

# مجلة كلية الحقوق

## جامعة النهريين

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق  
جامعة النهريين

المجلد ٩ / العدد ١٥

السنة : محرم - ١٤٢٧ هـ / شباط - ٢٠٠٦ م

# مجلة كلية الحقوق – جامعة النهريين

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهريين

المجلد ٩ / العدد ١٥

السنة : محرم – ١٤٢٧هـ / شباط – ٢٠٠٦هـ

## ( وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل )

### مجلة الحقوق

مجلة علمية محكمة تصدرها  
كلية الحقوق جامعة النهرين  
المجلد التاسع - العدد ١٥

محرم ١٤٢٧هـ

شباط ٢٠٠٦ م

للمراسلة

سكرتير التحرير

العراق - بغداد - الحاطمية  
كلية الحقوق - جامعة النهرين

ص . ب : ٩٠٧٣

البريد الإلكتروني

E - mail

[JOURNAL\\_INF@YAHOO.COM](mailto:JOURNAL_INF@YAHOO.COM)

الاشتراك السنوي

١٣٠٠٠ - دينار للمؤسسة

المضمومة والأشخاص داخل العراق.

١٠٠ - دولار - للمؤسسات المضمومة  
والأشخاص خارج العراق

### هيئة تحرير

#### المجلة

#### رئيس التحرير

أ.د. محمد نازك العابد

كلية الحقوق / جامعة النهرين

#### أعضاء هيئة التحرير

أ.د. محيى هلال السرحان

كلية الحقوق / جامعة النهرين

أ.د. موسى فاضل اسماعيل

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.م. زهير سعيد طه البشير

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.م.د. عادل ناصر 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 محدي

#### عميد

كلية الحقوق جامعة النهرين

#### أعضاء الهيئة

أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.د. سعد عبد الجبار العلوي

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.م.د. محمد علي جواد

#### عميد

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ

كلية الحقوق جامعة النهرين

❖ تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان

• . . أكرم نشأت إبراهيم

❖ نطاق الحماية الجنائية للبيئة (دراسة في التشريع الأردني)

• . نظام توفيق المجالي

❖ جريمة الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات عن طريق

/ دراسة في ضوء التشريع الفرنسي

• . . . محمد حماد مرهج الهيتي

❖ المسؤولية العقدية عن الأشياء.

• . . قصي سلمان هلال

❖ الأحكام الخاصة بالأعمال التحضيرية والتكميلية

• . . رشيد الويسي

❖ الامتثال للاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف

• . . صلاح عبد الرحمن الحديثي

❖ أثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تحديد المهور

• . . زياد حمد عباس الصميدعي

❖

• . . حيدر أدهم

## تعليمات النشر :

- يقدم الأصل مطبوعات على الحاسبة الإلكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (2907\*21 CM) .

- لا يزيد حجم البحث المقدم عن 25 صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية .

- يجب أن يتضمن البحث : عنوان البحث ، خلاصة ، مقدمة ، منهج البحث ، النتائج ، المناقشة ، الاستنتاجات ، قائمة المراجع ، خلاصة بلغة عالمية حية .

- لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (200) مئتي كلمة ، ويوضح في رأس الملخص ( العربي أو غير العربي ) ، عنوان البحث ، اسم الباحث ، مكان العمل ( والمراسلة ان كان مختلفاً عن مكان العمل ) ، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة (\*) ، التي تربط بين الاسم ومكان العمل .

- الجداول والمواد التوضيحية ، جيدة الأعداد ، على ورق ملائم ، مصقول أو شفاف ، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة ، أي بحد اقصى ١٢\*١٦سم للصفحة الواحدة ، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال .

- ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث ، وتزود بعناوين ، ويشار الى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة .

- تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط .

STANDARD INTERNATIONAL UNITS, SI UNITS

- لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث ، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس .

- تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في :

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

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

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

- يستخدم في كتابة المراجع ، سواء في النص أو في قائمة المراجع ، أسلوب هارفارد ، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر ، حسب

CBE , STYLE MANUAL COMMITTEE , 1983 .

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

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

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

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

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

# **Journal of College Law**

## **AL-Nahrain University**

**A Scientific Refereed Journal**  
**Published by**  
**College of Law**  
**AL-Nahrain University**

**Volume: 9 / number: 15**

**Year: Muharram / 1427 H / February – 2006**

# **Journal of the College of Law AL-Nahrain University**

**A Scientific Refereed Journal Published by  
College of Law/ AL-Nahrain University**

**Volume: 9 / number: 15**

**Year: Muharram / 1427 H / February – 2006**



**Journal of the College of  
Law**

**A Scientific Refereed  
Journal**

**Published by**

**College of Law**

**Al-Nahrain University**

**Volume 9- Number: 15**

**Year: Muharram / 1427 H  
February / 2006**

**Correspondence**

**Editorial manager.**

**Iraq- Baghdad-**

**Al-Kadhimiya**

**Journal of The College of Law**

**P.O.Box.9072**

**E-mail**

**[journal\\_inf@yahoo.com](mailto:journal_inf@yahoo.com)**

**Annual Membership:**

**12000 D. For Gov.  
Establishments &  
individuals – inside Iraq.**

**100U.S.D.For Gov.  
Establishments &  
individuals – Outside  
Iraq.**

**Editorial Board**

**Chief of 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**

**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 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**

**Mahammed Ali Jawad, Ph.D.**

**Dean of The College of Law /  
Al-Mustansriya University**

**Assistant professor**

**Mamdooh Abd Al-Karim,  
Ph.D.**

**The College of Law**

### **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 illustration**
- 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 form 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.
- 11- Unpublished reference are not accepted for publication and have got a volume number to be in.
- 12- Harvard's style should be in the list of the reference in which author's names are connected with the year of 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 reference alphabetically according to the author's names and year of publication.
- 15- Volume, issue number and pages concerning references taken from periodicals should be 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 case side – notes should be numbered for each paper separately in consequent numbers.

# تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان

بحث وتقديم به

الأستاذ الدكتور

أكرم نشأت إبراهيم

## تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان

أ.د. أكرم نشأت إبراهيم

محاضر في

كلية الحقوق / جامعة النهرين

### الملخص

تهدف هذه الرسالة إلى تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان طبقاً لمبادئ الحكم الديمقراطي في العراق الجديد. وكان الحكم التسلطي السابق قد أجرى زخم من التعديلات في القانون المذكور انطوت على استحداث جرائم اغلبها لا تستند إلى معيار سليم للتجريم معاقب عليها بأقصى العقوبات، وتشديد صارم لعقوبات عدد كبير من الجرائم دون مبرر.

والدراسة تضمنت مبحث تمهيدي لعرض تطور قانون العقوبات في العراق، ومبحث أول بشأن تحديث القانون في مجال التجريم، ومبحث ثاني بشأن تحديثه في مجال العقوبات.

The aim of this study is to modernizing the Iraqi penal code in serving and protecting human rights according the principles of democratic rule in the new Iraq. The previous autocracy role had made a large number of amendment in the mentioned code, which included creating crimes most of which are not based on correct criterion of inculcation which are punished by the most severe increase of the punishment of large number of crimes without justification. The study in exuded a preliminary chapter for demonstrating the development of the penal code in Iraq, and first chapter regarding modernizing the code in the inculcation field, and second chapter regarding modernizing it in the field of punishment.

## مقدمة

قانون العقوبات الذي يحدد الجرائم والعقوبات قد يصاب بنكسة الاستبداد، حين يختلط بشخص الحاكم نفسه، فتكون أهواء الحاكم هي القانون، ويكون ما يعتبر جرماً هو ما يتعارض مع هوى الحاكم، فيفقد القانون معناه ورسالته في نجدة المظلوم من بغي ظالمه. وهذا هو الذي حدث بالذات في العراق، خلال عهد النظام السابق، عندما أصيب قانون العقوبات العراقي في حملة تعديلاته بنكسة الاستبداد، فجرم جملة من الأفعال لتعارضها مع هوى الحاكم دون أن تتسم بأية خطورة تستدعي التجريم وحدد لها أقصى العقوبات، مع تشديد عقوبات عدد كبير من الجرائم بخلاف كل المقاييس المعتبرة بهذا الخصوص، وأحل عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة أينما وردت في القانون، وأستحدث عقوبة الحجز وخول قيادات حزب البعث العربي الاشتراكي بتوقيعها على مرتكبي جرائم استحدثها، كذلك استحدث عقوبة قطع اليد وعقوبة قطع الرجل وقطع صوان الأذن، وتم تنفيذ هذه العقوبات على عدد غير قليل من المحكومين، ثم علق تطبيقها.

والآن وقد اندثر الحكم التسلطي وبرز فجر نظام الحكم الديمقراطي في العراق، أصبح لزاماً تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان، وفق مبادئ نظام الحكم الجديد. وقد أقدمنا على إعداد هذا البحث أسهماً في القيام بهذه المهمة البالغة الأهمية التي يتطلب الإسراع في إنجازها. وينطوي البحث على مبحث تمهيدي لعرض تطور قانون العقوبات في العراق وواقعه الحالي، ومبحث أول بشأن تحديث القانون في مجال التجريم، ومبحث ثان بشأن تحديث القانون بشأن العقاب.

والله الموفق

## المبحث التمهيدي

### تطور قانون العقوبات في العراق وواقعه الحالي

نعرض في هذا المبحث بإيجاز تطور قانون العقوبات في العراق وواقعه الحالي.

#### أولاً: مرحلة التشريعات القديمة

من المعروف والثابت أن العراق موطن أقدم التشريعات. فأورنمو مؤسس سلالة أور الثالثة (٢١١٣-٢٠٩٥ ق.م) أصدر أول قانون ليس في تاريخ العراق فحسب، وإنما في تاريخ الإنسانية. وتلا قانون أورنمو القانون الذي شرعه الملك لبث عشتار (١٩٣٤-١٩٢٤ ق.م). وقد انطوى القانونان على عقوبات الاعتداءات التي تقع على الأفراد وشهادة الزور والتجاوز على ارض الغير إلى جانب أحكام خاصة بالزواج والطلاق والميراث<sup>(١)</sup>.

ثم جاء حمورابي سادس ملوك بابل (١٧٢٨-١٦٨٦ ق.م) ووضع أنظم وأكمل قانون في تاريخ الحضارات القديمة<sup>(٢)</sup>، متقدم ومتشعب بروح العدالة وحماية الضعيف من القوي. ويحتوي القانون على ٢٨٢ مادة منها ٥٠ مادة للجرائم وعقوباتها أخذ فيها بالقصاص وحدد عقوبات للعديد من الجرائم كالسرقة والخطف والزنا والاعتداءات الأخرى على الأفراد. وقد بقى قانون حمورابي مدة تزيد على الألف سنة، المصدر

---

١. د. فاضل عبد الواحد علي، القانون في وادي الرافدين، بحث مقدم في الموسم الثقافي الأول

لمعهد الدراسات القومية الاشتراكية، بغداد ١٩٨٨، ص ٤٦.

٢. طه باقر، شرائع العراق القديم، مجلة سومر، مجلد ٣، جزء ٢، بغداد ١٩٤٧.

الأساس لما شرع بعده من قوانين آشورية وللقوانين التي وضعها الحيثيون والكيشيون<sup>(١)</sup>.

### ثانيا: مرحلة التشريع الجنائي الإسلامي وفترة القوانين الجزائية العثمانية

منذ الفتح الإسلامي للعراق في سنة ٦٣٦م أصبح التشريع الجنائي الإسلامي مطبقا في البلاد، واستمر تطبيقه خلال المدة التي خضع فيها العراق لحكم الدولة العثمانية ابتداء من سنة ١٥٣٤م، وحتى صدور قانون الجزاء الهمايوني العثماني في سنة ١٨٤٠م.

وتنقسم الجرائم المنصوص عليها في التشريع الجنائي الإسلامي وبحسب نوع العقوبة المقررة لها إلى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعزير<sup>(٢)</sup>.

وقانون الجزاء الهمايوني يتضمن نفس الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية بشأن جرائم الحدود والقصاص والدية، مع تحديد عقوبات أخرى كالقتل والحبس والجلد والنفي والتوبيخ، تبعا لنوع الجريمة للجرائم الأخرى كإثارة الفتن ضد الدولة والاختلاس والاستيلاء على الأراضي وتجاوز الموظفين حدود واجباتهم.

وفي سنة ١٨٥٨ صدر قانون الجزاء العثماني الذي حل محل القانون الهمايوني. وقانون الجزاء العثماني مقتبس من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٨١٠، مع تأكيده في مادته الأولى على عدم الإخلال بالحقوق الشخصية المقررة شرعا<sup>(٣)</sup>.

### ثالثا: فترة قانون العقوبات البغدادي

---

١. د. هاشم الحافظ، محاضرات في تاريخ القانون، بغداد، ١٩٦٣، ص ٢٤.

٢. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، القسم العام، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٧٨ - ص ٨٠.

٣. Donmezer (Sulhi) ve Eeman (Sahir): Nazari Ve tatbiki ecza hukuku .umamai kism, Cilt, Istanbul 1961, No.190-193, s123-127.



بانتهاه الحكم العثماني وبدء الاحتلال البريطاني للعراق، في نهاية الحرب العالمية الأولى، أصدر القائد العام للقوات البريطانية ((قانون العقوبات البغدادي)).

وذكر في بيانه المؤرخ ١٩١٨/١١/٢١ الذي أعلن به القانون، بأنه سيكون نافذا اعتبارا من اليوم الأول من شهر كانون الثاني ١٩١٩. وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون أنه ((وضع كقانون وقتي للعمل به في المحاكم التي أنشأتها السلطات العسكرية البريطانية في ولاية بغداد، وجعل أساسه قانون الجزاء العثماني، الذي كان نافذا عند الاحتلال في ولاية بغداد كغيرها من الإمبراطورية العثمانية، وذلك عملا بمبدأ وجوب استمرار القوانين المحلية النافذة عند الاحتلال بقدر (الأمكان)). وأضافت المذكرة أنه نظرا لوجود بعض أوجه النقص في قانون الجزاء العثماني، اقتضى عند اتخاذه أساسا لقانون العقوبات البغدادي، إدخال عدة تعديلات وإضافات عليه مستمدة من قانون العقوبات المصري ومراجع مصرية أخرى، لتشابه الأحوال المحلية في مصر وهذه البلاد<sup>(١)</sup>.

غير انه بخلاف ما جاء في المذكرة بخصوص مصدر قانون العقوبات البغدادي، ذكر الدكتور حسن أبو السعود، إن المصدر الحقيقي لهذا القانون هو مشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٠٤، ولكن لم يؤخذ به في مصر<sup>(٢)</sup>. وإننا نؤيد هذا الرأي، بعد أن تسنى لنا الإطلاع على المشروع المذكور، وتبين لنا مطابقته إلى حد كبير لقانون العقوبات البغدادي.

#### رابعا: قانون العقوبات الحالي وتعديلاته

- 
١. البيان الصادر من القائد العام للقوات البريطانية والمذكرة الإيضاحية منشورة مع قانون العقوبات البغدادي باللغة الانكليزية في مطبوع من مكتب القائد للقوات البريطانية الذي وصف نفسه في بيانه بالقائد العام للقوات البريطانية في بلاد ما بين النهرين. Mesopotamnia
  ٢. د. حسن ابو السعود: شرح قانون العقوبات العراقي، القسم الخاص، بغداد ١٩٤٢، ص ١٣.

صدر قانون العقوبات الحالي (القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩) في ١٩/٧/١٩٦٩، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٥/٩/١٩٦٩ وبدأ نفاذه في ١٦/١٢/١٩٦٩، أي بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ نشره، كما قضت بذلك المادة ٥٠٥ منه، وقد نصت المادة ٥٠٤ من القانون على إلغاء قانون العقوبات البغدادي وكل نص عقابي في أي قانون آخر يتعارض مع أحكامه.

والكثير من أحكام هذا القانون مقتبس من مشروع سنة ١٩٦٩ لقانون العقوبات المصري والمشروعات السابقة<sup>(١)</sup>. وقد جاء القانون مستوفيا إلى حد ما لمبادئ المدارس الوسطية، غير انه لم يخل من عيوب، اشرنا إليها عند مناقشة القانون عند صدوره في (ندوة الحقوقيين العراقيين) في ١٦/٤/١٩٧٠<sup>(٢)</sup>. وقد أقرت بوجود تلك العيوب الأسباب الموجبة لقانون التعديل الأول لقانون العقوبات (القانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٧٠) بقولها ((لوحظ وجود نواقص وثغرات في بعض مواد وأحكامه، تستوجب إعادة النظر فيها، ولقد اقتضت التعديلات الحالية على ما دعت إليه الضرورة العاجلة، ريثما يتم إعادة النظر في القانون بصورة شاملة))<sup>(٣)</sup>.

وفي حين كنا نتوقع إعادة النظر بصورة شاملة في القانون لمعالجة عيوبه تدفق زخم متواصل من تعديلات شاذة صيغت في ٢٦ قانون و ١٢٢ قرار أصدرها مجلس قيادة الثورة<sup>(٤)</sup>، متجاهلا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي

---

١. د. محمود محمود مصطفى، اصول قانون العقوبات في الدول العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٧٠، ص ١٤.

وقد تبين لنا ذلك ايضا عند اطلاعنا على المشروعات المصرية لقانون العقوبات، خصوصا مشروع سنة ١٩٦٦ لقانون العقوبات المصري ومشروع سنة ١٩٥٩ للقانون الجزائي الموحد للجمهورية العربية المتحدة.

٢. مجلة الحقوقي، سنة ٣، عدد ٤، بغداد ١٩٧٠، ص ٤٠٨.

٣. د. أكرم نشأت ابراهيم: القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٩٩، ص ٤٢.

٤. أنظر القوانين والقرارات المعدلة لقانون العقوبات في: قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، إعداد صباح صادق جعفر، الطبعة السادسة، بغداد ٢٠٠٠.

الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، ومستهيئا بكل القيم والمفاهيم الإنسانية والحضارية، إذ انطوت تلك التعديلات على استحداث ٤٤ جريمة أغلبها لا تستند إلى معيار سليم للتجريم منها ١٤ جريمة معاقب عليها بالإعدام إضافة لتشديد صارم لعقوبات ٤٩ جريمة جعل عقوبة ٢١ جريمة منها الإعدام. ويضم عقوبات الإعدام المستحدثة هذه إلى ٣٥ عقوبة إعدام لجرائم منصوص عليها أصلا في القانون، يبلغ عدد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في قانون العقوبات ٧٠ جريمة. كذلك استحدثت التعديلات عقوبات بشعة لبعض الجرائم وهي قطع اليد من الرسغ وقطع الرجل من مفصل القدم وقطع صوان الأذن المصحوب كل منها بوشم في الجبين (تم تعليق تطبيق القرارات الخاصة بعقوبات القطع بعد تنفيذها لفترة من الزمن). واستحدثت أيضا عقوبة الحجز وخولت شعب حزب البعث العربي الاشتراكي بتوقيعها على مرتكبي بعض الجرائم المستحدثة. وأخطر التعديلات هو الذي أحل عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة أينما وردت في قانون العقوبات، مما جعل العقوبات المقررة في هذا القانون تقتصر على الإعدام والسجن المؤبد والمؤقت والحبس والحجز.

(أنظر نماذج من القانونين والقرارات المعدلة لقانون العقوبات في الملحق - ١).

#### خامسا: تعديلات قانون العقوبات بأوامر سلطة التحالف المؤقتة

أصدر المدير الإداري لسلطة التحالف المؤقتة (ل.بول بريمر) الأوامر الثلاث التالية تضمنت تعديلات لقانون العقوبات<sup>(١)</sup>.

---

١. أنظر الأوامر الثلاثة المذكورة في: قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، الطبعة السابعة وتتضمن الطبعة الثالثة الصادرة عام ١٩٨٥ عن وزارة العدل مع التعديلات التي اجرتها سلطة التحالف، اعداد صباح صادق جعفر، بغداد ٢٠٠٤.

. أمر سلطة التحالف المؤقتة رقم ٧ الصادر في ١٠/٦/٢٠٠٣، يقضي بتطبيق الطبعة الثالثة من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ الصادر عام ١٩٨٥ عن وزارة العدل<sup>(١)</sup> مع مراعاة ما يلي:

. تعليق أحكام المادتين ٢٠٠ و ٢٢٥.

. عدم جواز إقامة دعاوى ضد مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية إلا بأذن خطي من المدير الإداري لسلطة التحالف المؤقتة: المواد ٨١-٨٤ و ١٥٦-١٨٩ و ١٩٠-١٩٥ و ١٩٨-١٩٩ و ٢٠١-٢١٩ و ٢٢٣-٢٢٤ و ٢٢٦-٢٢٨ و ٢٢٩.

ج. تعليق عقوبة الاعدام في كل حالة تكون فيها عقوبة الإعدام هي العقوبة الوحيدة المنصوص عليها لمعاقبة مرتكب جنائية. يجوز للمحكمة أن تستعيز عنها بمعاقبة المتهم بالسجن مدى الحياة أو بفرض عقوبة أخرى أقل منها، وفقا لما ينص عليه قانون العقوبات.

. أمر سلطة التحالف المؤقتة رقم ١٩ يقضي بتعليق أحكام المواد ٢٢٠-٢٢٢.

. أمر سلطة التحالف المؤقتة رقم ٣١ في ١٣/٩/٢٠٠٣ يقضي بما يلي:

. تعديل العقوبات المفروضة على مرتكبي جرائم الاختطاف الوارد ذكرها في المواد ٤٢٣، ٤٢٢، ٤٢١ من قانون العقوبات بغية فرض العقوبة القصوى بالسجن مدى الحياة على مرتكبي تلك الجرائم.

. تعديل العقوبات المفروضة على مرتكبي جرائم الاغتصاب والإعتداء المنافي للأخلاق المنصوص عليها في المادة ٣٩٣ من قانون العقوبات بغية فرض العقوبة القصوى بالسجن مدى الحياة على المدانين بارتكاب تلك الجرائم.

---

١. أنظر الطبعة الثالثة من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ في المرجع السابق.

## سادسا: إصدار الحكومة العراقية أمر بإعادة العمل بعقوبة الإعدام

بعد تشكيل الحكومة العراقية المؤقتة، أصدر مجلس الوزراء بموافقة مجلس الرئاسة الأمر رقم ٣ في ٨/٨/٢٠٠٤، بإعادة عقوبة الإعدام للجرائم التالية:

. الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد: ١٩٠، ١٩١ والفقرة ٣ من المادة ١٩٢ والمواد ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٦ والفقرتين ١ و ٢ من المادة ١٩٧.

. الجرائم ذات الخطر العام واستخدام المواد الجرثومية المنصوص عليها في المادة ٣٤٩ والفقرة ١ من المادة ٣٥١.

. الجرائم الخاصة بالاعتداء على سلامة النقل ووسائل المواصلات المنصوص عليها في المادتين ٣٥٤ و ٣٥٥.

. جرائم القتل العمد المنصوص عليها في المادة ٤٠٦.

. الجرائم المنصوص عليها في البنود (ب) و(ج) و(د) من الفقرة أولاً من المادة ١٤ من قانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ إذا كان الغرض من ارتكابها تمويل أو مساعدة الأفعال المنصوص عليها في المادة ١٩٠ من قانون العقوبات.

كذلك يعاقب بالإعدام من ارتكب جريمة خطف الأشخاص المنصوص عليها في المواد ٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٢٣ من قانون العقوبات.

## المبحث الأول

## تحديث قانون العقوبات العراقي في مجال التجريم

أولاً: معيار التجريم وتباين التجريم وتصاعده ومحاور سياسة التجريم

### . معيار التجريم

التجريم يعني إضفاء الحماية الجزائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الاجتماعية Social Interest التي تعتبر معياراً للتجريم، تعبر عن مطالب الجماعة كمجتمع إنساني، وتتطوي على المصالح العامة Public Interests المعبرة عن مطالب الجماعة باعتبارها شخصية قانونية. وتضمن هذه المصالح أمن المجتمع والنظم الاجتماعية وسلامة الأخلاق العامة والمحافظة على الثروة العامة، كذلك تتطوي المصالح الاجتماعية على المصالح الفردية individual Interests التي تضم في ثناياها المصلحة العامة، ذلك لأن الفرد هو أساس المجتمع ومن دونه لا يوجد مجتمع، لذا من مصلحة المجتمع حمايته<sup>(١)</sup>. وتتطوي المصالح الفردية التي تقتضي حمايتها: حق الفرد الإنساني في الحياة والحرية والأمان على شخصه وماله، وحقه في حرية الفكر والوجدان وحق التمتع بحرية الرأي والتعبير وحق التمتع بحماية القانون دون أي تمييز وبكل الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>.

### . تباين تجريم الأفعال وتصاعده

---

١. Roscos Pound: Criminal justice in America, Massachusetts, 1!

p.309.

٢. أنظر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في: حقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية الإقليمية، إعداد: د. محمود شريف بسيوني ود. عبد العظيم وزير، ود. محمد سعيد الدقاق، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٨٨.

باستعراض الأفعال التي يتم تجريمها يظهر أن ما يجرم منها في مجتمع خلال زمن معين قد يصبح مباحا بنفس المجتمع في زمن آخر بنفس الزمن.

إلا أنه يلاحظ عادة الثبات في تجريم طائفة من الأفعال المخلة بمصالح عامة أو فردية، تعتبرها كل المجتمعات وفي كل الأزمان مصالح اجتماعية جديرة بالحماية الجزائية، وتسمى بالجرائم التقليدية أو الأصلية، لكونها تنطوي على العدوان وانتهاك القيم والأخلاق الاجتماعية الأساسية الثابتة أو المصالح الفردية الحيوية التي تحرص الجماعة في كل زمان ومكان على حمايتها: كالتمرد على السلطة والقتل والسرقة.

في حين يبدو التباين واضحا في تجريم طائفة أخرى من الأفعال، تبعا لاختلاف المجتمعات وتفاوت الأزمان، وتسمى بالجرائم المستحدثة أو القانونية الصرف لأن القانون يخلقها، ليضمن بالعقوبات المقررة لها، حماية الأنظمة التي تضعها الدولة في المجالات السياسية والاقتصادية والمالية والإدارية والصحية، كالجرائم السياسية والاقتصادية والمالية وجرائم الرأي والنشر والجرائم التي تنطوي على أفعال مخالفة لأوامر ونواهي القانون فيما يتعلق بالتنظيم الإداري أو العمراني أو الصحي، وغير ذلك من شؤون المجتمع الأخرى، مما يعتبرها المشرع في تقديره ماسة بمصالح اجتماعية ويسميتها (المخالفات)، بينما لا تخرج عن كونها عدم امتثال لأمر أو نهى، وربما من غير قصد. والأصل إنها تحمي مصالح طارئة أو عارضة، مما يجعلها غالبا عرضة للإلغاء أو التعديل، وإدماجها في قانون العقوبات لا يوفر لهذا القانون القدر اللازم من الاستقرار. لذلك ظهر اتجاه حديث في التشريع المقارن، يقضي باستبعاد المخالفات من قانون العقوبات، واقتصاره على الجنايات والجرح، ووضع قانون مستقل للمخالفات لا يعتبرها المخالفة (جريمة جنائية) وإنما (جريمة إدارية)، تشارك الإدارة في تقريرها، وتقوم بتتبع المخالف ومحاكمته والحكم عليه وتنفيذ ما يحكم به، وتكون الغرامة هي الجزاء الوحيد للمخالف، وقد أخذت بهذا النظام ألمانيا الغربية ويوغسلافيا، كما أخذ بهذا النظام على نحو مختلف مشروع

قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٦<sup>(١)</sup>. وإننا نؤيد هذا الاتجاه ونرى أن يأخذ به قانون العقوبات العراقي المرتقب، فيستبعد المخالفات في سياق تحديثه. فاستبعاد المخالفات من قوانين العقوبات يخفف من حدة ازدياد الجرائم المستحدثة، الذي أصبح من سمات عالمنا المعاصر، وخاصة في المجتمعات النامية، ومنها مجتمعاتنا التي تواجه العديد من المشاكل الناشئة عن التغيرات الاجتماعية الحادة التي طرأت عليها<sup>(٢)</sup>، وأبرز مظاهرها التحضر السريع الضحل، وتغلب القيم المادية على القيم المعنوية، والتحلل الأخلاقي، والتفكك الأسري، وضعف السلطة الأبوية والزوجية، والتحرر السائب. وبدلاً من مضاعفة السلطات المختصة في هذه المجتمعات جهودها في الإصلاح الاجتماعي، لمعالجة المظاهر السيئة الطارئة، لجأت إلى التدخل بسلح التجريم والعقاب، فاصطنعت زخماً من الجرائم المستحدثة بحكم القانون. في حين إن الإسراف في التجريم من شأنه أن يزيد من عدد الجرائم والمجرمين، ويلقي على عاتق أجهزة الأمن أعباء جديدة تضعف قدرتها في الأداء، ويهرق المحاكم بأعداد متزايدة من القضايا، فيزداد تأخر الفصل فيها، أو تصدر أحكام متسارعة تتأذى منها مشاعر العدالة<sup>(٣)</sup>.

فللحد من تصعيد التجريم على هذا النحو، أوصى مؤتمر الأمم المتحدة الرابع لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في كيوتو سنة ١٩٧٠، بأن تقلل الدول من التشريعات التي تتضمن نصوص تجريم جديدة، وأن تراجع تشريعاتها لإلغاء النصوص المجرمة لأفعال لا تتسم بالخطورة التي تستدعي تجريمها، وأن تعمل على

---

١. د. محمود محمود مصطفى، الاتجاهات الحديثة في مشروع قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة، مجلة الشرق الأدنى، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، بيروت، ايلول، كانون الأول ١٩٦٧، ص ٩١٦ - ٩١٧.

٢. د. احمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، القاهرة ١٩٨٣، ص ٧.

٣. د. أكرم نشأت ابراهيم، السياسة الجنائية، الطبعة الثانية، بغداد ١٩٩٩، ص ٢٠ - ٢١.



تحويل ما أمكن من الجرائم المعاقب عليها جنائياً إلى أفعال تخضع لمساءلة تأديبية أو إدارية<sup>(١)</sup>.

كذلك أوصى المؤتمر العربي السابع للدفاع الاجتماعي المنعقد في القاهرة للفترة ٢٣-٢٦/١١/١٩٧٤، بضرورة مراعاة الحذر في عملية التجريم القانوني، لما تؤدي إليه من تضخم حجم الجرائم، دون أن يمثل هذا التضخم بالضرورة تغيراً اجتماعياً يتناسب مع تبلور الرأي العام تجاه الأفعال التي يشملها التجريم<sup>(٢)</sup>.

وأنا نؤكد على وجوب الالتزام عند تحديث قانون العقوبات العراقي بما أوصى به مؤتمر الأمم المتحدة والمؤتمر العربي السابع للدفاع الاجتماعي.

### . محاور سياسة التجريم

إن تباين تجريم الأفعال في المجتمعات يخضع للفلسفات التي تسود كل مجتمع، فتؤثر في آرائه بشأن ما هو مشروع وما هو غير مشروع من الأفعال وبعبارة أدق بما هو مغل من الأفعال بمصالح اجتماعية وما هو غير مغل منها بتلك المصالح.

وتدور هذه الفلسفات حول ثلاثة محاور هي: محور المثالية الاجتماعية Social Idealism، ومحور الحرية السياسية، ومحور الحرية الاقتصادية، ولكل من هذه المحاور قطبين يمثلان فكرتين متقابلتين<sup>(٣)</sup>.

فمن الناحية الاجتماعية تربط المثالية الاجتماعية بين النشاط الاجتماعي وبين المثل الخلقية والدينية، بينما تلحد المادية الاجتماعية Social Materialism بهذه

---

١. د. أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، القاهرة ١٩٧٢، ص ٣.

٢. تقرير المؤتمر العربي السابع للدفاع الاجتماعي، منشورات المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي، القاهرة ١٩٧٤، ص ٥.

٣. د. أحمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٩، ص ١٤٥.

المثل، وتطلق النشاط الاجتماعي حراً، طالما لا يثبت مادياً أو علمياً وجود مبرر للحد منه، إذ إن وظيفة نصوص التجريم لدى أنصار المذهب المادي، هي الحفاظ على النظام العام، وليس من مهمتها التدخل في الحياة الخاصة للأفراد، أو محاولة فرض أي نوع من أنواع السلوك المتعلق بالنواحي الأخلاقية والدينية، لأن هذه الاعتبارات تخص الأفراد وحدهم<sup>(١)</sup>.

ومن الناحية السياسية، الفلسفة السياسية لنظام الحكم الديمقراطي تقدر الحريات الفردية، وتسمح لها القيام والعمل إلى جانب إرادة الدولة، بينما تذيب فلسفة النظام التسلسلي الإرادة الفردية في إرادة الدولة.

ومن الناحية الاقتصادية، تترك فلسفة الاقتصاد الحر النشاط الاقتصادي والعلاقات الاقتصادية لمحض تصرف الأفراد، بغير تدخل الدولة، بينما تعد الدولة في فلسفة الاقتصاد الموجه، قائداً للحياة الاقتصادية ومهيماً عليها.

ومما لا شك فيه أن هذه الفلسفات يرد عليها التدرج، فقد تكون الفلسفة معتدلة، وقد تكون منحازة إلى أحد قطبيها بمديات متفاوتة في الانحياز الذي يبلغ حد التطرف.

وبصفة عامة يبدو المحور الاجتماعي أكثر نشاطاً في مجال الجرائم العادية، سواء كان اعتداء على الشخص أو المال أو العرض، والمحور السياسي أكثر نشاطاً في مجال الجرائم العامة التي يقف فيها الفرد إزاء الدولة كسلطة سياسية، والمحور الاقتصادي أكثر نشاطاً في مجال الجرائم الاقتصادية التي يقف فيها الفرد إزاء الدولة كسلطة اقتصادية.

---

١. د. سمير الجزوري، الجرائم ضد العائلة وضد الأخلاق الجنسية، المجلة الجنائية القومية، مجلد ٥، عدد ٢، القاهرة ١٩٦٠، ص ١١٥ و ١٣٨٧.

وهكذا يمكن وصف كل سياسة تجريم تبعا لطبيعة الفلسفة الغالبة عليها في النواحي الاجتماعية والسياسية والاقتصادية<sup>(١)</sup>.

## ثانيا: تحديث محاور سياسة التجريم في قانون العقوبات العراقي

### . المحور السياسي لسياسة التجريم

السياسة التسلطية لنظام الحكم السابق القائم على اساس انطواء الفرد في الجماعة وذوبانه في إرادة الدولة، وسعت في قانون العقوبات نطاق تجريم الأفعال الموجهة ضد الدولة (الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي)، وتجريم الأفعال الموجهة ضد الحكام (الجرائم الواقعة على السلطة العامة)، وتجريم ما يعد من صور التعبير غير المشروع (جرائم الرأي والصحافة). كذلك اتجهت سياسة التجريم إلى صياغة النصوص التي تحدد تلك الجرائم في صيغ فضفاضة تؤدي إلى التوسع في تفسيرها، فيفسح السبيل إلى التحكم والاستبداد القضائي. كم عمدت تلك السياسة إلى نزع الصفة السياسية عن كثير من الجرائم التي كانت تعتبر سياسية بحكم الباعث أو الغاية منها.

في حين أن الفلسفة السياسية لنظام الحكم الديمقراطي الحالي التي تقدر الحريات الفردية، وتسمح لها بالقيام والعمل بجوار الدولة، تقضي بتقليص الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، والجرائم الواقعة على السلطة العامة، وجرائم الرأي والصحافة، والحرص على صياغة النصوص التي تحدد هذه الجرائم بدقة، للحيلولة دون التوسع في تفسيرها. وكذلك الاحتفاظ بالصفة السياسية للجرائم السياسية بحكم الباعث أو الغاية منها، باستثناء الجرائم الإرهابية التي لا يجوز اعتبارها سياسية، لكونها تثير الذعر والرعب، لما ينشأ عنها من خطر يهدد المجتمع بأسره دون أن يقتصر ذلك الخطر على نظام الحكم، بأحداث التفجيرات في الأماكن العامة ونسف المباني وتسميم مياه الشرب ونشر الأوبئة. وتفاقم الجرائم الإرهابية

خلال السنوات الأخيرة وتزايد خطورتها، يقتضي إخضاعها إلى قواعد موضوعية وإجرائية أكثر شدة وأحكاماً من القواعد الموضوعية والإجرائية التي تخضع لها الجرائم العادية. ولم يغفل عن ذلك مجلس وزراء الداخلية العرب الذي اعتمد الاستراتيجية العربية لمكافحة الإرهاب، التي نصت على ((أعداد قانون عربي نموذجي لمكافحة الإرهاب، وتضمنه القواعد الموضوعية والإجرائية الكفيلة بمواجهة الجرائم الإرهابية، للاسترشاد به من قبل الدول العربية، عند إعدادها مثل هذا القانون))<sup>(١)</sup>. وأننا ندعو لوضع مثل هذا القانون المكمل لقانون العقوبات في العراق.

### . المحور الاقتصادي لسياسة التجريم

ألّتم نظام الحكم السابق بفلسفة الاقتصاد الموجه التي تعد الدولة قائداً للحياة الاقتصادية ومهيماً عليها، تتدخل كما تشاء في سير الاقتصاد وإدارة شؤونه.

ولتحقيق النظام هيمنته على جميع الشؤون الاقتصادية، لجأ إلى استحداث زخم من الجرائم الاقتصادية، ومعظمها مما لا يمس الضمير الإنساني بعدم مشروعيتها أو مساسها بالأخلاق، بحيث لا يرى الناس فيها إلا تدخلاً تحكيمياً من جانب السلطة العامة.

في حين جاء العهد الجديد يبشر باتباع فلسفة الاقتصاد الحر، التي تترك النشاط الاقتصادي والعلاقات الاقتصادية لمحض تصرف الأفراد بغير تدخل من قبل الدولة. وبالتالي يقتضي أن ينطوي تحديث قانون العقوبات على تجريمه من الجرائم الاقتصادية إلى هي من مخالفات نظام الاقتصاد الموجه.

### . المحور الاجتماعي لسياسة التجريم

---

١. د. أكرم نشأت إبراهيم، قواعد موضوعية وإجرائية لمواجهة جرائم الإرهاب، مجلة الأمن والحياة، تصدرها أكاديمية نايف العربية في الرياض، عدد ٢١٢، إبريل، مايو ٢٠٠٠، ص ١٤٤.

جرم قانون العقوبات العراقي عدد غير قليل من الجرائم التي ينطوي عليها المحور الاجتماعي منها: الجرائم الماسة بالشعور الديني وجرائم الاغتصاب والواط وهتك العرض والزنا والبغاء التحريض على الفسق والفجور والمخلة بالآداب والأخلاق العامة والفعل الفاضح المخل بالحياء والإجهاض والإخلال بواجبات الأبوة ورعاية القاصرين وهجر العائلة. وما يماثل هذه النصوص واردة في قوانين الدول العربية الأخرى. وفي كل ذلك يدل على إن قانون العقوبات ألّتم إلى حد كبير بالمثالية الاجتماعية، غير انه لم يبلغ الحد الذي كان من المفروض أن يبلغه في هذا المجال، نظرا لارتباط المجتمع العراقي بالنظام الاسلامي. حيث يلاحظ أن هذا القانون لا يجرم الاتصالات الجنسية غير المشروعة بين البالغين غير متزوجين دون علانية، كما لا يجرم زنى الزوج في غير منزل الزوجية. في حين أن كلا الفعلين المنكرين هما من جرائم الحدود المعاقب عليها في الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>. مما يقتضي تجريم الفعلين المذكورين عند تحديث قانون العقوبات.

علما بأن المؤتمر العربي السابع للدفاع الاجتماعي الذي شاركت به في القاهرة في ٢٣-٢٦/١١/١٩٧٤ دعا إلى ((ضرورة مراجعة التشريعات الجنائية العربية، بغرض جعل قواعدها متسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، بوصفها الشريعة السائدة في المجتمع العربي، ولجعلها منسجمة مع واقع البيئة العربية ومتفقة مع تراثها وتقاليدها، وملائمة لتطور المجتمع العربي ونمو حضارته في العصر الحديث))<sup>(٢)</sup>.

### ثالثا: استحداث جرائم جديدة

#### . جرائم الحاسب الإلكتروني والإنترنت

---

١. د. أكرم نشأت ابراهيم: السياسة الجنائية، ص ٢٧-٢٨.

٢. تقرير المؤتمر العربي السابع للدفاع الاجتماعي، ص ٦.

بفضل التقدم الواسع في مضمار العلم، تم التوصل إلى اختراع تقنيات حديثة آلية وكهربائية وإلكترونية، وفي مقدمتها الحاسب الإلكتروني والإنترنت، انتشر استخدامهما في العالم وفي مختلف المجالات لفوائدهما المتعددة والمتميزة بأهمية كبيرة، غير أن للجرائم الناشئة عن استخدامهما خطورة بالغة. وقد سارعت الدول المتقدمة إلى وضع قوانين خاصة بهذه الجرائم، أو إضافة نصوص خاصة بها في قانون العقوبات<sup>(١)</sup>. وفي حين لازل قانون العقوبات العراقي يفتقر إلى ذلك، فإنه من الضروري إضافة نصوص خاصة بتلك الجرائم إلى قانون العقوبات عند تحديثه.

### . جريمة غسيل الأموال

في ظل تدوير الاقتصاد العالمي ونمو أسواق المال الدولية، أصبح من اليسير انتقال رؤوس الأموال المختلفة، مما حمل في طياته تنامي حركة الجريمة المنظمة، وتزايد حركة تداول أموال المنظمات الإجرامية على المستوى المحلي والدولي، بهدف تغيير صفة الأموال التي تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة كما لو كانت تولدت من مصدر مشروع، وهذا ما يطلق عليه غسيل الأموال.

ونظرا للآثار السيئة لغسيل الأموال على التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فقد اتخذت الدول المتقدمة إجراءات لمكافحته، بما في ذلك تجريمه بقانون خاص أو بإضافة نص يقضي بذلك إلى قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>. ولما كان لا يوجد مثل هذا النص في قانون العقوبات العراقي، فإنه يقتضي إضافته إلى القانون عند تحديثه.

---

١. د. أكرم نشأت ابراهيم، علم الاجتماع الجنائي، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٩٩، ص ٨٨-٩٨.

٢. د. سيد شرجي عبد المولى، عمليات غسيل الأموال وانعكاساتها على المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدرها أكاديمية نايف العربية في الرياض، عدد ٢٨، مجلد ١٤، أكتوبر ١٩٩٩، ص ٩٩-٣٢٥.

## المبحث الثاني

### تحديث قانون العقوبات العراقي في مجال العقاب

لقد بالغ قانون العقوبات العراقي في قسوة العقوبات التي حددها للجرائم، حيث بلغ عدد الجرائم المعاقب عليها بالإعدام ٧٠ جريمة، وعدد الجرائم المعاقب عليها بالسجن المؤبد ٢٨ جريمة، مع تحديد عقوبات عدد غير قليل من الجرائم بعقوبات سجن وحبس لمدة بحددين أعلى وأدنى مرتفعين. كما صدر قرار نص على ((إحلال

عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة أينما وردت في قانون العقوبات))، وقرار آخر أضاف عقوبة الحجز إلى العقوبات المقررة فأصبحت العقوبات المقررة في القانون تضم عقوبات الإعدام والسجن المؤبد والمؤقت والحبس والحجز، أي تقتصر على عقوبة الإعدام وعقوبات سالبة للحرية.

ويبدو واضحاً أن سياسة العقاب القاسية التي اتسم بها قانون العقوبات العراقي، تخالف ما جاء في المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أنه ((لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة والعقوبة القاسية أو اللأنسانية أو الحاطة بالكرامة)). وتخالف هذه السياسة الخاطئة أيضاً ما جاء في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة من تأكيد إيمان شعوب العالم بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره.

ونظام الحكم السابق الذي استهان بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبميثاق الأمم المتحدة، كذلك استهان بسياسة العقاب المعاصرة التي توصل إليها الفقه الجنائي بجهوده المتعاقبة على مدى ثلاثة قرون، والتي تقضي بتحديد عقوبات معتدلة تحقق أغراضها وهي إصلاح الجاني بالدرجة الأولى ثم الردع العام والعدالة دون المساس بالحقوق الأساسية للإنسان. وقد أقرت التشريعات الحديثة هذه السياسة، ومنها ما قدر أن أهميته ترقى إلى مرتبة اعتباره مبدءاً دستورياً، فالمادة ٢٧ من الدستور الإيطالي الصادر في سنة ١٩٤٧ تنص على أنه ((لا يجوز أن تكون العقوبة معاملة مناقضة للشعور الإنساني، ويتعين أن تتجه إلى إعادة تهذيب المحكوم عليه))<sup>(١)</sup>.

وعليه يقتضي عملاً بسياسة العقاب المعاصرة، التزام قانون العقوبات العراقي عند تحديثه بالاتجاهات الحديثة في تحديد العقوبات، بإتباع ما يلي:

---

١. أنظر الدستور الإيطالي في: الموسوع العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدرها الإدارة العامة للتشريع والفتوى بوزارة العدل المصرية، القاهرة ١٩٦٦، ص ٦٩.



## أولاً: حصر عقوبة الإعدام في أضيق نطاق

عقوبة الإعدام بالغة القسوة تتم عن وحشية لا تتفق وتقدم المدنية<sup>(١)</sup>. لذلك يتجه التطور التشريعي إلى حصر تطبيق هذه العقوبة في أضيق نطاق، ويعد هذا الاتجاه استجابة جزئية للرأي المناهض لعقوبة الإعدام<sup>(٢)</sup>. لذلك يجب اقتصار الجرائم المعاقب عليها بالإعدام على جرائم محدودة ذات خطورة بالغة<sup>(٣)</sup>، ولا تقرر كعقوبة وحيدة وإنما بالخيار مع الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية، ولا يجوز توقيعها إلا بإجماع أعضاء المحكمة، ويعتبر الطعن فيها بحكم القانون أمام المحكمة الأعلى، ولا يجوز تنفيذها قبل تصديق رئيس الدولة عليها<sup>(٤)</sup>.

في حين أن الرأي المناهض لعقوبة الإعدام يدعو لإلغائها، لكونها غير مشروعة لمساسها بحق الحياة الذي لم يمنحه المجتمع لأفراده ولم ينزل عنه إلى المجتمع لأفراده ولم ينزل الأفراد عنه إلى المجتمع، فليس له بالتالي حرمانهم منها، كما أوضح ذلك ((بكاريا)) مؤسس المدرسة التقليدية في كتابه ((الجرائم والعقوبات))<sup>(٥)</sup>، وعبر عنه أخيراً بوضوح ((مارك آنسل)) زعيم الجناح المعتدل لحركة الدفاع الاجتماعي الحديث بقوله ((في عالم مطالب بأن يكون إنسانياً ومؤمناً بحقوق الإنسان العالمي، أول حق للشخص هو حق الحياة الذي يجب أن يكفله المجتمع له. لذلك فإن أول واجب للدولة هو أن تمتنع عن القتل))<sup>(٦)</sup>.

---

١. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة السادسة، القاهرة ١٩٦٤، ص ٤٨٠.

٢. د. محمود نجيب حسني، دروس في العقوبة، القاهرة ١٩٦٢، ص ٤٣.

٣. Mare Ancel: The problem of the death penalty, capital punishment, Edited by Thorsten sellin, New York 1960, p.10.

٤. توصيات ندوة توحيد القوانين في الأقطار العربية، وثائق الندوة، منشورات اتحاد الحقوقيين العرب، بغداد ١٩٧٦، ص ١٢.

٥. بكاريا (تشيرازي)، الجرائم والعقوبات، ترجمة: د. يعقوب محمد حياتي، الكويت ١٩٨٥، ص ٦٩.

٦. Ancel: Death penalty, p.21.

وقد استجابت العديد من دول العالم إلى دعوة المنادين بإلغاء عقوبة الإعدام فألغتها<sup>(١)</sup>، بينما لا زالت بقايا التخلف التي تشوب المجتمع العراقي - ولا تخلو منها كافة المجتمعات النامية - لا تسمح بإلغاء عقوبة الإعدام في العراق، لذلك اكتفينا بالدعوة إلى تضيق نطاقها في قانون العقوبات على النحو الذي سبق بيانه، إلى حين زوال مخلفات التخلف وملاءمة ظروف المجتمع لإلغاء تلك العقوبة البالغة القسوة المخلة بحق الإنسان في الحياة.

### ثانيا: نبد العقوبة السالبة للحرية المؤبدة

العقوبة السالبة للحرية المؤبدة هي وإن كان من المفروض فيها استغراقها حياة المحكوم عليه، إلا أن ذلك لا يتم فعلاً، بموجب المادة ٨٧ من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أن ((السجن هو إيداع المحكوم عليه في إحدى المؤسسات المخصصة قانوناً لهذا الغرض لمدة عشرين سنة إن كان مؤبداً أو المدة المبينة في الحكم إن كان مؤقتاً)) والعشرين سنة هي المدة المعينة كحد أعلى للعقوبات السالبة للحرية المؤبدة وهكذا لا تعني العقوبة السالبة للحرية المؤبدة في الواقع سوى أقصى عقوبة سالبة للحرية مؤقتة حدد القانون مدتها تحديداً ثابتاً، فسلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد مدتها، مما يتعارض بحدة مع قاعدة تفريد العقاب. ويدفعنا بالتالي إلى الدعوة لنبد هذا النوع الجامد من العقوبة عند تحديث قانون العقوبات العراقي<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: توحيد العقوبات السالبة للحرية

---

١. Ancel: Death penalty, p.10.

٢. د. أكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٦٥، ص ٦٩ - ٧٠.

لا يوجد مبرر لتنوع العقوبات السالبة للحرية، لأن أهم غرض يستهدف بالعقوبة السالبة للحرية هو التأهيل، وسبيله هو تطبيق نظام علاجي تهذيبي، ولا يستهدف هذا النظام إيلا، وإنما يقتصر الإيلا على مجرد سلب الحرية، وبذلك يصبح توحيد العقوبات السالبة للحرية ضرورة منطقية، ذلك إنه إذا كان كل معنى العقاب يتحقق بسلب الحرية، فإن هذا المعنى يتحقق بالنسبة لكل عقوبة سالبة للحرية. فالفرق بين العقوبات السالبة للحرية هي مجرد فروق نظرية، أما التنفيذ فيتحدد بالنسبة له نظامها، ويعني ذلك توحيداً فعلياً بينهما<sup>(١)</sup>. ففي العراق ينفذ السجن والحبس في نفس المؤسسة العقابية والجمع يخضعون لنظامها، ونرى تسمية العقوبة السالبة للحرية الموحدة بالحبس فهو يعبر عن المقصود منه، في حين أن كلمة السجن تعني المكان الذي يتم فيه الحبس.

#### رابعاً: توسيع نطاق عقوبة الغرامة

للغرامة مزايا تمتاز بها عن العقوبة السالبة للحرية من عدة وجوه أهمها ما يلي:

. أنها غير مفسدة كالعقوبة السالبة للحرية عندما يساء تنفيذها، وغير مفسدة كالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة دوماً لقصر مدتها التي لا تكفي أصلاً لتطبيق برنامج تأهيل المحكوم عليه في حين إنها تكفي لإفساده من جراء اختلاطه بمجرمين أكثر خطورة منه.

. أنها مؤلمة دائماً لأنها تسبب فقدان جزء من المال المتميز بأهميته للجميع وفي كل الأحوال، بينما لا تؤلم العقوبة السالبة للحرية بعض من يألفونها.

. يمكن تلافيها إذا أخطأ القاضي في توقيعها برد مبلغها.

---

١. د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٢٠.

. تنفيذها لا يكلف الدولة نفقات كالعقوبات السالبة للحرية، وإنما بالعكس تستفيد الدولة من حصيلتها، وقد تتيح لها تخصيص جزءا من غلتها للتعويضات التي يستحقونها المجنى عليهم.

هذه المزايا تبرز أهمية إحلال الغرامة محل العقوبة السالبة للحرية بوجه عام في جميع الجرائم غير الجسيمة عندما لا يكون المجرم ذو خطورة إجرامية، وبوجه خاص إحلالها محل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وهو ما يجب أتباعه في قانون العقوبات العراقي عند تحديثه<sup>(١)</sup>.

كذلك نرى عدم إبدال الغرامة عند تعذر تحصيلها بعقوبة سالبة للحرية، وإنما أبدالها بعمل تقويمي دون سلب الحرية، كما تقضي بذلك المادة ٢/٢٧ من قانون العقوبات البلغاري التي تنص على أبدال الغرامة المتعذر تحصيلها بعمل تقويمي دون سلب الحرية بمعدل يوم واحد عمل تقويمي لكل ٢٥٠ ليفاس من الغرامة لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، ذلك لأن إبدال الغرامة بعمل تقويمي أفضل من أبدالها بالحبس، نظرا لإخلال الطريقة الأخيرة بقاعدة المساواة أمام القانون، إذ بوسع الموسر دفع الغرامة فينجو من التعرض لعقوبة الحبس البديلة، بينما يزج المحكوم عليه بالغرامة المعدم في السجن لعجزه عن أدائها فتصيبه الأضرار الناجمة عن عقوبة الحبس البديلة<sup>(٢)</sup>.

---

١. Mohamed Ali Hassan: LA amende penal dans les droit moderenes et Speciallement dans le code panal Suisse, These (Geneve) Beyrouth, 1958, p.73.

٢. د. أكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص ١٣٠.

## خاتمة

السياسة الجنائية التي يلتزم بها قانون العقوبات في كل دولة، تتأثر باتجاهات الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لنظام الحكم القائم، ونظرا لحلول نظام الحكم الديمقراطي والاقتصاد الحر محل نظام الحكم التسلطي والاقتصاد الموجه في العراق، فانه لا بد من الإسراع في تحديث قانون العقوبات العراقي في خدمة وحماية حقوق الإنسان، وفق اتجاهات الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لنظام الحكم الجديد. وقد تناولنا ذلك في مبحثين: خصصنا المبحث الأول لتحديث القانون في مجال التجريم، وأفردنا المبحث الثاني لتحديث القانون في مجال العقاب، بعد أن استعرضنا في مبحث تمهيدي تطور قانون العقوبات وواقعه الحالي في العراق.

وقد أوصينا في المبحث الأول بشأن تحديث القانون في مجال التجريم ما يلي:

. مراعاة الحذر في التجريم للحيلولة دون تضخم حجم الجرائم.

. تقليص الجرائم الماسة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، والجرائم الواقعة على السلطة العامة، وجرائم الرأي والنشر، والجرائم الاقتصادية. وصياغة النصوص الخاصة التي تحدد هذه الجرائم بدقة للحيلولة دون التوسع في تفسيرها.

. استحداث جريمة غسيل الأموال، وجرائم سوء استخدام الحاسب الإلكتروني والإنترنت.

. تجريم الاتصال الجنسي غير المشروع بين بالغين غير متزوجين دون علانية وتجريم زنى الزوج ولو تم في غير منزل الزوجية.

. استبعاد المخالفات من قانون العقوبات.

. وضع قانون مكمل لقانون العقوبات يتضمن قواعد موضوعية وإجرائية لمواجهة الجرائم الإرهابية، أكثر تشددا من القواعد الموضوعية والإجرائية التي تخضع لها الجرائم العادية.

وأوصينا في المبحث الثاني بشأن تحديث القانون في مجال العقاب ما يلي:

. عدم جواز تحديد عقوبات قاسية أو لا إنسانية أو حاطة بالكرامة.

. وجوب الالتزام بتحديد عقوبات معتدلة تستهدف بالدرجة الأولى إصلاح الجناة ثم العدالة والردع العام، دون المساس بالحقوق الأساسية للإنسان.

. حصر عقوبة الإعدام في أضيق نطاق.

. نبذ العقوبة السالبة للحرية المؤبدة.

. توحيد العقوبة السالبة للحرية.

. توسيع نطاق عقوبة الغرامة، واستبدالها عند تعذر تحصيلها بعقوبة عمل تقويمي بدل العقوبة السالبة للحرية.

. إحلال عقوبة الغرامة بدل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

وإننا إذ نعرض هذه التوصيات، نأمل مخلصين أن تلقى القبول من المشرع العراقي عند تحديثه قانون العقوبات.

## ملحق

نماذج من القوانين والقرارات المعدلة

لقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

. قرار ٢٦ في ١٩٧١/١/٩

منح وزير الداخلية صلاحية حجز الأشخاص المشتبه في سلوكهم الإجرامي من غير السياسيين في المحلات المخصصة لذلك وتحديد محلات إقامتهم في أماكن معينة، ويعتبر الشخص المحجوز موقوفا قانونا.

. قانون ١٠٧ لسنة ١٩٧٤ وقانون ١٤٥ لسنة ١٩٧٦ وقانون ١١١ لسنة ١٩٧٨ أضافت ما يلي:

مادة ١/٢٠٠ يعاقب بالإعدام:

. كل من انتمى أو ينتمي إلى حزب البعث العربي الاشتراكي إذا أخفى عن عمد انتماءاته وارتباطاته الحزبية والسياسية السابقة.

. كل من انتمى وينتمي إلى حزب البعث العربي الاشتراكي إذا ثبت أنه يرتبط أثناء التزامه الحزبي بأية جهة حزبية أو سياسية أخرى أو يعمل لحسابها أو لمصلحتها.

ج. كل من انتمى أو ينتمي إلى حزب البعث العربي الاشتراكي وثبت انتمائه بعد انتهاء علاقته بالحزب إلى أي جهة حزبية أو سياسية أخرى أو يعمل لحسابها أو لمصلحتها.

د. كل من كسب إلى أية جهة حزبية أو سياسية شخصا له علاقة تنظيمية بحزب البعث العربي الاشتراكي، أو كسبه إلى تلك الجهة بعد انتهاء علاقته بالحزب بأي شكل من الأشكال وهو يعلم بتلك العلاقة.

٣. قرار ٨٤ في ١٩٨٦/١١/٤

أولا. يعدل نص المادة ٢٢٥ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على الوجه الآتي:



. يعاقب بالسجن المؤبد ومصادرة أمواله المنقولة وغير المنقولة من أهان بأحدي طرق العلانية رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أو مجلس قيادة الثورة أو حزب البعث العربي الاشتراكي أو المجلس الوطني أو الحكومة. وتكون العقوبة الإعدام إذا كانت الإهانة أو التهجم بشكل سافر ويقصد إثارة الرأي العام ضد السلطة.

. يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس أو بالغرامة من أهان بإحدى طرق العلانية المحاكم أو القوات المسلحة أو غير ذلك من السلطات العامة أو الدوائر أو المؤسسات الحكومية.

ثانيا: تلغى المادة ٢٢٦ من قانون العقوبات.

٤. قرار ٣٤١ في ٢٤/٨/١٩٩٠

أولاً: يعد إيواء أجنبي بقصد إخفائه عن السلطة جريمة من جرائم التجسس.

ثانياً: يعاقب بالإعدام كل من ارتكب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من هذا القرار.

. قرار ٣٩ في ١١/٤/١٩٩٤ المعدل بقرار ١٣٥ في ٢/١١/١٩٩٦

تعد الأفعال الآتية من جرائم تخريب الاقتصاد الوطني من الجرائم المخلة بالشرف، ويعاقب مرتكبها وكل من ساهم في ارتكابها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت أو الحبس مدة خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على مئة ألف دينار. وللمحكمة أن تصادر أموال المحكوم عليه مع ما يتناسب مع جسامة الضرر.

. أخرج الأدوية والمستلزمات والأجهزة الطبية وغيرها من المواد والأدوات الاحتياطية بصورة غير مشروعة من المؤسسات الصحية الرسمية والجمعيات ذات النفع العام.

. تزوير المستندات والسجلات الرسمية الخاصة بالأدوية والمستلزمات والأجهزة الطبية وغيرها من المواد والأدوات الاحتياطية بقصد أخفاء التصرفات غير القانونية في هذه المواد.

ج. حيازة الأدوية والمستلزمات والأجهزة الطبية وأدواتها الاحتياطية من قبل المؤسسات الصحية غير الرسمية، إذا كانت هذه المواد غير مجهزة من مصدر معترف به رسمياً بموجب قوائم أصلية.

. قرار ٧٠ في ١٩٩٤/٦/٢١

. تمنح قيادة الشعبة الحزبية لحزب البعث العربي الاشتراكي أو مجلس الشعب في المنطقة كل على حدة صلاحية لمدة سنة واحدة لكل من احتكر عن طريق الخزن والامتناع عن بيع إحدى السلع المماثلة للسلع الواردة في البطاقة التموينية، وتكون العقوبة الحجز لمدة ثلاث سنوات مع غلق المحل وإلغاء الأجازات الممنوحة له في حالة العود، وتتخذ القرارات بالأغلبية.

. تسري العقوبات الواردة في الفقرة (١) من هذا القرار على المزارع الذي يمتنع عن تسويق الحبوب إلى الجهة الرسمية المختصة.

. قرار ٧٤ في ١٩٩٤/٦/٢٣

تمنح قيادة الشعبة الحزبية لحزب البعث العربي الاشتراكي ومجلس الشعب في المنطقة كل على حدة صلاحية الحجز مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث

سنوات لكل من باع أو اشترى عملة أجنبية خارج المكاتب المجازة أو تواطأ مع العاملين في المكاتب المجازة أو المصارف. وتكون مدة الحجز خمس سنوات في حالة العود. ويتخذ قرار الحجز في الحالتين بالأغلبية. وإذا كون الفعل المذكور تخريباً في الاقتصاد الوطني وضرراً بالغاً بالمصلحة العامة، يحال المتهم إلى قاضي التحقيق لأخذ الإجراءات، وتكون عقوبته قطع اليد اليمنى من الرسغ وقطع الرجل من مفصل القدم في حالة العود. (الفقرة الأخيرة لم تعد مطبقة بعد تعليق عقوبة القطع).

. قرار ٩٥ في ٢٧/٧/١٩٩٤

يعاقب بالإعدام كل من هرب سيارة أو شاحنة أو إحدى المكائن أو الآلات المستعملة لأغراض الحفر أو السداد أو لأي غرض مشابه إلى خارج العراق أو إلى جهة معادية.

. قرار ١٦ في ١٦/٢/١٩٩٥

أولاً: تمنع ممارسة تسلّم أي مال من آخرين بأية طريقة لقاء فائدة ظاهرة أو خفية تزيد على الحد الأقصى المقررة قانوناً.

ثانياً: إذا ارتكب الفعل المنصوص عليه في البند (أولاً) من هذا القرار إلى تخريب اقتصادي، أو ارتكب أثناء الحرب أو الحصار المفروض على العراق، يعاقب المخالف بالإعدام ومصادرة أمواله المنقولة وغير المنقولة.

ثالثاً: مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب المخالف لأحكام البند (أولاً) من هذا القرار بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وفي حالة العود تكون العقوبة السجن المؤبد ومصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة.

. قرار ١٠ في ١٦/١/١٩٩٦

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من ظهر في الأماكن العامة متخذاً حرساً لحمايته لم يتقرر له من جهة مخولة بذلك، ويعاقب أفراد الحرس بالعقوبة ذاتها، ولا يحول ذلك دون فرض عقوبة أشد إذا كون الفعل المرتكب جريمة أخرى.

. قراره في ١٧/١/١٩٩٨

تحل عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة أينما وردت في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، على أن لا تزيد على الحبس البسيط لمدة ثلاثة أشهر في المخالفة.

نطاق الحماية الجنائية للبيئة  
دراسة في التشريع الأردني

إعداد

د. نظام توفيق المجالي

كلية الحقوق / جامعة مؤتة

## نطاق الحماية الجنائية للبيئة

### دراسة في التشريع الأردني

د. نظام توفيق المجالي

كلية الحقوق / جامعة مؤتة

#### الملخص:

تطالعنا التشريعات الحديثة وتوصيات المؤتمرات الدولية والإقليمية خطورة مستحدثة ناجمة عن محصلة الأنشطة الصناعية والتجارية والزراعية ذات أضرار جسيمة على البيئة والطبيعة، وخطورتها في المقام الأول تصيب الإنسان في صحته وسلامته، مما يحتم على الدولة والمؤسسات الوطنية والأهلية مواجهتها بالأنظمة والقوانين للحيلولة دون تحقق الضرر أو الخطر، ولكن في حدود المحافظة على مدخلات التطور الصناعي والتجاري والزراعي.

والحماية القانونية للبيئة في التشريعات الوطنية عن طريق تنظيم الأوضاع الناشئة عن الأنشطة المذكورة، قد لا تفي في كثير من الأوضاع لحماية البيئة. مما يستلزم تدخل المشرع في تلك القوانين بصفته الجزائية لتقرير جزاء جنائي يقرر حمايته لقواعد غير جنائية، تهدف ذات الغاية وهي حماية البيئة ذات الغاية وهي حماية البيئة. وهذا الجزاء ليس مقصوداً بذاته بل وسيلة لإصلاح الضرر الذي يصيب البيئة من خلال تقرير الجزاء على من لا يحترم القواعد التنظيمية الواردة في القوانين غير الجزائية.

ودراستنا تهدف إلى إبراز أوجه ونطاق الحماية الجزائية وفق منهج المشرع الأردني في التشريعات ذات الصلة بحماية البيئة بصفة خاصة، وقانون العقوبات بصفة عامة.

#### Abstract:-

recent legislations and conferences warn of a serious infringement of environment and nature. This infringement will

firstly harm humans health and safety. The matter which definitely requires the intervention of the state in the aim of enacting the legislations that aim at protecting the environment and at the same time at encouraging industrial, commercial and agricultural development.

This article focuses on the main dimensions and scope of legal environmental protects Jordanian laws, particularly the Jordanian penal code and the Acts relating to environment.

## المقدمة: -

### - عرض المشكلة:

يطالعنا تطور الحضارة المدنية بمظاهرها المتعددة الصناعية والتجارية وما يقدم العلم من جديد في كل يوم، أوضاعاً كثيرة وجديدة تحتاج في جميع الأحوال إلى التنظيم والإدارة، ولا يتم ذلك إلا بقواعد قانونية جديدة تواجه هذا التطور السريع.

وخطورة الأوضاع الناشئة عن هذا التطور للأنشطة الصناعية والتجارية وغيرها تمس البيئة في المقام الأول، مما يتطلب الاهتمام بحمايتها من كل ما يؤثر فيها، لان الاعتداء عليها والأضرار بها يعتبر اعتداء واضرار بكل فرد في المجتمع وهو ما استلزم تدخل الدول بحمايتها عن طريق القوانين والأنظمة التي تعنى بالنواحي التنظيمية لكل مشاكل البيئة وخاصة التلوث الذي اصبح يهدد العالم مع تطور الوسائل الحديثة للنقل والصناعات عامة<sup>(١)</sup>.

وتدخل الدولة لحماية البيئة عن طريق القوانين والأنظمة يتم بوضع القواعد والقيود لما يمكن أن يكون عليه النشاط الصناعي والتجاري والزراعي وعلى نحو لا يؤثر سلبياً على البيئة، إلا أن هذه القوانين والأنظمة شأنها في ذلك شأن الكثير من القواعد التنظيمية في فروع القوانين الأخرى، تحتاج دائماً لكي تحظى على نفسها بالاحترام والإلزامية من أفراد المجتمع والهيئات المختلفة الى نوع من الحماية الجزائية أي إلى تقرير مجموعة من الجزاءات الجنائية توقع على من تسول له نفسه عدم احترام قواعدهم المختلفة، اعتماداً على ما يتمتع به الجزاء الجنائي من إلزامية وقهر يجبر في الغالب المخاطبين بالقاعدة على احترامها<sup>(٢)</sup>.

---

١. أنظر أحمد مدحت إسلام: التلوث: مشكلة العصر، الكويت، مطابع السياسة، مطبعة عالم المعرفة، ١٩٩٠، ص ٩ أو بعدها. وأنظر:

Jean Lamarque: Droit de la procction de la nature et de Linvironnement (L.G.D.J). 1975 p73.

٢. G. Stefanief G. Levasseur: Droit Penal General-Leplace de droit Penal Dallo2. 1978 P33.



ومن هنا يثور التساؤل حول نطاق الحماية الجزائية للبيئة أي البحث عن مدى أهمية القانون الجزائي (قانون العقوبات) في حماية البيئة، هل يتدخل بصفة مباشرة وبقواعد جنائية بحتة في هذا المجال. أم أن دوره سيكون جزائياً محضاً. أي يتدخل عن طريق الجزاء لتدعيم القواعد التنظيمية للبيئة وبالتالي دوره سيكون ثانوياً فقط، على اعتبار أن حماية البيئة من الآثار السلبية للأنشطة الصناعية والتجارية هي مهمة القوانين والأنظمة المعنية بتلك الأنشطة وهي في طبيعتها غير جنائية، ويأتي الجزاء الجنائي في مجموعة هذه القوانين عندما يكون التعدي على البيئة من النشاط الصناعي والتجاري قد تجاوز الضوابط والقيود المحددة بتلك القوانين والأنظمة غير الجنائية.

#### - أهمية موضوع البحث:

يرتبط موضوع البحث بمجال جديد ومتغير في تدخل قانون العقوبات والتدخل لصالح حماية البيئة كقيمة جديدة من قيم المجتمع وذلك للأعتبارات التالية:

---

وانظر: د. عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، بيروت ١٩٦٧ انظر ٢٢، ٢٤ ص ٧٣، ٧٥.

أولاً: عدم كفاية منهج قانون العقوبات (المدونة التقليدية للجرائم والعقوبات) لحماية البيئة، لأن حماية البيئة وإن كانت مقررة في معظم هذه القوانين ولكن بصورة ليس لها الأهمية التي ينظر إليها في العصر الحديث لأن منهج التجريم والعقاب في القانون التقليدي يكون لمواجهة الأفعال التي يكون لها نوع من الثبات والاستقرار، وهي الجرائم التي في الغالب لا تتغير بتغير الزمان والمكان كجرائم القتل والجرح والسرقة وغيرها، إذ يسهل على المشرع تحديد عناصرها وتقرير العقاب لها، مما يحتم أن يكون مكانها الطبيعي في قانون العقوبات (في المدونة العقابية) ومنذ زمن بعيد.

والأمر مختلف تماماً بخصوص تدخل المشرع لحماية البيئة جزائياً. فالمنهج التقليدي يصطدم (المدلول السابق) مع تجاوزات الأنشطة الصناعية والتجارية ذات الآثار السلبية على البيئة. لأن هذا التجاوزات في أغلبها محصلة أنشطة مشروعة في أساسها ومظهر تطور المجتمع فضلاً عن أن هذه التجاوزات يترك أمر تحديد نطاقها للقوانين والأنظمة المتعلقة بتلك الأنشطة، من حيث شروط الترخيص بمباشرة النشاط وضوابطه والحدود المسموح بها. وهذه الضوابط والقيود متعددة ومتغيرة، وبالتالي تحديد خطورتها من عدمه يترك إلى نظرة المجتمع (بواسطة المشرع) في مدى تأثيرها على البيئة فضلاً عن اعتبارات هذه الخطورة وفق ما يقرره العلم والأبحاث الحديثة في هذا المجال، وبالتالي تدخل المشرع بصفته الجزائية لتدعيم الحماية المقررة للبيئة أصلاً في القوانين غير الجنائية، لا يكون إلا إذا بلغ التجاوز في تلك الأنشطة درجة التعدي على البيئة كقيمة جوهرية في المجتمع.

ثانياً: وتأسياً على ما سبق فإن الحماية الجزائية للبيئة تواجه صور التعدي على البيئة من محصلة الأنشطة الصناعية والتجارية والزراعية، عندما تبلغ حد الأضرار الفعلي للبيئة أو على الأقل تعريضها للخطر، فلا يشترط في التجريم لهذا النوع من الأنشطة الضرر الفعلي، بل يكفي أن يترتب على النشاط تأثير سلبي على البيئة سواء بالانتقاص من عناصرها السلمية أو الوقوف أمام تحسينها، أو ما يعبر عنه الاخلال في التوازن البيئي كعنصر هام من عناصر سلامة المجتمع.

وانطلاقاً من هذه الاعتبارات وجدت من الأهمية دراسة نطاق الحماية الجنائية للبيئة وفق منهج المشرع الأردني، ومن خلال استعراض هذا المنهج في أهم القوانين ذات الصلة بالبيئة وهما: قانون حماية البيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ وقانون الزراعة الأردني رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٢ وقانون منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢، دون إغفال الإشارة إلى المناهج التشريعية المقارنة كلما اقتضى الأمر ذلك.

### - خطة البحث:

وسوف نعالج هذا الموضوع في ثلاث مباحث: الأول نخصه في البيئة كقيمة محمية التشريع البيئي. والمبحث الثاني نخصه في المناهج التشريعية في الحماية الجنائية للبيئة وقسمناه إلى مطلبين: الأول خصصناه في الحماية الجنائية المباشرة للبيئة، أما المطلب الثاني، فخصصناه في الحماية الجنائية غير المباشرة للبيئة.

أما المبحث الثالث فخصصناه في نماذج من عناصر البيئة المشمولة في الحماية الجنائية وقسمناه إلى ثلاث مطالب: الأول في الحماية الجنائية لعنصري الهواء والمياه. والثاني في حدود الحماية الجنائية لعناصر الطبيعة، أما الثالث فخصصناه للحماية الجنائية لأوضاع تجاوز التخطيط العمراني وأفعال الضوضاء.

### المبحث الأول

#### البيئة كقيمة محمية في التشريع البيئي

أولاً: المفهوم القانوني للبيئة:

لم تهتم التشريعات القانونية ذات الصلة بالبيئة بالمعنى اللغوي للبيئة<sup>(١)</sup> ولكن جل اهتمامها انصب على العناصر الأساسية للبيئة، وهي العناصر التي يجب أن تحظى بالحماية القانونية سواء بالصيغة الجزائية أم بدون تقرير الجزاء الجنائي، على اعتبار أن حماية البيئة أمر ضروري في المجتمع من كافة الصور التي تمثل تدهور لعنصر من عناصرها أم لاعتبار الحفاظ على تحسينها من صور النشاطات ذات التأثير السلبي.

وبنظرة فاحصة في الغالبية من التشريعات تكاد تجمع على ضرورة توافر عنصرين في تعريف البيئة: الأول يشمل على العناصر الأساسية مثل الطبيعة (الأنهار، البحار، الماء، الغابات) والثاني يشمل على العناصر التي هي من صنع الإنسان ومثالها الإنشاءات والمصانع والسدود وغيرها مما ينشأه الإنسان، مما تعد جزء من الوسط البيئي.

وعليه يمكن تعريف البيئة في دلالتها القانونية بأنها " الوسط البيئي يتصل بحياة الإنسان وصحته في المجتمع سواء كان من خلق الطبيعة أم من صنع الإنسان<sup>(٢)</sup>. فيشمل هذا المدلول على البيئة والوسط الحيوي، وهي كل ما يختص لا بحياة الإنسان نفسه من تكاثر ووراثه جنسه، بل يشمل علاقة الإنسان بالمخلوقات الحية الحيوانية والنباتية التي تعيش في صعيد واحد، كما يشتمل التعريف على البيئة الطبيعية بعناصرها المختلفة.

ويقترّب من ذلك منهج المشرع الأردني في قانون حماية البيئة، إذ ورد تعريفها في المادة الثانية بأنها " المحيط الذي يشتمل على الكائنات الحية وغير الحية وما

---

١. والبيئة في اللغة من باء يبيء، بوا بمعنى رجع واعترف وباء بحقه، ويقال (رجع واعترف به واقره وباء بدينه ثقل به وباء إليه. انظر: المعجم الوسيط ص ١٧ وفي هذا المعنى قال تعالى " واذكروا الله إذ جعلكم خلفاء من بعد عاد وبوأكم في الأرض تتخذون من سهولها قصوراً وتتخذون الجبال بيوتاً فاذكروا آلاء الله ولا تعثوا في الأرض مفسدين " سورة الأعراف الآية ٧٤.

٢. انظر بذات المعنى د. نور الدين هنداوي، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة دار النهضة، ١٩٨٥ رقم ٢٧ ص ٥٩.

يحتويه اي منها وما يقيمه الانسان من منشآت فيه " وذات التعريف ورد في المادة الأولى من قانون حماية البيئة في مصر وجاء فيها " المحيط الذي يشمل الكائنات الحية وغير الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط به من هواء وماء وتربة وما يقيمه الإنسان من منشآت<sup>(١)</sup>. كما ورد ذات التعريف في قانون البيئة العراقي لسنة ١٩٩٧ في المادة الثانية (الفقرة الرابعة) وجاء فيها بأنها المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية.

### ثانياً: دلالة الحماية الجنائية للبيئة:

علة التجريم لأي منهج تشريعي عقابي هي للمحافظة على المصلحة الجوهرية في المجتمع، فالقانون عندما يجرم السرقة يكون لعله الاعتراف بحق الملكية كقيمة من قيم المجتمع، وعندما يجرم فعل القتل فذلك لاعترافه بالحق في الحياة كقيمة يسعى المجتمع لحمايته.

والأمر نفسه عندما يتدخل المشرع عند تجريم أفعال الاعتداء على البيئة، فذلك لانه يعترف بها كقيمة من قيم المجتمع، فهي تحظى بالحماية القانونية بصفة عامة وبالحماية الجزائية بصفة خاصة، وذلك لمواجهة مظاهر التطور السريع في نماذج الأنشطة الصناعية والتجارية، وما يترتب عليها من آثار سلبية على البيئة في عنصر أو أكثر من عناصرها الأساسية، وعلى نحو تخل بالتوازن البيئي، وقد حرصت بعض الدساتير على حمايتها في صلب نصوصها كالدستور الروسي (م٨)<sup>(٢)</sup> كما حرصت على الاعتراف بحمايتها القوانين الإعلانات الدولية وجعلها في

---

١. د. نور الدين الهنداوي: المرجع السابق ص ٦٠ (١) لسنة ٢٠٠٣.

٢. Vassihisn markelor: Le protection du milieu environnement d'apres  
legislation penal de L'U.A.ss.R.I.D.P. 1978 No4 P30.

مصاف حقوق الإنسان<sup>(١)</sup> بل أكدت بعض القوانين على اعتبار حماية البيئة واجباً من واجبات الدولة<sup>(٢)</sup>.

والحماية الجنائية للبيئة في أغلب حالاتها تتدخل عندما تستنفد وسائل الحماية القانونية غير الجزائية (كما ذكرنا)، فالأصل أن القوانين والأنظمة هي التي تحدد ضوابط وقيود مباشرة المنشآت والمصانع والورش لأنشطتها المختلفة وعلى نحو يحول دون أحداث أي اختلال في التوازن البيئي من التأثير السلبي عليها، ولكن إذ بلغ التأثير السلبي على البيئة من النشاط المذكور درجة الأضرار الفعلي في احد عناصرها أو إلى تدهور البيئة أو الحيلولة دون الحفاظ على استدامة البيئة وتحسينها، في مثل هذه الأحوال يتدخل المشرع بصفته الجزائية لتدعيم القواعد غير الجنائية بالجزاء الجنائي.

كما تتحقق الحماية الجنائية للبيئة بصورة مباشرة وفي إطار منهج المشرع في قانون العقوبات الأصلي، ولكن أغلب تطبيقات صور الحماية الجنائية للبيئة يتم بطريق غير مباشر، حيث ترد هذه الحماية في تشريعات حماية البيئة أم قانون الزراعة أو القوانين الأخرى ذات الصلة بالنشاط الصناعي أو الحرفي.

وفي كل هذه الصور وأياً كان منهج المشرع في حماية البيئة فالمقصود فيها لا يقتصر على مجرد المحافظة عليها من الأضرار بها بل تتسع الحماية الجنائية ليشمل التأمين المستند إلى أسس علمية لمختلف المصادر الطبيعية وتطورها، وبعبارة أخرى الحماية الجنائية لا تقتصر على تجريم الأفعال والمخالفات التي تلحق الضرر الفعلي بالبيئة بل تمتد لتشمل عناصر الحفاظ على استدامة وتحسين البيئة

---

١. وأشار إلى هذه التوصية المؤتمر المشترك بين المعهد الدولي لحقوق الإنسان ومعهد السياسة الأوربية للبيئة في مؤتمر ١٩-٢٠ يناير ١٩٧٩ مدينة سترا سبورج في ١٩٧٨.

L'environnement et Le Droits de L'Homme-Strasbourg- 19 el 20 Sanvier- 1979 – R.J.E 1978 No4.

٢. وهذا ما قرره المادة ٢٤ من الدستور اليوناني، انظر: Constantin Vouyoucas: La protection penal du Milien Naturel eu Gre'ce.R.I.P.P-1978 No4 P137.

من أي نشاط ذا تأثير سلبي عليها. أو الانتقاص من عناصر تحسينها لاعتبار أن صيانة البيئة في مختلف عناصرها تفترض التنمية المستدامة لهذه العناصر بحيث تستخدم الموارد الطبيعية كالماء والهواء والطبيعة بطريقة يتم صيانتها للأجيال القادمة (م ٢ من قانون حماية البيئة)<sup>(١)</sup>.

وأخيراً أياً كان المجني عليه من جراء التعدي على البيئة سواء الفرد أو مجموعة من الأفراد، وسواء سهل تحديده من نشاط ما، أم لم يحدد، فالمصلحة المحمية في تشريعات البيئة هي البيئة ذاتها باعتبارها محور الحماية القانونية سواء في صورتها غير الجزائية أم بصورتها الجزائية، لأن حماية البيئة وبأي صورة يجب أن ينطلق باعتبارها قيمة جوهرية، وقيمة جديدة من قيم المجتمع الأساسية<sup>(٢)</sup> وهذا ما نلاحظه في دراسة المناهج التشريعية في حماية البيئة (المبحث الثاني) ونماذج الحماية الجنائية في (المبحث الثالث).

## المبحث الثاني

### المناهج التشريعية في الحماية الجنائية للبيئة

---

١. وجاء تعريف التنمية المستدامة في المادة الثانية من قانون حماية البيئة الأردني بأنها التنمية التي تستخدم الموارد الطبيعية بطريقة تصونها للأجيال القادمة وتحافظ على التكامل البيئي ولا تتسبب في تدهور عناصر ومكونات الأنظمة ولا تخل بالتوازن بينها.

٢. د. نور الدين هنداي: المرجع السابق رقم ٣٠ ص ٦٢.

## - استخلاص المناهج التشريعية وتعددتها:

يسود التشريعات الوضعية منهجين لحماية البيئة: المنهج التقليدي والذي يتمثل بحماية البيئة في صلب نصوص المدنية العقابية التقليدية (قانون العقوبات) ثم المنهج المستحدث والذي استلزمته مظاهر الحضارة في ضوء متغيرات الحياة في مختلف أوجه الأنشطة الصناعية والتجارية والزراعية، مما حتم تدخل المشرع لضبط قيود وتراخيص مباشرة هذه الأنشطة في حدود حماية البيئة من أي نشاط ذو تأثير سلبي، ويتدخل المشرع في هذه القوانين غير الجنائية وبصفته الجزائية لتقرير جزاء جنائي لتدعيم الحماية للقواعد غير الجنائية بطبيعتها، مما يحتم القول بأن هذه الحماية الجنائية تتم بطريق غير مباشر.

وعليه يسود في التشريعات الحديثة منهجين لحماية البيئة: الأول الحماية الجنائية المباشرة والثاني الحماية الجنائية غير المباشرة وخصصت لكل منهما مطلباً مستقلاً.

## المطلب الأول

### الحماية الجنائية المباشرة للبيئة

## - استخلاص نماذج الحماية الجنائية المباشرة للبيئة:

تقصد بالحماية المباشرة للبيئة هي تدخل قانون العقوبات الأصلي وبصورة مباشرة لحماية البيئة وذلك عن طريق تجريم أفعال تشكل تعدي على البيئة بعناصرها المختلفة.

وبنظرة فاحصة في منهج التشريعات العقابية المقارنة، نجد أن أغلبها أوردت نصوص لتجريم أفعال تشكل اعتداء على البيئة، ولكن وردت في مواضع متفرقة في قانون العقوبات الأصلي، ودون أن تجمعها فكرة واحدة ألا وهي حماية البيئة فضلاً عن أن كثير من هذه النصوص لم يقصد فيها حماية البيئة مباشرة بقدر ما يقصد



فيها حماية مصلحة اخرى، كالملكية الخاصة أو الحفاظ على السكينة أو سلامة الحق في الحياة، ويبرر هذه المنهج أن تلك التشريعات في تاريخ صدورها لم يكن المقصود منها حماية البيئة بمفهومها الحديث، لأن فكرة البيئة لم تتبلور كما هي في وقتنا الحاضر.

وفي هذا المعنى تقرر الاستاذ (دلماس مارتى) في تقريرها المقدم إلى مؤتمر فارسوميا حول البيئة عام ١٩٧٩ بأن " نصوص التجريم الواردة بشأن الاعتداء على البيئة لم تعرف في القانون الجنائي"<sup>(١)</sup>.

### أولاً: حماية البيئة من خلال حماية الملكية الخاصة

نلاحظ النموذج الأول لحماية البيئة في قانون العقوبات الأصلي وبطريقة مباشرة فيما هو منصوص عليه في المادة (٣٧٠ عقوبات) حيث تجرم أفعال إضرار النار في الأبنية غير المسكونة أو في المزروعات (كالقش والحصيد المتروك) إذا تركها الجاني تسري إلى ملك الغير فاضرت به. ورغم أن التجريم يقصد فيه مباشرة حماية ملكية الغير، إلا أن حماية البيئة تأتي في هذا النص بطريق غير مباشر، كما نجد تطبيقاً لهذه النموذج في المادة ٤٥٢ عقوبات ونصت في فقرتها الأولى على تجريم من اقدم قصداً غير مضطر على قتل حيوان جر أو ركوب تخلص غيره، بحيث يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر<sup>(٢)</sup> والمقصود من التجريم في هذا النموذج ليس هو حماية الحيوانات كجزء من الطبيعة، بقدر ما يقصد منها حماية هذه الحيوانات باعتبارها محلاً للملكية يجب المحافظة عليها من كل أشكال الإثلاف.

---

١. انظر:

- M.DELMAS MARTY : le protection penal du Milieu naturel en france: R.i.d.p. 1978 No4 p114.
- G.GUBINSKI: le role du droit penal dans la- protection de Lenvironnement.R.ID.P. 19478 No4 P28.

٢. وتقابلها في التشريع المقارن: (م ٣٥٥ عقوبات مصري).

كما نلاحظ هذه الحماية في المادة ١/٤٤٩ من قانون العقوبات عندما جرمت في فقرتها الاولى ((من قطع او اتلف ما كان لغيره من مزروعات قائمة أو اشجار أو شجيرات نابتة نبت الطبيعة أو مغروسة... أو اطلق عليها الحيوانات قاصدا مجرد اتلافها يعاقب بالحبس من اسبوع إلى ثلاثة اشهر أو بالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسة وعشرين دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين<sup>(١)</sup>) ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على حماية أكثر وضوح للبيئة عندما قررت أنه ((إذا وقع فعل القطع أو الأتلاف على مطاعيم أو اشجار مثمرة أو فسائلها أو على أية شجرة أخرى لها قيمة من الوجهة الزراعية أو التجارية أو الصناعية عوقب الفاعل بالحبس من شهر إلى سنتين وبالغرامة عن كل مطعوم أو شجرة أو فسيطة دينار واحد)).

وهذا النموذج من الحماية الجنائية للمزروعات والغراسات وأن كان محلها المباشر هو حماية ملكية الغير لهذه المزروعات، إلا أنها تستهدف في حمايتها المزروعات كعنصر من عناصر البيئة، وبدلالة تشديد المشرع للعقوبة إذا كان فعل الإلتلاف وقع على مطاعيم أو اشجار لها قيمة من الوجهة الزراعية أو التجارية أو الصناعية.

### ثانياً: نموذج حماية المياه كعنصر من عناصر البيئة:-

ونموذج الحماية الجنائية المباشرة للبيئة في قانون العقوبات الاصلي تبدو بوضوح في خطه المشرع عندما جرم اغلب صور التعدي على المياه ومجاريها والبحيرات والبرك باعتبارها عنصر من عناصر البيئة، وبدلالة تنظيم المشرع هذه الحماية في البند (٥) من الفصل الخامس في الباب الحادي عشر من قانون العقوبات وتحت عنوان (في الجرائم المتعلقة بالمياه) وفي المواد ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨ من القانون، حيث جرم المشرع من يقدم بدون ترخيص على القيام بالحفريات حول حد ضفاف مجاري المياه ومعايرها أو تجفيفها، أو القيام بأي عمل

---

١. ويقابلها التشريع المقارن (م ٣٥٥ عقوبات مصري).

من شأنه التأثير على كمية المياه أو منع جريها وقرر لهذه الجرائم عقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمسة وعشرين يوماً وبغرامة لا تزيد على خمسة عشرة ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ٤٥٥).

كما جرم المشرع فعل التعدي على المياه من خلال سكب أو رمي سوائل أو مواد ضارة بالصحة أو الراحة العامة أو مانعة من حسن الانتفاع بهذه المياه (م ٤٥٧/١)، أو إلقاء أسمدة حيوانية أو وضع أقدار في الأراضي الداخلة ضمن النطاق الذي حددته السلطة لحماية نبع تنتفع به العامة (م ٤٥٧/٣)، وقرر للأفعال السابقة عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرين ديناراً<sup>(١)</sup>.

ثم جرم المشرع أفعال تلويث مياه الشرب التي ينتفع بها الغير، حيث نصت المادة ٤٥٨ من قانون العقوبات على انه من " أقدم قصدا على تلويث نبع أو ماء يشرب منه الغير يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً"<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: حماية البيئة من خلال تجريم التعدي على الصحة العامة والسكنية.

كما نجد تطبيقاً للحماية الجنائية المباشرة من خلال تجريم المشرع في قانون العقوبات الأصلي لصور التعدي والأضرار بالصحة العامة حيث قرر المشرع عقوبة الغرامة خمسة دنانير " على من رمى أو وضع أقدار أو كناسة أو أي شيء آخر على الطريق العام " (م ٤٦٠/٥) ويعاقب بذات العقوبة " من رمى أو اسقط من غير انتباه على أحد الناس أقدار أو غيرها من الأشياء الضارة " (م ٤٦٠/٦)، وبذات العقوبة قرر المشرع تجريم من أهمل الاعتناء بالموقد ومداخن الأفران والمعامل

---

١. وتقابلها التشريع المقارن: (م ٣٦٧ عقوبات مصري).

٢. ويقابلها في التشريع المقارن، المواد ٧٣١-٧٣٥ من قانون العقوبات السوري.

وغيرها من المحلات التي تستخدم فيها النار أو أهمل في تنظيفها وتصليحها (م ٤٦٤ عقوبات)<sup>(١)</sup>.

والحماية الجنائية في النماذج السابقة ليس المقصود فيها حماية البيئة لما تحدثه تلك الأفعال من تلوث، ولكن باعتبارها من جرائم الخطر كإهمال في التنظيف أو رمي القمامة في الشارع، وبدلالة بساطة العقوبات المقررة لها وورودها في باب المخالفات باعتبارها من أبسط الجرائم وفق خطة المشرع الأردني.

كما جرم المشرع الأردني أفعال الضوضاء من خلال تقريره عقوبة الغرامة حتى خمسة دنائير لكل " من أحدث بلا داع ضوضاء أو لغطاً على صورة تسلب راحة الأهلين "<sup>(٢)</sup> وهذا النص ليس فيه الفعالية لحماية السكينة والراحة العامة.

- تقدير الحماية الجنائية المباشرة للبيئة:

ذكرنا نماذج من الحماية الجنائية المباشرة للبيئة وهو واردة بخصوص حماية أوضاع مختلفة في المجتمع (كحماية الملكية الخاصة والمياه) من السهولة تدخل المشرع لحمايتها كونها تتسم بالثبات والاستقرار، مما ييسر تحديد عناصرها أو تقرير العقاب لها، وبالتالي أن يكون مكانها الطبيعي في قانون العقوبات الأصلي.

والأمر يختلف بشأن حماية البيئة كقيمة أساسية من قيم المجتمع حيث لم يكشف ضررها إلا منذ وقت حديث، فهي جرائم متغيرة وضابطها نسبي<sup>(٣)</sup>، مما يشكل مفهومها العصري أوضاع جديدة تصطدم مع القواعد العامة للتجريم والمسئولية الجزائية في التشريع العقابي الأصلي، ويكون موضعها الأساسي قواعد

---

١. ويقابلها في التشريع الفرنسي المادة R26.1 من قانون العقوبات.

٢. يقابل ذلك نص المادة R34 من قانون العقوبات الفرنسي، دون تفرقة بين الضوضاء ليلاً أم نهاراً وبذات منهج الشارع الأردني في حين بعض التشريعات تجرم الضوضاء ليلاً والتي تعكر راحة السكان كالتشريع البلجيكي (م ١/٥٦١) أنظر.

I.VaN GELDER La protection Juridique roisiage et de Linvitronnement en Belgique, droit penal paris Bordeaux 1979 p38 et.

٣. GUBinski op, cit R.I.D.P.No4 p20.

جنائية خاصة ترد في صلب القوانين ذات الصلة بحماية البيئة مباشرة بحيث تكون نصوصها فعالة لمواجهة كافة نماذج التعدي على البيئة، ومما لا تشكل عائقاً دون استدامة الأنشطة الزراعية والصناعية والتجارية باعتبارها مظهر من مظاهر الدول المتقدمة (هو ما نبجته في المطلب الثاني).

## المطلب الثاني

### الحماية الجنائية غير المباشرة للبيئة

أولاً: مؤيد الحماية الجنائية غير المباشرة للبيئة.

الأصل أن حماية البيئة كقيمة أساسية في المجتمع متروك إلى النظام القانوني في الدولة في صورة قوانين وأنظمة تصدر نشاط أو أكثر من الأنشطة الصناعية والتجارية والمهنية، بحيث يحدد القانون والنظام الصادر طبقاً له السياسة العامة لحماية البيئة من كل أثر سلبي على البيئة لتلك الأنشطة، كما يتولى تحديد ضوابط المواصفات والمعايير القياسية ومراقبة وقياس عناصر البيئة وشروط منح الترخيص أو تجديدها ضمن الحدود المقررة (م ٤ من قانون البيئة).

والمرجع عندما يتدخل في تلك القوانين والأنظمة الصادرة طبقاً لها يكون بقصد التحديد والتنظيم لضوابط وقيود النشاط الصناعي والتجاري مستهدفاً ضمان عدم تحقق أي مؤثرات سلبية من هذا النشاط على البيئة أو أحد عناصرها، ولكن إذا بلغ التأثير السلبي للنشاط الصناعي والتجاري حد الأضرار الفعلي بالبيئة أو تعريضها للخطر، فهنا تبدو أهمية الجزاء الجنائي في حالات تعرض البيئة للإضرار أو التلوث الناشئ عن ذلك النشاط، باعتباره مغل بالتوازن الطبيعي للبيئة.

وأوضاع من هذا النوع والناشئة عن أوجه الأنشطة الصناعية والتجارية للدولة، يصعب مواجهتها بالتجريم والعقاب في قانون العقوبات الأصلي، إنما تتطلب تدخل المشرع من خلال القوانين غير الجزائية وبصفته الجزائية لتقرير الجزاء الذي يدعم القواعد التنظيمية في تلك القوانين<sup>(١)</sup> وبما يكفل الموائمة بين الأنشطة الصناعية المشروعة وعدم تأثيرها السلبي على البيئة، وهذا ما نقصده عند تقرير قاعدة الحماية الجنائية غير المباشرة للبيئة والتي تتم من خلال الجزاء الجنائي المقرر في قواعد قانونية تنظيمية ذات صلة مباشرة بتنظيم أوجه الأنشطة الصناعية والتجارية والمهنية في الدولة.

**ثانياً: ضابط الحماية الجنائية غير المباشرة للبيئة:**

---

١. Patrick GIROD La reparation du doommage ecologique La crisede Le regle de droit L.G.DJ 1974 p239.

وبالنظر للتدخل بين الحماية القانونية للبيئة في التشريعات والأنظمة المحددة لضوابط الأنشطة الزراعية الصناعية وغيرها في الدولة، والحماية الجزائية لها عن طريق تدخل المشرع في تلك القوانين بصفته الجزائية لتدعيم تلك الحماية بطريقة غير مباشر، وحفاظا على قاعدة الشرعية الجنائية باعتبارها ضابط الفصل بين المشروعية وعدم المشروعية، يتعين على السلطات المختصة بمتابعة الأنشطة الصناعية والتجارية (من حيث التقيد بالمواصفات والمقاييس وشروط الترخيص وغيرها من ضوابط حماية البيئة المقررة في القوانين غير الجنائية) تحر الدقة من حيث:

- ضرورة الرجوع إلى فرع القانون المتصل بالحالة والواقعة المثار الجدل حول اعتبارها مخالفة للأحكام التنظيمية الواردة في ذلك القانون لتحديد ما إذا كانت مخالفة تنظيمية أم أنها جريمة تعدي على البيئة لان القواعد التنظيمية للأنشطة الصناعية والتجارية الواردة في تلك القوانين والأنظمة غير الجنائية متغيرة ومتعددة و لا يمكن حصرها.

ومنهج اغلب التشريعات المقارنة يسير في تحديد ضوابط مباشرة النشاط الصناعي والتجاري الذي يكفل حماية عنصر من عناصر البيئة وعلى نحو لا يؤثر سلبا على البيئة فيتدخل بصفته غيرالجزائية لضمان عدم احداث اي تغير سلبي على البيئة وبجزاءات غير جزائية ومثلها: تخويل اللجان الإدارية والفنية بتقرير إزالة المخالفة أو الإغلاق التحفظي أو إهمال المخالف مهلة لإزالة المخالفة خلال مدة معينة<sup>(١)</sup> وتلك جزاءات غير جزائية يهدف منها المواءمة بين غرض المحافظة على البيئة واستمرارية النشاط الصناعي والتجاري وغيره باعتباره من متطلبات وضروريات الحفاظ عليها.

---

١. فقد نصت الفقرة (أ) من المادة ٧ (في قانون حماية البيئة) أنه لمقاصد هذا القانون يمنح

الموظف ذوي الاختصاص الذي يسميه الوزير خطيا بناء على تنسيب الأمين العام صفة الضابطة العادلة وله الحق في الدخول إلى أي محل صناعي أو تجاري أو حرفي أو أية مؤسسة أخرى يحتمل تأثير أنشطتها على البيئة.

- ضابط تطبيق الجزاء الجنائي لحماية القواعد التنظيمية غير الجنائية يكون في الأحوال المحددة حصراً في النصوص التي يتدخل فيها المشرع بصفته الجزائية في تلك القوانين التي تكفل حماية البيئة. مما يتطلب من موظفي الضابطة العدلية ذوي الاختصاص والنيابة العامة عدم التدخل بصفته تلك إلا في الحدود التي تخولهم مثل هذه الصلاحيات، ويتعين عدم التسرع واستعمال وسائل الحماية الجزائية للبيئة خارج الحدود والضوابط المحددة في نصوص تلك القوانين عندما يتدخل فيها بصفته الجزائية لأن تدخل المشرع في هذه القوانين لحماية البيئة يكون بصفتين: صفة غير جزائية وصفة جزائية، والأولى ترتب جزاءات غير جزائية وذات طبيعة تنظيمية والأخرى ترتب جزاءات جزائية والتي لا تكون إلا عندما يكون مرتكب النشاط المخالف يشكل جريمة اضرار أو تعدي على البيئة.

ومن نماذج ذلك في قانون حماية البيئة الصادر لسنة ٢٠٠٣ نص المادة السابعة من القانون المذكور وورد فيه البنود الآتية:

- لمقاصد هذا القانون يمنح الموظف من ذوي الاختصاص الذي يسميه الوزير خطياً بناء على تنسيب الأمين العام صفة الضابطة العدلية وله الحق في الدخول إلى أي محل صناعي أو تجاري أو حرفي أو زراعي أو أي منشأة أو مؤسسة أو أي جهة أخرى يتحمل تأثير أنشطتها بأي صورة من الصور على عناصر البيئة ومكوناتها للتأكد من مطابقة أعمالها للشروط البيئية المقررة.

- للوزير بناء على تنسيب الأمين العام إنذار المنشأة أو المؤسسة أو المحل المخالف أو أي جهة مخالفة أخرى وتحديد مدة لإزالة المخالفة فإذا تخلف عن أزالته يحال المخالف إلى المحكمة.

- للوزير في الحالات الطارئة أو الخطرة وبناء على تقرير لجنة فنية يشكلها لهذه الغاية إصدار قرار بإزالة المخالفة وعلى نفقة المخالف أو الإغلاق التحفظي لأي من الجهات التي ورد النص عليها البند (١) من هذه الفقرة قبل صدور قرار المحكمة.



ج- يعاقب مرتكب أي من المخالفات المنصوص عليها في هذه المادة بعد انتهاء مدة الإنذار وعدم إزالة المخالفة خلال المدة المحددة فيه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار وفي حال التكرار للمرة الثانية تضاعف الغرامة وفي حال التكرار للمرة الثالثة تغلق المنشأة لحين إزالة المخالفة.

وتطبيقاً لذلك فالمشرع تدخل بصفته الجزائية في الفقرة (ج) من هذه المادة وذلك بعد استنفاد التدابير غير الجزائية وحددها المشرع في الفقرة (ب/١) وهي: الإنذار لإزالة المخالفة ثم أزالته بقرار من الوزير في الحالات الخطرة أو الإغلاق التحفظي وقبل تدخل المحكمة.

وتدخل الشارع بصفته الجزائية ورد في الفقرة (ج) من المادة السابقة بدلالة تقرير الشارع " يعاقب مرتكب أي من المخالفات المنصوص عليها في هذه المادة بعد انتهاء مدة الإنذار وعدم إزالة المخالفة خلال المدة المحددة فيها " وشرط تطبيق هذه الفقرة كجزاء جنائي هو استنفاد الجزاء غير الجنائي المقرر في الفقرتين (أ) و (ب) من المادة السابقة.

وهكذا يسير نهج الشارع في القوانين غير الجنائية لحماية البيئة، فلا يتدخل بصفته الجنائية لحماية البيئة إلا إذا كان هذا التدخل ضروريا لمنع التعدي على البيئة أو تعريضها للخطر أو كان النشاط الصناعي أو التجاري ذو تأثير سلبي على البيئة وعائقا دون تحسينها أو الحفاظ على توازن عناصرها المختلفة.

### المبحث الثالث

نماذج من عناصر البيئة المشمولة بالحماية الجنائية غير المباشرة

- استخلاص وتعدد عناصر البيئة المشمولة بالحماية الجنائية:

كون عناصر البيئة متعددة وتبلغ من التعدد حدا بعيدا، فان حمايتها في النظام القانوني بصفة عامة وحمايتها جزائيا بصفة خاصة مسألة دقيقة، لان مفهوم البيئة متغير وذا قيمة مركبة من الصفات والمجالات، تتدخل في الوسط الطبيعي للإنسان أو تتظاهر معا للوصول إلى الحفاظ على توازنها كقيمة من القيم التي يسعى النظام القانوني للحفاظ عليها، وفي حدود متطلبات ومتغيرات التطور والبحث العلمي،

وبحكم أن عناصر البيئة ومكوناتها ذات تغير مستمر ومتجدد وحمايتها في المقام الأول مصدرها القوانين والأنظمة غير الجزائية لتحديد الأنشطة الزراعية والصناعية وغيرها، وفي ضوء كل فرع من فروع هذه القوانين يتدخل المشرع بصفته الجزائية لتدعيم الحماية غير الجزائية في تلك القوانين عندما يبلغ تأثير تلك الأنشطة حد الأضرار السلبي على البيئة.

وهذا التدخل للمشرع بصفته الجزائية لحماية عناصر البيئة المشمولة بالحماية القانونية في النظام القانوني يعتبر أساسي وفعال نظرا للنوعية الخاصة لهذا المجال وهو تدخل يفوق في أهميته مراحل التدخل المباشر لنصوص قانون العقوبات وعلى نحو ما سبق ذكره<sup>(١)</sup>.

وانطلاقا من هذه المعطيات سوف نتناول نماذج الحماية الجزائية غير المباشرة لعناصر البيئة من خلال استعراض نماذج التجريم للأنشطة ذات التأثير السلبي على البيئة. والتي يعد التلوث في مقدمها ثم حماية الطبيعة وتجرىم أفعال الأضرار بها.

وخصصنا لكل منهما مطلبا مستقلا: الأول نخصه في الحماية الجنائية غير المباشرة لعنصري الهواء والمياه من التلوث، أما المطلب الثاني فخصصناه في حدود الحماية الجنائية غير المباشرة للطبيعة، والمطلب الثالث خصصناه في الحماية الجزائية لأوضاع تجاوز التخطيط العمراني وأفعال الضوضاء.

---

١. انظر ص ٣٤ من هذا البحث.

## المطلب الأول

الحماية الجنائية غير المباشرة لعنصري الهواء والمياه من أفعال التلوث

أولاً: مفهوم التلوث:

يعتبر التلوث أهم اعتداء يمكن أن يوجه إلى البيئة ويضر بها وفعل التلوث كما يوجه إلى الهواء (الفضاء) فقد يوجه إلى المياه.

وتلويث الهواء (الفضاء) هو كل فعل أو نشاط يترتب عليه إدخال غازات أو جواهر صلبة أو سائلة أو ذات رائحة في الهواء المحيط ذات طبيعة غير مريحة للسكان أو مضرّة بالصحة والأمن الاجتماعي، وقد يمتد الضرر إلى المنتجات الزراعية والحيوانية، وخطورة التلوث الفضائي في أغلب صورة يتمثل في عدم إمكانية

التحرز منه أو ملاحظته مباشرة، مما يستلزم تدخل المشرع ابتداء في التحرز من الأنشطة ذات التأثير السلبي على البيئة من خلال وضع القيود والضوابط على المنشآت والمصانع والمركبات للتحكم بالوسائل المستحدثة المانعة من انتشار الملوثات المستخدمة للتحكم فيها إلى الحد المسموح به (وفي هذا المجال تظهر الحماية القانونية للبيئة في النظام القانوني الصادر بشأن تنظيم الأوضاع الناشئة عن الأنشطة الصناعية والزراعية والتجارية وغيرها).

أما تلوث المياه يتعين التفرقة بين مياه البحار ومياه الأنهار وتلوث مياه البحار يشمل بطبيعة الحال تلوث المياه الإقليمية<sup>(١)</sup>، أو تلوث المياه خارج الإقليم (البحر العام)، إذ إمكانية تلوث المياه الإقليمية يترك أمر تنظيمها إلى التشريعات الوطنية سواء في مجال حماية هذه المياه من التلوث في صور تنظيمية أم بصورتها الجزائية.

واهم مظاهر خطورة تلوث المياه الداخلية والإقليمية يتمثل في الأوضاع الناشئة عن حركة نشاطات السفن والمركبات المائية ناقلات النفط عند توقفها في شواطئ الدولة أو عبورها المياه الإقليمية، وتبدو الخطورة بإلقاء الفضلات والقاذورات والزيوت في عرض المياه الإقليمية أو الدولية، مما يربط التأثير على الأسماك وتلوثها، وما قد يحدثه من ضرر على صحة الإنسان كما قد يظهر تلوث المياه من بعض أنشطة المصانع والمنشآت عندما تقدم على إلقاء مخلفاتها الكيميائية في الأنهار أو التخلص من الصرف الصحي بداخلها دون التقيد بالقوانين المحددة لهذه الأنشطة.

وتلوث البيئة بعنصرها الأساسيين: الهواء والمياه ذو تأثير سلبي قد يلحق الضرر بالإنسان والبيئة عموماً سواء بطريق مباشر أم غير مباشر، كما قد يلحق الضرر بعناصر البيئة الأخرى كالمزروعات والحيوانات والأحياء البحرية. مما

---

١. والمشرع الأردني يحدد المياه الإقليمية للمملكة بخمسة كيلو مترات من الشاطئ (م ٧/٢/أ) من قانون العقوبات.

يستلزم تدخل المشرع ابتداء لضبط الأوضاع الناشئة عن نشاطات المنشأة والمصانع والمركبات والسفن والناقلات في البحر، للحيلولة دون التأثير السلبي على عنصري الهواء والمياه أو على الأقل ضبطها في الحدود المسموح بها. ولكن ذلك لا يحول دون تجاوزات الحدود المقررة في تلك الأنشطة وعلى نحو يسمح للقول بضرورة تدخل المشرع في تلك القوانين بصفته الجزائية لتقرير جزاء جنائي في سبيل تدعيم الحماية الواردة في تلك القوانين والأنظمة ذات الصلة بنشاط صناعي أو تجاري أو غيره.

ونجد تطبيقاً لهذه الحماية القانونية بصورتها التنظيمية والجزائية في عدد من التشريعات البيئية في الأردن وأهمها: قانون حماية البيئة وقانون منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة.

## ثانياً: تطبيقات تشريعية لحماية عنصري الهواء والمياه من التلوث

### - حماية الهواء من التلوث:

حرصت اغلب التشريعات الوضعية على حماية الهواء من التلوث في قوانين متعددة<sup>(١)</sup> والمشرع الأردني يسير في هذا المنهج فقد كفل ذلك في كل من قانون

---

١. وأهم التشريعات التي تناولت تجريم التلوث قانون البيئة المصري لسنة ١٩٩٤ (في المواد (٨٥، ٨٦) والقانون السوري رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٢ والخاص باستحداث مجلس حماية التلوث في المواد ٢٤، ٢٥ وقانون حماية البيئة اللبناني رقم ٤٤٤ لسنة ٢٠٠٢ (المواد ٥٨-٦٣ بخصوص العقوبات-المقررة على صور تجريم التلوث)

حماية البيئة لسنة ٢٠٠٣ وقانون منطقة العقبة الاقتصادية لسنة ٢٠٠٢ وقانون السير لسنة ٢٠٠٢<sup>(١)</sup>.

إذ حرص المشرع الأردني على كفالة حماية البيئة من التلوث الفضائي من خلال إلزامه لأصحاب المصانع والمركبات والورش التي تمارس نشاطا له تأثير سلبي على البيئة (وتتبعث منه ملوثات بيئية) تركيب أجهزة لمنع أو تقليل انتشار الملوثات منها، والتحكم في الملوثات قبل انبعاثها من المصنع أو المركبة في الجو إلى الحد المسموح به (م ١٧/أ من قانون حماية البيئة).

ثم تدخل المشرع بصفته الجزائية لتدعيم الحماية الواردة في الفقرة (أ) من المادة ١٧ (من قانون حماية البيئة) وقرر جزاء جنائيا في حالة ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في الفقرة (أ). والجزاء الجنائي المقرر يختلف نطاقه بين ما إذا كان مرتكب المخالفة من أصحاب المصانع أم من أصحاب المركبات وعلى النحو المبين في الفقرتين (ب) و(ج) من المادة ١٧ من ذات القانون.

وجاء نص الفقرة (ب) من المادة المذكورة على النحو التالي " كل من ارتكب من أصحاب المصانع أي مخالفة من المخالفات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة ولم يقدّم بإزالتها خلال المدة التي يحددها الوزير أو من يفوضه يحال إلى المحكمة التي لها حق إصدار قرار بإغلاق المصنع والحكم على المخالف بالحبس لمدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على ثلاثين يوما أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكليتا هاتين العقوبتين مع إلزامه بإزالة المخالفة خلال المدة التي يحددها لذلك وتغريمه مبلغا لا يقل عن خمسين ولا يزيد عن مائة دينار عن كل يوم يتخلف فيه عن إزالة المخالفة بعد انتهاء المدة المقررة لأزالتها.

---

١. فقد نصت المادة ٤٧/أ/١٤ من قانون السير الأردني لسنة ٢٠٠٣ أنه يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن خمسة عشرة يوما ولا يزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن خمسين دينار لا تزيد على ١٠٠ دينار أو بكليتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب مخالفة قيادة مركبة ينبعث منها دخان أو إخراج أي مواد ملوثة أخرى بنسب تتجاوز الحد المسموح به وتقابلها المادة ٧٤ من قانون المرور المصري ١٩٨٠.

ثم نصت الفقرة (ج) من ذات المادة على انه " يعاقب كل من ارتكب من أصحاب المركبات أو سائقيها أي مخالفة من المخالفات المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة ولم يقدّم بإزالتها أو تخفيضها إلى الحد المسموح بها بموجب التعليمات الصادرة لهذه الغاية ومن خلال المدة المحددة بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد على عشرين ديناراً، ويتم حجز المركبة في حالة تكرار المخالفة.

ثم نصت الفقرة (د) من المادة ١٧ من ذات القانون على مضاعفة العقوبة في حالة تكرار المخالفة وجاء نصها " يعاقب كل من ارتكب أيًا من المخالفات المنصوص عليها في هذه المادة بمثلّي الحد الأعلى لعقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة المنصوص عليها في الفقرة (ب) منها في حال تكرار المخالفة للمرة الثانية وبثلاثة أمثال الحد الأعلى لعقوبة الحبس في حال التكرار لأي مخالفة لاحقة.

### - حماية المياه من التلوث

كما حرص المشرع الأردني على حماية المياه من التلوث باعتبارها عنصر أساسي من عناصر البيئة وكفل الحماية القانونية لها في قواعد تنظيمية وقواعد جزائية ونجد تطبيقاً لذلك في قانون حماية البيئة وقانون منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة.

فقد نصت المادة (٨) من قانون حماية البيئة على أن " مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر يحظر تحت طائلة المسؤولية القانونية إلقاء أي مادة ملوثة أو ضارة بالبيئة البحرية أو في المياه الإقليمية للمملكة أو على منطقة الشاطئ ضمن الحدود والمسافات التي يحددها الوزير بمقتضى تعليمات يصدرها في بهذه الغاية ".

ثم تدخل المشرع بصفته الجزائية في هذا القانون عن طريق تقرير جزاء جنائي لمواجهة بعض الأوضاع التي تلحق الضرر بالمياه وحدد المشرع نطاق هذا الجزاء في الفقرتين (أ)، (ب) من المادة التاسعة من قانون حماية البيئة. فقد نصت الفقرة (أ) من هذه المادة على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار أو بكليتا هاتين العقوبتين ربان الباخرة



أو السفينة أو الناقلة أو المركبة الذي تم طرح أو سكب من أي منها مواد ملوثة أو تفريغها أو إلقاءها في المياه الإقليمية للمملكة أو منطقة الشاطئ.

ثم نصت الفقرة (ب) من هذه المادة " يلتزم من يرتكب أيا من المخالفات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة بإزالتها خلال المدة التي تحددها المحكمة وفي حالة تخلفه عن ذلك تتولى الوزارة أو من تفوضه أزالته على نفقة المخالف مضاف إليها (٢٥%) من كلفة الإزالة بدل نفقات إدارية ويتم حجز الباخرة أو السفينة أو المركب بكامل محتويات أي منها إلى أن يتم دفع المبالغ المترتب عليها.

كما نجد تطبيقا لحماية المياه من التلوث في المادة ١١ من قانون حماية البيئة في فقراتها (أ) و(ب) من المادة نفسها. وجاء في الفقرة (أ) بند (١) " يحظر طرح أي مواد ضارة بسلامة البيئة أو تصريفها أو تجميعها سواء كانت صلبة أو سائلة أو غازية أو مشعة أو حرارية في مصادر المياه " وجاء في (البند ٢) إلى من الفقرة " يمنع تخزين أي مواد ورد ذكرها في (البند ١) من هذه الفقرة على مقربة من مصادر المياه ضمن الحدود الآمنة التي يحددها الوزير بموجب تعليمات يصدرها لهذه الغاية وبحيث تشمل حماية الأحواض المائية في المملكة وذلك بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.

ثم نصت الفقرة (ب) من هذه المادة على الجزاء المقرر عند تحقق المخالفة وجاء نصها " يعاقب كل من قام بأي عمل من الأعمال المذكورة في الفقرة (أ) من هذه المادة بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين ويلتزم المخالف بإزالة أسباب المخالفة خلال المدة التي تحددها المحكمة بناء على تقرير فني وإذا تخلف عن ذلك تقوم الوزارة أو من تفوضه أزالته على نفقة المخالف مضاف إليها (٢٥%) من تكلفة الإزالة بدل نفقات إدارية ويغرم بمبلغ لا يقل عن خمسين دينار ولا يزيد على مائتي دينار عن كل يوم يتخلف فيه عن إزالة المخالفة بعد انتهاء المدة التي حددتها المحكمة لأزالتها.

وتبدو الحماية الجنائية للمياه من التلوث بصورة أخرى، في قانون منطقة العقبة الاقتصادية لسنة ٢٠٠٣، حيث وردت هذه الحماية في المادة ٥٤ مكرر ثانياً من هذا القانون وبفقرتها (أ) و(ب) وجاء في البند (١) من الفقرة (أ) من المادة على أنه "دون الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها أي تشريع آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن خمسين دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار كل من لوث مياه البحر بأي طريقة وبأي مادة ثم ورد النص في البند (٢) من الفقرة (أ) على أنه "لا تقل العقوبة عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمس ألف دينار ولا تزيد على عشرة ملايين دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من لوث البحر بصورة جسيمة أو ألحق ضرراً جسيماً بالبيئة عن طريق طرح مواد ذات آثار جسيمة على البيئة ويتعذر ازلتها أو على الرغم من ازلتها تؤثر سلباً على السير الطبيعي للبيئة.

ثم نصت الفقرة (ب) من المادة ٥٤ (مكرر ثانياً)، على وجوب إزالة أسباب المخالفة خلال المدة التي تحددها المحكمة وفي حال التخلف عن ذلك تقوم سلطة إقليم بازالتها على نفقة المخالف مضافاً إليها (١٥%) من قيمتها مع إلزام المخالف دفع مبلغ لا يقل عن مائة دينار ولا تزيد عن خمسمائة دينار عن كل يوم يتخلف فيه عن إزالة أسباب المخالفة بعد المدة التي تحددها المحكمة لذلك، ووضع مصدر المخالفة تحت الحجز لحين دفع جميع المبالغ المترتبة على المسؤول.

### - حماية الأسماك والمرجان البحرية كعناصر في البيئة البحرية:

ونلاحظ الحماية القانونية للمرجان البحرية وللأسماك، والحماية الجزائية لها بصفة خاصة في الحالات التالية:

- عاقبت المادة ١٠ من قانون حماية البيئة بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة واحدة أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسة وعشرين ألف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من قام بقطف المرجان

والأصداف واخرجها من البحر أو تاجر بها أو تسبب بالأضرار بها بأي صورة من الصور، كما ورد النص على هذه الحماية في البند (٤) من الفقرة (ب) من المادة ٥٤ من قانون الزراعة الأردني والتي جاء في مقدمتها " مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر يعاقب بالحبس لمدة أربعة أشهر وبغرامة مقدارها مائتا دينار كل من يقلع المرجان من المياه الإقليمية أو يتسبب في أتلافه.

- وحرص المشرع على حماية الأسماك باعتبارها عنصر من عناصر البيئة البحرية، فقد حددت المادة (٥٥) من قانون الزراعة صلاحيات وزير الزراعة بإصدار التعليمات التي تنظم عمليات صيد الأسماك وإجراءات منح الرخصة وطرق وأساليب الصيد وفترات الصيد وأنواع الأسماك وإجراءات منح الرخصة وطرق وأساليب الصيد وفترات الصيد وأنواع الأسماك التي يجوز صيدها" ثم نصت الفقرة (ب) من هذه المادة على أنه " مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر يحضر استعمال المفرقات أو المواد الضارة أو السامة في صيد الأسماك " ثم نصت الفقرة (ج) من هذه المادة على أنه يعاقب بالحبس لمدة شهر واحد وبغرامة مقدارها مائتا دينار كل من يستخدم المفرقات أو المواد الضارة أو السامة في صيد الأسماك وفي حال تكرار المخالفة يعاقب بالحبس لمدة أربعة أشهر وتضاعف الغرامة (م٥٥/م٣).

## المطلب الثاني

### حدود الحماية الجنائية لعناصر البيئة الطبيعية

أولاً: مفهوم الطبيعة وحمايتها في النظام القانوني:

تعد الطبيعة عنصراً هاماً من عناصر البيئة، والأضرار بأي من عناصرها يشكل اعتداء على البيئة باعتبارها قيمة من قيم المجتمع، وهي تشمل على عناصر أساسية تتمثل في الأراضي الزراعية والحيوانات والطيور والأراضي الحرجية والمراعي والحفاظ عليها هو تحقيق نوع من التوازن بين مضار المدينة وما يجب أن

تكون عليه البيئة الطبيعية الصالحة للحياة داخل المجتمع، وبعبارة أخرى حماية الطبيعة ليس المقصود منها مجرد حمايتها من أتلافها ولكن تستهدف هذه الحماية تأكيد الاستعمال العقلاني للمصادر الطبيعية، وتحسين عناصر الطبيعة وبما يكفل استمرارها كعنصر من عناصر البيئة في المجتمع.

وتتكفل التشريعات الوطنية بحماية الطبيعة في مختلف عناصرها من خلال تضمين القوانين ذات الصلة فيها (كالقانون الزراعي) القواعد الخاصة بكيفية استغلال الأراضي الزراعية، والمراعي والإحراج وقيود الاستغلال الأفضل لمصادر الطبيعة كالحيوانات والمزروعات والطيور، وعلى نحو يكفل المحافظة عليها دون أضرار أو ألماس بعناصر الإبقاء على عناصرها تحسينها، مكتفية هذه التشريعات بحدود الجزاء غير الجنائي في حماية عناصر الطبيعة المختلفة.

أما إذا تجاوز التعدي على أحد عناصر الطبيعة درجة الأضرار الفعلي أو الحيلولة دون تحسينها فهنا يتدخل المشرع (في تلك القوانين) بصفة الجزائية لتدعيم الحماية القانونية الواردة في تلك القوانين وهذا ما نوضحه في البند التالي.

## ثانياً: الحماية الجزائية للأراضي الحرجية والمراعي كعناصر في البيئة الطبيعية.

حرص المشرع على توفير الحماية القانونية بشقيها (التنظيمي والجزائي) لعنصرين من عناصر الطبيعة هما: الأراضي الحرجية والمراعي. وبدلالة نص المادة ٤١ من قانون الزراعة الأردني والتي جاء فيها "تتظر دعاوى الحراج والمراعي أمام محاكم الصلح والحكام الإداريين ويتم البت فيها بصفة الاستعجال.

وتظهر الحماية الجزائية لعنصر الأراضي الحرجية والمراعي بتقرير عقوبة الحبس بحق من يتعدى على الأراضي الحرجية والمراعي عن طريق إقامة المساكن عليها أو المنشآت وتصل العقوبة إلى ثلاثة اشهر (والمواد ٣٩، ٣٢ من قانون الزراعة) وقد تكون العقوبة هي الغرامة التي تصل الى مائتا دينار عن كل دونم أو جزء منه تم الاعتداء عليه، ويعاقب بذات العقوبة المتعهد، أما التعدي على الأراضي

الحرجية والمراعي بإلقاء الأنقاض أو النفايات والمخلفات الصلبة أو السائلة أو المشعة يعاقب المخالف بالحبس لمدة ثلاثة اشهر والغرامة مقدار مائتا دينار عن كل دونم أو جزء منه تم الاعتداء عليه ويلتزم المتعدي بإزالة المواد التي تم إلقاءها<sup>(١)</sup>.

كما حظرت المادة ٣٤/أ من قانون الزراعة قطع الأشجار والشجيرات الحرجية والنباتات البرية دون ترخيص من الوزير، كما يحظر حرق الأشجار والشجيرات الحرجية والنباتات البرية، ومخالفة ذلك تستوجب عقوبة الحبس لمدة ثلاثة اشهر وغرامة مقدارها مائة دينار عن كل شجرة من الحراج الحكومي، وغرامة مقدارها خمسون دينار عن كل شجرة من الحراج الخاص. كما يحظر قطع أي شجرة من الأشجار الحرجية المعمرة أو النادرة، والنباتات البرية المهددة بالانقراض، ومن يخالف ذلك يعاقب بالحبس لمدة ثلاثة اشهر وبغرامة مقدارها خمسمائة دينار عن كل شجرة حرجية نادرة أو معمرة ومائة دينار عن كل شجرة مثمرة نادرة أو معمرة، ودينار واحد عن كل نبتة برية يتم قطعها أو أتلافها (م ٣٥/٧) من قانون الزراعة.

### المطلب الثالث

#### الحماية الجزائية لاوضاع تجاوز التخطيط العمراني وأفعال الضوضاء

##### أولاً: تجاوز التخطيط العمراني:

لم يعد الامتداد العمراني للمدن والقرى يتم بطريقة عشوائية إنما يتم عن طريق دراسة علمية ومخططات محكومة بكثير من القوانين والأنظمة التي تحدد الضوابط المتطلبة في التخطيط العمراني، وتصاريح البناء وارتفاعها ومدى ما تشملها الأحياء السكنية من مناطق خضراء ومرافق وغيرها فضلاً عن الاشتراطات الصحية والخدمات الاجتماعية، والتي في مجموعها تشكل الوسط البيئي الذي يعيش فيه الإنسان.

---

١. المواد ٣٢/ب/٥ و ٤/٥/٣٩ من قانون الزراعة الأردني.

واحترام الضوابط والقيود الواردة في القوانين والأنظمة ذات الصلة بالامتداد العمراني تأتي من خلال دعمها بالحماية الجزائية تأكيداً للالتزام بها سواء عند مخالفة الشروط التي تضعها القوانين أو عند الحصول على التراخيص أو تجاوز حدود الترخيص، أو التحايل على التراخيص بالغش أو التدليس، وهنا تبدو أهمية الجزاء الجنائي عند تحقق أي من هذه المخالفات، ومن تطبيقات ذلك نص المادة (٢٤/فقرة ٢) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم ٧٩ لسنة ١٩٦٦ والتي جاء فيها إذا صدر أخطار إلى المالك أو الشاغل إلا أن المالك أو الشاغل لم ينفذ الأخطار خلال المدة المعينة، فإنه يحق للجنة المحلية أن تقوم بالعمل بالطريقة التي تراها مناسبة على حسابه، وتحصل النفقات التي أنفقت في سبيل ذلك ويغرم هذا الشخص لدى أدانته بغرامة لا تزيد على عشرين ديناراً والأخطار تحدده المحكمة وفي حال الاستمرار بالمخالفة بعد صدور الحكم، يقرر على المخالف غرامة لا تقل عن خمسة دنائير عن كل يوم يلي صدور الحكم.

والجزاء الجنائي في هذا النوع من الأنظمة القانونية يشكل نوعاً من الحماية الجزائية لهذا العنصر من عناصر البيئة التي يسعى المجتمع إلى احترامها وحمايتها.

## ثانياً: تجاوز أفعال الضوضاء:

تعتبر الضوضاء نقيض الهدوء الذي تتطلبه البيئة السليمة بين أفراد المجتمع وهي شر لا بد منه، لأنها من مدخلات الحياة المدنية الحديثة وتعرف في اللغة بأنها " مجموعة من الأصوات غير المتناسقة " <sup>(١)</sup> ومن الصعب تحديدها من الناحية القانونية، لأنها بذاتها لا تسبب ضرراً، يحكم أنها تأكيد لسير الحياة في المجتمع ولكن تجاوزها الحد المعقول وبدون مقتضى تستلزم إدراجها في نصوص التجريم سواء مصدرها الشخص أو المركبة أو الآلة.

---

١. وقد ورد تعريف الضوضاء في معجم لاروس لسنة ١٩٧٣ بالصيغة التالية:

(un ensemble de sons sans harmonie) petit larousse illustre 1973.

وحرصا على حماية المجتمع من تجاوز افعال الضوضاء يتطلب الأمر تدخل المشرع لإصدار الأنظمة التي تحدد ضوابط ومعقولية هذا النشاط العصري ووضع المستويات المسموح بها بيئيا، ومتطلبات تقليلها كمدخل لحماية البيئة من أفعال الضوضاء جزائيا، أي عدم تدخل المشرع لتجريم أفعال الضوضاء إلا بعد استنفاد قيود ومستويات إجازتها في المسموح بها.

وأدرك المشرع الأردني هذه المعطيات عندما نص في المادة ١٢ من قانون حماية البيئة في الفقرة (١): تحدد مصادر الضجيج والحدود العليا لمتطلبات الضجيج المسموح بها بيئيا والمتطلبات اللازمة لتقليلها بموجب تعليمات يصدرها الوزير لهذه الغاية.

وضابط الضجيج (م١٢ من قانون حماية البيئة) يقابل عبارة الضوضاء أو اللغظ طبقا للمادة ١/٤٦٧ من قانون العقوبات، وعبارة الضجيج أوسع معنى من اللغظ في اللغة والاصطلاح، لان الأولى تفترض صدور الفعل عن شخص وعلى نحو يسلب راحة الأهليين<sup>(١)</sup> في حين اصطلاح الضجيج أوسع دلالة من حيث المصدر والأثر وسيان صدوره عن شخص أو مركبة أو آلة وعلى نحو يسلب راحة الآخرين وأفراد المجتمع.

وتقدير الضوضاء أمر شخصي، ولكن استخلاصه يعتمد على عوامل كثيرة هي الحالة النفسية ونوعية الصوت ودرجة تكراره او حدوثه فجأة، ومكان تحققه في منطقة سكنية أم تجارية أم مدارس ومستشفيات، وتلك مسائل فنية يتعين اعتمادها لمعرفة مدى خروج الضوضاء عن المستويات المسموح بها.

---

١. وقد نصت المادة ١٢ من قانون حماية البيئة على صلاحية وزير البيئة في إصدار التعليمات التي تتولى تحدد مستويات الضجيج المسموح بها ومتطلباتها.

ومهما كانت ضوابط تحديد مستويات الضجيج المسموح بها بيئياً والمتطلبات اللازمة للحد منها<sup>(١)</sup> إلا أن الضجيج حالة واقعية يترك أمر تقديرها للمرجع الجزائي المختص. لان علة التجريم فيها والذي يتدخل المشرع بشأنها هو راحة الأفراد وسكنتهم وفق السير العادي للحياة وذلك هو الضابط الواقعي لتطبيق نصوص تجريم الضوضاء.

وسار المشرع الأردني في الاتجاه عندما تدخل بتجريم الضجيج في المادة ١٢ من قانون حماية البيئة والتي جاء نصها في الفقرة (ب) على أنه " يعاقب كل من يخالف التعليمات الصادرة بموجب الفقرة (أ) من المادة<sup>(٢)</sup> بالحبس مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على شهر أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين. كما نصت الفقرة (ج) من نفس المادة على انه " يغرم الشخص أو صاحب المركبة أو الآلة التي تسببت بأحداث الضجيج بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد على عشرين دينار.

---

١. وقد توصل العلم لوضع وحدة قياس للضوضاء يسمى (LEDECIBLE) وجهاز لقياس هذه الوحدة (سنومتر SONOMETERES) وقسم إلى ثلاث درجات أ، ب، س قياس درجة الضوضاء وتوصل الاختصاصيون إلى وضع جدول يحدد الضوضاء الداخلية أو الخارجية ودرجة قياسها من الصفر وحتى درجة ١٤٠ وإلى يستحيل معها دون الإصابة بأضرار خطيرة على الصحة ويصعب القول بالراحة مع درجة ضوضاء تزيد عن ٥٥-٦٠ إنشاء النهار و ٤٠ أثناء الليل وفي الأحوال تبدأ الخطورة الحقيقية من ٨٠ إلى ٩٠ أنظر في الجدول المذكور مشار إليه مؤلف الدكتور - نور الدين هنداوي الحماية الجنائية المرجع السابق هامش ص ٧٤.

٢. وتنص الفقرة (أ) من المادة ١٢ من قانون حماية البيئة تحدد مصادر الضجيج والحدود العليا لمستويات الضجيج المسموح بها بيئياً والمتطلبات اللازمة لتقليله بموجب تعليمات يصدرها الوزير لهذه الغاية.



## الخاتمة

تمثل هذه الدراسة جهد متواضع لابرار منهج التشريع الأردني في حماية البيئة بعناصرها المختلفة، من صور التعدي التي تكون محصلة لانشطة صناعية وتجارية ومهنية كمتطلبات ضرورية لتطوير المجتمع. والحفاظ على تطوير المجتمع واستمرارية ذلك يجب إلا يكون على حساب البيئة كقيمة أساسية من قيم المجتمع.

ورغم أن المشرع الأردني لم يدخر جهدا في حماية البيئة في النظام القانوني ذات الصلة بأي من أنشطة المصانع والمركبات والمنشآت التجارية وغيرها، ومن خلال وضع شروط مباشرة النشاط وقيوده وعلى النحو الذي يحد من التأثير السلبي على البيئة، إلا أن هذه الحماية القانونية المجردة من الجزاء الجنائي غير فعالة في تحقيق الحماية للبيئة مما يتطلب تدخل المشرع بصفته الجزائية لتدعيم الحماية المقررة في القوانين والأنظمة ذات الصلة بتلك الأنشطة.

وبقراءة فاحصة في منهج المشرع الأردني فقد خلصت إلى النتائج التالية:

- يسجل للمشرع الأردني انه وفر الحماية الجزائية لعناصر البيئة المختلفة معتمدا منها مختلطا، إذ وردت بعض صور الحماية في قانون العقوبات الأصلي وصور أخرى من الحماية (والتي هي أكثر فعالية) وردت في قوانين خاصة:

كقانون حماية البيئة رقم ١ لسنة ٢٠٠٣ وقانون الزراعة رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٢ وهو بذلك وفر الجهد علينا في بحث منهج الحماية الجزائية للبيئة من خلال تقريره لهذه الحماية في التشريعات ذات الصلة بالأنشطة الصناعية والتجارية والحرفي ذات التأثير السلبي على البيئة وبدا هذا المنهج أكثر وضوحا في مجال تلوث وبصفة خاصة تلوث المياه عندما قن الحماية الجزائية في قانون منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٣.

- واتساقا مع منهج المشرع الأردني في حماية البيئة في النظام القانوني وبحكم أن الحماية الجزائية وردت في مواضع متفرقة، وفي عدة قوانين، والذي استتبع التدخل في صور تجريم التعدي على البيئة وحرصا على احترام قاعدة التشريع الجنائية (قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون) ووصولا إلى تقرير الجزاء الجنائي المقرر، لأي صورة من صور التعدي على البيئة وفق النموذج القانوني المقرر فانه يتعين التحوط عند البحث في جريمة التعدي على البيئة بالعناصر والضوابط التالية:

- ضرورة تحرز المرجع الجزائي المختص في المجال بفحص التشريع البيئي بأكمله، والتفرقة بين الحماية القانونية للبيئة المجردة من الصفة الجزائية، والحماية القانونية للبيئة والتي يتدخل فيها المشرع بصفته الجزائية، وهذا التدخل بين صورتين الحماية أمر تتبعه كافة التشريعات العالمية ذات الصلة بحماية البيئة، لان التعدي على البيئة قد يكون محصلة نشاط صناعي أو زراعي ذات تأثير سلبي على البيئة، والمشرع قد يكتفي بالحماية المجردة من الصفة الجزائية حرصا منه على مواكبة وسائل التطور والبحث العلمي للتقليل من التأثير السلبي على البيئة من تلك الأنشطة الضارة إلا عندما يقدر أن هذا النشاط يلحق ضررا فعليا أو خطرا على البيئة يصعب التحوط والتحرر من جسامته الضرر الناشئ عنه مستقبلا.

ووسيلة المرجع الجزائي المختص بتطبيق النصوص الجزائية في القوانين المتصلة بحماية البيئة هو الرجوع إلى كل فرع من فروع القوانين الخاصة بالبيئة

والقيام بتفحص هذه النصوص واستخلاص الجزاء المقرر كما تحدده النصوص المقررة لهذه الحماية.

- يتعين على موظفي الضابطة العدلية وجهات الملاحقة ذات الاختصاص، عدم التسرع واستعمال وسائل الحماية الجزائية للبيئة خارج المحدود المقررة قانوناً، وذلك حتى لا يكون الجزاء الجنائي المقرر في تلك القوانين عائقاً أمام مسيرة تطور النشاط الصناعي والتجاري والحرفي في الدولة.

- مسؤولية حماية البيئة من الأضرار بها ليست مسؤولية الدولية فقط، إنما هي مسؤولية الأفراد والمؤسسات الاجتماعية كافة وحيث أن البيئة قيمة أساسية من قيم المجتمع، فحمايتها القانونية تأتي ابتداءً من وعي إدارة الحكومة بضوابط منح التصاريح لمنشات تقوم بنشاط سلبي على البيئة، ثم المراقبة والمتابعة وفق الأنظمة القانونية ذات الصلة، وهذا ما يتطلب تفعيل الأنظمة والتعليمات ومتابعة تطبيقها ابتداءً، حتى لا يصار إلى الجزاء الجنائي المقرر لحماية البيئة إلا بعد استنفاد وسائل الحماية القانونية غير الجزائية، وهذا يستتبع المسؤولية الفردية والجماعية في المجتمع من جهة الحرص على حماية البيئة من كل أشكال التعدي على عنصر من عناصرها<sup>(١)</sup>.

---

١. ومن مظاهر اهتمام الأردن لمواجهة أخطار تلوث البيئة هو المشاركة والتوقيع على عدد من المعاهدات الدولية في مجال تلوث البيئة وأهمها:

- الاتفاقية الدولية لمنع تلوث البحار بالنفط لعام ١٩٦٣.
  - اتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات لعام ١٩٧٥.
  - اتفاقية فينا لحماية الأوزون لعام ١٩٨٩.
  - اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة لعام ١٩٨٩.
  - اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة (pops) لعام ١٩٩٧.
- وتتجلى حماية البيئة الأردني هو باستحداث وزارة للبيئة بموجب قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ (م ٢) من قانون حماية البيئة) فضلاً عن الندوات والمؤتمرات والورش المختلفة في المؤسسات الرسمية والجامعات والمؤسسات الأهلية والتي تدور أنشطتها عن حماية البيئة.

- ورغم فعالية منهج الشارع الأردني في تقرير حماية جزائية للبيئة في مختلف القوانين السابق ذكرها، إلا أننا نتطلع إلى خطوة مستقبلية باصدار قانون مستقل ومتكامل للبيئة<sup>(١)</sup> جزائيا بحيث يضع حدا للتدخل بين صور الحماية الجزائية للبيئة في قوانين متفرقة، والتي نلقى صعوبة بالغة على المرجع الجزائي المختص بنظر جريمة التعدي على البيئة، لانه بارتكاب جريمة التعدي على البيئة يكون المجتمع بأفراده ومؤسساته هو الجاني والمجني عليه في آن واحد.

## جريمة الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات عن طريق الغش دراسة في ضوء التشريع الفرنسي

تأليف

# الأستاذ المساعد الدكتور محمد حماد مرهج المهني

## جامعة الأنبار – كلية القانون

جريمة الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات عن طريق الغش

أ.م.د. محمد حماد مرهج المهني

جامعة الأنبار – كلية القانون

### الملخص:

لقد قسمنا البحث إلى أربعة فصول بينا في الأول مدلول النظام الآلي لمعالجة المعطيات باعتبار أن الدخول ينصب عليه فعرضنا معناه في نظر مجلس الشيوخ وبيننا النتائج التي تترتب على تبني المدلول الذي رجناه. وانتهينا في إطار الحماية الفنية أو التقنية للأنظمة إلى أن حجج الاتجاهين تتحطم مع صراحة النص الذي جاء به المشرع. وبيننا في الفصل الثاني الوسائل التي تحقق الدخول المعاقب عليه والكيفية التي يتم بها ومعيار الذي يحقق الدخول عن طريق الغش. أما الفصل الثالث الركن المعنوي للجريمة وكون الدخول عن طريق الغش يتم بصورة عمدية مما لا يمكن تصور تحققها في عن طريق الصدفة أو الاعتقاد الخاطيء. وكان لنا أخيرا وفي الفصل الرابع أن نبين أثر الضرر الذي يمكن أن يترتب على الدخول وموقف المشرع منه فوجدنا أن للضرر أثر سواء من حيث طبيعة الجريمة أو من خلال

العقاب، حيث اعتبر المشرع الضرر الذي يصيب النظام ظرفاً مشدداً يستوجب تشديد العقاب سواءً بمحو المعلومات والبرامج أو بالتعديل بها أو بالتأثير على تشغيل النظام الآلي وهذا يؤيد منهج المشرع في اعتبار جسامه النتيجة معياراً لتشديد العقاب الأمر الذي استندنا إليه في القول بتأثر طبيعة الجريمة بالضرر، وبعد أن حددنا مدلول كل سلوك انتهينا إلى أن المشرع لم يفرق في العقاب في إطار ذلك مع تفاوت تلك التصرفات في الخطورة.

### Illegal access crime by fraud way to the automatic data processing system

The research is divided into four chapters.

The first are deals with meaning of the automatic data processing system according to senate point of view. The results which issue from the definition of the senate within the farm work of " crime consideration " were showed.

The second chapter is assigned to study the criminal act which by means of it a crime is committed.

In the third chapter we discussed the criminal intention. In it we showed that the crime can not be committed by mistake so it is intentional crime.

While in the fourth chapter, we show the circumstances which were considered as aggravating ones by legislator and they are defined as delete or erase information, data and computer software. Or make modification in it, and damage of automatic system operation.

## المقدمة

مع ازدياد الاعتماد على الانظمة الآلية لمعالجة المعطيات بعد التطور الذي أصابها سواء في صناعتها أو صناعة البرامج التي تشتغل بها، وكونها الوسيلة الأساسية لمباشرة مجمل الاعمال ومختلفها حتى الشخصية منها أثرت ولا تزال تثار مشكلة أمنها ومن ثم أمن المعلومات التي تضمها وحمايتها من الاعتداء عليها.

وتعد جريمة الدخول عن طرق الغش سواء الدخول غير المصرح به أو الذي يتجاوز العوائق الفنية والتقنية تطور أساسي في محيط تجريم الاعتداءات التي يتعرض لها النظام الآلي لمعالجة المعطيات وفي محيط ما يمكن أن نسميه بقانون العقوبات المعلوماتي باعتبارها الخطوة الاولى في دراسة الحماية الجنائية للأنظمة الآلية لمعالجة المعطيات. لأنها تعتبر مقدمة لارتكاب اي اعتداء لاحق على النظام الآلي، حيث لا يكون إرتكاب جرائم أخرى كالنسخ غير المشروع والتعديل والمحو في المعلومات والبرامج... الخ من أنماط الاعتداء على الأنظمة الآلية لمعالجة المعلومات ممكناً إلا بعد الدخول إلى النظام الآلي ولا سيما أن الواقع العملي يشهد حالات اختراق متعددة لتلك النظم المحمية بأفضل الوسائل الفنية أو التقنية.

ويكتسب البحث أهميته من خطورة هذه الاعتداءات لما لتلك الأنظمة من دور شمل مجمل أنشطة الحياة المدنية والحربية على حد سواء<sup>(١)</sup> وأضحت مستودعاً كبيراً للمعلومات والأسرار على مستوى الأفراد والدول والمؤسسات والشركات، ومن تزايد حالات الاختراق الذي تتعرض له والتي يكشف عنها الواقع حيث أعلن معهد أمن المعلومات عن أن ٧٠% من حالات اختراق نظم المعلومات للشركات التي تعتمد على هذا النظام حصلت من نقاط الاتصال الخارجي، أي عبر شبكة المعلومات في حين كانت نسبة الاختراق في عام ٢٠٠٠ تشكل ٥٩%<sup>(٢)</sup> وكان عدد القضايا التي فتح فيها مكتب التحقيقات الفدرالي في الولايات المتحدة التحقيق (١١٥٤) قضية خلال عام ١٩٩٩، في حين كان عدد القضايا (٤٥٧) عام ١٩٩٨<sup>(٣)</sup>. وملاحظة بسيطة للفرق بين عدد القضايا تكشف عن مقدار الزيادة في عدد جرائم اختراق الأنظمة المعلوماتية؛ إذ أنها تزيد على الضعفين وتقترب من الثلاثة أضعاف. وقد كشفت دراسة أجراها معهد أمن المعلومات بالتعاون مع مكتب التحقيقات الفدرالي وبمشاركة ٥٣٨ مؤسسة أمريكية عن أن ٨٥% من المؤسسات التي تم دراستها قد تعرضت لمحاولات اختراق وقد بلغت الخسائر التي تعرضت لها المؤسسات التي استطاعت أن تحصي خسائرها من جراء عمليات الاختراق ٣٧٨ مليون دولار في حين كانت الخسائر لعام ٢٠٠٠ بحدود ٢٦٥ مليون دولار، وأن معدل الخسارة السنوية للأعوام الثلاثة السابقة لعام ٢٠٠٠ بلغت ١٢٠ مليون دولار<sup>(٤)</sup>.

---

١. انظر في بيان التطبيقات العملية السلمية والحربية لبرامج الحاسب الآلي

GBREMOND, La Révolution informatique dictionnaire thé matique  
édition HATIER 1982 p.6.

٢. يونس عرب - جرائم الكمبيوتر والانترنت - المعنى والخصائص واستراتيجية المواجهة

القانونية - الفقرة ٣-١ الموقع على الانترنت الفقرة ١-٣ ص ١٠

<http://www.araplaw.com>

٣. د. عبد الفتاح بيومي حجازي الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت. دار

الكتب القانونية - ٢٠٠٢ ص ٤٩ هامش ١.

٤. أنظر يونس عرب - المرجع السابق - الموقع نفسه



إن هذا البحث يعد محاولة للفت انتباه المشرعين في البلاد العربية بشكل عام خلاف البعض منها<sup>(١)</sup> والمشرع العراقي على وجه الخصوص لسن تشريع خاص يعالج تلك الاعتداءات بعد انتشار شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) التي سهلت السبيل للجناة لارتكاب جرائمهم بسبب سعة انتشارها وقدرتها على تجاوز الحدود الجغرافية والسياسية مما أعطى لهذه الجرائم طابعاً دولياً مما ينبغي التكاتف في سبيل مكافحتها أو على الأقل الحد من انتشارها، ولاشك أن انظمتنا المعلوماتية تعاني منها ولاسيما أن أغلبها بدأت تعتمد في تعاملاتها على تلك الأنظمة بشكل يكاد يكون كلياً ولا سبيل رادع لذلك وتقادي أخطارها أمام غياب مثل ذاك التشريع.

#### النصوص الجنائية

تنص المادة ٢/٤٦٢ من القانون رقم ٨٨-١٩ لسنة ١٩٨٨<sup>(٢)</sup> الفرنسي التي تقابل المادة ١/٣٢٣ من قانون العقوبات الفرنسي الحالي<sup>(٣)</sup> على أنه ((كل من دخل بطريق الغش أو مكث في داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين شهرين وسنة واحدة وبالغرامة التي تتراوح ما بين

---

١. عالج المشرع العماني هذا الموضوع بالمرسوم السلطاني ٢٠٠١/٧٢ الذي أضاف إلى قانون الجزاء الفصل الثاني مكرر لاحظ نص التعديل مقال عبد اللطيف بن عبد الرحمن الهريش - بعيداً عن الاكتفاء بالمعالجة التقليدية: جرائم الحاسب الآلي بحاجة للتنظيم والنصوص القانونية لا تزال قاصرة عن تغطيتها - منشور في مجلة الرياض الأربعاء ١٦ نيسان (أبريل) ٢٠٠٣ الموافق ١٤ صفر ١٤٢٤ هجري العدد ١٢٧١٧ السنة ٣٨ لاحظ موقعها على الانترنت

<http://www.alriyadh-np.com>

٢. أدخل المشرع الفرنسي هذه الجريمة أول مرة إلى قانون العقوبات بالقانون رقم ٨٨-١٩ لسنة ١٩٨٨ بشأن الغش المعلوماتي الصادر في الخامس من يناير / كانون الثاني من عام ١٩٨٨ وقد بدأت أول محاولة لإصداره عام ١٩٨٥ حين تقدم وزير العدل بمشروع قانون عقوبات جديد، ولم ترى هذه المحاولة النور حتى العام المذكور.

٣. بدء العمل بقانون العقوبات الفرنسي الجديد في الأول من شهر مارس - آذار - من عام ١٩٩٤ وقد تضمن نصوص المواد التي جاء بها القانون رقم ٨٨-١٩ لسنة ١٩٨٨ بشأن جرائم الغش المعلوماتي وأعاد ترتيبها وأجرى عليها بعض التغييرات.

ألفين إلى خمسين ألف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإذا نجم عن هذا الدخول سواء محو أو تعديل في المعطيات المخزنة في النظام أو إتلاف تشغيل هذا النظام تكون العقوبة الحبس لمدة تتراوح ما بين شهرين إلى سنتين والغرامة التي تتراوح ما بين عشرة آلاف إلى مائة ألف فرنك))، ولا يختلف النص الجديد في قانون العقوبات عن نص المادة ٢/٤٦٢ إلا بشأن تعديل العقوبة وإن اختلف قليلا من حيث الصياغة، حيث شدد المشرع العقوبة، وجعلها سنة حبس وغرامة مائة ألف فرنك في حالة الدخول بطريق الغش، وإذا نتج عن الدخول محو أو تعديل في المعلومات الموجودة بالنظام تكون العقوبة الحبس سنتين وغرامة تصل إلى مائتين ألف فرنك حتى يتمكن المشرع من مواجهة ظاهرة الإجرام المعلوماتي<sup>(١)</sup>. وسنتناول جريمة الدخول عن طريق الغش بسبب كونها تختلف عن جريمة المكوث أو البقاء بالنظام الآلي من حيث الطبيعة ومن حيث النشاط المادي المكون لكل منهما إلى جانب ما يفرضه علينا طبيعة هذه المواضيع التي تتطلب علاج جميع تفاصيلها وما يتعلق بها كونها من الجرائم الحديثة التي فرضها التطور التكنولوجي.

وشأن جريمة الدخول إلى النظام عن طريق الغش شأن الجرائم الأخرى تقوم على ركنين: ركن مادي وركن معنوي حيث تقوم الجريمة على الرأي الغالب في الفقه<sup>(٢)</sup> على ذلك. وقد يتطلب المشرع إلى جانب ركني الجريمة صفة أو حالة واقعية

---

١. د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ ص ٢٦٢.

٢. هناك من الفقهاء من يذهب إلى إضافة ركن آخر للجريمة يصطلح عليه بالركن الشرعي أو بالركن القانوني - لاحظ د. علي حسين الخلف، وسلطان الشاوي - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - مطابع الرسالة - الكويت - ١٩٨٢ ص ١٣٩، د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٨٤ ص ٧٣ وما بعدها ولاحظ في الاعتراضات التي يثبتها ونحن نؤيده في ذلك د. عوض محمد- الوجيز في قانون العقوبات - القسم العام - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٧٨ ص ٥١.

أو قانونية يحميها القانون ويفترض وجودها وقت وقوع الجريمة ويطلق عليه العنصر المفترض<sup>(١)</sup>.

ويعد النظام الآلي ذلك العنصر في الجريمة موضوع البحث.

وقد وجدنا أن السبيل إلى التعرف على جميع دقائق هذه الجريمة يكون من خلال خطة منهجية تعتمد على الأسلوب التحليلي المدعم بالاستنتاج المنطقي المستند للأصول القانونية نستعرض فيها مدلول النظام الآلي باعتباره العنصر المفترض للجريمة والركن المادي والركن المعنوي، وأثر الضرر الذي يتحقق من جراء الدخول على أن يكون كل أمر في فصلٍ مستقلٍ.

## الفصل الأول

### المقصود بالنظام الآلي لمعالجة المعطيات ومدى اشتراط حمايته بوسائل فنية

ينبغي الإشارة إلى أن الحاسب الآلي<sup>(٢)</sup> هو المقصود من عبارة النظام الآلي لمعالجة المعطيات<sup>(١)</sup> لأنه العنصر الأساسي للنظام باعتباره الجزء الذي لا غنى عنه

---

١. وهو العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل نشاطه كصفة الموظف في جريمة الرشوة - د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٥٧ ويعد العنصر المفترض من الأركان الخاصة في بعض الجرائم د. فخري عبد الرزاق الحديثي - قانون العقوبات - القسم العام - مطبعة الزمان - بغداد ١٩٩٢ ص ١٨.

٢. أصل تسمية الجهاز الآلي لمعالجة المعلومات هو كلمة كومبيوتر COMPUTER والمشتقة من الفعل COMPUT، الذي تعني باللغة العربية يحسب، وقد عرّبها مجمع اللغة العربية الأردني بالحاسوب د. عوض منصور محمد أبو النور - مقدمة في علم الحاسب الإلكتروني - وبرمجة بيسك - دار الأمل - أريد - الأردن - ط/ الخامسة ١٩٩٦ ص ٢٨ وهي ليست التسمية الوحيدة التي استعملها الفقه لاحظ التسميات المختلفة والأسباب التي تكمن وراء هذا الاختلاف د. محمد حماد مرهج - الهيتي - التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي - دار الثقافة للطباعة والنشر - الأردن عمان - ٢٠٠٤ ص ١٤٣ وما بعدها.

في بناء أي نظام معلوماتي حديث لما له من قدرة، حيث فتح الآفاق بعد الاندماج الذي حصل بين نظامي الاتصال والحوسبة<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الأول

### مدلول النظام الآلي لمعالجة المعطيات

لم يُحدد المشرع المقصود بالنظام الآلي لمعالجة المعطيات على الرغم من أن مجلس الشيوخ الفرنسي كان قد أدرج مدلوله ضمن التعديلات التي اقترحها على مشروع القانون. وقد آثرنا استعراض مدلوله دفعتنا لذلك ضرورات البحث على الرغم من طابعه الفني على أن نستعرض وفي مطلبين موقف مجلس الشيوخ والفقه من ذلك.

## المطلب الأول

### مدلول النظام الآلي لمعالجة المعطيات في نظر مجلس الشيوخ الفرنسي

حدد مجلس الشيوخ الفرنسي في مشروع قانون غش المعلومات مفهوم النظام الآلي لمعالجة المعطيات بكل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة. والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط، والتي يربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يمكن تحقيق نتيجة معينة هي معالجة المعطيات أو التي تتطافر فيما بينها نحو تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات على أن يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية

---

١. د. عمر الفاروق الحسيني- المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية- ط/الثانية- ١٩٩٥ ص ٥.

٢. تقوم الحوسبة على أساس استخدام وسائل التقنية لإدارة ومعالجة البيانات وتنفيذ مهام تتعلق بعلمي الحاسب والمنطق- يونس عرب- المرجع السابق فقرة رقم ١ ص ١.

التقنية<sup>(١)</sup>. غير أن إسقاط مدلول النظام الآلي لمعالجة المعلومات من القانون وإن كان قد أفقده عنصر الإلزام الذي للنصوص القانونية إلا أنه لم يفقده كل قيمته القانونية؛ إذ له قيمة قانونية لما للأعمال التحضيرية والمناقشات التي تصاحب وضع القوانين من قيمة مما يمكن الاسترشاد به في إطار بيان مدلول عبارات النص عندما لا تكون واضحة المدلول طبقاً لما تقضي به قواعد التفسير التي غايتها الكشف عن قصد المشرع.

ونشير بصدد الشروط التي وضعها مجلس الشيوخ للنظام التي تحدد جانباً منها عبارة المجلس بأنه عبارة عن (مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط) إلى أن النظام يتكون من عنصرين: الأول عنصر مادي يتكون من وحدة أو مجموعة من وحدات المعالجة، والعنصر الثاني من طبيعة غير مادية أو معنوي يتكون من البرامج والمعطيات تتطافر أو تتآلف فيما بينها من أجل تحقيق غاية محددة هي معالجة المعطيات، أي لا بد أن يكون هناك ترابط أو صلة بين وحدات النظام توحيدها أو تحاول توحيد جهودها نحو تحقيق الهدف المقصود. فالوحدة التي لا تتوفر فيها تلك الصفات فلم تكن مرتبطة بغيرها ولم يكن لها دور في تحقيق المقصود وهو معالجة المعطيات تخرج من نطاق مدلول النظام الآلي وبالتالي تخرج من نطاق الحماية. ولهذا التحديد أهمية سنكشف عنها عند بياننا للنتائج التي تترتب على تبني هذا التعريف.

## المطلب الثاني

### مدلول النظام الآلي لمعالجة المعطيات في نظر الفقه

---

١. د. علي عبد القادر القهوجي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - الدار الجامعية للطباعة والنشر - الاسكندرية - ١٩٩٩ ص ١٢٠.

يرى جانب من الفقه بأن النظام الآلي لمعالجة المعطيات هو كل وحدة أو مجموعة من الوحدات القادرة على معالجة أو تخزين البرامج والمعلومات أو إجراء الدخول أو الخروج أو الارتباط والتي تهدف الى نتيجة محددة في هذه المجموعة وتكون موضوعاً للحماية بنظام الأمن<sup>(١)</sup>.

وهذا التعريف لا يختلف فيما يتعلق بشرط الحماية الأمنية: الفنية أو التقنية عن سابقة ولا غرابة في ذلك لأنه يعكس وجهة نظر تيار آخر في مجلس الشيوخ. غير أنه إلى جانب كونه لم يحدد النتيجة التي ينبغي أن يسعى النظام إلى تحقيقها اشتراط في وحدات النظام التي يتكون منها أن تكون قادرة أما على معالجة أو على تخزين البرامج والمعلومات فقد دون أن يتطلب الارتباط بينها. مما يفيد أنه أي وحدة يمكن استخدامها لخرن البرامج والمعلومات أو لمعالجتها تعد جزء من النظام الآلي لمعالجة المعطيات، فالأقراص الممغنطة و أجهزة الحاسب غير المستخدمة تعد من مكونات النظام الآلي. لأنها - وطبقاً للتعريف - وحدات قادرة على تخزين البرامج والمعلومات بالنسبة للأقراص ووحدات قادرة على معالجة وتخزين البرامج والمعلومات بالنسبة لأجهزة الحاسب. في حين أنها تخرج من عداد ذلك طبقاً للتعريف الذي قدمه مجلس الشيوخ الذي اشترط الارتباط بين تلك الأجزاء فكان أكثر وضوحاً وتحديداً، بشأن اشتراط ان تكون الأجزاء التي يتكون منها النظام قادرة على الاتصال فيما بينها من أجل الغاية التي وجدت من أجلها الأمر الذي لم يدر بخلد الفقه والذي تتضح نتائجه فيما بعد.

ويعصف البعض<sup>(٢)</sup> هذا التعريف بالسعة ونحن نؤيده في هذا الوصف ونختلف معه فيما اعتبره توسعة في مدلوله حيث يرى أن هذا المدلول واسع لأنه يشمل شبكة المعلومات العالمية وبطاقات الائتمان الممغنطة.

---

١. قال بهذا التعريف العضو Thyraud أمام مجلس الشيوخ في جلسة مناقشة مشروع القانون لاحظ في عرض هذا الاتجاه وتقييمه أيضاً د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق - ص ٢٨٣.

٢. من هذا الرأي د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق ص ٢٨٣.

والحق أن سعة هذا المدلول لم تكن بضمه شبكة المعلومات العالمية التي هي عبارة عن مجموعة من الأجهزة والأدوات المختلفة التي تساعد على تخزين المعلومات في صيغة يمكن استعادتها<sup>(١)</sup>، ومن ثم تبادلها. إنما السعة التي نقول بها بالنسبة جاءت من الصفات التي اشترطها أصحاب هذا التعريف في وحدات النظام والتي تشمل كل وحدة يمكنها أن تقوم بإحدى عمليتين: المعالجة أو الخزن، وهذا من شأنه أن يمد الحماية إلى أي جهاز طالما أنه له القدرة على المعالجة أو القدرة على الخزن الأمر الذي يعد من صميم عمل شبكة المعلومات العالمية (الانترنت). أما بالنسبة لبطاقات الائتمان فإنها أيضاً لا تخرج عن مدلول النظام الذي يقول به الفقه عند تطبيقه عليها مما لا يجعله تعريفاً واسعاً في هذا المجال لأنها، أي بطاقات الائتمان، تعد من وحدات الارتباط أو الاتصال أو من وحدات الإدخال إذا أخذنا بنظر الاعتبار الدور الذي تقوم به.

غير أن صاحب هذا الاتجاه إذا كان قد اعتمد على كون شبكة المعلومات وبطاقات الائتمان الممغنطة لها القدرة على معالجة وخزن المعطيات مما يعد توسعاً في رأيه فإن هذا لا ينطبق وبشكل خاص على بطاقات الائتمان<sup>(٢)</sup>؛ إذ أنها ليس لها القدرة على معالجة المعلومات ولا حتى خزنها بالشكل الذي هي عليه وحدات الخزن

---

١. كرستان كروملش، روبرت كورت وآخرين- الانترنت بدون خبرة- إعداد د. خالد العامري-

قسم الترجمة بدار الفاروق- مصر- القاهرة ط/الثانية ٢٠٠٠ ص ٢٠.

٢. بطاقات الوفاء الإلكترونية هي بطاقات بلاستيكية أو من الورق الصلب تصدر بواسطة مؤسسة مالية بإسم أحد الأشخاص وتقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان د. فايز نعيم رضوان بطاقات الوفاء- مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة- ١٩٩٠ ص ٧١، ولاحظ في بطاقات الإئتمان على وجه الخصوص التعاريف المختلفة لها فداء يحيى أحمد الحمود- النظام القانوني لبطاقة الائتمان- دار الثقافة للطباعة والنشر- الأردن- عمان- ١٩٩٩ ص ١٤ وما بعدها ولاحظ في أنواعها والجرائم التي ترتكب عن طريقها القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة- الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي- دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢ ص ٣٤ وما بعدها.

الداخلية أو الخارجية التي يتكون منها النظام الآلي كالأقراص الصلبة أو المرنة<sup>(١)</sup> وإذا كان يستند على قدرة البطاقة في تخزين المعلومات التي تزود بها الأشرطة المغنطة التي تثبت في جسمها المادي في القول بقدرتها على التخزين. فإن هذا غير مقبول لأن هذا الكيان هو الذي ترتبط به البطاقات المغنطة بالحاسب الآلي فهو حلقة الوصل التي تسمح لحامل البطاقة بالاتصال بالحاسب الآلي للجهة المصدرة للبطاقة، ويتكون من معلومات وبيانات يتم تثبيتها أو بالأحرى يتم دمجها في الأشرطة المغنطة بطريقة إلكترونية، ولا يتم قراءتها إلا من قبل الحاسب الآلي أو من جهاز يرتبط به يسمى قارئ البطاقات الأمر الذي يجعلها من وحدات الاتصال أكثر من كونها وحدة من وحدات تخزين المعلومات، بل أن هذه البيانات والمعلومات هي التي تمكن البطاقة بالاتصال بالنظام الآلي، أي هي الجزء الذي يجعل البطاقة قادرة على أداء وظائفها.

وما نؤيد به وصفها هذا هو أن الوفاء عن طريقها إذا تم آلياً، أي وفق الطريقة الإلكترونية، فعن طريقها أو من خلالها يرتبط التاجر مع المصرف الذي أصدر البطاقة بواسطة جهاز معد خصيصاً لهذه الغاية يسمى بجهاز التحويل عند نقط البيع Point of sale transaction terminal، ومهمة هذا الجهاز التأكد من صحة البطاقة المقدمة من العميل إلى التاجر، حيث يتبادل هذا الجهاز المعلومات والبيانات المشفرة إلكترونياً على البطاقة مع البيانات والمعلومات المخزنة على جهاز الحاسب الآلي لدى المصرف<sup>(٢)</sup>، ولذلك فهي إن لم تكن من وحدات الاتصال فهي تعد من وسائل الدخول أو الارتباط وليست من وحدات المعالجة والتخزين الأمر الذي

---

١. ولا يمكن اعتبار بطاقات الوفاء من وحدات التخزين لأن المعلومات التي تتضمنها الأشرطة المغنطة معلومات بسيطة وخاصة تتعلق ببيانات تخص حامل البطاقة والجهة التي أصدرتها إلى جانب، وهو الأهم، لا يمكن معاملتها كالمعلومات الموجودة على الأقراص من حيث نسخها أو التعديل بها، بل أن التغيير فيها غير ممكن إلا من قبل الجهة المصدرة للبطاقة.

٢. عماد علي الخليل- الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء- دار وائل للنشر- الأردن عمان - ط



ينفي عن التعريف السعة بهذا الاتجاه لأنه اعتبر وحدات الإدخال من ضمن وحدات النظام وهي منها كما انتهينا.

خلاصة الأمر إن من حسنات التعريفين أنهما جعلتا وحدات الاتصال بالنظام الآلي من ضمن الوحدات التي يتكون منها، ويتأكد ذلك من خلال شمولهما لبطاقات الوفاء الممغنطة لأنه لولا ذلك لما كان بالإمكان شمول تلك البطاقات بالحماية بحيث من يستعملها بصورة غير مشروعة يعد مرتكباً لجريمة الدخول إلى النظام الآلي عن طريق الغش إلى جانب مسؤوليته عن جرائم أخرى حيث يتوقف ذلك على نوع البطاقة والطريقة التي استخدمها للوفاء بمشترياته وطريقة الحصول عليها. وهذا من شأنه أن يجعل التعريف يسائر التقدم الذي يصيب تقنية المعلومات لأن اعتبار وحدات الاتصال بالنظام من ضمن مدلول النظام وقدرتها على الاتصال يُمكن هذا التعريف من أن يكون حياً يستطيع أن يواكب التقدم في هذا المجال كما هو الأمر بالنسبة لشموله شبكات الهاتف الخليوي باعتبارها نظاماً وفقاً للمدلول الذي بيناه، وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة تحديد المقصود بالنظام بنص إن شاء لمشرعنا أن يجرم ذلك، حيث أننا مع الاتجاه الذي يرى بضرورة ذلك حفاظاً على قدسية مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

## المبحث الثاني

### النتائج التي تترتب على الأخذ بالتعريف الذي قدمه مجلس الشيوخ

إن أي وحدة حتى تدخل في مكونات النظام طبقاً لمفهوم مجلس الشيوخ ينبغي أن يتم التحقق من أمرين: ارتباطها بالنظام أو قدرتها على ذلك وأن يكون لها دور في تحقيق الغاية الأساسية وهي معالجة المعلومات بحيث أن الوحدة غير المتصلة بالنظام ولا يكون لها القدرة على تعضيد الوحدات الأخرى في إطار الغاية الأساسية وهي معالجة المعلومات لا يمكن أن تكون من مكونات النظام خلاف الأمر بالنسبة لموقف الفقه من مدلول النظام ولهذا آثار يمكن بيانها من خلال الإجابة على

الأسئلة الآتية:- مدى اشتراط ارتباط الوحدة أو الوحدات بالنظام؟ ومدى اشتراط تشغيلها؟ ومدى شموله لأجزاء الارتباط والدخول والخروج؟ لتحقيق جريمة الدخول.

وفي صدد الإجابة على التساؤل الأول يمكن القول بأن الأخذ بتعريف الفقه للنظام الآلي يجعل الدخول أو الاتصال بأي وحدة من وحدات الخزن أو المعالجة محققاً للجريمة سواء كانت تلك الوحدة متصلة أو مرتبطة أو غير مرتبطة قادرة أن تساند أو تتظافر مع غيرها على تحقيق مهمتها أو غير قادرة على ذلك؛ إذ يكفي لتحقيق جريمة الدخول في ضوء مدلول الفقه للنظام أن تكون الوحدة التي تم الاتصال بها من وحدات الخزن أو المعالجة. بمعنى آخر أن جريمة الدخول تتحقق بمجرد الاتصال بأي وحدة من تلك الوحدات سواء كانت من الوحدات القادرة على خزن المعلومات أو القدرة على معالجتها وبغض النظر عن ارتباطها أو عن قدرتها لأن تحقق ذلك، أي تدخل الوحدة في مدلول النظام حتى ولو لم تكن متصلة به أو لم تكن قابلة للارتباط أو للاتصال.

أما الأخذ بتعريف مجلس الشيوخ فمن شأنه أن يؤدي إلى أن الدخول لا يتحقق في أي من هذه الوحدات ما لم تكن متصلة بالنظام أو على الأقل أن ترتبط فيما بينها بعلاقات تمكنها من إنجاز مهمتها في معالجة المعطيات أو أن تتظافر في سبيل ذلك بمعنى أن يكون لها دور مباشر في معالجة المعلومات أو تكون لها القدرة مع غيرها على ذلك بحيث تكون مقام الوحدة المساندة لعمل الوحدات الأخرى أو لوحدة منها، أي تعتبر الوحدة من مكونات النظام ويعد الدخول إليها أو اختراقها محققاً للجريمة حتى ولو أنها تقوم بدور غير مباشر.

أما بالنسبة لمدى اشتراط تشغيل الوحدة فإن النتيجة المنطقية التي تترتب على الأخذ بمفهوم النظام ذاته، أي بالدخول يقول به الفقه وأستناداً إلى النتائج التي توصلنا إليها بالفقرة السابقة فإن الوحدة التي يتحقق الدخول إليها لا ينبغي أن تكون من الوحدات التي قد تم تشغيلها أو حتى التي تم تهيئتها، بحيث تكون قابلة للاشتغال ضمن وحدات النظام. لأن جل ما يشترط في مكونات النظام أن تكون الوحدة من الوحدات القادرة على خزن أو معالجة المعطيات دون أن يشترط فيها أن

تكون على علاقة ببقية الوحدات الأمر الذي يشترطه مجلس الشيوخ والذي لا يجعلها كذلك إلا من خلال تشغيلها أو على الأقل قدرتها على الاشتغال حتى تكون قادرة على تحقيق نتيجة معينة هي معالجة المعطيات أو أن تتظافر نحو تحقيق تلك النتيجة فيما بينها أو بينها وبين وحدة من وحدات النظام وليس بتهيئتها. وبمعنى أضخم أن مفهوم الفقه للنظام لا يشترط في الوحدة حتى تكون من ضمن مدلول النظام إلا أن تكون من وحدات الخزن حتى ولو لم يتم تشغيلها بل يكفي تهيئتها لذلك وهذا وجه التوسع الذي ينسب للتعريف الذي يأخذ به الفقه الأمر الذي لا يمكن التوصل إليه لو تم الأخذ بمفهوم مجلس الشيوخ الذي يشترط في الوحدة لكي تعد من مكونات النظام أن تكون في حالة تشغيل أو اشتغال باعتباره السبيل إلى إتصالها مما يترتب عليه أن الدخول لا يمكن أن يتحقق إلا في حالة أن تكون هذه الوحدات مرتبطة ولا تكون كذلك إلا عند تشغيلها أو أن تكون قادرة على ذلك، أي عند تهيئتها للاتصال بوحدات النظام الأخرى. وعلى أساس ذلك بتحقيق الدخول حتى في الوحدات التي قد تم إيقافها عن العمل بصورة غير نهائية لعطل أصابها يمكن إصلاحه أو تم توقيفها كالاغتداء الذي يقع خارج ساعات التشغيل والذي يعالجه البعض تحت جريمة سرقة ساعات العمل<sup>(١)</sup>. المهم أن تكون الوحدة التي تم الاتصال بها أو التي تحقق الدخول إليها لا ينبغي أن تكون قد فقدت قدرتها على العمل والاتصال بالنظام بصورة نهائية. مما يترتب عليه أن النشاط المادي المكون لجريمة الدخول لا يمكن أن يتحقق إذا تم الاتصال بوحدة قد تم استعمالها نهائياً من النظام كالوحدة التي يتم إخراجها من الخدمة بسبب أو تقني كأن تكون من الأجيال القديمة. على خلاف ما يؤدي إليه الأخذ بتعريف الفقه. حيث يتحقق الدخول المجرم حتى بالاتصال بحاسب آلي لم يدخل الخدمة ولم يتم تشغيله بعد لمجرد أنه من الوحدات القادرة على معالجة المعلومات.

---

١. د. هدى حامد قشقوش جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ١٠٢ ويرى البعض أن سرقة ساعات العمل تقع مع عامل أو موظف يتصل بحكم عمله بهذه الآلة، ومن ثم فمن غير الممكن أن يجد نفسه في اتصال مع هذا النظام الذي يفترض بأنه يعرف الكثير عن الكثير. د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص ١٢٨.

أي أن الأخذ بمدلول النظام الذي طرحه مجلس الشيوخ من شأنه أن يؤدي إلى عدم تحقيق جريمة الدخول إن تم الاتصال بوحدة لاتشكل جزء من هذا النظام سواء كانت خارجة عنه سبب خروجها من الخدمة أو ما زالت في مرحلة التجربة وعلى العكس تقع الجريمة حتى لو كان الدخول قد وقع على أحد وحدات النظام وهي في حالة عطل أو توقف طالما أنها تعد جزءاً من النظام، بل حتى لو وقع النشاط على النظام وهو في حالة إيقاف كان يقع الاعتداء خارج ساعات تشغيله الاعتيادية<sup>(١)</sup> طالما أن الوحدة التي وقع عليها النشاط متصلة بالنظام أو مرتبطة به.

إذن نخلص من ذلك إلى أهمية شرط الاتصال بين الوحدات أو تضافرها على إنجاز مهمتها الذي جاء به تعريف مجلس الشيوخ الذي أن يحقق الحماية الجنائية المطلوبة والحقيقية للنظام، وعدم إضفاء الحماية على مكونات مادية كونها تنتسب إلى مكونات التي يتكون منها النظام، والتي من الممكن أن تكون لها علاقة مستقبلية بالنظام. وبمعنى أدق أن الأخذ بالمفهوم الذي يقول به الفقه من شأنه أن يمد الحماية حتى إلى أجهزة الحاسب الآلي والأقراص التي يتم عرضها للبيع، والتي يتم تشغيلها أو ربطها بالنظام لمجرد أنها قادرة على معالجة المعلومات وقادرة على تخزينها، وهذه توسعة لا مبرر لها. أما اعتماد المدلول الذي يقول به مجلس الشيوخ فمن شأنه أن لا تكون مثل هذه الحالة داخل إطار تجريم المشرع إذا تم الدخول إليها. وبمعنى أخص لا يشترط أن تكون الوحدة في حالة تشغيل إنما يكفي أن تكون في حالة اشتغال. ولا يكفي أن تكون مهيئة لذلك وقادرة عليه فلا ينبغي أن تمتد الحماية استناداً إلى ذلك لوحدة غير قادرة على الاتصال بالنظام وإن كان قد تمت تهيئتها كتهيئة جهاز جديد وتزويده ببرامج التشغيل بحيث أصبحت بإمكانها القيام بمهامها قالاتصال بهذه الوحدات أن يحقق الوصف المطلوب.

إن هذه الحسنات التي تثبت للتعريف الذي يقول به مجلس الشيوخ من شأنها أن ترجع مدلوله على المدلول الذي يقول به الفقه ناهيك عما يمكن أن يؤدي إليه تبنيه من قدرته على مواكبة التطورات في مجال تقنية المعلومات كشموله للاختراق

---

١. د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق ص ١٢١.

الذي تتعرض له شبكة الهاتف الخليوي بحيث أصبح هناك هكرز للخليوي كما هناك هكرز للانترنت<sup>(١)</sup>.

والذي يمكن أن ينتظم تحت مدلول النظام باعتباره شبكة من شبكات المعلوماتية لا سيما بعد تعدد استخداماته وتعيدها إلى إمكان إجراء مختلف العمليات الإلكترونية وبضمنها العمليات المصرفية عن طريق ما يعرف بالتجارة الإلكترونية بسبب قدرته على الاتصال بشبكة المعلومات العالمية (الانترنت) واستقبال وإرسال الأوامر فهو إن لم يكن نظاماً، ونحن لا نشك به، فهو من أجوات الدخول ومن قبل م أدوات الاتصال حيث يمكن استخدامه لهذا الغرض.

### المبحث الثالث

#### مدى لزوم حماية النظام الآلي بوسائل فنية

---

١. أنظر يونس عرب - الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف الخليوي - ورقة عمل مقدمة إلى منتدى العمل الإلكتروني بواسطة الهاتف الخليوي الذي عقدت برعاية اتحاد المصارف العربية من ٢٠ - ٢٢ أيار ٢٠٠١ في الأردن عمان - فندق المرديان - ص ١٦ لاحظ الموقع على الانترنت

<http://www.arablalaw.com>

والهكرز هم قراصنة برامج النظام الآلي الهواة الفضوليين الذين يجعلون من أنظمة الحاسب الآلي، ومن الاعتداء عليها بمثابة التسلية، ولا يشكلون خطورة على الأنظمة المعلوماتية باستثناء ما يمكن أن تؤدي إليه أفعالهم من إتلاف في الأنظمة بسبب العبث وتكمن الخطورة في القراصنة المخادعين (Crackers) لأنهم يؤلفون نوادي لتبادل المعلومات فيما بينهم ويقسمون على أساس جرائمهم إلى:- المخادعون Frudeurs والجواسيس، وهؤلاء مهمتهم استخباراتية تقتصر على جمع المعلومات ومن مقتضيات عملهم ألا يتركوا أي دليل عن عملهم، لذلك فهم أشخاص من أصحاب الكفاءات، ويتمتعون بقدرة عالية على التعامل مع الحاسب الآلي، إلى جانب قدرتهم على طمس الأدلة التي تختلف عن جرائمهم وللمزيد عن خصائصهم لاحظ د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق - ص ٣٣.

## أو تقنية لتحقيق جريمة الدخول عن طريق الغش

لا يدخر مستخدموا النظام الآلي ومنتجوا البرامج وسعاً في الحفاظ على مكوناتهم من برامج ومعلومات من القرصنة أو النسخ غير المشروع أو من التصرفات غير المشروعة الأخرى، وذلك باتباع وسائل فنية أو تقنية متعددة تمنع اختراق هذه الأنظمة أو الإطلاع عليها أو التلاعب بها أو تغييرها<sup>(١)</sup>. أما لما تمثله من قيمة أو لما تمثله من خصوصية، بل حتى صناديق البريد الإلكتروني التي ينشؤها أي منا على شبكة المعلومات لا يمكن الدخول إليها إلا من خلال معرفة مفاتيح الحماية الأمنية الرقم السري أو ما يسمى بكلمة المرور (Pass Word) أو أي وسائل أخرى.

ولكن قد لا يلجأ الكثيرون ممن يستخدم تلك الأنظمة إلى تلك الوسائل، وقد توجد مواقع على شبكة المعلومات تقدم خدماتها بشكل مجاني بحيث يمكن لجميع الأفراد الاستفادة من خدماتها من غير حاجة إلى إدخال الرقم السري وهو رقم السماح أو الإذن بالدخول، فهل يعد الدخول إلى هذه المواقع دخولاً غير مشروع أم ينبغي لتحقيق جريمة الدخول عن طريق الغش أن يكون النظام محمي بوسائل فنية بحيث لا يعد الدخول إلى هذه الأنظمة تم بطريق الغش؟

إن الإجابة على ذلك ستكون في مطلبين الأول نبين فيه موقف الفقه الفرنسي والثاني نبين فيه موقفنا من ذلك.

### المطلب الأول

#### موقف الفقه الفرنسي من مسألة حماية النظام الآلي بوسائل أمن فنية أو تقنية

---

١. كالتشفير أو التحقق من الشخصية باستخدام التوقيع الإلكتروني لاحظ في مدى فاعلية هذه الوسائل في حماية البرامج د. محمد حماد مرهج- مبررات الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي- مجلة العلوم الإنسانية والاقتصادية- جامعة الأنبار- العدد السادس نيسان/٢٠٠٥ ص ٥٣٥ وما بعدها.

إن خلافاً في الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ظهر بشأن ضرورة أو عدم ضرورة أن يكون النظام مؤمناً بوسائل حماية فنية أو تقنية. ويرى الاتجاه الغالب في الفقه بضرورة أن يكون النظام محمي بمثل تلك الوسائل باعتبار ذلك عنصراً مفترضاً ينبغي تحقيقه إلى جانب ركني جريمة الدخول بطريق الغش المادي والمعنوي. فجريمة الدخول على رأي في الفقه تقتضي أن يكون الجهاز قد تمت حمايته بنظام أمني فيكون الاتصال بالنظام الذي تتوافر فيه تلك الوسائل دخولاً تم عن طريق الغش، وهذا يعني من وجهة نظر أخرى أن الدخول بنظام آلي غير محمي بتلك الوسائل لا يحقق الدخول بطريق الغش حتى ولو كان دخوله رغماً عن إرادة من له الحق في السيطرة على النظام. ومبررات هذا الاتجاه هي: أن وجود نظام حماية التزام قانوني مفروض بنص القانون على كل من يقوم بإدارة نظام معلوماتي، حيث يلزم المشرع كل شخص أو منشئ أوامر يعمل بالمعالجة الآلية للمعلومات الشخصية ضرورة إتخاذ الاحتياطات اللازمة لحفظ وحماية هذه المعلومات وخاصة بمنع تشويهها أو تعديلها أو الحصول عليها بواسطة أشخاص غير مرخص لهم الاطلاع عليها<sup>(٢)</sup> بل إن الإخلال بالالتزام المفروض على كل من يدير نظاماً آلياً من شأنه أن يعرضه للعقاب المنصوص عليه بالمادة ٤٢ من قانون العقوبات والتي تصل فيها العقوبة إلى الحبس لمدة خمس سنوات. وهذا يعني أن يعاقب من يخل بهذا الالتزام بعقوبة أشد ممن يدخل إلى النظام الآلي. فمن يرتكب مجرد الامتناع عن وضع نظام أمني يعاقب بعقوبة أجسم ممن يباشر نشاطاً إيجابياً فيدخل إلى النظام الآلي أو بدون ترخيص لمجرد أن يكون

---

١. أنظر في عرض هذا الخلاف د. أحمد حسام طه تمام- المرجع السابق- ص ٢٦٤ وما بعدها.

٢. منصوص عليه بالمادة ٢٩ من القانون الصادر في ٦ يناير/كانون الثاني عام ١٩٧٨ المتعلق بالحرريات في مواجهة نظم المعلومات د. أحمد حسام طه تمام- المرجع السابق- ص ٢٦٥ وما بعدها. ولمزيد عن هذا القانون وشرح ما جاء به من قواعد خاصة بحماية الحرريات راجع د. عمر أحمد حسبو- حماية الحرريات في مواجهة نظم المعلومات- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٠ ص ١٠٢ وما بعدها.

الأخير غير محمي بوسائل فنية<sup>(١)</sup>، وفي هذا مفارقة من شأنها أن تكشف عن ضرورة الحماية الفنية للأنظمة التي يعول عليها المشرع.

وإلى جانب ما تقدم فإن الحماية الفنية أمر تقتضيه العدالة والمنطق، حيث أن القانون الجنائي لا ينبغي أن يقوم بحماية الأشخاص الذين لا يأخذون الاحتياطات اللازمة المتطلب من الإنسان متوسط الذكاء. لأن القانون الجنائي لا يحمي إلا الأشخاص الذين لديهم الحرص على أموالهم ولا يحمي من ليس لديه هذا الحرص أو من يهمل منهم في توفير الحد الأدنى لحماية أمواله؛ إذ من الطبيعي أن من يقوم باستغلال نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أن يوفر الوسائل الفنية لمنع الغش طالما أنه يستغل هذه التقنية ويحقق من ورائها أرباحاً إلى جانب أن يكون دور القانون الجنائي في حالة تطلب وجود حماية فنية دور وقائي؛ إذ سيدفع تطلب هذا الشرط مستغلي تلك الأنظمة إلى حمايتها بوسائل فنية<sup>(٢)</sup>. وأخيراً فإن نية العقاب على مجرد الدخول قول غير مقبول به إن لم يكن بطريق غير مشروع، ولا يكون الدخول بهذا الوصف إلا إذا كان عن طريق الغش، ولا يكون الأخير بهذا الوصف إلا إذا وجد نظام حماية باعتباره الطريقة الوحيدة للتمييز بين الدخول المشروع وغير المشروع<sup>(٣)</sup>.

أما الاتجاه الثاني الذي لا يرى ضرورة في وجود نظام الحماية فيستند في تبرير مذهبه على أساس أن انتهاك نظام الحماية الفني للنظام الآلي أمر غير ضروري لعدم النص عليه في القانون فإذا كان المشرع قد رفض صراحة النص على هذا الشرط وفي ذات الوقت تطلب القصد الجنائي فإن الرأي الذي ينادي بضرورة وجود نظام أمني قد وسع من مدلول النص فالنظام الأمني لا يكون له إلا دور واحد

---

١. حيث يعاقب مستخدم الجهاز الآلي الذي لم يرتكب إلا سلوك سلبي بأن امتنع أن يحمي نظامه الآلي بوسائل فنية بعقوبة الحبس الذي يصل إلى خمس سنوات في حين يعاقب الشخص الداخل إلى النظام من دون ترخيص والذي يباشر نشاطاً إيجابياً بالحبس الذي لا يتجاوز الحبس لمدة سنة واحدة د. أحمد حسام طه تمام- المرجع السابق- ص ٢٦٨.

٢. د. علي عبد القادر القهوجي- المرجع السابق- ص ١٢٣.

٣. د. أحمد حسام طه تمام- المرجع السابق- ص ٢٩٣.



وهو إثبات سوء نية من قام بانتهاك النظام والدخول فيه بطريقة غير مشروعة<sup>(١)</sup>، ذلك الأمر الذي استلزمه المشرع في الركن المعنوي لهذه الجريمة. بل أن اشتراط أن يكون النظام الذي تم الدخول إليه محمي بأجهزة حماية فنية من شأنه أن يؤدي إلى قصر نطاق الحماية الجنائية التي جاء بها المشرع على الأنظمة المحمية فقط دون الأنظمة المفتوحة للجمهور مثل الدليل الإلكتروني أو الخدمات التي تقدم من خلال جهاز (Minitel)<sup>(٢)</sup>، الذي هو دليل إلكتروني متصل بخط التلفون، وهو مستخدم في الشركات والبنوك، بل وحتى المنازل.

يبدو لنا أن هذا الرأي محل نظر وبالذات فيما يتعلق بفكرة الأنظمة المفتوحة للجمهور ومسألة الاستناد إليها والتذرع بها من أجل رفض فكرة الحماية الفنية لأن القول بأن الدخول إلى الأنظمة المفتوحة للجمهور يمكن أن يتم عن طريق الغش قول مرفوض لأنه يتعارض ومفهوم تلك الأنظمة فلا يمكن أن يتم الدخول إليها عن طريق الغش فكونها مفتوحة للجمهور يتعارض وفرض القيود على الدخول إليها، حيث يؤدي ذلك إلى نزع الصفة التي تتصف بها عنها. وعلى أساس ذلك يبدو لنا أن هناك عدم انسجام في الأفكار وبشكل دقيق فيما يخص مفهوم الأنظمة المفتوحة للجمهور وتحقق الدخول عن طريق الغش، فكيف يا ترى يتم التوفيق بين أن يكون الدخول إلى هذه المواقع قد تم عن طريق الغش على أساس إنعدام حق الشخص في الدخول وبالتالي أن يكون الاتصال بمثل هذه المواقع اتصال غير مشروع، وبين أن تكون هذه الأنظمة مفتوحة للجمهور؛ إذ كونها تتصف بالصفة الأخيرة، من شأنه أن يؤدي إلى أن يكون الدخول أو الإتصال بها من أية جهة كانت ومهما كان لا يمكن أن يكون قد تم عن طريق الغش. فمن غير الممكن أن يأخذ الاتصال بها أو الدخول إليها صفة عدم المشروعية طالما أن لها هذه الصفة، وأقصد كونها مفتوحة للجمهور، الأمر الذي يجعل من الاتصال بمثل هذه المواقع اتصالاً مشروعاً في كل

---

١. د. أحمد حسام طه تمام- المرجع السابق- ص ٢٦٤-٢٦٦.

٢. د. جميل عبد الباقي الصغير ص ١٥١، وكان قد أشار في ذلك إلى

Chmaux (F), La loi sur la fraude informatique de nouvelle incriminations, J.CP.I. NO.6.

الظروف والأحوال. مما يترتب عليه عدم إمكان الاستناد إليها كحجة لدعم الاتجاه الذي يرى عدم ضرورة الحماية الفنية كون تلك الحماية تخرجها من نطاق الأنظمة التي تحميها نصوص هذه الجريمة لأنها تخرج من نطاق الأنظمة المفتوحة لتدخل في إطار الأنظمة التي يقيد فيها الدخول، أو التي يقيد فيها حق الأشخاص في الدخول. ففرض الحماية الفنية على الأنظمة المفتوحة للجمهور يفقدها صفتها تلك إلى جانب أن حق الدخول مكفول للجميع ولا يمكن تقييده مما يتعارض وما تقوم عليه فكرة جريمة الدخول بطريق الغش لأنه إذا كان الغش يفسر على أساس عدم وجود حق للشخص بالاتصال وليس وجود نظام حماية فإن كون الجميع لهم الحق بالاتصال بهذه الأنظمة يجعل هذا الشرط لا وجود له ولا يمكن تحققه بحق من يدخل إلى هذه المواقع أياً كان وصفه أو كانت صفته. بل أن هذا الاتجاه في مذهبه هذا قد ألقى الحجة على نفسه فكيف يتطلب ألا تكون هناك حماية فنية للقول بتحقيق جريمة الدخول عن طريق الغش والذي على أساسه استنتج أن تطلبها يؤدي إلى أخراجها من الحماية، والحق أنها تفقد طبيعتها تلك بكل قيد يفرض على حق الدخول إليها سواء بالحماية الفنية أو بتقييد حق الدخول إليها. بل أن جريمة الدخول لا يمكن أن تتحقق حتى في فرض عدم وجود تلك الحماية لأن عدم تطلب الحماية ليس من شأنه أن يحقق الحماية لمثل هذه الأنظمة لعدم إمكان اعتبار الدخول إليها دخولاً غير مشروع في كل الظروف والأحوال. بل ولا يمكن حمايتها حتى فيما لو ترتب على الدخول إليها ضرر في أنظمتها أو معلوماتها كالمحو والتعديل لأن جريمة الدخول حتى على وفق رأي الاتجاه الذي لا يتطلب وجود نظام حماية والتي تتحقق في حالة تحقق الاتصال بنظام ليس للشخص حق الاتصال به لا يمكن إعماله كون هذا الشرط غير متحقق فيها حتى يمكن إعمال الظروف المشددة التي تتطلب أصلاً أن يكون الدخول غير مشروع والأمر كذلك حتى في حالة أن يكون النظام محمي بوسائل فنية فإن هذا الشرط لا يمكن أن يتحقق في حالة كون النظام مفتوح للجمهور، لأن وضع مثل تلك الوسائل ينفي عن تلك الأنظمة صفتها ويغيير من طبيعتها بكونه نظاماً مخصصاً لاستخدام الجمهور، أو نظاماً عاماً، حيث تتعارض

تلك القيود وطبيعته. مما لا ينبغي على ضوءه الحديث عن قصور الحماية عن هذه الأنظمة.

نستنتج مما تقدم هو ألا يكون مثل هذا السلوك تحت طائلة التجريم ومن ثم العقاب لأنه لا يمكن أن يأخذ الوصف المطلوب في الدخول وأقصد عدم المشروعية. وإذا يمكن أن يكون محلاً للعقاب فذلك يتحقق عندما يتجاوز السلوك عن صفة الدخول أو الاتصال إلى غاية أخرى كالتخريب والإتلاف، وهذا شأن آخر لا علاقة له بالجريمة موضوع البحث، بل أن المنطق يقضي بعدم محاسبته حتى عن المحو والتعديل إذا كان نتيجة للدخول استناداً إلى الصورة الجسيمة لهذه الجريمة لأن تطبيق الظروف المشددة أو إعمالها يتطلب أن يكون الدخول قد تم بصورة غير مشروعة الأمر الذي لا وجود له في الفرض الذي بين أيدينا، أي في الدخول إلى المواقع المخصصة للجمهور. مما يقتضي علاجه بنص مستقل.

## المطلب الثاني

موقفنا من موضوع الحماية الأمنية التقنية أو الفنية للنظام الآلي لمعالجة

### المعطيات

إن الرأي الذي ننتهي إليه بعد هذا والذي يجنبنا هذا الجدل والنتائج غير العادلة التي تترتب عليه والذي نستند فيه إلى المنطق القانوني هو أن النظام الأمني الفني أو التقني إذا كان يعد أمراً ضرورياً في نطاق المشرع الفرنسي، حيث هناك إلزام قانوني فإنه مفروض فقط على من يدير نظاماً معلوماتياً وليس على كل من يستخدم ذلك. فالفرق واضح بين الإدارة والاستخدام، وإذا جئنا إلى حقيقة النص موضوع البحث فإن كل الحجج التي قيلت مهما كانت وجاهتها فإنها تتحطم أمام صراحة النص فإن هذا النص لم يتضمن أي شرط يفيد ذلك، وليس من المنطق القانوني السليم أن يضاف شرط لم ينص عليه القانون وعدم النص من قبل المشرع على شرط الحماية الفنية يعني أن المشروع أراد استبعاده ولا يجوز لنا حينئذٍ أن

نخالف إرادة المشروع الصريحة أمام تأويل لا يمكن أن نجني من ورائه إلا توسيع في نطاق التجريم بما يجاوز قصد المشرع حتى لو كان مجلس الشيوخ قد أوصى في مناقشته للمشروع بضرورة إقراره. إن الأخذ بغير ذلك يشكل هدماً ومخالفة صريحة للمبدأ الذي يقوم عليه القانون الجنائي ونقصد بذلك مبدأ شرعية التجريم والعقاب ولا نظن أن المشرع الفرنسي يسمح بالتجاوز عليه أو التغاضي عنه. إلى جانب أن ذلك يعد مخالفة لأصول وقواعد التفسير التي ينبغي للمفسر أياً كان أن يلتزم بها وأقصد بذلك غاية المشرع من النص وعدم تجاوز إرادته التي عبر عنها في مجمل عبارات النص، ولا سيما أن النص خلا من إيراد مثل هذا القيد ولو كان المشرع يريد ذلك لقال لأن المشرع إذا أراد قال. ونؤيد ما نقول به بما يذهب إليه القضاء الفرنسي الذي أيد عدم ضرورة الحماية الفنية أو التقنية للبرامج، حيث قضى بأنه لا يشترط لوجود الجريمة أن يكون الدخول إلى النظام مقيد بوجود حماية فنية<sup>(١)</sup>.

إلى جانب ذلك كله فإن الإصرار على هذه التفرقة يكشف عن قلة أهميتها الواقع العملي، حيث أن نطاق الأنظمة غير المحمية نطاق ضيق فشبكة المعلومات العالمية التي هي عبارة عن مجموعة من الأجهزة والأدوات المختلفة التي تساعد على تخزين المعلومات في صيغة يمكن استعادتها<sup>(٢)</sup> فإلى جانب كونها شبكة اتصال لأجهزة الحاسب الآلي يتم ربطها باستخدام أنظمة الاتصال ويمكن من خلالها تبادل المعلومات فإنها تضم إلى جانب ذلك أنظمة برمجية لإدارتها<sup>(٣)</sup>. الأمر الذي يجعل من أنظمة الحماية الفنية أمر ضروري تكشف عنه علة تجريم الدخول إلى هذه الأنظمة؛ فكونها شبكة لتبادل المعلومات مكونة من مجموعة ضخمة من أجهزة الحاسب الآلي المنتشرة حول العالم والمرتبطة ببنوك المعلومات ومختلف المراكز العلمية والبحثية. وكون المعلومات التيس هي كل ما يمكن إرساله عبر خطوط

---

١. د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٢٤ ولاحظ قرار المحكمة المشار له في الهامش رقم (١).

٢. كرستان كروملش، روبرت كورت وآخرين - المرجع السابق - ص ٢٠.

٣. مراد شلباية - علي فاروق - مقدمة إلى الانترنت - دار المسيرة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان ط/الأولى ٢٠٠١ ص ١٩.

الاتصال الإلكترونية ومن رسائل وتقارير وكتب ومقالات وصور أو أرقام أو كلمات عبارة عن معلومات لها قيمة اقتصادية عالية، يجعل مايوجد على شبكة الانترنت كمبدأ عام لاينتهي أن يتم الحصول عليه إلا بترخيص، لذلك برزت الحاجة إلى حماية ذلك من الاستخدام غير المشروع، أي غير المرخص به ولذلك كان الدخول إليها بشكل عام، وإلى أغلب مواقعها بشكل خاص بترخيص يتمثل بالرقم الذي يتم من خلاله الدخول إليها أو بالأحرى الاتصال بها. ومن أساليب الحماية التي يمكن اتخاذها سواء لحماية المعلومات الموجودة على الشبكة أو لحماية الشبكة من الاختراق، ومن ثم الاستخدام غير المرخص هو أسلوب كلمة المرور ( Pass Word ) المدعم ببرتوكول خاص مسؤول عن التأكد من صحة كلمة المرور، يسمى (Pass Word authentication)<sup>(١)</sup> ومن ثم السماح للمستخدم بالدخول إلى الموقع المعلومات، بل حتى أن الدليل الإلكتروني الذي يوفر خدماته الجهاز (Minitel) والذي عده البعض من الأنظمة المخصصة للجمهور فأن كل مشترك فيه يخصص رقم سري للدخول إلى المعلومات التي يرغب في الحصول عليها مما يجعله يفقد طبيعته.

## الفصل الثاني

### الركن المادي لجريمة الدخول عن طريق الغش

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين في الأول ماهية الدخول على أن يكون الثاني مخصصاً لبيان أو تحديد الوسائل التي يمكن أن يرتكب بها.

### المبحث الأول

---

١. مراد شلباية- علي فاروق- المرجع السابق- ص ٣٠.

## ماهية الدخول عن طريق الغش

يقتضي البحث ماهية الدخول عن طريق الغش أن نبين مدلوله أو المقصود به ومن ثم المعيار الذي ضوئه يتحقق الغش، وقد خصصنا لكل أمر مطلباً مستقلاً.

### المطلب الأول

#### مدلول الدخول

الدخول في النظام الآلي يقوم على عنصرين: عنصر مكاني، وعنصر زمني، والعنصر المكاني يحدد مدلول النظام الآلي الذي سبق أن بيناه بحيث ينبغي لتحقيق الدخول أن يكون في وحدة من وحدات النظام الآلي بالمعنى الذي تم تحديده، ورجحناه في إطار المدلول الذي طرحه مجلس الشيوخ الفرنسي أما العنصر الزمني فيتكون من جانبين: الأول يحدده الحالة التي عليها النظام الآلي والتي على ضوئها يتحقق الدخول، والجانب الثاني يحدده الزمن الذي يستغرقه فعل الدخول وينتهي عنده. وبخصوص الجانب الأول فإن الدخول يتحقق عندما يكون النظام الآلي في حالة تشغيل أو اشتغال. ولا يمنع ذلك أن يتم الدخول و الوحدة في حالة إيقاف فيقوم الجاني بتشغيلها ومن ثم الدخول إليها أو إلى النظام من خلالها أو عن طريقها. ولا يمكن أن يتم الدخول والنظام في حالة إطفاء. وخاصة بالنسبة للدخول في غير شبكة المعلومات العالمية لأنها في حالة اشتغال على مدار الساعة. ولكن هذا لا يعني أن جميع الوحدات المتصلة بها يمكن الدخول فيها؛ إذ لابد أن تكون الوحدة في حالة اشتغال حتى لو كانت الشبكة بنفس الحالة، بمعنى آخر اشتغال شبكة المعلومات العالمية ومن ثم الدخول بها لا يعني تحقق الدخول إلى الوحدات المرتبطة بالشبكة إلا إذا كانت تلك الوحدات في حالة اشتغال ذلك المبدأ الذي يقوم عليه العمل بفايروسات الحاسب الآلي، حيث يصيب جميع الوحدات المرتبطة والتي كانت في حالة اشتغال. لذلك ينبغي التفريق بين تشغيل الوحدة وتشغيل النظام بأكمله الأمر الذي لا تلازم بينهما. أما فيما يتعلق بالجانب الثاني والذي يتعلق بالزمن الذي

يستغرقه فعل الدخول وينتهي عنده فإن هذا يعتمد على جملة عوامل منها قدرات الشخص والأجهزة التي يستخدمها وطبيعة النظام الآلي وكفاءة أنظمة الحماية، ولكن بشكل عام فإن الدخول يتحقق وينتهي عند تحقق الاتصال بالنظام بحيث يكون النظام أو الجزء الذي تم الاتصال به مفتوحاً أمامه وهذا هو مظهر النتيجة في جريمة الدخول بحيث أن تحقق الاتصال يعكس من جانب حالة شاهدة للعيان بحيث تحقق التغير في العلم الخارجي المتطلب لتحقيق النتيجة الجرمية بمدلولها المادي بحيث أصبحت الوحدة التي استخدمها الجاني في فعله متصلة بالنظام بعد أن كانت غير ذلك، وهذا من شأنه أن يجعل النظام مفتوحاً بعد أن كان مغلقاً أمامه هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن الدخول إلى النظام الآلي كما يمكن أن يكون منطقياً يمكن أن يكون مادياً ويتحقق الأخير بإدخال وحدة ما داخل النظام بطريقة غير مشروعة أو ربط أي وحدة بوسائل إتصال مادية كالأسلاك خلاف الأمر بالنسبة للدخول المنطقي الذي يكون من خلال الاستخدام غير المشروع لأحدى وحدات النظام أو خطوط الجهاز أو بانتحال صفة شخص له حق الدخول وذلك من خلال استخدام كلمة المرور أو الرقم السري الذي يسمح له بالدخول إلى النظام أو بالأحرى الاتصال به على المعنى الذي قدمناه؛ إذ لا يشترط في الدخول أن يكون الاتصال بوسائل مادية، ولا يشترط من قبل أن يكون الدخول مادياً وأن كان ذلك أبسط صور الدخول عندما يقوم الجاني بربط وحدة بالنظام ربطاً مادياً سواء بربط أو بوصل الوحدة بأي وحدة من وحدات النظام أو بالوحدة الرئيسية له. إذ كما يمكن أن يكون الدخول كذلك يمكن أن يكون عن طريق الاتصال عن بعد وذلك بتمكين الاتصال بين الوحدة التي يعدها الجاني والنظام بوسائل الاتصال اللاسلكية. لذلك ينبغي في إطار اعتماد مدلول الدخول عدم فهمه على أن المقصود به هو الدخول المادي كالذي يتحقق عند الدخول إلى منزل إنما ينبغي فهمه على أنه ظاهرة معنوية تتحقق في الوصول إلى العمليات المنطقية التي يقوم بها أو عليها النظام الآلي لمعالجة المعطيات بمختلف الوسائل والسبل، والذي كما يمكن بوسائل اتصال مادية، أي

سلكية، يمكن أن يكون بوسائل اتصال عن بعد أي بوسائل لا سلكية وهو الأسلوب الأحدث في هذا المجال.

كما لا ينبغي لتحقيق الدخول أن يتحقق الاتصال بكل أجزاء النظام، أي أن يتم الدخول إلى النظام كله إنما يكفي لتحقيق الدخول الاتصال بجزء أو بعنصر منه، أي يكفي لتحقيق الجريمة أن يتم الدخول إلى جزء من الشبكة أو النظام حتى ولو كان ذلك الجزء ضيقاً ولا يتضمن المعلومات التي يسعى الجاني للوصول إليها كأن يقوم أحد الموظفين في مؤسسة ما المسموح له بالاتصال بالجزء (C) بالاتصال بالجزء (D) في النظام المعمول به في المؤسسة. وتكمن خطورة الدخول إلى النظام الآلي فيما يترتب عليه من أضرار بالنظام أو بالمعلومات التي يتضمنها أو فيما يرتكب من أفعال بعد تضرر بالنظام؛ إذ يمكن بعد ذلك أن يقوم الجاني بالنسخ والإتلاف وإفشاء السر والحذف أو التعديل والتعطيل والإفساد..الخ من الأفعال التي تتناسب وطبيعة النظام.

وبشأن طبيعة فعل الدخول يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الدخول من الممكن أن يقع بوسائل إيجابية وبوسائل سلبية<sup>(١)</sup>. غير أن هذه الجريمة حيث أنها تتحقق عندما يتحقق الدخول، ويتحقق الأخير عند تحقق الاتصال بالنظام أو أحد وحداته، أي عندما يباشر الجاني نشاطاً يمكن من خلاله الاتصال بالنظام فإن النشاط في هذه الجريمة هو نشاط إيجابي، ولا يمكن أن يتخذ صورة النشاط السلبي.

وعلى أساس ما تقدم فإن الدخول هنا يجب أن يحمل على أنه إجراء الاتصال بالنظام أو بجزء منه بأي طريقة من الطرق اللازمة لذلك والوصول إلى العمليات المنطقية التي يقوم عليها النظام. فالدخول من الممكن أن يتحقق سواء استخدم الجاني قرصاً أو جهازاً تلفونياً أو استخدم كارتاً ممغنطاً أو ضرب حروف الرقم



السري أو ما يصطلح عليه بكلمة المرور الذي يستخدم كطريقة تقنية لحماية البرامج<sup>(١)</sup>، أو أي جهاز آخر لديه يمكن من خلاله أن يتحقق الاتصال بالنظام.

ولنا أن نتساءل بعد أن بينا مدلول الدخول عن مدى تحقق الدخول غير المشروع فيما لو استخدم شخص حق غيره بالدخول؟ ومدى تحقق الدخول بطريق الغش بحق من يملك حق الاتصال بجزء من النظام فيتصل بالنظام؟ هل يعد فعله أيضاً دخولاً غير مشروع بالنسبة للجزء الممنوع من الدخول به أم يمكن أن يستند على حق الاتصال بجزء من النظام ليدفع المسؤولية عنه؟

في إطار الإجابة على ذلك لا ينبغي لنا أن نضع في الاعتبار استخدام النظام الآلي لمعالجة المعلومات من قبل شخص لا يملك حق الدخول إليه ولكنه يدخل إليه أو يستخدمه بموافقة ورضا من له حق الدخول إليه أو إلى جزء منه. أصلاً فمن يستخدم حق الغير بالدخول وبموافقته ورضاه لا ينبغي التوقف عنده لأن من نافلة القول بأن الدخول إلى النظام بموافقة من له الحق في السيطرة عليه يمنع تحقق جريمة الدخول؛ إذ أنه دخول مشروع ولا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية إلا إذا كان قد تعدى الحدود المسموح بالدخول إليها بحيث كان قد قيد دخوله بجزء منه فتجاوز ذلك إلى الجزء الآخر كما هو الأمر بالنسبة لبعض المؤسسات أو المنشآت عندما تسمح لموظفيها بالدخول إلى النظام ولكن ضمن حدود معينة كأن تسمح لموظف الإدارية الإطلاع على البريد الوارد والصادر والذي يخزن بجزء من النظام ولكنها لا تسمح له بالدخول إلى النظام المالي أو المحاسبي لها والذي يخزن بجزء آخر من النظام أو حتى إلى ملف مهما كان حجمه في نفس الجزء فدخوله إلى هذه الأجزاء لأشك يقع تحت طائلة الدخول غير المشروع لأنه دخول غير مصرح به حتى ولو أن تلك المنشأة لم تقم بحماية الجزء بوسائل فنية تمنع الدخول إلى تلك الأجزاء.

---

١. د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ١٢٧.

غير أن ما ينبغي الوقوف عنده هو حالة من يستعمل حق غيره بالدخول ممن يتمكن من الحصول على رقم الدخول إلى النظام عن طريق ما فيستخدمه في حالة أن يكون النظام محمي بوسائل أمن فنية أو تقنية؟

مثل هذا الفرض يثير أمرين: الأول لا علاقة لبحثنا فيه ألا وهو الوسيلة التي تم الحصول بها على الرقم السري أو كلمة المرور الذي تمكن من خلالها الدخول إلى النظام الأمر الذي من الممكن أن يثير المسؤولية الجنائية عن طريقة حصوله على ذلك ومدى تحقق جريمة السرقة بحقه فيما لو تمكن من الاستيلاء على الأرقام التي تمكنه من الدخول دون البطاقة الأمر الذي تواجهه صعوبات ومشاكل عدة لا تتعلق ببحثنا مما لا يجعلنا نتعرض إليها لأنها مدار بحث مستقل<sup>(١)</sup>. أما الأمر الثاني التي يثيره هذا الفرض والذي يتعلق بحق الغير في استخدام النظام، فيتعلق بظهوره بمظهر من له الحق في استخدامه الأمر الذي على ما نعتقد يحقق الغش المتطلب لتحقيق جريمة الدخول غير المشروع وإن كان دخوله قد يبدو في ظاهره مشروعاً، حيث استخدم كلمة المرور التي تعود لغيره في خداع النظام ومن ثم الدخول إليه.

ويؤكد هذا ما سبق أن أكدنا عليه من أن الغش يتحقق في كل حالة يستطيع فيها الشخص الدخول إلى النظام دون أن يكون له الحق في ذلك، ولم يصرح له من يملك حق السيطرة على النظام بذلك حتى ولو لم يباشر الجاني أي نشاط من شأنه أن يحقق الغش باتجاه الحماية الفنية.

وعلى ما يبدو لنا أن هذا كان سبباً في اتجاه البعض للقول بإمكان تطبيق هذا النص في نطاق جريمة سرقة وقت الآلة باعتباره تطبيقاً للاستخدام بطريق التحايل

---

١. لاحظ في عرض الصعوبات التي تواجه تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي بشكل عام وعلى الأموال ذات الطبيعة غير المادية د. محمد حماد مرهج الهيتي - الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي - مجلة الشريعة والقانون - تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الإمارات العربية - العدد العشرون - ذو القعدة ١٤٢٤ هـ يناير ٢٠٠٤ م.

(١) وذلك بالنسبة للموظف أو العامل أو غيرهما حين يسرق وقت الماكنة ضد إرادة من له الحق في السيطرة على النظام فيقوم بطبع ونسخ بعض المعلومات<sup>(٢)</sup> مع تحفظنا على عبارة سرقة وقت الآلة لأسباب تتعلق بالعقوبات القانونية التي تعترض تطبيق تلك النصوص في التشريعات التي تعرف هذه الجريمة. هذا إلى جانب أن سرقة ساعات العمل تقع من عامل أو موظف يتصل بحكم عمله بهذه الآلة، ومن ثم فمن غير الممكن أن يجد نفسه في اتصال مع هذا النظام الذي يفترض بأنه يعرف عنه الكثير<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة لمن يملك حق التجوال في جزء من النظام لكنه يستخدم هذا الحق في التجوال في جزء آخر غير الجزء المسموح به وحالة من ينتهي حقه في الاتصال بالنظام ويظل مستمراً به رغم ذلك؟

إن الأمر في اعتقادنا واضح بالنسبة لهذا الفرض أي أن اتصال الشخص ومن ثم دخوله يعتبر قد تم عن طريق الغش وأصبح غير مشروع وإن كان يملك حق الاتصال بجزء من النظام لأنه لا يملك الاتصال بكل أجزاء النظام، ولا يمكن الاستناد على حق الاتصال بجزء من البرنامج لدفع المسؤولية عنه ومن ثم لإباحة فعله طبقاً لمداول الدخول الذي جوهره إنعدام حق الشخص بالاتصال بالنظام أو بجزء منه. هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن هذا ينطبق أيضاً على انتهاء الفترة المخصصة للاتصال ويظهر هذا بشكل جلي في الاتصال بشبكة المعلومات العالمية، لأن الجاني أصبح في مركز من ليس له حق الاتصال بانتهاء الوقت المخصص للاتصال<sup>(٤)</sup>. ذلك لأن حق الاتصال يكون محدداً بفترة زمنية معينة يعلمها الشخص أو على الأقل ينبغي عليه أن يعلمها. وهذا القول لا ينطبق طبعاً على من يعتقد خطأً أنه ما زال لديه

---

١. من هذا الرأي د. هدى حامد قشقوش - المرجع السابق - ص ١٠٢.

٢. د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٣٥.

٣. د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص ١٢٨.

٤. أنظر خلاف هذا الرأي د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٣٣.

الوقت الذي يستطيع استغلاله في الاتصال بالنظام في حين أن الواقع غير ذلك لأن الغلط الذي وقع فيه يتعلق بالقصد فيؤثر عليه، ومن ثم على قيام الجريمة لأنها جريمة عمدية.

## المطلب الثاني

### معيار الدخول عن طريق الغش

يذهب البعض في إطار ذلك إلى القول بأن المعيار الذي على أساسه يعتبر الدخول قد ارتكب عن طريق الغش هو مدى أن يكون النظام محمي بوسائل فنية أو تقنية بحيث أن التغلب على تلك الوسائل يحقق الغش المطلوب لتحقيق الجريمة بل هو المعيار المفضل باعتباره يمكن أن يبين الحد الفاصل بين الدخول المشروع وغير المشروع<sup>(١)</sup>. ولكننا حيث انتهينا في الفصل الأول من هذا البحث وبأدلة قانونية إلى عدم ضرورة أن يكون النظام محمي بوسائل فنية ولاسيما أن المشرع قد أغفله ولم ينص عليه فإن ذلك يحتم علينا البحث عن معيار آخر لاسيما أن الأخذ بمعيار الحماية الفنية من شأنه أن يخرج طائفة الأنظمة التي لا تستخدم تلك الوسائل من دائرة الحماية بحيث يعد الدخول فيها دخولاً مشروعاً الأمر الذي يؤكد عدم صلاحيته؛ إذ ينبغي في المعيار الذي يتم تبنيه ألا يؤدي إلى إستبعاد أي طائفة من تلك الأنظمة، حيث ينبغي أن يتمتع بالشمولية.

ويبدو لنا أن المعيار الذي يتحقق على ضوءه الغش يرسمه الجواب على السؤال الآتي إذا كان الدخول إلى البرنامج يتحقق بالاتصال فمتى يكون الاتصال قد تم بطريق الغش؟

---

١. د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق - ص ٢٩٢.

إن الاتصال حتى يكون قد تم بطريق الغش ينبغي أن يكون غير مشروع، ويكون الاتصال غير مشروع عندما يكون قد تم من قبل شخص ليس له حق الاتصال بالنظام بشكل عام أو بجزء منه.

بمعنى أن الجريمة أو الدخول المكون للجريمة يتحقق حتى ولو كان الاتصال قد تم بجزء من النظام.

ويكون كذلك، أي لا يكون للشخص حق الاتصال، متى كان لا يحق له إجراء هذا الاتصال لأي سبب من الأسباب، بل حتى ولو كان مخالفاً لشروط الدخول التي ينص عليها القانون أو الاتفاق أي يعد الاتصال غير مشروع وبالتالي قد تم عن طريق الغش حتى ولو كان مخالفاً لإرادة من له حق السيطرة على النظام فيكون الدخول غير مشروع إذا كان من له حق السيطرة على النظام قد وضع بعض القيود للدخول ولم يحترم الشخص تلك القيود.

ويتحقق الدخول غير المشروع أيضاً فيما لو كان هناك قيد قانوني على المعلومات التي يمكن الاطلاع عليها والتي يتضمنها النظام أي المخزنة فيه. كما هو الأمر بالنسبة للقيود التي يفرضها المشرع بشأن سرية بعض المعلومات الاسمية منها أو الشخصية كأسرار الأشخاص وما يتعلق بحياتهم الخاصة والمعلومات المتعلقة بأسرار الدولة<sup>(١)</sup>. وإذا شئنا بتعبير أعم يجمع ذلك فنقول بأن كل معلومات يتم جمعها في نظام آلي من قبل شخص طبيعي أو معنوي حكومي أو غير حكومي ولا يترك الإطلاع عليها مسموحاً به لأي إنسان يكون الاتصال بها اتصالاً غير مشروع الأمر الذي يحقق الدخول غير المصرح به أو غير المشروع ومن ثم الدخول عن طريق الغش.

وعلى العموم فإن الضابط أو المعيار الذي على ضوءه يمكن تحديد كون الاتصال كان قد تم بطريق الغش، ومن ثم على ضوءه يمكن تحديد كونه قد تم بصورة مشروعة أو غير مشروعة هو انعدام حق الشخص في الاتصال بهذا النظام

---

١. د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٣٢.

سواء كان هذا الانعدام يتعلق بكل النظام أو ببعضه<sup>(١)</sup> وأياً كان السبب الذي يجعل الشخص لا يحق له إجراء هذا الاتصال. فيكون الاتصال غير مشروع سواء كان الاتصال مخالفاً للقانون أو الاتفاق أو إرادة من له حق السيطرة على النظام أو لطبيعة محتويات النظام.

## المبحث الثاني

### الوسائل التي يتحقق بها الدخول إلى النظام الآلي

لم يحدد المشرع وسيلة معينة لتحقيق الدخول، وهذا ما يجعلنا نقول بأن الدخول يقع بأي وسيلة يتوصل بها الجاني ويتم من خلالها الوصول إلى الكيان المعنوي أو إلى العمليات المنطقية التي يقوم بها النظام الآلي، والذي يتحقق بالاتصال. سواء كان قد تم الاتصال عن طريق فعل ينصب على مكونات الكيان المادي كاستبدال الجزء المسئول عن أمن أو عمل الجهاز بآخر أو بفعل من شأنه تحقق الاتصال السلبي كربط الجهاز بمنظومة تستقبل المعلومات التي تبثها الشبكة كاستخدام الهاتف أو أي وسيلة أخرى تمكنه من الاتصال كالتلاعب بعناصر النظام (المادية) كربط جهاز تصنت يستطيع من خلاله اختراق الشبكة أو استقبال المعلومات التي تبث عن طريقها، أو تحقق الاتصال اللاسلكي عن طريق تهيئة جهاز بإمكانه التقاط المعلومات التي تبثها شبكة المعلومات أو أي وسيلة أخرى يمكن أن يحقق الجاني هدفه عن طريقها حتى ولو كان عن طريق برنامج فايروسي حيث يتولى هذا البرنامج التغلب على أجهزة الحماية أو أن يقوم باختراق الموقع عن طريق تقنية تفجير موقع الهدف بقصد كشف كافة البيانات والمعلومات التي قد تكون مركزة في موقع التاجر أو موقع المشتري في إطار الوفاء عن طريق بطاقات الوفاء<sup>(٢)</sup>.

---

١. د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص ١٢٧.

٢. لاحظ - عماد علي خليل - المرجع السابق - ص ١٠٢.

وبذلك فإن تعبير الدخول يتسع لاستعمال كل الوسائل المتاحة للاتصال بالنظام، فالدخول يتحقق إذا استخدم الجاني كارت مصطنع أو قام بالدخول نتيجة التجربة عن طريق ضرب أرقام أو حروف استطاع من خلالها التعرف على الرقم السري الذي مكنه من تحقيق الاتصال بالنظام. لأن الدخول المحقق لهذه الجريمة يتطلب أن يكون الاتصال قد تحقق مع نظام مشغول أو قابل للاشتغال ولا يشترط أن يكون الجاني قد تمكن من تشغيله أو لم يتمكن كما لا يشترط أن يكون قد استفاد من دخوله أو لم يتمكن من ذلك. فالمشرع لم يشترط لتحقيق هذه الجريمة أن يكون بمقدور الجاني الاستفادة من دخوله لأنه جرم مجرد الدخول إلى النظام ولم يتطلب أي نتيجة تترتب على ذلك، ولم يشترط لتحقيق الدخول المجرم أن يتمكن الجاني من التقاط المعلومات التي يحتويها النظام كلها أو بعضها، ولم يشترط أيضاً أن يكون الجاني قادراً على استعمال النظام. فيكفي لتحقيق الجريمة أن يحصل إتصال بالنظام. فالجريمة تتحقق بحق من يقوم بالدخول حتى ولو كان عاجزاً من حيث القدرة الفنية على القيام بالعمليات التي يتطلبها النظام. فضرورة استعمال النظام أمر غير مطلب أو غير مشروط تحققه لتحقيق الدخول المعاقب عليه المهم أن يُحقق الجاني الاتصال بالنظام أو بجزء منه أو بوحدة لها صلة بعمل النظام، أي متصلة به. وعليه لا يتحقق فعل الدخول المحقق لهذه الجريمة إذا دخل الجاني في جزء لا علاقة له بالنظام الآلي كالدخول إلى عنصر أو وحدة لم يكن لها دور مباشر، أي متصلة بعمل النظام ولها دور أساسي، أو حتى دور غير مباشر، أي تساند الوحدات الأخرى المتصلة بالنظام أو تعضدها على إنجاز مهمتها.

أما بالنسبة لما قد يقال بالنسبة إلى ضرورة توافر صفات معينة بمرتكبي هذه الجريمة كضرورة الإلمام بتقنية النظم الآلية على درجة معينة. فإن هذه الجريمة تقع من كل إنسان أياً كانت صفته أو درجة تعلمه أو معلوماته فهي ليست من الجرائم التي يشترط أن يكون مرتكبها ذا صفة معينة على الرغم مما يشترطه البعض من أن هذه الجرائم ترتكب من أشخاص ينبغي أن تتوفر فيهم درجة معينة من الإلمام بتقنية

الحاسب الآلي<sup>(١)</sup> فإن اشتراط البعض لذلك لا يعني أنها أصبحت من الجرائم ذات الصفة الخاصة، أي ليست من الجرائم التي يطلق عليها جرائم ذوي الصفة كالرشوة والاختلاس إنما هي جريمة يصح ارتكابها من أي شخص سواء كان يعمل أو لا يعمل في مجال النظام الآلي وسواء كان يفهم أم لا يفهم أسلوب تشغيل النظام المهم أن يكون الجاني ممن ليس لهم الحق في الدخول مطلقاً أو من الذين ليس لهم الحق في الدخول بالطريقة التي دخلوا فيها<sup>(٢)</sup>، وما اشتراط تلك الصفات إلا لبيان القدرة على ارتكابها ممن هم لهم الدراية في ذلك أكثر من غيرهم. ويؤيد ذلك الاحصائيات في هذا المجال، حيث يقف في مقدمة مرتكبي هذه الجرائم المحللون، حيث يقتربون ما مجموعه ٢٥% من مجمل جرائم المعلوماتية، ومن ثم يليهم بعد ذلك، أي في المرتبة الثانية، مصممي النظم حيث يرتكبون الجرائم بنسبة ١٨%، ثم يأتي مستخدميها الذين لديهم خبرة معلوماتية، ونسبتهم في نطاق ذلك ١٧%، من ثم يأتي الصيارفة، ونسبتهم ١٦%، ثم الأشخاص غير العاملين بالمنشأة التي تتعرض للاعتداء، ونسبتهم ١٢% وأخيراً مشغلي الحاسب الآلي ونسبتهم ١١%<sup>(٣)</sup> دون أن يعني ذلك عدم إمكان ارتكابها من غير هؤلاء، أي ممن لا توافر لديهم المؤهلات العلمية كأن يكونوا من الهواة وهم طائفة من المجرمين يصطلح عليهم بالهكرز (Hikers).

### الفصل الثالث

#### الركن المعنوي لجريمة الدخول عن طريق الغش وإثباته

---

١. حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن جرائم الحاسب الآلي هي أية جريمة يكون متطلباً لإقترافها أن تتوافر لدى فاعلها معرفة بتقنية الحاسب لاحظ في عرض هذا الرأي وتقديره محمد أحمد عبابنة - جرائم الحاسب الآلي وأبعادها الدولية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ٢٠٠٥ ص ١٦، ١٨.

٢. د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٣١.

٣. د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق - ص ٤٣.



من المتصور أن يكون الدخول إلى النظام الآلي بصورة عمدية كما هو متصور أن يكون بصورة غير عمدية كأن يجد الشخص نفسه عن طريق الخطأ أو الصدفة في النظام. فهل يحقق ذلك جريمة الدخول غير المشروع؟ هذا لن يكون إلا من خلال بيان صورة الركن المعنوي في المبحث الأول ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى دور الحماية الفنية وذلك من خلال إثباته.

## المبحث الأول

### صورة الركن المعنوي لجريمة الدخول بطريق الغش

صورة الركن المعنوي للجريمة كشف عنها المشرع في سياق نص المادة موضوع الدراسة باستعماله عبارة (بطريق الغش) تلك العبارة التي لا تجعل مجالا للشك من أن الجريمة عمدية لأن معرفة الركن المعنوي للجريمة تحدده النصوص الجزائية التي تكون كلفة ببيان نوع الجريمة والعناصر المتطلبة فيها ومن ضمنها طبعاً الركن المعنوي الذي يستشف بصورة عامة من استخدام المشرع لعبارات محددة كالغش أو سوء النية أو الحيلة أو مع علمه...<sup>(١)</sup> مما ينبغي أن يتوافر القصد الجنائي في جريمة الدخول.

غير أن جانباً من الفقه الفرنسي ينظر إلى هذه العبارة بمنظر الريبة والشك فيذهب إلى أنها عبارة منتقدة ووجه انتقاده لها أن المشرع باستخدامه لها قد يوحي من أنه يتطلب في النظام أن يكون محمي بوسائل فنية، أي بضرورة توفير نوع من

---

١. D.W Elliot. J.C Wood A Case book in criminal law third edition Maxwell 1974 P88.

وكذلك العبارات الأخرى التي أشار إليها

ANTHONY, HOOPER, Harriss criminal law, twenty First edition, 196  
sweet MAXWELL London. P.46

الحماية التقنية للنظام حتى يمكن الاستفادة من هذا النص<sup>(١)</sup>. ويعكس هذا وجهة نظر الفقه الذي لا يشترط في النظام أن يكون محمي بوسائل فنية. الذي انتهينا إلى تأييده وعدم ضرورته استناداً إلى قواعد المنطق القانوني وعدم استلزام وجوده أو تطلب ذلك مستخلص من النص فحينئذ يكون هذا الاعتراض مبني على مجرد التخوف مما لا يمكن الركون إليه.

خلاصة الأمر أن جريمة الدخول إلى النظام الآلي بطريق الغش من الجرائم العمدية وهذا مستفاد من عدة أمور أولها فعل الدخول الذي يغلب أن يكون بصورة يقترن فيها العلم بالإرادة - وبوجه خاص فيما لو كان النظام محمي بوسائل أمن فنية - علم الشخص بما يفعل وإرادة متجه إلى ذلك، وثاني هذه الأمور هو أن الغش هو الصفة الملازمة لفعل الدخول فيكون الدخول إلى النظام الآلي في أغلب الأحوال قد تم بوسائل وأساليب مارسها الشخص لكي يصل إليه ويدخل في مكوناته المعنوية، أي البرامج والمعلومات. وأهمها أنه لا يملك حق الدخول فتظاهر على خلاف الحقيقة بأنه يملك هذا الحق. إلى جانب أن هذه الجريمة تقتضي طبيعتها أن تنتسب إلى الجرائم العمدية لما ينبغي على الشخص القيام به لتحقيق الاتصال وخاصة عندما يكون النظام في حالة سبات أو عدم اشتغال، حيث يتطلب منه ذلك أن يقوم بتشغيل النظام أو الوحدة التي يريد الدخول عن طريقها. لذلك فإن الركن المعنوي لجريمة الدخول عن طريق الغش هو القصد الجنائي الذي يقوم على العلم والإرادة علم بأن الداخل في النظام ليس له الحق في الدخول وأتجاه الإرادة مع ذلك إلى تحقيقه وذلك بالسعي إلى تحقيق الاتصال بالنظام أو بأحد مكوناته.

ولكن من المتصور واستناداً إلى طبيعة النظام الآلي الذي يعمل بأوامر إلكترونية ولجهل الكثيرين في استخدامه بالشكل الذي ينبغي. أن يتم الدخول إليه أو إلى جزء منه عن طريق الخطأ فهل يحقق ذلك جريمة الدخول غير المشروع؟

---

١. د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق - ص ١٥١.

إذا كنا قد إنتهينا إلى أن جريمة الدخول جريمة عمدية فإن النتيجة المنطقية التي تترتب على ذلك هي عدم إمكان تحققها ولا تحقق المسؤولية الجنائية عنها إذا تم الدخول عن طريق الخطأ لإنتفاء القصد الجنائي. غير أن هناك من يرى بإمكان مسائلة من يدخل إلى النظام المعلوماتي بالصدفة أو معتقداً بمشروعية فعله ثم يبقى به بعد معرفته بعدم مشروعية فعله عن جريمة الدخول وهذا من شأنه أن يجعل جريمة الدخول جريمة مستمرة<sup>(١)</sup>.

ولكن هذا الرأي محل نظر من حيث فكرة الدخول إلى النظام الآلي وكيفية تحققه وموقف المشرع الفرنسي من جريمة الدخول وجريمة المكوث أو البقاء في النظام الآلي، ومن حيث فكرة القصد الجنائي ووقت تحققه على أن نرجيء مناقشة موقفه من طبيعة الجريمة وكونها جريمة وقتية أم مستمرة إلى الموقع المخصص في الفصل الرابع من هذا البحث.

فبالنسبة لموقفه من حيث فكرة الدخول فإن المشرع يشترط وبصريح النص أن يحصل الدخول بطريق الغش الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق عندما يكون الدخول بالصدفة أو مع الاعتقاد بمشروعية الفعل؛ إذ ثمة تعارض بين الدخول بطريق الغش والدخول بطريق الصدفة يؤدي بنا إلى عدم قبول هذا الرأي وعدم تصور أن يكون الداخل بطريق الخطأ أو بالصدفة محلاً للمساءلة عن جريمة الدخول بطريق الغش. كما أن بقاء الشخص بعد تحقق الاتصال عن طريق الخطأ أو الصدفة وعدم قطع الاتصال والخروج منه من شأنه أن يحقق جريمة أخرى هي جريمة البقاء أو المكوث في النظام التي عالجها المشرع أيضاً ولها من الأركان ما تختلف به اختلافاً جذرياً مع جريمة الدخول وأهمها طريقة الدخول حيث يتطلب الدخول فيها ألا يكون بصورة متعمدة لأن ذلك وجه اختلافها عن جريمة الدخول بطريق الغش بمعنى، حيث يتطلب المشرع في الدخول أن يكون عن طريق الغش في جريمة الدخول يتطلب في جريمة البقاء أو المكوث أن يتم الدخول عن طريق الخطأ، أي أن يكون متجرباً من القصد. ويكشف هذا الاتجاه بتحقيق جريمة الدخول عند البقاء بعد الدخول عن طريق

---

١. د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق - ص ٢٨٠.

الصدفة الخلط الذي وقع فيه، بين جريمتين مستقلتين في الطبيعة والسلوك وشروط تحقق الدخول، وأعتبره جريمة البقاء كنتيجة تترتب على جريمة الدخول.

أما فيما يتعلق بتعارض ما يقول به وفكرة القصد الجنائي فالقول بتحقيق جريمة الدخول بعد اكتشاف الشخص بأن دخوله غير مشروع من شأنه أن يطيح بنظرية القصد الجنائي التي من قواعدها أن يكون القصد معاصراً للفعل وليس بوقت لاحق عليه. فالدخول إن تم عن طريق الصدفة أو الاعتقاد بمشروعية الفعل من شأنه أن ينفي القصد الجنائي لجريمة الدخول طبقاً للقواعد العامة والذي تنتفي الجريمة بانتفائه، فتخلف القصد الجنائي لحظة بدء النشاط ينفي ركن من أركان الجريمة وهو الركن المعنوي ومن ثم المسؤولية عنها. والقول بغير ذلك فيه مغالطة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القصد الجنائي. فالدخول إلى النظام عن طريق الخطأ ينفي المسؤولية الجنائية العمدية لانتفاء القصد الجنائي الذي لا تقوم بدونه جريمة الدخول طبقاً للقواعد العامة. أما بقائه على هذا الوضع فمن شأنه أن يحقق القصد الجنائي لجريمة أخرى هي جريمة البقاء أو المكوث في النظام الآلي التي عاقب عليها المشرع بنفس المادة وبذات العقوبة المقررة لجريمة الدخول، وهذا يعد من احتياطات المشرع الفرنسي وحمايته لمختلف جوانب النظام الآلي سواء من الداخل بصورة متعمدة فعاقب على الدخول بطريق الغش ومن الداخل بصورة غير متعمدة فأوجب على من يجد نفسه في النظام عن طريق الصدفة أو الخطأ أن يخرج من النظام أو من الموقع الذي لا يسمح له بالتواجد فيه، وجعل هذه الصورة جريمة مستقلة. وقد بينا الأسباب التي دعتنا إلى عدم تناولنا لجريمة المكوث في النظام الآلي في بداية بحثنا؛ إذ ينبغي بحثها بشكل مستقل.

## المبحث الثاني

### إثبات القصد الجنائي

ينبغي إلى جانب إثبات فعل الدخول مع صعوبة ذلك لطبيعة الأنشطة التي يتعرض لها النظام الآلي كونها أنشطة غير مادية تأخذ شكل النبضات الإلكترونية

وهي منتشرة في الفضاء ومن حولنا ومتجردة في أغلب الأحوال من الآثار المادية كالدماء وغيرها. إثبات القصد الجنائي ومدى توافره لإثبات مسئولية الجاني عن جريمة الدخول إلى النظام المعلوماتي. وإثبات القصد الجنائي بشكل عام هو مسألة موضوعية يرجع إلى تقدير محكمة الموضوع تستخلصه من الواقع تبعاً لنوع الجريمة ذلك لأنه أمر نفسي باطني يجوش في صدر الجاني ولا يمكن استخلاصه إلا من إشارات أو دلائل تكشف عنه.

ولاشك في إطار ذلك من أن الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعلومات وكون هذ النظام محمي بأنظمة حماية تقنية أو فنية يشكل دليلاً أو قرينة على وجود القصد وسوء نية مرتكب الفعل ذلك لأنه لم يتمكن من الدخول إلى النظام إلا بعد أن تغلب على تلك الوسائل، وهذا لوحده في اعتقادنا كاف لإثبات قصده وسوء نيته. بحيث أن المحكمة تستطيع أن تستظهر القصد الجنائي من خلال كون النظام محمي بوسائل تقنية فتقر بوجود القصد الجنائي من مجرد كون الدخول قد تم والنظام الآلي محمي بوسائل فنية. بحيث تعتبر تلك الوسائل دليلاً عليه دون أن يعني هذا اشتراط وجود تلك الوسائل لتحقيق الجريمة. فوجود نظام حماية له جوانب إيجابية من الناحيتين: القانونية والواقعية فمن الناحية الواقعية يسمح للشخص المتواجد في الشبكة أو النظام المعلوماتي بمعرفة الحدود التي لا ينبغي أن يتجاوزها فمثلاً الذي يملك حق الاتصال الجزئي مع وجود نظام الحماية الأمنية: التقنية أو الفنية من شأنه أن يحذره عند محاولة الدخول إلى الجزء غير المسموح به وينبهه إلى عدم جواز إجراء هذا الاتصال، ولاشك أن إصراره على الدخول إلى هذا الجزء مع وجود هذا التحذير يكشف عن إرادته المصممة على ارتكاب الفعل الأمر الذي يكشف عن فائدة الحماية التقنية أو الفنية في الجانب القانوني، حيث يكشف الاتصال بالجزء المحمي إصرار الجاني على إجراء الاتصال والدخول الأمر الذي يمكن على ضوءه استخلاص القصد الجنائي منه، بحيث يعد القصد الجنائي لجريمة الدخول متوافراً بمجرد الدخول في النظام عند وجود نظام حماية<sup>(١)</sup>.

ويعتبر نظام الحماية من الأهمية في الجانب القانوني أيضاً فيما يتعلق بصلة النظام المحمي بتحقيق عناصر القصد الجنائي وأهمها العلم، حيث أن وجود النظام الأمني من شأنه أن ينبه الأشخاص الراغبين في الدخول إلى النظام بأنهم ليس لهم الحق في إجراء هذا الاتصال وأن الموقع ليس للعامة وليس مسموح الدخول إليه من غير موافقة من له الحق في منح التراخيص. التي غالباً ما تكون على شكل رقم سري تحمله بطاقة الاشتراك يتوجب إدخاله أو كلمة مرور ينبغي إدخالها حتى يتحقق الاتصال أو موافقة شفوية يحددها من يتولى السيطرة على النظام كالدخول إلى شبكة المعلومات في مقاهي الانترنت مع الأخذ بنظر الاعتبار القيود التي يفرضها الغرض الذي من أجله مُنح الإذن فلن يستطيع من أخذ الإذن باستخدام الوحدة المرتبطة بشبكة المعلومات الاستناد إلى هذا الإذن لفتح المواقع المحمية ولا حتى بالنسبة لما تضمه الوحدة التي يستخدمها ودفع المسؤولية عنه استناداً إلى ذلك الإذن؛ إذ أن دخوله للنظام تنظمه القيود التي يفرضها غرض الإذن بالاستخدام وما دور من قدم الوحدة إلا أن هيء له السبيل لاستخدام الوحدة استخداماً يتوافق مع الغرض من الاستخدام والقواعد التي تفرضها أصول استخدام الأنظمة الآلية لمعالجة المعطيات.

فالتنبيه إلى أن الدخول يتطلب موافقة الغير من شأنه أن يحقق العلم وإصرار الشخص على الدخول على الرغم من هذا التنبيه من شأنه أن يبذل القرينة التي يمكن أن يستند إليها الجاني وينشئ قرينة في صالح الإثبات بعلمه بعدم وجود حق بالاتصال الأمر الذي له أهميته في نطاق عناصر القصد الجنائي. مع الإقرار بارتباط الإرادة بالعلم لأن الإرادة الواعية هي الإرادة المحيطة أي العالمية بحقيقة التصرف وما يترتب عليه من نتائج. وعلى أساس ذلك يبدو لنا أن ما يقوم به نظام الحماية يتعدى كونه وسيلة إعلام لمن يحاول الاتصال بالنظام بضرورة القيام بما ينبغي عمله للدخول إلى كونه بمثابة الدليل الذي يمكن للجهة القائمة على الدعوى الجنائية الاعتماد عليه لإثبات العلم الأمر المتطلب لقيام القصد الجنائي.

أما عن السبب الذي يؤدي بنا لتأييد أن القصد الجنائي متوافر بمجرد تحقق الدخول في نظام معلوماتي محمي بوسائل فنية أو تقنية فهو أن الدخول إلى مثل هذا النظام يتطلب نشاطاً من شأنه التغلب على تلك الوسائل والذي في كثير من الأحيان يرتبط بمحاولات متعددة تصدر عن الجاني وهذه المحاولات تكشف عن قصده، بل عن إصراره في الدخول مستغلاً في ذلك قدرة الحاسب الآلي من جانب ونقاط الضعف الموجودة في نظام الحماية من جانب آخر لاسيما أن وسائل الحماية الفنية أو التقنية يمكن التغلب عليها ممن لهم الخبرة والدراية بتصميم البرامج وتحليلها<sup>(١)</sup> وهي، أي وسائل الحماية، تختلف من برنامج إلى آخر وهي في كل الأحوال غير مستعصية على من له الخبرة في ذلك، حيث يكشف لنا الواقع عما يؤيد ذلك<sup>(٢)</sup>.

ولكن ما ينبغي أخذه بنظر الاعتبار هو أن ما يقال بصدد ذلك ما هو إلا وسيلة من وسائل إثبات القصد الجنائي مثلها في ذلك مثل باقي الوسائل. ويعني هذا من جانب آخر أن هذه الوسيلة هي ليست الوحيدة لإثبات القصد الجنائي فلا يعني هذا أن الجهة القائمة على نسبة الفعل إلى الشخص لا تملك وسيلة أخرى غيرها لإثبات قصده، فمن الناحية القانونية ليس هناك ما يمنع من استخلاص القصد من غير ذلك؛ إذ ليس ثمة قاعدة ينبغي تطبيقها عند إثبات القصد الجنائي. مما يعني جواز إثباته بطريقة أخرى كتكرار الاتصال وتعدد المحاولات... الخ ولاسيما أن الحماية التقنية ليست بركن أو عنصر في الجريمة إلى جانب أن هناك أنظمة لا تستعمل تلك الوسائل.

---

١. راجع في الإحصائيات التي تؤيد ذلك - د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق ص ٤٣ وراجع في الوقائع التي تؤيد ذلك د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق - ص ٣١ وما بعدها.

٢. ومن الظريف في هذا السياق أن أعلنت شركة أمريكية عن توصّلها إلى برنامج غير قابل للنسخ بفضل ما استخدمت فيه من تقنية متقدمة في تحصينه من القرصنة إلا أنها فوجئت بخطاب مرفق به نسخة من برنامجها الحصين! وقد أعلن صاحب الخطاب أن عملية النسخ لم تستغرق أكثر من ست ساعات فقط د. محمد حسام محمود لطفي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني - دار الثقافة للطباعة والنشر - القاهرة - ١٩٨٧ ص ٣٢-٣٣.

## الفصل الرابع

### أثر الضرر الناتج عن الدخول إلى النظام الآلي عن طريق الغش

يعاقب المشرع على الجريمة بشكل عام لأنها تسبب ضرراً أو تهدد بخطر؛ إذ هما معيارا التجريم عند المشرع وتقسّم الجرائم على أساس ذلك إلى جرائم ضرر



وجرائم خطر. فالمشرع لا يعاقب على الأفعال التي لا ينتج عنها ضرر عام أو خاص ولا تهدد المصالح العامة أو الخاصة بخطر. وينبغي لنا أن نحدد جريمة الدخول إلى أي طائفة تنتمي وإذا تحقق الضرر ما تأثير ذلك على طبيعتها وعلى العقاب المقرر لها على أن يكون كل أمر في مبحث مستقل.

## المبحث الأول

### أثر الضرر على طبيعة جريمة الدخول إلى النظام الآلي عن طريق الغش

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الركن المادي لهذه الجريمة يكتمل بالنشاط الإيجابي الذي يصدر من الجاني دون أن يتطلب تحقق نتيجة مادية منفصلة عنه، وبذلك تكون هذه الجريمة من الجرائم الشكلية التي لا يلزم لتحقيقها تحقق نتيجة معينة منظوراً لها وفق مدلولها المادي<sup>(١)</sup>.

هذا القول إن صدق على وصف جريمة الدخول إلى النظام الآلي بطريق الغش فله نتائج قانونية تتعارض وما يأخذ به المشرع الفرنسي وبوجه خاص على ما يبنى على التفرقة بين الجرائم الشكلية والمادية، بمعنى إن صدق أن جريمة الدخول جريمة شكلية لا يستلزم لتحقيقها تحقق نتيجة معينة، فلهذا القول أهميته من حيث التفرقة التي تبنى عليه بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية بشكل عام، وأهم هذه الفوارق هو عدم تصور الشروع في الجرائم الشكلية، وتصوره في الجرائم المادية. ذلك لأن الشروع يعني تخلف النتيجة الجرمية بسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيه، الأمر الذي تقتقد إليه الجرائم الشكلية، حيث أنها جرائم من غير نتيجة بمدلولها المادي<sup>(٢)</sup>.

---

١. الذي يعني التغيير الناتج عن السلوك الإجرامي في العالم الخارجي. علي حسين الخلف، سلطان الشاوي - المرجع السابق ص ١٠٤.

٢. لأن الجريمة لا يمكن تصور وقوعها من غير نتيجة وإن كانت بمدلولها المعنوي، حيث أن للنتيجة مدلولان مادي ومعنوي، وحيث يمثل الأول التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي يمثل

ولكننا سبق أن أشرنا إلى أن الدخول في هذه الجريمة يتحقق عند تحقق الاتصال بالنظام، ويمثل الاتصال الفعلي السلوك الإجرامي المطلوب لقيام الجريمة غير أن الجريمة حتى تقوم ينبغي أن تتحقق النتيجة الجرمية التي تتمثل بضرر يصيب المصالح المحمية أو بخطر يهددها، والنتيجة الجرمية المادية في الجريمة بشكل عام هي التغيير في العالم الخارجي الذي يحدثه النشاط الإجرامي ولو لم يصل إلى حد الضرر<sup>(١)</sup> والنتيجة المجرمة في الجريمة موضوع البحث هي ليست الإخلال بالنظام الأمني للنظام حتى يكون القول بأنها من جرائم الخطر مقبولا لعدم ضرورته كما أسلفنا. إنما النتيجة المجرمة تتمثل بالتغيير الذي يحدث في العالم الخارجي والذي يتحقق بمظهر الاتصال بالنظام والذي يجسده اشتغال النظام الآلي بعد أن كان في حالة سبات أو فتح النظام أو جزء منه أو إنفتاحه أمام الجاني بعد أن كان غير متاح له ذلك، بحيث يستطيع التجوال والاطلاع على مكونات لا يجوز الاطلاع عليها أو بشكل عام الاطلاع على ما لا يجوز له الاطلاع عليه. فيكفي لتحقيق الجريمة إتصال الشخص بالنظام الآلي لكي يكون الطريق للإطلاع على ما فيه مفتوحاً دون أن يعني ذلك اشتراط وجود المعلومات المطلوبة. المهم أن الجريمة تكتمل عند تحقق الاتصال بأي صورة وبأي وسيلة سواء باستخدام كارت غير حقيقي أو بضرب كلمات المرور أو الرقم السري الذي حصل عليه بطريقة ما أو أن يستعمل جهاز الهاتف...الخ من الوسائل المتاحة للاتصال بالنظام بحيث يكون النظام مفتوحاً وقابلاً لاستقبال الأوامر وهذه هي النتيجة التي يجرمها المشرع في الدخول فغاية المشرع حماية النظام الآلي من الاختراق، الأمر الذي يترتب عليه أن المشرع لا يتطلب تحقق نتيجة معينة جراء الدخول إلى النظام الآلي غير الاتصال به لما يتضمنه هذا السلوك من مخاطر حيث جعل النظام في حالة اتصال مع

---

الثاني العدوان على المصلحة المحمية راجع في ذلك د. فخري عبد الرزاق الحديثي - المرجع السابق ص ٩٨.

١. د. احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - الجزء الأول - القسم العام - دار النهضة العربية ١٩٨١ ص ٤٣٣.

الوحدة التي أعدها الجاني بعد أن كان هذا غير متاح له مع أن الضرر متحقق ومندمج بالنشاط لما يمثله من انتهاك لحرمة النظام.

ويبدو لنا أن هذا الوضع والخلط الذي يجري بين النتيجة بمدلولها المادي والضرر جعل البعض يذهب إلى أن هذه الجريمة تعد من الجرائم الشكلية أو جرائم السلوك المجرد<sup>(١)</sup> على خلاف حقيقتها. ونؤيد ما نقول به بأمرين: الأول يتعلق بحقيقة الجريمة الشكلية، حيث أنها الجريمة التي لا تتوافر فيها نتيجة مادية، أي هي الجريمة التي لا يترتب عليها تغيير في العالم الخارجي كأثر للنشاط الإجرامي<sup>(٢)</sup>، وقد بينا هذا الأثر في نطاق الجريمة موضوع البحث. أما الأمر الثاني فيتعلق بما أعطاه القانون للنتيجة بمدلولها المادي من أهمية ومن دور، حيث اعتبرها من جانب كشرط لتمام الجريمة وبتخلفها تتخلف الجريمة التامة أو الكاملة وتتحقق الجريمة الناقصة، أي تتحقق الشروع الذي يتحقق بتخلفها. ومن جانب آخر اعتبرها أيضاً كمعيار لتحديد جسامة العقاب أو مقداره الأمر الذي يظهر بشكل جلي في إطار موضوعنا فما دام نشاط الجاني لا يترتب عليه أي ضرر يصيب مضمون النظام الآلي من محو وتعديل في المعطيات التي يتضمنها من معلومات وبيانات وبرامج فالجريمة تأخذ وصفها البسيط، أي الدخول غير المشدد، ولكن ما أن يترتب على نشاط الجاني ضرر، أي شيء من قبيل ما ذكرناه إنقلب وصف الجريمة إلى جريمة الدخول المشددة، حيث ينبغي تشديد العقاب باعتباره أثراً لاحقاً للنشاط، أو نتيجة جسيمة ترتبت كأثر لاحق له.

وبذلك نصل إلى نتيجة هي أن هذه الجريمة من طبيعة يمكن أن يتحقق فيها الشروع، فلو كانت من الجرائم ذات السلوك المجرد كما يذهب أصحاب هذا الاتجاه فإن فعل هذا الشخص يخرج من نطاق المساءلة لكون جرائم السلوك المجرد لا

---

١. من هذا الرأي د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص ١٢٥، د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق - ص ١٥٠.

٢. لاحظ في النتائج التي يرتبها جانب من الفقه على التعريف القانوني للجرائم الشكلية د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٤٣٣ وما بعدها.

يشترط لتحقيقها أو لقيامها تحقق نتيجة معينة، أي لو أنها كانت من الجرائم الشكلية تلك الجرائم المجردة من النتيجة بمدلولها المادي، لما أمكن تصور الشروع فيها لأن المعلوم أن الشروع غير متصور في تلك الجرائم لأنه يعني تخلف النتيجة بمدلولها المادي لسبب خارج عن إرادة الجاني، والنتيجة بمدلولها المادي غير متصور وجودها في الجرائم المتجردة منها. مما يعني أن الجريمة لو كانت من الجرائم الشكلية فإنها لا تقوم إن حاول الجاني الاتصال ففشل هذا هو حكم المنطق القانوني فهل يا ترى تعامل المشرع الفرنسي مع هذه الجريمة على هذا الأساس؟

إن ما يؤيد ما نقول به هو أن المشرع الفرنسي لم يتعامل مع طائفة الجرائم ضد النظام الآلي وبضمنها جريمة الدخول إلى النظام الآلي على أساس تجردها من النتيجة بمدلولها المادي الأمر الذي يمكن قبول النتيجة التي توصل إليها جانب من الفقه إنما عاقب على الشروع بذات العقوبة المقررة للجريمة<sup>(١)</sup>. وهذا ما نستند إليه في تأييد وجهة نظرنا بشأن طبيعة جريمة الدخول؛ إذ أن المشرع الفرنسي يكون قد خرج عما هو معمول عليه في إطار جرائم السلوك المجرد لو أنه اعتبر جريمة الدخول من ذات الطبيعة عندما يعاقب على الشروع فيها. لأن الشروع أمر خارج عن التصور في إطار تلك الجرائم. فعقاب المشرع على الشروع في جريمة الدخول ومساواته بالجريمة التامة لا يمكن أن يستفاد منه إلا أن جريمة الدخول من طبيعة الجرائم التي يتصور أن يقع فيها، أي من الجرائم المادية التي من المتصور أن يقع فيها وليست من الجرائم الشكلية، وإلا ما كان ليعاقب عليه استناداً إلى المنطق القانوني الذي ينبغي أن يحكم الجرائم الشكلية فيما لو أنه يعتبرها من تلك الطائفة.

وقد أثار هذا الوضع وأقصد طبيعة النشاط المادي المكون لجريمة الدخول والخلاف الفقهي الذي برز بشأن انتسابها إلى الجرائم الشكلية أم إلى الجرائم المادية في أذهان البعض إشكالاً يتعلق بالوصف القانوني الذي يمكن أن تأخذه الجريمة

---

١. لاحظ المادة ٧/٣٢٣ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد التي تقابل المادة ٧/٤٦٢ من القانون رقم لسنة ١٩٨٨ التي تنص على أنه (يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في المواد ٢/٤٦٢ إلى ٦/٤٦٢ بنفس عقوبات الجرائم).

استناداً إلى طبيعة نشاط الجاني وما يمكن أن يثيره الدخول من إشكال باعتباره واقعة ليست محددة بزمن، حيث اختلف بشأن وقت انتهاء جريمة الدخول وبداية جريمة البقاء وفقاً للاتجاه الذي يرى بأن الجريمة الأخيرة ما هي إلا امتداد للجريمة الأولى ونحن لسنا منه. فكان علينا أن نوضح إلى أي طائفة من الجرائم يمكن أن تنسب جريمة الدخول هل إلى طائفة الجرائم الوقتية أم إلى طائفة الجرائم المستمرة؟

ابتداءً لابد من الإشارة إلى أن الاختلاف في تحديد طبيعة هذه الجريمة ناشئ من مدى تحقق جريمة البقاء بعد تحقق جريمة الدخول فالاتجاه الذي يرى بأن جريمة البقاء هي امتداداً لجريمة الدخول غير المشروع بحيث يمكن مساءلة الجاني عن جريمة البقاء أو المكوث في النظام الآلي بعد تحقق الدخول اعتبر جريمة الدخول جريمة مستمرة كما هي الحال بالنسبة لجريمة البقاء، والذي اعتبرها جريمتين منفصلتين اعتبر جريمة الدخول جريمة وقتية وجريمة البقاء جريمة مستمرة.

واستجلاء حقيقة هذا الوضع يكون من خلال بيان مدلول الجريمتين: فالجريمة الوقتية هي التي تتم وتنتهي في لحظة واحدة ولا يستمر بعدها النشاط الإجرامي الذي ساهم في اتمامها، والجريمة المستمرة هي تلك التي يلزم فيها بقاء حالة الاستمرار، أي هي التي يكون فيها السلوك الإجرامي متجدد بحيث يتكون من حالة جنائية تقبل بطبيعتها الاستمرار ولا تنتهي إلا بانتهاء هذه الحالة<sup>(١)</sup> حيث يتطلب ركنها المادي نشاط متجدد يمتد لفترة زمنية، ولا ينبغي الاكتفاء بامتداد السلوك الإجرامي إنما لابد أن يعاصره إمتداد معنوي إن صح التعبير فالجريمة المستمرة في المدلول القانوني هي ما امتدت مادياتها ومعنوياتها خلال وقت طويل أما الجريمة التي تمتد مادياتها دون معنوياتها فلا يكفي ذلك لقيام جريمة مستمرة<sup>(٢)</sup> أي أن الجريمة المستمرة تفترض استمرار ركنها المادي والمعنوي بعد لحظة تمامها.

---

١. د. فخري الحديثي - المرجع السابق - ١٨٦. د. علي حسين الخلف، سلطان الشاوي - المرجع السابق ص ٣١٤.

٢. د. محمود نجيب حيني - المرجع السابق - ص ٣١٨.

ولكن أن تستمر آثار النشاط الإجرامي بعد إتمام الجريمة، فهذا في حقيقة الأمر جوهر الإشكال بين الجريمة المستمرة والجريمة ذات الآثار المستمرة التي تعتبر جريمة سرقة الطاقة الكهربائية لها مثلاً<sup>(١)</sup>. حيث لا يكون النشاط الإجرامي فيها قادر بحسب طبيعته على الاستمرار إنما آثاره هي التي تستمر. وبما أن العبرة في الوصف الذي تأخذه الجريمة هو ليس بالفترة التي يستمر فيها تنفيذ الجريمة قبل إتمامها إنما بالفترة التي يستمر فيها النشاط الإجرامي بعد تمامها فإنه بالاعتماد على ذلك يكون التمييز بين الجريمة الوقتية والمستمرة واضحاً.

ويؤدي بنا هذا إلى القول بأن من يعتبر جريمة الدخول جريمة مستمرة<sup>(٢)</sup> مثلها مثل جريمة البقاء يكون قد جانب الصواب بسبب الخلط بين النشاط الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة وآثاره يؤيدنا في ذلك مذهب المشرع الفرنسي الذي عاقب على فعل البقاء في النظام الآلي بحد ذاته واعتباره البقاء أو المكوث في النظام جريمة مستقلة، ومن هذا يمكن الاستدلال على أن المشرع أراد اعتبار الدخول إلى النظام جريمة وقتية وليست جريمة مستمرة. فالوصف القانوني الذي تأخذه جريمة الدخول استناداً إلى التصور الذي طرحناه بشأن طبيعة النشاط الإجرامي وكونه ينتمي إلى النشاط الإيجابي الذي يترتب عليه نتيجة بمدلولها المادي يجعلها تنتسب إلى طائفة الجرائم الوقتية أما ما يترتب على سلوك الجاني بحيث تبقى مظاهره لفترة بحيث يبقى النظام بحالة اشتغال أو أن يكون النظام مفتوحاً بعد تحقق الاتصال فلا ينبغي أن يؤدي ذلك إلى إمكان نسبتها إلى طائفة الجرائم المستمرة؛ إذ ينبغي عدم الخلط بين النشاط وآثاره، أي بين الجريمة المستمرة والجرائم الوقتية التي ترتب آثاراً مستمرة من حيث الزمان<sup>(٣)</sup> كون آثار نشاط الجاني ظل مستمراً بعد تحقق الدخول، وليس سلوك الجاني هو الذي ظل كما يذهب البعض<sup>(٤)</sup>، بل إن طبيعة النشاط في

---

١. د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٤٢٦.

٢. لاحظ د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق - ص ١٥٠ الذي يرى نسبة هذه الجريمة إلى طائفة الجرائم المستمرة سواء تعلق الأمر بالدخول إلى النظام أو البقاء فيه.

٣. لاحظ في عرض هذا الرأي د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق - ص ٢٩٨.

٤. د. جميل عبد الباقي الصغير - المرجع السابق - ص ١٥٠.

جريمة الدخول واستمرار بقاء الجاني في النظام وعدم خروجه منه لا يمكن أن يستنتج منه أن الجريمة ذات طبيعة مستمرة إنما هو أثر للنشاط الذي تحقق به الدخول، أي الاتصال.

## المبحث الثاني

أثر الضرر على العقاب المقرر لجريمة الدخول إلى النظام الآلي عن طريق الغش

من المتصور أن يترتب على الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات إحداث أضرار بسبب العبث سواء بالبرامج التي يعمل بها أو بالمعلومات التي يختزنها مما يحدث أضراراً بالنظام بحد ذاته أو بمحتوياته، ولا سيما عندما يمس النظم أو البرامج التي يعمل بها سواء بمحوها أو حتى تعديلها، وسواء كان هذا الأمر مقصود أي من بين أهداف الجاني أو ناتج عن جهل الجاني بأصول التعامل مع النظام فتؤدي الأوامر التي يصدرها والحركات التي يقوم بها إلى ذلك.

ومن ملاحظة المادة ١/٣٢٣ عقوبات التي تنص في شقها الأخير على أنه (... ..) فإذا نجم عن هذا الدخول أو البقاء محو أو تعديل في المعطيات المختزنة

في النظام أو إتلاف تشغيل هذا النظام تكون العقوبة الحبس لمدة تتراوح ما بين شهرين إلى سنتين والغرامة التي تتراوح ما بين عشرة آلاف إلى مائتي ألف فرنك).  
يتبين أن المشرع قد شدد العقاب بالنسبة لجريمة الدخول إذا ترتب على الدخول محو، أو تعديل في المعطيات المخزنة في الحاسب الآلي، أو ترتب على ذلك إتلاف تشغيل النظام، ولخصوصية الموضوع ارتأينا أن نبين مدلول هذه المصطلحات وفقاً لفهمنا للموضوع ولما هو متعارف عليه في الفقه باعتبارها صور النتائج التي يقتضي تحققها تشديد العقاب.

وإبتداءً لابد من التنويه إلى أن النشاط الذي يباشره الجاني في هذه الأحوال يكتسب خصوصية تتأتى من أنه نشاط ينصب على محتويات ومضمون النظام الآلي فبعد أن كان هدف الجاني الوصول إلى النظام أصبح موضوع النشاط أمر آخر هو محتوياته بما يتضمنه من معلومات وبيانات وبرامج مع التأكيد على أن هذه النتائج من شأنها أن تؤثر على عمل النظام فتشوهه أو ربما تعطله إذا ما أنصب المحو والتعديل على الحلقات الأساسية التي يشتغل بها النظام كبرامج التشغيل. ويعرف البعض المحو بأنه إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامة والموجودة داخل النظام أو تحطيم تلك الدعامة أو نقل أو تخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة في حين يعرف التعديل بأنه (تغيير المعطيات الموجودة داخل النظام واستبدالها بمعطيات أخرى)<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن المحو إذا كان يعني بمفهومه العام بأنه إزالة أو طمس المعطيات على أي دعامة فإن مفهومه الخاص في موضوع دراستنا ينبغي أن يفهم على أساس أنه إزالة أو طمس نهائي للمعطيات الموجودة داخل النظام الآلي أو أي وحدة من الوحدات المتصلة به طبقاً لمدلول النظام الذي بيناه في هذا البحث، بصورة كلية أو جزئية؛ إذ كما يمكن أن يكون المحو جزئياً يمكن أن يكون كلياً. مع الأخذ بنظر الاعتبار أن من شأن المحو الكلي أن يؤدي إلى إتلاف أو تعطيل النظام الآلي وعدم اشتغاله أو تأديته لوظائفه بصورة كلية متى ما انصب على الحلقات الأساسية التي

---

١. د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٤٤.



يتكون منها النظام كمحو برامج التشغيل التي يعمل بها النظام أو ربما يؤدي إلى عدم أدائه لوظائفه إذا انصب على المحو على برامج التطبيق أو التنفيذ خلاف المحو الجزئي الذي ربما يؤدي فقط إلى تغيير في وظائف البرنامج أو تعديلها أو ربما إلى تعطيل بعض أجزائه بإلغاء عملها أو بإلغاء بعض مهامها. إلى جانب أن المحو كما يتحقق بالازالة يمكن أن يتحقق بالإضافة أو الاستبدال لذلك يمكن أن نعرف المحو بأنه كل طمس نهائي بالإزالة أو الإضافة أو الاستبدال من شأنه أن يعيق عمل النظام بصورة كلية أو جزئية أو يوقفه عن العمل أو أدائه لوظائفه التي رصد لإنجازها بحيث لا يمكنه أن يؤدي وظائفه بالشكل المطلوب.

أما التدقيق بتعريف التعديل فيكشف عن تناقض وقع فيه صاحبه، ولاسيما إذا أخذنا بنظر الاعتبار التعريف الذي قدمه للمحو. فإذا كان التعديل يتم بتغيير المعطيات الموجودة داخل النظام فإن التغيير وفقاً لخصائص البرامج التي يعمل بها النظام الآلي لا تشترط الاستبدال؛ إذ كما يحدث التعديل بتغيير المعطيات يحدث بحذف فقرات منها، إلى جانب أنه يحدث أيضاً بإضافة فقرات أو بيانات أو برامج يقوم الجاني بإدخالها، سواء كان ذلك في نطاق برامج التشغيل أو برامج التطبيق أم في نطاق المعلومات المخزنة في وحدات الخزن الداخلية<sup>(١)</sup> وبسبب ما يتصف به عمل النظام الآلي وما تتصف به البرامج من صفات فإن التعديل يحصل حتى في المناقلة لكل أو بعض فقرات البرامج أو المعلومات، دون أن يكون من وراء ذلك إحداث حذف للمعلومات أو للبرامج، ذلك لأن المناقلة تعني إعادة صياغة أو ترتيب

---

١. هي وحدات مسئولة عن تخزين البيانات والتعليمات، ومن قبل البرامج اللازمة لتشغيل الحاسب الآلي وتقوم إلى جانب ذلك بإرسال أوامر والتعليمات البرنامج إلى وحدة التحكم لتفسيرها وتنفيذها، كما أنها ترسل البيانات التي يتم إدخالها إلى وحدة الحساب والمنطق من أجل معالجتها، كما أنها تقوم باستقبال نتائج اشتغال الحاسب الآلي، وما قام به من عمليات على البيانات المدخلة تمهيداً لإخراجها، لذلك توصف هذه الوحدة، وبالذات وحدة الذاكرة منها بأنها همزة الوصل بين وحدات الحاسب المختلفة د. يحيى مصطفى حلمي - الحاسبات الإلكترونية - مكتبة عين شمس - ١٩٩٦.

البرنامج أو المعلومات بأسلوب يختلف عن أصله مما يؤدي إلى حصول التعديل تبعاً لنوع وطبيعة البرنامج أو المعلومات التي تمت منها أو إليها المناقشة.

وما يؤكد أن التعديل من الممكن أن يحصل دون حذف أي فقرة أو حتى استبدالها ما قام به واضع برامج لإحدى الشركات، حيث تم الكشف عن أنه قد أعد برنامجاً يتيح له إدخال مرتبات أشخاص وهميين، ومن ثم تحويل هذه المرتبات إلى حسابه الخاص، وبسبب أن هذه الطريقة باتت معروفة، ومن السهل اكتشافها لأنها أصبحت طريقة شائعة تعرضت لها أكثر من شركة، مما أضطره إلى إجراء تعديل في تصميم برنامج دفع المرتبات يكون من شأنه عدم طبع حوافز مرتبات الموظفين الوهميين عند طبع حوافز مرتبات الموظفين، ومن ثم لا تظهر مدفوعات رواتب الموظفين الوهميين في قوائم المراجعة التي يعدها الحاسب الآلي والشيكات التي يتم صرفها<sup>(١)</sup>. وبذلك يكون قد نجح الجاني في تحقيق التعديل المطلوب دون أن يقوم بحذف أو حتى استبدال أي مكونة من مكونات النظام.

المهم في إطار موضوعنا هو أن المشرع الفرنسي جعل من النتيجة التي من الممكن أن تترتب على الدخول إلى النظام الآلي عن طريق الغش ظرفاً يشدد العقاب متى ما تترتب على نشاط الجاني محوً بالمعنى الذي قدمناه، أو تعديلاً، أو إتلافاً لنظم التشغيل، وما يمكن أن يذكر بشأن إتلاف نظام التشغيل، فإن هذا الأمر يتحقق ليس بشأن إتلاف الأنظمة التي يشتغل بها الحاسب الآلي، فحسب، بل إنما من الممكن أن يشمل إتلاف النتائج التي توصل إليها الحاسب الآلي أو التي من الممكن أن يتوصل إليها، أي حتى التي لم يتم استخراجها، على شكل مخرجات ورقية، أو إلكترونية.

ومما تقدم يمكن استنتاج أن غاية المشرع الأخرى من التجريم هي ضمان سلامة النظام الآلي من كل عبث وتلاعب، لذلك فإن الدخول الذي يصاحبه ضرر

---

١. راجع في تفصيل هذه الواقعة د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق - ص ٣٠

هامش رقم (١).

بإحدى الصور التي حددها المشرع بالمحو أو التعديل أو تعطيل نظام التشغيل ينبغي أن يتم التعامل معه على أساس تشديد العقاب، وفقاً لما حدده المشرع بالمادة موضوع البحث.

ولكن ما يلاحظ على مذهب المشرع الفرنسي هو أنه لم يفرق في العقاب بين المحو والتعديل وتعطيل النظام مع اختلاف خطورة كل فعل، حيث شدد العقاب بتحقيق أي من تلك الصور وترك الأمر بيد القضاء في ضوء سيطته التقديرية للعقاب إذا تحققت إحدى تلك الصور لاسيما أنه جعل العقاب بين حدين وإن كان هذا يمكن أن يعد معياراً لتشديد العقاب في إطار كل صورة حسب جسامته التعديل أو المحو أو تعطيل نظام التشغيل وإن كانت الصورة الأخيرة أخطر وأشد جسامته من الصور الأخرى مع التأكيد على أن المحو أو التعديل قد يؤدي إلى تحقيقه الأمر الذي يبرر للمشرع جمع هذه الصور بنص واحد.

وما ينبغي التنويه إليه هو أن هذه الأفعال إذا كان التصور الغالب فيها هي أن تكون من جراء فعل المتهم نتيجة للدخول وبشكل خاص عندما يباشر نشاطاً من شأنه أن يؤدي إلى ذلك بأمر من الأوامر التي يمكن أن يوجهها للنظام، حيث أن الاتصال بالنظام يكون من خلال أوامر فإن هذه المهمة من الممكن أن يقوم بها الجاني ويحقق أغراضه من خلال برنامج فايروسي<sup>(١)</sup> يتم بثه بعد تحقق الاتصال الأمر الذي تعاني منه الأنظمة الآلية ولاسيما بعد إرتباطها بشبكة المعلومات وللخصائص التي تتمتع بها فايروسات الحاسب الآلي وأهمها قدرتها على إصابة الأجهزة السليمة بسبب قدرتها على الانتقال.

---

١. الفايروس عبارة عن أمر مضلل يدخله الجاني إلى النظام من شأنه كف منفعة النظام وبرامجه فيما أعد لها من خلال تكرار كتابة المعلومات ذاتها إلى آلية إدارة القرص مما يؤدي إلى إيقاف الحاسب الآلي عند حد معين، ويسبب أعباء إضافية على القرص ويزيد من حرارته نتيجة للتشغيل المستمر أنظر في هذا المعنى سرحان سليمان داود، ومحمود عبد المنعم المشهداني -

أمن الحاسوب والمعلومات - دار وائل للطباعة والنشر - الأردن - عمان - ٢٠٠١ -

## الخاتمة

فرضت علينا طبيعة البحث أن ننتهج نهجاً ربما يبدو فيه شيء من الغرابة على الدراسات القانونية وبالذات التطرق والتوسع نوعاً ما في بعض المواضيع التي لها علاقة بموضوعات علم تقنية الحاسب الآلي ونتلمس لمذهبنا هذا العذر في حداثة هذا الموضوع من جهة وإعطاء الإطار الواضح والمحدد لمحل الجريمة باعتبار أن الدخول ينصب على النظام الآلي مما اقتضى منا أن نتعرض إلى معناه في نظر جانب من الفقه ومجلس الشيوخ وبيننا الأسباب التي استندنا إليها في ترجيح المدلول الأخير عند تطبيق تلك النصوص وذلك من خلال بياننا للنتائج التي تترتب على تبني هذا المدلول والأخذ به. واستكمالاً لوجهة النظر هذه كان علينا أن نبين مدى ضرورة الحماية الفنية أو التقنية للأنظمة الآلية لكي تتحقق الجريمة وبعد أن عرضنا الاتجاهين: الاتجاه الذي يرى ضرورة ذلك لتحقيق الغش المتطلب في الدخول، والاتجاه الذي يرى بعدم ضرورته. انتهينا إلى أن حجج الاتجاهين تتحطم مع صراحة النص الذي جاء به المشرع فالأخير لم يتطلب في النظام صفة معينة الأمر الذي ينبغي على ضوءه عدم إضافة شرط لم يتضمنه النص ولم يفصح عنه المشرع، وإذا كان هناك من يدفع بهذا الاتجاه فإن الأخذ به يعني مخالفة لإرادة المشرع الصريحة ولقواعد وأصول التفسير الذي ينبغي أن يلتزم بها المفسر أياً كان،

وأهمها الإلتزام بإرادة المشرع التي عبرت عنها عبارات النصوص وعدم إضافة قيود لم ينص عليها فلا ينبغي تقييد مطلق أو تخصيص عموم نص من غير سند قانوني لأن المشرع إذا أراد قال.

وفي إطار بياننا النشاط الذي يحقق الدخول والوسائل التي يمكن أن يتوصل بها الجاني في سبيل ذلك وجدنا أن الدخول في النظام يتحقق بالاتصال به بأي وسيلة من الوسائل المتاحة والتي تمكن الجاني من ذلك مما يعني عدم تقييد ارتكاب الجريمة بوسائل معينة غير ما تقتضيه طبيعة النظام وإمكان الاتصال به بحيث يكون النظام أو الجزء الذي تعرض للنشاط المجرم مفتوحاً بعد أن كان مغلقاً أو أن يكون قد تم تشغيله بعد أن كان مطلقاً لأن الدخول للنظام لا يمكن أن يكون إلا والنظام في حالة اشتغال حتى ولو استخدم الجاني وسائل الاتصال عن بعد الأمر الذي بينا من خلاله ضرورة أن يقوم الجاني بتشغيل النظام إذا ما كان الأخير في حالة سبات. كما وجدنا أن الدخول يتم عن طريق الغش عندما يكون من شخص ليس له الحق في إجرائه بعد أن رفضنا اعتبار الوسائل الفنية والتقنية المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتحقيق الاتصال بطريق الغش وقدّمنا المبررات لرفضنا ذلك.

وانتهينا أيضاً إلى أن جريمة الدخول جريمة عمدية ورفضنا الاتجاه الذي ينادي بإمكان تحقق جريمة الدخول عن طريق الغش في حالة أن يكون الدخول تم عن طريق الصدفة أو الاعتقاد الخاطيء وبيننا الأسانيد القانونية التي تدعم رأينا من حيث قواعد القصد وما تقتضيه من معاصرة القصد للحظة ارتكاب السلوك المجرم أو من حيث مخالفة ذلك لطبيعة الجريمة وكان لنا أن نبحت في أثر الضرر الذي يمكن أن يترتب على الدخول وموقف المشرع منه فوجدنا أن للضرر أثر سواء من حيث طبيعة الجريمة أو من خلال العقاب، حيث اعتبر المشرع الضرر الذي يصيب النظام ظرفاً مشدداً يستوجب تشديد العقاب سواءً بمحو المعلومات والبرامج أو بالتعديل بها أو بالتأثير على تشغيل النظام الآلي وهذا يؤيد منهج المشرع في اعتبار جسامه النتيجة معياراً لتشديد العقاب الأمر الذي استندنا إليه في القول بتأثر طبيعة

الجريمة بالضرر، وبعد أن حددنا مدلول كل سلوك انتهينا إلى أن المشرع لم يفرق في العقاب في إطار ذلك مع تفاوت تلك التصرفات في الخطورة.

وفي خاتمة المطاف لا ننكر أن النص الذي جاء به المشرع الفرنسي بصدد جريمة الدخول بشكل خاص والجرائم الأخرى التي توجه للنظام الآلي بشكل عام يمكن أن تكون نموذجاً يحتذى به في هذا المجال ولكننا من الممكن أن نضع تصورنا لهذه الجريمة في حالة نهج المشرع العراقي هذا النهج بحيث يكون نصنا المقترح كآتي: (يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل إلى نظام آلي مع علمه بإنعدام حقه بالدخول، وتكون العقوبة الحبس بما لا يقل عن سنتين وبغرامة تعادل ثلاثة أمثال الضرر إذا نشأ عن الدخول ضرر، وتكون العقوبة السجن إذا أدى الدخول إلى تعطيل نظام تشغيل مؤسسة أو مصلحة حكومية أو تساهم الحكومة بنصيب فيها وتكون العقوبة السجن بما لا يقل عن سبع سنوات إذا أدى تعطيل النظام الآلي إلى تعطيل عمل المؤسسة أو المصلحة أو التأثير على اشتغالها).

## مراجع البحث

- . د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠.
- . د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - الجزء الأول - القسم العام - دار النهضة العربية ١٩٨١.
- . جميل عبد الباقي الصغير القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢.
- . سرحان سليمان داود، ومحمود عبد المنعم المشهداني - أمن الحاسوب والمعلومات - دار وائل للطباعة والنشر - الأردن - ٢٠٠١.
- . د. عبد الفتاح بيومي حجازي الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت. دار الكتب القانونية - ٢٠٠٢.
- . عبد اللطيف بن عبد الرحمن الهريش - بعيداً عن الاكتفاء بالمعالجة التقليدية: جرائم الحاسب الآلي بحاجة للتنظيم والنصوص القانونية لا تزال قاصرة عن تغطيتها - منشور في مجلة الرياض الأربعاء ١٦ نيسان (أبريل) ٢٠٠٣ الموافق

١٤ صفر ١٤٢٤ هجري العدد ١٢٧١٧ السنة ٣٨ لاحظ موقعها على الانترنت  
<http://www.alriyadh-np.com>

. عماد علي الخليل - الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء - دار وائل للنشر -  
الأردن عمان - ط الأولى - ٢٠٠٠.

. د. عمر أحمد حسبو - حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات - دراسة  
مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.

. د. عمر الفاروق الحسيني - المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب  
الآلي وأبعادها الدولية - ط/الثانية - ١٩٩٥.

. علي حسين الخلف، وسلطان الشاوي - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات  
- مطابع الرسالة - الكويت - ١٩٨٢.

. د. علي عبد القادر القهوجي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - الدار  
الجامعية للطباعة والنشر - الاسكندرية - ١٩٩٩.

. د. عوض محمد - الوجيز في قانون العقوبات - القسم العام - الجزء الأول -  
دار المطبوعات الجامعية - ١٩٧٨.

. د. عوض منصور محمد أبو النور - مقدمة في علم الحاسب الإلكتروني -  
وبرمجة بيسك - دار الأمل - أريد - الأردن ط/الخامسة ١٩٩٦.

. د. فايز نعيم رضوان - بطاقات الوفاء - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة -  
١٩٩٠.

. د. فخري عبد الرزاق الحديثي - قانون العقوبات - القسم العام - مطبعة الزمان  
- بغداد ١٩٩٢.

. فداء يحيى أحمد الحمود - النظام القانوني لبطاقة الأئتمان - دار الثقافة  
للطباعة والنشر - الأردن - عمان - ١٩٩٩.



كرستان كروملش، روبرت كورت وآخرين - الانترنت بدون خبرة - إعداد د.  
خالد العامري - قسم الترجمة بدار الفاروق - مصر - القاهرة ط/الثانية ٢٠٠٠.  
محمد أحمد عباينة - جرائم الحاسب الآلي وأبعادها الدولية - دار الثقافة للنشر  
والتوزيع - الأردن - عمان - ٢٠٠٥.

د. محمد حسام محمود لطفي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني -  
دار الثقافة للطباعة والنشر - القاهرة - ١٩٨٧.

محمد حماد مرهج

- الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون  
- جامعة بغداد - ١٩٩٦ - مسحوبة على الرونيو

- التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي - دار الثقافة للطباعة والنشر - الأردن  
عمان - ٢٠٠٤ ص ١٤٣ وما بعدها.

- الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب  
الآلي - مجلة الشريعة والقانون - تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة  
الإمارات العربية - العدد العشرون - ذو القعدة ١٤٢٤ هـ يناير ٢٠٠٤ م.

- مبررات الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - مجلة العلوم الإنسانية  
والاقتصادية - جامعة الأنبار - العدد السادس نيسان / ٢٠٠٥.

د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - دار  
النهضة العربية - بيروت - ١٩٨٤.

مراد شلباية - علي فاروق - مقدمة إلى الانترنت - دار المسيرة للنشر والتوزيع  
- الأردن - عمان ط/الأولى ٢٠٠١.

د. هدى حماد قشقوش جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن دار النهضة  
العربية - القاهرة - ١٩٩٢.

.يونس عرب - الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف الخليوي - ورقة عمل مقدمة إلى منتدى العمل الإلكتروني بواسطة الهاتف الخليوي الذي عقدت برعاية اتحاد المصارف العربية للفترة من ٢٠ - ٢٢ أيار ٢٠٠١ في الأردن عمان - فندق المرديان - ص ١٦ لاحظ الموقع على الانترنت <http://www.arablaw.com>

.يونس عرب - جرائم الكمبيوتر والانترنت - المعنى والخصائص واستراتيجية المواجهة القانونية - الفقرة ١-٣ الموقع على الانترنت <http://www.araplaw.com>.

26. ANTHONY, HOOPER, Harriss criminal law sweet MAXWELL, twenty First edition London 1961

27. D.W Elliot. J.C Wood A Case book in criminal law third edition Maxwell 1974

28. GBREMOND, LA REVOLUTION INFORMATIQUE DITIONNAIRE. The matique edition HATIER 1982.

## المسؤولية العقدية عن الأشياء

## بحث تقدم به

د. قصي سلمان الدليمي

تدريسي في كلية التراث الجامعة

٢٠٠٥

المسؤولية العقدية عن الأشياء

د. قصي سلمان الدليمي

تدريسي في كلية التراث الجامعة

### خلاصة البحث

المسؤولية العقدية تتحقق بالرغم من اختلاف مصدرها المادي فهي مسؤولية قائمة سواء كان الضرر الذي أصاب الدائن نتج عن فعل المدين الشخصي أو أحد تابعيه أو كان ناتجاً عن أشياء يستخدمها المدين لغرض تنفيذ التزامه العقدي فالعقود

التي يقتضي تنفيذها استخدام أشياء ينطوي استخدامها على خطورة تهدد سلامة أحد طرفي العقد إنما تتضمن التزاماً بضمان سلامة ذلك الطرف. والمسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية عقدية إلا إنها مسؤولية عقدية تغطي الأضرار التي تمس سلامة الأشخاص ومنها الأضرار الجسدية ولذلك نجد إن هذه المسؤولية سوف تلغي جانباً من جوانب المسؤولية التقصيرية باعتبار إن المجال الأصلي للمسؤولية الأخيرة هو تعويض الأضرار الماسة بسلامة الأشخاص.

فالمسؤولية العقدية عن الأشياء إذا ما قامت فليس أمام المضرور فرصة الخيار مابين الالتجاء إلى إحكامها أو أحكام المسؤولية التقصيرية لأن الأخذ بمبدأ الخيرة يجاوز التوسع التي جاءت به نظرية المستلزمات العقدية وهي الأساس للالتزام بضمان السلامة.

## Conclusion

The contractual responsibility ascertains despite the difference in its material source. It is a standing responsibility whether the damage inflicted upon the creditor has resulted from a personal action of the debtor or any of its followers or resulted from thing used by the debtor in order to execute his contractual obligation. The contracts, whose execution requires using things that, might constitute a danger threatening the safety of the contract either party, imply an obligation to guarantee the safety of that party, and the responsibility resulted from a breach of such obligation is contractual responsibility. In the same time, this is a contractual obligation covering the damages touching persons safety including physical damages. Hence, we find that such responsibility will cancel one side of the tort responsibility is to make up for the damages touching persons safety.

If a contractual responsibility ascertains for things, the damaged party will have no option opportunity to choose

between taking refuge under its provisions of the tort responsibility because considering the option principal exceeds the expansion put forward by the contractual requirement theory which is the basis of obligation to guarantee the safety.

## المقدمة

في بعض العقود يستخدم المدين لتنفيذ التزامه أشياء يقترن استخدامها بمخاطر تمس بسلامة المتعاقد الآخر... هذه المخاطر التي أخذت تتزايد بتزايد التقدم التكنولوجي الذي اخترق مختلف مجالات الحياة، بحيث أصبح ما يسمى الالتزام بضمان السلامة موضع اهتمام الفقه والقضاء بل وحتى التشريعات.

وقد ترتب على إقرار هذا الالتزام في الحالات التي يخضع فيها أحد المتعاقدين للآخر جسدياً أو فنياً اتساع نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصيرية بحيث أخذت تتناول التعويض عن الأضرار الجسدية بعد ان كان هذا

المجال حكراً على المسؤولية التقصيرية، تلك المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالتزام قانوني عام قوامه اتخاذ الحيطة والحذر في السلوك منعاً للإضرار بالآخرين.

وعليه فإن المسؤولية موضوع بحثنا لا تتعلق بمسؤولية حارس الأشياء التقصيرية وإنما هي مسؤولية عقدية سوف نتناول نطاقها وشروطها في المبحث الأول، بينما خصصنا المبحث الثاني لأساسها وآثارها.

## المبحث الأول

### نطاق المسؤولية العقدية عن الأشياء وشروطها

إن هذه المسؤولية لا تتحقق نتيجة الإخلال بالتزامات عقدية عموماً وإنما عن الإخلال بالتزامات عقدية معينة يتطلب تنفيذها استخدام أشياء قد يصاحب استخدامها مخاطر تمس سلامة المتعاقد الآخر، لذا سوف نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث نماذج من تلك العقود. كما إن هذه المسؤولية تتحقق بتوافر شروط المسؤولية المدنية عموماً... إلا إن الشروط المذكورة وفي إطار المسؤولية العقدية عن الأشياء تحديداً تمتزج بشروط أخرى سنتناولها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

## المطلب الأول

### نطاق المسؤولية العقدية عن الأشياء

نتيجة التقدم التكنولوجي الهائل أصبحت سلامة الأشخاص الجسدية بل وحتى سلامة أموالهم من الأضرار الناشئة عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ بعض العقود أمراً جديراً بان يؤخذ بنظر الاعتبار. فالملتزم عقدياً مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية سواء كان راجعاً إلى فعله الشخصي أم إلى فعل شيء يستخدمه في تنفيذ العقد أو ملزم بتسليمه أو حتى رده<sup>(١)</sup>. فأحكام المسؤولية العقدية واحدة لا تتغير بتغير المصدر المؤدي إلى عدم التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

لذلك أولى الفقه والقضاء موضوع الالتزام بالسلامة اهتماماً كبيراً وهو التزام ينشأ في نطاق عقود معينة ينطوي تنفيذها على وجود خطر يهدد المتعاقدين بسبب الأشياء المستخدمة في تنفيذ تلك العقود ولعل أبرز تلك العقود:

#### . عقد نقل الأشخاص جواً

بالرغم من اختلاف الأداة المستخدمة في النقل، فقد تكون سيارة أو قطار في النقل البري أو السفينة في النقل البحري أو الطائرة في النقل الجوي، فان الناقل مسئول عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ النقل.

فالمادة ١٠/أولاً من قانون النقل العراقي المرقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ تقرر مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل وبطلان كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية كلياً أو جزئياً. عليه تقوم مسؤولية الناقل وفقاً لهذا النص اعتماداً على الضرر وبغض النظر عن خطأ الناقل. فلا يستطيع الناقل

---

١. لم تفرق التشريعات عند قيام المسؤولية العقدية بين كون عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي راجعاً إلى فعل المدين نفسه أو إلى فعل شيء من الأشياء الموجودة تحت حراسته ومنها ق.م.ع. ٢. د. السنهوري / الوسيط / ج ١ / دار النهضة العربية، القاهرة - ١٩٦٦ / ف ٤٣٥ ص ٧٥٧.

بأي حال من الأحوال أن يدفع عن نفسه المسؤولية بمحاولة نفي الخطأ في جانبه أو جانب تابعيه، طالما إن الخطأ لم يعد له مكان كأساس للمسؤولية الموضوعية. فالناقل وان جاز له قانوناً دفع مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة، إلا أن الأخيرة ضاق مفهومها في ظل نص المادة (١١) من قانون النقل المذكور، إذ ينبغي أن تكون ناتجة عن عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن بالامكان توقعها أو تلافي آثارها. فمثلاً لا يعد اهتزاز الطائرة واختلال توازنها بما يسبب ضرراً للمسافر قوة القاهرة<sup>(١)</sup>.

ومسؤولية الناقل الجوي تخضع لنظام قانوني خاص بها تعود خصوصيته إلى طبيعة النقل الجوي وخصوصية الوسيلة التي ينفذ بها هذا النقل، فالأخير يغلب عليه الطابع الدولي، فالطائرات هي وسيلة العصر لنقل الأشخاص عبر القارات تمر بدول عدة لكل منها نظامها القانوني الخاص مما دعا المجتمع الدولي إلى توحيد بعض قواعد النقل الجوي عن طريق الاتفاقيات الدولية ولعل أهمها اتفاقية وارشو لسنة ١٩٢٩<sup>(٢)</sup> واتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩.

فالضرر الذي يسأل عنه الناقل يتمثل بوفاة المسافر أو إصابته بجرح أو أي أذى جسماني آخر. ويتجه رأي فقهي إلى تفسير الأذى الجسماني في هذا النطاق تفسيراً واسعاً لا يقتصر على مجرد الإصابة المادية بل يشمل أيضاً الإصابة العقلية أو النفسية على اعتبار إن ذلك يكون له صلة وثيقة بسلامة المسافر<sup>(٣)</sup>.

---

١. قرار محكمة بيروت المرقم ١٣٨٤ أساس ١٧٨٩ منشور في مجلة البيان العدد ٥٤ لسنة ١٩٧٤ ص ٦٤، ومشار إليه لدى د. آلاء النعيمي / التأمين من مسؤولية الناقل الجوي في نقل الأشخاص / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد لسنة ٢٠٠١ ص ١٠٧.

٢. تنص المادة ١٧ من اتفاقية وارشو على انه ((يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه في حالة وفاة المسافر أو إصابته بجروح أو أي ضرر بدني آخر، إذا وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء وجود المسافر في الطائرة أو أثناء العمليات الخاصة بالصعود أو النزول.

٣. د. علي حسن يونس / عقد النقل / دار الفكر العربي / بدون سنة طبع / ف ١٢٢ ص ١٦٣.



إن المسؤولية العقدية للناقل تقوم متى وقع الضرر للمسافر إلا إذا ثبت اتخاذهُ وتابعوه كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر أو أنه كان يستحيل عليهم القيام بها. وهذا الإثبات يعد أمراً عسيراً ولا سيما إن أغلب حوادث الطيران يبقى سببها مجهولاً مما لا يمكن الجزم معه بأن الناقل قد اتخذ الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع الضرر. فيتفق هذا الاتجاه مع هدف اتفاقية وارشو التي لا تفترض خطأ الناقل إلا لرفع عبء الإثبات عن كاهل المتضرر. وحاجة المتضرر إلى هذا الافتراض إنما تظهر في حالة بقاء سبب الحادث مجهولاً، أما حينما يعلم سبب الضرر، فمن اليسير إسناده إلى الناقل متى كان راجعاً إليه أو إلى تابعيه<sup>(١)</sup>.

### . عقد الإيجار

يلتزم المؤجر بتسليم المأجور خالياً من أي عيب قد يهدد سلامة المستأجر الجسدية. فالقانون الفرنسي لا يشترط علم المؤجر بعيوب العين المؤجرة وقت الإيجار، فيلتزم المؤجر بتعويض المستأجر عن الأضرار التي تصيبه في شخصه أو في ماله بسبب عيب من عيوب العين المؤجرة، حتى لو طرأت هذه العيوب بعد إبرام الإيجار بخلاف القانون المدني المصري الذي يشترط علم المؤجر بعيوب العين المؤجرة حتى يقوم التزامه بتعويض المستأجر عن الأضرار التي تصيبه<sup>(٢)</sup>.

وكذلك القانون المدني العراقي الذي يأخذ بمسؤولية المؤجر عن الأضرار التي تلحق المستأجر بسبب عيوب المأجور ومن الملاحظ بأن هذا القانون قد افترض علم المؤجر بوجود عيب المأجور إلا إذا كان المؤجر قد تمكن من أثبات جهله بوجود العيب.

---

١. فيصل عذب حاجم / مسؤولية الناقل الجوي الدولي في نقل الأشخاص / رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد لسنة ١٩٨٣ ص ٤ وما بعدها.

٢. د. محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ج ١ - ١٩٧٨ / ص ٤ وما بعدها.

وبالوقوف على نص المادة ٧٤٩ من القانون المدني العراقي، نجد بأن المشرع العراقي قد ألقى على عاتق المؤجر التزاماً بضمان سلامة المستأجر من المخاطر الصحية الجسيمة التي يتعرض لها ومن يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله بسبب ما يؤول إليه المأجور من حالة بعد الإيجار، وإن إخلال المؤجر بهذا الالتزام يفسح المجال أمام المستأجر للمطالبة بفسخ العقد حتى لو كان المستأجر قد تنازل عن حقه هذا في عقد الإيجار. ومع إن المادة المذكورة لم تشر إلى حق المستأجر في مطالبة المؤجر بالتعويض عن الأضرار الجسدية، إلا إن الرجوع بالتعويض يجد له أساساً في القواعد العامة<sup>(١)</sup>.

### . عقد التعليم

إن عقد التعليم ينطوي بحد ذاته كما ينطوي عقد نقل الأشخاص على التزام بضمان سلامة المتعاقد الآخر، فالتلميذ عندما يذهب صباحاً ليتلقى التعليم يجب أن يكون تحت رقابة معلميه وأشرافهم ورعايتهم. ويعد هذا الالتزام التزاماً بنتيجة أو بتحقيق غاية فلا يكفي لرفع المسؤولية الناجمة عن الإخلال به أن يقيم المدعى عليه الدليل على أنه بذل في تنفيذه قدراً معيناً من الحيلة والعناية، وإنما لابد لذلك من أن يقدم الدليل على إن ما حدث من ضرر كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه ولا سبيل إلى دفعه<sup>(٢)</sup>.

---

١. انظر نص المادة ٢/٧٥٨.

٢. د. حسن علي الذنون / المبسوط في المسؤولية المدنية / ج ١ / شركة التايمس للطبع والنشر / بغداد - ١٩٩١ / ص ١١٥-١١٦.

مع ملاحظة بان البعض يتجه إلى إن عقد التعليم ينشأ التزاماً بضمان سلامة التلميذ المقيم في القسم الداخلي دون الغير المقيم فيه. إلا أن الرأي الصائب والذي نؤيده يرى بان الالتزام المذكور يعد قائماً قبل التلاميذ المقيمين في القسم الداخلي للمدرسة بخصوص التغذية والسكن وهو يبقى قائماً قبل غيرهم من التلاميذ إذا ما لحقتهم إصابات نتيجة لعيوب في الأمكنة أو الأجهزة أو فساد في الأغذية أو إهمال في الملاحظة والرقابة خلال وجودهم بعهدة المدرسة، لتكون المسؤولية الناشئة في هذه الحالة مسؤولية عقدية لا تقصيرية<sup>(١)</sup>.

إن مسؤولية المعلم العقدية قد تتحقق كما يبدو مما ذكرنا عن أشياء يستخدمها المعلم لتنفيذ التزامه تجاه التلميذ. فقد قضت محكمة السين الفرنسية بأن على المعلم الذي يقدم دروساً للتلميذ في رياضة الغطس تحت الماء أن يتخذ الاحتياطات الضرورية فيما يتعلق بالأدوات المستعملة في التعليم، فيعد المعلم مسئولاً عن وفاة تلميذ مبتدأ في أثناء أول درس له، حيث كان الرداء الذي زوده به لا يوفر له حماية كافية بسبب العيوب التي فيه مما عرضه تبعاً لذلك لمخاطر جسيمة<sup>(٢)</sup>.

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٧ يناير ١٩٩٥ جاء فيه ((إن عقد التعليم من عقود الخدمات التي يكون أحد طرفيها مهنيًا (المدرسة) وملتزمًا بالمحافظة على سلامة المتعاقدين الآخر (التلميذ) بحيث يردّها سالمة إلى ذويها مؤكدة على إن مؤسسة التعليم (المدرسة) تلتزم عقدياً بضمان سلامة التلاميذ الذي يعهد بهم إليها، وتكون مسؤولة عن الأضرار التي تصيبهم ليس فقط بخطئها، وإنما كذلك التي تصيبهم بفعل الأشياء التي تخصص لتنفيذ التزامها العقدي))<sup>(٣)</sup>.

---

١. د. محمود جمال الدين زكي / مصدر سابق / ص ٣١٢-٣١٣.

٢. قرار محكمة السين الابتدائية في ١٧ نوفمبر ١٩٦٥ - جازيت دي باليه ١٩٦٦-٢-٥٦

مشار إليه لدى د. محمود جمال الدين زكي / مصدر سابق / ص ٣٣١.

٣. تلخص وقائع هذا الحكم في اصابة إحدى التلميذات البالغة من العمر أربع سنوات بمدرسة خاصة أثناء مزاوله بعض التمرينات على أحد الأجهزة الرياضية، الذي تستخدمه المدرسة في أغراض التدريبات الحركية لتلاميذها، فأصيبت الطفلة في إحدى عينيها، أثر انكسار الجهاز

## المطلب الثاني

### شرط المسؤولية العقدية عن الأشياء

#### أولاً: الطبيعة الخطرة للشيء

مع إن التشريع بنص المادة ٢٣١ من القانون المدني تطرق إلى موضوع المسؤولية عن الأشياء الخطرة، إلا أنه لم يضع معياراً معيناً يمكن الاستناد عليه لتحديد مفهوم الشيء الخطر ولذلك اختلفت الآراء الفقهية المطروحة لتعريف الشيء الخطر أو لوضع معيار تتميز به الأشياء الخطرة عن غيرها.

فاتجاه فقهي<sup>(١)</sup> يعتنق مفهوماً ضيقاً للشيء الخطر، إذا يرى ضرورة قصر الأشياء التي تحتاج حراستها عناية خاصة على الأشياء التي تقتضي ذلك بحسب طبيعتها بخلاف اتجاه فقهي آخر يوسع من مفهوم الشيء الخطر بحيث يرى بان

---

الذي كان مصنوعاً من مادة بلاستيكية.... للمزيد من التفصيل راجع د. أشرف جابر سيد / المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد / دار النهضة العربية / ٢٠٠٢ / ص ٤١ وما بعدها.

١. د. محمد لبيب شنب / المسؤولية عن الأشياء غير الحية / كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٥٧ / ص ٦٦ وما بعدها.

الشيء يكون خطراً في حالتين هما إذا كان الشيء خطراً بطبيعته الأمر الذي يستلزم بذل عناية خاصة للوقاية من ضرره كالمواد الكيماوية والمتفجرات. أو أن يكون الشيء خطراً بحسب ظروف الحادث وملابساته وليس بالضرورة أن يكون خطراً بطبيعته<sup>(١)</sup>.

ولقد استقر الفقه<sup>(٢)</sup> في مجال مسؤولية حارس الأشياء على إن مفهوم الشيء الخطر، والذي تتطلب حراسته إلى عناية خاصة يشمل جميع الأشياء سواء كان الشيء خطراً بطبيعته، أو بحسب الظروف التي وضع فيها، ففي الحالتين تكون حراسة الشيء في حاجة إلى عناية خاصة. فقوانين الملاحة الجوية وتعليماتها مثلاً تفرض على الناقل الجوي التزامات وواجبات معينة يتمثل مضمونها عموماً بتحديد استعمال الطائرة على نحو معين لضمان سلامة النقل الجوي وحماية المتعاملين معه.

فالمادة ١٢٨ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ تفرض على عائق الناقل الجوي التزاماً بأن يبذل بالغ الحيلة والحذر للتأكد قبل الرحلة من إعداد الطائرة وصلاحياتها للملاحة. وكذلك يلتزم الناقل الجوي بعدم تشغيل الطائرة مالم تكن حاصلة على شهادة صلاحية للطيران وان يلتزم بالإضافة إلى ذلك بما تحتويه هذه الشهادة من شروط وقيود<sup>(٣)</sup>.

كما يجب أن نلاحظ بان قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٧ يناير ١٩٩٥ والذي أخذت فيه بنظام المسؤولية العقدية عن الأشياء انه كان بخصوص شيء مشوب بعيب فأصبح خطراً بسبب ذلك العيب. وعلينا أن لا نخلط بهذا الصدد

---

١. لمزيد من التفصيل بشأن الآراء الفقهية المطروحة لتحديد مفهوم الأشياء الخطرة، راجع د. أياد ملوكي / المسؤولية عن الأشياء / ط ١ / مطبعة بابل / بغداد ١٩٧٩-١٩٨٠ / ص ٣٥ وما بعدها.

٢. د. عبد الرشيد مأمون / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / الكتاب الأول / مصادر الالتزامات / دار النهضة العربية / بلا سنة طبع / بند ٣٢١ ص ٣٨٢ ما بعدها.

٣. أنظر المادة ٩/٢ والمادة ٦٥ من ق. الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤.

بين المسؤولية المبنية على الإخلال بالالتزام بضمان السلامة وبين المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المسؤولية العقدية عن الأشياء تقوم على أساس افتراض تعيب أو خطورة الشيء وليس على أساس الخطأ المفترض في سلوك الحارس أي سلوكه في رقابة الشيء. كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء، الأمر الذي ينطوي معه تطبيق المسؤولية العقدية الشئئية إن صح التعبير على جميع الأشياء الخطرة بطبيعتها أو أصبحت خطرة في ظل ظروف معينة. فالمتعاقد متى استعان في تنفيذ التزاماته العقدية بشيء خطر يقع عليه التزام عقدي بسلامة المتعاقد الآخر الذي يكون له في حالة الإخلال بهذه السلامة الرجوع بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية عن الأشياء.

### ثانياً: استخدام الشيء في تنفيذ العقد من قبل محترف (مهني)

لتحقق المسؤولية العقدية عن الأشياء يجب أن يتم استخدام الشيء من قبل محترف في استخدامه بدليل إن الطرف الآخر قد أطمأن إليه وقرر الخضوع له جسدياً كما في عقود العلاج الطبي أو فنياً كما في عقود النقل وعلاقات المنتجين بالمستهلكين... ولذلك يفترض أن يكون هذا المتعاقد محيطاً بالأصول العلمية والخبرات الفنية التي تمكنه من ممارسة هذه المهنة أو الحرفة على أكمل وجه، فإن أخل بما افترض فيه من ثقة، كان عليه أن يتحمل المسؤولية جراء ذلك<sup>(١)</sup>.

فاستناداً إلى التوجيه الأوروبي رقم ٨٥/٣٧٤ الصادر من المجلس الأوروبي في ٢٥ تموز ١٩٨٥ المتعلق بالتقارب التشريعي والقانوني والإداري للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في مسألة المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة عدل المشرع الفرنسي المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي بالقانون الصادر في ١٩ مايس

---

١. د. جابر محجوب علي / ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات

الصناعية المعيبة / بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية / سنة ٢٠ عدد ٤ كانون الأول

١٩٩٦ ص ٢٤٣ وما بعدها.

١٩٩٨ بحيث أصبحت الفقرة السادسة من المادة المذكورة من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون الصادر في ١٩٩٨ تنص على انه يقصد بالمنتج لأغراض تطبيق هذا القانون عندما يتصرف بصفته مهنيًا لإنتاج معين والمنتج للمواد الأولية لجزء من مجموعة أجزاء. وهكذا يكون بمثابة منتج من أجل التطبيق لهذا القانون كل شخص يتصرف بصفته مهنيًا<sup>(١)</sup>.

وفي إطار النقل الجوي نجد إن قانون الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ بالمادة ١٩/ف٥ والمادة ٨٠ منه يشترط لعضوية طاقم قيادة أي طائرة تعمل في إقليم دولة أو الفضاء الذي يعلوه أن يكون حائزاً على إجازة سارية المفعول طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها لدى دولة التسجيل.

فالمسؤولية العقدية عن فعل الأشياء تفترض من ناحية وجود التزام عقدي بضمان السلامة على عاتق المدين المحترف ومن ناحية أخرى أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر وسيلة ذات صلة ضرورية بالعقد يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه العقدي.

ويجب أن نلاحظ بأنه إذا كان الضرر ناشئاً عن شيء يعد محلاً للعقد كما هو الحال بالنسبة لالتزام البائع المحترف أو المنتج أو المورد أو المؤجر أو أي ملتزم بتسليم شيء للطرف الآخر. فان مضمون التزام المحترف بضمان السلامة يكون أكثر ضيقاً وتحديداً، إذ ينحصر في تسليم الشيء مطابقاً وسليماً خالياً من أي عيب، فيختلط الالتزام بضمان السلامة بالشيء محل التسليم، فإذا نتج عن هذا الشيء ضرر فانه كما قد يصيب المتعاقد الآخر قد يصيب كذلك الغير، الذي قد يصله الشيء محدث الضرر، الأمر الذي لا يعد حينها الالتزام بضمان السلامة تعهداً خاصاً بضمان سلامة المتعاقد الآخر، وإنما يعد واجباً عاماً بضمان السلامة خارج

---

١. راجع في تفصيل الالتزام بالسلامة في القانون الصادر في ١٩ ماي ١٩٩٨ بحث أ.د.

جعفر الفضلي الموسوم بالالتزام بالسلامة وعيوب المنتجات / دراسة تحليلية في القانون المدني

الفرنسي / مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين / المجلد ٧ / العدد ١١ / ٢٠٠٤ / ص ٢٠.

نطاق العلاقات العقدية بحيث يشكل الإخلال به مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية.

## المبحث الثاني

### أساس المسؤولية العقدية عن الأشياء وأثرها

سنخصص هذا المبحث لنتناول فيه الأساس الذي تركز عليه المسؤولية العقدية عن الأشياء وكذلك الأثر المترتب على نشوئها كونها احتلت جانباً مهماً من جوانب المسؤولية التقصيرية وهو تعويض الأضرار الجسدية.

## المطلب الأول

### أساس المسؤولية العقدية عن الأشياء

ذكرنا أن المسؤولية العقدية عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد تنشأ عن الإخلال بالتزام أحد المتعاقدين بضمان سلامة المتعاقد الآخر... هذا الالتزام الذي نتناوله أحياناً نصوص قانونية كتلك التي وردت في قانون النقل أو القانون المدني العراقي ومنها نصوص الضمان العشري التي وردت في إطار عقد المقولة، فالضمان العشري ما هو إلا التزام يدين به المقاول والمهندس المعماري لصاحب



العمل بضمان سلامة الأخير وسلامة أمواله من الأضرار التي تصيبه بسبب الانعدام الكلي أو الجزئي للبناء أو ظهور عيوب جسيمة فيه تهدد متانة البناء وسلامته خلال مدة الضمان<sup>(١)</sup>.

وقد يتفق المتعاقدان على التزام أحدهما بضمان سلامة الآخر بالعقد صراحة أو حتى ضمناً<sup>(٢)</sup>.

وعلى كل حال فإن هذا الالتزام يبقى التزاماً عقدياً يترتب على الإخلال به مسؤولية المدين به مسؤولية عقدية سواء اتفق عليه المتعاقدان أو لم يتفقا عليه طالما إن النصوص القانونية عالجته كاللزام عقدي أي إن مصدره المباشر العقد وليس القانون. ونضيف إلى ذلك بأن هذا الالتزام حتى لو لم ينص عليه القانون صراحة أو لم يتناوله العقد فإنه يجد أساسه في نظرية المستلزمات العقدية التي تناولها القانون المدني العراقي بالمادة ٢/١٥٠ ونصها ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد

---

١. راجع نصوص المواد ٨٧٠-٨٧٢.

٢. هناك اتجاه فقهي يرى بأن الالتزام بضمان السلامة يقوم في نطاق العقد على الإرادة المفترضة للمتعاقدين وينتقد هذا الاتجاه على أساس قيامه على التحكم والتخمين في تفسير ارادة المتعاقدين على نحو لا يصادف الواقع. إذ يتعذر القول ان المدين قد انصرفت ارادته ضمناً إلى أن يأخذ على عاتقه التزاماً بضمان السلامة لاسيما وان كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة. كما يتعذر القول أيضاً ان المضرور قد توقع ما سيتعرض له من مخاطر تمس سلامته بمناسبة تنفيذ العقد وان ارادته قد انصرفت الى الاعتقاد بافتراض تعيب الشيء وليس على اساس الخطأ المفترض في سلوك المدين اي سلوكه في رقابة الشيء. لذلك فان المسؤولية العقدية عن الأشياء لا يشترط لقيامها ان يكون المتعاقد حارساً للشيء، بل ان هذه المسؤولية تقوم ولو كان المتعاقد الآخر (الدائن) هو الحارس للشيء لحظة حدوث الضرر.

راجع في عرض هذا الرأي ونقده د. أشرف جابر سيد / مصدر سابق / ص ٦٢.

فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

فهذا النص يجيز للقاضي أن يكمل العقد بأن يضيف إليه التزامات لم يوردها الأطراف وإنما يقضي بها القانون أو العرف أو العدالة مع مراعاة المرغوب اجتماعياً. لأن القانون نظام اجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة ولهذا يتعين على القاضي أن يقرر فيما إذا كان أكثر اتفاقاً مع العدل وتحقيقاً للتناسق في العلاقات الاجتماعية إلقاء الالتزام بضمان السلامة على عاتق المدين لمصلحة الدائن. وعلى ذلك فإن الالتزام المذكور يدخل في نطاق العقد بوصفه من مستلزماته والمسؤولية العقدية هي الجزاء الذي يترتب على الإخلال به<sup>(١)</sup>.

وهناك رأي يتجه إلى إن الالتزام بضمان السلامة لا يجد له أساساً بنص المادة ٢/١٥٠ مدني عراقي أو ما يقابلها في التشريعات المدنية الأخرى وذلك لكون السلامة الجسدية للإنسان ليست سوى الهدف الأول لمختلف صور الحماية القانونية ففي كل العقود ينشأ التزام على عاتق أحد المتعاقدين بضمان سلامة الآخر في كل لحظة زمنية يكون فيها هذا الأخير فاقداً لحقه في المحافظة على سلامته الجسدية وذلك بسبب خضوعه البدني أو العقلي للأول. علماً إن أشكال الخضوع المذكور تختلف باختلاف أنواع العقود<sup>(٢)</sup>.

وعلى العموم فإن الالتزام بضمان السلامة وإن كان يتعلق في الأصل بتأمين سلامة الكيان الجسدي للإنسان، ومعلوم ما لجسد الإنسان من حرمة وخصوصية تقتضي تأمين حماية قانونية خاصة له باعتباره أعلى قيمة في الوجود، وما كيانه الجسدي إلا جزءاً مهماً من هذه القيمة، فإن تعلق هذا الالتزام بالنظام العام لا يمنع من أن تكون المسؤولية الناشئة عن الإخلال به مسؤولية عقدية لا تقصيرية، لأن

---

١. د. محمود جمال الدين زكي / مصدر سابق / ص ٢٢٦-٢٢٨.

٢. د. محمود التلتي / النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص / رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس - ١٩٩٨ / ص ٢٠٨-٢٠٩.

الالتزامات العقدية لا يشترط لقيامها أن تتجه إرادة الطرفين إليها في جميع الأحوال هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن خضوع أحد الطرفين للآخر ما كان ليتم لولا الرابطة العقدية بينهما وعليه فإن الالتزام بضمان السلامة الناشئ بمناسبة هذا الخضوع التزاماً تفرضه ما يعرف بمستلزمات العقد. والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به عقدية وليست تقصيرية.

## المطلب الثاني

### آثار المسؤولية العقدية عن الأشياء

إن نطاق المسؤولية العقدية ينحصر في حدود معينة لا تتجاوزها، وهو ما يفصل بينها وبين المسؤولية التقصيرية. وهذا النطاق يحدد له الفقه عموماً شرطين لابد من توافرها، هما وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، ووقوع الضرر نتيجة الإخلال بالتزام عقدي، ونتيجة لتوسع القضاء في تفسير مفهوم الشرط الثاني تم إدخال الالتزام بضمان السلامة على الالتزامات العقدية، الأمر الذي اتسع معه نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup>.

فالمتعاقد الذي يتضرر بفعل الشيء المستخدم في تنفيذ العقد يستطيع أن يرجع على المتعاقد الآخر سواء كان حارساً للشيء وقت حدوث الضرر أم لا وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية ويتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية عن الأشياء<sup>(٢)</sup>.

---

١. د. أشرف جابر سيد / مصدر سابق / ص ٦٧.

٢. ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الضرر تكون له مصلحة راجحة في مقاضاة المعلم عن الضرر الذي أصاب التلميذ بفعل شيء في حراسة هذا المعلم وذلك بوصف الآخر حارساً للشيء لأن الضرر يستفيد في هذه الحالة من القرينة القانونية القاطعة على الخطأ في الحراسة التي نصت عليها المادة ١٧٨/ مدني مصري وكذلك في القانون المدني العراقي حيث لا شك أن

هذه المسألة عرفها الفقه والقضاء بمسألة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية والتي يمكن أن تعرض في حالة وقوع فعل ضار يكون في الوقت نفسه إخلالا بالتزام تعاقدى وإخلالا بالتزام قانوني عام، فتتحقق فيه شروط كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

ولقد انقسم الفقه والقضاء بصدد ذلك إلى فريقين الأول يؤيد الخيرة بينهما والثاني ينكرها.

فالفريق الأول يستند إلى حجج أهمها:

. إن قواعد المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز مخالفتها. وإن ما يبرمه الأشخاص من عقود لا يمكن أن يستغرق الالتزام الذي نص عليه المشرع مع إن كل من سبب للغير ضرراً يلتزم بتعويضه، بل إن هذه العقود تقوي ذلك الالتزام<sup>(١)</sup>.

. إن الضرر الذي يصيب الدائن أثناء تنفيذ العقد يعني أن المدين قد أخل بالتزام عقدي وبالتزام قانوني في الوقت نفسه، وأنه ما دامت شروط كل من الدعويين العقدية والتقصيرية متوفرة فإن للمضرور أن يختار أي شاء منها<sup>(٢)</sup>.

---

المضرور ستكون له نفس المصلحة في مقاضاة المعلم عن الضرر الذي أصاب التلميذ بفعل شيء في حراسة هذا المعلم بوصفه حارساً للشيء مع أن افتراض خطأ حارس الشيء في ق.م.ع افتراض قانوني بسيط قابل لإثبات العكس.

لذلك يجدر بالمشرع العراقي أن يعيد النظر في أساس المسؤولية المذكورة وذلك بأن يقيمها على أساس مبدأ تحمل التبعة بحيث لا يجوز للمسؤول الإفلات منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أنظر د. جليل الساعدي / مسؤولية المعلم المدنية (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - ٢٠٠٤ / ص ٩٨-٩٩.

١. د. مصطفى مرعي / المسؤولية المدنية في القانون المصري / ص ٢ / مكتبة عبد الله وهبة / القاهرة - ١٩٤٤ / ف ٢٨ / ص ٢٢.

٢. د. محمود جمال الدين زكي / مصادر الالتزام / ط ٢ / مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٦ / ف ٢٣٧ ص ٤٥٠.

أما الفريق الثاني فمبدأهم عدم الخيرة ويسندون رأيهم إلى حجج أهمها إن التشريعات المدنية بما فيها القانون المدني العراقي قد عالجت قواعد المسؤولية العقدية بصورة منفصلة عن قواعد المسؤولية التقصيرية وجعل لكل منها دائرة مستقلة عن الأخرى<sup>(١)</sup>. ولكل منهما قواعد خاصة. وعليه فإن الأخذ بمبدأ الخيرة يجعل التنظيم الخاص بالمسؤولية العقدية عديم الجدوى وتتعدم قيمة النصوص التي أقامت هذه التفرقة.

ونحن نرى من جانبنا إن الأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين يتضمن توسيعاً لمضمون العقد بحيث يجاوز التوسع الوارد بنص المادة ٢/١٥٠ إلى درجة يجعل العقد مشمولاً بحكم المادة ((٢٠٤- مدني عراقي)) وهو النص الخاص بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي وذلك رغماً عن إرادة المدين وفي هذا هدر صريح لإرادة المتعاقدين التي تظل أساساً للعلاقات العقدية، فيجد المدين نفسه خاضعاً لنظام قانوني أشد من ذلك الذي قصد الخضوع إليه وخصوصاً إن النظام القانوني للعقود يقوم على أساس حماية المدين.

ولذلك فإن نطاق المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة يتسع ليمائل المسؤولية التقصيرية من حيث مفهومها ونظامها وهو ما يعطي للمسؤولية العقدية مجالاً جديداً ألا وهو تعويض الأضرار الجسدية الناشئة عن الإخلال بالالتزام العقدي المذكور.

والأثر المتمثل باتساع نطاق المسؤولية العقدية يقابله أثر آخر ألا وهو انحسار نطاق المسؤولية التقصيرية حيث فقدت الأخيرة مجالاً أصيلاً لها ألا وهو تعويض الأضرار الجسدية.

أذن فوجود التزام بضمان السلامة في نطاق العلاقات العقدية لا يؤدي إلى المزج بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بل يبقى لكل منهما التنظيم القانوني

---

١. د. عبد الحي حجازي / مصادر الالتزام / مطبعة نهضة مصر / القاهرة - ١٩٥٤ /

المستقل سواء كان الالتزام بضمان السلامة التزاماً رئيسياً كما في عقود العلاج الطبي أو كان التزاماً ثانوياً كما في عقود النقل والتعليم.

### الخاتمة

يجب أن لا ننظر إلى المسؤولية العقدية على إنها المسؤولية عن أفعال المدين الشخصية أو أفعال تابعيه وإنما هي مسؤولية تمتد لتشمل الأضرار التي تمس سلامة الآخر بسبب أشياء يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه العقدي أو أشياء التزم المدين بردها أو تسليمها للطرف الآخر.

فالمسؤولية العقدية موضوع بحثنا إنما هي مسؤولية تترتب على الإخلال بالتزام يطلق عليه ((الالتزام بضمان السلامة)) هذا الالتزام الذي تزايد اهتمام الفقه والقضاء به وكذلك التشريعات وذلك في إطار عقود معينة يلجأ المدين فيها لتنفيذ التزامه العقدي إلى استخدام أشياء ينطوي استخدامها على مخاطر تمس بسلامة الدائن ومنها عقد النقل وعلى وجه الخصوص نقل الأشخاص جواً وعقد التعليم...

ومن خلال بحثنا في جوانب المسؤولية العقدية عن الأشياء يمكن أن ندرج ما توصلنا إليه من نتائج في النقاط التالية:

. مسؤولية ناقل الأشخاص عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ النقل والتي تناولتها المادة ١٠/أولاً من قانون النقل العراقي إنما هي مسؤولية موضوعية

أساسها الضرر وليس خطأ الناقل وعليه لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي والمتمثل بأي عامل خارجي لم ينبع من دائرة نشاط الناقل.

. ألقى المشرع العراقي على عاتق المؤجر التزاماً بضمان سلامة المستأجر من المخاطر الصحية الجسيمة التي يتعرض لها هو ومن يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله. وان إخلال المؤجر بهذا الالتزام يفسح مجالاً أمام المستأجر للمطالبة بفسخ العقد. وبالرجوع إلى القواعد العامة يمكن أن نفسح أمام المستأجر مجالاً للمطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار.

. لا تقتصر المسؤولية العقدية عن الأشياء على الأشياء الخطرة بطبيعتها وإنما تشمل كذلك الأشياء غير الخطرة بطبيعتها إلا إنها أصبحت كذلك في ظل ظروف معينة وقد كرست هذا التوجه محكمة النقض الفرنسية في العام ١٩٩٥ عندما أقرت بالمسؤولية العقدية عن شيء أصبح خطراً بسبب عيب يعتريه... علماً إن هذه المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ المفترض في سلوك حارس الشيء أي مستخدمه وإنما على أساس افتراض تعيب أو خطورة الشيء.

. لا تتحقق المسؤولية العقدية عن الأشياء إلا إذا كان المدين مستخدم الشيء محترفا وممتنها استخدام ذلك الشيء بدليل إن الدائن خضع إليه مطمئناً كما في عقود العلاج الطبي والتعليم والنقل.

. عندما ينشأ الضرر عن شيء لا يستخدم في تنفيذ العقد وإنما هو محل للعقد كما بالنسبة للأشياء التي يسلمها المنتجون للمستهلكين فإن الضرر في هذه الحالة قد يصيب المتعاقد الآخر وقد يصيب غيره فعندها لا يعد الالتزام بضمان السلامة التزاماً عقدياً وإنما واجباً عاماً يشكل الإخلال به مسؤولية تقصيرية.

. الالتزام بضمان سلامة المتعاقد الآخر إن لم يتفق عليه المتعاقدان أو لم ينص عليه القانون فإنه يبقى قائماً في إطار عقود معينة وذلك تطبيقاً لنظرية المستلزمات العقدية التي تناولها المشرع العراقي بنص المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني.

. لا يمكن في حالة الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المتعاقد الآخر أن نفي المجال أمام المضرور للخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وان كانت للمضرور مصلحة في الرجوع على المسؤول طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية باعتبار الأخير حارساً للشيء، لأن الأخذ بمبدأ الخيرة يجاوز التوسع الوارد بنص المادة ٢/١٥٠ (مدني عراقي). وعليه يجب أن تبقى المسؤولية موضوع البحث مسؤولية عقدية سواء كان الالتزام بضمان السلامة التزاماً رئيسياً أو ثانوياً في العقد.

### المصادر

- .د. أشرف جابر سيد / المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد / دار النهضة العربية / ٢٠٠٢.
- .د. آلاء النعيمي / التأمين من مسؤولية الناقل الجوي في نقل الأشخاص / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد-٢٠٠١.
- .د. أياد ملوكي / المسؤولية عن الأشياء / ط ١ / مطبعة بابل / بغداد ٧٩ - ١٩٨٠.
- .د. جابر محجوب على / ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة / بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية / سنة ٢٠ عدد ٤ كانون الأول ١٩٩٦.



أ.د. جعفر الفضلي / الالتزام بالسلامة وعيوب المنتجات / دراسة تحليلية في القانون المدني الفرنسي / مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين / المجلد ٧ / العدد ١١ / ٢٠٠٤.

د. جليل الساعدي / مسؤولية المعلم المدنية (دراسة مقارنة) / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - ٢٠٠٤.

د. حسن علي الذنون / المبسوط في المسؤولية المدنية / ج ١ / شركة التايمس للطباعة والنشر / بغداد ١٩٩١.

د. عبد الحي حجازي / النظرية العامة للالتزام / مصادر الالتزام / مطبعة نهضة مصر - القاهرة - ١٩٥٤.

د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط - ج ١ / دار النهضة العربية / القاهرة - ١٩٦٦.

د. عبد الرشيد مأمون / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / مصادر الالتزامات / دار النهضة العربية / بدون سنة طبع.

د. علي حسن يونس / عقد النقل / دار الفكر العربي / بدون سنة طبع.

فيصل عذب حاجم / مسؤولية الناقل الجوي الدولي في نقل الأشخاص / رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد / ١٩٨٣.

محمد لبيب شنب / المسؤولية عن الأشياء غير الحية / كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٥٧.

د. محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ج ١ / ١٩٧٨.

١٤. د. محمود جمال الدين زكي / مصادر الالتزام / ط ٢ / مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٦.

١٥. د. محمود التلتي / النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص / رسالة  
دكتوراه مقدمة إلى مجلس جامعة عين شمس - ١٩٨٨.

١٦. د. مصطفى مرعي / المسؤولية المدنية في القانون المصري / ط ٢ / مكتبة  
عبد الله وهبة / القاهرة - ١٩٤٤.

# الأحكام الخاصة بالأعمال التحضيرية والتكميلية

بحسب تقديمته به

د. صبا نعمان رشيد الويسي

مدرس قانون العمل والضمان الاجتماعي

كلية القانون / جامعة بغداد

## الأحكام الخاصة بالأعمال التحضيرية والتكميلية

د. صبا نعمان رشيد الويسي

مدرس قانون العمل والضمان الاجتماعي

كلية القانون / جامعة بغداد

### (ملخص)

يعد العمل وشروط أدائه من أهم المعايير التي يفترض تنظيمها في تشريعات العمل بغية تقرير الجانب الحمائي فيها، حيث يراعى في ذلك ذاتية العمل إذا كان من طبيعة خاصة كالأعمال التحضيرية والتكميلية والتي يعد أدائها من المراحل المهمة في العملية الانتاجية عموماً وتعدد وسائل تحديد الأعمال التي تكون ذات طبيعة تكميلية أو تحضيرية وصولاً إلى تنظيم خاص بها في جوانب تتعلق بالفئات التي يحظر عليها ممارستها وفي تنظيم أوقات العمل الخاص بها وأخيراً في مسؤولية مؤديها المهنية وما يترتب له عن هذا الاداء من حقوق مالية.

### (Abstract)

Special Standards for labours

Preparatory and complementary

Labour and the conditions of its performance is one of the important criteria that should be organized in labour legislation to issue the safe side of it. Since it should be taken into consideration the independent of the work, specially it has its specialty like labours preparatory and complementary, which are considered its performance important stages in production process in general.

The methods to determine the labours, which are preparatory and complementary, are various, to obtain special regulation in the aspects of groups that are forbidden to practice, to organize the time of work and the professional responsibility of its performer and the consequence of that performance like the financial rights.

### المقدمة

لقد انبرت المنظمة الدولية للعمل إلى تنصيب العمل وشروط أدائه في قمة المبادئ الأساسية الداعية للارتقاء بها، فقد جاء في ديباجة دستور المنظمة (أن عدم تطبيق نظام إنساني للعمل من طرف أي دولة يعرقل جهود الدول الأخرى الراغبة في تحسين مكانة عمالها)، فكما أن (المنطلق الاقتصادي) يؤدي إلى عد العمل عنصر إنتاجي ومعايير العمل الدولية هي الحد الأدنى من الحماية الاجتماعية فإن (المنطلق الأخلاقي) يؤدي إلى عد العمل قيمة اجتماعية وإنسانية، مما يدعو إلى حث التشريعات الاجتماعية وبالأخص في الدول النامية إلى الارتقاء أو مجارة المستويات الدولية، وإذا كان هدف التشريعات الاجتماعية وبالذات المنظمة لعلاقات العمل هو تحسين ظروف الحياة والذي لا يمكن أن يتحقق إلا بواسطة تخطيط عملي منظم في طريقة وأساليب التشغيل سواء كان على مستوى القطر أو كان على مستوى المشروع فيراعى فيه (ذاتية العمل).

إن ما تقدم يدعو العامل من الناحية الإنسانية إلى التقولب هو وأسرته بشكل معين، حيث تفرض أساليب التشغيل المنظمة لمهنته نظاماً اجتماعياً (ناهيك عن الاقتصادي) يدور فيه العامل خلال يوم العمل صعوداً ونزولاً وبشكل طردي مع ما

يتصف به من تطور أو خلافه، فنتباين تلك الأساليب في أحسن الظروف مع اختلاف المهن، ولذلك كانت لنا وقفة لتسليط الضوء على بعض النقاط المهمة في الأعمال ذات الطبيعة التحضيرية والتكميلية تبيان ماهيتها في مطلب أول والقواعد الخاصة بتنظيم العمل فيها في مطلب ثانٍ والتركيز على بعض النتائج القانونية لممارسة الأعمال التحضيرية والتكميلية لنصل أخيراً إلى الخاتمة بما تتضمنه من بعض الطروحات النقدية.

## الباحثة

### المطلب الأول

#### ماهية الأعمال التحضيرية والتكميلية

تتكون العملية الإنتاجية بشكل عام من عدد من العناصر أهمها القوة البشرية المحركة للعملية وتنظيم هذه القوة وتدار على أساسين بغية توزيع العمل، هما تخصص القوة البشرية بما يشمله ذلك من خبرة علمية وأكاديمية وتعدد التخصصات بحسب الحاجة في مجمل العملية الإنتاجية<sup>(١)</sup>، ولذلك تقسم الأعمال وتصنف ابتداءً عند إنشاء المشاريع أو عند إعادة تأهيلها كإدخال الآلات المكتبية الحديثة عليها بحسب طبيعة ومراحل العملية الإنتاجية ومنها الأعمال التحضيرية والتكميلية<sup>(٢)</sup>.

---

١. أبو إسماعيل، د. أحمد، أصول الاقتصاد، مصر، ١٩٦٤، ص ٨٤.

٢. وكلمة تحضير بمعنى الاستعداد أو التجهيز فيقال (جَهَّزَ) العروس والجيش تجهيزاً أو جهاز سفره بمعنى تهيأ لكذا والتكميل يفيد التمام والتكميل والإكمال بمعنى الإتمام واستكماله أي استتمه.

فالأعمال التحضيرية هي الأعمال السابقة على أعمال غيرها في المشروع<sup>(١)</sup>، فتكون واجبة لمزاولة العمل في موعده اليومي أو في الواجبات اللاحقة، فهي نقطة البدء بالعملية الإنتاجية تشمل إيفاد الأفران والغلايات وتشغيل الماكينات<sup>(٢)</sup>، وسحب المواد الأولية المخزونة وفتحها وإخراجها من عبوتها ومراقبة حضور العمال في مواعيدهم المحددة وتحضير مواقع التصوير وتجهيز الكاميرات والأضواء والمعدات اللازمة، وكذا تجهيز المسارح وإعداد وترتيب وسائل الاتصال والجداول والبرامج والمعدات اللازمة لإجراء الاجتماعات<sup>(٣)</sup>.

أما ختام العملية الإنتاجية بصورة عامة فيكون بالأعمال التكميلية التي تتكون من مجموعة عمليات صناعية وفنية لا يمكن تركيبها دون إنهاء<sup>(٤)</sup>. كإطفاء الغلايات والأفران وتخزين المواد الأولية أو إعادة التخزين وتغليف الإنتاج بما يضمن عدم تلفه (خاصة إذا كان سريع التلف) ومراقبة انصراف العمال وخاصة في أماكن العمل التي تكون فيها حياة العامل مهددة بالخطر للتأكد من سلامته وإصلاح الماكينات والآلات إذا أصيبت بعطل وتنظيم وترتيب المقررات وجدولتها وطبعاً إعادة طبعها وتنفيذها، ويلاحظ إن العملية الإنتاجية أحياناً تشمل توصيل المنتج إلى المستهلك في حال عرضه بهذه الطريقة فتكون تنمة العملية بالتجهيز كإيصال الوجبات الغذائية إلى

---

الرازي، محمد ابن أبي بكر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٧، ص ١١٥ وص ٥٧٨.

١. خليفة، د. عبد العزيز عبد المنعم، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤١.

٢. شنب، د. محمد لبيب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦، ص ١٦٢، هـ (٢).

٣. وهذه غالباً ما تباشرها السكرتيريات التنفيذية.

٤. الزقرد، د. أحمد السعيد، الوجيز في قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٤، ص ٢٥٣.

الزبائن<sup>(١)</sup>، وكذلك العملية التي يقوم بها المحصل في توريد الإيراد اليومي<sup>(٢)</sup>، وتبعاً لتنوع طوائف الأعمال وقطاعاتها الإنتاجية وتفرعها داخل ذات الصناعة نجد ان وسائل تحديد هذا النوع من الأعمال تختلف حسب سياسة الدولة التشريعية وحتى التنفيذية.

## الفرع الأول

### تحديد الأعمال التحضيرية والتكميلية في القرارات الوزارية

لكفالة حسن تنفيذ القانون الخاص بتنظيم علاقات العمل، يلجأ المشرع عادة إلى تضمينه القواعد العامة تاركاً التفاصيل المرتبطة بالجوانب الاقتصادية والجوانب الفنية، الصناعية إلى السلطة التنفيذية<sup>(٣)</sup>، حفاظاً على استقرار القانون لما لهذا الجانب من قابلية على التغير بشكل سريع تواصلاً مع التطورات في وسائل الإنتاج ولاختلاف مستلزمات تطبيقه حسب اختلاف المهنة<sup>(٤)</sup>. وقد نهج المشرع المصري في قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ هذا المنهج<sup>(٥)</sup>، وطبقاً لذلك جاء قرار وزير القوى العاملة والهجرة ليحدد الأعمال التحضيرية بالأعمال اللازمة لإدارة الماكينات

- 
١. ((تعتبر إصابة عمل كل ما يقع للعامل في منطقة العمل التكميلية المتعلقة مباشرة بمنطقة العمل الأصلية إذا كان تواجهه هناك في شأن من شؤون العمل الأصلي)) محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثالثة، قضية رقم ٩٠٧ لسنة ٧٧ ق جلسة ١٨/٤/١٩٦١، الفكهاني الدورية.
  ٢. تحكيم القاهرة (٢٤ نوفمبر) ١٩٥٧ مدونة الفكهاني الدورية، ١٩٦٠، ص ٨٢.
  ٣. منصور، د. شاب توما، شرح قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة السادسة، بغداد، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٧، ص ٤٩-٥٠.
  ٤. أنظر المادة (٦٦ ثالثاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل ولاحظ التطبيق المشار إليه في الفرع الثاني - أولاً.
  ٥. المادة (٨٧) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ المصري.



والآلات والقوى المحركة للمصنع والتي من شأنها تمكينه مزاولة العمل اليومي في مواعيده المقررة<sup>(١)</sup>، وحدد القرار الأعمال التكميلية بالآتي<sup>(٢)</sup>:

. الأعمال اللازمة لاستكمال إصلاح الماكينات أو الآلات عند حدوث خلل أو عطل بها يترتب عليه تعطيل العمل في الوردية التالية.

. الأعمال اللازمة لاستمرار العمل في حالة حدوث خلل أو عطل في عمليات حفر آبار البترول.

. الأعمال اللازمة لاستكمال الشحن والتفريغ التي يترتب على عدم إنجازها تأخر تصدير أو تسليم المنتجات والبضائع التي تصل في مواعيد لم تكن متوقعة.

. إنهاء العمليات التكميلية العمليات التكميلية الصناعية التي لا يجوز من الوجهة الفنية تراكمها دون إنهاء<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

١. المادة الأولى من قرار وزارة القوى العاملة والهجرة رقم (١١٣) لسنة ٢٠٠٣.
٢. المادة الثانية من قرار وزارة القوى العاملة والهجرة رقم (١١٣) لسنة ٢٠٠٣.
٣. وفي ذلك مرونة كبيرة وإعطاء صلاحيات واسعة لصاحب العمل لإجبار العامل على العمل لساعات إضافية بحجة كون العمل ضروري لاستكمال من الناحية الفنية ليشمل كل الأعمال التي لم ترد بشكل صريح في القرار الوزاري.
- وأنظر في وجهة النظر المقاربة لهذا الرأي سليم، د. عصام أنور، اصول قانون العمل، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٩٣.

## تحديد الأعمال التحضيرية والتكميلية إرادياً

تبرز بهذا الأسلوب في تحديد الأعمال التي تعد تحضيرية أو تكميلية الإرادة العائدة إلى طرفي العلاقة الإنتاجية أو أحدهما وإن كانت غالباً ما تحكمها نقاط موضوعية معينة.

### أولاً: تحديدها من قبل صاحب العمل

تعد سلطة صاحب العمل في إدارة وتنظيم مشروعه من الأمور الثابتة بنص القانون<sup>(١)</sup>، وهي المعيار المميز لعلاقات العمل بما يرتبه عقد العمل من تبعية قانونية على العامل لصالح صاحب العمل<sup>(٢)</sup>، إذ يقتضي توجيه نشاط المشروع وفقاً للأهداف التي قام من أجلها أن يكون لصاحب العمل سلطة تمكنه من التحكم في عناصره المختلفة<sup>(٣)</sup>، مما يستتبع استثمارها أفضل استثمار في الحدود التي يسمح بها القانون<sup>(٤)</sup>، ويدخل ضمن نطاق هذه السلطة كل ما يتعلق بتنفيذ العمل ومن ذلك تحديد الأعمال التي تعد بطبيعتها تكميلية أو تحضيرية<sup>(٥)</sup>، وغالباً ما يتم ذلك عن

- 
١. مادة (١٢٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.
  ٢. ((التبعية القانونية هي المعيار المميز لعقد العمل))، الهيئة القضائية الثالثة الإضبارة رقم ٦٤/عليا/١٩٧٢، قضاء محكمة العمل العليا العراقية، المحكمة الأولى، القرارات (٧١-١٩٧٢).
  ٣. الويسي، د. صبا نعمان رشيد، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص ٤.
  ٤. العابد، د. عدنان وألياس د. يوسف، قانون العمل، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٣٥.
  ٥. باعتبار أن العمل الواجب الأداء يدخل ضمن وظيفة العامل. أنظر بذلك جبر، د. سلامة، الوسيط في عقد العمل الفردي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مصر، ١٩٩٩، ص ٥٥.
  - وأنظر القرار المصري (لصاحب العمل وعلى ما جرى به قضاء المحكمة السلطة المطلقة في إدارة منشأة وتنظيم العمل بها وتصنيف الوظائف على الوجه الذي يراه كفيلاً لتحقيق مصلحته ولا وجه للحد من سلطته في هذا الخصوص مادامت ممارستها مجردة عن قصد

طريق إصدار أوامر جماعية تعلق في موقع بارز في مشروعه<sup>(١)</sup>، ويلاحظ إن وزارة العمل العراقية قد أهملت إصدار تعليمات تنفيذية تحدد فيها الأعمال موضوع البحث على الرغم من مرور زمن طويل على إصدار القانون، إذ يعتمد صاحب المشروع في العراق عملياً إلى هذا التحديد، وحيث يعد ذلك خرقاً كبيراً لنص صريح في القانون، إلا إننا نرى أن صاحب العمل في هذا التحديد مقيد طبقاً للقواعد العامة بشرط عدم التعسف في استخدام حقه<sup>(٢)</sup>، ناهيك عما يتمخض عنه تفتيش مديرية دائرة العمل من رقابة على كافة مشاريع وأماكن العمل المشمولة بأحكام هذا القانون في كل ما يتعلق بعلاقات العمل وحماية العمال ورفع تقارير تفصيلية عن كل زيارة<sup>(٣)</sup>، بما في ذلك أسلوب صاحب العمل في إدارة مشروعه وبساعات تشغيل العمال في الأعمال ذات الطبيعة الخاصة<sup>(٤)</sup>، حيث ترفع نسخة منه إلى دائرة العمل ونسخة ثانية إلى الاتحاد العام لنقابات العمال<sup>(٥)</sup>، ولذلك فمن حق العمال الطعن في ممارسة صاحب

---

(الإساءة لعماله). طعن رقم (٧٢٢) لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢١. البكري، د. محمد عزمي، مدونة الفقه والقضاء، الجزء الأول، دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة، ١٩٨٥، ص ٥٦.

١. المادة (١٠٠) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (٥٥) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٩ الأردني.
٢. المادة (٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣. المادة (١١٤) من قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل.
٤. المادة (١٢٠/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.
٥. ونأمل التطبيق السليم عند إقرار مشروع قانون العمل العراقي لعام ٢٠٠٣ المقدم إلى وزارة العمل من قبل منظمة العمل الدولية (ILO)، فبموجب المادة (٦/٦٠) منه يتوجب على الوزارة المعنية إصدار لوائح لبيان الحدود القصوى لساعات العمل اليومي والأسبوعي وساعات وجود العمال في أماكن العمل لمراعاة فئات العمال ومنهم الفئة (د) وهم المشتغلون بالأعمال التحضيرية أو التكميلية التي يتعين إنجازها قبل أو بعد الانتهاء من العمل، على أن تقرر الوزارة بعد التشاور مع منظمات أصحاب العمل والعمال المعنية طبقاً للمادة (٤/٦٤) من ذات المشروع الاستثناءات الدائمة المسموحة في الأعمال التحضيرية والتكميلية التي تفترض حكماً تخطي الساعات المحدودة لعمل المؤسسة بصورة عامة.

العمل صلاحيات التحديد إذا كان في ذلك مساساً بحقوقهم ومستنديين بالتقارير الحكومية بعدها مستنداً قانونياً.

## ثانياً: تحديدها إتفاقاً

غالباً ما يلجأ أطراف علاقة العمل إلى إبرام عقد بغية إحداث الأثر القانوني المبتغى<sup>(١)</sup>. وعقد العمل من العقود الرضائية التي تتطلب لإنعقادها تراضي طرفيه على بعض المسائل الجوهرية والتي أهمها (نوع العمل)<sup>(٢)</sup>، وحيث إن السكوت عن تنظيمها يعني انصرف إرادة الطرفين إلى التزام حكم القانون فيها<sup>(٣)</sup>، وقد تدرج طبيعة العمل فيما إذا كانت تحضيرية أم تكميلية في عقد فردي بين عامل واحد وصاحب العمل<sup>(٤)</sup>، وقد تأخذ شكلاً أوسع فتتظم في عقد جماعي<sup>(٥)</sup>، ينشأ عن اتفاق النقابات نيابة عن عمال المهن والصناعات التي تمثلها هذه النقابات وبين أصحاب العمال ذوي العلاقة<sup>(٦)</sup>.

---

١. فتیان، فريد، مصادر الالتزام - شرح مقارن على النصوص / مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص ٢٥.

٢. شنب، د. محمد لبيب، مصدر سابق، ص ٩٦.

٣. ألياس، د. يوسف، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، مطابع التعليم العالي - بغداد، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ٤٣. وحيث يخلو القانون من حكم تفصيلي (لنوع العمل) وطائفته يحال في ذلك إلى (العرف المهني) بعده أحد مصادر القانون عموماً وقانون العمل خاصة وهو السلوك المتعارف الذي اضطرد الناس على اتباعه بمهنة معينة زمناً طويلاً مع اعتقادهم بالزاميته. وأنظر بذلك فرج، د. توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١ - ص ٢٣٨ وما بعدها.

٤. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، مصدر سابق، ص ٤١.

٥. - Javillier (J-cl), Droit Du Travail, Edition, L.G.D.J, Paris, 1998, pp7( 7014.

٦. المادة (١٤٧) من قانون التعديل الثاني رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠ لقانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧. حيث يهدف عقد العمل الجماعي إلى تقرير وتنظيم الالتزامات القانونية والتعاقدية

إلا أن ذات التحديد يأخذ حكم مشروعية العقد أياً كانت صورته<sup>(١)</sup>، حيث يفترض أن ينصب في مصلحة العامل بموجب موازنة أو زيادة حقوقه المدرجة في العقد والتي يربتها له القانون ابتداءً<sup>(٢)</sup>، لكونها تمثل الحد الأدنى للحقوق<sup>(٣)</sup>، فإن خالف الطرفان أحد شرطي مشروعية المحل أو الصفة الآمرة لقانون العمل بطل العقد لانعدام القدرة على إلغاء هذا التحديد (التوصيف) لكونه جوهرياً<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني

### القواعد الخاصة بتنظيم العمل التحضيري

إذا كان تنظيم العمل وإدارته من قبل السلطات الإدارية الممنوحة لصاحب العمل في إطار المشروع مما يقتضي إصدار أوامر فردية أو جماعية<sup>(٥)</sup>، فإنها

---

المتبادلة بين أصحاب المصلحة في طرفي العقد والعمل على تطوير وتحسين مستوى هذه الالتزامات....) مادة (١٤٨) من ذات القانون. وأنظر المادة (١٥٢) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ مصري.

١. العمل المناط المدرج في عقد فردي أو جماعي بعده محل التزامه يفترض به أن يكون معيناً (أو قابلاً للتعيين) وأن يكون مشروعاً وأن يكون ممكناً. شنب، د. محمد لبيب، مصدر سابق، ص ٩٨.

٢. مادة (٩) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل. ومادة (٥) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. وأنظر القرار الصادر عن محكمة العمل العرقية وفيه تذهب المحكمة إلى أنه (تمثل أحكام قانون العمل الحد الأدنى لحقوق العمال فإذا وجد تنظيم خاص يمنح العامل حقوقاً أفضل، طبقت عندئذ أحكام ذلك التنظيم، قضاء محكمة العمل، ١٩٧٤، ص ٧٨ وما بعدها.

٣. الياس، د. يوسف، الوجيز، مصدر سابق، ص ١٧.

٤. طه، د. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٧٧.

٥. ((... لما كان من سلطة صاحب العمل تنظيم منشآته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك)). ١٤/يناير/١٩٧٨ الطعن ٢٧٠ لسنة

تصطدم في ذات الوقت بوجوب عدم تخطي الحدود التي يفرضها قانون العمل والذي وإن اتسم بالطابع الواقعي<sup>(١)</sup>، إلا أنه ذو قواعد آمرة.

## الفرع الأول

### تنظيم وقت العمل

لقد انبرت منظمة العمل الدولية في علاج أبرز أشكال استغلال العامل عند أول نشأتها والمتمثل بإصدار الاتفاقية الأولى لعام ١٩١٩ بتحديد مبدأ العمل ثمان ساعات يومياً، وثمان وأربعون ساعة أسبوعياً لتليبيتها عدداً من الاتفاقيات التي تنصب في ذات الاتجاه منها الاتفاقية رقم (٢٠) لسنة ١٩٢٥ بشأن العمل ليلاً في المخازن، والاتفاقية رقم (٣٠) بشأن تنظيم العمل في التجارة والمكاتب والاتفاقية رقم (٦١) لسنة ١٩٣٧ بشأن تخفيض ساعات العمل في صناعة النسيج، إلا أن هذه الاتفاقيات والتي اتفقت فيما بينها بوجوب إصدار السلطة التشريعية للدول التي تصادق عليها قوانين تقيد ساعات العمل الفعلية اتفقت في ذات الوقت على إمكانية

استثناء التشريعات سالفة الذكر الأعمال التحضيرية والتكميلية من هذا المبدأ<sup>(٢)</sup>.

---

٤٢ ق، البكري، محمد عزمي، مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد، الجزء الأول، ص ١٦٤.

١. العابد، د. عدنان والياس، د. يوسف، مصدر سابق، ص ٣٩.

٢. مشروطة بإصدار لوائح تنفيذية تحدد فيها الأعمال التي تعد تحضيرية أو تكميلية والحد الأقصى لساعات العمل الإضافية التي تؤديها ممارسة هذه الأعمال والأمور المدفوعة لهم بعد استشارة منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال المعنية، المادة (٦) من الاتفاقية رقم (١)

وقد عمدت التشريعات المقارنة إلى الأخذ بهذا المبدأ في تنظيمها لوقت العمل بالنسبة لعمال الأعمال التحضيرية والتكميلية<sup>(١)</sup>.

## أولاً: ساعات العمل<sup>(٢)</sup>

إن تنفيذ العمل من حيث الزمان قلما ينص عليه في عقد العمل، إذ غالباً ما يستفاد من نوع وطبيعة العمل المتفق عليه للبدء بالعمل<sup>(٣)</sup>، فالشائع قانوناً وقضائاً

إن ذلك يدخل ضمن سلطات صاحب العمل في تنظيم مشروعه<sup>(٤)</sup>، إلا أن هذا التحديد بشكليه المتقدمين مشروط بعدم مخالفة تحديد القانون للحد الأقصى لعمل

---

لسنة ١٩١٩ والمادة رقم (٣) من الاتفاقية رقم (٢٠) لسنة ١٩٢٥ والمادة (٧) من الاتفاقية رقم (٣٠) لسنة ١٩٣٠ والمادة (٥) من الاتفاقية رقم (٦١) لسنة ١٩٣٨.

- وأنظر كذلك المادتين (٤٨) و(٤٩) من الاتفاقية العربية رقم (٦) لسنة ١٩٧٦ بشأن مستويات العمل (المعدلة).

١. فهذا الاستثناء مأخوذ من تنظيم ساعات العمل المدرج في القانون الفرنسي حيث يتم إفرادهم بجدول خاص لساعات العمل اليومية في المشروع يختلف عن بقية العمال، أنظر حول ذلك: - Durand et Vitu, Traite, de droit dutravailm Dallozo, Paris, Tom2, 1950, N220/1/A.

٢. (والمقصود بساعات العمل هو الوقت الذي يكون فيه العامل تحت تصرف رب العمل)، عبد الرحمن، د. حمدي ومطر، د. محمد يحيى، قانون العمل، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ٢١٦.

٣. خليفة، د. عبد العزيز عبد المنعم، مصدر سابق، ص ٣٩. وطبقاً للمادة (٧٦) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، فإن انفراد أي من طرفي العقد بتغيير في العمل المتفق عليه ابتداءً يعد تعديلاً للعقد بالإرادة المنفردة.

٤. المادة (٥٤) من قانون العمل رقم (٧١) ١٩٨٧ المعدل والمادة (٥٥) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ وأنظر قرار محكمة النقض في ١٥/٤/١٩٩٧ طعن رقم (٤١٦)

عموم العمال وهو الثمان ساعات<sup>(١)</sup>، ويستثنى العمال الذين يمارسون الأعمال موضوع البحث ساعات تزيد عما تقدم سواء كانت هذه الزيادة قبيل التشغيل لعموم المشروع أم بعده وقد اختلفت قوانين العمل في موضوع تحديد هذه الزيادة ففي حين حددها المشرع العراقي بنص القانون بما لا يتجاوز الأربع ساعات يومياً<sup>(٢)</sup>، على أن لا تزيد على (٣٠٠) يوم خلال سنة العمل كلها<sup>(٣)</sup>. نجد أن المشرع المصري قد أحالها إلى السلطات التنفيذية المختصة<sup>(٤)</sup>، في حين أحالها المشرع الأردني للاتفاق<sup>(٥)</sup>.

## ثانياً: البقاء في المشروع

- لسنة ٣٤ ق- شعبة، سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في العقود، الجزء الثاني، القرارات من (١٩٣١-١٩٩٨) توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٣٠.
- ويلاحظ أن المشرع غالباً ما يلجأ إلى خفض ساعات العمل في الأعمال ذات الطبيعة الشاقة والضارة لتقل عموماً عن بقية الأعمال الاعتيادية. أنظر بذلك المادة (٥٧) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (٨٠) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.
١. المادة (٥٥) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (٥٦) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ والمادة (٨٠) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ المصري.
٢. المادة (٦٣/ثانياً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.
٣. المادة (٦) من قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠ قانون التعديل لقانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٩.
- يلاحظ نص المادة (٦/٦٤) من مشروع قانون العمل العراقي الجديد وبالذات الفقرة ثانياً التي تنص على أنه ((شرط ألا يتوجب على أي عامل أداء ساعات إضافية تتعدى الأربعين ساعة خلال فترة ثلاثة أشهر ومئة وعشرين (١٢٠) ساعة خلال فترة اثنتي عشر شهراً)) وفي ذلك خرق للمعالجات القانونية لوقت العمل المبني على أساس طبيعة العمل.
٤. (لا يجوز أن تزيد ساعات العمل الإضافية عن اثنتي عشرة ساعة أسبوعية) المادة (٥) من قرار وزير القوة العاملة والمهجرة المصري رقم (١١٣) لسنة ٢٠٠٣.
٥. المادة (٥٧) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ الأردني.



تبعاً لما تقدم فإن العاملين في الأعمال التحضيرية والتكميلية يتعين بقاءهم في المشروع لساعات تتجاوز ساعات بقاء العمال الاعتياديين<sup>(١)</sup>، والمقصود بساعات البقاء مجموع ساعات التشغيل الاعتيادي مضافاً إليه ساعات التشغيل الإضافية وفترة الراحة، ويعد رفض العامل الانسياق للعمل بهذا التنظيم بمثابة رفض إطاعة أوامر صاحب العمل المنصبة على تنفيذ العمل مما يستوجب عنها العقاب التأديبي<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: أوقات الراحة

يستثنى عمال الأعمال التحضيرية والتكميلية من أوقات الراحة اليومية والتي يقررها القانون والتي تعقب عدداً معيناً من الساعات يتراوح غالباً بين (٤-٥) ساعات متواصلة للراحة والطعام، وكذلك من الراحة الأسبوعية والتي يستحقها العامل لمدة اربع وعشرون ساعة متصلة للانصراف لشؤونه الأسرية واستجماع نشاطه وهو استثناء طبيعي مقرر بنص القانون مما يترتب عليه عدم الحاجة إلى قيام صاحب العمل بإبلاغ الجهات الإرادية المختصة بهذا التنظيم<sup>(٣)</sup>.

---

١. (وهي غالباً إحدى عشرة ساعة) المادة (٥٦/ثانياً) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨. والمادة (٦٦) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل. والمادة (٨٧) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

٢. (لصاحب العمل أن ينظم وقت العمل اليومي طبقاً لحاجة العمل وظروف الإنتاج ويلتزم العامل بأداء عمله وفقاً لهذا التنظيم متى كان لا يتعارض مع القانون) الطعن رقم ١٧٢، ١٨٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٢/٣/١٩٦٩، عصمت، هوارى، ج ١، الطبعة الثالثة، مصر، ١٩٨٤، ص ١١٣.

٣. يلاحظ استثناء المشرع المصري من أحكام الراحة اليومية والأسبوعية وتجمعهما (المادتين ٨١ و ٨٤) في قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. وحسناً فعل المشرع العراقي بعدم استثناء العمال التحضيريين والتكميليين إلا في أوقات العمل وساعات التواجد وبذلك يتمتع العامل بيوم راحته الأسبوعية إلا إذا اتفق مع صاحب العمل على العمل فيها حيث يعوض طبقاً للمادة (٦١)

## الفرع الثاني

### حظر ممارسة الأعمال التحضيرية والتكميلية

---

ببوم راحة آخر أو بما يساويها نقداً وفيما يخص الراحة اليومية فيتمتع به بما لا يقل عن نصف ساعة ولا تزيد عن الساعة. مادة (٥٨) وبالإمكان تقليصها إذا كانت هناك أسباب فنية أو ناتجة من طبيعة الإنتاج أو الخدمة فيمنح العامل فترات راحة قصيرة لا يقل مجموعها عن العشرين دقيقة المادة (٥٨/ثانياً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل. وأنظر القرار المصري طعن رقم (٤٥) لسنة ٤٧ ق جلسة ١٥/٥/١٩٨٢، الذي جاء فيه إن العامل لا يعمل في غير أيام العمل وساعاته المقررة وإن الاتفاق على غير ذلك بعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، إلا أن المشرع أجاز لرب العمل تشغيل العامل وقتاً إضافياً في أيام العمل المعتادة وفي يوم الراحة الأسبوعية في أحوال حددها المشرع على سبيل الحصر كما حدد للعامل في مقابل العمل فيها أجراً خاصاً. الهواري، عصمت، قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، الجزء الخامس، مطابع روز اليوسف، ١٩٨٤، ص ٨٤.

بغية حماية مصلحة المجتمع بصورة عامة ورعاية شخص العامل على وجه الخصوص<sup>(١)</sup>، يتم حظر ممارسة أعمال ذات طبيعة خاصة ولا اعتبارات معينة على فئات معينة من العمال تشريعياً<sup>(٢)</sup>.

### أولاً: الحظر على أساس العمر

إن ممارسة العمل بشكل عام تتطلب جهداً وبذلاً للطاقة العضلية والعصبية والفكرية<sup>(٣)</sup>، مما يقتضيه بلوغ العامل سنّاً معينة قبل ممارسته<sup>(٤)</sup>، ولذلك تعتمد تشريعات العمل إلى وضع حد أدنى لسن العمل<sup>(٥)</sup>، ناهيك عن حظر تشغيل الأحداث في الأعمال ذات الطبيعة الشاقة والمضادة، وإزاء تطبيق هذه الأحكام

١. حفاظاً على الاعتبار الإنسانية وبناء المجتمع من ناحية، ومن ناحية أخرى الحفاظ على القوى العاملة باعتبارها المحرك الأساس للاقتصاد في ذات البلد. البيومي، د. أحمد خلف، سياسة الاستخدام واستقرار العمل في قانون العمل المصري، مصر، غير مذكور التاريخ، ص ٥٢ وما بعدها.

٢. المادة (٢٤٨) و(٢٤٩) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والمادة (٩٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل ومادة (٧٧) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨. وقد تراوحت الجزاءات عن التشغيل المخالف لأحكام القانون للأحداث والنساء في هذه التشريعات الثلاثة بين تشديد الجزاء الجنائي وتعدده، إضافة إلى الجزاء المدني المتمثل ببطلان العقد أو فسخ العقد إذا كان بالإمكان فصله.

٣. – Elais (M), Letravail dos enfants, Revue international du travail, 197 p593.

٤. وقد عدت تشريعات العمل كل من كان دون سن الثامنة عشرة حدثاً يقتضي معاملته بطريقة خاصة، أنظر المادة (٧٤) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ والمادة (٩٠) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (٩٨) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. وقد أوردته تحت مسمى (طفل).

٥. وهي (١٥) سنة بحكم المادة (٩١/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل و(١٤) سنة في المادة (١٠١) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ و(١٦) سنة في المادة (٧٣) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

يحظر على صاحب العمل تشغيل الأحداث في الأعمال التحضيرية والتكميلية<sup>(١)</sup>، والتي تتطلب تلقائياً العمل لساعات مضافة<sup>(٢)</sup>، والاستثناء من أحكام الراحة اليومية والأسبوعية<sup>(٣)</sup>، إضافة إلى كون هذه الأعمال تنتمي إلى طائفة الأعمال الشاقة غالباً والتي لا يجوز تشغيل الحدث فيها<sup>(٤)</sup>. ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أجاز لمن كان دون البلوغ وطبقاً لمراحل عمرية مختلفة العمل مما يستتبع معه جواز العمل

في الأعمال التحضيرية والتكميلية عند سن السابعة عشرة ما لم تكن من طائفة معينة من الأعمال<sup>(٥)</sup>.

---

١. ما لم يكن هناك نص صريح يجيز تشغيل الأحداث بالغي سن السابعة عشرة في الأعمال الليلية والمضافة.

٢. المادة (١٠١) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. والمادة (٩١/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.

٣. تتفق تشريعات العمل الثلاثة على حكم عدم جواز تشغيل العامل الحدث لأكثر من أربع ساعات متواصلة تتخللها فترة راحة لا تقل عن ساعة على أن لا تزيد ساعات عمله على (٦-٧) ساعات يومياً. أنظر بذلك المادة (١٠١) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والمادة (٩١/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (٧٥) من قانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

٤. المادة (١٠٠) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ وقد أحالت تحديد الأعمال التي يحظر نهائياً تشغيل الأطفال فيها لظروف وشروط وأحوال التشغيل إلى قرار يصدر عن الوزير المختص وكذلك فعلت المادة (٧٤) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ على أن يكون بعد استطلاع رأي الجهات المختصة الرسمية.

٥. أنظر المادة (٩١/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والتي تقيد بنص المادة (٩٠/ثانياً) والتي تنص على أنه (لايجوز تشغيل الأحداث "بمعنى من كان دون سن الثامنة عشر" في الأعمال التالية، كما لايسمح لهم بدخول أماكنها: أ. الأعمال التي تسبب أمراضاً مهنية أو معدية أو تسممات خطيرة والأعمال التي تكون بطبيعتها أو بالطرق أو بالظروف التي تجري بها، خطرة على حياة الأشخاص الذين يعملون فيها أو على أخلاقهم

## ثانياً: الحظر على أساس الجنس

ويكون الحظر على ممارسة الأعمال التحضيرية والتكميلية على أساس من جنس العامل، حيث لا يستطيع صاحب العمل تشغيل العاملة في هذه الطائفة من الأعمال طبقاً للاعتبارات الآتية:

i. إذا كانت الأعمال التحضيرية والتكميلية من قبيل الأعمال الشاقة بالصحة مما ينتج عنه إصابة العاملة بأمراض مهنية أو معدية أو كانت من قبيل الأعمال الشاقة لعدم قدرة المرأة على تحمل المشاق<sup>(١)</sup>.

ii. العمل لساعات إضافية إذا كانت العاملة حاملاً<sup>(٢)</sup>.

وبلاحظ أن المشرع العراقي قد خرج عن نطاق حماية العاملة وأجاز استثناء تشغيلها ليلاً إذا كان لأغراض حماية المواد الأولية أو الإنتاج سريع التلف وكان استمرار العمل ضرورياً للمحافظة عليه<sup>(٣)</sup>. مما يعني تشغيلها في ذات الأعمال موضوع البحث وخلافاً للمبادئ السابقة التي أدرجها في متنته.

## المطلب الثالث

### النتائج القانونية لممارسة الأعمال التحضيرية والتكميلية

---

وصحتهم وتحدد تلك الأعمال بتعليمات يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية. ب. الأعمال التي تجري على ظهر السفينة ويمارسها وقادون أو مساعدو وقادين).

١. المادة (٨١) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والمادة (١١) من القرار رقم (١٥٥) لسنة ٢٠٠٣ في شأن تحديد الأعمال التي لايجوز تشغيل النساء فيها، وزير القوى العاملة والمهجرة المصري.

٢. المادة (٨٢) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل وهذا الخطر ليس مطلقاً وإنما يكون فقط إذا كان العمل الإضافي مضرّاً بالمرأة العاملة وطفلها الجنين مما يتطلب فحصاً طبياً.

٣. المادة (٣٨/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.

إن النتائج القانونية المترتبة على وجود علاقة عمل صحيحة تتمثل طبقاً للقواعد العامة بالتزامات الطرفين<sup>(١)</sup>، سواء ما تمثّل منها بالتزامات الرئيسية لكل من العامل وصاحب العمل أو الالتزامات الفرعية<sup>(٢)</sup>، وفي سبيل ممارسة الأعمال التحضيرية والتكميلية لا تختلف النتائج القانونية عن ممارسة غيرها من الأعمال، إلا أنها تستدعي التركيز على بعض النتائج دون غيرها من تلك الالتزامات بسبب الطبيعة الخاصة لهذه الأعمال.

## الفرع الأول

### مسؤولية العامل المهنية

يلتزم العامل بأداء العمل المتفق عليه بشكل شخصي خاضعاً في ذلك التنفيذ إلى الأوامر الصادرة من صاحب العمل<sup>(٣)</sup>، وإن لم يكن الأخير حاضراً في موقع

---

١. محمود، د. همام محمد، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٥٤٩.

٢. (والتزام العامل الرئيس يتمثل في أداء العمل في حين يتمثل التزام صاحب العمل الرئيس بدفع الأجر، وقد تمتد الالتزامات إلى كل ما يقتضيه تنفيذ عقد العمل وما يعتبر من قبيل مستلزمات هذا التنفيذ طبقاً لحسن النية في تنفيذ العقود عموماً).

—أنظر بذلك الياس، د. يوسف، الوجيز، مصدر سابق، ص ٨٥.

٣. (ولا تعد هذه الأحكام من النظام العام حيث بالإمكان اتفاق طرفي علاقة العمل على إحلال شخص آخر محل العامل في الأداء). شنب، د. محمد لبيب، مصدر سابق، ص ١٢٣.

العمل في المشروع نهائياً أو فنياً وينوب عنه أحد وكلائه، ذلك لأن قدر العمل ومقدار إتقانه إنما يتوقفان على شخص العامل<sup>(١)</sup>. وتبعاً لذلك تبرز مسؤولية العامل في الاتجاهات الآتية:

### أولاً: الخبرة ودرجة العناية المطلوبة

تقتضي القواعد العامة بوجوب بذل العامل درجة عناية الشخص المعتاد عند أدائه للعمل<sup>(٢)</sup>، حيث لا حاجة إلى تحديدها في عقد العمل<sup>(٣)</sup>، فيكون إلزام العامل هو في بذل عناية مما يستتبع معه جواز مساءلته عن تباطؤه في العمل أو عن الإنتاج الأقل جودة عن المعتاد<sup>(٤)</sup>، إلا أن ذات طرفي العلاقة يملكان الاتفاق على زيادة أو إنقاص مستوى العناية المطلوبة من الأداء، ويبرز ذلك بشكلين أما الاتفاق الصريح أو الاتفاق الضمني<sup>(٥)</sup>، وقد يستخلص الأخير من ظروف التعاقد أو محتواه سواء تمثل في ارتفاع أجر العامل<sup>(٦)</sup>، أو عظم المسؤولية الملقاة على عاتقه كتكلفة فتح باب المصنع والبدء بتشغيله أو تسليمه مفاتيح المخازن الخاصة بالمواد الأولية،

---

١. – Durant et Vitu, opcit, pp578-579-N316.

٢. المادة (١/٩٠٩) من القانون المدني العراقي. والمادة (١/٦٩٧) من القانون المدني المصري. والمادة (٣/٨١٤) من القانون المدني الأردني.

٣. والشخص المعتاد (هو رب الأسرة ومتوسط الحرص). كيرة، د. حسن، دروس في قانون العمل اللبناني والمقارن، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٧، ص ١٥٤.

٤. يحيى، د. عبد الودود، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤، ص ١٨٢.

٥. زكي، د. محمود جمال الدين، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٨٢، ص ٧٢٠.

٦. – Durant et Vitu, opcit, p574-N317.

سواء اتفق على مستوى عناية معتاد أو زيادته فإن إخلال العامل بهذا الالتزام ينشأ عنه حق صاحب العمل في مطالبة العامل بالتعويض<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: الالتزام بالمحافظة على الأدوات

ويرتبط بالالتزام الأول في تنفيذ العقد، التزام العامل بالمحافظة على كل ما يقع تحت يده العامل من الآلات ومكائن ومعدات ومستندات ومواد أولية ومنتج وحتى بناء المشروع<sup>(٢)</sup>، ويقارن التزام العامل هذا بمعيار مجرد هو مستوى عامل في نفس مستوى خبرة ومهارة العامل المعني الفنية<sup>(٣)</sup>، وإن كان يفترض زيادة بنظر العامل في المحافظة على ما في عهده يرتفع مع ارتفاع تخصص العامل، كمحاسبة العامل الماهر عن عدم اتباعه الأصول الفنية في إدارة الآلة المتخصص في تشغيلها<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ إن الالتزام بالمحافظة يتحدد بمسألتين مهمتين أولاًهما أنه يمتد إلى كل ما يشمل المشروع ولو لم يسلم إليه للعمل به<sup>(٥)</sup>، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يفترض بالعامل بذل كل العناية المطلوبة منه لغرض إصلاح وصيانة هذه المعدات<sup>(٦)</sup>، ويكون ذلك طبقاً لتعليمات صاحب العمل الفنية<sup>(٧)</sup>، في حين لا يجوز تحميل العامل مسؤولية الصرف المادي المطلوب لأغراض الحماية والصيانة<sup>(٨)</sup>،

---

١. الياس، د. يوسف، مصدر سابق، ص ٥٨.

٢. زكي، د. محمود جمال الدين، مصدر سابق، ص ٧٢.

٣. سليم، د. عصام أنور، مصدر سابق، ص ٥٦٤.

٤. Cass, Soc. 9 Dec. 1964. Dalloz, p684.

٥. خليفة، د. عبد العزيز منعم، مصدر سابق، ص ٥٩.

٦. المادة (١٢٤/أولاً) من قانون رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل، والمادة (٥٦/د) من قانون رقم

(١٢) لسنة ٢٠٠٣. والمادة (١٩/ح) من قانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

٧. العابد، د. عدنان، والياس، د. يوسف، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

٨. أبو شنب، د. أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل، مكتبة الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن،



وبتقرير مسؤولية العامل عن (الحفظ والصيانة) يسأل العامل عن التعويض في حالتي العمد أو الإهمال المؤديين لتلف أو الإضرار بمستلزمات العمل<sup>(١)</sup>، وحيث يستحيل إزاء قيم بالآلاف استمرار العلاقة العقدية غالباً ما يعاقب صاحب العمل عامله المتسبب بالضرر بالعقوبة التأديبية الأشد والأقسى ألا وهي الفصل، وقد اختلفت تشريعات العمل في الأساس المتبع لفرض العقوبة، ففي حين يتطلب نشوء ضرر جسيم عن خطأ العامل لفصله طبقاً للمشرع المصري<sup>(٢)</sup>، نجد أن المشرع العراقي يكتفي بجسامة الخطأ المادي وبغض النظر عن أثره لغرض ذات العقوبة<sup>(٣)</sup>، العقوبة<sup>(٣)</sup>، ونؤيد الاتجاه الفقهي القائل بصحة حكم هذه القاعدة لكونها تأديبية لا مدنية<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني

### بدل الأعمال التحضيرية والتكميلية

تترتب لعمال الأعمال التحضيرية والتكميلية حقوق مالية تتحقق من تطبيق قانون العمل تتسجم مع ظروف عملهم<sup>(٥)</sup>. حيث إن عقد العمل يقتضي معاوضة

---

١. ويتم التعويض عنها بموجب القرار رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل في حين يعطي المشرع الأردني لصاحب العمل الحق في اقتطاع جزء من الأجر في هذه الحالة طبقاً للمادة (٤٩) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

٢. المادة (١/٦٩) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

٣. المادة (١٢٧/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل وهو ذات اتجاه القانون الأردني في المادة (٢٨/ج). ويلاحظ اتجاه القضاء الفرنسي إلى مساواة الخطأ الجسيم للعامل بالعمر (معادلاً للغش) طالما تسبب بضرر لصاحب العمل أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية ٢٧/نوفمبر/١٩٥٨، دالوز، ١٩٥٩، قضاء، ص ٢٠. وهو بخلاف اتجاه الفقه الفرنسي.

- Durant et Vitu, opcit, N317.

٤. العابد، د. عدنان، والياس، د. يوسف، مصدر سابق، ص ٣٣١.

٥. (إن قاعدة المساواة بين عمال المشروع ليست مطلقة بل هي مشروطة بأن تتماثل الأعمال والظروف، فالمناطق في أعمال المساواة منع التفرقة التحكيمية بين عمال صاحب العمل بحيث لا

صاحب العمل بالأجر للعامل نظير العمل<sup>(١)</sup>، وهو غالباً ما تلحقه متممات ومزايا تختلف باختلاف تقدير كيفية أداء العمل<sup>(٢)</sup>، لذلك اتفقت تشريعات العمل المقارنة على استحقاق عمال المشاريع ممن يزولون أعمالاً تحضيرية أو تكميلية بدلات تتحقق بتحقيق أسبابها القاضية بتناسب الأجر مع ظروف العمل<sup>(٣)</sup>، وتتمثل في الآتي:

### أولاً: بدلات طبيعة العمل

وهذه ترتبط بأشكال المخاطر التي يتعرض لها ذوات العمال من العمل في مواد كيميائية أو شاقة أو شديدة البرودة أو الحرارة أو مشبعة بالأبخرة أو الأتربة<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: بدلات ساعات العمل

---

تكون المساواة بينهم إلا عند تساوي الظروف) طعن رقم (٦٩٥) سنة ٤٦ ق جلسة

١٩٨٢/٥/٩، الهواري، ج ٥، ص ٩٦.

١. المادة (٤١) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل، والمادة (١) من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

٢. أنظر في ذلك: أنواع الأجور وأساليب دفعها، شنب، د. محمد لبيب، مصدر سابق، ص ٢٩٤ وما بعدها

٣. (ملحقات الأجر منها ما لا يستحقه العامل إلا بتحقيق أسبابها). طعن رقم (٣٧) لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٣، الهواري، ج ٣، ص ٣١.

٤. – Durand et Vitu, opcit, N360-2.

وهذا النوع يرتبط بوقت العمل، فيدخل في نطاق العمل لساعات إضافية أو استثنائية<sup>(١)</sup>، والعمل لأوقات غير مريحة<sup>(٢)</sup>، كالعمل في الليل أو أيام الأعياد والراحة الأسبوعية<sup>(٣)</sup>.

وحيث يعد البذل المادي المدفوع للعمال جزءاً من الأجر تلحقه كل القواعد الخاصة بحمايته<sup>(٤)</sup>، طالما كان يمثل زيادة في أجرهم<sup>(٥)</sup>، ويلاحظ أختلاف التشريعات المقارنة في أسلوب حساب بدلات الساعات الإضافية المدفوعة للعمال، ففي القانون الفرنسي يتم حسابها على أساس زيادة الأجر تقدر بـ(٢٥%) عن الثمان ساعات الإضافية الأولى في الأسبوع و(٥٠%) من الأجر عن الساعات الإضافية الستة الأخيرة خلال اثنتي عشرة اسبوعاً متوالية فقط<sup>(٦)</sup>، في حين يقدر المشرعان العراقي والمصري أجر الساعات الإضافية على أساس الوقت الذي يتم فيه فيما لو كان نهائياً أم ليلياً<sup>(٧)</sup>.

---

١. أنظر نقض فرنسي ١٦/يوليو/١٩٦٤، مجلة القانون الاجتماعي، ١٩٦٥، ص ٥٣.

٢. زكي، د. محمود جمال الدين، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

٣. (إذا كلف العامل بأداء عمله في يوم الاستراحة الأسبوعية أو خلال العطلة الرسمية فيحق له تقاضي أجره الاعتيادي إضافة لما يستحقه من أجر عمله الإضافي عن ذلك اليوم)، قضاء محكمة العمل العليا العراقية، مجلد أول، الإضبارة رقم ٦٠/أول/عليا/١٩٧١، ص ٢٧.

٤. (لقد أخرج التعريف الوارد في قانون العمل الأردني الجديد أجور العمل الإضافي من الأجر وهو أمر غير عادي). أبو شنب، د. أحمد سيد عبد الكريم، مصدر سابق، ص ١٦٦.

٥. (يلتزم رب العمل بأن يؤدي للعامل إذا عمل فترة إضافية في أحوالها المقررة في الأيام المعتادة أجر اليوم عن ساعات العمل المعتادة، وأجراً عن ساعات العمل الإضافية يوازي أجر مثلها محسوباً على أساس قسمة أجره اليومي المعتاد على ساعات العمل المعتادة ويضرب الحاصل في ساعات العمل المعتادة). طعن رقم (٤٥) لسنة ٤٧ ق جلسة ١٥/٥/١٩٨٥.

الهواري، ج ٥، ص ٨٤.

٦. – Durand et Vitu, opcit, N224.

٧. (يكون أجر العمل الإضافي ضعف أجر العامل إذا كان ليلاً أو من الأعمال الشاقة أو الضارة ويكون زيادة مقدارها ٥٠% من أجر العمل إذا كان نهائياً) المادة (٦٤/ثانياً) من قانون

## المقترحات

إذ يقتضي التطبيق السليم للقواعد الحمائية المدرجة في قانون العمل، الركون إلى الآلية المتعارف عليها في تنفيذه، فما تحقق من طفرة في أساليب انتشار العمال من الأوضاع البائسة التي كانوا يعملون فيها بعد الثورة الصناعية لم يكن إلا بالتنظيمات التشريعية الباتة والتي تعجز إزاءها إرادة طرفي علاقة العمل عن اختراق الحدود الفاصلة بين استيفاء الحقوق والتجاوز على حق الآخرين، وما من نفس بشرية إلا وتبتغي تحقيق مكاسب، فكيف وإذ برزت خروقات تطبيق القانون من قبل السلطات المختصة وخاصة مع أنواع من الأعمال تكمن خطورتها في طبيعتها الشاقة غالباً وما تتطلبه من استثناءات طبيعية لممارستها تختلف عن غيرها من الأعمال مما يفتح المجال أمام هذه الثغرات كلها لتسهيل استغلال أناس اعتمدوا في معيشتهم على مصادر دخل تتأتى من نضالهم اليومي. تبعاً لذلك نأمل على السلطات المختصة الأخذ بالمقترحات الآتية:

أولاً: إصدار تعليمات تنفيذية من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية تتولى فيه وبالرجوع إلى الجهات ذات العلاقة تحديد الأعمال التحضيرية والتكميلية منعاً من تحكم صاحب العمل بعمال مشروعه وإبقاءهم لساعات إضافية بحجة طبيعة العمل وانصياعاً لحكم القانون.

---

العمل العراقي (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل. ونفس الحكم بموجب المادة (٥/٦٤) من مشروع قانون العمل العراقي الجديد. (يستحق العامل بالإضافة إلى أجره الأصلي أجراً إضافياً عن ساعات التشغيل الإضافية حسبما يتم الاتفاق عليهم في عقد العمل الفردي أو الجماعي بحيث لا يقل عن الأجر الذي يستحقه العامل مضافاً إليه ٣٥% عن ساعات العمل النهارية و ٧٠% عن ساعات العمل الليلية، وإذا وقع التشغيل في يوم الراحة يستحق العامل مثل أجره تعويضاً عن هذا اليوم ويمنحه صاحب العمل يوماً آخر عوضاً عنه خلال الأسبوع التالي). مادة (٨٥) قانون العمل المصري، رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

ثانياً: حظر تشغيل الأحداث لمن كان عموماً دون الثامنة عشرة في الأعمال ذات الطبيعة الخاصة وبالذات الأعمال التكميلية لما يتطلبه ذلك من العمل لساعات مضافة.

ثالثاً: النص على حظر تشغيل المرأة العاملة ليلاً بغض النظر عن طبيعة الإنتاج ومتطلباته وانسجاماً مع المبادئ العامة لحماية العاملة صحياً واجتماعياً وأخلاقياً.

## المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

. الكتب والرسائل والبحوث

. أبو إسماعيل، د. أحمد، أصول الاقتصاد، مصر، ١٩٦٤.

. أبو شنب، د. أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة الثقافة والنشر،

الأردن، ١٩٩٩.

- . البيومي، د. أحمد خلف، سياسة الاستخدام واستقرار العمل في قانون العمل المصري، مصر، غير مذكور التاريخ.
- . الرازي، محمد أبي بكر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٦٧.
- . الزقرد، د. أحمد السعيد، الوجيز في شرح قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٣.
- . العابد، د. عدنان، والياس، د. يوسف، قانون العمل، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٩.
- . الفرّج، د. توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١.
- . الويسي، د. صبا نعمان رشيد، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٢.
- . الياس، د. يوسف، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، مطابع التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٨-١٩٨٩.
- . خليفة، د. عبد العزيز عبد المنعم، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- . زكي، د. محمود جمال الدين، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، الهيئة العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٢.
- . سليم، د. عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- . شنب، د. محمد لبيب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

طه، د. غني حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.

عبد الرحمن، د. حمدي، ومطر، د. محمد يحيى، قانون العمل، الدار الجامعية، ١٩٨٧.

فتيان، فريد، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧.

كيرة، د. حسن، دروس في قانون العمل اللبناني والمقارن، مكتبة مكابي، بيروت، ١٩٧٧.

محمود، د. همام محمد قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٧.

منصور، د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل - دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦-١٩٧٧.

يحيى، د. عبد الودود، شرح قانون العمل، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٤.

#### الاتفاقيات

. اتفاقيات العمل الدولية، جامعة الدول العربية، مصر، ١٩٧١-١٩٧٥.

. اتفاقيات العمل العربية، منظمة العمل العربي، الطبعة الثالثة، مكتبة العمل العربي، مصر، ١٩٩٨.

#### ج. المجاميع القضائية

١. البكري، د. محمد عزمي، مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد، الجزء الثاني، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥.
٢. الفكهاني، حسن، المدونة العمالية (تشريع، فقه، قضاء، اخباري، مجلس الدولة) الجزء الأول، الطبعة الثانية الدورية، دار المعارف، مصر، ١٩٦٥.
٣. شعله، سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في العقود، الجزء الثاني، القرارات من (١٩٣١-١٩٩٨)، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.
٤. قضاء محكمة العمل العليا، المجلد الأول (١٩٧١-١٩٧٢) والمجلد الثالث ١٩٨٤، مطبعة المؤسسة الثقافية العمالية، بغداد.
٥. الهواري، عصمت، قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، ج ٣، ١٩٧٧، ج ٥، ١٩٨٤، القاهرة.

#### د. القوانين ومشاريعها

١. العراقية.
  - i. قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل والنافذ.
  - ii. مشروع قانون العمل المقدم إلى الحكومة العراقية من قبل منظمة العمل الدولية (١١-٥) قيد المناقشة.
٢. المصري.
  - قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والقرارات التنفيذية لقانون العمل والمتعلقة بعقد العمل الفردي.
٣. الأردني.



- قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبه المنشورة في مجلة العمل وزارة العمل الأردنية، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، ٢٠٠٤.

#### ثانياً: باللغة الفرنسية

1. Cod Du Travail, Dalloz, Paris, 1987.
2. Durand et Vitu, Traite de droit du Travail, Dalloz, Paris, Tom2, 1950.
3. Elais (M) Le Travail des enfants, Revue international du Travail, 1979.
4. Javillier (J-cl) Manuel Droit du Travail, Edition, L.D.J, Paris, 1998.

الامتنال للاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف

بحث من إعداد

الدكتور

صلاح عبد الرحمن الحديشي

المدرس المساعد

سلافة طارق الشعلان

## الامتثال للاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف

الدكتور

صلاح محمد الرحمن الحديدي

المدرس المساعد

سلافة طارق الشعلان

### الملخص:

تعتمد كل الجهود العالمية للتعامل مع المشاكل البيئية في نهاية الأمر على مدى استعداد الأطراف المختلفة الحكومية وغير الحكومية على التنفيذ الفعال للالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقيات.

لذا تم اعتماد صيغة القانون المرن لتحقيق أهداف الاتفاقيات البيئية، إذ إن هذا القانون يمنح الدول المرونة والوقت الكافي لتنفيذ الالتزامات التي كانت ولا زالت تتعارض مع المصالح الاقتصادية (على الأمد القريب).

ويستند الامتثال إلى الاتفاقيات البيئية أساساً إلى مفهوم المسؤولية المرنة soft responsibility والذي يتم الاعتماد فيها بالدرجة الأساس على ما تقدمه الدول من تقارير دورية تقيم فيها امتثالها ذاتياً، وتقوم بمراقبة سلوكها، وسلوك مواطنيها لتحقيق أهداف الاتفاقية وللحفاظ على سمعتها، وتجنب الانتقادات الدولية التي يمكن أن توجه إليها في حالة عدم الامتثال.

وعلى الرغم من أن القانون البيئي الدولي يواصل الاعتماد بالدرجة الأولى على الامتثال، لكن الحاجة للتنفيذ القسري ستزداد بلاشك. كلما تطور هذا القانون وأصبحت التزاماته القانونية أكثر وضوحاً، ولكن إعطاء الوقت الكافي للامتثال قبل

التنفيذ القسري سيقى أمراً ذو أهمية بالغة لأنه يسبق حصول الضرر الذي قد يتطلب إصلاحه جهوداً كبيرة وأموال طائلة.

## Abstract

Compliance to the soft law is an important issue not only regarding sources corpulence with national regulations, but also national compliance with international environments agreements.

These agreements often address vital global environment issues, which require cooperation and action by many countries. However the legal framework of most international environments agreement provides for voluntary assent by the member states and, the agreement lack any of formal compliance – monitoring mechanism that are found within individual states. Instead, most agreements include some sort of self – monitoring requirements.

However, as the obligation of international environmental agreements become more significant, monitoring compliance becomes more important, because its represent the first step in gaining compliance and facilitating implementation with international regimes is that so establish a regime that is acceptable to the most of the countries that are necessary to make the particular regime effective to protect environments.

## المقدمة

إن مهمة إنشاء نظام قانوني لاتفاقية دولية هي مهمة معقدة، وربما يكون موضوع إنشاء نظام قانوني لاتفاقية دولية لحماية البيئة هي المهمة الأكثر تعقيدا، لأنها يجب أن توفق بين اعتبارات مختلفة كنتاج الدراسات العلمية المشوبة بالكثير من عدم التيقن العلمي، والمصالح السياسية المتباينة للدول، وبين مصالح المواطنين، ودعاة الصناعة، والاقتصاد، والتجارة والبيئة.

ويحتاج إنشاء الاتفاقيات البيئية إلى التعامل بخصوصية واضحة، مع كل هذه الاعتبارات، ليتم التوصل إلى وضع نص اتفاقية مقبول دوليا من قبل جميع الأطراف المتفاوضة.

ويخضع تنفيذ هذا النوع من الاتفاقيات كغيرها من الاتفاقيات الدولية لإرادة الدول، وهي تهدف بشكل عام إلى الحفاظ على الموارد الطبيعية وتحقيق مصلحة ورفاهية جميع البشر، لذا فإن تنفيذ هذه الأهداف يعتمد بشكل كبير على الاستجابة الذاتية للأفراد، والحكومات على حد سواء، بل إن التنفيذ الفعال للاتفاقيات البيئية يعتمد على وعي واستجابة المواطنين بصورة كبيرة.

وتتشترك جميع المشاكل البيئية بأنها تتعلق بموارد طبيعية مشاعة، لذا ليس لأية دولة أن تستحوذ على منافع استخدام هذه الموارد، ولكن في الوقت نفسه فإنه لا تتوفر لدى الدول جميعا الحوافز الكافية للتصدي لهذه المشاكل بسبب وجود العديد من الصعوبات القانونية والفنية والاقتصادية. وفي ظل هذه المصالح المتباينة التي تحكم الاتفاقيات البيئية منذ إنشائها وحتى تنفيذها، فإن هذا البحث سيناقش الطريقة الأفضل لضمان امتثال الدول للاتفاقيات البيئية الدولية، بعد تعريف الامتثال وتمييزه

عن المصطلحات القانونية التي تقترب في دلالتها من الامتثال أو التي تعتبر من الآليات المساعدة على الامتثال وذلك ووفقاً للتقسيم الآتي:

- . البناء القانوني للاتفاقيات البيئية.
- . العوامل المؤثرة على الانضمام للاتفاقيات البيئية الدولية.
- . مفهوم الامتثال للاتفاقيات البيئية الدولية وتمييزه عن المصطلحات القانونية ذات العلاقة.
- . أهمية وسبل الامتثال الفعال للاتفاقيات البيئية الدولية.

## البناء القانوني للاتفاقيات البيئية الدولية

بموجب أحكام الاتفاقيات البيئية الدولية، يتعين على كل طرف فيها الاضطلاع بإجراءات معينة، سلباً أو إيجاباً، كما وردت في أحكام الاتفاقية. لضمان تحقيق هدف الاتفاقية بالكامل، وحصول الأطراف على الفوائد المتوقعة من الاتفاقية، وإن كانت هذه الأهداف غير ملموسة على المستوى المنظور في فترة زمنية قريبة.

ويبدو تأثير الاعتبارات العلمية والاقتصادية والسياسية واضحة على صياغة النصوص القانونية للاتفاقيات البيئية، لذا يعتمد على تحقيق التوافق كأساس لوضع التزامات الاتفاقيات البيئية، من خلال اعتماد المبادئ القانونية المقبولة بصفة عامة من قبل جميع الأطراف، للتوصل إلى أدنى عامل مشترك بين الأطراف، يتم على أساسه صياغة نصوص الاتفاقية الإطارية *framework convention*، والتي تسمى أيضاً (mother agreements, intermediate agreements)<sup>(١)</sup>. على الرغم من الخصوصية التي تتمتع بها كل اتفاقية بيئية دولية من ناحية موضوعها ومصالح الأطراف المتأثرة بها إلا أنها تشترك من الناحية الشكلية بعدد من الخصائص المشتركة.

فتتميز هذه الاتفاقيات بتشكيل تنظيم مؤسسي جديد، تمنحه الدول الأطراف صلاحيات واسعة لتنفيذ أهداف الاتفاقية (مؤتمر الأطراف)، وتشمل هذه الصلاحيات تشكيل الهيئات اللازمة لتنفيذ أهداف الاتفاقية، وتقييم امتثال الدول الأطراف

لالتزاماتها، وفرض العقوبات اللازمة لإعادة الدول إلى نظام الامتثال... ورغم أن هذه التنظيمات أشبه ما تكون من ناحية التشكيل والمهام بالمنظمات الدولية إلا أن منظمة الأمم المتحدة رفضت فكرة إنشاء منظمات دولية جديدة تعنى بالمشاكل البيئية، لان تحويل أجهزة الاتفاقيات البيئية إلى مؤسسات دولية قد يؤدي إلى استبعاد المنظمات غير الحكومية والدول غير الأعضاء من المشاركة المباشرة في أعمالها كما انه سيؤدي إلى المزيد من البيروقراطية<sup>(١)</sup>.

وتشارك اغلب الاتفاقيات البيئية بهذا التشكيل المؤسسي القابل للتغير بسرعة لتواكب التطورات العلمية والتكنولوجية المستمرة.

وقد يكون للقواعد الإجرائية دور كبير في التوصل إلى اتفاق يعد كأساس للاتفاقية البيئية التي يتم التفاوض بشأنها، إذ تم استخدام "مدخل النص الوحيد" كوسيلة للتوصل إلى اتفاق مبدئي حيث توجد صيغة واحدة لمشروع الاتفاق، وتقوم جميع الدول الأطراف بكتابة تغييراتها المقترحة على الصيغة المقترحة، بدلا من تقديم صيغ بديلة لكامل النص وتستخدم هذه الطريقة في صياغة نصوص أغلب الاتفاقيات البيئية<sup>(٢)</sup>.

وتشتمل الاتفاقيات البيئية بشكل عام على عدد من الأقسام، إذ تبدأ بمواد تعرف المصطلحات المستخدمة في الاتفاقية، وتحدد نطاقها الجغرافي، ثم يلي ذلك مواد تدعو الأطراف " إلى اتخاذ جميع الإجراءات المناسبة لمواجهة المشكلة " كما تدعو إلى التعاون وتعزيز البحث العلمي وتبادل المعلومات بين الدول الأطراف. وفي بعض الأحيان تدعو الاتفاقية بوضوح الدول الأطراف إلى وضع بروتوكولات، أو

---

١. Robin R.churchill and Geirulfstein – Antonomous Institutional Arrangement in Multilateral Environmental Agreements – alittle Noticed Phenomenon in International Law – American Journal of International Law – [www.asil.org](http://www.asil.org) – p203.

٢. لورانس سسكند – دبلوماسية البيئة (التفاوض لتحقيق اتفاقيات عالمية أكثر فاعلية) – الجمعية المصرية لنشر الثقافة والمعرفة العالمية – ترجمة د. أحمد أمين الجمل – الطبعة الأولى ١٩٩٧ – ص ٣٨.



اتفاقات ملحقه لتيسير تحقيق الهدف الذي حددته الاتفاقية الإطارية. وقد اتبعت اغلب الاتفاقيات البيئية الدولية الحديثة هذه الطريقة في صياغتها، فيتم إنشاء الاتفاقية على مرحلتين، أو أكثر، تتمثل المرحلة الأولى بوضع أهداف ومبادئ والتزامات عامة غير محددة بشكل واضح ودقيق<sup>(١)</sup>. إذ أن تحديد هذه الالتزامات بشكل دقيق في المرحلة الأولى من صياغة الاتفاقية الإطارية، قد ينعكس سلبا على موافقة الدول المبدئية في الانضمام إلى الاتفاقية، التي يتم التفاوض بشأنها، بينما يتطلب تحقيق أهداف الاتفاقيات البيئية إلى دخول أكبر عدد ممكن من الدول فيها، فإذا اقتصر التصديق في اتفاقية معينة على عدد قليل من الدول فإن مجموع جهود الدول المنفذة للالتزاماتها قد لا يكون كافيا لحل المشكلة<sup>(٢)</sup>.

أما المرحلة الثانية فهي وضع بروتوكولات ملحقه بالاتفاقية تتضمن التزامات واضحة ومحددة بدقة<sup>(٣)</sup>، وتتميز هذه الالتزامات بأنها لا تفرض بصورة متساوية على جميع الدول الأطراف، وإنما يراعى في فرضها المسؤولية التي تتحملها كل دولة عن المشكلة البيئية التي تحاول الاتفاقية معالجتها. فضلا عن الظروف الاقتصادية، والتنمية، في الدول الأطراف. لتحديد قدرة كل دولة على تنفيذ التزاماتها دون تلكؤ أو ضرر، ويطلق على هذا المفهوم المعمول به في اغلب الاتفاقيات البيئية "المسؤوليات العامة لكن المتباينة"<sup>(٤)</sup>.

---

١. David G.Victor – Enforcing international law Implications For An Effective Global Warming Regime – Duke Journal – cited. 10 F147 – 2000 p.1-2

٢. لورانس ا.سكند – المصدر السابق – ص ٢٢.

٣. لقد تم إنشاء عدد كبير من الاتفاقيات البيئية وفقا لهذه الصيغة كاتفاقية تلوث الهواء البعيد المدى العابر للحدود لسنة ١٩٧٩ والبروتوكولات الثلاثة الملحقه بها لخفض انبعاثات الكبريت لسنة، ١٩٨٥ واكاسيد النتروجين لسنة، ١٩٨٨ وبروتوكول التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود لسنة ١٩٩١.

٤. Paul G. Harris – Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy- N.Y.U. Environmental Law Journal – Vol 7 – 1999 –p.

ويشار إلى الصفة العامة والطوعية التي تتضمنها الاتفاقية الإطارية بالقانون المرن " Soft Law "، الذي يعتبر آلية غير ملزمة قانوناً، تستخدم لتحقيق غايات مختلفة، كالتأكيد على معايير دولية محددة، ووضع الأسس القانونية اللازمة للاتفاقيات اللاحقة، والتأكيد على الالتزامات الواجب تنفيذها من قبل الدول الأطراف، ووضع الأسس لمبادئ ومعايير دولية جديدة أو التأثير على سلوك الأفراد في مختلف الدول لاحترام بعض المعايير أو دمجها بالقانون الوطني<sup>(١)</sup>.....

فمن الجائز أن تحتوي وثيقة دولية على اتفاق ليست له صفة الإلزام، إذ ليس من الضروري أن تحتوي كافة الاتفاقات الدولية على التزامات تتعهد الدول الأطراف باحترامها، ويكون الاتفاق غير ملزم إذا كان واضحاً من نصوص الاتفاق باحترامها، ويكون الاتفاق غير ملزم إذا كان واضحاً من نصوص الاتفاق ومن أحكامه المختلفة، كما لو كان لا يتضمن إلا مجرد عرض لمبادئ عامة أو لأماني أو رغبات أو للسياسات الوطنية للدول الأعضاء<sup>(٢)</sup>.

---

١. Dinah Shelton – Commitment and Compliance: What Role for " Soft Law " ? Notre Dame Law School November 22, 199 - p.1.

كما يشير القانون المرن إلى القواعد القانونية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية، أو المبادئ التي تستهدف التأثير على سلوك الدول لاحترام معايير معينة، أو دمجها مع تشريعاتها الوطنية. وبالرغم من أن هذه الاتفاقيات تلزم الدول أحياناً بإصدار تشريعات تنفيذية إلا أنه عادة لا يمكن فرض تنفيذ هذه التشريعات على المحاكم الوطنية.

Soft international law refers to agreements or principles that are meant to influence individual nations to respect certain norms or incorporate them into national law. Although these agreements sometimes oblige countries to adopt implementing.

Legislation, they are not usually enforceable on their own in a court.

Shyma Divan – International Environmental law – 2002 – p.1

٢. محمد حافظ غانم – المعاهدات دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في العالم العربي – مطبعة نهضة مصر – ١٩٦١ – ص ١٥.

إلا أنه يشار في بعض الاتفاقيات الملزمة إن الأحكام العامة هي جزء من الاتفاقية بمعنى أنها تمنحها صفة الإلزام.

وبشكل عام فإن الصيغ القانونية يمكن أن تقسم إلى نوعين رئيسيين يتمثل النوع الأول بالصيغ الملزمة قانوناً (القانون الجامد Hard Law)، والتي تترتب على مخالفتها تحمل عواقب عدم الامتثال.

أما النوع الثاني من الصيغ القانونية، فيتمثل بالصيغ غير الملزمة قانوناً (القانون المرن Soft Law)، والتي ترد بصيغة تعهدات، تحمل معنى الالتزام الأدبي، أو السياسي، أكثر منه التزاماً قانونياً<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يرد الالتزام بصيغة تشجيعية<sup>(٢)</sup>، تعمل على إيجاد الحافز لدى الدول والمواطنين، للالتزام بالقانون لكن بالتزامات ضعيفة جداً، أو بدون التزام على الإطلاق وإنما اتخاذ صيغة تعمل على حث المواطنين والدول على احترام المفاهيم البيئية باعتبارها موارد عامة ومشاركة<sup>(٣)</sup>.

وتتصف قواعد القانون المرن بأنها القواعد التي لم تتبلور إلى قانون بعد، أو أنها القواعد التي لا تمثل قانون بالمعنى الصرف. ويمثل القانون المرن أحد نتائج تطور القانون الدولي، المتمثلة بجهود الدول والمنظمات الحكومية وغير الحكومية في تطوير صيغ قانونية جديدة، لتتبلور إلى قواعد قانونية ملزمة لجميع الدول في المستقبل<sup>(٤)</sup>.

ولكن القانون المرن لا يعتبر بديلاً للقواعد القانونية الملزمة (القانون الجامد)، وإنما هو صيغة إضافية أو ملحقة تعمل على سد فجوات القانون الجامد بالمعايير الحديثة التي تواكب التطور السريع للقانون الدولي<sup>(٥)</sup>.

---

١. Dinah Shelton-Op.cit – p.2

٢. كالحث على التعاون الدولي، وتبادل المعلومات، والإبلاغ عن التهديدات البيئية....

٣. Ibid – p.2

٤. - David Hunter, James Salzman, Durwood Zaelke – International Environmental Law and policy – second edition – Newyork – 2002 – p.349.

٥. Dinah Shelton – Op.Cit – p.4

وهو في طريقة نشوءه على هذا النحو اقرب إلى العرف الدولي الذي يبدأ بسلوك مقبول من قبل عدة دول ثم ينتشر هذا السلوك تدريجياً ليصبح سلوك مقبول دولياً، ثم يتحول بمرور الوقت إلى قاعدة عرفية ملزمة.

ويتمتع القانون المرن بخصائص عامة تتمثل بالآتي:

. ترد الصيغ القانونية المرنة بصيغة التزامات مبدئية (Normative) commitment أو تشجيعية تقوم بها الأطراف التي ترغب ببذل جهد حقيقي للامتثال.

. يعتبر القانون المرن، ملحقاً إضافياً بالنسبة للقانون الجامد، وليس بديلاً عنه، لذا يستخدم القانون المرن لمليء الفجوات الموجودة في القانون الجامد، أو لوضع معايير وقواعد قانونية جديدة أكثر استجابة للمتغيرات الدولية.

. يسمح القانون المرن لممثلي الأطراف غير الحكومية بالاشتراك في وضع القواعد القانونية لهذا القانون، بينما لا يسمح القانون الجامد بذلك، لذا يكون دور القانون المرن أكثر أهمية في الشؤون المتعلقة بمصلحة ونشاطات القطاع الخاص، لأن الأطراف غير الدولية عاجزة عن إنشاء معاهدة دولية<sup>(١)</sup>.

. تؤدي الصفات الفريدة لكل اتفاق إلى تبني صيغ قانونية متميزة لحل المشكلة لأن الغرض من استخدام القانون المرن يختلف باختلاف نوع الحق أو النشاط الذي يتعامل معه ففي اتفاقيات الحد من التسلح والاتفاقيات الاقتصادية تستخدم الدول صيغ تبادل الامتيازات للحث على الامتثال وجعله أقل كلفة.

أما في نطاق حقوق الإنسان فإن القانون المرن يستخدم لتحقيق أكبر إجماع دولي ممكن على النصوص التي تتضمن المبادئ العامة، والذي يؤدي لاحقاً إلى إبرام الاتفاقية الدولية المتعلقة بالموضوع بمشاركة أغلب الدول.

أما في المشاكل البيئية، فإن القانون المرن يستخدم لغرض وضع اتفاقية إطارية ذات هدف محدد ومبادئ والتزامات عامة لكنها تمهد لوضع اتفاقية قانونية ملزمة<sup>(١)</sup>..

كما أن بعض الدول قد تلجأ إلى استخدام القانون المرن لأنها غير راغبة بالزام نفسها بالتزامات صارمة، أو بقواعد قانونية جامدة، لكن هذا لا ينتقص من القيمة القانونية للقانون المرن إذ إنه يستخدم كحافز لتطوير جيل جديد من الاتفاقيات الدولية<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن اغلب قواعد القانون البيئي الدولي قد نشأت استناداً إلى قواعد القانون المرن، سواء كانت وردت بصيغة إعلانات دولية، كإعلان ستوكهولم للبيئة البشرية عام ١٩٧٢ أو بصيغة اتفاقيات إطارية تبلورات إلى اتفاقيات ملزمة من خلال تبني بروتوكولات ملحق بها.

وتبقى الاتفاقيات الاطارية ملزمة بالنسبة للدول التي صادقت عليها، ولا ينتقص ورود التزاماتها بصيغة عامة، من قيمتها القانونية، والتزام الدول الأطراف بتنفيذها وعدم إفساد الغرض منها<sup>(٣)</sup>.

### العوامل المؤثرة على الانضمام للاتفاقيات البيئية الدولية

قد تتأثر موافقة الدول الأطراف على الانضمام لاتفاقية بيئية دولية بالعديد من العوامل المختلفة، نتيجة اختلاف مصالح الأطراف المتفاوضة لإنشاء الاتفاقيات البيئية الدولية، إذ تحتج الكثير من الدول بعدم التيقن العلمي للتخلص من أعباء تنفيذ الالتزامات التي تفرضها الاتفاقيات البيئية. ويمثل التضارب العلمي الخطر الأكبر

---

١. Ibid – p.7.

٢. Robin R.churchill and Geirulfstein – op.cit – p203.

٣. م/١٨ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

الذي يتهدد التعاون الفعال لمواجهة الأخطار البيئية العالمية<sup>(١)</sup>. ولحل هذه المشكلة فقد أقر على نطاق واسع بأن أفضل طريقة لحماية البيئة تكمن في منع وقوع الضرر بدلا من محاولة إصلاح ما تم فقده أو إفساده<sup>(٢)</sup>.

كما تراعي الدول عدم الانضمام إلى الاتفاقيات التي تضر بمصالحها الاقتصادية، وقد عارضت الولايات المتحدة الأمريكية خلال الثمانينات المنع السريع لاستخدام مركبات الكلورفلوركاربونات، ولكن أثناء التفاوض بشأن بروتوكول مونتريال، كان كبار منتجي هذه المادة قد توصلوا إلى صنع بدائل لها، وفي تغير ملحوظ في سياسة الولايات المتحدة الأمريكية، وافقت على أن الأدلة العلمية المتاحة عن أضرار استخدام مادة الكلورفلوركاربونات تتطلب منع كامل لاستخدامها بعد أن كانت تقف ضد هذه الفكرة وضد منع استخدام هذه المادة.

ويعتقد اغلب الخبراء أن الدول سوف تتصرف بالضرورة بما يحقق مصلحتها الذاتية، وإن هذه المصلحة تشتمل على الوعي بأن كل دولة عبارة عن جزء من نسيج العلاقات الدولية والسياسية والاقتصادية، وانتهاك المبادئ والقيم الأساسية في هذه العلاقات، سوف يؤدي بالضرورة إلى الإنعزال، لذلك تعترف الدول بأن الالتزام بأحكام معاهدتها يكاد يكون دائما خدمة لمصالحها<sup>(٣)</sup>.

كما تمثل قضية السيادة، وإجراءات الرصد والإبلاغ، والمراقبة الذاتية وتقديم التقارير الدورية المطلوبة لتنفيذ الاتفاقيات البيئية عقبة أخرى، إذ أن أغلب التزامات هذه الاتفاقيات تعتمد بشكل أساسي على هذه الوسائل، لأنها تستهدف تقليل قدرة أي دولة على إخفاء المعلومات أو الاستفادة من سوء الأداء المتعمد.

---

١. لورانس سسكند - مصدر سابق - ص ٨٧.

٢. صلاح عبد الرحمن الحديثي - النظام القانوني الدولي لحماية البيئة - رسالة دكتوراه - كلية القانون جامعة بغداد - ١٩٩٧ - ص ١٨٢.

٣. لورانس سسكند - المصدر السابق - ص ١٢٣.

ويصعب تحديد مدى دقة ادعاءات الالتزام أو عدم الالتزام، وعقاب من يثبت عدم التزامه في ظل نظرية السيادة المطلقة، لذا ذهب بعض الفقهاء إلى نبذ مفهوم السيادة المطلقة باعتباره مفهوماً تاريخياً لم يعد له وجود كما يسميه البعض<sup>(١)</sup>، والاتجاه نحو المفهوم الحديث للسيادة وهو ما يطلق عليه بالسيادة المعاصرة "sovereignty – modern" الذي يسعى إلى حماية مصالح الشعوب، وليس الحكومات، من خلال تغليب سيادة الأفراد على سيادة الدول "sovereignty of people rather than governments"<sup>(٢)</sup>.

إذ يسعى كثير من قادة الدول ودعاة هيئة إلى زيادة العمل على توسيع نطاق القانون الدولي لتقليل أهمية السيادة وتعزيز قوة السلطات العالمية. وقد كان إعلان لاهاي في ١٩٨٩ الذي يدعو إلى إنشاء جهاز تشريعي عالمي له قوة الإلزام، ابعاد المحاولات في تقوية السلطة البيئية في الموضوعات البيئية العالمية<sup>(٣)</sup>.

إذ أن استمرار تطور المجتمع الدولي، يفرض مفاهيم جديدة في مجالات متعددة ينبغي على الدول مراعاتها والعمل بموجبها، ففي كل الأحوال لا يمكن تفادي

---

١. من الناحية التاريخية، ارتبطت السيادة بأربع خصائص رئيسية: فالدولة تمتلك سلطة سياسية قاصرة على إقليمها، وهي قادرة على استخدام القوة ضمن حدودها. وهي المسؤولة عن ضبط حدودها، وهي تدبر شؤونها الخارجية بحرية كاملة ودون تدخل أي طرف خارجي. وأخيراً يعترف بالدولة من قبل الدول الأخرى ككيان دولي مستقل قادر على إدارة الداخلية والخارجية.

John H. Jackson – Sovereignty – Modern: A New Approach to an Outdated Concept – American Journal of International Law – vol.97- 2002- p.786

٢. Ibid – p.783

٣. وعلى الرغم من عدم حضور الدول العظمى كالصين وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي السابق إلى هذا المؤتمر. قد عقد هذا المؤتمر بناء على اقتراح من فرنسا وتم تنظيمه بمساعدة هولندا والنرويج، وكان يضم أربعاً وعشرين دولة وقعوا جميعاً على الإعلان، وكان موقعي الإعلان من رؤساء الدول مما يشير إلى استعداد واضح لرؤية جديدة للسيادة، على الأقل في ظل بعض الظروف التي تحقق مصلحة المجتمع الدولي ككل، لورانس سسكند – مصدر سابق – ص ١٢٣.

مواجهة التغير والتطور المستمر الذي يواكب قضايا حقوق الإنسان، ونمو الاقتصاد العالمي، وحماية البيئة، والحد من التسلح... التي يجب أن ينظر إلى مصلحة البشرية عند التعامل معها، من خلال سماح للأجهزة الدولية المختصة بتنفيذ مهامها، دون الامتناع بذريعة نظرية السيادة المطلقة التي لم تعد تلائم تطور المجتمع الدولي، والاستجابة لمتطلبات حماية الشعوب ضد الأخطار والكوارث التي تتطلب تعاون دولي حقيقي للحد من آثارها أو إيقافها<sup>(١)</sup>.

ولكن القاعدة تقتضي بأن تكون جميع التزامات الاتفاقيات البيئية الدولية مقبولة تطوعاً من قبل الدول الأطراف، ويتجه فقهاء القانون الدولي اليوم إلى البحث عن الوسائل التي تحقق الالتزام الطوعي دون اللجوء إلى التهديد بوسائل القسر على الالتزام<sup>(٢)</sup>.

ولذلك فإن المفهوم الليبرالي للسيادة فيما يتعلق بموضوعنا يتجه إلى تحقيق مصلحة المجتمع الدولي والبشرية جمعاء، على حساب مصلحة الحكومات، والحث على التنفيذ الطوعي للالتزامات، من خلال خلق دافع ذاتي للتنفيذ دون قسر أو تهديد بالعقوبات، إذ أن خلق هذا الدافع يتمتع بأولوية على إيجاد سلطة دولية تقوم بإجبار الدول على تنفيذها لالتزاماتها<sup>(٣)</sup>.

كما تعتمد الجهود الدولية للتعامل مع المشاكل البيئية على مدى استعداد الدول والمنظمات والأفراد على الالتزام بإتباع قواعد سلوك معينة. وقد تقوم المنظمات غير الحكومية بإسهامات ضخمة عن طريق العمل كقنوات للمعلومات المتعلقة بأنشطة الدول والحكومات الضارة بالبيئة.

---

١. John H. Jackson – OP. Cit – p.787.

٢. لورانس أ. سكند – مصدر سابق – ص ١١٧.

٣. يطلق بعض السياسيين اليوم على المفهوم الحديث للسيادة بالسيادة النسبية أو شبه السيادة .Qusi – Sovereignty



وفي بعض الأحيان لا تمتلك الدول الدافع اللازم، أو قد لا يتوفر لديها الدافع الكافي لمواجهة هذه التهديدات، لذا تقوم المنظمات غير الحكومية أحياناً بحث الحكومات أو حشد الرأي العام لدعم الاتفاقيات البيئية، وقد قام أصدقاء الأرض في المملكة المتحدة بمقاطعة منتجات الكلورفلوركربونات التي أثرت في الضغط على الحكومة للدخول في إتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون.

وتقوم المنظمات غير الحكومية بدور بالغ الأهمية في إنشاء المعاهدات البيئية، وبعد حق المنظمات غير الحكومية في الجلوس إلى مائدة المفاوضات ذي تأثير كبير جدا على عملية إنشاء المعاهدة البيئية إذ أن هذه المساهمة تمثل الوسيلة الأفضل للتأثير على الرأي العام، كما انه يدفع قادة الدول الأطراف في الاتفاقية إلى أن يضعوا في اعتبارهم الآراء الداخلية للمواطنين وأصحاب المصالح بشأن الموضوع الذي يتم التفاوض بشأنه.

ونظراً لأهمية ضمان إن الإجماع الذي يمثل توقيع الدولة، يعكس ارتباطاً من جانب مواطنيها، وشركاتها، ومنظماتها، بتغيير سلوكهم بطريقة تتسجم ومتطلبات الاتفاقية الجديدة فان إشراك اكبر عدد ممكن من ممثلي الدولة في الاتفاق سيؤدي حتماً إلى تحسين الامتثال للالتزامات هذه الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

كما قد تؤثر عوامل متعددة أخرى على الانضمام للاتفاقيات البيئية بسبب المشاكل المحتملة المتعلقة بعدم كفاية الإرادة السياسية للتمسك بالالتزامات، أو عدم توفر القدرة القانونية أو الإدارية أو التقنية أو المالية للدولة أو ربما بسبب الظروف الشاملة السياسية أو الاقتصادية الداخلية للدولة. كما أن لأحكام الاتفاقية ونوع التزاماتها ومدى إلزامها دور كبير في الانضمام للاتفاقية إذ إن الدول لا تتردد كثيراً في الانضمام للاتفاقيات الإطارية ذات المبادئ والأهداف العامة، بينما تتغير هذه التوجهات عند تبني الدول للبروتوكولات الملحق بهذه الاتفاقيات.

لكن وبشكل عام فإن ما يحكم انضمام والتزام الدول بالامتثال للاتفاقيات البيئية يبقى مرتبطاً إلى درجة كبيرة بالوعي العام لمواطني كل دولة، وإلى تأثير الرأي العام فيها، لأنه يمكن أن يجبر الحكومات على اتخاذ خطوات إيجابية تجاه المشاكل البيئية<sup>(١)</sup>.

---

١. برنامج الأمم المتحدة للبيئة - لجنة التفاوض الحكومية الدولية لوضع صك دولي ملزم قانوناً لتطبيق إجراء الموافقة المسبقة عن علم على مواد كيميائية معينة ومبيدات آفات خطرة متداولة في التجارة الدولية - لسنة ٢٠٠٠ - ص ٢

## مفهوم الامتثال للاتفاقيات البيئية الدولية وتمييزه عن

### المصطلحات القانونية ذات العلاقة

تنشأ الالتزامات الدولية في القانون الدولي بمقتضى الإرادة، التي لها وحدها أن ترتب على نفسها التزاماً دولياً معيناً أو تمتنع عن ذلك. وذلك بمقتضى المذهب الإرادي الذي تستند إليه جميع قواعد القانون الدولي.

أي أن الأصل في تنفيذ قواعد القانون الدولي، هو التنفيذ الطوعي القائم على الرضا، أي كانت دوافع هذا الرضا، سواء كان تحقيق المصلحة الوطنية، أو الدولية أو أنها كانت استجابة لدوافع سياسة أو التزامات أدبية. ويسمى هذا التنفيذ الطوعي القائم على الرضا بالامتثال<sup>(١)</sup>.

ويفسر بعض الفقهاء طاعة الدول وتنفيذها للالتزامات الدولية باتجاهات متباينة فيرى أصحاب الاتجاه الأول بان الدول تنفذ التزاماتها الدولية إذا رأت أن تنفيذها لهذه الالتزامات يحقق مصلحتها.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن الدول تنفذ التزاماتها الدولية بدافع أخلاقي بحث مستمد من القانون الطبيعي، وقواعد العدالة.

بينما يذهب الرأي الثالث إلى أن الدول تميل في سلوكها بشكل عام إلى تنفيذ التزاماتها الدولية، والامتثال لقواعد القانون الدولي، لتكون عضو فاعل ومؤثر في المجتمع الدولي.

أما الرأي الأخير فيرى أن وصف القانون لا يمكن أن ينطبق على قواعد القانون الدولي، لذا يتأرجح تعامل الدول، بين تنفيذ هذه القواعد التي ترى بأنها تتمتع بقوة أدبية مجردة، وبين الامتثال لها، وعدم مخالفتها، لأنها حازت على رضا المجتمع الدولي<sup>(٢)</sup>.

---

١. Dinah Shelton – OP. Cit – p.2

٢. Daved Hunter, James Salzman, Durwood Zaelk – OP. Cit – p.440

ومهما يكن الاتجاه فان الاتجاهات جميعها تلعب دورا فاعلا في تحقيق اهداف الاتفاقيات البيئية من خلال الامتثال لقواعدها، حيث من دون شك فان وجهات نظر الدول ومصالحها وسياساتها ودرجة تأثيرها في المجتمع الدولي وربما قياس مدى التزامها بقواعد السلوك الحضارية القائمة على احترام الطبيعة وحقوق الأجيال المتعاقبة في مواردها المشاعة تعد اليوم أسبابا كافية أيضا للامتثال.

ولا يمكن قياس الامتثال إلا على أساس مفعول التشريعات الدولية والوطنية، ولا يجوز للدول بموجب القانون الدولي العرفي (كما تم تقنيته في المادة ٢٧ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات)، أن تستند إلى أحكام قانونها الداخلي لتبرير عدم وفائها بالتزاماتها بموجب معاهدة دولية.

ويقع على عاتق كل دولة طرف في اتفاقية دولية واجب عام يتمثل في جعل قوانينها الداخلية تتطابق مع التزاماتها بموجب القانون الدولي. ويستند الإطار القانوني للاتفاقيات البيئية الدولية، إلى الموافقة الطوعية للدول الأعضاء على تنفيذ التزاماتها، رغم أنها في حد ذاتها، تفنقر إلى أي آليات لمراقبة الالتزام، ولكن أغلب هذه الاتفاقيات تعتمد إلى خلق نوع من المراقبة الذاتية تقوم بها كل دولة طرف في الاتفاقية البيئية، وذلك لتجنب التعارض مع نظرية سيادة الدول التي لا تزال تحكم العلاقات الدولية في بعض النواحي.

وتصبح الالتزامات البيئية الدولية أكثر فاعلية وأكثر مساسا بالسيادة باستعمال الطرق التكنولوجية الحديثة في مراقبة الامتثال، كاستخدام الأقمار

الاصطناعية للرصد، والاستشعار عن بعد<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر إن تطور إجراءات الرصد يظهر بوضوح في الدول المتقدمة التي تنشط فيها التجارة والصناعة واستخدام التكنولوجيا المتقدمة، والتي يبدو فيها دور الرأي العام، والمنظمات غير الحكومية، واضحا في التأثير على اتباع الدولة لسياسات معينة عند التعامل مع القضايا البيئية، لذا فإن هذه الدول تنشط في مراقبة تطابق نشاطاتها ونشاطات القطاع الخاص لشروط المعاهدات البيئية<sup>(٢)</sup>.

وتتبعي الإشارة إلى أن " الهدف من نظام الامتثال هو مساعدة الأطراف التي تواجه صعوبات في الوفاء بالتزاماتها، وتسهيل تقديم أنواع مختلفة من المساعدة لها. لذا يتعين أن تركز إجراءات الامتثال على الحيلولة دون وقوع أي أحداث محتملة في مجال عدم الامتثال، كما ينبغي أن تحدد، في أقرب مرحلة ممكنة، نوع الصعوبات التي يمكن أن تواجهها الأطراف إلى جانب تشجيع الأطراف على مراعاة الامتثال<sup>(٣)</sup> "

أي أن الهدف من الامتثال وفقا لنص لجنة التفاوض الحكومية الدولية يتلخص بالآتي:

---

١. استخدمت استراليا هذه الطريقة لمراقبة الامتثال لبروتوكول كيوتو

Allison F. Gardener – Environmental Monitoring Undiscovered Country: Developing A Satellite Remote Monitoring System to Implement The Kyoto Protocols Global Emissions – Trading Program – 2000 – p.153

ولابد من الإشارة إلى الجهود الدولية الاستثنائية التي ظهرت بعد كارثة زلزال تسونامي في اندونيسيا مطلع عام ٢٠٠٥ وما أحدثته من آثار بيئية خطيرة حثت المجتمع الدولي على تخصيص مبلغ مالي للرصد في محاولة لتجنب الآلام المبرحة التي تنشب من جراء مثل هذه الحوادث.

٢. Ibid – p.153

٣. لجنة التفاوض الحكومية الدولية لوضع صك دولي ملزم قانونا لتطبيق التدابير الدولية على ملوثات عضوية ثابتة – الدورة السابعة – جنيف – ٢٠٠٣ – ص ٢.

- مساعدة الأطراف التي تواجه صعوبة في الوفاء بالتزاماتها بتقديم أنواع مختلفة من المساعدة لها.

- تحديد نوع الصعوبات التي يمكن إن تواجه الدول الأطراف مستقبلا وتجنبها قبل حدوثها، لتجنب حدوث عدم الامتثال.

ج- تشجيع الأطراف على مراعاة الامتثال.

كما يمكن أن يعرف الامتثال أيضا بأنه تمسك الدولة بتنفيذ التزاماتها الدولية<sup>(١)</sup>. وذلك بالاستعانة بكل التقنيات، والوسائل اللازمة للتشجيع أو المساعدة على الامتثال، وذلك تجنباً لاستخدام (آليات التنفيذ القسري) تجاه الدولة.

إذ إن وسائل تشجيع ودعم الامتثال، تستخدم في مرحلة تسبق مرحلة حدوث خرق للالتزامات الدولية، وتجنباً لحدوث ذلك الفرق<sup>(٢)</sup>.

وقد عرف برنامج الأمم المتحدة للبيئة الامتثال، بأنه إنجاز الالتزامات الجوهرية للاتفاقية من قبل الدول الأطراف<sup>(٣)</sup>. وعرفه أيضا بأنه وفاء الأطراف المتعاقدة بالتزاماتها بموجب اتفاق بيئي متعدد الأطراف، وأي تعديلات لذلك الاتفاق<sup>(٤)</sup>.

---

١. Compliance refers to a state's adherence to specific obligations Under an agreements Allison F. Gardener – p168.

٢. Dnforce means to compel Obedience, but Compliance means that State Under an Obligation Comply with their International Duties. Many Techniques Exist to Encourage or Assist states in Complying, but these are not Enforcement Techniques because Compliance Techniques are used at the stage Priot to Determination that A breach of that Obligation has Occurred.

Mary Ellen Oconnell – Enforcement and Success of international Law – Indian Journal of international law – vol.3-issue.2-1999-p.3.

٣. UNEP/GCSS.VII/4Add.2 Nov/2001 P.3

٤. UNEP/GCSS.VII4/Add.2 P.3

## وينقسم الامتثال إلى نوعين:

النوع الأول: الامتثال للالتزامات الإجرائية Procedural Compliance ويتعلق بإنجاز الالتزامات المتمثلة بحضور الاجتماعات، وتقديم التقارير الدورية، والإبلاغ عن الأخطار التي تهدد البيئة وغيرها....

أما النوع الثاني فيسمى الامتثال للالتزامات الجوهرية Substantive compliance<sup>(١)</sup> ويتمثل بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالهدف الأساسي من الاتفاقية مثل تخفيض انبعاثات ثاني أكسيد الكربون، أو منتجات الكلورفلوروكربونات، أو المحافظة على الأنواع الحية<sup>(٢)</sup>...

ويوجد الكثير من الغموض الذي يحيط بتحديد مفهوم دقيق للامتثال، إذ ان الكثير من القانونيين يستخدمون مصطلحات متعددة للدلالة على الامتثال، رغم أنها لاتعني ذلك المعنى بالضرورة، ومثال ذلك (التنفيذ Emplementation، التحقق Verification، الفاعلية Effectiveness، التنفيذ القسري Enforcement، المراقبة Monitoring)

ولتوضيح هذا الغموض لابد من دراسة ما يميز بين الامتثال وهذه المصطلحات ذات العلاقة:

- الامتثال compliance والفاعلية Effectiveness: يختلف الامتثال عن الفاعلية، على الرغم من أن المفهومين مترابطين، ففي الامتثال نتوجه بالسؤال إلى أحد الأطراف في الإتفاقية، للتأكد من تنفيذه لالتزاماته. بينما تتعلق الفاعلية بالاتفاقية نفسها فيما إذا كانت تحقق أو لا تحقق الهدف من إنشائها، وتشير

---

Allison F. Gardener – OP. Cit p.169

.١

Ibid – p.169

.٢

الفاعلية إلى دور التزامات الاتفاقية في تحقيق لأهدافها<sup>(١)</sup>. وهناك من يرى بأن موضوع الفاعلية ينبغي أن ينصب، على الاتفاقية نفسها، وهل إنها قادرة بصياغتها القانونية الحالية على معالجة المشكلة أو الحد منها.

ومع ذلك فقد تمتثل الدول لالتزامات الاتفاقية ولكن غرض الاتفاقية لا يتحقق، فقد تكون الاتفاقية غير مؤثرة، أو أنها غير قادرة على معالجة المشكلة، أو إن التزاماتها ضعيفة أو إن هناك عيوب في صياغتها القانونية<sup>(٢)</sup>.

- الامتثال والتنفيذ Implementation يشمل التنفيذ النشاطات التي تقوم بها الدولة لإنجاز التزامات الاتفاقية. وهو يشير على سبيل المثال لا الحصر، إلى كل القوانين والأنظمة والسياسات والتدابير والمبادرات ذات الصلة التي تتخذها الأطراف المتعاقدة للوفاء بالتزاماتها بموجب اتفاق بيئي متعدد الأطراف<sup>(٣)</sup>.

ولكن تنفيذ الدولة لالتزاماتها الدولية لا يعني بالضرورة أنها تمتثل لالتزاماتها فهي قد تقوم بإنجاز التزاماتها الدولية، لكنها تقصر في القيام بالتزاماتها الوطنية التي تفرضها الاتفاقية عليها<sup>(٤)</sup>.

كما إن هناك بعض الغموض الذي يتعلق بتعريف المراقب Monitoring، والتحقق Verification والعلاقة بينهما. إذ يذهب البعض إلى اعتبارهما جزء من التنفيذ القسري Enforcement أو شكل من أشكاله. بينما يتوجب قبل اللجوء إلى التنفيذ القسري، وجود خرق لالتزام دولي، يستتبع التنفيذ القسري بالضرورة خرق الالتزام الدولي، ويعرف بأنه الإكراه على تنفيذ الالتزامات الدولية أو إطاعتها<sup>(٥)</sup>.

---

١. Ibid – p.178

٢. Edith Brown Weiss, Understanding Compliance with International Environmental Agreements (1999).

٣. UNEP/GCSS. VII/4/Add.2 p.3

٤. Allison F. Gardener p.168

٥. Mary Ellen Oconnell Using Trade to.... -p.3.



وتستخدم المراقبة لوصف مدى امتثال الدول في تنفيذها لالتزاماتها، وتوافق نشاطاتها مع الشروط البيئية، فالمراقبة تستخدم للتأكد من الامتثال، ولتحديد درجته، وهي منفصلة تماما عن أي نوع من أنواع القسر على التنفيذ<sup>(١)</sup>.

وتستخدم كلمة التحقق verification في الاتفاقيات للدلالة على تدقيق ومراجعة المعلومات المقدمة من قبل الدولة المعنية عن امتثالها، ومقارنتها بالمعلومات والمعطيات التي يتم الحصول عليها من مصدر موثوق ومستقل. بغية المساعدة في التأكد مما إذا كان طرف ما متمثلاً<sup>(٢)</sup> وفي حالة عدم الامتثال التأكد من درجة عدم امتثاله ونوعه وتواتره.

والمصدر الرئيسي للتحقق هو التقارير الوطنية، وقد يتم بالاستعانة بمصادر مستقلة لتأييد البيانات والمعلومات الوطنية<sup>(٣)</sup>.

أساس التحقق في هذا السياق، هي ضمان فاعلية الاتفاقية، من خلال التأكد من إن سلوك الأطراف يتجه نحو تحقيقها لأهدافها. والذي لا يمكن أن يتم، إلا بتنفيذ التزاماتها طوعاً، أو من خلال التنفيذ القسري....

....For any environmental egulation to be effective there must be monitoring of compliance and enforcement....<sup>(4)</sup>

وقد قدمت دول الاتحاد الاوربي مثال واضح للتمييز بين الامتثال compliance والتنفيذ Implementation والقسر على التنفيذ enforcement في النص الآتي:

- 
١. Ibid p.170
  ٢. Allison F. Gardener p.170
  ٣. UNEP/GCSS. VII/4/Add.2 p.6
  ٤. William Murray Tabb, Linda A. Malone – Environmental law Cases and Materials – The Michie, Company law publishers Charlottesville, Virginia – p421.

State Often Fail to adopt domestic laws, to put in to effect community directives, when they fail to adopt these law, they fail to implement, when they fail to implement they fail to comply...

"And "to enforce" means to" Compel Obedience"<sup>(1)</sup>

أي إن الدولة التي تفشل في وضع قوانين محلية تتسجم مع متطلبات الاتفاقية تفشل في تنفيذ التزامات الاتفاقية، وعندما تفشل الدولة في تنفيذ التزاماتها الاتفاقية تفشل في الامتثال. وفي هذه الحالة يتم استخدام التنفيذ القسري، لان التنفيذ يستند ابتداء إلى الأساس الطوعي، فان لم يتم هذا التنفيذ الطوعي يتم استخدام وسائل التنفيذ القسري وكما في النص:

International law is generally obeyed. Its enforcement is based primarily on compliance, not enforcement<sup>(2)</sup>.

ولكن القسر على التنفيذ في القانون الدولي بقي هامشيا، إذ أن أغلب الدول قد تفضّل، تجنّب إفساد العلاقات الدولية الجيدة، باستخدام القسر على التنفيذ، كما حدث في حادثة تشيرنوبل سنة ١٩٨٦ عندما رفض الاتحاد السوفيتي دفع التعويض للدول المتضررة، والتي كان بإمكانها استخدام تدابير القسر على التنفيذ لكنها فضلت عدم استخدامها<sup>(٣)</sup>. لذا فان القسر على التنفيذ قد لا يستخدم دائما حتى لو كان استخدامه ممكن قانونا لانه نجم نتيجة خرق قواعد القانون الدولي.

لذا فإن الأساس في تنفيذ قواعد القانون الدولي البيئي هو الامتثال وليس التنفيذ القسري، إذ يوجد بعض الجدل ضد استعمال آليات التنفيذ القليلة المتوفرة في القانون الدولي، لفرض التنفيذ القسري للقانون البيئي الدولي ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة:

---

١. Mary Ellen O Connell- Using Trade to Enforce international Environmental Law – Indian Journal of international law – vol. 3-Issue.2 – 1994.p.2

٢. Mary Ellen O Connell – Enforcement and Success... - p1

٣. Ibid – p.5

**أولاً:** لا تنتج اغلب انواع النشاطات التي تسبب ضرراً بيئياً عن انتهاك لأي قاعدة قانونية يمكن أن تؤدي مخالفتها إلى القيام بالتنفيذ القسري. فاعلم النشاطات الصناعية مثلاً والتي تسبب التلوث لا تعتبر افعال غير مشروعة قانوناً.

حتى بالنسبة إلى العديد من النشاطات التي يمكن أن تعتبر غير مشروعة فإن المجتمع الدولي لم يتفق على قواعد أساسية لمعالجتها، ولكن كانت هنالك محاولة لخلق هذه القواعد في مؤتمر ريو دي جانيرو عام ١٩٩٢ والتي ظهرت في مبادئ إعلان قمة الأرض ضمن ما يسمى بالقانون المرن. والذي لا يمكن أن يخضع من يخالف تنفيذ مبادئه إلى التنفيذ القسري.

**ثانياً:** غالباً ما تكون الدولة المسؤولة عن الضرر البيئي ليست طرف في الاتفاقية ذات العلاقة، أو إن الاتفاقية المعنية (إطارية) تتضمن مبادئ وأهداف عامة لا تلزم الدولة المسؤولة بأي التزام لمنع الضرر. على سبيل المثال، الولايات المتحدة كطرف في معاهدة تلوث هواء العابر للحدود البعيدة المدى لسنة ١٩٧٩ لا تلتزم بأي التزامات مهمة لأن هذه الالتزامات تتضمنها البروتوكولات المختلفة الملحقه بالاتفاقية التي تتطلب تخفيض إطلاق ثاني أكسيد الكبريت إلى الجو. والولايات المتحدة ليست طرف فيها وبغض النظر عن كمية الفحم الذي تستخدمه الولايات المتحدة الأمريكية، فلا يمكن أن يتخذ أي إجراء لفرض المعاهدة ضدها لأنها لم تنتهك أي التزام بموجب الاتفاقية.

أما المثال الآخر فيتمثل في قيام النرويج واليابان بتحفظات قانونية على الالتزام بتعليق صيد الحيتان في اتفاقية منع صيد الحيتان، لذلك وبموجب هذه التحفظات أصبح من حقهما قانوناً الاستمرار بالصيد<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً:** عدم قدرة بعض الدول على تقديم التقارير الدورية والبلاغات الذاتية، بسبب عدم توفر القابلية التقنية، والفنية، والاقتصادية للقيام بهذه الالتزامات، والتي تتمتع بأهمية كبيرة جداً في المراحل الأولية لتنفيذ الاتفاقيات البيئية. إذ أنها تعكس الوضع

الخاص لكل دولة طرف في الاتفاقية وتبين مدى حاجة هذه الدول للمساعدة أو عدمها، كما أنها تقيس درجة امتثال كل دولة طرف في الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

لذا فإن بعض الدول قد تمتنع عن الامتثال للاتفاقيات البيئية نتيجة عدم التوفر الموارد المالية لديها بينما يتطلب تنفيذ هذه الاتفاقيات الكثير من الاموال.

إذ أن حماية البيئة تتطلب إنفاق الدول للكثير من الأموال، بخلاف المجالات الأخرى التي لا تتطلب سوى القيام بعمل سلبي، فالاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان لا تتطلب سوى القيام بعمل سلبي كالامتناع عن تعذيب السجناء واحترام حقوقهم أما في مجال حماية البيئة، فقد يتطلب الأمر من الحكومات توعية السكان من خلال برامج تثقيفية مستمرة، والقضاء أو منع مسببات التلوث باستخدام الأجهزة الحديثة التي تراعي هذه المواصفات، وإزالة مسببات التلوث الإشعاعي ومعالجة آثارها وتتطلب هذه الأمور بطبيعتها موارد مالية ضخمة<sup>(٢)</sup>...

**رابعاً:** لا يؤدي التنفيذ القسري غالباً إلى تحسين نوعية البيئة، فقد يؤدي إنهاء أو تعليق عضوية دولة طرف في اتفاقية بيئية (نتيجة لعدم امتثالها)، إلى التسبب بأضرار كبيرة إذ إن تعلق عضوية هذه الدولة أو إنهائها يمنحها فرصة التخلص من أعباء التزاماتها، لهذا فإن معالجة سبب عدم الامتثال وإعادة تهيئة الدولة ومساعدتها على تنفيذ التزاماتها أجدى بكثير من إيقاف تحملها لهذه الالتزامات الذي سيؤدي حتماً إلى ازدياد التدهور البيئي.

وأخيراً، فإن أهمية الامتثال للالتزامات البيئية تتمثل في تحقيق الهدف الذي يكون بتجنب التسبب بالضرر البيئي، وليس بمعالجته بعد حدوثه. والذي يعد أكثر نفعاً وإيسر تنفيذاً من مواجهة آثار الضرر الناجمة عن القيام بالعمل الذي يسبب الضرر البيئي.

---

David G. Victor – op.cit – p.4

.١

Mary Ellen O Connell – Enforcement and Success... - p7

.٢

#### رابعاً: أهمية وسبل الامتثال للاتفاقيات البيئية

وفقاً لما تقدم فإن الامتثال إلى الاتفاقيات البيئية يستند أساساً إلى مفهوم المسؤولية المرنة "Soft responsibility" والذي يتم الاعتماد فيها بالدرجة الأساس على ما تقدمه الدول من تقارير دورية تقدم فيها امتثالها ذاتياً، وتقوم بمراقبة سلوكها، وسلوك مواطنيها لتحقيق أهداف الاتفاقية وللحفاظ على سمعتها، وتجنب الانتقادات الدولية التي يمكن أن توجه إليها في حالة عدم الامتثال، وتلعب هذه الاعتبارات دوراً كبيراً في الاستجابة لمتطلبات تنفيذ الاتفاقيات البيئية، إذ أن الدول الأطراف تتحسب كثيراً تلافياً لإصدار أمانة الاتفاقية إعلاناً بعدم امتثالها<sup>(١)</sup>.

فإن ثبت عدم امتثال دولة معينة، فإن التدابير الإقناعية، تلعب دوراً كبيراً في إعادة الدولة إلى الإمتثال<sup>(٢)</sup> في حالة عدم اتخاذها للقرار بالامتثال لسبب سياسي، أما في حالة عدم قدرة الدولة المعنية بالامتثال لسبب اقتصادي أو تقني، فإن ما يتم اتخاذه بشأنها، هو تقديم المساعدات المادية والتقنية اللازمة لمساعدتها على الامتثال. أما التدابير العقابية فتتخذ أخيراً بعد اسناد طرق الإقناع والمساعدة<sup>(٣)</sup>.

"وتلجأ أغلب الاتفاقيات البيئية لمواجهة عدم الامتثال إلى أحد الإجراءات التالية:

- فضحه إلى الجمهور العام من خلال تقارير عن انتهاك الطرف للالتزامات.
- إصدار تحذيرات أو توصيات إلى الطرف.
- توفير المساعدة المناسبة لتمكين الطرف من الامتثال للالتزامات.

---

١. Sebastian Oberthur, Hermann E. Ott – The Kyoto Protocol International Climate Policy for 21 Century – Mercedes – springer – 1999 – p.219.

٢. UNEP/POPS/INC 7/1 P.5

٣. Sebastian Oberthur, Hermann E. Ott – OP.Cit- p.219

- تعلق حقوق محدده للطرف بناءً على الاتفاقية<sup>(١)</sup>

وعلى الرغم من أن القانون البيئي الدولي يواصل الاعتماد بالدرجة الأولى على الامتثال، لكن الحاجة للتنفيذ القسري ستزداد بلاشك. كلما تطور هذا القانون وأصبحت التزاماته القانونية أكثر وضوحاً، ولكن إعطاء الوقت الكافي للامتثال قبل التنفيذ القسري سيبقى مطلوباً<sup>(٢)</sup>.

ويمكن ان يكون التنفيذ القسري للقانون البيئي الدولي أكثر فاعلية إذا تمت الاستعانة بالمحاكم الوطنية لأداء هذه المهمة لان القانون البيئي الدولي، والقانون الوطني هما الأكثر تشابهاً من بين فروع القانون الدولي الأخرى. إذ أن الحماية البيئية تتعلق بنشاطات الأفراد أكثر من نشاطات الدول، فهناك القليل من النشاطات التي تقوم بها الدول تجاه الدول الأخرى في الشؤون المتعلقة بالاتفاقيات البيئية الدولية. بينما ينصب التعامل الحقيقي مع التزامات هذه الاتفاقيات على سلوك الأفراد والمؤسسات الوطنية والخاضعة للقانون الوطني للدول الأطراف في الاتفاقيات البيئية الدولية. فالقانون البيئي الدولي يتعلق إلى حد كبير بمصالح الأفراد والشركات والمؤسسات الوطنية، لهذا نجد إنه من المعقول استعمال طرق التنفيذ القسري التي تستخدمها المحاكم الوطنية.

هذا فضلاً عن أن المحاكم الوطنية قد تفرض على مواطنيها تطبيق بعض الالتزامات وفقاً لقواعد القانون الدولي، وللأوضاع الدستورية والتشريعية المختلفة للدول. كما إن الدول الأطراف في الاتفاقيات البيئية الدولية، بعد أن تصبح طرف في المعاهدة، أن تقوم من خلال سلطاتها التشريعية، بتبني القوانين والتشريعات الوطنية اللازمة لتنفيذ الاتفاقية.

---

UNEP/FAO/PIC/INC.7/10 – 2000 – P.5

.١

Mary Ellen Oconnell - Using Trade to.... -p.6.

.٢

لكن هذه الوسيلة تكون ناجحة على المستوى الوطني تجاه المواطنين في الداخل، أما على المستوى الدولي فلا يمكن أن تكون هذه الوسيلة فعالة ... إذ لا تمتلك المحاكم الوطنية، القدرة على إصدار قرارات نافذة تجاه الدول الأخرى.

لذا تدعو بعض الدول إلى استخدام التدابير المضادة، لإكراه الدول على تنفيذ التزاماتها المتعلقة بالاتفاقيات البيئية الدولية، مستندين في ذلك إلى أن عدم تنفيذ هذه الالتزامات يسبب ضررا للدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية.

فقيام دولة ما بتنفيذ التزاماتها البيئية، لن يجنبها التعرض للأضرار الناجمة عن عدم امتثال الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية. لان الضرر البيئي ضرر عابر للحدود وهو لا يقف عند حدود الدولة التي نفذت التزاماتها البيئية. فهي ستبقى تتعرض للضرر الناجم عن تلوث الهواء والمياه واستنفاد طبقة الأوزون وتغير المناخ طالما استمرت الدول الأخرى في خرق التزاماتها البيئية.

وقد عرفت لجنة القانون الدولي بان خرق الالتزام الدولي يحدث متى كان الفعل الصادر عن الدولة، غير مطابق لما تتطلبه منها التزاماتها، بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه<sup>(١)</sup>.

ويعتبر القيام بالتدابير المضادة الصادر عن دولة، ضد دولة أخرى (مسئولة عن فعل غير مشروع دوليا) مشروعا إذا كان يهدف إلى حمل هذه الدولة على الامتثال لالتزاماتها الدولية<sup>(٢)</sup>، وتقتصر التدابير المضادة على تعليق أداء واحد أو أكثر من الالتزامات الدولية الواقعة على الدولة المتخذة للتدابير، تجاه الدولة المسؤولة.

ولكن يجب ألا تتطوي التدابير المضادة على أي انتقاص من الالتزام المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة بالامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو

---

١. م/١٢ من مشاريع المواد التي اعتمدها لجنة القانون الدولي للصياغة في القراءة الثانية حول

فعل الدولة غير المشروع دوليا. A/CN.4/SR.2662

٢. م/٢٣ - المصدر نفسه.

استعمالها فعلا. والالتزامات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان الأساسية. والالتزامات ذات الطابع الإنساني التي تمنع أي أشكال الانتقام ضد الأشخاص المحميين بموجب هذه الالتزامات. فضلا عن أي التزامات أخرى قائمة بموجب قواعد قطعية من قواعد القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.....

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الأكثر استخداما لهذه التدابير في العالم... إذ أنها على سبيل المثال، يمكن أن تقوم بفرض حظر تجاري على دخول بضائع معينة، لا تطابق المواصفات البيئية المقبولة، وقد قامت الولايات المتحدة بفرض عقوبات تجارية على المكسيك لان طريقة الصيد التي استخدمتها لصيد سمك التونة تؤدي الأضرار بالبيئة وتدميرها. كما أنها استخدمت التدابير المضادة ضد الصين نتيجة انتهاكاتها المتكررة لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>....

لكن الحقيقة أن الولايات المتحدة الأمريكية التي تستخدم التدابير المضادة كثيرا تعلم أنها غير عادلة لأنها متاحة للدول الغنية، على حساب الدول الفقيرة، أو الضعيفة، فقط فهي تستطيع تجميد أموال وموجودات هذه الدول أو تقوم بفرض حظر اقتصادي أو تجاري.... أو تقوم بفرض عقوبات اقتصادية وغيرها من الإجراءات لتطبيق التدابير المضادة<sup>(٣)</sup>.

---

١. م/٥١ المصدر نفسه.

٢. Mary Ellen Oconnell - Using Trade to.... -p.2.

٣. Ibid – p.3.



## المصادر

- 1- Robin R. Churchill and Geir Ulfstein – Autonomous institutional – arrangements in multilateral environmental agreements-a little noticed phenomenon in international law – American journal of international law – 2000.
- 2- United Nations Treaty Collection. <http://www.un.org>
- 3- David G. Victor-Enforcing International Law Implications For An Effective Global Warming Regime-Duke Journal –cited. 10 F147- 2000. <http://www.law.duke.edu>.
- 4- Allison F. Gardener – Environmental Monitoring's undiscovered Country: Developing A satellite remote Monitoring system to implement the Kyoto protocol s global. Satellite Remote Monitoring N.Y.U. Environmental law journal vol. 9-2000.
- 5- Mary Ellen O Connell – Enforcement and Success of international Law- Indian Journal of international law – vol.3- issue.2-1999-
- 6- Mary Ellen O Connell- Using Trade to Enforce international Environmental Law – Indian Journal of international law- vol.3-Issue.2-1994.

- 7- Daved Hunter, James Salzman, durwood Zaelk.....  
International Environmental Law and **policy** – second edition  
– Newyork – 2002.
- 8- PAUL G. HARRIS- Common but Differentiated Responsibility:  
The Kyoto Protocol and United States policy – N.Y.U.  
Environmental Law Journal – Vol 7 – 1999.
- 9- Sebastian Oberthur, Hermann E.Ott – The Koyoto Protocol  
International Climate Policy for 21 Century springe – 1999.
- 10- Dinah Shelton – Commitment and Compliance: What Role  
for International "Soft Law"? Notre Dame Law School  
November 22, 1999.
- 11- John H. Jackson – Sovereignty – Modern: A New Approach  
to an Outdated Concept – American Journal of International  
Law – 2002 – vol.7.

-لورانس ا.سكند – دبلوماسية البيئة (التفاوض لتحقيق اتفاقيات عالمية أكثر  
فاعلية) – الجمعية المصرية لنشر الثقافة والمعرفة العلمية – ترجمة د. أحمد  
أمين الجمل – الطبعة الأولى ١٩٩٧.

-محمد حافظ غانم – المعاهدات دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في  
العالم العربي – مطبعة نهضة مصر – ١٩٦١.

-صلاح عبد الرحمن الحديثي - النظام القانوني الدولي لحماية البيئة - رسالة  
دكتوراه - كلية القانون جامعة بغداد - ١٩٩٧.

-لجنة التفاوض الحكومية الدولية لوضع صك دولي ملزم قانوناً لتطبيق التدابير  
الدولية على ملوثات عضوية ثنائية - الدورة السابعة - جنيف - ٢٠٠٣  
UNEP/POPS/INC.7/2

-مشروع المبادئ التوجيهية المتعلقة بالامتثال للاتفاقيات البيئية متعددة الأطراف  
وانفاذها - برنامج الأمم المتحدة للبيئة -  
UNEP/GCSS.VII/4/Add.2 NOV/2001.٢٠٠٢

-مشاريع المواد التي أعتمدها لجنة القانون الدولي للصياغة مؤقتاً في القراءة  
الثانية حول "فعل الدولة غير المشروع دولياً". A/CN.4/SR.2662

-برنامج الأمم المتحدة للبيئة - لجنة التفاوض الحكومية الدولية لوضع صك  
دولي ملزم قانوناً لتطبيق إجراء الموافقة المسبقة عن علم على مواد كيميائية معينة  
ومبيدات آفات خطرة متداولة في التجارة الدولية - لسنة  
UNEP/FAO/PIC/INC.7/10.٢٠٠٠

اثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على  
تديد المصور

ببحث تقدم به

الدكتور زياد حمد عباس الصميدعي

مدرس القانون الخاص

في كلية الحقوق / جامعة النهريين

اثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تحديد المهور

الدكتور زياد حمد عباس الصميدعي

مدرس القانون الخاص

في كلية الحقوق / جامعة النهريين

الملخص:-

يعالج هذا البحث موضوعاً في غاية الأهمية ألا وهو أثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تحديد المهور، المشكلة التي تكررت في العديد من الدول العربية والإسلامية كالعراق ولبنان والسودان.

وهذه الدراسة محاولة جادة للإجابة عن هذا التساؤل مع بيان موقف المشرع العراقي منها.

THIS RESEARCH DEALS WITH A VERY IMPORTANT SUBJECT. IT IS EFFECT OF THE VARIATION OF THE CURRENCY ON THE DOWRY LIMITATION. THIS PROBLEM HAS BEEN REPEATED IN VARIOUS ARABIC AND ISLAMIC COUNTRIES LIKE IRAQ, SUDAN AND LEBANON.

THIS STUDY IS A SERIOUS ATTEMPT TO ANSWER SUCH A PROBLEM WITH A MANIFESTATION OF THE IRAQI LEGISLATURE.

### المقدمة

من المعلوم أن المهر هو ما تستحقه المرأة بالزواج أو بالدخول بها دخولاً حقيقياً، وقد ثبت مشروعيتها في القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث أُلزم الله سبحانه وتعالى الزوج بدفعه دون تحديد نوعيته وطبيعته ومقداره، وترك ذلك لحرية الزوجين بحسب كل زمان ومكان، وذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى ((فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة))<sup>(١)</sup> ومنها قوله تعالى ((واتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً))<sup>(٢)</sup>.

---

١. سورة النساء (٢٤).

٢. سورة النساء (٤).

وما ثبت عن النبي (صلى الله عليه وسلم) انه لم يخل زواجاً من مهر، وما روي عنه (صلى الله عليه وسلم) انه قال لرجل (تزوج ولو بخاتم من حديد)<sup>(١)</sup>.

فالزوج ملزم بتقديم المهر، لانه في وجوبه اظهار لاهمية هذا العقد ومكانته، واعزاز المرأة ورفع قدرها، والعمل على دوام رابطة الزوجية واستمرار هذه الشركة، لان ما يصعب طريق الوصول إليه يعز في الاعين، ويحرص الناس على ابقائه بعد الحصول عليه.

ولا يشترط في هذا المهر ان يكون حالاً، بل يصح ان يتفق الزوجان على تأجيله كله أو تأجيل بعضه وتعجيل البعض الآخر الى اقرب الاجلين الطلاق أو الوفاة، لكي يكون ضماناً مادياً ومعنوياً للزوجة في هاتين الحالتين الاخيرتين، او يكون اماناً لها من الطلاق فيما لو اراد الزوج التفكير به.

ولكن ما هو حكم هذا المهر المؤجل، فيما لو تغيرت القوة الشرائية للعملة النقدية، وكان هذا المهر نقداً، بحيث اصبح هذا المهر لا يساوي شيئاً يذكر، فتنتفي بذلك الحكمة من تأجيله؟ وما هو موقف فقهاء الشريعة الاسلامية وقوانين الاحوال الشخصية العربية من هذا المشكلة التي تكررت في العديد من الدول العربية والاسلامية كالبنان والسودان والعراق؟

هذا ما اردنا الاجابة عنه في هذه العجالة، وقد الليت على نفسي أن أنهج نهجاً موضوعياً يتفق وأساليب البحث العلمي فرجعت في كل ذلك إلى فقه المذاهب الإسلامية، الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الأمامية والزيدية وعرضت الآراء الفقهية مع أدلتها وناقشتها مع بيان الرأي الراجح منها.

وقد عالجت هذا الموضوع عبر خطة حاولت أن تكون متوازنة إلى حد ما وعلى النحو الآتي:-

---

١. رواه البخاري، راجع صحيح البخاري للإمام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري (دار

الفكر، بيروت ١٩٨٣م) ٢٥٢/٣.

❖ المقدمة.

❖ المبحث الأول (أثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تحديد المهور في الفقه الإسلامي).

❖ المبحث الثاني (أثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تحديد المهور في قوانين الأحوال الشخصية).

❖ الخاتمة.

### المبحث الأول

اثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية

على تحديد المهور في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في اثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية على الالتزامات المالية "بما فيها المهر باعتباره قرضاً" على مذهبين:-



**المذهب الاول:-** يذهب إلى عدم الاعداد بتغير القوة الشرائية للعملة النقدية، والزام المدين بأداء ما التزم به كما وعدداً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(١)</sup> والحنفية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>

والحنابلة<sup>(٤)</sup>، والشيعة الإمامية<sup>(٥)</sup>، والزيدية<sup>(٦)</sup>. وللتدليل على ذلك لابد من عرض وتحليل العديد من المقولات الفقهية من امهات المصادر للمذاهب المذكورة للتوصل إلى معرفة رأيهم المقدم وما استدلوا به عليه.

- 
١. مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل للأمام عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، الطبعة الأولى) ٣٤٠/٤، الشرح الكبير للإمام ابي البركات سيدي احمد الدردير (دار الفكر العربي، بيروت، تحقيق محمد عlish، بدون تاريخ) ٤٦/٣، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس (مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣هـ) ٤٤٤/٨-٤٤٥.
  ٢. بدائع الصنائع للإمام علاء الدين الكاساني (دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢) ٢٤٢/٥، رد المحتار على الدر المختار للإمام محمد امين المعروف بابن عابدين (دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٨٦هـ) ٥٣٤/٤، تنبيه الرقود في مسائل النقود لابن عابدين ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين (مطبعة شركة الضمانة العثمانية، اسطنبول ١٣٢٥) ٦٤/٢.
  ٣. تحفة المحتاج بشرح المنهاج للإمام ابن حجر الهتمي (مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ٢٠٠٣) ٢٥٧/٢ حاشية الجمل على شرح المنهج للعلامة الشيخ سليمان الجمل (المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بدون تاريخ) ٢٦٠/٣، الاشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (مكتبة مصطفى الباني الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٩ ص ٤٣، بغية المسترشدين للسيد الشريف عبد الرحمن بن محمد الحسين المشهور باعلوي (دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، ١٩٩٨) ص ١٥٧.
  ٤. الروض المربع شرح زاد المستقنع للإمام منصور بن يونس البهوتي (المطبعة السلفية، مصر، الطبعة السادسة، ١٣٨٠هـ) ١٩٠/٢، كشف القناع عن متن الاقناع للعلامة منصور بن يونس البهوتي (مكتبة النهضة الحديثة، الرياض، بدون تاريخ) ٣١٥/٣.
  ٥. منهاج الصالحين لأية الله العظمى ابي القاسم الخوئي مطبعة النعمان، النجف الأشرف، الطبعة الثامنة، ١٣٩٧هـ) ١٨٦/٢، الاسلام سبيل السعادة والسمو لأية الله العظمى محمد مهدي الخالصي (نشر مركز وثائق الامام الخالصي، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٠) ص ١٤٢.

جاء في موهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل (يعني ان من اقترض فلوساً او باع بها سلعة ثم انه بطل التعامل بتلك الفلوس وصار التعامل بغيرها فانه يجب له الفلوس ما دامت قرها ولو رخصت او غلت فان عدمت بالملكية ولم توجد فله قيمة الفلوس)<sup>(٢)</sup>.

وجاء في الشرح الكبير (وان بطلت فلوس او دنانير او دراهم ترتبت لشخص على ما يشتمل عندها نظراً للعرف فالمثل اي الواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل بها أو التغيير....)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في بدائع الصنائع (ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالاجماع وعلى المشتري ان ينقد مثلها عدداً ولا يلتفت إلى القيمة هنا، لان الرخص والغلاء لا يوجب بطلان الثمنية الا ترى ان الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها اثمان؟)<sup>(٤)</sup>.

وجاء في حاشية ابن عابدين (نحلت الفلوس او رخصت فعند الامام الاول والثاني اولاً ليس عليه غيره...)<sup>(٥)</sup>.

وجاء في تحفة المحتاج (ويرد وجوباً حيث لا استبدال المثلي في المثلي ولو نقداً أبطله السلطان لانه اقرب الى حقه وفي المتقوم ... يرد المثل الصوري...)<sup>(٦)</sup>.

وجاء في شرح النهج مع حاشية الجمل (...ويرد المقترض لمثلي مثلاً لانه اقرب الى الحق والمتقوم مثلاً صورة...)<sup>(٧)</sup>.

---

١. الروضة الندية شرح الدرر البهية لابي الطيب صديق حسن خان (المطبعة المصرية ببولاق، بدون تاريخ) ص ٢٦٢.

٢. مذاهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل للامام الحطاب، ٣٤٠/٢.

٣. الشرح الكبير للامام احمد الدريدر، ٤٦/٣.

٤. بدائع الصنائع للكاساني، ٢٤٢/٥.

٥. رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ٥٣٤/٤.

٦. تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، ٢٥٧/٢.

وجاء في الاشباه والنظائر (تترتب الفلوس في الذمة بامور منها القرض وقد تقرر ان القرض الصحيح يرد فيه المثل مطلقاً فاذا اقترض منه رطل فلوس فالواجب رد رطل من ذلك الجنس سواء زادت ومنه او نقصت)<sup>(٢)</sup>.

وجاء في بغية المسترشدين (اشترى بفلوس ثم قبل قبضها زاد السلطان في حسابها او نقص لم يلزمه الا عدد الفلوس المعقود عليها ولا عبرة بما حدث بل وان نقصت قيمتها إلى الغاية ما لم تصر إلى حد لا تعد عرفاً انها من تلك الفلوس التي كان يتعامل بها فلا يجب قبولها حينئذ...) <sup>(٣)</sup>.

وجاء في المغني (واما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل ان كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق او قليلاً لانه لم يحدث فيها شيء انما تغير السعر فاشبه الحنطة اذا رخصت او غلت....)<sup>(٤)</sup>.

وجاء في الروض المربع شرح زاد المستقنع (ويرد المقترض المثل اي مثل ما اقترضه في المثليات لان المثل اقرب شبيهاً من القيمة فيجب رد مثل فلوس غلت او رخصت او كسدت ويرد القيمة في غيرها من المنقومات...) <sup>(٥)</sup>.

وجاء في كشف القناع عن متن الاقناع (ان الفلوس ان لم يحرمها وجب رد مثلها غلت او رخصت او كسدت...) <sup>(٦)</sup>.

وجاء في منهاج الصالحين (اذا كان المال المقترض مثلياً كالحنطة والشعير والذهب والفضة ونحوها ثبت في ذمة المقترض مثل ما اقترض وعليه اداء المثل

---

١. حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان الجمل، ٢٦٠/٣.

٢. الأشباه والنظائر للأمام السيوطي ص ٣٤.

٣. بغية المسترشد للسيد باعلوي ص ١٥٧.

٤. المغني لابن قدامة ٢١٤/٤.

٥. الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي ١٩٠/٢.

٦. كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ٣١٥/٣.

سواء ابقى على سعره وقت الاداء او زاد او نزل وليس للمقترض مطالبة المقترض بالقيمة...) (١).

وجاء في الاسلام سبيل السعادة والسلام (ليس على المدين للدراهم والدنانير الا دفع مثلها مادامت رائجة في السوق وان نزلت قيمتها، اما اذا تركت المعاملة بها (كما هو شأن الليرة العثمانية الآن) او سقطت عن التعامل كلية (كما هو شأن الاوراق النقدية القيصريّة الروسية) فعلى المدين قيمتها يوم خروجها من السوق او سقوطها) (٢).

وجاء في الروضة الندية شرح الدرر البهية (.... ويجب ارجاع مثله لانه إذا وقع التعاطي على ان يكون القضاء زائداً على اصل الدين فذلك هو الربا بل ورد ما يدل على ان مجرد الهدية من المستقرض للمقرض ربا....) (٣).

وهكذا يتبين لنا من هذه النصوص ان جمهور الفقهاء لم يعتدوا باثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية في الالتزامات المالية ومنها المهر في عقود الزواج، ولا يقال هنا ان هذه النصوص تتناول عقود البيع والقرض (اي المعاولات المالية فقط)، بل ان هذه النقود قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، ولا خلاف بين الفقهاء في ان المهر المؤجل ديناً في ذمة الرجل، وقد استدلت اصحاب هذا الاتجاه على ذلك بعدة ادلة أهمها ما يلي:-

- قوله عليه الصلاة والسلام (على اليد ما اخذت حتى تؤديه) (٤)، فقالوا بان هذا الحديث يدل دلالة صريحة على وجوب اداء المدين ما التزم به بغض النظر عن تغير القوة الشرائية للنقود فيما لو كان محل التزامه مبلغاً من النقود (١).

---

١. منهاج الصالحين للخوازي ١٨٦/٢-١٨٧.

٢. الاسلام سبيل السعادة والسلام للأمام الخالسي ص ١٤٢.

٣. الروضة الندية شرح الدرر البهية للامام صديق خان ص ٢٦٢.

٤. رواه الترمذي والبيهقي والحاكم، راجع سنن الترمذي للامام محمد بن عيسى الترمذي (دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون) ٥٦٦/٣، سنن البيهقي للامام

والواقع ان هذا الاستدلال في غير محله اذ ان المثلية التي ذكرها الحديث غير متحققة هنا بل ان رد نفس المبلغ كما وعدداً يكون منافياً للحديث المتقدم<sup>(٢)</sup>.

- ثم انهم قالوا ان ذلك من شأنه ان يحقق العدالة بين طرفي العقد والتي هي من مقاصد العقود<sup>(٣)</sup>.

ولا أدري هل ان العدالة تتحقق برد المثل السوري للاوراق النقدية ام المثل الحقيقي اذا ما اختلفت القيمة، فالخمسـة الاف ديناراً التي كان يستطيع المواطن العراقي ان يشتري بها داراً ضخماً في السبعينات، لا يستطيع ان يشتري بها اليوم ادنى حاجة من حاجياته اليومية، فقل لي بربك ايهما اقرب الى الحق والعدل المثل السوري ام المثل الحقيقي؟

ثم ان هؤلاء الفقهاء يناقضون انفسهم بانفسهم ويرون ان المال العيني يرد بمثله الا اذا اصابه نقص او عيب، ومما لا شك فيه ان العيب الوحيد الممكن تصوره في العملة النقدية انما هو نقصان القيمة<sup>(٤)</sup>، فكيف لا يؤخذ به هنا؟ الا تقتضي العدالة اعطاء نفس الحكم في الحالتين.

**الاتجاه الثاني:-** يذهب إلى وجوب اداء القيمة في حالة تغير القوة الشرائية للعملة النقدية رخصاً او غلاء، وهذا ما ذهب إليه ابو يوسف من الحنفية وهو الراجح من

---

احمد بن الحسين البيهقي (مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، تحقيق محمد عبد القادر عطا ١٩٩٤) ٩٥/٦، المستدرك على الصحيحين للامام محمد بن عبد الله الحاكم (دار الكتب العلمية، بيروت تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى) ٥٥/٢.

١. دروس تمهيدية في القواعد الفقهية للسيد باقر الايرواني (مؤسسة الفقه، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٨) ١٤٣/٢.

٢. الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية للدكتور مصطفى الزلمي (شركة السعدون، بغداد، بدون تاريخ) ص ٢٧٥-٢٧٦.

٣. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهر للشيخ فيصل المولوي، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) على موقع الشيخ فيصل المولوي ص ٢٤.

٤. المصدر السابق ص ٢٤.

آرائهم<sup>(١)</sup>، وشيخ الاسلام ابن تيمية<sup>(٢)</sup> من الحنابلة والكثير من الفقهاء المحدثين كالشيخ فيصل المولوي<sup>(٣)</sup> والدكتور الشيخ عبد الله المحفوظ بن بيه<sup>(٤)</sup>، واستاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي<sup>(٥)</sup>، والسيد محمد تقي المدرسي<sup>(٦)</sup>، واية الله السيد مكارم الشيرازي<sup>(٧)</sup>، وغيرهم.

جاء في حاشية ابن عابدين (... غلت الفلوس او رخصت فعند الامام الاول والثاني اولاً - أي ابو يوسف في قوله الاول - ليس عليه غيره، وقال الثاني ثانياً - أي ابو يوسف في قوله الثاني - عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى وهكذا في الذخيرة والخلاصة وقد نقله شيخنا في بحره واقره، فحيث صرح به فان الفتوى عليه في كثير من المعطرات فيجب ان يعول عليه افتاء وقضاء لان المفتي والقاضي واجب عليهما الميل الى الراجح من مذاهب امامهما ولا يجوز لهما الاحد بمقابلة لانه مرجوح بالنسبة...)<sup>(٨)</sup>.

ويقول ابن تيمية في تعليقه لوجوب رد قيمة النقود اذا ما تغيرت قوتها الشرائية .. بأن الكساد يوجب النقصان وهو نوع عيب معناه عيب النوع والانواع لا يعقل

---

١. حاشية ابن عابدين لمحمد بن عابدين ٥٣٤/٤، تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين أيضاً ٦٢/٢.

٢. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهر للشيخ فيصل المولوي ص ٢١-٢٢.

٣. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهور للشيخ فيصل المولوي ص ٣٠.

٤. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهور للشيخ فيصل المولوي ص ٢١.

٥. الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية للدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ص ٢٧٥.

٦. احكام الاسلام لاية الله السيد محمد تقي المدرسي (دار محبي الحسين، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م) ص ٢٢٩.

٧. المسائل المستحدثة في الفقه الاسلامي لاية الله الشيخ ناصر مكارم الشيرازي (بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد ٦/٥ السنة الثالثة ١٩٩٧) ص ٥٩.

٨. حاشية ابن عابدين، ٥٣٤/٤.

عيبها الا نقصان قيمتها واذا اقرضه او غضبه طعاماً اغتصب قيمته فهو نقص النوع، فلا يجبر على اخذه ناقصاً فيرجع الى القيمة وهذا هو العدل، فان المالين انما يتماثلان اذا استوت قيمتها واما مع اختلاف القيمة فلا تماثل<sup>(١)</sup>.

وجاء في كتاب الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية (..) اذا كان المال المقرض مبلغاً من النقود سواء كانت في نقود بلد القرض او نقود بلد اخر ثم ارتفعت او انخفضت القوة الشرائية لتلك النقود خلال الفترة الواقعة بين القبض والرد فان الواجب على المقرض هو القضاء القاصر اي قيمة النقود المقرضة لا كميتها.

فلنفرض ان (أ) استقرض من (ب) الف دينار وكان الدينار حين القبض يساوي مثقالاً من الذهب ثم اصبح الالف كله معادلاً لمثقال واحد من الذهب فان الرد بنفس المبلغ يكون باطلاً لعدم التماثل بين المقبوض والمردود لاختلاف معناه (قيمتها).

بل في هذه الحالة يجب العدول الى القيمة فعلى المقرض ان يرد قمة المبلغ المقرض يوم القبض وكذلك الحكم اذا كان الامر معكوساً.

فالعبرة في حالة القوة الشرائية بقيمة يوم القبض سواء كان التغير في ارتفاع القوة الشرائية او في انخفاضها لا ماذا التغير بمثابة فقدان المال المثلي في الاسواق وفي ايدي الناس...<sup>(٢)</sup>.

---

١. اثر انهيار الاوراق النقدية في المهور للشيخ فيصل المولوي، ص ٢٤.

٢. الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية لاساتذنا الدكتور مصطفى

الزلمي ص ٢٧٥.

وجاء في احكام الاسلام لاية الله العظمى السيد محمد تقي المدرسي (لو اقترض مالا نقداً بالعملات الرائجة اليوم (الاوراق النقدية) فنزلت قيمتها تنزلاً كبيراً جداً بسبب حرب او قحط او حصار اقتصادي او ما اشبه فلا بد من اعادة قمة القرض الحقيقية وليس عدد الاوراق المقترضة وليس عدد الاوراق المقترضة، وان كان الاحوط التراضي والتصالح...)<sup>(١)</sup>.

وجاء في كتاب اثر انهيار الاوراق النقدية على المهور (... ان النقود الورقية تقاس على الفلوس من حيث قلة قيمتها الذاتية وتعرضها للغلاء والرخص الذي يبرر الرجوع الى القيمة اما لو كان المهر محدداً بدراهم فضية او دنانير ذهبية فان لها قيمة ذاتية مهما غلت او رخصت فيجب رد المثل فيها ولا يلجأ الى القيمة وهذا التفريق مبنى على التفريق بين اثمان الخلقة وهي الذهب والفضة واثمان الاصطلاح وهي الفلوس والنقود الورقية) ويعمل ذلك بقوله (فالرجوع الى القيمة لاييني زيادة في المهر او تعديلا وانما هو تفسير لما تراضي عليه الزوجان على ضوء هبوط قيمة

الليرة اللبنانية، كما ان الرجوع الى القيمة لا يعني ابدأ تعديل الاتفاق حول المهر المبرم بين الزوجين وانما هو تطبيق لهذا الاتفاق يراعي الارادة الحقيقة للطرفين)<sup>(٢)</sup>.

وقد استدلت اصحاب هذا الاتجاه بعدة ادلة اهمها ما يلي:-

- اذا كان الاصل في قرض النقود الورقية ان يؤدي بمثله، فان تحقيق العدالة يقتضي استرجاع المثل الحقيقي وليس المثل الصوري اي القيمة وليس المثل<sup>(٣)</sup>.

- ان قياس النقود الورقية على النقود الذهبية قياس مع الفارق، فهو صحيح من حيث جريان احكام الربا والزكاة عليها باعتبارها وسيلة من وسائل التبادل، وليس

---

١. احكام الاسلام للسيد محمد تقي المدرسي، ص ٢٢٩.

٢. اثر انهيار الاوراق النقدية في المهر للشيخ فيصل المولوي ص ٣١-٣٢.

٣. اثر انهيار الاوراق النقدية في المهور للشيخ فيصل المولوي ص ٢٤.



صحيحاً من حيث القيمة فالذهب والفضة يتمتعان بقيمة ذاتية اما الاوراق النقدية فقيمتها هي مخزن اصطلاحي للقيمة وليس مخزناً حقيقياً لها<sup>(١)</sup>.

- ان استمرار التراضي بين الزوجين شرط اساسي لصحة العقد، ومن المعلوم ان رضا الزوجة ووليها بالزواج من انسان معين يبنى على مجموعة اسباب والمهر احدها ومن ثمة فان التراضي بين الزوجين يتنازل مقدار المهر، ولا يجوز شرعاً انقاص هذا المهر من قبل الزوج بعد الاتفاق عليه مهما كان كبيراً واعتبر ذلك اذا ما حصل اثماً مبيناً... واذا كان المهر المسمى نقوداً فان الاخذ منه لا يمكن ان يتصور الا باحدى طريقتين:-

**الأولى:-** ان يسيء الرجل معاملة زوجته حتى يضطرها الى التنازل عن مهرها او عن جزء منه.

**الثانية:-** ان تنقص قيمة هذه الاوراق النقدية عما كانت عليه عند اجراء عقد الزواج، اذا كان القرآن الكريم قد حرم الصورة الأولى صراحة بقوله تعالى ((ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا)) فان مقتضى العدالة الشرعية تحريم الصورة الثانية لان التراضي الحقيقي وقع على قيمة هذه الأوراق وليس على عددها<sup>(٢)</sup>.

- من المعلوم ان الغاية من تأجيل بعض المهر امران:-

**الأول:-** دفع الزوج إلى التروي في ايقاع الطلاق عن طريق زيادة هذا المهر بحيث يجد من الصعوبة عليه ادائه فيما لو اقدم على الطلاق.

**الثاني:-** تأمين مستقبل المرأة بعد طلاقها او بعد وفاة زوجها وخاصة اذا لم يكن عندها من يعول عليها، ومما لاشك فيه ان تغير القيمة النقدية للمهر من شأنه ان يذهب بالحكمة او الغاية المتوخاة من ذلك، فلا يجد الزواج اية صعوبة تذكر في

---

١. المصدر السابق، ص ٢٧.

٢. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهر للشيخ فيصل المولوي ص ٢٧.

دفع متأخر المهر اذا ما طلق زوجته، كما لا تجد المطلقة او الارملة ما يكفيها لتأمين معيشتها<sup>(١)</sup>.

### الرأي الراجح:-

الذي يبدو لنا ان الرأي الراجح هو ما ذهب اليه اصحاب الاتجاه الثاني من وجوب أداء قيمة الأوراق النقدية في حالة تغير قيمتها الشرائية وذلك لقوة الادلة التي استند إليها اصحاب هذا الاتجاه بالاضافة الى ما يلي:-

- ان الرد بالمثل الذي قال به الفقهاء او المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، والحقيقة في العملات النقدية هي المالية، اي بعبارة اخرى ان المماثلة المعتبرة هي من حيث المالية لذلك فان رد المثل يكون من حيث القيمة النقدية.
- ثم أن هنالك أمراً آخرًا هو انه لو سقطت الاوراق النقدية، بان ابطلت الدولة ماليتها واسقطتها من الاعتبار، فمما لاشك فيه عدم جواز اداء الديون بها، وفي

---

١. المصدر السابق، ص ٢٨، ومبررات تقويم مهر المطلقة بالذهب للدكتور عادل ناصر حسين (بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، العدد (١٠) المجلد (٦) تشرين الثاني ٢٠٠٢، ص ١٠).

هذا الصدد يقول الامام البهوتي (وان كانت الدراهم التي تقع القرض عليها مكسرة او كان القرض فلوساً فمنع السلطان المعاملة بها اي بالدراهم المكسورة او الفلوس فله اي للمقرض القيمة من القرض)<sup>(١)</sup>، فاذا كان الامر كذلك فمن باب أولى اذا ما تغيرت قيمتها الشرائية كان الواجب أن تأخذ بنظر الاعتبار هذا التغير.

- ان تغير القوة الشرائية للعملة النقدية ما هو الا مصداق من مصاديق نظرية الضرورة وتطبيق من تطبيقاتها، التي قامت اساساً على مبدأ العدالة الذي هو من مقاصد هذه الشريعة السمحاء، والمراد من قوله تعالى ((ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى))<sup>(٢)</sup>، ومما لاشك فيه ان العدل يقتضي رد القيمة لا المثل كما اسلفنا<sup>(٣)</sup>.

- قسم الاصوليون والفقهاء طريقة تنفيذ المدين لالتزامه الى الاداء والقضاء، فقالوا ان الاداء هو تسليم عين الواجب الى مستحقه والقضاء تسليم مثل الواجب او قيمته، كما قسموا كلاً من الاداء والقضاء والقاصر (الناقص) وعلى التفصيل الاتي:-

- **الاداء الكامل** وهو تسليم عين الواجب كما هو مطلوب شرعاً بدون أي تغيير في وصفه وذاته بعد العقد وقبل التسليم، كتسليم السيارة المباعة الى المشتري بحسب الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد.

- **الاداء القاصر (النقص)** وهو تسليم عين الواجب مع تخلف وصف من اوصافه او شرط من الشروط المتفق عليها في العقد.

---

١. الروض المربع شرح زاد المستقنع، للبهوتي ١٩٠/٢.

٢. سورة النحل (٩٠).

٣. النظرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي للدكتور محمد سعود المعيني (مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠)، ص ١٧٩، نظرية الظروف الطارئة للدكتور عبد السلام الترماتي (دار الفكر، دمشق، ١٩٧١م)، ص ٣٧.

- **القضاء الكامل** وهو تسليم المثل صورة ومعنى (قيمة) بان يكون البدل مساوياً لما في ذمة المدين صورة وقيمة، كرد طن من الحنطة بدلا من طن الحنطة المستقرض ومن نفس الصنف.

د- **القضاء القاصر** وهو رد مثله معنى لا صورة كما لو استقرض شخص من آخر طنا من الارز من صنف معين ثم اختفى ذلك الصنف في الاسواق فيجب في هذه الحالة رد بدله من القيمة بحسب يوم القبض<sup>(١)</sup>.

وبناء على هذا التقسيم الاصولي والفقهى اذا كان المال المقرض مبلغا من النقود ثم ارتفعت او انخفضت القوة الشرائية لتلك النقود فان الواجب على المقرض هو القضاء القاصر اي قيمة النقود المقرضة لا كميتها.

## المبحث الثاني

### أثر تغير القوة الشرائية للعملة النقدية

#### على تحديد المهور في تشريعات الاحوال الشخصية

لاتكاد تختلف التشريعات المدنية الوضعية<sup>(٢)</sup> عما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية من وجوب اداء المدين عين ما التزم به كما "وعدداً"، اياً كان

---

. الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية لاستاذنا الدكتور مصطفى

الزلمي، ص ٢٧٥، واصل الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد لاستاذنا الدكتور مصطفى الزلمي (شركة الخنساء، بغداد، الطبعة الخامسة، ١٩٩٩)، ٢/٢٦٢-٢٦٣.

٢. اذا ما استثنينا القانون الصادر في تشيلي رقم ٤٥٥ لسنة ١٩٧٥ والذي نص صراحة على وجوب اداء القيمة في حالة تغير القوة الشرائية للعملة النقدية، حيث نصت المادة الاولى منه

مصدر هذا الدين، ومن ثمنه فلا اثر لتغير القوة الشرائية للعملة النقدية على تنفيذ المدين لالتزاماته، وهذا ما نصت عليه صراحة بعض التشريعات المدنية كالقانون المدني الفرنسي في المادة (١٨٩٥)، والقانون المدني المصري في المادة (١٣٤) منه<sup>(١)</sup> والتي اقتبست بدورها من النص الفرنسي<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة (١٨٩٥) من القانون المدني الفرنسي على انه

(اذا كان محل الالتزام نقوداً التزام المدين بقدر عددها المذكور في العقود دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او انخفاضها وقت الوفاء أي اثر)<sup>(٣)</sup>.

وعليه يلتزم المدين باداء المقدار المتفق عليه من النقود سواء ارتفعت قيمتها او انخفضت، اما المشروع العراقي فلم يورد في القانون المدني نصاً عاماً على غرارها ذهبت اليه التشريعات المدنية السالفة الذكر، الا انه اخذ بنفس الاتجاه في نص المادة (٩٦٠) منه والتي نصت على انه (اذا وقع القرض على شئ من المكيلات

---

على انه (في كل تصرف او عقد يسلم بموجبه شخص او يلتزم بتسليم مبلغ من النقود لشخص اخر يلتزم وهذا الشخص باعادة القيمة التي تسلمها.

١. والتي نصت على انه (اذا كان محل الالتزام نقوداً، التزام المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الايفاء أي اثر.

٢. وهذا ايضاً ما اخذ به القانون المدني الاردني في المادة ٦٨٩، والقانون المدني السوري في المادة ١٣٥ والقانون المدني الليبي في المادة ١٣٦.

٣. وازاء هذا المجهود في النص حاول بعض الفقه والقضاء في فرنسا تطويع هذا النص فقالوا ان نص المادة (١٨٩٥) يتضمن قاعدة مفسرة ليست من النظام العام، ومن ثمة يجوز ادراج شرط في عقد القرض لاجل تطويعه بما يحقق مصلحة المدين فيما لو تغيرت القوة الشرائية للعملة النقدية. راجع اثر تغير القيمة في الالتزامات النقدية للدكتور عصمت عبد المجيد بكر (بحث مستل من مجلة القانون المقارن العدد ٣٢ لسنة ٢٠٠٢).

او الموزونات او المسكوكات او الورق النقدي، فرخصت اسعارها أو غلت فعلى المستقرض رد مثلها ولا عبرة برخصها وغلانها).

وعليه فان المقترض لا يكون ملزماً الا بقدر ما ورد في العقد، دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او انخفاضها اثر في الوفاء، وهكذا يربح من جراء انخفاض قيمة هذا النقود، ويصاب بخسارة اذا ارتفعت قيمتها<sup>(١)</sup>.

وازاء هذا الجمود الذي شاب النص، فان السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة من اجل تطويع هذا النص، واعادة التوازن للالتزامات العقدية، بما يحقق العدالة بين الطرفين في حالة تغير القوة الشرائية للعملة النقدية؟

للاجابة على ذلك نقول نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني على انه (١- اذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لاحد العاقلين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي.

٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

فهذه المادة قد اشترطت ثلاثة شروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي:-

- ان يكون الحادث استثنائياً، ويراد بالحادث الاستثنائي ما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للامور، أي يكون بعيداً عما افه الناس واعتادوه، كزلازل او حرب أو ارتفاع باهظ في الاسعار أو نزول فاحش فيها....

---

١. العقود المسماة لاستاذنا الدكتور حسن علي الذنون (شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤م)،

- أن يكون الحادث عاماً لا خاصاً بالمدين، كافلاسه أو مرضه، بل يجب ان يشمل اثره عدداً كبيراً من الناس، كدولة معينة، أو طائفة معينة الخ....

- أن يكون الحادث غير متوقع، أي يجب ان لا يكون في الوسع توقعه وقت ابرام العقد، ومعيار التوقع هنا معيار موضوعي، وهو معيار الشخص المعتاد، فاذا كان الحادث متوقعاً، فلا مجال هنا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>(١)</sup>، وحيث ان تغير القوة الشرائية للعملة النقدية ارتفاعاً وانخفاضاً، امراً متوقعاً في ظل المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول، لذا لا نجد مجالاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي أيضاً، حيث رفض في العديد من قراراته تطبيق هذه النظرية، وقد بنى رفضه هذا على اعتبار ان ارتفاع اسعار السلع والخدمات وانخفاضها حالة متوقعة خلال فترة الحصار، ومن ثمة فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، لان من شروط تطبيقها عدم توقع الحادث الاستثنائي<sup>(٢)</sup> هذا هو الاصل العام في الالتزامات النقدية فهل يسري ذلك على المهور باعتبارها ديناً في ذمة الازواج؟ وماهو موقف قوانين الاحوال الشخصية من ذلك؟ هل نصت على معالجة مشكلة تغير القوة الشرائية للعملة النقدية واثرها على المهور، ام بقي الامر على الاصل العام الوارد في القوانين المدنية؟

لا يكاد الباحث في تشريعات الاحوال الشخصية للبلدان العربية ان يجد نصاً صريحاً يعالج مشكلة تغير القوة الشرائية للعملة النقدية واثرها في تحديد المهر بشكل مفصل، اذا ما استثنينا المشرع العراقي، ولعل السبب في ذلك يعود الى الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي لهذه الدول، في حين نجد ان الازمات السياسية

---

١. نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون للدكتور فاضل شاكر النعيمي (دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩م)، ص ١١٣ وما بعدها.

٢. انظر القرار التمييزي المرقم ٤٨٩/ب/٩٦ في ١٩٩٧/٣/٨ وقرارات محكمة استئناف بغداد، ١٥١٦/س، و ١٤٥٦ و ١٩٩٧/١٥٢٢ في ١٩٩٧/٤/٢٦م، راجع اثر تغير قيمة النقد في الالتزامات العقدية للدكتور عصمت عبد المجيد بكر، ص ٣٣.

والاقتصادية وعلى وجه الخصوص الحصار الاقتصادي الذي عانى منه العراق لعدة سنوات ادى الى تدهور قيمة الدينار العراقي وانخفاض قوته الشرائية الى حد غير معقول، حيث اصبح سعر الدولار الامريكي الواحد بعد عام ١٩٩١ يساوي ثلاثة الاف ديناراً عراقياً بعد ان كان الدينار العراقي يساوي ثلاثة دولارات ونصف قبل هذا التاريخ.

الأمر الذي اثر سلباً على تحديد المهور وادى إلى زيادة حالات الطلاق فنهارت بذلك الكثير من العلاقات الزوجية لهذا السبب مما استدعى المشرع العراقي ان يفكر جدياً في ايجاد حل مناسب لهذه المشكلة التي تفاقت وكثرت شكوى الناس منها، فصدر قرار عن مجلس قيادة الثورة برقم (١٢٧) في تاريخ ١٩٩٩/٧/٢٤ ينص صراحة على ان تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج الا ان صياغة هذا القرار قد جاءت قاصرة عن استيعاب حالات اخرى توفرت فيها ذات العلة، وهي حالتي الوفاة والتفريق القضائي بين الزوجين، الا اننا نرى إمكانية توسيع حكم هذا النص ليستوعب حالتي الوفاة والتفريق القضائي عن طريق تفسيره تفسيراً واسعاً بواسطة القياس طالما ان العلة متوفرة فيها، حيث ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه كما تقول القاعدة الشرعية الاصولية.

وما يقال عن العراق هنا يقال عن لبنان أيضاً حيث نجد ان عقود الزواج المعقودة في لبنان قبل سنة ١٩٨٥ كانت تحدد المهر بالليرة اللبنانية، التي كانت تتراوح قيمتها بين ليرتين ونصف إلى عشر ليرات للدولار الامريكي الواحد ثم انهارت قيمتها هذه الليرة حتى اصبح الدولار الامريكي يساوي ثلاثة الاف ليرة، ثم عادت الى التحسن حتى وصلت بعد عام ١٩٩٩ الى الف وخمسمائة ليرة لبنانية للدولار الواحد، ورغم كل ذلك لم يتدخل المشرع اللبناني لمعالجة هذه المشكلة، لذا اختلفت آراء القضاة الشرعيين في هذه المسألة فكان اكثرهم هو يحكم بنفس المبلغ المحدد بالليرة اللبنانية ولكنه يحاول ان يقنع الزوج بدفع اكثر من ذلك وكان ينجح في كثير من الاحيان في ذلك الا ان المبلغ يظل غالباً اقل بكثير من القيمة يوم العقد، وكان



البعض الآخر من القضاة يحكم بتعديل المبلغ المحددة بالليرة اللبنانية دون التزام  
محدد بنسبة معينة.

الا ان المحكمة الشرعية العليا في بيروت حسمت اجتهادها في هذه المسألة  
بالاكثارية ..... انه لا يحق للزوجة ان تأخذ اكثر من المبلغ المحدد بالليرة اللبنانية  
ولا عبر ..... على انه يجب ان يلاحظ ان هذا الاجتهاد الاخير للمحكمة  
..... نجد في تضاعيف قانون تنظيم القضاء  
الشرعي ..... شأنه ان يقضي على هذا الاجتهاد الا وهو  
نص المادة (٢٤٢) والذي جاء فيه (يحدد القاضي السني حكمه طبقاً لارجح الاقوال  
من مذهب ابي حنيفة الا في الاحوال التي نص عليها قانون العائلة) وحيث ان ارجح  
الاقوال في مذهب ابي حنيفة هو قول الامام ابي يوسف على ما حققه ابن عابدين  
في حاشيته وهو وجوب اداء القيمة في حالة الرخص والغلاء لذا فهو الذي يجب ان  
يعول عليه افتاء وقضاء هناك<sup>(١)</sup>.

اما في غير هاتين الدولتين يبقى العمل بالاصل العام الوارد في القوانين  
المدنية، من وجوب اداء المدين عين ما التزم به كماً وعدداً بما في ذلك المهر  
باعتباره قرضاً يثبت في ذمة الزوج، ولا تأثير لغير القوة الشرائية للعملة النقدية عليه.

---

١. اثر انهيار الاوراق النقدية على المهور للشيخ فيصل مولوي، ص ٣٠.

### الخاتمة

توصلت بفضل الله سبحانه وتعالى الى بعض النتائج التي اوجزها في هذه الخاتمة:-

- لا خلاف بين الفقهاء في ان الواجب على المدين اداء عين ماالتزم به كماً وعدداً، الا ان الخلاف بينهم فيما لو كان محل الدين مبلغاً من النقود وتغيرت القوة الشرائية له، فهل يلتزم باداء ما لتزم به كماً وعدداً، ام يلتزم باداء قيمته؟ فذهب جمهور الفقهاء الى ان الواجب اداء عين ما التزم به في حين ذهب بعض الفقهاء الى ان الواجب هو اداء القيمة دون المثل وهذا ما ذهبنا إلى ترجيحه مع ذكر ادلة الترجيح.

- لا خلاف في ان مهر الزوجة هو دين في ذمة الزوج اذا ما اوجل لذا يجري عليه الخلاف الفقهي السابق ونرجح الرأي الثاني كما ذكرنا.

- حسناً فعل المشرع العراقي حينما اصدر قراراً برقم (١٢٧) لسنة ١٩٩٩ نص صراحة على ان تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج، الا ان قراره هذا جاء قاصراً عن استيعاب حالات اخرى توفرت فيها نفس العلة وهي حالتها الوفاة والتفريق القضائي لذا نقترح ان يعدل

هذا النص بأضافة عبارة (او التفريق او الوفاة) ليكون النص كالآتي (تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق او لتفريق او الوفاة مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج).

### المراجع

أولاً:- القرآن الكريم.

ثانياً:- الحديث الشريف:-

صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣م.

سنن الترمذي للإمام محمد بن عيسى الترمذي، دار أحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون، بدون تاريخ.

سنن البيهقي للإمام احمد بن الحسين البيهقي، دار الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤، تحقيق محمد عبد القادر عطا.

المستدرك على الصحيحين للإمام محمد بن عبد الله الحاكم، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

ثالثاً:- الفقه الإسلامي:-

- الفقه المالكي:-

مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ.

الشرح الكبير للإمام أبي البركات أحمد الدردير، دار الفكر، بيروت، تحقيق الشيخ محمد عlish، بدون تاريخ.

المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣هـ.

#### - الفقه الحنفي:-

بدائع الصنائع للإمام علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م.

رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين للإمام محمد أمين بن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ.

رسائل ابن عابدين للإمام محمد أمين بن عابدين، مطبعة شركة الصحافة العثمانية، اسطنبول، ١٣٢٥هـ.

#### - الفقه الشافعي:-

الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بدون تاريخ.

بغية المسترشدين للسيد الشريف عبد الرحمن بن محمد بن الحسين المشهور باعلوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.

تحفة المحتاج بشرح المنهاج للإمام أحمد بن حجر الهيتمي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ٢٠٠٣م.

حاشية الجمل على شرح المنهج للعلامة الشيخ سليمان الجمل، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بدون تاريخ.

## - الفقه الحنبلي:-

الروض المربع شرح زاد المستقنع للإمام منصور بن يونس البهوتي، المطبعة السلفية، مصر، الطبعة السادسة، ١٣٨٠هـ.

كشف القناع عن متن الإقناع للإمام منصور بن يونس البهوتي، مكتبة النهضة الحديثة، الرياض، بدون تاريخ.

## - الفقه الشيعي:-

الاسلام سبيل السعادة والسلام للإمام محمد مهدي الخالصي، نشر مركز وثائق الإمام الخالصي، الطبعة الرابعة، ٢٠٠.

أحكام الاسلام لآية الله العظمى السيد محمد تقي المدرسي، دار محبي الحسين، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.

منهاج الصالحين للإمام أبي القاسم الخوئي، مطبعة النعمان النجف الأشرف، الطبعة الثامنة، ١٣٨٠هـ.

دروس تمهيدية في القواعد الفقهية للسيد باقر الايرواني مؤسسة الفقه، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

## - الفقه الزيدي:-

الروضة الندية شرح الدرر البهية لابي الطيب صديق حسن خان، المطبعة المصرية ببولاق، مصر، بدون تاريخ.

## رابعاً:- الكتب العامة:-

الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية للدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي، شركة السعدون، بغداد، بدون تاريخ.

أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد للدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي شركة  
الخنساء، بغداد الطبعة الخامسة، ١٩٩٤.

النظرية العامة للضرورة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد سعود المعيني، مطبعة  
العاني، بغداد، ١٩٩٠.

نظرية الظروف الطارئة للدكتور عبد السلام الترماني، دار الفكر، دمشق،  
١٩٧١م.

نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون للدكتور فاضل شاكر النعيمي، دار  
الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩م.

العقود المسماة للدكتور حسن علي الذنون، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤م.

أثر تغير النقد في الالتزامات العقدية للدكتور عصمت عبد المجيد بكر، بحث مسئل  
من مجلة القانون المقارن، العدد ٣٢، ٢٠٠٢م.

#### خامساً:- الأبحاث:-

اثر انهيار الأوراق النقدية على المهور للشيخ فيصل مولوي، بحث منشور على  
شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) على موقع الشيخ فيصل مولوي.

المسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي للشيخ ناصر مكارم الشيرازي، بحث منشور  
في مجلة فقه أهل البيت العدد ٥-٦، السنة الثانية، ١٩٩٧.

مبررات تقويم مهر المطلقة بالذهب للدكتور عادل ناصر حسين، بحث منشور في  
مجلة جامعة النهدين العدد (١٠) المجلد (٦) تشرين الثاني ٢٠٠٢.

تطور القواعد الآمرة  
في القانون الدولي

د. حيدر أدهم الطائي

كلية الحقوق / جامعة الزهرين

تطور القواعد الآمرة

في القانون الدولي

د. حيدر أدهم الطائي

كلية الحقوق / جامعة النهرين

### الملخص:

ان مصطلح jus cogens يعني القانون اللازم وبهذا المفهوم تحافظ صيغة jus cogens على الموقع الهرمي الاعلى من بين كافة الصيغ والقواعد والمبادئ الاخرى، ونتيجة لهذا الموقف، تعد صيغ jus cogens حاسمة أو آمرة ولا يمكن التقليل من شأنها. مع هذا يختلف الباحثون. مع هذا يختلف الباحثون حول ما يشكل صيغة حاسمة او نهائية وكيف ترقى صيغة وقاعدة معينة الى هذا المصاف. وهناك امثلة على القواعد الأمر تضرب في اطار القانون الدولي الجنائي منها الابداء الجماعية والقرضية والرق والممارسات ذات الصلة بالعبيد والتعذيب.

### Abstract

Jus cogens refers to the legal status that certain international obligation.



The term jus cogens means the compelling law and, as such jus cogens norms holds the highest hierarchical position among all other norms and principles, therefore jus cogens norms are deemed to be peremptory and non-derogable.

The ICJ, in its opinion in Nicaragua V. United States: military and paramilitary activities in and against Nicaragua relied on jus cogens as a fundamental principle of international law.

## المقدمة

إذا كنا في نطاق القانون الدولي نقر بأنه نظام حديث النشأة وبدائي الطابع فإننا بالمقابل لا نستطيع أن ننكر أيضاً أنه نظام قانوني متطور، حيث يساهم الفقه والقضاء وممارسات الدول في تطوير قواعده ونظمه القانونية والاعتراف بوجود قواعد آمرة أمر لم يتم إقراره في نطاق هذا النظام القانوني دفعة واحدة، حيث تباينت الآراء بخصوص وجود نظام عام دولي تتبثق منه قواعد لا يستطيع أشخاص هذا النظام القانوني الاتفاق على خلافها حتى تم حسم هذا الموضوع في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ إلا أن تحديد ما يعد من القواعد الآمرة بقي أمراً غير متفق عليه، والحقيقة أنه من الصعب بوجود قواعد محددة لها هذه الصفة حيث أن هذا الأمر يخضع لسة التطور وربما نستطيع أن نضيف مجموعة من القواعد ذات الصلة الآمرة إذا أخذنا بنظر الاعتبار التطور الذي أصاب القانون الدولي وخاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان خلال السنين الخمسة عشر الماضية.

إن البحث في موضوع القواعد الآمرة والتطور الذي أصاب النظام الدولي في هذا المجال سوف يتم من خلال الخطة الآتية:

**المبحث الأول: ماهية القواعد الآمرة.**

**المطلب الأول: القواعد الآمرة وعلاقتها بالنظام الدولي.**

**الفرع الأول: المقصود بالقواعد الآمرة.**

الفرع الثاني: علاقة القواعد الآمرة بالنظام العام الدولي.

الفرع الثالث: القواعد الآمرة والمفاهيم المشابهة.

المطلب الثاني: خصائص القواعد الآمرة.

الفرع الأول: انها قواعد وضعية.

الفرع الثاني: انها قواعد عامة تحمل مصلحة دولية.

الفرع الثالث: القواعد الآمرة قيد على إرادة الدول.

المبحث الثاني: موقف فقه القانون الدولي والاتفاقات الدولية من القواعد الآمرة.

المطلب الأول: موقف فقه القانون الدولي.

الفرع الأول: الفقه المعارض للقواعد الآمرة.

الفرع الثاني: الفقه المؤيد للقواعد الآمرة.

المطلب الثاني: مشروع الاتفاقية وموقف اتفاقية فيينا ومشروع مسؤولية الدول من القواعد الآمرة.

الفرع الأول: مشروع الاتفاقية أمام لجنة القانون الدولي واللجنة

القانونية والاستشارية لدول آسيا وأفريقيا.

الفرع الثاني: موقف اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩.

الفرع الثالث: القواعد الآمرة في مشروع مسؤولية الدول.

المبحث الثالث: موقف الممارسة الدولية الوطنية.

المطلب الأول: اتجاه الممارسة الدولية والوطنية.

الفرع الأول: منازعة مصر في صة معاهدة الصداقة والتحالف

لعام ١٩٣٦.

الفرع الثاني: منازعة قبرص في بحة مهاهدة الضمان لعام ١٩٦٠.

الفرع الثالث: اتجاه الممارسة السرية.

المطلب الثاني: موقف القضاء من القواعد الآن.

الفرع الأول: موقف القضاء الداخلي.

الفرع الثاني: في قضاء محكمة العدل الدولية.

## المبحث الأول

### ماهية القواعد الآمرة

مرت القواعد الآمرة بمراحل متعددة حتى استقرت في النظام القانوني الدولي، وفي هذا المبحث سنحدد المقصود بالقواعد الآمرة وعلاقتها بالنظام العام الدولي فضلاً عن بيان خصائصها في مطلبين:

**المطلب الأول: القواعد الآمرة وعلاقتها بالنظام الدولي.**

**المطلب الثاني: خصائص القواعد الآمرة.**

**المطلب الأول: القواعد الآمرة وعلاقتها بالنظام الدولي.**

استقرت القواعد الآمرة في القانون الدولي بعد أن وجد نظام عام دولي، ولتحديد مفهوم القواعد الآمرة وعلاقتها بالنظام العام الدولي وتمييزها عن المفاهيم المشابهة وسنبحث هذه المواضيع في الفروع الثلاث الآتية:

**الفرع الأول: المقصود بالقواعد الآمرة.**

**الفرع الثاني: علاقة القواعد الآمرة بالنظام العام الدولي.**

**الفرع الثالث: القواعد الآمرة والمفاهيم المشابهة.**

## الفرع الأول

### المقصود بالقواعد الآمرة

إن تحديد فكرة القواعد الآمرة في نطاق القانون الدولي لم يكن بالأمر اليسير بالمقارنة مع النظام القانوني الداخلي، حيث ان استخدام مصطلح القواعد الآمرة أو الإقرار بوجودها أمر حديث نسبياً في القانون الدولي، رغم ان فكرة المصطلح المشار إليه قديمة ومعروفة قبله، وأضاف استخدام المصطلح اللاتيني *jus cogens* كمرادف لاصطلاح القاعدة القانونية الآمرة صعوبة أخرى حيث بلغ الأمر بأحد أعضاء لجنة القانون الدولي التي نهضت بمهمة وضع مشروع لتقنين قواعد قانون المعاهدات الدولية وهو الأستاذ PUL أن أقر بأنه لم يعلم بذلك المصطلح اللاتيني إلا داخل اللجنة نفسها عام ١٩٦٢ ومن خلال الحوار الذي كان يدور بشأنه بين أعضائها<sup>(١)</sup> وقد عارض هذا الفقيه استعمال المصطلح المذكور والذي كان قد استعمل في عهد الرومان ليدل على قواعد القانون التي لا يجوز للأفراد مخالفتها في تصرفاتهم، ورغم الخلاف الذي أثاره هذا المصطلح فقد قبل أخيراً من جانب لجنة القانون الدولي في اتفاقية قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، أما فيما يتعلق باللغة العربية فيبرز أمانا مصطلحان هما القواعد الآمرة وقواعد النظام<sup>(٢)</sup> العام.

---

١. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٦.

٢. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٩.

وكما ذكرنا فإن فكرة القواعد الآمرة قد سبقت ظهور المصطلح المعبر عنها في المجال القانوني ففقهاء القانون الروماني قد أسبغوا على القانون الطبيعي طابع القانون الأمر فجعلوا من صفاته العلو فوق مستوى الاختلاف في المكان والتباين في الزمان، فهو يسمو على الإرادة، فليس لها أن تخالفه بل يجب عليها طاعته، ولهذا أعلن (كاپوس) أن للقانون الطبيعي الأولوية والسبق في التطبيق على غيره من القوانين، ومع هذا فإن روما التي لم تعرف علاقات دولية واسعة نتيجة ظروف عديدة وأزاء ذلك فقد كانت فكرة القواعد الآمرة محصورة في نطاق محدود وهذا ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن القدماء عرفوا فكرة القاعدة فقط دون أن تأخذ سبيلها إلى القانون الوضعي<sup>(١)</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن اعتبار فكرة حق الله الفكرة المقابلة لفكرة النظام العام في القوانين الوضعية، فالأصوليون يقسمون الأحكام وفقاً للغاية التي شرعت من أجلها إلى أحكام يتعلق بها حق الله وأخرى يتعلق بها حق العبد فما شرع منها للمصلحة العامة للمجتمع يعتبر حقاً لله وما شرع منها للمصلحة الخاصة للفرد يعتبر حقاً للعبد، وتتميز الأحكام الأولى بأنه لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح أو الاتفاق على خلافها فهي تنسب لله لأهميتها، وإذا علمنا أن الأحكام التي يتعلق بها حق الله تشمل كل من الواجب والمحرم ومن هنا يتحدد نطاق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية حيث أن القواعد التي تفرض واجباً أو تستلزم الكف عن فعل، هي من القواعد التي لا يجوز للمكلف مخالفتها أو الاتفاق على ما يعارضها<sup>(٢)</sup>.

وفي العصر الحديث برزت فكرة القواعد الآمرة في نطاق القانون الدولي فكانت البداية مع فقهاء القرن التاسع عشر ومع مشاريع التقنين التي صاغها نفر من الفقهاء في تلك الفترة لتدوين قواعد القانون الدولي المتناثرة، ففي مشروع التقنين الذي أعده (بلنثيلي) عام ١٨٦٨ نص على (تعتبر باطلة المعاهدات التي تتضمن

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٨٩.

٢. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٩٢-٩٣.

اعتداء على الحقوق العامة للبشرية ومبادئ القانون الدولي (الضرورية) ومن أمثلتها المعاهدات التي يكون موضوعها الاتجار بالرقيق أو مصادرة العقائد الدينية أو حرمان الأجانب من الحقوق<sup>(١)</sup> ونجد كذلك (فاتيل) الذي يميز بين نوعين من القوانين الأول هو القانون الضروري، قال بأن الأمم لا تستطيع تعديله بالاتفاق والثاني هو القانون الاختياري الذي يمكن أن يعدل أو يلغى<sup>(٢)</sup>.

وبعد إنشاء عصبة الأمم ومن ثم الأمم المتحدة تمكنت فكرة القواعد الآمرة من أن تتال أهمية أكبر في بحوث بعض الفقهاء، فالفقيه (جيفارا) يصرح ببطلان الاتفاقيات المخالفة للنظام العام الدولي بدعائمه الثلاث، الأخلاق والعدالة والأمن العام، والأستاذ (فردروس) الذي رأى بطلان المعاهدات التي تتعارض مع القواعد الدولية الآمرة أو تتجاوز الحد الأدنى من الأخلاق المعترف بها من كل الدول ومن أمثلتها المعاهدات التي تمنع الدولة من أن تبسط حمايتها على مواطنيها في الخارج.

وعلى أساس ما تقدم يمكن القول أن النظام القانوني الدولي لا ينكر وجود حد أدنى من القواعد القانونية ذات الطبيعة الآمرة، وهذه القواعد تستخلص بطريقتين أو هي تجد نفسها تعبر عن مضمونها في فئتين: فئة تستخلص أو هي توجد في هيكل القانون الدولي الوضعي ذاته، وفئة ثانية تستخلص من خلال مراعاة التطور المستمر للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات بين الدول ولا ينكر هنا أن قواعد الفئة الأولى ربما كان من السهل التعرف عليها عكس قواعد الفئة الثانية<sup>(٣)</sup>.

---

١. المصدر نفسه، ص ٩٥ وما بعدها.

٢. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المصدر السابق، ص ٣٠.

٣. عزت سعد الدين، قانون المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٩، لسنة ١٩٨٣، ص ٢٧٣.

## الفرع الثاني

### علاقة القواعد الآمرة بالنظام الدولي

إن اعطاء تعريف متفق عليه بصورة تامة للقواعد الآمرة أمر من المتعذر الوصول إليه ومع ذلك يمكن تحديد فكرتها باعتبارها عبارة عن أفكار ومثل ومبادئ مستقرة في الضمير تكملها قواعد موضوعية تفسرها وتيسر عملها وتحددها فتعطيها شكلها المادي القابل للتطبيق وتبين الوسائل والأساليب التي تضمن احترامها، ولإثبات وجود النظام الدولي فقد درج القضاء الدولي إلى تأييد وجود النظام العام الدولي، وكذلك فعل كتاب القانون الدولي حيث انهم اعترفوا بوجوده وبينوا أهميته، وعلى أساس ما تقدم يبدو أن مسألة وجود نظام عام دولي هو أمر مفروغ منه في الوقت الراهن، فالتزام الدول بمراعاة حد أدنى من الالتزامات وعدم تجاوزها في عقد المعاهدات مع وجود مصلحة عامة للدول كلها أمور تدعم وجود نظام عام دولي، والحقيقة ان العنصر الاخلاقي يمثل اطاراً مهماً يدعم القول بوجود فكرة النظام العام الدولي في اطار القانون الذي ينظم العلاقات بين الدول ليس في وقت السلم فقط بل في وقت الحرب كذلك وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بمشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الصادر بتاريخ ٨ تموز ١٩٩٦ عندما اكدت على اهمية شرط مارتنز الذي لا يمكن الشك في استمرار وجوده وقابليته للتطبيق وقد اثبت انه وسيلة فعالة لمواجهة التطور السريع في التكنولوجيا العسكرية، وأشار القاضي شهاب الدين بهذا الخصوص الى ان شرط مارتنز لا يقوم فقط بتأكيد القانون العرفي لكنه سمح بمعالجة مبادئ الانسانية وما يمليه الضمير العام باعتبارها مبادئ للقانون الدولي من الضروري التأكيد عليها في ضوء الاحوال المتغيرة. اما القاضي ويرمانتري فقد ذكر بان شرط مارتنز يظهر بصورة واضحة انه توجد وراء هذه المبادئ المحددة التي صيغت مجموعة من المبادئ العامة الكافية لتطبيقها على الاوضاع التي لم يسبق تناولها، فانتهاك المعايير الانسانية اكثر تطوراً مما كان عليه الحال عندما وضع هذا الشرط وعلى



وجه الخصوص تطور قانون حقوق الانسان والحساسية التي تخص ضرورة المحافظة على البيئة فهذه المبادئ لصيقة بالبشرية حتى اصبحت في الوقت الراهن قواعد اساسية بوجه خاص في القانون الانساني العام<sup>(١)</sup> أما بالنسبة لعلاقة النظام العام الدولي بالقواعد الآمرة، فالحقيقة أن المبادئ والقيم والأفكار والمثل العليا المكونة للنظام العام هي في حقيقتها عبارة عن أفكار مثالية بعيدة عن التطبيق العملي بشكلها المثالي فهي مجرد تصورات ورغبات خيرة، ولكي تنتقل هذه الجوانب الخيرة من حيز الخيال إلى الواقع العملي لابد من وسائل عملية لذلك، وهذه الوسائل أو الأدوات هي القواعد القانونية الموضوعية أو المصاغة بإطار فني واضح محدد، ومن هنا نستطيع القول أن النظام العام الدولي هو الأساس أو هو يمثل روح القواعد الآمرة أو هو المصدر الذي تتبع منه هذه القواعد في مضمونها الحقيقي<sup>(٢)</sup>.

من جانب آخر يوجد من الفقهاء من ينكر وجود تطابق بين النظام العام والقواعد الآمرة في القانون الدولي حيث يرى أحد الكتاب أن قواعد النظام العام والقواعد الآمرة شيان مختلفان، صحيح ان جميع قواعد النظام العام هي قواعد آمرة لكن ليس جميع القواعد الآمرة هي بالضرورة قواعد نظام عام، فالقواعد التي توجب اتباع إجراءات شكلية في بعض التصرفات هي في الأصل قواعد آمرة وليست قواعد

---

١. لويز دو سولد - بيك، القانون الدولي الانساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة ١٩٩٧، ص ٤٧-٤٨.

من المفيد الاشارة الى ان شرط مارتنز وضع اصلاً في ديباجة اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٨٩٩ وعام ١٩٠٧ ودخل بعد ذلك في جوهر نصوص البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ وفي ديباجة البروتوكول الثاني، وهو ينص على انه في حالة عدم وجود قاعدة معينة في القانون التعااهدي، يظل المحاربون في حمى وتحت سلطة القانون العرفي ومبادئ الانسانية وما يمليه الضمير العام.

انظر حول هذا الشرط، روبيرتيسهورست، شرط مارتنز وقانون النزاعات المسلحة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٤، السنة ١٩٩٧، ص ١٢٩-١٣٨.

٢. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المصدر السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

نظام عام، بينما يذهب (سكويلب) إلى أنه على الرغم من العلاقة الوثيقة بين القواعد الآمرة والنظام العام إلا أن المفهومين لا يتطابقان تماماً، فإذا كان النظام العام وفي ظل الأنظمة القانونية المختلفة وجد لتمكين القاضي من الاجتهاد في نزاع لا حكم له فيما يكون بين يديه من وسائل وإذا كان مفهوم النظام العام يتسم بالغموض والنسبية من نظام قانوني لآخر فهو واسع التطبيق في النظام القانوني اللاتيني وضيق التطبيق في النظام القانوني الانكلوسكسوني، كما انه مختلف المعنى من نظام لآخر بينما نحن نجد أن القواعد الآمرة واضحة ومحدودة حيث تتضمن كل ما تنطوي عليه القاعدة القانونية من أركان<sup>(١)</sup>.

ونجد تعاريف أخرى أعطيت لتحديد المقصود بالقواعد الآمرة ففي نطاق القانون الداخلي عرفت باعتبارها القواعد التي نلتزم باحترامها دائماً ولا نستطيع أن نتحلل من الخضوع لها أبداً ولو كان ذلك عن طريق اتفاق فرد مع آخر على مخالفتها. ويعرف (اريك سوي) القواعد الآمرة فيقول بأنها (مجموعة القواعد العامة التي يؤدي عدم مراعتها إلى التأثير في جوهر ذلك النظام القانوني الذي تعود إليه هذه القواعد ويبلغ الأمر حداً لا يستطيع به أشخاص القانون أن يعقدوا اتفاقات خاصة خلافاً لهذه القواعد وذلك لأن عملهم سوف يتعرض للبطلان المطلق)<sup>(٢)</sup>.

وعلى اساس ما تقدم فإنه منذ أن وجدت مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الدولية والتي عرفت تحت اسم القانون الدولي لا يوجد أي اتفاق خاص بين أشخاص هذا النظام القانوني ينتهك القواعد الأساسية لهذا القانون، فليس ممكناً أن نتصور إبرام معاهدة بين دولتين أو أكثر تنص على عدم أهلية دولة معينة لإبرام

---

١. حكمت شبر، القواعد الآمرة في القانون الدولي العام / دراسة مقارنة، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧٩، ص ٤٥.

انظر في تحديد مصطلح النظام العام الدراسة التي اعدتها ايريك - ايرين أديس، واجبات الفرد ازاء المجتمع والقيود المفروضة على حقوق الانسان وحرياته بمقتضى المادة ٢٩ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٢، ص ٢١٢-٢١٤.

٢. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٣٩.

المعاهدات، وكذلك الحال مع قاعدة العقد سريعة المتعاقدين التي هي أساس القوة الإلزامية للمعاهدات الدولية فقد تنتهك هذه لقاعدة ولكنها في جميع الأحوال لا يمكن أن يجري استبعادها من أي نظام قانوني مما يعكس درجة أهميتها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### القواعد الآمرة والمفاهيم المشابهة

إذا كنا فيما تقدم قد حددنا المقصود بالقواعد الآمر فإن هناك عدداً من المصطلحات الحديثة نسبياً التي قد تختلط مع معنى القواعد الآمر كما هو معروف

---

١. عزت سعد الدين، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

في القانون الدولي او قد تثار مشكلة التمييز عند ضرب الأمثلة الدالة على كل مصطلح رغم إقرارنا ابتداءً بوجود كبير بين المصطلحات التي سنتطرق لتحديد مضمونها الى اكبر قدر مستطاع من الدقة.

واول المواضيع التي قد تختلط مع القواعد الآمرة وتتداخل معها الى حد كبير هو موضوع المسؤولية الجنائية للدول الناشئة نتيجة جرائم دولية وقد جاء تحديد الأخير في مشروع مسؤولية الدول في المادة (١٩) منه، فهناك جرائم دولية ترقى الى مستوى القواعد الآمرة التي ترتب التزامات اتجاه كافة وبهذا الخصوص يشير أحد الحقوقيين الى ان الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحروب والقرصنة والرق والممارسات ذا الصلة بالعبيد والتعذيب كلها تشكل اعتداءات تندرج في خانة القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها<sup>(١)</sup> وهي على وجه العموم تشكل جرائم دولية<sup>(٢)</sup> وقد تباينت الآراء حول العلاقة بين القواعد الآمرة الدولية والمسؤولية الجنائية للدول فقد أعرب بعض أعضاء لجنة القانون الدولي عن رأي مفاده ان هذين المفهومين مرتبطان مع بعضهما الى حد كبير وهذا امر يتضح من التشابه او التماثل الموجود بين تعريف القواعد الآمرة طبقاً لما جاءت به المادة (٥٣) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ وتعريف جنايات الدول المثبت في المادة

---

١. Cherif Bassiouni , International crimes: Jus cogens and obligation erga

<http://www.LawDuke-edu/Journals> متاح على الموقع p.3 omnes,

٢. للإجابة عن التساؤل المتعلق فيما إذا كانت الدولة بالمقارنة مع الأفراد يمكن لها ان ترتكب جناية في عرف القانون الدولي وان تعتبر مسؤولة عن ارتكابها ذهب رأي في لجنة القانون الدولي إلى عدم إمكانية ان ترتكب الدولة لجناية ما بشكل مباشر وأشار الأعضاء الذين عبروا عن هذا الرأي الى الحكم الصادر عن محكمة نورمبرغ والذي يؤكد بان الجرائم التي تحدث ضد القانون الدولي يرتكبها أفراد لا كيانات مجردة. بينما ذهب رأي آخر بان الجنايات الدولية يمكن ان ترتكب من الأفراد والدول أيضاً وان النظرة القائمة على اتجاه محكمة نورمبرغ هي نظرة ضيقة اكثر مما يجب.

حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٩٨، تقرير لجنة القانون الدولي الى الجمعية العامة عن اعمال دورتها (٥٠) الأمم المتحدة، ص ١٤٠.

(٢/١٩) من مشروع مسؤولية الدول في قراءته الاولى وفي كل الاحوال فان انتهاك قاعدة آمرة لا يعني بالضرورة وكنتيجة حتمية ارتكاب جناية دولية او ان النتائج التي ستترتب على انتهاك قاعدة آمرة هي مطابقة بالضرورة لنتائج ارتكاب جناية دولية<sup>(١)</sup>.

المصطلح الآخر الذي يختلط مع مصطلح القواعد الآمرة *jus cogens* هو مصطلح *erga omnes* أي الالتزامات في مواجهة كافة وقد طرحت عدة آراء مختلفة في لجنة القانون الدولي تتعلق فيما إذا كان من الواجب مواصلة تطوير الالتزامات في مواجهة كافة واكد بعض الأعضاء على ضرورة ان يوضع في الاعتبار انه على الرغم من ان القواعد الآمرة هي من حيث تعريفها تعد التزامات في مواجهة كافة، فان قواعد الالتزام إزاء كافة ليست كلها بالضرورة قواعد حتمية التطبيق او هي ذات أهمية أساسية للمجتمع الدولي<sup>(٢)</sup>.

مما يعني طبقاً لهذا الرأي ان مصطلح القواعد الآمرة هو اكثر شمولاً واوسع نطاقاً من مصطلح الالتزامات تجاه كافة فضلاً عن كونه يمثل في جوهره تعبيراً عن تأطير قانوني لحماية مصالح أساسية للمجتمع الدولي وهذا متحقق في نطاق مصطلح الالتزامات تجاه كافة ولكن في حدود أضيق.

واعرب أعضاء آخرون في لجنة القانون الدولي عن ان الالتزامات في مواجهة كافة ليست في حقيقتها الا نوعاً واحداً من ثلاثة أنواع من القواعد تدور حول مركز واحد وهي الالتزامات تجاه كافة، والقواعد الآمرة، والجنايات الدولية وقد وصف مبدأ الالتزامات في مواجهة كافة كذلك بأنه يتعلق بصورة أساسية بمصلحة الدول وموقفها في حالة معينة بخصوص حق المثل أمام القضاء<sup>(٣)</sup>.

ويشير أحد الحقوقيين الى ان مصطلحي او مفهومي القواعد الآمرة والالتزامات في مواجهة كافة يختلفان عن بعضهما البعض وان القانون الدولي قد تطرق لكلا

---

١. المصدر نفسه، ص ١٤١.

٢. حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٩٨، المصدر السابق، ص ١٤١.

٣. المصدر نفسه، ص ١٤١-١٤٢.

المفهومين لكن في السياقات التي لا تشمل القانون الدولي الجنائي ومع ذلك فهو يؤكد ان هذين المفهومين يتم تقديمهما في الغالب كوجهين لعملة واحدة فمصطلح erga omnes يعني الساري على الجميع ومن ثم فان الالتزامات المشتقة من القواعد الآمرة هي بالضرورة التزامات تجاه كافة فالمنطق القانوني يقول ان ما هو قانون ملزم لابد وان ينتج عنه بالضرورة التزام السريان على الجميع والحقيقة ان المشكلة التي تبرز هنا في هذا الطرح البسيط هي انها ذات طبيعة دائرية (فما يسري على الجميع هو ملزم وإذا كان ما هو ملزم يسري على الجميع فمن الصعب التمييز بين ما يشكل مبدأ عاماً يخلق التزاماً من الوضوح الذاتي بحيث يكون ملزماً ومن الإلزام بحيث يكون سارياً على الجميع أي ملزماً لكافة الدول)<sup>(١)</sup>.

مما تقدم يبدو وجود نوع من التفرقة بين مفهومي القواعد الآمرة والتزامات تجاه كافة مع الإقرار بوجود تداخل كبير بين الاثنين وفي الوقت الذي نستطيع فيه الحصول على تعريف للقواعد الآمرة فان المسألة بخصوص الالتزامات في مواجهة كافة ليست كذلك فمن يطرح هذا المفهوم لا يحاول ان يعرفه مما يزيد المشكلة تعقيداً.

ويبدو ان مصطلح الالتزامات تجاه كافة يمثل من حيث الموضوع والجوهر حلقة من حلقات تطور التزام معين الى قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها فمن يذهب الى أعمال التفرقة بين المصطلحين المذكورين فان هذا يعني انه يؤمن بنطاق ضيق لوجود القواعد الآمرة في القانون الدولي أي انه يضيق من إمكانية وجود قواعد آمرة عديدة في النظام المذكور، ومن ثم فهو يعترف بوجود القواعد الآمرة ولكن على استحياء وربما يكون هذا الاتجاه امتداداً للاتجاه الفقهي الرافض لوجود قواعد آمرة في نطاق القانون الذي يحكم العلاقات بين الدول كما انه يعكس عمق تأثير المدرسة الإرادية عند من يتبنى هذا الرأي ولو من الناحية الشكلية أي من ناحية ترتيب قواعد القانون الدولي في عدة درجات بحيث يؤمن هذا الترتيب او التدرج المتعدد نوعاً من الرؤية المحافظة التي تقود إلى آلية محافظة في السماح

بتطور قواعد معينة الى مرتبة القواعد الآمرة فبدلاً من الإيمان بوجود فئتين من القواعد هما قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها وقواعد أخرى آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فان الاتجاه الضيق او المحافظ يؤمن بتعدد اكبر حيث ان هناك طبقاً لهذا الرأي قواعد عادية يجوز الاتفاق على مخالفتها، وقواعد ترتب التزامات تجاه الكافة، وقواعد آمرة.

أما من لا يؤمن بوجود تفرقة ضرورية وعلى درجة من الأهمية بين المصطلحين فهو يمثل اتجاهاً أكثر تقدمية من الاتجاه الأول حيث لا يضع حلقة فاصلة ومضافة بين القواعد العادية التي يجوز الاتفاق على خلافها والقواعد الآمرة، ومن ثم فان أنصار المذاهب الموضوعية هم الأولى بتبني هذا الرأي بينما يترك الرأي الأول لانصار المدرسة الإرادية.

ومع ذلك يمكن الاستعانة ببعض المفاهيم التي قد تساعد في تحديد المقصود بالقواعد التي ترتب التزامات على الكافة فالمعاهدات الشارعة من طبيعتها انها ترتب التزامات على كافة الدول وبقية اشخاص القانون الدولي حتى اولئك الاشخاص الذين لا يكونوا طرفاً في هذه المعاهدات فميثاق الأمم المتحدة واتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ معاهدات صانعة للقانون أي شارعة وهي ترتب التزامات على الكافة ولا يهم بعد ذلك سواء كان مصدر هذه الالتزامات المعاهدات المذكورة ذاتها ام هو العرف الدولي بمعنى ان هذه المعاهدات بما تضمنته من قواعد ترتب التزامات على الكافة انما ينحصر دورها في تقنين هذه القواعد بجعل مصدر الالتزام بالنسبة لها اتفاقاً بعد ان كان عرفياً فيما يخص الدول الاطراف بينما تبقى الدول غير الاطراف ملزمة بذات القواعد لكون اساس القوة الملزمة الاول لها هو اساس عرفي ولا نقبل بالاعتراض الذي قد يوجه لهذا الطرح الذي مفاده عدم وجود علاقة بين القواعد التي ترتب التزامات على الكافة ومصدر القوة الملزمة لقاعدة معينة إذا اردنا تحديد المقصود بالقواعد التي ترتب التزامات على الكافة فهناك علاقة قائمة من حيث الموضوع ودرجة الالتزام والاهمية بالنسبة لهذه القواعد في المجتمع الدولي اما الاختلاف على صعيد مصدر القوة الملزمة فهذا تباين اجرائي اكثر منه موضوعي

وعلى اساس ما تقدم يبدو ان افضل تحديد ممكن للقواعد التي ترتب التزامات على الكافة يبرز عند القول بانها عبارة عن القواعد التي يقر المجتمع الدولي باهميتها المتميزة في نطاق النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الدولية لكنها لا تبلغ درجة اهمية القواعد الآمرة فالقواعد التي ترتب التزامات على الكافة يمكن الاتفاق على خلافها عن طريق تبني تفسيرات واسعة للقاعدة تسمح بخيارات متعددة قد تكون مختلفة أو هي لا تقود الى نتيجة واحدة بالضرورة فمبدأ الحق في تقرير المصير من القواعد أو المبادئ التي ترتب التزامات على الكافة وهو وارد في ميثاق الامم المتحدة الا ان تطبيق هذا المبدأ او اعماله ليس بالضرورة يقود الى ضرورة قيام دولة لكل امة من الامم وهكذا يبدو ان المعاهدات الشارعة هي المجال الخصب للبحث في قواعد ترتب التزامات على الكافة بحيث لا تبلغ هذه القواعد مستوى او درجة اهمية القواعد الآمرة ويزداد الافتراض المتقدم قوة اذا عرفنا ان المعاهدات الشارعة او الصانعة للقانون غالباً ما يكون عدد الدول الاطراف فيها كبيراً بحيث يمنحها زخماً مضافاً حتى وصفت بانها معاهدات صانعة للقانون.

## المطلب الثاني

### خصائص القواعد الآمرة

إن وجود قواعد آمرة في القانون الدولي أمر يقتضي تحديد مميزاتها أو خصائصها بقصد توضيح معناها وتمييزها عن بقية القواعد القانونية الدولية الأخرى، وهذا ما سنتعرض له في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: انها قواعد وضعية.



الفرع الثاني: انها قواعد عامة تحمي مصلحة دولية.

الفرع الثالث: القواعد الآمرة قيد على إرادة الدول.

## الفرع الأول

انها قواعد وضعية.

إن إيراد مصطلح القواعد الآمرة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يعد الدليل الأكبر في كون القواعد الآمرة من قواعد القانون الدولي الوضعي والحقيقة أن تميز القواعد الآمرة بهذه الخصوصية يعطيها دفعة مضاعفة باتجاه اختلاف الأثر المترتب على مخالفتها بالمقارنة مع الأثر الذي يترتب على مخالفة بعض قواعد السلوك الأخرى كالمجاملات الدولية والأخلاق، فإذا كانت المجاملات الدولية عبارة عن تصرفات تعكس سلوكاً معيناً اعتادت الدول أن تأخذ بها وتعمل بموجبها في علاقاتها دون أن تترتب على مخالفتها أية مسؤولية سوى المقابلة بالمثل لدى الطرف الآخر<sup>(١)</sup>، فإن الأمر يختلف مع القواعد الآمرة حيث تترتب المسؤولية الدولية على مخالفتها.

أما مبادئ الأخلاق الدولية التي يملئها الضمير العالمي فهي تتفق مع المجاملات الدولية في كونها لا تتمتع بالصفة الإلزامية القانونية وبالتالي هي تختلف أيضاً فيما يتعلق بالأثر المترتب على مخالفتها مع القواعد الآمرة في القانون الدولي، وأهمية هذا التمييز واضحة من خلال الأثر المترتب على مخالفة قاعدة آمرة والأثر المترتب على مخالفة مبادئ الأخلاق أو المجاملات الدولية، فالاتفاق على خلاف قاعدة آمرة بوصفها من قواعد القانون الدولي الوضعية سيرتب البطلان لهذا الاتفاق

---

١. محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر،

أو المعاهدة بينما لا يمكن أن نتصور هذا الأثر في حالة مخالفة مبادئ الأخلاق أو المجاملات الدولية.

إن القواعد الآمرة ذات بعد أخلاقي وحضاري عميق مرتبط بأساس القوة الملزمة لهذه القواعد، وإذا كان وجود هذه القواعد لا يعتبر أمراً غريباً عن القانون الدولي بعد اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ لأن المجتمع الدولي هو صاحب المصلحة العليا التي تسمو على المصالح الفردية لأعضائه، فالمصلحة المشتركة للجماعة الدولية في مجموعها كوحدة قائمة بذاتها وهي تتميز عن المصلحة الذاتية للدول فرادى، فالمصلحة العليا للمجتمع هي ليست فكرة جامدة بل هي فكرة متطورة بتطور المجتمع الدولي ذاته<sup>(١)</sup>. وإن تحريم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية وحرية الملاحة في أعالي البحار وحق الشعوب في تقرير مصيرها وتحريم الاتجار بالرقيق وحظر ممارسة القرصنة والأعمال الأخرى المعتبرة كجرائم دولية كلها تحمل من المضامين الأخلاقية والبعد الحضاري الشيء الكثير<sup>(٢)</sup>، فضلاً عن القواعد ذات الطبيعة الآمرة التي تنطوي تحت مظلة القانون الدولي لحقوق الإنسان.

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢١٧-٢١٨.

٢. المصدر نفسه، ص ١٠٠.

## الفرع الثاني

### انها قواعد عامة تحمي مصلحة دولية

يراد بصفة العمومية في إطار القانون الداخلي أن تصاغ القاعدة القانونية وتوجه الى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة فلا توجه إلى شخص معين بذاته ولا إلى واقعة معينة بذاتها ولكنها يمكن أن تطبق إذا توافر في الشخص أو في الواقعة صفات أو شروط معينة، فكل شخص اجتمعت فيه أوصاف معينة وكل واقعة توافرت فيها شروط معينة سوف تنطبق بشأنها القواعد القانونية<sup>(١)</sup>، وفكرة العمومية في إطار القاعدة القانونية الدولية لا تختلف عما عليه الحال في القانون الداخلي، فالقاعدة القانونية الدولية يجب أن تكون موجهة إلى جميع أشخاص القانون الدولي وسواء كانت هذه القواعد عالمية التطبيق أو إقليمية التطبيق فالفقرة السادسة من

---

١. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١،

المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة نصت على (تعمل الهيئة على أن تيسر الدول غير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي) ويلاحظ على هذا النص أن مسألة حفظ الأمن والسلم الدولي من الأمور التي تهم المجتمع الدولي بأسره وإن العمل على تحقيق هذا الهدف أمر أساسي تطبيقاً لهذه القاعدة الآمرة التي تخاطب جميع دول العالم دون استثناء حتى تلك الدول التي هي ليست أعضاء في الأمم المتحدة وبالتالي يظهر لنا الأساس في إلزام هذا النص للدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة والمتأتي من كون حفظ الأمن والسلم الدولي قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي، وهي تهدف إلى تحقيق غاية عامة مشتركة لدول العالم، فالخطاب وجه من خلالها إلى دول العالم كافة وبعمومية في صياغة النص تعكس هذه الحال. ومع ذلك فإن القواعد الآمرة قد تكون ذات صفة إقليمية وهذا لا يؤثر على القواعد الآمرة العالمية بل أن الأولى تخضع للأخيرة، ورغم أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ عالجت فقط القواعد الآمرة ذات الصبغة العالمية إلا أن هذا لا يؤثر على حتمية وجود قواعد أمرة إقليمية محددة بالمكان والزمان، وهذا ما يستنتج من تأكيد ممثل بيرو في لجنة القانون الدولي على أهمية دراسة الظروف التي ساعدت على خلق قواعد أمرة أمريكية والظروف التي تحيط بعقد المعاهدات في المحتوى الأمريكي، وكذلك الحال فيما صرح به (إيريك سوي) من أنه وفي بعض الأحيان تكون القاعدة الآمرة مقيدة بالزمان والمكان ومن ثم يمكن الحديث عن قواعد أمرة إقليمية تخص مجتمعاً دولياً معيناً مقيداً بالمكان<sup>(١)</sup>، فإذا كانت العلاقات بين الدول من السعة والشمول بحيث يمكن أن تنظم بل هي في الغالب تنظم أو تحمي مصلحة تخص دولتين أو ثلاث عن طريق عقد الاتفاقيات الدولية إلا أن القواعد الآمرة تختلف في هذا الجانب فهي دائماً تسعى إلى تنظيم وحماية مصلحة دولية سواء كان ذلك على نطاق عالمي أو إقليمي وبالتالي فهي تؤكد قواعد أساسية لها آثار خطيرة في حياة الدول فالتزام الدول بها يخدم الجميع كما أن خرقها من دولة أو عدة دول سوف يلحق الضرر الأكيد ببقية دول العالم،

---

١. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المصدر السابق، ص ١٠١.

والحقيقة ان المصلحة العامة الدولية قد تبلورت وظهرت بشكل واضح نسبياً في ظل القانون الدولي المعاصر وليس في ظل القانون الدولي التقليدي، حيث كان قائماً على أسس فردية فقد سعت الدول لتحقيق مصالحها الفردية البحتة دون الاكتراث ببعض القضايا التي كان من الممكن أن تؤمن حداً لا بأس به من الجوانب والمسائل المشتركة ولكن تطور الشعور بوجود مصلحة عامة مشتركة لدول العالم كافة عملت على بث الروح فيه الحروب الشاملة والمدمرة التي اشتعلت وبشكل خاص في النصف الأول من القرن العشرين والعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية كلها أمور جعلت الدول تتقدم خطوات عديدة باتجاه الاعتراف بوجود مصلحة عامة مشتركة للجميع وفي الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية التحفظات على اتفاقية إبادة الجنس البشري الذي أصدرته عام ١٩٥١ خلصت المحكمة إلى وجود مصلحة مشتركة وغايات عليا لمجموع الدول وأن من قواعد القانون الدولي ما يتعلق بتلك المصلحة أو هذه الغايات كحالة القواعد التي نضمتها اتفاقية منع وعقاب جريمة إبادة الجنس البشري فهي قواعد عالمية النطاق تلزم الدول جميعها حتى تلك التي لم تكن طرفاً في الاتفاقية، فالاتفاقية ترمي الى تحقيق غايات حضارية وتستهدف حماية وجود جماعات من البشر وتؤكد أهم المبادئ الأولية للآداب ومتى ما كان الأمر كذلك فالغاية والهدف من هذه الاتفاقية هو تحقيق مصلحة عامة مشتركة تهم البشرية جمعاء<sup>(١)</sup>. والحقيقة ان ما اشارت اليه المحكمة لا يشمل جريمة إبادة الجنس فقط بل هناك العديد من الجرائم الموجهة ضد النظام العام الدولي التي حرمتها معاهدات واتفاقيات دولية عديدة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### القواعد الآمرة قيد إرادة الدول

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

٢. انظر حول الجرائم الموجهة ضد النظام العام الدولي، احمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الارهاب الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربي الاوربي، ١٩٩٨.

إذا كان لدول العالم بوصف كل واحدة منها شخصاً من أشخاص القانون الدولي الحق في إبرام المعاهدات حيث يعد ذلك مظهراً هاماً من مظاهر تمتعها بالشخصية القانونية الدولية وقد قننت المادة السادسة من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات هذا الجانب فنصت على أن (لكل دولة أهلية إبرام المعاهدات) فإن هذا المظهر يعكس مدى الحرية التي تتمتع بها الدول باعتبارها الشخص القانوني الرئيسي الذي يعرفه النظام القانوني الدولي، ومع هذا فإن القول بحرية مطلقة لا تحدها حدود معينة فيما يتعلق بسلطان إرادة الدول في التصرف في إطار علاقاتها مع بقية الدول أمر غير مقبول وغير حقيقي عملياً، فهناك مجموعة من القيود التي ترد على حرية الدول في التصرف وإبرام المعاهدات، ومن هذه القيود القواعد ذات الطبيعة الآمرة في القانون الدولي، فما يعرف من هذه القواعد تعد قيوداً ترد على سلطان إرادة الدول ومدى حريتها في تحديد مضامين الاتفاقيات أو المعاهدات التي تبرمها مع بعضها البعض في إطار علاقاتها المتبادلة ذلك أنها حصرت ما تتمتع به إرادة الدول من سلطان في إبرام المعاهدات في إطار ضيق مما كانت عليه من قبل<sup>(١)</sup> وأصبحت النظرية مقيدة الآن بقيود منها القواعد الآمرة، وقد أكد ذلك ممثل إيطاليا في اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة بقوله أن القواعد الآمرة تهاجم عادة لأنها تقضي على الفكرة التعاقدية للقانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

ويمكن قياس الأمر في نطاق القانون الدولي على ما هو عليه الحال في نطاق القانون الداخلي فكلما كان وصف النظام القانوني الدولي بأنه نظام قانوني ارادي كلما ضاق نطاق فكرة النظام العام الدولي والقواعد الآمرة أيضاً، وكذلك الحال في إطار القانون الداخلي فاذا تغلبت المذاهب الفردية ضاقت فكرة النظام العام فهذه المذاهب تنادي بحرية الفرد وضرورة إلغاء القيود عن إرادته حيث يلعب مذهب

---

١. محمد السعيد الدقاق، سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد،

دراسة لأحكام معاهدة فيينا ١٩٦٩، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧، ص ٢٤.

٢. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المصدر السابق، ص ١٠٣.

سلطان الارادة دوراً في هذا الاطار وتمنع الدولة من التدخل في الكثير من الامور ويقتصر دورها على الجوانب الأمنية فهي دولة حارسة.

وعلى اساس ما تقدم فان فكرة القواعد الآمرة تعبر عن مضامين ومصالح لا يمكن للدول او لبقية اشخاص القانون الدولي ان يتحللوا من الخضوع لها او ان يعدلوا منها اذ انها قواعد تحمي مصالح جوهرية يحيطها النظام القانوني الدولي بعناية خاصة.

## المبحث الثاني

### موقف فقه القانون الدولي والاتفاقيات الدولية من القواعد الآمرة

لم يكن موقف فقه القانون الدولي من مسألة وجود قواعد آمرة في هذا النظام القانوني من الجوانب المتفق عليها بينهم حيث كان هناك فقه يرفض التسليم بوجود هذه القواعد في مقابل فقه يرى وجودها وانها تلعب دوراً في هذه العلاقات واستمر هذا الخلاف الفقهي حتى إبرام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩ وعلى أساس ما تقدم سنتعرض لموقف الفقه الدولي من هذا الموضوع فضلاً عن النصوص القانونية الخاصة بالقواعد الآمرة الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في مطلبين:

**المطلب الأول: موقف فقه القانون الدولي.**

**المطلب الثاني: مشروع الاتفاقية وموقف اتفاقية فيينا ومشروع مسؤولية الدول من القواعد الآمرة.**

**المطلب الأول: موقف فقه القانون الدولي.**

يمكن استعراض موقف الفقه المعارض لوجود القواعد الآمرة والفقه المؤيد لوجودها في فرعين:

الفرع الأول: الفقه المعارض للقواعد الآمرة.

الفرع الثاني: الفقه المؤيد للقواعد الآمرة.

## الفرع الأول

### الفقه المعارض للقواعد الآمرة

اقتترنت فكرة القواعد الآمرة وظهورها في المجتمع الدولي ببعض العوامل والاسباب التي قادت الى خلق تيار ينكر وجود القواعد الآمرة وفي مقدمة المنكرين لوجودها الفقيه الانكليزي (برايرلي)، والفقيه (كوكنهايم) فهم يرفضون وجود أي قيد على سلطان ارادة الدول في عقد المعاهدات الدولية<sup>(١)</sup> وكذلك الحال مع (شوارزنيجر) الذي يعد من اكثر المعارضين لوجود قواعد آمرة في نطاق القانون الدولي فهو يذهب الى ان القول بوجود قواعد آمرة تفرض على الدول لم تعبر عن ارتضاؤها بها فلا يعدو ان تكون في نظره مجرد افتراض ينحدر من نظرية القانون الطبيعي او هو في اقصى احتمالاته تصور لما يجب ان يكون وليس تعبيراً عن ما هو كائن<sup>(٢)</sup>.

---

١. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٤٨-٤٩.

٢. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ٣٧.



ان هناك عوامل عديدة قادت هؤلاء الفقهاء الى انكار وجود القواعد الآمرة رغم ان البعض ومن خلال آرائه الفقهية في هذا الموضوع لا ينكر وجود قواعد أمره ولكنه متخوف من ظهور مثل هذه القواعد التي تحد من سلطان ارادة الدول، ومع ذلك فان العوامل التي قادت هذا الجانب من فقه القانون الدولي الى الانكار مردها الى جوانب متصلة بطبيعة القانون الدولي عموما او تلك العوامل المتصلة بطبيعة القاعدة القانونية الأمر ذاتها. ففيما يتعلق بالعوامل المتصلة بطبيعة المجتمع الدولي فالحقيقة ان مرد هذا الطعن هو عبارة عن استرسال للطعن الموجه إلى القانون الدولي والذي ينكر عليه قانونيته ومن الذين قالوا بذلك الفقيه الانكليزي (اوستن) حيث أنكر صفته الملزمة والتي لا تكون للقانون مع غيابها أية قيمة أو معنى<sup>(١)</sup>.

وكذلك فإن أنصار المدرسة الإرادية التي ترى أن المجتمع الدولي هو مجتمع غير منظم ويتسم بغياب السلطة المركزية العليا والتي تملك ما يكفي لفرض احترام القواعد القانونية الخاصة به على المخاطبين بها، فالمجتمع الدولي يعوز التنظيم ويبرز فيه الطابع الفردي ومن ثم فإنه من شأن بروز الطابع الفردي وعدم وجود سلطة مركزية عليا فقدان هذا المجتمع خصائص المجتمع المنظم والذي يمكن بالتالي أن تفرض القواعد القانونية على أعضائه، ومن الدلائل التي تشير إلى الطابع الفردي للمجتمع الدولي هو أن كل دولة تعزز مصالحها الذاتية بتشكيل جذري ورئيسي عن غيرها، ومن ثم فهي تقبل الالتزام بقاعدة ما أو معاهدة ما طالما كانت معبرة عن مصالحها، فإذا كان هذا هو الأساس فإنه من الصعب لدى أنصار المدرسة الإرادية اعتماد الفكرة القائلة بوجود قواعد أمر في القانون الدولي لغياب الترابط بين أعضاء المجتمع الدولي والذي يجب أن يؤثر فيه الشعور الجماعي تأثيراً كبيراً<sup>(٢)</sup>.

أما بخصوص العوامل المتصلة بطبيعة القانون الدولي باعتباره قانون للتنسيق وليس للخضوع فالحقيقة ان في هذا القول تقليل من اهمية القانون الدولي ونزول به

---

١. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المصدر السابق، ص ٣٧.

٢. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ١٣٦-١٣٧.

عن المرتبة التي يستحقها حتى في مواجهة القانون الداخلي، وهذا قول يتناقض مع الواقع ضمن اطار العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي المتمثلة في المسؤولية الدولية في حالة انتهاك الدولة لمعاهدة بحجة تعارض هذه المعاهدة مع تشريع داخلي فالمسؤولية الدولية تقوم في هذه الحالة، فمضمون هذا الطعن يتعلق بكون الدول ذات السيادة لا يمكن ان تعلو فوقها اية سلطة بحيث تفرض عليها قواعد معينة للخضوع، فالالتزامات الدولية لا تعدو أن تكون مجرد وعود متبادلة بين أشخاص متعاونة بهدف التنسيق، ومن ثم لا يمكن أن يقبل مفهوم يفرض وجود قواعد آمرة حيث لا يستقيم فهم هذه القواعد إلا ضمن إطار القانون الداخلي<sup>(١)</sup>.

أما العوامل المتصلة بطبيعة القاعدة القانونية الآمرة فهي تتضمن جانبين: الأول يتحدد بصعوبة تحديد القاعدة الآمرة، والثاني يتعلق باحتمال التدرع بالقاعدة الآمرة للتحلل من الالتزامات الدولية، ويبدو ان العامل الثاني ينصب ضمن إطار التخوف من ظهور القواعد الآمرة، فهم ينكرون وجودها لأسباب لا علاقة لها بحقيقة وجود أو عدم وجود القواعد الآمرة وانما للنتائج التي يمكن أن تترتب على الإقرار بوجودها، فعدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي يؤدي وهذا هو الأساس الذي يقول به أنصار المدرسة الإرادية من بروز سلطان إرادة الدول بشكل كبير جداً وبالنتيجة قد يقود وجود قواعد آمرة إلى الإفراط من جانب الدول في الاحتجاج بمخالفة معاهدة ما للقواعد الآمرة بهدف إبطالها والتخلص من آثارها الملزمة مما يؤدي إلى إشاعة الفوضى في المعاملات الدولية على أن هؤلاء المتخوفين من الاعتراف بوجود قواعد آمرة في القانون الدولي انما يخلطون كما ذكرنا بين أمرين ينبغي التمييز بينهما، فهم يخلطون بين وجود القاعدة الآمرة وبين طبيعتها وهذا أمر غير مقبول<sup>(٢)</sup>.

يظهر مما تقدم أن الأساس الذي يستند عليه المنكرون لوجود القواعد الآمرة مرتبط بنظرتهم إلى مصادر القاعدة الدولية، فمصدرها الوحيد عندهم هو الاتفاق

---

١. المصدر نفسه، ص ١٣٨.

٢. محمد السعيد الدقاق، المصدر السابق، ص ١٣٨.

سواء كان صريحاً بصورة المعاهدات أو ضمناً في صورة العرف أو في صورة المبادئ العامة للقانون.

## الفرع الثاني

### الفقه المؤيد للقواعد الآمرة

إذا كان جانب من الفقه الغربي أنكر وجود قواعد آمرة أو تخوف من ظهورها فإنه وفي الجانب الآخر ظهر من يؤيد هذه القواعد ومن هؤلاء (فيتسموريس) الذي أعلن عن ذلك في إحدى المحاضرات التي ألقاها عام ١٩٥٧ في لاهاي فهو يؤكد وجود قواعد لا يمكن معارضتها وإن هذه القواعد ذات طبيعة إنسانية<sup>(١)</sup>.

أما (فردروس) فيعد من أوائل المتحمسين لوجود قواعد آمرة إذ يرى أنه وفي حقل القانون الدولي هناك قواعد تحمل صفة القواعد الآمرة ومعيار هذه القواعد أنها وجدت لا لإشباع حاجات الدولة بشكل منفرد بل لتطبيق وحماية المصالح العليا للمجتمع الدولي حيث يقسم هذه القواعد إلى ثلاث مجموعات وهي:

. القواعد المتعلقة بحقوق الطرف الثالث حيث لا يجوز للأطراف المتعاقدة الإساءة إليه أو ضمه إلى الاتفاقية دون إرادته.

---

١. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٥٠-٥١.

. القواعد المتضمنة لأهداف إنسانية وتتعلق بحماية الجماعة الدولية في مجموعها  
كالمعاهدات التي عقدت بشكل مخالف للقواعد التي تحرم الرق والاتجار بالنساء  
والأطفال.

. القواعد التي أوردتها ميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بنصوصه الخاصة بمبدأ  
تحريم استخدام القوة والمعاقبة على الجرائم الموجهة ضد الإنسانية، حيث يقع كل  
اتفاق يخالف هذه القواعد باطلاً<sup>(١)</sup>.

أما الأستاذ (وايتمن) فيقترح أن تكون القواعد التي يراها من وجهة نظره أمرة ولا  
يمكن الاتفاق على خلافها هي القواعد الآتية:

. تحريم جريمة الإبادة.

. تحريم العبودية وتجارة العبيد.

. تحريم القرصنة.

. تحريم الإرهاب السياسي في الخارج وبضمنه النشاطات الإرهابية.

. تحريم خطف الطائرات.

. تحريم اللجوء إلى الحرب ما عدا حالة الدفاع عن النفس<sup>(٢)</sup>.

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ١٨٥-١٨٦.

حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٥٣.

٢. دافع العراق وجامايكا امام الجمعية العامة للأمم المتحدة عن فكرة مضمونها ان المادة ٥١  
من ميثاق الامم المتحدة المتعلقة بحالة الدفاع عن النفس هي حالة مشابهة للفقرة الرابعة من  
المادة الثانية من الميثاق حيث انها قاعدة أمرة.

غسان الجندي، المسؤولية الدولية، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٠، ص ٨٢-٨٣.

. تحريم التهديد واستخدام القوة ضد وحدة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدول الأخرى (التدخل).

. تحريم العدوان المسلح.

. تحريم الاعتراف بالوضع المترتب على استخدام القوة وبضمنه ثمرات العدوان.

. تحريم نصوص المعاهدات المفروضة بالقوة.

. تحريم جرائم الحرب.

. تحريم الجرائم الموجهة ضد السلام والإنسانية.

. تحريم الاعتداءات الموجهة ضد سلامة وأمن البشرية.

. تحريم استخدام الحرب الجرثومية.

. تحريم جميع أنواع الإبادة الجماعية - وبضمنها الأسلحة النووية.

. منع تسميم الهواء والأرض والجو وجعلها غير صالحة للإنسان.

. منع التغيير العدواني للجو الطبيعي.

. منع استخدام الأجسام الضارة في الفضاء الخارجي.

. منع التشويش على الاتصالات الدولية التي تهدف إلى تعزيز السلام.

. منع القواعد الاقتصادية الحربية التي تؤثر على عمليات البنوك والعملية

الخارجية وتجهيز الطاقة والغذاء<sup>(١)</sup>.

ومن المؤيدين لوجود قواعد آمرة (جورج سل) الذي يؤسس وجهة نظره على فكرة المشروعية الدولية العليا، ومؤدى هذه الفكرة أن القانون الدولي العرفي يشتمل على قواعد معينة تملك قيمة عليا وتلتزم بها الدول كافة ولا يحق لها الاتفاق على

---

١. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٥٤-٥٥.

خلافها، ومن بينها القواعد التي تحمي الحريات والحقوق الفردية كالحق في الحياة الذي لا يتفق مع الحرب والحق في سلامة الجسم الذي لا يتفق مع الاتجار بالرقيق والحق في المرور والتجارة الذي يتعارض مع الغلق التعسفي للحدود وكذلك حق الشعوب في تقرير مصيرها<sup>(١)</sup>، وفي مصر يؤكد محمد حافظ غانم وهو من أنصار المدرسة الاجتماعية وجود قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها عند إبرام معاهدة ما بين الدول كالقواعد الخاصة بحرية الملاحة في أعالي البحار<sup>(٢)</sup>، ويذهب مصطفى كامل ياسين إلى أن (وجود القواعد الآمرة لا يحتمل أي شك فليس هناك من ينكر وجود قواعد دولية لا يمكن أن يتفق على الخروج عليها)<sup>(٣)</sup>.

ويبدو ان انصار مذهب القانون الاجتماعي من المؤيدين لوجود قواعد آمرة في نطاق القانون الدولي فالقانون بالنسبة لهم يجد اساسه في المجتمع التي يولدها لمجرد ان هناك حياة جماعية مشتركة وضرورات هذه الحياة المشتركة هي التي تفرض وجود هذه القواعد، فالتضامن الاجتماعي فكرة اساسية بالنسبة لهذا المذهب الذي لا يمكن ان تتكرر نطاق سير فكرته الاساسية وجود القواعد الآمرة رغم ان التضامن الاجتماعي في نطاق القانون الدولي هو تضامن ضعيف لا يبلغ درجة التضامن الموجود في القانون الداخلي.

وفي مجال القانون الدولي لحقوق الانسان يلاحظ ان الاتفاقيات التي تتضمن تحت مظلة هذا الفرع من فروع القانون قد قننت ما أشار إليه جانب من الفقه المؤيد

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ١٨٩.

فيما يتعلق بالحق في الحياة ذكرت محكمة العدل الدولية في فتاها حول مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الآتي: (من حيث المبدأ، ينطبق الحق في عدم الحرمان من الحياة بطريقة تعسفية في الاعمال العدائية ايضا).

لويز دوسوالد - بيك، المصدر السابق، ص ٤٩.

٢. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ١٩٠.

٣. مصطفى كامل ياسين، مسائل مختارة من قانون المعاهدات، الجمعية المصرية للقانون الدولي، دراسات في القانون الدولي، المجلد الثاني، ١٩٧٠، ص ١٥٩-١٦٠.

لوجود قواعد آمرة عندما ضرب امثلة لقواعد آمرة او ذات الطابع المؤسسي، فاتفافية الحقوق المدنية والسياسية نصت في المادة (٢/٤) منها على (ليس في هذا النص ما يجيز التحلل من الالتزامات المنصوص عليها في المواد ٦ و ٧ و ٨ - فقرة ١ و ٢ و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨) وهي مواد تثبت الحق الطبيعي في الحياة وتحريم التعذيب او العقوبات والمعاملات القاسية وغير الانسانية او تحريم الرق والاستعباد او تحريم سجن اي انسان نظراً لعدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدى وهذا نص يقدر حرية الانسان فضلاً عن بعض المبادئ القانونية المنظمة للاجراءات الجنائية والاعتراف لكل فرد بالحق في كونه شخصاً امام القانون والاقرار بحرية الفكر والضمير والديانة.

وفي موقف حديث من القواعد الآمرة يشير محمد شريف بسيوني الى ان مصطلح *jus cogens* يعني القانون الملزم ولهذا فان هذا المفهوم يحافظ على موقع هرمي في الاعلى من بين كافة الصيغ والمبادئ القانونية الاخرى وهو يعدد مجموعة من الجرائم الدولية التي هي بحسب رأيه قواعد آمرة وهذا استنتاج يتم التوصل إليه من خلال قراءة الاعلانات الدولية او ما يمكن ان نطلق عليه الرأي او القناعة القانونية الدولية *opinion juris* والتي تعكس الاقرار بان تلك الجرائم تعد جزءاً من القانون العام المتعارف عليه فضلاً عما قرت عنه الصياغة القانونية لمقدمات المعاهدات وشروطها المتعلقة بتلك الجرائم والتي تشير الى مكانتها الخطيرة على مستوى القانون الدولي كذلك العدد الكبير من الدول التي صادقت على تلك المعاهدات والتحقيقات الدولية ذات الصلة وسير اجراءات مقاضاة مرتكبي تلك الجرائم ومن الضروري التعامل مع هذه الجرائم كلا على حده لتحديد ما اذا كانت قد بلغت مستوى اعلى من ذلك الذي ينبثق عن التزامات معاهدة معينة فجرائم معينة تؤثر على مصالح المجتمع الدولي باسره لكونها تهدد سلام وامن الجنس البشري ولكونها تهز ضمير الانسانية مما يسمح بالارتقاء بها الى مستوى القاعدة الآمرة

والجرائم المشار اليها تشكل قواعد آمرة ومع هذا لا تتوافر جميع هذه العناصر بالضرورة في كل هذه الجرائم فاذا كان العدوان يشكل تهديداً للسلام والامن البشري واذا كانت جرائم الابداء الجماعية والجرائم ضد الانسانية تهز وجدان البشرية فان بعض الامثلة الدقيقة لمثل هذه الاعمال لا تهدد بالضرورة السلام والامن، وكذلك الحال مع الرق والممارسات ذات الصلة بالعبيد والتعذيب تهز وجدان وضمير الانسانية على الرغم من كونها نادراً ما تهدد الامن والسلام اما القرصنة فهي لا تهدد الامن والسلام ولا تهز ضمير الانسانية في الوقت الحاضر رغم انها فعلت ذلك في وقت ما أما جرائم الحرب التي قد تهدد الامن والسلام فان ارتكابها ليس الا نتيجة انهيار عنصر الامن والسلام حيث انها تحدث اثناء نزاع مسلح دولياً كان ام داخلياً فضلاً عن ان مدى تأثير ضمير الانسانية بجرائم الحرب يعتمد على سياق حدوث تلك الجرائم والطبيعة الكمية والنوعية للجرائم المرتكبة، ويضيف انه توجد ثلاثة اعتبارات اضافية من الضروري اخذها بنظر الاعتبار في تحديد ما اذا كانت جريمة دولية معينة قد بلغت مصاف القواعد الآمرة هي:

- التطور التاريخي القانوني للجريمة، فكلما توافرت ادلة على ادانة وحظر جريمة معينة كلما ترسخ معنى ان الجريمة قد بلغت درجة القاعدة الآمرة.
- عدد الدول، فكلما كان عدد الدول التي آمنت بتحريم الفعل المكون للجريمة بالشكل الذي ضمننت أو ادخلت فيه الحرمان المعني من حماية القانون في قوانينها الوطنية.



- الاعتبار الثالث يتعلق بعدد حالات المقاضاة الوطنية والدولية للجريمة المعنية فضلاً عن موقف المصادر الأخرى للقاعدة القانونية الدولية ككتابات ابرز الفقهاء او خبراء القانون<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ على الافكار التي يطرحها محمد شريف بسيوني انه يحاول ان يضع معياراً تقاس بموجبه الصفة الآمرة لقاعدة او جريمة معينة وهو يعتمد نهجاً مفتوحاً حيث لا يرتكز في طروحاته على تعداد حصري للقواعد الآمرة، وهذا نهج متبع في اطار القوانين الداخلية التي تقر بوجود قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ولكنها لا تحدد ما هي هذه القواعد او اننا لا نجد تعداداً حصرياً لها.

## المطلب الثاني

### مشروع الاتفاقية وموقف اتفاقية فيينا من القواعد الآمرة

إذا كانت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد أقرت بوجود قواعد آمرة في النظام القانوني الدولي المنظم للعلاقات بين الدول فإن هناك جهوداً سابقة أدت إلى هذه النتيجة، وسنتطرق في هذا المطلب وفي ثلاثة فروع إلى جانب من هذه الجهود بالشكل الآتي:

الفرع الأول: مشروع الاتفاقية أمام لجنة القانون الدولي واللجنة القانونية والاستشارية لدول آسيا وإفريقيا.

الفرع الثاني: موقف اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩.

الفرع الثالث: القواعد الآمرة في مشروع مسؤولية الدول.

الفرع الأول: مشروع الاتفاقية أمام لجنة القانون الدولي واللجنة القانونية والاستشارية لدول آسيا وأفريقيا.

جاءت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لكل تنويجاً لجهود كبيرة قامت بها لجان وفقهاء دول عديدة ساهمت بشكل كبير وقوي في تثبيت وجود القواعد الآمرة وترتيب جزاء على مخالفتها وقد كان للجنة القانون الدولي دور كبير في وضع قواعد تنظيمية تتعلق بالمعاهدات من حيث الشكل والموضوع وكذلك فيما يخص القواعد الآمرة منذ دورتها الأولى عام ١٩٤٩ والعلاقة بين الإثنين، حيث حظيت القواعد الآمرة بجانب مهم في تقارير مقرري اللجنة وهم كل من الفقهاء (لوثر باخت) و (فيتسموريس) و (الدوك) حيث دعا (لوثر باخت) لجنة القانون الدولي عام ١٩٥٣ إلى تبني مادة خاصة أو مفهوم خاص في مشروع اللجنة يقضي بإبطال المعاهدة كلياً أو جزئياً في حالة تعارضها مع قواعد القانون الدولي وكان موقف (فيتسموريس) مؤيداً لهذا الاتجاه فقد كتب في تقريره (ان أهم ملامح المعاهدة الشرعية ضرورة انسجامها أو عدم تجاوزها على مبادئ وقواعد القانون الدولي ذات الصلة الآمرة وكذلك فإن تطبيقها يجب أن يأتي متلائماً معها)<sup>(١)</sup>.

اما (الدوك) فقد أيد فكرة القواعد الآمرة ورتب البطلان على المعاهدة التي تخالفها، وذكر أن من أهم الأسباب التي تقود إلى بطلان المعاهدة في الحالة أعلاه هي استخدام القوة أو التهديد بها أو ارتكاب أو امتناع يعتبر في القانون الدولي جريمة دولية، ورغم ان اللجنة سكنت عن ذكر الأمثلة التي أشار إليها (الدوك) ذلك

---

١. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٦٠-٦١.

أن الأمثلة التي جاء بها تقترن بارتكاب جرائم دولية مما قد يوحي بأن النظام العام الدولي لا يوجد إلا في نطاق القانون الدولي الجنائي<sup>(١)</sup>.

أما مشروع الاتفاقية أمام اللجنة القانونية والاستشارية لدول آسيا وأفريقيا فقد تم تناوله من جانب هذه اللجنة وأوفدت اللجنة مراقبين لها لحضور اجتماعات لجنة القانون الدولي تلبية لدعوة الأخيرة بهذا الشأن، وانتهى المقرر الخاص للجنة القانونية والاستشارية لدول آسيا وأفريقيا في تقريره إلى إنكار وجود حرية مطلقة للتعاقد في مجال العلاقات الدولية بل ان هذه الحرية مقيدة بقواعد قانونية دولية آمرة، وأيد عدم تحديدها لأن في ذلك سبباً في تطورها ورفقها بشكل تدريجي لكنه مع ذلك ذكر بعض الأمثلة التي ربما تعتبر بموجبها الاتفاقيات معيبة وباطلة لمخالفتها هذه القواعد ومنها الاتفاقيات التي يكون هدفها التبرير لحرب عدوانية، إنشاء نظام استعماري، والحقيقة انه لم يوجد أي اعتراض من جانب أي دولة من الدول الآسيوية والأفريقية حول هذا الموضوع عدا الطلب الذي قدم من جانب وفد اليابان والذي كان يتعلق بالمادة (٥٠) من مشروع الاتفاقية إذ ذكر هذا الوفد ان من المرغوب فيه إنشاء جهاز يصدر أحكاماً موضوعية فيما يثور من منازعات حول تطبيق هذه المادة إذا تعذرت تسويتها بالوسائل السلمية الأخرى<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٣١.

٢. المصدر نفسه، ص ٢٣٢-٢٣٣.

تبنت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ثلاثة مواد عالجت فيها موضوع القواعد الآمرة في القانون الدولي وهذه المواد هي (٥٣، ٦٤، ٧١) من الاتفاقية وبهذا أقرت وجود القواعد الآمرة التي تعد قيداً على سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات، حيث نصت المادة (٥٣) من الاتفاقية على الآتي (تعتبر المعاهدة باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت - وقت إبرامها - تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة، ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة القاعدة المقبولة والمعترف بها من الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العامة لها ذات الصلة).

أما المادة (٦٤) فنصت على (إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العامة فإن أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها).

ونصت المادة (٧١) على:

((١- في حالة المعاهدة التي تعتبر باطلة طبقاً للمادة (٥٣) يكون على الأطراف أن تزيل بقدر الإمكان آثار أي عمل تم استناداً إلى أي نص يتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة.

ب. وأن تجعل علاقاتها المتبادلة متفقة مع هذه القاعدة الآمرة.

٢- في حالة المعاهدة التي تعتبر باطلة وينتهي العمل بها طبقاً للمادة (٦٤) يترتب على إنهاؤها:

. إعفاء الأطراف من أي التزام بالاستمرار في تنفيذ المعاهدة.

. عدم التأثير على أي حق أو التزام أو مراكز قانونية للأطراف تم نتيجة لتنفيذ المعاهدة قبل إنهائها، بشرط أن تكون المحافظة على هذه الحقوق والالتزامات والمراكز بعد ذلك رهين اتفاقها مع القاعدة الآمرة الجديدة)).

ففيما يتعلق بالمادة (٥٠) من مشروع الاتفاقية التي أصبحت فيما بعد المادة (٥٣) من المعاهدة أيدت الدول النامية والدول الاشتراكية الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة آمرة ألا وهو البطلان، فاننا نجد أن أهم تعديل مقدم تعلق بموضوع هذه المادة هو التعديل الأمريكي الذي تضمن شقين: الأول يتطلب في التعارض مع القاعدة الدولية الآمرة أن يكون قائماً وقت إبرام المعاهدة، والثاني أنه يشترط في القاعدة الدولية الآمرة أن تكون عالمية ومقبولة من مجموع دول العالم، وقد أخذ المؤتمر بالشق الأول بينما رفض الشق الثاني إذ حمل مندوبو الكتلة الشرقية عليه حملة شديدة وأكدوا أن الأخذ بهذا التعديل يعني الأخذ بمبدأ سمو القانون الوطني على القانون الدولي العام وسمو القانون الدولي الإقليمي على القانون الدولي العام وهذه من الأمور التي لا تزال محل نقاش في الفقه القانوني الدولي كما تؤدي إلى تضيق نطاق القواعد الآمرة<sup>(١)</sup>، وقد وجه سؤال إلى رئيس لجنة الصياغة في لجنة القانون الدولي مصطفى كامل ياسين عن المقصود بعبارة (في مجموعها) وفيما اذا كانت هذه العبارة تعني وجوب توفر الإجماع في اعتبار قاعدة معينة بأنها آمرة حيث أجاب (ان لجنة الصياغة أرادت بإضافة عبارة - في مجموعها - أن توضح أنه لا يلزم لتكون القاعدة الآمرة أن ينعقد إجماع الدول على قبولها والاعتراف بها قاعدة آمرة وذلك يعني أن عدم اعتراف دولة واحدة أو عدد قليل من الدول ليس من شأنه أن يحول دون تحقيق مفهوم القاعدة الآمرة)<sup>(٢)</sup>.

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٣٧-٢٣٩.

٢. مصطفى كامل ياسين، المصدر السابق، ص ١٦٢.

ورغم أن النقد قد وجه إلى المادة (٥٣) من الاتفاقية حيث أنها لم تعرف القواعد الآمرة ولم تحدد ماهيتها بل هي جاءت عامة بهذا الخصوص وقد عبر (ماكنير) عن صعوبة تحديد القواعد الآمرة بقوله (أن تحديد القواعد الآمرة لا يخلو من صعوبات بالنظر إلى انعدام المعيار الذي يمكن بواسطته تحديد مثل هذه القواعد) ويذكر حكمت شبر ((ونحن نرى أن المادتين (٥٣-٦٤) لم توضحا بدقة ماهية القواعد الآمرة والمعيار الذي يعتمد لتمييزها عن غيرها من بقية قواعد القانون الدولي وحجم هذه القواعد وهي من القواعد الاتفاقية في المعاهدات أم من الأعراف الدولية، وهل يمكن تجريد الموضوع عما جرى في لجنة القانون الدولي ومؤتمر فيينا من صراع ما بين الدول الاشتراكية والنامية من جانب والتي ناصرت وبقوة وجود وتثبيت القواعد الآمرة في معاهدة فيينا وبين الدول الرأسمالية التي أرادت وجوداً شكلياً لهذه القواعد مما أوصل الصراع إلى مرحلة ترضي الجميع فجاءت المادتان (٥٣-٦٤) بأحكام عامة عن القواعد الآمرة) ويذهب الكاتب اليوناني (روزاكيس) إلى أن المميز في الأمر هو ما طرحته القواعد الآمرة ونصوصها في المعاهدة من مفهوم جديد وليس المعالجة لها، حيث يقرر أن المادة (٥٣) يمكن أن تعمل بنجاح في حالة توفر نظام دقيق ومحكم وأن مواقف بعض الدول مبالغ فيها إلى حد ما<sup>(١)</sup>.

أما الجزاء المترتب على مخالفة قواعد القانون الدولي الآمرة فهي وكما ذكرنا البطلان، وفي حالة المادة (٥٣) فقد أخذت الاتفاقية بتقرير حكم البطلان المطلق حيث لا يقبل الإجازة ولذلك نلاحظ أن المادة (٤٥) من الاتفاقية والتي تناولت حكم الإجازة في حالات البطلان النسبي عن الإشارة إلى حالة التعارض مع القواعد الآمرة حيث لا إجازة بعد البطلان المطلق، فالعمل الذي يقع باطلاً بشكل مطلق لا يلزم أطرافه ولا ينتج آثاره منذ صدوره والحكم الذي يقضي ببطلانه يعتبر كاشفاً عن

---

١. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٦٦-٦٨.

البطلان وليس منشأ له وبهذا تكون اتفاقية فيينا قد أخذت بالنظرية التقليدية في تأصيل البطلان ومع هذا فقد قررت أحكاماً مخالفة لتلك التي يعرفها القانون الداخلي فقررت أن يقتصر الحق في دعوى البطلان على الأطراف دون سواها وهذا هو المستفاد من صياغة المادة (٦٦) والتي نصت على (إذا لم يتم الوصول إلى حل وفقاً للفقرة ٣ من المادة ٦٥ خلال الإثني عشر شهراً التالية لتأريخ بدء الاعتراض تطبق الإجراءات التالية:

- يجوز لكل طرف في نزاع خاص بتطبيق أو تغيير المادتين ٥٣ و ٦٤ أن يرفعه كتابة إلى محكمة العدل الدولية إلا إذا قرر الأطراف باتفاق مشترك إخضاعه للتحكيم...) والحقيقة أن البطلان المقرر بموجب المادة (٥٣) هو بطلان كلي ينصب على المعاهدة كلها، ولو كانت لا تتعارض مع القاعدة الآمرة إلا في جزء منها<sup>(١)</sup>.

وحول سريان البطلان من حيث الزمان وفق المادتين (٥٣-٦٤) فالحقيقة ان المادة (٥٣) تتطلب للبطلان أن تكون المعاهدة عند عقدها في تنازع مع قاعدة دولية آمرة وهذا يعني أن المعاهدة لا تبطل بمقتضى المادة (٥٣) إن كانت تتنازع مع قاعدة آمرة لم تكن قائمة عند عقدها، وإذا كان تطور الحياة يؤدي إلى ظهور قاعدة جديدة آمرة وليس من طبيعة القواعد الآمرة أن تتعاش مع أخرى تخالفها في المضمون فالمادة (٦٤) نصت على بطلان أية معاهدة تنازع قاعدة دولية آمرة ظهرت بعد ذلك، ومن هنا نلاحظ أن مدى البطلان مختلف بالنسبة للمادتين (٥٣-٦٤) فالبطلان المترتب على المادة (٥٣) هو بطلان عام يصيب المعاهدة كلها حتى الأجزاء التي لا تتعارض مع القاعدة الآمرة وبهذا الجراء يكون التعبير واضحاً عن جسامه الذنب الذي ارتكبه الدولة بمخالفتها لقاعدة آمرة قائمة. أما بخصوص

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٥٠ وما بعدها.

المادة (٦٤) حيث تظهر قاعدة آمرة لاحقة وهذه القاعدة الآمرة تخالف بعض نصوص أو أحكام المعاهدة التي عقدتها الدولة في تأريخ سابق لنشوء وظهور القاعدة الآمرة المحرمة لبعض نصوص المعاهدة، فالدول هنا عندما عقدت المعاهدات ما كانت تخالف أية قاعدة آمرة دولية وبالتالي كان ممكناً أن يتجزأ البطلان حيث لا يشمل البطلان وطالما كان ذلك ممكناً إلا الاجزاء أو الأحكام المتعارضة مع القاعدة الآمرة الجديدة وفقاً للمادة (٤٤) من الاتفاقية<sup>(١)</sup> أخيراً نشير ان اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية او بين المنظمات الدولية قد رددت في المادة (٥٣) منها وبذات الكلمات نص المادة (٥٣) ايضاً من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩.

### الفرع الثالث

#### القواعد الآمرة في مشروع مسؤولية الدول

ناقشت لجنة القانون الدولي اثناء بحثها في مسؤولية الدول موضوع القواعد الآمرة باعتبار ان انتهاكها يشكل مخالفة جسيمة لقواعد القانون الدولي والحقيقة ان مشروع المواد الخاص بمسؤولية الدول قد تناول هذا الموضوع عند بحثه في الجنايات الدولية والتدابير المضادة بحيث اورد المشرع عدداً من هذه القواعد باعتبار ان انتهاكها يمثل جناية دولية، فالانتهاك الخطير للالتزام دولي ذي اهمية جوهرية للحفاظ على السلم والامن الدوليين كالالتزام حظر العدوان، والانتهاك الخطير للالتزام دولي ذي اهمية جوهرية لضمان حق الشعوب في تقرير مصيرها كالالتزام حظر فرض سيطرة استعمارية او مواصلتها بالقوة، وانتهاك خطير وواسع النطاق للالتزام دولي ذي

---

١. مصطفى كامل ياسين، المصدر السابق، ص ١٣٦-١٤١.



أهمية جوهرية لحماية البشر، كالتزامات حظر الرق والابادة الجماعية والفصل العنصري، وانتهاك خطير لالتزام دولي ذي أهمية جوهرية لحماية البيئة البشرية والحفاظ عليها كإلزامات حظر التلويث الجسيم للجو أو للبحار كل هذه الامثلة تشكل جنايات دولية هي في جوهرها عبارة عن قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وهذا ما جاءت به المادة (١٩) من مشروع مسؤولية الدول. أما المادة (٥٠) فقد نصت على التدابير المضادة المحظورة وجانب منها هو عبارة عن قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها أو خرقها كالتهديد باستخدام القوة أو استخدامها بوجه يحظره ميثاق الأمم المتحدة أو اللجوء إلى الإكراه الاقتصادي أو السياسي البالغ الذي يرمي إلى تعريض السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي للدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع دولياً للخطر أو أي سلوك آخر يكون مخلاً بحقوق الإنسان الأساسية أو مخالفاً لقاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام.

أما المادة (٥٢) فقد أكدت على عدم خضوع حق الدولة المضروعة في المطالبة بالرد العيني للقيود المنصوص عليها في الفقرتين (ج) و(د) من المادة (٤٣)، فضلاً عن عدم خضوع حق الدولة المضروعة في الحصول على الترضية للقيود الوارد في الفقرة (٣) من المادة (٤٥).

والحقيقة أن الفقرتين (ج) و(د) من المادة (٤٣) تؤكدان على إمكانية الحصول على الرد العيني في الحدود التي لا تشكل فيه هذه المطالبة عبئاً لا يتناسب بصورة كاملة مع الفائدة التي ستعود على الدولة المضروعة من الحصول على الرد العيني بدلاً من التعويض المالي طبقاً للفقرة (ج) أما الفقرة (د) فهي تفيد إمكانية المطالبة بالرد العيني بشرط أن لا يهدد بشكل خطير الاستقلال السياسي أو الاستقرار

الاقتصادي للدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع دولياً بينما لا تتعرض الدولة الضرورة لآخطار مماثلة إذ لم تحصل على الرد العيني<sup>(١)</sup>.

وفي إطار الحديث عن مسؤولية الدول فإن لجنة القانون الدولي ترى وفي ضوء ما عبرت عنه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن الأسلحة النووية للقواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني المنطبقة في المنازعات المسلحة حيث اعتبرتها غير قابلة للنقض وهنا من الضروري ملاحظة أن محكمة العدل الدولية قد تركت الإجابة عن السؤال المتعلق فيما إذا كانت قواعد القانون الدولي الإنساني التي طبقتها كانت جزءاً من القواعد الآمرة سواء بشكل صريح أم لا مفتوحاً أمام جميع الاحتمالات والحقيقة أن اللجنة ذاتها كانت في مشروعها الذي اعتمدته ابتداءً قد اعتبرت أن المخالفات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني على نطاق واسع تعد أمثلة غير أخلاقية للجرائم الدولية للدول<sup>(٢)</sup>.

وهنا فإن من المفيد الإشارة إلى أن هناك تداخلاً بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان وأكدت محكمة العدل الدولية هذا التداخل إذ أشارت إلى أن بعض الحقوق تعد مواضيع حصرية بالقانون الدولي الإنساني بينما هناك

---

١. انظر بهذا الخصوص، حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، ١٩٩١، وثائق الدورة الثالثة والأربعون، الأمم المتحدة، ص ٩٣-٩٤.

٢. ماركوسوسولي، مسؤولية الدول عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد ٢٠٠٢، العدد ٨٤٧، ص ٢٥١-٢٥٢، متاح في موقع

حقوق اخرى تعد حصرية بقانون حقوق الانسان، واخيراً فان مواضيع ثلاثة تنتمي الى كلا الفرعين المذكورين من فروع القانون الدولي<sup>(١)</sup>.

اما في القراءة الثانية للجنة القانون الدولي فيما يتعلق بمسؤولية الدول يلاحظ خلو عناوين ونصوص مشاريع المواد المعتمدة من جانب لجنة الصياغة من اية اشارة الى مفهوم الجنايات الدولية وفي الوقت ذاته استعملت لجنة الصياغة مصطلح القواعد الآمرة في اكثر من موضع فالمادة (٢٦) من المشروع في قراءته الثانية تنص على (ليس في هذا الفصل ما ينفي صفة عدم المشروعية عن اي فعل من افعال الدولة لا يكون مطابقاً للالتزام ناشئ بمقتضى قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام).

وعالج الفصل الثالث حالة الاخلالات الخطيرة بالتزامات بمقتضى القواعد القطعية للقانون الدولي العام فنصت المادة (٤١) على سريان هذا الفصل على المسؤولية الدولية التي تترتب.

نتيجة اخلال خطير من جانب دولة بالتزام ناشئ بموجب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام حيث يكون الاخلال بهذا الالتزام اذا كان يتضمن امتناعاً جسيماً ومنتظماً من قبل الدولة المسؤولة عن اداء الالتزام.

اما النتائج التي تترتب على اخلال خطير طبقاً لهذا الفصل فنصت عليها المادة (٤٢) وهي:

- وجوب تعاون الدول لوضع حد وبالوسائل المشروع لأي اخلال خطير طبقاً للمعنى المحدد في المادة (٤١).

---

١ . [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) , I.c.j, legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory (Request of the advisory opinion) summary of the advisory opinion of 9 July 2004, p,9.

- وجوب عدم اعتراف اية دولة بشرعية وضع ناجم عن اي اخلال خطير طبقاً للمعنى الوارد في المادة (٤١) وتلتزم بعدم تقديم اي عون او مساعدة في سبيل الحفاظ على ذلك الوضع.

- عدم اخلال هذه المادة بالنتائج الاخرى التي يشير اليها الباب الثاني من المشروع في قراءته الثانية ولا بما قد يترتب من نتائج اخرى على اخلال ينطبق عليه هذا الفصل بموجب القانون الدولي.

وبخصوص التدابير المضادة اشارت المادة ٥١ (٥٠) التي عالجت الالتزامات التي لا تتأثر بالتدابير المضادة الى وجوب ان لا تمس التدابير المضادة الالتزامات الاخرى القائمة بموجب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام، فضلاً عن الالتزام المنصوص عليه في ميثاق الامم المتحدة المتعلق بالامتناع عن التهديد باستعمال القوة او استعمالها فعلاً<sup>(١)</sup>.

---

١. انظر عناوين ونصوص مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والتي اعتمدها لجنة الصياغة في القراءة الثانية.

## المبحث الثالث

### موقف الممارسة والقضاء من القواعد الآمرة

تلعب الممارسة الدولية دوراً مهماً في تحديد قواعد القانون الدولي فهو قانون إرادي إلى حد كبير، كما ان القضاء الدولي على وجه التحديد يكشف عن القانون المطبق في العلاقات بين الدول ومن ثم فسنتطرق إلى اتجاه جانب من الممارسة الدولية والوطنية بهذا الخصوص فضلاً عن موقف القضاء الوطني والدولي من هذا الموضوع طبقاً للآتي:

**المطلب الأول: اتجاه الممارسة الدولية والوطنية.**

**المطلب الثاني: موقف القضاء من القواعد الآمرة.**

### المطلب الأول

#### اتجاه الممارسة الدولية والوطنية

يمكن البحث في مثالين يعكسان جانباً من الممارسة الدولية ومثال واحد يعكس الممارسة الوطنية بخصوص الموقف من القواعد الآمرة في ثلاثة فروع هي:

**الفرع الأول: منازعة مصر في صحة معاهدة الصداقة والتحالف لعام ١٩٣٦.**

**الفرع الثاني: منازعة قبرص في صحة معاهدة الضمان لعام ١٩٦٠.**

**الفرع الثالث: اتجاه الممارسة السويسرية.**

## الفرع الأول

### منازعة مصر في صحة معاهدة الصداقة والتحالف لعام ١٩٣٦

وقعت هذه المعاهدة عام ١٩٣٦ بين مصر وبريطانيا حيث أعطت لمصر استقلالاً اسمياً وسيادة فعلية لبريطانيا، وفي عام ١٩٤٥ طلبت مصر إعادة النظر في المعاهدة لكونها أبرمت في ظروف خاصة واستثنائية وفي عام ١٩٤٦ بدأت المفاوضات بين الطرفين لكن تمسك بريطانيا بمضمون معاهدة ١٩٣٦ دفع مجلس الوزراء المصري أن يقرر عرض الأمر على مجلس الأمن وكان من بين الأسانيد التي عولت عليها مصر هي مخالفة المعاهدة لقواعد ومبادئ أساسية إضافية إلى أن المعاهدة تتعارض مع مبدأ المساواة في السيادة المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة وإزاء هذا الوضع وإخفاق مجلس الأمن في اتخاذ قرار لتسوية النزاع ألغت مصر المعاهدة بإرادتها المنفردة بموجب القانون رقم (١٥٧) لسنة ١٩٥١ استناداً لمخالفتها وتعارضها مع اتفاقية القسطنطينية لعام ١٨٨٨ المتعلقة بنظام الملاحة في قناة السويس وميثاق الأمم المتحدة، والحقيقة أن جوهر الأسباب التي استندت إليها مصر كانت تتمثل في وجود قاعدة آمرة تتعلق بالمساواة في السيادة بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وهذه في جملتها من المبادئ الأساسية في القانون الدولي التي لا يجوز مخالفتها والاتفاق على غيرها<sup>(١)</sup>.

إن احتجاج مصر بما تقدم يعكس التطور الذي أصاب النظام القانوني الدولي بعد صدور ميثاق الأمم المتحدة الذي من الصعب إنكار مساهمة المبادئ والقواعد التي بني عليها في تطوير جوانب متعددة من النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الدولية.

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٦٦ وما بعدها.

## الفرع الثاني

### منازعة قبرص في صحة معاهدة الضمان الموقعة عام ١٩٦٠

وقعت هذه المعاهدة في ١٦ آب ١٩٦٠ بين قبرص من جهة وكل من تركيا واليونان والمملكة المتحدة من جهة أخرى وتم فيها التأكيد على التزام قبرص بعدم المشاركة في أية اتحادات سياسية أو اقتصادية مع أية دولة أخرى، والتزمت الدول الثلاث الضامنة بعدم تشجيع قبرص في الدخول في مثل هذه الاتحادات أو إجراء أي تقسيم للجزيرة، وجاء في نص المادة الرابعة من الاتفاقية على أن الدول الثلاث الضامنة وفي حالة وقوع اخلال بأحكام المعاهدة سوف تقوم بالتشاور فيما بينها حول اتخاذ الإجراءات الكفيلة باحترام أحكام الاتفاقية فإن تعذر القيام بعمل مشترك فإن الدول الثلاث المذكورة لها الحق بالتصرف بطريقة تؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه.

وفي أعقاب التدخل العسكري في الجزيرة من جانب الدول الضامنة بعد أعمال العنف التي وقعت عام ١٩٦٣ طرح النزاع على مجلس الأمن حيث بررت الدول الضامنة الثلاث تدخلها العسكري بالاستناد إلى نص المادة الرابعة من الاتفاقية في حين رفضت قبرص هذه الحجة ونازعت في صحة المعاهدة وعبرت عن رفضها الذي استند إلى سببين: الأول ان المعاهدة بتحويلها الدول الضامنة التدخل عسكرياً في قبرص تتعارض مع قاعدة دولية آمرة وهي المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة (٢) من ميثاق الأمم المتحدة والتي تقضي بتحريم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، والثاني ان المعاهدة غير متكافئة وبالتالي فهي غير عادلة وان قبرص كانت في وضع غير معادل لبقية أطراف المعاهدة مما أتاح للأطراف الأخرى أن تملّي عليها الأحكام المخالفة لنصوص الميثاق<sup>(١)</sup>.

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٦٧ وما بعدها.

## الفرع الثالث

### اتجاه الممارسة السويسرية

وفي اطار التجربة القانونية السويسرية يلاحظ ان هذا البلد يعد مثالا لافتاً للنظر فيما يخص ممارسة الدولة وموقفها من هذا النوع من القواعد حيث الزم الدستور الفيدرالي صراحة منذ عام ١٩٩٩ كافة مستويات القانون الوطني بالقواعد الآمرة وضرورة احترامها وهذا موضوع تمت معالجته في اطار العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي فقد ابطال البرلمان الفيدرالي السويسري الاقتراح الشعبي الذي مضمونه متعلق بتعديل دستوري خاص بخرق التحريم او المنع البات لرد اللاجئين حيث ان الاقتراح الشعبي كان ينص على تبني عبارة دستورية مضمونها ان الذين دخلوا البلاد بصورة غير شرعية سوف يتم ترحيلهم بسرعة دون ان تتاح لهم امكانية الاستئناف، وهنا فقد اشارت الحكومة السويسرية (المجلس الفيدرالي) الى الصفة الحاسمة او الباتة لمنع الرد او الدفع الذي هو خاص بان الدول عليها ان تمتنع عن ترحيل او تسليم الاشخاص إلى بلد يلغون فيه تعذيباً او معاملة لا انسانية او مذلة وهو ما يمكن ان يشكل انتهاكاً لاحد الاعراف الاساسية في القانون الدولي ولذلك فقد اقترح المجلس الفيدرالي السويسري ان يعلن البرلمان بطلان هذا الاقتراح الشعبي حيث اتبع البرلمان هذا الاقتراح في قراره الصادر بتاريخ ١٤ آذار ١٩٩٦ ولم يشكل هذا الاقتراح موضوعاً للاستفتاء، وفي عام ١٩٩٩ اتخذ الاعتراف بالاعراف الباتة للقانون الدولي باعتبارها حدوداً مادية او موضوعية للعملية التشريعية والدستورية



خطوة ابعد من باب انه اكتسب اعترافاً دستورياً صريحاً فالدستور الفيدرالي السويسري بعد التنقيح عام ١٩٩٩ بين وبصراحة عدم قبول وجود اقتراح شعبي يهدف الى تعديل دستوري يتعارض مع قواعد آمرة فمثل هذه المبادرات يتوجب ابطال شرعيتها من جانب السلطات السويسرية، والحقيقة ان هذه الفكرة لم تتطور الا في السنوات الأخيرة أي فكرة وجود حدود موضوعية للعملية التشريعية مصدرها قواعد دولية ففي عام ١٩٥٣ استمر المجلس الفيدرالي بزعم عدم وجود حد خارجي للعملية الدستورية والذي يمكن اعتباره اعلى من ارادة الشعب والكانتونات ففي تلك السنة كان أي استفتاء سيلزم الحكومة السويسرية على انتهاء اية اتفاقية دولية تتعارض مع رغبة الشعب<sup>(١)</sup>.

ان المنع الصريح لمخالفة اية قاعدة تشريعية وطنية سويسرية للقواعد الآمرة بموجب نص دستوري قد يثير الشك فيما يتعلق بالموقف من علوية القانون الدولي على القانون الداخلي في هذا البلد اذا تعلق الامر بقاعدة دولية عادية غير آمرة فالسلطة التشريعية ستكون غير ملزمة بالقانون العرفي الذي لا يشكل قاعدة آمرة بل بوسعها اتباعه حسب رؤيتها ومع هذا فان الممارسة السويسرية السابقة لتنقيح الدستور السويسري او تعديله عام ١٩٩٩ تشير الى اسبقية التزامات القانون الدولي على القانون الداخلي وقد اتخذت المحكمة الفيدرالية السويسرية العليا موقفاً مفاده انه في حالة تعارض الالتزامات الناجمة عن القانون الوطني والدولي على التوالي فان الأخير سوف تكون له الأسبقية، ما لم يكن في نية السلطة التشريعية الوطنية تبني تشريعاً معاكساً<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

---

١ . Erik de wet, the prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law, E.J.I.L, 2004 vol.15, no.1, p.101-103.

٢ . Erik de wet, op. Cit, p.p 104.

## موقف القضاء من القواعد الآمرة

تعرض القضاء الوطني في بعض دول العالم فضلاً عن القضاء الدولي إلى القواعد الآمرة وأشارت الأحكام الصادرة إلى بعض من هذه القواعد، وسنتطرق لموقف القضاء الداخلي، فضلاً عن اتجاه محكمة العدل الدولية بهذا الشأن في فرعين:

الفرع الأول: موقف القضاء الداخلي.

الفرع الثاني: في قضاء محكمة العدل الدولية.

### الفرع الأول

#### موقف القضاء الداخلي

تطرق القضاء الداخلي في دول عدة للموقف من القواعد الآمرة منها القضية التي تتلخص وقائعها في الطلب الذي قدمته إحدى الجمعيات السويسرية التي تملك أموالاً في مدينة هامبورغ الألمانية إلى المحكمة الدستورية العليا لجمهورية ألمانيا الاتحادية وذلك للقضاء بعدم شرعية الرسوم المفروضة عليها طبقاً للقانون الألماني الصادر عام ١٩٩٢ القاضي بالمساواة في الأعباء حيث يهدف هذا القانون إلى توفير تعويضات لضحايا الحرب وللألمان المبعدين من البلاد المجاورة إذ لم يفرق هذا القانون عند التطبيق بين الألمان والأجانب وحيث أن هذا النوع من الأعباء لا يتحملها إلا الوطنيين وليس الأجانب، كما أن الاتفاق المبرم بين سويسرا وألمانيا الاتحادية في تاريخ سابق لصدور القانون الألماني أعلاه والساري في تاريخ لاحق له بشأن تطبيق هذا القانون على الرعايا السويسريين يتعارض مع قاعدة عرفية عامة في القانون الدولي والتي تقضي بعدم مساهمة الأجانب في مثل هذه النفقات وكما أن المادة (٢٥) من الدستور الألماني تقرر أن القواعد العامة في القانون الدولي تشكل

جزءاً من القانون الألماني فإن هذه الاتفاقية وأعمال أحكامها سوف يصطدم مع الدستور الألماني أيضاً.

وأصدرت المحكمة حكمها عام ١٩٦٥ وأقرت فيه أن القانون الدولي يشتمل على مجموعة من القواعد العرفية الآمرة وتعتبر هذه القواعد ضرورية لوجود النظام القانوني الدولي ويقع عبء احترامها والالتزام بمضمونها على كل أعضاء الجماعة الدولية، ورغم ذلك فإن المحكمة حددت نطاقاً ضيقاً للقواعد الآمرة إذ قررت أن القاعدة التي تعفي الأجانب من تحمل أعباء مالية معينة في الحالة التي تذرعت بها الجمعية السويسرية لا تعتبر من القواعد الآمرة بل هي قاعدة مكملة ومن ثم يصح الاتفاق على ما يخالفها<sup>(١)</sup>.

وفي إطار التجربة السويسرية فقد رفضت المحكمة العليا السويسرية عام ١٩٨٢ وفي قرار لها طلب ارجنتيني بالتسليم رغم وجود اتفاقية تسليم بين البلدين مخافة ان الاشخاص المتأثرين قد يخضعون الى التعذيب او معاملة غير انسانية او مهينة رغم اعتمادها بصورة اساسية على المادة (٣) من الميثاق الاوربي لحقوق الانسان حيث وصفت حظر التعذيب بانه يشكل مبدأ أساسي في القانون يتوجب اخذه بنظر الاعتبار، وفي نظر ذات المحكمة في طلب تونسي للتسليم اعلنت بصورة واضحة ان حظر التعذيب والرد تشكل عناصر للنظام الدولي العام وهي تعد مساوية او مرادفة للقواعد الآمرة<sup>(٢)</sup>.

اما المحكمة الكندية العليا فيبدو انها تتبنى موقفاً مغايراً ففي قضية صدر القرار فيها عام ٢٠٠٢ تعلق بترحيل لاجئ الى بلد حيث يمكن ان يتعرض فيه للتعذيب لم تعتبر هذه المحكمة انها خاضعة للسلطة المباشرة لاعراف القانون الدولي وهي في الوقت الذي ترفض فيه التعذيب بصفته لا ينسجم مع مبادئ العدل الجوهرية حيث نظرت المحكمة اولاً الى المادة (٧) من الميثاق الكندي للحقوق

---

١. سليمان عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٥٩-٢٦٠.

٢. Erik de wet, op. Cit, p. 103, footnote.32.

والحريات ورفضت المحكمة الفكرة التي مفادها ان الاعراف او القواعد الآمرة تتجاوز القانون الوطني في الوقت الذي المحت فيه الى وجود اعراف وطنية باثة والتي تجد صداها في النظام القانوني الدولي<sup>(١)</sup>.

وتبرز مسألة اخرى في اطار موقف القضاء الداخلي من انتهاكات القواعد الآمرة عند وجود حصانات سيادية وهذا موقف خضع لانتقادات من جانب بعض الكتاب، والانتقاد الاول مضمونه ان في مقدور الدول استخدام الطبيعة الغامضة للقواعد الآمرة لانكار الحصانة السيادية لاسباب ليست ذات صلة بالقواعد الآمرة، ونتيجة لذلك يمكن ان تواجه الدول مختلف الدعاوى في محاكم اجنبية قد يكون قسم منها ذو طبيعة ذرائعية الا ان مثل هذه المخاوف قد تكون مبالغاً فيها لان قاعدة ما لا تتال صفة القاعدة الآمرة حتى يعترف بها المجتمع الدولي بأسره كقاعدة لها هذا الطابع فستتردد المحاكم قبل ان تعطي انتهاكا ما سمة القاعدة الآمرة طبقاً لما تراه بهدف تجنب الحصانة ومقاضاة فرد لم يكن قد خرق عرفاً باتاً ثابت الاسس، كما ان خطر الاساءة السياسية سيوجد مع هذا من باب ان اجراءات من نفس الطبيعة على الارجح سيتم البت بها ضد الدول الأقل قوة فعلى سبيل المثال ليس من الراجح تماماً ان عضواً دائماً في مجلس الأمن يواجه دعاوى مدنية في محاكم اجنبية نتيجة اضرار نجمت عن خرق القواعد الآمرة. فضلاً عن ان رفع الحصانة السيادية في محكمة عن دولة ما قد يؤدي الى الاخذ بالتأثر او الانتقام في محاكم دولة أخرى خاصة وان بعضاً منها لا تتمتع بالاستقلال الكافي عن الحكومة حيث يتم اصدار الاحكام ضد دولة اخرى بناءً على الموقف السياسي السائد فيما بين الدولتين ومن الراجح هنا ايضا ان الانتقام لن يحصل ضد قوى عظمى<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

---

١. Ibid, p103, footnote, 33.

٢. انظر حول ما تقدم Erika de wet, op, cit, pp105-111.

## في قضاء محكمة العدل الدولية

أقرت محكمة العدل الدولية في العديد من قراراتها وآرائها الاستشارية بوجود قواعد أمرة في نطاق النظام القانوني الدولي وهذا العمل القضائي والافتائي من جانب المحكمة انما يعكس القانون المطبق فضلاً عن كونه قد أشار إلى بعض هذه القواعد من حيث مضمونها، ففي حكمها الصادر بتاريخ ٥/شباط/١٩٧٠ في قضية شركة برشلونة للطاقة والإنارة والقطر ذكرت المحكمة أن (هذه الالتزامات تنبثق ليس فقط من القواعد الدولية المعاصرة التي تحرم أعمال العدوان، وإبادة الجنس البشري وانما أيضاً من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان، بما في ذلك حمايته من العبودية والتفرقة لعنصرية بل ان بعضاً من هذه الحقوق قد أصبحت جزءاً من القواعد الدولية العامة طبقاً لما جاء في الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية عام ١٩٥١ المتعلق بالتحفظات على معاهدة تحريم جريمة إبادة الجنس البشري، كما ان بعضها الآخر قد تم إقراره بواسطة وثائق دولية عالمية أو شبه عالمية - إقليمية)<sup>(١)</sup>.

ويبدو واضحاً إقرار المحكمة بوجود قواعد دولية أمرة سبق أن أشير إليها أمام المحكمة في الرأي الاستشاري المتعلق بالتحفظات بشأن مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاينة مرتكبيها التي صدرت بتاريخ ٢٨/أيار/١٩٥١ عندما أشار (هارتلي شوكرس) ممثل المملكة المتحدة إلى أن (الاتفاقية تتضمن التزامات مطلقة لا تخضع قط لأي من اعتبارات المعاملة بالمثل)<sup>(٢)</sup> وقد أكدت المحكمة ذاتها المعنى المتقدم في القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها بين البوسنة والهرسك من جهة ويوغسلافيا من جهة أخرى (مرحلة الدفع الأولية) عام ١٩٩٨ حيث أشارت إلى ضرورة النظر إلى هذه الاتفاقية من حيث موضوعها والغرض منها باعتبارها من الأسس الجوهرية للنظام القانوني الدولي المعاصر إذ

---

١. I.C.J., Reports (1970) p.32. para..34

٢. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، ١٩٩٢ ووثائق الدورة الرابعة والأربعين، الأمم المتحدة، ص ٨٤.

أنها اتفاقية يجب أن تبقى محفورة في الضمير الإنساني العالمي مما يستوجب تطبيقها بصورة موضوعية<sup>(١)</sup>.

وفي الفتوى المتعلقة بقضية ناميبيا حول تفسير قرار مجلس الأمن المرقم (٢٧٦) الصادر عام ١٩٧٠ أكدت المحكمة الطبيعة الآمرة لنص الفقرة السادسة من المادة الثانية من الميثاق التي تلزم الدول الثالثة على أن ((تسير الدول غير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي) إذ ذكرت المحكمة (أما بالنسبة للدول غير الأعضاء في المنظمة الدولية، التي لا تخضع لأحكام المادتين (٢٤، ٢٥) من الميثاق فهي مدعوة وفقاً للفقرتين (٢٥، ٢٠) من القرار المرقم (٦٧٦) لعام ١٩٧٠ لتقديم المساعدة بخصوص الإجراءات التي اتخذتها الأمم المتحدة ازاء ناميبيا. وطبقاً لوجهة نظر المحكمة فإن إنهاء الانتداب وإعلان عدم شرعية وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا ملزم لجميع الدول بأن الانتداب الذي تم عن طريق قرار المنظمة الدولية والذي أحل السلطة الإرادية للمنظمة محل السلطة القديمة فإنه قد اعتبر وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا عملاً غير شرعي ويشمل آثاره الدول غير الأعضاء في المنظمة لتعمل بموجبه))<sup>(٢)</sup>.

وكان القاضي (جيسوب) قد أعلن في رأيه المعارض الملحق بقرار المحكمة في قضية جنوب غرب أفريقيا عام ١٩٦٦، ((إن الآراء الفلسفية السائدة في العالم تشمل بلا شك المواد (١ و ٥٥ و ٧٣) من ميثاق الأمم المتحدة وكذلك الإعلان الخاص بالإدانة العالمية للفصل العنصري... وإن الإدانات المتراكمة التي استهدفت الفصل العنصري، وهي إدانات مدونة كما في هذه الحالة، في إجراءات الدعوى ومسجلة على نحو خاص في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تقيم الدليل على وجود معيار بهذا الشأن للمجتمع الدولي المعاصر))<sup>(٣)</sup>.

---

١. أحمد أبو الوفاء، التعليق على أحكام محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٨، ص ٢٠٣.

٢. حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٧٤-٧٥.

٣. ايريك - إيرين أ داييس، المصدر السابق، ص ٥-٦.

وقد عبرت المحكمة بشكل واضح عن وجود قواعد آمرة مطبقة في القانون الدولي بوصفه مبدأً مقبولاً مستخدمة مصطلح *jus cogens* وذلك في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة حيث ذكرت ان منع استخدام القوة يعد من القواعد الآمرة *jus cogens* في القانون الدولي<sup>(١)</sup> فالمحكمة ذكرت (ان الطرفين كليهما يريان ان المبادئ المتعلقة باستخدام القوة والمدرجة في ميثاق الامم المتحدة تتفق، في اساسياتها، مع المبادئ الموجودة في القانون الدولي العرفي وهما لذلك يقبلان التزاماً، منشأ بقانون المعاهدات، بالامتناع عن استخدام القوة ضد سلامة الاراضي او استقلالها السياسي لأية دولة او على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الامم المتحدة - المادة ٢/٤ من الميثاق - غير ان المحكمة يجب ان تقتنع بانه يوجد في القانون الدولي العرفي رأي قانوني يؤكد الطابع الملزم لهذا الامتناع. وقالت انها ترى ان الرأي القانوني هذا يمكن استنتاجه، في جملة امور، من موقف الطرفين ومواقف الدول من بعض قرارات الجمعية العامة وبوجه خاص القرار ٢٦٢٥ - د، ٢ المعنون اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الامم المتحدة والموافقة على قرارات من هذا النوع شكل من اشكال الاعراب عن رأي قانوني فيما يتعلق بمبدأ عدم استخدام القوة الذي يعتبر مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي، مستقلاً عن الاحكام التي يخضع لها على صعيد قانون المعاهدات المتمثل في الميثاق، وبخاصة الاحكام التي هي من النوع المؤسسي<sup>(٢)</sup>.

ويظهر من القرارات المشار إليها فيما تقدم ان محكمة العدل الدولية وكذلك الحال مع محكمة العدل الدولية الدائمة لم تعبر بوضوح مطلقاً عن العلاقة بين مصطلحي القواعد الآمرة والالتزامات تجاه الكافة كما لم تعبر الفلسفة القانونية

---

١. Gennady M. Danilenko, international jus cogens: issues of law – making, p.1.

متاح على الموقع <http://www.egil/journal>

٢. موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣، ص ٢١٨.

للمحكمتين بصورة علنية عن كيفية تحول صيغة معينة الى قاعدة آمرة او لم ومتى تصبح التزامات تجاه كافة وعن النتائج التي تترتب على ذلك ويمكن القول طبقاً لما يذهب إليه أحد الكتاب الى ان موضوعاً معيناً يرقى الى مستوى القاعدة الآمرة عندما يكون المبدأ الذي يجسده قد حظي بقبول عالمي من خلال الممارسة الملزمة لمعظم الدول مع اقترانها بالقناعة القانونية اللازمة فعلى سبيل المثال يعد مبدأ السيادة الاقليمية مرتقياً الى مستوى الصيغة الباتة او الحاسمة لان كافة الدول قد وافقت على وجود حق للدول في ممارسة سلطان قضائي اقليمي حصري<sup>(١)</sup>.

فضلاً عما تقدم فان محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للطاقة والانارة والقطر يبدو انها تحدد احد معايير الالتزامات في مواجهة كافة فهي اوضحت انه يجب تمييز فرق اساسي بين التزامات دولة ازاء المجتمع الدولي ككل وبين الالتزامات الناشئة او المنبثقة تجاه دولة اخرى في مجال الحماية الدبلوماسية، فمن جوهر وصلب الالتزامات الاولى انها تخص الدول كافة حيث ان لها مصلحة قانونية في حمايتها *erga omnes* وعندما تعطي المحكمة امثلة على التزامات من هذا النوع - سبق لنا ذكرها آنفاً - لا تعرف بدقة المعنى الذي تقصده او تريده في عبارة (الالتزامات دولة ما تجاه المجتمع الدولي ككل)<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة ان المحكمة ذاتها وفي رايها الاستشاري المتعلق بالتبعات القانونية المترتبة على بناء الجدار في الاقليم الفلسطيني المحتل الصادر في ٩ تموز ٢٠٠٤ قد اكدت على ان الالتزامات التي خرقتها اسرائيل تشمل مجموعة من القواعد التي تهم كافة الدول وان جميع الدول لها الحق في حمايتها *erga omnes* ومنها حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير وهو مبدأ خرخته اسرائيل، وأشارت المحكمة الى ما أكدته سابقاً في قضية تيمور الشرقية من ان عدداً كبيراً من احكام القانون

---

Cherif Bassiouni, op.cit, p.5.

.١

Ibid, p.5.

.٢



الانساني تشكل مبادئ لا يمكن تجاوزها من القانون الدولي العرفي وان هذه الاحكام هي من صيغة<sup>(١)</sup> orga omnes.

اخيراً وفيما يتعلق بموضوع الحصانات وعلاقتها بمقاضاة رؤساء الدول ووزراء الخارجية وربما غيرهم من اعضاء مجلس الوزراء كانت موضع ادانة من جانب محكمة العدل الدولية في ضوء الاثر المزعزع الذي سوف يترتب عليه على العلاقات الدولية وذلك في القضية التي نفرتها حول هذا الموضوع بين الكونغو وبلجيكا وصدر الحكم فيها بتاريخ ١٤ شباط ٢٠٠٢<sup>(٢)</sup>.

## الخاتمة

---

١. انظر الرأي الاستشاري المشار إليه متاحاً على الموقع [www.icj.org](http://www.icj.org)  
I.C.J, legal consequences..., op. Cit, p13-14.  
٢. Erika de wet, p.113, footnote 83.

لم تكن عملية الإقرار بوجود قواعد آمرة تسري على الكافة في نطاق القانون الدولي عملية يسيرة تم قبولها دفعة واحدة إذ أن هذا الموضوع خاض فيه الفقه وانقسم حوله بين من يؤيد وجود هذه القواعد وبين من ينكر وجودها وكان لكل طرف حججه المتصلة بالموضوع إلا أن التطور الذي طرأ على النظرة إلى القانون الذي ينظم العلاقات بين الدول خاصة بعد صدور ميثاق الأمم المتحدة عام ١٩٤٥ وما تضمنه من مبادئ جديدة شكلت نقلة نوعية للقانون الدولي ساهمت بدورها في تقبل وجود قواعد آمرة في نطاق هذا النظام القانوني عبر الإقرار بوجود نظام عام دولي يسعى إلى الحفاظ على قيم ومفاهيم السلم والأمن واحترام حقوق الإنسان.

من جانب آخر فإن الاعتراف بوجود قواعد آمرة في القانون الدولي لم يكن يعني بأي شكل من الأشكال تحديد عدد معين لهذه القواعد حيث بقي الأمر مرتبطاً بما تصل إليه وتعتبر عنه الأجهزة القضائية الدولية وهو ما قامت به محكمة العدل الدولية التي أشارت إلى بعض هذه القواعد التي اصطلحت على تسميتها بالقواعد الآمرة ولعل التطور البارز بهذا الشأن والذي من غير الممكن إنكاره هو ارتباط عدد مهم من هذه القواعد بمواضيع السلم والأمن وحقوق الإنسان الذي تمتد جذوره إلى كتابات فقهية أشارت عند حديثها عن القواعد الآمرة وضربها أمثلة عليها إلى طبيعة مواضيع هذه القواعد المرتبطة بما سبق وأن ذكرناه ولعل ما أشار إليه الاستاذ (وايتمن) خير دليل على ذلك وهذا يعني ان القواعد الآمرة مرتبطة بفكرة النظام العام الدولي الذي يعبر في وجوده عن مجموعة من الاعتبارات والمبادئ والقيم الأساسية ذات الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع بحيث لا يمكن الكلام عن نظام قانوني إذا لم يتحقق احترام هذه القيم من خلال تبلورها في قواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والخروج عليها، ويمكن القول ان تطور فروع القانون الدولي المختلفة وعلى وجه الخصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان من العوامل الأساسية التي سوف تساعد على تركيز فكرة القواعد الآمرة واتساع نطاقها فضلاً عن احترامها في المجتمع الدولي، حيث بدأت كتابات فقهية تشير إلى نمو مجموعة أخرى من المفاهيم القانونية التي تقترب أو هي تختلط أو تكمل ما تقوم به القواعد

الآمرة من دور في اطار النظام القانوني الدولي كالقواعد التي ترتب التزامات على الكافة او الجنايات الدولية وفي كل الاحوال فان المستقبل سيكون باتجاه مضمونه الاعمال المتزايد لمفهوم القواعد الآمرة او الاحتجاج بها وعلى وجه الخصوص على مستوى القرارات القضائية نظراً لتوسع المساحة التي يمكن ان تتحرك فيها هذه القواعد وتطور باقي فروع القانون ذات الصلة بموضوع هذه القواعد، واذا كان فقه القانون الدولي لا يميز في مراحل سابقة بين القواعد ذات المضمون الجنائي وتلك التي تعكس بعداً غير جنائي فان الامر يبدو الان مختلفاً مما يعني وجود وجهين لفكرة النظام العام الدولي المعبر عنه في شكل قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، فضلاً عن بروز مصطلح القواعد التي ترتب التزامات على الكافة بشكل يتداخل في بعض الأحيان مع مفهوم القواعد الآمرة.

المصادر

أولاً: باللغة العربية

## - الكتب

- . أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الارهاب الدولي، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربي الاوربي، ١٩٩٨.
- . ايريك - ايرين أ. دايس، واجبات الفرد أزاء المجتمع والقيود المفروضة على حقوق الانسان وحرياته بمقتضى المادة (٢٩) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٢.
- . توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١.
- . سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- . عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٦.
- . غسان الجندي، المسؤولية الدولية، الطبعة الاولى، عمان، ١٩٩٠.
- . محمد السعيد الدقاق، سلطان إرادة الدول في ابرام المعاهدات الدولية بين الاطلاق وتقييد، دراسة لاحكام معاهدة فيينا ١٩٦٩، دار المطبوعات الجامعية ١٩٧٧.
- . محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨٣.

## - الدوريات

- . احمد ابو الوفا، التعليق على احكام محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٨.

- . حكمت شبر، القواعد الآمرة في القانون الدولي العام / دراسة مقارنة، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧٩.
- . حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، ١٩٩١، وثائق الدورة الثالثة والاربعون، الامم المتحدة.
- . حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، ١٩٩٢، وثائق الدورة الرابعة والاربعين، الامم المتحدة.
- . حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٩٨، تقرير لجنة القانون الدولي الى الجمعية الامة عن اعمال دورتها (٥٠)، الامم المتحدة.
- . روبيرتيسهورت، شرط مارتنز وقارن النزاعات المسلحة، المجلة الدولية للصليب الاحمر، العدد ٥٤، السنة ١٩٩٧.
- . عزت سعد الدين، قانون المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الانسان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٩، السنة ١٩٨٣.
- . لويز دوسوالد - بيك، القانون الدولي الانساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة ١٩٩٧.
- . ماركوسوسولي، مسؤولية الدول عن انتهاكات القانون الدولي الانساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من اعداد ٢٠٠٢، العدد ٨٤٧، متاح على موقع اللجنة على شبكة الانترنت [www.lcc.org](http://www.lcc.org)
- . مصطفى كامل ياسين، مسائل مختارة من قانون المعاهدات، الجمعية المصرية للقانون الدولي، دراسات في القانون الدولي، المجلد الثاني، ١٩٧٠.

## ثانياً: باللغة الانكليزية

1. Cherif Bassiouni, International crimes: jus cogens and obligation erga omnes- <http://www.LawDuke.edu/journals>
2. Erik de wet, the prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law, E.J.I.L, 2004, vol.15,no.1.
3. Gennady M. Danilenko, international jus cogens:

Issues of law – making متاح على الموقع

<http://www.egil/journa>

4. I.C.J, reports of judgments, advisory opinion and orders. Case concerning the Barcelona traction, light and power company, limited (New application: 1962) Belgium v. Sp; second phas, 5 february, 1970, judgment.
5. I.C.J, legal consequences of the construction of awall in the occupied Palestinian territory (request of the advisory opinion) summary of the advisory opinion of 9 July 2004 متاح

على الموقع

[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)