلى شراء العقار باسم شخص مسخر أو باسم مستعار هو التحايل على نص القانون الذي يمنعه من تملك العقار في أحوال معينة، ومن ذلك القانون الذي يمنع الشخص غير المسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقار الواقع في الحدود الإدارية لمدينة بغداد أو في الأقضية والنواحي التابعة لمدينة بغداد بأي سبب من أسباب كسب الملكية ماعدا حالة كسب الملكية بسبب الوفاة. ولكن شراء العقار بطريق التسخير قد تترتب عليه في المستقبل نتائج خطيرة لأن العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار لمصلحة شخص غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق، هذا العقد اكتمالاً لأركان انعقاده يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري أي إن العقار سيسجل باسم المشتري (صاحب الاسم المستعار) فيصبح هو المالك الرسمي للعقار حسب السجلات الرسمية. وإذا حدثت خلافات في المستقبل بين المسخر الذي هو المشتري الحقيقي وبين من أصبح المالك حسب السجلات الرسمية، فلا يقبل من المسخر، رغم كونه المشتري الحقيقي الذي دفع ثمن العقار، أن يطعن بأن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل كان مجرد شخص مسخر سجل العقار باسمه على سبيل الأمانة لكون المشتري الحقيقي يفقد إلى شرط التملك في بغداد المتمثل بوجوب كونه مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق عليه. لأن هذا الطعن في الحقيقة هو طعن بأن العقد المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد صوري وقد منع القانون المدني العراقي في المادة (١٤٩) منه الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.

فبمجرد تسجيل العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار في دائرة التسجيل العقاري فإن الحق العيني المتمثل بملكية العقار ينتقل بقوة القانون إلى

المسخر أو صاحب الاسم المستعار فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقاله بالصورية من قبل المشتري الحقيقي (المسخر أو المستعير للاسم) أو ورثته. إذ لا يبقى أمام هذا الأخير إلا مطالبة المسخر أو صاحب الاسم المستعار بالمبلغ الذي دفعه ثمناً للعقار باعتباره جيناً في ذمته. وبالطبع هذا المبلغ أن يوازي القيمة التي وصل إليها العقار بسبب الارتفاع المستمر في أسعار العقارات، بالإضافة إلى إن المسخر أو المستعير للاسم (المشتري الحقيقي) إذا كان ساكناً للعقار فيستوجب عليه تخليته، رغم إنه قد يكون المأوى الوحيد لعائلته، طالما إن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري يرفض بقاءه فيه.

٣. رغم إن المادة (١٤٩) مدني عراقي منعت الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري إلا إنه توجد حالات مستثناة من حكم هذه المادة. إذ في هذه الحالات يجوز الطعن بالصورية في عقد شراء العقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري على اعتبار إن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي اختفى ورائه. ومن ذلك ما ورد في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي من منع الوكلاء ومن في حكمهم من شراء الأموال الموكلين ببيعها أو التي يعهد إليهم بتقدير قيمتها، ومنع عمال القضاء (القضاة، المدعين، العاميين ونوابهم، كتبة المحكمة، المحامين) من شراء الحقوق والمتنازع فيها، ومنع المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها والتي يتولون الدفاع عنها. فإذا كانت هذه الأموال عقارات أو كانت الحقوق المتنازع فيها حقوق عقارية، وتم شراؤها أو التعامل فيها باسم مستعار من قبل الشخص الممنوع من الشراء أو التعامل وسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالصورية ليثبت أن من سجل العقار أو الحق العقاري باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد اسم مستعار اختفى ورائه المشتري الحقيقي الذي يمنعه القانون أصلاً من شراء العقار أو الحق ليصل إلى إبطال تسجيل العقار أو الحق العقاري باسم صاحب الاسم المستعار وإعادته إلى مالكه الأصلي

(الموكل) أو إعادة بيعه من جديد، ولا يحول دون قبول هذا الطعن نص المادة (١٤٩) مدني لأن ما جاء في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) هو استثناء من حكم هذه المادة.

ثانياً: الاقتراحات

١. لقد منعت المادة (٥٩٢) مدني عراقي الوكلاء ومديري الشركات ومن في حكمهم والموظفين ووكلاء التفاليس والحراس القضائيين ومصفي الشركات والتركات والخبراء والسماصرة من شراء الأموال الموكليين ببيعها أو التي يعهد إليهم ببيعها أو بتقدير قيمتها. وكذلك منعت المادة (٥٩٥) مدني عراقي: القضاة والمدعين العامين ونوابهم وكتبة المحاكم ومساعدتهم وكذلك المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها. ومنعت المادة (٥٩٦) مدني عراقي المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها التي يتولون الدفاع عنها. ولقد توقع المشرع العراقي أن يحاول الأشخاص المذكورين في هذه النصوص التحايل على حكمها عن طريق شراء المال أو الحق الذي يحظر عليهم شراؤه باسم مستعار ولذلك أكد في ذات هذه النصوص بأنه لا يجوز للأشخاص المذكورين فيها شراء المال أو الحق الذي يحظر عليهم شراؤه لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة وحتى لو بطريق المزاد العلني.

وبما إن المشرع العراقي ذكر فقط الشراء باسم مستعار ولم يذكر الشراء باسم شخص مسخر، وحيث أكدنا على إن الاسم المستعار هو ليس مرادف لتسخير الشخص إذ إن لكل واحد من هذين المصطلحين مفهوم يختلف عن مفهوم الآخر كما بينا في معيار التمييز بينهما، ولأجل القضاء على كل تحايل قد يلجأ إليه الأشخاص المذكورين في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي للتخلص من حظر الشراء المفروض عليهم، لذا اقترح إعادة صياغة هذه المواد بحيث يحظر على الأشخاص المذكورين فيها شراء المال أو الحق المتنازع فيه لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة ولا عن طريق تسخير الشخص وحتى لو بطريق المزاد العلني.

٢. لقد اتضح لنا كيف استخدم التسخير كوسيلة للاحتيال على التشريع الذي يمنع الأشخاص غير المسجلين في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقارات في محافظة بغداد. فيما إن هذا التشريع لا يراعي الحاجة الاجتماعية التي قد تدفع الشخص إلى تملك عقار في بغداد رغم إنه غير مسجل فيها حسب إحصاء ١٩٥٧ ككون هذا الشخص موظف يعمل في بغداد أو مقيم منذ مدة طويلة هو وعائلته في بغداد أو إنه مولود في بغداد قبل عام ١٩٥٧ ومقيم فيها لكنه لظرف طارئ سافر إلى محافظة أخرى يوم التعداد ولذا سجل في هذه المحافظة... الخ، قد يلجأ هذا الشخص إلى الاحتيال باستخدام التسخير، فيكلف شخص يثق به، يتوفر فيه شرط يملك العقار في بغداد أي إنه مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، بشراء عقار له في بغداد. وهكذا يسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم هذا الشخص (صاحب الاسم المستعار) في حين إن المشتري الذي دفع ثمن العقار هو الشخص الممنوع من التملك في بغداد، ورغم إن هذا الأخير قد يأخذ على المشتري الظاهر (صاحب الاسم المستعار) ورقة ضد يقر فيها بملكية العقار للمشتري الحقيقي كونه الذي دفع ثمنه وان تسجيل العقار باسمه كان على سبيل المثال الأمانة، إلا إن صاحب الاسم المستعار قد يستغل حكم المادة (١٤٩) مدني الذي يمنع الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، فيتمسك بكون العقار ملك له لأنه مسجل باسمه في التسجيل العقاري الأمر الذي يؤدي إلى كثرة المنازعات وعدم استقرار المعاملات. ولذلك نقترح على المشرع أن يعيد النظر في القانون الذي يمنع الشخص غير المسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقارات فيها، وإذا لم يكن بالإمكان إلغاء هذا القانون في الوقت الحاضر فعلى الأقل استثناء بعض الحالات من حكمه للضرورة الاجتماعية، كحالة الموظف الذي يعمل في بغداد والمولود في بغداد والمقيم فيها لمدة طويلة، بحيث يسمح في مثل هذه الحالات للشخص بتملك العقار في بغداد وان كان غير مسجل فيها حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق عليه.

الله ولي التوفيق

المصادر

المصادر باللغة العربية

أولاً: الكتب

١. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٥٧.
٢. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.
٣. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج٢: أحكام الالتزام، ١٩٧٨.
٤. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١.
٥. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١: في البيع والإيجار، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.
٦. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.
٧. سليمان مرقس، في طرق الإثبات، ج٤: قواعد تقيد الأدلة وإطلاقها، مطبعة الجيالوي، البولاقية، ١٩٧٤.
٨. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣: تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.
٩. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي - النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مطابع الأهرام التجارية، الإسكندرية، ١٩٧٢.
١٠. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢: آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
١١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول: البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.

١٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٢.
١٣. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤.
١٤. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٢.
١٥. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢: أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ط ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
١٦. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢: أحكام الالتزام، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة.
١٧. عز الدين الديناصري وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦.
١٨. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.
١٩. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج ١: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠.
٢٠. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٨٣.
٢١. محمد شتا أبو سعد، الموجز العلمي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط ٢، عالم الكتب بالقاهرة، القاهرة، ١٩٩٤.
٢٢. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٨.

٢٣. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج٢: العقود التجارية- الإفلاس- الأوراق التجارية- عمليات البنوك، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٤.

٢٤. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.
ثانياً: الأبحاث والرسائل

١. زكي خير الأبوتجي، هل يجوز الاحتجاج بصورية العقود المسجلة، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة.
٢. علي هادي علوان العبيدي، التحايل على القانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥.

المصادر باللغة الفرنسية

1. BOULANGEN (J.), SIMULATION, DALLOZ REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, TOME 5, J.G.D, PARIS. 1995.
2. DAGOT (M.), LA SIMULATION EN DROT PRINE, THESE, TOULOUSE, L.G.D.J, PARIS, 1967.
3. FLOUR (J.) ET LUC AUBERT (J.), LES OBLIGATIONS, 1.LACTE JURIDIQUE, 8ED, ARMND COLIN, PARISE, 1998.
4. GHESTIN (J.), SIMULATION, DALLOZ REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, TOME IX, J.G.D., PARISE, 1991.

الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية

بحث

الدكتورة

ألاء يعقوب يوسف

مدرس القانون الخاص

كلية القانون/جامعة النهرين
الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية

د. ألاء يعقوب

يوسف

كلية الحقوق

جامعة النهرين

إن فكرة إحاطة المستهلك بالحماية القانونية ليست فكرة حديثة أو قاصرة على عقود التجارة الالكترونية. فالمستهلك- أياً كان العقد الذي يبرمه- يحتاج إلى الحماية إذا كان الطرف المقابل له في العقد تاجراً محترفاً. لأن الأخير يتمتع بالخبرة والقدرة الاقتصادية مما لا يحظى به المستهلك وهذا ما قد يؤدي إلى عدم توازن في العقد المبرم بينهما، ويدعو إلى ضرورة حماية الطرف الضعيف فيه وهو المستهلك. إلا إن هذه الفكرة طرحت من جديد حينما يكون العقد الذي يبرمه المستهلك من عقود التجارة الالكترونية. لأن المستهلك في هذه العقود يبرم العقد مع تاجر لا يعرفه ولا يعرف مكان وجوده كما إنه لا يستطيع رؤية محل العقد أو التأكد من مواصفاته. وهذا ما يضيف إلى مبررات حماية المستهلك مبررات جديدة تضاف إلى فكرة عدم التوازن في العقد. مما يتطلب البحث عن إطار قانوني لحماية المستهلك في ضوء المبررات الجديدة لهذه الحماية. وهو ما يهدف إليه هذا البحث.

Consumers Legal Protection in Contracts of e. Commerce

The idea of encompassing the consumer with legal protection is not a new idea or related just with the contracts of e. commerce. As the consumer- whatever was the contract needs the protection where the other party of the contract is a professional trader, because the latter has the expertise and economic ability which the consumer does not have, and that effects on the balance of the contract and makes it necessary to protect the weak party which is the consumer. But this idea is raised again in the field of e. commerce contract, because the consumer in this contracts deals with a person unknown to him and the consumer does not know where his residence, and that adds to the excuses of consumer protection a new excuses which need to find out the legal framework of consumer protection according to this new excuses. And this is the aim of this paper.

المقدمة

تعد التجارة الالكترونية صيغة جديدة من صيغ التعامل القانوني فهي وليدة التطور في وسائل الاتصال عن بعد. وإذا كانت هذه التجارة لا تختلف فهي جوهرها عن أي تعامل آخر فهي عبارة عن عقود أو اتفاقيات بين طرفين أو أكثر، إلا إنها تتميز عن سواها من صيغ التعامل بالوسيلة التي يتم إبرام العقد خلالها. فعقود التجارة الالكترونية تبرم عبر شبكات الاتصال الالكترونية. ومثل هذه الوسيلة تحقق من المزايا ما تحققه الوسائل التقليدية في إبرام العقود. ولعل من أبرز هذه المزايا سهولة وسرعة إبرام العقد. وقد ساعدت هذه الميزة على انتشار التجارة الالكترونية وتشعب

العقود التي تبرم في إطارها، حتى أضحت التجارة الالكترونية ميداناً لعدد كبير من العلاقات القانونية، فنجد في إطارها علاقات بين التجار المحترفين مثلما نجد أيضاً العلاقة بين التاجر المحترف والمستهلك. إلا إن مزايا التجارة الالكترونية تحمل في طياتها في الوقت ذاته مساوئ معينة لمن يكون طرفاً فيها. فإذا كان التاجر المحترف قادراً على أن يقرر هذه المساوئ ويتصرف بما يجنبه ضررها، فإن المستهلك كونه غير محترف- قد لا يستطيع دفع الضرر عنه. كما إن قلة خبرة المستهلك وضعف مركزه الاقتصادي بالقياس إلى مركز التاجر المحترف قد يؤديان إلى عدم توازن في العقد المبرم بينهما فترجح كفة العقد الصالح التاجر المحترف على حساب المستهلك. ولا يعد مثل هذا الأمر مقبولاً، فالعقد أياً كان نوعه ينبغي أن يكون متوازناً. من هنا طرحت فكرة إحاطة المستهلك بالحماية القانونية وهي ليست فكرة حديثة أو قاصرة على عقود التجارة الالكترونية دون سواها. إذ إنها طرحت ابتداءً كوسيلة للحد من آثار تفاوت المراكز القانونية في العلاقة بين المستهلك والتاجر المحترف. وكان من نتيجة ذلك إقرار العديد من تشريعات حماية المستهلك. بيد إن هذه الفكرة طرحت من جديد فيما يتعلق بالمستهلك في عقود التجارة الالكترونية. ففضلاً عن عدم التوازن المفترض في عقده مع التاجر المحترف، فإنه يبرم عقداً مع تاجر لا يعرفه وقد لا يعلم بمكان وجوده. كما إنه لا يستطيع رؤية محل العقد أو التأكد من مواصفاته. وهذا ما أضاف إلى مبررات حماية المستهلك قانوناً مبررات جديدة. كما إنه دفع إلى التساؤل عما إذا كانت القواعد القانونية التقليدية كافية لإحاطة المستهلك بالحماية، أم إنها على النقيض من ذلك تعجز عن توفير الحماية اللازمة له، على النحو الذي يستوجب تدخلاً من المشرع لإعادة التوازن إلى العقد أولاً، وللحد من مثالب عقود التجارية الالكترونية ثانياً.

ويعد مثل هذا التساؤل والإجابة عنه أمراً على قدر كبير من الأهمية. فالكثير من عقود التجارة الالكترونية هي عقود بين تاجر محترف ومستهلك. وعدم إحاطة المستهلك بالحماية القانونية الفعالة والكافية يؤدي إلى أحجام المستهلك عن التعامل بهذه الوسيلة وتفضيل الوسائل التقليدية عليها. وفي هذا ما فيه من إضاعة لمزايا التجارة الالكترونية وهي مزايا لا يستهان به.

لذا فإن البحث في الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية يعد على جانب كبير من الأهمية. وهو على أهميته لم يحظ بالدراسة المعمقة، على الرغم من وجود دراسات فقهية مقابلة في حماية المستهلك بصورة عامة. ولعل ذلك مرده جدة عقود التجارة الالكترونية وعدم تبلور قواعد كافية لتنظيمها من جميع جوانبها، بالشكل الذي تكون فيه هذه القواعد محلاً للدراسة والبحث.

وإذا كان الهدف من البحث عن الحماية القانونية الفعالة للمستهلك فإن الأمر يتطلب إحاطته بالحماية قبل إبرامه عقد التجارة الالكترونية، ومد هذه الحماية إلى ما بعد إبرام العقد وتنفيذه. وهكذا تكون الحماية شاملة لمراحل العقد كلها.

بناء على ذلك فقد تضمن البحث في حماية المستهلك مبحثين رئيسيين، يتناول أحدهما حماية المستهلك السابقة على إبرام العقد، ولما كانت هذه الحماية تتمثل في جانبين اثنين فقد تم تخصيص مطلب لكل جانب منها. يتناول أحدهما فكرة إقرار قواعد خاصة بإبرام العقد مع المستهلك، ويتناول مطلب ثانٍ الالتزام بتبصير المستهلك. ويتقدم هذين المطلبين مطلب في تحديد ما يعد سابقاً على إبرام العقد مع المستهلك.

أما ثاني المبحثين فيتقضى حماية المستهلك القانونية اللاحقة لإبرام العقد في مطلبين اثنين. يبحث أولهما في حق المستهلك في العدول عن العقد. في حين يبحث ثاني المطلبين في حمايته من الشروط التعسفية. هذا وان ترابط الفكرة وتسلسلها يتطلب أن يسبق هذين المبحثين مبحث أول في تحديد المركز القانوني للمستهلك وبيان المبررات التي تدعو إلى إحاطته بالحماية على وجه الخصوص في عقود التجارة الالكترونية.

المبحث الأول

التعريف بالمستهلك ومبررات حمايته قانوناً

يعد المركز القانوني للمستهلك في علاقته بالتاجر المحترف أساساً لفكرة أحاطته بالحماية القانونية. فالتاجر المحترف يملك من الخبرة ورأس المال ما لا يملكه المستهلك، وهذا التفاوت يسم مركز المستهلك بالضعف ويسم العقد بعدم التوازن. وهذا ما يدعو المشرع إلى التدخل لبسط حمايته على الطرف الضعيف وإعادة

التوازن إلى العقد. وهذه الفكرة موجودة في أقدم القوانين التي عرفها الإنسان كالقوانين العراقية القديمة ومنها قانون ؟؟؟ وقانون حمورابي^(١). وإذا كان المركز القانوني للمستهلك هو أحد مبررات إحاطته بالحماية القانونية فإن التجارة الالكترونية ببيئتها الخاصة قد أضافت إلى هذه المبررات مبررات أخرى، وهذا ما يتضح تفصيلاً في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

المركز القانوني للمستهلك

يعد الاستهلاك المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية. إذ تبدأ هذه الدورة بإنتاج السلعة أو الخدمة وتمر بتوزيعها ثم تنتهي باستهلاكها. وهكذا فإن المستهلك يكون الشخص الأخير في العملية الاقتصادية. إذ تنتهي عند عملية التداول، فالسلعة أو الخدمة إذا آلت إليها فإنها تنتهي إلى الركود والسكون^(٢). ويتحقق هذا المفهوم عندما يكون الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الاستعمال الشخصي كمن يشتري أثاثاً لمنزله أو واسطة نقل لاستعماله الشخصي أو يبرم عقد تأمين من

(١) انظر المواد (٩،٧،٤،٣) من قانون أشنونا والمواد ٢٥٧-٢٥٨ من قانوني حمورابي.

إذ تحدد هذه المواد أجراً لعامل باعتباره الطرف الضعيف في عقد العمل. كذلك انظر المادة (ط) من قانون حمورابي التي تحدد سعر الفائدة في عقد القرض وترتب على التاجر المقرض جزاءً عند مخالفة أحكامها يتمثل بخسارته جميع دينه وإعفاء المدين منه. وفي هذا الحكم حماية للمدين وهو الطرف الضعيف في عقد القرض.

راجع د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، ١٩٨٧، ص ٨٦، ٨٧، ١٣٣، ١٦٣.

(٢) انظر: د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، ط ٢، بغداد: منشورات دار الحكمة، ١٩٩٢، ص ٣٥.

انظر أيضاً: د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل القانون التجارة العراقي، دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية، الطبعة الأولى، بغداد: مطبعة الصقر، ١٩٨٧، ص ١٦-١٧.

د. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٣٨.

السرقه على بيته أو عقد تأمين من الحوادث الشخصية على نفسه. وهكذا فإن الغرض من إبرام العقد للحصول على السلعة أو الخدمة يمثل فيصل التفرقة بين المستهلك والتاجر المحترف. فالتاجر المحترف خلافاً للمستهلك والتاجر المحترف. فالتاجر المحترف خلافاً للمستهلك يمارس حرفة معينة ويبغي من الحصول على السلعة أو الخدمة تلبية حاجات حرفته كمن يشتري السلعة بنية إعادة بيعها أو يشتري الآلات اللازمة لمصنعه أو يقترض من أحد المصارف لتمويل مشروعه الاقتصادي. فمثل هذه الأنشطة تدخل في حلقة الإنتاج والتوزيع وتخرج عن نطاق الاستهلاك. وهذا الفارق الجوهرى هو الذى يبرر إحاطة المستهلك دون المحترف بالحماية. فالمحترف يملك الخبرة والقدرة المالية. ويتضح ذلك من مفهوم الحرفة. فالحرفة على النحو الذى اتفق عليه الفقه^(١). تعني تكريس الشخص نشاطه بصورة منتظمة ومستمرة للقيام بعمل معين واتخاذ مهنة له. ولما كانت الحرفة ذات طبيعة اقتصادية فإن القطاعات الاقتصادية التى تمارس خلالها الحرفة لا تعدو أن تكون مشاريع الإنتاج أو مشاريع التوزيع أو مشاريع الخدمات^(٢). وإذا كان الغالب أن تكون الحرفة التى تزاول فى إطار هذه المشاريع تجارية، إلا إنها قد تكون مدينة كالشركات التى تقدم الاستشارات القانونية ولا تغير طبيعة الحرفة هذه من مفهوم المحترف. إذ إن هذا المفهوم أوسع مدى من مفهوم التاجر.

وإذا كان الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الذى يميز المستهلك عن المحترف، فمن التصور إن شخصاً واحداً يكون محترفاً فى أحوال معينة ومستهلكاً فى أحوال أخرى تبعاً للغرض الذى يبيغىه من وراء حصوله على السلعة وما إذا كان هذا الغرض تلبية لحاجات حرفته أو تلبية لحاجاته الشخصية.

(١) انظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٨٧.

انظر: أيضاً: د. عبد القادر حسين العطير، مصدر سابق، ص ٩٢، د. حسين الخطيب، مبادئ القانون التجارى العراقى، البصرة: مطبعة حداد، ١٩٦٤-١٩٦٥، ص ٢١٩-٢٢٠، د. عدنان أحمد ولي العزاوى، مفهوم التاجر فى ظل قانون التجارة العراقى، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مجلة القانون المقارن، العدد ٢١، ١٩٨٩، ص ٣٠٦.

(٢) انظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٨٧-٨٨.

بناءً على ذلك يعرف بعض من الفقه^(١) المستهلك بأنه "كل من يتصرف لتحقيق أغراض لا تدخل في نشاطه المهني".

ومع ذلك فإن الحماية القانونية لا تشمل كل من ينطبق عليه هذا المفهوم ويعد مستهلكاً. إذ إن ما يبرر وجود قواعد قانونية تحمي المستهلك هو عدم التوازن في العلاقات القانونية حينما يكون أحد الطرفين مستهلكاً والآخر محترفاً يتعامل مع المستهلك بهذه الصفة. فالحماية في مثل هذا الفرض تنصب على إعادة التوازن قدر الإمكان إلى العلاقة القانونية ومنع تضرر المستهلك جراء استغلال المحترف لمركزه الأقوى في علاقتهما القانونية. عليه فإن الحماية القانونية لا يكون لها محل حينما تتساوى المراكز القانونية لأطراف التعامل، وإن كان أحدهما في المركز القانوني للمستهلك بأن كل يرمي استعمال السلعة أو الخدمة استعمالاً شخصياً.

ويصدق هذا الغرض حينما يكون الطرف المقابل للمستهلك لا يزول عمله على وجه الاحتراف ولا يمكن أن يوصف بأنه محترف كمن يبيع أثاث منزله لحاجته إلى النقود فيشتريها آخر لاستعماله الشخصي.

فإذا كانت العلاقة القانونية علاقة بين محترف ومستهلك قامت الحاجة إلى حماية المستهلك، يستوي في ذلك أن تكون بينهما علاقة مباشرة بأن يمثل هذه العلاقة عقد من العقود، أو أن لا تكون بينهما مثل هذه العلاقة كما في علاقة المستهلك بالمنتج الذي أنتج السلعة.

(١) انظر: عامر قاسم محمد، الحماية القانونية للمستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ٤.

انظر أيضاً: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٧٠.

د. محمد صالح المؤذن، سلوك المستهلك، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ١١.

كما يستوي من جانب آخر أن ينصب الاستهلاك على سلع وبضائع معينة أو على خدمات معينة. وإذا كان مفهوم السلع والبضائع ينصرف إلى المنقولات المادية فإنه لا يشترط فيها لتكون محلاً للاستهلاك أن تكون مما لا يقبل الاستعمال المتكرر أو أن تكون مما يستهلك بالاستعمال لمرة واحدة كالنقود أو الطعام. بل يكون للسلع والبضائع القابلة للاستهلاك في هذا المقام مفهوماً واسعاً إذ تشمل كل ما يمكن أن يستعمل استعمالاً شخصياً سواء استهلك من أول استعمال له أو كان قابلاً للاستعمال مرات عدة، كالكتاب أو السيارة. وبناء على ذات الفكرة فإن الاستهلاك باعتباره صفة للعمل الذي يقوم به المستهلك يمكن أن يتسع إلى ما هو أبعد من ذلك ليشمل الاستهلاك الذي يرد على العقار ذاته كما في حالة شراء العقار إذ تنتقل ملكيته رقبة ومنفعة إلى المستهلك أو على منفعة العقار فقط كما في حالة استئجاره. ولا يقتصر الاستهلاك على الأموال منقولة وغير منقولة بل يشمل أيضاً استهلاك الخدمات. وتشمل هذه الأخيرة جميع الأداءات التي تقوم بالنقود عدا تجهيز البضائع. فيدخل ضمن هذا المفهوم الخدمات ذات الطبيعة المادية كالإصلاح والتنظيف وكذلك الخدمات ذات الطبيعة المالية كالتأمين والقرض، مثلما يشمل الخدمات ذات الطبيعة الفكرية أو التي تنصب على تقديم معلومات معينة كالخدمات الطبية أو الاستشارات القانونية أو برامج الحاسب الإلكتروني^(١).

وقد يحصل المستهلك على السلعة أو الخدمة عبر التعاقد المباشر مع المحترف أو بالتعاقد عن بعد عبر شبكة الانترنت والذي يطلق عليه بصورة عامة التجارة الالكترونية. ففي هذا الصدد لا تختلف التجارة الالكترونية عن سواها من عقود التجهيز بالسلع أو الخدمات. كما لا تختلف في جوهر المسألة وهي حاجة المستهلك إلى الحماية بالنظر إلى عدم التوازن في علاقته مع المحترف، إلا إنها تتميز ببيئتها الخاصة وتفرض هذه البيئة خصوصية معينة على التعاقد، فتضيف إلى مبررات حماية المستهلك مبررات أخرى. وهذه الخصوصية هي محور المطلب الثاني.

المطلب الثاني

(١) انظر: عامر قاسم محمد، مصدر سابق، ص ٥.

التجارة الالكترونية ومبررات حماية المستهلك

تعد التجارة الالكترونية صيغة جديدة من صيغ العلاقات القانونية. فالتجارة الالكترونية وليدة التطور في تكنولوجيا المعلومات الذي شهده هذا العصر، هذا التطور الذي يقوم على دعامتين اثنتين والدمج بينهما، أولاهما ظهور الحاسب الالكتروني وتطوره وثانيهما تطور نظم الاتصال. فالحاسب الالكتروني كوسيلة تقنية يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها، وتتيح نظم الاتصال المتطورة نقل المعلومات وتبادلها.

وقد نشأ عن الدمج بين هاتين الدعامتين - الحاسب الالكتروني ونظم الاتصال عن بعد - ما يسمى بشبكات المعلومات. وهذه الأخيرة تتيح الربط بين الحواسيب المختلفة ونقل المعلومات عبرها من شخص إلى آخر^(١). وشبكات المعلومات قد تكون خاصة مغلقة تقتصر على المشتركين فيها كتلك التي تربط بين فروع شركة أو هيئة واحدة والتي تسمى الانترانيت (INTRANET) أو التي تربط بين عدد محدود من الشركات أو الهيئات ممثلة بالاكسترانت (EXTRANET) وقد تكون شبكة مفتوحة يمكن لأي شخص أن يدخل إليها ويستعملها^(٢). ولعل من أبرز الشبكات المفتوحة شبكة الانترنت. ومن أهم ما تتميز به هذه الشبكة سعة ما تحويه من معلومات وشموله ميادين مختلفة لا تقع تحت حصر فضلاً عن كونها شبكة مفتوحة عالمياً تتيح تبادل المعلومات بين الأشخاص بعيداً عن حدود المكان وقيود الزمان.

وقد استغلت شبكات المعلومات هذه كونها أضحت وسيلة جديدة من وسائل الاتصال لتحقيق أهداف شتى كالتعلم والتطبيب والإعلان والترويج للمنتجات المختلفة، فضلاً عن التوصل إلى إبرام العقود. وهكذا ظهرت التجارة الالكترونية فالمعاملات التجارية

(١) انظر: يونس عرب، قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، محاضرة ملقاة في نقابة المحامين الأردنيين ضمن برنامج المحامين المتدربين الأردن، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ٣. منشور على شبكة الانترنت في الموقع:

<http://www.arabl原因.org/arab%20law20%net203%.htm>

(٢) انظر: د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠١،

على اختلافها أصبحت تتم عبر شبكة المعلومات. يستوي في ذلك أن يتعلق الأمر بتجارة السلع أو البضائع أو تقديم الخدمات على اختلاف أنواعها، كالأعمال المصرفية والتأمين. وأضحى للتجار مواقع على شبكات المعلومات (كالانترنت) يطرح التاجر من خلالها منتجاته ويتلقى طلبات الشراء والاستفادة من الخدمة مقابل عوض يحدده في ذات الموقع ويبين طريقة تسديده.

ويشبه بعض من الفقه^(١) هذه المواقع بالمحلات التجارية، فجل ما يميزها إنها محلات تجارية الكترونية أو افتراضية إذ ليس لها كيان مادي ملموس، ولا تقتصر التجارة الالكترونية على إبرام العقد الكترونياً. بل يتسع مفهومها ليشمل المراحل السابقة على الإبرام كالإعلان وإجراء المفاوضات، مثلما يشمل المراحل اللاحقة على الإبرام متمثلة بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، كان يتم أداء العوض أو الثمن بإحدى وسائل الدفع الالكترونية مباشرة كما في بطاقات الائتمان، وأكثر من ذلك قد يتم تسليم المبيع مباشرة، كما لو كان المبيع أحد برامج الحاسب الالكتروني أو مصنفاً موسيقياً معيناً إذ يتم تسليمه بعد أداء ثمنه بإنزاله مباشرة على الحاسب الالكتروني الذي يحدده المشتري^(٢).

والتجارة الالكترونية تجارة واسعة النطاق، فهي تشمل تبادل السلع والخدمات بين التجار والشركات فيها بينها ويطلق على هذا النوع من التعامل BUSSINESS TO BUSSINESS TRANSACTIONS مثلما يمكن أن يتم بين التجار والشركات التجارية ممن تحترف التعامل التجاري وبين المستهلكين ممن يتحدد هدفهم من الحصول على السلعة أو الخدمة إشباع الحاجات الشخصية لا أكثر من ذلك. وهذه المعاملات يطلق عليها ضمن مصطلحات التجارة الالكترونية (BUSSINESS. TO CONSUMER TRANSACTIONS)

فإذا كانت إحدى صيغ التجارة الالكترونية علاقة بين تاجر محترف ومستهلك فإن التساؤل يكون ملحاً عما إذا كان المستهلك في عقود التجارة الالكترونية يتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها المستهلك بصورة عامة؟

(١) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) انظر: المصدر السابق، ص ١٧-١٨.

مما لا شك في إن ما يبرر إحاطة المستهلك بصورة عامة بالحماية القانونية ابتداءً هو ذات المبرر الذي يدعو إلى إحاطة المستهلك في عقود التجارة الالكترونية بالحماية. ويتمثل هذا الأمر بصورة رئيسية بعدم التكافؤ في المراكز بين المستهلك والتاجر المحترف. فالأخير بالنظر لخبرته وتخصصه وملاءته يكون في مركز اقتصادي أقوى من مركز المستهلك، فالعلاقة بينهما غير متوازنة، وقد يؤدي عدم التوازن هذا إلى الإضرار بمصالح المستهلك إذا ما تعسف التاجر واستغل مركزه الأقوى. فالحماية القانونية التي يحاط بها المستهلك إنما يراد منها إعادة التوازن إلى العلاقة بين المستهلك والتاجر.

ومع ذلك فإن لعقود التجارة الالكترونية خصوصيتها التي تميزها عن التجارة التي تتم بالوسائل التقليدية. وهذه الخصوصية تجعل من وسائل حماية المستهلك التقليدية ولاسيما تلك التي تقرها القواعد العامة- كالقواعد الخاصة بعيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية-(^١) قاصرة عن تحقيق الهدف من الحماية وتحقيق التوازن المطلوب بين المستهلك والتاجر. فالتجارة الالكترونية وإن كانت لا تختلف في الطبيعة عن التجارة التقليدية إذ إن كلاهما تبادل للسلع والخدمات، إلا إنها تتميز عن التجارة التقليدية بالوسيلة التي تتم من خلالها.

فالتجارة الالكترونية تتم دون حاجة للتواجد المادي لأطراف التعامل القانوني. فالاتصال بين الأطراف (التاجر والمستهلك) ليس مادياً، بل يعتمد على وسط يتكون من أجهزة تقنية متطورة تعالج البيانات وتخزينها ثم تتولى نقلها لتصل إلى الطرف الآخر باستخدام آليات الاتصال عن بعد(^٢). ويعد هذا الاختلاف في الوسيلة بتقديرنا فارق جوهري على الرغم من إن الفقه من يحاول التقليل من أهميته بالإشارة إلى إن التجارة التقليدية يمكن بدورها أن تتم دون الحضور المادي لأطرافها، كما لو تم التعاقد بواسطة التوكس أو الهاتف. فهذه الوسائل التقليدية وإن كانت تجسد حالة من حالات اتحاد مجلس العقد حكماً لا حقيقة كما هو حال عقود التجارة الالكترونية إلا إنها تختلف تمام الاختلاف عن التعامل الالكتروني. فهذا الأخير يتم في بيئة

(١) انظر: عامر قاسم محمد، مصدر سابق، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢)

الانترنت وهي شبكة مفتوحة عالمياً بخلاف الحال مع الهاتف أو التلكس أو غيره من وسائل الاتصال حيث يعرف طرفاً التعامل بعضهما.

فالمستهلك في عقود التجارة الالكترونية لا يجد أمامه إلا جهاز الحاسب الالكتروني وموقع الكتروني لتاجر يجهل هويته، وقد لا يوجد وهذا هو الغالب- في ذات الإقليم الجغرافي الذي يوجد به المستهلك، وأكثر من ذلك قد يجعل المستهلك مكان وجوده. ومثل هذا الواقع يجعل من اليسير التغيرير بالمستهلك.

ولا يقتصر الأمر على ذلك، فالتعامل الالكتروني يتطلب أحياناً أن يقدم المستهلك معلومات شخصية عنه لإتمام التعامل الالكتروني، كان يقدم رقم هاتفه أو رقم بطاقة الائتمان الخاصة به أو عنوان بريده الالكتروني، ويثير هذا الأمر مسألة إساءة استعمال هذه المعلومات من قبل التاجر الذي تقدم له، أو استعمالها بشكل لا يتفق مع إرادة المستهلك، كأن يغرق البريد الالكتروني للمستهلك بإعلانات عن بضائع التاجر لم يسبق للمستهلك إن طلب إرسالها، ويمثل هذا بحد ذاته انتهاكات لخصوصية المستهلك أو حقه في العزلة على حد تعبير بعض من الفقه^(١). وتشير الإحصائيات إلى إن هذا الأمر يحتل قدراً كبيراً من الأهمية في نظر المستهلك. إذ تبين هذه الإحصائيات إن ٤١% من مستخدمي شبكة الانترنت يعزفون عن التعاقد الكترونياً إذا طلب منهم تقديم معلومات شخصية وإن ما نسبته ٢٧% منهم يعتمدون إلى تقديم معلومات خاطئة حماية لخصوصيتهم^(٢).

(١) انظر: بحثنا التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد السابع، العدد ١٢، ٢٠٠٤، ص ٩٩.

انظر: يونس عرب، متطلبات ومخاطر الانفتاح الالكتروني من النواحي الفنية والتشريعية، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى السابع لمجتمع الأعمال العربي- البحرين، ١٨-٢٠/تشرين الأول/٢٠٠٣، ص ٧. منشورة على شبكة الانترنت في الموقع:

<http://www.arabl原因.org/arab%20law20%net203%.htm>

(٢) انظر:

هذا وتثير طريقة التعاقد إشكاليات قانونية أخرى. فالمستهلك يعبر عن إرادته بعد دخوله إلى موقع التاجر على شبكة الانترنت بالضغط على زر معين. وإذا كان التعبير عن الإرادة بهذه الوسيلة يبدو يسيراً ومبسّطاً إلا إنه قد يكون أيضاً متسرعاً وقد يرغب المستهلك بسحب إجابته أو التراجع عن إبرام العقد وهذا مالا يتيح له القواعد التقليدية في حال اقترانه بقبول التاجر.

فإذا تجاوزنا مرحلة الإبرام فإن تنفيذ العقد المبرم إلكترونياً يثير بدوره إشكاليات قانونية بالنسبة للمستهلك. ويتضح ذلك في حال تسلمه على شرائه، فالمستهلك وعلى الرغم من أن المبيع قد وصف في موقع التاجر - قد يجد أن المبيع لا يتفق مع رغبته الشخصية، فهل يكون له في مثل هذا الفرض الحق في إعادة المبيع؟ وما هو الأساس القانوني لذلك^(١)؟

Chris Connolly, Electronic commerce: Legal and consumer issues, a paper was presented at the cyber law conference (Business Law Education center), Hilton Hotel Sydney, on 1 April, 1988. Available on: <http://austil.edu.au/itlaw/articles/connolly.html>.

^(١) انظر في مخاطر التجارة الالكترونية بالنسبة للمستهلك بشكل عام:

- Julia Hornle, the European Union takes initiative in the field of E-commerce, The Journal of information, Law and Technology, issue 3, 2000, <http://elj.waraich.ac.uk/jitt/00-3/hornle.html>.

- APEC (Electronic Commerce Steering Group), APEC voluntary online consumer protection Guidelines, available on:

<Http://www.export.gov/apececommerce/cp/guidelines/htm>.

- OECD (Organization for Economic Co- Operation & Development
OECD Guidelines for consumer protection in the context of electronic commerce (1999), available

On: <http://www.oecd.org/document/51/0,2340,en-2649-34267-1824435-1-1-1-1,00.html>.

إن ما تقدم من خصوصية للتجارة الالكترونية يزيد في الواقع من ضعف المركز القانوني للمستهلك. إلا إن ذلك لا يعني الدعوة إلى العزوف عن التجارة الالكترونية، والاكتفاء بالوسائل التقليدية للتعامل. ذلك إن خصوصية التجارة الالكترونية التي تثير مطالب التعامل الالكتروني بالنسبة للمستهلك غمارها بالنسبة للتاجر المحترف وبالنسبة للمستهلك على حد سواء.

فالتجارة الالكترونية التي تتم في إطار شبكات المعلومات الدولية كشبكة الانترنت تلغي الحدود أمام الأسواق التجارية. فيكون للتاجر أن يعرض بضاعته في سوق لا حدود لها، ويكون العالم كله في الوقت ذاته سوقاً مفتوحة أمام المستهلك.

فالتجارة الالكترونية تشكل حلقة اتصال بين المستهلك والاقتصاد العالمي وتتيح له المفاضلة بين السلع والخدمات واختيار الأفضل منها والأكثر تلبيّة لحاجاته الشخصية. كما إن التجارة الالكترونية تتميز باختصارها في عامل الزمن، إذ لا حواجز بين التاجر والمستهلك. حيث تتقلص الإجراءات المالية والإدارية التي ترافق إتمام المعاملات التجارية التقليدية. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فالعلاقات في إطار التجارة الالكترونية تنسم بكونها مباشرة بين المنتج والمستهلك، ويؤدي هذا إلى الاستغناء عن الوسطاء ومن ثم تخفيض ثمن السلعة أو الخدمة. وهو ما يعد مطلباً أساسياً بالنسبة للمستهلك^(١).

(١) انظر: يونس عرب، قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص ١٧. انظر أيضاً:

- د. فائق الشماخ، التجارة الالكترونية، مجلة دراسات قانونية، العدد الرابع، ٢٠٠٠، ص ٣٩.
- د. راسم سميح عبد الرحيم، الاستثمار في التكنولوجيا، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالصناعة المصرفية العربية في عالم المعلوماتية والاتصالات الحديثة، بيروت - لبنان، ١٩٩٧، ص ١١٠.
- عبد الإله الديوة جي، التجارة الكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، بيروت - لبنان، ٢٠٠٠، ص ١٦.
- تعقيدات التجارة الالكترونية هل تحتاج إلى تعديلات جذرية للنظام والتشريع في مصر، مقال متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

فإذا كانت التجارة الالكترونية وفقاً لما تقدم تحقق للمستهلك مزايا لا سبيل إلى تجاهلها فإن الأمر يتطلب وسائل قانونية معينة تحمي المستهلك وتحد من المخاطر التي قد تسببها لها التجارة الالكترونية بسبب طبيعة البيئة الخاصة التي تتم في إطارها.

وتجدر الإشارة هنا إلى إن الأنظمة القانونية المقارنة تسلك اتجاهين مختلفين لتحقيق الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية. فالاتجاه الأول ويمثله النظام القانوني الأمريكي يذهب إلى ضرورة عدم وضع قواعد تشريعية ملزمة لحماية المستهلك، إذ إن هذه القواعد من شأنها أن تعوق نمو التجارة الالكترونية، وإن حماية المستهلك ينبغي أن تترك إلى سوق التجارة الالكترونية ذاته بما يضعه من قواعد اتفاقية. أما الاتجاه الثاني ويمثله النظام القانوني الفرنسي وكذلك اتجاه الاتحاد الأوروبي فيذهب إلى ضرورة فرض قواعد قانونية آمرة تحقق حماية المستهلك، فضلاً عن إن هذه القواعد ينبغي أن تكون قواعد دولية تقرر بقوتها الإلزامية الدول على اختلافها^(١). أما القانون العراقي فإنه لا يتبنى أيّاً من الاتجاهين، لخلوه من قواعد قانونية تحكم التجارة الالكترونية أو تقرر بضرورة حماية المستهلك في إطارها. ويعد ذلك نقصاً تشريعياً لا بد من تلافيه فشبكات المعلومات والمعاملات القانونية التي تتم في إطارها أضحت سمة العصر ووسيلة مهمة من وسائل التعامل، وهي غير قاصرة على دولة معينة فأهم ما يميزها إنها شبكة مفتوحة عالمياً، وإن التعامل في إطارها متاح لأي شخص أيّاً كانت الدولة التي يقيم فيها. لذا فإننا إذ نعالج موضوع حماية المستهلك نرجح الاتجاه الثاني بضرورة وضع قواعد آمرة تحقق حماية المستهلك وندعو المشرع العراقي إلى تبني هذا الاتجاه. ذلك إن ترك حماية المستهلك إلى القواعد الاتفاقية لا يعد أمراً مقبولاً، لاسيما وإن العلاقة القانونية بين المستهلك وبين

www.bn4me.com/etesalat/article.jsp?art-id=7746.

APEC(Electronic commerce steering Group), op.cit

(١) انظر: المنصف قرطاس، التجارة الالكترونية والإشكاليات التطبيقية المطروحة، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، بيروت- لبنان، ٢٠٠٠، ص ٢٠٨.

التاجر غير متوازنة ابتداءً ولا تكافؤ في مركزهما القانوني بالشكل الذي يمكن أن تكون فيه أحكام الاتفاق مجدية وفعالة بالنسبة للمستهلك. ويصدق ذلك حتى لو تم الاتفاق مع جمعيات أو اتحادات تمثل المستهلك.

عليه وفي ضوء غياب النص القانوني العراقي الخاص بحماية المستهلك فإننا سنعمد إلى القوانين المقارنة وما تقدمه من حلول في هذا الصدد ومحاولة إيجاد أساس قانوني لها في نصوص القانون العراقي أو الدعوة إلى الأخذ بها إذا دعت الضرورة إلى وجود مثلها في إطار القانون العراقي. وبصورة عامة فإن الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية تمر بمرحلتين. إذ تبدأ الأولى قبل إبرام العقد في حين تكون المرحلة الثانية بعد إبرام العقد. وهذا هو جوهر المبحثين القادمين.

المبحث الثاني

الحماية القانونية السابقة على إبرام العقد

تبدأ الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية قبل إبرام العقد. ويعد هذا أمراً بديهياً. إذ إن المرحلة السابقة على التعاقد تضع على أسس هذا التعاقد. وإذا كان العقد بين المستهلك والتاجر المحترف يتسم بعدم التوازن الاقتصادي والفني بين هذين الطرفين فإن محاولة تحقيق التوازن بتقوية المركز القانوني للمستهلك كونه الطرف الضعيف ينبغي أن تبدأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد.

وهذا ما يتطلب أن يتم تحديد لحظة إبرام العقد لبيان ما يعد مرحلة سابقة على هذا الإبرام وما يعد لاحقاً عليه. ثم بيان أوجه الحماية التي يتمتع بها المستهلك أو التي ينبغي أن يتمتع بها في عقود التجارة الالكترونية. عليه فقد قسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة يتناول الأول منها تحديد لحظة إبرام العقد مع المستهلك في حين ينصب المطلبين الثاني والثالث على بيان القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المستهلك، إذ يعالج المطلب الثاني القواعد الخاصة بإبرام العقد مع المستهلك وينصب الثالث على الالتزام بتبصير المستهلك قبل إبرامه العقد.

المطلب الأول

تحديد ما يعد سابقاً على إبرام العقد مع المستهلك

لا تتخذ عقود التجارة الالكترونية صيغة واحدة، وان كانت تتميز - أياً كانت الصيغة التي تبرم بها- بعدم الحضور المادي لطرفي العقد وعدم انعقاد مجلس العقد حقيقة بينهما. إذ إن الأساس في تسميتها وفي خصوصيتها هو إنها تتم عبر وسائل الاتصال الالكترونية كشبكة الانترنت. ولعل من أبرز صيغ التعاقد الالكتروني صيغاً ثلاثاً، تتمثل بما يأتي^(١):

أولاً: التعاقد من خلال موقع على شبكة الانترنت (WEBSITES):

تتضمن شبكة الانترنت عدداً كبيراً من المواقع في مختلف التخصصات منها ما هو علمي ومنها ما هو فني ومنها ما هو تجاري مخصص لعرض البضائع أو الخدمات على المستهلك. ومثل هذه المواقع يشبهها البعض - كما سبق إن بينا - بالمحلات التجارية. إذ إنها تتضمن عرضاً مرئياً للسلع أو لنماذج منها أو معلومات مكتوبة عن السلعة أو الخدمة التي يتولى التاجر صاحب الموقع تقديمها. ويجري من خلال هذا الموقع ذاته إبرام العقود إذ يمكن للمستهلك أن يعبر عن إرادته بشراء السلعة أو الخدمة بالضغط على زر معين في جهاز الحاسب الالكتروني الموجود لديه. ويفترض في أي موقع على شبكة الانترنت أن يكون ثابتاً ومستمراً بالشكل الذي يتيح الدخول إليه ساعة يشاء المستهلك وأياً كان المكان الذي يقيم فيه المستهلك. إذ إن المواقع على شبكة الانترنت تجارية كانت أو غير تجارية لا تقتيد بحدود الزمان والمكان.

ثانياً: التعاقد عبر البريد الالكتروني:

تقدم شبكة الانترنت فضلاً عن المواقع التي يمكن الدخول إليها خدمة البريد الالكتروني. وهي خدمة تتيح إرسال رسائل معينة إلى أشخاص معينين لتصل خلال ثوان معدودة. وينبغي لاستعمال هذه الطريقة في التعاقد أن يكون لدى التاجر عنوان بريدي مثلما يكون لدى المستهلك أيضاً عنوان بريدي. وتتلخص آلية البريد الالكتروني بأن يفتح المرسل عنوانه البريدي ويحدد عنوان المرسل إليه البريدي، ليقوم بعدها بكتابة الرسالة عن طريق طباعتها بجهاز الحاسب الآلي لديه المرتبط

(١) انظر: أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٩٠.

بشبكة الانترنت ثم يقوم بإرسالها باختيار إيعاز موجود ضمن برنامج البريد الالكتروني فتصل الرسالة عبر وسيلة الاتصال الالكتروني هذه إلى العنوان البريدي الذي حدده المرسل ابتداءً. ومثلما يمكن إرسال الرسائل عبر البريد الالكتروني إلى شخص معين يمكن أن ترسل إلى عدة أشخاص معينين في الوقت ذاته دون الحاجة إلى إعادة طباعة الرسالة أو تكرار إرسالها. وتعد خدمة البريد الالكتروني بهذا الشكل وسيلة ملائمة لتبادل التعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً لينتج عن ذلك عقد مبرم الكترونياً.

ثالثاً: التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة:

تتيح شبكة الانترنت للمشاركين فيها إمكانية التحدث مباشرة، ويكون ذلك بحضور الطرفين في الوقت ذاته والدخول إلى شبكة الانترنت ويتم التحدث بينهما أما بأن يكتب أحد الطرفين ما يريد قوله على شاشة الحاسب الالكتروني الخاص به لينتقل ما كتبه إلى شاشة الطرف الآخر الذي يرد عليه بذات الطريقة، أو أن تتم الاستعانة ببعض الأجهزة الملحقة بالحاسب الالكتروني كمكبر الصوت ليتم تبادل الحديث بينهما مشافهة وأكثر من ذلك يمكن لأحدهما رؤية الآخر عبر آلات تصوير تلتحق بجهاز الحاسب الآلي. وهذه الوسيلة كالوسيلتين السابقتين يمكن أن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة ونقلها إلى الطرف الآخر من أجل إبرام عقد من العقود الكترونياً. هذا ويمكن الجمع بين صيغتين أو بين الصيغ الثلاث معاً من أجل إبرام عقد واحد كان يدخل المستهلك إلى أحد المواقع التجارية على شبكة الانترنت التي يبين فيها التاجر صاحب الموقع بأن من يرغب في الحصول على السلعة أو الخدمة المعروضة في الموقع عليه أن يتصل بالتاجر عن طريق البريد الالكتروني المبين في الموقع ذاته.

إن الصيغ المتقدمة للعقد الالكتروني المبرم بين المستهلك والتاجر المحترف تبين بوضوح إن ما يميز هذا العقد عن سواء من العقود هو إبرامه عن طريق تبادل معلومات معينة عبر وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة. ونجد إشارة إلى هذه الصيغ في نصوص القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) في حزيران ١٩٩٦. إذ تبين المادة

الأولى نطاق تطبيقه مشيرة إلى طبيعة التجارة الالكترونية. فهذه المادة تنص على إنه: "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

وتبين المادة الثانية المقصود بمصطلح رسالة البيانات بقولها: "يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني".

وتحدد ذات المادة^(١) المقصود بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية بأنه "نقل البيانات الكترونياً من حاسب إلى حاسب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين البيانات". فإذا كان التعبير عن الإرادة- وفقاً لما تقدم- يصدر من أحد الطرفين وينتقل إلى الآخر فإن التساؤل طرح في الفقه عن اللحظة التي يبرم فيها هذا العقد، ويمكن أن يحدد تبعاً لذلك في إطار حماية المستهلك ما يعد حماية سابقة على إبرام العقد وما يعد منها لاحقاً عليه.

وفي هذا الصدد لا يختلف العقد المبرم الكترونياً عن سواه من العقود في إنه يولد لحظة تطابق القبول مع الإيجاب^(٢). بيد إن الفقه لم يتفق بشأن التكييف القانوني لتعبير المستهلك عن إرادته وعما إذا كان يعد إيجابياً أو قبولاً، لاسيما إذا تم التعاقد عن طريق الدخول إلى أحد المواقع التجارية. فمثل هذه المواقع تحدد عادة جميع شروط التعاقد وصفات محل العقد سلعة كان أو خدمة.

إذ يذهب بعض من الفقه^(٣) إلى إن العرض الذي يتضمنه أحد المواقع على شبكة الانترنت لا يعد إيجابياً وإنما دعوة إلى التعاقد. ويبرر بعض من يذهب إلى هذا

(١) انظر: المادة (٢/ف ب) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في حزيران ١٩٩٦.

(٢) انظر: المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) انظر: Julia Hornle, op. cit.

انظر أيضاً: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٣٦.

الرأي^(١) اتجاهه بالاستناد إلى تفسير بعض النصوص القانونية التي تنظم التعاقد عبر شبكة الانترنت. كنص المادة (١١/ف١) من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية التي تنص على إنه: " عندما يضع المستهلك أمره عن طريق وسائل الكترونية". إذ يفسر هذا النص على إن المستهلك هو من يقدم الإيجاب بتقديمه طلباً لشراء السلعة أو الخدمة فلا يعد تعبيره عن الإرادة هذا قبولاً لعرض سابق. ومع ذلك فإن هذا الرأي يذهب إلى إن تحديد التكييف القانوني لتعبير المستهلك عن إرادته لا يقتصر فقط على تفسير النصوص القانونية، بل تحدده أيضاً طريقة تصميم موقع التاجر على شبكة الانترنت والعبارات الواردة فيه. فإذا كان المكان الذي يضغط عليه المستهلك معبراً عن إرادته مكتوب عليه "قدم طلباً" PUT A REQUEST فإن هذا التعبير يعد إيجاباً، بخلاف ما إذا كان هذا المكان يتضمن عبارة "أقبل أو أضعف إلى سلة الشراء" فإنه يعد قبولاً.

في حين يبرر آخرون^(٢) ممن تبنا ذات الاتجاه تكييف العرض المقدم على شبكة الانترنت على إنه دعوة إلى التعاقد بأنه لا يعدو كونه عرضاً مقدماً إلى الجمهور وان "أي بيان يتعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد لا يعتبر عن الشك إيجابياً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض"^(٣).

بيد إن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. ذلك إن العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الانترنت قد يستوفي جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. لاسيما وان المشرع على النحو الذي سنبينه لاحقاً. فمثل هذا العرض هو تعبير بات عن إرادة التاجر المحترف وهو تعبير يصلح لأن ينعقد به العقد إذا

Lee A. Bygrave & Dan Svantesson, Jurisdictional issues and consumer protection in cyberspace: the view from down under, cyberspace law resources. <http://folk.uio.no/lee/oldpage/articles/CLE-papers.pdf>

^(١) Julia Hornle, Op.Cit

^(٢) انظر: أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٣٦ والمصادر التي أشار إليها.

^(٣) انظر: المادة (٨٠/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

صادفه قبول مطابق كونه يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه^(١). ويلاحظ هذا الفرض عندما يكون محل العقد برامج الحاسب الالكتروني إذ تعرض على شبكة الانترنت مع بيان ثمنها وبمجرد أداء الثمن يتم إنزالها أو تخزينها الكترونياً على الحاسب الالكتروني للمستهلك المشتري دون أن يكون هناك أي تفاوض بشأنها.

ويتفق هذا التكييف مع القواعد العامة التي تبين بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً^(٢). بناء على ذلك فإن تعبير المستهلك عن إرادته بالحصول على السلعة في هذه الحالة يكون قبولاً لإيجاب سابق.

فإذا لم يتوافر في العرض المقدم على شبكة الانترنت المقومات الأساسية لاعتباره إيجاباً كأن لم يكن باتاً أو لم يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإن هذا العرض يعد حينها دعوة إلى التعاقد، وكيف تعبير المستهلك عن إرادته على أنه إيجاب ينتظر قبولاً مطابقاً ليبرم العقد الذي قد يمر قبل إبرامه واستقراره على الوجه النهائي بمفاوضات معينة تتم بين المستهلك وبين التاجر المحترف.

وسواء كان ما صدر من المستهلك إيجاباً أو قبولاً فإن عقده مع التاجر المحترف ينعقد عند التقاء إرادته بإرادة التاجر المقابلة. وليس من اليسير في الواقع تحديد لحظة إبرام العقد. إذ يتميز هذا العقد بعدم التقاء طرفيه في مكان واحد ساعة إبرام العقد. بيد إن ذلك لا يعني إن التعاقد بينهما هو بالضرورة تعاقد بين غائبين لا يوجدان في مجلس واحد. ذلك إن مجلس العقد يعد متحداً متى توافر شرطان. أولهما

(١) انظر: Uniform law conference of Canada, consumer protection and <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ecp.htm>electroincommerce.

وانظر قضية 689 nw 2d 86 (1957) lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Stores

وتتلخص وقائعها في قيام تاجر بالإعلان عن بيع معطف من الفراء قيمته ١٣٩,٥٠ دولاراً بمبلغ دولار واحد مستخدماً عبارة "أول من يأتي أول من يأخذ" وقد عدت المحكمة هذه العبارة إيجابياً مبنية إن العبارات المستخدمة في العرض تحدد تكييفه القانوني باعتباره إيجاباً أشار إلى القضية:

Lee A. By grave & Dan Svantesson, Op. Cit.

(٢) انظر: المادة (٨٠/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

أن يكون الطرفان على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به. وثانيهما أن يبقى الطرفان منشغلين بالتعاقد. إذ ينقضي المجلس إذا صرف المتعاقدين أو أحدهما عن التعاقد شاغل آخر^(١). وإذا كان مجلس العقد لا يمكن أن يتحد حقيقة بين المستهلك والتاجر إذ لا يجمعهما مكان واحد فإنه ليس هناك ما يمنع من اتحاده حكماً إذا تحقق الاتصال المباشر بينهما كما هو الحال في الصيغة الثالثة من صيغ التعاقد الإلكتروني - أنفة الذكر - التي يتم فيها التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة. كذلك فإن التعاقد عبر شبكة المواقع والبريد الإلكتروني قد يتضمن اتصالاً مباشراً بين المستهلك والتاجر كما يمكن أن ينتفي مثل هذا الاتصال فتتمضي فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، وفقاً لطبيعة البرنامج الذي يشغل موقع التاجر وما إذا كان يتضمن رداً مباشراً على المستهلك من عدمه.

ففي هذه الحالة الأخيرة يكون التعاقد بين غائبين وبخلافه فإنه يكون تعاقد بين حاضرين حكماً.

ولا يحول دون اعتبار التعاقد قد تم بين حاضرين أن يتم جهازي الحاسب العائدين للمستهلك أو التاجر أو بين المستهلك وجهاز الحاسب الخاص بالتاجر. بأن يكون الجهاز مبرمجاً للرد على العرض المقدم من المستهلك دون الحاجة إلى وجود شخص طبيعي يتولى مثل هذا الرد^(٢).

هذا وقد تضمنت بعض القوانين المعاملات الإلكترونية نصاً صريحاً يجيز التعاقد باستعمال أجهزة مبرمجة. من ذلك مثلاً قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ إذ تنص المادة الرابعة عشرة منه على إنه "١. يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام يمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحاً وناظاً ومنتجاً

(١) انظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، (مصادر الالتزام)، الموصل: مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠، ص ٤٦.

(٢) انظر: أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٢٢-١٢٣.

لأثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. ٢. كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم إن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه".

فإذا كان العقد المبرم بين المستهلك والتاجر المحترف هو عقد بين حاضرين يستوي في ذلك أن يتم التعاقد بتدخل التاجر المباشر أو عبر جهازه المبرمج فإن العقد يبرم بمجرد التقاء القبول بالإيجاب، أما إذا تحقق لهذا العقد وصف التعاقد بين غائبين بأن لم يتحقق الاتصال المباشر بينهما بالشكل الذي يمكن لأحدهما أن يرد على الآخر لحظة صدور التعبير عن الإرادة عن صاحبه فإن العقد يبرم في اللحظة التي يصل فيها القبول إلى علم من وجه إليه، كما تقضي بذلك القواعد العامة^(١). إذ تبدأ في هذه اللحظة الحماية اللاحقة على إبرام العقد. بيد إن الحماية- وكما بينا في بداية هذا المبحث- تبدأ قبل إبرام العقد وترافق خطى المستهلك في إبرامه. ولعل من أبرز أوجه الحماية القانونية للمستهلك والتي تسبق تمام إبرام العقد تلك الحماية التي تتحقق بإقرار قواعد خاصة بإبرام العقد مع المستهلك وبفرض التزام على التاجر المحترف بتبصير المستهلك.

المطلب الثاني

إقرار قواعد خاصة بإبرام العقد مع المستهلك

تبرم العقود أياً كان نوعها مدنية أو تجارية وأياً كان أطرافها بتوافق إرادتين، تسمى الإرادة الأولى منهما بالإيجاب والثانية تكون ممثلة للقبول. ويتم التعبير عن هاتين الإرادتين بوسائل معينة حددها المشرع، ويترتب على صدور التعبير عن الإرادة ولاسيما إذا كانت هذه الإرادة قبولاً أثاراً قانونية ملزمة لكلا الطرفين. وإذا كانت هذه القواعد العامة تحقق مصلحة الطرفين في العقود بصورة عامة، فإن عقود التجارة الالكترونية التي تبرم مع المستهلك تتميز بخصوصية معينة تجعل تطبيق القواعد

(١) انظر المادة (٨٧/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

العامة على إبرامها قاصراً عن تحقيق مصلحة الطرفين بالدرجة ذاتها، فلا يتحقق ما ينبغي من توازن عقدي بين الطرفين، فيضاف هذا الأمر إلى عدم التوازن المفترض ابتداء بسبب اختلاف المراكز القانونية بين المستهلك والتاجر المحترف في الضعف والقوة والذي يعزى إلى قلة خبرة المستهلك وعدم تخصصه مقارنة مع التاجر المحترف. من هنا فقد سعت القوانين المقارنة المنظمة لعقود التجارة الالكترونية إلى إقرار قواعد خاصة بإبرام العقد.

وتهدف هذه القواعد الخاصة بشكل رئيسي إلى تحقيق مصلحة المستهلك، وإعادة التوازن إلى العقد. فتكون بذلك أحد أهم أوجه الحماية القانونية التي يتمتع بها المستهلك. ولعل من أهم هذه القواعد تأكيد المستهلك لإرادته لأعمال أثرها، وعدم الاعتداد بسكوت المستهلك وان كان ملائماً في إبرام العقد. على النحو المبين في الفقرتين الآتيتين.

أولاً: تأكيد إرادة المستهلك:

تتفق القوانين على اختلافها- ويشاطرها في ذلك القانون العراقي- على إمكان إبرام العقد وسيلة من وسائل الاتصال الالكترونية. فالتعبير عن الإرادة يمكن أن يتم من خلال هذه الوسيلة، إذ ليس في القواعد العامة ما يحول دون ذلك. بل على النقيض من ذلك تتيح القواعد العامة للتعبير عن الإرادة وسائل عدة. فإذا لم يكن هذا التعبير مشافهة فقد يكون مكتوبة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على الرضا^(١).

وقد بينا فيما سبق إن إبرام العقد إلكترونياً قد يتم مشافهة بحيث يسمع أحد الطرفين ما يقوله الآخر، وقد يتم مكتوبة بالطباعة على شاشة الحاسب الالكتروني فتظهر الكتابة بشكل مرئي على شاشة الطرف الآخر أو بالضغط على زر معين يفيد الموافقة على ما جاء من معلومات وبيانات في موقع التاجر على شبكة الانترنت

(١) انظر: المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

فيكون المستهلك بذلك قد اتخذ مسلكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على الرضا^(١).

وعلى الرغم من إن هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً العامة فإن بعض التشريعات تنص عليه صراحة رغبة منها في إزالة أي شك حول تطبيقه، من ذلك مثلاً قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، إذ تقضي المادة الثالثة عشرة منه بأنه: "١. لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الالكترونية. ٢. لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد إنه تم بواسطة مراسلة الكترونية" وبالمثل تنص المادة ١٣ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ على إنه:

"تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي". وفي نفس السياق تنص المادة ١٠ من قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ٢٠٠٢/٩/١٤ على إنه: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كلياً أو جزئياً عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدم أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

وكما تبين في المطلب السابق فإن تعبير المستهلك عن إرادته قد لا يكون بالضرورة إيجاباً مثلما إنه ليس بالضرورة قبولاً. إذ يمكن أن يكون إيجاباً في الحالة التي تكيف بها الفرض الذي يقدمه التاجر المحترف عبر شبكة الانترنت على إنه دعوة إلى التعاقد. ويكون قبولاً حينما يستكمل هذا العرض المقومات اللازمة لاعتباره إيجاباً صالحاً لأن يقترن به القبول المقابل الصادر من المستهلك.

فإذا كان ما صدر من المستهلك إيجاباً فإنه يستطيع وفقاً للقواعد العامة^(٢) أن يسحب هذا الإيجاب طالما لم يقترن به قبول مطابق ولم يكن إيجاباً ملزماً بتحديد مدة للبقاء

(١) انظر: أحمد خالد العجلوني، مصدر سابق، ص ٤٥-٤٨.

أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٢) انظر المادة ٨٢ من القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

على إيجابه^(١) وان كان هذا الفرض الأخير فرضاً نادر الوقوع في عقود التجارة الالكترونية.

أما إذا كيف التعبير الصادر عن على إنه قبول فإنه يرتب على صدوره ووصوله إلى علم التاجر المحترف الذي وجهة أثراً قانوناً ملزماً. إذ يعد العقد في هذه الحالة وفقاً للقواعد العامة- قد أبرم^(٢). فيتعذر في هذه الحالة على المستهلك أن يتراجع عن إبرم العقد. فالعقد متى أبرم صحيحاً وناظاً فإنه يكون لازماً، "ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"^(٣).

بيد إن هذه القواعد العامة لا تتفق مع مصلحة المستهلك كما إنها لا تتفق مع ما تتمتع به عقود التجارة الالكترونية من خصوصية في الوسيلة. إذ تبرم هذه العقود عبر وسائل اتصال حديثة قوامها أجهزة الكترونية، لذا فإن من ما أهم تتميز به هذه العقود هو سرعة إبرامها. فتعبير أحد الطرفين عن إرادته يصل إلى الطرف الآخر في اللحظة ذاتها. وقد تتم الاستجابة لهذا التعبير بالسرعة ذاتها. وعلى الرغم من ما في هذه الخصيصة من مزايا فإنها قد لا تتفق مع مصلحة المستهلك. فقد يتسرع المستهلك في التعبير عن إرادته كما إنه قد يكون عرضة للغلط فيضغط على الزر الذي يفيد الموافقة دون أن يكون لديه نية إبرام عقد. فلا يتاح له تصحيح هذا الغلط أو التراجع عن الخطوة التي قام بها ولا سيما إذا كان التعبير الذي صدر عنه قبولاً. إذ يعد العقد قد أبرم بتلاقي هذا القبول بالإيجاب كما تقضي بذلك القواعد العامة. ولا يختلف الحال كثيراً إذ كان تعبير المستهلك عن إرادته إيجاباً وليس قبولاً.

ذلك إن الأجهزة الالكترونية التي يتم من خلالها إبرام العقد قد تكون مبرمجة لتتولى فور تلقيه الإيجاب فلا يتأت للمستهلك أن يسحب إيجابه وان كانت القواعد العامة تتيح له ذلك^(٤).

(١) انظر المادة ٨٤ من القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٢) انظر المادة (٧٣) والمادة (٨٥) من القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٣) انظر: المادة (١٤٦/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) انظر، د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٢٢-١٢٣. انظر أيضاً Julia Hornle, op. cit.

لذا وتحقيقاً لمصلحة المستهلك ودفعاً للضرر الذي يمكن أن يلحق به في أي من الفروض المتقدمة فقد تم إقرار قواعد خاصة تهدف إلى منح المستهلك فرصة لإعادة النظر فيما صدر عنه من إرادة قام بالتعبير عنها. وتتخذ هذه القواعد الخاصة إحدى صيغتين:

الأولى: تتمثل بإعطاء المستهلك الحق في إعادة النظر قبل أن يترتب تعبيره عن إرادته أثره القانوني، يستوي في ذلك أن يكون ما صدر عنه يمثل الإيجاب في العقد أو كان قبولاً لإيجاب التاجر. ويتحقق ذلك بأن يقوم المستهلك بتأكيد ما صدر عنه من إرادة، فلا يترتب أي أثر على إيجاب المستهلك أو قبوله إلا إذا قام بالتأكيد عليه. وتتبع بعض المواقع التجارية على شبكة الانترنت هذه القاعدة بوسائل عدة. فبعضها تضمن موقعها عبارات تلفت نظر المستهلك وتدعوه إلى التدقيق في اختياره مع الإشارة إلى ضرورة التأكيد عليه مرة أخرى وبخلافه لا يكون لقبوله أي أثر. في حين يلجأ البعض الآخر من التجار إلى تحقيق ذلك عن طريق الطلب إلى المستهلك بأن يؤكد اختياره عن طريق البريد الإلكتروني أو البريد العادي^(١).

هذا وقد نصت بعض القوانين على هذه القاعدة الخاصة، وجعلتها بصيغة التزام على عاتق التاجر حماية للمستهلك. كما في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠. إذ تنص المادة السابعة والعشرون منه على إنه: "يتعين على البائع قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته.

أما الصيغة الثانية فهي لا تخرج عن الصيغة الأولى في هدفها المتمثل بإعطاء الفرصة للمستهلك لتقويم اختياره أو التراجع عنه. إلا إن هذه الصيغة تتطلب لأعمالها أن يكون بين المستهلك والتاجر المحترف اتصال سابق على إبرام العقد، عبر البريد الإلكتروني. وتقوم هذا الصيغة على عدم إبرام العقد مباشرة إذا كان المستهلك قد عبر عن إجابته برسالة وجهها إلى التاجر المحترف. إذ يكون للمستهلك

(١) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٢-١٤٣. انظر أيضاً

Chris Connolly, op. cit, APEC (electronic commerce steering group), op. cit.,
Julia Hornle, op. cit.

أن يطلب من التاجر قبل أن يصدر قبوله أن يوجه إليه إقراراً باستلام الإيجاب، ويمكن للمستهلك أن يشترط أن لا يكون إيجابه ساري المفعول ما لم يتلق الإقرار سواء حدد موعداً معيناً لتلقيه أو لو يحدد مثل هذا الموعد^(١). ويترتب على ذلك إن المستهلك بإمكانه أن يتراجع عن إيجابه في أي وقت طالما لم يتلق من التاجر إقراراً باستلامه، إذ يكون له أن يعامل إيجابه قبل تلقي الإقرار وكأنه لم يرسل أصلاً.

وهكذا يكون بإمكان المستهلك أن يسحب إيجابه مادام لم يتلق الإقرار، فإذا أبقى على العقد لأن الإقرار ليس قبولاً. فيبقى له الحق بسحب الإيجاب حتى يصدر القبول من التاجر. فالإيجاب في هذه الحالة هو إيجاب غير ملزم وللمستهلك ابتداءً الحق بسحبه إلا إن اشتراط الإقرار يعطيه الفرصة لسحبه قبل أن يصدر القبول.

وقد أشار إلى هذه الحالة القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي^(٢). كما أشارت إلى هذه القاعدة الخاصة العديد من القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية، من ذلك على سبيل المثال المادة (١٦/ف٣) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، والمادة (١٤/ف١-ب) من قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ١٤/٩/٢٠٠٢، والمادة (١٦/ف ب) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

ثانياً: عدم الاعتداد بالسكوت كتعبير عن إرادة المستهلك:

تقضي القواعد العامة بعدم الاعتداد بالسكوت في غالب الأحوال كوسيلة للتعبير عن الإرادة^(٣). فالسكوت عدم وهو موقف سلبي لا يمكن أن يفصح عن إرادة عليه فإن السكوت لا يمكن أن يعد إيجاباً. وبالتطبيق لذلك لا يعد سكوت المستهلك بأي حال من الأحوال إيجاباً، إذا كان ما صدر من التاجر المحترف هو دعوة إلى التعاقد

(١) انظر البند ٩٥ من دليل تشريع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عام ١٩٩٦، ص ٤٩.

(٢) انظر المادة (١٤) (ف ١، ف ٣) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (الاونسيترال) الصادر عام ١٩٩٦، ص ٢٠.

(٣) انظر المادة (٨١/ف ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

وينتظر من المستهلك أن يصدر إيجاباً بشأنها. وهذه القاعدة العامة تؤكد عليها القوانين الخاصة التي تعد تعبير المستهلك عن إرادته إيجاباً. كما في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي. فهذا القانون يكيف تعبير المستهلك عن إرادته على إنه إيجاب. وهذا واضح من نص المادة ٢٨ منه التي تقضي بأنه "ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك". فالعقد لا ينعقد بما يصدر عن المستهلك من طلب لأنه لا يعدو كونه إيجاباً وإنما ينعقد بما يصدر عن التاجر المحترف من قبول لطلب المستهلك. وقد بنى هذا القانون على هذا الحكم حكماً آخر، فالتاجر المحترف لا يمكن أن يستنتج الإيجاب من سكوت المستهلك ولا يمكنه أن يترتب أي آثار على هذا السكوت. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة (٢٦) من القانون المذكور التي تقضي بأنه "يحجر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك، وفي حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو كلفة تسليمه". ويلاحظ على هذا الحكم في شطره الأول إنه ليس إلا تطبيقاً سليماً للقواعد العامة بعدم الاعتداد بالسكوت للتعبير عن الإيجاب. بيد إن الحكم ذاته يخالف القواعد العامة في الأثر المترتب عليه. فإذا لم يكن السكوت إيجاباً فإن القواعد العامة تقضي بأن العقد لا ينعقد لعدم قيام ركن الرضا فيه، وطالما كان العقد في هذا الفرض باطلاً فلا يترتب عليه أي أثر، فإذا كان أحد الطرفين قد أدى للآخر شيئاً بناء عليه فإن بإمكانه أن يسترده. في حين أن الشرط الثاني من المادة ٢٦ أنفة الذكر يقضي بأن التاجر متى سلم المستهلك البضاعة التي لم يصدر المستهلك طلبه بشأنها فإنه لا يمكنه استردادها. ويعد مثل هذا الحكم حكماً خاصاً بالمعاملات الالكترونية ويجد تبريره- في تقديرنا- بما تتمتع به هذه المعاملات من خصوصية إذ يصعب استرداد ما يتم تسليمه الحاسب الالكتروني أحياناً "فالبضاعة" التي يتم تسليمها قد تكون أحد برامج الحاسب الالكتروني التي يتم إنزالها وتخزينها على الحاسب الالكتروني للمستهلك وهو ما يمكنه من نسخها بكل سهولة، فيصبح إعادة ما تم تسليمه في هذا الفرض عديم الجدوى. فضلاً عن ذلك فإن هذا الحكم يعد بمثابة جزاء على التاجر

الذي يقدم خدماته إلى المستهلك دونما طلب من هذا الأخير إذ أضحى مثل هذا الأمر يعد من قبيل الإزعاج الذي ينبغي وضع حد له، ولا سيما حينما يغرق البريد الإلكتروني للمستهلك بإعلانات لم يطلبها أو ببضائع ليس له علم بشأنها ويطلب منه أداء ثمنها^(١).

فإذا كان السكوت لا يمكن أن يعد إيجاباً وفقاً للقواعد العامة فإنه بالمثل لا يمكن أن يكون قبولاً إلا في حالات استثنائية محددة تحيط فيها بالسكوت ظروف ملائمة بما يتيح افتراض القبول على الرغم من السكوت. وهو ما يطلق عليه بالسكوت الملابس^(٢). ولعل من أهم حالاته التي يمكن أن تثار في إطار علاقة المستهلك بالتاجر المحترف حالة وجود تعامل سابق بين الطرفين واتصال الإيجاب بهذا التعامل. فإذا وجد التعامل السابق فهل يمكن أن يعد سكوت المستهلك قبولاً إذا كان التعبير الصادر من التاجر المحترف إيجاباً؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي. إذ لا يمكن خلافاً لما تقضي به القواعد العامة الاعتداد بسكوت المستهلك في هذه الحالة وليس من العسير تبرير هذا الحكم وهو تبرير يستند كسابقه- إلى الطبيعة الخاصة للتعامل الإلكتروني والوسيلة التي يتم بها. فالإيجاب إذ يطرحه التاجر المحترف على شبكة الانترنت فإنه يكون موجهاً للناس كافة لا إلى المستهلك بالذات. في حين إن عد السكوت إيجاب في الحالة محل البحث يتطلب وكما يستفاد من نص القانون^(٣) أن يكون التعامل قاصراً على طرفين فيكون بينهما الإيجاب موجهاً إلى شخص معين هو ذاته من تم معه التعامل السابق، وهذا ما لا يمكن أن يتصور في إطار التعاملات الإلكترونية التي تجري عبر شبكات الاتصال المفتوحة كشبكة الانترنت^(٤). بناء على ما تقدم فإن سكوت

(١) انظر: يونس عرب، قانون تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٧.

(٢) انظر في حالات السكوت الملابس التي أشار إليها المشرع المادة (٨١/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٣) انظر المادة: (٨١/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٧.

وانظر خلاف ذلك: أحمد خالد العجلوني، مصدر سابق، ص ٥٠-٥١.

المستهلك وان كان ملائماً لا يعد في غالب الأحوال قبولاً منه. وهذا الحكم لا يشكل في واقع الحال قاعدة خاصة بالعقود المبرمة مع المستهلك وإنما يعد تطبيقاً سليماً للقواعد العامة إذ لا تتوافر في هذا السكوت ما تتطلبه القواعد العامة من شروط لاعتباره قبولاً.

المطلب الثالث

الالتزام بتبصير المستهلك

تتميز العلاقة القانونية بين المستهلك والتاجر المحترف بصورة عامة بطابع خاص. وأهم ما يمنح هذه العلاقة طابعها الخاص هو عدم التوازن بين هذين الأصول. وهذا التفاوت في العلم بينهما يجعل من إرادتهما غير متكافئتين. فالعلاقة بين المستهلك والتاجر المحترف هي علاقة بين ضعيف وقوي إن صح التعبير. وعدم التوازن هذا يتطلب خص هذه العلاقة بأحكام قانونية معينة يكون من شأنها تحقيق التكافؤ بين الطرفين. ومثل هذه الأحكام تعد جزءاً من الحماية القانونية لطرف العقد الأضعف وهو المستهلك. فإذا كان ضعف المستهلك متأثراً من علم التاجر المحترف بما لا يستطيع المستهلك إدراكه لتعلقه بحرفته ومهنته، فإن تحقيق التكافؤ وإعادة التوازن يتطلب إحاطة المستهلك علماً بما يجهله. من هنا فقد وجد الالتزام بتبصير المستهلك أو تقديم المعلومات له على عاتق التاجر المحترف أو المهني^(١). والالتزام بالتبصير لا يخص في واقع الحال المستهلك في عقود التجارة الالكترونية دون غيره، بل يخص المستهلك أياً كان العقد الذي ارتبط به مع التاجر المحترف. فأساس وجود هذا الالتزام لا يتعلق بالوسيلة التي يبرم بها العقد، بل يتعلق أساساً بعدم التوازن بينهما.

ومع ذلك فإن هذا الالتزام يغدو أكثر أهمية حينما يتعلق الأمر بالمستهلك في عقود التجارة الالكترونية. إذ تمتاز هذه العقود بخصوصية معينة تضيف إلى مبررات فرض هذا الالتزام مبررات أخرى. ففضلاً عن جهل المستهلك بأصول حرفة وفن

(١) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة

العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥، ص ٧٦-٧٧.

انظر أيضاً: د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص ٧٠-٧١.

التاجر فإن المستهلك في عقود التجارة الالكترونية يجهل أموراً أخرى لا يجهلها المستهلك في أي عقد يبرم بالوسائل التقليدية. لعل من أهمها هوية التاجر. فالوسيلة التي يبرم بها العقد الالكتروني لا تسمح للمستهلك بالتحقق من هوية الطرف الآخر أو أهليته، ولا تسمح له حتى بالتحقق من السلعة التي يقدم على شرائها^(١). الأمر الذي يجعل من هذا الالتزام وسيلة أساسية من وسائل الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية. ولهذا لا يكاد يخلو منه قانون خاص من قوانين التجارة الالكترونية المقارنة، إن لم تصدر بهذا الخصوص تعليمات خاصة بحماية المستهلك تنص عليه^(٢).

وإذا كان الهدف من فرض هذا الالتزام إحاطة المستهلك بما لم يحط به علماء، يكون رضاؤه بالعقد وشروطه حينها رضا واعياً مستتباً، فإن هذا الالتزام ينبغي أن ينفذ من التاجر المحترف قبل إبرام العقد. وعدم تنفيذ هذا الالتزام في هذه المرحلة قد يجعل من إرادة المستهلك إرادة معيبة فتقع في غلط أو تكون ضحية لتدليس. وحتى إن لم تكن إرادة معيبة بأحد عيوب الإرادة، فإنها تعد إرادة غير متكافئة وهي بهذا الوصف غير صالحة لإنشاء عقد يفترض فيه أن يقوم على أساس من التوازن بين الطرفين^(٣).

(١) انظر: صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

<http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?parentID=541&type=2>

انظر أيضاً:

Michal Geist, Consumer Protection and licensing regimes review: the implication of electronic commerce.

= January, 2000. <http://aixl.uottawa.ca/~geist/mccrgeist.pdf>.

(٢) انظر على سبيل المثال: قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠. وتوجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠٠، وتعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٧٧.

بناءً على ذلك يتحدد محل هذا الالتزام بأس معلومات من شأنها أن تؤثر على قرار المستهلك بالإقدام على إبرام العقد أو إبرامه وفق شروط معينة. ويعد هذا الالتزام التزاماً إيجابياً فلا يكفي أن يقوم التاجر المحترف بتقديم ما يعرفه من معلومات إلى المستهلك والتي يقرر أن الأخير يهمل معرفتها، بل ينبغي عليه فوق ذلك أن يقوم بالتقصي والبحث من أجل أن يصيب معرفة تامة بموضوع التعاقد، وما يكتنف تنفيذ العقد من صعوبات مادية وقانونية ولاسيما وإن طرفيه قد يكونان في دولتين مختلفتين، ليقوم بعد ذلك بنقل هذه المعلومات إلى المستهلك^(١).

وإذا كان التزام التاجر المحترف - على النحو المتقدم - إيجابياً فإن الفقه يطرح التساؤل عما إذا كان يكفي من المستهلك أن يتخذ موقفاً سلبياً فقط، بمعنى أن يكون في وضع المتلقي للمعلومة فحسب؟

يجيب بعض الفقه^(٢) على هذا التساؤل بالنفي. إذ إن ترتيب التزام على عاتق التاجر المحترف بالتبصير لا يعني إن الطرف الآخر لا يلتزم بالمقابل بأي التزام. لأن مثل هذا الأمر يخلق بدوره نوعاً جديداً من عدم التكافؤ ويلقي على عاتق التاجر المحترف التزاماً مرهقاً مفاده البحث عن المعلومات أياً كانت وتقدير أهميتها من وجهة نظر المستهلك وتقديمها له، حتى وإن كان هذا الأخير لا يهتم بها فعلاً. لذا ومن أجل المحافظة على التوازن بين الطرفين لا يكفي من المستهلك أن يتخذ موقفاً سلبياً وإنما يترتب عليه التزام مقابل لالتزام التاجر بالإعلام أو التبصير، يتمثل بالالتزام بالاستعلام، بأن يسعى من جانبه إلى أن يحصل على المعلومات من التاجر بالاستفسار عنها منه، تطبيقاً لقاعدة "من أراد أن يعلم فعليه أن يستلم" أو "إنه ليس من خطأ في عدم إخطار شخص بشيء لا يهمل، بدليل إنه لم يهتم بالاستفسار عنه".

(١) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٧٩.

انظر أيضاً: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٣١.

ومع ذلك فإن الالتزام بالاستعلام لا يحد من أهمية الالتزام بالتبصير الذي يقع على عاتق التاجر المحترف ولا سيما في عقود التجارة الالكترونية. إذ إن الالتزام بالاستعلام تقل أهميته. كلما تفاوتت القدرة الفنية والمالية لأطراف العقد.

فالاستعلام يتطلب ممن يستعلم أن يكون قادراً على تقدير أهمية المعلومة، وهذا ما لا يتحقق غالباً مع المستهلك كما بينا سابقاً - ليس محترفاً بالتعامل بما يتم التعاقد عليه، فهو لا يداني التاجر المحترف في خبرته وتخصصه. عليه فإن الالتزام بتبصير المستهلك في عقود التجارة الالكترونية يتسع إلى أقصى حد ممكن، فمثل هذا المستهلك لا يمكن افتراض علمه بأي بيانات عن محل العقد وبالتالي قدرته على الاستعلام عنها. بيد إن هذا لا يعني عدم وجود التزام - بالاستعلام من جانب المستهلك. فالتاجر المحترف لا يلتزم إلا بتقديمها ما لم يستعلم عنها المستهلك، كما لو كان لهذا الأخير أغراض خاصة غير مألوفة لاستعمال الشيء محل العقد^(١).

هذا وإن تحديد محل الالتزام بالتبصير على النحو المتقدم، بالمعلومات المهمة، معناه إن على التاجر المحترف أن يحدد المعلومات التي تهم المستهلك ويقوم بتقديمها له دون طلب من المستهلك. إلا إن ذلك لا يعني إن التاجر المحترف يقدر أهمية المعلومات وفق معيار شخصي فيكون مثل هذا الأمر مدعاة لتحكمه في مدى هذا الالتزام. بل ينبغي أن يكون تقديره لأهمية المعلومات وفقاً لمعيار موضوعي. ويتمثل هذا المعيار في إن المعلومات تعد مهمة متى كان من شأنها إن تؤثر في قرار المستهلك على الإقدام على إبرام العقد أو إبرامه وفق شروط معينة^(٢). فمثل هذا المعيار الموضوعي يحقق الحماية المنشودة للمستهلك. وبديهي إن المعلومات التي

(١) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٨٠.

انظر أيضاً: د. سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص ٧٠.

د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٩.

(٢) انظر: د. سليمان براك دايج، مصدر سابق، ص ٦٨.

انظر أيضاً: د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٨١.

يقدمها التاجر المحترف ينبغي أن تكون وافية وصحيحة^(١). فبخلاف ذلك ينتقي الهدف من فرض هذا الالتزام، ولا يتحقق ما ينبغي تحقيقه من حماية للمستهلك. وإذا كان بالإمكان تحديد ما يعد مهماً في نظر المستهلك من معلومات وفقاً للمعيار الموضوعي، فإن القوانين المقارنة الخاصة بالتجارة الالكترونية لم تكتف بالمعيار الموضوعي لتحديد محل الالتزام بتبصير المستهلك، وآثرت أن تحدد ما ينبغي على التاجر المحترف تقديمه من بيانات، إمعاناً في حماية المستهلك ودفعاً لكل نزاع أساسه أهمية المعلومات أو عدمها. ولعل من أهم المعلومات التي تشترك القوانين في وجوب تقديمها للمستهلك تلك المتعلقة بتحديد هوية التاجر وذلك ببيان اسمه وعنوانه وتحديد كيفية الاتصال به ورقم القيد في السجل التجاري، أو قيد إجازة ممارسة المهنة حينما يكون نشاطه خاضعاً للإجازة أو منظماً بواسطة جهة مهنية معينة كأن تكون نقابة مثلاً. كما ينبغي أن تتضمن المعلومات المقدمة وصفاً دقيقاً للسلعة أو الخدمة محل العقد. فإذا كان محل العقد إحدى السلع المادية فإن وصفها يكون ببيان صفاتها كاملة من حيث الوزن أو الحجم ودرجة الجودة وقد يعد وصفاً كافياً أن يتضمن العرض صوراً فوتوغرافية للسلعة محل العقد. أما إذا كانت السلعة غير مادية كبرامج الحاسب الالكتروني التي يتم إنزالها مباشرة على جهاز المستهلك فلا بد من وصفها أيضاً ببيان حجم البرنامج ونظام التشغيل أو التجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة. ويتطلب تنفيذ هذا الالتزام أيضاً بيان ثمن السلعة أو الخدمة وما إذا كان هذا الثمن صافياً أو إجمالياً يتضمن فضلاً عن ثمن السلعة أو الخدمة تكاليفها كالضرائب أو كلفة الشحن أو التسليم. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، إذ يتعين على التاجر أن يقوم بتبصير المستهلك بشروط العقد. فبين ابتداء المدة التي يبقى فيها العرض قائماً. وينبغي أن تحدد هذه المدة بوضوح ودقة كافيين. فلا يعد كافياً بيان إن العرض قائم إلى حين نفاذ المخزون لدى التاجر. إذ إن العرض على شبكات الاتصال الالكترونية لا يقوم على دعائم مادية دائمة فلا يمكن في هذا الفرض أن تحدد بداية مدة العرض أو نهايتها على نحو دقيق^(٢). مثلما ينبغي أن

(١) انظر: هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص ٣٠.

انظر أيضاً: صابر محمد عمار، مصدر سابق، ص ٩.

يبين كيفية تنفيذ العقد فيحدد للمستهلك وسائل الدفع التي يمكن استخدامها لأداء الثمن، والمدة التي يسلم فيها المبيع إلى المستهلك. وتتضمن المعلومات المقدمة أيضاً تحديد ما إذا كان العقد يتضمن تقديم خدمات ما بعد البيع وتحديد ما إذا كان العقد يتضمن تقديم خدمات ما بعد البيع وتحديد ما إذا كان يحق للمستهلك العدول عن العقد والمدة التي يمكنه مثل هذا العدول^(١).

ولكي تحقق هذه المعلومات الفائدة المرجوة من تقديمها وهي تبصير المستهلك وحمايته تتطلب القوانين المقارنة أن تكون هذه المعلومات واضحة، ولتحقيق ذلك ينبغي أن يتم عرضها في موقع التاجر على شبكة الانترنت بطريقة تلفت نظر

(٢) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٠-١٤١.

(١) انظر: المادة (٢٥) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، والمادة (٤) من تعليمات الاتحاد الأوربي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ الصادرة عام ٢٠٠٠، والمواد (١٠، ٩، ٥) من توجيه الاتحاد الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠٠.

وانظر في التعليق على هذا المواد:

- Aron Younger wood & Sun winder Mann, Extra Armoury for Consumers the new distance selling regulation, The journal of information, Law and technology (JILT),3, 2000 <http://warwick.ac.uk/jilt/00-3/youngerwood.html>.
- Electronic Commerce Steering Group, Op. Cit, Chirs Connolly, op. cit.
- Julia Hornle, Op. Cit.
- Anne Salaun, Consumer protection issues, ESPRIT project 27028. <http://www.6net.org/pulications/manuals/content/access.toc.pdf>.

- توفيق شمبرور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، ٢٠٠٠، ص ١٨٩.

المستهلك إليها^(١)، كما ينبغي أن تكون اللغة التي يقدم بها التاجر هذه المعلومات لغة بسيطة وواضحة، تأسيساً على أن عقود التجارة الالكترونية عقود لا تعرف الحدود، ومن المتصور جداً أن يكون طرفاها من دولتين مختلفتين ويتحدثان لغتين مختلفتين.

هذا ولا يكفي بعض القوانين بتقديم المعلومات في موقع التاجر على شبكة الانترنت. إذ تستلزم فضلاً عن ذلك أن يعيد التاجر أخطار المستهلك بالمعلومات التي سبق وأن قدمها له خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم. وينبغي أن يكون تأكيد المعلومات هذا مكتوباً أو مقدماً من خلال وسط مادي، كأن يتم تأكيد المعلومات للمستهلك بإرسال رسالة له عبر البريد العادي أو البريد الالكتروني^(٢).

إن الالتزام بتبصير المستهلك بيانه لا يخلو من أساس له في القواعد العامة. إذ يمكن أن نجد أساسه بمبدأ حسن النية الذي يحكم العقود جميعاً إبراماً وتنفيذاً^(٣). كما ويذهب بعض من الفقه^(٤) إلى إن هذا الالتزام يعد وجهاً من وجوه الالتزام بعدم ارتكاب الغش عند إبرام العقد. وهو ما لا يخرج في تقديرنا عن مبدأ حسن النية ووجوب مراعاته.

^(١) انظر المادة (٢٥) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

انظر أيضاً: المادة (١٠) من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠٠.

^(٢) انظر: المادة (٨) من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد الصادر عام ٢٠٠٠. وانظر في التعليق عليها:

Aron Younger wood \$ Sun wider Mann, op. cit.
Anne Salaun, Op. Cit.

^(٣) انظر: المادة (١٥٠/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

^(٤) Cadres (J), L Obligation de negocier Rev. Tr. Dr. comm.. Et econmique, 1985, p.266.

نقلاً عن د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص ٧٦.

ومع ذلك فلا غنى عن النص على هذا الالتزام صراحة وفي إطار نصوص خاصة بالتعامل الالكتروني. إذ تتضح أهمية النص على هذا الالتزام عند الإخلال به. فإذا لم يقم التاجر المحترف بتقديم ما ينبغي تقديمه من المعلومات، كان للمستهلك أحد خيارين. يتمثل الأول في أن يطلب نقض العقد استناداً إلى وجود عيب في إرادته. ولا يعد هذا السبيل يسيراً. لعدم يسر إثبات توافر شروط نقض العقد. فإذا أراد أن يثبت وقوعه في غلط معين عليه أن يثبت إن التاجر المحترف وقع في نفس الغلط أو إنه كان من السهل عليه أن يتبين وجوده^(١). وإذا أراد أن يثبت غش التاجر عند إبرام العقد ونقض العقد للتدليس فإن الأمر يتطلب للاستجابة لطلبه أن يكون قد لحقه غبن فاحش من جراء ذلك^(٢).

أما الخيار الثاني فيتمثل بإقامة دعوى المسؤولية وهي بطبيعة الحال دعوى المسؤولية التقصيرية. فالالتزام بالتبصير في عقود التجارة الالكترونية ليس التزاماً عقدياً مرده وجود اتفاق بين الطرفين عليه. إذ إنه يترتب في ذمة التاجر المحترف قبل إبرام العقد ومن أجل التوصل إلى إبرامه صحيحاً. وحيث لم يتم تنظيم هذا الالتزام باتفاق بين الطرفين حتى لو كان سابقاً على العقد المزمع إبرامه، فلا يمكن القول بقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال به. إذ تنتفي المسؤولية العقدية في جميع الأحوال التي يتعذر فيها إثبات وجود اتفاق بين الطرفين أياً كانت صيغته. فلا يكون أمام المستهلك والحال كذلك إلا التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية. بيد إن التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية يتطلب منه أن يثبت توافر أركانها وأول هذه الأركان هو خطأ التاجر المحترف. وإثبات الخطأ لا يعد أمراً يسيراً حينما يتعلق الأمر بإثبات الإخلال بمبدأ حسن النية لدى التاجر المحترف^(٣). إذ يتعين على المستهلك حينها أن يثبت إن التاجر المحترف لم يقدم له معلومات معينة وعليه أن يثبت في الوقت ذاته أهمية هذه المعلومات بالنسبة إليه وتأثيرها المباشر على قراره في الإقدام على إبرام العقد. إلا إن الأمر يختلف في حال النص على هذا الالتزام قانوناً وتحديد ما

(١) انظر: المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) انظر المادة (١٢١/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٦٦.

ينبغي على التاجر المحترف تقديمه من بيانات. فأى بيانات ينص عليها المشرع تعد مهمة وينبغي على التاجر الإدلاء بها. فلا يتطلب الأمر من المستهلك في هذه الحالة إلا أن يثبت عدم قيام التاجر بتقديم المعلومات إليه أو تقديمها ناقصة أو غير صحيحة ليثبت عندها خطأ التاجر. فإذا تكاملت أركان المسؤولية بالضرر والعلاقة السببية ثبت حق المستهلك بالتعويض. وبذلك يتحقق الهدف من إلزام بتبصير المستهلك والممثل بحماية المستهلك من أن يكون ضحية لتفوق التاجر عليه في الخبرة والعلم.

المبحث الثالث

الحماية القانونية اللاحقة لإبرام العقد

لا تتوقف الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية بمجرد إبرام العقد بينه وبين التاجر المحترف. فحاجته للحماية تكون قائمة بعد إبرام العقد كما إنها قائمة قبل إبرامه. وتؤسس الحماية بعد إبرام العقد على ذات الأسس والمبررات التي تقوم عليها قبل إبرامه والتي تتمثل بالطبيعة الخاصة للعقد المترتبة على الطبيعة الخاصة للوسيلة التي تبرم من خلالها. ولعل من أهم صيغ الحماية التي يحظى بها المستهلك بعد إبرامه العقد وتماه حقه في العدول عن العقد وحمايته من الشروط التعسفية. على النحو المبين تفصيلاً في الطلبين الآتيين.

المطلب الأول

حق المستهلك في العدول عن العقد

الأصل في القواعد العامة أن العقد إذا تم إبرامه بتطابق الإيجاب والقبول فإنه يصبح باتاً فلا يجوز لأحد الطرفين أن يتحلل منه بإرادته المنفردة^(١). وهذا الأصل يرد عليه استثناءان. إذ يمكن التحلل من العقد بعد تماه بالاتفاق بين الطرفين وهو ما يسمى بالإقالة^(٢). وهذا أحد الاستثناءين. أما ثانيهما فيتحقق في الأحوال التي يجيز فيها

(١) انظر: المادة (١٤٦/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) انظر: المادة (١٨١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

القانون لأحد الطرفين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. ويتعلق هذا الاستثناء بالعقود غير اللازمة سواء كانت غير لازمة لأحد الطرفين فقط أو غير لازمة من الجانبين. كما ويتصور أيضاً العدول عن العقد بعد تمامه في حالة التعاقد بشرط العيوب، واتفاق الطرفين على أن يكون العيوب جزءاً للعدول عن العقد. ففي هذه الحالة يكون لكل من الطرفين حق العدول. فإن عدل من دفع العيوب وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً^(١). ولا تمثل هذه الحالة في واقع الحال استثناء ثالثاً على الأصل في عدم جواز العدول عن العقد بعد إبرامه. فحق العدول في هذه الحالة مقرر باتفاق الطرفين. وهو بهذه الصورة لا يخرج عن كونه تطبيقاً للاستثناء الأول المشار إليه أنفاً.

وبديهي أن المستهلك يمكنه أن يستفيد مما تقضي به القواعد العامة إذا شاء العدول عن العقد. فقد يجد المستهلك بعد إبرام إنه قد تسرع في إبرامه، لاسيما وإن الوسيلة التي يتم بها العقد الإلكتروني - كما بينا سابقاً - قد لا تتيح الفرصة للتفكير المتأن قبل الإقدام على العقد. كما إن المستهلك قد يجد بعد تمام العقد وتسلم السلعة إنها لا توافق رغباته أو إنه تصورهما خلافاً لما تبدو عليه، غداً لا يتيح العقد الإلكتروني للمستهلك رؤية السلعة حقيقة أو تجربتها.

بيد إن تطبيق القواعد العامة لا يعطي المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية حق العدول دائماً. إذ يتطلب أعمال هذه القواعد توافر أحد الاستثناءين المقررين في القواعد العامة للقول بحق المستهلك في العدول. كأن يتحقق اتفاق الطرفين المستهلك والتاجر المحترف على إقالة العقد. ومثل هذا الفرض نادر الوقوع عملاً. إذ ليس من مصلح التاجر المحترف أن يفسخ عقد سبق وأن أبرمه. وقد يكون اتفاقهما منصفاً على أداء عيوب وعده جزءاً للعدول عن العقد، وفي هذا الفرض إذا اختار المستهلك العدول عن العقد فإنه يخسر مبلغ العيوب. وإذا تحقق اتفاق الطرفين في أي من الحالتين السابقتين بعد أن تم تسليم السلعة إلى المستهلك فإن الأمر يثير التساؤل عن يتحمل نفقات إعادة السلعة إذ تتطلب إقالة العقد أو العدول عنه إعادة الحال

(١) انظر: المادة (٩٢/٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

إلى ما كان عليه، فإذا كان المستهلك هو من يتحمل نفقات الإعادة باعتباره هو من اختار العدول عن العقد، فإن أداءه هذه النفقات يكون عبئاً عليه، فهو في النهاية لم يحصل من هذا العقد على شيء. وربما يكون ذلك مدعاة لأحجابه عن إبرام العقود بالوسائل الالكترونية وتفضيل الوسائل التقليدية عليها.

من جهة أخرى فإن عقود التجارة الالكترونية المبرمة مع المستهلك هي في الغالب عقود لبيع السلع. وعقد البيع هو بحسب الأصل عقد لازم. فلا يستطيع المستهلك التمسك بعدم لزوم العقد والعدول عنه.

هذا ويذهب بعض من الفقه^(١) إلى إن عقد بيع السلع المبرم في إطار التجارة الالكترونية هو عقد غير لازم تأسيساً على إن للمستهلك فيه خيار الرؤية. فهو بيع يشتري فيه المستهلك ما لم يره. فيكون له أن يستعمل هذا الخيار ويعدل عن العقد.

ومع ذلك فإن المستهلك لا يستطيع الإفادة من أحكام خيار الرؤية في جميع الأحوال. فهذا الخيار يسقط متى وصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصف بها^(٢). وقد بينا في المبحث السابق أن على التاجر المحترف أن يبين قبل إبرام العقد جميع أوصاف الشيء محل العقد بصورة دقيقة، فوفاء التاجر بهذا الالتزام يسقط خيار الرؤية بالنسبة للمستهلك.

هذا من جانب، من جانب آخر فإن أحكام خيار الرؤية لا تأخذ بنظر الاعتبار إبرام العقد بوسيلة الكترونية، وإن أحد الطرفين قد يبعد عن الآخر آلاف الأميال، فلا تتضمن هذه الأحكام تحديداً للمدة التي ينبغي على المستهلك أن يعيد الشيء المبيع خلالها على فرض ثبوت الخيار له، كما لا تتضمن أحكام الخيار تحديداً لمن تقع عليه نفقات إعادة الشيء^(٣)، وهي في واقع الحال ليست بالنفقات القليلة لاسيما حينما يكون الطرفان في دولتين مختلفتين. لكل ذلك يتبين قصور القواعد العامة وعجزها عن تقديم السند القانوني للمستهلك إذا أراد العدول عن العقد وإعادة السلعة ولاسيما

(١) انظر: د. محمد المرسي زهرة، القانون الاتحادي للمعاملات الالكترونية مطلب عاجل، مجلة الصدى، العدد ١٨٠، السنة الرابعة، ٨/سبتمبر/٢٠٠٢، ص ١٥٥.

(٢) انظر: المادة (٥٢٣/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) انظر: د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ١٥٥.

حينما يتضح إن السلعة مطابقة لوصفها. ومثل هذه الأحكام إذا كانت متفقة مع العقود التي تبرم بالوسائل التقليدية حيث يكون للمستهلك يد في عدم رؤيته للشيء واكتفائه بالوصف، فإن الحال يختلف مع عقود التجارة الالكترونية. فهذه العقود كما توصف أحياناً هي "عقود للبيع عن بعد"، ورؤية الشيء في هذه العقود قبل إبرامها غير متاحة للمستهلك، فليس أمامه إلا أن يكتفي إلى إقرار قواعد خاصة في هذا الشأن.

وهذه القواعد جزء من سعيها لإحاطة المستهلك بالحماية. وترتكز القواعد الخاصة في هذا الصدد على إعطاء المستهلك بالحماية. وترتكز القواعد الخاصة في هذا الصدد على إعطاء المستهلك الحق في العدول عن العقد الالكتروني بعد إبرامه وإعادة السلعة، دون أن يكون ملزماً بتقديم أي تبرير لذلك، ودون أن يكون ملزماً بأداء تعويض معين إلى التاجر المحترف كونه يستخدم حقاً له^(١).

بيد إن إعطاء الحق للمستهلك بالعدول عن العقد ورد سلعة ولاسيما عند انتقاء أي مبرر لذلك ينبغي أن لا يكون على حساب مصالح التاجر المحترف. فالغاية بين المستهلك بإقرار هذه القواعد الخاصة هي إعادة التوازن إلى العلاقة بين المستهلك والتاجر المحترف وليس من المقبول خلق نوع جديد من عدم التوازن ولكن على حساب التاجر المحترف هذه المرة. عليه فإن إعطاء المستهلك حق العدول

(١) انظر: المادة (٦/ف١) نم توجيه الاتحاد الأوربي الخاص بالعقود عن بعد رقم ٧ لسنة ١٩٩٧، والمادة (١١) من تعليمات الاتحاد الأوربي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ الصادرة عام ٢٠٠٠.

والمادة (٣٠) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ ومشروع قانون التجارة الالكترونية المصري الذي أعد في آذار/٢٠٠١.

وتجدر الإشارة إلى إن حق العدول عن العقد يختلف عن حق المستهلك في إعادة السلعة وطلب فسخ العقد إذا تبين وجود عيب خفي فيها. فالعدول يتحقق وإن لم ينسب إلى التاجر أي خطأ، أما الفسخ للعيب الخفي فهو حق للمستهلك يترتب بناء على إخلال التاجر بأحد التزاماته وقيام التزامه بضمان العيوب الخفية.

ينبغي أن يكون مقيداً بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه. وهذا ما لم تغفله القواعد القانونية الخاصة التي أقرت هذا الحق.

ولعل من أهم هذه القيود ما يأتي:

أولاً: تحديد مدة العدول عن العقد فإذا مرت هذه المدة سقط حق المستهلك في العدول عنه. ويعد هذا القيد ضرورياً للحفاظ على استقرار التعامل. إذ ليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للتاجر المحترف قلقاً مدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب نقض لعقد مضت على إبرامه مدة طويلة.

هذا ولم تتفق القوانين في تحديدها لمدة العدول عن العقد. فمنها ما تحددها بسبعة أيام تحتسب ابتداء من تاريخ تسليم السلعة إذ تعلق الأمر ببيع السلع وتحتسب ابتداء من تاريخ إبرام العقد يتعلق بتزويد الخدمات، كما في تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلك في البيع عن بعد^(١). ومنها ما تحدد هذه المدة بعشرة أيام، وقد اتخذ هذا المسلك قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠^(٢)، في حين يحددها البعض الآخر من القوانين بخمسة عشر يوماً كما في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري.

كما لا تتفق القوانين في كيفية احتسابها للمدة المذكورة. فمن القوانين ما تقضي بأن المدة تحتسب على أساس أيام العمل وهذا ما ينص عليه توجيه الاتحاد الأوروبي السابق الذكر وكذلك قانون التجارة الالكترونية التونسي. بينما تطلق بعض القوانين تحديد المدة فلا تقيد بها بكونها أيام عمل، لذا فإنها تشمل في احتسابها أيام العمل مثلما تشمل أيام العطل.

ثانياً: استثناء حالات معينة من حق المستهلك في العدول عن العقد: تشترك القوانين المقارنة التي تقر للمستهلك بحقه في العدول عن العقد في استثناءها لحالات معينة، فلا يكون للمستهلك بشأنها حق العدول عن العقد. وهدف القوانين من هذا الاستثناء هو الحفاظ على التوازن العقدي وعدم الإضرار بمصالح التاجر المحترف. إذ يعد من

(١) انظر المادة (١١/ف٢) من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلك في البيع عن بعد رقم ٢٣٣٤ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) انظر المادة (٣٠) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

قبيل التعسف العدول عن العقد في هذه الحالات. ولعل من أهم حالات الاستثناء تلك ما يأتي:

١. إذا كان ثمن السلعة أو أجر الخدمة يخضع في تحديده لتقلبات السوق صعوداً وهبوطاً.

٢. إذا كانت السلعة قد تم تصنيعها أو إعدادها وفقاً لمواصفات شخصية حددها المستهلك. أو كانت السلعة من السلع السريعة التلف كبعض المنتجات الغذائية. إذ يتعذر في هاتين الحالتين بيع السلعة مرة أخرى وفي ذلك ضرر أكيد للتاجر. ويلحق بهذه الحالة حالة كون المبيع صحفاً أو مجلات معينة. فالصحف ولاسيما اليومية منها تفقد قيمتها بمجرد صدور عدد لاحق منها الأمر الذي يفوت على التاجر فرصة بيعها مجدداً في حال إعادتها.

٣. في حالة بيع الذي يكون محله تسجيلات سمعية أو مرئية أو برامج الحاسب الالكتروني، لا يكون للمستهلك أن يطلب إعادة السلعة إذا قام برفض الاختام عنها، يستوي في ذلك أن يكون المستهلك قد استعملها أو إنه لم يقم بذلك. والعلة في منع إعادة المبيع في هذه الحالة هي ضرورات المحافظة على حقوق الملكية الفكرية. فالتسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج يمكن نسخها بعد فتحها والاستفادة منها ثم إعادتها^(١).

٤. إذا كان العقد متعلقاً بالتزويد بخدمات معينة وطلب المستهلك توفيرها قبل انتهاء المدة المحددة له لإعلان عدوله عن الشراء. وهذه الحالة لا تدخل حسب تقديرنا ضمن الاستثناءات المقررة للحق في العدول وإن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها. فليس في هذه الحالة ما يعد استثناءً من حق العدول بالشكل الذي يحرم فيه المستهلك من هذا الحق. فهذه الحالة لا تعدو أن تكون نزولاً من المستهلك عن حقه في العدول بعد ثبوته له، إذ يعد طلب تجهيزه بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولاً ضمناً عن حق العدول^(٢).

(١) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٢) انظر في حالات الاستثناء:

المادة (٣٢) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

وبخلاف هذه الحالات يكون للمستهلك أن يستخدم حقه في العدول خلال المدة المحددة قانوناً. فإذا عدل عن العقد وأعاد السلعة فإن التاجر يكون ملزماً بإعادة ما أداه المستهلك من مبالغ ثمناً للسلعة أو الخدمة خلال مدة معينة. فإذا كان المستهلك قد حصل على ائتمان معين من التاجر يتعلق بأداء ثمن السلعة أو الخدمة، كما لو أن التاجر منح المستهلك قرضاً بالثمن، فإن العدول عن العقد يترتب عليه إلغاء أي اتفاق يتضمن ائتماناً يمنحه التاجر للمستهلك^(١).

إلا إن المستهلك يتحمل في حال العدول عن العقد أي نفقات تترتب على إعادة السلعة^(٢). وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك. إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته فلا يعد من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل غرم ذلك.

المطلب الثاني

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

لما كان العقد هو عبارة عن توافق إرادتين، فإن الإرادة بحسب الأصل تلعب الدور الرئيس فيه، ابتداء من اتخاذ القرار بإبرامه وانتهاء بتحديد شروطه وآثاره. بناء على ذلك فإن الأصل في القواعد العامة هو إن العقد شريعة المتعاقدين. وهذه القاعدة تعني إن الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد^(٣). فما يتفق عليه الطرفان يكون ملزماً لهما ولا يمكن أن يتدخل شخص من الغير لتعديل ما اتفق عليه الطرفان من شروط. إلا إن هذه القاعدة تفترض إن إرادتي الطرفين متساويتان بحيث إن كلاهما ساهم في تحديد شروط العقد وأثاره من التزامات وحقوق وقدر المزايا التي تعود

والمادة (١٣) من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ لسنة ٢٠٠٠.

(١) انظر: المادة (٣٣) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.
انظر أيضاً: المادة (٦/ف٤) من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالبيوع عن رقم ٧ لسنة ١٩٩٧ والتعليق عليها في: Julia Hornle, op. cit.

(٢) انظر: المادة (٣٠) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

(٣)

عليه من العقد مقابل ما يحصل عليه الطرف المقابل بدوره من المزايا، فينتج عن ذلك عقداً متوازناً لا غبن فيه لأحد طرفيه. فإذا أراد أحد الطرفين التضحية ببعض المزايا فهو حر في ذلك.

فإذا انتقى التساوي المفترض بين الإرادتين، وكانت إحداها متفوقة على الأخرى - أياً كان السبب في هذا التفوق - فإن هذا يفسح المجال لفرض شروط معينة في العقد تحقق مزايا لمن يفرضها على حساب الطرف الآخر، وبناء على ذلك تعد هذه الشروط تعسفية. ولما كانت هذه الشروط تخل بالتوازن في العقد توازنه وليحمي الطرف الضعيف. ونجد تطبيق ذلك في عقود الإذعان^(١). ففي هذه العقود يمنح المشرع القضاء سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة فيها أو إلغائها.

وإذا كان عقد التجارة الالكترونية المبرم مع المستهلك يتسم من بين أبرز ما يتسم به - بعدم التوازن بين طرفيه لصالح التاجر المحترف، فإن هذا العقد سيكون مجالاً رحباً لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف على المستهلك. وهذا يطرح التساؤل عما إذا كان للمستهلك في هذه العقود سند قانوني يتيح له المطالبة بإلغائها أو تعديلها؟.

يذهب بعض الفقه^(٢) وجانب من التشريع^(٣) إلى إن عقود التجارة الالكترونية المبرمة مع المستهلك هي عقود إذعان، المستهلك فيها مذعن للتاجر المحترف. لذا فإن

(١) انظر: المادة (١٤٥) والمادة (١٤٦/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) انظر: المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

وتقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) انظر:

Panagiota kontogeorgou & Michael G. Alexion, Enhancing consumer confidence in electronic commerce: consumer protection in electronic payments, 17th BILETA Annual conference, University, Amsterdam, April 5th 6th 2002 Free papers. Available at: <http://www.bileta.ac.uk/02papers/alexiou.html>

انظر أيضاً:

للمستهلك في هذه العقود أن يستند إلى القواعد العامة التي تنظم عقود الإذعان فيطلب من القضاء حمايته من الشروط التعسفية.

وسند الفقه المذكور في ذلك هو إن المستهلك حينما يبرم عقداً إلكترونياً لا يساهم في صياغة العقد أو وضع شروطه بل إن العقد يكون معداً سلفاً من قبل التاجر المحترف، وليس أمام المستهلك إذا كان حريصاً على إبرام العقد إلا أن يقبل هذه الشروط بالضغط على الزر الذي يفيد الموافقة عليها، وهذا ما يحقق مفهوم الإذعان. إذ يتحقق في هذه العقود التفاوت في المراكز القانونية للطرفين الأمر الذي يتيح لأحدهما وهو التاجر المحترف كونه في المركز الأقوى أن يفرض شروطه على المستهلك وهو الطرف الضعيف في هذه العلاقة القانونية.

إلا إن الاتجاه محل نظر. صحيح إن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة مع المستهلك تشترك مع عقود الإذعان في التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العقد، إلا إن لهذا التفاوت سبباً مختلفاً في الحالتين. فبينما يرجع التفاوت في عقود الإذعان إلى حاجة الطرف المذعن المحلة إلى إبرام العقد بالنظر لتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار فعلي أو قانوني من الطرف الآخر أو إنه موضع منافسة محدودة النطاق، فإن التفاوت بين المستهلك والتاجر المحترف في عقود التجارة الإلكترونية إنما يعود إلى تفوق هذا الأخير على المستهلك فنياً واقتصادياً^(١).

هذا من جانب، من جانب آخر فإن عقود الإذعان تتسم بصورة عامة بأنها لا تكون مسبقة بتفاوض بين الطرفين. إذ إن الإيجاب فيها يصدر للناس كافة وبشروط واحدة لا يجوز النقاش فيها^(٢). ولا يعد مثل هذا الأمر في الواقع سمة لعقود التجارة

Free M. Greguras, Trudy A. Golobic, Robert A. Mesa & Rebecca Duncan, Op. Cit.

(١) انظر الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الذي أعد في آذار/ ٢٠٠١

إذ تنص الفقرة الرابعة من هذا الفصل على إنه "يجوز إبطال ما يرد من شروط

تعسفية في العقود إذعان في مفهوم القانون المدني وتفسيرها لصالح الطرف المذعن".

(٢) انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، الإسكندرية،

منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٩٢.

الالكترونية. ذلك إن من هذه العقود ما يبرم عبر تبادل الرسائل بين المستهلك والتاجر المحترف عن طريق البريد الالكتروني أو المحادثة المباشرة عبر شبكة الانترنت، ويجري تفاوض بينهما على العقد. فإذا أبرم فإنه يكون باتفاقهما معاً. وتكون له شروطه الخاصة به. وهذا ما ينفي أن يكون العقد مع المستهلك عقد إذعان. فحيث توجد المفاوضات تنتفي صفة الإذعان عن العقد^(١).

بناء على ذلك فإن المستهلك لا يستطيع التمسك بالقواعد الخاصة بعقد الإذعان لإلغاء أو تعديل شرط تعسفي فرض عليه، فالعقد ليس بعقد إذعان. ومع ذلك فإن نفي صفة الإذعان عن العقد لا ينفي حاجة المستهلك إلى الحماية. فالمستهلك كالمذعن - قد تفرض عليه شروط تعسفية، فهو في جميع الأحوال أقل كفاءة وخبرة بل وأضعف من الناحية الاقتصادية من التاجر المحترف وإذا كانت القواعد العامة لا تسعف المستهلك في ذلك فلا مناص من وجود قاعدة خاصة تلبي ما يحتاجه من حماية وتعيد للعقد توازنه.

وفي هذا الصدد عمدت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات خاصة بحماية المستهلك بشكل عام. وأهم أوجه الحماية التي توفرها هذه التشريعات هي حمايته من الشروط التعسفية. كما في قانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي الصادر في ١٠/كانون الثاني/١٩٨٧، والقانون الهولندي الصادر في ١٨/حزيران/١٩٨٧ الخاص بتنظيم الشروط العامة في العقود، والقانون البلجيكي الخاص بحماية المستهلك والصادر في ١٤/حزيران/١٩٩١^(٢).

ولاشك إن المستهلك في عقود التجارة الالكترونية يستطيع الاستفادة من نصوص هذه القوانين إذ ينطبق عليه وصف مستهلك، كما إن التعريف الذي أورده هذه القوانين للشروط التعسفية ينطبق على ما قد يخضع له المستهلك في عقود التجارة الالكترونية من شروط. فالشرط التعسفي في القوانين على اختلافها هو شرط يرد في العقد المبرم

(١) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ١٥-١٦.

(٢) انظر في تفصيلات هذه القوانين:

سليمان براك دايج، الشروط التعسفية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص ٢٢٨ وما بعدها.

بين التاجر المحترف والمستهلك ويهدف إلى منح المحترف مزايا على حساب المستهلك^(١).

هذا وقد عمدت معظم هذه التشريعات إلى إعدام قوائم بالشروط التي تعدّها تعسفية وألحقتها بالقانون ذاته. كما في المادة السادسة من القانون الهولندي الصادر في ١٨/حزيران/١٩٨٧ وكذلك القائمة المرفقة بالقانون البلجيكي المشار إليه أنفاً.

بيد إن ما يتميز به عقد التجارة الالكترونية من خصوصية ربما يقف حائلاً أمام المستهلك في تمسكه بهذه القوانين. إذ يتميز عقد التجارة الالكترونية بناء على الوسيلة التي يتم بها - بإبرامه بين طرفين لا يجمع المكان بينهما، ومن المحتمل جداً وجودهما في دولتين مختلفتين لكل منها قانونهما، وما قد يعد تعسفاً من الشروط بموجب أحد هذين القانونين قد لا يعد كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى. وأكثر من ذلك قد يختلف حكم الشرط التعسفي في القانونين. كأن يعده أحد القانونين باطلاً بطلاناً مطلقاً في الوقت الذي يكون فيه وفقاً للقانون الآخر باطلاً بطلاناً نسبياً.

عليه فإن حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية من الشروط التعسفية تتطلب وجود قواعد موحدة بين الدول. ولم يغفل الاتحاد الأوروبي ذلك. فبعد أن كانت الدول المنضمة إليه رائدة في إصدار تشريعات حماية المستهلك، فإنها أيضاً سبقت غيرها في توحيد القواعد المتعلقة بحماية المستهلك. وهكذا صدر توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بحظر الشروط التعسفية في عقود المستهلك في ٢١/نيسان/١٩٩٣. ولعل من أهم ما يتميز به هذا التوجيه إنه لم يحدد الشروط التعسفية على سبيل الحصر. بل أورد تعريفاً عاماً لها. فأى شرط تعسفي هو شرط عقدي لم يتم التفاوض عليه بمعزل عن الشروط الأخرى يهدف إلى منح التاجر المحترف مزايا معينة على حساب المستهلك. ويلاحظ إن هذا التعريف يتميز عن ذلك الذي أورده قوانين حماية المستهلك الأنفة الذكر في إنه يعد التفاوض على الشرط مما ينفي صفة التعسف عنه. وهذه الإضافة تعد في تقديرنا متقدمة. فالتفاوض على الشرط - وإن كان هذا التفاوض تم بخصوص الشرط ذاته - لا يعني تحقيق التوازن في العقد أو قدرة

(١) انظر المادة (٣٥) من القانون الفرنسي الصادر في ١٠/كانون الثاني/١٩٧٨.

والمادة (٣١) من قانون حماية المستهلك البلجيكي الصادر في ١٤/تموز/١٩٩١.

المستهلك على حماية مصالحه. ذلك إن عدم التوازن في العقد مع المستهلك يرجع إلى ما يشكوه هذا الأخير من نقص في الخبرة والمعرفة الفنية، فهو غير قادر عن أن يدير التفاوض لمصلحته لجهله بما هو أصلح له. خلافاً لعزيمة التاجر المحترف فهو خبير في مجال حرفته ويعرف ابتداء ما يترتب على العقد من آثار وما تحققه من مزايا بالنسبة له. فالعقد ليس بعقد إذعان ليكون عدم التوازن فيه مرده انتقاء التفاوض، بالشكل الذي يتيح القول إن وجود التفاوض يعيد التوازن أعمالاً لمفهوم المخالفة.

ومع ذلك فإن هذا التوجيه يتميز من جهة أخرى بأنه ترك للقضاء سلطة واسعة في تحديد ما يعد شرطاً تعسفياً. ويعد مثل هذا الحكم منسجماً في تصورنا مع طبيعة عقود التجارة الالكترونية، فهي عقود متنوعة وليست بالضرورة عقوداً لبيع السلع فلا يمكن والحال كذلك حصر ما يمكن أن يرد فيها من شروط تعسفية.

والقضاء في تقويمه للشرط ليس مطلق اليد، إذ يحدد التوجيه عدداً من المعايير يتعين على القاضي أخذها بنظر الاعتبار. فعلى سبيل المثال ينتقي وصف التعسف في الحالة التي يبرم فيها عقد لبيع السلع أو تجهيز الخدمات بناء على طلب خاص من المستهلك. وعلى النقيض من ذلك فإن أعداد شروط واحدة لا يمكن للمستهلك خيار أمامها يثير احتمال التعسف في هذا الشرط^(١).

وفي جميع الأحوال فإن الشرط التعسفي يخل بالتوازن بين المستهلك والتاجر المحترف، ويدخل ضمن هذا المفهوم عدد ليس بالقليل من الشروط. من ذلك على سبيل المثال الشرط أوردته شركة

BT (BRITISH TELECOMUNICATIONS) -

وهي شركة خاصة بتقديم خدمات بطاقات الائتمان - في عقودها والذي يقضي بأن "الشركة قد تغير الشروط التي يتضمنها هذا الاتفاق في أي وقت" فمثل هذا الشرط عد تعسفياً إذ إن من شأنه أن يفرض التزامات على المستهلك لا يكون عالماً بها ولم تدرج ابتداء في الاتفاق. والإقرار بصحة هذا الشرط معناه إن المستهلك يقبل بأي

^(١) انظر المادة (٣/ف١) من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية في عقود

المستهلك الصادر في ٢١/نيسان/١٩٩٣.

شروط جديدة طالما إنه مستمر في استعمال الخدمة التي تقدمها الشركة وفي ذلك إخلال واضح بالتوازن بين إرادتي الطرفين^(١).

ومثل هذا الشرط أي شرط يحد أو يعفي التاجر المحترف من المسؤولية، أو يخل التوازن المالي للعقد، أو يقضي باشتراط موافقة المستهلك على الكشف عن المعلومات الشخصية المتعلقة به للغير^(٢).

من كل ما تقدم تتضح أهمية حماية المستهلك من الشروط التعسفية. فالقواعد العامة في عقود الإذعان تعجز عن توفير هذه الحماية. وإذا كان المستهلك أياً كان العقد الذي يبرمه بحاجة إلى الحماية فإن المستهلك في عقود التجارة الالكترونية هو الأشد حاجة إليها. إذ يضاف إلى نقص خبرته ومعرفته الفنية بمحل العقد نقص في المعرفة القانونية وفي معرفة الطرف الآخر الذي يتعاقد معه. ويتطلب الأمر لتحقيق الحماية المرجوة تشريع قواعد خاصة بحماية المستهلك يكون حظر الشروط التعسفية جزءاً أساسياً منها، على أن تأخذ بنظر الاعتبار ما تقرره القوانين المقارنة في هذا الصدد ليتاح للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية الإفادة منها، والتمسك بها النظر لما تتسم به هذه العقود من صفة الدولية.

الخاتمة:

تقوم الفكرة الجوهرية لهذا البحث على إن عقود التجارة الالكترونية على الرغم مما تحققه من مزايا لمن ينضم إليها، فإنها قد تتطوي في ذات الوقت على مخاطر قانونية- إن صح التعبير- بالنسبة له. ويتضح ذلك بشكل رئيس حينما يكون هناك تفاوت في المراكز القانونية بين طرفي العقد بأن يبرم بين تاجر محترف عالم بأصول حرفته ومستهلك جاهل بها. الأمر الذي يتطلب تدخلاً تشريعياً لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة القانونية. ولا يكفي في هذا الصدد أن تقتصر الحماية على المرحلة السابقة على إبرام العقد، بل ينبغي أن تمتد هذه الحماية

(١) انظر: Panagiota Kontogeorgou & Michael G. Alexion, Op. Cit:

(٢) انظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٩-١٥٠.

انظر أيضاً: الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري.

بعد إبرام العقد وتنفيذه. ويمكن أن نحدد أهم أوجه الحماية اللازمة للمستهلك على النحو الذي توصلنا إليه في هذا البحث بما يأتي:

أولاً: يتمثل أبرز "خطر قانوني" يتعرض له المستهلك بخضوعه إلى القواعد العامة في إبرام العقد. فإذا كانت هذه القواعد ملائمة للعقود التي تبرم بالوسائل التقليدية فإنها لا تتسجم مع خصوصية عقود التجارة الالكترونية. إذ تتميز هذه العقود بناء على الوسيلة التي تتم من خلالها- بالسرعة في إبرامها أولاً، إذ لا يستغرق التعبير عن الإرادة في إطارها سوى ثوان معدودة وقد يتحقق ذلك بالضغط على زر معين يفيد قبول المستهلك لإيجاب التاجر المحترف فيبرم العقد، كما تتميز بأنها عقود بين غائبين من حيث المكان ثانياً. والسرعة في الإبرام هذه وإن كانت بحد ذاتها ميزة- تحمل في طياتها مثالب معينة، كما إن وجود الطرفين في مكانين مختلفين قد يكون التشريع العراقي يفتقر إلى قواعد خاصة في عقود التجارة الالكترونية تراعي خصوصياتها، فإن فيما يأتي من فقرات دعوة إلى المشرع العراقي لاعتماد هذه القواعد الخاصة بحماية المستهلك دعماً للتجارة الالكترونية والإفادة من مزاياها دون مثالبها ولعل من أهم هذه المثالب ما يأتي:

١. إن سرعة إبرام العقد ووسيلة التعبير عن الإرادة فيه قد لا تتيح للمستهلك فرصة النظر وإعادة النظر في اتخاذ القرار بإبرام العقد. فإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن العقد يبرم بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب، فإن المستهلك إذا ضغط على زر يفيد القبول فإنه سيجد نفسه وقد ألزم بعقد لم تتح له فرصة دراسته. بل أكثر من ذلك يحدث كثيراً أن يضغط المستهلك على زر معين في الحاسب الالكتروني عن طريق الخطأ أو الصدفة ودون أن تكون لديه نية إبرام عقد أو الدخول فيه. ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون التعبير الصادر من المستهلك على أي إيجاب. فالتجار يعتمد غالباً إلى برمجة الحاسب الالكتروني للرد تلقائياً على أي إيجاب يتلقاه وبذات اللحظة التي يصل إليه فيها. لذا فإن حماية المستهلك تتطلب إقرار قواعد خاصة تفيد ضرورة تأكيد المستهلك لتعبيره عن الإرادة قبل أن ينتج هذا التعبير أثره. فإذا ضغط على زر يفيد القبول، فلا يعتد بهذا القبول إلا إذا أرسل رسالة بالبريد الالكتروني تؤكد قبوله.

٢. إن قيام المستهلك بتأكيد قبوله على النحو الأنف الذكر يفيد إبرام العقد. ووفقاً للقواعد العامة فإن العقد إذ أبرم فإن يكون لازماً، فلا يستطيع أي من الطرفين العدول عن العقد إلا استثناء وفي أحوال معينة حددها المشرع. وتطبيق هذه القاعدة معناه إن المستهلك لا يستطيع العدول عن العقد حتى إذا تبين له أن السلعة التي تسلمها بمقتضى العقد لا توافق رغباته أو إنه تصورهما خلافاً لما هي عليه في الواقع. وهذه القاعدة إذا كانت تلائم عقد البيع الذي يبرم حاضرين فإنها لا تتفق مع طبيعة عقود التجارة الالكترونية. فالمستهلك في هذه العقود لا تتاح له رؤية الشيء إلا وصفاً وليس له إلا أن يقبل بهذا الوصف إذا أراد إبرام العقد. واضطراره هذا هو الأساس لحمايته في هذا الفرض. ويتحقق ذلك بإعطائه حقاً بالعدول عن العقد خلال مدة معينة تحسب ابتداء من تاريخ تسلمه السلعة. ولكي لا يكون هذا الأمر على حساب التاجر المحترف فإن نفقات إعادة السلعة تكون على المستهلك، طالما إن التاجر المحترف لم ينسب إليه خطأ وإن إعادة السلعة لم يكن بسبب عيب خفي فيها أو عدم مطابقتها للمواصفات التي أعلن عنها ابتداء.

ثانياً: تتميز عقود التجارة الالكترونية التي تبرم بين تاجر محترف ومستهلك بعدم التوازن بين الطرفين. فالتاجر يتمتع بالخبرة والكفاءة الفنية أما المستهلك فإنه دون التاجر بكثير في هذه المعرفة. وعدم التوازن هذا سمة أي عقد يبرم بين مستهلك ومحترف، وليس صفة قاصرة على عقود التجارة الالكترونية. بيد إن عدم التوازن يظهر بشكل أوضح في عقود التجارة الالكترونية. إذ تضاف إلى أبعاده في العقود التقليدية أبعاد أخرى. فجهل المستهلك في عقود التجارة الالكترونية لا يقتصر على جهله بمحل العقد أو أبعاد الشروط الواردة في العقد، بل يضاف إلى ذلك جهله بشخصية الطرف الآخر الذي يبرم العقد معه، بل إنه يجهل حتى مكان وجوده والنظام القانوني الذي يخضع له. وأمام هذا الواقع فإن إخضاع المستهلك للقواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين يكون في حقيقة الأمر تدعيماً لعدم التوازن بين الطرفين، خلافاً لما ينبغي أن يكون عليه الحال في العقد من توازن بين طرفيه. وهذا الأمر يتطلب بدوره تدخلاً تشريعياً يعيد توازن العقد ويحمي المستهلك من ضعف مركزه. ويتحقق ذلك بوسيلتين أثبتت:

١. تتمثل الوسيلة الأولى بفرض التزام على عاتق التاجر المحترف بتبصير المستهلك بكل الجوانب المحيطة بالعقد، ابتداء من تحديد هوية التاجر المحترف، ومروراً بتحديد محل العقد، وحتى بيان جميع الحقوق التي تكون للمستهلك بناء على هذا العقد. وبذلك يكون هذا الالتزام مفروضاً قانوناً، فيلزم التاجر به ولو لم يتم الاتفاق عليه. ويعد هذا الالتزام جوهرياً في عملية إعادة التوازن إلى العقد.

أما الوسيلة الثانية فتتمثل بعدم الاعتراف بالعقد الذي ينفرد بإعداده التاجر المحترف كما هو، وقبوله بكل الشروط التي ترد فيه على النحو الذي تقضي به قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". فقد يتضمن العقد شروطاً تعسفية لا يظن المستهلك ابتداء إلى ما فيها من مزايا للمحترف على حسابه، أو إنه لا يكون مطلعاً على هذا الشروط لعدم تدقيقه في العقد بناء على تسرعه أو ثقته بالتاجر المحترف. وهنا فإن تدخل المشرع يكون بإعطاء القضاء سلطة لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي ترد في عقود التجارة الالكترونية المبرمة مع المستهلك.

٢. ويتطلب الأمر في هذا الصدد نصاً خاصاً يمنح المستهلك مثل هذه الحماية، إذ إن الحماية من الشروط التعسفية، ولاسيما في إطار لتشريع العراقي، قاصرة على ما يعرف بعقود الإذعان. ومن المتفق عليه فقهاء وقضاء إن العقد لا يعد من عقود الإذعان إلا إذا تعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو موضع منافسة محدودة النطاق. والاعتماد على نظرية عقود الإذعان لا فعلي أو موضع منافسة محدودة النطاق. والاعتماد على نظرية عقود الإذعان لا يسمح بحماية المستهلك من الشروط التعسفية إذ لا تنطبق شروطها في غالب الأحوال.

ثالثاً وأخيراً: إن حماية المستهلك في إطار عقود التجارة الالكترونية يتطلب وكما تبين مما سبق - إقرار وابتداع قواعد جديدة لا تتفق مع القواعد التقليدية في العقود. بيد إن تحقيق الحماية المرجوة من هذه القواعد يقتضي في الوقت ذاته أن تكون هذا القواعد من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. والقول بخلاف ذلك يجعلها غير ذات فائدة. فتفوق التاجر المحترف يمكنه من فرض شروطه على خلافها واستبعادها فلا تتحقق الغاية من وضعها ابتداء.

المصادر:

أولاً: باللغة العربية

أ. الكتب

١. د. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢
٢. د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠١،
٣. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، ط٢، بغداد: منشورات دار الحكمة، ١٩٩٣،
٤. د. حسن الخطيب، مبادئ القانون التجاري العراقي، البصرة: مطبعة حداد، ١٩٦٤-١٩٦٥
٥. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤،
٦. د. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩
٧. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ (مصادر الالتزام)، الموصل: مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠،
٨. د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، ١٩٨٧،
٩. د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥
١٠. د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥،
١١. د. محمد صالح المؤذن، سلوك المستهلك، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧،

١٢. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، ٢٠٠١-٢٠٠٢ د.

١٣. د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

ب. البحوث والمقالات

١. د. ألاء يعقوب يوسف- التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام، مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين، المجلد السابع، العدد ١٢، ٢٠٠٤.

٢. تعقيدات التجارة الالكترونية هل تحتاج إلى تعديلات جذرية للنظام والتشريع في مصر. مقال متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

WWW.GN4ME.COM/ETESALST/ARTICLE.JSP/ARTID=7746

٣. توفيق شمبرور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المالية والمصرفية عبر الانترنت، ٢٠٠٠.

٤. د. راسم سميح عبد الرحيم، الاستثمار في التكنولوجيا، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالصناعة المصرفية العربية في عالم المعلوماتية والاتصالات الحديثة، بيروت- لبنان، ١٩٩٧.

٥. صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

[HTTp://WWW.MOHAMOON.COM/MONTADA/DEFAULT.ASPX/PARENTID=5418TYPE=2](http://WWW.MOHAMOON.COM/MONTADA/DEFAULT.ASPX/PARENTID=5418TYPE=2)

٦. عبد الإله الديوه جي، التجارة الكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، بيروت- لبنان، ٢٠٠٠.

٧. د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي- دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مجلة القانون المقارن، العدد ٢١، ١٩٨٩.

٨. د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وأثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي - دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية، ط ١، بغداد: مطبعة الصقر، ١٩٨٧.

٩. د. فائق الشماع، التجارة الالكترونية، مجلة دراسات قانونية، العدد الرابع، ٢٠٠٠.

١٠. د. محمد المرسي زهرة، القانون الاتحادي للمعاملات الالكترونية، مطلب عاجل، مجلة الصدى، العدد ١٨٠، السنة الرابعة، ٨/سبتمبر/٢٠٠٢.

١١. المنصف قرطاس، التجارة الالكترونية والإشكاليات التطبيقية المطروحة، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، بيروت - لبنان، ٢٠٠٠.

١٢. يونس عرب، قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، محاضرة ملقاة في نقابة المحامين الأردنيين ضمن برنامج المحامين المتدربين - الأردن، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، متاحة على شبكة الانترنت على الموقع:

[HTTP://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%LAW20%NET203%HTM](http://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%LAW20%NET203%HTM)

١٣. يونس عرب، متطلبات ومخاطر الانفتاح الالكتروني من النواحي الفنية والتشريعية، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى السابع لمجتمع الأعمال العربي - البحرين، ١٨-٢٠/تشرين الأول/٢٠٠٣، متاحة على شبكة الانترنت على الموقع:

[HTTp://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%LAW20%NET203%HTM](http://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%LAW20%NET203%HTM)

ج. الرسائل

١. سليمان براك دايج، الشروط التعسفية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠٢.

٢. سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ١٩٩٨.

٣. عامر قاسم محمد، الحماية القانونية للمستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٨.

د. القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.
 ٢. القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في حزيران ١٩٩٦ ودليل تشريعه الصادر عام ١٩٩٦،
 ٣. قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠،
 ٤. مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري الذي أعد في آذار/، ٢٠٠١
 ٥. قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١،
 ٦. قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ١٤/٩/٢٠٠٢.
- ثانياً: باللغة الانكليزية

I. RESEARCHES, PAPERS AND ARTICLES:

1. ANNE SALAUN, CONSUMER PROTECTION ISSUES, ESPRIT PROJECT 27028, ELECTRONIC COMMERCE LEGAL ISSUES PLATFORM, AVALLABLE AT:
[HTTP://WWW.6NETORG/PUBLICATION/MANUALS/CONTENT/ACCESS.TOC.PDF](http://www.6net.org/publication/manuals/content/access.toc.pdf).
2. APEC (ELECTRONIC COMMERCE STEERING GROUP), APEC VOLUNTARY ONLINE CONSUMER PROTECTION GUIDELINES, AVAILABLE AT:
[HTTP://WWW.EXPORT.GOV/APECEOMMERCE/CP/GUIDELINES.HTM](http://www.export.gov/apeccommerce/cp/guidelines.htm)
3. ARON YOUNGERWOOD& SUNWINDER MANN, EXTRA ARMOURY FOR CONSUMERS, THE NEW DISTANCE SELLING REGULATION, THE JOURNAL

OF INFORMATION, LAW AND TECHNOLOGY (JILT)
3,2000.

[HTTP://ELJ.WARWICK.AC.UK/JILT/00-3/YOUNDERWOOD.HTM](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/younderwood.htm)

4. CHRIS CONNOLLY, ELECTRONIC COMMERCE: LEGAL AND CONSUMER ISSUES, A PAPER WAS PRESENTED AT THE CYBER LAW CONFERENCE, 1 APRIL, 1998, AVAILABLE AT:

[HTTP://AUSTLI.EDU.AU/ITLAW/ARTICLES/CONNOLLY.HTM](http://austli.edu.au/itlaw/articles/connolly.htm)

5. FRED M. GREGURAS, TRUDY A. GOLOBIC, ROBERT A. MESA CONTRACT ISSUES, AVAILABLE AT:

[HTTP://WWW.BATNET.COM/OIKOUMENE/EC-CONTRACTS.HTMIL](http://www.batnet.com/oikoumene/ec-contracts.html)

6. JULIA HURNLE, THE EUROPEAN UNION TAKES INITIATIVE IN THE FIELD OF E-COMMERCE, THE JOURNAL OF INFORMATION, LAW AND TECHNOLOGY, ISSUE, 3, 2000.

[HTTP://ELJ.WARWICK.AC.UK/JILT/00-3/HORNLE.HTML](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/hornle.html)

7. LEE A. BYGRAVE & DAN SANTESSON, JURISDICTIONAL ISSUES AND CONSUMER, CYBERSPACE LAW RESOURCES.

[HTTP://FOLK.UIO.NO/LEF/OLDPAGE/ARTICLES/CLE-PAPER.PED](http://folk.uio.no/lef/oldpage/articles/cle-paper.ped)

8. MICHAEL GEIST, CONSUMER PROTECTION AND LICENSING REGIMES REVIEW: THE IMPLICATIONS OF ELECTRONIC COMMERCE, JANUARY 2000.

[HTTP://AIXL.UOTTAWA.CA/~GEIST/MCCREGEIST.PDF](http://aixl.uottawa.ca/~geist/mccregeist.pdf)

9. OECD(ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION & DEVELOPMENT), OECD GUIDELINES FOR CONSUMER PROTECTION IN THE CONTEXT OF ELECTRONIC COMMERCE, 1999. AVAILABLE

[HTTP://WWW.OECD.ORG/DOCUMENT/51/0,2340,EN-2649-34267-1824435-1-1-1-1,00.HTML](http://www.oecd.org/document/51/0,2340,EN-2649-34267-1824435-1-1-1-1,00.HTML)

10. PANAGIOTA KONTOGEORGON & MICHAEL G. ALEXION, ENHANCING CONSUMER CONFIDENCE IN ELECTRONIC COMMERCE ENHANCING CONSUMER PROTECTION IN ELECTRONIC PAYMENTS, 17TH BILETA ANNUAL CONFERENCE, FREE UNIVERSITY, AMSTERDAM, APRIL 5TH – 6TH 2002.

[HTTP://WWW.BILETA.AC.UK/02PAPERS/ALEXION.HTM](http://www.bileta.ac.uk/02papers/alexion.html)

[L](http://www.bileta.ac.uk/02papers/alexion.html)

11. UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA, CONSUMER PROTECTION AND ELECTRONIC COMMERCE. AVAILABLE AT:

[HTTP://WWW.LAW.UALBERTA.CA/ALRI/ULC/CURRENT/ECP.HTM](http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ecp.htm)

II.LEGISLATIONS:

1. EC DIRECTIVE 97/7/EC ON THE PROTECTION OF CONSUMERS IN PESPCT OF DISTANCE CONTRACTS, ANAILABLE AT;

[HTTP://EUROPA.EU.INT/COMM/CONSUMERS/POLICY/DEVELOPMENTS/DISTSELL/DIST01EN.HTML](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/distsell/dist01en.html)

2. THE CONSUER PROTECTIO (DISTANCE SELLING) REGULATION 2000, STATUTORY INSTRUMENT 2000. NO.2334 AVAILABLE AT:

[HTTP://WWW.HMSO.GOV.UK/SI/SI2000/2002334.HTM](http://www.hms0.gov.uk/si/si2000/2002334.htm)

3. EU DIRECTIVE 2000/31/EC ON CERTAIN LEGAL ASPECTS OF INFORMATION SOCIETY SERVICES, IN PARTICULAR ELECTRONIC COMMERCE, IN THE INTERNAL MARKET (DIRECTIVE ON ELECTRONIC COMMERCE) AVAILABLE AT:

[HTTP://EUROPA.EU.INT/EURLEX/EN/LIF/DAT/2000/EN300L0031.HTML](http://europa.eu.int/eurlex/en/lif/dat/2000/en/300l0031.html)

الرجوع في الهبة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)

بحث تقدم به الدكتور

قصي سلمان هلال

مدرس

كلية التراث الجامعة

قسم القانون

الرجوع في الهبة في التشريع العراقي دراسة مقارنة

الدكتور: قصي

سلمان هلال

مدرس في كلية

التراث الجامعة

خلاصة البحث

أجاز التشريع العراقي الرجوع في الهبة لأعذار ساقها المشرع ما لم يكن هناك مانع يمنع ذلك الرجوع. والسند القانوني للحكم بالرجوع في الهبة والتي انعقدت بدون عوض فهو نص قانوني استثنائي يجيز ذلك في ظل توافر عذر يبرر هذا الرجوع. وللرجوع أثراً بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير. فالرجوع يعد إبطالاً للعقد ذاته وهذا يتفق مع كون الرجوع في الهبة بالتراضي (إقالة) لأن الأخيرة تنهي العقد من وقت حصولها فيلتزم الموهوب له برد الموهوب وثمراته عدا تلك المقبوضة بحسن نية وبالمقابل للموهوب له الرجوع بالمصروفات على الواهب. علماً إن نص المشرع على إن الرجوع في الهبة إبطالاً لأثرها من وقت الرجوع ينطوي على حماية لحقوق الغير التي كان قد كسبها على الشيء الموهوب للفقرة ما بين انعقاد الهبة والرجوع فيها.

Abstract

The Iraqi legislation starting has permitted revocation of gift for reasons set by the legislator as an example, considering them excuses commonly occur, provided that there should be no hindrance to prevent such revocation whether this hindrance exists at the time of the gift initiation or even occurs after initiation.

If revocation of gift takes place by consent of its parties, it is thus a termination of the gift should exist and be at the disposal of the drone at the time of termination. However, if revocation of gift takes place by force of judiciary, it is thus an abolishment of the gift; if it is with compensation; but, this is an abolishment which dose not take place with a regressive effect, but its effect will appear prospectively. The revocation is abolishment of the very agreeing parties as well as third parties. The revocation of gift is abolishment of its effect as of time of revocation; implies protection for the period between commencement of the gift and revocation thereof.

المقدمة

الرجوع في الهبة لا يمكن أن يكون إلا في الهبة المباشرة وهي تلك التي لا تتحقق إلا بأن يلتزم الواهب بنقل حقي عيني إلى الموهوب له أو إن يلتزم له بحق شخصي، بينما لا يمكن الرجوع في الهبة غير المباشرة كما في الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير، لأنها لا تشتمل على التزام بنقل الملكية.

وقد اخترنا الرجوع في الهبة موضوعاً لبحثنا وذلك لكونه موضوعاً قد أثار خلافات بين فقهاء الشريعة الإسلامية كما وانه أثار اختلافات في المواقف التشريعية والفقهية

القانونية فضلاً عن إن الرجوع في عقد الهبة بحد ذاته يعد خروجاً على القواعد العامة التي لا تسمح بإلغاء العقد بعد انعقاده من جانب واحد. وعليه فقد أنصب بحثنا على الرجوع في الهبة في التشريع العراقي ابتداء من مجلة الأحكام العدلية ومن ثم القانون المدني وبالمقارنة مع التشريعين المصري والفرنسي. ولقد قسمنا البحث إلى مبحثين رئيسيين الأول تناولنا فيه أنواع الرجوع وموانعه وأعداره والثاني خصصناه للطبيعة القانونية للرجوع وأثاره.

المبحث الأول

الرجوع في الهبة

العقد شريعة المتعاقدين. فإذا أبرم العقد صحيحاً فقد توافرت فيه القوة الملزمة لأطرافه، فلا يجوز لأي من أطرافه أن يستقل بتعديله أو حل قوته الملزمة. إلا إن المشرع العراقي قد خرج عن هذا المبدأ في عقد الهبة، فأجاز للواهب أن يرجع عن هبته لأنه قد راعى إن الواهب أخرج شيئاً من ذمته المالية دون مقابل، ولهذا أعطاه حق الرجوع في الهبة.

وجواز الرجوع في الهبة مختلف عليه في الفقه الإسلامي فالمالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والزيدية^(٤) لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة وهي حالة هبة الوالد لولده وهو ما يسمى عند الحنابلة باعتصار الهبة أي استرجاعها، فيعتصر الأب أي يسترجع قهراً ما وهبه لولده ويستندون في ذلك إلى ما روي عن النبي ﷺ بقوله (لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي لولده) لا بل إنه يحكى عن أهل ظاهر رواية عن أحمد بن حنبل بعدم جواز الرجوع في الهبة أصلاً ولو من الوالد استدلالاً بالحديث النبوي الشريف (العائد في هبته كالعائد في قبئه)^(٥).

(١) أبو الحسن علي بن عبد السلام السلام "التسولي" البهجة في شرح التحفة/ج ٢/الطبعة الأولى/مصر/بلا سنة طبع/ص ٢٢٦.

(٢) ابن حجر الهيتمي/الفتاوى الكبرى/ج ٣/الناشر عبد الحميد أحمد/مصر/بلا سنة طبع/ص ٣٦٣، ص ٣٦٨.

(٣) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي/الكافي/ج ٢/الطبعة الثالثة/المكتب الإسلامي-بيروت-١٩٨٢/ص ٤٦٩.

(٤) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني/سبل السلام شرح بلوغ المرام/ج ٢ دار الجبل-لبنان-١٩٨٠/ص ٩٣٩، ص ٩٤٠.

(٥) أبو الحسين مسلم القشيري النيسابوري/صحيح مسلم/المجلد الثالث/دار الكتاب المصري-القاهرة-١٣٧٤هـ-١٩٥٤م/ص ١٢٤١.

أما الحنفية^(١) فقد أجازوا الرجوع في الهبة إلا لمانع ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها).

وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية إلى ما ذهب إليه الحنفية بالأخذ بحق الواهب في الرجوع في الهبة. وقد سار على نفس الاتجاه القانوني المدني العراقي حيث نصت المادة (٦٢٠) منه على إن (للوهاب أن يرجع في الهبة...).

المطلب الأول

أنواع الرجوع

الرجوع في الهبة قد يتم بتراضي الطرفين، وفي حالة عدم قبول الموهوب له على الرجوع فليس أمام الواهب إلا الالتجاء إلى القضاء للحكم له بإبطال أثر الهبة شريطة أن يكون هناك عذر مقبول يبرر طلب الرجوع وقبل ذلك ألا يكون هناك ما يمنع الرجوع في الهبة.

أولاً: الرجوع في الهبة بالتراضي

يقصد بالتراضي على الرجوع في الهبة توافق إرادتي الواهب والموهوب له على حل الرابطة العقدية بإيجاب وقبول جديدين مستقلان عن الإيجاب والقبول اللذين انعقدت بهما الهبة. وقد كانت المجلة تميز ما بين أن يتم الرجوع قبل قبض الموهوب وما بين أن يتم بعد ذلك. فإن كان قبل القبض فإنه لا يتوقف على رضا الموهوب له ولا على حكم المحكمة، حيث يمكن القول بأن حق الرجوع قبل القبض يعد حكماً مطلقاً غير مقيد بأي قيد^(٢).

(١) رد المحتار على الدر المختار/حاشية ابن عابدين/المجلد الرابع/الطبعة الثانية/دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٨٧م/ص ٥١٥ ود. محمد وهيبه/شرح النظرية العامة للالتزامات/مطبعة أبي الهول - ١٩٤٥م/ص ٢٥٦، ص ٢٥٧.

(٢) تنص المادة (٨٦٢) على ما يلي (للوهاب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له).

وأما بعد القبض فلا بد لصحة الرجوع من رضا الموهوب له أو حكم المحكمة لأن الواهب لو رجع في الهبة بدون ذلك واسترد المال الموهوب كان غاصباً فيضمن المال إذا هلك أو ضاع يده^(١).

والعلة في الفرق بين الرجوع قبل القبض وبين الرجوع بعده، هو إنه في القبض لم يتم الملك الموهوب له فلا يتوقف الرجوع على رضائه.

وأما بعد القبض فقد تم الملك له وربما أمتنع عن الرد ولم يرض به^(٢).

ويجب أن نشير هنا إلى إن ما تقدم ذكره لا يعني إن عقد الهبة عقداً عينياً فهو ينعقد بمجرد التراضي قبل القبض غير إنه لا ينقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له إلا بعد القبض أو ما يحل محله كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ونحوه شأنه شأن بيع المال المثلي المعين بنوعه أو صفة فهو لا ينقل ملكية المبيع إلا بعد الإفراز مع إن أحداً لم يقل بأن هذا العقد عقد عيني وهذا ما تؤكدته المادة (١/٥٥٨) من القانون المدني المصري (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض) وهذا شأن القانون المدني العراقي كذلك حيث تنص المادة (١/٦٠٣) منه على إنه (لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض...) أي لا تتم من حيث الآثار لا من حيث الانعقاد فهي تتعقد في حد ذاتها ولكنها لا تنقل الملكية إلى الموهوب له إلا بعد القبض. فعدم التمام إنما هو بالنسبة للآثار لا بالنسبة للانعقاد وإلا لما استعمل المشرع العراقي تعبير (لا تتم) بدلاً من (لا تتعقد) الذي استعمله في مولد أخرى ومنها المادة (٦٠٢) ونصها (إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة).

ثانياً: الرجوع في الهبة في التقاضي

إذا كان الرجوع في الهبة يتم بالتراضي فليس من المتصور أن يرضى الموهوب له بهذا الرجوع في جميع الأحوال. فلا يكون أمام الواهب سوى اللجوء إلى القضاء للحكم له بفسخ الهبة وذلك متى ما كانت الهبة لا تقترب بمانع من موانع الرجوع. وكان لدى الواهب عذر مقبول للرجوع. إذن فالرجوع في الهبة بالتقاضي مقيداً

(١) راج نص المادة (٨٦٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) منير القاضي/شرح المجلة/ الجزء الثاني/ الطبعة الأولى/ مطبعة العاني/ ١٩٤٩ ص ٢٤١.

بالقيدين المذكورين بخلاف الرجوع بالتراضي حيث لم يقيد المشرع بأي قيد سوى رضا الموهوب له.

المطلب الثاني

موانع الرجوع

يمكن أن نعتمد تقسيماً ثنائياً لموانع الرجوع وهو نفس التقسيم الذي اعتمدته العلامة السنهوري، حيث قسمها إلى موانع قائمة منذ صدور الهبة وأخرى تطرأ بعد صدور هبا.

أولاً: موانع قائمة منذ صدور الهبة

تتصف هذه الموانع بأنها تتبع من طبيعة الهبة ذاتها. ويترتب على ذلك إن الهبة تصدر معها لازمة ولا يجوز للواهب الرجوع فيها ولو لعذر، اللهم إلا إذا تراضى مع الموهوب له على هذا الرجوع.

وقد وردت هذه الموانع في القانون المدني العراقي في (المادة ٦٢٣) وهي:

١. الهبة بين الزوجين

تناولت مجلة الأحكام العدلية هذا الموانع بالمادة (٨٦٧) ونصها (لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع).

وعليه وحتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها يجب أن تصدر حال قيام الزوجية قبل الدخول أو بعده.

فهبة الخطيب لخطيبته أو الخطيبة قبل قيام الزوجية يجوز الرجوع فيها^(١). بينما يبقى مانع الرجوع قائماً ولو وقعت الفرقة بين الزوجين^(٢).

لأن الزوجية المانعة من الرجوع في الهبة حسب ما نرى هي الزوجية الموجودة وقت الهبة وليست وقت الجوع.

وهناك اتجاه في الفقه الحنفي يفرق بين هبة الزوج لزوجته وبين هبة الزوجة لزوجها. فالهبة الصادرة عن الزوج لا يجوز الرجوع فيها أصلاً بعكس هبة الزوجة لزوجها

(١) د. السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني/الجزء الخامس/المجلد الثاني/دار النهضة

العربية- القاهرة- ١٩٦٢/١٣٦ف/ص ١٩٢.

(٢) راجع نص المادة (٦٢٣/د) مدني عراقي.

حيث يجوز لها الرجوع فيها متى ما أثبتت صدور تلك الهبة عن إكراه. وذلك على أساس إن الزوج يتمكن من إكراه زوجته بينما الزوجة لا تتمكن من ذلك^(١). ونحن بدورنا نعلق على هذا الرأي بأنه إذا كان للزوج إكراه زوجته على هبة مالها له، فالزوجة يمكن أن تستغل هوى في نفس زوجها فتحمله على التبرع لها. فعندها يسمح له القانون بنقض هبته خلال سنة من انعقادها^(٢). عموماً فإن الهبة بين الزوجين هبة لازمة منذ صدورهما فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير رضا الموهوب له، ذلك إن الهبة في هذه الحالة مقصود بها توثيق أوأصر العلاقة بين الزوجين، وقد توثقت فعلاً بالهبة، فتحقق غرض الواهب، ولم يعد يستطيع الرجوع وحده في هبته بعد أن تحقق غرضه^(٣). أما في التشريع الفرنسي فالقاعدة معكوسة حيث إن الأصل هو لزوم عقد الهبة وعدم جواز الرجوع فيها إلا في حالة استثنائية وهي أن تكون الهبة بين الزوجين حيث يجوز الرجوع فيها. فقد نصت المادة (١٠٩٦/١) منه على إن (جميع الهبات التي تتم بين الزوجين حال قيام الزوجية تكون قابلة للرجوع في جميع الأحوال). وحسب رأي فقهي^(٤) فإن السبب الذي دعا المشرع الفرنسي إلى أن يجعل هبة الزوجين قابلة للرجوع على كل حال هو إنه نظر إلى نية المتعاقدين ورأى إن الواهب لم يرد بهبته للزوج أن يلزم نفسه بشكل نهائي. بخلاف الشريعة الإسلامية فقد قررت إن علاقة الزوجية مانع من موانع الرجوع حفظاً لأوأصر العائلة وإبقاء على ما بين الزوجين من مودة ورحمة.

٢. أن تكون الهبة لدى رحم محرم

(١) أحمد إبراهيم/ التزام التبرعات/ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد/ السنة الثالثة/ ص ٦٠.

(٢) راجع نص المادة (١٢٥) مدني عراقي.

(٣) د. السنهوري/ نفس المصدر أعلاه/ ف ١٣٦/ ص ١٩٢.

(٤) د. حسن علي الذنون/ العقود المسماة/ الشركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة-بغداد- ١٩٥٤/ ص ٥٦.

والمحرمية في القرابة تعني كون القريبين يحرم التزاوج بينهما، كأب الشخص وجده وان علا، وكأمة وجداته وان علون، وكالفروع وان نزلوا، والأخوة والأخوات وفروعهم وان نزلوا، والأعمام والعلمات، والأخوال والخالات وهذا المانع أصله قول الرسول ﷺ (إذا كانت الهبة لذي رحم محرم، لم يرجع فيها)^(١).

أما الدليل العقلي لهذا المانع فهو إن المقصود من الهبة المذكورة صلة الرحم وبما إن هذا المقصد يحصل بتلك الهبة ولما كان عقد يفيد المقصود لازم، فالهبة المذكورة لازمة أيضاً، إذ إن الرجوع في الهبة التي تحصل بها صلة الرحم قطع للرحم، فالرجوع غير جائز^(٢).

علماً إن هذا المانع لا يقوم إلا إذا كان الموهوب له ذي رحم محرم، وعليه للواهب الرجوع. كذلك يجوز الرجوع إذا كان الموهوب له محرم غير ذي رحم كأم الزوجة والأخت في الرضاعة^(٣).

٣. هبة الدين للمدين

إذا وهب الدائن لمدينه الدين. فهذه الهبة هي إبراء من الدين. والإبراء يعني نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي لأنه لم يستوف لا عيناً ولا مقابلاً لأصل الدين، ويقع بإرادة الدائن وحده. فالإبراء من الدين يعد سبباً لانقضاء الدين دون وفاء به أي سبباً لسقوط الدين^(٤). والساقط لا يعود^(٥). ولذلك فليس للواهب الرجوع في هبته^(٦).

(١) سنن الترمذي/تحقيق أحمد محمد شاكر/الجزء الثالث/الطبعة الثالثة/دار الكتب العلمية/بيروت-١٩٨٥ ص ٢٩٣.

(٢) علي حيدر/درر الحكام شرح مجلة الأحكام- تعريب المحامي فهمي الحسيني/منشورات مكتبة النهضة-بيروت-بغداد(بدون سنة طبع) ص ٤٠٩.

(٣) علي حيدر/نفس المصدر أعلاه/ص ٤٠٩، د. السنهوري/مصدر سابق/ق ١٣٧ ص ١٩٣.

(٤) تنص المادة ٤٢٠ من القانون المدني العراقي على إنه (إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين).

(٥) د. مصطفى الزلمي/الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدينة العربية/الجزء الأول/جامعة صدام/شركة السعدون - ٢٠٠٠م/ص ٢٤٣.

(٦) يتجه العلامة السنهوري إلى إن الإبراء هبة غير مباشرة. للمزيد من التفصيل راجع الوسيط/الجزء الثالث/مكتبة النهضة المصرية- القاهرة-١٩٨٥/ف ٥٨٠ ص ٩٧٠.

٤. أن تكون الهبة صدقة

إذا كانت الهبة على سبيل الصدقة، فإن الواهب يبغي من ورائها ثواب الآخرة، وهذا الغرض إن شاء الله قد تحقق بمجرد صدور الهبة فلا مجال بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض المذكور. ويلاحظ بأن مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٧٤) قد منعت الرجوع عن الصدقة بعد القبض، بينما اكتفى القانون المدني العراقي^(١). لقيام مانع الرجوع بأن تكون الهبة صدقة دون الإشارة إلى القبض. لأنه وحسب ما نرى بأن الصدقة بحد ذاتها لا تكون إلا بعد تقديم المال للغير، حيث إن الصدقة تعني إعطاء الفقير مالاً^(٢).

٥. الهبة بعوض

اشتراط العوض في الهبة لا يؤدي إلى انتقاء نية التبرع، كما وإنه لا يجعل من الهبة معاوضة، فالتمييز بين عقد التبرع وعقد المعاوضة إنما هو مسألة موضوعية ولقاضي الموضوع بماله من سلطة تقديرية في كل حاله بذاتها وعلى ما يراه من الظروف المحيطة بها تحديد نوع العقد وصفته ولا يخضع حكمه في ذلك لرقابة محكمة التمييز. فلا يقيد القاضي في هذا الصدد ما يكون قد اتفق عليه المتعاقدان من عوض، ولكن نية المتعاقدين هي المرجع في ذلك^(٣).

ومتى ما كان الواهب قد قبض عن هبته عوضاً قل أو كثر، فليس له الرجوع في هبته^(٤).

ويشترط القانون المدني العراقي لقيام هذا المانع أن لا يكون العوض بعض الموهوب ومقبوضاً من الواهب، لأن الموهوب له إذا قدم الواهب عوضاً عن هبته وقبلها هذا،

(١) انظر نص المادة ٦٢٣/ط.

(٢) علي حيدر/مصدر سابق/ص ٤٢٦.

(٣) حسين عامر/إلغاء العقد/الطبعة الأولى/مطبعة مصر/القاهرة-١٩٥٣/ف ٣٣٤/ص ٢٩١.

(٤) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي/الأمم/الجزء الرابع/دار الفكر-بيروت ١٩٨٠/ص ٦٣،

سواء كان العوض مقدماً في عقد الهبة ذاته أو بعد صدور هذا العقد، امتنع على الواهب الرجوع في الهبة لتحقيق غرضه منها بأخذ العوض الذي ارتضاه عنها^(١). وإن كان العوض مشروطاً في العقد، فإنه مع كونه يمنع الرجوع فهو يقلب الهبة إلى بيع بعد قبضه، فيترتب على تلك الهبة أحكام البيع بخلاف الأول (العوض غير المشروط) فإنه يمنع الرجوع فقط^(٢).

علماً إن مجلة الأحكام العدلية لم تكن تشترط ما اشترطه القانون المدني العراقي من حيث أن يكون العوض بعض الموهوب. أما القانون المدني المصري فقد كان مشروعه التمهيدي يتفق مع ما اتجه إليه القانون المدني العراقي ثم تم حذف النص الذي يكرس ذلك الاتجاه، بحيث أشار العلامة السنهوري^(٣) إلى إنه (تبقى أحكام النص المحذوف سارية لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامي. فإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع.

ولعل الاختلاف بين القانون المدني العراقي ونظيره المصري يرجع إلى تأثر المشرع العراقي باتجاه الفقه الحنفي^(٤) الذي يشترط في العوض شرائط الهبة ومنها القبض والإفراز وعدم الشيوخ ولو كان العوض يسيراً.

ثانياً: الموانع الطارئة بعد صدور الهبة

هذه الموانع لا تتبع من الهبة ذاتها وإنما تطرأ بعد صدورهما فتمنع الرجوع فيها وهي:

١. أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته
الزيادة المتصلة قد تكون متولدة عن الموهوب ذاته كما لو كان الموهوب حيواناً هزياً فسمن عند الموهوب له أو غير متولدة كأن يكون الموهوب أرضاً فغرسها الموهوب له شجراً^(١).

(١) د. السنهوري/الوسيط/الجزء الخامس/المصدر السابق/ف/١٣٤/ص/١٩٠/هامش رقم (٢).

(٢) منير القاضي/مصدر سابق/ص/٢٤٦.

(٣) للمزيد من التفصيل انظر علي حيدر/مصدر سابق/ص/٤٢٣.

(٤) حاشية ابن عابدين/مصدر سابق/ص/٥١٦.

والعلة في اعتبار الزيادة المذكورة مانعة من الرجوع هي إنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة، لأن الزيادة لم ترد عليها الهبة فلا يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن، أي بعبارة أخرى يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه. وهذا الحكم الذي تبناه المشرع العراقي بنص المادة (٦٢٣/أ) يذكرنا بحكم مماثل ورد ضمن نصوص عقد البيع حيث يتعذر على المشتري المطالبة بفسخ العقد رغم توافر شروط دعوى ضمان العيوب الخفية متى ما حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد^(١).

ويتجه الفقه الحنفي لتعليل منع الرجوع في حالة الزيادة المتصلة المتولدة إلى إن الزيادة المذكورة تكون ملكاً للموهوب له فيتعارض حقان حق الموهوب له في الزيادة وحق الواهب في الرجوع الأول أرجح بلا شك من الثاني. أما بالنسبة للزيادة المتصلة غير المتولدة فإن أخذ الراهب الأصل يضر بالموهوب له فيما إضافة للموهوب كالبناء أو الغراس فيرجح حق الموهوب له على حق الواهب^(٢).

وهذا تطبيقاً حسب ما نرى للقاعدة الفقهية (درء المفسد أولى من جلب المنافع)^(٣). أما الزيادة المنفصلة فإنها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة أو غير متولدة، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وإنما يرد على الأصل، فيمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة. هذا فضلاً عن إن الزيادة المنفصلة تثبت ملكيتها للموهوب له فلا وجه لاسترداد الواهب إياها^(٤).

ولم يكتف القانون المدني العراقي لقيام هذا المانع أن تطرأ على الموهوب زيادة متصلة وإنما يجب أن تكون تلك الزيادة موجبة لزيادة قيمته. أما مجرد ارتفاع ثمن

(١) انظر نص المادة ٨٦٩ من المجلة.

(٢) راجع نص المادة ١/٥٦٣ مدني عراقي.

(٣) أحمد إبراهيم/مصدر سابق/ص ٦٢.

(٤) راجع نص المادة (٨) مدني عراقي.

(٥) للمزيد من التفصيل راجع د. السنهوري/الوسيط/الجزء الخامس/مصدر

سابق/ف ١٣٩/ص ١٩٥/هامش رقم (٣).

الموهوب فإنه لا يعد مانعاً من الرجوع وذلك لأن عين الموهوب لم تزدد في ذاتها وإنما زادت قيمتها لزيادة الطلب عليها^(١).

٢. موت أحد المتعاقدين

من موانع الرجوع في الهبة موت أحد المتعاقدين سواء كان الواهب أو الموهوب له. فإذا مات الواهب فليس لورثته الرجوع في الهبة واسترداد الموهوب. فبموت الواهب يبطل خيار فسخ الهبة لأنه خيار يتصل بشخص صاحبه فلا يورث كخيار الرؤية والشرط. هذا فضلاً عن إن الواهب وحده هو الذي يقدر الاعتبارات التي يراها مبرراً لطلب الرجوع في الهبة لذلك لا ينتقل هذا الحق إلى ورثته^(٢). ومن ضمن هذه الاعتبارات عدم قيام الموهوب له بأداء العوض الذي تم اشتراطه في الهبة وحتى ولو كان هذا العوض مشروطاً لمصلحة أخرى غير مصلحة الواهب كالمصلحة العامة. ففي هذه الحالة يبقى للواهب وحده الحق في الرجوع في الهبة دون الورثة حتى تنتفي مظنة إثارة لمصلحتهم في هذه الحالة. وإذا كان العوض لمصلحة أجنبي عن العقد، فإنه ليس للواهب إلا المطالبة بالتنفيذ، شأنه في ذلك شأن الأجنبي^(٣).

ووفاة الموهوب له تعد مانعاً من الرجوع لأنه بوفاة الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته من الموهوب له (مورثهم) وليس من الواهب، ولما كان ليس للواهب الرجوع في الهبة في حالة انتقال ملكية الموهوب لآخر في حياة الموهوب له، فكذلك ليس له ذلك في حالة انتقال الملك إلى الورثة بوفاة الموهوب له، ولأن تبدل سبب الملك يقوم مقام تبدل العين فيصير الموهوب عيناً أخرى بانتقاله إلى الورثة^(٤).

٣. أن يتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية.

(١) منير القاضي/مصدر سابق/ص ٢٤٦، ص ٢٤٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي/العقود المسماة/مطابع دار الكتاب العربي/القاهرة- بدون سنة طبع/٧٧ ص ١٥٨.

(٣) حسين عامر/مصدر سابق/ف ٣٣٥/ص ٢٩١.

(٤) علي حيدر/مصدر سابق/ص ٢.

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية كالبيع والهبة أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع في هبته حتى لو عاد الموهوب بعد ذلك إلى الواهب مرة أخرى وذلك لأن تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتبدل السبب^(١).

وقد عبر المشرع العراقي عن هذا المانع بعبارة (أن يتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً) وكان يجدر به أن يذكر (... تصرفاً ناقلاً للملكية) فالعبارة الأخيرة يتحقق معها قصد المشرع ولا سيما إن عبارة (مزيلاً للملكية) تتناقض مع سمة الديمومة التي يتسم بها حق الملكية، حيث إن حق الملكية دائم ولا يزول مادام محله باقياً. فالبيع والهبة ما هي إلا تصرفات ناقلة للملكية وليست مزيلة لها.

وهذا المانع لا يزول حتى عند إقالة العقد الذي تصرف به الموهوب له بالشيء الموهوب. فإذا وهب الوالد لولده شيئاً ثم باعه الموهوب له للغير، ثم أقال عقد البيع مع المشتري فعندها لا يملك الواهب الحق في الرجوع في الهبة بعد عودة المال الموهوب إلى ملك الموهوب له^(٢). لأن الموهوب له يعد حينها بالنسبة للواهب قد اشترى الموهوب من مشتريه.

٤. هلاك الموهوب في يد الواهب له

إذا هلك الشيء الموهوب هلاكاً كلياً في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو بسبب الاستعمال فلا يكون بوسع الواهب الرجوع في هبته وبطبيعة الحال لا يكون أمامه الرجوع على الموهوب له بالضمان لكون الشيء الموهوب مملوكاً للموهوب له وقت حدوث الهلاك. والحق القانون المدني العراقي^(٣). بهلاك الموهوب تغييره من حالة إلى أخرى حتى تزول صورته الأولى واسمه وتكون له صورة أخرى واسم جديد كالحنطة إذا طحنت دقيقاً، لأن الذي وهبه الواهب زال

(١) منير القاضي/مصدر سابق/ص ٢٤٧.

(٢) فخر الدين عثمان بن علي الزبيلي/تبين الحقائق شرح كنز الدقائق/الجز الرابع/الطبعة

الثالثة/دار المعرفة/بيروت- بلا سنة طبع/ص ٧٢.

(٣) راجع نص المادة (٦٢٣/و).

وحل غير محله، والشيء يهلك بزول صورته وفقد مشخصاته، فالرجوع في الأصل متعذر والموجود غير ما وهبة الواهب^(١).

المطلب الثالث

أعذار الرجوع

ذكرنا بأن الرجوع في الهبة مقيد بقيدتين، الأول أن لا يكون هناك مانع من موانع الرجوع، أما الثاني فهو أن يكون للواهب عذر يبرر رجوعه في الهبة. وبالوقوف على المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي ونصها (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة...) يظهر إن الأعذار التي ساقها المشرع للرجوع في الهبة لم تذكر على سبيل الحصر بل المثال باعتبارها الأعذار عذر لتبرير طلب رجوعه يقنع به القاضي بما له من سلطة تقديرية، فسخ القاضي الهبة لهذا العذر حيث إن الرجوع في الهبة لعذر مقبول ليس إلا فسخاً قضائياً يخضع لسلطة القضاء التقديرية.

١. أن يخل الموهوب له بواجباته تجاه الواهب:

تناول المشرع هذا العذر بنص المادة (٦٢١/أ) التي تشترط أن يكون إخلال الموهوب له تجاه الواهب (إخلالاً خطيراً) ووردت نفس العبارة في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إلا إن لجنة المراجعة حذفها اكتفاءً بعبارة (جحوداً كبيراً) الواردة في النص المصري^(٢) والتي تقابلها عبارة (جحوداً غليظاً) في النص العراقي أعلاه.

فالواهب إن لم يكن ينتظر مقابل من الموهوب له لكون الهبة من التبرعات إلا إنه لا ينتظر إخلال من جانب الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، ويجب أن لا يفهم من هذا النص تعلقه بإخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد الهبة لأن هذا الإخلال خصص له المشرع فقرة أخرى ضمن نص المادة (٦٢١) مع إن نص

(١) د. محمود جمال الدين زكي/ مصدر سابق/ف٨١ ص١٦٧.

(٢) السنهوري/الوسيط/ج٥/مصدر سابق/ف١٤٢ ص١٩٨/هامش رقم (١).

المادة (٦٢١/أ) يستوعب حالة الإخلال المذكورة^(١). وعليه فإن نص الفقرة (أ) من المادة (٦٢١) يمكن أن يشمل أي عمل أو امتناع عن عمل يصدر من الموهوب له ويلحق بالواهب ضرراً مادياً أو معنوياً إلى الحد الذي يكون فيه هذا السلوك إخلالاً خطيراً ويشكل في الوقت ذاته جحوداً غليظاً من جانب الموهوب له، دون أن يحصر المشرع الأفعال التي تشكل ذلك الإخلال الخطير والتي تنطوي على الجحود الغليظ هذا بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي حصر هذه الأفعال لأن الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة. فقد ذكرت المادة (٩٥٥) من القانون المدني الفرنسي حالات الجحود على سبيل الحصر وهي الاعتداء على حياة الواهب، وإساءة معاملة الواهب إساءة جسيمة أو إذا ارتكب نحوه جريمة جسيمة أو أهانه إهانة جسيمة، وأخيراً إذا امتنع عن الاتفاق عليه.

٢. عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن النفقة على من تجب عليه نفقتهم:

ورد هذا العذر بنص المادة (٦٢١/ب) من القانون المدني العراقي ويظهر من هذا النص بأن العذر يقوم بمجرد أن يعجز الواهب عن تلبية متطلبات معيشته وبما يتناسب مع مكانته الاجتماعية. فالمعيار شخصي يرتبط بشخص الواهب ومكانته في المجتمع وسواء تحقق هذا العجز بسبب الأموال التي خرجت من ذمته المالية عند الهبة أو لأسباب أخرى. كما ويتحقق هذا العذر عند عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم كالزوجة والأصول والفروع.

ولكن السؤال الذي يطرح بصدد هذا العذر، هو هل إن هذا العذر يبقى قائماً حتى وإن أبدى الموهوب له استعداداً للإنفاق على الواهب أم لا؟

لم يتطرق القانون المدني العراقي لحكم هذه الحالة بخلاف نظيره الفرنسي الذي نصت المادة (٩٥٥) منه على إن قبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع الرجوع

(١) يلاحظ بأن النص المصري يوسع من دائرة الإخلال الصادر عن الموهوب له بحيث يشمل كذلك إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو أحد من أقارب الواهب وليس تجاه الواهب فقط كما هو عليه الحال في النص العراقي.

في الهبة، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة عليه فامتنع الموهوب له.

ونحن نتفق مع اتجاه التقنين الفرنسي حيث كان يجدر بالمشرع إضافة شرط للنص العراقي يمنع فيه على الواهب الرجوع في هبته رغم عجزه المالي متى ما أبدى الموهوب له استعدادة الإنفاق على الواهب بناءً على طلب الأخير أو حتى بدون طلبه. وهذا أدعى بلا شك لتحقيق الاستقرار في المعاملات المالية الذي ينشده المشرع حيث لا يعقل أن نسمح للواهب الرجوع في هبته لمجرد أن الواهب أصبح في مركز مالي لا يؤهله تلبية متطلبات المعيشة التي تتناسب مع مركزه الاجتماعي وبالرغم من إن الموهوب له أبدى استعدادة للإنفاق عليه بما يحسن مركز الواهب المالي.

٣. أن يرزق الواهب ولداً

ورد هذا العذر بنص المادة (٦٢١/ج)^(١)، حيث يفترض أن لا يكون للواهب ولد وقت صدور الهبة، فهو فد وهب ماله بدافع إنه ليس له ولد يخلفه في ماله وكذلك دافع تفضيل الموهوب له على ورثته الآخرين أن وجدوا. أو إن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت صدور الهبة ثم يظهر إنه لا يزال حياً ففي الحالتين انعدم لديه الدافع إلى الهبة فيرجح المشرع مصلحة ولده الذي رزق به أو ظهر حياً على مصلحة الموهوب له.

٤. إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية

لا تنتفي نية التبرع، ولو اشترط الواهب عوضاً لما وهب. والعوض قد يكون التزاماً في ذمة الموهوب له، وهو عادة أقل من الموهوب، فإن تبين إنه أكبر في القيمة، فلا يكون الموهوب ملزماً أن يؤدي إلا بقدر قيمة الموهوب^(٢).

(١) القانون المدني الفرنسي بنص المادة (٩٦٣) منه يولي ولد الواهب حماية خاصة حيث يتجه إلى إنه إذا كان الرجوع بسبب إن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة فإن الهبة تنفسخ من تلقاء نفسها، ويكون لانفساخها أثر رجعي بالنسبة إلى الغير، فيتلقى الواهب ملكية الموهوب خالية من أي حق كان قد رتبته الموهوب له بعد الهبة.

(٢) راجع نص المادة (٤٩٩) مدني مصري.

وإذا كان المتبرع قد اشترط تكليفاً على عاتق المتبرع له، فإن عدم تنفيذ هذا الالتزام يبيح للمتبرع أن يطالب بتنفيذه أو يفسخ التبرع طبقاً للقواعد العامة^(١).

فالرجوع في الهبة عند قيام العذر المتمثل بإخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية ما هو إلا فسخاً قضائياً لعد الهبة.

ولقد ورد هذا العذر بالمادة (٦٢١/د) ونصها (أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول).

ويظهر من هذا النص إن عذر الرجوع في الهبة لا يقوم إلا إذا أخل الموهوب مما يبرر بالتزام مترتب في ذمته ناشئ عن عقد الهبة، كالالتزام بالإنفاق على الواهب مما يبرر للواهب طلب الفسخ طالما إن الطرف الآخر أخل بما التزم به.

أما مسألة اشتراط النص أن يكون إخلال الموهوب بالتزاماته بدون عذر مقبول لا يعد سوى تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية الفسخ التي تمنح القاضي الفرصة في رفض طلب الفسخ إذا كان المدين قد أخل بتنفيذ التزام لظروفه المحيطة به^(٢).

وعلى العموم فإن المشرع العراقي لم يكن بحاجة لأن يفرد لهذه الحالة فقرة مستقلة حيث إن الفقرة (أ) من المادة (٦٢١) يمكن أن تغطي الحالة التي تناولتها الفقرة (د) بدليل أن بقية التشريعات المدنية لم تتناولها ومنها القانون المدني المصري^(٣).

٥. قتل الموهوب له الواهب:

تناول المشرع هذا العذر بالمادة (٦٢٢) إلا إنه اشترط لكي يجوز لورثة الواهب طلب إبطال هبة مورثهم أن يكون القتل قد تم عمداً والعلة في ذلك هي حماية أرواح الناس بالإضافة إلى قاعدة (من يستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٤).

(١) تنص المادة (٦١١) من القانون المدني العراقي على إنه (تصح الهبة بشرط العوض... فإن لم يقدّم الموهوب له بالشروط كان الواهب أما أن يطالبه بالتنفيذ أو إنه يفسخ الهبة).

(٢) د. السنهوري/الوسيط/ج١/الطبعة الثانية/دار النهضة العربية/القاهرة- ١٩٦٤/٤٧٥/ص ٧٩٩.

(٣) راجع نص المادة (٥٠١) مدني مصري.

(٤) المادة (٩٩) مجلة الأحكام العدلية.

أما الشرط الثاني فهو أن يكون القتل قد تم بلا وجه حق. فنفهم من هذا الشرط بأنه لو كان الموهوب له قد قتل الواهب في ظل حالة الدفاع الشرعي فإن هذا الشرط ينتفي وبالتالي لا يكون أمام ورثة الواهب طلب إبطال الهبة. وهذا العذر انفرد المشرع العراقي بالنص عليه مع القانون المدني المصري وذلك لنفس السبب الذي ذكرناه أنفاً في العذر السابق. حيث إن نص المادة (٦٢١/أ) كان يمكن أن يغطي العذر الذي تناولته المادة (٦٢٢). فحالة القتل العمد يمكن أن تكون ضمن صور إخلال الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الإخلال من جانيه جحوداً غليظاً.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للرجوع وأثاره

سنتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية للرجوع في الهبة وذلك في المطلب الأول منه أما الثاني فسيخصص لأثار الرجوع بالنسبة للمتعاقدین وبالنسبة للغير.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للرجوع في الهبة

لاشك في إن الرجوع في الهبة إذا ما تم بتراضي الطرفين فهو إقالة لعقد الهبة. بشرط أن يكون الموهوب قائماً وموجوداً في يد الموهوب له وقت الإقالة^(١) أما إذا هلك الموهوب أو تغيرت حالته فعندئذ الرجوع في الهبة لتحقيق مانع من موانع الرجوع، ونفس الحكم ينطبق فيما لو كان الموهوب له قد تصرف بالموهوب. أما في حالة الهلاك الجزئي الذي يصيب الموهوب فإن الإقالة تصح في الباقي^(٢). وإذا تم الرجوع في الهبة بالتراضي قبل قبض الموهوب، فإن هذا الرجوع لا يمكن اعتباره إقالة وإنما يعد باطلاً لآثار الهبة من وقت الرجوع قد تم باتفاق الطرفين. وإن التكييف القانوني للرجوع بالتراضي على إنه إقالة لا يختلف وإن كانت الهبة بعوض. لأن الإقالة حل للرابطة العقدية يتم باتفاق العقدين وسواء كان العقد من عقود المعارضة كالبيع أم من عقود التبرع كالهبة مع ملاحظة بأن الهبة إن كانت بعوض فهذا لا ينفي عنها طبيعتها باعتبارها من التبرعات. فالتمييز بين المعارضات والتبرعات لا يستند إلى وجود العوض في العقد من عدمه وإنما يستند إلى وجود نية التبرع أو انتفائها. ووجود نية التبرع مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع وحده دون رقابة من محكمة التمييز^(٣).

(١) انظر نص المادة (١/١٨٢) مدني عراقي.

(٢) انظر نص المادة (٢/١٨٢) مدني عراقي.

(٣) د. جعفر الفضلي/الوجيز في العقود المدنية/عمان-١٩٩٧/ص ١٨.

بينما يختلف التكييف القانوني للرجوع بالتقاضي ما بين أن تكون الهبة بعوض وبين أن تكون بلا عوض.

فإذا كانت الهبة بعوض وتم الرجوع فيها بحكم التقاضي فإن الرجوع في هذه الحالة يعد (فسخاً قضائياً) وذلك لأن من شروط الفسخ أن يرد على عقد ملزم لجانبين وأن يخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه.

وبدليل ما جاء بالشرط الأخير من المادة (٦١١) من القانون المدني العراقي ونصها (... فإن لم يقم الموهوب له بالشرط كان للواهب أما أن يطلب بالتنفيذ أو أن يفسخ الهبة).

فعقد الهبة بلا عوض لا يمكن طلب فسخه، بينما يمكن أن يرد عليه الفسخ إن كانت الهبة بعوض فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق (للمدعية الحق بفسخ عقد الهبة للدار موضوع الدعوى إذا كانت قد اشترطت في العقد قيام المدعى عليها بالإنفاق عليها ولم يقدّم بذلك...) (١).

أما الرجوع بالتقاضي في الهبة التي انعقدت بدون عوض فلا يمكن اعتباره فسخاً. لأن نظرية الفسخ أساساً لا تطبق في إطار العقود الملزمة لجانب واحد ومنها الهبة. علماً إن ما جاء بالمادة (٦١٧) ونصها (نفقات الهبة على الموهوب له...) لا يغير من طبيعة الهبة بدون عوض شيئاً أي بمعنى آخر لا يجعلها عقداً ملزماً لجانبين. وذلك لأن الالتزام المذكور لا يلتزم به الموهوب لمصلحة الطرف الآخر وهو الواهب. فالعقود الملزمة لجانبين كما هو معلوم أساسها دوران صفتي الدائنية والمديونية بين طرفي العقد بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً للآخر في الوقت ذاته، وهذا كله غير متحقق في عقد الهبة بدون عوض.

هذا بالإضافة إلى إن النص أعلاه من النصوص المفسرة التي يمكن للواهب والموهوب له الاتفاق على خلافه بجعل نفقات الهبة على الواهب.

(١) القرار المرقم (٦٢٦/عقار/٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٤/٧) منشور في مجموعة الأحكام العدلية/العدد الأول والثاني لسنة ١٩٨٧/ص ٣٥.

وبالرجوع إلى القواعد العامة وتحديداً المادة (١٤٦/١) ونصها (إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه إلا بمقتضى نص في القانون أو التراضي)^(١).

نجد إن سند الرجوع في الهبة بعد قبض الموهوب وبدون رضا الطرف الآخر هو نص في القانون يجيز ذلك عند قيام أي من أعذار الرجوع في الهبة.

المطلب الثاني

آثار الرجوع في الهبة

تترتب على الرجوع في الهبة آثار بين المتعاقدين وكذلك آثاراً بالنسبة للغير.

أولاً: آثار الرجوع بالنسبة للمتعاقدین

الرجوع في الهبة يترتب عدة آثار بالنسبة للعاقدین في القانون المدني العراقي، وهي إبطال أثر العقد من وقت الرجوع ورد الموهوب وكذلك رجوع الواهب بثمرات الموهوب، ورجوع الموهوب له بالمصروفات.

١. إبطال أثر العقد من وقت الرجوع

هذا الأثر تناولته المادة (١٦٢٤/١) سواء تم الرجوع بالتراضي أو بحكم القضاء، وبذلك فإن القانون المدني العراقي لم يأخذ بالأثر الرجعي للرجوع في الهبة كما هو شأن نظيره المصري، فالمادة (١٥٠٣/١) من القانون المدني المصري نص على ما يلي (يترتب على الرجوع في الهبة... أن تعتبر الهبة كأن لم تكن).

ومن الواضح إن اتجاه المشرع العراقي يتفق مع أحكام المذهب الحنفي التي تم تقنينها في التشريعات السارية خلال فترة حكم الدولة العثمانية^(١).

^(١) وعليه نجد تعارض بين هذا النص ونص المادة (٦١١) الذي يشير إلى إن الهبة تصبح لازمة فقط إذا كانت بعوض. ومن مفهوم المخالفة لهذا النص الأخير يظهر لنا بأن الهبة عقد غير لازم فقط إن لم تكن بعوض. بينما المادة (١٤٦/١) وهي قاعدة عامة تسري على العقود عموماً تؤكد على إن العقود غير اللازمة تؤول إلى لازمة عند تنفيذها حيث إن عدم لزوم العقد ينتهي متى ما تم تنفيذ العقد.

ويجب أن لا يفهم قصد المشرع العراقي على إنه اتجه إلى إبطال العقد وإنما اتجه إلى إبطال أثره فقط من وقت الرجوع في الهبة والدليل على ذلك إن المشرع نص صراحة على (إبطال العقد) بالمادة (٦٢٢) المتعلقة بحالة قتل الموهوب للواهب، مما يثبت تفرقة المشرع بين إبطال العقد وبين إبطال أثره فقط.

وهذا يتفق مع كون الرجوع في الهبة بالتراضي (إقالة). فالإقالة تنهي العقد من وقت الاتفاق عليها لا من تاريخ إبرام العقد المراد إقالته، مما يترتب على ذلك بقاء الحقوق التي رتبها المتعاقد للغير على محل العقد السابق^(٢).

أما الرجوع في الهبة بالتقاضي، فإذا كان فسخاً قضائياً فإنه مع ذلك مستقل عن الفسخ عموماً من حيث إنه لا يتم بأثر رجعي وإنما بأثر مستقبلي.

وان لم يكن فسخاً قضائياً فهو حل للرابطة العقدية بنص القانون لتوافر عذر يبرر الرجوع وهذا النص القانوني ذاته يؤكد على إن الرجوع يترتب إبطالاً لآثار الهبة من وقت الرجوع فيها لا من وقت صدورها.

٢. رد الموهوب إلى الواهب

عند إبطال أثر الهبة للرجوع فيها اتفاقاً أو قضاءً، تنتقل ملكية الموهوب تلقائياً من الموهوب له إلى الواهب. وهذا ما نصت عليه المادة (١/٦٢٤) في شطرها الأخير (إذا رجع الواهب.... وإعادة لملكه). ويترتب على ذلك إن الواهب يستطيع أن يسترد الموهوب من الموهوب له إذا كان قد سلمه إياه. أما إذا طلب الواهب تسليمه الموهوب ومنعه الموهوب له بعد أعذاره بالتسليم فهلك في يده ضمنه^(٣).

^(١) تنص المادة (٥٢٧) من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على إنه (الرجوع في الهبة إلا بتراضي العاقلين أو بحكم الحاكم. فإذا رجع الواهب بإحداهما، كان رجوعه إبطالاً لأثر العقد في المستقبل وإعادة لملكه).

^(٢) راقية عبد الجبار علي/إقالة العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)/رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد-١٩٩٥/ص ١٦٢.

^(٣) انظر نص المادة (٦٢٥) مدني عراقي.

ويلاحظ بأن المشرع العراقي لم يكن بحاجة لا يراد هذا النص لأن ما ورد فيه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن صاحب يد الأمانة لا يضمن قيمة الشيء الذي تحت يده إلا إذا

وبالطبع لا يكون للواهب أخذ الموهوب قبل التراضي على الرجوع أو الحكم به وإلا كان يعد غاصباً.

٣. رجوع الواهب بالثمرات

نصت المادة (٢/٦٢٤) من القانون المدني العراقي على (ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى).

وما هذا الحكم إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بثبوت ملكية الحائز لثمار الشيء المقبوضة بحسن نية. وبلا شك فإن الموهوب له قبل الرجوع يعد حائز حسن النية وان في إلزامه برد الثمار إرهاباً له لا يوجد ما يبرره. إلا إن هذا الحائز حسن النية ينقلب إلى حائز سيئ النية من الوقت الذي يتراضى فيه مع الواهب على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، حيث يسأل عن الثمار التي قبضها أو تلك التي كان بالإمكان قبضها إلا إنه قد قصر في قبضها، غير إنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار^(١).

٤. رجوع الموهوب له بالمصروفات

تناولت المادة (٢/٦٢٤) في شطرها الثاني حق الموهوب له عند الرجوع في الهبة بمطالبة الواهب بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية التي حافظ بها الموهوب له على الشيء من الهلاك والتلف... وما هذا الحكم إلا تطبيقاً للقواعد العامة الواردة بشأن الحيابة^(٢).

وكذلك نصت نفس المادة على حق الموهوب له في استرداد المصروفات النافعة التي ليس من شأنها المحافظة على العين من الهلاك والتلف وإنما الزيادة في قيمتها أو منافعها، حيث لا يجوز للموهوب له الرجوع بها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الموهوب وليس بأقل القيمتين كما تقضي بذلك القواعد العامة.

كان قد تعمد أو تعدى. وان يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان بعد أعذار صاحب اليد بتسليم الشيء إن كان ملتزماً بتسليمه.

(١) انظر نص المادة (١/١١٦٧) مدني عراقي.

(٢) انظر نص المادة (١١٦٦) مدني عراقي.

ولم يتطرق المشرع لحكم المصروفات الكمالية التي أنفقها، تاركاً ذلك بلا شك للقواعد العامة التي تقضي بأن للموهوب له أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع^(١).

ثانياً: أثر الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير

الغير الذي يتأثر بالرجوع في الهبة هم من رتب لهم الموهوب له على الشيء الموهوب حقوقاً قبل الرجوع. وإن الرجوع في الهبة سواء تم بالتراضي أو بحكم القضاء، ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير كما ليس له أثر رجعي بالنسبة للعاقدين. فالرجوع يعد إبطالاً لأثر الهبة من حين الرجوع استناداً لنص المادة (١/٦٢٤) دون أن يفرق هذا النص بين العاقدين وبين الغير بخلاف القانون المدني المصري الذي يتجه إلى اعتبار الهبة وكأنما لم تكن عند الرجوع فيها هذا بالنسبة للعاقدين. أما بالنسبة للغير فإن الرجوع في الهبة ليس أثر رجعي. وقد كان المشرع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى، إذ كانت الفقرة الأولى من المادة (٥٠٣) مدني تنص على إنه (يترتب على الرجوع في الهبة، بالتراضي أو بالتقاضي، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق) إلا إن العلامة السنهاوري^(٢).

يرى بأن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن فيمكن أعمالها بالرغم من حذفها.

والتصرفات التي يمكن أن يباشرها الموهوب له على الشيء الموهوب قبل الرجوع هي كافة التصرفات التي يجوز للمالك مباشرتها على ملكه بما في ذلك التصرفات الناقلة للملكية من بيع أو هبة وعندها يحمي القانون حقوق الخلف الخاص للموهوب له لا عن طريق نص المادة (١/٦٢٤) القاضي بإبطال أثر الهبة من وقت الرجوع وإنما بنص المادة (٦٢٣/ج) والتي تمنع الرجوع في الهبة أصلاً في حالة أن يتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً.

(١) انظر نص المادة (٣/١١٦٧) مدني عراقي.

(٢) د. السنهاوري/الوسيط/الجزء الخامس/مصدر سابق/ف١٥٣.

وإذا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة فإنه لا يستطيع حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب. لأن الموانع تغلب الأعدار بلا شك. بينما يتجه إلى خلاف ذلك القانون المدني الفرنسي بنص المادة (٩٥٨) في حالة خاصة وهي حالة الرجوع في الهبة للجحود وحكمها إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب فعلى الموهوب له أن يرد للواهب قيمة الشيء الموهوب وقت رفع دعوى الرجوع.

وبما إن الرجوع في الهبة بالتراضي هو إقالة، وحيث إن الإقالة ليس لها أثر رجعي فإذا ما رتب الموهوب له على الشيء الموهوب حقاً من الحقوق لمصلحة الغير شخصياً أو عينياً، فبالإقالة أي بالرجوع في الهبة يعود الموهوب للواهب محملاً بهذه الحقوق^(١). أما إذا كانت الهبة ترتب التزاماً أو التزامات على عاتق الموهوب له، فعقد الهبة الملزم لجانب واحد يصبح عقد ملزم لجانبين يمكن أن يرد عليه الفسخ. ولذلك فإن الرجوع في الهبة في هذه الحالة وبالتقاضي يعد فسخاً قضائياً له خصوصيته التي يستقل بها عن نظرية الفسخ القضائي حيث لا يتم هذا الفسخ بأثر رجعي، وإنما يتمثل بإبطال آثار الهبة من وقت الرجوع لا من وقت صدور الهبة. وان المشرع العراقي حمى حقوق الغير التي كان قد اكتسبها على الموهوب قبل الرجوع في الهبة طالما إنه قد نص على إن الرجوع ما هو إلا إبطال لآثار العقد من وقت الرجوع. وحتى التشريعات التي أخذت بالأثر الرجعي للإقالة. فقد أشارت صراحة إلى وجوب حماية حقوق الغير.

الخاتمة

^(١) نص الفصل (٤١٩) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على (الإقالة لا تضر غير المتعاقدين ممن أكتسبهم لذلك على وجه جائز).

لا يسعني في خاتمة بحثنا المتواضع هذا إلا أن أسجل أهم النتائج التي توصلت إليها، والمقترحات التي اقترح إجرائها... والله ولي التوفيق

النتائج:

١. تأثر المشرع العراقي بالفقه الحنفي من حيث الأخذ بحق الراهب في الرجوع في الهبة خلافاً لتوجيهات بقية المذاهب والذي حصر بعضها الرجوع في إطار هبة الوالد لولده في حين إن البعض الآخر منعوا الرجوع في الهبة بشكل مطلق.

٢. إن اشتراط القبض لتمام الهبة وإمكانية الرجوع فيها الوارد بنص المادة (١/٦٠٣)، لا يعني إن عقد الهبة عقداً عينياً فهو ينعقد بمجرد التراضي قبل القبض غير إنه لا ينقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له إلا بعد القبض أو ما يحل محله. إذ فقبض الموهوب شرط لتمام العقد من حيث الآثار لا من حيث الانعقاد.

٣. مع إن الهبة بين الأزواج لا يمكن الرجوع فيها توثيقاً لأواصر العلاقة الزوجية إلا إن القواعد العامة لا تمنع الرجوع فيها إذا ما كان أحد الزوجين قد استغل ضعفاً أو هوى في نفس الزوج الآخر. فللطرف المغبون حينها نقض الهبة خلال سنة من تاريخ صدورهما.

٤. الرجوع في الهبة يقتصر على الهبة المباشرة باعتبارها تشتمل على التزام الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له أما الهبة غير المباشرة كهبة الدين فإنها كالإبراء من الدين فإنه لا يمكن الرجوع فيها وهذا ما يبرر اعتبار هبة الدين للمدين أحد موانع الرجوع في الهبة.

٥. تشترك بعض موانع الرجوع الطارئة بعد صدور الهبة في إنها تجعل من العين الموهوبة عيناً أخرى. فب وفاة الموهوب له وانتقال ملكية الشيء الموهوب إلى ورثته تتبدل العين الموهوبة بتبدل سبب الملك. وكذلك لو كان الموهوب له قد تصرف بالشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية امتنع على الواهب الرجوع في هبته حتى لو عاد الموهوب بعد ذلك إلى الواهب مرة أخرى وذلك لأن تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتبدل السبب. وكذلك الحال عندما تتغير حالة الموهوب بزوال صورته وفقد شخصاته.

٦. التراضي على الرجوع في الهبة يعد إقالة لعقد الهبة بشرط أن يكون الموهوب قائماً وموجوداً في يد الموهوب له وقت الإقالة وعليه فالتراضي على الرجوع في الهبة قبل القبض يعد اتفاقاً على إبطال آثار الهبة من وقت الرجوع فيها.

٧. التكييف القانوني في الرجوع في الهبة بالتقاضي يختلف باختلاف ما إذا كانت الهبة بعوض أو بغيره. فإذا كانت الهبة بعوض فإن الرجوع فيها يعد فسخاً قضائياً له خصوصيته من حيث إنه ليتم بأثر رجعي. أما إذا كانت الهبة بدون عوض فإن الحكم بالرجوع فيها قضاءً يستند إلى نص قانوني خاص لا يسري حكمه إلا على عقد الهبة باعتبارها عقداً مسمى له تنظيم تشريعي مستقل عن القواعد العامة التي تسري على العقود عموماً.

المقترحات:

١. من موانع الرجوع في الهبة التي أخذ بها القانون المدني العراقي تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية بينما عبر المشرع عن هذا المانع بنص المادة (٦٢٣/ج) بعبارة (مزيلاً للملكية). ولذلك نقترح إعادة صياغة الفقرة بما يتلاءم مع قصد المشرع ومع طبيعة العقود الناقلة للملكية وليست المزیلة لها.

٢. من أعذار الرجوع في الهبة إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، هذا العذر الذي تناوله المشرع العراقي بنص المادة (٦٢١/أ) وكان يمكن أن يصاغ بأسلوب فني يغني عن الفقرة (د) التي وردت في نفس المادة والتي تضمنت عذراً آخر وهو إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية تجاه الواهب.

ولذلك نقترح:

أ. إعادة صياغة الفقرة (أ) من المادة (٦٢١) ليصبح نصها (أن يخل الموهوب له إخلالاً بما يجب عليه نحو الواهب في العقد، أو خارجه بحيث يشكل هذا الإخلال من جانبه جحوداً غليظاً).

ب. حذف الفقرة (د) من المادة (٦٢١).

٢. اعتبر القانون المدني العراقي عدم قدرة الواهب على الإنفاق على نفسه بما يتناسب مع مكانته الاجتماعية وكذلك الإنفاق على غيره ممن يلزم الواهب بإعالتهم

قانوناً من الأعذار التي تبرر للواهب طلب الرجوع في الهبة دون الإشارة إلى استعداد الموهوب له بالإتفاق على الواهب على أساس إن هذا الاستعداد يزيل العذر المذكور وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات.

ولذلك نقترح:

إعادة صياغة الفقرة (ب) من المادة (٦٢١) على النحو الآتي:

(أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير. ما لم يبد الموهوب له استعداده للإتفاق على الواهب).

٣. رتب المشرع بالمادة (٦٢٢) عند قتل الموهوب له الواهب أثراً يختلف عن ذلك الذي رتبته في حالة الرجوع في الهبة. ففي الحالة الأولى نص على إبطال الهبة بينما في الحالة الثانية نص على إبطال أثرها من وقت الرجوع وبذلك وفر المشرع في هذه الحالة حماية للغير ممن كسبوا حقوقاً على الشيء الموهوب قبل الرجوع في الهبة بينما لا تتوافر هذه الحماية بالنسبة للغير في حالة قتل الموهوب له للواهب طالما إن الأثر المترتب هو إبطال الهبة أي اعتبارها وكأنها لم تكن وعليه نقترح حذف المادة (٦٢٢) حيث إن نص المادة (٦٢١/أ) كان يمكن أن يغطي العذر الذي تناولته المادة أعلاه. فحالة القتل العمد يمكن أن تكون ضمن صور إخلال الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الإخلال من جانبه جحوداً غليظاً.

نقترح

حذف المادة (٢/٦٢٤) والتي تلزم الموهوب له برد الثمرات من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى. وكذلك تكفل للموهوب له استرداد المصروفات التي أنفقها على الشيء الموهوب. لأن ما ورد في هذه الفقرة لا يعد سوى تطبيقاً للقواعد العامة.

مصادر الفقه الإسلامي:

١. ابن حجر الهيتمي/الفتاوى الكبرى/ج٣/الناشر عبد الحميد أحمد/مصر/بلا سنة طبع.
 ٢. أبو الحسن علي بم عبد السلام (التسولي)/البهجة في شرح التحفة/ج٢/ط١/مصر/بلا سنة طبع.
 ٣. أبو الحسن مسلم القشيزي النيسابوري/صحيح مسلم/م٣/دار الكتاب المصري/القاهرة- (١٣٧٤هـ-١٩٥٤م).
 ٤. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي/الأم/ج٤/دار الفكر/بيروت-١٩٨٠.
 ٥. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي/الكافي/ج٢/ط٣/المكتب الإسلامي/بيروت-١٩٨٢.
 ٦. رد المحتار على الدر المختار/حاشية ابن عابدين/م٤/ط٢/دار إحياء التراث العربي/بيروت-١٩٨٧م.
 ٧. سنن الترمذي/تحقيق أحمد محمد شاكر/ج٣/ط٣/دار الكتب العلمية/بيروت-١٩٨٥.
 ٨. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي/تبين الحقائق شرح كنز الدقائق/ج٤/ط٣/دار المعرفة/بيروت/بلا سنة طبع.
 ٩. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني/سبل السلام شرح بلوغ المرام/ج٣/دار الجيل/لبنان-١٩٨٠.
- البحوث والرسائل القانونية:**
١. أحمد إبراهيم/التزام التبرعات/بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة.
 ٢. د. حسن علي الذنون/العقود المسماة/شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة/بغداد-١٩٥٤.
 ٣. د. حسين عامر/إلغاء العقد/ط١ مطبعة مصر/القاهرة-١٩٥٣.
 ٤. د. جعفر الفضلي/الوجيز في العقود المدنية/عمان-١٩٩٧.

٥. راقية عبد الجبار علي/ أقلّة العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) // رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد- ١٩٩٥.

٦. (أ) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط/ ج٥-م٢/ دار النهضة العربية/ القاهرة- ١٩٦٢.

(ب) الوسيط/ ج١-ط٢/ دار النهضة العربية/ القاهرة- ١٩٦٤.

(ج) الوسيط/ ج١-ط٢/ دار النهضة العربية/ القاهرة- ١٩٦٤.

٧. علي حيدر/ درر الحكام شرح مجلة الأحكام/ تعريب المحامي فهمي الحسيني/ منشورات مكتبة النهضة/ بيروت- بغداد/ بدون سنة طبع.

٨. د. محمد وهيبه/ شرح النظرية العامة للالتزامات/ مطبعة أبي الهول/ القاهرة- ١٩٤٥ م.

٩. د. محمد جمال الدين زكي/ العقود المسماة/ مطابع دار الكتاب العربي/ بدون سنة طبع.

١٠. منير القاضي/ شرح المجلة/ ج٢/ ط١/ مطبعة العاني/ ١٩٤٩.

توريد العمال في مشروع قانون العمل العراقي الجديد بين النقد والتحليل
بحث تقدمت به

صبا نعمان رشيد الويسي

مدرس القانون العمل والضمان الاجتماعي

كلية القانون/ جامعة بغداد

توريد العمال في مشروع قانون العمل العراقي الجديد بين النقد والتحليل

الدكتورة

صبا نعمان رشيد الويسي

مدرس العمل والضمان

الاجتماعي

كلية القانون/جامعة بغداد

المخلص:

عرض على الحكومة العراقية المؤقتة مشروع قانون عمل من قبل مكتب العمل الدولي وبما يتلاءم مع انتقال العراق إلى مرحلة اقتصاد السوق حيث يعد هذا المشروع تراجعاً لقواعد حماية العمال وخاصة إجازته وكالات الاستخدام الخاصة التي يتم بواسطتها توريد العمال رغم إدراجه على وسائل رقابية معينة على ذات العملية وحظر توريد فئات محدودة بحيث يترتب على ما تقدم عدم مشروعية عقود التوريد ليفرض عقوبات مدنية وجنائية على طرفي عقد التوريد.

(ABSTRACT)

THE PROVISION OF LABOURS CONTRACTS IN THE PROGECT PF THE NEW IRAQI BETWEEN CRITICISM & ANALYSIS

A LABOUR LAW PROJECT HAS BEEN SUBMITTED TO THE TEMPORARY GOVERNMENT BY (ILO), THIS PROJECT WAS DESINED TO COPE WITH THE TRANSITIONAL PERIOD THAT IRAQIS GOING THROUGH TO THE ECONOMICAL MARKET LABOUUR PROTECTION RULES SOECIALY WHEN GIVES PERMEATION TO ESTABLISH PRIVATE EMPLOYED AGENCIES IN WHICH TO PROVISION

LABOURS. THOUGH THERE IS A SPECIFIC REQUITE
ON SPECIAL AGE LABOUR RECRUITMENT, WHICH
IMPLY ON UNLAWFUL OF SOME RECRUITMENT
CONTRACTS TO EXPOSE BOTH SIDES OF
CONTRACTORS TO CIVIL AND CRIMINAL
PUNISHMENT.

المقدمة

تشكل البطالة الجدار الأوفر حظاً عند الدول رغبة في إزالته، ففي إطار رغبتها القضاء على البطالة بأنواعها المختلفة سواء ما تمثل منها بالبطالة السافرة أو النوع الأخطر وهو البطالة المقنعة، تعتمد الدول إلى سلك كافة السبل للقضاء عليها لما لها من آثار اجتماعية خطيرة أولها الفقر وآخرها الانحراف والجريمة، وآثار سياسية تبرز بتزايد الاضطرابات والقلق السياسي ناهيك هم آثارها الواسعة على التنمية الاقتصادية، ولقد ازدادت حدة الظاهرة عالمياً في أواخر الثمانينات والتسعينات من القرن الماضي وفي الوطن العربي خصوصاً بعد تبني العالم مبدأي العولمة وتحرير التجارة، حيث سعى كثيراً من الدول ومنها العربية إلى الانضمام إلى الاتفاقات التجارية العالمية في حين تعاني هذه الدول من انخفاض كلفة الواردات وضعف الصادرات النفطية وترهل مؤسسات الدولة الرئيسية مما زاد من الضغط على عموم الإنتاج المحلي لها وبخاصة الصناعة. وتعد جمهورية العراق إحدى تلك الدول التي تعاني من البطالة ولكن يضاف لها العديد من التراكمات، منها تسارع التغييرات السياسية على الساحة العراقية والحروب المتواصلة التي انتهت باحتلال العراق وبروز الحاجة إلى تغيير العديد من القوانين وبما يتلاءم مع الظروف الخاصة للبلد وأبرزها حل الكثير من المؤسسات والوزارات من جهة، ومن جهة أخرى تغيير الفكر السياسي الموجه للاقتصاد من أسلوب التخطيط الاشتراكي، إلى اقتصاد السوق وصولاً إلى خصخصة الكثير من المؤسسات العاملة لدى الدولة، ولذلك عرض على الحكومة العراقية المؤقتة مشروع جديد لقانون العمل من قبل مكتب العمل الدولي في جنيف (ILO) في إطار مساهمة المنظمة الدولية لبناء قواعد جديدة تحكم علاقات

العمل وبما يتلاءم مع المرحلة الجديدة وقد جرت مناقشات عديدة لهذا المشروع مع الجهات المعنية والممثلة أساساً بإدارة العمل (وزارة العمل) ومع المنظمات العمالية ذات التوجيهات السياسية المتعددة والتي هي ليست إلا من قبيل الجهات السائدة للأولى في موضوع التحكم والسيطرة وتقويم سياسة العمل من أجل تحقيق مصلحة العمال، فلدى أغلب إدارات العمل عند مختلف الدول ومنها الرأسمالية طبعاً تخطيط مسبق يضع العبء الأكبر على التنمية الشاملة مروراً بالتوظيف الكامل لليد العاملة ومرتكزاً بالدرجة الأولى على (العدالة الاجتماعية)، ويعد القانون أحد الوسائل الناجحة لذلك سواء تم التوظيف عن طريق وكالات عامة أم وكالات خاصة مستقنين ينابيعها من تطوير قواعد قوانين العمل السابقة وبالذات التي عدت مكسب العمال، إلا إن مشروع قانون العمل العراقي الجديد يعد تراجعاً لتطوير قواعد حماية العمال رغم ما فيه من نقاط إيجابية قليلة، وأبرز المواضيع التي برز فيها هذا التراجع موضوع وكالات الاستخدام الخاصة وما تفرضه من نتائج تتمثل بفتح أوسع الأبواب لاستغلال حاجة المتعطلين عن العمل، تبعاً لذلك اقتضى العمل العراقية المتعاقبة وفي ماهية عقد توريد العمال ثانياً والأحكام الخاصة بعقد توريد العمال ثالثاً، والجزاء المترتب على مخالفة هذه الأحكام رابعاً، وأخيراً كان لابد من وقفة مع بعض التوصيات في الخاتمة.

المبحث الثاني

نظرة تاريخية على قوانين العمل العراقية

بدأت محاولات إصدار قانون العمل في العراق منذ عام ١٩٢٦، وبعد فترة قصيرة من نشوء الدولة الفتية واستقلالها عن الدولة العثمانية^(١)، حيث عرضت على الحكومة العراقية جميع الاتفاقات التي أقرها مؤتمر العمل الدولي ما بين عامي (١٩١٩-١٩٢١) إلا إنه ارتأى تأجيل المصادقة عليها بسبب الأحوال العامة السائدة في البلد، وقد اهتمت الحكومة ببعض التزاماتها الدولية عام ١٩٣٢، حيث استحدثت وزارة الداخلية مميّزية خاصة للعمال تلاها استصدار قانون العمال رقم (٧٢) لسنة ١٩٣٦ الذي نص على تأسيس دوائر استخدام مجانية في العراق^(٢)، ويبقى هذا النص غير فعال إلى أن صدر نظام وكالة الاستخدام لسنة ١٩٤٦ حيث تتولى الوكالة تسجيل العمال العاطلين في سبيل البحث لهم عن الأعمال، وفعلاً باشرت أول وكالة للعمل بصورة رسمية عام ١٩٤٦. ولقد أدى تطور حركة الصناعة في العراق وازدياد الوعي التقدمي الثوري للعمال إلى مطالبة الحكومة باستصدار تشريع بديل عن قانون رقم (٧٢) لما فيه من نواقص^(٣)، فأقر فصلاً بعنوان (مصلحة الاستخدام) في قانون العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨، وألحقت به الأنظمة المنفذة له

(١) يعتبر العراق من (بلاد المجلة) أبان الاحتلال العثماني، فقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية الصادرة عام ١٢٩٣ هـ نصوصاً تحكم علاقات العمل بما أسمته عقد إجازة الأشخاص والمجلة هي قانون مدني عام يستند إلى الفقه الحنفي مؤطر من الناحية الفنية بأسلوب القانون المدني الفرنسي.

- انظر ذلك د. يوسف الياس، تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية (دراسة مقارنة)، البحرين، ١٩٨٤، ص ١٥، ١٨.

(٢) كامل السامرائي، قوانين العمل والضمان الاجتماعي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٦٨-١٩٦٩، ص ٧.

(٣) د. صادق مهدي، مذكرات في قانون العمل - قانون العمل في الوطن العربي، العدد، ١٩٨٩، ص ٩٨.

فيما بعد^(١)، وقد منع هذا القانون تأسيس مكاتب تجارية تقوم بالتوسط لاستخدام العمال أو الإبقاء على أعمالهم لقاء أي عوض^(٢).

ولقد شكل إصدار قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ طفرة في التنظيمات القانونية المؤكدة على حماية حق العمال، فجاء بحكم يقتضي بالشمول التدريجي لمختلف القطاعات للخدمات المقدمة من مكاتب التشغيل وفق مقتضيات ظروف العمل واحتياجاته وتطوراته مهوراً بموافقة الوزير المختص^(٣)، وقد كانت هذه الخدمات تقدم بشكل مجاني لكافة العمال واستثنت من ذلك مكاتب التشغيل الخاصة المرخصة للعمل في المناطق التي لا توجد فيها مكاتب التشغيل التابعة للوزارة حيث تنتهي الرخصة حكماً لكونها مؤقتة ظرفياً^(٤). ولكون القانون يشكل انعكاساً لظروف البلد الاجتماعية والاقتصادية، وما مر به العراق من حرب طويلة مع إيران ساهمت في تدهور اقتصاده وانحداره وتحمل العراق عبء ديون ثقيلة بعد أن حقق ولسنوات طويلة فائضاً للميزانية في مشاريع الإصلاح ما بين عامي (١٩٧٠-١٩٨٠) نتيجة من تصدير النفط^(٥)، جاء صدور قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ متخبطاً بعد أن سبقه قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٥٠) لسنة ١٩٨٧، حيث افتقد هذا القانون لكثير من النقاط الإيجابية التي حملها سابقه، في حين حافظ على بعضها منها مجانية التشغيل^(٦)، واقتصارها على مكاتب العمل التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية بما أغلق الباب أمام استغلال حاجة المواطنين للعمل^(٧).

(١) عبد الرزاق الوكيل، تطور الاستخدام في العراق، مجلة الصناعي، (٣-٤)، ١٩٦٧، ص ٤٧.

(٢) مادة (٨٨) قانون العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨.

(٣) مادة (١٦٨) قانون رقم (١) لسنة ١٩٧٠.

(٤) د. يوسف الياس، قانون العمل، الجزء الأول- علاقات العمل الفردية، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٨٠، ص ٨٢.

(٥) آثار الفقر والبطالة على التنمية الاقتصادية في منطقة الأسكوا، أوراق موجزة ٨١، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٢، ص ١.

(٦) مادة (٢٢) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

(٧) (...) بما يضمن العدالة والمساواة فيما بينهم). مادة (١٥) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

ماهية عقد توريد العمال

يبرز دور عقد توريد العمال كوسيلة قانونية لتنفيذ مهمة التوسط بين المتعطلين وصاحب العمل^(١)، خاصة إذا لم يكن القانون المختص بتنظيم علاقات العمل قد حرم الالتجاء إلى هذه الوسيلة^(٢).

المطلب الأول

التعريف بعقد توريد العمال

على الرغم من إن مشروع قانون العمل العراقي الجديد يورد نصاً مفاده إنشاء وكالات الاستخدام الخاصة وإدراجه الهدف من إنشائها، فإنه لم يورد صراحة العقد موضوع البحث^(٣)، في حين أجازته بعض التشريعات العربية (الملغاة) وإن لم تعط تعريفاً له وإنما لمصطلح (متعهد توريد العمال) الذي عرفته بأنه (كل شخص يتعهد بتوريد جماعة من العمال لتأدية العمل لحساب أحد أصحاب الأعمال سواء قام هذا الشخص بالإشراف على تأدية العمل أو كان التزامه مقصوراً على توريد العمال)^(٤)، وقد وردت الاتفاقات الدولية تعريفاً لذات عملية (التوريد) بكونها (جميع العمليات التي

(١) الموارد البشرية العربية ودورها في الحياة الاقتصادية، إعداد مكتب العمل العربي، مجلة العمل العربية، مكتب العمل العربي، العدد (٦٨)، ٣/١٩٩٧، ص ١١٩.

(٢) د. احمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، المكتبة القانونية، عمان، ١٩٩٧، ص ٩٧.

(٣) حيث ترك المجال واسعاً للجوء إلى هذه الوسيلة طبيعياً بعدم حظرها صراحة في المشرع (يجوز أن تمنح الوزارة رخصاً للسماح بعمل وكالات الاستخدام الخاصة بهدف تزويد العمل بعمل أو تزويد صاحب عمل بعامل). مادة (١/٢٢) مشروع قانون العمل الجديد.

وانظر بنفس الاتجاه كذلك مادة (١١) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ الإداري ومادة (١١) قانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ بشأن تنظيم علاقات العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(٤) مادة (٤) قانون العمل المصري رقم (٤١) لسنة ١٩٤٤ الملغى.

تجري بقصد الحصول على العمال أو إمداد الغير بهم إذا كان هؤلاء العمال لا يقدمون خدماتهم تلقائياً في مكان العمل^(١).

تبعاً لما تقدم نجد إن عقد توريد العمال هو العقد المبرم بين المتعهد صاحب العمل في سبيل تزويده بعمال أو أكثر لقاء مبلغ من المال ليؤدي هؤلاء العمال عمل معين يكونون تحت إشراف وتوجيه صاحب العمل.

المطلب الثاني

أطراف عقد التوريد

تبعاً للتعريف المتقدم فإن لعقد توريد العمال طرفين يتمثلان بالآتي:

الفرع الأول: صاحب العمل

وهو الطرف الأول في عقد توريد العمال الراغب في الحصول على عامل واحد أو مجموعة عمال، ممن اعتادوا العمل فرقة واحدة حيث يختص كل منهم بجزئية من العمل^(٢)، أو قد يرغب في الحصول على عمال متفرقين ذوي خبرة متقاربة أو متماثلة أو مختلفة^(٣)، وصاحب المشروع هذا قد يكون شخصاً معنوياً أو طبيعياً ممن يكون مختصاً بشؤون العمل ليتبعه عماله تبعية فنية كاملة أو غير مختص فيخضع له عماله عن طريق تبعية إدارية موصلاً أو أمره بشكل مباشر فردي لكل عامل من عماله أو بشكل جماعي عن طريق تعليمات العمل، وقد يلجأ إلى أسلوب الإدارة عن

(١) مادة (٢/أ) الاتفاقية رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٦ الخاصة بتوريد العمال الوطنيين.

(٢) د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦-١٩٧٧، ص ٢٧٣.

(٣) ممن سينطبق عليهم وصف عامل سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً عاملين في مجال الخدمة أو الزراعة أو الصناعة أو التجارة، د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد يحيى مطر، قانون العمل، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص ٦.

بعد إذا كان يمتلك أكثر من مشروع حيث يشرف على العمال رؤساء العمال المتخصصين أو المفوضين^(١).

الفرع الثاني: متعهد التوريد

يعد متعهد التوريد الطرف الثاني في علاقة التوريد، محققاً القصد الخاص بطرفي عقد العمل وبذات الوقت منفعة مادية أو الربح له، وبهذا قد يكون هذا المتعهد (وكالة الاستخدام) عبارة عن مؤسسة أو منظمة أو حتى فرد مستقل في العمل ويخرج من نطاق ذلك الصحف المتخصصة كلياً للتوسط بين أصحاب العمل والعمال^(٢).

المطلب الثالث

الترسيم القانوني لعقد التوريد

إذا أبرم عقد التوريد بين طرفيه المسمين^(٣)، فإنه لا يعدو أن يكون وسيلة للتوسط بين طرفي عقد آخر ينشأ بعد ذلك لا يمت له بصله ألا وهو (عقد العمل) بين صاحب العمل والعمال الموردين، وعقد التوريد قد يختلط بغيره من العقود مما يقتضي بيان طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تمييز عقد التوريد مما يختلط به من عقود

يقترّب عقد توريد العمال من العقدين التاليين:

أولاً: شركات العمل المؤقتة

حيث يلتقي العقدان بتوريد عمال، إلا إنه في شركات العمل المؤقتة تكون تبعية العمال القانونية للأخير بحكم ارتباطهم معها بعقود عمل في حين يتبع عمال الموردين بموجب عقد التوريد صاحب العمل (صاحب المشروع) بحكم عقد العمل

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، الخصائص - الآثار - الانقضاء في ضوء قانون العمل الموحد وقضاء النقض العمالي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٤.

(٢) مادة (١) اتفاقية رقم (٩٦) لسنة ١٩٤٩ المعدلة بشأن وكالة التوظيف بأجر.

(٣) بعد توافر كل أركانه صحيحة من (رضا ومحل وسبب) أسوة ببقية العقود.

انظر بذلك د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مكتبة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨، فقرة، ٣٤.

المبرم بينهم^(١)، وقد أثارت تبعية العمال لشركات العمل المؤقتة مشاكل جمة في الولايات المتحدة ودول الاتحاد الأوروبي وبالذات في فرنسا مما استدعي إصدار قوانين تحدد الحالات التي يجوز فيها لجوء المشاريع إلى شركات العمل المؤقتة للحصول منها على عمال^(٢).

ثانياً: عقد توريد البضائع والسلع

وهذا العقدان ينصان على عملية (التوريد)، إلا إنهما يفتقران من حيث ما يتم توريده بموجب كل منهما^(٣). فعقد توريد البضائع والسلع هو العقد (الذي يتعهد فيه شخص بتسليم كميات من السلع بصفة دورية لشخص آخر نظير مبلغ معين)^(٤)، وإن كلا العقدین يتطلب الشكلیة للانعقاد أحياناً واتصافهما معاً بالصفة التجارية، إلا إن احترام صفة النفس البشرية وتنزيهها عن المتاجرة بها يباعد بين العقدین^(٥).

الفرع الثاني: طبيعته القانونية

يتسم عقد توريد العمال بكونه عقد معاوضة ملزم للجانبين وفقاً للشروط المحددة بين طرفيه^(٦)، وهو (عقد مقاوله) في إحدى صورته^(٧)، سواء تم ذلك بتوريد عامل أو

(١) Revue Europe Sociale, Vo do mars, 1985, p78.

(٢) Societes de travail temporaire. CAMERLYNCK (H) et Lyon- CAEN (G), manel de Droit du travail, Paris, 1970, N292.

(٣) د. سمیحة القلیوبی، الموجز فی القانون التجاری، ملتزم الطبع، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٢، ص ٨٥.

(٤) د. عبد الباقي سوادی، عقد التوريد طبیعته وآثاره فی ضوء التخطيط الاقتصادي فی العراق- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسیاسة- جامعة بغداد، ١٩٨٢، ص ٦٣ و ١٨٧.

(٥) د. عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد (رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٧ وما بعدها.

(٦) د. غني حسون طه، الوجيز فی النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- مصادر الالتزام، مطبعة المعارف- بغداد، ١٩٧١، ص ٣، ص ٧.

وهذه الصورة الوحيدة الواردة فی مشروع قانون العمل فی المادتين (١/٢٢) و (٣/٢٢).

(٧) د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦، ص ٧٨.

مجموعة عمال لمرة واحدة للعمل لحساب وتحت إشراف صاحب العمل أو لمرات متعددة لذات صاحب العمل^(١)، وقد تتخذ المقاوله شكلاً آخر حينما يقوم ذات المتعهد بتوريد العمال والإشراف عليهم وحتى دفع أجورهم، حيث يرى اتجاه في الفقه إن العقد في هذه الصورة إنما يبتعد عن التوريد ليصبح بمثابة عقد مقاوله وأرد على عمل^(٢)، لقيام المتعهد متولي المشروع باختيار العمال بنفسه وليس رب العمل^(٣).

المبحث الثاني

الأحكام الخاصة بتوريد العمال في مشروع قانون العمل

تعد الشكلية أحد أبرز الشروط الواجب توافرها لقيام عقد توريد العمال، بعدها الوسيلة الأصلية لإثبات ما تم الاتفاق عليه بين متعهد التوريد (الوسيط بين طرفي عقد البيع) وبين صاحب العمل المستفيد^(٤)، حيث يتم بواسطتها تبيان نوع العمل وشروط ومدد عقود العمل وأجور العمال وملحقاتها، في حين تلجأ القوانين إلى إدراجها كسبيل لحماية حق العمال الموردين وبخلافها يمكن الإثبات بكل طرق الإثبات الأخرى^(٥)، نجد إن مشروع قانون العمل الجديد قد خلا منها وأوجب توافر الحكمين التاليين في عملية التوريد.

المطلب الأول

رقابة الجهات الإدارية

(١) (المقاوله، عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر). مادة (٨٦٤) قانون مدني عراقي.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢، ص ٦٦٨، هـ (٣٢).

(٣) د. طه نوري الملاحويش، التزامات المقاول في عقد المقاوله، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، الجزء الثاني، ١٩٩٤، ص ٢٠٧.

(٤) د. همام محمد محمود، قانون العمل - عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٢٦، هـ (١٦).

(٥) المادة (٢٢) قانون العمل رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الملغي، كما اشترط ذات القانون وجوب الترخيص الوزاري في نطاق الأعمال المسموح بتوريد العمال فيها.

تتمثل الجهات الإدارية في أغلب التشريعات المقارنة بالوزارة المختصة وهي وزارة العمل^(١)، وقد عد مشروع قانون العمل العراقي كل الدوائر والأقسام والوكالات التابعة لوزارة العمل مسؤولة عن الرقابة على تطبيق هذا القانون^(٢)، وفيما يخص تنفيذ أحكامه الخاصة (بالاستخدام) خص كل من قسمي العمل وهيئة التفتيش بذلك^(٣).

الفرع الأول: اختصاص قسم العمل

أولاً: الرخصة

أو ما يطلق عليه المشروع في أحيان أخرى (إدارة التوظيف العام)^(٤)، ويختص هذا القسم بمنح الرخص الخاصة بعمل متعهدي استخدام العمال (وكالات الاستخدام الخاصة) في إطار تحقيق العمالة الكاملة لتنمية الموارد البشرية بغية تنظيم سوق العمل، حيث تعمل بشكل شبكات محلية وإقليمية على عموم العراق مستعينة بمهام الاستخدام برأي لجنة ثلاثية تشكل من موظف حكومي وممثل لأصحاب العمل وممثل للعمال^(٥)، وفي الوقت الذي لا يحدد فيه مشروع القانون أية شروط معينة في المتقدم لطلب رخصة العمل كمورد للعمال فاسحاً المجال لتولي الطارئین وذوي السلوك المنحرف هذه المهمة، يلاحظ إن رخصة توريد العمال تخضع لتدقيق مسبق من الوزارة في حالة استخدام عامل مهاجر داخل العراق أو القيام بتوريد عامل عراقي إلى الخارج^(٦).

(١) المادة (١١) من القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة،

المادة (٥) قانون العمل الإداري رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

(٢) المادة (١٤) مشروع قانون العمل.

(٣) المادة (١٥) و (١١٧) مشروع قانون العمل.

(٤) المادة (١/١٥) من مشروع قانون العمل العراقي.

(٥) المادة (١/١٦) من مشروع قانون العمل العراقي.

(٦) المادة (٣/٢٢) من مشروع قانون العمل العراقي. ويلاحظ إن هذا النص مأخوذ من المادة

(١٠/د) من اتفاقية العمل رقم (٩٦) لسنة ١٩٤٩ المعدلة. في حين قصر المشرع الاتحادي

ممارسة التوريد على المواطنين فقط من دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة (١٧) من القانون

الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠.

ثانياً: الرقابة

أخضع متعهدو توريد العمال للعمل ضمن قواعد أساسية مستقاة من أحكام توصية منظمة العمل الدولية بشأن وكالات الاستخدام الخاصة رقم (١٨٨) لسنة ١٩٩٧، حيث تحظر الوزارة بصرامة الرخص الممنوحة في حالة مخالفة المتعهد الأحكام الآتية:

١. عدم التمييز: وذلك في معاملة العمال بعيداً عن الأسس العرقية أو الطائفية أو التمييز فيما بينهم على أساس اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الانتماء الوطني أو الأصل الاجتماعي^(١).
 ٢. الحرية النقابية: بوجوب عدم إكراه العامل بشكل مباشر وغير مباشر على المتخلي عن حقه في عضوية نقابة عمالية أو عدم الانضمام مسبقاً كمقابل للحصول على العمل^(٢).
 ٣. عدم توريد العمال للحلول محل عمال مشروع قد مارسوا حقهم في الإضراب^(٣).
 ٤. عدم توريد عمال إلى أعمال ذات مخاطر وعن دراية من متعهد التوريد أو إلى أعمال يحتمل فيها تعرضهم لتجاوزات أو معاملة تمييزية من أي نوع كان^(٤).
- الفرع الثاني: اختصاص هيئة التفتيش**

(١) المادة (١/١/٢٣) من مشروع قانون العمل. أعمالاً لاتفاقية التمييز في الاستخدام والمهنة رقم ١١١ لسنة ١٩٥٨ والاتفاقية رقم ١١١ لسنة ١٩٩٦ انظر بذلك:

Labour Legislation Guidelines, Chapter VII: Substantive provisions of labour Legislation: The Elimination of discrimination in Respect of Employment and Occupation.

(٢) المادة (٢/١/٢٣) من مشروع قانون العمل. إعمالاً للاتفاقية رقم (٨٧) لسنة ١٩٤٨ الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم.

(٣) المادة (٤/١/٢٣) من مشروع قانون العمل.

(٤) المادة (٥/١/٢٣) من مشروع قانون العمل.

تخضع مشاريع وأماكن العمل لرقابة موظفي وزارة العمل المكلفين بتأمين إنفاذ أحكام قانون العمل^(١)، وخاصة القواعد المتعلقة بتوريد العمال للاستخدام من ناحيتين هما^(٢):

أولاً: أسوأ أشكال عمل الأطفال^(٣):

وتتمثل أسوأ أشكال عمل الأطفال بالاستخدامات الآتية^(٤):

١. كافة أشكال الرق أو الممارسة الشبيهة بالرق كبيع الأطفال والاتجار بهم.
 ٢. استخدام الطفل أو عرضه لأغراض إباحية أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية.
 ٣. استخدام الطفل لمزاولة أنشطة تعد غير مشروعة لاسيما إنتاج المخدرات.
 ٤. الأعمال التي تؤدي بطبيعتها أو بفعل الظروف التي تزاول فيها إلى الأضرار بصحة الطفل أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي.
- وقد اعتبر مشروع القانون (طفلاً) كل من لم يتم الثامنة عشر من العمر فيما يتعلق بأسوأ أنواع عمل الأطفال^(٥).

ثانياً: التوريد لغرض الاستخدام القسري

حيث يدخل ضمن اختصاص هيئات التفتيش بموجب مشروع قانون العمل الرقابة على توريد العمال قسرياً، أي بتوريد العمال لغرض اغتصاب عمله تحت التهديد بالعقوبة ولم يتطوع لأدائه إرادياً^(١)، وتتمثل هذه بالأعمال الآتية^(٢):

(١) وقد عمل المشرع على إنشاء جهاز للتفتيش لضمان احترام قواعده والتقيّد بها وهي دلالة على الصفة الآمرة لقواعد قانون العمل.

د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، الطبعة الثالثة، مطبعة أطلس، مصر، ١٩٧٩، ص ٨٠.

(٢) المادة (١/١١٦) من مشروع قانون العمل العراقي.

(٣) انظر شرح أحكام الاتفاقيات الخاصة بأسوأ أنواع عمل الأطفال د. محمود سلامة جبر، القيود القانونية الدولية والعربية على تشغيل الأحداث، مجلة العمل العربي، مكتب العمل العربي، العدد (٧٦) حزيران، آب، ٢٠٠٣، ص ٢٩ وما بعدها.

(٤) المادة (٣/د) من الاتفاقية رقم (١٨٢) لسنة ١٩٩٩ الخاصة بخطر أسوأ أشكال عمل الأطفال.

(٥) المادة (٤/٨) من مشروع قانون العمل.

١. العمل القسري كوسيلة للإكراه أو التوجيه السياسي أو كعقاب على اعتناق آراء سياسية تتعارض مذهبياً مع النظام السياسي أو الاقتصادي القائم.
٢. كوسيلة لحشد الأيدي العاملة واستخدامها لأغراض التنمية الاقتصادية.
٣. كوسيلة لغرض الانضباط على الأيدي العاملة.
٤. كوسيلة للتمييز العنصري أو الاجتماعي أو الوطني أو الديني.
٥. كعقاب على المشاركة في اضطرابات^(٣).

المطلب الثاني

مقابل توريد العمال

يترتب على قيام المتعهد مورد العمال بأداء التزامه استحقاقه المبالغ المتفق عليها مع صاحب العمل المستفيد نتيجة تقابل الالتزامات في عقود المعارضة^(٤)، وتبعاً لذلك يستطيع الطرف الأول المطالبة بحقوقه المالية عند تسليم العمل إلا إذ قضى عرف المهنة أو الاتفاق بغير ذلك^(٥)، ويعد العامل من الغير في عقد توريد العمال ولذلك تطبيقاً للقواعد العامة لا يستطيع المتعهد أن يعود عليه للمطالبة بمقابل استخدامه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنص القواعد الخاصة بالعمل على تحريم تقاضي أي

(١) المادة (٢/٢) من مشروع قانون العمل العراقي.

(٢) انظر المستند الدولي العالمي الخاص بالدورة التاسعة والثمانين لمؤتمر العمل الدولي، حزيران، يونيو، ٢٠٠١، ص ٤٨.

Stopping Forced Labour, Global Report Under Declaration Follow-up., ILO, jun-2001, p48.

(٣) يلاحظ بأن العراق قد صادق على الاتفاقيات الدولية الخاصة بالعمل القسري رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٠ و (١٠٥) لسنة ١٩٥٧ واتفاقية سياسة العمالة رقم (١٢٢) لسنة ١٩٦٤ التي صيغت أحكام هذا القانون منها.

(٤) غني حسون طه، مصدر سابق ص ٧٧، انظر نص المادة (٨٦٤) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

مبلغ من المال من العامل مقابل الاستخدام أو الإبقاء على هذا الاستخدام^(١)، لما أثبتته التجارب السابقة من استغلال متعهدي توريد العمال حاجة العمال من العاطلين عن العمل وصولاً إلى إقراضهم بفوائد ربوية فاحشة^(٢)، ويلاحظ إنه من باب أولى أن لا يستطيع صاحب العمل حسم المبالغ المدفوعة إلى متعهدي التوريد من أجل العمال لاتسام الأجر بما يطلقه الفقه عليه (بالطابع الحيوي) مما يحرم ذلك^(٣). وقد جاء حكم مشروع قانون العمل العراقي الجديد موافقاً للأحكام المتقدمة إذ أجاز استثناء وبموافقة من الجهة الإدارية المختصة فرض بدل أتعاب على توريد عمال متمتعين بمهارات محددة كالمستخدمين في مراكز إدارية متقدمة أو من الفنانين^(٤)، ونرى إن في ذلك فتح المجال لاستغلال العمال وجعلهم بين كفي المطرقة والسندان المتمثلين بكل من المتعهد (الوسيط) وصاحب العمل بزيادة أرباحهما نظير انخفاض أجور هذه الفئات من العمال بعدم تحديد المشروع أن يكون دفع المبلغ المعين من قبل العامل لمرة واحدة فقط وتقييدها بعدم الاستمرار طيلة فترة الاستخدام.

(١) المادة (٢٢) من قانون العمل رقم (٣١٧) لسنة ١٩٥٢ الملغي. وانظر المادة ١٨ من القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ التي تنص على إنه (لا يجوز لوسيط العمال أو مورد العمال المرخص له أن يطلب أو أن يقبل من أي عامل سواء كان ذلك قبل قبوله في العمل أو بعده أي عمولة أو مكافأة مادية مقابل حصول العامل على العمل. وانظر بخلاف ذلك المادة (١٠/بمن) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ الأردني التي تجيز تقاضي مبالغ من العمال.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٤) المادة (٣/٢٣) من مشروع قانون العمل العراقي الجديد.

المبحث الثالث

مشروعية عقد توريد العمال

إن لسياسة المشرع في تنظيم علاقات العمل أبعاد الأثر على تحقيق الرفاهية في المجتمع ويرجع ذلك إلى تدخل قانون العمل في بعض العناصر الأساسية للنشاط الاقتصادي مثل مسألة تشغيل العمال والرقابة الفعالة الآمنة على ذلك^(١)، وتعتمد المجتمعات إلى التطور الإيجابي في التشريعات الخاصة بقواعد العمل بما تتضمنه من حقوق الفئات الضعيفة ولا أبرز من دليل سوى حظر استخدام عمال عن طريق متعهد أو مقاول توريد عمال في قانون العمل المصري الجديد^(٢)، في حين تنعكس مسيرة التشريعات العمالية في العراق بإجازة المشروع استخدام العمال عن طريق متعهدي التوريد (مكاتب الاستخدام الخاصة) وإن أحاط عملية التوسط بين طرفي عقد العمل ببعض القيود الخاصة والتي يترتب على مخالفتها أنواع الجزاء التالية.

المطلب الأول

الجزاء الجنائي

تعد الصفة الآمرة لقواعد قانون العمل من أبرز خصائصه المميزة له عن غيره من القوانين^(٣)، حيث يعد خرقها من قبيل المساس بالنظام العام لكونها تحمل بين طياتها

(١) د. عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) المادة (٢/١٣) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. حيث يعتبر التزاماً سلبياً يقع على عاتق صاحب العمل ويؤدي إلى بطلان عقود العمل ووقوعه تحت طائلة الغرامة التي وتتعدد بتعدد العمال الموردين. د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٠٩. ويلاحظ أن التشريعات العمالية المصرية التي كانت تجيز التوريد هما القانون رقم (٤١) لسنة ١٩٤٤ ومرسوم بقانون (٣١٧) لسنة ١٩٥٢ في حين كان قانون العمل رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ الملغي لا يجيزها إلا لعمال الخدمة المنزلية فقط وإن لم يحظرها مطلقاً، انظر بذلك المادة (٢٥) منه.

(٣) د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، بغداد ١٩٨٩، ص ٣٣.

وسائل حماية للعامل والحد الأدنى من حقوقه^(١)، تبعاً لذلك من قبيل الجريمة، إلا إنه استخدم أسلوب العقاب المالي في التجريم^(٢)، حيث ألزم صاحب العمل سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً بدفع أضعاف المبلغ المدفوع للعمال سواء تم حساب أجورهم يومياً أم مشاهرة^(٣)، واعتبر المتعهد المورد مسؤولاً بالكامل وبالتضامن مع وكالة الاستخدام التي يديرها عن سداد مبالغ الغرامات في حالتي التوريد (للعمل القسري) و (لأسوأ أنواع أعمال الأطفال)^(٤)، في حين كان من الأفضل للمشروع تشديد العقاب ليشمل كل العقوبات السالبة للحرية والغرامة لخطورة الحال.

المطلب الثاني

الجزء المدني

يتمثل في إبطال علاقات العمل الناشئة من عملية التوريد، وتطبيقاً لحكم القواعد العامة فإن العقود المبنية على مخالفة أحكام النصوص الآمرة لقانون العمل تعتبر باطلة^(٥)، تبعاً لذلك نرى إنه يفترض التفريق بين حالتين لعقود العمال الموردين خلافاً لمشروع قانون العمل الجديد:

أولاً: مخالفة أحكام آمرة ينتج عنها خللاً في ركن السبب^(٦)، مما يلحق البطلان بكامل العقد وهذه تتمثل في خرق الحظر المفروض على توريد عمال لم يبلغوا بعد سن الرشد أو أن تتم العملية لأغراض (العمل القسري) أو (لأسوأ أشكال عمل

(١) يلاحظ إن قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ في المادة (١١) منع أعطى لوزير عن (٢٠٠) دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بالحبس لمدة لا تقل عن شهر أو بكليتا العقوبتين وإيقاف المحل المستعمل لهذا الغرض ومصادرة موجوداته المتعلقة بالتشغيل.

(٢) أيدين خالد قادر، عقوبة الغرامة في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٤٥.

(٣) وخاصة توريد العمال دون إتمام سن الرشد (انظر سابقاً).

(٤) المادة (٢٤/١ أو ٣) من مشروع قانون العمل.

(٥) حيث يعتبر العقد منعدم الأثر أي ليس له وجود في التنظيم القانوني، فريد فتیان، مصادر الالتزام (شرح مقارن على النصوص)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص ١١٠.

(٦) المادة (١/١٣١) من القانون المدني العراقي.

الطفل^(١). ولكون عقد العمل ذا طبيعة خاصة يتمثل في كونه ينصب على الجهد الإنساني المبذول والذي لا يمكن نكرانه طيلة الفترة السابقة لتنفيذ العقد الباطل، فإن العمال يستحقون كامل أجرهم عن المدة العمل وكل الاستحقاقات المالية الأخرى كاشتراكات الضمان وتعويض إصابة العمل^(٢).

ثانياً: مخالفة أحكام آمرة ينتج عنها تضمين العقد شرطاً ينتقض من حقوق العامل المقررة في القانون أو مساس لحق يكفل القانون للعامل التمتع به^(٣)، فيبطل معه الشرط ويبقى العقد ما لم يؤدي إلغائه إلى اختلال العقد حيث يلغى كامل العقد، ومثالها توريد العمال مقابل إدراج نص في العقد يحرمهم من حق التمتع بالحرية النقابية أو التجمع أو إلزامه بدفع دورية للمتعهد أو لصاحب العمل نظير استخدامه في غير الحالات المذكورة في القانون أو أي شرط آخر يظهر بمظاهر التمييز بكافة أشكاله.

الخاتمة

إذا كان يعتبر من قبيل التشدد مطالبتنا بإلغاء النصوص القانونية الخاصة بعمل وكالات الاستخدام وحظر توريد العمال مطلقاً، لما قد يفتح المجال أمام مكاتب أو وكالات تجارية غير مشروعة تعمل في الخفاء (كما يحصل في الوقت الحاضر)، فإننا نرى بوجوب مراعاة الجوانب التالية عند طرح المشروع معدلاً:

(١) انظر سابقاً في اختصاص هيئة التفتيش.

(٢) لاعتماد ذلك على مبدأ مهم (علاقة العمل الفعلية) لا العقد الباطل، د. عدنان العابد ود.

يوسف الياس، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

وهناك رأي آخر يقول: (إن كل الروابط القانونية بين العمال وأرباب الأعمال تصدر مصدر واحد هو قانون المهنة L droit de societe professionnelle ولا يهم ما إذا كان العقد السابق على العمل صحيحاً أم لا).

د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، دار الهنأ للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٣.

(٣) د. احمد السعيد زقرد، مصدر سابق، ص ٣٣. وانظر كذلك. د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٧٢.

أولاً: تحديد الفئات التي تجوز توريدها بحيث يتم استثناء العمال المشتغلين في الأعمال الشاقة والضارة كعمال المقالع والمحاجر.

ثانياً: اشترط شكلية في عقد التوريد بحيث يضمن ذلك إدراج نوع العمال والأجور وملحقاتها وحتى ظروف العمل الذي يورد العمال له.

ثالثاً: تشديد العقاب في حال مخالفة النصوص الخاصة بأحكام العمل عن طريق الموردين (وكالات الاستخدام)، فتصبح العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن (ثلاثين يوماً) ولا تزيد عن (تسعين يوماً) لكل من المورد وصاحب العمل المستفيد بالإضافة إلى العقاب المالي (الغرامة) وصولاً إلى تعليق رخصة المورد لمدة لا تقل عن سنة في حالات التوريد لأغراض العمل القسري أو أسوأ أشكال عمل الأطفال.

المصادر

أولاً: باللغة العربية

أ. البحوث

١. آثار الفقر والبطالة على التنمية في منطقة الأسكوا، أوراق موجزة (١٨)، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٢.
٢. إدارة العمل، مؤتمر العمل الدولي الجلسة (٨٥) لعام ١٩٩٧، مكتب العمل الدولي، جنيف، ١٩٩٧.
٣. د. طه نوري الملاحوش، التزامات المقاول في عقد المقاول، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، الجزء الثاني، ١٩٩٤.
٤. د. عبد الرزاق الوكيل، تطور الاستخدام في العراق، مجلة الصناعي، (٦-٣)، ١٩٦٧، ص ٤٧.
٥. د. محمود سلامة جبر، القيود القانونية والعربية على تشغيل الأحداث، مجلة العمل العربي، مكتب العمل العربي، العدد (٧٦)، حزيران - آب، ٢٠٠٢.
٦. الموارد البشرية العربية ودورها في الحياة الاقتصادية، إعداد مكتب العمل العربي، مجلة العمل العربية - مكتب العمل العربي، العدد (٦٨)، ٣-١٩٧٧.

ب. الكتب والرسائل

١. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، المكتبة القانونية، عمان، ١٩٩٧.
٢. د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في قانون العمل شرح لقانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٤.
٣. أيدين خالد قادر، عقوبة الغرامة في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٧٩.
٤. د. حسن كيره، أصول قانون العمل، الطبعة الثالثة، مطبعة أطلس، مصر، ١٩٧٩.
٥. د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد عيسى مطر، قانون العمل، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧.
٦. د. سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، ملتزم الطبع، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٢.
٧. د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦-١٩٧٧.
٨. د. صادق مهدي السعيد، مذكرات في قانون العمل- قانون العمل في الوطن العربي، بغداد، ١٩٨٩.
٩. د. عبد الباقي سواي، عقد التوريد طبيعته وآثاره في ضوء التخطيط الاقتصادي في العراق- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٢.
١٠. د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية القاهرة، ١٩٥٥.
١١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، الخصائص- الآثار- الانقضاء في ضوء قانون العمل الموحد وقضاء النقض العمالي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٢. د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، بغداد، ١٩٨٩.

١٣. د. عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٤. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧١.
١٥. د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الاول، دار الهنا للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥.
١٦. د. فريد فتیان، مصادر الالتزام (شرح مقارنة على النصوص)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧.
١٧. كامل السامرائي، قوانين العمل والضمان الاجتماعي، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٨-١٩٦٩.
١٨. د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦.
١٩. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مكتبة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨.
٢٠. د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢.
٢١. د. همام محمد محمود، قانون العمل - عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٩.
٢٢. د. يوسف الياس، قانون العمل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٨٠.

ثانياً: المصادر الأجنبية

أ. المنشورات والدوريات

1. LABUR LEGISLATION GUIDELINES, CHAPTER VII: SUBSTANTIVE PROVISIONS OF LABOUR LEGISLATION: THE ELIMINATION IN RESPECT PF EMPLOYMENT AND OCCUPATION.
WWW.ILO.ORG/BIBL.
2. REVUE EUROPE SOCIALE, NNDO MARS, 1985.

3. STOPPING FORCED LABOUR, GLOBAL REPORT
UNDER DECLARATION FOLLOW-UP., ILO, JUN-2001.

ب. الكتب

- CAMERLYNCK (H) ET LYON-CAEN(G), MANEL DE
DROIT DU TRAVAIL, PARIS, 1970.

الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك

بحث تقدم به

الدكتور

سليمان براك دايج

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة النهرين

الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك

د. سليمان براك دايج

مدرس القانون المدني -

كلية الحقوق جامعة

النهرين

الخلاصة

يثير موضوع الرجوع التشريعي عن التعاقد الذي تضمنته قوانين حماية المستهلك تساؤلات عدة يتعلق بعضها بمفهومه وبكيفية تمييزه من النظم القانونية التي قد تقترب منه أو تشتبه به فضلاً عن بيان أساسه القانوني والآثار التي يمكن أن تترتب على ممارسته.

وهذه الدراسة محاولة جادة للإجابة عن هذه التساؤلات مع بيان موقف المشرع العراقي خاصة في ظل تنامي الدعوات الموجهة إلى المشرع لإصدار قانون خاص بحماية المستهلك.

Summary:

The TOPIC OF RIGHT OF LEGISLATION WITHDRAWAL WHICH INCLUDED A LEGISLATION PROTECTION OF CONSUMERS. ARISES THE SEVERAL QUESTION.

CONERNEED WITH ITS CONCEPT, SIMILARITY WITH
LEGL SYSTEMS, LEGAL PRINCIPAL, AND ITS EFFECTS.
HOWEVER, THIS STUDY A SERIES TRYING TO
PRODUCTION ANSWERS TO THIS QUESTION, AND
CLEAR THE POSITION IN LEGAL IRAQI SYSTEM.

المقدمة

حظي ركن التراضي في العقد، باهتمام المشرع، فنظم أغلب أحكامه تنظيمياً أمراً، حتى يتم تلاقي إرادتي طرفي العقد، تلاقياً سليماً معبراً عن توافق في التعبير، ومترجماً لحقيقة ما انصرفت إليه إرادة كل منهما، فإن شاب هذا التوافق عيب، كان لمن عيبت إرادته، أن يتمسك بهذا العيب ليبطل العقد، أو ليرفع ما لحقه من غبن، على حسب الأحوال، بيد أن الواقع أفرز صيغاً تعاقدية جديدة، وأبان عن تطور كبير في الطابع الفني للسلع والخدمات، على نحو لم يعد التعاقد يتم بعد أن يعبر كل من الطرفين عن إرادة صحيحة تلاقي مثيلتها، وتشارك كلتاها في صياغة المشروع العقدي، فضلاً عن إن المتعاقد، لم يعد يتعاقد مدفوعاً بحاجته للسلعة محل العقد أو الخدمة، وإنما أصبح يغرى بالتعاقد، بل أخذ بعض المحترفين يدخلون على المرء بيته (ينتزعون) منه رضاء بالعقد، أضف إلى ذلك حجم التطورات الكبيرة في المجالات العلمية والاقتصادية، والتي أدت بدورها إلى أن أصبحت معرفة المتعاقد بطبيعة وخصائص محل العقد، أمراً ليس بالمتيسر، مما جعل القول بالاتفاق أو التوافق بين الإرادات، أمراً أقرب إلى المجاز منه إلى الحقيقة، فكيف ندعي توافقاً تم الشأن أمر مجهول من أحد الطرفين على الأقل؟

وإزاء مشكلات حقيقة بشأن تكون العقد، لم تعد نظرية عيوب الرضا، تقدم حلاً، ذلك إن أحكام هذه النظرية، لم يكن مراداً منها ابتداء معالجة هذه الحالات، فأصبح الركون إليها غير ذي جدوى، إن لم مكلفاً إذا ما علمنا إن أغلب أحكامها تستلزم إقامة دعوى، وما يترتب عن ذلك من نفقات في الجهد والمال والوقت، فضلاً عن عدم إمكانية الإفادة منها.

لذا كان لازماً على المشرع معالجة القصور، الذي أفرزه الواقع، في البناء القانوني للعقد، فأصبحت فكرة إصدار تشريعات (قنوية)، أمر لا مئاص، فصدرت في النصف الثاني من القرن الثاني قوانين حماية المستهلك، التي تضمنت نظرية العقد في ضوءه، ومن ذلك عد العقد شريعة المتعاقدين، وما اشتق منه من مبادئ أحكام، ما يهمنها منها هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يعني إن العقد إذا انعقد صحيحاً، ثبتت له قوته الملزمة وما جاز لأي من طرفيه أن يستقل بإنهائه أو تعديله، إلا بموجب نص أو اتفاق. فتضمنت قوانين حماية المستهلك مكنة أو سلطة خولها المشرع للمستهلك، بأن يرجع عن التعاقد، سواء بعد إبرام العقد أو أن يؤخر المشرع إبرام العقد، حتى وإن صدر تعبيران متوافقين عن طرفيه، مدة من الزمن، وإن يعطي للمستهلك مكنة الرجوع من خلال هذه المدة، هذا ما اصطلاح على تسميته بالرجوع التشريعي عن التعاقد، فهو لا يقر بإرادة طرفي العقد، لأن هذه المكنة لا تعطى إلا للمستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد، ومن ثم فهو لا يقوى على اشتراط تلك المكنة، لذا فالرجوع تشريعي في مصدره وفي تنظيمه.

وعلى الرغم مما يثيره هذا الرجوع من تساؤلات عدة، يتعلق بعضها بمفهومه من حيث التعريف أو الأساس أو التمييز بينه وبين النظم القانونية التي تشترك معه في الأثر، أو يتعلق بعضها الآخر بأحكامه وكيفية ممارسته والآثار التي يمكن أن تترتب عليه. إلا إنه لم يحظ بدراسة في اللغة العربية على الأقل، تجيب عن هذه التساؤلات ولما كانت الحاجة إلى إصدار تشريعات خاصة بحماية المستهلك في العراق، خاصة وإن مبررات إصدار تشريعات، موجودة شأنها في ذلك شأن البلدان التي صدرت فيها من القوانين. من هنا كانت فكرة بحث هذا الموضوع علنا نجيب عما يثيره من تساؤلات وعلى أساس تقسيمه إلى مبحثين نبحت في الأول ماهية الرجوع التشريعي عن التعاقد ونبحت في الثاني آثاره. ونختم البحث بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج نعرض فيها أهم النتائج التي يمكن أن نخرج بها.

والله نسأل أن يوفقنا في ذلك...

المبحث الأول

ماهية الرجوع التشريعي عن التعاقد

إن إعطاء أحد المتعاقدين، مكنة الرجوع عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة بما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعليه لابد من تحديد مفهوم الرجوع عن التعاقد تحديداً دقيقاً، لضمان أعماله في النطاق الذي حدده المشرع وعدم مجاوزة ذلك النطاق وإلا ترتبت عليه نتائج خطيرة تزعزع الثقة بالتعاقد وعليه فإننا سنبحث مفهوم الرجوع عن التعاقد، وصوره وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية، وأساسه القانوني. وكلاً في مطلب مستقل وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم الرجوع التشريعي عن التعاقد

يعني خيار الرجوع التشريعي، أن يمنح المشرع أحد المتعاقدين (المستهلك) خيار الرجوع عن التعاقد، على الرغم من أن العقد انعقد صحيحاً وناظراً، ومكنة المستهلك هذه ليست خياراً بمعنى الاختيار بين عدة أشياء كما هو الحال مع الالتزام التخييري، وإنما هي إباحة قررها المشرع لمحذور، وحيث إن هذه الإباحة هي استثناء من الأصل العام، لذا فإنه لا يملكها إلا من تقررت له، وهو المستهلك، كما إنها قاصرة على عقود بعينها وهي عقود الاستهلاك، لأن القول بخلاف ذلك، يأتي على العقد من أساسه، ويهدم كل قيمة قانونية أو اقتصادية له^(١).

وحيث إن هذه الميزة تقررت بإرادة المشرع، فهي إذن لا تسلب ولا تقيد إلا بموجب تلك الإرادة التي قررتها، ذلك إن المستهلك، في غالب الأحيان، لا يقوى على الوقوف موقف الند من المتعاقد الآخر، لذا فهو لا يستطيع أن ينشئ مثل هذا الميزة

(١) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل. الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا مجلة المحامي الكويتية بإعداد يوليو- أغسطس-سبتمبر ١٩٨٥ ص ١٩ وقد أشار الباحث إلى نصوص قوانين حماية المستهلك في بلدان الوحدة الأوروبية وبعض البلدان الأخرى لذا كان المرجع المعتمد في مراجعة هذه النصوص.

أو المكنة بإرادته، ومن هنا كان تدخل المشرع لمنحه هذه الميزة، وخشية أن تسلب على النزول عنها مسبقاً أو تقييدها، بغير ما قيدها به المشرع نفسه^(١). ومن كل ما تقدم نستطيع أن نعرف في الرجوع عن التعاقد، بأنه ميزة قانونية أعطاهها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن أبرم العقد صحيحاً (أو قبل إبرامه)، دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية تعويض المتعاقد الآخر، عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.

المطلب الثاني

صور الرجوع التشريعي عن التعاقد

يتضح لنا من استقراء التشريعات التي أقرت الرجوع عن التعاقد، إن له صورتين الأولى الرجوع قبل إبرام العقد والثانية الرجوع بعد إبرام العقد، وسنبحث كلا من هاتين الصورتين وكما يلي:

الفرع الأول

الرجوع عن التعاقد قبل إبرام العقد

تقضي القاعدة التقليدية في إبرام العقد، إنه ينعقد عند تلاقي إرادتي الطرفين ما لم يشترط القانون شكلاً معيناً لانعقاده، أو يستلزم القبض أو التسليم، غير إن المشرع في إقراره لهذه الصورة من الرجوع، يعمد إلى تأخير إبرام العقد، ويعطي للمستهلك مكنة العدول عن العقد، على الرغم من إن إرادتي الطرفين قد توافقت لإبرامه، بمعنى إنه لم يعد توافق القبول مع الإيجاب كافياً لإنشاء الرابطة العقدية، وإنما لابد من مرور مدة زمنية يحددها المشرع وعدم عدول المستهلك خلالها عن إبرام العقد، حتى تنشأ هذه الرابطة.

وتتيح هذه المدة للمستهلك الفرصة الضرورية لكي يتدبر ويتروى في أمر التعاقد، فإذا وجده في مصلحته، لم يعدل حتى تمر المدة المحددة، وعندها ينشأ العقد، وإن رآه غير ذلك رجع عن العقد، وبرجوعه هذا فإنه يحول دون إبرام العقد، أي لا يفسخ العقد، ولا ينهي، وإنما يعطل إبرامه، ويلاحظ إن هذه الصورة من صور الرجوع عن

(١) قانون حماية المستهلك السويسري الصادر عام ١٩٦٢، المصدر نفسه ص ٥٧.

التعاقد، لم تكن معروفة لا في القانون المدني ولا في قوانين خاصة، قبل أن ينص عليها في قانون ٤/تموز/١٩٧١ الفرنسي الخاص بالتعليم بالمراسلة إذ تضمن نصاً يقضي بعدم إبرام العقد قبل مرور سبعة أيام على تاريخ تسلم وسائل التعليم^(١).

ويلاحظ بصدد صورة الرجوع هذه، إن المشرع لم يلزم المتعلم إلا بدفع مبلغ معين لقاء ممارسة مكنة الرجوع، ولا يدفع تعويضاً للمتعاقد الآخر، لجبر ما قد يصيبه من ضرر من جراء الرجوع، وإنما فرض على الأخير واجب اتقاء ضرره بنفسه، إذ عليه أن يحتاط للأمر مسبقاً مادام علم بأنه من حق المتعلم الرجوع عن العقد خلال المدة التي حددها المشرع رأى في إلزام المتعلم بالتعويض أو في دفع مبلغ من النقد لقاء الرجوع عن التعاقد، أمراً ينطوي على تقييد ممارسة مكنة الرجوع هذه، بما يفوت عليه فرصة التدبر أو التروي، خاصة إذا وجد إن المبلغ الذي يلزم أو قد يلزم بدفعه مسبقاً يفوق مقدراته المالية. لذا فإن المشرع لم يقيد ممارسة هذه المكنة إلا بوجوب ممارستها خلال مدة زمنية محددة.

ولتقييم هذه الصورة من صور الرجوع، فإننا نرى إنها تدفع الحرج عن المشرع من انتهاك مبدأ يجب الحفاظ عليه وهو القوة الملزمة للعقد، وعليه فعلاً غضاضة مهن أن يرجع المتعاقد عن عقد، لم يبرم مادام إنه مازال في إطار مرحلة يحكمها مبدأ حرية التعاقد، كما إن هناك جانباً إيجابياً يجب عدم إغفال الإشارة إليه، وهو أن فرصة التدبر التي ما كان يقوى على اشتراطها نظراً لمركزه الاقتصادي أو الفني الضعيف في مواجهة المتعاقد الآخر.

بيد إن ذلك لا يلغي ما يمكن أن تتطوي عليه هذه الصورة من جوانب سلبية. تتمثل في تأخير إبرام العقد مدة زمنية قد لا تكون ضرورية، إذا كان المستهلك أو المتعلم قد حسم أمر التعاقد، بشكل لا يمكن أن يعيد النظر فيه، كما إنه إذا أخذنا بهذه الصورة بصدد صور التعامل الأخرى، فإنها قد تؤدي إلى تعطيل القيم الاقتصادية، لأنها تجعل المتعاقد يحبس السلعة أو الخدمة محل التعاقد، مدة من

(١) المادة (٩) من التشريع الفرنسي الصادر في ١٢ تموز ١٩٧١ والخاص بالتعليم بالمراسلة. والمنشور في دالوز ١٩٧١ - ٢٨٦. وانظر أيضاً د. مصطفى محمد الجمال - السعي إلى التعاقد - بيروت ٢٠٠٢ ص ٢١٨.

الزمن، على أمل أن يتم التعاقد بشأنها، ثم يرجع المستهلك عن التعاقد، وربما يؤدي ذلك إلى فوات فرص التعاقد أخرى بشأن ذات السلعة أو الخدمة.

الفرع الثاني

الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد

إذا انعقد العقد صحيحاً ونافاً ثبتت له القوة الملزمة للعقد، ومن ثم ما جاز لأي من عاقيه أن يستقل بإلغائه أو إنهائه^(١)، بيد إن المشرع في قوانين حماية العقود التي يبرمها، رغم كونها عقوداً صحيحة ونافاً. وإذا كانت هذه الصورة للرجوع ليست بالجديدة إذ ترقى بجذورها إلى القانون المدني السويسري^(٢)، إلا إنه نظراً لما تتضمنه من خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وما تعرضت له من النصف الثاني من القرن الماضي في إطار تشريعات حماية المستهلك، التي منحت المستهلك هذه المكنة، مقررّة الخروج على المبدأ التقليدي في القوة الملزمة للعقد، الذي استقر رداً من الزمن في القوانين المدنية.

وإذا كانت التشريعات التي أقرت هذه المكنة للمستهلك، لم تغفل تنظيمها تنظيمياً يحد من خطورة انتهاكها لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا إن ذلك لا يلغي خروجها على المبادئ التقليدية في العقد، وإن كان ذلك يبقى في إطار الاستثناء، بيد إن سعة الاستثناء تجعله مقارناً للأصل العام. خاصة إن هذه الصورة للرجوع التشريعي عن التعاقد، تكاد تكون القاسم المشترك لجميع قوانين حماية المستهلك سواء في البلدان الأوروبية أو حتى في النظم القانونية الأخرى التي صدرت فيها تشريعات لحماية المستهلك^(٣).

المطلب الثالث

(١) انظر المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي. والمادة (١/١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. إبراهيم دسوقي - المصدر نفسه - ص ٥٥.

(٣) انظر تشريعات حماية المستهلك التي أشار إليها د. إبراهيم دسوقي - المصدر نفسه.

تمييز الرجوع التشريعي من النظم القانونية المشابهة له

إن أثر الرجوع هو زوال العقد، بيد إن هذا الأثر لا يقتصر على الرجوع التشريعي عن التعاقد، إذ يشترك فيه مع غيره من الأنظمة القانونية، وبغية إعطاء صورة واضحة عن الرجوع التشريعي فإننا سنميز بينه وبين النظم المشابهة له وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الرجوع التشريعي والبطلان

ينتشابه النظامان في إنه في كليهما يزول العقد زوالاً كلياً من لحظة إبرامه، لكن ذلك لا يلغي ما بينهما من فوارق. فالبطلان جزاء يترتب على ما يصيب العقد من خلل في أحد أركانه عند تكوينه، يمنع من ترتب الآثار عليه، فالعقد يكون منعداً من الناحية القانونية ومن ثم فلا حاجة لتقرير البطلان، ما لم ينازع فيه أحد المتعاقدين، كما إنه لا يزول بالتقادم، إذ يبقى العقد باطلاً مهما تقادم الزمن^(١).

أما الرجوع التشريعي عن التعاقد فإن يلحق عقداً صحيحاً نافذاً، سلمت أركانه من الخلل وأصبح واجب التنفيذ، لكن المشرع لاعتبارات معينة يعطي أحد المتعاقدين (المستهلك) مكنة إنهاء العقد، خلال مدة معينة بعد نشوئه أو يعطل إبرام العقد مدة معينة بعد صدور القبول، هذا بالنسبة للبطلان المطلق أما في حالة البطلان النسبي فإن التقارب بين النظامين يبدو أكثر، فالعقد القابل للإبطال عقد منعقد منتج لآثاره، ولكن يستطيع من تقررت قابلية البطلان لمصلحته أن ينقضه خلال مدة محددة، لمن لكن مع ذلك يمكن التمييز بين النظامين على أساس إن القابلية للبطلان لا تمنع من إنتاج العقد لآثاره، في حين إن الرجوع التشريعي عن التعاقد كما لاحظنا يمنع من ترتيب آثار العقد، حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار الرجوع خلالها، أو تمر المدة المحددة لانعقاد العقد بعد انقضائها وعدم الرجوع، هذا من جانب ومن جانب ثان فإن الرجوع عن التعاقد، يتقرر بمجرد إرادة ومشئنة المستهلك له أن يرجع وله أن يمضي في التعاقد، وإن أراد الرجوع، فإن ذلك يكون بإرادته المنفردة، دون حاجة

(١) د. عبد المجيد الحكيم. وعبد الباقي البكري - محمد طه البشير - الموجز في نظرية الالتزام -

لإقامة الدعوى، أما قابلية إبطال العقد، فإنه يكون بناء على أسباب محددة مسبقاً وهي ما قد يصيب ركن الرضا من خلل، وإذا أراد من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته نقض العقد، فإنه لابد من إقامة الدعوى ما لم يتفق الطرفان على خلافه^(١).

الفرع الثاني

الرجوع التشريعي والعقد الموقوف

يتميز العقد الموقوف، بأنه عقد منعقد، لكنه لا ينتج آثاره، حتى تتقرر إجازته صراحة أو ضمناً، وحيث إن الرجوع الذي يقرره المشرع للمستهلك يمنع من إنتاج العقد لآثاره، حتى تمر المدة المحددة دون صدور ما يفيد الرجوع من المستهلك، فإن شبهاً كبيراً يقوم بين النظامين، لكن على الرغم من ذلك نستطيع أن نميز بينهما على أساس إن أسباب وقف العقد معروفة سلفاً، كعيوب الرضا أو عدم الولاية على نوع التصرف، أو عدم الولاية على محل التصرف، بيد إن الرجوع الذي يثبت للمستهلك لا يشترط فيه تحقق أي من الأسباب أففة الذكر، وإنما هو مكنة خاصة خولها المشرع للمستهلك لأنه قد لا يقوى على التثبت من فائدة أو عدم فائدة التعاقد، لحظة التعبير عن الإرادة فاستثناء أعطاه المشرع رخصة الرجوع.

من ناحية ثانية فإن النظامين يختلفان في دور المدة لكل منهما ومن يملك الخيار، ففي العقد الموقوف أعطى المشرع لمن تقرر الوقف لمصلحته المكنة لأن ينقض العقد أو يجيزه وهذه المدة هي مدة للإجازة بدليل إن انقضاءها يعد إجازة ضمنية، عدا حالة تجاوز الوكيل لحدود وكالته، فإن ذلك يعد نقضاً للعقد لا أجازة له، ومن يملك الإجازة أو النقض، قد يكون المتعاقد نفسه، أو شخص آخر، جعلت له سلطة نقض العقد أو أجازته^(٢).

أما بالنسبة للرجوع التشريعي، فإن المستهلك وحده هو الذي يملك الرجوع أو عدمه، فإن أراد الرجوع وجي عليه أن يعلن عن إرادته، خلال المدة التي حددها المشرع

(١) السنهاوري- الوسيط- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٥٢ ص ٥٣١.

(٢) انظر المادتين (١٣٥-١٣٦) من القانون المدني العراقي.

لذلك، فإن سكت عن إعلان إرادته في الرجوع ومرت المدة المحددة، عد ذلك نزولاً منه عن مكنة الرجوع، وأنتج العقد آثاره، وأصبح نافذاً في حقه.

الفرع الثالث

الرجوع التشريعي وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة

يشارك كل من النظامين في إن كلاً منهما تصرف إرادي منفرد يكون من مقتضاه إنهاء الرابطة العقدية، ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بينهما، على أساس أن إلغاء العقد بإرادة منفردة، قد يقتصر على المستقبل دون المساس بالآثار التي ترتبت قبل حصول الإلغاء^(١)، في حين إن الرجوع يزيل العقد برمته، إن حصل بعد الإبرام، وهو يكون قبل أن يترتب العقد أياً من آثاره، هذا من ناحية من ناحية ثانية، فإن إلغاء العقد، إنما يكون أما نتيجة لطبيعة العقد، كما في عقود الوكالة أو الكفالة أو العارية، وأما نتيجة لحق ينشئه القانون لأحد الطرفين، كما في الرجوع عن الهبة، أما الرجوع التشريعي عن التعاقد فلا يقرر إلا بإرادة المشرع في عقود بعينها، ولا يستطيع ممارسته إلا المستهلك استثناء من القاعدة العامة، أو الأصل العام وهو عدم إمكانية إنهاء عقد إلا بالاتفاق، لاعتبارات تتعلق بضرورة صدور رضا المستهلك متبصراً بشؤون التعاقد.

ومن ناحية ثالثة فإن الحق في إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، لا يحول دون قيام العقد، ولا يهدد وجوده، وإنما يقتصر أثره على المستقبل فقط. بينما الرجوع التشريعي عن التعاقد، فإنه قد يحول دون إبرام العقد، أن أعطي المستهلك مدة للرجوع قبل نشوء الرابطة العقدية، وإلا فإنه يشمل مرحلة التنفيذ كلها، إن اقتصر على مهلة يجوز للمستهلك فيها أن يرجع عن العقد خلالها^(٢).

المطلب الرابع

الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد

(١) د. عبد المنعم فرج الصده- مصادر الالتزام- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٦٩ ص ٣٩٥.

(٢) د. مصطفى محمد جمال- المصدر نفسه ص ٢٢١.

يشير الرجوع التشريعي عن التعاقد، أشكالا في تحديد أساسه القانوني، ويمكن طرح أكثر من فكرة لبيان هذا الأساس، وسنحاول هنا عرض الأفكار التي يمكن أن تكون أساساً للرجوع ومناقشتها وصولاً لما نعتقده الأصلح منها باعتباره أساساً قانونياً للرجوع.

الفرع الأول

الشرط بوصفه أساساً قانونياً للرجوع

يذهب بعض من الفقهاء إلى طرح فكرة الشرط كأساس قانوني للرجوع عن التعاقد، وذلك نظراً لما يترتب على الشرط من أحكام تختلف بحسب ما إذا كان الشرط واقعاً فتتوقف آثار الالتزام حتى يتحقق الشرط، أو فاسخاً، فتزول الآثار التي ترتبت، قبل تحقق الشرط، ونظراً للتشابه بين أحكام الشرط الواقف والرجوع التشريعي عن التعاقد، فقد قيل بالشرط كأساس للرجوع.

لكن القول بالشرط كأساس للرجوع، يستلزم أن نحدد هذا الشرط، لنتمكن بعدها من الحكم على إمكانية عدة أساساً قانونياً للرجوع. فهل هو شرط تجربة أو شرط العربون؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تشير إلى وجود رأيين فقهيين الأول يقول بشرط التجربة ويذهب الثاني إلى شرط العربون.

أما فيما يتعلق بشرط التجربة، فقد رأى بعض من الفقهاء إن الرجوع ما هو في الحقيقة إلا شرط تجربة، فكما إن للمشتري أن يرجع عن البيع بعد تجربة المبيع إن هو اشترط التجربة، ووجد المبيع غير ملائم له، أو غير متفق مع ما أعد له المبيع، فكذا الحال مع الرجوع التشريعي عن التعاقد، وليس هنا اختلاف بين النظاميين، إلا في خاصية واحدة فقط، وهي إن شرط التجربة يثبت بالاتفاق، في حين إن خيار الرجوع التشريعي يثبت بإرادة المشرع، وينص أمر.

بيد إن هذا الطرح لا يستقيم مع طبيعة الرجوع التشريعي عن التعاقد وذلك لسببين، أما الأول فهو إن الغرض من شرط التجربة، هو أن يثبت المشتري أما من صلاحية المبيع لما يريده منه، أو ملائمة المبيع لما أعد له، ويكون للمشتري بعد التجربة أن يقرر أما إمضاء العقد أو فسخه، أي إن شرط التجربة لا يمنع من انعقاد العقد، وإنما

يوقف ترتب آثار العقد، إن كان الشرط واقفاً، أو يجعلها قابلة للزوال، إن كان فاسخاً^(١)، في حين إن الغرض من إقرار الرجوع عن التعاقد، هو لكي يكون للمستهلك أن يتدبر ويتروى في شأن التعاقد، الذي ربما أصدر قبوله به عن تسرع وعدم رؤية، دون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع، أو محل العقد، وبعد التروي والتدبر خلال المدة المحددة يكون له أن يقرر الرجوع عن التعاقد أو إمضاءه.

وأما الثاني، فإن المشتري بعد تجربة المبيع له أن يفسخ العقد، إذا وجد المبيع غير مناسب له سواء من الناحية الشخصية، أو من الناحية الموضوعية، وإذا رفضه وفسخ العقد لأسباب موضوعية، أمكن إقامة رأى الخبراء مقام رأس المشتري، ومن ثم أمكن مساءلة المشتري عن تعويض البائع، عما قد يصيبه من أضرار نتيجة لرفضه المبيع^(٢)، غير إن الرجوع عن التعاقد هو مجرد إرادة أو مشيئة لا تخضع للرقابة والتسبيب، فلا يسأل المستهلك عن تعويض المتعاقد الآخر، إن هو رجع عن التعاقد. وفيما يخص شرط العربون، فإن بعضاً من الفقهاء يرى إن أساس الرجوع هو عربون الرجوع، وما دفعهم إلى هذا القول، إن بعض القوانين التي أقرت الرجوع التشريعي عن التعاقد ألزمت المستهلك بأن يدفع مقابلًا إذا ما رجع، لذا قال هؤلاء الفقهاء إن عربون الرجوع هو الأساس القانوني^(٣). ولم يغفل أصحاب هذا الرأي الفروقات التي بين النظامين، من حيث إن المقابل الذي يدفعه المتعاقد بشرط العربون يحدده الاتفاق، في حين إن المقابل الذي يدفعه المستهلك، في بعض التشريعات، يحدده المشرع.

بيد إن هذا الرأي لا يمكن أن نعول عليه وذلك لأن الفرق الجوهرى بين النظامين لا يمكن في المقابل الذي يدفعه من يرجع عن التعاقد، ومن يحدد هذا المقابل، وإنما في

(١) انظر المادة (٥٢٤) مدني. وانظر أيضاً- أستاذنا د. حسن علي الذنون- البيع- بغداد ١٩٥٣. ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) د. سعد مبارك- د. صاحب عبيد الفتلاوي- د. طه الملاحويش- الموجز في العقود المسماة. بغداد ١٩٩٣ ص ٥٦.

(٣) CALAIS AULOY: RAPPORT DE SYNTHESE IN LES COTRATS D'ADHESION ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEURS. PARIS. E. N. A. J. 1978. P.260.

ما يشكله الرجوع التشريعي من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين إن عربون الرجوع لا يتضمن مثل هذا الانتهاك ما دام الأمر يتقرر بموجب اتفاق الطرفين. ومما تقدم نستطيع أن نقول إن الشرط لا يصح أساساً قانونياً للرجوع التشريعي، لاختلاف الآثار القانونية التي تترتب على الشرط، عن تلك التي تترتب عن الرجوع التشريعي، فضلاً عن ذلك، فإن الشرط وصف للتراضي، لأن التعليق المترتب على الشرط لا ينصب على الالتزام أو العقد برمته، بل ينصب على رضا أحد الطرفين، فهو لا يدخل في مضمون العقد، وإنما هو أمر خارج عن العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني

عدم لزوم العقد بوصفه أساساً للرجوع

يذهب رأي فقهي إلى إن أساس الرجوع، هو عدم لزوم العقد، فالعقد الذي يتضمن خياراً للمستهلك بأن يرجع عنه خلال مدة محددة، يكون عقداً غير لازم، ومن ثم جاز للمستهلك أن يرجع عنه بإرادته المنفردة^(١)، وفي هذا نستطيع أن نوفق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك في الرجوع عن التعاقد، ذلك إن هذه القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة اللازمة، وعقود الاستهلاك لا تكون لازمة للمستهلك ومن ثم لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد^(٢).

لكن هذا الطرح لا يمكن التسليم به ذلك إن فكرة عدم لزوم العقد لا تحول بين العقد وترتيب آثاره، فالعقد غير اللازم، يمكن أن تترتب عليه جميع آثاره وكل ما هنالك إن المتعاقد فيه يملك إنهاء بإرادته المنفردة، وأيضاً إمكانية إنهاء العقد، ليست مطلقة وإنما مقيدة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإن تعلق حق الغير بالعقد، ما جاز للمتعاقد أن ينهيه على الرغم من كونه غير لازم. في حين إن الرجوع التشريعي عن التعاقد يحول دون نفاذ العقد، حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار الرجوع خلالها. أي تتوقف آثار العقد، حتى يتنازل المستهلك عن ممارسة خياره في الرجوع صراحة أو دلالة، هذا من جانب. من جانب ثان فإن مكنة الرجوع مطلقة وهي إرادة ومشئنة لا

(١) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل- المصدر نفسه ص ٩٥.

(٢) المصدر نفسه ص ٩٥.

تخضع لتسبيب أو رقابة، على خلاف سلطة المتعاقد في فسخ العقد في حالة عدم اللزوم.

فضلاً عن ذلك فإن الصورة الثانية من صورتَي الرجوع وهي التي يتأخر فيها إبرام العقد مدة من الزمن، حتى بعد صدور القبول، لا ينعقد فيها العقد، ومن ثم لا يمكن القول بعدم لزومه في هذه الحالة لأن العقد لما يبرم بعد.

وعلى هذا فإن أياً من الآراء التي طرحت لبيان الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد، لم يسلم من النقد. والأساس الذي نراه للرجوع التشريعي عن التعاقد، هو النص التشريعي الذي أعطى للمستهلك خيار الرجوع، فالقوة الملزمة للعقد، تثبت للعقود الصحيحة النافذة، ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلال ذلك، وفي عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد، بأن أعطى للمستهلك مكنة الرجوع استثناء من المبدأ العام وذلك لاعتبارات رآها جديرة بالخروج على هذا المبدأ فكون المستهلك في مركز تعاقدى ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر، وليس في النظرية العامة للعقد، ما يشفع لهذا المستهلك، في حماية مصالحه، ولم يجد المشرع بدا من الخروج على قواعد العامة في نظرية العقد، لكي يقرر حماية المستهلك لذا فإن أساس الرجوع التشريعي عن التعاقد هو كونه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، هذا عن الرجوع بعد إتمام العقد. أما عن الأساس القانوني للرجوع قبل إبرام العقد، فقد ذهب بعض من الفقهاء إلى القول بفكرة التكوين المتدرج للعقد، على أساس إن عقود الاستهلاك لم تعد تبرم في لحظة زمنية واحدة. هي لحظة ارتباط الإيجاب مع القبول، وإنما لا بد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده، فإذا لم يشأ تأكيد رضائه الذي أصدره، وعمد إلى سحب هذا الرضا، خلال مدة التروي فإنه يحول بذلك دون إبرام العقد، ومن ثم فإنه ينسحب من عقد غير تام، وليس من عقد ملزم^(١).

(١) د. مصطفى محمد الجمال - المصدر نفسه - ص ٢٢٢.

ويبدو إن فكرة التكوين المتدرج للعقد، تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التروي هذه، التي لا يعقد العقد، قبل مضيها وإن أصدر المستهلك، رضاءه فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها. ويمكن اعتمادها أساساً للرجوع في هذه الحالة.

المبحث الثاني

أحكام الرجوع التشريعي عن التعاقد

تدور أحكام الرجوع التشريعي عن التعاقد بين الوجود الفعلي للعقد، وبين المكنة التي يستطيع بموجبها المستهلك الرجوع عنه، ونظراً لما تتطوي عليه هذه المكنة من خطورة، لذا لابد من تنظيم ممارستها، من هنا تناول أحكام الرجوع يقتضي أن نبحث أولاً تنظيم ممارسة الرجوع، والآثار التي تترتب على أعمال الرجوع. وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

تنظيم ممارسة مكنة الرجوع عن التعاقد

يجد الرجوع التشريعي عن التعاقد مصدره في القانون، ويحدد هذا المصدر الإجراءات والشروط الواجب مراعاتها عند ممارسته، وحيث إن هذه المكنة تتقرر استثناء من القاعدة العامة، ولخطورة ما تتطوي عليه من آثار، فإن جميع أحكامها متعلقة بالنظام العام، وعليه فإننا نستبعد ابتداء الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للآثار التي نص عليها المشرع في القوانين التي أقرت هذه المكنة.

ويلاحظ إن القوانين التي أقرت الرجوع عن التعاقد، لم تخضع ممارسة هذا الرجوع لشكل أو إجراءات خاصة، إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في الرجوع عن التعاقد، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، كان يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار.

غير إن ذلك لا يمنع من أن يشترط المشرع سلوك إجراءات محددة للرجوع، كما فعل المشرع الفرنسي، حينما استلزم أن يرفق بالعقد نموذج معين يجب استيفاءه من قبل المستهلك، وإعادته إلى المتعاقد الآخر، بكتاب موصى عليه مع علم الصول^(١).

وينبغي ملاحظة إن اشتراط ممارسة الرجوع خلال مدة يحددها المشرع، هو الإجراء الوحيد الذي يكاد أن يكون قاسماً مشتركاً بين جميع القوانين التي أقرت الرجوع، ويلاحظ أيضاً إن هذه المدة تتميز بقصرها ومرد ذلك رغبة المشرع في أن لا يجعل

(١) المادة السابعة من التشريع الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ والخاص بحماية

المستهلك والمنشور في دالوز ١٩٧٨-٨٤.

العقد غير مستقر مدة طويلة، ومراعاة في ذلك لمصلحة المتعاقد الآخر، لطي لا يبقى ملتزماً بعقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن. كما قد تستلزم بعض القوانين أن يدفع المستهلك مبلغاً معيناً إلى المتعاقد الآخر، بدفع هذا المبلغ، وإنما قيدته بحد معين يجب أن تصل إليه قيمة محل العقد أو أن يكون المبلغ نسبة مئوية من قيمة محل العقد بشرط أن لا يزيد عن مبلغ معين^(١). وواضح إن تحديد هذا المبلغ بشكل دقيق في القوانين التي ألزمت المستهلك في دفعه، هو رغبة المشرع في أن لا يكون هذا المبلغ قيداً على حرية المستهلك في ممارسة الرجوع، ومن ثم إفراغ الرجوع من قيمته، لذا لم يترك أمر تحديد هذا المبلغ لإرادة المتعاقدين.

المطلب الثاني

آثار العقد قبل رجوع المستهلك

يجب أن نميز هنا، بين صورتَي الرجوع، أي الرجوع السابق على إبرام العقد، والرجوع اللاحق على الإبرام.

الفرع الأول

الرجوع السابق على إبرام العقد

إذا عطل المشرع إبرام العقد مدة من الزمن. يجب أن تمضي دون أن يرجع المستهلك عن التعاقد، هنا لا نكون أمام عقد، إذا لم تمض هذه المدة، ومن ثم لا يمكن البحث في آثار عقد، لكن السؤال الذي يطرح هنا عن المركز القانوني الذي يشغله المتعاقد الآخر. وهل سيحق له الرجوع عما عبر منه.

مادام المتعاقد الآخر قد عبر عن إرادته، أيّاً كانت صيغة التعبير، فإنه يكون في مركز الموجب غير إنه لا يملك الرجوع عن إيجابه هذا أي إننا نكون أمام صورة من صور الإيجاب الملزم، لأن القول بخلاف ذلك وإعطاء الموجب مكنة الرجوع عن إيجابه، يؤدي إلى إهدار الحماية التي أراد المشرع أن يوفرها للمستهلك ذلك إن

(١) انظر في ذلك القانون الخاص بالبيع بالتقسيط في لوكسميرغ الذي أجاز اشتراط مقابل للرجوع بدفعه المشتري على أن لا يتجاوز ٣% من ثمن المبيع. د. إبراهيم دسوقي- المصدر نفسه

الأخير قد لا يجد من يتعاقد معه لإشباع حاجاته (إن فتح الباب أمام المحترف للرجوع عما عبر عنه) أما إذا رجع المحترف على الرغم من ذلك، فإن يلزم بتعويض المستهلك طبقاً لأحكام المسؤولية التعاقدية. وربما يكون خير تعويض هو الإبقاء على الإيجاب على الرغم من الرجوع عنه وعندها إذا أريد المستهلك إمضاء العقد، ولم يرجع عن التعاقد ومرت المدة المحددة لذلك، أبرم العقد على سبيل التعويض.

المطلب الثاني

الرجوع اللاحق على إبرام العقد

إذا أبرم العقد، وأعطى المستهلك مكنة الرجوع خلال مدة محدودة فإن العقد لا ينفذ خلال مهلة الرجوع، أي إننا نكون أمام وقف لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، حتى يهتدي المستهلك، بعد التفكير والتروي أما إلى الرجوع عن العقد، أو إلى الاستمرار فيه فلم يشأ المشرع أن ينفذ العقد من قبل المستهلك، ثم يسترد ما نفذه أن رجع التعاقد، لأن المستهلك قد يتأثر بتنفيذ العقد، ومن ثم لا يكون اختياره في الرجوع حراً تماماً.

أما من جهة المحترف، فإن خيار الرجوع لا يحول بينه وبين التنفيذ. إن أراد تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، لكنه لا إلزام عليه بهذا التنفيذ خلال المدة المحددة لممارسة الرجوع، وقد يكون من مصلحة المستهلك أن ينفذ المحترف التزامه خلال مهلة الرجوع، لكي يتمكن من تجربة المبيع مثلاً أو معاينته، غير إن المشرع حرم المحترف أن نفذ التزامه خلال مهلة الرجوع من الحصول على تأمين أو ضمان ليضمن استعادة ما نفذه، إن قرر المستهلك الرجوع عن العقد، لأن من شأن هذا الضمان أن يؤثر في قرار المستهلك في الرجوع أو عدمه.

كما إن المحترف يتحمل كافة النفقات، والمخاطر التي تترتب على تنفيذ التزامه قبل انتهاء مدة الرجوع، فإذا كان العقد بيعاً، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري وإن سلم الأخير المبيع، فضلاً عن إن البائع يتحمل تبعه الهلاك، ما لم يكن المشتري قد تسبب بهذا الهلاك بخطئه أو تقصيره.

المبحث الثالث

الآثار التي تترتب على الرجوع

إن الأثر الرئيس الذي يترتب على الرجوع، هو زوال العقد بعد إبرامه، إن كان الرجوع قد تم خلال مدة زمنية بعد القبول، أو تعطيل إبرام العقد، إن كان الرجوع قد حصل، قبل فوات المدة التي استلزم المشرع مضيها، لكي يكون لقبول المستهلك أثر في إبرام العقد، وحيث إن العقد لم يتم تنفيذه، غالباً، قبل تأكيد نفاذ إبرامه، فإن الرجوع لا يثير مشكلة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وإن حصل هذا التنفيذ فإن في القواعد العامة، ما يغني في معالجة هذه المسألة، مع ملاحظة كون المهني المحترف هو الذي بادر إلى تنفيذ العقد، دون إلزام ومن ثم فلا يكون له ضمان خاص في استرجاع ما سلمه، لئلا يشكل ذلك قيداً على ممارسة المستهلك حقه في الرجوع عن التعاقد.

لكن هناك أمراً ينبغي عدم إغفاله وهو إمكانية أو عدم إمكانية اعتبار الرجوع ذاته مصدراً للمسؤولية، بعبارة أخرى، هل يمكن أن يسأل المستهلك عن رجوعه عن التعاقد، إذا ما لحق المهني أو المحترف ضرراً بسبب هذا الرجوع؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي أن نبحث في النصوص المقررة لهذا الخيار. فإذا قيد المشرع ممارسة هذا الخيار ببواعث محددة، وقصره على أسباب دون غيرها، فلاشك إن استعمال الخيار في غير ما قيد به المشرع، أو لأسباب لم ينص عليها المشرع، فإن من شأن هذا الاستعمال، أن يخضع لرقابة المشروع كما إن المشرع إن أطلق استعمال الرجوع من دون قيد أو باعث، فإنه لا يمكن أن يكون استعماله مصدراً للمسؤولية وإن ترتب على هذا الاستعمال تضرر المحترف^(١).

بيد إن الأمر يبدو بحاجة إلى اجتهاد إذا ما سكت المشرع، ولم يطلق استعمال الرجوع، كما إنه لم يقيده، فهل يخضع الاستعمال لسلطان القضاء، وهل يمكن أعمال فكرة التعسف في استعمال الحق، بصدد ممارسة هذا الرجوع؟

يشير الواقع إلى وجود خلاف على صعيد الفقه، كما إن القضاء الفرنسي لم يستقر رأيه على مبدأ معين بصدد الإجابة عن التساؤل السابق. وتفرق الرأي الفقهي

(١) وقد نصت بعض تشريعات حماية المستهلك صراحة على إن ممارسة الرجوع إرادة ومشئئة للمستهلك، ومن ثم فلا تخضع لأي رقابة أو تقدير، كالقانون البلجيكي الذي لم يلزم المستهلك ببيان مبررات رجوعه. د. إبراهيم دسوقي - المصدر نفسه ص ٦٠.

والاجتهاد القضائي إلى مذهبين، يرى الأول إمكانية مساءلة المستهلك إذا تعسف في ممارسة الرجوع. بينما يذهب الثاني إلى عدم إمكانية تطبيق فكرة التعسف على ممارسة خيار الرجوع⁽¹⁾.

لكن تطبيق أحكام التعسف في استعمال الحق على ممارسة الرجوع التشريعي عن التعاقد، مسألة تتوقف على تحديد طبيعة الرجوع ذاته، هل هو حق بالمعنى القانوني للحق، أو إنه مجرد مكنة أو سلطة عامة؟

يصعب تكييف الرجوع عن التعاقد على إنه حق، سواء كان حقاً شخصياً، أو حقاً عينياً، أم صعوبة تكييفه على إنه حق شخصي فذلك لأن الأخير يتميز بكونه يمثل سلطة للدائن تجاه مدينه، هذه السلطة هي الاقتضاء، والتي يكون بموجبها للدائن أما مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، والدائن عندما يمارس هذه السلطة إنما يمارسها تجاه شخص محدد هو المدين كما أن تدخل المدين شخصياً أمر ضروري لكي يستوفي الدائن حقه، ولو تعلق الأمر بشيء معين، ذلك لأن الدائن لا يتعامل مع الشيء ولا ينتفع، إلا من خلال المدين.

وهذا ما لا نجده في خيار الرجوع، ذلك إن المستهلك لا يملك أية سلطة في مواجهة المحترف، ولا يستطيع أن يطالبه بأي دور إيجابي أو سلبي، وكل ما يثبت له هو أما إبرام العقد، أو إمضاؤه وعدم إبرامه أو نقضه، فلا نجد في هذا الخيار السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين، في الحق الشخصي، وعليه فلا يمكن تكييف الرجوع على إنه حق شخصي.

وأما صعوبة تكييف الرجوع فإنه بأنه حق عيني، فمردها إن الحق العيني يتمثل في سلطة لشخص على شيء معين، يستطيع صاحب الحق الحصول على منافع الشيء والتمتع به، والاحتجاج حقه هذا، تجاه كافة، وهذا ما لا نجد له نظيراً في الرجوع عن التعاقد.

وإذا كان الرجوع ليس حقاً شخصياً كما إنه ليس حقاً عينياً فما هو إذاً؟ إن الرجوع عن التعاقد ما هو إلا رخصة، أو مكنة قانونية، تخول صاحبها، سلطة إنشاء مركز

(1) WELL: DROPT CIVIL, LES OBLIGATIONS PARIS. 1986 N 354

وانظر أيضاً د. حسن كبرة- المدخل لدراسة القانون- بيروت ١٩٧٧- ص ٣٦٧.

قانوني، أو منع نشوئه، بإرادته المنفردة. ويتوقف استعمال أو ممارسة هذه المكنة على إرادة ومشية صاحبها، دون أن يتوقف ذلك على إرادة، من تمارس هذه المكنة في مواجهته.

وحيث إن فكرة التعسف في ممارسة الحقوق، إنما تنبسط على ممارسة الحقوق التي اكتمل نشؤها ودخلت في مرحلة ترتب الأحكام عليها، فإنه ليس من اليسر مد هذه الأحكام لتشمل ممارسة السلطات، أو المكنات العامة، التي يتمتع أصحابها بالحرية في الاختيار بين إنشاء مركز قانوني أو الحيلولة دون إنشائه، وإلا انعدمت التفرقة بين الحق بوصفه مركزاً قانونياً، وبين الحريات أو المكنات العامة^(١).

لكن بعضاً من الفقهاء يذهب إلى وجوب التفرقة بين الحقوق والحريات العامة في تحديد نطاق فكرة التعسف في استعمال الحق. ويرى في تطبيق أحكام التعسف على الحقوق التي اكتمل نشؤها ودخلت مرحلة ترتب الأحكام عليها، دون الحريات أو السلطات العامة، بينما يذهب رأي إلى إمكانية تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق على ممارسة الحريات أو السلطات العامة، ولكن بمعيارها الشخصي فقط دون الموضوعي، إذ لا يرى أصحاب وجهة النظر هذه إمكانية مسائلة صاحب الحرية أو السلطة العامة إلا إذا قصد من وراء استعمال حريته على هذا النحو، إلحاق الضرر بالغير^(٢).

ويبدو إن القضاء الفرنسي يأخذ بهذا الرأي الأخير إذ قضى بأن رخصة الرجوع عن التعاقد، ليست رخصة مطلقة لا تخضع لرقابة أو تقدير، إذ إنه أن تم بسوء نية لا يعتد به ولا تترتب عليه أية آثار^(٣)، ويلاحظ مع هذا الحكم إنه لم يجعل الرجوع الذي تم بسوء نية منتجاً لآثاره، فيبقى العقد صحيحاً وناظراً، ويلزم الرجوع المستهلك بتنفيذه ولكن هذا يلقي على المحترف عب إثبات سوء نية المستهلك في الرجوع ولاشك في إن هذا العبء، ليس بالأمر اليسير، وهو غالباً ما يعجز عن إثباته لأنه يتعلق بالنوايا والبواعث وهذا ما يجعل من العسير تقرير مبدأ عام يحكم المسائل جميعاً

(١) انظر د. حسن علي الذنون - المبسوط - ح ٢ - الخطأ - بغداد ٢٠٠١، ص ٤٤٣.

(٢) المصدر نفسه ص ٤٤٣.

(٣) نقض مدني فرنسي ١١ حزيران ١٩٧٦ دالوز ١٩٧٨.

وإنما يطبق في كل حالة على حدة. كما إن وجود مبرر للرجوع، كعدم ملائمة الثمن أو عدم ملائمة المبيع لما يقصده المستهلك لا يعد تعسفاً، مادام الرجوع تقرر ابتداء لمواجهة مثل هذه الحالات.

لكن ينبغي عدم التوسع في مفهوم فكرة التعسف في استعمال الحق ومد نطاقها إلى الرجوع التشريعي الذي أعطاه المشرع للمستهلك لأن من شأن ذلك إفراغ هذا الرجوع من مضمونه، ومن ثم تفوت الحماية التي قصد المشرع توفيرها للمستهلك في تعاقداته.

الخاتمة

يمكن أن نلخص أهم النتائج التي خرجت بها دراسة موضوع الرجوع التشريعي عن التعاقد في النقاط الآتية:

١. إن إقرار مكنة المستهلك في الرجوع عن التعاقد، هو إحدى الركائز الأساسية التي يركز عليها بناء حماية فعالة له، ومن ثم لا يجدر بأي تشريع يستهدف إرساء قواعد لهذه الحماية، أن يغفل النظر عليها، وندعو المشرع العراقي إذا ما أراد تشريع قانون لحماية المستهلك، أن يجعل من هذه المكنة إحدى لبنات تشييد الحماية المرجوة، لأن المبررات التي جعلت المشرع يقرها متوافرة في العراق كما هي في البلدان التي صدرت فيها قوانين نصت على الرجوع عن التعاقد باعتباره مكنة يتلاقى بموجبها المستهلك ما قد يلحق به ضرراً نتيجة عدم كفاءته في النواحي الفنية أو الاقتصادية، مما يؤدي إلى إصداره لرضا غير مستتير بالتعاقد، على النحو الذي يذهب بمصالحه.

٢. إن البحث عن أساس قانوني تستند إليه مكنة رجوع المستهلك عن التعاقد في المفاهيم القانونية التقليدية، في النظم القانونية التي شيدت بناءها القانوني على أساس مبدأ استقلال الإرادة، ليس بالأمر المجدي، ومن ثم فليس من أساس لهذه المكنة إلا كونها استثناء، كالقوانين التي أقرتها، أي استثناء من الأحكام القانونية التقليدية التي تحكم إبرام العقد وتنفيذه.

٣. إن مكنة الرجوع عن التعاقد مكنة تشريعية، ومن هنا فليس من شأن الإرادة أن تقيدها، على نحو يفرغ هذه المكنة من مضمونها ومن ثم يفوت الغرض الذي

هدف المشرع إلى تحقيقه من وراء إقرارها لأنه لو أمكن تقييدها لقيدها المشرع، وعليه يكون باطلاً كل اتفاق على إسقاط حق المستهلك في ممارسة الرجوع أو تقييد هذه الممارسة، بغير ما قيدها به المشرع. كما لا يجدر بالقضاء أن يتوسع في المفاهيم القانونية على نحو يجعل من هذه المفاهيم قيوداً تطبق على ممارسة الرجوع كفكرة التعسف في استعمال الحق.

ومن الله التوفيق

المصادر

أولاً: اللغة العربية:

١. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي الكويتية ١٩٨٥.
٢. د. حسن علي الذنون، البيع، بغداد، ١٩٥٣.
٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط، ح ٢ الخطأ، بغداد، ٢٠٠١.
٤. د. حسن كبرة، المدخل لدراسة القانون، بيروت، ١٩٧٧.
٥. د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد، د. طه الملاحويش، الموجز في العقود المسماة، بغداد، ١٩٩٣.
٦. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٢.
٧. د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكر، محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨١.
٨. د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٦٩.
٩. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، بيروت، ٢٠٠٢.
١٠. القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
١١. القانون المدني الفرنسي، الصادر عام ١٨٠٤.

ثانياً: اللغة الفرنسية:

1. CALAIS AULOY: PAPPOT DE SYNTHESE IN LES
CONTRATS D ADHESION.
ET LA PROTECTION DU CONSOMMTEURS PARIS E.
N. A. J. 1978.
2. WELL: DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS. PARIS 1986.

دور فكرة المنافسة غير المشروعة في حماية الاختراعات غير المبرأة

بحث تقدم به

الدكتور

سلام منعم مشعل

مدرس القانون الخاص

كلية القانون/ جامعة النهرين

دور فكرة المنافسة غير المشروعة في حماية الاختراعات غير المبرأة

الدكتور

سلام منعم مشعل

كلية الحقوق/

جامعة النهرين

خلاصة:

تعد الملكية الفكرية من الموضوعات التي حظيت باهتمام كبير من فقهاء القانون، كما إن القضاء في غير دولة أسهم إسهاماً فعالاً في إعطاء مفاهيم واضحة ومحددة للمسائل التي تثير الاختلاف في هذا النوع من الملكية، هذا من جانب ومن جانب آخر تعتبر الملكية الصناعية إحدى صور الملكية الفكرية والتي هي الأخرى يتفرع عنها العديد من الموضوعات لاسيما موضوعات الاختراعات. فضلاً عما تقدم فإن المنافسة غير المشروعة تمثل إحدى حالات سوء المسؤولية بالنسبة للشخص الذي يقوم بفعل من أفعال المنافسة، عليه فإن دعوى المنافسة غير المشروعة والأثر الذي يترتب عليها يمكن أن يعد وسيلة لحماية أشخاص الملكية الصناعية.

ABSTRACT:

OUR RESEARCH RELATES WITH THE IDEA WHEN SOME ONE REACHES TO AN INVENTION IN INDUSTRIAL FIELD. THE CHARACTERISTIC OF THE SUBJECT IS THAT THE INVENTOR KEEPS HIS INVENTION AS A SECRET WITHOUT OBTAINS A

PATENT ACCORDING TO HIS WILL. WHEN SOME ONE- WHO DIDN T REACH THE INVENTION OF THE ABOVE- HAS BEEN COMPETED THE INVENTION, IN THIS CASE A PROBLEMS COULD BE A RAISED SPECIALLY THE PERSON WHO IS CALLED (INVENTOR) DIDN T REGISTERED HIS INENTION AND WANTS TO PRORECT IT BY THE SECRECY.

المقدمة

يعد قانون براءة الاختراع من القوانين التي تعالج مسألة حماية أولئك الأشخاص الذين يتوصلون إلى اختراعات معينة بشرط تسجيلها لدى الدائرة المختصة، ولكن من ناحية أخرى قد يتوصل شخص ما إلى اختراع معين دون أن يروم الحصول على براءة عنه، أي إنه يؤثر الاحتفاظ باختراعه سراً على أن يتقدم بطلب الحصول على براءة عنه، ويتصرف باختراعه على الأساس سواء كان هذا التصرف عن طريق التنازل عنه إلى الغير أو من خلال استغلاله هو لهذا الاختراع بنفسه وهو ما اصطلح على تسميته (بالمعرفة التقنية)، فمثل هذا يعد صاحب حق مادام توصله لاختراعه قد تم بطريقة مشروعة دون الاعتداء على حقوق الغير.

هذا من جانب ومن جانب آخر يترتب على مبدأ حرية التجارة وحرية المنافسة، أن يكون لكل شخص الحق في إتباع الوسائل الناجحة لاجتذاب الزبائن إلى النشاط الذي يمارسه بغية تحقيق ما يصبو إليه يصبو إليه من أرباح حتى ولو أدى ذلك إلى الأضرار بغيره من الأشخاص مادام تصرفه هذا مشروعاً وغير مخالف للقانون^(١).

وهذا يعني إن لكل شخص أن يتخذ في تنظيم أعماله وتجارته من الطرق ما يراه مناسباً في در أكبر قدر ممكن من الأرباح وليس للآخرين أن يتظلموا مما لحق بهم

(١) انظر: د. أكرم ياملكي. الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. ج-١- في الأعمال التجارية والتجار. بغداد. ١٩٦٦-١٩٦٧. ص ٢٤٦؛ د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. ج-

من ضرر، فالمنافسة بين التجار هي ركن أساس في تقدم المجتمعات لأنها تدفع المنتجين إلى إجادة إنتاجهم وتخفيض الأسعار وتحسين أساليب الصناعة، بيد إن هذه المنافسة لا تحدث هذا الأثر النافع إلا إذا بقيت في حدودها المشروعة وظلت قاصرة على السعي إلى التقدم والتسابق نحو الرقي، أما إذا كانت الوسائل التي يتبعها المنافس في سبيل الحصول على زبائن أو ترويج البضاعة التي ينتجها، غير مشروعة وتتنافى مع النزاهة، كان لكل من إصابة ضرر من جراء ذلك الحق في الرجوع على المتسبب فيه بالتعويض عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة^(١).

ومن هنا يثور التساؤل عن الدور الذي يمكن أن تؤديه هذه الفكرة القانونية في توفير الحماية الناجمة للمعرفة التقنية لاسيما إذا علمنا إن صاحب المعرفة شأنه شأن أي شخص آخر يبتغي تحقيق الربح من وراء معرفته وهو يخضع بلا شك لمنافسة من قبل الآخرين الذين يعدون أقل درجة منه في حالة التقنية التي وصل إليها، لذلك فإن هؤلاء يتلهفون في سبيل التعرف على الكيفية التي يعمل بها مثل هذا الشخص من أجل الحصول على ذات الفوائد التي يحصل عليها، ومن ثم فإن فكرة التنافس سوف تظهر هي الأخرى في ميدان المعرفة التقنية. بيد إنه من أجل أن يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة القانونية في حماية المعرفة التقنية، فإنه لا بد من الإشارة إلى إن ذلك لا يتم إلا إذا حصل اعتداء، أي إن الغير الذي يعملون في ذات خشية من احتمال وقوع مثل هذا الاعتداء، أي إن الغير الذين يعملون في ذات المجال الذي يعمل به صاحب المعرفة التقنية يعتدي، أو يمكن أن يعتدي، على حقوق هذا الأخير بوسيلة أو بأخرى، فينتهك سرية المعرفة التي تميز المخترع عن غيره من الأشخاص.

وإذا كان الأمر كذلك فإن الحماية بموجب هذه الوسيلة تقتضي بيان الكيفية التي تحصل بها المنافسة غير المشروعة والتأصيل الذي تبني عليه هذه الحماية من حيث الأساس القانوني لها من ناحية وأركان المسؤولية المترتبة على المنافسة غير

(١) انظر: د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية. الجزائر. ١٩٨٥. ص ٢٣٦؛ د. سميحة القليوبي. القانون التجاري مصدر سابق. ص ٣٩٣؛ د. محسن شفيق. القانون التجاري. مصدر سابق. ص ٤٠٥؛ د. أحمد إبراهيم البسام. مبادئ القانون التجاري. ج ١ - بغداد. ١٩٦١. ص ١٧١.

المشروعة من ناحية أخرى، من دون إغفال أثر هذه الدعوى بالنسبة لصاحب المعرفة التقنية، لذلك فإننا سنقسم هذا الموضوع إلى بحثين، نتناول في المبحث الأول- وقدر تعلق الأمر بالمعرفة التقنية- تأصيل الحماية بموجب هذه الفكرة وذلك من حيث الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه المسؤولية ومن حيث الأركان في مبحث أول، وفي المبحث الثاني نتناول أثر المنافسة غير المشروعة بالنسبة لصاحب المعرفة التقنية.

المبحث الأول

تأصيل الحماية

تقضي القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، إن كل شخص يسبب ضرراً للغير فإنه يلزم بتعويض المضرر عما لحقه من جراء هذا الضرر^(١)، غير إنه في نطاق المنافسة غير المشروعة بشكل عام والمعرفة التقنية تحديداً فإن هناك خصوصية بالنسبة لهذه الفكرة الأخيرة وذلك من حيث الأساس القانوني الذي تبني عليه هذه الحماية فضلاً عن الأركان الخاصة بالمسؤولية المترتبة على المساس بحقوق صاحب المعرفة التقنية، عليه فإننا سنتناول أساس الحماية في مطلب أول من هذا المبحث، أما أركان المسؤولية الناجمة عن الاعتداء على حقوق المخترع فإننا نعالجها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الأساس القانوني للحماية

إذا كانت المنافسة غير المشروعة تعني استخدام الشخص لطرق ووسائل منافية للقانون أو العادات أو الشرف من أجل تحقيق منافع معينة^(٢)، إلا إن الأمر لا يقف عند هذا الحد، إذ تكمن الصعوبة- عند لجوء شخص معين إلى مثل هذه الوسائل أو الطرق من أجل الوصول إلى ما يرنو إليه- في البحث عن الأساس القانوني الذي يمكن أن يركز عليه المضرر في حماية نفسه من هذه الطرق غير المشروعة، حيث اختلف الرأي حول هذه المسألة وتباينت وجهات النظر، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل بنفسه من أجل تحديد الأفعال التي تعد غير مشروعة وبالتالي يسأل الشخص الذي يقوم بها تجاه المضرور، سيما وإننا نتحدث عن حماية صاحب المعرفة التقنية في هذا المقام.

ففي فرنسا نجد إن الدعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية، حيث يتم الرجوع إلى المواد (١٣٨٢-١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي التي تجيز مقاضاة كل فعل يرتكبه أحد الأشخاص يؤدي إلى إلحاق

(١) انظر: المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر: د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. مصدر سابق، ص ٤٠٢.

ضرر بالغير الذي لا بد من تعويضه، ذلك إن المشرع الفرنسي لم ينظم موضوع المنافسة غير المشروعة تحت عنوان مستقل، لتخضع للمبدأ العام أعلاه، الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير "إن دعوى التعويض بسبب المنافسة غير المشروعة أو المحظورة أخلاقياً لا تؤسس إلا على نص المادتين ١٣٨٢-١٣٨٣ من القانون المدني التي استلزمت بشكل خاص وجود خطأ من قبل المدعى عليه ووجود الضرر الذي لحق بالمدعي"^(١)، ومن هنا فإن الفقه يذهب إلى القول، إن نصوص المسؤولية التقصيرية لا تمثل حقاً شخصياً وإنما مركزاً موضوعياً يوجد فيه المتضرر في علاقته مع محدث الضرر، وبالتالي فإن الشخص الذي يلحقه الضرر يحق له أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لكي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه^(٢).

كذلك الحال في ألمانيا حيث يقرر القانون المدني هناك ذات الأمر الذي يقرره المشرع الفرنسي^(٣)، فالمادة (٨٢٣) من القانون المدني الألماني تنص على (أي شخص قام عمداً أو نتيجة الإهمال بإلحاق ضرر غير شرعي على حياة أو جسم أو صحة أو حرية أو ملكية أو أي حق آخر للغير، يكون ملزماً بتعويض الضرر تجاه

(١) انظر:

ENCYCLOPEDIE DALLOZ: Repertoire de Droit commercial. T. II. Concurrence de loyale. Paris. 1988. No. 7. p. 2; ENCYCLOPEDIE DALLOZ: Repertoire de Droit commercial. T. V. Savoir- Faire. (Know-How). Paris. 1988. No. 42-43. P.4; Jehl: le commerce international de la technologie approche juridique. Paris. 1985. p.96.

(٢) انظر:

ROUBIER: Droit subjective ET situations juridiques. Paris. 1963. P.298. mentioned by: Magnin: know- Howet propriete industrielle. Paris. 1974. P.201.

(٣) إلى جانب هذه القاعدة العامة الواردة في القانون المدني الألماني المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، إلا إننا سنرى لاحقاً إصدار المشرع الألماني لتشريع خاص بالمنافسة غير المشروعة.

المتضرر)، وفي هذا السياق نجد القضاء الألماني كان قد حكم في إحدى القضايا في ١٩٥٥/١٢/٢٥ من أن "حائز أسرار الصناعة يملك ذلك الحق الشخصي على تلك الأسرار ويستطيع التدخل ضد أي ضرر أو اعتداء على هذا الحق بالاستناد إلى المادة (٨٢٣)"^(١).

أما في القانون الانكليزي فيلاحظ إنه بالرغم من عدم وجود نصوص تشريعية مماثلة للنصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية المقررة في القوانين اللاتينية، بيد إنه مع ذلك في حالة الاعتداء على المعرفة التقنية فيتم حمايتها بالاستناد إلى قواعد العدالة التي تقضي بالحماية من الاعتداءات التي تقع على حقوق الأشخاص حتى عند غياب النصوص القانونية العامة أي حتى بغياب نظرية عامة للمسؤولية التقصيرية^(٢).

من ناحية أخرى نجد إن الفصل (٧٥٧-ب) من المدونة الأولى للمسؤولية "FIRST-REATATEMENT OF TORT" في الولايات المتحدة الأمريكية تنص على (الاستخدام أو الإفشاء غير المرخص به للسر التجاري يرتب المسؤولية لو كان في هذا خرق للثقة التي وضعها المدعي في شخص المدعى عليه عند حصول الإفشاء بالسرية لهذا الأخير)^(٣)، ولما تم اعتبار المعرفة التقنية صورة من

(١) أشار إلى ذلك:

Jehl: op. cit. P. 96-97.

(٢) انظر:

Magnin: op. cit. P. 203.

(٣) انظر: د. جلال وفاء محمدين. فكرة المعرفة التقنية والأساس القانوني لحمايتها.

الإسكندرية. ١٩٩٥. ص ١٣٣.

ويلاحظ إن القانون الأمريكي بالرغم من عدم تبنيه لدعوى مستقلة للمنافسة غير المشروعة على المستوى الفدرالي، إلا إن هذا النص الذي أوردته المدونة الأولى للمسؤولية يمكن مع ذلك أن ينطبق على جميع أفعال المنافسة ومن ضمنها تلك التي تخل بسرية المعرفة التقنية، إلى جانب إن بعض الولايات قد أصدرت قوانين خاصة بالمنافسة غير المشروعة والتي يتم تطبيقها على المسائل المتعلقة بالأسرار التجارية، التي تعد المعرفة التقنية صورة منها، ومن هذه الولايات ولاية لويزيانا وكاليفورنيا، فضلاً عن ذلك إن القانون الأمريكي يعرف دعوى خاصة هي دعوى (تضليل

صور السر التجاري، فإن النص المتقدم ينطبق على المعرفة التقنية شأنها شأن السر التجاري.

وإذا كان أمر انتهاك المعرفة التقنية يتم حمايته، في الحالة التي نحن بصدددها، استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية من حيث إن دعوى المنافسة غير المشروعة ما هي إلا تطبيق من تطبيقات هذه الفكرة القانونية، إلا إن القضاء لم يقف عند هذا الحد بل قام بتطوير دعوى المنافسة غير المشروعة في نطاق المعرفة التقنية، حيث لجأ القضاء الفرنسي إلى تحديد الأفعال المخالفة للأعراف والعادات الشريفة، وعدّها، في حالة إذا قام أحد الأشخاص بارتكابها، أعمالاً غير مشروعة أو هي تطبيق لفكرة المنافسة غير المشروعة ليس فقط في موضوع المعرفة التقنية وحسب وإنما أيضاً في مواضيع الملكية الصناعية والتجارية كافة، إذ إن المحاكم هي التي سوف تقوم بتعيين مثل هذه الأفعال وبالتالي التعرف من خلال هذا التحديد، إن الفعل الذي قام به أحد الأشخاص يشكل انتهاكاً للمعرفة التقنية أو إفشاء غير مشروع لها أم لا، ومن ثم تطبيق فكرة المنافسة غير المشروعة في هذه الحالة دون التقيد بالقواعد التقليدية الواردة في المسؤولية التقصيرية استناداً إلى نص المادتين (١٣٨٢-١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي، وقد ارتكز هذا الحل، الذي تبناه القضاء الفرنسي، على المرونة التشريعية للنصوص أعلاه من أجل تطويرها

الجمهور (Passing off) تتحقق عند قيام شخص معين ببيع بضاعة أو ممارسة أعمال تحت اسم أو علامة أو وصف أو غير ذلك مما قد يضلّل الجمهور ويحمله على الاعتقاد بأن البضاعة أو الأعمال المذكورة تعود لشخص غيره، وهنا يكون لهذا الشخص الأخير الحق في مطالبة الشخص المضلل بالتعويض عن الأضرار أو إصدار أمر قضائي يمنعه من الاستمرار في أعماله التمييزية.

انظر: د. جلال وفاء محمدين. مصدر سابق. ص ١٣٦-١٣٧.

وان هناك من يشير إلى إن الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة يكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق.

(أي حكم هذه المواد) لتتلاءم مع مقتضيات التجارة لاستتباط حلول قضائية للمنازعات القانونية المختلفة^(١).

من كل ما تقدم يتضح إن الدعوى المترتبة على المنافسة غير المشروعة، في حالة الاعتداء على المعرفة التقنية، هي دعوى مسؤولية تقصيرية تخضع للقواعد العامة في هذا الصدد^(٢)، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم دعوى المنافسة غير المشروعة وتحدد الأفعال التي يعد مرتكبها مرتكباً لفعل من أفعال هذه المنافسة غير المشروعة^(٣).

ومع ذلك فإن بعض الدول قد قامت بإصدار تشريعات خاصة بالمنافسة غير المشروعية ابتدأت بنص عام يحظر ويمنع المنافسة بكل طريقة مخالفة للعادات والأعراف النزيهة في المواضيع التجارية أو الصناعية، مثال ذلك حظر التصرفات التي يمكن أن تنشئ اختلاطاً أو لبساً لدى الكافة وتعمل على التقليل من نفوذ المنافس أو جذب العمال الذين يعلمون لديه بطريقة غير مشروعة^(٤).

ومن بين القوانين الخاصة بالمنافسة غير المشروعة التي حددت الأفعال التي تنطبق عليها الفكرة المتقدمة، نجد القانون الألماني الصادر في ٧/حزيران/١٩٠٩ والمعدل في ٢٣/حزيران/١٩٧٠، حيث يلاحظ إن ما تصدر هذا القانون هو مبدأ عام منع

(١) انظر:

Encyclopedie: T.II. Op. Cit. No. 8. p.2; Magnin: Op. Cit. P. 205.

(٢) وان هناك من يشير إلى إن الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة يكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق.

لمزيد من التفصيل انظر: د. محمد حسنين. الوجيز في الملكية الفكرية النظرية. الجزائر. ١٩٨٥. ص ٢٦٤.

(٣) انظر: د. حسام محمد عيسى. نقل التكنولوجيا. دراسة في الآليات القانونية الدولية. ط ١. القاهرة. ١٩٨٧. ص ١٥٦-١٥٧.

(٤) انظر:

Magnin: Op. Cit. P. 205-206.

وحظر أي تصرف أو فعل مخالف للأخلاق الحسنة في علاقات المنافسة، فضلاً عن ذلك فإنه قد ذكر أفعالاً معينة يتوجب اعتبارها- في حالة إذا قام أحد الأشخاص بارتكابها- واقعة تحت طائلة المبدأ المتقدم وإنها صورة من صور المنافسة، مثال ذلك المواد (١٧- ١٨) منه، إذ تشير الفقرة (١) من المادة (١٧) إلى حالة قيام العامل دون الحصول على موافقة صاحب العمل بإفشاء الأسرار الصناعية والتجارية التي وصلت إلى علمه (العامل) بسبب عمله لدى صاحب المعرفة التقنية، إلى شخص آخر منافس لصاحب المعرفة، أو من أجل تحقيق بعض المنافع لمصلحته الشخصية (أي لمصلحة هذا العامل)، في حين عالجت الفقرة (٢) من المادة ذاتها مسؤولية الشخص الذي يتلقى هذه المعلومات من العامل أو قيام هذا الشخص بنفسه محاولة الحصول على أسرار ذلك الشخص الذي وصل إلى حالة تقنية أو تجارية متقدمة تميزه عن غيره من الأشخاص، عن طريق التصرفات المخالفة للقانون أو الأعراف الحسنة، وذلك في حالة استغلالها شخصياً أو نقلها إلى الغير دون ترخيص وموافقة من صاحبها بهدف منافسته وتحقيق منافع منها^(١)، لذلك فإن الفقه يذهب إلى القول إن النص المتقدم يطبق بدون أدنى شك على المعرفة التقنية حتى وإن لم يستخدم مصطلح "المعرفة التقنية" حيث إن التعابير الواردة فيه والمتمثلة "بأسرار الصناعة والتجارة أو الوثائق ذات الطبيعة التقنية" هي تدخل ضمن عناصر المعرفة التقنية، أي إن فكرة المعرفة يمكن أن تدخل ضمن المفهوم الواسع لنص هذه المادة، إذ هذه التعابير والمصطلحات يمكن أن تعد تعابيراً مرادفة للمعرفة التقنية وبالتالي ينطبق عليها ما ينطبق على هذه الأفكار، فضلاً عن ذلك فإنه إذا كان من القانون

(١) انظر:

Jehl: Op. Cit. P. 96-97.

أما المادة (١٨) من القانون المذكور فإنها تنص على عقوبة الحبس والغرامة على كل من يستخدم أو ينقل للغير وثائق ذات طبيعة تقنية، أي تحتوي على معلومات مهمة تمكن حائزها من أن يصبح بمركز متقدم في حالة التقنية، وذلك في حالة إذا كان مثل هذا الشخص قد أوتمن عليها بسبب العلاقات التجارية بينه وبين الشخص الذي أتمنه عليها. انظر:

Magnin: Op. Cit. P.206.

لم يشر إلى أعمال معينة صراحة كما هو الحال بالنسبة إلى التجسس الصناعي، إلا إن ذلك لا يمنع من أن يعد مثل هذا الفعل فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة ومن ثم فإنه يقع ضمن النطاق الذي حدده هذا القانون لأفعال المنافسة غير المشروعة استناداً إلى المادة الأولى من القانون المذكور التي حظرت كل استخدام أو ممارسة مخالفة لأعراف النزاهة والشرف^(١).

(١) انظر:

Jehl: Op. Cit. P. 97.

انظر كذلك:

Magnin: Op. Cit. P.206; Jehl: Op. Cit. P. 97.

Jehl: Op. Cit. P. 97.

وعلى غرار ألمانيا يوجد القانون النمساوي الخاص بالمنافسة غير المشروعة الصادر في ٢٦/أيلول/١٩٢٣ والمعدل سنة/١٩٨٠، فهذا القانون يشير إلى حماية الأسرار الصناعية والتجارية ويمنع أي فعل يؤدي إلى الاعتداء على حقوق الغير ويحظر أي تصرف من شأنه أن يخالف الممارسات النزيهة والأعراف الشريفة ويعتبر ذلك من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، فضلاً عما تقدم فإنه قد ذكر وبشكل دقيق المعرفة التقنية وحدد الأعمال التي تقع عليها ويمكن أن تعتبر منافسة غير مشروعة، وكان تحديده هذا أكثر حرصاً ودقة مما ورد في القانون الألماني.

انظر: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق، ص ١٦٦؛ وانظر كذلك:

Encyclopdie: T.II. Op. Cit. No. 6. P.2.

هذا وهناك قوانين أخرى تناولت فكرة المنافسة غير المشروعة، كالقانون الدنماركي الصادر في ٢٩/٣/١٩٢٤ والقانون البلجيكي الصادر في ٢٣/١٢/١٩٣٤ والقانون النرويجي الصادر في ٧/٧/١٩٢٢، وقد ذكرت هذه القوانين حالات الاعتداء على الأسرار الصناعية والتجارية بشكل دقيق وحددت أفعال المنافسة غير المشروعة في هذا السياق. لمزيد من التفصيل انظر:

Magnin: Op. Cit. P.206.

أما في سويسرا يلاحظ إن هناك قانوناً خاصاً بالمنافسة غير المشروعة صدر سنة/١٩٤٣ حدد أعمالاً معينة يعد مرتكبها مرتكباً لفعل من أفعال المنافسة غير المشروعة، منها الحث على إفشاء الأسرار الصناعية أو الأسرار التجارية وكذلك استغلال أو إذاعة هذه الأسرار إذا كان قد تم الحصول عليها عن طريق الخديعة أو بأية طريقة أخرى مخالفة لاعتبارات حسن النية.

إلى جانب ذلك فإننا نلاحظ إن قانون براءات الاختراع السوداني^(١) يشير إلى حماية المعرفة التقنية إذا حصلت منافسة غير مشروعة بشأنها، فالمادة (٥٤) من هذا القانون تنص على (يعد غير مشروع كل استعمال أو كشف أو إبلاغ بطرق التصنيع أو المعرفة الفنية المشار إليها في المادة "٥٣/٢" بدون موافقة المالك من جانب أي شخص يعلم بصفتها السرية أو يستطيع أن يعلم بهذه الصفة وتطبق على هذه الأعمال غير المشروعة أحكام المادتين "٤٩ و ٥٠")^(٢)، فبراءة الاختراع تخول مالكيها دون غيره حقاً استثنائياً باحتكار ثمرة اختراعه بالاستعمال أو الاستثمار عن طريق منح رخص للغير باستغلال الاختراع، لذلك فقد نظمت القوانين الخاصة ببراءة الاختراع صور الاعتداء عليها والتي تمثل منافسة غير مشروعة بين التجار أو الصناع^(٣)، ولما كانت المادة (٥٤) تحيل إلى الأحكام الواردة في مجال براءة الاختراع في ما يخص الاعتداء الذي يمثل منافسة غير مشروعة، فإن هذا يستتبع القول إن أفعال المنافسة غير المشروعة تتحقق هي الأخرى في ميدان المعرفة

(١) لقد تعرض المشرع السوداني إلى فكرة المعرفة التقنية في قانونه الخاص ببراءات الاختراع وذلك في المواد "٥٣-٥٦" حيث تنص الفقرة (٢) من المادة (٥٣) منه على (في حالة عدم نشر التصنيع والمعرفة الفنية المشار إليها أو عدم إتاحتها للعامة، فتضفى عليها الحماية من الاستعمال غير المشروع أو الكشف عنها أو إبلاغها للغير بشرط أن يكون الشخص الذي قام بتطويرها قد اتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على صفتها السرية).

ويلاحظ على هذا النص إنه قد ذكر أفعال معينة لفكرة المنافسة غير المشروعة كالاستعمال غير المشروع وإبلاغ المعرفة للغير بدون موافقة مالكيها.

(٢) تنص الفقرة (١) من المادة (٤٩) من قانون براءات الاختراع السوداني على (يجوز لمالك البراءة المسجل إذا تعرضت حقوقه بموجب المادتين "٢١ و ٢" للتعدي أو إذا حدث التعدي عليها، أن يلجأ إلى الإجراءات القانونية لمنع التعدي أو لمنع استمراره).

(٣) انظر: زينة غانم الصفار. المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية. رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٠. ص ٥٧ - ٥٨.

التقنية شأنها شأن براءة الاختراع وذلك بالاستناد إلى التحديد الذي أورده المادة (٥٤) أعلاه^(١).

ولعل ما جاء به قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة/٢٠٠٠ من تحديد لأفعال المنافسة غير المشروعة، يعد من أدق القوانين في هذا المجال، حيث تنص المادة (٢) منه على (أ). يعتبر عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية وعلى وجه الخصوص ما يلي:

١. الأعمال التي بحكم طبيعتها تسبب لبساً مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

٢. الإدعاءات المغايرة للحقيقة في مزولة التجارة والتي قد تسبب نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

٣. البيانات أو الإدعاءات التي قد يسبب استعمالها في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحيتها للاستعمال.

٤. أي ممارسة قد تنال من شهرة المنتج أو تحدث لبساً فيما يتعلق بمظهره الخارجي أو طريقة عرضه أو قد تضلل الجمهور عند الإعلان عن سعر المنتج أو طريقة احتسابه^(٢)، في حين إن المادة (٦) من هذا القانون تنص على (أ). يعد حصول

^(١) وعلى ذات المنوال نجد المادة (٥٤) من المشروع النهائي للقانون النموذجي للدول العربية في شأن الاختراعات تقرر هي الأخرى حماية المعرفة التقنية من أفعال المنافسة غير المشروعة، وتماثل هذه المادة لحد كبير المادة (٥٤) من قانون براءات الاختراع السوداني.

^(٢) كذلك فإن اتفاقية "TRIPIS" قد نصت في الفقرة (٢) من المادة (٣٩) منها على (للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية آخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة)، ولأغراض هذه المادة فإن عبارة "أسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة" تعني على الأقل ممارسات كالإخلال بالعقود والإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة والحث على ذلك، وتشمل الحصول على معلومات سرية من جانب أطراف ثالثة كانت تعرف أو أهملت

أي شخص على سر تجاري أو استعماله أو الإفصاح عنه بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة دون موافقة صاحب الحق، إساءة لاستعمال السر التجاري. ب. لغايات تطبيق أحكام الفقرة -أ- من هذه المادة، يعتبر مخالفاً للممارسات التجارية الشريفة على وجه الخصوص ما يلي:

١. الإخلال بالعقود.

٢. الإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة أو الحث على الإخلال بها.
٣. حصول شخص على الأسرار التجارية من طرف آخر إذا كان يعلم أو كان بمقدوره أن يعلم إن حصول ذلك الطرف عليها كان نتيجة مخالفة للممارسات التجارية الشريفة^(١).

خلاصة القول إن هذه هي صور لبعض القوانين التي تناولت فكرة المنافسة غير المشروعة والتي عرضناها في هذا المطلب لتكون وسيلة لحماية المعرفة التقنية، لذلك فإنها جديرة بالتطبيق على هذه المعرفة من أجل الغاية المتقدمة في ضمان حماية مالك تلك المعرفة، أي إن طريقة هذه القوانين في حماية المعرفة، تعتمد في إقامة الإطار القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة على العمل التشريعي، فهنا

إهمالاً جسيماً في عدم معرفة، إن حصولها على هذه المعلومات انطوى على استخدام هذه الممارسات.

انظر: اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الملحق/ج.

^(١) تجدر الإشارة أخيراً هنا إلى المشروع السويدي حول المنافسة غير المشروعة، إذ تشير المادة (٣) منه بفقرتيها الأولى والثانية إلى إن أي شخص يعلم بأسرار مشروع معين بطريقة مخالفة للقانون فإنه يحظر عليه إفشائها للغير أو استثمارها أو استغلالها، لأن ذلك يعد منافسة غير مشروعة ومخالفة للممارسات التجارية النزيهة، فضلاً عن ذلك فإنه في إطار عقد العمل لا يجوز لمن حصل على أسرار المشروع استناداً إلى هذا العقد أو خلال أدائه للعمل لحساب المشروع، الحق باستثمار هذه الأسرار أو استغلالها أو نقلها للغير دون موافقة مالكها، إلى جانب ذلك فإنه لا يحق لمن علم بأسرار المشروع أو كان يعلم إن هذه الأسرار قد تم الحصول عليها بطريقة مخالفة لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، أن يستثمر هذه الأسرار أو يستغلها أو ينقلها للغير دون موافقة صاحب المشروع. انظر:

يتدخل المشرع ليمنع من أساليب المنافسة ما يرى فيه تخطياً للحدود المقبولة ويرسم للقاضي سبيلاً لا يتعداه في التعرف على ما يعد من أفعال المنافسة غير المشروعة وهو أمر يسم الدعوى بطابع من الوضوح والثبات ويجنب القاضي مواطن الزلل^(١).

المطلب الثاني

أركان المسؤولية المترتبة على المنافسة غير المشروعة

إن من الفقه من يذهب إلى القول، إن المنافسة غير المشروعة لا تكون إلا بين شخصين يمارسان نشاطاً متماثلاً أو على الأقل متشابهاً لحد كبير وذلك من أجل أن يتمكن المضرور من إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة^(٢)، بيد أننا نقول إنه في نطاق المعرفة التقنية، إن أي شخص يعلم بفكرة المعرفة هذه، يتمتع عليه القيام بأي عمل يتعارض مع حقوق صاحب المعرفة، وبعبارة أخرى يعد مرتكباً لفعل من أفعال المشروع من جانبه، لذلك فإن دعوى المنافسة غير المشروعة تشترط ارتكاب شخص معين لفعل أو أفعال تتعارض مع حقوق صاحب المعرفة، أي لا بد من توفر الأركان العامة للمسؤولية المتمثلة بالخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وهو ما سنتناوله تباعاً.

أولاً: ركن الخطأ^(٣):

(١) انظر: د. أحمد إبراهيم البسام. مصدر سابق. ص ١٧٥ - ١٧٦.

(٢) انظر: د. سميحة القليوبي، القانون التجاري. مصدر سابق، ص ٤٠١؛ د. محمد حسنين، مصدر سابق. ص ٢٦٦؛ شوقي ناصر علوان. أحكام المنافسة التجارية غير المشروعة. رسالة ماجستير. كلية الحقوق/ جامعة النهدين. ٢٠٠٠. ص ٩٧.

(٣) لم تعتمد معظم التشريعات الحديثة ومنها التشريع العراقي، إلى وضع تعريف محدد للخطأ باعتباره ركناً هاماً من أركان المسؤولية المدنية، حيث لم يعرف هذا الركن من قبل أغلب التشريعات العربية ما عدا تشريعين هما التشريع التونسي في المادة (٣/٨٣) من قانون الالتزامات والعقود، والمادة (٣/٧٨) من قانون الالتزامات والعقود المغربي المماثلة للقانون التونسي والتي تنص على (الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الأضرار).

أشار إلى ذلك: شوقي ناصر علوان. مصدر سابق. ص ٩٨.

الأصل إن الشخص إذا كان يمارس عمله أو نشاطه بصورة اعتيادية، فلا يحق للغير أن يتظلم من هذا الأمر حتى ولو لحقه (أي الغير) ضرر من جراء ممارسة ذلك الشخص لنشاط معين، كون هذا الأمر يعد تطبيقاً لمبدأ حرية التجارة، فالشخص الذي لا يتعسف في استعمال حقه لا يمكن أن يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية^(١)، ولكن إذا كان الشخص عالماً بأن الأفعال التي يقوم بها لا تستقيم مع النزاهة في التعامل، فإن هذا يشكل عملاً غير مشروع موجب لمسؤوليته، أي تحقق الخطأ من جانبه^(٢).

تأسيساً على ما تقدم فإن الخطأ يعد من أدق أركان دعوى المنافسة غير المشروعة وأكثرها أهمية^(٣)، لذلك فإن التساؤل الذي يمكن أن يطرح هنا هو عن كيفية تحقيق هذا الخطأ في ميدان المعرفة التقنية؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، لابد من الإشارة ابتداءً إلى إن صاحب المعرفة التقنية ومن أجل أن يتمتع بالحماية لمعرفته فينبغي عليه أن يحيط معرفته بجدار من السرية، أي أن يتخذ جميع الإجراءات والاحتياطات اللازمة للمحافظة على سريتها حتى يعد انتهاك هذه السرية مخطئاً، أي مرتكباً لفعل من أفعال المنافسة غير المشروعة، لذلك فقد حكم في فرنسا، إنه لا خطأ في قيام أحد المشروعات بفك آلة معينة ينتجها ويبيعها مشروع منافس آخر، من أجل التعرف على كيفية تصنيعها، ذلك إنه إذا كان تحليل مكونات هذه الآلة يكفي لاستخلاص المعرفة التقنية المستخدمة في تصنيعها، فإن عرضها للبيع بواسطة المشروع المنتج، يعني إن هذا

(١) انظر: المادة (٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً، لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر).

(٢) انظر:

Magnin: Op. Cit. P.206.

(٣) انظر: زينة غانم عبد الجبار. مصدر سابق. ص ٩١.

المشروع قد وضع هذه المعرفة في متناول الجميع، الأمر الذي يفقدها شرط السرية اللازم لاعتبارها معرفة تقنية بالمعنى القانوني^(١).

ومهما يكن من أمر، يلاحظ إن المقصود بالخطأ في ميدان المعرفة التقنية هو أن يتم الاعتداء على حقوق صاحب هذه المعرفة بشكل مخالف القانون والعادات الحسنة، وذلك بأن تكون هناك منافسة لصاحبها، الأمر الذي يؤثر على المركز القانوني للمخترع، أي على حالة التقنية التي وصل إليها مثل هذا الشخص، تأثيراً سلبياً من حيث الاختراع الذي توصل إليه أي إن المنافس لهذا المخترع بصورة غير مشروعة يشترط أن تكون منافسته بذات المجال الذي يعمل فيه المخترع دون التطابق الكلي بين المجالين، وإنما يكتفى بالتقارب بينهما بحيث يكون لأحدهما تأثير على عمل الآخر^(٢).

ويتحقق الأمر المتقدم وذلك بانتهاك سرية المعرفة التقنية دون موافقة صاحبها ولكن لا يشترط في هذا الانتهاك أن يتم رفع يد المخترع عن هذه المعرفة بل إن مثل هذا الأمر يكون حتى في الحالة التي يطلق عليها بالتجسس الصناعي وذلك بمجرد الحصول عليها (أي على المعرفة التقنية) بأي طريق غير مشروع، دون إذن المالك لها أو دون التوصل إليها عن طريق مجهوداته الشخصية في الابتكار والإبداع، وإنما استناداً إلى أساليب الغش وإن لم يرق منتهاك هذه السرية الخاصة بالمعرفة باستغلالها لحسابه الخاص، كما في حالة إيصالها إلى الغير من قبل من عهدت إليهم المحافظة عليها، ذلك إن فعل الخطأ الموجب لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة في حالتنا هذه لا يشترط فيه أن يتحقق إعلان المعرفة بل يكفي أن تصل إلى علم المنافسين لذلك المخترع كونهم المستفيدين الرئيسيين من هذه المعرفة، إذ إن انتهاك تلك السرية لا يقصد به أن يعلم الجميع فيها وإنما فقط أولئك الذين يهمهم الحصول عليها، فالأغيار العاديون قد لا يتمكنون من إدارة استغلال المعرفة التقنية

(١) انظر: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق. ص ١٥٧؛ د. صلاح الدين الناهي. الوجيز في

الملكية الصناعية والتجارية. ط ١. عمان. ١٩٨٢-١٩٨٣. ص ٣٢٩.

(٢) انظر: د. محمد حسنين. مصدر سابق. ص ٢٦٧.

في حالة تعرفهم عليها مثلما يتوخى الأشخاص العاملين بذات المجال الذي يعمل فيه صاحبها^(١).

هذا إلى جانب ما تقدم فإن هناك من يذهب إلى القول، إن الخطأ الذي يشكل مساساً بالمعرفة التقنية يمكن أن يدخل تحت عنوانين اثنين، أولهما يتمثل بخلق نوع من الخلط والتعيب والتشهير بالمشروع أو الشخص صاحب المعرفة، أما العنوان الثاني الذي يعد انتهاكاً لحرمة المعرفة التقنية بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة، فيتمثل بالإخلال الداخلي للمشروع مالك المعرفة والتأثير عليه في السوق، وفي هذا السياق فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٩٨١/٣/٩، إن إنتاج سلعة مماثلة للسلعة التي ينتجها المشروع صاحب المعرفة التقنية يمكن عده من قبيل الطرق المؤدية إلى الخلط ومرتباً بالمسؤولية بالرغم من عدم خضوع الاختراع الخاص بهذا المشروع للحماية المقررة في قانون البراءات، لذلك فإن هذه السلعة التي ينتجها هذا المشروع جديرة بالحماية، ومن ثم فإن المعرفة التقنية هي الأخرى جديرة بالحماية لأنها متجسدة في السلعة^(٢).

أما في ما يتعلق بالإخلال الداخلي للمشروع فيلاحظ إن الأمر مستقر على اعتبار قيام شخص معين بتحريض العمال على ترك العمل لدى صاحب المعرفة التقنية والانضمام إلى مشروعه بهدف الوصول، عن طريق هؤلاء العمال، إلى أسرار المعرفة، يعد فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة، لأن هذا الأمر يقود إلى أحداث خلل واضطراب خطير في المشروع الذي كانوا يعملون فيه^(٣)، وهنا نجد إن

(١) انظر: د. صلاح الدين الناهي. مصدر سابق. ص ٣٢٩؛ وانظر كذلك:

Mathely: Le droit francias des- prevents d, invention. Paris. 1974. P.855-856.

(٢) انظر:

Jehl: Op. Cit. P.95.

(٣) فضلاً عن ذلك فإنه لا يمكن إغفال مسؤولية العامل في هذه الحالة وذلك لقيامه بإفشاء الأسرار الخاصة بالمشروع الذي كان يعمل فيه حتى وإن لم يجد أي التزام عقدي يفرض عليه عدم إفشاء هذه الأسرار أو عدم استخدامها بعد انتهاء عقد العمل، وذلك لأن هذه الأسرار لم تصل إليه إلا بسبب عمله لدى صاحب المعرفة، نظراً لأن هذا الأخير قد وضع ثقة في العامل

محكمة استئناف باريس قد قررت بتاريخ ١٩/١١/١٩٧٦، مسؤولية مشروع معين لاستغلاله المعرفة التقليدية لمشروع آخر مما يشكل منافسة غير مشروعة، حيث تبين للمحكمة إن المشروع المالك للمعرفة التقنية كان قد كشف عن أسرار هذه المعرفة إلى المشروع الآخر في فترة المفاوضات العقدية التي جرت بينهما تمهيداً لإبرام العقد بشكله النهائي، ولكن انتهى الأمر دون إبرام العقد بينهما، في حين قام المشروع المنافس باستغلال هذه المعرفة بالرغم من هذا الأمر ودون موافقة مالك هذه المعرفة الأمر الذي يعد وبلا شك عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة^(١).

يضاف إلى ما تقدم فإن عمليات التجسس على أسرار المعرفة التقنية تعد هي الأخرى من قبل أعمال المنافسة غير المشروعة الأمر الذي يرتب مسؤولية الشخص الذي يقوم بمثل هذه الأعمال، وفي هذا الصدد فقد قرر القضاء الفرنسي المهندسين الذين يعملون فيه (في المشروع اليوناني) وذلك بدخول أحد المصانع الفرنسية لصنع الحديد والتقاط صور فوتوغرافية لهذا المصنع دون موافقة مالكية الأمر الذي دفع المحكمة إلى اعتبار البحث عن المعلومات المتعلقة بالأسرار الصناعية والتجارية يشكل عملاً ضاراً بالمشروع الفرنسي، لذلك فقد حكمت بإلزام المشروع اليوناني بتعويض أصحاب المصنع الفرنسي مبلغاً قدره (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسمائة ألف فرنك فرنسي وحظرت على هذا المشروع استخدام هذه الأسرار التي حصل عليها من خلال عملية التجسس الصناعي^(٢)، وفي قضية أخرى، فقد اعتبرت محكمة استئناف

فأطلعه على أسرار المعرفة التقنية وبالتالي فإن أخلاقه بهذا الالتزام، وهذه الثقة يعد خطأ يرتب مسؤوليته.

انظر: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق. ص ١٥٩.

(١) انظر:

Jehl: Op. Cit. P.95.

(٢) انظر:

Ibid: p. 95

باريس بتاريخ ١٣/١/١٩٨١ فعلى الشركة التي استولت على ناتج البحوث التقنية المملوكة للغير، عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة^(١).
أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فيلاحظ إن ركن الخطأ يمكن أن يتحقق في حالتين، الحالة الأولى تكون عندما يثبت وجود علاقة ثقة سابقة أو ممهدة لعقد ما (Confidential Relationship) حيث قد يرى القاضي الذي تعرض عليه دعوى المنافسة تأسيس المسؤولية الناجمة عن استخدام أو إفشاء المعرفة التقنية بسبب خيانة علاقة الثقة على أفكار غير عقدية (TORT بالرغم من وجود هذا العقد بين الطرفين، بيد إن قواعد العدالة تقضي تأسيس الحماية على قواعد المسؤولية غير العقدية وليس العكس، أو قد يرى القاضي إمكانية الجمع بين الأساسين العقدي وغير العقدي في الوقت ذاته لتوفير الحماية الفعالة بالنسبة لصاحب المعرفة التقنية وهو أمر تعرفه قواعد القانون العام (COMMONLAW)^(٢)، لأن الغرض الرئيس هو تحقيق العدالة وإن كان ذلك عن طريق الجمع بين الأساس العقدي والأساس غير العقدي^(٣).

(١) انظر:

Ibid: P. 95.

(٢) انظر: د. جلال وفاء محمد. مصدر سابق. ص ١٣٣-١٣٤.

(٣) يلاحظ إن مسألة الجمع بين الأساسين العقدي وغير العقدي هي حالة خاصة بالقانون الأمريكي ولا يعرفها القانون الانكليزي، لأنه من المتفق عليه في انكلترا إن محكمة الاستئناف قد أوضحت وبشكل قاطع، إنه عندما توجد علاقة ثقة عقدية، فإن علاقة الثقة غير العقدية لا يمكن أن توجد معها في ذات الوقت وهذا ناتج عن حقيقة إن القاعدة العامة للمحاكم الانكليزية هي إن هذه الأخيرة لا تميز الوجود المنفصل للثقة على حدا عن العقد الضمني، ولذلك إذا وجدت الثقة فإنها توجد باعتبارها بنداً ضمناً في العقد، وهكذا فإن المحاكم الانكليزية قد أفنت بأن علاقة الثقة العقدية وعلاقة الثقة غير العقدية لا يمكن أن تتعاصرا في الوقت ذاته وإن هذا الأمر لا يمكن أن يكون مقبولاً من قبل المحاكم التي تعتبر علاقة الثقة غير العقدية يمكن أن تكون علاقة مستقلة أو أساساً مستقلاً في حالة وجود علاقة عقدية. انظر:

Turner: the law of trade secrets. London. 1962. P.308.

هذا وقد سنحت الفرصة للقضاء الأمريكي في تطبيق الأساس غير العقدي، على بعض القضايا، حتى بوجود عقد معين، كما هي الحال في مسألة التنازع الداخلي بين قوانين الولايات المختلفة، وبالتالي فإن القاضي قد يحكم استناداً إلى الأساس غير العقدي بدلاً من الأساس العقدي، إذا كان ذلك يؤدي إلى تحقيق الحماية بالنسبة للشخص مالك المعرفة التقنية، ففي القضية (International FNC. Corp. V. Varco) التي تتلخص وقائعها بوجود عقد عمل يحظر على العامل إفشاء الأسرار التجارية التي تصل إلى علمه بسبب هذا العقد، وكان العقد ينص في واحد بنوده على تطبيق قانون ولاية نيويورك عليه (أي على العقد) بيد إنه بالرغم من ذلك فقد أقيمت الدعوى بناء على الأساس غير العقدي وذلك في ولاية تكساس وهو المكان الذي أفشى فيه العامل أسرار صاحب العمل، ومن ثم فقد قام القاضي في ولاية تكساس بتطبيق قانون هذه الولاية لكون الفعل المنشئ للضرر قد ارتكب فيها، ولذلك فقد اختار هذا الأساس حتى يحمي صاحب السر التجاري، في حين لو قام باختيار قانون العقد لكان قانون ولاية نيويورك هو الواجب التطبيق ولضاعت فرصة حماية الشخص الذي تم الاعتداء على حقوقه عن طريق الإفشاء^(١).

أما الحالة الثانية المتعلقة بوجود ركن الخطأ فتتمثل باستخدام الشخص لأساليب غير مشروعة (Improper Means) من أجل الوصول إلى أسرار المعرفة التقنية، كالغش والخداع^(٢).

استنتاج:

(١) انظر: د. جلال وفاء محمد. مصدر سابق. ص ١٣٥.

وفي قضية أخرى نظرها القضاء الأمريكي وهي قضية (Junker V. Plummer) ذهب المحكمة إلى تقرير، إنه حتى بوجود العقد الذي يربط الطرفين، المدعى والمدعى عليه، فإنه توجد في الوقت ذاته إمكانية لاستخلاص علاقة ثقة مستقلة، لأن أنصاف مالك السر التجاري وحمايته، واجب عندما يحاول شخص معين استعماله أو إفشاء سره معتمداً على ما تقضيه واجبات حسن النية، مثل خرقه للعقد أو خيانتة للثقة. انظر:

Turner: Op. Cit. P.310.

(٢) انظر: د. جلال وفاء محمد. مصدر سابق. ص ١٣٦.

وبدورنا نعتقد إن ركن الخطأ الموجب لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة، يتحقق عن طريق قيام شخص معين بارتكاب فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة التي ذكرتها القوانين السابقة والخاصة بالمنافسة غير المشروعة، وسواء أكان ارتكاب هذا الفعل مرتباً للمسؤولية العقدية أي مخالفة أحد أطراف العقد للالتزامات التي يربتها العقد على عاتقه، كما في حالة مخالفة العامل للالتزاماته سواء أثناء تنفيذ العقد أو بعد انتهائه وكذلك مخالفة بائع المعرفة التقنية للالتزامات الملقاة على عاتقه، أو مرتباً للمسؤولية التقصيرية عن طريق إثبات الشخص أي عمل يتعارض مع حقوق صاحب المعرفة التقنية، فأى من هذه الأعمال هو الذي يقود إلى قيام ركن الخطأ في نطاق المعرفة التقنية.

ثانياً: ركن الضرر:

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو اعتباره أو شرفه أو غير ذلك^(١)، ومن هنا فإن الضرر يعد ركناً لازماً للدعوى المدنية في المنافسة غير المشروعة وسواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، فلا محل لإثارة هذه الدعوى إذا لم يكن قد لحق المدعي ضرر بنتيجة فعل المنافسة، ويستوي في هذا الضرر أن يكون حالاً أي وقع فعلاً أو مستقبلاً سيقع على وجه اليقين، فمن الضروري أن يكون الضرر محقق الوقوع^(٢).

أما الضرر المحتمل فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يكفي لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة في هذه الحالة لأنه لم يقع بعد وليس هناك ما يقطع وقوعه في المستقبل^(٣)، ولكن يلاحظ إن الفقه، ومن ورائه القضاء، يذهب إلى القول، إنه إذا

(١) انظر: د. سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني. في الالتزامات. مج (٢) في الفعل الضار والمسؤولية المدنية. القاهرة. ١٩٨٨. ص ١٣٣.

(٢) انظر: د. أحمد إبراهيم البسام. مصدر سابق. ص ١٨٥.

(٣) انظر: أستاذنا د. حسن علي الذنون. المبسوط في المسؤولية المدنية. الضرر. بغداد. ١٩٩١. ص ١٦١؛ د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. مصدر سابق. ص ٤١٢.

كان محل دعوى المنافسة غير المشروعة هو إزالة الفعل الذي يتهدد المدعي الأضرار به، فيكفي لرفعها مجرد احتمال وقوع الضرر وان لم يلحق المدعي ضرراً بالفعل من جراء أساليب المنافسة غير المشروعة التي يتبعها المنافس، وهنا تأخذ دعوى المنافسة خصائص دعوى منع التعرض^(١)، وفي هذا الصدد تقرر محكمة استئناف القاهرة، إنه لا يشترط أن يكون الضرر محققاً، بل يكفي في مجال المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر احتمالياً^(٢) وهذا الأمر هو الذي دفع البعض إلى القول، إنه يكفي في دعوى المنافسة أن يكون الضرر محتمل الوقوع^(٣)، ذلك لأن الضرر الاحتمالي يعد في الحقيقة ضرراً واقعاً، لأن التهديد بضرر يعد في ذاته ضرراً يمكن أن يعوض بإزالة هذا التهديد والأمر بالإجراءات الكفيلة بمنع تحقق الضرر المحتمل^(٤).

ويلاحظ إن القضاء الانكليزي قد رفض طلباً من قبل صاحب جريدة تسمى (بريد الصباح) لمنع صدور جريدة أخرى تسمى (بريد السماء) وذلك لعدم إمكانية إلحاق ضرر بصاحب جريدة (بريد الصباح) وان وجد خطأ من قبل صاحب جريدة (بريد المساء).

أشار إلى ذلك: شوقي ناصر علوان. مصدر سابق. ص ١١٠.

^(١) انظر: د. أحمد إبراهيم البسام. مصدر سابق. ص ١٨٥-١٨٦.

بيد إننا نعتقد إن الدعوى هنا تقترب من دعوى وقف الأعمال الجديدة وليس دعوى منع التعرض، ذلك لأن دعوى منع التعرض تشترط أن يقع التعرض فعلاً، إذ لا يكفي لرفع هذه الدعوى مجرد احتمال بوقوع الضرر وهي في هذا تقترب مع حالة الضرر المحقق الذي وقع بالفعل، أما دعوى وقف الأعمال الجديدة فهي لا تشترط أن يقع التعرض بالفعل بل تكتفي بأن الأعمال التي يراد وقفها هي أعمال جديدة لم تتم وان من شأن هذه الأعمال تهديد حياة المدعي وهي في هذه الحالة تقترب من حالة التهديد بوقوع أعمال المنافسة غير المشروعة، أي بضرر احتمالي.

لمزيد من التفصيل انظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك. شرح القانون المدني العراقي. الحقوق العينية الأصلية. بغداد. ١٩٧٣. ص ٢١٠ وما بعدها.

^(٢) انظر: د. محمد حسنين. مصدر سابق. ص ٢٦٨.

^(٣) انظر: د. علي حسن يونس. المحل التجاري. القاهرة. ١٩٧٤. ص ١٠٦.

^(٤) انظر: د. محمد حسنين. مصدر سابق. ص ٢٦٩.

وقد تعلق الأمر بالمعرفة التقنية فيلاحظ أن لركن الضرر هنا خصوصية تتمثل في إن الغاية من إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة هي ليست الحصول على التعويض في الأصل، وإنما الغاية هي منع الشخص الذي وصلت إليه أسرار هذه المعرفة من القيام بإفشائها أو استعمالها بنفسه أو إيصالها إلى الغير، لذلك فإن القضاء الفرنسي يبدي نوعاً من التسامح في ما يتعلق بركن الضرر ويتشدد مع مرتكبي أفعال المنافسة غير المشروعة، ومن ثم فإن تحقق المسؤولية، في حالة المنافسة غير المشروعة في مجال المعرفة التقنية، لا يثير أية مشكلة من حيث توفر أركانها مجتمعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، إذ جل ما في الأمر هنا هو إن الضرر الاحتمالي يمكن الأخذ به لأن الإخلال بقواعد المنافسة الشريفة تجاه صاحب المعرفة التقنية يلحق بلا شك أضراراً بهذا الشخص، سيما وإن المعرفة التقنية تعد من أهم وسائل المنافسة بين المشروعات المختلفة، لأنها تعطي لحائزها أفضلية معينة تجاه منافسيه، في حالة التقنية التي وصل إليها، وبالتالي فإن الاعتداء أو الحصول عليها بطريق غير مشروع يؤدي إلى حرمان ذلك الشخص من هذه الأفضلية لمصلحة من لم يكلف نفسه جهداً من حيث الوقت والمال لغرض الحصول عليها، بالمقارنة مع ما قدم الشخص الذي توصل إليها، لذلك فإن خطر التهديد بإفشاء أسرار المعرفة التقنية، بالنظر إلى خصوصية هذه الفكرة من حيث إنها اختراع غير حاصل على براءة، يمكن عدة ضرراً يصيب صاحب هذه المعرفة^(١)، وعلى هذا الأساس فقد قررت محكمة النقض المصرية، إن مجرد استعمال وسائل منافسة غير مشروعة يفترض معه توفر ركن الضرر وسواء أكان الضرر كبيراً أم بسيطاً^(٢).

ومن هذا المنطلق يلاحظ إن المادة (٣) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني تنص في الفقرة (ج-١-) على (لصاحب المصلحة قبل إقامة دعواه

(١) انظر: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق. ص ١٦٠؛ وانظر كذلك:

Jehl: Op. Cit. P.96.

(٢) أشار إلى ذلك: د. محمد حسنين. مصدر سابق. ص ٢٦٩.

أن يقدم طلباً إلى المحكمة مشفوعاً بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها، لاتخاذ أي من الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة دون تبليغ المستدعي ضده، وللمحكمة إجابة طلبه إذا أثبت أياً مما يأتي:

- إن المنافسة قد ارتكبت ضده.
 - إن المنافسة أصبحت وشيكة الوقوع وقد تلحق ضرراً يتعذر تداركه.
 - إنه يخشى من اختفاء الدليل على المنافسة أو إتلافه^(١).
- عليه، لا يشترط من أجل قبول دعوى المنافسة غير المشروعة بخصوص المعرفة التقنية، أن يكون الضرر محققاً، أي وقع بالفعل، أي تم الاعتداء بصورة فعلية على حقوق صاحب المعرفة التقنية، بل يكفي حتى بالضرر الاحتمالي، أي التهديد بأفعال معينة إن تمت لكان من شأنها تعريض حقوق هذا المخترع لخطر الضياع، وذلك من أجل تحقيق العدالة في حماية هذا الشخص من ناحية ولخصوصية موضوع المعرفة التقنية من ناحية أخرى^(٢).

^(١) تنص الفقرة (ب) من المادة (٣) من القانون أعلاه على (لصاحب المصلحة عند إقامة دعواه المدنية المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أو في أثناء النظر في هذه الدعوى، أن يتم طلباً إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ أي من الإجراءات التالية:

١. وقف ممارسة تلك المنافسة.
 ٢. الحجز التحفظي على المواد والمنتجات ذات الصلة أينما وجدت.
 ٣. المحافظة على الأدلة ذات الصلة.
- ^(٢) أما بخصوص ركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر فإنه لا يختلف في شيء في ظل فكرة المنافسة غير المشروعة ودورها في حماية المعرفة التقنية، عما هو مقرر في القواعد العامة المقررة في نطاق تحقق المسؤولية لشخص معين، لذلك فإنه يخضع لحكم هذه القواعد. لمزيد من التفصيل انظر: علي عبيد عودة. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية. رسالة ماجستير. كلية القانون - جامعة بغداد. ١٩٧٧.

المبحث الثاني

أثر المنافسة غير المشروعة بالنسبة لصاحب المعرفة التقنية

إن ارتكاب فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة يؤدي إلى قيام المسؤولية من جانب الشخص الذي قام بمثل هذه الأفعال، أي إن المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية تترتب في الحالة هذه بعد القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، وطبقاً للقواعد العامة، فإن هذا الأمر (أي ارتكاب فعل المنافسة) يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشخص الذي تمت أفعال المنافسة بحقه وهو أمر يقود أيضاً إلى ضرورة تعويض هذا الأخير جراء ما لحقه من أضرار^(١).

وعلى هذا الأساس فإن التعويض هو الوسيلة لجبر الضرر الذي أصاب المضرور، والمحكمة هي التي تعين طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويقدر هذا التعويض بالنقد، بيد إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر إن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض^(٢).

وإذا كان هذا هو حكم القواعد العامة في حالة تحقق المسؤولية المدنية من جانب أحد الأشخاص، أي في حالة ارتكاب فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة، فإنه مع ذلك يثور تساؤل عن أثر هذه المسؤولية في حالة عند ارتكاب مثل هذه الأفعال بحق صاحب المعرفة التقنية؟

وتكمن الإجابة عن هذا التساؤل في إن الفقه يذهب إلى القول، إن لدعوى المنافسة غير المشروعة وظيفة وقائية إلى جانب وظيفة إصلاح الضرر، فإذا وجدت أعمال تنافسية غير مشروعية تهدد بحصول ضرر، كان للمحكمة إزالة الوضع التنافسي غير المشروع بمثابة إجراء وقائي غايته منع وقوع المنافسة غير المشروعة والحيلولة دون

(١) انظر: المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر: المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

حصول الضرر^(١)، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، إنه لما؟؟ المحكمة هي التي تعين طريقة التعويض وإن هذا التعويض يقدر بالنقد أو إن المحكمة تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو غير ذلك من طرق التعويض، بشكل غير ملعن قدر الإمكان لأن عكس ذلك يؤدي إلى إهدار حقوقه في حالة إفشائها للكافة وعلى وجه الخصوص للأشخاص المنافسين له الذين يرغبون بالحصول عليها بطريقة أو بأخرى. لذلك فإنه إلى جانب كون التعويض النقدي الذي يمكن أن تحكم به المحكمة لصاحب المعرفة، فإن خصوصية هذه الأخيرة تقتضي من المحكمة أن تفرض على مرتكب فعل المنافسة، حكماً يلزمه بالحفاظ على سرية المعرفة وذلك من حيث عدم استعماله لها وانتقاعه بها وعدم نقلها وإيصالها إلى الغير المنافسين لصاحب المعرفة التقنية هذه، لذلك فقد ثار الخلاف حول مدى إمكانية الحكم على مرتكب فعل المنافسة، بعدم استخدام المعرفة التي حصل عليها بطريقة غير مشروعة، من عدمه، أي إن التعويض، في حالة ارتكاب فعل المنافسة الذي هدد أو يهدد حقوق صاحب المعرفة، لا يقتصر على ذلك التعويض النقدي أو إدخال تعديلات على المعرفة التقنية، أو أن تأمر المحكمة؟؟؟ من الاستمرار في استعمال المعرفة التجارية أو الاسم التجاري، ولا على نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف كتعويض من جراء المنافسة^(٢)، إذ إن هذه الأمور تتعارض مع فكرة المعرفة التقنية، ذلك إن الغرض من التعويض هنا هو عدم استخدام المعرفة التقنية من قبل الشخص الذي اعتدى على سريتها.

ويلاحظ على هذه المسألة التي تتعلق بمنع الشخص الذي حصل على المعرفة بطريق غير مشروع، إنها ترتبط بفكرة الأمر القضائي (INJUNCTION) التي

(١) انظر: د. محمد حسنين. مصدر سابق. ص ٢٦٨؛ د. أحمد إبراهيم البسام. مصدر سابق. ص ١٨٥؛ شوقي ناصر علوان. مصدر سابق. ص ١٤٥؛ زينة غانم الصفار. مصدر سابق. ص ٨٥.

(٢) انظر: د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. مصدر سابق. ص ٤١٥.

يعرفها كل من القانونين الأمريكي والانكليزي والقوانين المتأثرة بهما^(١)، وقد اتخذ الموقف من هذه المسألة اتجاهين، حيث رفض اتجاه هذه الفكرة واكتفى بحصول المضرور على التعويض دون إعطائه الحق في إمكانية إلزام من قام بأفعال المنافسة بالامتناع عن استعمال أو استغلال المعرفة التقنية، في حين اعتمد اتجاه آخر فكرة المنع هذه إلى جانب إمكانية الحصول على التعويض وهو ما سنتناوله في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول إلى رفض فكرة المنع، أما المطلب الثاني فنتناول فيه القبول بفكرة المنع.

المطلب الأول

رفض فكرة المنع

اكتفى هذا الاتجاه بحصول المضرور على التعويض فقط دون إعطائه الحق في إمكانية إلزام من قام بأفعال المنافسة بالامتناع عن استعمال أو استغلال المعرفة التقنية، وقد ظهرت آثار هذا الاتجاه في مواقف الفقه والقضاء في أكثر من دولة، ففي اليابان نجد إن أثر دعوى المنافسة غير المشروعة يقتصر على الحكم بالتعويض لصاحب المعرفة التقنية فقط عما أصابه من أضرار من جراء الاعتداء على معرفته، دون أن يتجاوز الحكم إلى منع استعمال أو منع استغلال هذه المعرفة

(١) يعد الأمر القضائي من جملة الحقوق التي يرتبها القانون الانكليزي للمتضرر في حالة الاعتداء على حقوقه، وهذا الأسلوب هو من ابتكار محاكم الأنصاف ويستعمل بصورة شائعة في مجال الأخطاء المدنية (Torts المسؤولية التقصيرية) كما لو رغب مالك عقار معين في أن يمنع آخرين من التجاوز المستمر على أمواله أو عقاره، لذلك فإنه يستصدر أمراً قضائياً من المحكمة يمنع فيه أشخاصاً معينين من القيام بعمل، إضافة إلى إن الأمر القضائي يمنح لتنفيذ شرط سلبي في العق عندما يكون التعويض النقدي غير ملائم، ففي عقد الخدمات الشخصية مثلاً إذا أُلزم (أ) نفسه للعمل مع (ب) فقط (وهو الطرف الثاني في العقد) دون العمل مع غيره، فإن هذا الشرط السلبي يمكن تنفيذه عن طريق الأمر القضائي.

انظر: أستاذنا د. مجيد حميد العنبي. مبادئ العقد القانون الانكليزي. بغداد. ٢٠٠١. ص ٢١٧.

على انتهاك سريتها بطريقة غير مشروعة، فالفقه هناك ومن ورائه القضاء يرفضان الاعتراف لصاحب المعرفة بحق استثنائي عليها، لذلك فإن القضاء يرفض أن يرتب على دعوى المسؤولية الناجمة عن أفعال المنافسة غير المشروعة في نطاق المعرفة التقنية، أي أثر غير التعويض، ومن ثم فإن حائز المعرفة لا يستطيع اللجوء إلى نظام الأوامر القضائية (injunction) لمنع المعتدي مرتكب فعل المنافسة من عدم استغلال المعرفة التي حصل عليها بطريق غير مشروع، إذ إن إصدار مثل هذه الأوامر يفترض ابتداء المساس بحق استثنائي للمضرور، وهو ما يرفض القضاء الياباني الاعتراف به لصاحب المعرفة، لذلك فإن محكمة طوكيو العليا تقرر في حكم لها صدر بتاريخ ١٩٦٦/٩/٥ من إنه "بالرغم من إن للمعرفة التقنية قيمة مالية، إلا إنه من المتعذر القول بأن القول يعترف بها باعتبارها محلاً لحق يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير وسواء كان من الحقوق المعنوية أو من الحقوق الشخصية، فحماية المعرفة التقنية لا يمكن أن تتم إلا من خلال الجهد الذي يبذله صاحبها للحفاظ على سريتها كأسرار تجارية وصناعية ومنع الكشف عنها للغير، وبالتالي حتى لو اعترف إن المدعى عليه قد ارتكب عملاً غير مشروع (بخصوص استغلال المعرفة التقنية) فإن هذا لا يكفي لتبرير إصدار أمر قضائي^(١).

يتضح من هذا الحكم إن القضاء الياباني يجيز التعويض عن الضرر الذي يصيب صاحب المعرفة التقنية من جراء اعتداء الغير عليها عن طريق المنافسة غير المشروعة، بيد إنه يرفض أن يرتب على دعوى المسؤولية أي أثر في ما يتعلق بمنع المعتدي من استخدام واستغلال المعرفة التقنية، أي إنه يقيم تفرقة بين الأثرين الذين يترتبان على دعوى المنافسة غير المشروعة بالرغم من إن المادة (٧٠٩) من القانون المدني الياباني تعرف الفعل الضار "إنه ذلك الفعل الذي يمس أو ينتهك عن عمد أو إهمال حقاً للغير"، وبالتالي فإن التفسير الحرفي لنص هذه المادة كان يمكن أن يؤدي

(١) انظر:

T. DOL and KAKUSAI TORIHIKIHO HANRIE KENKYU: The law of international; comments on selected cases. Tokyo. 1967. P. 137.

أشار إلى ذلك: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق. ص ١٦١.

إلى رفض التعويض في حالات الاعتداء على المعرفة التقنية أو الاستيلاء عليها رغماً عن إرادة صاحبها، إذ إن المعرفة التقنية، حسبما هو مستقر في اليابان، لا يمكن اعتبارها محلاً لحق معين، بيد إن القضاء الياباني مع ذلك لا يشترط إلا مجرد المساس بمصلحة قائمة ومشروعة للمضرور حتى تتحقق المسؤولية، لذلك فإن القاضي (Osumi) كتب في ما يتعلق بانتهاك المعرفة التقنية، "إنه ينبغي الاعتراف بوجود خطأ أو عمل غير مشروع Act Unlawful- في كل مرة تنتهك فيها المعرفة التقنية، ذلك إن للمعرفة هذه قيمة مالية ذاتية ولو أنها ليست محلاً لأي حق محدد، حقاً إن المادة (٧٠٩) مدني، تجعل من انتهاك الحقوق الثابتة شرطاً مكوناً للخطأ أو العمل غير المشروع، بيد إن انتهاك الحقوق (Infringement of Rights) ليس إلا بمجرد تعبير عن عدم المشروعية، لذلك فإنه إذا ما تم الاعتماد على النظريات الحديثة التي تقر وجود الخطأ الموجب للمسؤولية في كل مرة يحدث فيها ضرر للغير نتيجة عمل غير مشروع، وبغض النظر عما إذا كان هناك مساس أو انتهاك لحق معين، فإنه ينبغي اعتبار الاعتداء على المعرفة خطأً موجباً للمسؤولية، أما في ما يتعلق بإصدار أمر قضائي لحرمان المعتدي من استخدام واستغلال المعرفة التقنية، فيقول القاضي -Osumi- بصدده، إنه حتى في الحالات التي نكون فيها بصدد سرقة للمعرفة التقنية أو أي شكل آخر من أشكال الاعتداء غير المشروع عليها، فلا يمكن الاعتراف بحق للمضرور في إصدار أمر قضائي لوقف هذا الاعتداء، حيث لا يمكن منح هذا الأمر إلا في حالات الاعتداء على الملكية أو غيرها من الحقوق الاستثنائية^(١).

هذا ويذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى ذات الاتجاه الذي يذهب إليه الفقه والقضاء في اليابان، وذلك من خلال القول، إن إلزام المعتدي على المعرفة التقنية بعدم استخدام أسرارها التي حصل عليها بطريق غير مشروع، لا يمكن القبول به وهو أمر

(١) انظر:

KENICHIRO OSUMI: Know- How and its investment, in law in Japan. 1967. P. 92.

أشار إلى ذلك: د. حسام محمد عيسى. مصدر سابق. ص ١٦٢.

مرفوض، وقد استند هذا الرأي إلى حكم لإحدى المحاكم الفرنسية صدر بتاريخ ١٩٧٥/١١/٢٢ وذلك في قضية تتلخص وقائعها في إن شركة قامت بالاعتداء على المعرفة التقنية العائدة لشخص آخر عن طريق التقليد لطريقة الإنتاج وتم الحجز على المواد المقلدة، وهنا قرر المحكمة "إن حظر استخدام المعرفة لا يمكن تقريره بسبب إن صاحب المعرفة هو الذي يعلم وحده بها وبطريقة الإنتاج لهذه المواد، إذ إن ذلك يكون مخالفاً لمبدأ حرية التجارة"^(١)، فضلاً عن ذلك فإن هناك من يقول، إن النصوص المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة لا تسمح في الواقع مقاضاة الشخص الذي يقوم بانتهاك سرية المعرفة التقنية وذلك عن الإفشاء التام إلا إذا قام به لصالح الغير بقصد الحصول على منافع من وراء هذا الإفشاء، أي إلا إذا قام بتحويلها وإيصالها إلى الغير، وهذا يعني إنه إذا قام مرتكب فعل المنافسة هنا، باستخدام المعرفة بنفسه، فإنه سيتخلص من المسؤولية لعدم ممارسة أو استخدام أساليب صناعية أو تجارية غير مشروعة، مادام إنه لم يقم بإيصالها إلى الغير حتى وإن استغلها بنفسه فإن ذلك لا يشكل منافسة غير مشروعة، إذ لكي يمكن تقرير المسؤولية الناجمة عن ارتكاب فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة، فإنه ينبغي نقل المعرفة التي تم انتهاك سريتها إلى الغير الذي يقوم باستثمارها واستغلالها، أما إذا لم يقم هذا الشخص بنقلها إلى الغير وإنما قام بإعلانها بقصد إلغاء صفتها السرية، فلا يمكن القول هنا بوجود فكرة المنافسة غير المشروعة، وبالتالي فلا سبيل سوى التعويض لجبر ما حصل^(٢).

(١) انظر:

Encyclopedie dallos T.II.: Op. Cit. No.43. P. 4.

(٢) انظر:

Magnin: Op. Cit. P.222.

المطلب الثاني

القبول بفكرة المنع

اعتمد هذا الاتجاه فكرة المنع إلى جانب إمكانية الحصول على التعويض، إذ يرى في دعوى المنافسة غير المشروعة إنها دعوى لا تقتصر فقط على التعويض وإنما تشمل أيضاً منع الشخص الذي يقوم بفعال المنافسة غير المشروعة في نطاق المعرفة التقنية، من استثمار استغلال هذه المعرفة، لذلك فإن الحائز غير الشرعي لها لا يستطيع استثمار أو استغلال أو نقل تلك المعرفة إلى الغير^(١)، وعلى هذا الأساس فإن القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يعترف بفكرة الأمر القضائي (injunction) حيث يستطيع المضرور (وهو هنا صاحب المعرفة التقنية) إن يطالب بالحصول على أمر من المحكمة (injunction Order) لمنع الشخص الذي حصل عليها بطريقة غير مشروعة من عدم الاستمرار في استغلال هذه المعرفة بطريقة تعرض حقوقه (صاحب المعرفة) للخطر، فضلاً عن إمكانية مطالبته بالحصول على تعويضات رادعة (Punitive Damages) من جراء هذا الاعتداء على المعرفة التقنية^(٢).

ولكن يلاحظ إن الغاية الجوهرية هنا هي منع المعتدي الذي ارتكب فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة من الاستمرار في منافسته هذه ولذلك بمنعه من استغلال المعرفة التقنية بنفسه أو بمنعه من نقلها إلى الغير مادام إنه قد حصل عليها بطرق تخالف الممارسات التجارية الشريفة من خلال أفعال تنافسية غير مشروعة، لذلك نجد إن المحكمة العليا في الولايات المتحدة قد حكمت بمثل هذا الأمر وذلك في قضية (Du Pont co. V. Nasland)، حيث إن شركة Du Pont تملك المعرفة التقنية أم لا، فالحقيقة الثابتة هي إن العامل السابق قد تلقى هذه المعرفة في سرية وفي إطار علاقة ثقة، فحتى إذا كان من الممكن إنكار الملكية في هذه الحالة، غير

(١) انظر:

Jehl: Op. Cit. P.98.

(٢) انظر: د. جلال وفاء محمددين. مصدر سابق. ص ١١٧ وانظر أيضاً ص ١٣٥.

إنه من غير الممكن إنكار وجود علاقة ثقة، ومن ثم فإن النقطة الرئيسية في الدعوى ليست مسألة الملكية وإنما ذلك الأمر الواقع المتمثل في وجود علاقة ثقة بين المدعى والمدعى عليه وإن أول ما ينبغي التأكد منه هو ألا يعتمد المدعى عليه في إساءة استغلال الثقة التي وضعت فيه^(١).

إلى جانب ما تقدم يلاحظ إن قانون براءات الاختراع السوداني ينص في المادة (٥٤) منه على (بعد غير مشروع كل استعمال أو كشف أو إبلاغ بطرق التصنيع أو المعرفة الفنية المشار إليها في المادة "٢/٥٣" بدون موافقة المالك، من جانب أي شخص يعلم بصفتها السرية أو يستطيع أن يعلم بهذه الصفة، وتطبق على هذه الأعمال أحكام المادتين "٤٩-٥٠")^(٢)، وإذا ما رجعنا إلى المادة (٤٩) من القانون أعلاه لوجدنا إنها تنص على (١). يجوز لمالك البراءة المسجل إذا تعرضت حقوقه بموجب المادتين "٢١ و ٢٢" للتعدي أو إذا حدث التعدي عليها، أن يلجأ إلى الإجراءات القانونية لمنع التعدي أو لمنع استمراره)^(٣).

مما تقدم يتضح إن قانون براءات الاختراع السوداني ينص على إمكانية اللجوء إلى الإجراءات القانونية لمنع التعدي أو لمنع التعدي أو لمنع استمراره، بالرغم من عدم وجود براءة بالنسبة لحالة المخترع في ظل المعرفة التقنية عنها في حالة المخترع الحاصل على براءة اختراع، ولاشك إن هذه الحالي، أي منع التعدي أو منع الأنكلوسكسوني وبالتالي فيمتنع على الشخص الذي اعتدى على سرية المعرفة التقنية بطريقة أو بأخرى من الاستمرار في استغلالها بنفسه من أجل تحقيق منافع معينة، فضلاً عن عدم السماح له في نقلها إلى الغير، إذ إن ذلك يتعارض وحقوق صاحب المعرفة، والقانون ينص على صيانة هذه الحقوق بموجب المادة أعلاه.

(١) أشار إلى ذلك: د. جلال وفاء محمد. مصدر سابق. ص ١٦٣-١٦٤.

(٢) انظر كذلك المادة (٥٤) من المشروع النهائي للقانون النموذجي للدول العربية في شأن الاختراعات.

(٣) أما الفقرة (٢) من هذه المادة، فإنها تنص على (في حالة التعدي على تلك الحقوق، يجوز لمالك البراءة المسجل أن يطالب بالتعويض وبتطبيق أية أحكام أخرى منصوص عليها في القانون المدني مثل حجز السلع موضوع التعدي أو الآلات التي استخدمت في صنعها وإتلافها).

وكذا الحال في ظل قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني حيث تنص المادة (٧) منه على (أ). لصاحب الحق في السر التجاري المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة إساءة استعمال هذا السر).

ب. لصاحب الحق في السر التجاري عند إقامة دعواه المدنية بإساءة استعمال السر التجاري أو في أثناء النظر فيها أن يطلب من المحكمة ما يلي، على أن يكون طلبه مشفوعاً بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها المحكمة:

١. وقف إساءة الاستعمال.

٢. الحجز التحفظي على المواد التي تحتوي على الأسرار التجارية التي تم إساءة استعمالها أو المنتجات الناتجة عن الاستعمال أينما وجدت. المحافظة على الأدلة ذات الصلة^(١).

أما في العراق فإنه لا يوجد تنظيم تشريعي خاص للمنافسة غير المشروعة يحدد الأفعال التي، في حالة ارتكابها، تشكل منافسة غير مشروعة، ولا ما يترتب على هذه الأفعال من أثر بالنسبة للشخص الذي وقعت أفعال المنافسة تجاهه^(٢)، لذلك فإننا نذهب مع من يقول، إن الدعوى المترتبة على المنافسة غير المشروعة تأخذ طابع

^(١) في حين إن الفقرة (ج) من هذه المادة تنص أيضاً على (تسري على إساءة استعمال السر التجاري في غير الحالات المنصوص عليها في هذه المادة، الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المادة "٣" من هذا القانون)؛ وبذلك فإن هذا النص قد استوعب جميع حالات الاعتداء التي تقع على المعرفة التقنية وكيفية معالجتها عند وقوع اعتداء ما عليها مادامت المعرفة التقنية صورة من صور السر التجاري.

^(٢) كان قانون التجارة العراقي الأسبق رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ ينظم موضوع المنافسة غير المشروعة وذلك في الفصل السابع منه (المواد ٦٢-٧٠) وتحت عنوان "المزاحمة غير المشروعة"؛ وعلى غرار هذا القانون جاء مشروع قانون التجارة السابق رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ بتنظيم خاص للمنافسة غير المشروعة وذلك في المادة (٩٨) منه؛ أما قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ فإنه قد أغفل موضوع المنافسة غير المشروعة في نصوصه ولم يتناولها كما تناولها القانون السابق.

لمزيد من التفصيل انظر: شوقي ناصر علوان. مصدر سابق. ص ٢٠ وما بعدها.

دعوى عدم التعرض^(١)، لغرض منع مرتكب فعل المنافسة من الاستمرار بأفعاله التي تتعارض مع حقوق صاحب المعرفة التقنية، حيث إن حق هذا الأخير يقترب من حق الحائز، فدعوى منع التعرض ترمي إلى حماية الحائز من كل تعرض يعكس صفة حيازته^(٢).

وكذلك الحال بالنسبة لدعوى المنافسة غير المشروعة في نطاق المعرفة التقنية فإنه ترمي إلى المحافظة على حقوق صاحب المعرفة من كل تعرض قد يؤدي إلى إفشائها وانتهاك سريتها ففي حالة وقوع التعرض بالفعل فإن الحائز يرفع هذه الدعوى ضد الشخص الذي تعرض له لمنعه من التعرض أو الاستمرار فيه والحكم له بتقرير الحيازة وإزالة العمل الذي هو سبب التعرض، وكذلك الحال في المعرفة التقنية، فالشخص الذي يعتدي على حقوق صاحب هذه المعرفة يلزم بالتوقف عن هذا الاعتداء وذلك بالكف عن استغلال المعرفة لمصلحته وأيضاً بمنعه من نقلها إلى الغير مادام إنه يعد حائزاً غير شرعي لها، وكذلك الأمر إذا وجدت أعمال من شأنها أن تهدد حقوق صاحب المعرفة التقنية، فإنه يستطيع أن يلجأ إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة^(٣)، لأنها لو تمت لأصبحت المعرفة التقنية في خطر الإفشاء وانتهاك السرية وضياع حقوق صاحبها عليها.

أي إنه بالرغم من غياب التنظيم التشريعي الخاص بفكرة المنافسة غير المشروعة والآثار التي تترتب على ارتكاب فعل من أفعال المنافسة بشكل عام والمعرفة التقنية على وجه الخصوص، إلا إن هذا لا يمنع الاستفادة من أحكام الدعاوى السابقة (منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة) ومن ثم تطبيق هذه الأحكام على المعرفة التقنية على غرار نظام الأمر القضائي (injunction) الموجود في النظام القانوني الأنكلو-أمريكي وذلك بإلزام من لحقه العلم بالمعرفة التقنية، عن طريق أفعال المنافسة غير المشروعة، من الكف عن استخدام هذه المعرفة بطريقة يؤدي إلى إلحاق الضرر بصاحب هذا الاختراع المتمثل بالمعرفة.

(١) انظر: د. احمد إبراهيم البسام مصدر سابق. ص ١٨٥.

(٢) انظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك. مصدر سابق. ص ٢١٠.

(٣) انظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك. مصدر سابق. ص ٢١٣.

صفوة القول إن إيراد نصوص تشريعية خاصة تحدد أفعالاً يعد مرتكبها منافساً بصورة تخالف الممارسات النزيهة، هو أمر ولاشك جدير بالاحترام، ذلك إن مثل هذه النصوص الخاصة بفكرة المنافسة غير المشروعة سوف تسهل الأمر على القضاء أو على المعنيين بأمور الصناعة والتجارة في معرفة متى يعد الشخص متجاوزاً للممارسات التجارية والصناعية النزيهة، إلى جانب هذا، إن مثل هذا الأمر يقود إلى الابتعاد عن الخوض في تفاصيل البحث عن الأساس القانوني للدعوى الإجرائية التي يمكن أن يتم اللجوء إليها في حالة وقوع اعتداء على المعرفة التقنية من خلال أفعال المنافسة أو التهديد بوقوعها، هو أمر جدير بالملاحظة والأخذ به أيضاً، إذ إن مثل هذه الإجراءات ستقود هي الأخرى إلى تسهيل الأمر على صاحب المعرفة التقنية ذلك لأن نوع الإجراء الذي يمكن أن يطلبه من المحكمة لغرض المحافظة على معرفته من الأخطار التي تهددها، ومن ثم فإن فكرة المنافسة غير المشروعة يمكن أن تحقق منفعة لصاحب المعرفة والسبب في ذلك هو إنه حتى وإن تم التعرض أو انتهاك السرية أو الإفشاء، فإن مثل هذه الأعمال تحصل من قبل العاملين بذات المجال الذي يعمل فيه صاحبها أو على الأقل من قبل أشخاص علموا بها بطريقة أو بأخرى، كما هي الحال في ظل عقد الترخيص باستغلالها أو عقد العمل، لذلك يستطيع صاحب المعرفة التقنية أن يطلب من المحكمة إصدار أمر يمنع المنافسين له بالكف عن محاولة استخدامها، لأنهم حصلوا عليها بطريقة غير مشروعة، وفق الإجراءات التي ينص عليها التنظيم التشريعي الخاص بالمنافسة غير المشروعة، وبذلك تبقى صفة السرية متحققة في المعرفة التقنية.

الخاتمة:

نخاض إلى القول من خلال ما تم عرضه من الأفكار السابقة، إن فكرة المنافسة غير المشروعة تأتي كوسيلة لحماية المعرفة التقنية وذلك عن طريق إيراد نصوص خاصة تعالج هذه الحالة في قوانين خاصة، أي إن طريقة هذه القوانين في حماية المعرفة، تعتمد في إقامة الإبطار القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة على العمل التشريعي، فهنا يتدخل المشرع لمنع من أساليب المنافسة ما يرى فيه تخطياً للحدود المقابلة ويرسم للقاضي سبيلاً لا يتعداه في التعريف على ما يعد من أفعال

المنافسة غير المشروعة وهو أمر يسم الدعوى بطابع من الوضوح والثبات ويجنب القاضي مواطن الزلل.

المصادر:

أولاً: العربية

١. د. أحمد إبراهيم البسام، مبادئ القانون التجاري، ج-١- بغداد، ١٩٦١.
٢. د. أكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج-١- في الأعمال التجارية التجار، بغداد، ١٩٦٦-١٩٦٧.
٣. د. جلال وفاء محمد، فكرة المعرفة التقنية والأساس القانوني لحمايتها، الإسكندرية، ١٩٩٥.
٤. د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط-١- القاهرة، ١٩٨٧.
٥. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، ١٩٩١.
٦. زينة غانم الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، رسالة ماجستير، كلية القانون-جامعة الموصل- ٢٠٠٠.
٧. د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ١٩٧٣.
٨. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مج(٢) في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القاهرة، ١٩٨٨.
٩. د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، ج-١- القاهرة، ١٩٨١.
١٠. شوقي ناصر علوان، أحكام المنافسة التجارية غير المشروعة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق-جامعة النهرين، ٢٠٠٠.
١١. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط-١- عمان، ١٩٨٢-١٩٨٣.
١٢. د. علي حسن يونس، المحل التجاري، القاهرة، ١٩٧٤.
١٣. علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٧٧.

١٤. د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١.
١٥. د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، ج-١- الإسكندرية، ١٩٤٩.
١٦. د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، ١٩٨٥.

ثانياً: الأجنبية

1. Turner (A): the law of trade secrets, London, 1962.
2. Magnin (F): Know-How et bropriete industriell, Paris, 1974.
3. Mathely 9p: Ledroit Francias des-prevets d, invention, Paris, 1974.
4. Jehle (J): Le commerce international de la technologie approche juridique, Paris, 1985.
5. Encyclopedie dalloz: Repertoire de droit commercial. TII, concurrence de loyale, paris, 1998.
6. Encyclopedie dalloz: Repertoire de droit commercial. T.V. Savoir- Faire. (Know-How), Paris, 1988.

الرجعة في الطلاق

أركانها... وأحكامها

(دراسة في الفقه المقارن)

بحث تقدم به

الدكتور النعمان منذر الشاوي

مدرس القانون الخاص

في كلية الحقوق/ جامعة النهرين

الرجعة في الطلاق أركانها... وأحكامها

د. النعمان منذر الشاوي

مدرس القانون الخاص

في كلية الحقوق/جامعة

النهرين

الملخص:

يتناول هذا البحث تعريف الرجعة من حيث إن لها ماهية معينة، كما إنه يعطيها التكييف الشرعي والقانوني المناسب، ويبين الأدلة الشرعية لها وحكمها الشرعي التكليفي المستتبط من الأدلة تلك. ثم يبين شروط الزوج المترجع وشروط الصيغة التي تحصل بها الرجعة وكذلك شروط الزوجة المرتجعة، ثم يبين بعض الأحكام التي تترتب على الرجعة، وهي حقوق والتزامات الزوج والزوجة التي تنظم العلاقة بينهما قبل الرجعة وبعدها. وبوجه عام يحاول هذا البحث تسليط الضوء على نظام قانوني متكامل أقره الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة يتعلق بجزئية مهمة من جزئيات الحلولة دون رأب الصدع في الأسرة المسلمة، وتجنيب المجتمع المسلم مخاطر التفكك والانحلال.

Abstract

The divorce, is canceling of requirement of martial contract by the man with special conditions. Because the divorce is individual conduct by the man, the Islamic law and the other laws give the man change in order to review his decision, if he is retreating his act and feeling that he is precipitating in his decision, This research defines the returning, and gives it the lawful adoption and explains the lawful evidences and their charging lawful decision, which is created from those evidences. And explains the conditions of the man, who is returning, the conditions of the from, with which the returning is occurred and the conditions of the wife. Than it explain some decisions, which is result from the returning.

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة أيما اهتمام، وذلك باعتبارهما اللبنة الأساسية للمجتمع المسلم، والرافد الأساس للأمة الإسلامية: أمة الأمانة والخلافة والشهادة. ومن أبرز معالم هذا الاهتمام مجئ القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بأحكام تفصيله كثيرة تتعلق بالأسرة، هذه الأحكام تتعهد الأسرة من قبل أن تنشأ وهي لا تزال رغبات أو خواطر في قلب الرجل والمرأة فتحدد حكم الزواج وشروطه وشروط الزوجين ثم تشرع في وضع نظام متكامل لبذور هذا الزواج وهم الأولاد فتمنحهم الحقوق كالنفقة والرضاعة والحاضنة وتقرض عليهم الواجبات كبرهم بوالديهم وطاعتهم والإنفاق عليهم وعلى ذوي قرباهم، ولا تهمل تلك الشريعة العصماء تنظيم

الجانب المادي فتشريع نظاماً متكاملًا للميراث ونظرية عامة للوصية وغيرها من مسائل أحوال الشخصية المسلمة.

ومع كل هذا التمسك الواضح من الشريعة الإسلامية بسلامة الأسرة وتماسكها إلا إنها لم تغفل الجانب الغريزي للإنسان، كيف تهمله وهي من عند الله تعالى خالقه وفطره والمطلع على خفايا نفسه ودقائق مكنوناتها، فهذا الطبع وهذه الغزيرة قد تفرض أحياناً استحالة استمرار الحياة الزوجية، فأعطت للزوج حق الطلاق والذي هو صمام أمان لتفادي اتساع خطر التشقق العائلي ليشمل أهل الزوجين أيضاً، وحصره في نطاق ضيق محدود بحدود الأسرة التي تنشأ فيها الخلافات التي تستوجب الطلاق.

ورغم تشريع الإسلام للطلاق إلا إنه لمخ يضعه سلاحاً فتاكاً بيد الزوج، بل جاء بقيود على حرية الزوج في التطليق، وكذا على إرادة الزوجة في طلبه، وكما جاء الإسلام بهذه القيود فإنه جاء أيضاً بقارب نجاة لإنقاذ الأسرة التي تاهت في بحور الطلاق المظلمة، خاصة إذا كان الطلاق لم يبلغ أخطر أنواعه وهو الطلاق المكمل للثلاث، جاءت الشريعة الإسلامية بنظرية عامة متكاملة من الأحكام الشرعية وضعتها بيد الزوج ليتسنى له إنقاذ أسرته إذا ما وقع في فخ الطلاق الرجعي، هذه الأحكام الشرعية هي أحكام الرجعية في الطلاق.

فالرجعة في الطلاق هي سلاح ماض بيد الزوج له أن يشهره بوجه الشيطان متى ما طلق زوجته طلاقاً رجعياً ولم يكن هذا الطلاق مبرراً أو جاء نتيجة انفعال أو استعجال.

من هنا تتبين بوضوح أهمية الرجعة وما تحتله من مكانة حساسة ودور إيجابي في رأب التصدعات التي قد تحدث في الأسرة المسلمة والتي قد تنعكس سلباً في المجتمع المسلم.

وتزداد أهمية المشكلة وضوحاً في دولنا العربية والإسلامية خاصة العراق والتي جعلت من الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً لقوانين أحوال الشخصية فيها، لكن هذه القوانين جاءت في غالبها - لسبب أو لآخر - خالية من أحكام تفصيلية للرجعة، مما

أُلقت بالثقل كله على كاهل القاضي والذي لا يجد الوقت الكافي للبحث عن تفصيلات أحكام الرجعة في بطون الكتب الفقهية أو لا يمتلك القدرة على ذلك. وقانون الأحوال الشخصية العراقي يقف على رأس تلك القوانين، فهو لم يتصد للرجعة إلا في نص صغير يتعلق بإثباتها، وهو أمر يحتاج إلى إعادة نظر برأينا. ولأجل تكميل هذا النقض التشريعي، ووضع تصور فقهي متكامل بلغة عصرية بين يدي قضاتنا النجباء، ولأجل رفق المكتبة الفقهية والقانونية بجهد متواضع في هذه الجزئية المهمة من جزئيات فقه الأسرة في الإسلام، فقد تصدينا لبحث موضوع الرجعة في الطلاق.

وقد واجتنتي بعض المصاعب منها صعوبة عبارات الكتب الفقهية القديمة، وكثرة التفصيلات الفقهية في المذاهب المختلفة. وقد اتبعت في هذا البحث منهجاً حاولت أن أتحرى فيه الدقة والأمانة العلمية، فعزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف وخرجت الأحاديث النبوية بالاعتماد على الترقيم العالمي للحاسبة الالكترونية، وعرضت الآراء الفقهية الخلافية مع أدلتها، ولم أعمد إلى المناقشة والترجيح إلا عند وجود اختلاف يحتاج إلى موقف واضح من الباحث.

وقد عالجت هذا موضوع عبر خطة حاولت أن تكون متوازنة كما يأتي:

المقدمة

المبحث الأول: ماهية الرجعة.

المطلب الأول: تعريف الرجعة وتكييفها.

الفرع الأول: تعريف الرجعة.

البند الأول: التعريف اللغوي.

البند الثاني: التعريف الاصطلاحي.

الفرع الثاني: تكييف الرجعة.

البند الأول: التكييف الشرعي للرجعة.

البند الثاني: التكييف القانوني للرجعة.

المطلب الثاني: مشروعية الرجعة وحكمها الشرعي التكليفي.

الفرع الأول: مشروعية الرجعة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي التكليفي للرجعة.

المبحث الثاني: أركان الرجعة.

المطلب الأول: الزوج المرتجع.

المطلب الثاني: ما تحصل به الرجعة.

الفرع الأول: الرجعة بالقول.

البند الأول: أقسام الصيغة اللفظية للرجعة بالقول.

البند الثاني: شروط الصيغة اللفظية للرجعة بالقول.

الفرع الثاني: الرجعة بالفعل.

البند الأول: المؤيدون للرجعة بالفعل.

البند الثاني: المانعون للرجعة بالفعل.

المطلب الثالث: الزوجة المرتجعة.

المبحث الثالث: أحكام الرجعة.

المطلب الأول: إعلام الزوجة بالرجعة.

الفرع الأول: أدلة موجبي إعلام الزوجة بالرجعة ومستحبيه.

البند الأول: أدلة موجبي إعلام الزوجة بالرجعة.

البند الثاني: أدلة مستحبي إعلام الزوجة بالرجعة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على عدم إعلام المطلقة بالرجعة.

المطلب الثاني: الإشهاد على الرجعة.

الفرع الأول: مذهب مستحبي الإشهاد.

الفرع الثاني: مذهب موجبي الإشهاد.

المطلب الثالث: ما يباح من الزوجة قبل الرجعة.

الفرع الأول: مذهب المجوزين.

الفرع الثاني: مذهب المانعين.

المطلب الرابع: الاختلاف في الرجعة.

الفرع الأول: الاختلاف في حصول الرجعة.

- البند الأول: إدعاء الزوج حصول الرجعة في العدة وإنكار المرأة حصولها فيه.
- البند الثاني: إدعاء المرأة حصول الرجعة في العدة وإنكار الزوج حصولها فيها.
- الفرع الثاني: الاختلاف في صحة الرجعة.
- البند الأول: اتفاق الطرفين على انقضاء العدة وإدعاء الزوج حصول الرجعة فيها.
- البند الثاني: إدعاء الزوجة بقاء العدة وإنكار الزوج ذلك.
- البند الثالث: إدعاء الزوج بقاء العدة وإنكار الزوجة ذلك.
- البند الرابع: التسابق في حصول الرجعة في زمن يحتمل بقاء العدة أو انقضائها.

المبحث الأول

ماهية الرجعة

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نخصص الأول لتعريف الرجعة وتكييفها، والثاني لمشروعيتها وحكمها الشرعي التكليفي.

المطلب الأول

تعريف الرجعة وتكييفها

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول لتعريف الرجعة، والثاني لتكييفها.

الفرع الأول

تعريف الرجعة

التعريف أما أن يكون لفظياً وهو الذي يبين المعنى الذي وضع له اللفظ في أصل اللغة، أو أن يكون اصطلاحياً يبين معناه الذي استقر عند أهل الفن الذي يرد المعرف في كلامهم، وهو الذي يسميه المنطقة (القول الشارح)^(١).

لذا سنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول للتعريف اللغوي، والثاني للتعريف الاصطلاحي.

(١) وهو ما يحمل على المجهول التصوري لإفادة تصويره بذكر ذاتيته من جنس وفصل وهو ما يسمى بالحد، أو بما يميزه عن جميع ما عداه من فصل أو خاصة، ويسمى الرسم، انظر: المنطق في شكله العربي/محمد مبارك عبد الله/مكتبة ومطبعو محمد علي صبيح/مصر/ص ٣٨.

البند الأول

التعريف اللغوي

"... الرجعة المرة من الرجوع وهي اسم مصدر للفعل رجع... يقال رجع عن سفره، ورجع عن الأمر يرجع رجعاً ورجوعاً و(يقال) وله على امرأته رجعة بفتح الراء وكسرهما والفتح أفصح كما قال ابن فارس^(١) وبعضهم يقتصر عليه، والراجع المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها... ويؤمن بالرجعة أي بالرجوع إلى الدنيا بعد الموت..."^(٢).

البند الثاني

التعريف الاصطلاحي

اختلفت تعريفات الفقهاء للرجعة على النحو الآتي:
أولاً/تعريف الحنفية بأنها: "استدامة ملك النكاح القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك"^(٣).
ثانياً/تعريف المالكية بأنها: "عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد"^(٤).
ثالثاً: تعريف الشافعية بأنها "رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص"^(٥).
رابعاً/تعريف الحنابلة بأنها: "إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"^(١).

(١) انظر: المصباح المنير/الفيومي/المكتبة العلمية/مادة (ر ج ع).

(٢) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف/محمد عبد الرؤوف المناوي/ت: د. محمد رضوان الدايدة/دار الفكر المعاصر/بيروت، ١٤١٠هـ/ط١/ص٣٥٨هـ، القاموس المحيط/الفيروزآبادي/ج١/ص٩٣٠، مختار الصحاح/الرازي/ت: محمود خاطر/مكتبة لبنان/بيروت/١٩٩٥/ص٩٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/علاء الدين الكاساني/دار الكتاب العربي/بيروت/١٩٨٢/ط٢/ص١٨١.

(٤) انظر: الشرح الكبير لمختصر خليل/سيدي أحمد الدردير/ت: محمد عlish/دار الفكر/بيروت/ج٢/ص٤١٥.

(٥) انظر: مغني المحتاج/محمد الخطيب الشربيني/دار الفكر/بيروت/ج٣/ص٣٣٥.

الفرع الثاني

تكيف الرجعة

يقصد بالتكيف لغة هو بيان الكيفية، أما في الاصطلاح فهو إعطاء الوصف الشرعي أو القانوني لأمر ما، وعليه سنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول للتكيف الشرعي للرجعة، والثاني للتكيف القانوني لها.

البند الأول

التكيف الشرعي للرجعة

الرجعة عند الحنفية هي استدامة لعقد النكاح السابق ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك، أما عند جمهور الفقهاء فهي استدامة للعقد من وجه وإنشاء له من وجه آخر، وهذا الاختلاف قائم على أساس إن الحل والملك عندهم قائم من وجه زائل من وجه وهو عند الحنفية قائم من كل وجه^(٢)، وهذا الفرق في التكيف سترتب عليه اختلافات كثيرة في أحكام الرجعة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

البند الثاني

التكيف القانوني للرجعة

الرجعة تصريف قانوني مصدره الإرادة المنفردة للزوج المطلق، وهي حق شخص معنوي (غير مادي) لا يقبل الإسقاط لأن فيه تغييراً للأوضاع الشرعية^(٣)، ولا يقبل التوريث، وهو سبب مشروع مسقط للطلاق ومنشئ لحل المعاشرة الزوجية^(٤).

المطلب الثاني

مشروعية الرجعة وحكمها الشرعي التكيفي

(١) انظر: كشاف القناع/منصور بن يونس البهوتي/ت: هلال مصيلحي مصطفى هلال/دار الفكر/بيروت/١٤٠٢هـ/ج ٥/ص ٣٤١.

(٢) انظر: المراجع السابقة بنفس الترتيب.

(٣) انظر: المدخل للفقهاء الإسلاميين/محمد سلام مدكور/دار النهضة العربية/القاهرة/ط ٢/١٩٦٣/ص ٤٣٢.

(٤) انظر: أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد/د. مصطفى الزلمي/شركة الخنساء للطباعة والنشر/ط ٩/بغداد/ص ٢٤١-٢٤٢.

نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول لمشروعية الرجعة، والثاني لحكمها الشرعي التكليفي.

الفرع الأول

مشروعية الرجعة

المشروع هو اسم مفعول من الفعل شرع ومنه اشتقت الشرعة بالكسر وهي الدين... (وهو) مأخوذ من الشريعة وهي مورد الناس للاستقاء سميت بذلك لوضوحها وظهورها وجمعها شرائع وشرع الله لنا كذا يشرعه أظهره وأوضحه^(١).

والمقصود بعنوان هذا الفرع هو دعوى كون الرجعة من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الدعوى تحتاج إلى دليل لإثباتها وهو من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وسنبين فيما يلي كل ذلك:

أولاً/الكتاب العزيز:

١. قوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٢)، أي وزوجها الذي طلقها أحق بردها مادامت في عدتها إذا كان مراده بردها الإصلاح والخير وهذا في الرجعات^(٣).

٢. قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرًّا لِّتَعْتَدُوا﴾^(٤)، "... والمعنى فراجعوهن من غير ضرر أو خلوهن حتى تنقضي عدتهن من غير تطويل... لظلمهن بالتطويل..."^(٥).

ثانياً: السنة الشريفة:

(١) انظر: المصباح المنير/ص ٣١٠.

(٢) البقرة/٢٢٨.

(٣) انظر: تفسير القرآن العظيم/إسماعيل بن عمر ابن كثير/دار

الفكر/بيروت/١٤١٠هـ/ج ١/ص ٢٧٢.

(٤) البقرة/٢٣١.

(٥) انظر: تفسير البيضاوي/القاضي البيضاوي/ت: عبد القادر عرفات/دار

الفكر/بيروت/١٩٩٦/ج ١/ص ٥٢١.

١. عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إن النبي ﷺ كان طلق حفصة ثم راجعها^(١).

٢. عن عائشة (رضي الله عنها) قالت كان الناس والرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبداً قالت وكيف ذاك قال أطلقك فكلما همت عدتك أن تتقضي راجعتك فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي ﷺ حتى نزل القرآن الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلاً من كان طلق ومن لم يكن طلق^(٢).

٣. عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما إنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال رسول الله ﷺ أمره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء^(٣).

ثالثاً: الإجماع:

أجمع أهل العلم إن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر^(٤).

رابعاً: المعقول:

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق/باب في المراجعة/رقم ١٩٤٣ واللفظ له، والنسائي عن ابن عمر في كتاب الطلاق/باب الرجعة/رقم ٣٥٠٤، وابن ماجه في كتاب الطلاق/باب حدثنا سويد بن سعيد/رقم ٢٠٠٦، وأحمد عن عاصم بن عمر في كتاب مسند المكيين/باب حديث عاصم بن عمر/رقم ١٥٣٥٩، والدارمي عن أنس في كتاب الطلاق/باب في الرجعة/رقم ٢١٦٥.

(٢) أخرجه الترمذي واللفظ له في كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله/باب ما جاء في طلاق المعتوه/رقم ١١١٣.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق/باب قول الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء/رقم ٤٨٥٠ بهذا اللفظ-ومواضع أخرى من صحيحه، ومسلم في كتاب الطلاق/باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها/رقم ٢٦٧٥ ومواضع أخرى من صحيحه، وأخرجه أصحاب السنن أيضاً.

(٤) انظر: المغني/ابن قدامة المقدسي/دار الفكر/بيروت/١٤٠٥هـ/١٥/ج ٧/ص ٣٩٧.

"إن الحاجة تمس إلى الرجعة؛ لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب ﷻ ﷺ بقوله: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾^(١) فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك، لما عسى أن لا توافقه المرأة في تجديد النكاح ولما يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا"^(٢).

الفرع الثاني

الحكم الشرعي التكليفي للرجعة

الحكم الشرعي عن التكليفي^(٣) هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء (وجوباً أو ندباً إذا كان على سبيل الطلب، أو حرمة واستكراهاً إذا كان على سبيل الترك) أو التخيير (وهو الاستباحة)^(٤). وعليه تعرض الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة للرجعة باعتبارها تصرفاً من تصرفات الإنسان، كما يأتي:

أولاً: الوجوب:

وتكون الرجعة واجبة عند الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً واحدة في حالة حيض فهذا طلاق بدعي يستوجب التصحيح، والتصحيح لا يتم إلا بالرجعة، والدليل على ذلك حديث ابن عمر المتقدم ذكره من إنه طلق امرأته وهي حاض^(٧).

(١) الطلاق/١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/الكاساني/ج٣/ص١٨١.

(٣) لم نتعرض للحكم الشرعي الوضعي هنا لأنه سيأتي ضمن الكلام عن أركان الرجعة وأحكامها، إذ هو عبارة عن السبب والشرط والمانع.

(٤) انظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد/العلامة الدكتور مصطفى الزلمي/ص٢١١.

(٥) انظر: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق/عثمان بن علي الزيلعي/دار الكتاب الإسلامي/ج٢/ص١٩٣.

(٦) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل/محمد عرفة الدسوقي/دار إحياء الكتب العربية/ج٢/ص٣٦١.

(٧) تقدم تخريجه.

أما عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) فإنها تسن في هذه الحالة، وتكون واجبة عند الشافعية أيضاً على من طلق إحدى زوجتيه قبل أن يوفي لها ليلتها^(٣).

ثانياً: الاستحباب:

وتكون الرجعة مندوبة، وذلك في حالة ندم الزوجين بعد وقوع الطلاق، ولا سيما إذا كان هناك أولاد تقتضي المصلحة نشأتهم في ظل الأبوين ليدبرا شؤونهم، فتكون الرجعة مندوبة تحصيلاً للمصلحة التي ندب إليها الشارع الحكيم، فقد حض في كثير من الآيات على الصلح والتوفيق بين الزوجين، قال تعالى: ﴿إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٤) وقال تعالى: ﴿وَلَا تَتَسَوَّا الْفَضْلَ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٥) ^(٦).

ثالثاً: الإباحة:

الأصل في الرجعة إنها مباحة وهي حق للزوج لقوله تعالى: ﴿وَبِعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٧).

رابعاً: الكراهة:

وتكون الرجعة مكروهة حيثما يكون الطلاق مستحباً، ومثالها إذا ظن الزوج إنه لن يقيم حدود الله من حيث الإحسان إلى زوجته، فتكون الرجعة في حقه مكروهة في هذه الحالة^(٨).

خامساً: التحريم:

(١) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٠٩.

(٢) انظر: كشف القناع/ج ٥/ص ٢٤٠.

(٣) انظر: إعانة الطالبين/السيد البكري الدمياطي/دار الفكر/بيروت/ج ٤/ص ٢٨.

(٤) النساء/١٢٨.

(٥) البقرة/٢٣٧.

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية/وزارة الأوقاف والشؤون الدينية/الكويت/ج ٢٢/ص ١٠٦.

(٧) البقرة/٢٢٨.

(٨) الموسوعة/ج ٢٢/ص ١٠٧.

وتكون الرجعة محرمة إذا قصد الزوج الإضرار بالمرأة فيراجعها ليلحق بها الأذى والضرر، وقد نهى القرآن الكريم عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(١) في هذه الآية ينهي الله تعالى الأزواج أن يمسكوا زوجاتهم بقصد إضرارهن وإيذائهن، والنهي يفيد التحريم، فتكون الرجعة محرمة في هذه الحالة، ومع هذا تكون الرجعة صحيحة عند الحنفية^(٢)، أما عند المالكية فقد قال قال القرطبي: من فعل ذلك فالرجعة صحيحة، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه، وقال ابن تيمية: لا يمكن من الرجعية إلا من أراد إصلاحاً وأمسك بمعروف^(٣).

كما إنها تكون محرمة إذا تترتب عليها عدم القسم العادل بين الزوجات، أو عجز عن الإنفاق على زوجته^(٤).

(١) البقرة/٢٣١.

(٢) انظر: أحكام القرآن/أبو بكر الجصاص/دار الفكر/ج ١/ص ٥٤٤.

(٣) الموسوعة/ج ٢٢/ص ١٠٧.

(٤) انظر: إعانة الطالبين/السيد البكري/ج ٤/ص ٢٨.

المبحث الثاني أركان الرجعة

يمكن من تحليل عناصر التعريف الاصطلاحي للرجعة وتتبع كلام الفقهاء أن نقول إن أركان الرجعة ثلاثة هي: الزوج المرتجع، وما تحصل به الرجعة والزوجة المرتجعة، وعليه فنقسم هذا المبحث لمطالب ثلاثة نخصص كل واحد منها لركن من أركان الرجعة.

المطلب الأول

الزوج المرتجع

يشترط في الزوج المرتجع أن يكون أهلاً لإنشاء عقد النكاح، فالقاعدة العامة بالنسبة لهذا الركن هي إن كل من له الحق في إنشاء عقد الزواج يكون له الحق في ارتجاع مطلقة عند استيفاء شروط الرجعة، ولكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات كثيرة تبعاً لاختلاف المذاهب الفقهية في شروط المؤهل لعقد النكاح، وسنحاول أن نتبينها باختصار ونتبين الراجح منها.

الشرط الأول/الإسلام (عدم الردة):

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) إلى إن من شروط المرتجع أن لا يكون مرتدّاً، ودليلهم على هذا عموم قوله تعالى ﴿

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٦-١٨٧، رد المحتار على الدر المختار/محمد أمين ابن عابدين/دار الفكر/بيروت/١٣٨٦هـ/ط٢/ج٣/ص٣٩٨-٣٩٩، فتح القدير/محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بان الهمام/دار الفكر/بيروت/ط٢/ج٤/١٦١.

(٢) انظر: تحفة المحتاج/أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي/دار إحياء التراث العربي/ج٨/١٤٦.

(٣) انظر في تفصيل هذه الشروط عند المالكية: الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦، ٤١٥، الموسوعة الفقهية/ج٢٢/ص١٠٩.

(٤) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢.

(٥) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب/أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني/مكتبة اليمن/ج٢/ص١٨٠.

وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا^(١)، ولأن الرجعة كإنشاء النكاح فلا تصح الرجعة في الردة لأن مقصودها الحل والردة تتافيه.

الشرط الثاني/العقل:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) إلى اشتراط العقل في الزوج المرتجع، ودليلهم هو قول النبي (ﷺ) قال: رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل^(٦). وخالف الحنفية الجمهور فأجازوا رجعة المجنون والمعتوه إذا كانت بالفعل على أساس إنها من باب ربط الأسباب بالمسببات، وإن عدم الاعتبار في أقواله دون أفعاله^(٧).

ويجوز لولي المجنون مباشرة الرجعة نيابة عنه لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة فملك استيفاءه له كبقية حقوقه.

الشرط الثالث/البلوغ:

وذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط البلوغ في الزوج المرتجع، ودليلهم قوله (ﷺ) المتقدم ذكره: (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل).

(١) البقرة/٢٢١.

(٢) انظر: تحفة المحتاج/ج٨/ص١٤٦.

(٣) انظر في تفصيل هذه الشروط عند المالكية: الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٥، ٤١٦، الموسوعة الفقهية/ج٢٢/ص١٠٩.

(٤) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢.

(٥) انظر: التاج المذهب/ج٢/ص١٨٠.

(٦) أخرجه الترمذي في كتاب الحدود برقم (١٣٤٣) والنسائي في كتاب الطلاق برقم (٣٣٧٨) وأبو داود في كتاب الحدود برقم (٣٨٢٥) واللفظ له، وابن ماجه في كتاب الطلاق برقم (٢٠٣١) وغيرهم.

(٧) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٦-١٨٧، رد المحتار/ابن عابدين/ج٣/ص٣٩٨-٣٩٩، فتح التقدير/ج٤/١٦١.

وخالف الحنفية والمالكية الجمهور فقالوا بجواز رجعة الصبي لأن نكاحه صحيح وهو متوقف على إجازة وليه، فكما صح عقده بهذه الحالة صحت رجعته.

الشرط الرابع/الاختيار:

ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط كون الزوج المرتجع حراً مختاراً مريداً غير مكره، ودليلهم على هذا هو قول النبي (ﷺ): إن الله ضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه^(١).

- وقد خالف الحنفية الجمهور فأجازوا رجعة المكره وعللوا هذا بأن الشارع اعتبر اللفظ في التصرفات القولية- عند القصد إليه- قائماً مقام إرادة معناه، فإذا وجد اللفظ ترتب عليه أثره الشرعي، وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه، فإن الشارع اعتبر هذه التصرفات صحيحة إذا صدرت منه، مع انعدام قصد إليها، وعدم رضاه بما يترتب عليها من الآثار^(٢)، ولأنه عرف الشرين فأختار أهونهما^(٣).
- كما إنهم أجازوا رجعة الهازل وقاسوا المخطئ عليه محتجين بقوله (ﷺ): (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والرجعة والطلاق)^(٤)، وإن الرجعة استيفاء النكاح وإنه دون الإنشاء ولم تشترط هذه الأشياء للإنشاء فلأن لا تشترط للاستبقاء أولى^(٥).

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق برقم (٢٠٣٥)، والحاكم في المستدرک (٢١٦/٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وحسنه النووي، وصححه ابن حبان وابن حزم وأحمد محمد شاكر والألباني، انظر: إرواء الغلیل في تخريج أحادیث منار السبیل/محمد ناصر الدین الألبانی/المکتب الإسلامی/بیروت/١٤٠٥هـ/ط٢/ج١/ص١٢٣-١٢٤.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية/ج٦/ص١٠٦.

(٣) انظر: شرح فتح القدير/ج٣/ص٤٨٨.

(٤) حسنه الألباني، انظر: إرواء الغلیل/ج٦/ص٢٢٤، أخرجه أبو داود (٢١٩٤) والترمذي (٢٢٣/١) وابن ماجه (٢٠٣٩).

(٥) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٦-١٨٧، رد المحتار/ابن عابدين/ج٣/ص٣٩٨-٣٩٩، فتح القدير/ج٤/١٦١.

ومن الجدير بالذكر إن القاعدة العامة التي تحكم شروط المرتجع وهي "إن كل من له الحق في إنشاء عقد الزواج يكون له الحق في ارتجاع مطلقة عند استيفاء شروط الرجعة" قد ترد عليها استثناءات بنيت على أساس عدم إلحاق الضرر بهم منها:

أ. جواز رجعة السفية فإنه يصح عقد نكاحه في حدود مهر المثل فصحت رجعته لاستمرار عقد النكاح من جهة؛ وكذا لعدم وجود الإسراف منه.

ب. وصحة رجعة السكران المتعدي بسكره لأنه في الأصل أهل لإبرام عقد النكاح، ولا تصح عندهم رجعة السكران غير المتعدي بسكره، لأن أقواله كلها لاغية. ولم يجز المالكية رجعة السكران تعدى بسكره أم لا^(١).

ت. وصحة الرجعة من المحرم لأن الإحرام لا يؤثر في أهلية المحرم لإنشاء عقد النكاح وإنما هو أمر عارض، ولأن الرجعة استمرار لعقد النكاح وليست إنشاءً جديداً له.

ث. وصحة رجعة المريض مرض الموت لأن الرجعة ليس فيها إدخال غير وارث مع الورثة.

ج. وصحة رجعة المفلس لأنها لا تتطلب مهراً جديداً فلا تشغل ذمته بالتزامات مالية ولا يحتاج لإذن الدائنين.

الترجيح:

١. نتفق مع الجمهور في اشتراط العقل للمرتجع وذلك لقوة أدلتهم، ويمكن مناقشة رأي الحنفية بأن المجنون لا اعتبار لأقواله وأفعاله لأنهما يقومان على الإرادة وهي معدومة عنده، كذلك ترده صراحة لفظ الحديث بأنه مرفوع عنه القلم أي غير مؤاخذ بما يقول أو يفعل.

٢. ونتفق مع الجمهور في اشتراط البلوغ للمرتجع لقوة أدلتهم، ويناقش رأي الحنفية والمالكية بأن صراحة لفظ الحديث برفع القلم عن (الصبي حتى يحتلم) ترده.

وننتفق مع الجمهور في اشتراط الاختيار للمرتجع لقوة أدلتهم، ويناقش رأي الحنفية بأن التفرقة بين الرضا والاختيار في أن الحكم يترتب على الثاني لدلالة اللفظ عليه

(١) انظر في تفصيل هذه الشروط عند المالكية: الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٥، ٤١٦، الموسوعة الفقهية/ج٢٢/ص١٠٩.

وان لم يقصد معناه، بأن هذه التفرقة باطلة، والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ﴾^(١)، فلم يعتد بلفظ المكروه وإنما رتب الحكم- وهو عدم الردة- على اطمئنان القلب ومعناه الرضا، لأن الرضا محله القلب، والاختيار محله اللسان فأبطل الثاني واعتبر الأول.

أما بالنسبة لرجعة الهازل والمخطئ، فإننا نسلم بصحة رجعة الهازل، أما قياس المخطئ عليه فلا يستقيم، ذلك لأن الهازل يقصد اللفظ دون المعنى الباطني، أما المخطئ فلا يقصدها معاً، وقد قال الله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(٢)، فنفي المؤاخذه على الخطأ وأثبتها للتعمد، وأما إن الرجعة استبقاء وليس إنشاء فقد بينا سابقاً إنها أقرب للإنشاء من الاستبقاء والله أعلم.

٣. ونرجح صحة رجعة السفیه والسكران المتعدي بسكره والمحرم والمريض مرض الموت والمفلس وذلك لقوة أدلة القائلين بها.

المطلب الثاني

ما تحصل به الرجعة^(٣)

الرجعة أما أن تكون بالقول أو بالفعل، لذا فنقسم هذا المطلب إلى فرعين:
الأول للرجعة بالقول، والثاني للرجعة بالفعل.

(١) النحل/١٠٦.

(٢) الأحزاب/٥.

(٣) اخترنا هذا العنوان ليشمل الرجعة بالقول والفعل معاً.

الفرع الأول

الرجعة بالقول

يجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حصول الرجعة بالقول (أي باللفظ) من الزوج المرتجع دون الزوجة، لكنهم يختلفون في الصيغة اللفظية للرجعة بالقول فيما إذا كانت صريحة أو كناية، وإنهم يضعون شروطاً لصيغة الرجعة بالقول، لذا فسنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لأقسام الصيغة اللفظية للرجعة بالقول، والثاني لشروط الصيغة اللفظية للرجعة بالقول.

البند الأول

أقسام الصيغة اللفظية للرجعة بالقول

تنقسم الرجعة بالقول إلى قسمين رئيسيين هما الرجعة بالقول الصريح والرجعة بالقول الكنائي، ولأن مذاهب الفقهاء مختلفة فيهما فسنتناول كل واحد منها بشكل مستقل.

أولاً/الرجعة بالقول الصريح:

القول الصريح

القول الصريح هو الذي لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة ولا يفترق إلى النية^(١)، وهناك ألفاظ اتفق الفقهاء على إنها من صريح الرجعة بالقول وهناك ألفاظ اختلفوا بينهم في صراحتها.

١. ألفاظ الرجعة الصريحة المتفق عليها:

تحصل الرجعة القولية الصريحة بلفظ راجعتك ورجعتك وارتجعتك وبكل ما اشتق منها كانت مراجعة أو مرتجة، ولا يشترط إضافتها إليه بنحو إلي أو إلى نكاحي لكنه

(١) باستثناء الملكية فإنهم يشترطون النية مع القول الصريح، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤١٦.

مندوب، ويشترط إضافتها إليها كراجعت فلانة أو لضميرها كراجعتك أو بالإشارة كراجعت هذه، فمجرد راجعت لغو^(١).

٢. ألفاظ الرجعة الصريحة المختلف فيها:

اختلف الفقهاء في بعض الألفاظ مثل رددتك وأمسكتك هل هي من الصريح أو الكناية.

Ñ فذهب فريق من المالكية والشافعية والجعفرية إلى إنها من ألفاظ الكناية وتحتاج إلى النية، وحجتهم في ذلك إن قوله رددتك يحتمل الرد إلى الزوجية أو إلى بيت أبيها، وأمسكتك يحتمل الإمساك بالزوجية أو الإمساك عن الخروج من بيتها في عدتها^(٢).

Ñ وذهب فريق آخر من المالكية والشافعية^(٣) ومعهم جمهور الحنفية والحنابلة والجعفرية والزيدية إلى إن هذين اللفظين من صريح الرجعة فلا يحتاجان إلى نية، وحجتهم في ذلك إن آيات القرآن الكريم التي وردت فيها أحكام الرجعة دلت عليها بلفظي الرد والإمساك، قال تعالى: ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٤) وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٥) ^(٦).

(١) انظر: شرائع الإسلام، المحقق الحلي/ج ٣/ص ١٩، التاج المذهب/ج ٢/ص ٢٣٣، تحفة المحتاج/ج ٨/ص ١٤٢، بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٣، كشف القناع/ج ٥/ص ٣٤٢، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤١٦.

(٢) انظر: تحفة المحتاج/ج ٨/ص ١٤٨، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤١٦، الروضة البهية/ج ٦ وأستحسنه العاملي.

(٣) عند الشافعية يشترط تقييد الرد إليه أو إلى نكاحه حتى يكون صريحاً، ويستحب ذلك في الإمساك، انظر: تحفة المحتاج/ج ٨/ص ١٤٨.

(٤) البقرة/٢٢٨.

(٥) الطلاق/٢.

(٦) انظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية/العاملي/دار العالم الإسلامي/بيروت/ج ٦، التاج المذهب/ج ٢/ص ٢٣٣، تحفة المحتاج/ج ٨/ص ١٤٨، كذلك بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٣، كذلك كشف القناع/ج ٥/ص ٣٤٢، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤١٦.

والذي نرجحه هو إن لفظي (الرد والإمساك) من ألفاظ الكناية لما ذكر من حجة على ذلك، واستخدام القرآن الكريم لهما في الدلالة على الرجعة لا يدل على إنهما صريحان فيها، إذ يستعمل القرآن الكريم الكثير من المجازات في ألفاظه كما هو معروف.

ثانياً/ الرجعة بالقول الكنائي:

الكناية لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادته معه، أي إرادة ذلك المعنى مع لازمه^(١).

والكناية في الرجعة هي الألفاظ التي تحتل معنى الرجعة ومعنى آخر غيرها وتحتاج إلى نية، كأن يقول: أنت عندي كما كنت، أو أنت امرأتي ونوى به الرجعة، فألفاظ الكناية تحتل الرجعة وغيرها مثل أنت عندي كما كنت، فإنها تحتل كما كنت زوجة، وكما كنت مكروهة. فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية إلى وقوع الرجعة باللفظ الكنائي^(٢)، ومنع ذلك الحنابلة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا تحل بالكناية كالنكاح^(٣).

ومن أشهر كنايات الرجعة لفظ التزويج والنكاح لعدم شهرتهما في الرجعة سواء أتى بأحدهما وحده كتزويجتك أو مع قبول بصورة عقد، كأن يقول قبلت نكاحك أو زواجك قاصداً الرجعة.

والمروى عن أبي حنيفة إن الرجعة بلفظي التزويج والنكاح لا تصح، ووجه هذه الرواية إن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه فكان قوله: نكحتك إثبات الثابت، وإنه محال فلم يكن مشروعاً فكان ملحقاً بالعدم شرعاً فلم يكن رجعة بخلاف

(١) كلفظ طويل النجاد والمراد به لازم معناه أي طول القائمة مع جواز أن يراد حقيقة طول النجاد أيضاً، انظر: المطول/سعد الدين التفتزاني/مطبعة أحمد كامل/١٣٣٠هـ/ص٤٠٧.

(٢) انظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية/دار العالم الإسلامي/بيروت/ج٦، التاج المذهب/ج٢/ص٢٣٣، تحفة المحتاج/ج٨/ص١٤٧، كذلك بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦.

(٣) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢.

قوله راجعتك؛ لأن ذلك ليس بإثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت، وإنه محل للاستيفاء؛ لأنه انعقد سبب زواله، والرجعة فسخ السبب، ومنع له عن العمل فيصبح. لكن ظاهر الرواية في المذهب الحنفي على إنيهما من ألفاظ الكناية في الرجعة ووجهه إن النكاح، وإن كان ثابتاً حقيقة لكن المحل لا يحتمل الإثبات فيجعل مجازاً عن استيفاء الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان وقد قيل في أحد تأويلي قوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(١) أحق بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال، والنكاح المضاف إلى المطلقة طلاقاً رجعيّاً فدل على ثبوت الرجعية بالنكاح^(٢).

الترجيح:

ونتفق مع الجمهور على صحة وقوع الرجعة بالكناية، وإن الرجعة بكناية التزويج والنكاح صحيحة لقوة أدلة ظاهر المذهب عند الحنفية والتي تصلح لأن تكون أدلة لجمهور الفقهاء.

البند الثاني

شروط الصيغة اللفظية للرجعة بالقول

اشتراط الفقهاء للصيغة اللفظية للرجعة بالقول عدة شروط أهمها ما يأتي:

الشرط الأول/أن تكون الرجعة غير معلقة على شرط، فلا تصح المعلقة لأنها استباحة فرج مقصود فأشبهه النكاح، وصورة التعليق على الشرط أن يقول: إن جاء زيد فقد راجعتك، أو إن فعلت كذا فقد راجعتك، وقد أجمع على هذا جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية^(٣)، وخالف الزيدية الجمهور فأجازوا تعليق الرجعة على شرط^(٤).

(١) البقرة/٢٢٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٥، تحفة المحتاج/ج٨/ص١٤٨، المغني/ج٧/ص٤٠٤،

الشرح الكبير/ج٢/ص٤٢٠.

(٤) انظر: التاج المذهب/ج٢/ص٢٣٤.

الشرط الثاني/أن تكون غير مضافة إلى زمن مستقبل، وصورة الإضافة للزمن المستقبل كأن يقول: أنت راجعة غداً أو بعد شهر وهكذا، وقد أجمع على هذا جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو الأظهر عند المالكية^(١).

وخالف الزيدية أيضاً الجمهور فأجازوا الإضافة إلى زمن مستقبل^(٢)، وكذا بعض المالكية فإنهم يبطلونها "... الآن فقط فلا يستمتع بها قبل الغد فإذا جاء الغد صحت وحلت له استئناف رجعة لأنها حق له فله تعليقها ونجيزها..."^(٣).

الشرط الثالث/ وذهب الشافعية إلى اشتراط عدم الإبهام أيضاً وصورته كما لو طلق إحدى زوجتيه ثم قال راجعت المطلقة؛ لأن ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإبهام، وذهب الزيدية إلى صحة الرجعة المبهمة^(٤).

ولعل حجة جمهور الفقهاء المانعين للتعليق والإضافة يمكن أن نجدها في كلام للكاساني الحنفي "... بأن الرجعة استيفاء ملك النكاح، فلما يحتمل التعليق بشرط، والإضافة إلى وقت في المستقبل كما لا يحملها إنشاء الملك؛ ولأن الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده سبباً لزوال الملك، ومنعه عن عمله في ذلك فإذا علقها بشرط أو أضافها إلى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق إلى غاية، واستبقاء الطلاق إلى غاية يكون تأبيداً له إذ هو لا يحتمل التوقيت كما إذا قال لامرأته أنت طالق يوماً أو شهراً أو سنة إنه لا يصح التوقيت، ويتأبد الطلاق، فلما تصبح الرجعة..."^(٥).

الترجيح:

والذي نرجحه هو مذهب جمهور الفقهاء في اشتراط تتجيز الصيغة اللفظية للرجعة بأن تكون غير معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل لقوة أدلة القائلين به

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٥، تحفة المحتاج/ج٨/ص١٤٨، المغني/ج٧/ص٤٠٤، الشرح الكبير/ج٢/ص٤٢٠.

(٢) انظر: التاج المذهب/ج٢/ص٢٣٤.

(٣) انظر: الشرح الكبير/ج٢/ص٤٢٠.

(٤) انظر: تحفة المحتاج/ج٨/ص١٤٩، التاج المذهب/ج٢/ص٢٣٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٥.

والتي تولى الإمام الكاساني التعبير عنها، ونرى اشتراط كونها واضحة غير مبهمة لدفع التوهم لأن الإبهام في معنى التعليق فيقاس عليه.

الفرع الثاني

الرجعة بالفعل

اختلفت أقوال الفقهاء في صحة الرجعة بالفعل ما بين مجوز ومانع، لذا سنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لمؤيدي الرجعة بالفعل، والثاني لمانعيها.

البند الأول

المؤيدون للرجعة بالفعل

يتفق جمهور فقهاء المسلمين من الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية والزيدية على جواز حصول الرجعة بالفعل، ويقصد بالفعل في هذا المقام هو عمل ما سوى اللسان والقلب، فيشمل الجوارح (كبعض الحواس كاللمس والنظر والتقبيل). وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول تحديد طبيعة (ماهية) الفعل الذي تحصل به الرجعة، وقد انحصر خلافهم حول ما يندرج تحت مسمى الفعل الذي تحصل به الرجعة في جزئيات هي:

الوطء (الجماع)، مقدمات الوطء (من لمس وتقبيل ونظر)، افتقار الوطء ومقدماته للشهوة، افتقار الوطء ومقدماته لنية الرجعة، الخلوة الصحيحة، حصول فعل الرجعة من الزوجة، وفي ضوء هذه الجزئيات سنبين خلاف الفقهاء.

١. مذهب الحنفية إن الرجعة تحصل بالوطء ومقدماته كلمس وتقبيل المطلقة والنظر إلى الفرج- خاصة دون سائر الجسد- بشهوة، ولا يفتقر كل ذلك لنية الرجعة، وتحصل الرجعة بفعل المطلقة.

وقولهم هذا مروي عن كثير من التابعين، وهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وطاوس، وعطاء بن أبي رباح، والأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، والشعبي، وسليمان التيمي.

واستدل الحنفية لمذهبهم بجملة من الأدلة.

- قوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(١) أسمى الرجعة رداً، والرد لما يختص بالقول كرد المغصوب، ورد الوديعة، قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى ترده)^(٢).
- وقوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣) وقوله -ﷺ- ﴿فَأَمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤) سمي الرجعة إمساكاً، والإمساك حقيقة يكون بالفعل.
- "... إن الرجعة تعتبر استدامة للنكاح واستمراراً لجميع آثاره، ومن آثار النكاح حل الجماع ومقدماته، لذلك صحت الرجعة بالجماع ومقدماته؛ لأن النكاح مازال موجوداً إلى أن تنقضي العدة، كما إن الأفعال صريحها ودلالاتها تدل على نية الفاعل، فإذا وطئ الزوج مطلقة الرجعية وهي في العدة، أو قبلها بشهوة، أو لامسها بشهوة، اعتبر هذا الفعل رجعة بالدلالة، فكأنه بوطنها قد رضي أن تعود إلى عصمته، وقد قيد الحنفية القبلة والنظر إلى الفرج واللمس بالشهوة، أما إذا حصل لمس أو نظر إلى الفرج، أو تقبيل بغير شهوة، فلا تتحقق الرجعة، والسبب في ذلك إن الأشياء المذكورة، إذا كانت بغير شهوة فإنها تحصل من الزوج وغيره كالمساكنين لها، أو المتحدثين معها، أو الطبيب والقابلة (المولدة) أما وجود الشهوة مع هذه الأفعال فإنها لا تحصل إلا من الزوج فقط، فإذا صحت الرجعة مع هذه الأفعال بغير شهوة احتاج الزوج إلى طلاقها، فتطول عليها العدة وتقع المرأة في حرج شديد..."^(٥).

(١) البقرة/٢٢٨.

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع عن رسول الله برقم (١١٨٧) وأبو داود في كتاب البيوع برقم

(٣٠٩١) وابن ماجه في كتاب الأحكام برقم (٢٣٩١) وغيرهم.

(٣) البقرة/٢٣١.

(٤) البقرة/٢٢٩.

(٥) الموسوعة الفقهية/ج٢٢/ص١١١، بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٤.

الرجعة بفعل المطلق:

وقالوا بأن هذه الأشياء إذا حصلت من المرأة كأن قبلت زوجها، أو نظرت إليه، أو لمست به بشهوة كل ذلك بعلمه أو بدون علمه كأن يكون نائماً أو مجنوناً صحت الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد.

واستدلاً على ذلك بأن حل المعاشرة الزوجية قد ثبت لهما معاً، فتصح الرجعة منها إذا نظرت إليه بشهوة، كما يصح ذلك منه، ومن وجهة أخرى فإن حرمة المصاهرة تثبت من جهتها، كأن عاشرت ابن زوجها أو أباه، كما تثبت حرمة المصاهرة من جهة الزوج أيضاً، لذلك صحت الرجعة من جهتها إذا لمست أو قبلته بشهوة، أو رأت فرجه بشهوة، وأما إتيانها بفعل الرجعة دون علمه فدليله إن ذلك حلال لها فلو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شريعاً ضرورة التحرز عن الحرام؛ ولأن جماعها كجماعة لها في باب التحريم، فكذا في باب الرجعة^(١).

وعند أبي يوسف لا تصح الرجعة من جهتها إذا لمست أو قبلته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة، وحجته في ذلك إن الرجعة حق للزوج على زوجته حتى إنه يراجعها بغير رضاها، وليس لها حق مراجعة زوجها لا بالقول ولا بالفعل، فسواء نظرت إليه بشهوة أو بغيرها لا تثبت لها الرجعة^(٢).

٢. ويرى المالكية صحة الرجعة بالفعل كالوطء ومقدماته بشرط أن ينوي الزوج بهذه الأفعال الرجعة، فإذا قبلها أو لمسها بشهوة، أو نظر إلى موضوع الجماع بشهوة، أو وطئها ولم ينو الرجعة فلا تصح الرجعة بفعل هذه الأشياء، جاء في الخرشي ما نصه: إن الرجعة لا تحصل بفعل مجرد عن نية الرجعة ولو بأقوى الأفعال كوطء وقبلة ولمس، والدخول عليها من الفعل فإذا نوى به الرجعة كفى^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٣.

(٣) انظر: الموسوعة/ج ٢٢/ص ١١١، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤١٧.

٣. وفق الحنابلة^(١) في صحة الرجعة بين الوطء وبين مقدماته، فإن الرجعة عندهم تصح بالوطء ولا تصح بمقدماته وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: صحة الرجعة بالوطء:

تصح الرجعة عندهم بالوطء مطلقاً سواء نوة الزوج الرجعة أو لم ينوها وإن لم يشهد على ذلك، وحجتهم في ذلك: إن فترة العدة تؤدي إلى بينونة المطلق من حيث إن انقضاء العدة يمنع صحة الرجعة، فإذا لم تنقض العدة ووطئها في هذه المدة فقد عادت إليه، ويكون هذا المثل حكم الإيلاء، فإذا آلى الزوج من زوجته ثم وطئها فقد ارتفع حكم الإيلاء، فكذا الحال في الرجعة إذا وطئها في العدة فقد عادت إليه... ثم ذكروا دليلاً آخر يؤكد صحة الرجعة بالوطء وهو "إن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كما ينقطع به التوكيل في طلاقها"، هذا ما استدل به الحنابلة على ما ذهبوا إليه.

ثانياً: مقدمات الوطء:

اختلفت الروايات في المذهب عندهم في صحة الرجعة بمقدمات الوطء، فالرواية المشهورة عن أحمد عدم الصحة الرجعة بالنظر إلى موضع الجماع واللمس والتقبيل بشهوة، وحجة هذه الرواية إن هذه الأشياء المذكورة إذا حدثت لا يترتب عليها عدة ولا يجب بها مهر فلا تصح بها الرجعة، وإن النظر إلى موضع الجماع أو اللمس قد يحدث من غير الزوج للحاجة، فلا تكون رجعة من هذه الجهة. وفي رواية أخرى تصح الرجعة بفعل هذه الأشياء لأنها لا تخلو من استمتاع يجري بين الزوجين، والرواية الأولى: هي المعتمدة في المذهب وقد نص عليها أحمد رحمته الله.

ثالثاً: الخلوة الصحيحة:

واختلفوا في الخلوة الصحيحة هل تصح معها الرجعة؟ على قولين: القول الأول: تصح الرجعة مع الخلوة لأن أحكام النكاح تنقرر بالخلوة الصحيحة بالإضافة إلى إمكان الاستمتاع في الخلوة، القول الثاني: لا تصح الرجعة مع الخلوة لأن الخلوة الصحيحة في حالة الطلاق لا يأتي فيها الاستمتاع فلا تصح معها الرجعة...

(١) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٤، الموسوعة/ج٢٢/ص١١٢-١١٣.

البند الثاني

المانعون للرجعة بالفعل

والرجعة عند الشافعية وابن حزم الظاهري^(١) لا تصح بالفعل مطلقاً، سواء كان يوطء أو مقدماته، وسواء كان الفعل مصحوباً بنية الزوج في الرجعة أو لا، وحجتهم في ذلك إن المرأة في الطلاق الرجعي تعتبر أجنبية عن الزوج فلا يحل له وطؤها، والرجعة في العدة تعتبر إعادة لعقد الزواج، وكما إن عقد الزواج لا يصح إلا بالقول الدال عليه، فكذا الرجعة لا تصح إلا بالقول الدال عليها أيضاً، فلو أن رجلاً وطئ امرأة قبل عقد النكاح فوطؤه حرام، فكذا المطلقة الرجعية لو وطئها الزوج في العدة فوطؤه هذا حرام، وقد نص الشافعي على ذلك في الأم بعد أن بين إن الرجعة حق للأزواج، وإن الرد ثابت لهم دون رضى المرأة قال "... والرد يكون بالكلام دون فعل من جماع وغيره؛ لأنه رد بلا كلام، فلا تثبت رجعة لرجل على امرأته حتى يتكلم بالرجعة، كما لا يكون نكاح ولا طلاق حتى يتكلم بهما، فإذا تكلم بها في العدة تثبت له الرجعة..."^(٢).

ودليل ابن حزم إنه "... لم يأت بأن الجماع رجعة قرآن ولا سنة ولا خلاف في إن الرجعة بالكلام رجعة فلا يكون رجعة إلا بما صح إنه رجعة وقال تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣) والمعروف ما عرف به ما في نفس الممسك الراد ولا يعرف ذلك إلا بالكلام..."^(٤).

الترجيح:

والرأي الذي نرجحه هو إن الرجعة تحصل بالقول وتحصل بفعل ذي شهوة بشرط اقترانه بنية الرجعة.

(١) انظر: المحلى/علي بن أحمد بن حزم الظاهري/ت: لجنة إحياء التراث العربي/دار الأفاق الجديدة/بيروت/ج ١٠/ص ٢٥٢.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية/ج ٢٢/ص ١١٢.

(٣) البقرة/٢٣١.

(٤) انظر: المحلى/ج ١٠/ص ٢٥٢.

ودليل الحصول الرجعة بالقول إن هذا هو الأصل، لأن الرجعة فيها معنى إنشاء عقد النكاح وعقد النكاح لا يكون إلا بالقول وهو محل إجماع الفقهاء، و الرجعة تصرف شرعي يعبر به الزوج المرتجع عن رضاه برجعة زوجته والأصل في التعبير عن الرضا هو الألفاظ.

أما دليل حصول الرجعة بالفعل فهو آيات القرآن الكريم التي ذكرت الإمساك وهو حقيقة في الفعل، وكذلك الرد الذي قد يكون بالقول أو بالفعل، وأما اشتراط الشهوة فذلك لأجل إخراج الأفعال التي قد تصدر من الزوج نحو زوجته رغماً عنه في أثناء التعامل اليومي معها خاصة وهم يسكنون في بيت واحد، وأما اشتراط النية فلأن كل عمل يخلو من النية فهو غير معتبر، لقوله (ﷺ):

(إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)^(١)، فإن قيل بأن الجمهور يذهبون كما سيأتي- إلى عدم جواز الاستمتاع بالرجعية قبل رجعتها فنقول: إن اشتراطنا للنية كما هو مذهب المالكية لأجل دفع هذا الإشكال، فالزوج المراجع إذا رجع زوجته بفعل مسبق بنية فإن النية هي التي تحصل بها الرجعة للحديث المتقدم والنية تسبق بالضرورة الفعل وتتقدم عليه، لذا فإن فعل الاستمتاع بشهوة سيصادف محلاً حلالاً فيزول الحرج.

أما حصول الرجعة من الزوجة فمردود لأن الرجعة حق للزوج على زوجته، فقد الله أسند الله ﷺ رجعة الزوجة إلى بعها بقوله ﴿وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٢)، فالقول بحصول الرجعة بفعل الزوجة يستلزم رد الآية لأن التقدير سيكون وهن (أي الزوجات) أحق بردهن (وهو عائد عليهن أيضاً) وهو عبث لا يليق بالقرآن الكريم تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، ولا يكفي تصحيح أفعال الزوجة من الحرام إلى الحلال دليلاً لتجوز الرجعة بفعلها كما ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن.

أما تفريق الحنابلة بين حصول الرجعة بالوطء وبين مقدماته في عدم حصولها بها فغريب، لأن الغالب الشائع إن الوطء لا يحصل إلا بمقدمات بل هي ضرورية له،

(١) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي برقم (١) واللفظ له، ومسلم في كتاب الإمارة برقم

(٣٥٣٠) وكل أصحاب السنن.

(٢) البقرة/٢٢٨.

فكيف يتصور الوطء دون المقدمات؟ وإن أمكن وقوع ذلك فما هو حكم تلك المقدمات؟ هل هي مقدمات زنا؟ فإن كانت كذلك فكيف يكون الحرام سبباً ومدخلاً للحال؟

أما إن قيل إن حصول الرجعة بالوطء يتبعها ضمناً وقوع المقدمات لأنها ضرورية له كما قلنا، فحينئذ ستكون الرجعة أما بتلك المقدمات لأنها تسبق الوطء، أو أن يكون الوطء هو ما تحصل به الرجعة وتكون المقدمات بلا سند شرعي يبررها!!
والرأي الذي رجحناه وهو إن الرجعة تحصل بفعل ذي شهوة مع نية الرجعة يمكن أن يبرر قول الحنابلة هذا، فمقدمات الوطء عندهم وإن لم تحصل بها الرجعة إلا إنها تصادف محلاً حلالاً، وتمهد الطريق للحظة الرجعة وهي لحظة الوطء.

وإن قيل إن المقدمات التي هي محل خلاف في حصول الرجعة بها أو لا المقصود بها تلك التي لا يستتبعها وطء، وإنما استمتاع بلمس أو تقبيل أو نظر فنقول: إن الاستمتاع حاصل في الحالتين (المقدمات والوطء) والفرق بينهما فرق في الدرجة لا في الوجود، فالتفريق بينهما في ترتب الحكم بعيد، هذا مع التذكير بأن في المذهب قولاً يرى إن الرجعة تحصل بالمقدمات والوطء وهو القمين بالأخذ به وإن لم يكن المعتمد، مع اشتراط النية كما قدمنا.

وأما قولهم بحصول الرجعة بالخلوة الصحيحة- وهو المعتمد- فأغرب، ذلك لأنهم عللوا ذلك بأن أحكام النكاح تتقرر بالخلوة الصحيحة بالإضافة إلى إمكان الاستمتاع في الخلوة، مع منعهم حصول الرجعة بمقدمات الوطء الحاصلة فعلاً، فكيف يقدمون الحاصل بالفعل على الحاصل بالإمكان، وهل إن مجرد اجتماع الزوج والزوجة في مكان خالٍ يمكن أن يحدث فيه الاستمتاع، هل يكون هذا الاختلاء مثبتاً لأحكام النكاح ولا تكون مقدمات الوطء الحاصلة فعلاً في مكان خالٍ- بالطبع- مثبتة للأحكام ذاتها؟ أرى إن القول الثاني عند الحنابلة والذي يرى عدم حصول الرجعة بالخلوة الصحيحة أقرب لمنطق الأدلة العقلية التي قدمنا وأكثر انسجاماً مع نسيج المذهب نفسه في هذه المسألة.

المطلب الثالث

الزوجة المرتجعة

يشترط وجود عدة شروط في المطلقة حتى تجوز رجعتها، سنستعرضها بشيء من الاختصار غير المخل.

الشرط الأول/ أن تكون الرجعة بعد طلاق رجعي سواء صدر من الزوج أو من القاضي؛ لأنها استئناف للحياة الزوجية التي قطعت بالطلاق، فلولا وقوعه لما كان للرجعة فائدة، فإذا طلق الرجل امرأته المطلقة الثالثة فليس له حق مراجعتها، إذ بالمطلقة الثالثة تبين المرأة من زوجها بينونة كبرى ولا يحل له مراجعتها حتى تتزوج آخر، قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(١). والفقهاء جميعاً متفقون على هذا الشرط ولم يخالف فيه أحد منهم^(٢).

الشرط الثاني/ أن تحصل الرجعة بعد الدخول بالزوجة المطلقة، فإن طلقها قبل الدخول وأراد مراجعتها فليس له الحق في ذلك وهذا بالاتفاق لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٣)، وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية، فلا بد عندهم من الدخول لصحة الرجعة^(٤).

وذهب الحنابلة إلى اعتبار الخلوة الصحيحة في حكم الدخول من حيث صحة الرجعة؛ لأن الخلوة ترتب أحكاماً مثل أحكام الدخول^(٥).

الشرط الثالث/ أن تكون المطلقة في العدة، فإن انقضت عدتها فلا يصح ارتجاعها باتفاق الفقهاء^(٦)، لقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٧) ثم

(١) البقرة/٢٢٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣-١٨٥، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦؛ مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٧-٣٣٨، كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢، التاج المذهب/ج٢/ص١٨٠.

(٣) الأحزاب/٤٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣-١٨٥، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦؛ مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٧-٣٣٨.

(٥) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢.

(٦) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣-١٨٥، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦؛ مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٧-٣٣٨، كشف القناع/ج٥/ص٣٤٢، التاج المذهب/ج٢/ص١٨٠.

(٧) البقرة/٢٢٨.

قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(١) أي في القروء الثلاثة؛ ولأن في ارتجاع المطلقة في فترة العدة استدامة واستمراراً لعقد النكاح، فإذا انقضت العدة انقطعت الاستدامة فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة، قال الكاساني: من شروط جواز الرجعة قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة؛ لأن الرجعة استدامة الملك، والملك يزول بعد انقضاء العدة، فلا تتصور الاستدامة، إذ الاستدامة للقائم لصيانته عن الزوال^(٢).

الشرط الرابع/ ألا تكون الفرقة قبل الرجعة ناشئة عن فسخ عقد النكاح لأنها (أي الرجعة) إنما أنيطت في القرآن بالطلاق ولأن الفسخ لدفع الضرر فلا يليق به ثبوت الرجعة^(٣).

الشرط الخامس/ أن تكون المرتجعة محل للحل أي قابلة للحل للمراجع، فلو أسلمت الكافرة واستمر زوجها على الكفر وراجعها في كفره لم يصح، وكذلك بالنسبة للمرتدة فلا تصح رجعتها لأن مقصود الرجعة الحل والردة تنافيه. وكذا لو ارتد الزوج أو ارتدا معاً وضابط ذلك انتقال أحد الزوجين إلى دين يمنع دوام النكاح^(٤).

الشرط السادس/ كونها معينة فلو طلق إحدى زوجتيه وأبهم ثم رجع، أو طلقهما جميعاً ثم رجع إحداهما لم تصح الرجعة إذ ليست الرجعة في احتمال الإبهام كالطلاق لشبهها بالنكاح وهو لا يصح مع الإبهام ولو تعينت ونسيت لم تصح الرجعة أيضاً^(٥).

(١) البقرة/٢٢٨.

(٢) انظر: الموسوعة/ج٢٢/ص١١٨، بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣-١٨٤، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦، مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٧-٣٣٨، كشاف القناع/ج٥/ص٣٤٢، التاج المذهب/ج٢/ص١٨٠.

(٤) انظر: مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٧.

(٥) انظر: مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٨.

الشرط السابع/ أن لا يكون الطلاق بعوض، فإن كان الطلاق بعوض فلا تصح الرجعة؛ لأن الطلاق حينئذ بائن لاقتداء المرأة نفسها من الزوج بما قدمته له من عوض مالي ينهي هذه العلاقة مثل الخلع والطلاق على مال^(١).

الترجيح:

نتفق مع جمهور الفقهاء في ما اشترطوه للزوجة المرتجعة لأن كل هذه الشروط محل اتفاق بينهم باستثناء عدم اشتراط الدخول عند الحنابلة والاكتفاء بالخلوة الصحيحة وقد فصلنا فيه القول سابقاً.

المبحث الثالث

أحكام الرجعة

اختلف الفقهاء في بعض الأحكام المهمة الخاصة بالرجعة، وأهم هذه الأحكام- بنظرنا المتواضع- أربعة: إعلام الزوجة بالرجعة، الإشهاد على الرجعة، ما يباح من الزوجة قبل الزوجة، واختلاف الزوجين في الرجعة، وسنخصص لكل واحدة من هذه المسائل مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

إعلام الزوجة بالرجعة

أجمع الفقهاء على إن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة. ودليلهم على ذلك:

١. قوله تعالى ﴿وَبِعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾^(٢) فهو ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله حقاً مطلقاً للزوج، أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي وأبوها وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لا إنه له ولغيره وهو أحق منه^(٣).

(١) انظر: انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٣-١٨٥، الشرح الكبير/ج٢/ص٤١٦؛ مغني

المحتاج/ج٣/ص٣٣٧-٣٣٨، كشاف القناع/ج٥/ص٣٤٢.

(٢) البقرة/٢٢٨.

(٣) انظر: فتح القدير/ج٤/ص١٥٨.

٢. "إن الرجعية في أحكام الزوجات والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمي الله ﷻ الرجعة إمساكاً وتركها فراقاً وسراحاً فقال ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾^(١) وفي آية أخرى ﴿ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٢) وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله فالرجعة تنزيل شعته وتقطع مضيه إلى البينونة فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح...^(٣)".

أما إعلام الزوجة بالرجعة فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤) والمالكية والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى إنه مستحب، وذهب ابن حزم الظاهري^(٧) والزيدية^(٨) إلى إنه واجب، كما إن كلا الفريقين رتب آثاراً معينة في حال زواج المرأة بآخر غير الذي راجعها ولم يعلمها، وعليه فنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول لاستعراض أدلة موجبي الإعلام ومستحبيه، والثاني للآثار المترتبة على عدم إعلام المطلقة بالرجعة.

الفرع الأول

أدلة موجبي إعلام الزوجة بالرجعة ومستحبيه

سنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لأدلة الموجبين، والثاني لأدلة المستحبيين.

(١) الطلاق/٢.

(٢) البقرة/٢٢٨.

(٣) انظر: المغني/ج٧/ص٤٠٣، السيل الجرار/الشوكاني/ت: محمود إبراهيم زايد/دار الكتب العلمية/بيروت/١٤٠٥هـ/ط١/ج٢/ص٤٠٨، سبل السلام/محمد بن إسماعيل الصنعاني/ت: محمد عبد العزيز الخولي/دار إحياء التراث العربي/بيروت/١٣٧٩هـ/ط٤/ج٣/ص١٨٢، بداية المجتهد/أبو الوليد بن رشد/دار الفكر/بيروت/ج٢/ص٦٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع/دار الكتاب العربي/بيروت/ج٣/ص١٨١.

(٥) انظر: مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٦.

(٦) انظر: كشف القناع/ج٥/ص٣٤٣.

(٧) انظر: المحلى/علي بن أحمد بن حزم الظاهري/ت: لجنة إحياء التراث العربي/دار الآفاق الجديدة/بيروت/ج١٠/ص٢٥٣-٢٥٤.

(٨) انظر: السيل الجرار/الشوكاني/ج٢/ص٤٠٨.

البند الأول

أدلة موجبي إعلام الزوجة بالرجعة

استدل موجبو إعلام الزوجة بالرجعة بعدة أدلة^(١)، فيما يأتي أهمها:

١. قول الله تعالى ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾^(٢)، وعدم الإعلام نوع من الخداع.

٢. وقال تعالى ﴿وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لَتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(٣) وهذا عين المضارة، وقال رسول الله ﷺ (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)^(٤) فمضارته مردودة باطلة.

٣. وأيضاً فإن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً بمعروف، فالرجعة هي الإمساك ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف ولكن بمنكر إذ منعها حقوق الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة فهو إمساك فاسد باطل ما يعلمها فحينئذ يكون معروف.

٤. وقول الله ﷻ ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾^(٥)... إنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن ومن كتّمها الرد أو رد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحاً بلا شك بل أراد الفساد فليس رداً ولا رجعة أصلاً.

البند الثاني

أدلة مستحبي إعلام الزوجة بالرجعة

(١) لخصنا أدلة ابن حزم بتصرف، انظر: المحلى/ج ١٠/ص ٢٥٣-٢٥٤، التاج المذهب/ج ٢/ص ٢٣٥.

(٢) البقرة/٩.

(٣) الطلاق/٦.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الصلح برقم (٢٤٩٩)، ومسلم في كتاب الأفضية برقم (٣٢٤٣) وغيرهما.

(٥) البقرة/٢٢٨.

استدل مستحبو إعلام الزوجة بالرجعة ب "... إن الرجعة حق خالص للمرتجع لكونه تصرفاً في ملكه بالاستيفاء والاستدامة، وتصرف الإنسان في خالص حقه ولا يتوقف على علم الغير^(١)، كالإجازة في الخيار لكنه مندوب إليه ومستحب لأنه إذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز إنها تتزوج بعد انتهاء العدة ظناً منها إن عدتها قد انقضت، فكان ترك الإعلام فيه سبباً إلى عقد حرام فاستحب له أن يعلمها..."^(٢).

الترجيح:

والذي نرجحه هو وجوب إعلام الزوجة بالرجعة لقوة أدلة الموجبين باستنادها على الكتاب والسنة، بينما لم يكن للمستحبين دليل إلا قياس الزوجة على المال وهو قياس مع الفارق، هذا مع بيان إن وجوب إعلام الزوجة بالرجعة لا يرقى لأن يكون شرطاً لصحتها، لأنه أمر خارج عن ماهية الرجعة، ولكن تركه يوقع الزوج في الحرام.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على عدم إعلام المطلقة بالرجعة

الزوج المرتجع أما أن يعلم مرتجعه بالرجعة في العدة أو لا، وعلى الأول فلا إشكال، فإن لم يعلمها وانتهت عدتها فأما أن تتزوج غيره بعد العدة أو لا، وعلى الثاني فلا إشكال أيضاً، فيتلخص لنا إن تحديد محل الإشكال هو حالة ما إذا ارتجع الزوج مطلقته في عدتها رجعة مستوفية لشروطها وأقام البيئة على ذلك ولكنه لم يعلمها بهذه الرجعة، فتزوجت المرأة من رجل غيره بعد انتهاء عدتها لعدم علمها بالرجعة، فما هو الحكم الشرعي المترتب على هذه الحالة؟

تعددت آراء الفقهاء فيها، وفيما يأتي استعراض لهذه الآراء^(٣):

أولاً/ فذهب مالك والأوزاعي والليث إلى إنها للثاني الذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل، وبه قال المدنيون من أصحاب مالك وقالوا: لم يرجع عنه لأنه أثبتته في موطنه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في

(١) انظر: الموسوعة/ج ٢٢/ص ١١٤.

(٢) بدائع الصنائع/دار الكتاب العربي/بيروت/ج ٣/ص ١٨١ بتصرف.

(٣) انظر في هذه الآراء: بداية المجتهد/أبو الوليد بن رشد/ج ٢/ص ٦٤-٦٥، المغني/ج ٧/ص ٤١١، سبل السلام/محمد بن إسماعيل الصنعاني/ج ٣/ص ١٨٢-١٨٣.

الموطأ، ودليلهم ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب إنه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجاً غيره إنه ليس له من أمرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل إن هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط.

ثانياً/ وروى ابن القاسم عن (مالك) إنه رجع عن القول الأول وإنه قال الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني، وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع وهو رواية ثانية عن أحمد بن حنبل لأن كل واحد منهما عقد عليهما وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها.

ثالثاً/ وأما الشافعي وأحمد في رواية عنه رجحها ابن قدامة والثوري والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل وبه قال داود وأبو ثور وهو مروى عن علي (عليه السلام) وهو الأبين، وحجتهم إن العلماء قد أجمعوا على إن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل إنهم قد أجمعوا على إن الأول أحق بها قبل أن تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الأظهر إن شاء الله، فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف.

ويشهد لهذا الرأي قوله (عليه السلام): (أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما)^(١).

رابعاً/ وقد روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إنه قال في هذه المسألة إن الزوج الذي ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها.

الترجيح:

(١) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح عن رسول الله برقم (١٠٨٢) واللفظ له، والنسائي في البيوع برقم (٤٦٠٣)، وأبو داود في كتاب النكاح برقم (١٧٨٨) وغيرهم.

نرى إن الرأي الثالث وهو رأي الجمهور القائل بأن زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل هو الجدير بالأخذ به لأن معه الدليل النقلى الصحيح والدليل العقلى الصحيح، ولأن الرأي الأول مستند إلى قول عمر (رضي الله عنه) ولم أجده في الموطأ، وإلى قو سعيد بن المسيب وهو تابعي ولا حجة في قوله لأن المسألة تحتمل الاجتهاد ولا توقيف فيها، كما إن أصحاب مالك اختلفوا في نسبة هذا المذهب إليه، والرأي الثاني الذي يفرق بين الدخول وعدمه ليس له سند قوي من كتاب أو سنة والحديث يرده، وكذا الرأي الرابع وهو قول لعمر (رضي الله عنه) فهو قول صحابي في أمر مجتهد فيه، وإن كان يثبت الرجعة للأول ضمناً.

المطلب الثاني

الإشهاد على الرجعة

انقسم الفقهاء حول اعتبار الإشهاد على الرجعة شرطاً لصحتها إلى مذهبين^(١): جمهورهم يرى إنها مستحبة وليست بشرط، ومذهب آخر يرى وجوبها ومن ثم تشريطها، وسنخصص لكل مذهب فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

مذهب مستحبي الإشهاد

ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والجعفرية^(٤)، والجديد من مذهب الشافعي^(٥) وإحدى الروايتين عن أحمد^(١) إلى إن الإشهاد على الرجعة مستحب، وهذا القول مروى عن

(٢) في بداية المجتهد ج ٢/ص ٦٣-٦٤: واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط. فذهب مالك إلى إنه مستحب ذهب الشافعي إلى إنه واجب وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك إن ظاهر قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب.

(٣) انظر: فتح القدير/ج ٤/ص ١٦٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤٢٤-٤٢٥.

(٥) انظر: شرائع الإسلام/جعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي)/مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان/ج ٣/ص ١٩.

ابن مسعود، وعمار بن ياسر رضي الله عنهما، فمن راجع امرأته ولم يشهد صحت الرجعة؛ لأن الإشهاد مستحب، وحجتهم في ذلك ما يأتي:

١. الرجعة مثل النكاح من حيث كونها امتداداً له، ومن المتفق عليه إن استدامة النكاح لا تلزمها شهادة، فكذا الرجعة لا تجب فيها الشهادة.

٢. رجعة حق من حقوق الزوج وهي لا تحتاج لقبول المرأة، لذلك لا تشترط الشهادة لصحتها؛ لأن الزوج قد استعمل خالص حقه، والحق إذا لم يحتج إلى قبول أو ولي فلا تكون الشهادة شرطاً في صحته.

٣. ودليل الحنفية "... إطلاق النصوص في الرجعة كقوله تعالى ﴿الطَّلَاقَ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢) وقوله ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣) وقوله تعالى ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾^(٤) وقوله ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾^(٥) وقوله (ﷺ) (مر ابنك فليراجعها)^(٦) وهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل، أما قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٧) فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل إنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٨) ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضاً بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي

(١) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٣٦.

(٢) البقرة/٢٢٩.

(٣) البقرة/٢٣١.

(٤) البقرة/٢٢٨.

(٥) البقرة/٢٣٠.

(٦) تقدم تخريجه بلفظ مقارب.

(٧) الطلاق/٢.

(٨) الطلاق/٢.

والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة النذب به بالنسبة إلى المقارنة فلزم إرادته أيضاً بالنسبة إلى المراجعة فيكون النذب المراد به شاملاً لهما...^(١).

٤. وأما قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢) هذا أمر، والأمر في هذه الآية الآية محمول على النذب لا على الوجوب، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٣) واتفق جمهور الفقهاء على صحة البيع بلا إشهاد، فكذا استحب الإشهاد على الرجعة للأمن من الجحود، وقطع النزاع، وسد باب الخلاف بين الزوجين، ويلاحظ إن تأكيد الحق في البيع في حاجة إلى إشهاد أكثر من الرجعة؛ لأن البيع إنشاء لتصرف شرعي، أما الرجعة فهي استدامة الحياة الزوجية أو إعادتها، فلما صح البيع بلا إشهاد صحت الرجعة بلا إشهاد من باب أولى.

وأضاف المالكية إن الزوجة لو منعت زوجها من وطنها حتى يشهد على الرجعة كان فعلها هذا حسناً وتؤجر عليه، ولا تكون عاصية لزوجها^(٤)...

(١) انظر: فتح القدير/ج ٤/ص ١٦٢.

(٢) الطلاق/٢.

(٣) البقرة/٢٨٢.

(٤) انظر: الموسوعة/ج ٢٢/ص ١١٣-١١٤.

الفرع الثاني

مذهب موجبي الإشهاد

ذهب الشافعي في التقديم من المذهب^(١) واحمد في الرواية الثانية^(٢) وابن حزم^(٣) بأن الإشهاد على الرجعة واجب وإنه شرط لصحة الرجعة، واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

١. قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٤)، "... قال ابن جريج كان عطاء يقول: لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا إرجاع إلا شاهداً عدل كما قال الله ﷻ إلا أن يكون من عذر، ومما يشهد لهذا التفسير بالمأثور ويدعمه ويقويه قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٥) أي هذا الذي أمرناكم به من الإشهاد وإقامة الشهادة إنما يأتى به من يؤمن بالله واليوم الآخر..."^(٦).
٢. الأثر المروي عن عمران بن حصين (رضي الله عنه) فقد سأله رجل عن طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم وقع بها ولم يشهد، فقال: طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة، أشهد على ذلك ولا تعد^(٧).
٣. ولأن الرجعة استباحة بضع محرم فيلزمه الإشهاد قياساً على النكاح.

(١) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٣٦.

(٢) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠٣.

(٣) انظر: المحلى/ج ١٠/ص ٢٥١، ويفهم من كلامه صحة الرجعة بدون إشهاد مع الإثم.

(٤) الطلاق/٢.

(٥) الطلاق/٢.

(٦) انظر: تفسير ابن كثير/ج ٤/ص ٣٨٠.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق/باب الرجل يراجع ولا يشهد برقم (١٨٧٠) واللفظ له، وابن ماجه في باب الرجعة برقم (٢٠١٥) وغيرهما، وصححه الألباني وقال: وهذا إسناد صحيح على شرط مسلم، انظر: إرواء الغليل/ج ٧/ص ١٥٩-١٦٠.

الترجيح:

- الذي نميل إليه ترجيحاً هو قول موجبي الإشهاد على الرجعة وذلك لعدة أسباب هي:
١. إن قياس الرجعة على النكاح عند مستحبي الإشهاد لا يستقيم من حيثية استحباب الإشهاد، ذلك لأن المقيس وهو الرجعة والمقيس عليه وهو النكاح يشتركان في إن كلاً منهما فيه معنى الإنشاء، لذلك يعدى الحكم بوجوب الإشهاد المتفق عليه في النكاح إلى الرجعة.
 ٢. قياس الزوجة المرتجعة على حقوق الزوج بجامع إنهما خالصان له لا يتجه، ذلك لأن حق المرتجع على المرتجعة ليس بخالص، إذ إنه مشوب بالطلاق الذي ينشئ محرمة الاستمتاع عند الجمهور، فكأن الزوج فيما يتعلق بالرجعة من حيث اشتراط الإشهاد ينشئ عقداً جديداً وهنا يشترط الإشهاد بالاتفاق.
 ٣. أما دليل الحنفية المتمسك بإطلاق النصوص الخاصة بالرجعة دون ذكر قيد الإشهاد فمردود بقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، فلفظ (أشهدوا) خاص تقيد به ألفاظ الرجعة المطلقة في الكتاب والسنة، أما منع الحنفية تعميم اللفظ في معناه الحقيقي والمجازي فهو راجع لأصل عندهم وهو إلزام الغير بما لا يلزمه، إذ جاء في شرح المحلي على جمع الجوامع "... ومن ثم أي من هنا وهو الصحة الراجعة المبني عليها الحمل معاً أي من أجل ذلك عم نحو ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾^(٢) الواجب والمندوب حملاً لصيغة أفعل على الحقيقة والمجاز من الوجوب والندب بقرينة كون متعلقهما كالخير شاملاً للواجب والمندوب^(٣)...
 ٤. وأما قياس الرجعة على البيع فبعيد، لأن الرجعة كالبيع في كونهما إنشاءً لتصرف شرعي، وتزيد الرجعة على البيع خطورة في إن فيها مصير إنسان محترم وهو الزوجة، وإنها استئناف استباحة بضع، ولأن الأمن من الجحود وقطع باب النزاع في حصول الرجعة من عدمها وسد باب الخلاف بين الزوجين هو أمر واجب

(١) الطلاق/٢.

(٢) الحج/٧٧.

(٣) انظر: شرح جمع الجوامع/الجلال شمس الدين المحلي/دار إحياء الكتب العربية/القاهرة/

لعموم الآيات والأحاديث الكثيرة الدالة على ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

٥. ولعل الذي يحسم ترجيح قول الموجبين هو الأثر الصحيح المروي عن عمران (رضي الله عنه)، فهو وإن كان موقوفاً عليه في الظاهر إلا إن له حكم المرفوع في حقيقة الأمر، ومتى ما صح الحديث عن رسول الله (ﷺ) فعلى الرأس والعين ولا قول معه أو فوقه، وما أشبهه كله مرفوع على الصحيح الذي قاله الجمهور، والدليل على ذلك:

- إن مطلق ذلك ينصرف بظاهره إلى من وله الأمر وينهي ومن يجب إتباع سنته وهو رسول الله (ﷺ) ^(١).
- إن مقصود الصحابي بيان الشرع لا اللغة ولا العادة، والشرع يتلقى من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ولا يصح أن يريد أمر الكتاب لكون ما في الكتاب مشهوراً يعرفه الناس ولا الإجماع لأن المتكلم بهذا من أهل الإجماع ويستحيل أمره نفسه ولا القياس إذ لا أمر فيه فتعين كون المراد أمر الرسول ﷺ... ^(٢).

شبهة وردها:

قد يستدرك علينا البعض قائلاً: كيف تقولون بوجوب الإشهاد على الرجعة وفي الوقت ذاته تقررون بصحة الرجعة بفعل الزوج ذي الشهوة المسبوق بنية الرجعة؟ أليس في هذا شبهة تناقض؟

والإجابة على ذلك إن الرجعة بالقول تقع ديانة وقضاءً، أما الرجعة بالفعل المخصوص فتقع ديانة لا قضاءً، وبذا تنتقي شبهة التناقض لاختلاف الجهة والله أعلم.

^(١) وهو قول ابن الصلاح.

^(٢) انظر: تدريب الراوي شرح تقريب النواوي/عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي/ت: عبد الوهاب عبد اللطيف/مكتبة الرياض الحديثة/الرياض/ج ١/ص ١٨٨.

المطلب الثالث

ما يباح من الزوجة قبل الرجعة

يجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على إن الرجعية يصح منها الإيلاء والظهار والخلع واللعان ويثبت التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة وكذلك تجب نفقة الرجعية على الزوج المطلق^(١).

ولكنهم اختلفوا في جواز التمتع الجنسي بالرجعية أو أحد مقدماته وذلك قبل حدوث الرجعة وبغير نية الارتجاع على مذهبين: الأول يجيز كل ما كان مباحاً للزوج قبل الطلاق، والثاني يمنعه، وسنتناول كل مذهب في فرع مستقل على التوالي.

الفرع الأول

مذهب المجوزين

ذهب الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى جواز الاستمتاع بالرجعية بالوطء وما دونه، ويستحب لها أن تتزين وتتشف^(٤) لزوجها وتنظف له وتبدي البنان والكحل لأنها في حكم الزوجات كما قبل الطلاق ولعل زوجها يراجعها، ولكن يندب عدم الدخول عليها بلا إعلامها لتأهب وان قصد المراجعة، وتكره الخلوة بها كراهة تنزيهية إن لم يكن من قصده الرجعة للإضرار بها لأنه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعاً لها ثم يطلقها ثانياً فيؤدي إلى تطويل العدة عليها فتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْدُوا﴾^(٥)، وإلا فلا تكره^(٦)، ولها قسم الزوجات عند الحنفية إن كان من

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٠، الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤٢٢، مغني

المحتاج/ج ٣/ص ٣٤٠، المغني ج ٧/ص ٤٠٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٠.

(٣) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠١.

(٤) والتشوف وضع الزينة في الوجه، والتزين أعم من التشوف؛ لأنه يشمل الوجه وغيره.

(٥) البقرة/٢٣١.

(٦) انظر: الدر المختار/علاء الدين الحفصكي/دار الفكر/بيروت/١٣٨٦هـ/ط ٢/ج ٣/ص ٤٠٩.

قصده الرجعة أما إن لم يقصد المراجعة فلا قسم لها لأنه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدي إلى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن يراجعها^(١)، ولا قسم لها عند الحنابلة. ولم يجز جمهور الحنفية السفر بالرجعية لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في المعتدات ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(٢) فنهى الرجال عن الإخراج والنساء عن الخروج. وأجاز الحنابلة^(٣) وزفر من الحنفية للزوج السفر بمطلقة الرجعية والخلوة بها^(٤)، واستدلوا لرأيهم بعد أدلة منها قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٥) وقوله تعالى "وبعولتهن" أي أزواجهن وقوله تعالى "هن" كناية عن المطلقات سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجاً إلا بعد قيام الزوجية فدل إن الزوجية قائمة بعد الطلاق والله ﷻ أحل للرجل وطء زوجته بقوله ﷻ ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾^(٦) وقوله تعالى ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتَى شَنْتُمْ﴾^(٧) وقوله ﷻ ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾^(٨) ونحو ذلك من النصوص والدليل على قيام الملك من كل وجه غنه يصح طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان وهذه أحكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلاً من وجه لكانت الرجعة إنشاء النكاح على الحرة دون رضاها من وجه وهذا لا يجوز...^(٩).

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٠.

(٢) الطلاق/١.

(٣) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠١.

(٤) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠١، بداية المجتهد/ج ٢/ص ٦٤، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تتنح أو خفق نعل.

(٥) البقرة/٢٢٨.

(٦) البقرة/٦.

(٧) البقرة/٢٢٣.

(٨) الروم/٢١.

(٩) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٠.

واستدلوا لجواز التزين والتطيب وغيره من التشوف بأن المطلقة رجعيّاً في حكم الزوجيات والنكاح قائم من وجه وهو كونها في العدة، وقد أجاز للمرأة فعل ذلك لترغيب الزوج في المراجعة، فالتزين وسيلة للرجعة فلعله يراها في زينتها فتروق في عينه ويندم على طلاقها فيراجعها^(١).

الفرع الثاني

مذهب المانعين

ذهب الشافعية^(٢) والمالكية^(٣) ورواية عن احمد^(٤) إلى حرمة الاستمتاع بالرجعية بوطء وغيره لو بلا شهوة وعدم الدخول عليها في حجرتها إلا بإذنها إذا كان لا ينوي الرجعة والسبب في ذلك إنها قد تكون متجردة من الثياب فيقع نظره على موضع الجماع فيكون مراجعاً عند من اعتبر ذلك رجعة، أما إذا كان ينوي المراجعة فلا بأس أن يدخل عليها لأن في نيته مراجعتها فكانت زوجة له، وخصوصاً إن الرجعة لا تحتاج إلى موافقة المرأة^(٥)، وعدم الأكل معها ولو كان معها من يحفظها، ولا ينظر إلى شعرها، ولا السفر بها لأن الزوج مأمور بعدم إخراجها من البيت في العدة لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^(٦)، ولأن العدة تنقضي وهي في السفر معه فتكون مع أجنبي عنها وهذا محرم، ولا يجوز تزين المرأة المطلقة الرجعية لزوجها^(٧).

ودليلهم على ذلك:

(١) انظر: الموسوعة/ج ٢٢/ص ١١٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٤٠.

(٣) انظر: الشرح الكبير/ج ٢/ص ٤٢٢.

(٤) انظر: المغني ج ٧/ص ٤٠٠.

(٥) انظر: الموسوعة/ج ٢٢/ص ١١٥.

(٦) الطلاق/١.

(٧) انظر: بداية المجتهد/ج ٢/ص ٦٤.

- إنها أجنبية عنه والطلاق زال الملك والحل والرجعة هي التي تعيدهما، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق لأنه ضده.
- إن الله تعالى قد سمى الرجعة رداً في كتابه الكريم بقوله **رَدَّ** وبعولتهن أي أزواجهن أحق بردهن في ذلك والرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه.
- وأجابوا عن دليل الحنفية بتسمية الله تعالى المطلق (بعلاً) وإنه جاء مطلقاً بأن ذلك منقوض بالمظاهر من زوجته فإن الله تعالى سماه زوجاً ومع ذلك حرمها عليه قبل الكفارة، وكذا زوج الحائض فهو بالإجماع زوج لها لكن يحرم عليه وطئها حال حيضها^(١).

الترجيح:

من خلال الموازنة بين أدلة الفريقين يترجح لنا عدم جواز الاستمتاع بالرجعية بالوطء أو ما دونه لقوة أدلة هذا الفريق، ولكن لا بأس من التزين والتشوف للزوج من قبل الرجعية على أمل أن يراجعها، ذلك لأن الله **تَعَالَى** أمر بعدم إخراج الرجعية من بيت الزوجية، والمساكنة تقضي في الغالب إلى النظر إلى المطلقة والخلوة بها أو الأكل معها وقد تقع عينه على بعض محاسنها، ومع ذلك أوجبها الله تعالى ولم يمنعها، كما إنه تعالى قد علل ذلك توجيهاً وتفهماً لنا بقوله **﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾**^(٢) وقد تبين المفسرون إن هذا الأمر هو الرغبة في رجعة المطلقة^(٣). أما السفر بها فلا نرجحه لعموم قوله تعالى **﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾**^(٤)، وأما القسم فلا بأس به ليس لأجل إنها زوجة يجوز الاستمتاع بها، بل لأجل أن تمنح فرصة للتزين لزوجها لعله يرجعها على أن لا يخلو بها يوم قسمها من بين زوجاته إلا إذا نوى الرجعة قبل الخلوة بها.

المطلب الرابع

(١) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٤٠.

(٢) الطلاق/١.

(٣) انظر: تفسير البيضاوي/ج ٥/ص ٣٤٩.

(٤) الطلاق/١.

الاختلاف في الرجعة

قد يختلف الزوجان في الرجعة، وهذا الاختلاف أما أن يكون في حصول الرجعة، أو أن يكون في صحة الرجعة، وعليه فسندقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الأول للاختلاف في حصول الرجعة، والثاني للاختلاف في صحة الرجعة.

الفرع الأول

الاختلاف في حصول الرجعة

القاسم المشترك الذي يقوم عليه هذا الفرع هو إن الزوجين متفقان على إن العدة لا تزال باقية لم تنقض، فالزوجان أما أن يتفقا على بقاء العدة وحصول الرجعة فيها وهنا لا إشكال فنثبت الرجعة وتترتب عليها أثرها، أو أن يدعي كلا الزوجين عدم حصولها في العدة وهو احتمال لا تتدرج تحت فائدة، أو أن يدعي الزوج حصولها في العدة وتكذبه الزوجة بعد حصولها في العدة، أو أن تدعي الزوجة حصولها في العدة ويكذبها الزوج بعد حصولها فيها، فهنا أربع شقوقات عقلية متصورة، الأول منها واضح، والثاني لا فائدة فيه، لذا سنخصص بندين للشقين الأخيرين.

البند الأول

إدعاء الزوج حصول الرجعة في العدة وإنكار المرأة حصولها فيها

إذا ادعى الزوج على مطلقة الرجعية إنه راجعها أمس أو قبل شهر صدق إن كانت في العدة؛ لأنه أخبر بما يملك استئنافه فلا يكون متهماً في الإخبار، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم^(١)، والدليل على هذا: إن الزوج المرتجع أخبر عما يملك إنشاءه في الحال لأنه يملك الرجعة في الحال ومن أخبر عن أمر يملك إنشاءه في الحال يصدق فيه إذ لو لم يصدق فيه فله أن ينشئه في الحال فلا يفيد التكذيب فصر كالوكيل قبل العزل إذا قال بعبته أمس...^(٢).

البند الثاني

إدعاء المرأة حصول الرجعة في العدة وإنكار الزوج حصولها فيها

(١) انظر: المغني: ج ٧/ص ٤٠٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٥، مغني المحتاج/ج ٣/٣٤٢ وفيه: ومتى إدعاءها أي الرجعة والعد باقية باتفاقهما وأنكرت صدق بيمينه لقدرته على إنشائها.

هنا يرد نفس الحكم المذكور في البند الأول، ذلك لأن الأصل إن الرجعة من حق الزوج، فإذا أنكرها فهو مع الأصل وهو عدمها، فإن كان تكذيبها له بعدم الحصول فيها مردود لأنه يملك إنشائها في أي وقت فيها، فمن باب أولى أن يصدق بعدم حصولها منه في وقت العدة.

الفرع الثاني

الاختلاف في صحة الرجعة

بيننا في المطلب الثالث من المبحث الثاني والخاص بشروط الزوجة المرتجعة إن من ضمن الشروط التي انعقد عليها إجماع الفقهاء هو أن تحصل الرجعة في العدة لتصح الرجعة، فإن وقعت الرجعة بعد انقضاء العدة فإنها تكون باطلة غير منتجة لآثارها.

وعليه فالشقوق المتصورة هنا هي:

١. أن يتفق الطرفان على بقاء العدة، وهذا لا إشكال فيه.
 ٢. أن يتفق الطرفان على انقضاء العدة ويدعي الزوج حصول الرجعة فيها.
 ٣. أن تدعي الزوجة بقاء العدة وينكر الزوج ذلك.
 ٤. أن يدعي الزوج بقاء العدة وتكرر الزوجة ذلك.
- وبما إن الشق الأول واضح لا لإشكال فيه، فإننا سنقسم هذا الفرع إلى أربعة بنود نخصص لكل شق من الشقوق الثلاث الأخيرة بنداً مستقلاً على التوالي، أما البند الرابع فنخصصه لمسألة التسابق في حصول الرجعة في زمن يحتمل بقاء العدة أو انقضائها.

البند الأول

اتفاق الطرفين على انقضاء العدة وإدعاء الزوج حصول الرجعة فيها

الحكم هنا مختلف بين المذاهب:

أولاً/ مذهب الحنفية:

القول قول الزوجة في هذه الحالة، ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد تستحلف، فإن أقام الزوج بينه قبلت بينه وتثبت الرجعة لأن الشهادة قامت على الرجعة في العدة فتسمع.

ودليلهم على ذلك القياس والاستصحاب، فأما القياس فلأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال لأنه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة فصار كالوكيل بعد العزل إذا قال قد بعت وكذبه الموكل، وأما الاستصحاب فلأنه إدعاءها في زمن لا يملكها والأصل عدم الرجعة وحصول البينة بيقين...^(١).

ثانياً/ مذهب الشافعية:

إذا أدعى الزوج الرجعة في العدة ولم تنكح غيره فأنكرت، وهما متفقان على وقت الانقضاء لعدتها كيوم الجمعة وقال هو راجعت يوم الخميس فقالت هي بل السبت راجعتني فيه صدقت على الصحيح بيمنها إنها لا تعلمه راجع يوم الخميس لأن الأصل عدم الرجعة إلى يوم السبت^(٢).

الترجيح:

نميل إلى ترجيح مذهب صاحبي أبي حنيفة والشافعي لقوة أدلته.

البند الثاني

إدعاء الزوجة بقاء العدة وإنكار الزوج ذلك

في هذه الحالة تصدق الزوجة بيمينها لأنها غلظت على نفسها بتطويل أمد العدة، وهذا بالنسبة لتطويل العدة خاصة وأما النفقة في المدة الزائدة على ما يقوله الزوج فلا تستحقها^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٤٠-٣٤١.

(٣) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠٧، مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٣٨.

البند الثالث

إدعاء الزوج بقاء العدة وإنكار الزوجة ذلك

إذا ادعى الزوج بقاء العدة وحصول الرجعة فيها، وادعت انقضاء العدة قبل الرجعة في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها، والدليل على ذلك قول الله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾^(١)، وقد قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلولا إن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه، وهناك تفصيل للأحكام بحسب نوع العدة^(٢).

أولاً/انقضاء العدة بالأشهر:

إذا ادعت المعتدة العاقلة^(٣) - الآيسة - انقضاء عدتها أنكر زوجها ذلك صدق بيمينه لرجوع ذلك إلى الاختلاف في وقت طلاقه والقول قوله فيه فكذا في وقته لأن القاعدة أن من قبل قوله في شيء قبل قوله في صفته وهو حصول الرجعة^(٤).

ثانياً/انقضاء العدة بوضع الحمل:

إذا أدعت ذات الحيض^(٥) وضع حملها لمدة إمكان فالأصح تصديقها بيمين منها في وضع الحمل المذكور، ودعوى وضع الحمل لا تخلو أما إن تدعي ووضع الحمل التام أو إنها أسقطته قبل كماله:

١. فإن أدعت وضعه تماماً فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطاء بعد العقد لأنه لا يكمل في أقل من ذلك، ودليله ما استنبطه أمير المؤمنين

(١) البقرة/٢٢٨.

(٢) انظر تفصيل هذه الأحكام في: المغني/ج٧/ص٤٠٦-٤٠٨، مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٨-٣٤٠، بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٥-١٨٦.

(٣) أما قول الصغيرة والمجنونة فلا يقع الاختلاف فيه لأنه لا حكم لقولهما.

(٤) انظر: مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٨، المغني/ج٧/ص٤٠٧.

(٥) قد احترز به عن التي لا تحيض لأن من لا تحيض لا تحبل لكن المعتمد إمكان الحبل فيها فيحمل كلامه هنا على الغالب.

علي ﷺ من قوله تعالى ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٢).

٢. وان أدعت إنها أسقطته فإما أن يكون على صورة الآدمي فأقل إمكانه مائة وعشرين يوماً ولحظتان من وقت إمكان اجتماع الزوجين بعد العقد، أو إنها أدعت إلقاء مضغة بلا صورة وشهد القوابل بأنها أصل آدمي فأقل إمكانه ثمانون يوماً ولحظتان من وقت إمكان الاجتماع بعد عقد النكاح لأن أقل سقط بلا صورة تتقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تتقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال، ودليل هذين القسمين خبر الصحيحين (إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات يكتب رزقه وأجله وشقي أو سعيد)^{(٣)(٤)}.

(١) الأحقاف/١٥.

(٢) لقمان/١٤.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق برقم (٢٩٦٩) ومواضع أخرى، ومسلم في كتاب القدر برقم (٤٧٨١) وغيرهما.

(٤) انظر: المغني/ج٧/ص٤٠٦-٤٠٧، مغني المحتاج/ج٣/ص٣٣٨، واستشكل هذا الحديث بخبر انفرد به مسلم وهو إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها الحديث وأجيب بأجوبة منها إن الخبر الأول أصح ومنها إن هذا من الترتيب الإخباري، وهو أن يخبر بالمتوسط أو المؤخر أولى فلا يشترط فيه الترتيب فكأنه قال أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا ومنها أن يحمل التصوير في الثاني التام وفي الأول على التام ومنها أن يحمل الثاني على التصوير بعد المدة المعتادة من الأول ولا يمنع منه فاء فصورها إذ التقدير فمضت مدة فصورها كما في قوله تعالى ﴿ فَجَعَلَهُ غُثَاءً أَحْوَى ﴾.

ثالثاً/انقضاء العدة بالإقراء^(١):

تختلف المذاهب في مدة إمكان انقضاء العدة بالإقراء تبعاً للاختلاف في أقل الطهر بين الحيضتين والاختلاف في لفظ القروء أ هي الحيض أو الإطهار:

١. مذهب الحنابلة^(٢):

فإن القروء عندهم هو الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ما تنقضي به العدة تسعة عشرون يوماً ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعت لم تصح.

وإن أدعت انقضاء عدتها في أقل من شهر فذهب أحمد إلى عدم قبول قولها إلا ببينة لأن شريحاً قال إذا أدعت إنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقة وعدله إنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلّي فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة وقال له أمير المؤمنين علي بن أبي طالب قالون ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت، فإن أدعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث (إن المرأة اثتمنت

(١) هذا بالنسبة للمعتادة، أما المبتدأة فأقل الإمكان فيها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة للطعن فإن الطهر الذي طلقت فيه ليس بقرء لأنه ليس بمحتوش بدمين ولا تعتبر لحظة أخرى لاحتمال طلاقها في آخر جزء من ذلك الطهر، أما إن طلقت في حيض وهي معتادة أو مبتدأة فأقل إمكان انقضاء أقرائها سبعة وأربعون يوماً ولحظة وذلك كأن يعلق طلاقها بآخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تطعن في الحيض وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ولا يحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً، انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٣٩.

(٢) انظر: كشف القناع/ج ٥/ص ٣٤٦-٣٤٧.

على فرجها^(١) ولأن حيضها في الشهر الثالث حيض ينذر جداً فرجح ببينة ولا ينذر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها بغير نية.

٢. مذهب الشافعية:

يفرق الشافعية بين التي تطلق في طهر والتي تطلق في حيض، وبين المعتادة والمبتدأة:

- فأما التي طلقت في طهر وهي معتادة فأقل الإمكان لانقضاء أقرائها اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان وذلك بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر وهي قرء ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً وذلك قرءان ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر وذلك قرء ثالث ثم تطعن في الحيضة وهذه الحيضة ليست من العدة بل لاستيقان انقضائها.

- وأما التي طلقت في طهر وهي مبتدأة فأقل الإمكان فيها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة للطعن فإن الطهر الذي طلقت فيه ليس بقرء، لأن القرء (وهو الطهر) الذي تترتب عليه الأحكام في مذهبهم يجب أن يكون مسبقاً بحيض ومثلوا بحيض أيضاً، ولا تعتبر لحظة أخرى لاحتمال طلاقها في آخر جزء من ذلك الطهر.

- وأما التي طلقت في حيض سواء أكانت معتادة أو مبتدأة فأقل إمكان انقضاء أقرائها سبعة وأربعون يوماً ولحظة وذلك كأن يعلق طلاقها بآخر جزء من حيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ثم تطعن في الحيض وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ولا يحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک، والبيهقي في السنن الكبرى، وسعيد بن منصور في سننه، الكتب العلمية/ بيروت/ ١٩٩٠/ ط١/ ج٢/ ص٤٥٨، السنن الكبرى/ أبو بكر البيهقي/ ت: محمد عبد القادر عطا/ مكتبة دار ابن باز/ مكة المكرمة/ ١٩٩٤/ ج١/ ص٣٤١، كتاب السنن/ سعيد بن منصور الخراساني/ ت: حبيب الرحمن الأعظمي/ الدار السلفية/ الهند/ ١٩٨٢/ ط١/ ج١/ ص٣٥٢.

• أما إذا لم تذكر هل كان طلاقها في حيض أو طهر فقل تأخذ بالأقل وهو إنه طلقها في الطهر، والصواب إنها تأخذ بالأكثر لأنها لا تخرج من عدتها إلا بيقين وهذا هو الاحتياط.

٣. مذهب الحنفية:

وأقل مدة تنقضي بها العدة بالحيضات وهي الإقراء عند الحنفية ستون يوماً عند أبي حنيفة، لأن كل حيضة عشرة أيام في الأكثر، والحيضات ثلاث، فهي ثلاثون يوماً، يتخللها طهران وهما ثلاثون يوماً أيضاً، لأن أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوماً، فيكون مجموع ذلك ستين يوماً، وهذا هو الغالب بين النساء، وقال أصحابه لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوماً.

٤. مذهب المالكية:

وأقل مدة عند المالكية تنقضي بها العدة بالإقراء أي الإطهار عندهم شهر: ثلاثون يوماً، بأن يطلقها زوجها في أول ليلة من الشهر، وهي طاهرة ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر لأن أقل الحيض عندهم يوم، أو بعض يوم بشرط أن يقول النساء إنه حيض، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، ثم تحيض في ليلة السادس عشر، وينقطع قبل الفجر أيضاً، ثم تحيض عقيب غروب آخر يوم من الشهر، فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار: الطهر الذي طلقها فيه، ثم الطهر الثاني في النصف الأول من الشهر، ثم الثالث في النصف الثاني من الشهر، فيحدث تمام الشهر ثلاثون يوماً.

ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض.

ومتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا الذي ذكر لم يقبل قولها عند أحد لأنه لا يحتمل صدقها.

الترجيح:

لا نود الدخول في تفصيل أدلة القائلين بأن القرء الحيض أو الطهر ومناقشتها لأنه خارج عن موضوعنا قليلاً، وإن كنا أميل للأخذ بمذهب الشافعي لتفصيله المسألة بشكل دقيق.

البند الرابع

التسابق في حصول الرجعة في زمن يحتمل بقاء العدة أو انقضائها

القاعدة العامة في هذه المسألة هي إن الأصح ترجيح سبق الدعوى لاستقرار الحكم بقول السابق، والمتصور أما أن تسبق الزوجة بإدعاء انقضاء العدة أو يسبق الزوج بإدعاء الرجعة أو أن يكون الإدعاء في نفس الوقت.

أولاً/ أن تسبق الزوجة بإدعاء انقضاء العدة:

إذا سبقت المرتجة فقالت انقضت عدتي فقال الزوج مجيباً لها موصولاً بكلامها راجعتك، فلا خلاف في إنها تصدق بيمينها، وذلك لأنهما اختلفا في الرجعة والأصل عدمها واعتضد دعواها بالأصل فتقبل، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.

ثانياً: أن يسبق الزوج بإدعاء الرجعة:

أما إذا سبق الزوج وأدعى رجعتها قبل انقضاء عدتها فقالت بل راجعتني بعد انقضاء العدة فهنا يفرق بين ما إذا كانت إجابتها فوراً أو على التراخي:

١. فإن أجابته فوراً فالقول قولها عند أبي حنيفة مع يمينها^(١) وهو المفهوم من مذهب الشافعية^(٢)، ودليل أبي حنيفة على ذلك إن المرأة أمانة في إخبارها عن انقضاء العدة فإن الشرع أئتمنها في هذا الباب قال الله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٣) قيل في التفسير إنه الحيض والحبل، فنهاهن ﷺ عن الكتمان والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار إذ النهي عن الشيء أمر بضده والأمر بالإظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الإظهار فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة ومن ضرورة قبول الإخبار

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج٣/ص١٨٥-١٨٦.

(٢) انظر: مغني المحتاج/ج٣/ص٣٤١.

(٣) البقرة/٢٢٨.

بانقضاء العدة حلها للأزواج، ثم إن كانت عدتها انقضت قبل قول الزوج راجعتك فقول راجعتك يقع بعد انقضاء عدتها فلا يصح وإن كانت انقضت حال قوله راجعتك فيقع حال قوله راجعتك فيقع حال انقضاء حال انقضاء العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة فلا تصح، فإن قيل يحتمل إنها انقضت حال إخبارها عن الانقضاء وإخبارها متأخر عن قوله راجعتك فكان انقضاء العدة متأخراً عنه ضرورة فتصح الرجعة فالجواب إذا احتتمل ما قلنا واحتتمل ما قلتم وقع الشك في صحة الرجعة والأصل إن ما لم يكن ثابتاً إذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك والاحتمال خصوصاً فيما يحتاط فيه ولا سيما إذا كان جهة الفساد أكد وهنا جهة الفساد أكد لأنها تصح من وجه وتفسد من وجهتين فالأولى أن لا يصح والله عَلَّمَ الموفق.

• وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج^(١)، ودليلهما إن قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر فكان القول قول المرأة انقضت عدتي إخباراً عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلانها بالرجعة فلا يسمع كما لو سكنت ساعة ثم قالت انقضت عدتي، ولأن قولها انقضت عدتي إن كان إخباراً أسندت الخبر عن الانقضاء إليه نصاً بأن قالت كانت عدتي قد انقضت قبل رجعتك لأنها متهمة في التأخير في الإخبار وإن كان ذلك إخباراً عن انقضاء العدة في زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر فلا يقبل قولها.

٢. وأما إن إجابته على (على التراخي)^(٢) صدق الزوج بيمينه إنه راجعها قبل انقضائها، لاتفاقهما على الرجعة واختلافهما في الانقضاء واعتضد دعواه بالاتفاق والأصل عدم الانقضاء، وهو مذهب الحنفية والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع/ج ٣/ص ١٨٥-١٨٦.

(٢) وهذا القيد يفهم من كلام الرافعي في الشرح الكبير عن جمع، وكذا نقله البليقيني.

(٣) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٤١.

(٤) انظر: المغني/ج ٧/ص ٤٠٨.

الترجيح:

والذي نرجحه إنها لو أجابته فوراً بانقضاء عدتها فالقول قول الزوجة وتصدق بيمينها، لأن دليل هذا الرأي أقوى.

ثالثاً/أن يكون الإدعاء في نفس الوقت:

فإن أدعياء معاً كأن قال راجعتك فقالت في زمن هذا القول انقضت عدتي صدقت بيمينها، لأن الانقضاء غالباً لا يعلم إلا منها^(١).

خاتمة البحث

لقد خرجت من هذا البحث بجملة من النتائج ارتأيت إن أصوغها في قواعد قانونية لزيادة الفائدة إن شاء الله تعالى كما يأتي:

المادة ١: الرجعة هي استئناف الحياة الزوجية ضمن العدة بغير عقد بعد انقطاعها.

المادة ٢: الرجعة حق شخصي للزوج، لا يقبل التوريث ولا الإسقاط.

المادة ٣: الأصل في الرجعة الإباحة، وتجب في كل طلاق يستوجب التصحيح، وتحرم إذا كانت بنية الإضرار بالزوجة.

المادة ٤: كل من يصح إنشائه لعقد النكاح فتصح رجعته، فيشترط في المرتجع الإسلام، العقل، البلوغ، والاختيار، وتقع رجعة الهازل، والسكران المتعدي بسكره والسفيه والمفلس والمريض مرض الموت والمحرم.

المادة ٥: والأصل في الرجعة إنها تحصل ديانة وقضاءً بكل لفظ صريح في الرجعة كراجعتك وما أشتق منه مضافاً إليها، وباللفظ الكنائي كرددتك إلي وتزوجتك.

المادة ٦: ولا تقع الرجعة القولية إذا كانت معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل.

المادة ٧: وتحصل الرجعة ديانة لا قضاءً بكل فعل ذي شهوة صادر من الزوج مقترن بنية الرجعة.

المادة ٨: ويشترط في المرتجعة أن تكون معينة، على دين المرتجع، مدخولاً بها، طلقت لغير ثلاث، لم تنقضي عدتها، غير مخالعة، أو مفسوخة العقد.

(١) انظر: مغني المحتاج/ج ٣/ص ٣٤١.

- المادة ٩: ويشترط لصحة الرجعة بما يلي:
- أ. إعلام المرتجعة بالرجعة، فإن راجعها ولم يعلمها وتزوجت غيره فهي للأول الذي راجعها دخل بها الثاني أم لم يدخل.
- ب. حضور شاهدي عدل في الرجعة بالقول.
- المادة ١٠: لا يجوز الاستمتاع بالمطلقة رجعيًا بوطء أو ما دونه، ولا السفر بها أو الخلوة معها بدون نية الرجعة.
- المادة ١١: إذا ادعى الزوج حصول الرجعة في العدة وأنكرت المرأة حصولها فيها فالقول قول الزوج.
- المادة ١٢: إذا ادعت المرأة حصول الرجعة في العدة وأنكر الزوج حصولها فيها فالقول قول الزوج أيضاً.
- المادة ١٣: إذا اتفق الطرفان على انقضاء العدة وأدعى الزوج حصول الرجعة فيها فتصدق المرأة بيمينها.
- المادة ١٤: إذا ادعت المرأة بقاء العدة وأنكر الزوج ذلك فتصدق المرأة بيمينها.
- المادة ١٥: إذا ادعى الزوج بقاء العدة وأنكرت المرأة ذلك فالحكم يختلف حسب نوع العدة.
- أ. فإن كانت عدتها بالأشهر صدق الزوج بيمينه.
- ب. وان كانت بوضع حمل تام الخلقة فيقبل قولها في أكثر من ستة أشهر من حيث إمكان الوطء بعد العقد، أما إن كانت بوضع سقط له صورة الآدمي فلا تصدق في أقل من مئة وعشرين يوماً ولحظتين من حين إمكان الوطء بعد العقد، أو وضعته سقطاً على غير صورة الآدمي فلا تصدق في أقل من ثمانين يوماً ولحظتين من حين إمكان الوطء بعد العقد.
- ت. وان كانت عدتها بالإقراء وطلقت في طهر وهي معتادة فلا تصدق في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتان، وان طلقت في طهر وهي مبتدأة فلا تصدق في أقل من ثمانية وأربعين يوماً ولحظة، وان طلقت في حيض سواء أكانت معتادة أو مبتدأة فلا تصدق في أقل من سبعة وأربعين يوماً ولحظة.

المادة ١٦: ترجح دعوى السابق من الزوجين بانقضاء العدة أو عدمها، فإذا سبقت الزوجة وادعت انقضاء عدتها فلا خلاف في إنها تصدق بيمينها، أما إذا سبق الزوج وأدعى رجعتها قبل انقضاء عدتها فالقول قولها بيمينها إذا أجابته على الفور، فإن ادعى معاً بفم واحد في وقت واحد فالقول قولها بيمينها.

مراجع البحث

أولاً/القرآن الكريم:

أبو بكر الجصاص/أحكام القرآن/دار الفكر.

إسماعيل بن عمر بن كثير/تفسير القرآن العظيم/دار الفكر/بيروت/١٤١٠هـ.

البياضوي/أنوار التنزيل/ت: عبد القادر عرفات/بيروت/١٩٩٦.

ثانياً/الحديث النبوي الشريف وعلومه:

ابن ماجه/السنن/ دار إحياء الكتب العربية/١٩٨٧م.

أبو بكر البيهقي/ السنن الكبرى/ت: محمد عبد القادر عطا/مكتبة دار ابن باز/مكة المكرمة/١٩٩٤.

أبو داود/السنن/المكتبة العصرية/بيروت.

احمد بن حنبل/المسند/دار المعارف/مصر/١٩٤٩م.

البخاري/الجامع الصحيح/دار القلم/بيروت/١٩٨٧م.

الترمذي/السنن/دار الكتب العلمية.

الحاكم النيسابوري/المستدرک عل الصحيحين/ت: مصطفى عبد القادر عطا/دار الكتب العلمية/بيروت/١٩٩٠/ط١.

الدارمي/السنن.

سعيد بن منصور الخراساني/كتاب السنن/ت: حبيب الرحمن الأعظمي/الدار السلفية/الهند/١٩٨٢.

عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي/ تدريب الراوي شرح تقريب النواوي/ت: عبد الوهاب عبد اللطيف/مكتبة الرياض الحديثة/الرياض.

محمد بن إسماعيل الصنعاني/سبل السلام شرح بلوغ المرام/ت: محمد عبد العزيز الخولي/دار إحياء التراث العربي/بيروت/١٣٧٩هـ/ط٤.

محمد ناصر الدين الألباني/إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل/المكتب الإسلامي/بيروت/١٤٠٥هـ/ط٢.

مسلم/الصحيح/دار إحياء التراث العربي/١٩٥٤م.

النسائي/السنن/دار إحياء التراث العربي.

ثالثاً: الفقه:

ابن حجر الهيتمي/تحفة المحتاج/دار إحياء التراث العربي.

ابن قدامة المقدسي/المغني/دار الفكر/بيروت/١٤٠٥هـ/ط١.

أبو الوليد بن رشد/بداية المجتهد/دار الفكر/بيروت.

أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني/التاج المذهب لأحكام المذهب/مكتبة اليمن.

البكري الدمياطي/إعانة الطالبين/السيد/دار الفكر/بيروت.

جعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي)/شرائع الإسلام/مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان/إيران.

الحر العاملي/الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية/دار العالم الإسلامي/بيروت.

سيدي أحمد الدردير/الشرح الكبير لمختصر خليل/ت: محمد عlish/دار الفكر/بيروت.

عثمان بن علي الزيلعي/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق/دار الكتاب الإسلامي.

علاء الدين الحصفكي/الدر المختار/دار الفكر/بيروت/١٣٨٦هـ/ط٢.

علاء الدين الكاساني/بدائع الصنائع/دار الكتاب العربي/بيروت.

علي بن أحمد بن حزم الظاهري/المطلى/ت: لجنة دار إحياء التراث العربي/دار الآفاق الجديدة/بيروت.

محمد الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/دار الفكر/بيروت.

محمد أمين ابن عابدين/رد المحتار على الدر المختار/دار الفكر/بيروت/١٣٨٦هـ/ط٢.

محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام/فتح القدير/دار الفكر/بيروت/ط٢.

محمد بن علي الشوكاني/ السيل الجرار/ ت: محمود إبراهيم زايد/ دار الكتب العلمية/ بيروت/ ١٤٠٥هـ/ ط١.

محمد سلام مدكور/ المدخل للفقہ الإسلامي/ دار النهضة العربية/ القاهرة/ ط٢/ ١٩٦٣.

محمد عرفة الدسوقي حاشية على الشرح الكبير لمختصر خليل/ دار إحياء الكتب العربية.

منصور بن يونس البهوتي/ كشف القناع/ ت: هلال مصيلحي مصطفى هلال/ دار الفكر/ بيروت/ ١٤٠٢هـ.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية/ الموسوعة الفقهية/ ج٦، ج٢٢. رابعاً/ أصول الفقه:

الجلال شمس الدين المحلي/ شرح جمع الجوامع/ دار إحياء الكتب العربية/ القاهرة. مصطفى الزلمي/ أصول الفقه في نسيجه الجديد/ شركة الخنساء/ بغداد/ ط٩.

خامساً/ المعاجم وكتب اللغة:

الرازي/ مختار الصحاح/ ت: محمود خاطر/ مكتبة لبنان/ بيروت/ ١٩٩٥/ ص٩٩. سعد الدين التفتزاني/ المطول مطبعة أحمد كامل/ ١٣٣٠هـ/ ص٤٠٧. الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ج١/ ص٩٣٠، الفيومي/ المصباح المنير/ المكتبة العلمية/ مادة (ر ج ع).

سادساً/ المنطق:

محمد المبارك عبد الله/ المنطق في شكله العربي/ مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح/ مصر.

محمد عبد الرؤوف المناوي/ التوقيف على مهمات التعاريف/ ت: د. محمد رضوان الداية/ دار الفكر المعاصر/ بيروت، ١٤١٠هـ/ ط١.

نظرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في ضوء نظام روما الأساسي

بحث مشترك

إعداد

المدرس المساعد		المدرس المساعد
----------------	--	----------------

هناة إسماعيل إبراهيم		تغريد محمد قدوري
ماجستير قانون جنائي		ماجستير قانون عام

نظرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في ضوء نظام روما الأساسي

المدرس المساعد		المدرس المساعد
هناة إسماعيل إبراهيم		تغريد محمد قدوري
ماجستير قانون جنائي		ماجستير قانون عام

الملخص:

في ١٧ تموز ١٩٩٨، اختتمت أعمال المؤتمر الدبلوماسي المعني بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وبالموافقة على تبني نظامها الأساسي. ووفقاً للنظام الأساسي دخلت اتفاقية إنشاء المحكمة حيز التنفيذ في الأول من تموز ٢٠٠٢ بعد مرور ٦٠ يوماً من إيداع الدول الستين وثائق تصديقها على النظام الأساسي لدى هيئة الأمم المتحدة.

ويعد النظام القانوني والقضائي للمحكمة من المواضيع الأساسية كون إن هذه المحكمة تميزت عما سبقته من محاكم بكونها ذات صفة دائمية تشكلت عن طريق اتفاقية دولية حيث كرس العديد من تطورات القانون الجنائي الدولي. وأقرت قواعد جديدة لم تترسخ بعد في القانون المذكور ومنها مبدأ التكامل لدى المحكمة الجنائية الدولية والنظم القانونية الوطنية واختصاص المحكمة الجنائية من حيث الزمن والأشخاص ومن حيث المواضيع.

On GULY. FOLLOWING AFIVE-WEEK CONFERENEE OF
PLENIPOTENTIARIES ON THE ESTABLSHMENT OF AN
INTENTRANTIONAL CREIMINAL COURT ADOPTED

THE ROME TREATY, CREATY, CREATNG THE
INTERNTIONAL CRIMINAL COURT.

THE PURPOSE OF THAT TREATY WAS TO ESTABLISH A
COURT CONCERINE INTERNATIONAL COMMUNITY AS
AWHOLE THE RESEARC� DEMANSLED TO EXPLAIN
THE HISTORIC ORIDION OF THE ESTABLSSHMENT OF
THE COURT AND THE LAWFUL SYSREM OF THE IT.

المقدمة

القضاء الجنائي الدولي حلم قديم حيث كانت المرة الأولى التي أعلنت فيها فكرة
الولاية الجنائية الدولية بعد الحرب العالمية الثانية بإنشاء محكمتين دوليتين إحداهما
محكمة نورمبرج لمحاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب من دول المحور، والثانية محكمة
طوكيو لمحاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب من اليابانيين واتصفت هاتان المحكمتان
بالصفة المؤقتة حيث وجدتا للقيام بمهمة معينة وهي محاكمة كبار مجرمي الحرب
في الدول المهزومة في الحرب العالمية الثانية.

وأعقب الأحداث التي رافقت اختفاء يوغسلافيا إقامة محكمة جنائية دولية خاصة لهذا
البلد بموجب قراري مجلس الأمن رقم ٨٠٨ و ٨٢٧ اللذان اعتمدهما في ٢٢ شباط
و ٢٧ أيار ١٩٩٣ لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون
الدولي الإنساني التي ارتكبت في إقليم يوغسلافيا السابقة ابتداءً من العالم ١٩٩١م،
كما وشهدت النور محكمة ثانية لمحاكمة انتهاكات القانون الدولي الإنساني التي
ارتكبت في راوندا وقد أنشأت هذه المحكمة بموجب قرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥
الصادر في ٨ تشرين الثاني/ ١٩٩٤، وإزاء استمرار الانتهاكات الخطيرة للقانون
الدولي الإنساني وسعي الدول الدائمة إلى ابتداع صيغ جديدة لحماية ضحايا
الحروب والنزاعات المسلحة والتطور الهائل الذي حدث في مجال تقنين مبادئ
القانون الدولي الإنساني خاصة بعد اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين الملحقين
بهام توج المجتمع الدولي جهوده بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية والتي ستكون
موضوع بحثنا هذا. ويتضمن البحث موضوعين أساسيين، وقد تم تقسيمه وفقاً لهما

إلى مبحثين اثنين، يتناول أولهما إنشاء المحكمة وطبيعتها. أما المبحث الثاني فمخصص للبحث في اختصاص المحكمة.

المبحث الأول

إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وطبيعتها

المطلب الأول

إنشاء المحكمة الجنائية الدولية

كانت هناك عدة محاولات سابقة لإصدار نظام روما الأساس والذي أنشئت بموجبه المحكمة الجنائية الدولية وسنتناول هذا الموضوع في فرعين نخصص الأول منه إلى بيان المحاولات السابقة لإصدار نظام روما الأساسي والفرع الثاني في التصديق على نظام روما الأساسي:

الفرع الأول: المحاولات السابقة لإصدار نظام روما الأساسي

لقد جرى الحديث عن إنشاء هذه المحكمة في أواخر القرن الماضي، ولم ينته فصولاً حتى بعد إبرام معاهدة نظام المحكمة الدولية في أواخر القرن العشرين في روما في ١٧/٧/١٩٩٨، وهذه الدعوات كملت بها النزاعات الحديثة، وما تخللها من جرائم وفضائح مثلما حدث في حروب يوغسلافيا السابقة وراو ندا^(١).

حيث لم يكن من الغريب أن تسعى العديد من الحكومات والمنظمات غير الحكومية والمؤسسات القانونية والخبراء لتحقيق غاية تكون هيئة قضائية دولية أو محكمة دائمة مستقلة تختص بالنظر في انتهاكات القانون الإنساني الدولي خاصة عقب الحرب العالمية الثانية وقد اشتدت وطأة تلك المساعي بعد أحداث العقدين الأخيرين في مختلف أنحاء العالم. فبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وقيام منظمة الأمم المتحدة قامت المنظمة بتكليف لجنة القانون الدولي، الجهة المناط بها إعداد مشاريع الصكوك الدولية في الأمم المتحدة، لتقنين مبادئ نورمبرج غير إن أجواء الحرب

(١) محمد الطراونة، المحكمة الجنائية الدولية التنظيم أصول المحاكمة- الإجراءات بحث منشور في مجلة الميزان بمناسبة انعقاد الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية من ١٨ إلى ٢١/١٢/٢٠٠٠ عمان الأردن ص ١٠٠.

الباردة التي طغت على الساحة الدولية آنذاك لم تسمح بتحقيق تقدم يذكر^(١). وفي عام ١٩٨٩م ومبادرة من ترينداد وتوباغو اهتمت المنظمة الدولية باتخاذ خطوات جادة لتحقيق ذلك الهدف، فطلبت الجمعية العامة من لجنة القانون الدولي إعداد مشروع نظام أساسي لمحكمة جنائية دولية^(٢). وقد استقادت اللجنة في ذلك من النظام الأساسي الذي أقره مجلس الأمن في ١٩٩٣م بشأن المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة.

وفي دورة انعقادها لسنة ١٩٩٤م نظرت الجمعية العامة في مشروع القانون الأساسي وقررت تشكيل لجنة خاصة مفتوحة بجميع الدول الأعضاء والوكالات المتخصصة لدراسة المشروع والبحث في النواح القانونية والإدارية والمالية المتعلقة بالمشروع واتخاذ الإجراءات اللازمة لعقد مؤتمر دولي دبلوماسي لإقرار المشروع^(٣). وواصلت اللجنة اجتماعاتها مع العديد من الدول والمنظمات غير الحكومية وقد بذلت الأخيرة جهداً كبيراً في الحملة العالمية وأنشأت تجمعات خصباً لهذا الغرض ضم العشرات من المنظمات الدولية والإقليمية والوطنية.

وفي بداية ١٩٩٥م كونت الجمعية العامة لجنة تحضيرية مفتوحة العضوية للدول والوكالات المتخصصة لإنشاء محكمة جنائية دولية، عقدت اللجنة عدة اجتماعات ناقشت خلالها قضايا جوهرية مثل اختصاص المحكمة، تعريف الجرائم، الآليات، المبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي والعلاقة بين اختصاص المحكمة واختصاص المحاكم الوطنية^(٤).

(١) د. أمين مكي مدني/ المسؤولية الشخصية والمحكمة الجنائية الدولية بحث منشور في مجلة الميزان بمناسبة انعقاد الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية من ١٨ إلى ٢١/١٢/٢٠٠٠م عمان ص ٧٤.

(٢) المصدر السابق ص ٧٤.

(٣) المصدر السابق/ص ٧٥.

(٤) المصدر السابق/ص ٧٥.

حيث تم أثر ذلك تطوير مشروع لجنة القانون الدولي وقامت الجمعية العامة بعد ذلك بتكوين لجنة تحضيرية لأعداد مشروع اتفاقية موحدة كخطوة نحو النظر فيها بواسطة مؤتمر للدبلوماسيين عرضت إيطاليا استضافته.

الفرع الثاني: إقرار نظام روما الأساسي

استضافت العاصمة الإيطالية روما في الفترة ما بين ١٥/حزيران و ١٧/تموز ١٩٩٨م مؤتمراً دبلوماسياً تحت رعاية الأمم المتحدة وبمشاركة وفود مائة وستين دولة^(١). بتاريخ ١٧/تموز/١٩٩٨م تم التصديق على الاتفاقية الدولية الخاصة بالمحكمة صوتت لصالحه (١٢٠) دولة واعتضت (٧)^(٢). كما قامت (٩٧) دولة بالتوقيع على النظام الأساسي الذي يقتضي دخوله حيز النفاذ تصديق (٦٠) دولة^(٣). والنظام الأساسي للمحكمة هو عبارة عن حل وسط أمكن الوصول إليه بعد مفاوضات مضيئة وقد جاء بحلول توفيقية بين الدول المؤيدة لمحكمة فعالة ومستقلة وقوية وبين الدول الأخرى المعارضة لمثل هذه المحكمة.

وتضعف الحلول الوسط التي آتى بها النظام المحكمة من عدة زوايا، غير إنه بدا إن هذه الحلول هي الوحيدة الممكنة ضمن الوضع الراهن للعلاقات الدولية الحالية. وقد كان من المهم أن يوضع نظام المحكمة لا يثير الريبة والشكوك لدى الدول ويدفعها إلى أن تصبح طرفاً فيه. وهناك عدة قيود في النظام تحد من فعالية المحكمة واستقلالها ولكن هذه القيود بدأت ضرورية في الظروف السياسية الدولية القائمة

(١) د. محمد يوسف علوان/التكامل بين القضائيين الدولي والداخلي/بحث منشور في مجلة الميزان عدد خاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية عمان ٢٠٠٠/ص ١٩.

(٢) الدول المعترضة هي الولايات المتحدة الأمريكية، إسرائيل، الصين، الهند، العراق، ليبيا، قطر ومن بين الدول الممتنعة عدد من الدول العربية، انظر نص نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية باللغة العربية في وثيقة الأمم المتحدة 18319 A/CONF. المؤرخة في ١٧/تموز ١٩٩٨م.

(٣) د. أمين مكي مدني/ المصدر السابق/ ص ٧٤.

وبمعنى آخر فإن المحكمة بصورتها الراهنة هي الأفضل في هذه الظروف وقد طغت
الاعتبارات الواقعية لدى وضع نظام المحكمة على الأفكار المثالية^(١).

فقد جرى إنشاء المحكمة عن طريق معاهدة دولية بحيث يترك للدول الحرية التامة
في أن تصبح طرفاً في هذه المعاهدة أم لا، وباعتماد مؤتمر روما لهذا الحل فإنه
يكون قد أخذ بالحسبان حساسية مسألة الاختصاص الجنائي الوطني التي تستدعي
إتاحة الفرصة لجميع الدول قبول أو عدم قبول النظام الأساسي للمحكمة
واختصاصها^(٢).

والمحكمة ليست جهازاً فرعياً تابعة للأمم المتحدة، فهي ليست من صنع مجلس
الأمن ولن تدبر دفتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بيد إن مقرها سيكون في
(لاهاي) وسوف تتلقى بعض الدعم المالي من الأمم المتحدة، لاسيما عندما يحيل
إليها حالات من أجل التحقيق [المواد ٣، ١٣ (ب)، و ١١٥ (ب)]^(٣). وهذه الصلاحية
على اختصاص المحكمة^(٤). وسيصار إلى وضع تفاصيل العلاقة الدقيقة بين
المحكمة الجنائية الدولية والأمم المتحدة ضمن اتفاق خاص سيتم التفاوض عليه
واعتماده من جانب جمعية الدول الأطراف التابعة للمحكمة الجنائية الدولية^(٥).

ويسجل للنظام الأساسي للمحكمة استبعاده الحصانة IMPUNITE التي يتمتع بها
عادة كبار المسؤولين في الدولة، والذين كثيراً ما يرتكبوا الجرائم التي تختص بها
المحكمة، وتنفيذ العقوبة بحقهم^(٦).

(١) د. محمد يوسف علوان/ المصدر السابق/ص ١٩.

(٢) المصدر السابق/ص ٢٠.

(٣) المحكمة الجنائية الدولية دليل للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه/ ترجمة وتحرير
صادق عودة وعيسى زايد، مركز السائل للترجمة عمان الأردن، ص ٣.

(٤) د. محمد يوسف علوان/ المصدر السابق/ص ٢٠.

(٥) انظر (المادة ٢) من النظام الأساسي بشأن العلاقة بين اختصاص المحكمة والأمم المتحدة.

(٦) انظر (المادة ٢٧) من النظام الأساسي العلاقة بعدم الاعتداء بالصفة الرسمية المادة ٢٨
المتعلقة بمسؤولية القادة والرؤساء، الآخرين.

ويقرر النظام مسجلاً بذلك تطوراً إيجابياً آخر له، مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية، والذي يعين إن الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضة للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي^(١).

هذا ويتكون النظام الأساسي للمحكمة من مقدمة وثلاثة عشر باباً جاءت في مائة وثمان وعشرين مادة حيث جرت صياغة مسودة الأحكام الإجرائية له من أجل إيجاد توازن أمثل بين الأولويات التالية:

١. الحاجة إلى محكمة دولية ممثلة بعيدة عن السياسة مستقلة قادرة على القيام بوظائفها بكفاءة وفعالية في إن تقدم للعدالة أولئك المسؤولين عن أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره.

٢. حق الدول أن تتولى المسؤولية الأولى عن المقاضاة عن هذه الجرائم إذا توفرت لديها الرغبة والقدرة على ذلك.

٣. الحاجة إلى حماية حقوق الأشخاص المتهمين.

٤. الحاجة إلى إعطاء ضحايا هذه الجرائم ما يكفي من الأنصاف والتعويض.

٥. دور مجلس الأمن في الحفاظ على السلام والأمن الدوليين طبقاً لصلاحياته بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

وتنعكس جميع هذه الاعتبارات في وظائف المحكمة وصلاحياتها وعلاقتها مع الكيانات الأخرى كما هو منصوص في النظام الأساسي.

المطلب الثاني

خصائص المحكمة الجنائية الدولية

نعرض في هذا المطلب لخصائص المحكمة الجنائية الدولية من خلال تناولنا لموضوعات طبيعية المحكمة الدولية وبيان المقصود بمبدأ التكامل وما هو القانون الواجب التطبيق وذلك ضمن فروع ثلاثة نتناول هذه الموضوعات تباعاً.

الفرع الأول: طبيعة المحكمة الجنائية الدولية

(١) انظر (الفقرة الثانية من المادة الخامسة والعشرين من النظام الأساسي).

المحكمة الجنائية الدولية هي مؤسسة دولية دائمة، أنشئت بموجب معاهدة لغرض التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي^(١).

وهي جرائم الإبادة الجماعية (المادة ٦)، الجرائم ضد الإنسانية (المادة ٧)، جرائم الحرب (المادة ٨). والمحكمة الجنائية الدولية هي مؤسسة قائمة على معاهدة ملزمة فقط للدول الأعضاء فيها فهي ليست كيان فوق الدول بل هي كيان مماثل لغيرها من الكيانات القائمة^(٢). فالمحكمة الجنائية الدولية ليست بديلاً عن القضاء الجنائي الوطني أو مسانداً لنظم القضاء الجنائي الوطني وإنما هي مكمله لهم^(٣).

ويضمن مبدأ التكامل هذا إن المحكمة لن تتدخل إلا في الحالات التي لا تستطيع فيها المحاكم الوطنية أو لا ترغب في المبادرة أو ممارسة إجراءاتها القانونية لذا فإن المحكمة لن تعتدي على اختصاص أية دولة بمفردها تتمتع بهذا الاختصاص على الجرائم التي يغطيها النظام الأساسي^(٤).

فالمحكمة لا تقوم بأكثر مما تقوم به كل دولة من دول المجتمع الدولي في إطار القانون الدولي القائم فهي تعبير عن عمل مجمع للدول الأعضاء في المعاهدة أنشئت بمقتضاها مؤسسة لمباشرة قضاء مجمع لجرائم دولية محددة ومن ثم فالمحكمة الجنائية الدولية هي امتداد للاختصاص الجنائي الوطني منشأة بموجب معاهدة عند التصديق عليها من قبل السلطة البرلمانية الوطنية تصبح جزءاً من القانون الوطني، وبناءً على ذلك فالمحكمة الجنائية الدولية لا تتعدى على السيادة

^(١) ويظهر هنا الخلاف بين المحكمة الجنائية الدولية ومحكمة العدل الدولية حيث تختص الأخيرة بالنظر في النزاعات بين الدول ولمزيد من المعلومات انظر د. أمين مكي مدني/المحكمة الجنائية الدولية/من منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ٢٠٠٠م.

^(٢) د. محمود شريف بسيوني/ المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي/مطابع روز اليوسف الجديدة، ٢٠٠١، ص ١٤٣.

^(٣) انظر المادتان (١٧، ١٠) من النظام الأساسي.

^(٤) دليل التصديق/المصدر السابق/ص ٤.

الوطنية أو تتخطى نظم القضاء الوطني طالما كان الأخير قادراً وراعياً في مباشرة التزاماته القانونية الدولية^(١).

تتكون المحكمة من ١٨ عضواً مستقلاً بينهم الرئيس يتم انتخابهم بصفاتهم الشخصية من ذوي المؤهلات والكفاءة والخبرة عن طريق الاقتراع السري بواسطة هيئة الدول الأعضاء وفق قواعد النظام الأساسي لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ويتم اختيار الرئيس ونائبه بأغلبية القضاة^(٢). كما تتضمن المحكمة هيئة استئنافية تتكون من الرئيس وأربعة قضاة، أما المدعي العام فيعمل بصفة مستقلة عن المحكمة وتنتخبه الدول الأعضاء بالأغلبية المطلقة ويتولى مهمة الإدعاء أمام المحكمة^(٣).

الفرع الثاني: مبدأ التكامل لدى المحكمة الجنائية الدولية والنظم القانونية الوطنية

يمتد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليشمل الدول الأعضاء ويتم ممارسة اختصاص المحكمة بالتكامل مع اختصاص نظم القضاء الوطني للدول الأعضاء. حيث إن الجرائم الدولية المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبيها قد تشكل في الوقت ذاته جرائم تنص عليها القوانين الوطنية للدول الأطراف في النظام الأساسي فإن من المتوقع أن يحدث تنازع في الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية وبين دولة من الدول المذكورة سواء أكان هذا التنازع إيجابياً بأن تعتبر دولة أو أكثر من الدول الأطراف وكذلك المحكمة الجنائية الدولية نفسها مختصة لمحاكمة المتهم، أو سلبياً بأن تعتبر الجهات المذكورة نفسها غير مختصة بالمحاكمة^(٤).

ولذا أبدت أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حرصاً ظاهراً وظاهرياً على تقادي هذا التنازع بإيجاد حل جذري له وهو النص على مبدأ التكامل صراحة بين اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وبين اختصاص القضاء الوطني للدول امن

(١) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٤٤.

(٢) انظر المواد ٣٤، ٣٦، ٣٨ من النظام الأساسي.

(٣) انظر المواد ٤٢ من النظام الأساسي.

(٤) د. ضاري خليل محمود/مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية/بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الأول - السنة الأولى - مطبعة اليرموك بغداد، ١٩٩٩م، ص ٢٤.

النظام الأساسي بشأن العلاقة الأطراف^(١). وحيث إن الأولوية دائماً تكون للاختصاص الجنائي الوطني على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلا إنه وفقاً للمادة (١٧) تستطيع المحكمة ممارسة اختصاصها في حالتين فقط وهما:

الحالة الأولى: عند انهيار النظام القضائي الوطني.

الحالة الثانية: عند رفض أو فشل النظام القضائي الوطني عن القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم الجرائم الثلاث الموجود حالياً في اختصاص المحكمة أو بمعاقبة الذين أدينوا^(٢).

وتظهر قواعد أسبقية نظم القضاء الوطني على التكامل الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية في نصوص أخرى من النظام الأساسي، وأكثر هذه القواعد دلالة هي تلك الواردة في نصوص النظام الأساسي في الباب التاسع والذي ينص على قيام النظم القضائية الوطنية بمباشرة وتنفيذ طلبات التعاون المشتعلة على القبض وتسليم المشتبه فيهم وحماية الأدلة بالإضافة إلى ذلك فإن ضمانات العدالة ثابتة بالنسبة لتحقيقات وقرارات الإحالة الصادرة من المدعي العام بالمحكمة الجنائية الدولية فالمادة (٤/١٥) تنص على (ضرورة الحصول على إذن مسبق من الدائرة التمهيدية قبل بدء المدعي العام التحقيقات من تلقاء نفسه على خلاف ما إذا كانت الحالة محالة من دولة عضو أو مجلس الأمن).

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق

تتضمن (م ١٠) القاعدة الأساسية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق، وبشكل ملائم فإن الأمر يتطلب تطبيق المصادر الأربعة المذكورة في (المادة ٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وهي:

١. المعاهدات الدولية، سواء العامة أو الخاصة، المؤسسة لقواعد معترف بها من قبل الدول المتنازعة.

٢. العرف الدولي، كما يتضح بالممارسة العامة المقبولة لقانون.

(١) المصدر السابق/ص ٢٤.

(٢) إن المعايير اللازمة لتحديد انطباق المحكمة الجنائية الدولية مذكورة في المادتين (١٧، ١٨) من النظام الأساسي.

٣. القواعد العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتحدة.
٤. الأحكام القضائية والدراسات الواردة في أكثر المؤلفات قبولاً لدى الأمم المختلفة، كوسائل مساعدة لتحديد قواعد القانون. أي نص وارد في النظام الأساسي يتعارض أو لا يتلاءم بصفة عامة مع القانون الدولي سوف يعد أقل مرتبة منه بالإضافة إلى ذلك فإن أي تنازع أو عدم توافق بين التزامات الدول الأعضاء بموجب النظام الأساسي والتزامات ناشئة عن معاهدة أخرى سوف تكون موضوع التطبيق لمصادر القانون الدولي المذكور أعلاه^(١).

تضيف (م ٢١) تحديداً للأحكام الواردة في المادة (المادة ١٠) وكما هو وارد في (المادة ٢١) فإن القانون الواجب التطبيق في المحكمة الجنائية الدولية أولاً:

أ. نص النظام الأساسي ذاته.

ب. عناصر الجريمة.

ت. قواعدها الخاصة بالإجراءات والأدلة^(٢).

وفي المقام الثاني حيث يكون الوضع ملائم تطبق المحكمة الجنائية الدولية المعاهدات واجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي^(٣).

وفي المقام الأخير تطبق المحكمة قواعد القانون العامة المستمدة من القوانين الوطنية للدول التي تمارس اختصاصها على الجريمة وبشرط أن لا تتعارض هذه القواعد مع قانون المحكمة الجنائية الدولية والقانون الدولي^(٤). ويجوز للمحكمة وفقاً للفقرة الثانية من (المادة ٢١) من النظام الأساسي إن تطبيق مبادئ وقواعد القانون كما هي مفسرة في قراراتها السابقة. وبصيغة عامة يجب أن يتسق تطبيق وتفسير القانون المطبق لمعرفة المحكمة مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً وأن يكونا خاليين من أي تمييز ضار يستند إلى أسباب مثل نوع الجنس أو السن أو العرق أو اللون أو

(١) انظر المادة (٢١ فقرة ١/ج) من النظام الأساسي.

(٢) انظر المادة ٢١ (فقرة ١، أ) من النظام الأساسي.

(٣) انظر المادة ٢١ (فقرة ١، ب) من النظام الأساسي.

(٤) انظر المادة ٢١ (فقرة ١، ج) من النظام الأساسي.

اللغة أو الديانة أو المعتقدات السياسية أو الآراء الأخرى أو المنشأ الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر^(١).

ويبدو إن هناك احتمالاً للتعارض بين مصادر القانون الواجب التطبيق في (المادة ١٠) والأوجه الخاصة (للمادة ٢١)، وطبقاً لقواعد تفسير معاهدة فيينا لسنة ١٩٦٩م بشأن قانون المعاهدات فإن قصد الأطراف هو الذي يتحكم، وفي هذه الحالة فإن الأطراف لم يقصدوا أن يحددوا مسار القانون الدولي المشار إليها في (المادة ١٠) الواردة في (المادة ٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وبناء على ذلك فإن التحديد الوارد في (المادة ٢١) يخضع لعمومية (المادة ١٠) بسبب قصد من صاغوها وإذا لم تكن الحالة كذلك فإن التحديد الوارد في (المادة ٢١) قد يقيد العمومية الواردة في (المادة ١٠)^(٢).

المبحث الثاني

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول

الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص

قبل أن تمارس المحكمة اختصاصها بشأن جريمة ما يجب أن تكون الجريمة محل الاتهام قد ارتكبت في إقليم دولة طرف أو بمعرفة أحد رعاياها^(٣). وبالإضافة إلى ذلك فللمحكمة الجنائية الدولية أن تمارس اختصاصها عندما توافق دولة ليست طرفاً على اختصاص المحكمة وتكون الجريمة قد ارتكبت في إقليم تلك الدولة أو يكون المتهم أحد رعاياها^(٤).

يقوم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على مبدأ الاختصاص الجنائي الإقليمي وليس على أساس نظرية عالمية الاختصاص الجنائي^(٥). ومن الثابت بوضوح في

(١) انظر المادة ٢١ (فقرة ٣) من النظام الأساسي.

(٢) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٤٧.

(٣) انظر المادة ١٢ (فقرة ٢) من النظام الأساسي.

(٤) انظر المادة ١٢ (فقرة ٣) من النظام الأساسي.

(٥) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٠.

القانون الدولي إنه عندما ترتكب جريمة في إقليم دولة ما فإنه يمكن محاكمة الجاني حتى ولو كان ذلك الشخص ليس أحد رعايا هذه الدولة^(١).

وبسبب ذلك المبدأ يجوز لدولة ما أن تقوم بتسليم شخص ليس من رعاياها إلى دولة أخرى لمحاكمته وبناء على ذلك يكون لكل دولة الحق طبقاً لمعاييرها الدستورية- أن تنتقل الاختصاص إلى دولة أخرى والتي يكون لها الاختصاص على صحيحة تماماً للسيادة الوطنية، وبصفة عامة فإن هذا النقل يجب أن يتم طبقاً للمعايير الدولية لحقوق الإنسان، حيث تتضمن قواعد قانون حقوق الإنسان الدولي مجموعة من الضمانات الموضوعية والإجرائية وتظهر تلك القواعد أيضاً من خلال المعاهدات الإقليمية مثل المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية^(٢).

حيث إن المحكمة الجنائية الدولية مكتملة للاختصاص الجنائي الوطني فإن تسليم الدول الأطراف شخصاً إلى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إنفاذاً للمعاهدة:
أ. لا يقلل من سيادتها الوطنية.

ب. لا ينتهك السيادة الوطنية لدولة أخرى (مثل دولة جنسية الجاني أو المجني عليه).

ت. لا ينتهك حقوق الشخص الذي تنقل محاكمته إلى الاختصاص الجنائي المختص (الذي سوف يمارس ولايته وفقاً للمعايير الدولية لحقوق الإنسان)^(٣).

المطلب الثاني

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الزمان والأشخاص

نعرض في هذا المطلب وضمن فرعين مستقلين تخصص الأول لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الزمان والثاني لبيان اختصاصها من حيث الأشخاص.

الفرع الأول: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الزمان

(١) المصدر السابق/ص ١٥٠.

(٢) المصدر السابق/ص ١٥١.

(٣) المصدر السابق/ص ١٥١.

إن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مستقبلي فقط حيث تنص م ١١م ٢ من النظام الأساسي للمحكمة على إن (ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد نفاذ هذا النظام الأساسي).

وما يؤكد عدم رجعية الأثر على الأشخاص ما تنص عليه (م ٢٤(١)) من النظام ((لا يسأل الشخص جنائياً وبموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدء نفاذ النظام)). ولذلك لا يسري على الجرائم التي ارتكبت قبل سريان المعاهدة. وهذا يعني من الناحية القانونية البحتة إن المحكمة لن تنتظر في أية شكوى أو دعاوي بخصوص انتهاكات تكون قد وقعت قبل دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ، ويرى العديد إن هذا النص قد تغلب عليه بعض صفات الانتقائية والاعتبارات السياسية الخاصة فيما يتعلق بمصالح ورؤى الدول الكبرى، فمن المعروف إن كلاً من محكمتي نورمبرج وطوكيو، بعد الحرب العالمية الثانية، ومحكمتي يوغسلافيا السابقة وراوندا، بعد نصف قرن من ذلك الوقت، كلها أنشأت وفتحت صلاحيات النظر في انتهاكات وأحداث وقعت تحديداً قبل قيام أي من تلك المحاكم ولم يبدو إن ذلك آثار حفيظة أي من الدول العالم^(١). أما الآخر فيما يخص صلاحية المحكمة بالنظر في الانتهاكات التي تسبق قيام المحكمة فهو مبدأ الجريمة المستمرة أي (CONTINUING CRIME) والذي يعني صحة ولاية المحكمة بالاختصاص في وقائع انتهاكات مستمرة إن كانت تلك الأحداث أو الانتهاكات قد بدأت قبل إنشاء المحكمة واستمرت بشكل أو بآخر بعد قيام المحكمة^(٢).

وفيما يتعلق بالدول التي تنضم إلى المعاهدة فإن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ينطبق فقط على الجرائم التي ترتكب بعد انضمام الدولة. بالنسبة للدول التي تنضم بعد سريان المعاهدة فإن التاريخ الفعلي للسريان بالنسبة لتلك الدول هو اليوم الأول من الشهر الذي يلي ٦٠ يوماً من إيداع تلك الدول وثائق التصديق^(٣).

(١) د. أمين مكي مدني/المصدر السابق/ص ٧٧.

(٢) المزيد من المعلومات انظر المصدر السابق/ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) انظر (المادة ١٢٦ الفقرة ٢) من النظام الأساسي.

كما ينص النظام الأساسي على إنه يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً- إن تختار تأجيل تطبيق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بجرائم الحرب (م٨) لمدة سبع سنوات (م١٢٤).

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الأشخاص

يطبق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فقط على الأفراد الذين يرتكبون جريمة بعد بلوغ سن (١٨ سنة)^(١).

حيث يقتصر إجراء المحاكمة عن الجرائم الدولية التي يرتكبها الأشخاص الطبيعة وليس الأشخاص المعنوية كالدولة، ذلك إن للدول مسؤوليتها المستقلة بموجب القانون الدولي أي إن النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية يقوم على تقرير المسؤولية الجنائية الفردية^(٢). علاوة على ذلك لا يستثني شخص من تقرير المسؤولية الجنائية بسبب صفته الرسمية مثلما قد يكون وارد في القانون الداخلي وفي ذلك تنص (م٢٧) من النظام الأساسي (١). يطبق هذا النظام الأساس على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون تمييز بسبب الصفة الرسمية وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما إنها لا تشكل بحد ذاتها، سبباً لتخفيف العقوبة.

٢. لا تحول الحصانات أو القواعد الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي دون ممارسة المحكمة اختصاصاتها على هذا الشخص).

ويقرر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبشكل ثابت ودائم لمسؤولية الأفراد أمام القضاء الدولي تطبيقاً للقانون الإنساني الدولي، الأمر الذي يؤكد على إن الفرد لم يعد فقط هدفاً للقواعد القانونية الدولية التي تسعى لحمايته من خلال فرض التزامات محددة على الدول في تعاملها مع رعاياها أو سكانها فحسب بل أصبح الفرد

(١) انظر المواد ١، ٢٥/فقرة (١)، ص ٦ من النظام الأساسي.

(٢) د. ضاري خليل/المصدر السابق/ص ٣٢.

البشري اليوم من رعايا القانون الدولي ومسؤولاً أمامه بصفة مباشرة على الأفعال التي يرتكبها الأفراد^(١).

المطلب الثالث

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الموضوع

نفصل في هذا المطلب لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الموضوع من خلال تناولنا لموضوعات الاختصاص النوعي للمحكمة والتعريف بالجرائم التي تختص بها المحكمة وتعريف جريمة العدوان ثم نعرض لأركان المسؤولية الجنائية وذلك ضمن أربعة فروع تتناول هذا الموضوعات.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي للمحكمة الجنائية الدولية

جاء النص على الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة في الباب الثاني من النظام الأساسي لها تمت عنوان (الاختصاص والمقبولية والقانون الواجب التطبيق) وقد قصر النظام اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة والتي تكون موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره (المادة الخامسة من النظام) وعليه فقد تحدد اختصاص المحكمة بأربعة فئات من الجرائم هي جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان. ويلتزم النهج الذي اتبعه النظام الأساس والمتمثل في وضع قائمة بالجرائم التي للمحكمة صلاحية محاكمة مرتكبيها مبدأ (لا جريمة إلا بنص) التي استهلكت به المبادئ العامة للقانون الجنائي الواجب مراعاتها من قبل المحكمة والتي خصص لها النظام الباب الثالث منه^(٢).

وإذا كان النظام الأساسي للمحكمة يترك الباب مفتوحاً وبشروط خاصة أمام تعديل النظام الأساسي للمحكمة وفقاً (للمادة ١٢٤) منه فإنه من جانب آخر حصر سريان أي تعديل على نص (المادة ٥) الخاصة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالدول الأطراف التي تقبل التصديق فقط، أما بالنسبة للدولة الطرف التي لا تقبل التعديل فيكون على المحكمة إلا تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجهة مشمولة

(١) د. أمين مكي مدني/المصدر السابق/ص ٧٦.

(٢) انظر المادة ٢٢ من النظام الأساسي.

بالتعديل عندما يرتكب هذه الجريمة مواطنون في تلك الدولة أو ترتكب الجريمة فوق إقليمها^(١).

الفرع الثاني: التعريف الجرائم التي تختص بها المحكمة

عنى النظام الأساسي للمحكمة بتعريف الجرائم الثلاثة التي تختص المحكمة بالنظر فيها فور دخوله حيز النفاذ وقد جاء تعريف هذه الجرائم في المواد السادسة والسابعة والثامنة من النظام مراعيًا التطورات الحديثة في كل من القانون الدولي والعمل الدولي عن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب^(٢). فالنسبة لتعريف جريمة الإبادة الجماعية فقد اعتمدت (م ٦) من النظام التعريف الذي سبق وإن أخذت به (م ٢) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها العام ١٩٤٨م^(٣) وتشمل جريمة الإبادة الجماعية أي فعل ارتكب وقت السلم أو أثناء النزاع المسلح بقصد هلاك جماعة قومية أو عرقية أو عنصرية أو دينية عن طريق قتل أفراد الجماعة، إلحاق الضرر البدني أو العقلي الجسيم لأفراد المجموعة، إخضاع المجموعة عمداً لأحوال معيشية يراد بها إهلاكاً كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف الحيلولة دون إنجاب الأطفال داخل المجموعة ونقل أطفال المجموعة قسراً إلى مجموعة أخرى^(٤). وأسفر مؤتمر روما عن وضع تعريف عام للجرائم ضد الإنسانية وعن قائمة بالأفعال المكونة لها ومن ثم جرى بيان المقصود بالأفعال التي ارتأى إنها بحاجة إلى مزيد من الإيضاح^(٥).

(١) انظر (المادة ١٢١ الفقرة ٥) من النظام الأساسي.

(٢) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص ٢١، ومحمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٥.

(٣) وقد اعتمد هذا التعريف أيضاً النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة (م ٤/ف ٢) والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا (م ٢/ف ٢) انظر محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص ٢٤.

(٤) انظر (المادة ٦) من النظام الأساسي.

(٥) انظر (المادة ٧) من النظام الأساسي.

ولا تتطلب (م٧) من النظام ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة بل يمكن أن ترتكب حتى في وقت السلم وبهذا فإن النظام الأساسي يؤكد على مبدأ حماية السكان من عسف الأنظمة الدكتاتورية والقمعية^(١). ووفقاً (للمادة ٧) يقصد بالجريمة ضد الإنسانية أي فعل من الأفعال المدرجة فيها متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم يجدر ملاحظة إنه يجب أن تتوفر للأركان التالية في كل من الجرائم ضد الإنسانية:

أ. أن تكون هناك سياسة دولة أو سياسة من قبل منظمة غير حكومية (م٧(٤٢)).

ب. أن تكون الجريمة من الجرائم المذكورة والمحدودة حصراً في (م٧(١)).

ت. أن ترتكب الجريمة على نطاق واسع أو أساس منهجي (م٧(١)).

وركن السياسة هو المحل في الاختصاص الذي يعمل على تحويل الجرائم من وركن السياسة هو المحل في الاختصاص الذي يعمل على تحويل الجرائم من جريمة وطنية أي جريمة دولية، ومن ثم فهو ركن أساسي وضروري وقد ورد ضمن عناصر الجريمة كما أكدته اللجنة التحضيرية^(٢).

ويقصد بالهجوم الموجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين نهجاً سلوكياً يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في (الفقرة (١)) ضد أية مجموعة من السكان المدنيين عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، أو تقريراً لهذه السياسة^(٣).

وهذا الفعل لا يقتضي تضمينه لهجوم عسكري مما يعني إن سياسة ارتكاب ذلك الهجوم أن تقوم الدولة أو المنظمة بشكل فعال على دعم أو تشجيع ذلك الهجوم ضد السكان المدنيين^(٤).

(١) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص ٢٤.

(٢) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٦.

(٣) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص ٢٤.

(٤) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٦.

وهذا يعني من جانب آخر استبعاد الحوادث المنعزلة أو الندرى من نطاق الجرائم ضد الإنسانية كما يخرج عن اختصاص المحكمة لذلك الأفعال التي ترتكب دون علم الدولة أو مساندتها وتبقى هذه الأفعال ضمن الاختصاص الأصيل للقضاء الجنائي الوطني^(١). وتبعاً لذلك فإن سياسة الدولة التي تشملها (م٧) (الانتشار الواسع أو المنهجي) يجب أن يستدل عليها بواسطة التشجيع أو الدعم الإيجابي ويجب ملاحظة إن الفشل في منع الجرائم لا يخلق مرجعاً ذاتياً للتشجيع أو التأييد لكن إلى حد ما فقط في الظروف الاستثنائية يؤدي هذا الفشل في المنع إلى ما يتناول التشجيع أو الدعم الإيجابي^(٢).

ويطور النظام الأساسي للمحكمة بشكل ملحوظ القانون الدولي الإنساني فإلى جانب الأفعال التي تشكل تقليدياً جرائم ضد الإنسانية (القتل والإبادة والاسترقاق والإبعاد والسجن والتعذيب والاضطهاد) تحتوي (م٧) مجموعة من أعمال العنف الجنسي مثل الاستبعاد الجنسي والدعارة والحمل القسري والتعقيم القسري وأي شكل من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة وقد شملت قائمة الأفعال المكونة للجرائم ضد الإنسانية أفعالاً أخرى لم تكن مشمولة في أنظمة المحاكم الخاصة مثل الاختفاء القسري للأشخاص وجريمة الفصل العنصري كما أدخلت الفقرة (ك) المتعلقة بالأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل لبيان الطبيعة التمثيلية للأفعال المذكورة في القائمة حتى يمكن إدخال أفعال أخرى خطيرة ضمن نطاق الجرائم ضد الإنسانية^(٣)، وتتسع أفعال الاغتصاب الجنسي (الفقرة (١)) لتشمل أفعالاً مثل حرمان السكان من الوصول إلى الغذاء والأدوية والاتجار بالبشر وخاصة النساء والأطفال لغايات الاستغلال الجنسي كما يتسع فعل (الاضطهاد) (الفقرة الأولى (ج)) يشتمل أفعالاً مثل اضطهاد الجماعات أو المجموعات لأسباب أو دوافع ثقافية متعلقة بالجنس^(٤).

(١) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص٢٤.

(٢) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص١٥٦، ١٥٧.

(٣) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص٢٥.

(٤) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص٢٥.

كما ويدخل في مفهوم الجرائم ضد الإنسانية وبالتالي في اختصاص المحكمة أفعال أبعاد السكان أو النقل القسري للسكان وتحدد (الفقرة الثانية د)) معنى أبعاد السكان أو النقل القسري للسكان (بأنه نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة بالطرد أو بأي فعل قسري آخر، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي)^(١).

وتتضمن فقرة جرائم الحرب من المادة (٨):

١. الانتهاكات الجسيمة (م٣) من اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٤٩م التي تم التصديق عليها من ١٨٦ دولة.

٢. الانتهاكات الجسيمة البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧م والبروتوكول الثاني والالذان يعدان جزء من القانون العرفي للمنازعات المسلحة وتم التصديق على البروتوكول الأول من قبل ١٤٧ دولة والبروتوكول الثاني من قبل ١٣٩ دولة، بالإضافة إلى ذلك فإن (م٨) تشمل جزئياً ما يعرف بالقانون العرفي للنزاع المسلح ويشمل تحريم أسلحة معينة^(٢). وتشمل الانتهاكات الجسيمة المشار إليها في اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٤٩م، على وجه التحديد القتل العمد، التعذيب والمعاملة غير الإنسانية ولتجارب البيولوجية، تعمد أحداث آلام شديدة أو الأضرار الخطيرة بالسلامة البدنية، تدمير الممتلكات والاستيلاء عليها بوجه لا تبرره الضرورات العسكرية وبطريقة غير مشروعة وتعسفية، إرغام أسير الحرب أو أي مدني على الخدمة في قوات دولة معادية، حرمان أسير الحرب من المحاكمة العادلة، التنقل أو الترحيل القسري، أخذ الرهائن، الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف للنزاعات المسلحة الدولية وقت القانون الدولي، خاصة جعل السكان المدنيين

(١) د. عبد العظيم وزير/الملاح الأساسية لنظام إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة/وثائق أعمال المؤتمر الإقليمي العربي بمناسبة الاحتفال باليوبيل الذهبي لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩/١٩٩٩ القاهرة ١٤/٦/١٩٩٩م ص ٢٣.

(٢) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٨.

هدفاً للهجوم، استهداف الأهداف المدنية التي لا علاقة لها بالعمليات العسكرية، نقل السكان إلى الإقليم الذي يتم احتلاله^(١).

وقد أصرت بعض الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية على الحد من اختصاص المحكمة فيما يتعلق بجرائم الحرب، وقصر هذا الاختصاص على جرائم الحرب التي (ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة) أو (إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم)^(٢).

وقد نجحت الدول المؤتمرة في إدخال جرائم الحرب المرتكبة أثناء المنازعات المسلحة ضمن جرائم الحرب، وفي المقابل فإنها أخفقت في إقناع المؤتمرين بتجريم استخدام أسلحة الدمار الشامل في المنازعات الدولية ولهذا جاءت (المادة ٨) خالية من النص على اختصاص المحكمة باستخدام الأسلحة النووية والأسلحة البيولوجية أو الكيماوية والألغام ضد الأشخاص وأسلحة الليزر المعمية.

ومن المعروف إن الدول النووية الكبرى لا تقر بوجود قاعدة في القانون الدولي الحالي تحظر الأسلحة النووية^(٣).

وحيث إن كلاً من الجرائم الثلاث الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية قد تم تشريعها في القانون الجنائي الدولي فإن المحكمة الجنائية الدولية لم تشرع جرائم جديدة ولكنها تبنت ما سلف وجوده في القانون الجنائي الدولي وبالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة الجنائية الدولية هي نتاج معاهدة وتنهض بأعباء التطبيق المستقبلي وأي إدعاء بأن المحكمة الجنائية الدولية تستند إلى نص لم يسبق تشريعه في القانون الجنائي الدولي هو قول غير صحيح^(٤).

وتحدد (م ٩) من النظام الأساسي أركان الجريمة غير إنه يلاحظ بهذا الشأن إن هذه الأركان لا تعمل على تعديل النظام الأساسي ولا تقوم بتحديد الجرائم التي تشمل

(١) انظر (المادة ٨) من النظام الأساسي.

(٢) د. محمد يوسف علوان/المصدر السابق/ص ٢٦.

(٣) د. محمد علوان/المصدر السابق/ص ٢٦.

(٤) د. محمود شريف بسيوني/المصدر السابق/ص ١٥٨.

عليها المواد (٦، ٧، ٨) حالياً، فقد وضعت فقط لمساعدة المحكمة في إثبات الجرائم.

فيما يخص جريمة الإبادة الجماعية لم تضاف أركان الجريمة أي شيء ذا طبيعة خاصة للفهم العام لتعريف الإبادة الجماعية، وفي جرائم الحرب قدمت أركان الجرائم مفاهيم مثل، الضرورة العسكرية والعقلانية والتصرف غير القانوني دون وضع معيار واضح يمكن أن يكون مدخلاً لتلك الإضافات^(١). إن الجرائم ضد الإنسانية تقدم إطاراً ذا هامش تفسيري مع ملاحظة إن أركان الجرائم ضد الإنسانية تتطلب إثبات سياسة دولة أو أشخاص غير الدولة من خلال إظهار التشجيع والدعم الإيجابي والمتضمن الفصل في أو الامتناع عن ارتكاب الفعل (انظر الفقرة ٨)^(٢).

ويراعى في شأن كل الجرائم الثلاثة وجوب توفر الركن المعنوي المنصوص عليه في (المادة ٣٠) (والتي تطبق فيما عدا الركن المعنوي المنصوص عليه في (المادة ٦) الإبادة الجماعية) الذي يتطلب قصداً خاصاً).

ومن المحتمل أن تظهر أركان الجرائم بعض اللبس بين القصد العام والقصد الخاص، ومن الممكن إزالة هذا اللبس عن طريق وضع معيار أقل لصانعي السياسة، قصد عام شامل يتضمن العلم، لأن مقدار هؤلاء الأشخاص على المعرفة أو التنبؤ بنتائج المحاكمة يرجع إلى اتصالهم المباشر بالمعلومات وقدراتهم على التحكم في جهاز الدولة، وبالنسبة للمنفذين على الأقل إنه يجب توافر القصد الجنائي عن طريق معرفة السياسة العامة التي يقومون بتنفيذها أو مناصرتها ولن تكون هذه المعرفة مطلوبة على الرغم من ذلك لارتكاب جرائم الحرب (المادة ٨) لأن هذه الجرائم لا تتطلب قصداً خاصاً^(٣).

الفرع الثالث: تعريف العدوان والتداخل مع الجرائم الأخرى

تذكر (المادة ٥/١) من النظام الأساسي جريمة العدوان غير إن هذه الجريمة لم يتم تحديدها في النظام الأساسي كالجرائم الثلاث الأخرى الداخلة ضمن اختصاصها

(١) المصدر السابق/ص ١٥٨.

(٢) للتفصيل أكثر انظر المصدر السابق ص ١٥٩ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق/ص ١٥٩.

والتي تعرف الإبادة الجماعية (م٦) وجرائم ضد الإنسانية (م٧) وجرائم الحرب (م٨) غير إن (م٥٢٢)) تحيل التعريف الراهن للعدوان فتنص على إنه (تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين ١٢١ و ١٢٣ بعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة).

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الجريمة سوف تصبح محل اختصاص المحكمة بعد تعريفها والموافقة عليها من قبل جمعية الدول الأطراف وفقاً (للمادة ٥/٢)) أما بالإجماع أو بأصوات ثلثي أغلبية الدول الأطراف التي قامت بالتصديق على التعديل بعد عام من إيداع مستندات التصديق (م ١٢١/٥)) ولن تصبح جريمة العدوان قابلة للتطبيق على الرغم من ذلك بالنسبة للدول الأطراف التي لم توافق على التعديل وعلى أية حال فإن جريمة العدوان سوف تسري بصورة مستقبلية (م ١/٢٢)). وتباعاً لذلك فإن اختصاص المحكمة يمكن أن يشتمل جرائم أخرى وفقاً للآلية المذكورة في م ١٢١، فالجرائم مثل الاتجار بالمخدرات والإرهاب قد تم مناقشتها بعد عام من إيداع مستندات التصديق بقبول الدول الأطراف^(١). على الرغم من ذلك فلن تمارس المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص فيما يتعلق بجريمة جديدة تخضع للتعديل عندما يرتكبها مواطنو الدولة الطرف التي لم توافق على التعديل أو بجريمة ترتكب في إقليم الدولة الطرف التي لم توافق على اختصاص المحكمة الدولية في تلك الجرائم الجديدة^(٢).

الفرع الرابع: أركان المسؤولية الجنائية (الجزء العام)

يتضمن النظام الأساسي أركان المسؤولية الجنائية الفردية في (المادة ٢٥) وشروط الإعفاء من المسؤولية الجنائية في المادتين (٣٣، ٣١) وعلى الرغم من ذلك فإن هذه النصوص لم تتضمن تحديد الركن المادي المطلوب.

(١) المصدر السابق/ص ١٦١.

(٢) المصدر السابق/ص ١٦١.

تنص (المادة ٢٥) من النظام الأساسي فإن الشخص يكون مسؤولاً جنائياً عن سلوك الذي يتضمن الجريمة الداخلة ضمن اختصاص المحكمة بغض النظر عن ارتكابها بشكل فردي أو جماعي، وفي حالة إذا كان ذلك الشخص:

- أ. أمر أو أغرى بارتكاب أو حث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل أو شرع فيها.
- ب. قدم العون أو حرض أو ساعد بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو للشروع في ارتكابه.

يعتبر الشخص أيضاً مذنباً إذا قام ذلك الشخص بالمساهمة في ارتكاب الجريمة فعلياً بواسطة مجموعة ذات قصد مشترك [المادة ٢٥/د)] ويجب أن يكون سلوك الفرد متعمداً وإن يكون قد تم أما بهدف معاونته النشاط الإجرامي للمجموعة حيث يكون قد تم أما بهدف معاونته النشاط الإجرامي للمجموعة حيث يكون هذا النشاط أو الغرض منظوياً على ارتكاب الجريمة ضمن اختصاص المحكمة أو يكون قد تم مع العلم بقصد المجموعة في ارتكاب الجريمة [م ٢٥ د)، (٢، ١)].

ولا يمكن تجنب المسؤولية الجنائية على أساس:

- أ. الصفة الرسمية لمرتكب الجريمة (م ٢٧).
 - ب. أي مدة زمنية لسقوط الجريمة بالتقادم (م ٢٩).
 - ت. الخطأ في القانون ما لم يكن هذا الخطأ مخالفاً للركن المعنوي (م ٣٢ (٢)).
- لا يستطيع القائد الحربي تجنب المسؤولية عن الجرائم التي يتم ارتكابها تحت رئاسته إذا علم هذا الحدث أو كان يجب أن يعلم أو يكون قد أخفق في منع حدوث تلك الجرائم بصورة ملائمة [م ٢٨(أ)] وهذا يشمل الجرائم التي يرتكبها المرءوسون إذا علم رئيسهم أو يفترض أن يكون قد علم بوقوع تلك الجرائم أو كان يتحكم فيها بفاعلية أو يكون قد أخفق في اتخاذ إجراءات حاسمة لمنع تلك الجرائم [م ٢٨(ب)].

ولا يكون الشخص مسؤولاً جنائياً في ظل ظروف معينة مثل:

- أ. إذا كان هذا الشخص يعاني من مرض عقلي أو أي ظروف أخرى تعوق دون تحكم هذا الشخص في سلوكه.

- ب. التصرف في حالة الدفاع عن النفس.

ت. إذا كان تحت تأثير إكراه^(١).

خاتمة

نخلص مما تقدم إن قيام المحكمة الجنائية الدولية شكل مفصلاً تاريخياً هاماً في إنقاذ القانون الدولي الإنساني وذلك بوضع الآلية المناسبة والدائمة لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الانتهاكات المخالفة لذلك القانون حينما تعجز الدول أو ترفض محاكمتهم لأية أسباب كانت، كما إن قيام المحكمة سوف يغني عن اللجوء إلى مجلس الأمن لتكوين محاكم خاصة مؤقتة كما حدث في محاكمات نورمبرج ومحاكمات يوغسلافيا السابقة ورواندا، وما يكتنف ذلك من صعاب عملية واعتبارات سياسية لن ترد في حالة المحكمة الجنائية الدولية الدائمة والتي تتمتع بالحيادة والاستقلال وتقع في خانة احترام مبادئ القانون الدولي وأنصاف الضحايا، كما إن وجود المحكمة بصيغة دائمة يشكل آلية وقائية لردع كل من يفكر في انتهاك حقوق مواطنيه والمساهمة في تحقيق الاستقرار والسلام الدوليين.

تم بحمد الله

مصادر البحث

١. د. أمين مكي مدني/ المحكمة الجنائية الدولية/ من منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، ٢٠٠٠م.

(١) انظر (المادة ٣١) من النظام الأساسي.

المسؤولية الشخصية والمحكمة الجنائية الدولية/بحث منشور في مجلة الميزان عدد خاص بمناسبة انعقاد الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية من ١٨ إلى ٢١/١٢/٢٠٠٠ عمان الأردن.

٢. د. عبد العظيم وزير/ الملامح الأساسية لنظام إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة وثائق أعمال المؤتمر الإقليمي العربي بمناسبة الاحتفال باليوبيل الذهبي لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩-١٩٩٩م القاهرة ١٤/١/١٩٩٩.

٣. د. ضاري خليل إبراهيم/ مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية/ بحث منشور في مجلة دراسات قانونية العدد الأول السنة الأولى مطبعة اليرموك- بغداد ١٩٩٩م.

٤. د. محمد الطراونة/ المحكمة الجنائية الدولية، التنظيم أصول المحاكمة الإجراءات بحث منشور في مجلة الميزان (العدد الخاص).

٥. د. محمد يوسف علوان/ التكامل بين القضائيين الدولي والداخلي/ بحث منشور في مجلة الميزان (العدد الخاص).

٦. د. محمود شريف بسيوني/ المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي/ مطابع روز اليوسف الجديدة ٢٠٠١.

٧. المحكمة الجنائية الدولية دليلي للتصديق على نظام روما الأساسي وتطبيقه/ مترجم/ ترجمة وتحرير صادق عودة وعيسى زايد- مركز السائل للترجمة، عمان الأردن.

٨. نص نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية باللغة العربية في وثيقة الأمم المتحدة A/CONF 18319 المؤرخة في ١٧/تموز/١٩٩٨.

Note to contributors

1. The manuscript should be submitted in two copies in addition to the original. Typed with double space on one side of (A4) paper (29.7*12cm).

2. The manuscript should not exceed (25) pages including tables and illustrations.
3. The manuscript should include: the title the abstract, the discussion, the conclusions, the list of reference and summary in a living international language.
4. The abstract should not be more than (200) words and it should start (if Arabic or not) with the title of the manuscript authors names, the occupation and address of business (and correspondence if different). Suitable numbers of Figures like (*) should be placed to connect authors names and their position.
5. Tables and illustrations like Figures. Photographs and line drawings should be clear and well prepared on a suitable trace paper and in a from suitable reproduction as well as submitting the originals of the photographs and Figures.
6. Tables, plates, and figure should be numbered, title and referred to in the text consequently. They should be submitted on a separate sheet.
7. Only standard international units. SI units, should be used.
8. Abbreviations should not be used in the title of the manuscript or the abstract except that of the measurement units.
9. Abbreviations of the title of the periodicals that can be used are the ones in the world list of Scientific Periodicals, Lewis& Co. London.

10. Abbreviations fixed internationally should be used whether in measurement units or other common ones whether in measurement units or other common ones.
11. Unpublished reference are not accepted for publication and have got a volume number to be in.
12. publication as in CBE, style manual committee, 1983.
13. The reference should be referred to as they appear in the text by means of consequent in brackets.
14. The references are to be arranged in the list of s names and year of publication.
15. Volume, issue number and pages concerning references taken from periodicals should given.
16. If references are taken from books or scientific thesis; numbers of pages should be given.
17. Side- Notes can be used to clarify information and in this cases side notes should be numbered for each paper separately in consequent numbers.

Journal of the College of law
A Scientific Refereed Journal
Published by College of law
Al- Nahrain University
Volume& Number: 14
Year: Shaban/1426 H
September/2005

Correspondence
Editorial manager
Iraq-Baghdad-
Al- Kadhimiya
Journal of the College of law
P.O. Box,9072
E .mail
Journal_inf@yahoo.com
Annual Membership:
12000D. for Gov.
Establishments& individuals- inside Iraq.
100U.S.D. for Gov.
Establishments& Outside- inside Iraq.

Editorial Board
Chief if editorial board
Professor
Adnan Al- Abid, ph. D.
College of law
Members of Editorial Board
Professor
Muhie Hilal Al- Sarhan, ph. D.
College of law
Professor
Iwadh Fadhil Asmail, ph. D.

College of law
Professor
Ibrahim Taha Al- Fayadh, ph. D.
College of law
Assistant Professor
Zuhair Al- Bushir, ll. M.
Assistant Professor
Adel Nassir, ph. D.
Editorial Manager
Assistant Professor
Latifa Humeed
Mohammed, ph. D.

Consultative Board
Chief of the board
Professor Ghazi
Faisel, ph. D.
Dean of the College of law
Members of board
Professor
Mustafa Ibrahim
Al- zalami, ph. D.
College of law
Professor
Saad Al-
Aloosh, ph. D.
College of law
Assistant Professor
Mohammed Ali Jawad, ph. D.
Dean of the College of law
Law/ Al-mustansriya
University
Assistant Professor
Mahmood Abd Al- Karim, ph. D.
On a contract with

The College of law
Assistant Professor
Taha Almula- Hwesh, ph. D.
On a contract with
The College of law

Journal of the college of law

Al- Nahrain University

A Scientific Refereed Journal Published by

College of law/ Al- Nahrain University

Volume: 8/ Number: 14

Year: Shaban- 1426 H/ September- 2005