

مجلة كلية الحقوق

جامعة النهرين

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق
جامعة النهرين

المجلد ٩ / العدد ١٦

السنة : جمادي الأولى - ١٤٢٧ هـ / ايار - ٢٠٠٦ م

المجلد ٩

العدد ١٦

مجلة كلية الحقوق – جامعة النهريين

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهريين

المجلد ٩ / العدد ١٦

السنة : جمادى الأولى – ١٤٢٧هـ / أيار – ٢٠٠٦ هـ

(وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)

مجلة الحقوق

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد التاسع – العدد ١٦

جمادي الأولى ١٤٢٧هـ

أيار ٢٠٠٦ م

للمراسلات

سكرتير التحرير

العراق – بغداد – الحاظمية

كلية الحقوق – جامعة النهرين

ص . ب : ٩٠٧٣

البريد الإلكتروني

E – mail

JOURNAL_INF@YAHOO.COM

الأشتراك السنوي

١٣٠٠٠ – دينار للمؤسسات

الحكومية والأشخاص داخل العراق.

١٠٠ – دولار – للمؤسسات الحكومية

والأشخاص خارج العراق

هيئة تحرير

المجلة

رئيس التحرير

أ.د. محمدان العابد

كلية الحقوق / جامعة النهرين

أعضاء هيئة التحرير

أ.د. محي 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 سعدي

عميد

كلية الحقوق جامعة النهرين

أعضاء الهيئة

أ.د. مصطفى اباهيم الزلمي

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.د. سعد عبد الجبار العلوش

كلية الحقوق جامعة النهرين

أ.م.د. محمد علي جواد

عميد

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ

كلية الحقوق جامعة النهرين

المحتويات

❖ الأهمية العملية للقضاء الإداري

- . قيس عبد الستار عثمان



- . . . محمد حماد مرهج الهيتي

❖ الممارسة الدولية في معالجة المشاكل البيئية

- . . صلاح عبد الرحمن الحديثي

- . .

❖ توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي

- . .

❖ إشكالية المحل في جريمة التزوير المعلوماتي

- . . مفيد نايف تركي

❖ الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي

- . . حيدر ادهم الطائي

❖ المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني

- . .

❖)

والتعليمات الصادرة بموجبه

- . . ضرغام فاضل حسين العلي

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*١٦ سم 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

- لاتستخدم الاختصارات في عنوان البحث ، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بواحدات 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 لوحداث 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 التذاويل لتوضيح المعلومة ، وفي هذه الحالة ، ترقم التذاويل 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: 16

Year: JAMADI 1 / 1427 h / May – 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: 16

Year: JAMADI 1 / 1427 H / May – 2006

**Journal of the College of
Law**

**A Scientific Refereed
Journal**

Published by

College of Law

Al-Nahrain University

Volume 9- Number: 15

**Year: jamadi 1 / 1427 H may /
2006**

Correspondence

Editorial manager.

Iraq- Baghdad-

Al-Kadhimiya

Journal of The College of Law

P.O.Box.9072

E-mail

journal_inf@yahoo.com

Annual Membership:

**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-Zalam
Ph,D.**

College of Law

Professor

Saad Al-Aloosh, Ph.D.

College of Law

Assistant professor

Mahammed Ali Jawad, Ph.

**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, 19
- 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.

الأهمية العلمية للقضاء الإداري

الدكتور قيس عبد الستار عثمان

رئيس مجلس شوري الدولة

بسم الله الرحمن الرحيم
الأهمية العلمية للقضاء الإداري

الدكتور قيس عبد الستار عثمان

رئيس

مجلس شورى الدولة

الملخص:

لقد اخذ العراق بنظام القضاء المزدوج بصورة قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ المعدل لقانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٥ . وقد اثبت القضاء الإداري في العراق نجاحه من خلال ما أصدره من قرارات وأحكام عديدة ، انصف فيها المواطنين ، وأعطى كل ذي حق حقه ، كما انصف الإدارة إذا كانت كحقه في اجراءاتها ، وتبدو واضحة أهمية القضاء الإداري في امور مختلفة من خلال دراستنا لهذا الموضوع وتتمثل هذه الأهمية في إن القضاء الإداري يعد مظهراً من مظاهر الدولة القانونية ، وكذلك يعد قضاء إنشائياً ، وانه قضاء متخصصاً ، الى جانب كونه يعمل مرشداً وموجهاً للإدارة في المسار الصحيح وقد فصلنا ذلك في ثنايا البحث .

Abstract

The practical importance of the Administrative justice adopts the system of double justice under the promulgation of the second amendment of the council of state Law No.106 of 1989 which is the amending law to the Council of State Law No.65 of 1979.

The Administrative justice proves its success by the decisions and judgments issued by it. These decisions and judgments provides justice to the citizens and at the same time the administrative justice is being justice to the administration if it is right in its procedures.

By studying this subject, I think that the importance of the administrative justice is very clear because it is one of the legal aspects of the state. It is a creative and specialized justice.

The administrative justice works as a guide and steer to the administration because it leads it to the right way as we discuss this subject in our research.

مقدمة

إن الإدارة ، يتوجب عليها ، أن تحترم في جميع أعمالها وتصرفاتها مبدأ المشروعية ، وهذا لا يمكن ضمانه عن طريق النصوص القانونية فقط بل لابد من إيجاد وسائل فعالة وكفيلة تلزم الإدارة في التقيد بمبدأ المشروعية ، ومنعها من التعسف في استخدام سلطاتها ، وهذا ما يستتبع بالضرورة رقابة أعمالها ، وإمكانية إلغاء المعيب منها ، والتعويض للأفراد المتضررين من ذلك .

ويمكن القول إن رقابة مشروعية أعمال الإدارة ، تتناولها ثلاثة أنواع من الرقابة ، هي الرقابة السياسية ، والرقابة الإدارية ، والرقابة القضائية .

إن بعض أنواع الرقابة المشار إليها ، لا يمكنها أن تحقق الغاية المنشودة منها على أحسن وجه ، ذلك إن الرقابة السياسية تعتمد بشكل أساسي على اعتبارات وظروف سياسية ، كما إن الرقابة الإدارية لا تضمن الحياد نظراً لأن الإدارة صاحبة التصرف المعيب قد ترفض الاعتراف بالخطأ ، كما إنه ليس من مقتضيات العدالة والمنطق القانوني السليم إن تكون الإدارة حكماً وخصماً في ذات النزاع ، لذلك تبقى الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة في الدولة القانونية ، ذلك إن القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ المشروعية لما يتوفر له من ضمانات الحياد والاستقلال في أداء وظيفته في تحقيق العدالة وتطبيق القانون التطبيق السليم . ذلك إن القضاء كما يصفهم المرحوم الأستاذ السنهاوري ((نخبة من رجال الأمة ، أشربت نفوسهم احترام القانون ، وأغرس في قلوبهم حب العدل ، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية)) .

يترتب على ما تقدم ، إن حقوق الأفراد وحياتهم لا يمكن ، ضمانها بصورة جدية وفعالة إلا في ظل الرقابة القضائية ، لأن القضاء بالنظر لاستقلاله وحياده وتخصصه يتمكن من الفصل في المنازعات بكفاءة ونزاهة . كما إن هذه الرقابة تؤدي من جهة أخرى ، إلى حرص الإدارة على القيام بأعمالها في حدود مبدأ المشروعية حتى لا تتعرض للطعن فيها بالإلغاء ، أو طلب التعويض ، وحتى لا

يكشف القضاء انحرافها ، ويظهرها في وضع غير سليم يتتافى مع أهداف وظيفتها ، والدول التي تعطي دوراً أساسياً للقضاء في رقابة أعمال الإدارة لا تسلك سبيلاً واحداً في تحديد وتنظيم هذه الرقابة ، فمنها من ينتهج أسلوب القضاء الواحد ، بحيث يكون هناك تنظيم قضائي واحد يدخل في اختصاصه جميع المنازعات المدنية والإدارية ولكن هناك دولاً أخرى لا تسلك هذا الأسلوب ، وإنما تأخذ بنظام القضاء المزدوج ، فيكون إلى جانب القضاء العادي الذي يختص بالمنازعات المدنية ، قضاء إداري مستقل ، يختص بالمنازعات الإدارية وتكون له بالتالي رقابة أعمال الإدارة وتصرفاتها .

والدول التي أنشأت قضاءً إدارياً إلى جانب القضاء العادي لا تمنحه نفس الأهمية والاعتبار ، فقد تقتصر ولايته على إلغاء القرار الإداري المعيب لعدم مشروعيته ، وأحياناً تكون ولايته كاملة فتشمل دعوى الإلغاء والتعويض سواء أكانت بدعوى منظمة أم بدعوى مستقلة ، وأحياناً أخرى يكون قضاء موازياً في الأهمية للقضاء العادي نظراً لاختصاصه الشامل لغالبية القضايا الإدارية ، فيشمل النظر في صحة القرارات الإدارية والعقود الإدارية وغيرها من المسائل الإدارية .

أما في العراق ، فانه بموجب أحكام قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة ذي الرقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والنافذ في ١٠/١/١٩٩٠ ، الذي استحدث بموجبه لأول مرة القضاء الإداري في العراق إلى جانب القضاء العادي فتقتصر مهمته على النظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي ليس لها مرجع قانوني للطعن وله الحق في إلغاء هذه القرارات التي تكون مشوبة بعيب عدم المشروعية أو تعديلها ، والحكم بالتعويض ، إن كان له ، مقتضى بناءً على طلب المدعي ، حسب أحكام الفقرة (ط) من البند (ثانياً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة . هذا بالإضافة إلى إن مجلس شورى الدولة يمارس وظيفة مجلس الانضباط العام ، والذي كان موجوداً قبل استحداث محكمة القضاء الإداري بموجب قانون التعديل المشار إليه وهذا المجلس ينظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية المتعلقة بشؤون الخدمة الوظيفية والعقوبات الانضباطية . والذي اعتبر إحدى هيئات القضاء

الإداري بموجب قانون التعديل المذكور سابقاً . وان استحداث القضاء الإداري في العراق كان يمثل نقطة تحول كبيرة في تطور القانون الإداري في العراق على الرغم من إن اختصاص القضاء الإداري بموجب قانون التعديل المشار إليه كان محدوداً إلى حد ما ، ونأمل أن تتوسع اختصاصات القضاء الإداري في العراق إن شاء الله ، وذلك للأهمية العملية لهذا القضاء والتي نوضحها فيما يأتي :-

إن دراسة أهمية القضاء الإداري يتطلب منا بيان جوانبه المشرقة في مسار حياة الأفراد والمجتمع عموماً والمتقاضين خصوصاً وذلك يظهر من خلال الجوانب المختلفة التي ندرسها في المطالب الآتية:-

المطلب الأول

القضاء الإداري مظهر من مظاهر الدولة القانونية

لا يمكننا أن نتصور في عصرنا الحاضر وجود دولة حديثة ، لا تتبنى مبدأ المشروعية ، الذي يمكن أن نعبر عنه بسيادة حكم القانون ، وبتعبير آخر ، إخضاع الدولة للقانون في جميع صور نشاطاتها وفي مختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها ، وهذا يعني إن جميع الأعمال والتصرفات التي تقوم بها سلطات الدولة ، ومنها السلطة الإدارية يجب أن تحترم مبدأ المشروعية ، كما يجب وضع نظام قضائي يتضمن رقابة أعمال الإدارة ومنعها من الخروج على الحدود المرسومة لها في القواعد القانونية المعمول بها في الدولة مهما كان مصدرها سواء أكان هذا المصدر الدستور أم القانون أم النظام أم التعليمات أم الاتفاقيات الدولية المصادق عليها بقانون ، بالإضافة إلى المصادر غير المكتوبة وهي العرف الإداري والمبادئ العامة للقانون ، وقد أشار قانون مجلس شورى الدولة في الفقرة (هـ) من البند (ثانياً) من المادة (٧) منه إلى أسباب الطعن بالقرار الإداري وهي في حقيقتها تتضمن العيوب التي تصيب القرار الإداري وهي عيب مخالفة القانون أو النظام أو التعليمات ، والخطأ في تطبيقها أو تفسيرها وكذلك عيب الشكل والإجراءات ، وعيب عدم الاختصاص وعيب الانحراف في استعمال السلطة أو ما يعبر عنه أحياناً بعيب

إساءة استعمال السلطة أو التعسف في إستعمالها وإن هذه العيوب جميعاً أو إحداها إذا ما شابت قراراً إدارياً ، فإن القضاء الإداري كفيل بإلغائها وإعادة الأمور إلى نصابها الصحيح على وفق القانون ، إذا ما رفع طعن بها أمامه .

وإن القضاء الإداري في العراق حريص كل الحرص ، على حماية مبدأ المشروعية وصيانتها وذلك من خلال الأحكام العديدة التي يصدرها مجلس الانضباط العام في مجال الخدمة الوظيفية ، والعقوبات الانضباطية وكذلك محكمة القضاء الإداري ، كما إن الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة حريصة كل الحرص ، على ترسيخ المبادئ القانونية المهمة من خلال الطعون التمييزية التي تقدم إليها في الأحكام الصادرة من مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري^(١) ، مستهدية في ذلك بالنظريات والأحكام التي قررها القضاء الإداري الفرنسي والمصري باعتبارها دولاً سبقت العراق في ميدان القضاء الإداري ، ونتيجة الجهد المتواصل والحرص على نجاح تجربة القضاء الإداري في العراق ، فقد تكونت أحكام قضائية كثيرة يمكن استخلاص المبادئ القانونية المهمة منها في مجال حماية حقوق المواطنين وحرياتهم المقررة قانوناً بما فيهم الموظفون وذلك من خلال التوفيق بين

المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وترجيح المصلحة العامة عند حدوث التعارض بينهما ومن الملاحظ إن المادة (٥ - رابعا) من قانون مجلس شورى الدولة قضت بأن هيئة الرئاسة في المجلس تقوم كل ستة أشهر وكلما رأت ذلك برفع تقرير إلى ديوان الرئاسة تبين فيه ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه أو حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطتها . وهذا النص في الواقع يعتبر من النصوص الجيدة في

١ . لقد صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ، ونصت المادة (٤

_____ ثالثاً) منه عن اختصاص المحكمة في النظر في الطعون المقدمة في الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري وإن القانون المذكور نفذ من تاريخ صدوره في ٢٤ / ٢ / ٢٠٠٥ ونشر في الوقائع العراقية العدد (٣٩٩٦) في ١٧ / ٣ / ٢٠٠٥ .

قانون مجلس شورى الدولة ، وهو نص مستحدث بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والذي يفسح المجال واسعا لتقديم المقترحات الخاصة بسد النقص في التشريع ، ومواكبة الأحوال الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في العراق .

المطلب الثاني

القضاء الإداري قضاء إنشائي

يوصف القضاء الإداري بأنه قضاء إنشائي استنباطي ، والسبب في ذلك يرجع إلى إن القانون الإداري قانون غير مقنن على خلاف القانون المدني وقانون العقوبات وقانون التجارة ، على الرغم من وجود تشريعات كثيرة ومتفرقة في المسائل الإدارية ولكن هذه التشريعات تصدر في أوقات مختلفة تبعاً للظروف والحاجات المستجدة ، كما إنها لم تتضمن مبادئ عامة أو تعريفات ، ولكن على الرغم من كثرة هذه التشريعات المتفرقة ، فإن هناك أموراً كثيرة جداً لا نجد لها حلاً ضمن نصوص هذه التشريعات . والواقع إن عملية تجميع قواعد القانون الإداري ومبادئه وأحكامه في متن واحد أو في مجموعة واحدة تبدو صعبة جداً بل ربما مستحيلة في الوقت الحاضر ذلك إن القانون الإداري حديث النشأة بالإضافة إلى انه نشأ بصورة بطيئة ومتدرجة على يد القضاء وهو ما يزال في تطور مستمر متأثراً إلى حد كبير بتطور الظروف الاجتماعية ، والاقتصادية والسياسية ، وهذا بالحقيقة أدى إلى فسح المجال واسعاً أمام القضاء الإداري في استنباط المبادئ والأحكام بما يتمتع به من حرية التقدير الواسعة مراعيًا في ذلك متطلبات الظروف المستحدثة التي تملكها التطورات الحاصلة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية . وقد نجم عن ذلك استخلاص عدد كبير من المبادئ القانونية العامة ، ويرجع الفضل في إبراز أهمية المبادئ إلى مجلس الدولة الفرنسي ، إذ بدأ منذ نشأته في استنباطها وإعلانها في أحكامه المتعددة ، وقد أعلن بشكل صريح عن هذه المبادئ بوصفها مصدراً من مصادر المشروعية ، ومن المبادئ العامة التي كشف عنها مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال ، مبدأ مساواة المتنافعين في خدمات المرافق العامة ، والمساواة أمام الضرائب ، والأعباء والتكاليف العامة ، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي ،

كما إن القضاء الإداري المصري ، جاء ببعض المبادئ العامة التي استتبعتها مثل مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير بدون سبب ، وضرورة توفير الضمانات التي تكفل للمتهم حق الدفاع في المحاكمات التأديبية ، وذلك دون نص قانوني يقرر ذلك .

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر طبيعة القضاء الإداري ودوره الإنشائي ، حيث ذهب في احد أحكامها الشهيرة إلى القول : ((..... إن القضاء الإداري يتميز عن القضاء المدني في انه ليس مجرد قضاء تطبيقي ، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً ، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب ... وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام ، واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها ، وإيجاد مركز التوازن بين ذلك وبين المصالح الفردية ، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن))^(١)

أما بالنسبة لقوة المبادئ العامة للقانون ، فان مجلس الدولة الفرنسي يعطيها قوة القانون ذاته الصادر عن السلطة التشريعية وبالتالي تكون ملزمة للإدارة ، كما إن المشرع يستطيع أن يعدلها أو يلغيها طالما اعتبرت لها قوة القانون .^(٢) ويترتب على ذلك إن الإدارة لا تستطيع أن تصدر قراراً إدارياً تنظيمياً أو قراراً إدارياً فردياً مخالفاً لأحد المبادئ العامة للقانون وألا تعرض تصرفها للإلغاء لمخالفتها مبدأ المشروعية ، لان هذه المبادئ ، كما قلنا لها قوة القانون .

المطلب الثالث

١ . قرار منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الأولى - العدد الثالث ص (٧٠٨) - القضية رقم (١٥٧) قاعدة رقم (٩٨) .

٢ . محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - سنة ١٩٦٢ نقلاً عن الدكتور عبد الله طلبة - الرقابة على أعمال الإدارة ، دمشق ١٩٧٥ - ١٩٧٦ ص ٢٦ وما بعدها .

القضاء الإداري قضاء تخصيصي

إن الأساس القانوني الذي استند عليه رجال الثورة الفرنسية في منع المحاكم العادية من الفصل في المنازعات الإدارية ، تكمن في الرغبة والحرص على حماية الإدارة من تعسف المحاكم العادية ، وإسرافها في التدخل في شؤون الإدارة والعمل على عرقلة نشاطها بحجة حماية حقوق الأفراد وحررياتهم والذي كان السبب في إنشاء الإدارة القضائية أو الوزير القاضي ثم في تطور لاحق أنشئ مجلس الدولة الفرنسي وكان دوره استشارياً ثم في تطور آخر منح المجلس سلطة القضاء المفوض وأصبح يصدر أحكاماً نهائية وواجبة التنفيذ دون التوقف على مصادقة رئيس الدولة ، ولكن يبدو ، من جهة أخرى إن المحاكم الإدارية وعلى رأسها مجلس الدولة الفرنسي ، قد تناست أصل نشأتها ، وأصبحت بفضل قضائها المستتير ملاذاً للأفراد ضد تعسف الإدارة ، بل ووصلت في هذا السبيل إلى حلول لم تصل إليها المحاكم العادية^(١). ويبدو إن السبب القديم لإنشاء القضاء الإداري في فرنسا قد زال وحل محله سبب آخر يتمثل في إن القضاء الإداري بما قرره من مبادئ قانونية في أحكامه ، استطاع أن يخلق قانوناً جديداً هو القانون الإداري الذي تتميز قواعده عن قواعد القانون المدني ، وتتسم مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها ، ولا تغفل في الوقت ذاته حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، ومن هنا لا يمكن أن يقوم بهذه المهمة المتمثلة في إيجاد نقطة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة إلا قضاء متخصص ، وهذا ما يحققه القضاء الإداري على أحسن وجه نظراً لطريقة تشكيله وصلاته بالإدارة وبالتالي فلكي ينجح القاضي في الاضطلاع بمهمة القضاء الإداري ، ينبغي أن تتوفر لديه ثقافة قانونية متميزة ، وتمرس مستمر ، وتطبيقات عملية غير منقطعة ،

١ . الذي يلاحظ في بعض الحالات عندما يكون الاختصاص مشتركاً بين المحاكم العادية والقضاء الإداري ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يتخذ مواقف أكثر قسوة على الإدارة من المحاكم العادية ، ويذكر الفقهاء على سبيل المثال انه حدث في ٥ / ٦ / ١٩٢٤ ، إن الغي مجلس الدولة الفرنسي قراراً صادراً عن احد العمد لعدم مشروعيته في حين قضت محكمة النقض الفرنسية في ذات التاريخ بان القرار سليم لا تشوبه شائبة ، مشار إلى ذلك في كتاب الدكتور عبد الله طلبة - ص ٨٢ .

وهذا لا يمكن أن يتم إلا بإنشاء محاكم تتخصص في مهمة الفصل في المنازعات الإدارية .

وينبغي الإشارة إلى إن عامل التخصص ليس هو العامل الوحيد في إنشاء القضاء الإداري وألا فانه من الممكن إنشاء محاكم متخصصة في نطاق القضاء العادي تتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية على غرار المحاكم الجزائية ومحاكم تنظيم التجارة ومحاكم الأحوال الشخصية ، ولكن إلى جانب عامل التخصص توجد اعتبارات مستمدة من تشكيل محاكم القضاء الإداري وتوجد صلات مستمرة بينها وبين الإدارة مما يجعلها تعرف مشاكلها وأساليبها في العمل وبالتالي فإن الإدارة تقبل إحكامها وتنفيذها دون تردد بالإضافة إلى اختصاصاتها الأخرى في الإفتاء والصياغة القانونية باعتبارها تشكيلات تابعة إلى مجلس الدولة تجعلها على صلة بمتطلبات حسن الإدارة وانتظام سير المرفق العام .

نخلص من كل ما تقدم إلى انه على الرغم من إن القضاء الإداري في فرنسا ، قد فقد أساس وجوده التاريخي ، فقد توافرت له في الوقت الحاضر ، أسباب قانونية واعتبارات فنية حديثة ، تبرر الاحتفاظ به ، وتعد مرتكزا شرعياً جديداً لاستمرار وجوده ، مما لا شك فيه إن القضاء الإداري اقدر من القضاء العادي على الفصل في المنازعات الإدارية بحكم تخصصه وإلمامه بإعمال الإدارة وصلته بظروفها ومستلزماتها ، وهذا ما يؤكد استمرار وجود القضاء الإداري في كثير من دول العالم ، ولا تزال تعقد مؤتمرات وندوات عربية ودولية لدعمه وتعزيز وجوده وتوسيع اختصاصاته .

المطلب الرابع

القضاء الإداري يعمل مرشداً وموجهاً لعمل الإدارة في المسار الصحيح إن دور القاضي الإداري لا ينحصر في التحقق من مشروعية القرار المطعون فيه فقط ومن ثم الحكم بإلغائه لعدم مشروعيته بل إن لدوره تأثيراً أدبيا ومعنوياً فيما يصدره من أحكام على عمل الإدارة في المستقبل ، حيث إن من خلال أيراد الحيثيات يحاول

أحيانا أن يوجه الإدارة بإتباع الطريق القانوني السليم في معالجة الحالة المعروضة بدلاً من سلوك الإدارة الطريق غير القانوني في معالجتها ، وهذا يظهر بجلاء من خلال الأحكام التي يصدرها مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري في العراق ، ونذكر على سبيل المثال ، إن إحدى الإدارات في أجهزة الدولة سلكت طريق تقييـض عدد من موظفيها دون إتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة (٣٣) من قانون الخدمة المدنية ذي الرقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ ، وهي الاستعانة بهيئة من المفتشين للتحري عن الوظائف الزائدة ، وقد طعن بعض هؤلاء الموظفين الذين عدوا فائضين بقرار تقييـضهم وطلبوا إلغائه ، وبعد تدقيق الأضاير الشخصية لكل واحد منهم ، والإطلاع على سيرتهم الوظيفية ظهر إن أكثرهم من الموظفين الحاصلين على عدد من كتب الشكر والتقدير ، كما ان التقارير السرية المرفوعة عنهم تشير هي الأخرى إلى أدائهم الوظيفي بشكل جيد ، وان القسم الكبير منهم لديه خدمة وظيفية تزيد على (١٥) سنة ، كما لوحظ من جهة أخرى إن الإدارة في الوقت الذي قامت بتقييـضهم فإنها اتجهت الى تعيين بعض الموظفين الجدد ، وبعد تدقيق أوراق الدعوى المقدمة فيها ، ظهر إن القصد من تقييـض هؤلاء الموظفين ، هو تقليل عدد الموظفين لزيادة نسبة الحوافز التي ستصيب الموظفين الآخرين ، لذلك فان الإدارة لم تتبع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة (٣٣) المشار إليها لغرض التثبيت فعلاً من كونهم فائضين عن الحاجة ، لذلك اتجه مجلس الانضباط العام إلى إلغاء قرارات تقييـضهم ، ووجه في ذات الوقت من خلال الحثيات ، إلى عدم جواز التقييـض ، وإذا كان الموظف قد ارتكب أخطاء وظيفية (إن وجدت) فبالامكان محاسبته انضباطياً ، ولا يمكن سلوك طريق التقييـض كعقوبة مقنعة . وعلى اثر إصدار هذه الأحكام ، فان وزارة المالية التي تتبعها تلك الدائرة أصدرت إليها توجيهاً بعدم تقييـض موظفيها في المستقبل .

وعدم اعتبار التقييـض عقوبة للموظف المخل بواجبات وظيفته ، وبالامكان تطبيق قانون انضباط موظفي الدولة عليه.

وهكذا يظهر ، كيف إن قرارات مجلس الانضباط العام كان لها تأثير في تقويم عمل الإدارة ، وتوجيهها بتطبيق القانون التطبيق السليم . بحيث حفز الوزارة إلى إصدار التوجيه المشار إليه .

مراجع البحث :

. الدكتور سليمان الطماوي - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - القاهرة ١٩٦٧

.

. الدكتور سمير عبد السيد تتاغو - القرار الإداري مصدر للحق - الإسكندرية - ١٩٧٢ .

. الدكتور علي محمد بدير والدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي والدكتور مهدي ياسين السلمي - مبادئ وأحكام القانون الإداري - بغداد ١٩٩٣ .
. الدكتور عبد الله طلبة - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - دمشق ١٩٧٥ - ١٩٧٦ .

. الدكتور قيس عبد الستار - رقابة مجلس شورى الدولة على الأحكام الصادرة من مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري - بحث منشور في مجلة دراسات قانونية - يصدرها بيت الحكمة - بغداد - العدد الرابع سنة ٢٠٠٢ .

. ماهر صالح علاوي - القرار الإداري - بغداد ١٩٩١ .

. بعض مجموعات أحكام المحكمة الإدارية العليا - في مصر .

الجرائم الناشئة عن استعمال بطاقة وفاء مزورة

تأليف الأستاذ المساعد الدكتور محمد حماد مرهج
الهيتي

كلية القانون – جامعة الأنبار

الجرائم الناشئة عن استعمال بطاقة وفاء مزورة
الأستاذ المساعد الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي
كلية القانون – جامعة الأنبار

الملخص :

أنتجت البيئة الاقتصادية الرقمية التي أنتجها الاعتماد على تقنية الحاسب الآلي في نطاق المصارف والمؤسسات المالية نوعاً جديداً من أساليب الوفاء بدأ ينافس وسائله التقليدية من نقود وأوراق تجارية تلك هي بطاقات الوفاء .

ويثير استعمال بطاقات الوفاء جرائم قد تنشأ بمواجهة مستعمل البطاقة المزورة في الوفاء بالمشتريات والحصول على الخدمات ، وجرائم ناشئة في مواجهة التاجر وتتحقق جريمة التزوير بحق من يستعمل بطاقة وفاء مزورة عند التوقيع على قوائم الشراء لما يتطلبه استعمالها من ضرورة التوقيع على مستندات الشراء وتتحقق جريمة الاحتيال عند تقديمه البطاقة للتاجر والتظاهر بأنه المالك الحقيقي .

أما بالنسبة للتاجر الذي يقبل الوفاء بالبطاقة المزورة فيعد فاعلاً أصلياً في جريمة استعمال محرر مزور عند قبوله لبطاقة وفاء مزورة مع علم بتزويرها .

Abstract

The unexpected economic development produce a highly technical such using the computer in every sophisticated way in banks and the financial institutions.

The kind of development created a new sort in the way of payment and opening letter of credits which sorted to compete with the traditional ways.

This method of payment called credit card. By using credit cards new crimes start to take place and one of these crime the forge of credit cards though buying and getting services. Whenever they sign on such document and the deal become fact.

The trader when he accepted the payment by forge credit and he knew be about it. Can be consider the principal by using forge document.

المقدمة

لقد أنتجت البيئة الاقتصادية الرقمية إن صح التعبير التي أنتجها الاعتماد على تقنية الحاسب الآلي في نطاق المصارف والمؤسسات المالية نوعاً جديداً من أساليب الوفاء بدأ ينافس وسائله التقليدية من نقود وأوراق تجارية تلك هي بطاقات

الوفاء^(١). يتم عن طريقها سداد أثمان المشتريات أو الحصول على الخدمات لحاملها أما بصورة فورية ، وتلك هي بطاقات الوفاء الفوري ، أو على شكل دفعات أو بعد مضي فترة وتلك هي بطاقات الائتمان . التي أما أن تكون بطاقة حسم فوري أو بطاقة حسم آجل أو بطاقة ائتمان متجدد^(٢) أو بطاقة إئتمان محدود على حاملها سداد الدين دفعة واحدة عند حلول أجله ، أو بطاقة إئتمان مفتوح يكون لحاملها الخيار عند حلول أجل الدين أن يسدده دفعة واحدة أو وفق الائتمان المُدار (Revolving Credit)^(٣)

١ . تعرف بطاقة الوفاء وفي أفضل تعريف يعكس حقيقتها بأنها عبارة عن قطعة لدائنية مستطيلة بأبعاد ٥٥ × ٨٥ سنتيمتر تقريبا مكتوب عليها بحروف نافرة اسم حاملها وتاريخ إصدارها وتاريخ انتهاء صلاحيتها ورقمها المتسلسل ، ومكتوب بحروف غير نافرة اسم مصدرها وشعاره وصورة حاملها وتوقيعه ، ومطبوع عليها طباعة شفافة شعار المنظمة التابعة لها وشعار الشبكة الحاسوبية . ويوجد خلف أغلب أنواعها شريط ممغنط - وفي بعضها رقاقة حاسوبية - تُسجّل عليه بعض المعلومات المهمة كرقم البطاقة ورقم الاثبات الشخصي لحاملها وشفرة البنك والمنظمة المصدرين لها ، ويوجد خلف البطاقة أيضاً رقم هاتف المصدر - المجاني غالباً - وعنوانه ومكان لتوقيع حاملها والشبكات التي تخدمها لاحظ الشيخ صالح بن محمد الفوزان - البطاقات الائتمانية تعريفها وأخذ الرسوم على إصدارها - ص ٣ وما بعدها . لاحظ الموقع على شبكة الانترنت <http://www.almoslim.net> . ولاحظ في عرض التعاريف التي يتبناها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ووجهات نظرهم حسام باقر عبد الأمير - بطاقات الائتمان المصرفية (دراسة قانونية) - رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٩ ص ١٣ وما بعدها .

٢. د. وهبة مصطفى الزحيلي - بطاقات الائتمان - اتحاد المصارف العربية - الدورة الخامسة عشر التي عقدت في مسقط / سلطنة عُمان للفترة من ٦ - ١١ / ٣ / ٢٠٠٤ - ص ٥ . لاحظ الموقع على شبكة المعلومات (الانترنت) <http://www.zuhayli.com/credit.htm> .

٣ . والمراد به : اكتفاء البنك (المقرض) بسداد نسبة مئوية زهيدة من اجمالي الرصيد الدائن على حامل البطاقة (المقترض) مع تقسيط المبلغ المتبقي وفرض نسبة ربوية مركبة عليه وهذا يسري على بطاقات الائتمان المفتوح فقط ؛ اذ انها اشهر الانواع واكثرها رواجاً صالح بن محمد الفوزان - المرجع السابق - ص ٣ .

ومن ثم بطاقة ضمان الشيكات^(١) Cheek Guarantee Card لتأكيد دور الصك أو الشيك^(٢) وتحقيق ضمان إضافي لمن يتعامل به على الرغم مما هو معلوم عنه باعتباره أداة وفاء تقوم مقام النقود وليس أداة ائتمان ، وأنه يحمل ضمان الوفاء به من خلال الجزاء الذي حدده المشرعون سواء لعدم الوفاء به لأسباب تتعلق بالرصيد الأمر الذي جرمته جل التشريعات أو لتحريره على شكل يخالف ما ينبغي أن يتضمنه الصك من بيانات^(٣) ، وهذا ما يؤكد أهميتها التي فاقت أهمية حتى الأوراق التجارية . كما يمكن عن طريقها سحب النقود من أجهزة الصرف الآلي وتلك هي بطاقة السحب أو الصرف الآلي^(٤)

(Automated Teller Machine Cards) ومختصرها (A . T . M) .

ويقوم الوفاء بالبطاقات الممغنطة أو الالكترونية في الغالب على نظام اساسه ان حامل البطاقة لا يدفع ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها فوراً ممن يقبل الوفاء

-
١. هي نوع من البطاقات تصدره المصارف لعملائها من حاملي الشيكات الصادرة عنها ، يضمن المصرف بموجبها الوفاء بقيمة الصك وفي حدود معينة - د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة... سبق الإشارة له ص ٣٥ .
 ٢. تستخدم التشريعات التعبيرين ، الصك ، والشيك وتستخدم التشريعات التعبير الثاني ، كالقانون التجاري الاردني ، واللبناني ، واليماني ، وقد استبدل المشرع العراقي كلمة شيك بكلمة صك بموجب القانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٩١ . د. لطيف جبر كوماني - القانون التجاري - منشورات الجامعة المفتوحة - الجماهيرية العربية الليبية - ١٩٩٦ ص ١٦٩ .
 ٣. لاحظ على سبيل المثال المادة ٤٥٩ عقوبات عراقي كاتجاه التشريعات التي جرمت عدم قابلية الصك للوفاء ، ولاحظ المادة ١٣ مكرر من القانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٩ بشأن الجرائم الاقتصادية الليبي الذي عدل احكام الصك الواردة في قانون العقوبات وجرم الى جانب ذلك الحالات التي لا يكون الصك فيها قابلا للوفاء بسبب الاختلال بالبيانات التي ينبغي ان يتضمنها .
 ٤. تعد هذه البطاقة اكثر انواع البطاقات المصرفية شيوعا واستخداما وتعطي الحق للعميل في الدخول الى حسابه مباشرة عن طريق رقم سري خاص به وعبر جهاز من الاجهزة التابعة للمصرف معد خصيصا لهذا الغرض ، ومن ثم اجراء العمليات المصرفية التي يرغب وبوجه خاص سحب العملات د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ ص ٣٧ .

بها (التجار) سواء على شكل نقد او على شكل شيكات . انما لخصم مبلغ مشترياته او تسويته بصورة فورية .

وهذا هو الاسلوب الغالب - عن طريق الجهة التي تتولى الدفع للتاجر الذي يقدم قوائم الشراء في مواعيد يتم الاتفاق عليها .

ولايعنينا في نطاق هذا البحث الا الجرائم التي يمكن ان تنشأ عن استعمال بطاقة وفاء مزورة في اطار العلاقات التي تربط بين اطراف البطاقة الثلاث مستعمل البطاقة والتاجر الذي يقبل الوفاء بها والجهة المصدرة لها في حالة احتجاج الاخير بالمستندات التي تُنظم نتيجة قبوله الوفاء بالبطاقة المزورة تلك العلاقة التي ينبغي ان ينظر اليها في ضوء علم طرفي العلاقة بتزوير البطاقة او عدم علمهما لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية سنبينها على مدار البحث .

اهمية البحث :

يكتسب البحث اهميته من اهمية البطاقات - المصرفية على تعبير البعض ^(١) او بطاقات الوفاء على التعبير الذي نفضله - ذاتها التي تعددت بتعدد اغراضها ^(٢) ، ومن حادثة هذا الاسلوب وبشكل خاص بالنسبة لكثير من البلدان العربية ومنها العراق ^(٣)

١ . يفضل البعض تعبير البطاقات المصرفية على تعبير بطاقات الائتمان وهو محق في ذلك لأن الأخيرة هي نوع من أنواع البطاقات التي تصدرها المصارف لاحظ - الشيخ حسن الجواهري - بحوث في الفقه المعاصر - بطاقات الائتمان بند رقم ٢٤٣ ص ١ . لاحظ الموقع على شبكة

المعلومات <http://www.aalulbavt.org/html/ara/boks/bohoos-01/17html>

٢ . لاحظ في أنواعها د. جميل عبد الباقي - الصغير - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٣ - ص ١٥ و د. عمر سالم - الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٩٥ ص ١ وما بعدها وايضاً نبيل عبد الله الهنائي - جرائم بطاقات الوفاء والسحب الالكتروني - جريدة الوطن - العدد في ٤ ابريل - نيسان / ٢٠٠٢ - انظر موقعها على الانترنت

<http://www.alwatan.com> ولاحظ في التمييز بين بطاقات الائتمان وأنواعها الأخرى

القاضي فداء يحيى أحمد الحمود - النظام القانوني لبطاقات الائتمان - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ١٩٩٩ ص ١٦ وما بعدها .

ومن شيوع التجارة الالكترونية^(٢) ومن عدم وجود نصوص تشريعية تنظم العمل بها وتجرم الاعتداءات التي تتعرض لها بالنسبة لاغلب البلدان ، والعربية منها على وجه الخصوص^(٣) التي بدأ العمل بها في بعضها بوقت ليس بالقريب . ومن عدم فعالية الحماية المدنية المتمثلة في الالتزام الذي يترتب في ذمة الجهة المصدرة للبطاقة ومضمونه ضمان الوفاء بالمبالغ التي ينفقها حامل البطاقة او المستفيد منها . ومن تزايد حملة بطاقات الوفاء حيث اعلن عن أن حملة بطاقات الوفاء في فرنسا لوحدها قبل عقد ونصف من الزمان بلغ مليون ونصف شخص تقريباً^(٤) ، ومن شيوع

١ . أدخلت الأرقام التعريفية الخاصة ببطاقات ائتمان المصرف العراقي للتجارة في النظام العالمي لبطاقات الائتمان الفيزا كارد وبذلك صارت بطاقات الائتمان العراقية معتمدة أسوة بغيرها لدى منظمة الفيزا التي تتخذ من لندن مقراً لها . لاحظ في ذلك مجلة المنظار الصادرة في ١٩ / ٨ / ٢٠٠٥ موقعها على شبكة المعلومات العالمية <http://www.almendhar.com> . وقد أسست في البصرة شركة الفيحاء للتعامل ببطاقات الوفاء وطرحت بطاقة الفيحاء وهي من بطاقات الوفاء المدفوعة .

٢ . التي بلغ حجمها بين المؤسسات والشركات (١٤) ترليون أما حجم عمليات الشراء التي يقوم بها المستهلكون كما قدره خبراء الاقتصاد في عام ١٩٩٩ بأنه سيصل في عام ٢٠٠٠ إلى ٣٨٠ بليون دولار نصري عباس عصمان - نشرة التجارة والتنمية العدد السابع / ٢٠٠٠ لاحظ الموقع على شبكة المعلومات العالمية

<http://www.newsofcd.com/page.asp?page=1>

٣ . اتجهت في الأونة الأخيرة بعض التشريعات العربية كالمرشح العماني إلى تجريم الاعتداءات التي تتعرض لها بطاقات الوفاء سواء في مواجهة صاحبها الشرعي أو في مواجهة الغير لاحظ المرسوم السلطاني ٧٢ / ٢٠٠١ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء العماني باتجاه الجرائم التي تقع على بطاقات الوفاء . لاحظ في نصوص هذا المرسوم 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 الأربعة ١٦ نيسان (أبريل) ٢٠٠٣ الموافق ١٤ صفر ١٤٢٤ هجري العدد ١٢٧١٧ السنة ٣٨ لاحظ موقعها على

الانترنت <http://www.alriyadh-np.com>

٤ . فايز نعيم رضوان - بطاقات الوفاء - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٠ - ص ١٨٨ وما بعدها .

استخدامها وتزايد الاقبال عليها ومن التطور الذي شهده أسلوب استعمالها ، حيث مكنت شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) من استعمالها من اي مكان في العالم وفي أي وقت ومن سهولة تزويرها وعدم وجود آلية لإحكام السيطرة على ضمان سرية بياناتها فضلاً عن صعوبة اثبات تزوير البطاقة والتلاعب بها ومن كونها من جملة الجرائم المنظمة حيث يتم تجميع المعلومات الخاصة بها في دولة وتصنيعها في أخرى وترويجها في دولة ثالثة^(١) أخيرة .

ومن أهم المخاطر التي واجهت العمل ببطاقات الوفاء التلاعب بها واستعمالها من قبل عصابات متخصصة عبر نوادي لتبادل المعلومات الخاصة بها على شبكة الانترنت مما سبب للجهات التي تتعامل بها خسائر كبيرة^(٢). يشجعهم على ذلك عدم إمكان ملاحقتهم لصعوبات تتعلق بالاعتداءات التي ترتبط أو تتعلق بتقنية الحاسب الآلي كصعوبة اكتشافها والصعوبات التي تشكل عائقاً أمام إثباتها بسبب المبادئ التي تحكم الإثبات الجنائي^(٣) إلى جانب الصعوبات القانونية وهي الأهم ،

١ . د. جميل عبد الباقي الصغير - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغظ : سبق الإشارة له - ص ٥ .

٢ . بلغت خسائر المصارف الإماراتية نهاية عام ١٩٩٤ حوالي ٣٦٥ ألف دولار والمصارف المصرية حوالي ٥٠٠ ألف دولار أمريكي أما المصارف الغربية فقد بلغت خسائرها (١٠٠٠) مليون دولار في نهاية عام ١٩٩٦ وبلغت خسائر للمصارف الكندية لوحدها ما قيمته (٨٤٦) مليون دولار في نهاية العام ذاته - عماد علي الخليل - الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء - دار وائل للنشر - الأردن عمان - ط الأولى - ٢٠٠٠ ص ٣٣ مع الإشارة إلى أن هذه الأحصائيات لا تكشف عن حقيقة الاعتداءات لمبررات عدة أهمها المحافظة على سمعة المؤسسات التي تتعرض لمثل هذه الاعتداءات وعرض التسوية الودية على عملائها خشية افتضاح أمرها مما يؤثر على سمعتها لاحظ في ذلك والمبررات الأخرى د. محمد حماد مرهج الهيتي - جرائم الحاسوب ما هيته . موضوعها وأهم صورها والصعوبات التي تواجهها - دار المناهج - الأردن عمان ٢٠٠٦ ص ٢١٨ .

٣ . لاحظ في العقوبات التي تعترض سبيل الاعتداءات التي يتعرض لها الكيان المعنوي للحاسب الآلي - د. محمد حماد مرهج - جرائم الحاسوب : سبق الإشارة له ص ٢١٠ وما بعدها .

وبوجه خاص التي تتعلق منها بعدم تجريم تلك التصرفات في كثير من البلدان .
الأمر الذي يستلزم نصوص عقابية ترتقي للمستوى الذي يحمي الثقة التي يوليها
الجمهور لهذه الوسيلة الحديثة في الوفاء مما لا يمكن تقادي الإستخدام غير المشروع
سواء من قبل حاملها أم من قبل الغير إلا بالتدخل التشريعي .

فإذا كان هذا البحث يعد محاولة لبيان ما ينبغي تجريمه إن سمح للمشرع أن
يتدخل وتحديد الجرائم التي يمكن نسبتها إلى طرفي عملية الوفاء بالبطاقة الممغنطة
المزورة ، ونقصد بذلك مستعملها والذي سنصفه بحامل البطاقة غير الشرعي والتاجر
فإنه بذات الوقت يبين مدى ملائمة النصوص الجنائية بوضعها الحالي لحكم ما
تعرض له هذه الوسيلة من اعتداءات عما يصدر عن طرفيها سالف الذكر من
أفعال .

الإشكالات التي يثيرها استعمال بطاقة وفاء مزورة :

أما الإشكالات التي يثيرها البحث فتتعلق بما قد نصادفه من اعتراض مفاده
ألا ضرورة للبحث عن الجرائم التي يمكن أن تنشأ من استعمال بطاقة وفاء مزورة
سواء بحق مستعمل البطاقة المزورة (غير الحقيقية) أو بالنسبة للتاجر ؛ إذ الثابت
فقهاً وتشريعاً أن التكليف القانوني لاستعمال المستندات المزورة هو تحقق كلمة
استعمال محرر مزور واعتبار التاجر الذي يقبل بطاقة وفاء مزورة شريكاً له في
جريمته . لذلك صارت من مهام البحث الأولى بيان مدى تطبيق ذلك وبيان الحجج
التي يمكن الاستناد إليها لرفض هذا التكليف ومن ثم بيان الجرائم التي يرتكبها من
يستعمل ومن يقبل بطاقة وفاء مزورة مع علمهما بتزويرها آخذين بنظر الاعتبار
الأفعال التي تصدر منهما عند استعمالها ؟ .

ووجدنا من الضروري تقسيم البحث إلى فصلين نبين في الأول الجرائم الناشئة
بمواجهة مستعمل البطاقة المزورة في الوفاء بالمشتريات والحصول على الخدمات
وفي الثاني الجرائم الناشئة في مواجهة التاجر على أن نسبقهما بتمهيد نبين فيه آلية
استعمالها كون تحديد الجرائم التي تنسب لطرفي العلاقة يعتمد على الأفعال التي
ينبغي القيام بها في إطار عملية استعمال بطاقة الوفاء .

تمهيد : آلية استعمال بطاقة الوفاء في الحصول على الخدمات والوفاء بالمشتريات

إذا استثنينا البطاقة الذكية^(١) التي يعتمد استعمالها على خصم مبلغ كل عملية شراء بشكل إلكتروني من خلال استنزال قيمة كل عملية من رصيد البطاقة المشحون على ما يسمى بالرقاقة الإلكترونية ، حيث تعتمد على آلية الشحن الإلكتروني بمبالغ يتم دفعها مباشرة إلى الجهة التي تصدرها ومنه تكتسب أهميتها وخطورتها لإمكان إعادة شحنها ومن ثم استعمالها . فإن نظام العمل ببطاقة الوفاء التي تستعمل بشكل أساسي بالوفاء بالمشتريات والحصول على الخدمات يعتمد على إحدى طريقتين : الطريقة اليدوية (OFF – Line) أو الطريقة الإلكترونية (On – Line) وهي الأكثر حداثة والتي بدأت تنتشر في بعض البلدان العربية^(٢).

وإذا تعتمد الطريقة الحديثة التي تتم عبر جهاز التحويل عند نقط البيع Point of sale transaction terminal الذي يرتبط التاجر عبره مع المصرف الذي فيه حساب العميل ومهمته التأكد من صحة البطاقة ، حيث يتم تبادل المعلومات والبيانات المشفرة إلكترونياً والمثبتة على الشريط المغنط للبطاقة مع جهاز الحاسب الآلي . بعد تمرير البطاقة في الممر الخاص الموجود في الجهاز حيث تتم عملية قراءة البيانات المدمجة للبطاقة الأمر الذي على ضوئه يتم قبول أو رفض البطاقة^(٣). فإن الطريقة اليدوية وإن كانت تعتمد على عدم وجود قناة اتصال

١ . أو البطاقات البلاستيكية المغنطة - نصري عباس عصمان - النقود الإلكترونية - نشرة

التجارة والتنمية - العدد التاسع - ٢٠٠١ لاحظ الموقع على شبكة المعلومات

<http://www.newsofcd.com/page.asp?page=1>

٢ . حيث بدأ العمل بها في بعض المحال التجارية في الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية منذ عام ١٩٩٧ لاحظ في عرض الآليتين - عماد علي الخليل - المرجع السابق -

ص ٢٥

٣ . ويتم رفض البطاقة عند اختلاف المعلومات أو لأي سبب آخر كأن تكون البطاقة مدرجة ضمن القائمة السوداء لفقدانها أو سرقتها أو لإلغائها لسوء استخدامها أو التلاعب بها . الأمر الذي يؤدي إلى رفض إجراء الصفقة ، حيث سيرسل الحاسب الآلي ما يفيد بذلك ، وربما سحب البطاقة إن لزم الأمر .

إلكترونية بين التاجر الذي يقبل الوفاء بالبطاقة والجهة المصدرة لها ، أي المصرف الذي يوجد به حساب حامل البطاقة أو حساب الوديعة التي يتم فتحها سوى جهاز الهاتف الذي يتم من خلاله تبادل المعلومات والتأكد من البطاقة ومن كفاية الرصيد . فإن التاجر لا يكون ملزماً فيها بالاتصال بالجهة المصدرة لها في كل عملية شراء تتم تسويتها إنما في حالة تجاوز حامل البطاقة الرصيد الذي يُسمح له باستخدامه .

وتشترك الطريقتان في أن التاجر يتولى تحرير قوائم الشراء بثلاث نسخ والطلب من مستعملها التوقيع عليها حيث يعتبر ذلك إقراراً منه بصحة المعلومات الواردة فيها بعد إدراج كافة البيانات والمعلومات البارزة الخاصة بالبطاقة ثم يسلم العميل نسخة منها ويحتفظ هو بالنسخة الثانية ويرسل النسخة الأصلية إلى الجهة التي تعهدت له بالدفع ، أي الجهة التي أصدرت البطاقة التي غالباً ما تكون بنكاً أو مصرفاً بعد أن يقوم بتجميعها لتسديدها في مواعيد يتم الاتفاق عليها . وذلك بخضم المبلغ من الحساب الجاري للعميل لدى المصرف أو من حساب الاعتماد الذي يتم فتحه بناءً على إصدار البطاقة - في حالة بطاقة الائتمان - ومن ثم تسجيله في حساب التاجر ، حيث يمكّن للعميل حساب جاري أو وديعة يسترد منها حقوقه المترتبة على استعمال البطاقة ، وذلك بالقيود بالحساب وليس المطالبة عن كل قائمة أو فاتورة^(١).

مع الإشارة إلى أن قبول البطاقة عن طريق الوسيلة الإلكترونية عند تطابق معلومات البطاقة مع البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي أو بتبادل المعلومات عن طريق الهاتف لا يعني قبولها بشكل نهائي إنما ينبغي أن يكون رصيد حاملها يسمح باستعمالها لذلك فإن الأمر لا يخرج عن أحد احتمالين حسب كفاية أو عدم كفاية رصيد حامل البطاقة : أما رفض إجراء الصفقة عند عدم كفاية رصيد حاملها أو قبول إجراءاتها عند كفايته .

١ . د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن

استخدام الحاسب .. سبق الإشارة له ص ٣٥ .

الفصل الأول

الجرائم الناشئة في مواجهة مستعمل بطاقة الوفاء المزورة

تمهيد وتقسيم

إذ تقوم جريمة استعمال محرر مزور على ركنين : مادي يتمثل بفعل معلوم يتمثل بالاستعمال ويرتب أثره على محل مخصوص هو المحرر المزور ، وركن معنوي يتمثل بالقصد العام كونها جريمة عمدية . فإن الحقيقة التي يكشف عنها إعمال المنطق القانوني في إطار استعمال بطاقة وفاء تم تغيير البيانات والمعلومات التي تتكون منها أو التلاعب بها ومن ثم الاحتجاج بها على أنها بطاقة صحيحة هي وجوب تطبيق نصوص جريمة استعمال محرر مزور بحق من يستعملها . غير أن هذا مرهون بثبوت صفة المحرر للبطاقة . الأمر الذي تعترضه جملة صعوبات لذلك كان من اللازم علينا بيان تلك الصعوبات وبيان الحجج التي تقف وراء عدم إمكان تطبيق نصوص جريمة استعمال محرر مزور على من يستعمل بطاقة وفاء سيتم وصفها بالمزورة قبل أن نبين ما يمكن أن ينسب لمستعمل البطاقة المزورة من جرائم يحققها ما تتطلبه آلية استعمال بطاقات الوفاء التي كشفنا عنها في تمهيدنا للموضوع على أن يكون كل أمر في مبحث مستقل .

المبحث الأول

صعوبات تعترض تطبيق نصوص جريمة استعمال محرر

مزور بحق مستعمل البطاقة المزورة

حيث أن جريمة استعمال محرر مزور تتطلب ركن مادي يتمثل بفعل معلوم يترتب أثره على محل مخصوص ، ويتمثل الفعل المعلوم بالاستعمال ، والمحل المخصوص بالمحرر بحيث ينبغي أن يكون المحل الذي تم استعماله مما ينطبق عليه هذا الوصف ، وأن يثبت تزويره بحيث أن انتفاء أحد الأمرين من شأنه أن ينفي تحقق الجريمة ؛ إذ هما شرطا المحل في جريمة استعمال محرر مزور . فإن إعمال ذلك في إطار بحثنا يتطلب إثبات كون المستند المستعمل، وفي موضوعنا (بطاقة الوفاء)

، مما ينطبق عليه وصف المحرر وأن يثبت تغيير الحقيقة فيه تغييراً من شأنه أن يحقق التغيير المطلوب في التزوير ؛ إذ الثابت أن على المحكمة أن تثبت أن المستند الذي استعمله الجاني قد ثبت له صفة المحرر وثبت تزويره وإلا كان قضاؤها معرضاً للنقض لأن الاستناد في الإدانة من أجل جريمة استعمال محرر مزور عن جريمة تزوير لم تثبت قانوناً يعتبر استناد مشوب بالقصور^(١). مما يترتب عليه أن جل الصعوبات التي يثيرها تطبيق تلك النصوص بشأن استعمال بطاقة الوفاء المزورة تتعلق بمدى انطباق وصف المحرر على البطاقة سواء تعلق الأمر بمدلوله أو بمضمونه مما حتم علينا التعرض لهما كل في مطلب مستقل .

١ . د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٢ ص ٣٢٩ وهو اتجاه القضاء أيضاً نقض ٢٨ فبراير - شباط ١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٧ رقم ٨٢ ص ٢٧١ ولاحظ في الاعتراض على هذا القضاء د. عوض محمد - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٥ ص ٣٣٤ وما بعدها .

المطلب الأول

الصعوبات التي تتعلق بمدلول المحرر وتعرض تطبيق نصوص جريمة استعمال

محرر مزور

بحق مستعمل بطاقة مزورة

إن الفقه في أغلبه ، ونحن منهم ، متفق على عدم إمكان تطبيق نصوص جريمة استعمال محرر مزور لعدم إمكان تطبيق النصوص النازمة لجريمة التزوير وما تتطلبه من شروط على التلاعب الذي تتعرض له بطاقات الوفاء بسبب عدم إمكان إضفاء صفة المحرر على البطاقة^(١) الأمر الذي يترتب عليه وكنتيجة منطقية أن يكون الكلام عن جريمة استعمال محرر مزور في نطاقها كلام غير مقبول أيضاً .

وإذا أردنا النظر إلى وجهة النظر التي ترى بأن بطاقة الوفاء مما ينطبق عليها وصف المحرر العرفي إذا كانت الجهة المصدرة للبطاقة مصرفاً أو بنكاً خاصاً أو وصف المحرر الرسمي إذا كانت صادرة عن أحد المصارف المملوكة للدولة أو التي تساهم في رأس مالها بنصيب ما^(٢) أو أنها تأخذ هذا الوصف كونها تنطوي على بيانات ومعلومات^(٣) فإن هذا لن يكون إلا من خلال التعاضي عن البيانات غير المقروءة التي تتكون منها البطاقة . الأمر الذي يجعلنا - وكنتيجة تترتب عليه - نوافق جانب من الفقه على أن البطاقة في كيانها المادي بما يتضمنه هذا الكيان من بيانات ومعلومات مقروءة يتم تثبيتها عليه يمكن أن ينطبق عليها وصف المحرر العرفي انطلاقاً من زاوية النظر هذه .

غير أن الحل الذي يقدمه هذا الاتجاه يعالج الحالة معالجة جزئية والدليل على ذلك هو اعتبار التغيير الذي تتعرض له المعلومات المقروءة محققاً لجريمة التزوير

١ . لاحظ خلاف هذا الرأي د. فايز نعيم رضوان - المرجع السابق - ص - ٢١٠ .

٢ . د. جميل عبد الباقي الصغير - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان .. سبق الإشارة له - ص ١٢٠

٣ . القاضي فداء يحيى أحمد الحمود - المرجع السابق - ص ١٠٩

وعدم اعتبار التغيير الذي تتعرض له المعلومات غير المقروءة محققاً لجريمة التزوير ، الأمر الذي يترتب عليه تحقق جريمة استعمال محرر مزور إن تم استعمالها بعد التغيير بالمعلومات المقروءة ، وعدم اعتبار استعمالها محققاً لجريمة استعمال محرر مزور إن تم استعمالها بعد التلاعب بالمعلومات غير المقروءة . الأمر الذي يؤدي إلى جانب هذه النتيجة غير المنطقية تجزئة مكونات البطاقة مع إقرارنا بأهمية التغيير في الجزء الأخير لضمان نجاح استعمال البطاقة في الوفاء بالمشتريات بعد انتشار استعمالها بالطريقة الحديثة .

أما وجهة النظر الأخرى التي ترى بتحقيق وصف المحرر بالنسبة لبطاقة الوفاء استناداً إلى أن العلامات المسجلة على الشريط الممغنط لبطاقة الوفاء يمكن قراءتها وفقاً للقواعد الخاصة بها ولا يمكن التعلل بأنها من غير الممكن رؤيتها أو مشاهدتها لرفض اعتبارها كذلك لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى خلط بين ضرورة معرفة مدلول المحرر بحاسة العين ومدى ظهور هذا المعنى أو المدلول . بالإضافة إلى أن خفاء معنا المحرر عن العين المجرة واحتياجه لإجراءات خاصة للتعرف على مضمونه لا ينفي وجوده^(١).

فإنه وعلى الرغم مما يبدو على هذا الاتجاه من منطقية لا يخلو منها وبالذات فيما يتعلق بكون المعلومات الإلكترونية موجودة وتشغل حيزاً في نطاق الوسائل التي يتم تخزينها فيه ويرتبط بالتقنية التي تعمل بها ، حيث هناك سعة محددة بالنسبة للأدوات التي يتم تخزين المعلومات عليها بصورة إلكترونية غدت معلومة للجميع ولا حاجة للتدليل عليها . فإن ما ينبغي الإشارة إليه أن المسألة لا تتعلق بوجود أو عدم وجود المحرر إنما الأمر يتعلق بإمكانية التعرف عليه واستظهار مدلوله من خلال العين البشرية وليس عن طريق الآلة ، الأمر الذي تقتقد إليه المعلومات المدمجة بالشريط الممغنط للبطاقة وما يؤيد ذلك ، أي اشتراط أن تكون المعلومة قابلة للتعرف على مضمونها هو الدور الاجتماعي للمحرر الذي يعد من وسائل التفاهم المهمة بين الناس . بل حتى لو تجاوزنا هذه العقبة ونظرنا إلى أن هذا الجانب ينطبق عليه

وصف المحرر فإننا نضع بذلك عائقاً أمام تداوله كون الأدوات التي يتم من خلالها التعرف على مضمون المحررات المعلوماتية أو الإلكترونية إن صح التعبير ليست متوفرة لدى غالب الأفراد إلى جانب أن ليس أغلب الأفراد قادرين على التعامل مع مثل هذه المحررات والأمر يقاس على الغالب العام لا على النادر الخاص .

وإذا عدنا إلى الرأي الذي يذهب إلى القول بأن بطاقة الوفاء مما ينطبق عليها وصف المحرر لأن من الصعب القول بتوافر التزوير في حالة تغيير الحروف والأرقام المطبوعة على بطاقة الوفاء ورفضه في حالة تغيير حقيقة المعالجات الإلكترونية لذات البطاقة^(١) استناداً إلى قواعد المنطق فإننا لا نقبل هذا الرأي أيضاً لأن المنطق لا ينبغي أن يحكم جميع الأمور في إطار القانون الجنائي فالمعلومات غير المقروءة لا يمكن أن تكون محرراً ولا يمكن أن يكون التغيير الذي تتعرض له مما يحقق التغيير المتطلب في جريمة التزوير^(٢). كما أننا لا يمكن أن نستند إلى وجهة النظر هذه في مذهبها بأكملها وبوجه خاص فيما يخص بانطباق وصف المحرر على هذا الجزء من البطاقة كون قبول هذا الرأي من شأنه تجاوز العقوبات التي يثيرها التغيير والتلاعب الذي تتعرض له المعلومات غير المقروءة من غير سند قانوني الأمر الذي لا يمكن أن يتم ذلك إلا من خلال التدخل التشريعي وهو أمر غير موجود في أغلب التشريعات .

وإذا كانا نوافقهم على أن التغيير الذي تتعرض المعلومات المقروءة التي يتم تثبيتها على الكيان المادي للبطاقة يحقق التغيير المتطلب في جريمة التزوير كونها لا تثير إشكالاً كالذي يثيره التغيير بشأن المعلومات غير المقروءة . فإننا لا يمكننا موافقتهم على القول بتحقيق وصف المحرر بالنسبة للبطاقة وفيما يخص هذا الجزء منها كونها ينتفي عنها وصف الكتابة المتطلبة في المحرر مما يخرجها من إطار الحماية فيما تم التلاعب بها إلى جانب أن هذا الجزء من البطاقة له أهميته بالنسبة لتكوين البطاقة ؛ إذ بدونه لا نكون أمام بطاقة وفاء الأمر الذي لا يمكن فصله عن مكوناتها .

١ . المصدر نفسه - ص ٣١ .

٢ . أنظر خلاف هذا الرأي القاضي فداء يحيى أحمد الحمود - المرجع السابق - ص ١١٠ .

ناهيك عن أن استعمال البطاقة المزورة لا يمكن أن يكون بمعزل عن التلاعب بهذا الجزء ولا سيما بعد الاعتماد على الطريقة الحديثة في استعمال بطاقة الوفاء الذي يقتضي النجاح في استعمالها ألا يقتصر التغيير والتلاعب على المعلومات المقروءة للبطاقة إنما أن يتم التلاعب بالمعلومات غير المقروءة بشكل أساسي كونها الجانب الذي يرتبط عن طريقه قارئ البطاقات مع جهاز الحاسب الآلي للجهة المصدرة والتي يتم من خلاله المطابقة بين المعلومات ، المعلومات المشفرة المدمجة على الشريط الممغنط للبطاقة والمعلومات المخزنة بجهاز الحاسب الآلي للجهة المصدرة للبطاقة الأمر الذي يتم على ضوءه وعلى أساسه قبول أو رفض البطاقة .

المطلب الثاني

صعوبات تتعلق بمضمون المحرر وتعرض تطبيق نصوص جريمة استعمال محرر مزور بحق مستعمل بطاقة وفاء مزورة

إن المبررات التي يمكن الاستناد عليها لرفض اعتبار بطاقة الوفاء^(١) مما ينطبق عليها وصف المحرر هي ليس تعارض وصف المحرر مع وصفها فحسب ، بل ومضمونه الذي يحدد بأنه كل مكتوب يتضمن علامات يمكن أن ينتقل بها معنى أو فكرة من شخص إلى آخر فحسب ؛ إذ لا يكفي لكي يأخذ المستند وصف المحرر مجرد أن يتضمن علامات إنما ينبغي أن تكون هذه العلامات والرموز مما ينتقل بها

١ . من هذا الرأي د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة .. سبق الإشارة له - ص ١١٠ ، د. عمر الفاروق الحسيني - المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية - الطبعة الثانية - ١٩٩٥ ص ٨٤ هامش رقم ١

الفكر من شخص إلى آخر لدى النظر إليه^(١) أو على الأقل أن تفيد معناً مترابطاً ينتقل عند النظر بحيث تتمكن العين البشرية من التعرف عليه وعلى مضمونه الأمر الذي لا يتحقق في بطاقة الوفاء .

وإذا كان هناك من يذهب إلى القول بأن بطاقة الوفاء أيضاً تتكون من علامات وأرقام ورموز بل أن اللغة التي يدون فيها المحرر تقترب من اللغة التي تدون فيها المعلومات التي تتضمنها بطاقة الوفاء . ويؤيد ذلك بعدم اشتراط ان يدون المحرر بلغة معينة ، وأن مفهوم الكتابة يتسع ليشمل كل علامة أو رمز سواء كانت مكونة من حروف أو حتى من علامات اصطلاحية كالكتابة المختزلة والشفرة السرية^(٢) ، حيث تصلح المحررات التي تأخذ الكتابة فيها شكل الكتابة المختزلة أو الشفرة المستعملة بإرسال البرقيات لأن تكون محلاً للتزوير أو حتى إذا كان المحرر مكوناً من معلومات لم تكن معلومة لكل الناس^(٣) . الأمر الذي يمكن أن ينطبق على البيانات والمعلومات التي يتم تثبيتها على الأشرطة الممغنطة^(٤) بشكل عام والتي تتكون منها بطاقة الوفاء بشكل خاص مما يمكن على ضوئه القول بتحقيق وصف المحرر بشأن هذا الجزء من البطاقة^(٥) . فالرد على هذا القول ببساطة هو أن المعلومات التي يتضمنها المحرر ، وكما سبق أن أشرنا ، ينبغي أن تفيد معني مترابط عند النظر إليها . الأمر الذي لا يمكن أن يتوافر بحق البيانات والمعلومات غير المقروءة ، إلى جانب أن عبارات المحرر ينبغي ان تعبر عن مجموعة من

١. أحمد أمين بك - شرح قانون العقوبات الأهلي _ القسم الخاص - الطبعة الثانية - ١٩٢٤ - ص ١٨٧ د. فخري الحديثي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٦ - ص ٢٩ .

٢. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - ص ٢٥٥ ، د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي - المرجع السابق - ص ٢٩

٣. د. عوض محمد - المرجع السابق - ص ١٧٥

٤. أو المخزنة على ذاكرة الحاسب الآلي المعالجة آلياً د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ ص ٣٩١ .

٥. من هذا الرأي القاضي فداء يحيى أحمد الحمود - المرجع السابق - ص ١١٠ .

الأفكار والمعاني المترابطة والصادرة عن شخص أو أشخاص أشخاص معينين . لأن المحرر في جوهره ما هو إلا وسيلة للتعبير عن فكرة ، وله بناءً على ذلك دور اجتماعي باعتباره أداة للتفاهم وتبادل الأفكار^(١) بين أفراد المجتمع ؛ إذ المقرر أن المحرر هو كل مكتوب يفصح عن شخص من صدر منه ويتضمن ذكراً لواقعة ، أو تعبيراً عن إرادة ومن شأنه إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو انهائه أو اثباته ، سواء أعد المحرر لذلك أساساً ، أو ترتب عليه هذا الأثر بقوة القانون^(٢) بحيث يشكل التلاعب فيه تغييراً موجباً للعقاب لتحقيق جريمة التزوير . فإن هذا الجانب من بطاقة الوفاء ، أي البيانات والمعلومات المدمجة بالشريط الممغنط ، لا يمكنها القيام بذلك فهي من جهة فلا ينطبق عليها وصف الكتابة المتطلبة في المحرر كونها غير مقروءة ولا يمكن التعرف على مضمونها بمجرد النظر إليها كونها لا تدركها العين البشرية ولا تتعرف على مضمونها إن أدركتها ، ولا يمكنها أن تنقل فكرة يتم التعرف عليها بصورة مباشرة ، وإنما بصورة غير مباشرة ، أي عن طريق الآلة . ومن هذا نستفيد أن كل ما تتطلبه الكتابة في المحرر^(٣) لا يتوافر في هذا الجانب من البطاقة ، أي في البيانات والمعلومات التي يضمها الشريط الممغنط والتي اصطلاحاً على تسميتها بالبيانات والمعلومات غير المقروءة ؛ إذ أنها إلى جانب كونها غير مقروءة بصورة مباشرة ولا يمكن أن تنقل فكرة من خلال النظر إليها لا يمكن أن تعبر عن فكرة كونها معلومات مشفرة^(٤) لا يمكن قراءتها ومن ثم التعرف على مضمونها إلا من خلال الآلة .

١. د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني - دار النهضة العربية - بيروت ١٩٨٤ - ص ٢٤٦ .

٢. د. عوض محمد - المرجع السابق - ص ١٧٤ .

٣. لاحظ في مدلول الكتابة وما ينبغي أن تتوافر فيها من ضوابط - د. عوض محمد - المرجع السابق ص ١٧٤ وما بعدها .

٤. التشفير عملية يتم عن طريقها كتابة المعلومات في شكل رموز غير مفهومة مما يصعب قراءتها من الغير أو من قبل مستخدم آخر - د. محمد سعد خليفة - مشكلات البيع عبر الانترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ١٠٨ .

إلى جانب أن بطاقات الوفاء ليست محرراً فإنها لا تقوم حتى بوظيفته كونها غير معدة للتداول بين الناس ؛ إذ الفرض فيها أنها خاصة بمن صدرت لمصلحته^(١) ، ولا يمكن أن يستخدمها كونها تصدر بناءً على اعتبارات شخصية يقدرها من يتول إصدارها . ومنها الملاءة المالية للشخص وقدرته على الوفاء والثقة التي يتمتع بها إلى جانب أنها قاصرة في استعمالها على من يقبل الوفاء عن طريقها ؛ إذ لا إلزام على التجار بقبولها إنما يعود ذلك لملى إرادتهم ، بل إن الجهة المصدرة للبطاقة لا تتحمل أي مسؤولية تجاه رفض أي شخص طبيعي أو اعتباري التعامل بالبطاقة^(٢) . ونؤيد ما ينفي عنها صفة المحرر ودوره بحقيقتها ودورها الذي لا يعدو أن تكون مجرد أداة للوصول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات يتم من خلالها الوصول إلى حساب الشخص أو حساب الوديعة التي تفتحها الجهة المصدرة للبطاقة عند منحها لكي يتم إجراء العمليات الحسابية التي يرغب في إجرائها . الأمر الذي يمكن أن نرتب عليه نتيجة هامة هي أن استعمال بطاقة بصورة غير مشروعة يحقق جريمة الدخول غير المشروع أو عن طريق الغش إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات^(٣) استناداً إلى المفهوم الذي وضعه مجلس الشيوخ الفرنسي للنظام الآلي واعتباره وحدات الاتصال به من ضمن مدلوله^(٤) .

-
١. د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص ٨٤ .
 ٢. لاحظ البند رقم ٤ من الشروط والأحكام الخاصة بحمل بطاقة فيزا الصادر عن أحد المصارف الأردنية - يراجع الملحق رقم ٢ من كتاب عماد علي خليل ص ١٧٦ .
 ٣. للمزيد عن جريمة الدخول إلى النظام الآلي لمعالجة المعطيات عن طريق الغش - د. علي عبد القادر القهوجي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - الدار الجامعية للطباعة والنشر - الإسكندرية - ١٩٩٩ ص ١٣٠ وأيضاً د. محمد حماد مرهج الهيتي - جرائم الحاسوب - سبق الإشارة له ص ١٨٢ ، د. أحمد حسام طه تمام - المرجع السابق - ص ٢٨٠ .
 - ٤ . لاحظ في هذا المدلول د. هدى حامد قشقوش - جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ ، د. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص ١٢٠ .

وعلى أساس ما تقدم يكن القول بأن هذه الصعوبات تحول دون تطبيق النصوص النازمة لجريمة استعمال محرر مزور مما ينبغي على ضوئه أن يتدخل المشرع بنصوص صريحة يجعل من تزوير بطاقة الوفاء واستعمالها جرائم كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والعماني^(١) في هذا الإطار ، حيث جرمت تزوير بطاقات الوفاء أو السحب واستعمالها .

المبحث الثاني

الجرائم التي تنسب إلى من يستعمل بطاقة وفاء مزورة

إذا كنا قد انتهينا من عرضنا السابق إلى ضرورة النص الخاص لكي تتم مساءلة مستعمل بطاقة وفاء مزورة عن جريمة الاستعمال ، حيث يتم التغلب بموجبه على الصعوبات التي تظهر بشأن تطبيق تلك النصوص فإننا وفي إطار غياب النصوص القانونية النازمة للجرائم التي تتعرض لها بطاقات الوفاء بشكل عام في كثير من البلدان والعربية على وجه الخصوص ، واستناداً إلى ما تتطلبه آليات

١ . لاحظ المادة ٦٧ من قانون أمن الشيكات وبطاقات الوفاء رقم ١٣٨٢ / ٩١ الصادر في ٣٠ / ١٢ / ١٩٩١ التي تنص المادة ٦٧ من القانون سالف الذكر على أنه (يعاقب بالحبس من سنة إلى سبع سنوات وبالغرامة من ٣٦٠٠ فرنك إلى ٥٠٠ ألف فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين كل من : - ١- قام بتقليد أو تزوير بطاقة الوفاء أو السحب . - ٢- استعمال - ٣- قبل الدفع ببطاقة الوفاء المزورة مع علمه بتقليدها وتزويرها) وأيضاً المرسوم السلطاني رقم ٧٢ / ٢٠٠١ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء العماني الذي تعكسه المادة (٢٧٦) مكررا (٣) التي تكاد تتطابق في عباراتها وفي منهجها مع ما يأخذ به المشرع الفرنسي . لاحظ في ذلك 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 الأربعة ١٦ نيسان (أبريل) ٢٠٠٣ الموافق ١٤ صفر ١٤٢٤ هجري العدد ١٢٧١٧ السنة ٣٨ لاحظ

استعمال البطاقة في الوفاء بالمشتريات والحصول على الخدمات فإن مستعمل البطاقة المزورة تثبت بحقه جريمة التزوير وجريمة النصب الأمر الذي سيتم إثباته في المطلبين القادمين .

المطلب الأول

تحقق جريمة التزوير بحق من يستعمل بطاقة وفاء مزورة في الحصول على الخدمات والوفاء بالمشتريات

تستعمل بطاقات الوفاء في الوفاء بالمشتريات كما تستعمل في سحب العملات النقدية من أجهزة الصرف الآلي ، وبسبب اختلاف آلية استخدامها في الحالين ، وبسبب الصعوبات الفنية التي تعترض استعمال البطاقة المزورة في سحب الأوراق النقدية من أجهزة الصرف الآلي ، وبوجه خاص قدرة هذه الأجهزة من خلال البرامج التي تزود بها على كشف أمر تزويرها أو التلاعب بها يلجأ مستعملي البطاقات المزورة إلى استعمالها بالوفاء بالمشتريات من التجار والحصول على الخدمات إلى جانب اختلاف تكييف فعل مستعملها الأمر الذي ينبغي علاجه بوجه مستقل أثرنا علاج حالة استعمال بطاقة وفاء في الحصول على الخدمات والوفاء بالمشتريات بوجه مستقل .

وانطلاقاً من آلية العمل ببطاقة الوفاء التي بينها في تمهيدنا للبحث وما تقتضيه من وجوب توقيع مستعمل البطاقة على قوائم البيع الثلاث . فإن من يستعمل بطاقة (غير حقيقية) تم تغيير بياناتها ومعلوماتها أو التلاعب بها - ووصفناها بالمزورة تجاوزاً لأنها لو كانت حقيقة لها هذا الوصف لاعتمدها في نطاق جريمة استعمال محرر مزور ولما برزت الصعوبات التي أشرنا إليها في نطاق أعمال نصوص تلك الجريمة - عليه أن يوقع بذات نموذج التوقيع الموجود على شريط التوقيع وإلا انكشف أمره . وهو عندها أما أن يقلد نموذج التوقيع الموجود على شريط التوقيع^(١) ، عندما لا يتم التلاعب بهذا الجزء من البطاقة أو التوقيع بتوقيعه إن كان

١ . هو شريط موجود في الجهة الخلفية للبطاقة ويتم فيه تثبيت نموذج للتوقيع المعتمد في المصرف الذي يتولى إصدار البطاقة ويتمكن التاجر أو من يقبل الوفاء بالبطاقة التأكد من خلاله

التلاعب قد أمتد إلى هذا الجزء بحيث تم وضع نموذج توقيع من يستعملها على شريط التوقيع بدلاً من توقيع مالکها الشرعي عند تزويرها .

وإذا كان المقرر أن التزوير يتحقق بإتيان الجاني أحد وسائل التزوير المادي أو المعنوي فإن مستعمل البطاقة في كلا الحالتين السابقين ، أي عند التوقيع على قوائم الشراء سواء بوضع توقيع أو بتقليد توقيع حاملها الأصلي يرتكب جريمة التزوير ، حيث يعتبر وضع توقيع شخص أو تحرير مستند ومن ثم نسبته إلى الغير من الوسائل التي يتحقق بها التزوير . لأن ما ينبغي على مستعمل البطاقة المزورة القيام به هو وجوب التوقيع على قوائم الشراء الأمر الذي سيقوم به أما بالتوقيع بنفس نموذج التوقيع الموجود على شريط التوقيع الأمر الذي لا يمكن أن يحصل إلا بالتقليد ، حيث عليه أن يقلد توقيع حامل البطاقة الشرعي أو مالکها الأصلي إن كان التزوير لم يتعرض لهذا الجزء. أما إذا كان التغيير قد امتد إلى هذا الجزء بحيث تم استبدال توقيع حاملها الأصلي بتوقيع من يستعملها فإن الأخير سيضع توقيع على قوائم الشراء ، وينسب تلك القوائم إلى صاحب البطاقة الأصلي كون تزوير البطاقة يتم على غرار بطاقة ، أي عمل نسخة ثانية من بطاقة صحيحة ونافذة . وهو في الحالتين يعد مرتكباً لفعل من الأفعال التي تتحقق بها جريمة التزوير . فمستعمل البطاقة المزورة يرتكب جريمة التزوير عند التوقيع على قوائم الشراء إن وقع بتوقيعه أو وقع بتوقيع شخص آخر ؛ إذ أن توقيعاً باسم غيره حيث لا يمكن أن يتحقق إلا بتقليده فهو حينئذٍ يضع توقيعاً منسوباً لشخص على مستندٍ لينسبه إليه دون علمه ورضائه ، وهذا ما يحقق ما هو متطلب تشريعاً ؛ إذ المقرر تشريعاً أن وضع إمضاء أو تغييره من الوسائل التي يتحقق بها التزوير^(١). الأمر الذي يعطي هذا المستند الصفة أو القيمة القانونية باعتبار أن الورقة الخالية من التوقيع لا قيمة قانونية لها . أما في الحالة الثانية ، أي حالة أن يوقع مستعمل البطاقة على قوائم الشراء بتوقيعه فإنه بذلك أيضاً يكون قد ارتكب جريمة التزوير لأنه بذلك يكون بمثابة من انتحل

من شخصية حامل البطاقة من خلال المضاهاة بين توقيع على قوائم الشراء والنموذج المثبت على البطاقة .

١ . لاحظ المادة ٢٨٧ عقوبات عراقي .

شخصية الغير التي تتحقق عند تسمي الشخص باسم آخر^(١). وعلى أساس ذلك لا يؤثر على تحقق جريمة التزوير بحق من يوقع على قوائم الشراء كونه قد وقع بتوقيعه أو قلد التوقيع الموجود على البطاقة على وصف الجريمة إنما الاختلاف فقط في التحقق من الوسيلة التي يتم بها ارتكاب الفعل المكون للجريمة فحيث يكون وضع إمضاء أو التوقيع بتوقيع الغير محققاً للتزوير يكون التوقيع بتوقيع الشخص نفسه محققاً لانتحال شخصية الغير وبذات الوقت محققاً نسبة المحرر كذباً إلى شخص آخر .

المطلب الثاني

مدى تحقق جريمة النصب بحق مستعمل بطاقة الوفاء المزورة

إن ما ينبغي الوقوف عنده هو أن مستعمل البطاقة المزورة سيقدمها للتاجر باعتباره صاحب البطاقة فيدعي خلاف الحقيقة بأن البطاقة تعود له وأن له ائتمان حقيقي في المصرف الذي صدرت عنه وأن العقد الذي عقده مع الجهة المصدرة هو السبب الذي جعل البطاقة بين يديه ويطلب منه قبولها على هذا الأساس مقابل السلع التي وقع عليها اختياره أو على الخدمات التي حصل عليها .

فهل يمكن مساءلته عن جريمة أخرى غير ما سبق أن عالجناه بالمطلب السابق ؟ وهل من الممكن أن مساءلته عن جريمة نصب ؟

ابتداءً لابد من الإشارة وفي صدد الإجابة على التساؤل الأول إلى أنه لا مانع قانوني يحول دون إمكان مساءلة مستعمل البطاقة المزورة عن جريمة أخرى إلى جانب جريمة التزوير التي يرتكبها عند التوقيع على قوائم الشراء فيما لو ثبتت جريمة أخرى بحقه إعمالاً لما تقتضيه قواعد التعدد التي عالج فيها المشرعون التعدد المادي والمعنوي للجرائم^(٢). الأمر الذي دفعنا إلى طرح التساؤل الثاني .

١. د. عوض محمد - المرجع السابق - ص ٢٠٠ .

٢. لاحظ في أحكام التعدد المادة ١٤١، ١٤٢، ١٤٣ .

وفي صدد الإجابة على تساؤلنا الثاني الذي لا يتردد البعض بالإجابة عليه بالنفي حيث يعارض نسبة جرم الاحتيال ويقبل ذلك في شروط الأمر الذي استوجب منا عرضه في الفرع الأول على أن يكون الفرع الثاني مخصصاً لبيان حقيقة موقف مستعمل البطاقة المزورة .

الفرع الأول

الاتجاه المعارض لتحقيق جريمة النصب بحق مستعمل بطاقة الوفاء المزورة

على الرغم من أن البعض يسلم بأن استعمال البطاقة المزورة يعتبر في حقيقة الأمر استعمالاً لصفة غير صحيحة تتمثل في ظهور الشخص على البطاقة بمظهر المالك الحقيقي لها وبما يؤدي إلى إقناع المجني عليه بوجود إئتمان وهمي لا وجود له أصلاً على أرض الواقع خصوصاً أن البطاقة ليست حقيقية مما يخلع عنها صفتها كأداة وفاء. وعلى الرغم من أن النموذج القانوني لجريمة النصب أو الاحتيال يتطلب نشاطاً من الجاني لا يتمثل في الكذب فحسب، بل بتدعيم ذلك بوسائل أو طرق مما نص عليها القانون وأن يكون هدف الجاني تشويه الحقائق في ذهن المجني عليه وبما يؤدي إلى إيقاعه في الغلط الذي من شأنه تسليم المال إليه فيستولي عليه بنية تملكه إلا أنه مع كل ذلك لا يتردد في الإجابة على تساؤلنا الثاني بالنفي فالواقعة في رأيه لا تثير المسؤولية الجزائية بحقه ولا يشكل فعله جرم الاحتيال في حالة عدم اكتشاف الجهة التي تتولى الوفاء أمر تزوير البطاقة والعلة التي تكمن وراء ذلك في رأيه هي أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في العلاقة السببية بين فعل الاحتيال والنتيجة التي أفضى إليها وهي التسليم نتيجة للغلط الذي أخل وشوه إرادة المجني عليه الأمر الذي لم يتحقق في الواقعة موضوع البحث ذلك لأن الدافع الحقيقي وراء قيام البنك بالوفاء للتاجر بقيمة المشتريات هو الشرط العقدي الذي يربط الطرفين، حيث يلزمه العقد بذلك . وأن عملية الشراء تقع ضمن السقف المسموح به والمصرح للتاجر بإجراء الصفقة دون الرجوع إلى البنك أو المصرف لإجراء عملية التفويض؛ إذ لا إلزام على التاجر بأخذ موافقة الجهة المصدرة للبطاقة في كل عملية شراء إنما فقط في الحالة التي تتجاوز فيها مبلغ الصفقة السقف المسموح به الأمر الذي لا وجود له في الحالة محل البحث فإن كل ذلك يشير إلى ما مؤداه أن إرادة

البنك (الجهة المصدرة للبطاقة) سليمة وخالية من أي عيب مما لا يدع مجالاً للقول بإمكانية مساءلة مستعمل البطاقة المزورة عن جريمة الاحتيال^(١).

إن الملاحظة الأولى التي تثبت بحق هذا الاتجاه السابق الذي ينكر تحقق جريمة النصب بحق مستعمل البطاقة المزورة هي أنه ينفي تحقق جريمة النصب في مواجهة الجهة المصدرة للبطاقة (المصرف) وليس في مواجهة التاجر وهو بذلك يشير إلى علاقة لا يمكنها أن تنشأ بين مستعمل البطاقة المزورة والجهة المصدرة لها بصورة مباشرة حتى في الفرض الذي يذهب إليه في تبرير رأيه. لأن العلاقة الحقيقية تنشأ بين مستعمل البطاقة والتاجر لا بين الأول والجهة المصدرة للبطاقة. وهذا من شأنه وكما سنرى أن يؤثر على ما يمكن أن ينسب لمستعمل البطاقة المزورة من جرائم بالنسبة، بل وحتى التاجر إن قبل الوفاء ببطاقة مزورة وهو عالم بتزويرها.

أما الملاحظة الثانية فتتعلق بما يقيمه من تفرقة أساسها اكتشاف الجهة المصدرة للبطاقة وعدم اكتشافها لتزوير البطاقة في إطار قبول فكرة المسؤولية عن جريمة النصب فيقبل بقيام جريمة النصب باتجاه التاجر عندما تكتشف تلك الجهة أمر تزويرها ولا يقبل بذلك عند عدم اكتشاف تلك الجهة لأمر تزوير البطاقة^(٢) وهي تفرقة لا نرى موجب لها إلا في إطار المسؤولية المدنية.

أما السبب الذي يكمن وراء إيراد هذه الملاحظة فهو ما ينبغي ملاحظته في ظل الإجابة على التساؤلات الآتية: هل أن مستعمل البطاقة المزورة لم يحصل على غرضه عندما قدمها للتاجر؟ ألم يحصل على السلع التي اختارها وقدمها للوفاء بثمنها؟ وهل أن التاجر كان ليقبل بالوفاء عن طريق البطاقة لو كان قد استطلع حقيقتها؟ وإرادة من كانت محل تلاعب من قبل الجاني عند استعمال البطاقة المزورة؟ هل هي إرادة الجهة المصدرة للبطاقة أم إرادة التاجر؟

لاشك أن إرادة التاجر هي من كانت محل التلاعب، وأن التاجر ما كان ليرضى بتسليم البضائع أو يقدم الخدمات لو علم بحقيقتها البطاقة الأمر الذي يمكن على ضوءه القول بأن الرأي السابق قد جانبه الصواب فيما انتهى إليه. ونقول بهذا

١. عماد علي الخليل - المرجع السابق - ص ٩٢ وما بعدها.

٢. المصدر نفسه - ص ٩٢ هامش رقم ١

الرأي لأن واقع استعمال بطاقة الوفاء المزورة يكشف عن أن الجاني لا يوجه نشاطه باتجاه الجهة المصدرة لها حتى يمكن قبول التفرقة التي يقول بها، وإذا كان لهذه التفرقة من محل فإنها لا تظهر في إطار هذه العلاقة إنما في إطار العلاقة بين التاجر الذي يتواطأ مع من يستعملها ، أي ليس في الفرض الذي يكون فيها التاجر هو الضحية من وراء استعمالها.

مما تقدم نخلص إلى نتيجة هي أن جريمة النصب إن كان لها أن تتحقق فإنها تتحقق بحق مستعمل البطاقة سواء اكتشفت الجهة المصدرة للبطاقة تزوير البطاقة أو لم تكتشفه لأن إرادة التاجر هي التي انصرف إليها قصد الجاني، وهي التي اندفعت بسبب ما مارسه الجاني من وسائل الغش والخداع إلى تسليم الأموال. الأمر الذي سنتولى إثباته في الفرع القادم.

الفرع الثاني

حقيقة موقف مستعمل البطاقة المزورة

إن التدقيق بالنصوص الجنائية^(١) التي عالج بها المشرعون جريمة الاحتيال يكشف عن أن الركن المادي للجريمة إذ يتكون من فعل هو الخداع فإنه يتطلب أن يقع بأحد الوسائل التي حددها القانون وأن تترتب على ذلك نتيجة جرمية تتمثل أما بتسليم المجني عليه مالاً منقولاً مملوكاً للغير على حسب تعبير تشريعات أو الحصول على نفع غير مشروع لمصلحة الشخص أو للغير على حسب تعبير تشريعات أخرى^(٢)، وأن ترتبط تلك النتيجة بالنشاط الذي يباشره الجاني عن طريق استعمال وسيلة من وسائل الاحتيال أو النصب التي حددها المشرعون على سبيل الحصر. وإذا تقوم جريمة الاحتيال على الخداع والكذب فإن الخداع يعني تشويه

١. المادة ٤٥٦ عقوبات عراقي والمادة ٣٣٦ عقوبات مصري والمادة ٤٦١ عقوبات ليبي

٢ . كالتشريع الليبي حيث يعتبر تحقق المنفعة للنفس أو للغير من الوسائل التي تتحقق بها جريمة النصب لاحظ المادة ٤٦١ عقوبات.

الحقيقة في شأن واقعة يترتب عليه الوقوع في الغلط^(١) الذي يدفعه إلى تسليم الجاني أو شخصاً آخر مالاً معيناً^(٢) فإن الجاني في إطار العلاقة الأولى وأقصد العلاقة التي تربط مستعمل البطاقة المزورة بالتاجر تتحقق بحقه جريمة النصب، حيث شكل فعله النشاط المادي المكون لتلك الجريمة، لأن استعماله للبطاقة بهذا الوضع يشكل صورة من صور النشاط الذي تتحقق به جريمة النصب؛ إذ أنه ظهر باتجاه التاجر باعتباره صاحب صفة على البطاقة وهي صفة غير حقيقية. فاستعمال البطاقة من قبل شخص ليس له صفة عليها وادعائه بصفة ليست فيه أو بشكل أدق ادعائه بصفة غير صحيحة الهدف منها إقناع المجني عليه - أي التاجر - بوجود ائتمان وهمي لا وجود له في الواقع يحقق النشاط المكون لجريمة النصب أو الاحتيال.

ومن جانب آخر أن حامل البطاقة غير الشرعي يعلم بأنه ليس له الحق في استعمالها وأنه ليس بصاحب البطاقة ومع ذلك يقدمها للتاجر لتسوية معاملاته يكذب. ولكن حيث أن الكذب المجرد لا يعتد به في نطاق جريمة النصب، أو الاحتيال^(٣)؛ إذ لا بد من مظاهر خارجية تؤيده. بحيث ينبغي أن يحيط الفاعل كذبه بأعمال ومظاهر تجعل المجني عليه يعتقد بصحته^(٤) حتى يعتد به. فإن مستعمل البطاقة يفعل ذلك فهو إلى جانب أنه يدعي خلاف الحقيقة عندما يدعي بأنه صاحب البطاقة فإنه يؤيد مزاعمه بمظاهر خارجية. فهو لم يكتف بادعائه بأنه صاحب البطاقة إنما باشر سلوكاً آخر وهو أنه أبرز هذه البطاقة وقدمها للتاجر لكي يتم

-
١. د. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢١٦، د. كامل السعيد شرح قانون العقوبات الأردني - الجرائم الواقعة على الأموال - مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر - الأردن - عمان - ط / الثانية - ١٩٩٣ ص ١٨١.
٢. د. ماهر عبد شويش - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص دار الكتب للطباعة والنشر - العراق - جامعة الموصل - ١٩٨٨ - ص ٣٣٠.
٣. د. محمد رمضان بارة - قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص - الجزء الثاني - جرائم الاعتداء على الأموال ط / الثانية ١٩٩٢ ص ١٤٤، د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - قانون العقوبات اللبناني - جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال ١٩٧٢ ص ٣٨٠.
٤. د. عبد العظيم مرسي وزير - جرائم الأموال - دار النهضة العربية - ١٩٨٣ ص ٣٢٦، د. عوض محمد - المرجع السابق - ص ٣٥٨.

قبولها في الوفاء بالمشتريات. ويكون بذلك إبراز مستندات منسوبة للغير لتدعيم كذبه^(١) الأمر الذي يحقق الفعل الذي تقوم به جريمة الاحتيال. وما يساعد مستخدم البطاقة على النجاح في مهمته هو أن البطاقة يتوافر فيها الشرط الأساسي، وهو نسبتها للغير، وهي الجهة المصدرة للبطاقة. وبذلك يكون الجاني قد استغل ظرفاً يشكل واقعة يستخلص منها الدليل على صحة الأكاذيب التي يدلي بها مما يعد من العناصر الخارجية التي يدعم بها الشخص كذبه، والتي الفرض فيها أنها لها كيان مستقل عن الكذب في ذاته. فهي ليست مجرد ترديد له أو محض إشارة إليه وإلى ما يتضمنه من وقائع وما انبنى عليه من حجج حتى لا يعتد بها، وإنما ما قام به أمر يضاف إلى الكذب فيعطيه قيمة ليست له في ذاته، أي يجعله مقنعاً بعد أن كان غير مقنع. أو يضيف إلى قوة إقناعه مزيداً. وعلى أساس ذلك فإن مستعمل البطاقة المزورة إذا كان قد استخدم البطاقة، وأستغلها باعتبارها ظرفاً فإن الشرط الأساسي لصلاحية الاستعانة بالظرف متحقق؛ إذ أنه حين يشير إليها يستمد منها الدليل على صحة أكاذيبه مستقلاً عن سلوكه حين أدلى بهذه الأكاذيب، بحيث لم يكن ما استند إليه إلا مجرد ترديد له. بل أنه قد توج نشاطه الإجرامي بإقدامه على التوقيع على قوائم الشراء، حيث يعد نشاطه قمة ما هو مطلوب منه القيام به لتحقيق النشاط المتطلب في جريمة النصب؛ فهو بذلك قد توصل إلى إيهام التاجر بأنه هو الدائن للجهة التي أصدرت البطاقة وأن هناك عقداً بينه وبين الجهة التي أصدرتها، وما على التاجر إلا ضمان قبول البطاقة. أي أنه مارس من الوسائل ما من شأنها أن توهم التاجر أنه له صفة على البطاقة وأنه من تعاقد مع الجهة المصدرة لها، وأنه صاحب العقد الذي ما كانت البطاقة لتوجد بين يديه لولاه. فكل هذه وقائع ومظاهر خارجية دعم فيها مستخدم البطاقة مزاعمه. وبذلك يكون قد توسل بوسائل مكنته من أن يستول دون وجه حق على البضاعة التي وقع عليها اختياره من المحل التجاري وتم استلامها من التاجر دونما إرغام أو تهديد منه إنما بناءً على الغش الذي مارسه. ولو كان التاجر يعلم بحقيقة الأمر ما كان يسمح له بأخذ تلك الأموال، وفوق كل

١. د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط / الثانية ١٩٨٤

ذلك، أن المال المشترك في محل جريمة النصب متحقق في نطاق الوفاء ببطاقة مزورة، حيث أن مستعمل البطاقة قد حصل على البضائع مقابل قبول البطاقة. ونختم رأينا بأنه إذا كان بالإمكان الأخذ بالرأي المعارض في إطار تعاون التاجر مع مستعمل البطاقة المزورة وذلك بعلم الأول أن البطاقة مزورة فيقبل الوفاء عن طريقها، وحينئذ تكون جريمة النصب ثابتة بحقه لا باتجاه مستعمل البطاقة المزورة، وما الأخير إلا شريك له في جريمته، وعندها يكون التاجر بين وضعين يترتب على أساس اكتشاف الجهة المصدرة للبطاقة أو عدم اكتشافها فإذا لم يتم اكتشاف أمر التزوير فالجريمة تامة بحقه أما إذا اكتشفت الجهة المصدرة للبطاقة ذلك فالجريمة ناقصة مما يترتب بحقه الشروع بالجريمة.

الفصل الثاني

الجرائم الناشئة عن استخدام بطاقة وفاء مزورة في مواجهة التاجر

ابتداءً لابد من القول بأننا في هذا الموقع لا نبحث في الحالات التي لا يكون للتاجر دور في استعمال بطاقة وفاء مزورة، أي أننا لا نبحث في التكييف القانوني لفعل التاجر عندما لا يكون عالماً بتزويرها، حيث تخونه الإجراءات التي يتبعها في الكشف عن ذلك لأن هذا لا يثير المسؤولية الجنائية له مما يخرج من نطاق البحث ولا جدال في ذلك، حيث لا نص يعاقب على ذلك لأن المقرر أن الأصل في العقاب على العمد والعقاب على الخطأ ينبغي أن يكون هناك نص يجرمه^(١) الأمر الذي لا وجود له في الحالة التي نوهنا عنها. لذلك فإن هذا الفصل سيكون مخصصاً لبحث

١. لاحظ محمد حماد مرهج - الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية - رسالة دكتوراه مقدمة

إلى - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٩٦ ص ٤٩.

الوصف القانوني الذي يمكن أن يأخذه فعل التاجر في حالة أن يقبل الوفاء ببطاقة غير حقيقية مع علمه بتزويرها في إطار التشريعات التي لم تتعرض لهذا الأمر بالتجريم.

المبحث الأول

التكليف القانوني لفعل التاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة وفاء مزورة

استكمالاً للنهج الذي اتبعناه وبشكل خاص ما ينبغي التعرض له في إطار غياب النصوص القانونية النازمة للمواضيع والتي تحكم الحالة التي يعالجها البحث لابد من الإشارة - وقبل الخوض بالموضوع - إلى أن هذه الإشكالية لا تظهر في ظل التشريعات التي عالجت قبول التاجر لبطاقة وفاء مزورة كما هو الحال عند المشرعين الفرنسي والعماني. لذلك سنحاول وفي إطار التشريعات الأولى تكليف فعل التاجر من خلال النظر إلى النصوص الواردة في قانون العقوبات وإمكان تطبيقها عليه. وأبعاد هذه الإشكالية تتعلق بلزوم علم التاجر بكون البطاقة مزورة الأمر الذي يثير تساؤلاً عن مدى اعتبار التاجر شريكاً لمستعمل البطاقة المزورة في جريمته؟ الأمر الذي ينبغي علاجه في المطلب الأول. على أن يكون المطلب الثاني مخصصاً لبيان حقيقة الوصف القانوني الذي يأخذه فعل التاجر.

المطلب الأول

مدى تطبيق قواعد الاشتراك بحق التاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة وفاء مزورة

إن قبول التاجر لبطاقة وفاء تم التلاعب بها أو ببياناتها ومعلوماتها المقررة منها أو غير المقررة من شأنه أن يثير فكرة المساهمة الجنائية ومدى اعتبار التاجر شريكاً لمستعمل البطاقة لأن عدم علم التاجر بكونها كذلك من شأنه أن يستبعد حالته من نطاق الإجابة على هذا السؤال؛ إذ أنه وكما انتهينا سلفاً هو من يتعرض للاعتداء. فلا يمكن في حالة عدم علمه بتزوير البطاقة أن تثار بشأنه المسؤولية الجنائية ولا تتحقق بحقه أي جريمة فيما لو قام بالاحتجاج بالمستندات أو قوائم الشراء التي تم تنظيمها ومن ثم توقيعه من قبل شخص غير مخول بذلك. لذلك فإننا ننظر في هذا الموقع في الفرض الذي يكون فيه التاجر متواطئاً مع مستعمل البطاقة المزورة وما يقع منه بشأن قبول بطاقة وفاء مزورة.

وإذ يتحقق التواطؤ عند تحقق العلم فإن الأخير يتحقق أما عندما يكون هناك تفاهم أو اتفاق سابق على تقديم البطاقة واستعمالها أو حتى عند تقديمها واستعمالها، وأخيراً عند اكتشافه أمر تزويرها فيقبل الوفاء عن طريقها دون أن يكون هناك تفاهم مع مستعملها فيسكت عن ذلك ولا يعترض ولا يرفض الوفاء عن طريقها فيقبلها ويتولى تحرير سندات الشراء على أساسها ويطلب من مستعمل البطاقة التوقيع عليها بعد تثبيت ما ينبغي القيام به كتثبيت المعلومات الخاصة بالبطاقة والجهة المصدرة لها ... الخ.

وعلى أساس أننا لا نعالج حالة التاجر الذي تخونه الإجراءات التي يتبعها في اكتشاف تزوير البطاقة، أي حالات الخطأ التي يقع فيها التاجر فيقبل بطاقة وفاء يتم اكتشافها فيما بعد أنها مزورة إنما حالة التاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة مزورة مع علمه بها. فإن بيان مدى مساءلة التاجر عن المساهمة في الجريمة التي يرتكبها مستعمل البطاقة يظهر في إطار الصورة الأولى من صور التواطؤ، وأقصد حالة الاتفاق أو التفاهم السابق الذي يتم بين التاجر ومستعمل البطاقة المزورة سواء قبل تقديمها أو أثناء ذلك مما يحقق علم الطرفين بالمشروع الإجرامي لا في الصورة الثانية التي يقبل بها التاجر الوفاء بالبطاقة دون علم مستعمل البطاقة، وهذا يعود إلى ما تقتضيه قواعد المساهمة الجنائية من ضرورة تحقق القصد الجنائي أو على الأقل قصد التداخل لدى الشريك بحيث تقع الجريمة بناءً على ذلك الاتفاق أو المساعدة أو التحريض وفي الفرض الذي نقول به فقط يمكن أن تثار مسؤولية كلاً من التاجر ومستعمل البطاقة باتجاه الجهة المصدرة للبطاقة.

أما في الفرض الثاني، وأقصد حالة ألا يكون مستعمل البطاقة عالماً بأن التاجر قد كشف أمر تزوير البطاقة فلا يمكن أن تثار مسؤوليته لأن اكتشاف التاجر تزوير البطاقة وضمير ذلك لغاية يستقل بها لا يمكن من خلاله إثارة مسؤولية مستعمل البطاقة تبعاً لمسؤولية التاجر، ولا يمكن للأخير أن يثير مسؤوليته على وجه الاستقلال في حالة اكتشاف تزويرها وإخفاء ذلك وعدم الاحتجاج به على مستعملها في حينه. والسبب في كل ذلك هو أن الجريمة لن تتحقق في حالة علم التاجر إلا

في حالة تقديمه قوائم الشراء للجهة التي تتولى الوفاء والاحتجاج بها على أنها قوائم صحيحة ولم يتم تزويرها.

وفي إطار الإجابة على التساؤل الذي طرحناه والخاص بمدى اعتبار التاجر شريكاً لمستعمل البطاقة المزورة في جريمته؟ فإننا نقول بأن مستعمل البطاقة المزورة لا تتحقق بحقه جريمة استعمال محرر مزور للصعوبات القانونية التي بينهاها، والتي لا يمكن تجاوزها إلا بالنص على اعتبار التغيير الذي تتعرض له البطاقة مما يحقق جريمة التزوير لكي يكون استعمالها محققاً لجريمة استعمال بطاقة مزورة، وكما فعل المشرعين الفرنسي والعماني في هذا الإطار، وبسبب عدم وجود مثل هذا النص في كثير من التشريعات ومنها التشريع العراقي لا يمكن قبول الرأي الذي يرى بإمكان اعتبار التاجر مساهماً في جريمة استعمال محرر مزور للسبب الذي نوهنا عنه للتو هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن التاجر لا يمكن أن يعد شريكاً لمستعمل البطاقة المزورة في جريمته فيما لو أخذت التشريعات بما أخذ به المشرعين الفرنسي والعماني ونصت على اعتبار التغيير الذي تتعرض له بطاقة الوفاء ومن ثم استعمالها مما يحقق جريمة تزوير واستعمال بطاقة وفاء مزورة لما يتطلبه فعل الاستعمال من شروط لا تتوافر في الفعل الذي يقوم به التاجر الأمر الذي حاولت تلك التشريعات تجنبه بأن خصت التاجر بجريمة هي جريمة قبول بطاقة وفاء مزورة.

المطلب الثاني

حقيقة وضع التاجر والوصف القانوني الذي يمكن أن يأخذه فعله

لو أننا عدنا إلى الجرائم التي يرتكبها مستعمل البطاقة والتي كشف البحث عن أنها تتمثل بجريمة التزوير عند التوقيع على قوائم الشراء، وبجريمة الاحتيال باتجاه التاجر للأسباب التي أوردناها في حينه فإن المنطق القانوني يقضي باستبعاد مسؤولية التاجر في الفرض الأخير باعتباره هو المجني عليه وهو من اتجهت إليه إرادة الجاني ولا يمكن تصور تحقق جريمة النصب بحقه عندما يكون عالماً بحقيقة البطاقة وحقيقة من يستعملها وحتى لو أخذنا بقواعد الاشتراك؛ إذ لا يصح أن يكون

الشخص شريكاً في جريمة ضد نفسه بالمعنى الواسع لهذه الكلمة هذا بالإضافة إلى أن آلية استعمال بطاقة الوفاء تلزم التاجر بتجميع قوائم الشراء ثم تقديمها إلى الجهة المصدرة - الملزمة بالدفع - في مواعيد يتم الاتفاق عليها، وهذا من شأنه أن يجعل التاجر هو من يتول الدور الأساسي في الاحتجاج بقوائم الشراء المزورة التي نتجت عن سماحه لاستعمال بطاقة وفاء مزورة حيث علم بذلك وسمح بإتمام الصفقة باتجاه البضائع التي قدمها للمشتري ببطاقة مزورة فهو إذن الفاعل الأصلي في جريمة الاستعمال، وما مستعمل البطاقة الذي تفاهم معه على استعمالها إلا شريك له في جريمته.

لذلك فإننا إذا عدنا للاتجاه الذي يرى بأن التاجر شريك لمستعمل البطاقة المزورة في جريمته تنطبق على فعله القواعد العامة الاشتراك. فإن هذا يتحقق في حالة أن يقوم التاجر بالاتفاق معه أو يساعده في ذلك أو يحرضه على استعمالها ذلك لأن قواعد الإشتراك تتطلب في الشريك أن يتفق أو أن يساعد أو يحرض على ارتكاب الجريمة فتقع الجريمة بناءً على ذلك، وبذلك تخرج من إطار الحماية حالة علم التاجر لوحده بتزوير البطاقة ومن ثم قبوله لها دون اتفاق أو تفاهم مع مستعملها لعدم تحقق علم مستعمل البطاقة الأمر الذي يستلزمه تحقق فكرة القصد الجنائي.

ومع ذلك فإذا كان بالإمكان قبول فكرة المساهمة الجنائية في إطار ذلك فإنها ستكون فكرة مقبولة باتجاه التاجر وباتجاه جريمة التزوير التي يرتكبها مستعمل البطاقة المزورة عند التوقيع على قوائم الشراء وليس بشأن جريمة استعمال محرر مزور وفقاً للرأي الذي يذهب إلى إمكان مساءلة مستعمل البطاقة المزورة عن جريمة استعمال محرر مزور مع تحفظنا على ذلك وضرورة الأخذ بنظر الاعتبار الصعوبات التي تحول دون تطبيق نصوص تلك الجريمة بشأن بطاقة وفاء مزورة التي سبق الإشارة لها.

أما القول بأن التاجر يعد شريكاً لمستعمل البطاقة في جريمة التزوير فدليله أنه سمح لمستعمل البطاقة التوقيع على قوائم الشراء والمعلوم أن المساعدة باعتبارها من الوسائل التي حددها المشرعون لتحقيق المساهمة الجنائية كما تتحقق في الأفعال المجهزة من الممكن أن تتحقق في الأفعال المسهلة أو المتممة وإذ تتحقق الأفعال

المجهزة في وقت سابق على ارتكاب الجريمة تكون الأعمال المسهلة والمتممة معاصرة لتنفيذ الجريمة^(١) فسماح التاجر للجاني باستعمال البطاقة المزورة وسماحه له بالتوقيع على قوائم الشراء بتوقيع مزور من شأنه أن يحقق المساعدة عن طريق الأفعال المسهلة كون قبوله وضع التوقيع على المستندات قد ساهم بفعل أعطى الورقة المزورة شكل الورقة الصحيحة. كما أن القول بغير ذلك فيه مخالفة صريحة لقواعد المساهمة الجنائية إلى جانب مخالفته للأركان التي تقوم عليها جريمة استعمال بطاقة مزورة إن تم الأخذ بذلك وقبوله، التي تشترط فيمن يستعمل المحرر المزور أن يحتج به اتجاه شخص لا يعلم بتزويره؛ إذ لا يتحقق الاستعمال المتطلب في الجريمة عندما يقدم المحرر إلى شخص يعلم بتزويره.

ولو جئنا إلى حقيقة حالة التاجر ودوره عند توطئه مع مستعمل البطاقة المزورة (حامل البطاقة) فإننا لا نستطيع قبول الرأي الذي يرى بأن التاجر يعد شريكاً له في جريمة استعمال محرر مزور لسبب بسيط هو أن من يحتج بكون البطاقة صحيحة وغير مزورة قبل الجهة التي تتولى الوفاء بقيمة المشتريات التي حصل عليها مستعمل البطاقة، أي أمام الجهة المصدرة الملزمة بالوفاء، هو التاجر وليس مستعملها. الأمر الذي يجعله هو من يرتكب فعل الاستعمال لمستند مزور نشأ عن قبول بطاقة مزورة والاحتجاج به على أنه صحيح وبذلك يعد التاجر فاعلاً أصلياً في جريمة استعمال محرر مزور، وما حامل البطاقة المزورة إلا شريك له في جريمة الاستعمال التي هي ليست الجريمة التي ينادي بتحققها أصحاب الاتجاه الأول. بل أننا إذا أردنا الحق فإن التاجر لن يحتج بالبطاقة حتى يمكن قبول الرأي الذي يرى بأنه يعد شريكاً لحامل البطاقة في جريمته إنما يحتج بما نتج عن قبولها وهي في حقيقتها مستندات مزورة، أي أن التاجر يحتج بالمستندات أو قوائم الشراء التي زورها مستعمل البطاقة المزورة بعلمه وموافقته، حيث تلزم قواعد استعمال بطاقة الوفاء مستعمل البطاقة التوقيع على قوائم الشراء، التي نظمت على ضوء استعمال بطاقة تم تزويرها. وعلى أساس ذلك فإن فعل الاستعمال للمحرر المزور يتحقق بحق

١. د. علي حسين الخلف، وسلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطابع

الرسالة - الكويت - ١٩٨٢ ص ٢١٦.

التاجر وليس بحق مستعمل البطاقة المزورة سواء كان قد اتفق على الوفاء بها بناءً على تفاهم سابق أو تم اكتشاف امر تزويرها وتم قبول الوفاء عن طريقها. وتحقق فعل الاستعمال بحق التاجر الذي قبل الوفاء عن طريقها يفسر كونه الذي يحتج بما نتج عن قبوله البطاقة المزورة من مستندات زورها مستعمل البطاقة بتقليده لتوقيع حاملها أو لوضعه توقيعه عليها ونسبتها إلى حامل البطاقة الشرعي التي نظمت من قبله للاحتجاج قبل البنك أو المصرف لاستيفاء مقابل الصفقة التي أجراها فالتاجر سيقدم لتلك الجهة مستندات مزورة ويطلب تلك الجهة بالوفاء بقيمتها، أي أنه سيحتج بصحتها وكونها سالمة من شبهة التزوير وأن حامل البطاقة الشرعي هو من قد وقع عليها خلاف الحقيقة مما يحقق فعل الاستعمال المتطلب في جريمة استعمال محرر مزور ولا ينبغي القول في هذا الإطار إلا أنها مستندات حررت على ضوء بطاقة وهمية وتقديمه لها وطلبه من تلك الجهة بتنفيذ إلزامها بتحويل مبلغ الصفقة وقيده في حسابه يحقق فعل الاستعمال، وهذا الرأي نقول به سواء تفاهم التاجر مع حامل البطاقة المزورة أم لم يتفاهم معه، أي حتى في الحالة التي يتم فيها قبولها بعد اكتشافه تزويرها والسكوت عنه لتحقيق العلم المتطلب في جريمة استعمال محرر مزور في الحالين، مع الأخذ بنظر الاعتبار حالة تفاهم مستعمل البطاقة المزورة أو اتفاقه مع التاجر من شأنه أن يجعله شريكاً للأخير في جريمة استعمال محرر مزور إلى جانب جريمته التي سبق أن بينها ونقصد بذلك جريمة التزوير كونه هو من يتولى التوقيع على مستندات الشراء.

ولو كان بالإمكان قبول القول باعتبار التاجر شريكاً لمستعمل البطاقة في جريمته لما جرمت بعض التشريعات وبوجه مستقل قبول التاجر لبطاقة وفاء مزورة. بمعنى آخر لو كان بالإمكان اعتبار التاجر شريكاً لحامل البطاقة المزورة طبقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية لما كانت هناك حاجة للنص على جريمة قبول بطاقة وفاء مزورة كما فعلت بعض التشريعات.

إذاً مما تقدم نصل إلى نتيجة هي أن حامل البطاقة المزورة يعتبر هو من ساعد التاجر وقدم له الوسائل التي تمكنه من التوصل الى الاحتجاج بمستندات مزورة نشأت عن استعمال بطاقة غير حقيقية باتجاه الجهة المصدرة للبطاقة لذلك

يعتبر التاجر هو مرتكب جريمة استعمال محرر مزور واعتبار حامل البطاقة مجرد شريك له وليس العكس كما يمكن أن يتصور البعض.

إن هذه النتيجة، وهذا الموقف يجعلنا نقول بأنه ثمة حاجة لتجريم تصرف التاجر بحالة قبوله بطاقة وفاء مزورة مع علمه بتزويرها وعدم ترك هذا للقواعد العامة في الاشتراك لجملة أسباب تضاف إلى ما تقدم. ومنها دفع التاجر لإن يكون أكثر حرصاً في عمله وعدم قبول غير بطاقات الوفاء السليمة لأن عدم مسألته أو ترك ذلك للقواعد العامة في الاشتراك قد يؤدي إلى تهاونه الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة العمل بهذا النمط من أساليب الوفاء. كما إن نشاط التاجر ليس بالضرورة أن تنطبق عليه وصف من أوصاف الاشتراك التي تحددها القوانين بالاتفاق والمساعدة والتحريض وبوجه خاص في حالة قبوله بطاقات مزورة بدون علم مستعملها؛ إذ أن تجريم قبول التاجر للبطاقة يوفر الحماية الجنائية المطلوبة لكونه يجرم الحالة التي أخرجناها من إطار المسؤولية وفقاً لقواعد الاشتراك.

إن هذه الأسباب كلها اجتمعت ودفعت على ما يبدو لنا المشرعين الفرنسي والعماني إلى تبني خطة بشأن تجريم نشاط التاجر في حالة قبوله بطاقة وفاء مزورة مع علمه بتزويرها^(١)، ولو كانت القواعد العامة في الاشتراك تكفي لتجريمه فيما كانت هناك حاجة لمثل هذا النص، فهذا الاتجاه التشريعي يعد حجة تؤيد بها عدم كفاية القواعد العامة للاشتراك لمعالجة الحالات التي يقبل بها التاجر بطاقة وفاء

١. لاحظ نص الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من قانون أمن الشيكات وبطاقات الوفاء رقم ١٣٨٢ / ٩١ الصادر في ٣٠ / ١٢ / ١٩٩١ جرم قبول بطاقة وفاء مزورة بالفقرة الثالثة من ذات المادة، التي تنص على أنه (.... ٣ - من قبل الدفع ببطاقة الوفاء المزورة مع علمه بتقليدها وتزويرها) انظر في عرض النص - عماد علي الخليل - المرجع السابق - ص ٨٠. وكذلك المادة (٢٧٦) مكرراً (٣) التي أضافها المرسوم السلطاني رقم ٧٢ / ٢٠٠١ الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء العماني التي تنص على أنه : يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز ألف ريال كل من : ٣ - قبل الدفع ببطاقة الوفاء المقلدة أو المزورة مع العلم بذلك لاحظ الهامش رقم ٥ ص رقم ٢ من هذا البحث.

مزورة. لأن التغلب على الصعاب التي تنثيرها هذه الفروض يكون من خلال تجريم قبول التاجر لبطاقة مزورة.

المبحث الثاني

تحقق جريمة استعمال محرر مزور بحق التاجر

انطلاقاً من الفرض الذي بيناه في مقدمة بحثنا والذي يتعلق بعلم أو عدم علم التاجر، وما سبق أن نوهنا عنه من أن بحثنا لا يتعرض للحالة التي لا يساهم التاجر في ترويج البطاقة المزورة أي الحالة التي ينتفي علمه بتزويرها، والذي يترتب عليه عدم إمكان مساءلته عن أي جريمة، وما يمكن أن يترتب عليه باتجاه الجهة المصدرة للبطاقة من التزامات مالية وأهمها عدم إمكان وفاء الجهة الملزمة بالوفاء للقوائم التي يتم تحريرها استناداً إلى بطاقة وفاء مزورة في حالة اكتشافها لأمرها. فإن بحثنا يتركز على الحالة التي يكون فيها دور للتاجر في تسهيل مهمة الجاني في استعمال بطاقة وفاء غير حقيقية بقبولها مع علمه بتزويرها سواء بالاتفاق معه أو بعدم اعتراضه عليها عند تقديمها على أننا لا ننظر في هذه الحالة إلى فعل التاجر من خلال فعل القبول للبطاقة إنما من خلال ما ينبغي على التاجر القيام به بعد ذلك طبقاً لآلية استعمال بطاقات الوفاء وبشكل خاص ما ينبغي عليه القيام به باتجاه الجهة المصدرة للبطاقة، وأقصد بذلك من وجوب تقديم قوائم الشراء المزورة التي تم توقيعها من قبل مستعمل البطاقة المزورة ومن ثم الاحتجاج بها باتجاه الجهة الملزمة بالوفاء على أساس أنها مستندات صحيحة موقع عليها من قبل شخص تخوله البطاقة التي استعمالها حق التوقيع على القوائم التي تترتب على استعمالها.

وانطلاقاً من آلية استعمال بطاقات الوفاء تلك وما تتطلبه من ضرورة تحرير قوائم الشراء بثلاث نسخ وتوقيع مستعمل البطاقة عليها الذي وكما سبق أن أشرنا أما أن يتم بتقليد توقيع صاحبها الشرعي إن كان التلاعب لم يتعرض لهذا الجانب من البطاقة أو أن بوضع توقيعيه أو توقيع أي شخص آخر إن كان التلاعب قد امتد إلى هذا الجزء من البطاقة، وما يقتضيه ذلك من وجوب تقديم التاجر لقوائم الشراء بمواعيد يتم الاتفاق عليها مع الجهة المصدرة للبطاقات والتي تم الاتفاق معها مسبقاً على قبولها. فإن التاجر الذي يرضى بذلك ومن ثم يقدم قوائم الشراء المزورة إلى

الجهة المصدرة للبطاقة ومن ثم الاحتجاج بصحتها بكونها استندت على بطاقة وفاء صحيحة يكون قد ارتكب جريمة استعمال محرر مزور. ذلك لأن التاجر عندما يقبل بطاقة الوفاء المزورة مع علمه بتزويرها فإنه يقصد من وراء ذلك الاحتجاج بالمستندات التي يتم تحريرها استناداً إليها باتجاه الجهة التي أصدرت البطاقة الحقيقية. فهو لا يستند إلى البطاقة إنما على مستندات تم تحريرها، وهذا ما يحقق فعل الاستعمال في جريمة استعمال محرر مزور والذي يحدده جانب من الفقه بأنه طرح المحرر المزور والاحتجاج به على أنه صحيح^(١)، وهو بذلك يعني التمسك بالمحرر المزور والاحتجاج به بعد تقديمه إلى فرد معين أو جهة معينة^(٢). وبأفضل عبارة استخدام المحرر المزور فيما أعد له، وذلك بإظهاره أو بالاستناد إليه للحصول على مزية أو ربح أو إثبات حق سواء بتقديمه للقضاء أو بطريقة أخرى^(٣).

وإذا كان ما يترتب بحق التاجر في هذه الحالة يتوقف على علمه بتزوير المستندات فإن هذا الأمر يرتبط أساساً بعلمه بكون البطاقة التي تم استعمالها مزورة سواء كان قد تفاهم أو اتفق مع من يستعملها أو علم بها فسكت عن كشف أمرها وامتنع عن الاعتراض على قبولها. فإن التاجر لا يحتج بالبطاقة المزورة بذاتها إنما بما سينتج من قبولها، ونقصد بذلك المستندات المزورة التي قام بالتوقيع عليها مستعمل البطاقة المزورة. وعلى أساس ذلك لا يمكن قبول القول بأن التاجر يعد شريكاً لمستعمل البطاقة في جريمته لأنه من جانب لا يحتج بالبطاقة ومن جانب آخر أنه هو من سيحتج بالمستندات، ونقصد قوائم الشراء المزورة، قبل الجهة الملزمة بالوفاء، وبذلك يعد التاجر هو مرتكب فعل الاستعمال كما أكدنا من قبل.

ويبدو لنا أن اتجاه التشريعات إلى تجريم قبول التاجر لبطاقة وفاء مزورة مع علمه بتزويرها خير علاج يغلق باب الاجتهاد الفقهي وتناقض الأحكام القضائية بشأن تطبيق نصوص قانون العقوبات، أو النصوص العقابية التقليدية إن صح

١. د. فخري عبد الرزاق - المرجع السابق - ص ٥٢.

٢. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - ص ٣٢٨، د. محمود محمود مصطفى - المرجع

السابق - ص ٢٧٧.

٣. تمييز جزاء أردني ٢٦ / ٦٨ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٦٨ ص ٤٩٨.

التعبير التي كانت سائدة قبل علاج ذلك بنص خاص كما هو الشأن بالنسبة لتلك التشريعات في نطاق إقرار مسؤولية التاجر عن التصرفات الإجرامية التي تستند على تسخير تقنية المعلومات.

خاتمة البحث:

حيث أن البحث كان منصّباً على بيان الجرائم التي يمكن أن تنشأ عن استعمال بطاقة وفاء مزورة فإننا ومن خلاله كشفنا عن أن هذه الجرائم منها ما يثبت بحق مستعمل البطاقة ومنها ما يثبت بحق التاجر الذي يقبل الوفاء بها مع اشتراط العلم بتزويرها في الحالين وأن تطبيق النصوص الجنائية بشأن استعمال بطاقة وفاء مزورة أمر غير مقبول للصعوبات القانونية التي تواجه ذلك وبوجه خاص عدم إمكان وصف البطاقة بالمحرر ومن ثم وصف التغيير الذي تتعرض له بالتغيير المتطلب في جريمة التزوير الأمر الذي يقتضيه إعمال تلك النصوص وبوجه خاص بالنسبة للتلاعب الذي ينال من الأشرطة الممغنطة إذا ما تم التلاعب ببياناتها ومعلوماتها المدمجة وغير المقروءة. كون هذا الجزء لا يتحقق فيه وصف المحرر لما يشترط في المحرر سواء بالنسبة لمدلوله أو لمضمونه أو للشروط التي ينبغي توافرها في الكتابة أو لطبيعة مكوناته وبوجه خاص بياناته ومعلوماته وعدم إمكان رؤيتها ومن ثم قراءتها عن طريق البصر. واقترحنا بأن الحل الذي يمكن من خلاله تجنب هذه الصعوبات هو النص على اعتبار بطاقة الوفاء مما تشملها نصوص جريمة التزوير لذلك طالبنا المشرع في البلدان العربية التي تتعامل بهذه البطاقات بوقت ليس بالقريب والمشرع العراقي الذي هو على أبواب استعمالها أن ينص وكما فعلت بعض التشريعات على تجريم التلاعب الذي تتعرض له بطاقة الوفاء حتى يحسم التباين في موقف الفقه من تكييف الجرائم الناشئة عن استعمال بطاقة وفاء مزورة في إطار التشريعات التي لم تعالج هذا الموضوع بنصوص خاصة ومن ثم تناقض الأحكام التي يمكن أن يقع بها القضاء فيما لو عرضت عليه مثل هذه القضايا. وفي إطار بياننا للجرائم التي يمكن أن يرتكبها مستعمل البطاقة المزورة وفقاً لما تفرض عليه آليات استعمالها كشف البحث عن تحقق جريمة التزوير بحق من يستعمل بطاقة

وفاء مزورة عند التوقيع على قوائم الشراء لما يتطلبه استعمالها من ضرورة التوقيع على مستندات الشراء. وتحقق جريمة النصب إلى جانب ذلك عند تقديمه البطاقة للتاجر والتظاهر بأنه المالك الحقيقي للبطاقة وأنه صاحب الائتمان وأنه من صدر عقد منح البطاقة لمصلحته وأنه صاحب حق في استعمالها خلاف الحقيقة.

أما بالنسبة للتاجر الذي يقبل الوفاء بالبطاقة المزورة باعتباره الطرف الثاني في العلاقة التي تنشأ عن العمل ببطاقات الوفاء الممغنطة فقد كشف البحث عن أنه من غير الممكن إعمال القواعد القانونية بشأن الاشتراك في نطاق علاقته بمستعمل البطاقة المزورة عند قبوله لبطاقة وفاء مزورة مع علمه بتزويرها. بل أنه يعد فاعلاً أصلياً في جريمة استعمال محرر مزور نتيجة استناده على قوائم الشراء المزورة التي ينبغي تحريرها لإثبات عملية البيع أو تقديم الخدمة واحتجاجة بها تجاه الجهة المسؤولة عن الوفاء. وبسبب ما يؤدي إليه إعمال قواعد المساهمة الجنائية لو تم الأخذ بها بالنسبة لاعتبار التاجر شريكاً في جريمة استعمال محرر مزور عند تقديم بطاقة الوفاء المزورة وللصعوبات القانونية التي كشف عنها البحث بشأن تحقق وصف المحرر للبطاقة وما يؤدي إليه ذلك من خروج حالة قبول التاجر لبطاقة مزورة دون تفاهمه مع مستعملها طالبا المشرع استناداً لذلك بضرورة تجريم تصرف التاجر ومسائلته عن جريمة قبول بطاقة مزورة باعتبار ذلك حلاً ينبغي الأخذ به لتجاوز حالة قبول التاجر لبطاقة مزورة عند اكتشافها وعدم الاعتراض عليها. وأخيراً بينا أن اتجاه بعض التشريعات كالتشريعين الفرنسي والعماني إلى تجريم تزوير واستعمال وقبول الوفاء ببطاقات الوفاء والسحب المزورة خير دليل يمكن الاستناد إليه للكشف عن ضرورة التدخل التشريعي في البلدان التي لم تتول تجريم تلك الاعتداءات وعدم كفاية النصوص الجنائية التقليدية إن صح التعبير لحماية بطاقات الوفاء من الاعتداءات التي تتعرض لها سواء التي في مواجهة مستعمل البطاقة المزورة أو التاجر الذي يقبل الوفاء بها. ويمكن الاقتداء بهما وبوجه خاص فيما يتعلق بتجريم تصرف التاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة مزورة.

مراجع البحث

- أحمد أمين بك - شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص - الطبعة الثانية - ١٩٢٤.
- د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠.
- د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.
- د. جميل عبد الباقي - الصغير - الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣.
- حسام باقر عبد الأمير - بطاقات الائتمان المصرفية (دراسة قانونية) - رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٩.
- الشيخ حسن الجواهري - بحث في الفقه المعاصر - بطاقات الائتمان لاحظ الموقع على شبكة المعلومات العالمية
<http://www.aalulbavt.org/html/ara/books/boohoos-01/17html>
- صالح بن محمد الفوزان - البطاقات الائتمانية تعريفها وأخذ الرسوم على إصدارها. لاحظ الموقع على شبكة الانترنت
<http://www.almoslim.net>
- د. عبد العظيم مرسي وزير - جرائم الأموال - دار النهضة العربية - ١٩٨٣.
- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - قانون العقوبات اللبناني - جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال ١٩٧٢.
- عبد اللطيف بن عبد الرحمن الهريش - بعيداً عن الاكتفاء بالمعالجة التقليدية: جرائم الحاسب الآلي بحاجة للتنظيم والنصوص القانونية لا تزال قاصرة عن تغطيتها - 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>

- د. علي حسين الخلف، وسلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطابع الرسالة - الكويت - ١٩٨٢.
- د. علي عبد القادر القهوجي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي - الدار الجامعية للطباعة والنشر - الإسكندرية - ١٩٩٩.
- عماد علي خليل - الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء - دار وائل للنشر - الأردن عمان - ط الأولى - ٢٠٠٠.
- د. عمر الفاروق الحسيني - المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية - الطبعة الثانية / ١٩٩٥.
- د. عوض محمد - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٥.
- د. فايز نعيم رضوان - بطاقات الوفاء - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٠.
- د. فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٦.
- فداء يحيى أحمد الحمود - النظام القانوني لبطاقات الائتمان - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ١٩٩٩.
- د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٢.
- د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الأردني - الجرائم الواقعة على الأموال - مكتبة دار الثقافة - عمان ط / الثانية ١٩٩٣.
- د. لطيف جبر كوماني - القانون التجاري - منشورات الجامعة المفتوحة - ١٩٩٦.
- د. ماهر عبد شويش - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص دار الكتب للطباعة والنشر - العراق - جامعة الموصل - ١٩٨٨.
- د. محمد حماد مرهج الهيتي - الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٩٦.

- د. محمد حماد مرهج الهيتي - جرائم الحاسوب - دار المناهج - الأردن - عمان - ٢٠٠٦.
- د. محمد رمضان بارة - قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص - الجزء الثاني - جرائم الاعتداء على الاموال ط / الثانية ١٩٩٢.
- د. محمد سعد خليفة - مشكلات البيع عبر الانترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.
- د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط / الثانية ١٩٨٤.
- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - القاهرة ١٩٨٦.
- نبيل عبد الله الهنائي - جرائم بطاقات الوفاء والسحب الإلكتروني - جريدة الوطن - العدد في ٤ أبريل - نيسان / ٢٠٠٢ - موقعها على الانترنت <http://www.alwatan.com>
- نصري عباس عصمان - نشرة التجارة والتنمية العدد السابع / ٢٠٠٠ لاحظ الموقع على شبكة المعلومات العالمية <http://www.newsofcd.com/page.asp?page=150>
- نصري عباس عصمان - النقود الإلكترونية - نشرة التجارة والتنمية - العدد التاسع - ٢٠٠١ لاحظ الموقع على شبكة المعلومات <http://www.newsofcd.com/page.asp?page=150>
- د. هدى حامد قشقوش - جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.
- د. هلالى عبد الللاه أحمد - حجية المخرجات الكومبيوترية في المواد الجنائية - دراسة مقارنة - ٢٠٠٢.
- د. وهبة مصطفى الزحيلي - بطاقات الائتمان - موقعه على شبكة المعلومات (الانترنت) <http://www.zuhayli.com/credit.htm>

الممارسة الدولية في معالجة المشاكل البيئية

الدكتور

صلاح عبد الرحمن الحديثي

المدرس المساعد

سلافة طارق الشعلان

المهرسة

مدخل في معالجة انماط من المشاكل البيئية الدولية

المبحث الأول

المشاكل البيئية الناجمة عن التلوث النفطي

المبحث الثاني

المشاكل البيئية الناجمة عن التلوث الكيميائي

المبحث الثالث

التلوث البيئي النووي

المصادر

مدخل في معالجة انماط من المشاكل البيئية الدولية

الدكتور صلاح عبد الرحمن الحديثي

المدرس المساعد

سلافة طارق الشعلان

الملخص:

على الرغم من اختلاف سياسة الدول للتعامل مع النتائج المترتبة على خرق الالتزامات الدولية فإن الممارسة الدولية أنشئت مجموعة من القواعد التي يمكن الاستعانة بها للتوصل حول عادلة ومنصفة لتسوية النزاعات البيئية، وذلك من خلال دراسة الممارسة الدولية إزاء ثلاثة من قضايا التلوث البيئي، تتعلق الأولى بالتلوث النفطي الناجمة عن تحطم ناقلة نفط، أما القضية الثانية فتتناول موضوع التجارب النووية وموقف محكمة العدل الدولية من إجراء هذه التجارب وأثرها على البيئة. ومن خلال دراسة هذه القضايا فقد تم في قضية التلوث النفطي الحكم بتعويض غير متناسب في قيمته المقدرة مع القيمة الحقيقية للخسائر والأضرار البيئية. بينما اثبتت الممارسة الدولية في قضية مصنع بوبال تتصل الدول المتقدمة من تحمل المسؤولية الناجمة عن خرقها للالتزامات الدولية، فمقابل تقديم دفعه مالية متواضعة إلى الضحايا، منحت تسوية قامت بها الحكومة الهندية حصانة مدنية وجنائية شاملة للشركة المتعددة الجنسيات، وقايضت المسؤولية القانونية للشركة بمبلغ تافه من الأموال.

International practice deals with different pollution.

The international practice several rules to reach a fair settlement to the Environmental disputes.

This articles emphasis on certain matter such oil pollution resulted from audient in the ocean, chemical pollution resulted from the leakage of gases and nuclear pollutions.

It became clear that one of these rules is to compensate the damage done but such compensation is not enough to repair all damages.

على الرغم من الجهود الدولية والوطنية المستمرة للحد من التلوث وحماية البيئة ، فإن نشاطات الإنسان قد سببت تزايد الأضرار البيئية بدرجة كبيرة، ولمعالجة هذه الأضرار لابد من معرفة حجم الضرر وقياسه بدقة إن أمكن ذلك لتحديد نوع التعويض الملائم لمعالجته، وذلك في غياب إمكانية إعادة الحالة Restitution in Kind للموارد البيئية المتضررة، كإعادة الحياة الى الكائنات الحية والموارد الطبيعية الأخرى من نباتات وأعشاب بحرية بعد تعرضها لأخطار التلوث النفطي أو النووي أو الفضلات الكيميائية السامة إلى ما كانت عليه.

وتتعد معرفة الحجم الحقيقي للأضرار البيئية بسبب طبيعة هذه الأضرار، إذ يحيط عدم التيقن العلمي بالقيمة المقدرة لها، فلا بد من وجود تفاوت كبير في تقدير القيمة الاقتصادية للكائنات الحية المتضررة بسبب التلوث النفطي أو القيمة الإجمالية لتكاليف تنظيف السواحل البحرية^(١).

وعلى الرغم من أن البيئة بمكوناتها الطبيعية الحية وغير الحية تمثل عنصر غير منظور لكنها تمتلك قيمة مادية كبيرة لا يمكن أن تقدر بثمن أو بقيمة اقتصادية، وتحديد قيمة الضرر تقوم على معايير واقعية وموضوعية، وعلى تحديد للقيمة. ويعتمد تحديد القيمة على ظروف كل قضية بعينها وعلى فترة إجراءاته.

مثلاً، قد لا يعتبر نوع من التلوث في وقت معين " ذا شأن " لأن المعرفة العلمية أو التقدير الإنساني في حينه ربما اعتباره أمراً يحتمل. ولكن تلك النظرة قد تتغير بعد حين وقد يعتبر الضرر ذاته عندئذٍ " ضرراً ذا شأن " فقد تغيرت تغيراً مستمراً حساسية المجتمع الدولي لتلوث الهواء والماء وغيرها من الموارد البيئية^(٢).

١. Alexander Kiss and Dinah Shelton – International Environmental Law – Transnational Publishers, Inc – 1991 – p35.

٢. لجنة القانون الدولي – الجمعية العامة – الوثائق الرسمية – الدورة الثامنة والخمسين – (A / 58 / 10) ٢٠٠٤ – ص ١٣٨.

وتوجد ثلاثة مظاهر للقواعد التي تحكم الأضرار البيئية بشكل عام، فلبعض الأضرار صفة اقتصادية خالصة كفقْدان المنفعة، وقد تكون الصفة الاقتصادية أقل وضوحاً في أضرار أخرى كفقْدان المتعة أو المنظر، بينما توجد أضرار أخرى تتعلق بالتدمير البيئي لا يمكن النظر إلى العنصر الاقتصادي فيها لأن الضرر البيئي الناجم عنها لا يقدر بثمن أو لا يمكن عند حدوثه إصلاح البيئة وإعادتها إلى حالتها السابقة لذا ينظر إليها باعتبارها تتضمن مصلحة قانونية تلتزم الدولة بواجب حمايتها والحفاظ عليها^(١). وهي تتعلق بمسائل ذات صلة بالضرر الذي يلحق بالبيئة في حد ذاتها.

وفي هذه الحالة، فإنه من غير السهل إثبات الوضع. لأن البيئة لا تعود إلى أحد. وهي تعتبر عموماً أملاكاً مشتركة حيث أن هدف حماية البيئة من التلوث هو تحقيق المصلحة المشتركة للبشرية. غير مفتوحة للحيازة الخاصة (*res communis omnium*)، وذلك خلافاً لما لا يملكه احد (*res nullius*) ولكنه يكون مفتوحاً للحيازة الخاصة.

وليس للشخص حق فردي في، الأملاك المشتركة ولا يتمتع عادة بوضع يمكنه من المطالبة بالتعويض عن ضرر لحق بتلك الأملاك. وإضافة إلى ذلك، ليس من السهل دائماً، لأغراض تقديم مطالبة مقبولة، معرفة من قد يعاني من فقْدان قيم إيكولوجية أو جمالية أو من قد تلحق به إصابة نتيجة لذلك. والدول تمسك بهذه الأملاك كأمانة، وفي العادة تُمنح السلطات العامة، كما تمنح جماعات المصلحة العامة منذ عهد قريب، الوضع الذي يؤهلها لتقديم مطالبات تتعلق بهذه الموارد^(٢).

ومهما كان نطاق قواعد القانون الدولي التي تحكم الضرر البيئي فإنها تستند إلى عدد من المبادئ التقليدية والتي يعد مبدأ المنع من أبرزها، وبموجبه تمتنع أية دولة عن التسبب بأضرار للدول الأخرى، وتهدف هذه القاعدة إلى منع الضرر البيئي

١. Francesco Francioni, Tullio Scovazzi – International Responsibility for Environmental Harm – p381.

٢. لجنة القانون الدولي – الجمعية العامة – الوثائق الرسمية – الدورة الثامنة والخمسين –

٢٠٠٤. ١٤٣. (A / 58 / 10)

قبل حدوثه، لان معالجة الضرر البيئي تواجه بصعوبات كبيرة، فبعض الأضرار البيئية لا تكون قابلة للإصلاح، وحتى إن كانت قابلة للإصلاح فإن تكاليف إصلاحها تكون باهضة غالباً^(١).

وعلى الرغم من أهمية قاعدة منع الضرر البيئي إلا أنه لا يمكن الاعتماد كلياً على هذه القاعدة لضمان عدم حصول الضرر البيئي، إذ لابد من الاستعانة بنظام المسؤولية الدولية لتحقيق حماية فعالة للبيئة ولمواردها الطبيعية. ويعتمد التقدم والارتقاء في تطبيق قواعد المسؤولية الدولية على موافقة الدول الفعلية على تطبيق هذه القواعد عند حدوث خرق للالتزامات الدولية. ويعتبر الإقرار بالمسؤولية والقبول بدفع التعويضات لإعادة الحالة التي كانت قائمة قبل حصول الضرر من أهم هذه القواعد.

وقد بينت محكمة العدل الدولية في قضية مصنع شوروام عام ١٩٢٧ بأن " فكرة المسؤولية الدولية ستكون مجردة من محتواها إذا لم تتمكن من فرض التعويض المناسب"^(٢).

ورغم أهمية نظام المسؤولية الدولية إلا أن الدول تتجنب الطرق القانونية غالباً، وتلجأ إلى الوسائل الودية لحل نزاعاتها الدولية، وحتى عندما تقدم دولة ما على المطالبة بالمسؤولية الدولية تجاه دولة أخرى فإنها تظهر تردداً في تقديم الأدلة

Alexander Kiss and Dinah Shelton – op. cit – p.6

.١

٢. The Notion of International of International Responsibility would be of content if it didn't involve a liability to make reparation in adequate form

Dinah Shelton – Rights Wrongs: Reparations in the articles on state responsibility –

The American Society of international law – Vol.96 – 2002 – p. 835.

والصين التفصيلية اللازمة لذلك^(١). ويقف وراء إجماع عدد كبير من الدول من المطالبة بالمسؤولية عدد من الأسباب^(٢).

. تطالب الدولة المتضررة ابتداءً بوقف الفعل غير المشروع أو وقف خرق الالتزام

الدولي من قبل الدولة المسببة للضرر (Obtaining Cessation the breach)، الذي يعد أمراً جوهرياً وأساسياً بالنسبة للدولة المتضررة.

أما المطالبة بالتعويض فتظهر غالباً كفكرة ثانوية، إذ يبدو إصلاح الضرر بالنسبة للدولة المتضررة أقل أهمية مقارنة بالتوقف عن خرق الالتزامات الدولية وتقديم ضمانات عدم التكرار^(٣).

. هنالك بعض الالتزامات الدولية التي لا يؤدي خرقها إلى الأضرار بدولة معينة على وجه التحديد، ليتمكن المتضرر من المطالبة بالتعويض، لكنها قد تسبب ضرراً للمجتمع الدولي بأكمله، كالتسبب بأضرار بيئية في منطقة أعالي البحار أو القيام بتجارب نووية في الفضاء الخارجي.

ورغم أن نظام المسؤولية الدولية قد تطور باتجاه يسمح لدولة أو لعدد من الدول أن تطالب بالمسؤولية الدولية عن هذه الأضرار لكن صعوبة تقدير الأضرار الناجمة بدقة خصوصاً ما يتعلق منها بالتدمير البيئي أو التراث العام للبشرية تجعل من الحكم في هذه القضايا أمر بالغ التعقيد^(٤).

.١

Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP. Cit – p. 6.

٢. ليس المقصود هنا الإشارة إلى الصعوبات الفنية الناجمة عن طبيعة الضرر البيئي وإنما تحديد أسباب عدم مطالبة الدول المتضررة بالمسؤولية الدولية. وللإطلاع على الصعوبات الناجمة عن طبيعة الضرر البيئي

انظر:

صلاح عبد الرحمن الحديثي – النظام القانوني الدولي لحماية البيئة – رسالة دكتوراه – كلية القانون جامعة بغداد – ١٩٩٧ – ص ١٩٢.

Dinah Shelton – OP.Cit – p286.

.٣

.٤ Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP. Cit – p.6.

. قد تنهرب بعض الدول من الاعتراف بالمسؤولية الدولية عن خرقها لالتزاماتها لأسباب مختلفة لكنها توافق على التفاوض بشأن تقديم مبالغ مالية تحت بنود مختلفة تجنباً لمطالباتها بالمسؤولية الدولية، ففي عام ١٩٥٤ قامت الولايات المتحدة الأمريكية بإجراء تجارب نووية على جزر المارشال مما عرض قارب الصيد الياباني وطاقمه للخطر نتيجة للغبار النووي المتساقط، وقد طالب اليابان بمبلغ ٦ مليون دولار كتعويض، دفعت الولايات المتحدة الأمريكية منها مبلغ ٢ مليون دولار فقط دون الاعتراف بالمسؤولية الدولية معتبرة إن هذا الاعتراف يمس بسيادتها "Sovereign" ^(١).

. ندرة القواعد القانونية المتعلقة بتقدير التعويضات، وكيفية تقديرها، ووضع ضوابط للفعل الذي يعتبر خرقاً للقانون الدولي، ودرجة الضرر التي تستحق التعويض فعلاً والحكم بالتعويض الملائم أو التعويض العادل وغيرها من التفاصيل التي تعد من أهم مبررات ضعف استجابة القضاء للبت في مثل هذه الأمور، لذا تفضل المحكمة إصدار قرار بترك الحرية للأطراف المتنازعة في الاتفاق على قيمة التعويض، بدلاً من البت في الموضوع بحكم صادر من المحكمة.

. يستغرق إتباع الوسائل القانونية للمطالبة بالمسؤولية الدولية وقتاً طويلاً، فقد رفعت أول الدعاوى البيئية لضحايا التلوث في قضية Smelter عام ١٩٢٦ بينما استغرق إصدار الحكم في هذه القضية خمسة عشر عاماً ليصدر الحكم الأول عام ١٩٤١ ^(٢).

وقد يتعلق السبب بنوعية أو تعقد العلاقات الدولية القائمة بين دول تنتمي لمنطقة واحدة، فأما أن تكون الدول متفقة إلى درجة كبيرة وتخشى إفساد هذه العلاقة، أو أن علاقاتها متوترة ومن ثم تتخلى عن اللجوء إلى المطالبة

١. Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP.

Cit – p. 360.

٢. Ibid – p.347

بالمسؤولية الذي قد يفسر على انه مبادرة غير ودية ويمكن القول ان افضل على ذلك هو حادث تشرنوبل^(١).

ولكن بالرغم من اختلاف سياسة الدول للتعامل مع النتائج المترتبة على خرق الالتزامات الدولية فان الممارسة الدولية وان كانت غالبا تتجنب الدفع باتجاه تطبيق المسؤولية الدولية لكنها أنشئت مجموعة من القواعد التي يمكن الاستعانة بها للتوصل لحل عادل ومنصفة لتسوية النزاعات البيئية. وذلك من خلال دراسة الممارسة الدولية إزاء ثلاثة من قضايا التلوث البيئي، تتعلق الاولى بالتلوث النفطي الناجمة عن تحطم ناقلة نفط، أما القضية الثانية فتتناول موضوع التلوث الكيميائي الناجم عن تسرب غازات سامة من مصنع بوبال، بينما تتناول القضية الثالثة موضوع التجارب النووية وموقف محكمة العدل الدولية من إجراء هذه التجارب وأثرها على البيئة.

المبحث الأول

المشاكل البيئية الناجمة عن التلوث النفطي

تحدث حالات الانسكاب العارض للنفط في البر والبحر، وتستقطب الانسكابات البحرية الاهتمام الدولي الأكبر، رغم إن الدراسات العلمية توضح أن

١. صلاح عبد الرحمن الحديثي - مصدر سابق - ص ١٩٦.

انسكابات النفط التي تحدث في البر تتمتع بالأهمية والخطورة ذاتها^(١). ويصيب الضرر الناجم عن حوادث انسكاب النفط البيئة البحرية بشكل أساسي.

- الضرر الناجم عن الانسكاب النفطي لناقلة اموكو كاديز

تعد حادثة انقلاب ناقلة النفط اموكوكاديز، ثالث أكبر حوادث انسكاب ناقلات النفط من بين الحوادث العشر الكبرى التي حدثت في الفترة ١٩٧٠ - ١٩٩٠^(٢). وقد بلغت كمية النفط المنسكب ٢٢٨٠٠٠ ألف طن، بعد أن ارتطمت ناقلة النفط العملاقة اموكوكاديز في ١٦ / آذار / ١٩٧٨ بالقرب من شاطئ بريتاني في فرنسا وفقدت حمولتها بأكملها من النفط في غضون ١٤ يوماً. وقد أصيب الساحل والمياه الإقليمية الفرنسية بضرر كبير بسبب انسكاب النفط، فقد تلوث حوالي ٣٠٠ كلم من الشاطئ بدرجة متفاوتة وقد تبخرت العناصر الأكثر قابلية للتطاير، ونقل ما بين ٢٠ - ٤٠% من النفط المنسكب من سطح البحر إلى الغلاف الجوي وتسرب جزء منه إلى قاع البحر مسبباً قتل ما يقارب ٣٠% - ٥٠% من سلالات النباتات الحية التي فقدت وتم تدميرها إلى الأبد. هذا فضلاً عن قتل أكثر من ٢٠ ألف طير وخسارة صيادي السمك ما بين ٤٥ - ٦٠ يوم عمل، والأضرار غير المباشرة المتعلقة بقطاع السياحة. وقد شاركت أكثر من ٥٠ سفينة و ٤٠٠،٤ شخص في عمليات التنظيف وقد تمت هذه العمليات بإشراف القوات العسكرية الفرنسية، ودام العمل لأكثر من ٦ شهور لإزالة ما يقارب ٢٢٠،٠٠٠ طن زيتي من الشواطئ^(٣).

١. مصطفى كمال طلبة - إنقاذ كوكبنا التحديات والآمال (حالة البيئة في العالم ١٩٧٢ - ١٩٩٢) برنامج الأمم المتحدة للبيئة - مركز دراسات الوحدة العربية - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٩٥ - ص ١١٦. ويمكن القول أن أفضل مثال على ذلك هو حادث تشرنوبل حيث كان لتوتر العلاقة بين الاتحاد السوفيتي السابق وإنكلترا، منع إنكلترا من تقديم دعاوى تطالب بالمسؤولية الدولية عن التلوث الذي سجلته أثناء الحادث.

٢. المصدر نفسه - ص ١١٨.

- المحكمة المختصة بالنظر في النزاع

رفع المتضررين عدد كبير من الدعاوى في عام ١٩٨٣، وكان الوضع القانوني معقد جداً^(١)، إذ حاول بعض المدعين جلب الاختصاص إلى فرنسا باعتبارها الدولة التي عانت مباشرة من الأضرار إذ أن الضرر وقع على إقليمها، خصوصاً وأن فرنسا، وليبيريا (دولة علم الناقله)، قد صادقتا على الاتفاقية الدولية للمسؤولية المدنية المترتبة على أضرار التلوث النفطي لسنة ١٩٦٩^(٢)، والتي حددت أقصى قيمة لمبلغ التعويض الذي يمكن دفعه، بموجب الاتفاقية بمبلغ ٧٧ مليون فرنك فقط.

بينما تجاوزت الأضرار الحقيقية هذا المبلغ بكثير، ووفقاً للتقديرات التي تم التوصل إليها فإن كلفة عمليات التنظيف وحدها تبلغ ٤٥٠ مليون فرنك، أما الأضرار التي أصابت الأسماك والمحار فقد بلغت ١٤٠ مليون فرنك بينما بلغت خسائر قطاع السياحة مبلغ ٤٠٠ مليون دولار^(٣).

١. فالضرر قد وقع على الإقليم الفرنسي بينما الشركة التي صممت وأنشأت الناقله هي الشركة الإسبانية، والشركة المسؤولة عن تنظيم نقل النفط هي شركة اموكو الأمريكية للنقل، وقد تم تسجيل الناقله في ليبيريا والتي يقع مركز عملها الدائم في Bermuda كما قام مالك الناقله اموكو بدمجها مع شركة النفط المتخصصة ونقلها إلى ولاية انديانا الأمريكية Indiana والتي يقع مركز عملها في ولاية ايلينويس الأمريكية Illinois
Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP. Cit – p.372.

٢. لقد شهدت نهاية الستينيات إقرار عدد كبير من الاتفاقيات المتعلقة بحماية البيئة البحرية كالاتفاقية الدولية الخاصة بالتخلص من النفايات بالإغراق في البحار الموقعة في لندن ١٩٧٢، والاتفاقية الدولية الخاصة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن الخسائر المترتبة على أضرار التلوث بزيوت البترول والمبرمة في عام ١٩٧١، والاتفاقية الدولية الخاصة بتحريم استخدام وسائل فنية للمساس بالبيئة البحرية لأغراض عسكرية أو غيرها من الأغراض العدائية والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦
صلاح الدين عامر - حماية البيئة أبان النزاعات المسلحة في البحار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد التاسع والأربعون - ١٩٩٣ - ص ١٣.

وفي ظل هذه الظروف تسعى الضحايا إلى جلب الاختصاص إلى محاكم الولايات المتحدة الأمريكية لتجاوز حدود اتفاقية المسؤولية القانونية التي لم تكن الولايات المتحدة الأمريكية طرفا في الاتفاقية، بخلاف فرنسا التي صادقت على الاتفاقية وذلك للحصول على مبلغ ٢٠٢ بليون دولار عن الضرر البيئي الحاصل.

وفي الحكم الصادر في ١٨ / نيسان / ١٩٨٤ قررت محكمة الولايات المتحدة الأمريكية بأنها تتمتع بالاختصاص القضائي للحكم في النزاع، مستندة إلى عدد من الوقائع:

فقد كانت الناقلة تحمل علم ليبيريا عندما انقلبت وفقدت حمولتها بالكامل على المياه الإقليمية الفرنسية، بينما كان أفراد طاقمها يحملون الجنسية الإيطالية.

وقد رفعت هذه الدعاوى أمام المحاكم الأمريكية باعتبارها الجهة ذات الاختصاص لان المدعين الفرنسيين طعنوا في جنسية الناقلة، إذ انهم يرون عدم وجود رابطة أو علاقة حقيقية بين العلم الذي تحمله الناقلة، وجنسيته الحقيقية^(١).

فمالك ناقله اموكو الحقيقي هو شركة انديانا الأمريكية الذي قامت بدمجها مع شركة النفط المتخصصة و مع شركة نفط اموكو الدولية. ولك تكن هناك أي مصداقية في استخدام علم ليبيريا إذ أن ذلك لم يكن مستمدا من ضرورات العمل، وانما للتخلص من الأعباء المالية والقانونية التي يفرضها

وقد أسست هذه الاتفاقية مسؤولية قانونية مقيدة إذ ليس من الضروري إثبات الخطأ للحصول على التعويض كما أنها محددة بحدود إقليم الدولة الطرف في الاتفاقية فقط، وتحمل الاتفاقية مالك السفينة أو الناقلة المسؤولية الدولية وقت حدوث الحادث إلا إذا كان الحادث ناجما عن حرب أو ظاهرة طبيعية استثنائية ذات صفة حتمية لا تقاوم.

Daved Hunter, James Salzman, Durwood zaelk - - International Environmental. ١

القانون الأمريكي وقد أكدت المحكمة هذا الاستنتاج وقررت أن تحكم في النزاع بموجب القانون الأمريكي.

وبينما قام المدعين الفرنسيين بإقامة دعاوهم أمام المحاكم الأمريكية، قامت شركة النفط المتخصصة بعد وقوع الحادث بإيداع مبلغ ١٦،٧ مليون دولار في فرنسا ثم أضافت إليه مبلغ ١٣،٣ مليون دولار وذلك تنفيذًا للالتزامات الاتفاقية الدولية التي تحكم الأضرار الناجمة عن انسكاب النفط لسنة ١٩٦٩.

وكان ينظر إلى هذه الدعاوى من قبل المدعي عليهم باعتبارها تحدي و تجاهل لنصوص الاتفاقية الدولية التي يجب أن تحكم النزاع. والتي وفقا لنصوصها لابد أن ترفع الدعاوى أما أمام المحكمة الفرنسية (لان الضرر حصل على الإقليم الفرنسي) أو أمام المحكم الليبيرية (باعتبارها دولة علم الناقلة).

وقد رفع المدعين دعاوهم ضد الشركة المتخصصة للنفط وفروعها (متضمنة شركة نقل اموكو، والشركة اللابيرية التي تملك خزان النفط The Tanker)، باعتبارها شركة دولية متخصصة في استكشاف وتصفية ونقل وبيع منتجات نفطية في كافة أنحاء العالم وهي مسؤولة عن أعمالها وعن أعمال الشركات الفرعية التابعة لها^(١).

وقد حاول المدعى عليهم جلب الاختصاص إلى المحاكم الفرنسية للاستفادة من الاتفاقية وانخفاض الحد الاعلى للمبلغ المقرر فيها للتعويض عن مثل هذه الأضرار والذي حدد بموجب الاتفاقية بأقل من ٢٠ مليون دولار. إلا أن المحكمة وجدت انه بالرغم من أن الضرر قد حدث على المياه الإقليمية الفرنسية فان القانون الفرنسي لايمكن أن يطبق إلا اذا ثبت انه يخالف القانون الأمريكي في أحكامه.

Karl Hofstetter-The Ecological Liability of Corporate Groups: The Ecological .١

Liability of Corporate Groups:Comparing US and European Trends-p.3

وقد بدا واضحا إن المحكمة تجاهلت تماما طرف في اتفاقية المسؤولية المدنية المترتبة على اضرار التلوث النفطي لسنة ١٩٦٩، لتجعلها غير مختصة بالنظر في النزاع، كما أن المحكمة لم تثبت وجود اختلاف بين القانونين الفرنسي والأمريكي، وعلى الرغم من ذلك قررت إن القانون الأمريكي هو الذي سيحكم النزاع.

بينما كان من الممكن أن تصل المحكمة إلى نفس النتيجة بالتسليم باختلاف القانونين، واعتبار القانون الأمريكي هو القانون الواجب التطبيق لأسباب سياسية^(١).

وقد كان قرار المحكمة كافيا لمنح الاختصاص للمحاكم الأمريكية والتهرب من تنفيذ اتفاقية بروكسل التي حددت المسؤولية عن أضرار اموكو بمبلغ ٢٠ \$ مليون، لانه بموجب اتفاقية المسؤولية القانونية لسنة ١٩٦٩ لا يمكن قبول تقديم دعاوى الضرر البيئي، إلا أمام محكمة الدولة الضحية^(٢) والتي من المحتمل ان لا تناسب الضحايا بسبب حدود مبلغ التعويض المنخفضة بموجب الاتفاقية قياسا إلى حجم الضرر الحقيقي...

- الحكم الذي أصدرته المحكمة لحل النزاع وإصلاح الضرر

قررت المحكمة بأنها ستحتفظ باختصاصها القضائي لتقدير قيمة التعويض عن الأضرار وفقاً للأدلة... وقد استغرق إصدار هذا الحكم أربع سنوات.

وقد حملت المحكمة المسؤولية القانونية المشتركة لشركة النفط المتخصصة بالاشتراك مع فرعيتها: شركة نفط اموكو الدولية، والشركة الأمريكية المسؤولة عن إدارة وتنظيم نقل النفط، إذ وجدت أنها أهملت في أداء واجباتها بالمحافظة على الناقل في حالة صالحة للملاحة، وأهملت بالقيام بواجبات الإصلاح والصيانة اللازمة.

1. Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP.Cit-p.365

٢. م/٩ من الاتفاقية الدولية للمسؤولية المدنية المترتبة على أضرار التلوث النفطي لسنة ١٩٦٩

كما وجدت المحكمة بأن الشركة كانت على علم بعدد من الحقائق التي تجعل الناقلة غير صالحة للملاحة، وبصورة خاصة كان هنالك عطل أو كسر في الآلات الموجهة للناقلة والتي كانت سبب مباشراً لانقلاب الناقلة علاوة على ذلك فإن طاقم السفينة لم يكن مدرباً بما فيه الكفاية ليتمكن من تدارك الضرر وإصلاح نظام التوجيه، وما زاد الأمور سوء هو ترك الناقلة بدون نظام توجيه احتياطي ليتمكن الطاقم من استخدامه عند الحاجة.

وقد بحثت محكمة الولايات المتحدة بالأضرار تفصيلاً، بعد أن أصدرت قرارها الأولى بخصوص المسؤولية القانونية بمنح المدعين ٢،٨٥ مليون دولار.

وقد انصب رأي المحكمة على الادعاءات المقدمة من قبل فرنسا والمدن والقرى المتضررة والمزارعين والصيادين وجماعات حماية البيئة وقد صنفت المحكمة الأضرار وفقاً للنهج الآتي:

- عمليات التنظيف من قبل الموظفين العموميين: وافقت المحكمة على دفع تكاليف عمليات التنظيف للسواحل من قبل الموظفين، لكن لم يتم الدفع للمتطوعين للعمل لأن المحكمة رأت أن جهودهم كانت تبرع وهي لا تستحق التعويض.

- الهبات من الجمعيات المحلية بالأموال والمستلزمات للمتطوعين: وجدت المحكمة أنه من غير المناسب تضمينها بالتعويضات المطالب بها لأنها بطبيعتها تمثل اعترافاً وامتناناً من الجمعيات للخدمات المقدمة من قبل العسكريين والمتطوعين.

ج- تكاليف المواد والمعدات اللازمة للتنظيف: سمحت المحكمة بالتعويض عن هذه التكاليف لكن بأقل من القيمة الحقيقية لهذه المعدات بها.

د- تكاليف استخدام الأبنية العامة: تم التعويض عن الأضرار التي عانت منها الأبنية العامة، كما تم التعويض عن التكاليف الإضافية مثل زيادة استخدام الماء والكهرباء والهاتف.

هـ- ترميم الساحل والميناء: أخذت نفقات الترميم بنظر الاعتبار وتم التعويض عنها بينما رفضت المحكمة الدعاوى المتعلقة بالأضرار التي أصابت نوعية الحياة والخدمات العامة المقدمة من قبل المدن الفرنسية^(١).

كما ردت المحكمة الدعاوى المتعلقة بفقدان المتعة، وعدم إمكانية الاستمتاع بالطبيعة الخلابة بعد تعرضها للضرر، والتي يرى المدعين فيها أن ادعائهم استند إلى افتراض أن السياح قد انصرفوا إلى أماكن أخرى لقضاء إجازاتهم بسبب الأضرار التي أصابت المنطقة، لكن المحكمة رفضت هذه الدعاوى معتبرة أنها قد غطت هذه الأضرار في دعاوى الأفراد المقدمة من قبل أصحاب الفنادق والمطاعم والحرف الأخرى^(٢).

و- الضرر البيئي: كان الحكم القضائي الذي أصدرته المحكمة بهذا الشأن منتظرا باهتمام كبير من قبل العديد من المهتمين بالبيئة، وقد سبب القرار خيبة أمل كبيرة عند صدوره فالمحكمة لم تعوض الأضرار الناجمة عن التدمير البيئي، ولم تحكم بالتعويض عن ضرر التلوث الذي أصاب الغلاف الجوي، ولا التعويض عن فقدان بعض السلالات البحرية في المنطقة المتضررة، معتبرة إن هذه الأضرار معقدة وذات طبيعة تأملية مبنية على سلسلة من الافتراضات وتحيط بها الكثير من الشكوك^(٣). علاوة على ذلك رأت المحكمة أنه لا يمكن لفرنسا المطالبة بالتعويض عن مثل هذه الأضرار لأن الحجج التي أوردتها فرنسا لم تكن مقنعة فهي لم تكن قادرة على تأكيد المصلحة القانونية في حماية الممتلكات العامة كالموارد البحرية والأنظمة البيئية المختلفة، إذ كان كان يجب على فرنسا أن تثبت إن هناك مصلحة

1 .Alexander Kiss and Dinah Shelton – OP.Cit – p.356

٢ . Ibid – p.356

٣ . Ibid – p.356

محمية بموجب القانون الفرنسي قد تضررت لتتمكن من المطالبة بالتعويض عنها^(١).

كما ان المحكمة رأت ان هذه الأضرار قد تمت الموافقة على تعويضها من خلال دعاوى صيادي السمك والجمعيات السمكية المبينة على انخفاض صيدهم وأرباحهم الناتجة عنها. لذا وضعت الحكومة الفرنسية برامج لاعادة حالة البيئة أو لاصلاحها وقد سمحت المحكمة فقط بالنفقات المستخدمة لاعادة إنتاج وتوطين الأصناف التي عانت من الضرر وقد وجدت نتيجة لذلك ان التجارب الأولية لاعادة إنتاج هذه الكائنات كانت مفيدة لكن البرنامج يجب أن لايمول من قبل المدعى عليهم أيضا.

وبالرغم من أن قرار المحكمة الأولى الذي حمل المدعى عليهم المسؤولية عموما قد كان مقبولا بصورة كاملة، ولكن الحكم بالأضرار قد صدر بصورة مخيبة للآمال ولم يكن مقنعا، وقد أصيب علماء البيئة بشل خاص بخيبة أمل نتيجة لفشل المحكمة في إصدار حكم يتناسب مع الآثار الناجمة عن تدمير النظم البيئية وقد اعتبروا أن المحكمة قد ضيعت الفرصة التي كانت قائمة في إصدار حكم مرضي يساعد في حل المشاكل المعقدة المتعلقة بتقييم الضرر البيئي^(٢).

المبحث الثاني

المشاكل البيئية الناجمة عن التلوث الكيميائي

1. Edward H.P.Brans – Liability for Damage to Public Natural Resources Standing, Damage and Damage Assessment – Kluwer Law International, Nov.2001 – p.5

٢. Ibid – p.356

كان للاستخدام الواسع للتكنولوجيا بعد الثورة الصناعية وافتقارها الى قواعد بيئية متعلقة بتحديد وتقييم الاثر البيئي اكبر الاثر في تزايد مديات التلوث وكان للتلوث الكيماوي النصيب الاوفر بينها حاولت الدول الصناعية اثر الضغوط المحلية المتزايدة للمحافظة على البيئة والحد من استخدام المواد الكيماوية في الصناعات مما دفع الدول المتقدمة الى ايجاد بدائل لها عبر الشركات المتعددة الجنسية لاقامة تلك الصناعات في دول فقيرة لا تكثرث للمعايير البيئية الدولية، وعليه نجد من كارثة بوبال واحدة من اهم المشاكل التي سيتناولها هذا المبحث.

كارثة بوبال في الهند

أدت موجات متعاقبة من عمليات الاندماج والتملك إلى انشاء " الشركات الصناعية والتجارية المتحدة العملاقة " التي يفوق رأسمالها، كما تفوق أرباحها الدخل القومي المشترك للعديد من الدول، ويؤدي عدم الاستقرار السياسي والتخلف في الدول المتأخرة إلى تقليص قوة الدولة وامتيازاتها لمراقبة آثار أعمال هذه الشركات على البيئة والإنسان^(١).

ويظل الهدف الأساسي لهذه الشركات هو الحصول على الأرباح دون النظر إلى أهمية اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة لحماية البيئة في المكان الذي تمارس فيه نشاطاتها، رغم وجود عدد من الشركات التي تتبنى سلوكا متعقلا من خلال اتخاذها لكا الوسائل والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر.

١. جيل كاربونيه - مسؤولية الشركات ومبادئ العمل الإنساني ماهي طبيعة العلاقات القائمة

بين عالم الأعمال وعالم العمل الإنساني - المجلة الدولية للصليب الأحمر - ٢٠٠١ -

وقد تبنت بعض الشركات قواعد عامة للسلوك يمكن أن تتفادى من خلالها حصول أي ضرر، كما أنها يمكن أن تتبلور إلى أعراف ومعايير مقبولة دولياً لممارسة هذا النوع من الشركات لنشاطاتها في جميع الدول.

ويتسم هيكل العديد من الشركات متعددة الجنسية بالتعقيد، حيث يوجد مقرها الرئيسي في بلد، والشركات التابعة والعمليات في بلدان أخرى، وينتشر حملة الأسهم حول العالم. ونتيجة لذلك، ورغم أن معظم الشركات متعددة الجنسية تعمل بالتماسك الذي يميز كياناً واحداً، إلا أنه من الصعب أحياناً على المحكمة ممارسة الولاية القضائية على جميع أجزائها المهمة.

وتواجه الحكومات في الدول النامية اختياراً صعباً لأنها مسؤولة عن صحة السكان وسلامتهم، لكنها تدرك أن الإفراط في فرض القيود أو السيطرة الصارمة على نشاطات الشركات يمكن أن يؤدي إلى هروب الاستثمارات، ويحبط التنمية الاقتصادية وخلق فرص عمل.

وبسبب هذه الظروف لم تتمكن الهند أولم تبدد استعدادها لفرض قانظمة فعالة على الشركات الأمريكية Union Carbide Corporation لضمان اتخاذها جميع التدابير لتفادي الكارثة الإنسانية التي وقعت في بوبال. فتوفي أكثر من ٧٠٠٠ شخص خلال أيام عندما تسربت غازات سامة من المصنع في بوبال، الهند ليلة ٣/٢ ديسمبر / كانون الأول ١٩٨٤. وعلى مدى السنوات العشرين الأخيرة، أدى التعرض للمواد السامة إلى وفاة ١٥٠٠٠ شخص آخر، فضلاً عن إصابة آلاف غيرهم بأمراض مزمنة ومسببة للوهن^(١).

وقد أثارت هذه الكارثة أسئلة حول مسؤولية الحكومات والشركات عن الحوادث الصناعية التي تدمر حياة البشر والبيئة على النطاقين الدولي والوطني.

وقد نفت Union Carbide Corporation، التي كانت تملك مصنع مبيدات الآفات الزراعية في بوبال في ذلك الحين، علناً أية مسؤولية لها عن التسرب والضرر الناجم عنه، كما رفضت هذه الشركة الكشف عن منتجات التفاعل التي انبعثت في الجو وما يتعلق بها من معلومات حولسمية المنتجات التي تسربت. لذا لم يتمكن الأطباء من تطوير نظام علاجي مناسب للضحايا^(١).

وستتضمن هذه الدراسة البحث في مسؤولية الشركة ألام، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع، والطرف الذي يتحمل المسؤولية عن الكارثة بعد الإشارة أولاً إلى ظروف إنشاء مصنع بوبال.

- إنشاء مصنع بوبال

في إطار الاستهلاك المتزايد للهند من مبيدات الآفات اقترحت الشركة الأمريكية (UCC) Union Carbide Corporation لأول مرة في العالم ١٩٦٦ إنشاء مرفق لإنتاج الآفات الزراعية في الهند، وفيما بعد اختبرت بوبال كأفضل موقع. ومنحت الحكومة الهندية إذنًا لها لبناء المصنع، الذي صُمم وأنشئ تحت الاشراف الوثيق لمهندسي الشركة الامريكية وموظفيها.

ومنحت الشركتان الهندية المحدودة والشركة الأمريكية ترخيصاً لتصنيع مثيل ايزو سيانيت في بوبال في العام ١٩٧٦، وبين العامين ١٩٧٦ و ١٩٨٠ وضعت الشركة الأمريكية تصوراً لوحدة تعمل على تصنيع هذه المادة، وصممتها وأشرفت على إنشائها ودربت موظفيها في الهند، والولايات المتحدة الامريكية على العمل في جميع جوانب عمل المصنع الذي بدأ عمله في بوبال في العام ١٩٨٠^(٢).

وبدأت الكارثة عندما بدأ تسرب المركبات الكيماوية من المصنع، فقد تسرب في ٢ ديسمبر / كانون الاول ١٩٨٤، اكثر من ٣٥ طناً من الغازات السامة من مصنع مبيدات الآفات الزراعية في بوبال الذي تملكه شركة Union Carbide India Limited (UCIL) ، وهي الشركة الهندية المحدودة والتابعة الى الشركة

المتعددة الجنسيات Union Carbide Corporation والتي يقع مقرها في الولايات المتحدة الأمريكية^(١).

- مسؤولية الشركة المتعددة الجنسيات

لغرض تحديد مسؤولية الشركات المتعددة الجنسيات عن الحوادث التي تتسبب بحدوث كوارث بيئية وأنسانية لا بد من الإشارة الى ان تحديد جنسية الشركات المتعددة الجنسيات يواجه بصعوبات كبيرة ولكن على اختلاف الاسس الفقهية التي تسعى إلى تحديد جنسية هذه الشركات فانه لا يوجد أي خلاف في قاعدة خضوع هذه الشركات إلى أحكام القانون الخاص الذي يختلف من دولة إلى أخرى^(٢)، أما مسؤولياتها وفقا للقانون الدولي فتحكمها العديد من النصوص الاتفاقية والعرفية هذا فضلا عن مبادئ الاعلانات الدولية التي تبلورت الى قواعد عرفية ملزمة دوليا.

- مسؤولية الشركة المتعددة الجنسيات وفقا للقانون الدولي

وفقا للقانون الدولي العرفي فان المسؤولية الدولية عن الفشل في منع الضرر العابر للحدود والناجم عن نشاطات دولة معينة إلى دولة أو دول أخرى يقع على تلك الدولة التي مارست هذا النشاط. وهي تتحمل المسؤولية الناجمة عنه وفقا للمبدأ ٢١ من إعلان ستوكهولم للبيئة البشرية وم/٨ من اتفاقية قانون البحار لسنة ١٩٨٢، و م/١١ من مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية كما إن مفهوم المسؤولية والتعويض للضحايا ينعكس أيضاً في المبدأ ٢٢ من إعلان ستوكهولم للبيئة البشرية الذي تم فيه الإعراب عن اعتقاد مشترك بأنه:

1 . Vinay Lal on Jamie Cassells, The Uncertain Promise of Law : Lessons from Bhopal Toronto : University of Toronto Press, 1994 – p2.

2 .Francesco Francioni, Tullio Scovazzi – OP. Cit – p275.

" يجب على الدول أن تتعاون من أجل تطوير القانون الدولي المتعلق بالمسؤولية، وتعويض ضحايا التلوث وسائر الأضرار البيئية التي تسببها أنشطة تقع في نطاق ولاية هذه الدول أو تحت سيطرتها لمناطق خارج نطاق هذه الولاية" ويتناول هذا الأمر أيضاً المبدأ ١٣ من إعلان ريو، الذي جاء فيه ما يلي:

" تضع الدول قانوناً وطنياً بشأن المسؤولية والتعويض فيما يتعلق بضحايا التلوث وغيره من الأضرار البيئية. وتتعاون الدول أيضاً، على وجه السرعة وبمزيد من التصميم، في زيادة تطوير القانون الدولي بشأن المسؤولية والتعويض عن الآثار السلبية للأضرار البيئية التي تلحق بمناطق خارج ولايتها من جراء أنشطة تدخل في نطاق ولايتها أو سيطرتها."

هذا فضلاً عن العديد من النصوص الدولية العرفية والاتفاقية الأخرى^(١). لذلك يجب في جميع الأحوال أن لا تحول طبيعة نشاطات الشركة المتعددة الجنسيات دون تحمل الدولة التي تتمتع بجنسيتها بالمسؤولية الناجمة عن نشاطاتها.

وتضع لجنة القانون الدولي في اتفاقيتها الخاصة بالمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي المسؤولية على المشغل (المستثمر)، ولا ينبغي أن تقتضي هذه المسؤولية إثبات وقوع خطأ أو تقصير لأن الإلزام بإثبات الخطأ أو التقصير سيحمل الضحايا اعباء كثيرة قد لا يستطيعون تحملها، كما ان اعتماد هذا المبدأ في قضايا التلوث الناجم عن النشاطات الخطرة يعد تطبيقاً لمبدأ الملوث يدفع^(٢).

1. Ibid – p.280

٢. ترد الإشارة إلى مبدأ الملوث يدفع إليه في عدد من الصكوك الدولية. كما نص عليه المبدأ

١٦ في إعلان قمة الأرض (إعلان ريو)

" ينبغي أن تسعى السلطات الوطنية إلى تشجيع استيعاب التكاليف البيئية داخلياً، واستخدام الأدوات الاقتصادية، آخذة في الحسبان النهج القاضي بأن يكون المسؤول عن التلوث هو الذي يتحمل، من حيث المبدأ، تكلفة التلوث، مع إيلاء المراعاة الواجبة للصالح العام، ودون الإخلال بالتجارة والاستثمار الدوليين"

كما توجب الاتفاقية إلزام المشغل أو، حسب الاقتضاء، شخص أو كيان آخر، بإنشاء واستبقاء ضمان مالي مثل التأمين أو السندات أو ضمانات مالية أخرى لتغطية المطالبات^(١). ويكون مشغل النشاط الخطير الواقع داخل إقليم دولة ما أو في أماكن تدخل ضمن ولايتها أو تحت سيطرتها مسؤولاً عن الضرر العابر للحدود الناجم عن ذلك النشاط واللاحق بالأشخاص أو البيئة أو الموارد الطبيعية داخل إقليم أي دولة أخرى أو في أماكن خاضعة لولايتها أو سيطرتها أو اللاحق بالبيئة أو الموارد الطبيعية في مناطق واقعة خارج ولاية أي دولة وسيطرتها.

- مسؤولية الشركة المتعددة الجنسيات وفقاً للقانون الدولي الخاص:

اعتمد الفقه معايير متعددة لتحديد جنسية هذه الشركات، وقد أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بمعيار محل التأسيس الذي تمنح الشركة بموجبه جنسية الدولة التي منحتها الموافقات والكتب الرسمية الخاصة بإنشائها. ولا يوجد أي خلاف في أن الشركة المتعددة الجنسيات UCC قد أنشئت بموجب قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وخضع اندماج هذه الشركة مع شركة Dow Chemical عام ٢٠٠١ لقانون الولايات المتحدة ولموافقة السلطات التنظيمية مثل لجنة الأوراق المالية وأسواق الأسهم بموجب القانون الأمريكي. وقد كانت الشركة المتعددة الجنسيات تهدف بهذا الاندماج إلى أن تضعف بشكل جوهري مسؤوليتها عن السلوك الجنائي في قضية مصنع بوبال^(٢).

١ . يُقصد بـ "المشغل" أي شخص له تحكم في النشاط أو سيطرة عليه وقت وقوع الحادث المتسبب في الضرر العابر للحدود. أما الهدف المتوخى من مشاريع هذه المبادئ فهو ضمان تقديم تعويض سريع ووافٍ للإشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، بما في ذلك الدول، ممن هم ضحايا للضرر العابر للحدود، بما في ذلك الضرر الذي يلحق بالبيئة.

تقرير لجنة القانون الدولي - الدورة السادسة والخمسون - (10 / 59 / A) الملحق رقم ١٠ - ٢٠٠٤ - ص ١١٩.

وحتى لو تجاهلت الولايات المتحدة الامريكية الاخذ بهذا المعيار فان تطبيق اي من المعايير الاخرى المعمول بها دوليا سواء كان الاخذ بمعيار مركز الادارة الرئيسي او معيار محل راس المال، او معيار الرقابة والاشراف فانها جميعا تشير الى مسؤولية الشركة بموجب القانون الامريكي.

لقد كانت هذه الشركة المتعددة الجنسيات في العام ١٩٨٤ إحدى أكبر الشركات الكيماوية متعددة الجنسية في العالم، وهي تملك أو تدير، عبر فروعها والشركات التابعة لها مئات المصانع حول العالم^(١).

وقد كانت تملك نسبة ٩٠،٥٠% من أسهم شركة الهند المحدودة، وبالتالي مارست سيطرة الأغلبية على أسهم التصويت فيها، الأمر الذي أعطى الشركة المتعددة الجنسيات سيطرة إدارية وتشغيلية واسعة على شركة الهند المحدودة^(٢). وبذلك يتوفر فيها معيار محل راس المال، الذي يجعلها حاملة الاسهم الرئيسية والمسؤولة عن كل الأضرار الناجمة عن التسرب.

وخلال مرحلة تصميم المصنع فضلت الشركة الهندية المحدودة تخزين المواد الكيماوية الأولية بكميات صغيرة في حاويات فردية صغيرة، لأسباب تتعلق بالتوفير والسلامة. لكن الشركة المتعددة الجنسيات Union Carbide Corporation (UCC) التي كانت تملك اتخاذ القرار لم توافق على ذلك، وهذا يعني ان معيار الرقابة والاشراف على عمل الشركة الهندية المحدودة كان خاضعاً أيضاً الى الشركة المتعددة الجنسيات.

لذلك تم تركيب خزانات للتخزين السائب للمادة الكيماوية السامة في مصنع بوبال، مشابهة لتلك الموجودة في مصنع الشركة الأم في الولايات المتحدة الأمريكية.

١. صنعت هذه المصانع وعالجت مواد كيماوية وبتروكيماويات ومنتجات مرتبطة بها لإنتاج مواد كيماوية معقدة ومبيدات للآفات الزراعية ومبيدات حشرية وغيرها من المنتجات الاستهلاكية.

لكن الفرق المهم الذي أدى إلى الكارثة هو أن مصنع Corporation Union Carbide في الولايات المتحدة الأمريكية كان يعمل على مدار الساعة، حيث كان يعالج كميات كبيرة من المواد الكيميائية لإنتاج مبيدات الآفات الزراعية^(١). بينما في بوبال، كانت طاقة معالجة هذه المواد بطيئة جداً لدرجة أدت إلى تخزين كميات كبيرة منه طيلة أسابيع.

ويتضح من خلال النظر إلى معايير السلامة التي تتخذها الشركات المتعددة الجنسيات في الدول الفقيرة أو النامية ومقارنتها بالمعايير التي اتخذتها في الدول الصناعية المتقدمة مدى المسؤولية التي تتحملها. إذ إن لا شيء يؤكد مسؤولية هذه الشركات أكثر دلالة من التمييز في استخدام وسائل الوقاية من الكوارث البيئية بين الدول النامية والدول الصناعية، وتعد كارثة بوبال مثال واضح للمسؤولية الدولية الناجمة عن التمييز في استخدام التدابير الوقائية لتجنب الكوارث البيئية وتعد هذه الشركة المتعددة الجنسيات مسؤولة عن الأضرار البيئية والأضرار التي سببتها للسكان ولالأجيال المقبلة سواء كان سبب هذه الأضرار الإهمال في اتخاذ التدابير الوقائية المناسبة أو الخطأ.

ويفترض بأن الخطأ أو عدم اتخاذ التدابير الوقائية المقبولة دولياً، أو عدم تنفيذ الإلتزامات الوقائية وفقاً لما أظهرته الوقائع يشكلان خطأً، وسوء استخدام لحقوق السيادة، والذي تتجم عنه مسؤولية الدولة المباشرة طالما كانت الرابطة السببية بين الفعل والضرر موجودة^(٢).

١ . P.2 – ASA 20/015/2004

2 . Project UNU/WIDER (World Institute for Development Economics Research). Helsinki, 1990 – 1991- Compensatory remedies : gaps and trends in international law <http://www.unu.edu-p.5>
In Fact, it must be assumed that the breach or non observance of an agreed safety norm or preventive obligation constitutes fault (and an abuse of sovereignty rights) from which there flows a direct responsibility of the state concerned as long as damage and a causal link are demonstrated.

لذا فان المحكمة الهندية العليا طالبت الشركة المتعددة الجنسيات بالمسؤولية عن الأضرار التي أحدثتها الكارثة وهي قد استندت إلى التقصير في اتخاذ الإجراءات الاحترازية اللازمة لتفادي تلوث البيئة لان هذا المبدأ يشكل قاعدة قانونية ملزمة في القانون الدولي العرفي، وهو ملزم للدول حتى لتلك التي لم تصادق على معاهدة معينة تتضمن هذا الالتزام^(١). اذ ان الشركة المتعددة الجنسيات (UCC) لم تُصدّر إلى بوبال معايير السلامة ذاتها في التصميم، أو المعايير التي كانت تستخدمها في الولايات المتحدة الأمريكية^(٢).

وبشكل خاص، تقاعست عن وضع أية خطة أو نظام شامل للحالات الطارئة في بوبال لتحذير السكان المحليين من التسربات، رغم أنها كانت تملك مثل هذه الخطة في الولايات المتحدة الأمريكية.

ويتضح من ذلك بان الولايات المتحدة تسمح لشركاتها متعددة الجنسية باتباع معيار مزدوج عند العمل في الخارج، وبالتالي ترفض مساءلتها عن هذه الأفعال^(٣).

ج - المحكمة المختصة بالنظر في النزاع

بالنسبة إلى اختيار المحاكم، هنالك اتجاه يميل إلى منح الاختصاص الى السلطة القضائية الأقرب إلى الضحايا. حيث توجد المشكلة البيئية والضحايا، لان الضرر يثبت نفسه في تلك المناطق، وبشكل عام فان الضحايا يبحثون عن القانون الأفضل بالنسبة لهم، وقد حاول الضحايا النظر في الأضرار الناجمة عن الكارثة أمام المحاكم الأمريكية^(٤). ولكن القضاء الأمريكي لم يكن مهتما لا بنتائج الكارثة القانونية ولا بنتائجها الأخلاقية والانسانية، لذا أصبحت مصالح الضحايا عرضية ولم ينظر اليها كما يجب، أو كما لو ان هذه الكارثة كانت وقعت في الولايات المتحدة الأمريكية أو في أية دولة متقدمة أخرى.

1 .ASA 20/015/2004 – P.15

2 .Francesco Francioni, Tullio Scovazzi – OP. Cit – p.407

3 .Vinay Lal on Jamie Cassells – OP.Cit – p.13

4 . Ibid – p5

وبالاحظ، أن محاولة الشركات الكبرى للتهرب من المسؤولية واضحة جدا في الصناعات التي تتضمن التعامل مع المواد الخطرة. وعندما تثار المسؤولية في مثل هذه الحوادث فإن أصول أموال وتأمين الشركة المحلية لن تكون كافية لتعويض الضحايا، بينما تكون أصول أموال الشركة المتعددة الجنسيات محمية من أي ادعاء.

فالشركة المتعددة الجنسيات (UCC) قد أنكرت انه كان لديها اي عمليات خارج الولايات المتحدة، كما أدعت " بأن ليس هناك مفهوم قانوني واضح عن مسؤولية الشركات المتعددة الجنسيات^(١) "

وعلى الرغم من ادعاءات (UCC) بتحمل " مسؤولية اخلاقية " عن ضحايا بوبال، وعروض المساعدة المعلنة، فقد رفضت الشركة حل النزاع امام محاكم الولايات المتحدة الأمريكية وعند رفض حسم النزاع في الولايات المتحدة الأمريكية، أورد دفاع الشركة المتعددة الجنسيات (UCC) حججه امام محكمة المقاطعة الأمريكية :

" في الواقع ان الاستحالة العملية على المحاكم الأمريكية وهيئات المحلفين الامريكيين، المتشعبة بالقيم الثقافية ومستويات المعيشة والتوقعات الامريكية، لتحديد مستويات معيشة اشخاص يعيشون في اكواخ او معسكرات مؤلفة من بيوت خشبية تحيط بالشركة في بوبال، تؤكد بحد ذاتها ان المحاكم الهندية هي بشكل قاطع المحاكم الانسب. فهذا الفقر المدقع والقيم والمستويات والتوقعات التي تختلف اختلافا شاسعاً هي من الامور الشائعة العادية في الهند والعالم الثالث. وتستعصي على فهم الامريكيين الذين يعيشون في الولايات المتحدة^(٢) "

وادعى الفريق القانوني للشركة المتعددة الجنسيات (UCC) في دفاعه امام محكمة المقاطعة الامريكية في يوليو / تموز ١٩٨٥ بان المحاكم الامريكية غير مناسبة للبت في القضية وأن المحاكم الهندية تمثل مكاناً كافياً ومناسباً على

السواء، ودافع المستشار القانوني للشركة عن حجته مستندا الى رأيه في الأنظمة القانونية في الهند :

" النظام القانوني الهندي لا يستند الى مبادئ سليمة وراسخة في القانون الانكلوساكسوني وحسب، بل إن المحاكم في الهند قد طورت الفقه القانوني الهندي ورفعته الى مستويات موازية إن لم تكن متفوقة على أية ديمقراطية أخرى في العالم " .

وقد قدمت الشركة المتعددة الجنسيات حججاً مطولة لإثبات اختصاص المحاكم الهندية وإبداءها وقدرتها، ووافقت محكمة المقاطعة الامريكية على الطلب شرط ان تقبل الشركة المتعددة الجنسيات (UCC) بالولاية القضائية للمحاكم الهندية.

لكن الشركة المتعددة الجنسيات (UCC) قدمت استئنافاً ضد هذا الشرط، وفي تراجع واضح عن رأيها بالقضاء الهندي رفضت القبول بالولاية القضائية له وقالت الشركة بعد ذلك في محكمة الاستئناف أن : " المحاكم الهندية، رغم أنها تشكل محفلاً كافياً إلا أنها لاتراعي معايير الإجراءات القانونية اللازم إتباعها في هذه البلاد^(١) " .

وقد حاول ضحايا تسرب الغاز في بوبال اللجوء الى القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية معتبرين أنها الأكثر ملائمة للنظر في النزاع وأنها ستكون أكثر عدالة وسرعة وفاعلية ومعتقدين ان القضاء الهندي سيكون مثقلاً لذا لن يكون قادر على تزويد الضحايا بالتعويض المناسب في ظل الظروف والخسائر البشرية التي خلفتها الكارثة^(٢).

هذا فضلا عن الشركة المتعددة الجنسيات قد سيطرت بصورة لا تقبل الشك على كل نشاطات الشركة الهندية^(٣) لذا طالبت الحكومة الهندية في المحكمة

1 .Ibid – p12

2 Francesco Francioni,Tullio Scovazzi – OP. Cit – p.406

3 The Indian government asserted in court that Union Carbide controlled the Indian operation " from cradle to grave " Vinay Lal on Jamie Cassells – OP.Cit – p.6

بتحمل الشركة للمسؤولية الكاملة عن الاضرار المختلفة الناجمة عن الإهمال، وعيوب تصميم المصنع وعدم اتخاذ التدابير الوقائية اللازمة.

وقد اتخذ قاضي المحكمة العليا في نيويورك Keenan في ١٢/٥/١٩٨٦ قراراً بإحالة قضية بوبال الى المحاكم الهندية، إذ بين انه " كان على قناعة تامة من ان النظام القانوني الهندي في وضع افضل بكثير... لتحديد سبب الحادثة المأساوية و بالتالي تحديد التبعة عنه^(١) "

كما ان النظر في مثل هذا النوع من النزاعات يمثل فرصة لتطوير القانون الهندي. لان محاكم الولايات المتحدة الأمريكية لن تتمكن من حل جميع المشاكل التي تحدث في العالم^(٢).

وقد ظهر من خلال الحكم بان القاضي لم يكن عادلا في حكمه اذ انه رفض النظر في النزاع رغم اختصاص المحاكم الأمريكية ورغم الحاجة الإنسانية الملحة للضحايا والمسؤولية التي تتحملها الشركة المتعددة الجنسيات والتي تخضع لقانون الولايات المتحدة الأمريكية. لذا اعيدت القضية الى الهند، لتبدأ ثلاث سنوات اخرى من المقاضاة امام المحكمة الهندية العليا، وذلك لحسم حاجة الضحايا الملحة لتزويدهم بالتعويض العاجل.

ولا تزال الشركة المتعددة الجنسيات ترفض المثول امام محكمة مقاطعة بوبال حيث التهم الجنائية الموجهة اليها قائمة. على الرغم من ان في سلوك الشركة هذا يمثل انتهاكاً لأمر محكمة المقاطعة الأمريكية، التي صرحت بان القضية يجب أن ينظر فيها بالهند بشرط أن تخضع الشركة (UCC) للولاية القضائية للمحاكم هناك.

وبينما لم ترفض اية محكمة في الهند أو الولايات المتحدة الامريكية الدعوى المرفوعة ضد الشركة المتعددة الجنسيات، إلا ان أياً من هذه المحاكم لم يتمكن من حمل الشركة على المثول امامه.

1. Francesco Francioni, Tullio Scovazzi – OP. Cit – p.407

2. Vinay Lal on Jamie Cassells – OP.Cit – p.6

وبحلول هذا الوقت كان قد مضى على وقوع الكارثة أكثر من عشرين عاما لم يتلق الضحايا وعائلاتهم فيها أي شيء فعلياً، وبينما لاتزال الشركة (UCC) ترفض المثل أمام المحكمة في بوبال لمواجهة المحاكمة، وافقت الحكومة الهندية على تسوية كاملة ونهائية بين الشركة المتعددة الجنسيات والحكومة الهندية فأعلنت المحكمة الهندية العليا في فبراير / شباط ١٩٨٩، فجأة التوصل إلى تسوية تضمنت قيام (UCC) بدفع مبلغ ٤٧٠ مليون دولار.

حيث أعلنت المحكمة الهندية العليا، التي أوقفت الإجراءات القضائية قبل انتهائها، التوصل إلى تسوية نهائية تدعمها المحكمة بين الشركة والحكومة الهندية من دون استشارة الضحايا، وقالت إن توفير الإغاثة للضحايا الأولوية على تسوية قضايا القانون.

ومقابل تقديم دفعة مالية متواضعة إلى الضحايا، منحت التسوية حصانة مدنية وجنائية شاملة للشركة المتعددة الجنسيات، وقايضت تلك الدفعة بالمسؤولية القانونية للشركة، لكن دفع التعويض لم يبدأ حتى العام ١٩٩٢ وتضمن مشاكل عديدة، بينها دفع مبالغ غير كافية، وتأخير الدفع والرفض التعسفي للمطالبات^(١). وقد دافعت الحكومة الهندية عن قرارها بالتوصل الى هذه التسوية بانها تحقق بذلك مصلحة الضحايا لان قضية من هذا النوع لم يكن بالإمكان إنهاؤها في أقل من ١٥ الى ٢٠ عاماً من الان، وإن المفاوضات تكللت بالنجاح لان المبلغ كان اكبر من الـ ٣٥٠ مليون دولار تقريباً الذي كانت الشركة مستعدة لدفعه في البداية. لكن تسوية الـ ٤٧٠ مليون دولار كانت اقل بكثير من معظم التقديرات المتعلقة بالأضرار التي صدرت في حينه. إذ اصرت الحكومة الهندية في قضيتها التي رفعتها أمام محكمة مقاطعة بوبال في يناير / كانون الثاني ١٩٩٨ على ان المطالبات المتعلقة بالتسرب ستتجاوز رقم ٣ مليارات دولار^(٢).

وقد دفع التدقيق في أنشطة الشركات العالمية العديد من الشركات الى اعتماد مدونات قواعد سلوك خلال الثمانينيات والتسعينيات، وادى نشوء حركة

1 .ASA 20/015/2004 – P.15

2 .ASA 20/015/2004 – P.15

تُعنى بالمسؤولية الاجتماعية للشركات إلى وضع العديد من مدونات القواعد التطوعية. لكن هذه المدونات اثبتت عدم كفايتها، رغم انها تمثل بادرة إيجابية تدل على التزام تلك الشركات.

وهذا يعني أن حل المشاكل المتعلقة بالسماح للاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية يعتمد بالدرجة الأساس على قوة واحكام نصوص القانون الوطني، إذ انه يمثل الضمانة الحقيقية والوسيلة الأهم لتوفير الحماية القانونية للمواطنين والبيئة واستبعاد الاستثمارات التي تهدف الى تحقيق الأرباح على حساب التضحية بسلامة البيئة وتعريض حياة المواطنين للخطر .

لكن يبقى الإطار القانوني الدولي يشكل حافزاً للإصلاح القانوني الوطني، ومقياساً نحكم بموجبه على كفاية القانون والأنظمة الوطنية⁽¹⁾

المبحث الثالث

التلوث البيئي النووي

لم تعرف البشرية في بداية القرن العشرين هذا النوع من التلوث إلا ان ما اصطحب الحرب العالمية الثانية من استخدام للقنابل النووية وما تركته من آثار على اليابان والمدن التي دمرت بالسلح النووي دفع بالمجموعة الدولية للاهتمام بهذا النوع من السلح أو الاهتمام به باعتباره أحد الوسائل السلمية في المجال الصناعي وتوفير الطاقة ولهذا دخلت الدول عبر العديد من الاتفاقيات إلى تنظيم المسائل ذات العلاقة بمثل هذا النوع من التلوث حيث آثاره المميتة التي تمتد إلى الالاف من السنين وبالنظر لأهمية هذا الموضوع فقد تم تخصيص هذا المبحث لمناقشة واحدة من أهم المشاكل التي تعرضت لها محكمة العدل الدولية.

الاختبارات الجوية النووية الفرنسية

كَانَ المحيط الهادي دائماً... إحدى مناطق الاختبارات النووية الرئيسية في العالم. ومنذ عام ١٩٦٣، عارضت نيوزيلندا الاختبارات العسكرية الفرنسية

.1 Compendium of Judicial Decisions on matters related to environmental international decisions Vc -1998 – p.128.

للأسلحة النووية، إذ أنها ترى بأن الاختبارات النووية تشكل عقبة أساسية أمام تحقيق أهداف المجتمع الدولي في الحد من انتشار الأسلحة النووية. ونيوزيلندا، باعتبارها دولة صغيرة، تفتقر إلى المصادر الضرورية - السياسية والإقتصادية والعسكرية - لخلق نظام عالمي قادر على الوقوف ضد إجراء الاختبارات النووية للدول الكبيرة من خلال الوسائل التقليدية للقسر، لذا سعت إلى استخدام وسائل متعددة للحد من هذه التجارب، كالعامل من خلال منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية، ومحاولة استخدام القيم الأخلاقية والسياسة لإقناع فرنسا بالعدول عن تجاربها النووية، واللجوء إلى محكمة العدل الدولية^(١).

ويعود تاريخ الاختبارات النووية الفرنسية على المحيط الهادي لفترة طويلة بدأت عام ١٩٦٠ وامتدت إلى عام ١٩٨٩، نظمت فرنسا خلالها ١٨٤ اختباراً نووياً. وعندما بدأت بإجراء اختباراتها النووية قبل عام ١٩٦٦، استعملت فرنسا إحدى مستعمراتها السابقة، لتنظيم ١٧ اختبار ٤ منها جوية و ١٣ انفجار تحت الأرض. ثم بدأت فرنسا في العام ١٩٦٦ تجري اختباراتها على المحيط الهادي لتجري ٤٤ اختبار جوي على الجزر المرجانية قبل أن يجبرها الضغط الدولي على وضع نهاية لهذه الانفجارات^(٢).

وقد بلغ مجموع الاختبارات النووية الفرنسية التي أجريت تحت الأرض ١٢٣ اختبار، وبحلول عام ١٩٨٩، كان قد نفذ منها ١١٨ انفجار تحت أرض على الجزر المرجانية في المحيط الهادي.

وقد أدى فشل المباراة الدبلوماسية لإيقاف هذه التجارب، إلى قيام الحكومة النيوزيلندية بتصعيد مستويات الاحتجاج، إذ إن قرارات الجمعية العامة غير

1 .Michael J. Zwirn – New Zealand and the Nuclear Testing Issue in the South Pacific: The Role of Small States in International Behavioral Regimes – Foreign Affairs, Vol.63, No. 5, 1985

2. A summary of legal argument and judgement before the World Court in New Zealand's bid to end nuclear testing at Mruroa Atol – Office of the Prime Minister of New Zealand – <http://www.beehive.govt.nz/-p.2>.

الملزمة لم تكن قادرة على تحقيق هدف نيوزيلندا في إيجاد منطقة منزوعة من الأسلحة النووية، لذلك قررت نيوزيلندا التوجه إلى محكمة العدل الدولية للحصول على حكم من المحكمة حول برنامج فرنسا النووي، خصوصاً المتعلقة منها بالاختبارات الجوية^(١). وفي سنة ١٩٧٣ أبلغت نيوزيلندا فرنسا عن نيتها لإستصدار حكم من محكمة العدل الدولية حول الموضوع^(٢).

- قضية التجارب النووية الجوية الفرنسية أمام محكمة العدل الدولية لسنة

١٩٧٣

طلبت نيوزيلندا من محكمة العدل الدولية منع من فرنسا من الاستمرار بإجراء الاختبارات الجوية النووية على المحيط الهادي وقد كانت فرنسا قد قامت بالعديد من التجارب النووية في هذا الموقع الذي يبعد آلاف الأميال عن نيوزلندا. وقد طالبت نيوزلندا بالآتي :

- النظر في شرعية القيام بالاختبارات النووية.
- أشارت نيوزلندا إلى أن الإشعاع النووي المتساقط الذي يحدث نتيجة هذه الاختبارات يؤدي إلى الإضرار بحقوق جميع الدول في المجتمع الدولي^(٣). كما ان هذه الاختبارات النووية تشكل انتهاكاً لحقوق نيوزيلندا وفقاً للقانون الدولي وانتهاكاً لحقوق العديد من الدول الأخرى.

ج- لا يمكن لفرنسا أن تستمر بإجراء مثل هذه الاختبارات النووية قبل أن تتعهد بتقييم الأثر البيئي طبقاً للمستويات الدولية المقبولة. وما لم يتم مثل هذا التقييم فإنه سوف لن يسمح بهذه الاختبارات، بشكل مباشر أو غير مباشر. وبينما لم يكن هنالك دليل واضح بان الاشعاعات الناتجة من الاختبارات الجوية سببت

1. Jennifer Thompson- A Golden Opportunity Dismissed: The New Zealand v. France Nuclear Test Case – University of Denever College of law – 1999 – p.

2. Michael J. Zwirn – Op. cit – p.

3. Daved Hunter, James Salzman, Durwood Zaelk – International Environmental Law and policy – second edition – Newyork – 2002 – p.904.

ضرر إلى الحياة أو الصحة في نيوزيلندا، باستثناء النتائج التي سجلت في مختبر الإشعاع الوطني والتي تشير إلى وجود مستويات متصاعدة من النظائر المشعة في الهواء والمطر وفي الكائنات الحية والموارد الطبيعية^(١).

ورغم أن الحكومات الفرنسية لم ترفض أبداً أن تتحمل مسؤولية نتائج الاختبارات تحت الأرض على الصحة والبيئة، لكنها كانت تحاول باستمرار أن تعرقل جهود العلماء في البحث العلمي عن تأثيرات التلوث المشع.

فقد كانت هنالك تقديرات مستقلة محدودة جداً لتحديد آثار الضرر البيئي الناجمة عن الاختبارات الجوية التي تمت تحت الأرض. لكن العلماء واجهوا قيوداً حقيقية في تنفيذهم لهذه المهمة، حتى من ناحية المكان الذي يحدونه لأخذ العينات اللازمة لدراسة تأثير الإشعاع عليها. وعلى الرغم من هذا، فقد أكدوا بأن الجزيرة المرجانية قد تلوثت بالإشعاع النووي^(٢).

وفي انتظار حكم المحكمة، طلبت نيوزيلندا من المحكمة فرض التدابير المؤقتة لحماية حقوق كل أعضاء المجتمع الدولي ولمنع فرنسا من إجراء المزيد من الاختبارات، لحين إجراء التقييم البيئي لتأثير الإشعاع وفقاً للمستويات المقبولة دولياً. وقبل انعقاد المحكمة لجلسة الاستماع الكاملة أصدرت المحكمة أمراً بفرض التدابير المؤقتة على فرنسا يلزمها بالامتناع عن إجراء التجارب النووية الجوية المسببة لتساقط الإشعاع النووي الضار على نيوزيلندا، وذلك وفقاً للنص الآتي:

" للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حق كل من الأطراف، وذلك متى رأت أن الظروف تقضي بذلك، إلى أن يصدر الحكم النهائي يبلغ فوراً أطراف الدعوى ومجلس الأمن بنبأ التدابير التي يرى اتخاذها"^(٣).

وقد تسلمت نيوزيلندا أمر المحكمة بفرض الإجراءات المؤقتة على فرنسا في

٢٢ / ٢ / ١٩٧٣ والذي أشار إلى الآتي:

1. Michael J. Zwirn – Op. cit – p.

2. Jennifer Thompson – Op. cit – p.

3. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية – م/٤١ ف ١-٢. 3

- على فرنسا أن تمتنع عن إجراء أي اختبارات نووية أخرى في المحيط الهادي.
 - تتعهد فرنسا بتقييم الأثر البيئي للاختبارات النووية المعلن عنها طبقاً للمستويات الدولية المقبولة فإن اتضح من التقييم بأن الاختبارات سوف تسبب التلوث المشع، ستمتنع فرنسا عن إجراء الاختبارات.
 - أو توسيع النزاع المقدم إلى المحكمة أو يضر بحقوق الآخرين فيما يتعلق بتنفيذ أي قرارات تتخذها المحكمة في هذه القضية".
- وفي هذه الأثناء صدر بيان شفوي من قبل وزير الدفاع الفرنسي بين فيه بأن فرنسا تركز على الاختبارات التي تجري تحت الأرض. لأنها لا تسبب تساقط الغبار النووي المشع. كما أعلن موافقة فرنسا على تنفيذ أمر المحكمة وأعلنت فرنسا من جانب واحد بأنها ستوقف الاختبارات النووية الجوية، وتقوم بتنفيذ اختباراتها النووية تحت الأرض^(١).
- وبعد استجابة فرنسا للأمر الذي أصدرته المحكمة، رأت المحكمة أن تتجنب إصدار قرار لا تلتزم به فرنسا كما اختارت المحكمة أن لا تواجه قضية عدم شرعية الاختبارات النووية في ذلك الوقت^(٢).
- لذا لم تقم المحكمة بالبحث في شرعية أو عدم شرعية هذه الاختبارات والتفجيرات النووية كما أنها رفضت النظر في الدعوى التي قدمتها نيوزيلندا، ونتيجة لذلك فإن طلب نيوزيلندا للإجراءات المؤقتة وطلبات التدخل المقدمة من قبل أستراليا، Samoa، جزر سليمان، جزر المارشال، تم رفضها أيضاً^(٣). وفي قرار المحكمة بعدم النظر في القضية التي رفعتها نيوزيلندا بينت المحكمة:

1. Daved Hunter, James Salzman, Durwood Zaelk – Op.cit – p.904.

2. Request for an examination of the situation in accordance with paragraph 63 of the courts judgment of december 1974 in the nuclear tests (Neweland v. France)case – order of 22 September 1995.

3. Michael J. Zwirn – Op.cit – p.

" ان جلسات المحكمة تنعقد لتسوية النزاعات القائمة بين الدول، وبعد صدورالإعلان الفرنسي بالتعهد بعدم القيام بهذه التجارب فان النظر في القضية سيكون مجردا من أي هدف"^(١).

ولكن على أية حال فان المحكمة لم تتجاهل القضية وإنما تركت الباب مفتوحا امام نيوزلندا إذ أنها سمحت لها بموجب الفقرة ٦٣ من الحكم ان تطلب فحص الحالة مرة اخرى اذا عادت فرنسا الى القيام بتجاربها النووية.

كما انها اضافت بان المحكمة عند ممارستها لوظيفتها لا تكون مستندة الى التوقعات والافتراضات حول ما اذا كانت فرنسا ستلتزم بتنفيذ تعهداتها او العكس، لكن اذا كان اساس الحكم الذي اتخذته المحكمة يمكن أن يتأثر فانه سيكون من حق نيوزلندا ان تطلب فحص الحالة بموجب نظام المحكمة^(٢).

وذلك وفقا للفقرة ٦٣ من حكم المحكمة والذي نص على الآتي:

To Its judgment The court noted in paragraph 63
That it was not function to speculate on whether
France would keep its word, but that if the basis of the
judgment were to be affected, the applicant could
request an examination of the situation in accordance
with statute.

وقد شكل هذا النص الأساس الذي استندت إليه نيوزلندا للمطالبة بإعادة فتح القضية. وذلك بعد إن أعلن رئيس الجمهورية الفرنسية في ١٣ يونيو / حزيران ١٩٩٥ ومن خلال وسائل الإعلام"، بان فرنسا ستجري السلسلة النهائية من الاختبارات الثمانية على الأسلحة النووية تحت الأرض والتي سيتم اختبارها في جنوب المحيط الهادي.

- قضية التجارب النووية الارضية الفرنسية عام ١٩٩٥

1. Stephen M. Tokarz – Op.cit – p746.

2 .Request for an examination of the situation in accordance with paragraph 63....- Op.cit-p.

وعلى الرغم من ان نيوزلندا لم تحصل على المطالب التي قدمتها الى محكمة العدل الدولية عام ١٩٧٣ الا انها كسبت إمكانية قيام المحكمة بفحص الحالة مرة أخرى إذا كان أساس الحكم الذي اتخذته قد تأثر وفقا لنص الفقرة ٦٣ من الحكم، وقد رأت نيوزلندا بان اساس الحكم قد تأثر نتيجة اعلان فرنسا عن التجارب النووية التي كانت تنوي اجرائها.

وبعد مرور ٢٠ سنة على تقديم نيوزلندا لطلبها ضد فرنسا حاولت نيوزلندا إعادة فتح القضية أمام المحكمة لان النظر في هذه القضية عام ١٩٧٣ كان مستندا إلى قبول فرنسا بولاية المحكمة الجبرية وفقا للمادة ٣٦ والتي قامت في وقت لاحق من العام ١٩٧٣ بالانسحاب منها، لذلك لم يكن أمام نيوزلندا خيارات أخرى باستثناء إعادة فتح نفس القضية^(١).

وقد قدمت نيوزلندا حججها المتمثلة بالاتي:

- أعادت التأكيد على أن التجارب التي تقوم بها فرنسا سواء كانت جوية أو كانت تجري تحت الأرض فهي تؤدي إلى خرق قواعد القانون الدولي، وان الحكم الذي أصدرته المحكمة في العام ١٩٧٤ كان يشير إلى الضرر البيئي الناجم عن التجارب النووية عموما الجوية وغيرها.

- حتى لو أشارت المحكمة في قرارها إلى التجارب الجوية فأنها كانت بذلك تعني التجارب النووية التي تصيب نيوزلندا بالضرر، وقد أشارت المحكمة الى الضرر الناجم عن الاختبارات الجوية انسجاما مع قلق نيوزلندا من آثار هذه الاختبارات.

ج- أكدت نيوزلندا بانه لم تكن تتوفر للمحكمة في عام ١٩٧٤ معلومات تؤكد ان ما تسببه الاختبارات التي تجري تحت الأرض من خطورة، لا تقل عن الخطورة التي تسببها الاختبارات الجوية.

د- كما أكدت نيوزلندا بان مشروعية هذه الأعمال تبقى مشكوكا بها ما لم يتم تقييم الأثر البيئي وفقا للمعايير المقبولة دوليا لتحديد اثر هذه التجارب على البيئة.

وهي بذلك تسعى إلى ان تقوم المحكمة بإعادة فتح القضية من خلال مناقشة أساس الحكم والموافقة على طلبها الذي قدمته لفحص الحالة. خصوصا وان التجارب التي تتم تحت الأرض تشكل تهديداً كبيراً للبيئة وهو لا يقل في خطورته وآثاره عن الاختبارات الجوية النووية. كما أنها أشارت إلى ان القانون الدولي للبيئة قد شهد تطوراً كبيراً خلال الأعوام الماضية فأصبح واجب عدم التسبب بالضرر العابر للحدود والمبدأ الوقائي ومبدأ الملوث يدفع التزامات عامة تجاه جميع الدول تلتزم بها كل دولة تقوم بممارسة نشاط يسبب ضرراً للبيئة. كما أن هذه المبادئ والعديد من المبادئ العرفية الأخرى التي بدأت تتبلور منذ انعقاد مؤتمر ستوكهولم للبيئة البشرية أصبحت جزء من القانون الدولي العرفي لذلك فهي قواعد قانونية ملزمة تجاه كافة.

وبالرغم من قوة حجج نيوزلندا فان المحكمة قد صوتت ضد إعادة النظر في القضية، وقد أصدرت المحكمة قرارها المتعلق بطلب نيوزلندا لفحص الحالة مستندة الى الفقرة ٦٣ من الحكم الذي أصدرته المحكمة في ١٩٧٤ في حالة الاختبارات النووية (نيوزلندا مقابل فرنسا).

حيث بينت المحكمة رأيها في أغسطس / آب ١٩٩٥:

" بان الطلب لا يقع ضمن بنود الفقرة المذكورة ٦٣ ولذلك يجب أن يرفض، وقد بينت في قرارها برفض طلب فحص الحالة، بان القضية التي رفعتها نيوزلندا عام ١٩٧٤ كانت تتعلق بالاختبارات الجوية النووية لذلك لا يمكن إعادة فتح نفس القضية لفحص الحالة بالنسبة للاختبارات النووية والتي تتم تحت الأرض"^(١)

أما قضاة محكمة العدل الدولية الذين صوتوا ضد القرار فهم:

1 .Daved Hunter, James Salzman, Durwood Zaelk – Op.cit – p.905.

Judges Weeramantry, Koroma, Geoffrey Palmer، وتتلخص
ارائهم بالاتي:

Judge Weeramantry رأى بان نيوزلندا قدمت طلبها إلى المحكمة لفحص
الحالة بسبب قيام فرنسا بخرق قواعد القانون الدولي، وقد ترتب على هذا الخرق
وجود ضرر متحقق ناجم عن التلوث النووي سواء كانت الإختبارات النووية جوية
أو كانت تجري تحت الأرض، وقد اشار القاضي الى انه يعتبر ادعاء نيوزلندا
كان موجها في حقيقة الامر ضد النشاطات الخطرة لفرنسا، والمعرفة المتوفرة
حاليا تشير الى ان التجارب النووية التي تجري تحت الارض هي تجارب خطيرة
لذلك استنتج بان الحكم الصادر سنة ١٩٧٤ كان يعنى بالضرر الناجم عن
الأشعة النووية أيا كان نوع التجارب الذي تتجم عنها هذه الأشعة الملوثة^(١).

كما ناقش أهمية مبدأ العدالة الدولية الذي اخذ يتطور تطورا سريعا كأحد
المبادئ الأساسية في قانون البيئة الدولي، وكذلك مبدأ العدالة بين الاجيال الذي
تتحمل الدول بموجبه "حماية البيئة والحفاظ على مواردها لصالح أجيال الحاضر
والمستقبل" ولتحقيق هذه العدالة لابد من منع حدوث الضرر ويجب على الدول
أن لا تمارس النشاطات التي تسبب ضررا على إقليمها أو ضررا عابرا للحدود،
لكي لا تؤدي نشاطاتها إلى تدمير الموارد البيئية.

وطالب القاضي بان تصدر المحكمة حكمها بتحمل فرنسا المسؤولية عن
الاضرار التي سببتها نشاطاتها النووية لأجيال الحاضر والمستقبل وذلك بموجب
المبدأ الوقائي الذي لا يجعل عدم التيقن العلمي سببا مقبولا لتأجيل الاستجابة
الدولية وعدم مواجهة الخطر الجدي الذي تسببه التجارب النووية، خصوصا انه
قد نصت سبعة اتفاقيات بيئية دولية على هذه المبدأ حتى الآن (١٩٩٥).

أما في طلب نيوزلندا لإجراء تقييم بيئي مقبول دوليا لهذه النشاطات فانه
تنبغي الإشارة إلى أن هذا التقييم كان يجب أن تقوم فرنسا به قبل أن تبدأ بالقيام

١. A summary of legal argument and judgement before the world Court
in New Zealand's bid to end nuclear testing at Mururoa Atoll.

بتجاربها النووية وفقا لاتفاقية Noumea التي تلزم أطرافها بإجراء التقييم البيئي قبل البدء بتنفيذ أي نشاط يمكن ان يسبب ضررا للبيئة البحرية^(١).

وأخيرا عبر القاضي Weeramantry عن أسفه لعدم قيام المحكمة بمراعاة كل هذه الاعتبارات وعدم استغلالها لهذه الفرصة لتطوير قواعد القانون الدولي.

اما القاضي Koroma فرأى ان دراسة نص الفقرة ٦٣ تعطي مفهوما عاما بان المحكمة قد قصدت أن توقف التلوث النووي الذي تسببه فرنسا بإجراءات للاختبارات النووية الجوية وأي شكل آخر من اشكال النشاطات التي تسبب تلوثا نوويا. كما انه اشار الى العديد من النصوص الاتفاقية والمبادئ التي تلزم فرنسا بعدم القيام بنشاطات تسبب اضرارا للدول الاخرى. ورأى انه كان على المحكمة ان تأمر بإيقاف كامل لجميع الاختبارات النووية التي تقوم بها فرنسا الى ان يتم تقييم الاثر البيئي لها..

بينما استعرض القاضي Geoffrey Palmer كل التطورات المهمة للقانون الدولي البيئي والتي بدأت منذ عام ١٩٧٢ ولا زالت مستمرة وقد اعتبر مبدأ التقييم البيئي والمبدأ الوقائي من اهم التطورات التي حدثت في السنوات السابقة، وكان لابد من اخذ هذا التطور بنظر الاعتبار عند النظر في قضية نيوزلندا، كما انه دعا المحكمة إلى النظر في القانون المطبق حاليا في فرنسا والقانون الذي كان مطبقا في العام ١٩٧٣. لرؤية مدى التطور والتغير في المفاهيم المتعلقة بقانون البيئة الدولي خلال هذه السنوات.

وبين اخيرا ملخصا كل ما تقدم من اراء بان المحكمة تتحمل المسؤولية الرئيسية في تطوير قواعد القانون الذي لا يمكن أن يكون نظام منفصل وبعيد عن المخاوف الحقيقية للعالم^(٢).

١. Noumea convention for the protection of natural resources and environmental in the south pcific region – 1987

٢. Stephen M.Tokarz – Op.Cit – p756

واخيرا فان فرنسا قامت باجراء تجاربها النووية وفق الخطط التي رسمتها وكأنها لم تكن معنية بكل ما اثارته هذه القضية من مخاوف فأكملت اختباراتها النووية بعد أن خفضتها الى ستة اختبارات بدلا من ثمانية^(١).

وهي ترى بان مخاوف نيوزلندا مجرد خيال وان الاشعاعات النووية الناجمة عن التجارب ليست خطرة، لكنها وافقت لاحقا على اتفاقيات المنطقة المنزوعة نووياً جنوب المحيط الهادي وبشكل خاص البروتوكول المتعلق بمنع الاختبارات النووية، بعد الضغط الحاد الذي تعرضت له من قبل اليابان، أستراليا، نيوزلندا ودول أخرى بضمن ذلك الولايات المتحدة الامريكية، التي أبدت "اسفها للاختبارات الفرنسية المعلن عنها ٢٠ أكتوبر / تشرين الاول ١٩٩٥.

وأخيراً نستنتج من خلال هذا البحث

- إن الدول وان اختلفت في مواقفها وتشريعاتها المتعلقة بحماية البيئة فأنها غالبا تتفق في سعيها الى تجنب الاعتراف بالمسؤولية الدولية عن الاضرار التي تسببها للبيئة من خلال نشاطاتها المختلفة.

- كلما ازدادت المعرفة العلمية والتقدير الإنساني تجاه البيئة بمواردها الحية وغير الحية، كلما ظهرت مبادئ ومعايير قانونية جديدة تتعلق بتحديد القيمة الحقيقية لما تم إتلافه أو الإضرار به من الموارد الطبيعية، وما كان يمكن اعتباره في وقت سابق ضرراً لا يعتد به يمكن أن تكشف المعرفة العلمية لاحقا بأنه يشكل ضرراً خطيراً.

- لازالت بعض الدول المتقدمة رغم تطور المعرفة العلمية وتغير المفاهيم المتعلقة بحقيقة أن الضرر البيئي لا يقف عند حدود دولة معينة، تسعى إلى استغلال الجهل والفقر والتشريعات البيئية الهشة في الدول الفقيرة والنامية، لإنشاء مشاريعها الملوثة ذات النشاطات الخطرة في هذه الدول سعياً لتحقيق

١ . 4 - Op.Cit – A summary of legal argument

<http://www.beehive.govt.nz/->

المكاسب الاقتصادية والتهرب من المسؤولية في هذه الدول العاجزة عن توفير الحماية القانونية اللازمة لمواطنيها ولمواردها البيئية.

- تسمح الدول المتقدمة لشركاتها المتعددة الجنسية بإتباع معيار مزدوج عند إنشائها مشاريعها، وبالتالي ترفض مسائلتها عن النشاطات الضارة أو لا تتمكن حتى من مسائلتها عنها لان وثيقة تأسيس هذه الشركات تسمح بهذه المرونة التي لا تلزم الشركات المتعددة الجنسية بإتباع نهج واحد في جميع الدول سواء كانت متقدمة أو نامية، لذا تهمل هذه الشركات استخدام التدابير الوقائية اللازمة لتجنب المشكلة أساساً، وعندما تحدث الكارثة فإنها ترفض تحمل المسؤولية عنها.

- أن حماية البيئة هي احد أهم المضامين المتبقية من نظرية السيادة التقليدية إذ أن الدولة مسؤولة عن حماية إقليمها وهي بذلك تتحمل مسؤولية حماية مواطنيها ومواردها الطبيعية من التعرض للضرر أو للأخطار البيئية.

كما أن الدولة تلتزم عند قيامها بنشاطاتها المختلفة أن تتخذ التدابير الوقائية المقبولة دولياً ويعد خرق الدولة لالتزاماتها الدولية أو عدم اتخاذها للتدابير الوقائية اللازمة سوء استخدام لحقوق السيادة، وهو يستتبع مسؤولية الدولة المباشرة في حالة تحقق شروط المسؤولية الدولية.

كما لا يمكن لأية دولة المساومة على حقوق مواطنيها المتضررين من النشاطات الملوثة والخطرة، ومقايضة المسؤولية الدولية للجهات المسؤولة عن هذه النشاطات بمبالغ مالية زهيدة لتنمتع الأطراف المسؤولة بحصانة كاملة إزاء الأطراف المتضررة من النشاطات الخطرة، لأنه لا يمكن للمواطنين أن يتحملوا نتائج ضعف التشريعات البيئية في دولهم الناجم عن الجهل والتخلف.

لذا لا بد من ان يتمكن المواطنون من الحصول على حقوقهم من خلال قيام دولهم بواجباتها بحماية مواطنيها، فان لم تتمكن من ذلك يتم اللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية هذه النزاعات.

- ان تقدير قيمة الضرر البيئي لايزال أمر بالغ الصعوبة والتعقيد اذ لايمكن حتى الان تحديد القيمة الحقيقية للخسائر الآنية والمستقبلية الناجمة عن الضرر وفق معايير مبادئ عامة ومحددة بشكل واضح ودقيق.

واخيرا لابد من الاشارة الى ان دولة صغيرة كنيوزلندا تمكنت من أن تنتزع آراء مهمة من محكمة العدل الدولية بشأن خطورة الأضرار البيئية المتعلقة بالتجارب النووية وأظهرت الآراء المخالفة لقضاة المحكمة تفهما كبيرا لدوافع نيوزلندا وقلقها من اثار التجارب النووية عليها وعلى المجتمع الدولي بأكمله رغم عدم التوصل الى تيقن علمي حول اثار هذه التجارب.

وقد اعتبرت المحكمة ان مبدأ تقييم الأثر البيئي والمبدأ الوقائي هي من أهم التطورات التي حدثت في السنوات السابقة، كما أكدت المحكمة إلى أن العمل بموجب المبدأ الوقائي لا يمكن لعدم التيقن العلمي ان يكون سببا مقبولا لتأجيل الاستجابة الدولية للأخطار الجدية التي يواجهها المجتمع الدولي كل يوم.

ومن خلال ما تقدم فان آراء القضاة قد بينت بان قواعد القانون يجب أن لا تمثل نظام منفصل وبعيد عن مخاوف ومصادر القلق الحقيقية للمجتمع الدولي فلا يستجيب لهذه المخاوف ولا يتطور تبعا لها.

المصادر

1. Alexander Kiss and Dinah Shelton – International Environmental Law – Transnational Publishers, Inc – 1991.
2. Francesco Francioni, Tullio Scovazzi – International Responsibility for Environmental Harm – Graham Trotman – 1991.
3. Dinah Shelton – Raights Wrongs: Reparations in the articles on state responsibility – The American Society of international law – Vol.96 – 2002.
4. Daved Hunter, James Salzman, Durwood Zaelk – International Environmental Law and policy – second edition – Newyork – 2002.
5. Karl Hofstette – The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends – 1992.
6. Edward H. P. Brans – Liability for Damage to Public Natural Resources Standing, Damage and Damage Assessment – Kluwer Law International, Nov. 200
7. Vinay Lal on Jamie Cassells, The Uncertain Promise of Law Lessons from Bhopal (Toronto : University of Toronto Press, 1994
8. Project UNU/WIDER (World Institute for Development Economics Research). Helsinki, 1990 –

1991 – Compensatory remedies : gaps and trends in international law.

<http://www.unu.edu>

9. Compendium of Judicial Decisions on matters related to environmental – international decisions
Vol. 1 – 1998.

10. Michael J. Zwirn – New Zealand and the Nuclear Testing Issue in the South Pacific: The Role of Small States in International Behavioral Regimes – Foreign Affairs, Vol.63, No. 5, 1985.

11. A summary of legal argument and judgement before the world Court in New Zealand's bid to end nuclear testing at Mururoa Atol- Office of the Prime Minister of New Zealand – 1995.

<http://www.beehive.govt.nz/>

12. Stephen M. Tokarz – A Golden Opportunity Dismissed: The New Zealand v. France Nuclear Tests Case – University of Denver College of Law – 1999.

13. Request for an examination of the situation accordance with paragraph 63 of the court's judgment of December 1974 in the nuclear tests (New Zealand v. France) case – Order of 22 September 1995 – International Court of Justice – Case Summaries.

14. Request for an examination of the situation accordance with paragraph 63 of the court's judgment of December 1974 in the nuclear tests (New Zealand v. France) case – Order of 22 September 1995 - International Court of Justice.

15. Jennifer Thompson – No nuclear testing – 2004.

www.greenleft.org.au

١٦. مصطفى كمال طلبية - إنقاذ كوكبنا التحديات والآمال (حال البيئة في العالم ١٩٧٢ - ١٩٩٢) برنامج الأمم المتحدة للبيئة - مركز دراسات الوحدة العربية - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٩٥.

١٧. جيل كاريونيه - مسؤولية الشركات ومبادئ العمل الإنساني ما هي طبيعة العلاقات القائمة بين عالم الأعمال وعالم العمل الإنساني - المجلة الدولية للصليب الأحمر - ٢٠٠١.

١٨. لجنة القانون الدولي - الجمعية العامة - الوثائق الرسمية - الدورة الثامنة والخمسين - (A/58/10) - ٢٠٠٤.

١٩. لجنة القانون الدولي - الدورة السادسة والخمسون - (A/59/10) الملحق رقم ١٠ - ٢٠٠٤.

20. ASA 20/015/2004.

توارث مختلفي الدين
في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي

بحث تقدم به

الدكتور النعمان منذر الشاوي

مدرس القانون الخاص
في كلية الحقوق / جامعة النهرين

١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٦ م

توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي

الدكتور النعمان منذر الشاوي
مدرس القانون الخاص
في كلية الحقوق / جامعة النهرين

الخلاصة

هذا البحث هو دراسة تحليلية لواقعة إختلاف الدين بين الوارث والمورث ومدى تأثير ذلك على إنتقال ملكية التركة أو باقيها من الميت إلى الحي بين غير المسلمين من جهة، وبين المسلم وغير المسلم من جهة أخرى. هذا البحث جولة علمية في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي بغية الإحاطة بتفصيلات هذه المشكلة وإعطاء الحلول الفقهية لبعض المشكلات العصرية المتعلقة بتأثير العقائد الدينية على المعاملات المالية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي ومقاصده.

This article is an analysis study to the religion differences matter between the inherent and the inherited and the which extent this matter effect on the transfer of the inheriting or some of such inheriting between the non- Muslims from one side and between Muslims and non- Muslims on the other side.

This study is a deep scientific analysis to the Islamic jurisprudence and the Iraqi legislation in order to have a full understanding to this problem and give a different on regard the effectiveness of the religion thoughts on the financial deals according and its aims.

تمهيد

قبلولوج في جزئيات هذا البحث المتعلق بـ(توارث مختلفي الدين) في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي، ينبغي أن نمهد للقارئ الكريم بجملة من التعريفات والتقسيمات اللغوية والإصطلاحية، لتصور موضوعات هذا البحث وتسهيل حمل الأحكام عليها.

أولاً / تعريف التوارث لغة وإصطلاحاً:

. تعريف التوارث في اللغة:

التوارث مصدر للفعل (توارث) اللازم الثلاثي المزيد بحرفين، وبنائه في الغالب يأتي لمشاركة أمرين فصاعداً في أصل اشتقاقه، وهو يفيد هنا اشتراك شخصين في أصل الفعل (ورث) أي أن الأول ورث الثاني وأن الثاني ورث الأول^(١).

وعليه فإن التوارث لا يمكن فهم معناه اللغوي حقاً دون معرفة معنى الميراث في اللغة.

يأتي لفظ الميراث في اللغة إما بمعنى المصدر وإما بمعنى إسم المفعول:
 . **الميراث بمعنى المصدر:** هو أحد مصادر ورث الشيء، تقول: ورث فلان أباه يرثه إرثاً ووراثه وميراثاً، ويطلق المصدر على معنيين: أحدهما **البقاء** ومنه إسم الله تعالى الوارث، ومعناه الباقي بعد فناء خلقه^(٢)، والثاني **إنتقال الشيء** من قوم إلى قوم آخرين، والإنتقال إما حقيقة كإنتقال المال، أو معنى كإنتقال العلم

١. أنظر: الجاربردي / شرح متن الشافية لإبن الحاجب / عالم الكتب / بيروت / ١٩٨٤م / ط ٣ / ج ١ / ص ٤٨.

٢. أنظر: قاسم بن عبد الله القونوي / أنيس الفقهاء / ت: أحمد عبد الرزاق الكبيسي / دار الوفاء / جدة / ١٤٠٦هـ / ط ١ / ج ١ / ص ٣٠٣.

ومنه قوله (صلى الله عليه وسلم): (العلماء ورثة الأنبياء)^(١)، أو حكماً
كإنتقال المال إلى الحمل.

. الميراث بمعنى إسم المفعول: وهو الشيء الموروث، ويوافقه الإرث والتراث
ويطلق في اللغة على الأصل والبقية^(٢)، ومنه قوله (صلى الله عليه وسلم): (
كُونُوا عَلَى مَشَاعِرِكُمْ فَإِنَّكُمْ عَلَى إِرْثٍ مِنْ إِرْثِ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَام)^(٣)
أي على أصل دينه وبقية منه^(٤).

. تعريف التوارث في الإصطلاح:

هو إنتقال حق قابل للتجزؤ يثبت لمستحقه لقربة بينهما أو نحوها كالزوجية
والولاء بعد موت صاحب الحق وإستقرار حياة المستحق بعده^(٥).
شرح أهم قيود التعريف:

. الحق: جنس يشمل الأموال وغيرها كحق الشفعة والقصاص.
. يقبل التجزؤ: فصل أول يخرج به ما لا يقبل التجزؤ من الحقوق كالولاية في
النكاح.

١. جزء من حديث أخرجه الترمذي في كتاب العلم عن رسول الله برقم (٢٦٠٦) وأبو داود في
كتاب العلم برقم (٣١٥٧) وابن ماجه في المقدمة برقم (٢١٩) وغيرهم.

٢. أنظر: محمد بن مكرم بن منظور / لسان العرب / دار صادر / بيروت / ط ١ / ج ٢ /
ص ١١١ - ١١٢.

٣. جزء من حديث أخرجه الترمذي في كتاب الحج عن رسول الله برقم (٨٠٩) والنسائي في
كتاب مناسك الحج برقم (٢٩٦٤) وأبو داود في كتاب المناسك برقم (١٦٣٩) وغيرهم.

٤. أنظر: محمد بن عمر البقري / حاشية على شرح المنظومة الرحبية في علم الفرائض لسبط
المارديني / تعليق: د. مصطفى ديب البغا / دار إحياء التراث الإسلامي / قطر / ص ٢٩،
محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية / مطبعة السعادة / مصر /
ص ١٥ - ١٦.

٥. أنظر: البقري / المصدر السابق / ص ٣٠، محمد محي الدين / المصدر السابق / ص ١٥ -
١٦.

ج. يثبت لمستحقه: فصل ثان تخرج به الحقوق التي تثبت لمستحقها في حياة من كانت له كالحقوق التي تثبت بعقد البيع.

د. لقراءة أو نحوها: تخرج به الوصية لأنها تثبت لمستحقها بعد موت الموصي بسبب الإيصاء.

ثانياً: تعريف إختلاف الدين:

. تعريف " إختلاف الدين " بإعتبار مفرديه:

إختلاف الدين مصطلح مركب من مفردين هما: الإختلاف والدين، وسنتناول تعريف كل واحد منهما لغة وإصطلاحاً:

. تعريف الإختلاف لغة وإصطلاحاً:

❖ الإختلاف لغة: مصدر على وزن (إفتعال) من (خ ل ف)، وهو مطلق المغايرة بين شيئين^(١).

❖ الإختلاف إصطلاحاً: التغاير بين شخصين في القول أو الفعل أو المعتقد، وهو أعم من الضد^(٢).

. تعريف الدين لغة وإصطلاحاً:

❖ الدين لغة: هو الجزاء والمكافأة^(٣).

❖ الدين إصطلاحاً: وضع إلهي يدعو أصحاب العقول إلى قبول ما هو عند الرسول، وعرفه بعضهم بأنه وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات^(١).

١. أنظر: إبراهيم مصطفى وزملاؤه / المعجم الوسيط / المكتبة العلمية / طهران / ج ١ / ص ٢٥٠.

٢. أنظر: طه جابر العلواني / أدب الإختلاف في الإسلام / المعهد العالمي للفكر الإسلامي / ١٩٨٧ / ط ٣ / ص ٢١ - ٢٢.

٣. أنظر: محمد بن أبي بكر الرازي / مختار الصحاح / دار الرسالة / الكويت / ١٩٨٢ / ص ٢١٨.

. تعريف " إختلاف الدين " بإعتباره مركباً :

وصف إرادي يمنع إنتقال ملكية ميراث المتوفى أو بعضها لمن قام به هذا الوصف رغم وجود سبب الإنتقال كالقربة والنكاح الصحيح.
ثالثاً / أركان الميراث^(٢):

. المورث: وهو المتوفى حقيقة، أو حكماً كالمفقود، أو تقديراً كالجنين.
. الوارث: وهو الإنسان الحي حقيقة، أو إستصحاباً كالمفقود، أو تقديراً كالجنين.
. التركة: هي الأموال والحقوق التي يتركها المتوفى.

رابعاً / أسباب الميراث^(٣):

. القرابة.
. النكاح الصحيح.
. الولاء: وهو عسوبة سببها نعمة المعتقد على عتيقه.
. جهة الإسلام (بيت المال)، وهو سبب عند المالكية والشافعية، وإشترط متأخروهم إنتظام بيت المال لإعتبار جهة الإسلام سبباً للميراث^(٤).
خامساً / شروط الميراث^(٥):

. موت الوارث حقيقة أو حكماً أو تقديراً.
. ثبوت تأخر حياة الوارث بعد موت المورث ولو بلحظة.
. وجود سبب من أسباب الميراث أو أكثر.

-
١. أنظر: محمد عبد الرؤوف المناوي / التوقيف على مهمات التعاريف / ت: د. محمد رضوان الداية / دار الفكر المعاصر / بيروت، ١٤١٠ هـ / ط ١ / ص ٣٤٤.
 ٢. أنظر: مصطفى إبراهيم الزلمي / أحكام الميراث والوصية / شركة الخنساء / بغداد / ط ٢ / ص ١٦.
 ٣. أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحيبة / ص ١٦ - ١٧.
 ٤. أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحيبة / ص ٢١.
 ٥. أنظر: مصطفى إبراهيم الزلمي / أحكام الميراث والوصية / ص ١٩ - ٢٠.

. عدم وجود مانع من موانع الميراث أو أكثر.

سادساً / موانع الميراث^(١):

. الرق.

. القتل، وهو الذي يوجب القصاص أو الكفارة عند الحنفية، ومطلقه عند الشافعية.

. إختلاف الدين الشامل للكفر الأصلي والردة (وهو موضوع بحثنا).

. إختلاف الدارين عند الحنفية.

. الدور الحكمي: وهو أن يلزم من توريث شخص عدم توريثه، وهو مانع عند الشافعية فقط.

١. أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الربحية / ص ٢٤ - ٢٦.

المبحث الأول

التوارث بين غير المسلمين

يشمل تعبير (غير المسلمين) أهل الكتاب كاليهود والنصارى، ومن عندهم شبهة كتاب سماوي كالمجوس والصابئة، ومن ليس لهم كتاب أصلاً كاليزيديين والملحدين والمشركين والوثنيين وغيرهم.

وقد اجمع الفقهاء على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم من بعض^(١)، والدليل على ذلك:

. عموم قوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)^(٢)، وعموم قوله تعالى (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ)^(٣)، وغيرها من آيات الميراث العامة وأحاديثه.

. قول النبي (صلى الله عليه وسلم) : (لا يرث المسلم الكافر)^(٤) لأن مفهوم المخالفة للفظ (المسلم) يفيد أن الكافر يرث الكافر.

. قول النبي (صلى الله عليه وسلم) : (لا يتوارث أهل ملتين شتى)^(٥)، فمفهوم المخالفة للفظ (شتى) - أي متفرقين - يفيد أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً.

. قول النبي (صلى الله عليه وسلم) لما قيل له عند دخوله مكة أين تنزل غداً، فقال: (وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور) لأن عقيلاً ورث أبا

١ . أنظر : أبو الوليد بن رشد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد / دار الفكر / بيروت / ج ٢ / ص ٢٦٥.

٢ . النساء / جزء من آية ١١.

٣ . النساء / جزء من آية ١٢.

٤ . أخرجه البخاري في كتاب الفرائض برقم (٦٢٦٧) ومسلم في كتاب الفرائض برقم (٣٠٢٧) وغيرهما من أصحاب السنن.

٥ . أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض برقم (٢٥٢٣) وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة برقم (٦٣٧٧) و (٦٥٤٩).

طالب دون جعفر وعلي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيماً بمكة فباع رباعه بمكة^(١).

. وقال عمر (رضي الله عنه) في عمة الأشعث بن قيس^(٢) عندما ماتت وكانت يهودية: يرثها أهل دينها^(٣).

ولكن الفقهاء اختلفوا في حكم التوارث بين الممل غير الإسلامية بعضهم من بعض على ثلاثة مذاهب، سنخصص لكل مذهب منها مطلباً مستقلاً، ومطلباً رابعاً نخصصه لبيان موقف التشريع العراقي، ثم نخصص مطلباً خامساً لبيان الرأي الراجح.

المطلب الأول

مذهب المجوزين مطلقاً

ذهب الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) في الرواية الأصح عندهم ورواية عن الإمام احمد^(٦) والإمامية^(٧) وحماد وابن شبرمة وداود الظاهري^(٨) وابو ثور والثوري^(٩) إلى أن

١. أخرجه البخاري في كتاب الحج برقم (١٤٨٥) ومسلم في كتاب الحج برقم (٢٤٠٥) وغيرهما.

٢. وفي رواية الموطأ أنه محمد بن الأشعث.

٣. أخرجه مالك في كتاب الفرائض برقم (٩٦١) والدارمي في كتاب الفرائض برقم (٢٨٦٢).

٤. أنظر: زين بن ابراهيم بن محمد / البحر الرائق شرح كنز الدقائق / دار المعرفة / بيروت / ج ٨ / ص ٥٧١.

٥. أنظر: محمد الخطيب الشربيني / مغني المحتاج / دار الفكر / بيروت / ج ٣ / ص ٢٥، محي الدين النووي / روضة الطالبين / المكتب الاسلامي / بيروت / ١٤٠٥ هـ / ط ٢ / ج ٦ / ص ٢٩.

٦. واختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم، أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.

٧. أنظر: جعفر بن الحسن الهذلي الشهير بالعلامة الحلي / شرائع الإسلام / مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان / ايران / ج ٤ / ص ٧.

٨. أنظر: عبد الله بن قدامة المقدسي / المغني / دار الفكر / بيروت / ١٤٠٥ هـ / ط ١ / ج ٦ / ص ٢٤٧.

٩. أنظر: ابن رشد / بداية المجتهد / ج ٢ / ص ٢٦٥.

إلى أن غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم، لأنهم ملة واحدة، فيرث اليهودي النصراني والعكس، ويرث المجوسي وعابد الوثن النصراني واليهودي ويرثهما المجوسي وغيره، وأستدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة من الكتاب والسنة كما يأتي:

أولاً / الأدلة من الكتاب العزيز:

. إن الله تعالى جعل الدين دينين، الحق والباطل فقال الله عز وجل: (لكم دينكم ولي دين)^(١)، وجعل الناس فريقين فقال: (فريق في الجنة وفريق في السعير)^(٢)، وفريق الجنة هم المؤمنون، وفريق السعير هم الكفار جميعهم، وجعل الخصم خصمين فقال تعالى: (هذان خصمان اختصموا في ربهم)^(٣) (٣) والمراد الكفار جميعاً مع المؤمنين، وهم فيما بينهم ملل مختلفة ولكنهم عند مقابلتهم بالمسلمين أهل ملة واحدة، لأن المسلمين يقرون برسالة محمد (صلى الله عليه وسلم) وبالقرآن وجميعهم ينكر ذلك، وبأنكارهم كفروا، فكانوا في حق المسلمين ملة واحدة في الكفر^(٤).

. إن جميع الملل غير المسلمة في البطلان كالملة الواحدة، فقد قال تعالى: (فماذا بعد الحق إلا الضلال)^(٥).

فإن قيل: كيف يتصور إرث اليهودي من النصراني وعكسه مع أن الأصح أن من أنتقل من ملة الى ملة لا يقر على ذلك، اجيب بتصور ذلك في الولاء والنكاح وفي النسب أيضاً فيما إذا كان أحد ابويه يهودياً والآخر نصرانياً إما بنكاح أو وطأ شبهة فإنه يخير بينهما بعد البلوغ - كما قاله الرافعي - حتى لو

١. الكافرون / ٦.

٢. الشورى / ٧.

٣. الحج / ١٩.

٤. أنظر: الموسوعة الفقهية / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية / الكويت / ج ٣ /

ص ٢٦ - ٢٧.

٥. يونس / ٣٢.

كان له ولدان واختار احدهما اليهودية والآخر النصرانية جعل التوارث بينهما بالأبوة والأمومة والأخوة مع اختلاف الدين^(١).

. عموم قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض)^(٢).

. ان التوريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرنا عاما فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم^(٣).

ثانياً / الدليل من السنة النبوية:

قوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يتوارث أهل ملتين)^(٤) فإنه (صلى الله عليه وسلم) فسر الملتين بقوله : (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)^(٥)، إذ في التصنيف على الوصف العام وهو الكفر بيان أنهم في حكم التوريث أهل ملة واحدة أخذاً من مفهوم المخالفة^(٦).

المطلب الثاني

مذهب المانعين مطلقاً

ذهب المالكية^(٧) والإمام أحمد في رواية عنه^(١) والزيدية^(٢) والنخعي والثوري^(٣) والأوزاعي والهادوية^(٤) ووجه عند الشافعية^(٥) إلى أن غير المسلمين

١. أنظر: مغني المحتاج / ج ٣ / ص ٢٥.

٢. الأنفال / ٧٣.

٣. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.

٤. تقدم تخريجه.

٥. تقدم تخريجه.

٦. أنظر: الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ص ٢٦ - ٢٧، بداية المجتهد / ج ٢ / ص ٢٦٥.

٧. وأعتمده ابن مرزوق وذكر أنه المشهور، أنظر: محمد عرفة الدسوقي / حاشية على الشرح الكبير للدردير / دار إحياء الكتب العربية / ج ٤ / ص ٤٨٦، محمد بن يوسف العبدري / التاج والإكليل / دار الفكر / بيروت / ١٣٩٨ هـ / ط ٢ / ج ٦ / ص ٤٢٣.

من المتباينة، فلا يرث بعضهم من بعض، فلا يرث اليهودي النصراني ولا العكس، ولا يرث عابد وثن مجوسياً، ولا يرث مجوسي يهودياً، روي ذلك عن علي (رضي الله عنه) وبه قال الزهري وربيعه وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة وإسحاق بن راهويه^(٦).

وأستدل أصحاب هذا المذهب بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس كما يأتي:^(٧)

أولاً / الأدلة من الكتاب العزيز:

١. قوله تعالى: (والذين هادوا والنصارى والصابئين)^(٨)، فقد عطف النصارى على الذين هادوا، والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه.
٢. قوله تعالى: (ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم)^(٩)، واليهود لا ترضى إلا باتباع اليهودية معهم والنصارى كذلك، وذلك دليل على أن لكل من الفريقين ملة على حدة، ولأن النصارى يقرون بنبوّة عيسى (عليه السلام) والإنجيل، واليهود يجحدون ذلك^(١٠).

-
١. ونصره ابن قدامة في المغني وقال: وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى، أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧، منصور بن يونس البهوتي / كشف القناع / ت: هلال مصيلحي / دار الفكر / بيروت / ١٤٠٢ هـ / ج ٤ / ص ٤٧٨.
 ٢. أنظر: أحمد بن يحيى بن المرتضى / البحر الزخار / دار الكتاب الإسلامي / ج ٦ / ص ٣٦٩ - ٣٧٠.
 ٣. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.
 ٤. أنظر: محمد بن علي الشوكاني / نيل الأوطار / دار الجيل / بيروت / ١٩٧٣ / ج ٦ / ص ١٩٤.
 ٥. أنظر: روضة الطالبين / ج ٦ / ص ٢٩.
 ٦. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.
 ٧. أنظر: في تفصيل هذه الأدلة: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.
 ٨. البقرة / ٦٢.
 ٩. البقرة / ١٢٠.
 ١٠. أنظر: الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ٢٦ - ٢٧.

ثانياً / الدليل من السنة الشريفة:

قول النبي (صلى الله عليه وسلم): (لا يتوارث أهل ملتين شتى) وهم أهل ملل مختلفة.

ثالثاً / الدليل من الإجماع:

روى إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن علي (رضي الله عنه) أنه جعل الكفر مللاً مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون إجماعاً^(١).

رابعاً / الدليل من القياس:

. إن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضاً كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة منها حل النزاع بالخبر والقياس.

. إن المجوزين قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام مع إتفاقهم في الملة لانقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى.

المطلب الثالث

مذهب المفصلين

ذهب بعض الفقهاء إلى تفصيل حكم التوارث بين الملل غير الإسلامية، وذلك بتفصيل الملل ذاتها وذلك على مذهبين، سنخصص لكل واحد منها فرعاً مستقلاً.

١. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧.

الفرع الأول

المذهب الأول للمفصلين

ذهب المالكية في قول مرجح^(١) والقاضي شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم ومغيرة وشريك والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيعة والنخعي والثوري والقاضي أبو يعلى من الحنابلة إلى أن الكفر ثلاث ملل: النصارى ملة، واليهود ملة، ومن عداهما ملة، ودليلهم على ذلك أن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم^(٢).

الفرع الثاني

المذهب الثاني للمفصلين

ذهب المالكية في رأي آخر مرجح أيضاً وهو ظاهر المدونة والقاضي ابن أبي ليلى إلى أن اليهود والنصارى ملة، وأن ما سواهما ملل مختلفة، وذكر في بعض كتب المالكية أن هذا هو المشهور في المذهب^(٣).

واستدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب العزيز وبالقياس^(٤):

أولاً / الدليل من الكتاب العزيز:

. قوله تعالى: (ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم)^(٥)،
ووجه الدلالة أنه جعل لليهود والنصارى ملة واحدة.

. قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض)^(١).

١. وهو رواية المدنيين وصوبها ابن يونس، أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / دار إحياء الكتب العربية / ج ٤ / ص ٤٨٦.

٢. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٧، الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ٢٧، يوسف بن عبد البر النمري / التمهيد / ت: مصطفى العلوي ومحمد البكري / وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية / المغرب / ١٣٨٧ هـ / ج ٩ / ص ١٧٠.

٣. أنظر: الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ص ٢٧.

٤. أنظر: الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ص ٢٧.

٥. البقرة / ١٢٠.

ثانياً / الدليل من القياس:

. إن اليهود والنصارى اتفقوا على دعوى التوحيد، وإنما اختلفت نحلهم في ذلك، واتفقوا على الإقرار بنبوة موسى عليه السلام والتوراة، بخلاف المجوس والوثنيين فإنهم لا يعتقدون التوحيد ولا يقرون بنبوة موسى ولا بكتاب منزل، ولا يوافقهم اليهود والنصارى على ذلك فكانوا أهل ملتين.

. حل الذبيحة والمناكحة، فإن اليهود والنصارى في ذلك شيء واحد، إذ تحل ذبائحهم للمسلمين بخلاف المجوس والوثنيين.

المطلب الرابع

موقف التشريع العراقي

مر موقف التشريع العراقي من مسألة التوارث بين غير المسلمين بمرحلتين: الأولى مرحلة ما قبل صدور الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥، والثانية مرحلة ما بعد صدور هذا الدستور، وسنفرد لكل مرحلة فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

مرحلة ما قبل دستور ٢٠٠٥

لم يشر قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل إلى موانع الإرث، لكن المادة (٩٠) من هذا القانون نصت على:

" مع مراعاة ما تقدم، يجري توزيع الإستحقاق والأنصبه على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، كما تتبع فيما بقي من أحكام المواريث "

كما نصت المادة (١) (١) من القانون على " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ."

إذن يمكن القول في ضوء الجمع بين المادتين أعلاه، أن القانون العراقي أحال في مسألة إختلاف الدين كمانع من موانع الإرث عموماً على الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لأنها تعتبر من أحكام المواريث.

وهنا مسألتان يجب معرفتهما: الأولى هي تحديد المقصود بـ " الأحكام الشرعية " التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ومعرفة ما جاء فيها بخصوص توارث غير المسلمين، والثانية هي مدى خضوع العراقي غير المسلم لقانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ومن ثم للأحكام الشرعية التي أحال عليها هذا القانون فيما يتعلق بالتوارث بين غير المسلمين، وسنخصص لكل مسألة بنداً مستقلاً.

البند الأول

تحديد الأحكام الشرعية المرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية العراقي

لا يوجد نص صريح يحدد بدقة وبوضوح ماهية الأحكام الشرعية المرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩، إلا أن هناك بعض النصوص القانونية والوقائع التاريخية التي يمكن من خلالها الوصول إلى نتيجة مفيدة وإن كانت ظنية:

. نصت المادة (٧٥) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على ما يأتي:

" تقسم المحاكم الدينية إلى: ١- المحاكم الشرعية ٢- المجالس الروحانية الطائفية ".

. ونصت المادة (٧٦) من ذات القانون على " تنظر المحاكم الشرعية وحدها في الدعاوى المتعلقة بأحوال المسلمين الشخصية والدعاوى المختصة بإدارة أوقافهم ".

. أما المادة (٧٧) فقد نصت على " يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام قانون

خاص، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفرين في مدينتي بغداد والبصرة".

نصت المادة (٦) من قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ على ما يأتي " إذا أقيمت دعوى مما يجب الفصل فيها وفقاً للفقهاء الجعفري لدى قاض من السنة فعليه أن يحيل القضية إلى عالم جعفري يبدي فتواه فيها ثم يصدر قراره وفقاً لتلك الفتوى "، ونصت المادة (٧) من القانون نفسه على " إذا أقيمت دعوى مما يجب الفصل فيها وفقاً للمذهب السني لدى قاض من الجعفرية فعليه أن يحيل القضية إلى عالم سني ليبدي فتواه فيها ثم يصدر قراره وفقاً لتلك الفتوى ".

يمكن أن نستنتج من منطوق هذه النصوص ومن مفهومها أن الأحكام الشرعية المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية هي الأحكام الشرعية الخاصة بمذهب أكثرية السكان في العراق، ومن المعلوم أن المسلمين في العراق ينقسمون إلى سنة وشيعة إمامية، وسنة العراق يتبعون المذهبين الحنفي والشافعي بشكل يكاد يكون متساوياً، إذ المسلمون الأكراد في شمال العراق يتبعون المذهب الشافعي وكذا بعض السنة في الموصل وغرب العراق وجزء من بغداد، لكن المذهب الحنفي أكثر شهرة لأنه كان المذهب الرسمي لدولة الخلافة العثمانية والتي كان العراق جزءاً منها لمئات السنين، أما المذهبين المالكي والحنبلي فلا أتباع لهما يذكر في العراق، أما الشيعة الإمامية في العراق فهم يتبعون المذهب الجعفري.

إذن فأحكام المذاهب: الحنفي والجعفري والشافعي هي المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩.

البند الثاني

القانون الواجب التطبيق على العراقي غير المسلم فيما يتعلق بالميراث

نحاول في هذا البند أن نجيب عن سؤال مفاده: هل يخضع العراقي غير المسلم لأحكام الميراث الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ؟ ومن ثم يخضع بدوره للأحكام الشرعية الخاصة بالمذاهب المرعية قبل تشريع هذا القانون وهي المذهب الحنفي والجعفري والشافعي والتي أحال عليها القانون المذكور في المادة (٩٠)؟

نعم يخضع العراقي غير المسلم لأحكام الميراث الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ وما أحالت عليه نصوص هذا القانون من أحكام المذاهب الثلاثة، والدليل على ذلك ما يأتي:

. نصت المادة (٧٩) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على ما يأتي: " تتنظر المجالس الروحانية:

- في المواد المتعلقة بالنكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية وتصديق الوصايات ما لم تكن مصدقة من كاتب العدل خلا الأمور الداخلة ضمن إختصاص المحاكم المدنية في ما يخص أفراد الطائفة عدا الأجانب منهم.

- في غير ذلك من مواد الأحوال الشخصية المتعلقة بأفراد الطوائف عند موافقة المتقاضيين " .

. أما المادة (٨٠) فقد نصت على ما يأتي: " تعين أصول المحاكمات في المجالس الروحانية الطائفية والرسوم التي تؤخذ فيها بقانون خاص، وتعين أيضاً بقانون الوراثة وحرية الوصية وغير ذلك من مواد الأحوال الشخصية التي ليست من إختصاص المجالس الروحانية الطائفية " .

. بين المشرع العراقي في المادة (١٢) من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ إختصاص المحاكم والمجالس الطائفية، فقصرها على النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية فقط.

. قرر المشرع العراقي في المادة (٢٠) من نفس القانون بأنه " فيما عدا الطوائف التي تنشأ لها محاكم ومجالس وفقاً لنصوص هذا القانون، تبقى المحاكم المدنية

مختصة بالنظر في دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالمنتتمين إلى سائر الطوائف الإسلامية وفقاً للأحكام المقررة في بيان المحاكم .

. إن المادة (١١) من بيان تأسيس المحاكم لسنة ١٩١٧ قضت بأنه " تنظر المحاكم المدنية فضلاً عن المواد المدنية والتجارية، التي كانت تنظر فيها إلى الآن، في الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والوصية والمناسبات العائلية والحجر والإرث والهبة والوقف وما أشبه ذلك مما هو معبر عنه فيما يأتي بالمواد الشخصية، باستثناء ما كان من ذلك عائداً إلى المحاكم الشرعية، وتفصل في تلك الدعاوى " .

. نصت المادة (٢) فقرة ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على ما يأتي " تسري أحكام هذا القانون على العراقيين، إلا من أستثني منهم بقانون خاص " .

وعليه يمكن القول بأن الدعاوى الخاصة بكل ما يتعلق بإرث غير المسلمين من العراقيين عموماً، أهل الكتاب وغيرهم، تكون من إختصاص المحاكم المدنية (محكمة الأحوال الشخصية) بحسب الأحكام القانونية المعمول بها عندنا الآن، ذلك لعموم لفظ " العراقيين " الوارد في المادة (٢) فقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وحيث لم يوجد قانون خاص ينظم مواريث غير المسلمين، فإنهم يخضعون لذات القانون الذي يخضع له العراقيون المسلمون^(١).

يتحصل لدينا مما تقدم أن حكم التوارث بين غير المسلمين العراقيين يجد مستقره في الأحكام الشرعية المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية، وهذه الأحكام كما أسلفنا ترجع في مجملها إلى المذهب الحنفي والجعفري (الإمامي) والشافعي، وإذا إستذكرنا الحكم الشرعي الخاص بمسألة التوارث بين غير المسلمين في هذه المذاهب الثلاثة وجدناها متفقة على جواز التوارث بين غير المسلمين مطلقاً، وقد فصلنا رأيهم مع الدليل في المطلب الأول من هذا المبحث.

١. أنظر: أحمد علي الخطيب / أحكام الميراث / مطبعة دار البصري / بغداد / ط ١ / ١٩٦٦ /

الفرع الثاني

مرحلة ما بعد دستور ٢٠٠٥

حسنت المادة (٣٩) من الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥ موقف التشريع العراقي من مسألة التوارث بين غير المسلمين بقولها: " العراقيون أحرار في الإلتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو إختياراتهم، وينظم ذلك بقانون ".

والملاحظ على هذه المادة أنها شملت بحكمها كل العراقيين - مسلمين وغير مسلمين، فأصبح بموجبها لغير المسلمين العراقيين أن يختاروا من الأحكام ما يشاؤون لأحوالهم الشخصية، على أن يتم تنظيم ذلك بقانون، وعلى أن لا يتعارض هذا القانون مع ثوابت أحكام الإسلام كما جاء في المادة (٢) / أولاً / أ.

المطلب الخامس

الرأي الراجح

يتبين لنا مما تقدم أن مسألة توارث غير المسلمين فيما بينهم هي مسألة خلافية، وإن كانت أدلة المانعين أقوى وأوضح، إلا أن بناء العلاقة بين الفرد والدولة على أساس (المواطنة) نتيجة شيوع أفكار الحرية والديمقراطية، وعدم وجود خلافة واحدة قوية للمسلمين كافة تضمهم بين جناحيها، كل هذه العوامل تفرض علينا أن نأخذ **بقول المجوزين** لأن في ذلك إستيعاباً للواقع المعاصر دون مخالفة الثوابت الإسلامية في العقيدة والمعاملات^(١).

١. إن بحث الحكم الشرعي للتوارث بين غير المسلمين محله الدولة الإسلامية أو ما يعرف قديماً بـ(دار الإسلام) فتطبيق الشريعة الإسلامية إنما يكون في أرض يملك المسلمون فيها زمام السلطة.

لكن مع الأخذ بقول المجوزين للتوارث بين غير المسلمين ينبغي أن نفرق في الحكم بين حالتين هما حالة التراضي وحالة التقاضي، وسنفرد لكل واحدة منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول حالة التراضي

نقصد بحالة التراضي أن يكون دين كل من المورث والوارث يسمح بتوريث بعضهما من البعض الآخر، فإن مات يهودي عن أبن نصراني نظرنا في الشريعة اليهودية هل تجيز توريث النصراني من اليهودي، ثم ننظر في الشريعة النصرانية هل تجيز توريث النصراني من اليهودي، فإن أجاز الطرفان أمضيّا التوريث ولم نتدخل فيه، وأدلة هذا القول هي:

. قوله تعالى (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ)^(١)، وجه الدلالة أن الموارث من الدين،

ونفي الإكراه عن الأعم يستلزم نفيه عن الأخص دون العكس.

. قوله تعالى (لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)^(٢)، وجه الدلالة أن إقرارهم على ما تراضوا عليه بربهم وقسط لهم.

. قوله تعالى (فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ)^(٣)، وجه الدلالة أنه

تعالى قد رتب وجوب الحكم على شرط المجئ إليه (أي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وإلى الحاكم المسلم من بعده) فإن لم يأتوا فلسنا مكلفين بالحكم بينهم، وفي ترجيح هذا الرأي يقول الإمام ابن خويزمنداد المالكي: " ... ولا يرسل الإمام إليهم إذا استعدى بعضهم على بعض ولا يحضر الخصم مجلسه إلا أن يكون فيما يتعلق بالمظالم التي ينتشر منها الفساد كالقتل ونهب المنازل وأشباه ذلك فأما الديون والطلاق وسائر المعاملات فلا يحكم بينهم

١. البقرة / ٢٥٦.

٢. الممتحنة / ٨.

٣. المائدة / ٤٢.

إلا بعد التراضي والاختيار .. وأما الحكم فيما يختص به دينهم من الطلاق والزنى وغيره فليس يلزمهم أن يتدينوا بديننا وفي الحكم بينهم بذلك إضرار بحكامهم وتغيير ملتهم. ^(١)

ويقول الإمام أحمد بن حنبل: ".... لا يبحث عن أمرهم ولا يسأل عن أمرهم إلا أن يأتوا هم فإن ارتفعوا إلينا أقمنا عليهم الحد... وقال أيضاً: حكمنا يلزمهم وحكمنا جائز على جميع الملل ولا يدعوها الحاكم فإن جاؤوا حكمنا.."^(٢).

الفرع الثاني

حالة التقاضي

ويقصد بها أن طرفي العلاقة الإرثية (القريب المخالف في الدين وبقية الورثة) إذا تراضوا بالترافع إلى القضاء الإسلامي فيجب على القاضي أن يحكم بينهم وفق الشريعة الإسلامية لقوله تعالى (وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) ^(٣)، وكذا إن ترفع طرف دون طرف، وجب على القاضي المسلم أيضاً الحكم بينهما وفق أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى (وَ أَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) ^(٤)، ولأن في ذلك فض للنزاع وحسم للخلاف والقاضي مأمور بذلك، ولأن القاضي يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين ^(٥).

ودليله أيضاً قوله تعالى (فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) ^(٦)

١. أنظر: محمد بن أحمد القرطبي / أحكام القرآن / ت: أحمد البردوني / دار الشعب / القاهرة /

١٣٧٢هـ / ط ٢ / ج ٦ / ١٨٤ - ١٨٥.

٢. أنظر: ابن قدامة / المغني / ج ٩ / ص ٧٥.

٣. المائدة / ٤٩.

٤. المائدة / ٤٩.

٥. أنظر: ابن قدامة / المغني / ج ٩ / ص ٧٥.

٦. المائدة / ٤٢.

إن هذا الرأي الذي إختارناه - وهو وجوب الحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية بين خصمين أحدهما مسلم والآخر غير مسلم - قد قال به كثير من الفقهاء المسلمين وهو قول للشافعي إختاره المزني وحكاه أبو الخطاب قولاً للإمام أحمد^(١)، وهذه بعض النقول عنهم:

. قال الإمام البيضاوي في تفسيره: " ..والأصح وجوبه (أي الحكم) إذا كان المترافعان أو احدهما ذمياً لأننا التزمنا الذب عنهم ودفع الظلم منهم.." ^(٢).
. وجاء في تفسير الإمام القرطبي لقوله تعالى (فَإِنْ جَاءُوكَ... الآية) " .. فأما أهل الذمة فهل يجب علينا الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا قولان للشافعي، وإن ارتبطت الخصومة بمسلم يجب الحكم، قال المهدوي: أجمع العلماء على أن على الحاكم بين المسلم و الذمي، واختلفوا في الذميين فذهب بعضهم إلى أن الآية محكمة وأن الحاكم مخير روي ذلك عن النخعي والشعبي وغيرهما وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما سوى ماروي عن مالك في ترك إقامة الحد على أهل الكتاب في الزنى فإنه إن زنى المسلم بالكتابية فلا حد عليها، فإن كان الزانيان ذميين فلا حد عليهما وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وغيرهما، وقد روي عن أبي حنيفة أيضاً أنه قال يجلدان ولا يرجمان وقال الشافعي و أبو يوسف و أبو ثور وغيرهم عليهما الحد أتبيا راضيين بحكمنا .." ^(٣).

المبحث الثاني

توارث المسلمين وغيرهم

الإسلام لغة الإستسلام والإنقياد، وإصطلاحاً إستسلام و إنقياد الكيان الظاهري للإنسان لمضمون شهادة (لا إله إلا الله محمد رسول الله).

١. أنظر: أبْن قدامة / المغني / ج ٩ / ص ٧٥.

٢. أنظر: البضاوي / تفسير القرآن الكريم / ت: عبد القادر عرفات / دار الفكر / بيروت / ١٩٩٦م / ج ٢ / ص ٣٢٦.

٣. أنظر: القرطبي / أحكام القرآن / ج ٦ / ١٨٤ - ١٨٥.

أما الإيمان فهو لغة التصديق، وإصطلاحاً التصديق القلبي و الإقرار اللساني بما علم مجيء محمد (صلى الله عليه وسلم) به ضرورة تفصيلاً فيما علم تفصيلاً، وإجمالاً فيما علم إجمالاً^(١).

إن الإنسان لا تجري عليه أحكام الإسلام في كل الدنيا والآخرة معاً إلا إذا أنصف بكل من الإسلام و الإيمان، وذلك بأن يذعن بقلبه ويشهد بلسانه، أما إذا نطق بالشهادتين فقط ولم يصدر منه قول أو فعل أو تقرير يناقض تلك الشهادة فتجري عليه أحكام الإسلام الدنيوية كحرمة دمه وجواز أو مناكحة وشرعية توارثه^(٢). في هذا المبحث نحاول بيان حكم التوارث بين المسلم وغير المسلم - لأن التوارث بين المسلمين أمر بدهي، والقسمة العقلية تقتضي تقسيم هذا المبحث إلى قسمين: الأول لميراث المسلم، من غير المسلم، والثاني لميراث غير المسلم من المسلم، إلا أن القسم الثاني لا نصيب له من البحث العلمي والمناقشة الفقهية، وذلك لأن المذاهب الفقهية الإسلامية أجمعت على أن غير المسلم لا يرث المسلم بتاتاً^(٣)، لافرق بين كون غير المسلم كافراً أصلياً أو مرتدّاً، إلا رأي روي عن الإمام أحمد في توريث الكافر من مال عتيقه المسلم^(٤) وهو مردود بالإجماع المنعقد على خلافه.

وعليه فإن هذا المبحث سيخصص فقط لدراسة ميراث المسلم من غير المسلم، وسنقسمه إلى مطلبين: الأول لميراث المسلم من الكافر الأصلي، والثاني، لميراث المسلم من المرتد.

١. أنظر: جلال الدين الصديقي الدواني / شرح العقائد العضدية / مطبعة مصور ثروت فنون /

١٣٢٧هـ / ص ١٣٧.

٢. أنظر: محمد سعيد رمضان البوطي / كبرى اليقينيات الكونية / دار الفكر / دمشق / ط ٨ / ص ٢٣٩ - ٢٤٠.

٣. نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني / دار الكتاب العربي / ج ٧ / ص ١٦٥.

٤. أنظر: الموسوعة / ج ٣ / ص ٢٤ - ٢٥.

المطلب الأول

ميراث المسلم من الكافر الأصلي

يقصد بالكافر الأصلي هنا من ولد لأبوين غير مسلمين ولم يدخل الإسلام في حياته ولو لحظة ومات وهو على ذلك.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في حكم ميراث المسلم من الكافر الأصلي على مذاهبين، سنخصص لكل مذهب منها فرعاً مستقلاً، وفرعاً ثالثاً نخصصه لمناقشة أدلة المذهبين، ثم نخصص فرعاً رابعاً لبيان موقف التشريع العراقي، ثم نختم هذا المطلب بفرع خامس نحدد فيه الرأي الراجح.

الفرع الأول

مذهب المانعين

ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) والليث بن سعد والثوري والأوزاعي^(٦) وابن حزم الظاهري^(٧) إلى أن المسلم لا يرث الكافر الأصلي، ويرثه قرابته من أهل دينه فقط، ولا يعطى المسلم من الميراث شيئاً، فإن مات الكافر عن غير وارث أو عن وارث مسلم فقط فإن ماله يكون فيئاً يوضع في بيت مال المسلمين، ويروى هذا القول عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله (رضي الله عنهم)، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهري وعطاء

١. أنظر: البحر الرائق / ج ٨ / ص ٥٧١.

٢. أنظر: الدسوقي / حاشية على الشرح الكبير / دار إحياء الكتب العربية / ج ٤ / ص ٤٨٦.

٣. أنظر: مغني المحتاج / ج ٣ / ص ٢٤.

٤. أنظر: كشف القناع / ج ٤ / ص ٤٧٨.

٥. أنظر: البحر الزخار / ج ٦ / ص ٣٦٩ - ٣٧٠.

٦. أنظر: ابن عبد البر / التمهيد / ج ٩ / ص ١٦٤.

٧. أنظر: ابن حزم / المحلى / دار الفكر / ج ٨ / ص ٣٣٧.

وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمر بن دينار والثوري^(١)، وإستثنى الحنابلة السيد المسلم فإنه يرث عبده أو أمته وإن كانا غير مسلمين^(٢).

وقد إحتج أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة من الكتاب والسنة وقول الصحابي:
أولاً / الأدلة من الكتاب العزيز:

. عموم قوله تعالى: (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)^(٣).
. عموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض)^(٤).
ووجه الدلالة أن الميراث قائم على اساس الموالاة، وهي مقطوعة بين المسلم والكافر.
ثانياً / الأدلة من السنة النبوية:

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم)^(٥).

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يتوارث أهل ملتين شتى)^(٦).
. قوله (صلى الله عليه وسلم): (وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور)^(٧)، وفيه تقرير لفعل عقيل على ميراثه من أبيه أبي طالب وقد مات على الكفر فورثه عقيل قبل إسلامه.

ثالثاً / الدليل من قول الصحابي:

قول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في عمة الأشعث بن قيس^(١) عندما ماتت وكانت يهودية: يرثها أهل دينها^(٢).

١. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

٢. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦، ودليل الحنابلة على هذا الرأي قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته).

٣. التوبة / ٧١.

٤. المائدة / ٥١.

٥. تقدم تخريجه.

٦. تقدم تخريجه.

٧. تقدم تخريجه.

الفرع الثاني مذهب المجوزين

ذهب عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان (رضي الله عنهم) والحسن البصري وسعيد بن المسيب ومسروق بن الأجدع وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وإسحاق بن راهويه وعن محمد بن الحنفية وعن علي بن الحسين وأبنة محمد الباقر وفقهاء الشيعة الإمامية^(٣) وبعض فقهاء الشيعة الزيدية^(٤) إلى أن المسلم يرث الكافر الأصلي، فإن مات الكافر عن قريب من دينه وآخر مسلم، قسمت تركته بينهما حسب أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا إن مات الكافر الأصلي عن غير قريب من دينه وله قريب مسلم فقط، ورث المسلم كل التركة^(٥).

واستدل القائلون بتوريث المسلم من الكافر الأصلي بالسنة والقياس وقول الصحابي:

أولاً / الأدلة من السنة الشريفة:

. قوله (صلى الله عليه وسلم) : (الإسلام يعلو ولا يعلى)^(٦)، ومن العلو أن يرث المسلم الكافر.

-
١. وفي رواية الموطأ أنه محمد بن الأشعث.
 ٢. أخرجه مالك في كتاب الفرائض برقم (٩٦١) والدارمي في كتاب الفرائض برقم (٢٨٦٢).
 ٣. أنظر: العلامة الحلي / شرائع الإسلام / مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان / ج ٤ / ص ٧.
 ٤. أنظر: البحر الزخار / ج ٦ / ص ٣٦٩ - ٣٧٠.
 ٥. أنظر: المحلى / ج ٨ / ص ٣٣٧ - ٣٣٨، التمهيد / ج ٩ / ص ١٦٣.
 ٦. أخرجه الدارقطني في سننه / ت: عبد الله هاشم يمانى المدني / دار المعرفة / بيروت / ١٩٩٦ / ج ٣ / ص ٢٥٢، والبيهقي في الكبرى / ت: محمد عبد القادر عطا / مكتبة دار ابن باز / مكة المكرمة / ١٩٩٤ / ج ٦ / ص ٢٠٥، ومحمد بن هارون الرويانى في مسنده / ت: أيمن علي أبو يمانى / مؤسسة قرطبة / القاهرة / ١٤١٦ هـ / ط ١ / ج ٢ / ص ٢٧، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة / ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش / مكتبة النهضة الحديثة / مكة المكرمة / ١٤١٠ هـ / ط ١ / ج ٨ / ص ٢٤٠، وحسنه الألباني، أنظر: إرواء الغليل في

. قوله (صلى الله عليه وسلم) : (الإسلام يزيد ولا ينقص)^(١)، وحرمان المسلم المسلم من ميراث الكافر فيه نقصان للمسلمين ولثرواتهم.

ثانياً / الدليل من القياس:

إن المسلمين ينكحون نساء أهل الكتاب ولا ينكح أهل الكتاب نساء المسلمين، فكذا يرث المسلمون أهل الكتاب ولا يرث أهل الكتاب المسلمين^(٢).

ثالثاً / الدليل من قول الصحابي:

. عن أبي الأسود الديلي أنه اختصم إلى معاذ بن جبل (رضي الله عنه) أخوان مسلم ويهودي مات أبوهما يهوديا فحاز ابنه اليهودي ميراثه فنازعه المسلم فورث معاذ المسلم^(٣).

. أخرج ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن معقل قال: ما رأيت قضاءً أحسن من قضاء معاوية نرث أهل الكتاب ولا يرثوننا كما يحل لنا النكاح منهم ولا يحل لهم منا^(٤).

. أخرج الدارمي في سننه عن سُلَيْمَانَ بْنِ حَرْبٍ حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلِيمَانَ بْنِ حَرْبٍ حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلِيمَانَ بْنِ حَرْبٍ حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ عَنْ دَاوُدَ عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ مَسْرُوقٍ

تخريج أحاديث منار السبيل / محمد ناصر الدين الألباني بإشراف محمد زهير الشاويش / ج ٥ / المكتبة الإسلامية / الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ . ١٩٨٥ م / ص ٣٠٣.

١. أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين / ت: مصطفى عبد القادر عطا / دار الكتب العلمية / بيروت / ١٩٩٠ / ط ١ / ج ٤ / ص ٣٨٣، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، والبيهقي في السنن الكبرى / ج ٦ / ص ٢٥٤، وأحمد في مسند الأنصار برقم (٢٠٩٩٨)، وأبو داود في كتاب الفرائض برقم (٢٥٢٤).

٢. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

٣. أخرجه أحمد في مسند الأنصار برقم (٢٠٩٩٨) و (٢١٠٤٥) وأبو داود في كتاب

الفرائض برقم (٢٥٢٤)، كذلك أنظر: الصنعاني / سبل السلام / ج ٣ / ص ٩٩.

٤. أنظر: أبو بكر بن أبي شيبة / المصنف / ت: كمال يوسف الحوت / مكتبة الرشد / الرياض / ١٤٠٩ هـ / ط ١ / ج ٦ / ص ٢٨٤.

قَالَ كَانَ مُعَاوِيَةَ يُورِّثُ الْمُسْلِمَ مِنَ الْكَافِرِ وَلَا يُورِّثُ الْكَافِرَ مِنَ الْمُسْلِمِ قَالَ
مَسْرُوقٌ وَمَا حَدَّثَ فِي الْإِسْلَامِ قَضَاءً أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْهُ^(١).

. وقد روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) مثل ذلك من حديث
الثوري عن حماد عن إبراهيم أن عمر قال: أهل الشرك نرثهم ولا يرثوننا^(٢).

الفرع الثالث

مناقشة أدلة المذهبين

سنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لمناقشة المانعين لأدلة المجوزين، والثاني
لمناقشة المجوزين لأدلة المانعين.

البند الأول

مناقشة المانعين لأدلة المجوزين

ناقش المانعون أدلة المجوزين بما يأتي:

. فسر المانعون حديث (الإسلام يعلو ولا يعلى)^(٣) بأن نفس الإسلام هو الذي
يعلو، على معنى أنه إن ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر
فإنه يثبت ويعلو، أو أن المراد العلو بحسب الحجة أو بحسب القهر والغلبة،
أي النصر في العاقبة للمسلمين، أو بحسب الداخلين فيه، فإن الإسلام يزيد
بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد
وكثرة من يسلم^(٤).

. إنه اجتهد مصادم لعموم أحاديث المنع^(٥).

. إن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال
وأما النكاح فمن نوع الاستخدام^(١).

١. أخرجه الدارمي في سننه في كتاب الفرائض برقم (٢٨٦٨).

٢. أنظر: ابن عبد البر / التمهيد / ج ٩ / ص ١٦٣.

٣. أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الجنائز.

٤. أنظر: الشوكاني / نيل الأوطار / ج ٦ / ١٩٣.

٥. أنظر: الشوكاني / نيل الأوطار / ج ٦ / ١٩٣.

. إن الرواية عن أكثر من تقدم ليس موثقاً بها عنهم^(٢).
. حكى الإمام أحمد أن " ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر"^(٣).

. حديث (الإسلام يزيد ولا ينقص) مجمل وغير متفق على صحته وحديث (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم) مفسر ومتفق عليه فتعين تقديمه^(٤).

١. أنظر: مغني المحتاج / ج ٣ / ص ٢٤.

٢. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

٣. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

٤. أنظر: المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

البند الثاني

مناقشة المجوزين لأدلة المانعين

يمكن مناقشة أدلة المانعين ورد إعتراضاتهم على أدلة المجوزين بما يأتي:

. بالنسبة لقوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يتوارث أهل ملتين شتى) ، فقضيته نفي التوارث المتقابل بين أصحاب الملل المختلفة ، لأن صيغة المفاعلة تفيد إشتراك طرفين في أصل الفعل ولا قائل بهذا إجماعاً ، ثم أن نفي التوارث لا يستلزم نفي الارث من أحد الطرفين للآخر^(١).

. أما بالنسبة لقوله (صلى الله عليه وسلم) : (وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور)^(٢) وأن فيه تقريراً لفعل عقيل على ميراثه من أبيه أبي طالب وقد مات على الكفر ، فلا نسلم بصحة الإستدلال به على مورد هذه المسألة ، ذلك لأن التوارث قبل الهجرة كان من أسبابه أخوة الإيمان وكانت منعدمة بين عقيل من جهة وبين أخويه جعفر وعلي (رضي الله عنهما) من جهة أخرى ، أي أن مانع الإرث هو عدم الهجرة لا الكفر ، ويشهد لهذا تمام القصة في الصحيحين (... وَكَانَ عَقِيلٌ وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ هُوَ وَطَالِبٌ وَلَمْ يَرِثْهُ جَعْفَرٌ وَلَا عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا شَيْئاً لِأَنَّهُمَا كَانَا مُسْلِمِينَ وَكَانَ عَقِيلٌ وَطَالِبٌ كَافِرَيْنِ .. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَكَانُوا يَتَاوَلُونَ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ الْآيَةِ)^(٣) ، وواضح من السياق أن الكلام هنا ليس من الرسول (صلى الله عليه وسلم) وإنما هو مدرج من كلام الراوي - وأظنه ابن شهاب الزهري - وقوله ليس بحجة إجماعاً لأنه من صغار التابعين ، كما أن مما يؤيد رأينا بأن منع التوارث سببه عدم الهجرة لا الكفر هو إستشهاد الراوي - المدرج لعله عدم التوريث - بهذه الآية الكريمة والتي تدل بوضوح على أن منع التوارث سببه عدم الهجرة ، فمن تمسك بتفسير الزهري فعليه أن يتمسك به

١. أنظر: الشريف المرتضى / الانتصار / ص ٥٩٢.

٢. تقدم تخريجه.

٣. أخرجه البخاري في كتاب الحج برقم (١٤٨٥) ومسلم في كتاب الحج برقم (٢٤٠٥).

كله بما فيه الآية التي إستشهد بها، ومن رده فيجب أن يرده كله، وما تطرق إليه الإحتمال بطل به الإستدلال.

. أما أدلة المانعين سنداً ودلالةً قوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم)^(١)، وليس لنا إعتراض ناقض لهذا الدليل من أصله، وإنما سنورد بعض المخصصات لعمومه لاحقاً.

. إن التفسير المناسب لحديث (الإسلام يعلوا ولا يعلى) والذي ينسجم مع قواعد العربية ومع اصول الفقه والمنطق هو أن نقول بأن لفظ " الإسلام " مكون من (أل) التعريف ومن (إسلام) وهو مصدر للفعل الرباعي اسلم يسلم إسلاماً، والمصدر - كما هو مقرر عند علماء النحو - لا وجود له في الخارج، بمعنى أنه لا يوجد كيان محسوس يسمى إسلام أو جوع أو شجاعة، لأن المصدر عرض (صفة) والأعراض لا توجد بدون الذات، وإنما هي تابعة لها في تحيزها، لذا فهناك مسلم وجائع وشجاع فقط في الواقع المحسوس.

وعليه فإن المقصود بلفظ الإسلام " هو المسلم، والدليل على ذلك تنمة الحديث وهي " يعلو ولا يعلى "، فإن الصفة لا تعلو ولا تسفل، وإنما الذي يعلو ويسفل هو الذات الذي قامت به هذه الصفة وهو المسلم.

عليه فإن معنى الحديث يكون كل مسلم يعلو ولا يعلى عليه، على أساس (أل) التعريف للإستغراق فتفيد العموم.

وهذا التفسير لا يتعارض مع التفسيرات المختلفة التي فسر بها المانعون هذا الحديث، لأنه أعم منها، فالمراد من العلو سواء كان علو الحجة أم علو القهر والغلبة فهو علو بحجة المسلمين وبقهرهم لأعداءهم وهو مايتفق مع تفسير المانعين بقولهم: " .. أي النصر في العاقبة للمسلمين، أو بحسب الداخلين فيه فإن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد وكثرة من يسلم "، فأنظر لألفاظ " المسلمين "، " الداخلين "، "

من يسلم"، تنبئك أن الذات التي تتصف بالإسلام هي موضوع القضية، وإثبات العلو لها وسلبه عن غيرها هو محمول تلك القضية.

. أما قولهم بأن رأي المجوزين هو " اجتهد مصادم لهموم أحاديث المنع " فغير صحيح، لأن المجوزين قد إستدلوا لرأيهم بأدلة من السنة والقياس وأقوال الصحابة - سنأتي عل تفصيلها لاحقاً- وهي أدلة صحيحة وإن كانت ظنية في دلالتها، إلا أن أدلة المانعين هي أيضاً عمومات بإعتراف أصحابها، والعام دلالة ظنية عند جمهور الأصوليين، فإذا تقابل الظنيان فلا يوجد تصادم، وإنما يوجد تعارض ظاهري يفرع فيه إلى قواعد الترجيح لإزالته كما سيأتي لاحقاً.

. إن القول بأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة أمر يحتاج إلى دليل، بل أجمع الفقهاء على أن علة الميراث هو النكاح الصحيح والقرابة، كما أن بناء التوارث على الموالاة والمناصرة غير مطرد لأن النساء يرثن وكذا الأطفال ولا نصرة منهم، كما إن النصرة مبذولة من المسلم للكافر في الواجب وعلى الحق كما أنها مبذولة للمسلم بهذا الشرط، فعلة ثبوت الموارث غير معلومة على التفصيل، وإن كنا نعلم على سبيل الجملة أنها للمصلحة^(١).

. أما الرواية عن من قال بالجواز فهي ثابتة عن عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل ومعاوية ابن أبي سفيان (رضي الله عنهم) كما أنها ثابتة عن فقهاء الجعفرية^(٢) وبعض فقهاء الزيدية، وهي مروية في كتبهم المعتمدة، وقد نقل ابن حزم الظاهري والشوكاني تلك الروايات ولم يضعفاها^(٣).

. أما قول الإمام أحمد أن " ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر " فهو مردود بقول من تقدم من الصحابة والتابعين.

١. أنظر: الشريف المرتضى / الانتصار / ص ٥٩٢.

٢. أنظر: الصدوق / من لا يحضره الفقيه / ت: على أكبر غفاري / نشر جامعة المدرسين / ط ٢ / ١٤٠٤هـ / ج ٤ / ص ٣٣٤.

٣. أنظر: المحلى / ج ٨ / ص ٣٣٧، نيل الأوطار / ج ٦ / ص ١٩٣.

. أما تضعيف المانعين لحديث (الإسلام يزيد ولا ينقص)^(١) بحجة وجود إنقطاع بين أبي الأسود الديلي ومعاذ بن جبل فيجاب عليه بأن الحاكم قد صحح هذا الحديث، كما أن الحافظ ابن حجر العسقلاني علق على هذا الأمر بقوله ".... وتعقب بالإنقطاع بين أبي الأسود ومعاذ ولكن سماعه منه ممكن.." وظاهر كلامه أن دعوى الإنقطاع واهية أو مظنونة لا تقوى على تضعيف الحديث. أما بقية الآثار التي ذكرناها ضمن أدلة المجوزين فقد ذكرها الحافظ ابن حجر وقوى أسانيد بعضها وسكت عن تضعيف الباقي، ومثله لا يذكر الضعيف دون بيان ضعفه^(٢).

. أما عن كون أحاديث المجوزين مجملة وأحاديث المانعين مفسرة فيتعين تقديمها، فسنجيب عنه عند بيان الرأي الراجح.

الفرع الرابع

موقف التشريع العراقي

بيننا سابقاً أن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لم يشر إلى موانع الإرث ومن ثم إلى التوارث بين المسلم وغيره، لكن المادة (٩٠) من هذا القانون نصت على:

" مع مراعاة ما تقدم، يجري توزيع الإستحقاق والأنصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، كما تتبع فيما بقي من أحكام الموارث "

كما نصت المادة (١) (١) فقرة ٢ من القانون على " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون".

إذن يمكن القول في ضوء الجمع بين المادتين أعلاه، أن القانون العراقي أحال في مسألة إختلاف الدين كمانع من موانع الإرث عموماً على الأحكام الشرعية التي

١. وممن ضعفه الشيخ الألباني في (ضعيف سنن أبي داود) برقم ٢٩١٢.

٢. أنظر: ابن حجر العسقلاني / فتح الباري شرح صحيح البخاري / ج ١٢ / ص ٥٠.

كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لأنها تعتبر من أحكام المواريث.

وأثبتنا سابقاً أيضاً أن الأحكام الشرعية المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية هي الأحكام الشرعية الخاصة بمذهب أكثرية السكان في العراق، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن أحكام المذاهب: الحنفي والجعفري والشافعي هي المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩، وعليه فإن معرفة موقف التشريع العراقي من التوارث بين المسلم والكافر الأصلي تجد قرارها في هذه المذاهب الثلاثة.

وإذا عدنا لإستعراض هذه المذاهب وجدنا أن المذهبين الحنفي والشافعي لا يجيزان توريث المسلم من الكافر الأصلي، أما المذهب الجعفري فإنه يجيز ذلك، الأمر الذي يترتب عليه تطبيق أحكام كل مذهب من المذاهب الثلاثة على أتباعه. لكن مما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني العراقي - وهو يعتبر القانون العام بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية - قد نظم في القسم الثاني منه المخصص للحقوق العينية وتحديداً في الباب الثاني من الكتاب الثالث، نظم الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ومن هذه الحقوق حق التصرف.

وقد لاحظ بحق أستاذنا الدكتور مصطفى الزلمي وجود العديد من أوجه الشبه بين أحكام الميراث وأحكام إنتقال حق التصرف، خاصة في الأركان والشروط والموانع^(١)، فجاء في المادة (١١٩٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ما نصه: " لا تنتقل أرض المقتول إلى القاتل أو شريكه "، وجاء في المادة (١١٩٩) ما نصه: " لا يثبت حق الإنتقال ما بين المختلفين في الدين، ولا بين عراقي وأجنبي".

فإذا اعتبرنا القياس - في غياب النص التشريعي - مصدراً للقاعدة القانونية في التشريع المدني العراقي إستناداً للمادة (١/٢) من هذا القانون على أساس إعتباره مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية التي يلجأ إليها عند غياب النص، وإستناداً

١. أنظر: مصطفى إبراهيم الزلمي / أحكام الميراث والوصية / شركة الخنساء / بغداد / ط ٢ /

للمفهوم المخالف للمادة (٣) والتي نصت على أن "ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه"، فيمكننا القول أن إختلاف الدين يعتبر مانعاً من موانع الإرث في ظل التشريع العراقي، وذلك بتعدية مانعية إنتقال حق التصرف بين مختلفي الدين إلى التوارث بين مختلفي الدين بجامع أن الإثنتين من الحقوق العينية الأصلية التي تخول صاحبها حق الإستعمال والإستغلال، فيتخرج لدينا أن التشريع العراقي لا يجيز التوارث بين مختلفي الدين، وهو بذلك يرجح كفة المذهبين الحنفي والشافعي في مقابل المذهب الجعفري.

الفرع الخامس

تحديد الرأي الراجح

بعد البحث في كتب الفقهاء والتحري عن أقوالهم وإستقراء جميع ذلك، تبين لنا أن هناك رأيين في مسألة جواز توريث المسلم من الكافر الأصلي، رأي يمنع منه ويدفع بتركة الكافر الأصلي إما إرثاً إلى أقاربه من أهل دينه، أو فيئاً إلى بيت مال المسلمين إن لم يكن له أقارب من أهل دينه، ورأي يجيز ذلك ويقسم تركة الكافر الأصلي إرثاً إما بين أقاربه المسلمين وغير المسلمين ممن يرثونه حسب المقادير الإسلامية، أو يورثها لإقاربه المسلمين فقط إن مات عن غير وارث من أهل دينه أو غيرهم ممن يرثونه.

أما نحن فنقول - وبكل تواضع - أن لنا في هذه المسألة رأياً ثالثاً نعتبره هو الراجح من وجهة نظرنا المتواضعة، يقوم على أساس التفريق بين الكافر الملي وغير الملي وبين المسلم المؤلف قلبه وغير المؤلف.

وبعد الإطلاع على الآراء الثلاثة في المسألة، فإننا يمكن أن نستنتج منها أن الوقائع محل الحكم الشرعي هما:

الأولى / كافر أصلي مات عن مال وليس له وارث من أهل دينه وله أقارب مسلمون، فما هو مصير التركة؟ هل تذهب فيئاً لبيت المال أم تقسم بين أقاربه المسلمين؟ وإذا أعطي لهم فهل يعطى على أنه إرث أم شيء آخر؟

الثانية / كافر اصلي مات عن مال وله وارث من اهل دينه وله أقارب مسلمون أيضاً^(١)، فهل يورث أقاربه المسلمون ابتداءً، أم يعطو ما بقي من التركة بعد أخذ الورثة من أهل دين المورث إستحقاقاتهم، أم أن باقي التركة يكون فيئاً لبيت المال أيضاً؟

وعليه فإننا سنستعرض الآراء الثلاث المتقدمة في ضوء هاتين الواقعتين حصراً.

وقبلولوج في إستعراض هذه الآراء الفقهية وتحليلها، الا يجب علينا أن نتساءل فيما إذا كان يسوغ لنا طرح رأي ثالث في المسألة أصلاً؟ سنقسم هذا الفرع إلى أربعة بنود: نخصص الأول لبيان مسألة إحداث قول ثالث بعد إنعقاد الإجماع على قولين، أما الثاني والثالث فسنخصصهما لتحليل المذهبين الأول والثاني على التوالي، ويكون البند الرابع لبيان الرأي الراجح.

البند الأول

مسألة إحداث قول ثالث بعد إنعقاد الإجماع على قولين

اختلف الأصوليون في مسألة جواز إحداث قول ثالث بعد إنعقاد الإجماع على قولين، اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال هي^(٢):

القول الأول: المنع مطلقاً، لانه كاتفاقهم على انه لا قول سوى هذين القولين، قال الاستاذ ابو منصور وهو قول الجمهور، قال الكيا الهراس الشافعي: انه الصحيح وبه الفتوى، وجزم به القفال الشاشي والقاضي ابو الطيب الطبري والرويانى والصيرفي ولم

١. يلاحظ ان الزوج لا يكون من ضمن ورثته المسلمين، لانه بمجرد إسلامه يفرق بينهما ومن ثم ينقطع سبب الميراث وهو الزواج الصحيح، وعليه فإسلام الزوج أو الزوجة الذي يترتب عليه التفريق بينهما يحصر سبب الميراث في القرابة دون النكاح الصحيح.

٢. أنظر: في تفصيل هذه الأقوال مع أدلتها: محمد بن علي الشوكاني / إرشاد الفحول / ت:

محمد سعيد البدرى / دار الفكر / بيروت / ١٩٩٢ / ط ١ / ج ١ / ص ١٥٧، علي بن محمد

الأمدي / الإحكام في أصول الأحكام / ت: سيد الجميلي / بيروت / دار الكتاب العربي /

١٤٠٤ / ط ١ / ج ١ / ص ٣٢٩ - ٣٣٤.

يحكى خلفه الا عن بعض المتكلمين، وحكى ابن القطان الخلاف في ذلك عن داود الظاهري.

القول الثاني: الجواز مطلقا، حكاه ابن برهان وابن السمعاني عن بعض الحنفية والظاهرية ونسبه جماعة منهم القاضي عياض الى داود وأنكر ابن حزم على من نسبه إلى داود.

القول الثالث: ويرى التفصيل، ذلك لأن القول الحادث بعد القولين ان لزم منه رفعهما لم يجز احداثه والا جاز، وروي هذا القول عن الشافعي واختاره المتأخرون من أصحابه ورجحه جماعة من الأصوليين منهم الآمدي وابن الحاجب واستدلوا له بأن القول الحادث الراجع للقولين مخالف لما وقع الإجماع عليه والقول الحادث الذي لم يرفع مخالف لهما بل موافق لكل واحد منهما من بعض الوجوه.

والقول الثالث هو الذي رجحه المتأخرون من محققي الأصوليين، ذلك لأن القول الثالث المفصل لا يرفع ما اتفق عليه القولان، بل يوافق كل واحد من القولين من وجه ويخالفه من وجه فهو جائز إذ ليس فيه خرق للإجماع، وذلك كما لو قال بعضهم باعتبار النية في جميع الطهارات وقال البعض بنفي اعتبارها في جميع الطهارات فالقول الثالث وهو اعتبارها في البعض دون البعض لا يكون خرقا للإجماع، لأن خرق الإجماع إنما هو القول بما يخالف ما اتفق عليه أهل الإجماع، وهاهنا ليس كذلك، فإن القائل بالنفي في البعض والإثبات في البعض قد وافق في كل صورة مذهب ذي مذهب فلم يكن مخالفا للإجماع لا في صورة اعتبار النية لكونه موافقا لقول من قال باعتبارها في الكل ولا في صورة النفي لكونه موافقا لمن قال بنفي الاعتبار في الكل.

ولتوضيح المسألة أكثر يمكن التمثيل بميراث الجد، فإنه إذا اتفقت الأمة على قولين وهما استقلاله بالميراث ومقاسمته للأخ فقد اتفق الفريقان على أن للجد قسطا من المال فالقول الحادث أنه لا يرث شيئا يكون خرقا للإجماع، وكذلك في مسألة النية في الطهارة إذا اتفقت الأمة فيها على قولين وهما اعتبار النية في جميع

الطهارات وعلى اعتبارها في البعض دون البعض فقد اتفق القولان على اعتبارها في البعض فالقول المحدث النافي لا اعتبارها مطلقا يكون خرقا للإجماع السابق^(١). وعليه فإن الرأي الثالث الذي نتبناه يصدق عليه هذا التفصيل الذي ذهب إليه جمهور الأصوليين كما قدمنا سابقاً، لأننا نتفق مع المانعين في عدم توريث المسلم من الكافر الملي، ونتفق مع المجوزين في توريث المسلم المؤلف قلبه من الكافر الملي.

البند الثاني

تحليل مذهب المانعين

يتلخص مذهب المانعين في أن مال الكافر الأصلي لا يورث لقربته من المسلمين، بل يورث فقط لأهل دينه أو غيرهم ممن يرثوه، فإن مات عن غير وارث أو عن وارث من دينه لا يستغرق ميراثه كل التركة فإن الباقي يكون فيئاً لبيت مال المسلمين.

وعليه فإن مذهب المانعين يتحلل إلى الأجزاء الآتية:

الجزء الأول / إن أختلاف الدين كمانع للتوارث يشمل كل مسلم وكل كافر أصلي.

الجزء الثاني / تركة الكافر الأصلي أو ما بقي منها تكون فيئاً.

الجزء الثالث / الفئ يذهب إلى بيت مال المسلمين.

دليل الجزء الأول:

إن الإرث رغم وجوده سببه وهو القرابة وتوفر شروطه (وفاة المورث وحياة الوارث بعده والعلم بجهة الإرث)، إلا أن وجود واقعة إختلاف الدين بين الوارث والمورث صارت مانعاً للتوارث بينهما، فقوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم) جعل من وجود القريب المسلم وجوداً واقعياً لا شرعياً، بمعنى أنه سلب منه صفة الوارث حقيقة وأبقى له صفة القريب، ومن ثم

١. أنظر: علي بن محمد الآمدي / الإحكام في أصول الأحكام / ت: سيد الجميلي / بيروت /

دار الكتاب العربي / ١٤٠٤ / ط ١ / ج ١ / ص ٣٣٢.

أصبحت التركة بلا وارث إن كان هو القريب الوحيد للمتوفى، لأنه ممنوع من الإرث بالإسلام.

دليل الجزء الثاني:

والدليل على كون تركة الكافر الأصلي أو ما بقي منها فيئاً هو قوله تعالى: (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ)^(١)، ذلك لأن الكافر الأصلي الذي مات عن وارث مسلم كأنما مات عن غير وارث، والكافر إن مات عن غير وارث أصبح ماله بلا مالك، لأنه قد خرج من ملك صاحبه بالموت ولم يدخل في ملك أحد، فيكون فيئاً، لذا فإننا نجد الفقهاء في تعريفهم للفيئ يشملون به تركة الكافر الذي يموت عن غير وارث كما يتضح من الآتي:

. جاء في كشف القناع: " ... الفيء أصله من الرجوع، يقال فاء الظل إذا رجع نحو المشرق.. وهو ما أخذ من مال كافر بحق الكفر بلا قتال... كجزية وخراج.... ومال من مات منهم ولا وارث له يستغرق..."^(٢).
. وجاء في منهاج الطالبين: " ... الفيء مال حصل من كفار بلا قتال وإيجاف خيل وركاب كجزية وعشر تجارة وما جلوا عنه خوفاً ومال مرتد قتل أو مات وذمي مات بلا وارث..."^(٣).

دليل الجزء الثالث:

قوله (صلى الله عليه وسلم) : (مَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلَيَّ وَرُبَّمَا قَالَ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلَوْرَثَتَهُ وَأَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ لَهُ وَارِثُهُ وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ يَعْقِلُ عَنْهُ وَبِرْثُهُ)^(١).

١. الحشر / ٧.

٢. أنظر: البهوتي / كشف القناع / ج ٣ / ص ١٠٠.

٣. أنظر: النووي / منهاج الطالبين / دار المعرفة / بيروت / ج ١ / ص ٩٣، وقريب من هذا

المعنى : محمد أمين ابن عابدين / حاشية على الدر المختار / دار الفكر / بيروت / ١٣٨٦ هـ

/ ط ٢ / ج ٤ / ص ١٣٧، الكاساني / بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١١٥.

والشاهد في هذا الحديث هو قوله (صلى الله عليه وسلم) "وَأَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ"، ومن المعلوم أنه صلى الله عليه وسلم لا يحوز شيئاً لنفسه، فعلم بأنه يأخذه لمصلحة المسلمين نيابة عنهم بصفته إماماً (رئيس دولة) لا نبياً.

البند الثالث

تحليل مذهب المجوزين

لم يكن من السهل تسليط الضوء على مذهب بعض فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء الجعفرية المجوزين لتوريث المسلم من الكافر، وذلك للأسباب الآتية:

. إن أصحاب هذا المذهب من الصحابة والتابعين لم تنقل مذاهبهم نقلاً مفصلاً ودقيقاً كما نقلت المذاهب الأربعة وخدمت عبر قرون طوال، وحتى عند نقل تلك المذاهب، فإن هذا النقل جاء في كثير من الأحيان خالياً من الدليل أو مقتصرًا على المجمل والمختصر منه.

. أما فقهاء الجعفرية ممن ناصرُوا هذا المذهب، فهم يستدلون له غالباً بأدلة خاصة بمذهبهم يصعب الاحتجاج بها على أصحاب مذهب منع التوريث وهم جمهور فقهاء أهل السنة والجماعة.

. إن هذا المذهب قد نقل عن طريق خصومه وفي معرض الرد عليهم تحديداً، ومهما كان الخصم أميناً في النقل والرواية إلا أنه لا يحيطها بنفس العناية التي قد يحيطها بها صاحبها، كما أن تحيزه النفسي لمذهبه لابد وأن يترك أثره سلباً على مذهب الخصم.

ورغم ذلك فإننا نستطيع أن نلخص هذا المذهب بأن مال الكافر الأصلي يورث لقربته من المسلمين أيضاً، لا لأهل دينه أو غيرهم ممن يرثوه فقط، فإن مات الكافر عن قريب مسلم فقط فإنه يحوز كل التركة، وإن مات عن قريب من دينه وآخر مسلم وزعت التركة بين المسلم وغيره حسب المقادير الإسلامية.

١. أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض برقم (٢٥١٢)، وأبن ماجه في كتاب الديات برقم (

٢٦٢٤) أحمد في مسند الشاميين برقم (١٦٥٤٧) وغيرهم.

والجزء الأهم الذي يقوم عليه هذا المذهب أنه يعتبر مانع إختلاف الدين غير منتج لأثره في حق المسلم تجاه الكافر دون العكس، ودليله على ذلك أن منع توريث المسلم من الكافر فيه إنقاص للإسلام وعلو لغيره عليه وهو ما يضاد قوله (صلى الله عليه وسلم): (الإسلام يعلو ولا يعلى)^(١)، وقوله (صلى الله عليه وسلم): (الإسلام يزيد ولا ينقص)^(٢)، كما أن إختلاف الدين لم يمنع من نكاح غير المسلمات من أهل الكتاب مع منعهم من نكاح المسلمات، ولا فرق بين الإرث والنكاح، فيجب أن لا يؤثر إختلاف الدين فيه أيضاً.

البند الرابع

الرأي الراجح

بيننا سابقاً أن مسألة الوصول إلى حكم شرعي راجح لتوريث المسلم من مال الكافر الأصلي يجب أن تتم في ضوء واقعيتين: الأولى هي موت الكافر عن قريب مسلم فقط، والثانية موته عن قريب مسلم وآخر على دين المتوفى، وضمن كل واقعة من هاتين الواقعتين نفرق بين الكافر الملي وغير الملي وبين المسلم المؤلف قلبه وبين غير المؤلف.

الواقعة الأولى / كافر أصلي مات عن مال وليس له وارث من أهل دينه وله أقارب مسلمون، فما هو مصير التركة؟ هل تذهب فيئاً لبيت المال أم تقسم بين أقاربه المسلمين؟ وإذا أعطي لهم فهل يعطى على أنه إرث أم شيء آخر؟

تندرج تحت هذه الواقعة ثلاث حالات:

الأولى: أن المسلم يمتلك إرثاً تركه الكافر غير الملي.

الثانية: أن المسلم المؤلف قلبه يمتلك إرثاً تركه الكافر.

الثالثة: أن المسلم يمتلك بالإستيلاء المباح تركه الكافر الملي.

ولكل حالة من هذه الحالات دليلها الخاص:

١. تقدم تخريجه.

٢. تقدم تخريجه.

دليل الحالة الأولى:

ورد في بعض ألفاظ حديث أسامة بن زيد (رضي الله عنه) (لا يتوارث أهل ملتين لا يرث المسلم الكافر ..)^(١) ولما كانت الملة تعني ما شرعه الله تعالى لعباده على لسان أنبيائه من أملت الكتاب إذا أملتته^(٢)، فإن هذه الزيادة الصحيحة تفسر إجمال لفظ " الكافر " بأنه الكافر الملي، أي من يتبع نبياً جاء بشرع وكتاب، فلا يشمل لفظ الكافر غير الملي كالملاحد والوثني والدهري وغيرهم، وعليه فإن الكافر الملي هو من يدين بدين سماوي وله نبي وكتاب، يشهد لهذا قوله تعالى (وَمَنْ أَحْسَنُ دِينًا مِمَّنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ وَاتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا)^(٣) وقوله تعالى (قُلْ إِنِّي هَدَانِي رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ دِينًا قِيمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ)^(٤)، ووجه الدلالة أنه تبارك وتعالى أبدل الملة من الدين في الآيتين الكريمتين.

والكافر الملي بهذا المعنى منحصر اليوم في اليهود والنصارى وربما المجوس والصابئة على خلاف فيهم بين العلماء^(٥)، أما الكافر غير الملي فيجوز للمسلم أن يرثه إستناداً لعموم أدلة توريث القريب من القريب، ويشهد له أيضاً الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من حديث الثوري عن حماد عن إبراهيم أنه قال: أهل الشرك نرثهم ولا يرثوننا^(٦).

دليل الحالة الثانية:

١. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى / ج ٦ / ص ٢١٨، وابن عبد البر في التمهيد / ج ٩ / ص ١٧١، أما تضعيف ابن حجر وصاحب خلاصة البدر المنير لهذا الحديث لأن فيه الخليل بن مرة، فأقول: إن الخليل هذا جرحه بعضهم إبهاماً وعدله آخرون والتعديل مقدم على الجرح المبهم، كما أن الحديث له إسناد آخر رواه ابن عبد البر ليس فيه الخليل، أنظر: تهذيب التهذيب / ابن حجر / ج ٣ / ص ١٤٦.

٢. أنظر: تفسير البضاوي / ج ١ / ص ٣٩٣، القرطبي / أحكام القرآن / ج ٢ / ص ٩٤.

٣. النساء / ١٢٥.

٤. الأنعام / ١٦١.

٥. أنظر: في هذا الخلاف: المغني / ج ٩ / ص ٢٦٣ ومابعداها.

٦. أنظر: ابن عبد البر / التمهيد / ج ٩ / ص ١٦٣.

والدليل على هذه الحالة هو تخصيص عموم لفظ المسلم الوارد في قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم) بالمصلحة المرسلة.

والمصلحة المرسلة: هي كل منفعة لم يشهد لها نص خاص بالإعتبار أو الإلغاء، وكانت ملائمة لمقصود الشارع وما تفرع عنه من قواعد كلية إستقرت من مجموع النصوص الشرعية^(١)، ذلك لأن المصلحة المرسلة دليل ظني والعام أيضاً ظني في دلالته عند جمهور الأصوليين، وتخصيص الظني بالظني جائز.

إن " الإستدلال بالمصلحة المرسلة إستدلال بأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، فهو إعمال للنصوص وليس شيئاً خارجاً عنها، كل ما في الأمر أنه لم يؤخذ من نص واحد معين، وإنما أخذ من مجموع نصوص وجملة أدلة، فهو معنى كلي راعاه الشرع في نصوصه، وسار عليه في أحكامه، وحينئذ لا يتصور وجود تعارض بين النص سواء أكان ظنياً أم قطعياً وبين المصلحة، لأن هذه المصلحة تقررها مجموعة نصوص، ولا يتصور عقلاً وشرعاً قيام مثل هذه التناقض أو التعارض في نصوص الشريعة"^(٢).

أما المخصص من عموم لفظ " المسلم " فهو الداخل حديثاً إلى الإسلام أو من يوشك على الدخول فيه، لأنه سيحرم من ميراث قريبه الكافر مما قد يحول بينه وبين الدخول في الإسلام، أو الثبات عليه إن كان من الداخلين فيه، ويشهد لهذه المصلحة أو المنفعة دليل من الكتاب العزيز والسنة الشريفة هما:

. قوله تعالى (والمؤلفة قلوبهم)^(٣)، فالداخل للإسلام حديثاً أو من يريد الدخول يعطى من المال ما يجعله راغباً في الإسلام، فالترغيب بالمال للدخول أو

١. أنظر: محمد أحمد بوركاب / المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي / دار

البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث / دبي / ط ١ / ٢٠٠٢ / ص ٦٤.

٢. أنظر: وهبة الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي / دار الفكر / دمشق / ط ١ / ١٩٨٦ / ج ٢ / ص ٨١١.

٣. التوبة / ٦٠.

الثبات على الإسلام جنس لعله يندرج تحتها المؤلفه قلوبهم والقريب المخالف في دينه لقريبه.

وقد ذكر الإمام القرطبي هذه العلة في تفسيره بعد ان ذكر أقوال السلف في معنى المؤلفه قلوبهم فقال: "... وهم قوم كانوا في صدر الإسلام ممن يظهر الإسلام يتألفون بدفع سهم من الصدقة إليهم لضعف يقينهم، قال الزهري: المؤلفه من أسلم من يهودي أو نصراني وإن كان غنيا، وقال بعض المتأخرين: اختلف في صفتهم فقليل: هم صنف من الكفار يعطون ليتألفوا على الإسلام وكانوا لا يسلمون بالقهر والسيف ولكن يسلمون بالعطاء والإحسان وقيل: هم قوم أسلموا في الظاهر ولم تستيقن قلوبهم فيعطون ليتمكن الإسلام في صدورهم وقيل: هم قوم من عظماء المشركين لهم أتباع يعطون ليتألفوا أتباعهم على الإسلام، قال (أي القرطبي) وهذه الأقوال متقاربة والقصد بجميعها الإعطاء لمن لا يتمكن إسلامه حقيقة إلا بالعطاء فكأنه ضرب من الجهاد.."^(١).

. قوله (صلى الله عليه وسلم) : فإنني أعطي رجالا حديثي عهد بكفر أتألفهم^(٢).

دليل الحالة الثالثة:

. الأصل في تركه الكافر الأصلي الذي يموت عن غير وارث من دينه أنها تكون فيئاً يذهب لبيت مال المسلمين، وبيت المال هو الجهة التي يؤول إليها كل مال استحاله المسلمون ولم يتعين مالكة منهم كالفيء، أي أن بيت المال يعتبر مجرد مستودع ومستقر لمجموع الأموال التي يملكها المسلمون ضمن الرقعة الجغرافية لدولتهم.

والسؤال المهم الذي يفرض نفسه بقوة هو: هل يوجد اليوم في زمننا الحاضر بيت لمال المسلمين يمكن أن تتعلق به الأحكام الشرعية؟

١. أنظر: تفسير القرطبي / ج ٨ / ص ١٧٨ - ١٧٩.

٢. أخرجه البخاري في كتاب المغازي برقم ٣٩٨٦ ومسلم في كتاب الزكاة برقم ١٧٥٣ وغيرهما من أصحاب السنن.

إن الوجود الشرعي من عدمه بالنسبة لبيت مال المسلمين يكون بتوفر شروط معينة، هذه الشروط يمكن أن نسميها شروط بيت مال المسلمين بتحققها يتحقق الوجود الشرعي له وبإنتفائها أو واحد منها ينتفي ذلك الوجود، ويمكن إجمال الأساسيات منها في إثنين: الشرط الشكلي والشرط الموضوعي.

الشرط الشكلي لبيت المال:

ونقصد به تخصيص مكان معين ضمن هيكل المؤسسات الحكومية في الدولة المسلمة وتسميته ببيت المال أو شيء مشابه مع تنظيم عمله بقواعد عامة ثابتة وإضفاء الصفة الرسمية عليها.

وهذا الشرط الشكلي قد يكون موجوداً في العديد من الدول المسلمة، وقد تعلق الأمر بالعراق، فإن نظرة سريعة في بعض النصوص القانونية توحى بوجود مثل هذه المؤسسة شكلياً.

فقد جعلت المادة (٨٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المستحقين للتركة أربعة أصناف كان آخرهم بيت المال، كما أن المادة (٢/٢١) من القانون المدني العراقي أوجت بحكم مشابه، لكن في الواقع القانوني والإداري للدولة العراقية لا يوجد اليوم ما يسمى ببيت المال، أما إستحقاق بيت المال كوارث لتركة من لا وارث له، فإنه يذهب إيراداً للخزينة العامة أي وزارة المالية.

الشرط الموضوعي لبيت المال:

ونقصد به إنتظام الإيرادات المالية الداخلة الى بيت المال - أو ما ينوب عنه - والنفقات الخارجة منه وفق الضوابط الشرعية، بمعنى أن نجد فيه ما أوجب الشرع الحنيف وجوده فيه وأن ينفق هذا الموجود على من يستحقه أيضاً وفق ما أوجب الشرع الحنيف.

وتمام التحقق من هذا الشرط يكون بمعرفة ماهية الإيرادات والنفقات المالية الموافقة للضوابط الشرعية^(١).

١. أنظر: الماوردي / الأحكام السلطانية / دار الكتب العلمية / ص ٢٢٦.

أما إيرادات بيت المال فيمكن ردها إلى أربعة أنواع من الأموال: أحدها الزكاة والعشور، والثاني خمس الغنائم والمعادن والركاز، والثالث خراج الأراضي وجزية الرعوس وما صولح عليه بنو نجران من الحل وبنو تغلب من الصدقة المضاعفة وما أخذته العشائر من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب، والرابع ما أخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثاً أصلاً، أو ترك زوجاً، أو زوجة^(١).

ونظرة منصفة إلى واقعنا المعاصر تقطع بأن غالب - إن لم يكن كل - هذه الإيرادات الشرعية لا تجبى اليوم إلى المؤسسات المالية في الدول المسلمة، بل الأدهى والأمر من ذلك أنه قد استبدل بهذه الإيرادات الشرعية مسميات أخرى ما أنزل الله بها من سلطان، حتى أن بعض تلك الإيرادات الشرعية كعشور التجارة وهي رسوم مالية كانت تفرض على التجار غير المسلمين إذا دخلوا بتجارهم إلى الدولة المسلمة، أصبحت اليوم تفرض على المسلمين وأسقطت عن غيرهم.

أما الحديث عن النفقات الشرعية الواجبة على بيت المال فأصبح من باب الترف الفكري بعد أن خلا بيت المال أصلاً من الإيرادات الشرعية أو كاد.

ويمكن إعتبار عدالة الإمام - الحاكم المسلم - متمماً ضرورياً من متممات الشرط الموضوعي لوجود بيت المال، والمراد بالعدالة هنا أن رئيس الدولة أو من ينوب عنه يقوم بتوزيع إيرادات بيت المال على مستحقيها من الفقراء والمساكين وغيرهم وفق ضوابط الشريعة الإسلامية بحيث يعطي لكل ذي حق حقه، هذا على أن يكون الحاكم قد تولى منصبه بطريق شرعي صحيح، وما دون هذا وذاك اليوم خطر القتاد إلا ما رحم ربي.

ولعل هذا ما حدا ببعض المتأخرين من الفقهاء المسلمين الذين ينتمون إلى مذاهب تعتبر بيت المال وارثاً، حداهم إلى عدم توريث بيت المال ورد الباقي من التركة على ذوي الفروض وتوريث ذوي الأرحام خلافاً لأصول مذهبهم بعدم التوريث، وعللوا ذلك بعدم إنتظام بيت المال وجعلوا من أهم أسبابه عدم عدالة الإمام^(٢).

١. أنظر: الكاساني / بدائع الصنائع / ج ٢ / ص ٦٨.

٢. أنظر: حاشية الدسوقي / ج ٤ / ص ٤٦٨، زكريا الأنصاري / شرح منهج الطلاب مع حاشية

الجمال / ج ٤ / ص ٨ - ٩.

وقد جاء في شرح الإمام محمد بن سبط المارديني على متن الرحبية في
الفرائض عند قول الناظم:

أسباب ميراث الوري ثلاثة كل يفيد ربه الوراثه
وهي: نكاح وولاء ونسب ما بعدهن للمواريث سبب

".. وقوله ما بعدهن للمواريث سبب، أي ليس بعد هذه الأسباب الثلاثة سبب رابع
مجمع عليه ولا مختلف فيه عندنا، لأن بيت المال - وإن كان سبباً رابعاً على
الأصح في أصل مذهبنا - فقد أطبق المتأخرون على إشتراط إنتظام بيت المال،
ونقله ابن سراقه - وهو من المتقدمين - عن علماء الأمصار، وقد أيسنا من
إنتظامه إلى أن ينزل عيسى عليه السلام، فلذلك نفاه الناظم"^(١).

أقول: كلام هذا الإمام الجليل المولود سنة ٨٢٦هـ صدر عنه قبل ستة قرون تقريباً
وكان يومها الإسلام والمسلمون بخير، فكيف يقول لو بعث اليوم بين أظهرنا وشهد
ما نشهد من الفساد والرشوة والظلم والنهب المنظم لثروات المسلمين ولا حول ولا قوة
إلا بالله العظيم.

لذا فنحن نجزم بإنعدام وجود بيت المال من الناحية الشرعية، وإن كنا لا
نستبعد إنعدامه أيضاً حتى من الناحية الواقعية.

جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل "...وقال ابن ناجي في شرح
الرسالة في آخر باب زكاة العين والحرث في شرح قوله: "وفي الركاز الخمس" ما
نصه: "فإن كان الإمام عدلاً دفع الواجد الخمس له يصرفه في محله، وإن كان غير
عدل، فقال مالك يتصدق به الواجد ولا يرفعه إلى من يغيب به، وكذلك العشر وما
فضل من المال على الورثة ولا أعرف اليوم بيت مال، وإنما هو بيت ظلم انتهى.
فكلامهم في هذه المواضع كلها يبين أن بيت المال في زماننا هذا معدوم، والله
أعلم"^(٢).

لكن عدم الوجود الشرعي لبيت مال المسلمين لا يصح أن يكون سبباً مسقطاً
لحقوق المسلمين فيه، لأنه مجرد مستودع لمال المسلمين، لا يثبت بوجوده حق ولا

١. أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية / ص ٢٠ - ٢١.

٢. أنظر: الخرشي / شرح على مختصر خليل / دار الفكر / ج ٨ / ص ٦٢.

يزول بزواله، لأن ملكية الأموال التي تودع فيه أو التي كان من المفروض أن تودع فيه تعود للمسلمين جميعاً لا إليه بالذات، بمعنى أن لكل فرد مسلم - مستحق بصفة الفقر أو المسكنة أو غيرها - حصة شائعة في بيت المال، والدليل على هذا أثر روي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه)، فقد روى البيهقي في سننه الكبرى قال: أخبرنا أبو حازم أنبأ أبو الفضل أنبأ أحمد أنبأ سعيد ثنا أبو الأحوص ثنا سماك بن حرب عن بن عبيد بن الأبرص قال: شهدت علياً (رضي الله عنه) في الرحبة وهو يقسم خمسا بين الناس فسرق رجل من حضرموت مغفر حديد من المتاع فأتني به علي (رضي الله عنه) فقال: ليس عليه قطع، هو خائن وله نصيب^(١).

ووجه الدلالة أن للمسلم نصيب في المال العام قبل إفرازه وتوزيعه على مستحقيه.

ولما كان أقارب الكافر الأصلي من المسلمين، فإن لهم حق في بيت المال بشكل عام، وفي الفئ بشكل خاص لأنه يصرف في مصالح المسلمين عند جمهور الفقهاء، كل ما في الأمر أن هذا الحق غير مقدر بل هو حصة شائعة فيه، فإن القرابة من الميت تقوم مقام الفرز والتخصيص لحقهم في بيت المال وذلك بتمكينهم من تركة قريبهم المتوفى، إلا أنهم لا يملكونها بحق الميراث وإنما بإعتباره مالاً مباحاً لا مالك له وهو تحت أيديهم فيتملكونه بالإستيلاء عوضاً عن حقهم في بيت المال المعدم، أو لجور الحاكم، ولأن أخذ حقهم بشكل صريح وواضح معسور وأخذ جزء منه متمثلاً بتركة القريب الكافر ميسور والقاعدة الفقهية تقول: الميسور لا يسقط بالمعسور.

ودليل تخصيص أقارب الكافر الأصلي المسلمين بميراثه دون بقية المسلمين - مع أن بيت المال لهم جميعاً - هو القياس على الأخ الشقيق، فقد إنعقد الإجماع على أنه مقدم على الأخ لأب أو لأم بجامع أن ذا السببين مقدم على ذي السبب

١. أنظر: البيهقي / السنن الكبرى / ج ٨ / ص ٢٨٢.

الواحد في القرابة، فكذا في هذه الحالة فإن القريب المسلم مقدم على باقي المسلمين لأن فيه صفة القرابة فضلاً عن صفة الإسلام فيقدم على باقي المسلمين^(١).

وجاء في حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج ما يسند رأينا هذا:
"ظاهره أن محل جواز الأخذ فيما لم يفرز منه لأحد من مستحقيه، أما ذلك فيملكه من أفرز له، فلا يجوز لغيره أخذ شيء منه، ومن أموال بيت المال التركات التي تتول لبيت المال فمن ظفر بشيء منها جاز له أن يأخذ منه قدر ما كان يعطاه من بيت المال، وهو يختلف باختلاف كثرة المحتاجين وقتلتهم، فيجب عليه الاحتياط فلا يأخذ إلا ما كان يستحقه لو صرفه أمين بيت المال على الوجه الجائز، ويجوز أيضاً أن يأخذه منه لغيره ممن عرف احتياجه ما كان يعطاه"^(٢).

وقد عثرت على كلام بديع لابن عابدين في حاشيته على الدر المختار يصب في صميم هذه المسألة، لذا فسأذكره نصاً للفائدة "مطلب فيمن له حق في بيت المال وظفر بشيء من بيت المال ونقل في القنية عن الإمام الوبري أن من له حظ في بيت المال وظفر بمال وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة" اهـ ونظمه في الوهبانية وفي البزازية قال الإمام الحلواني: إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه في زماننا؛ لأنه لو أعطاه لبيت المال لضاعت؛ لأنهم لا يصرفونه مصارفه، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصرف. اهـ. وقدم الشارح هذا في باب العشر من كتاب الزكاة وظهره أن من له حظ في بيت المال بكونه فقيراً أو عالماً أو نحو ذلك، ووجد ما مرجعه إلى بيت المال من أي بيت من البيوت الأربعة الآتية في آخر الجزية له أخذه ديانة بطريق الظفر في زماننا، ولا يتقيد أخذه بأن يكون مرجع المأخوذ إلى البيت الذي يستحق منه، وإلا فمصرف تركه بلا وارث ولقطة وهو لقيط فقير وفقير لا ولي له، وقوله: فإذا كان من أهله أي من أهل بيت المال غير مقيد بكونه من أهل ذلك البيت. كما هو

١. أنظر: أبو الفرج بن رجب الحنبلي / القواعد / المكتبة العصرية / بيروت / ط ١ / ٢٠٠٥ / ص ٢٦٦.

٢. أنظر: عبد الحميد الشرواني / حاشية على تحفة المحتاج شرح المنهاج / دار الفكر / بيروت / ج ٧ / ص ١٣٢.

ظاهر كلام الوبري أيضاً؛ لأنه لو تقيّد بذلك، لزم أن لا يأخذ مستحق شيئاً؛ لأن بيت المال في زماننا غير منتظم، وليس فيه بيوت مرتبة، ولو رد ما وجده إلى بيت المال لزم ضياعه لعدم صرفه الآن في مصارفه كما حررناه في باب العشر من الزكاة..^(١)

الواقعة الثانية / كافر أصلي مات عن مال وله وارث من أهل دينه وله أقارب مسلمون أيضاً، فهل يورث أقاربه المسلمون ابتداءً، أم يعطو ما بقي من التركة بعد أخذ الورثة من أهل دين المورث إستحقاقاتهم، أم أن باقي التركة يكون فيئاً لبيت المال أيضاً؟

وتتدرج تحت هذه الواقعة حالتان:

الأولى: يتقاسم المسلم بالإرث تركة الكافر غير الملي مع بقية أقاربه الوارثين حسب الشريعة الإسلامية.

الثانية: يتقاسم المسلم المؤلف قلبه بالإرث تركة الكافر الملي (الذمي) مع بقية أقاربه الوارثين حسب الشريعة الإسلامية وبشرط رفع الأمر إلى القاضي المسلم.

دليل الحالة الأولى:

دليل هذه الحالة هو دليل توريث المسلم من تركة الكافر غير الملي نفسه، وقد بيناه سابقاً، وتوريث أقارب الكافر غير الملي من تركة قريبهم دليله عموم آيات الميراث وأحاديثه، لأن الإرث حكم شرعي وضعي لا يشترط في المخاطب به الإسلام.

دليل الحالة الثانية:

هذه الحالة تتكون من ثلاثة أجزاء: الأول: تقاسم المسلم المؤلف قلبه بالإرث تركة الكافر الملي (الذمي) مع بقية أقاربه الوارثين، والثاني: وإشتراط رفع الأمر إلى القاضي، أما الثالث: فهو توزيع التركة حسب الشريعة الإسلامية، وفيما يأتي دليل كل جزء على الترتيب:

دليل الجزء الأول:

١. أنظر: محمد أمين بن عابدين / رد المحتار على الدر المختار / دار الكتب العلمية / ج ٤ / ص ١٥٩.

. إن الأصل في تركة الكافر الملي (الذمي) أنها تورث لأقاربه من أهل دينه، ودليل ذلك كما ذكرنا آنفاً هو عموم آيات الميراث وأحاديثه، لأن الإرث حكم شرعي وضعي لا يشترط في المخاطب به الإسلام.

. لكن هذا الأصل يعارضه أمر آخر وهو أن الأصل في الكافر الملي (الذمي) أن يكون حربياً لقوله تعالى: (قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ)^(١)، ومال الكافر الحربي مباح للمسلم في دار الإسلام، لكن الكافر الحربي إذا أصبح ذمياً بموجب عقد الذمة، أي العهد من الإمام - أو ممن ينوب عنه - فإنه يأمن على نفسه وماله نظير التزامه الجزية ونفوذ أحكام الإسلام.

. إن عقد الذمة يرتب إلتزامات متقابلة على طرفيه، فهو يوجب على المجتمع المسلم (بشخص وكيله وهو الإمام) أن يؤمن أهل الذمة على أرواحهم وأعراضهم وأموالهم، ويرتب على أهل الذمة دفع الجزية والخضوع لأحكام القانون الإسلامي، لكننا نجد اليوم أن أهل الذمة في المجتمعات المسلمة قد أخلوا - أو تخلوا - عن إلتزامهم بدفع الجزية فوجب في المقابل إسقاط الإلتزام المترتب على المسلمين والذي يقابل دفع الجزية وهو المحافظة على أموال أهل الذمة، لكن هذا الإسقاط لا يعني سلب ما بأيديهم من أموال بالقوة والإكراه، وإنما تعويض المجتمع المسلم عن إيراد مالي فقده - ألا وهو الجزية - تحقيقاً للعدالة والمساواة بين طرفي العقد، وأولى المسلمين بهذا التعويض المالي هم أقارب الكافر من المسلمين لعموم قوله تعالى (وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ)^(٢) لذا فإن توريثهم من تركته يكون مباحاً وصحيحاً لعذر إمتناع أهل الكتاب عن دفع الجزية.

وليس لقائل أن يقول إن ترك دفع الجزية يستلزم نقض العقد من أصله فتستحل أرواح أهل الكتاب وأعراضهم فضلاً عن أموالهم، ذلك لأن العقد لا

١. التوبة / ٢٩.

٢. الأحزاب / ٦.

ينقض بمجرد فقد شرط من شروطه أو الإخلال بالتزام من إلتزاماته، وإنما يكتفى بإسقاط الإلتزام المقابل تحقيقاً للعدالة ولأن الضرورة تقدر بقدرها وهو يشبه ما يعرف بتفريق الصفقة، فيبقى عقد الذمة صحيحاً منتجاً لآثاره باستثناء تلك التي تقابل شرط دفع الجزية وهي إباحة تركة الذمي لإقاربه المسلمين مع عدم حرمان غير المسلمين منها، حتى أن أموال أهل الكتاب لا تحل لكل أحد، وإنما تؤول إلى الأقارب المسلمين بعد وفاة قريبهم الملي (الكتابي) حصراً، بمعنى آخر أن مال الكافر الملي الذي امتنع عن دفع الجزية بشروطها يفقد صفة المحترمية، لكنه يفقدها تجاه أقاربه المسلمين وبعد وفاته، ذلك لأن التركة وخاصة المنقول منها غالباً ما تكون بيد الورثة عند وفاة مورثهم، كما أن هذا الحكم لا يحرم ورثة الكافر الملي من تركة مورثهم بالكلية، وإنما يشرك معهم أقاربهم المسلمين معهم وهم في الغالب إخوانهم أو أبنائهم^(١).

. أما عن تملك التركة بالإرث مع أنها في الحقيقة في حق القريب المسلم فلها دليل من القرآن الكريم، فإن اليهود لما نقضوا عهدهم مع رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أمره الله تعالى بقتالهم، فلما فقد المجتمع المسلم مورد الجزية عوضهم الله تعالى عنه بأموالهم فقال عز من قائل: (وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضاً لَمْ تَطْنُوهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرًا)^(٢)، فسمى الغنيمة إرثاً إشارة إلى جواز إستخلاف المسلم للكافر الملي بعد موته.

دليل الجزء الثاني:

. إن غالب الآثار التي حكى مذهب الصحابة والتابعين القائلين بجواز توريث المسلم من الكافر قد جاء فيها أن ذلك قد تم قضاءً أو بعد منازعة وليس على سبيل الفتوى، كما أنها لم تذكر غير أهل الكتاب (اليهود والنصارى)، فالإقتصار على مورد النص هو الأسلم خاصة في مسألة يخالف فيها جمهور الفقهاء، ولعل تمام الخبر الذي أخرجه الإمام مالك

١. أما إذا دفع الذمي الجزية فإن تركته تقسم على أقاربه من أهل دينه فقط ويمنع عنها المسلمون.

٢. الأحزاب / ٢٧.

في عمة ابن الأشعث اليهودية التي ماتت وجاء يطلب ميراثها من أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) يوضح ذلك:

(عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْأَشْعَثِ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَمَّهُ لَهُ يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ تَوَفَّيَتْ وَأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْأَشْعَثِ ذَكَرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَقَالَ لَهُ مَنْ يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا ثُمَّ أَتَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ أَتُرَانِي نَسَيْتُ مَا قَالَ لَكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا)^(١).

فهذا الأثر يبين لنا أمرين، أولهما أن المتوفاة هي إما يهودية أو نصرانية أي من أهل الكتاب، وثانيهما أن محمد بن الأشعث قد راجع عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ليحكم له بميراث عمة فإمتنع عن ذلك، وبعد تولي عثمان (رضي الله عنه) الخلافة راجعه أيضاً فأصر عثمان على رأي عمر، أي أن ابن الأشعث ما كان ليحوز تركة عمة الكتابية بدون إذن الإمام، والقاضي هو نائب عن الإمام كما هو معروف . إن فسخ العقد أو تعديل بعض الإلتزامات المرهقة فيه أمر موكول إلى القاضي هو الذي يقدره، فإن رأى أن القريب المسلم يستحق نصيباً من تركة قريبه المتوفى أعطاه منها، وإن لم تتوفر لديه أسباب معقولة لم يورثه منها.

دليل الجزء الثالث:

إن توزيع التركة بين الورثة المسلمين وغيرهم يكون وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لأن المسلم لا يجوز له الإحتكام لغير الشرع الحنيف لقوله تعالى (فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً)^(٢).

وقد جاء في تفسير القرطبي "...فأما أهل الذمة فهل يجب علينا الحكم بينهم إذا ترفعوا إلينا قولان للشافعي، وإن ارتبطت الخصومة بمسلم يجب

١. أخرجه مالك في كتاب الفرائض برقم (٩٦١) .

٢. النساء / ٦٥ .

الحكم، قال المهدوي: أجمع العلماء على أن على الحاكم أن يحكم بين المسلم والذمي^(١)، والحاكم المسلم لا يسوغ له الحكم بغير الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

ميراث المسلم من المرتد

الردة لغة الرجوع، وشرعاً قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل سواء قاله استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً^(٢).

ويشترط لصحة الردة العقل والبلوغ والإختيار، ولا يقضى بالردة إلا بشهادة رجلين عدلين أمام القاضي، وتجب إستتابة المرتد وإزالة ما عرض له من شبهة وشكوك^(٣)، "...ويقتله الإمام أو نائبه إن كان حراً لأنه قتل مستحق لله تعالى فكان للإمام وللمن

١. أنظر: تفسير القرطبي / ج ٦ / ص ١٨٤ - ١٨٥.

٢. أنظر: النووي / منهاج الطالبين / ج ١ / ص ١٣١.

٣. أنظر: النووي / منهاج الطالبين / ج ١ / ص ١٣١.

أذن له الإمام كرجم الزاني هذا إن لم يقاتل، فإن قاتل جاز قتله لكل من قدر عليه... ويقتل بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القتلة فإن خالف وقتله بغير ضرب العنق أو قتله غير الإمام أو نائبه بغير إذنه عزز الأول لعدوله عن الأمور به والثاني لافتيائه على حق ولي الأمر، ولا شيء عليه من قصاص أو دية^(١).

لا خلاف بين فقهاء المذاهب في أن المرتد - وهو من ترك الإسلام بإرادته واختياره - لا يرث أحدا ممن يجمعه وإياهم سبب من أسباب الميراث، لا من المسلمين، ولا من أهل الدين الذي انتقل إليه، أو أي دين آخر خلافه، لأنه لا يقر على الدين الذي انتقل إليه، ولأنه صار في حكم الميت، وكذلك المرتدة لا ترث أحدا، لأن مذهب جمهور الفقهاء^(٢) في المرتد هو أن يتوب ويرجع إلى الإسلام أو يقتل إن أصر على رده، وعلى ذلك فلا معنى مطلقا لأن يقال بأنه يرث أحدا من المسلمين أو غير المسلمين^(٣).

لكن الفقهاء اختلفوا في حكم ميراث المسلم من المرتد على أربعة مذاهب، سنفرد فرعاً مستقلاً لكل مذهب على التوالي وفرعاً خامساً نخصه لبيان موقف التشريع العراقي، أما الفرع السادس فنخصه للمناقشة والترجيح.

الفرع الأول

المذهب الأول (المانعون)

ذهب ربيعة بن عبد العزيز وابن أبي ليلى وأبو ثور^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦)، وهي الرواية المشهورة عند الحنابلة^(١) وأبن حزم الظاهري^(٢) والشوكاني^(٣) إلى أن المرتد لا

١. أنظر: الخطيب الشربيني / مغني المحتاج / ج ٤ / ص ١٤٠.

٢. وخالف في ذلك الحنفية فقالوا أن المرتدة لا تقتل، وستأتي أدلتهم والرد عليها لاحقاً إن شاء الله.

٣. أنظر: الموسوعة / ج ٣ / ص ٢٥، المغني / ج ٦ / ص ٢٤٦.

٤. أنظر: تفسير القرطبي / ج ٣ / ص ٤٩.

٥. أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / دار إحياء الكتب العربية / ج ٤ / ص ٤٨٧.

٦. أنظر: مغني المحتاج / ج ٣ / ص ٢٥.

لا يرثه أحد من المسلمين أو غيرهم ممن انتقل إلى دينهم بل ماله كله - إن مات أو قتل على رده - **يكون فينا وحق لبیت المال**.

وفيما يأتي بعض النقول الفقهية التي تبين المذهب:

- جاء في القوانين الفقهية لابن جزي المالكي: " .. وإن لم يتب (أي المرتد) وجب عليه القتل ولا يرثه ورثته من المسلمين ولا من الكفار بل **يكون ماله فينا للمسلمين** إلا أن يكون عبدا فماله لسيده وإذا ارتدت المرأة فحكمها كالرجال .. "(٤).
- جاء في كشف القناع من كتب الحنابلة: "...والمرتد لا يرث أحدا من المسلمين ولا من الكفار؛ لأنه لا يقر على ما هو عليه، فلم يثبت له حكم دين من الأديان... ولا يرث المرتد أحد من المسلمين؛ لأن المسلم لا يرث من الكافر ولا من غير المسلمين؛ لأنه يخالفهم في حكمهم؛ لأنه لا يقر على ما هو عليه من الردة، فإن مات المرتد ولو أنثى في رده فماله **فيء يوضع في بيت المال** للمصالح العامة وليس وارثا.... بل جهة ومصلحة..."(٥).
- جاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "... ولا يرث مرتد بحال إذ لا سبيل إلى توريثه من مثله لأن ما خلفه فيء، ولا من كافر أصلي للمنافاة بينهما لأنه لا يقر على دينه وذاك يقر، ولا من مسلم لخبر (لا يرث المسلم الكافر) وإن عاد إلى الإسلام بعد موت مورثه، وما ادعاه ابن الرفعة من أنه إذا أسلم بعد موت مورثه أنه يرثه رده السبكي وقال إنه مصادم للحديث وخرق للإجماع، قال وممن نقل الإجماع على أن المرتد لا يرث من المسلم شيئا وإن أسلم بعد ذلك الأستاذ أبو منصور البغدادي، **ولا يورث بحال بل ماله**

١. أنظر: كشف القناع / ج ٤ / ص ٤٧٨، قال القاضي: هي الصحيح في المذهب.

٢. أنظر: المحلى / ج ٨ / ص ٣٣٧ - ٣٤١.

٣. أنظر: نيل الأوطار / ج ٦ / ص ١٩٤.

٤. أنظر: ابن جزي / القوانين الفقهية / ج ١ / ص ٢٣٩.

٥. أنظر: كشف القناع / ج ٤ / ص ٤٧٨.

يكون فيئا لبيت المال سواء اكتسبه في الإسلام أم في... والزندق كالمرتد فلا يرث ولا يورث وهو من لم يتدين بدين وكذا نصراني تهود أو نحوه...^(١).

• يقول ابن حزم الظاهري في المحلى: "... ولا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم - المرتد وغير المرتد سواء - إلا أن المرتد مذ يرتد فكل ما ظفر به من ماله فليبيت مال المسلمين -رجع إلى الإسلام أو مات مرتداً، أو قتل مرتداً، أو لحق بدار الحرب - وكل ما لم يظفر به من ماله حتى قتل أو مات مرتداً فلورثته من الكفار، فإن رجع إلى الإسلام فهو له، أو لورثته من المسلمين إن مات مسلماً...^(٢).

• يقول الشوكاني في نيل الأوطار: "... والحاصل أن أحاديث الباب قاضية بأن لا يرث المسلم من الكافر لا فرق بين أن يكون حريباً أو ذمياً أو مرتداً فلا يقبل التخصيص إلا بدليل..^(٣).

ومن كل النقول المتقدمة نتبين أن أدلة المانعين لتوريث المسلم من المرتد هي ذاتها أدلة مانعي توريث المسلم من الكافر الأصلي التي تقدم ذكرها ومناقشتها سابقاً، وهي في مجملها ترجع إلى الكتاب والسنة والقياس وقول الصحابي:

أولاً / الدليل من الكتاب العزيز:

. عموم قوله تعالى: (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)^(٤).
. عموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض)^(٥)، ووجه الدلالة أن الميراث قائم على أساس الموالاة، الموالاة، وهي مقطوعة بين المسلم والكافر.

ثانياً / الأدلة من السنة النبوية:

-
١. أنظر: مغني المحتاج / ج ٣ / ص ٢٤.
 ٢. أنظر: المحلى / ج ٨ / ص ٣٣٧.
 ٣. أنظر: الشوكاني / نيل الأوطار / ج ٦ / ص ١٩٤.
 ٤. التوبة / ٧١.
 ٥. المائدة / ٥١.

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم)^(١)، والمرتد كافر فلا يرثه المسلم.

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يتوارث أهل ملتين شتى)^(٢).
. قوله (صلى الله عليه وسلم) : (وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور)^(٣)، وفيه تقرير لفعل عقيل على ميراثه من أبيه أبي طالب وقد مات على الكفر فورثه عقيل قبل إسلامه.

. عن البراء بن عازب (رضي الله عنه) قال: مر بي خالي أبو بردة ومعه الراية فقلت إلى أين تذهب فقال أرسلني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أقتله وأخذ ماله^(٤).

ثالثاً / الدليل من القياس:

إن المرتد لا يرث أحداً فلا يرثه أحد كالرقيق يوضحه أنه لا يرثه من يوافقه في الملة، والموافقة في الملة سبب التوريث، والمخالفة في الملة سبب الحرمان، فلما لم يرثه من يوافقه في الملة مع وجود سبب التوريث فلأن لا يرثه من يخالفه في الملة أولى، وإذا انتفى التوريث عن ماله فهو في أحد الوجهين؛ لأنه مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً للمسلمين، وفي الوجه الآخر هو مال ضائع فمصيره بيت المال كالذمي إذا مات، ولا وارث له من الكفار يوضع ماله في بيت المال...^(٥).

١. تقدم تخريجه.

٢. تقدم تخريجه.

٣. تقدم تخريجه.

٤. أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله برقم (١٢٨٢) والنسائي في كتاب النكاح برقم (٣٢٨٠) وأبو داود في كتاب الحدود برقم (٣٨٦٥) وأبن ماجه في كتاب الحدود برقم (٢٥٩٧) وغيرهم، وصححه الألباني، أنظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل / محمد ناصر الدين الالباني بإشراف محمد زهير الشاويش / ج ٨ / المكتب الاسلامي / الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م / ص ١٨ - ١٩.

٥. أنظر: السرخسي / المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٠.

رابعاً / الدليل من قول الصحابي:

قول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في عمة الأشعث بن قيس عندما ماتت وكانت يهودية: يرثها أهل دينها^(١).

الفرع الثاني

المذهب الثاني (المجوزون)

ذهب أبو بكر الصديق وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت (رضي الله عنهم) والحسن البصري وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وجابر بن زيد وحماد بن الحكم والشعبي والحكم والليث بن سعد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وزفر وابن شبرمة والثوري والأوزاعي وشريك وإسحاق بن راهويه وجمهور الشيعة الإمامية^(٢) إلى جواز توريث القريب المسلم الموجود على قيد الحياة وقت قتل أو موت قريبه المرتد من تركة الأخير رجلاً كان أم امرأة^(٣).

وعليه فنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لأدلة المذهب، والثاني لتحديد زمن التوريث.

البند الأول

أدلة المذهب

أستدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة من الكتاب والإجماع والقياس^(٤):

أولاً / الأدلة من الكتاب العزيز:

١. أخرجه مالك في كتاب الفرائض برقم (٩٦١) والدارمي في كتاب الفرائض برقم (٢٨٦٢).

٢. أنظر: الصدوق / من لا يحضره الفقيه / ت: على أكبر غفاري / نشر جامعة المدرسين / ط ٢ / ١٤٠٤ هـ / ج ٤ / ص ٣٣٤.

٣. أنظر: محمد بن محمد السجاوندي / شرح السراجية في فرائض الحنفية / المطبعة الأزهرية المصرية / ١٣٢٦ هـ / ط ١ / ص ٨، الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ص ٢٦.

٤. أنظر: المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٠.

. ظاهر قوله تعالى: (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك)^(١)، والمرتد هالك؛ لأنه ارتكب جريمة استحق بها نفسه فيكون هالكا.

. ظاهر قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم)^(٢)، يقتضي توريث المسلم من المرتد إذ لم يفرق بين الميت المسلم وبين المرتد.

ثانياً / الدليل من الإجماع:

إن علياً (رضي الله عنه) قتل المستورد العجلي على الردة، وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً، وذلك مروي عن ابن مسعود ومعاذ رضي الله تعالى عنهما، والمعنى فيه أنه كان مسلماً مالكا لماله فإذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات المسلم^(٣).

ثالثاً / الدليل من القياس:

إن الردة هالك، فإنه يصير بها حربياً، وأهل الحرب في حق المسلمين كالموتى إلا أن تمام هلاكه حقيقة بالقتل أو الموت، فإذا تم ذلك استند التوريث إلى أول الردة، وقد كان مسلماً عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم في ماله، ويكون هذا توريث المسلم من المسلم، وهذا لأن الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار إذا أجزى يثبت الملك من وقت العقد حتى أن المبيع يستحق بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعاً، فعلى هذا الطريق يكون فيه توريث المسلم من المسلم^(٤).

البند الثاني

تحديد زمن التوريث

يترتب على القول بتوريث أقارب المرتد المسلمين من ماله وجوب تحديد اللحظة الزمنية لذلك التوريث، بمعنى آخر هل يرثه أقاربه المسلمون الذين كانوا

١. النساء / ١٧٦.

٢. النساء / ١١.

٣. أنظر: التمهيد / ج ٩ / ص ١٦٦. ويروى أن علي بن أبي طالب جعل ميراث المرتد لورثته من المسلمين، أخرجه الدارمي في كتاب الفرائض برقم (٢٩٤٦).

٤. أنظر: المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٠.

موجودين وقت رده أو وقت موته أو لحاقه بدار الحرب؟ أو من كانوا موجودين وقت رده ووقت موته؟

يجب التفريق بين المرتد الذي يموت أو يقتل وبين المرتد الذي يلحق بدار الحرب:

أولاً / المرتد الذي يموت أو يقتل:

اختلفت الروايات عن الإمام أبي حنيفة في ذلك ثلاثاً:

. فروى الحسن بن زياد عنه أن الوارث للمرتد من كان وارثاً له وقت رده وبقي إلى موت المرتد، أما من حدث له صفة الورثة بعد ذلك فلا يرثه، فلو أسلم بعض قرابته بعد رده أو ولد له ولد من علوق حادث بعد رده، فإنه لا يرثه على هذه الرواية.

ودليل هذا القول أن سبب التوريث هو الردة، فمن لم يكن موجوداً عند ذلك لم ينعقد له سبب الاستحقاق، وتام الاستحقاق بالموت، فيشترط بقاء الوارث إلى حين تمام السبب، فإذا مات قبل ذلك يبطل السبب في حقه كما في بيع الموقوف يتم الملك عند الإجازة من وقت السبب، ولكن بشرط قيام المعقود عليه عند الإجازة حتى إذا هلك قبل ذلك بطل السبب^(١).

. وفي رواية أبي يوسف عنه أنه يعتبر وجود الوارث وقت الردة، ولا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد، والدليل على ذلك أن الردة في حكم التوريث كالموت، ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ويحل وارثه محله^(٢).

. وفي رواية محمد عنه، أنه يعتبر من يكون وارثاً له حين مات أو قتل، سواء أكان موجوداً وقت الردة أم حدث بعده.

والدليل على هذا القول أن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يعتبر كالموجود عند ابتداء السبب، مثل الزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض؛

١. أنظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق / ج ٥ / ص ١٤٢.

٢. أنظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق / ج ٥ / ص ١٤٢.

إذ تجعل كالموجودة عند ابتداء العقد فتكون معقودا عليها بالقبض، ويكون لها حصة من الثمن، فكذا الأمر هنا^(١).

ثانياً / المرتد الذي يلتحق بدار الحرب:

- ذهب جمهور الفقهاء الى أن المرتد إن لحق بدار الحرب، يبقى ماله بعد لحاقه موقوفاً كما كان قبل لحاقه؛ ودليله أن ذهابه إلى دار الحرب نوع غيبة فلا يتغير به حكم ماله، كما لو كان متردداً في دار الإسلام^(٢).
- وذهب الحنفية الى أن المرتد إن لحق بدار الحرب قسم الإمام ماله بين ورثته، وكان لحاقه بدار الحرب بمنزلة موته، ودليله: إنه صار حربياً حقيقة وحكماً؛ لأنه قد أبطل حياة نفسه بدار الحرب لأنه أصبح حربياً للمسلمين، والحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين، قال الله تعالى: (أو من كان ميتاً فأحييناه)^(٣)، ولأنه قد خرج من يد الإمام حقيقة وحكماً، ولو كان في يده لموته حقيقة بأن يقتله ويقسم ماله، فإذا عجز عن ذلك بخروجه عن يده موته حكماً فيقسم ماله بين ورثته^(٤).

ثم اختلف فقهاء الحنفية في تحديد اللحظة الزمنية التي يورث فيها:

- فذهب أبو يوسف الى أنها وقت قضاء القاضي بلحاقه، لأن اللحاق في الحقيقة غيبة، وإنما يصير موتاً حكماً بقضاء القاضي فيعتبر من يكون وارثاً له عند القضاء باللاحق في استحقاق ماله.
- وذهب محمد إلى أنها وقت لحاقه، لأن لحاقه بمثابة موت حكمي فهو كالموت الحقيقي بالقتل.

وإن فعل ذلك بعد لحاقه بدار الحرب ثم رجع تائباً فقد مضى جميع ما فعله الإمام غير أنه إذا وجد شيئاً من ملكه بعينه في يد وارثه أخذه منه؛ لأن الوراثة خلافة، والخلف يسقط اعتباره إذا ظهر الأصل، ولما جاء تائباً فقد

١. أنظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق / ج ٥ / ص ١٤٢.

٢. أنظر: المغني / ج ٩ / ص ٢١.

٣. الأنعام / ١٢٢.

٤. أنظر: المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٤.

صار حيا حكما، وإنما كانت خلافة الوارث إياه في هذا الملك كموته حكما، فإذا انعدم ذلك ظهر حكم الأصل... ولا يعاد إليه شيء مما باعه وارثه؛ لأن الأصل والخلف في الحكم سواء، فلا بد من قيامه عند ظهور الأصل ليكون عاملا، وما تصرف الوارث من بيع أو غيره فهو نافذ منه لمصادفته ملكه، ولا ضمان عليه في شيء مما أتلّفه؛ لأن الملك كان خالصا له، وفعله فيما خلص حقا له لا يكون سبباً للضمان فلو لم يفعل الإمام شيئا من ذلك حتى رجع تائبا فجميع ذلك له كما كان قبل رده^(١).

الفرع الثالث

المذهب الثالث (المفصلون)

ذهب أبو حنيفة والثوري والأوزاعي في إحدى الروايتين عنه إلى أن ما اكتسبه المرتد في حال الردة فهو فيئ وما كان مكتسبا في حالة الإسلام ثم ارتد فيرثه ورثته المسلمون، وفرق أبو حنيفة بين المرتد والمردة، فالمردة يرثها أقاربها من المسلمين ويرثون كل مالها، سواء ما اكتسبته حال إسلامها أو حال ردها، أما المرتد فإن ورثته المسلمين يرثون منه ما اكتسبه في زمان إسلامه، ولا يرثون ما اكتسبه في زمان رده ويكون فيئا للمسلمين.

عليه فنقسم هذا الفرع إلى بندين: الأول لأدلة هذا المذهب، والثاني لبيان حكم ميراث المردة.

البند الأول

أدلة المذهب

استدل أصحاب هذا المذهب بجملة أدلة أهمها: ^(٢)

١. استدل أبو حنيفة (رحمه الله) لمذهبه بأن: الورثة خلافة في الملك، والردة تنافي بقاء الملك فتتافي ابتداء الملك بطريق الأولى، فما اكتسب في إسلامه كان مملوكا له فيخلفه وارثه فيه إذا تم انقطاع حقه عنه، وكسب الردة لم يكن مملوكا له لقيام المنافي عند الاكتساب، وإنما كان له حق أن يملك أن لو

١. أنظر: الموسوعة الفقهية / ج ٣ / ص ٢٥ - ٢٦.

٢. أنظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق / ج ٥ / ص ١٤٢.

أسلم، والوارث لا يخلفه في مثل هذا الحق فبقي هذا مالا ضائعاً بعد موته يوضع في بيت المال^(١).

. وزاد الإمام السرخسي هذا الدليل وضوحاً بقوله "... والأصح أن نقول: إسناد التوريث إلى أول الردة في كسب الإسلام ممكن؛ لأن السبب يعمل في المحل، والمحل كان موجوداً عند أول الردة، فأما إسناد التوريث في كسب الردة غير ممكن لانعدام المحل عند السبب في هذا الكسب، فلو ثبت فيه حكم التوريث ثبت مقصوراً على الحال، وهو كافر بعد الاكتساب، والمسلم لا يرث الكافر فيبقى موقوفاً على أن يسلم له بالإسلام، فإذا زال ذلك بأن مات أو قتل فهذا كسب حربي لا أمان له فيكون فيئاً للمسلمين يوضع في بيت مالهم..."^(٢).

. كما دعم أبو بكر الجصاص هذا الرأي بقوله: "... إن ما اكتسبه في حال الردة هو بمنزلة مال الحربي ولا يملكه ملكاً صحيحاً ومتى جعلناه في بيت المال بعد موته أو قبله فإنما يصير ذلك المال مغنوماً كسائر أموال الحرب إذا ظفرنا بها وما يؤخذ على وجه الغنيمة فليس بمستحق لبيت المال لأجل الإسلام لأن الغنائم ليست بمستحقة لغانميتها بالإسلام، والدليل عليه أن الذمي متى شهد القتال استحق أن يرضخ له من الغنيمة فثبت بذلك أن مال الحربي ومال المرتد الذي اكتسبه في الردة غير مستحق بالإسلام فلم يعتبر فيه قرب النسب والإسلام كما اعتبرناه في ماله الذي اكتسبه في حال الإسلام لأن ذلك المال كان ملكه فيه صحيحاً إلى أن ارتد ثم زال ملكه عنه بالردة فمن يستحقه من الناس فإنما يستحقه بالميراث والمواريث يعتبر فيها الإسلام وقرب النسب إذا كان ملكاً لمسلم إلى أن زال عنه بالردة الموجبة لزوال ملكه كما يزول بالموت فلم يلزم عليه حكم ماله المكتسب في حال الردة ولا يجوز أيضاً أن يكون أصلاً للمال المكتسب في حال الإسلام لأن ملكه فيه كان صحيحاً إلى أن زال عنه بالموت والمال المكتسب في حال الردة بمنزلة مال الحربي ملكه

١. أنظر: المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٢.

٢. المبسوط / ج ١٠ / ص ١٠٢.

غير صحيح لأنه اكتسبه وهو مباح الدم فمتى حصل في يد المسلمين صار مغنوما بمنزلة حربي دخل إلينا بغير أمان فأخذناه مع ماله لأن ماله يكون غنيمة فكذا مال المرتد الذي اكتسبه في حال الردة^(١).

البند الثاني

حكم ميراث المرتدة

قدمنا سابقاً أن الإمام أبا حنيفة قد فرق بين حكم ميراث المرتد والمرتدة، فالمرتدة (عنده) يرثها أقاربها من المسلمين ويرثون كل مالها، سواء ما اكتسبته حال إسلامها أو حال ردتها، أما المرتد فإن ورثته المسلمين يرثون منه ما اكتسبه في زمان إسلامه، ولا يرثون ما اكتسبه في زمان رده فيكون فيئاً للمسلمين. وعليه فسنبحث فيما يأتي حكم ميراث أقارب المرتدة وحكم ميراث زوج المرتدة المريضة.

أولاً / حكم ميراث أقارب المرتدة:

المرتدة كسبها لورثتها سواء الذي كسبته قبل الردة أم بعدها، والعلة في ذلك أنها لا حراب منها ومن ثم فإنها لا تقتل^(٢) سواء أكانت كافرة أصلية أم صارت كافرة، فلم يوجد السبب وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي إسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها^(٣).

وأدلة هذا المذهب من السنة الشريفة والقياس:

أولاً / الدليل من السنة الشريفة: أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن قتل النساء)^(٤).

ثانياً / الدليل من القياس: إن القتل جزاء الكفر، والأصل في الأجزية تأخيرها إلى دار الجزاء وهي الآخرة لأن تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله تعالى

١. أنظر: أبو بكر الجصاص / أحكام القرآن / دار الفكر / ج ٣ / ص ٣٨ - ٤٠.

٢. أنظر: الهداية / ج ١ / ص ٧٨.

٣. أنظر: ابن الهمام / فتح القدير ج ٦ / ص ٧٨.

٤. أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير برقم ٢٧٩٢ ومسلم في كتاب الجهاد والسير برقم

٣٢٧٩ وغيرهما من أصحاب السنن.

إظهار علمه لأن الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه بهم فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه إخلال بالابتلاء، وإنما عدل عن هذا الأصل إلى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك في النساء لأن بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية، والكافرة الأصلية لا تقتل فكذا المرتدة^(١).

فإذا تقرر أن المرأة لا تقتل فحاصله أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل، ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس، وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل، فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبيين ملكها فيكون كله ميراثا لورثتها^(٢).

ثانياً / ميراث زوج المرتدة المريضة:

ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة إستحساناً، والقياس أنه لا يرثها، لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهي في العدة، ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لأنها ليست في عدته ثم هاهنا لا عدة على الرجل فينبغي أن لا يرثها الزوج، **ووجه الاستحسان** قصدتها إبطال حقه، وبيانه: أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدتها كما في جانب الزوج، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت لأنها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لأنها لا تقتل، بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها^(٣).

الفرع الرابع

المذهب الرابع

١. أنظر: البابرتي / العناية شرح الهداية / دار الفكر / ج ٦ / ص ٧١.

٢. أنظر: البابرتي / العناية شرح الهداية / دار الفكر / ج ٦ / ص ٧٨.

٣. أنظر: البابرتي / العناية شرح الهداية / دار الفكر / ج ٦ / ص ٧٨.

ذهب قتادة وسعيد بن أبي عروبة^(١) وعمر بن عبد العزيز^(٢) إلى أن المرتد إن كان له ورثة على دينه الذي ارتد إليه فميراثه لهم دون ورثته من المسلمين^(٣).

ودليل هذا المذهب من الكتاب والسنة وقول الصحابي:

أولاً / الدليل من الكتاب:

. عموم قوله تعالى: (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)^(٤)، فمفهوم

المخالفة يفيد أن الكفار بعضهم أولياء بعض.

. عموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء

بعضهم أولياء بعض)^(٥)، ووجه الدلالة أن الميراث قائم على أساس الموالاة،

وهي مقطوعة بين المسلم والكافر.

. عموم قوله تعالى: (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض)، وآيات المواريث

عامة للمسلمين والكفار، فلا يخرج عن حكمها إلا ما أخرجه نص صحيح،

فإن كان ورثته أهل ذمة سلم إليهم ما ظفر به؛ لأنهم قد ملكوه بالميراث، وإن

كانوا حربيين أخذ للمسلمين متى ما ظفر به.

ثانياً / الأدلة من السنة النبوية:

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر

المسلم)، فمفهومه المخالف يفيد أن الكافر يرث الكافر.

. عموم قوله (صلى الله عليه وسلم): (لا يتوارث أهل ملتين شتى)^(٦)،

فمفهومه المخالف أن أهل الملة الواحدة يتوارثون بينهم.

ثالثاً / الدليل من قول الصحابي:

١. أنظر: الجصاص / أحكام القرآن / ج ٣ / ص ٣٨ - ٤٠.

٢. أنظر: تفسير القرطبي / ج ٣ / ص ٤٩.

٣. أنظر: الجصاص / أحكام القرآن / ج ٣ / ص ٣٨ - ٤٠.

٤. التوبة / ٧١.

٥. المائدة / ٥١.

٦. تقدم تخريجه.

قول عمر (رضي الله عنه) في عمة الأشعث بن قيس^(١) عندما ماتت وكانت يهودية: يرثها أهل دينها^(٢).

الفرع الخامس

موقف التشريع العراقي

ينبغي إبتداءً التنويه على أن التشريع العراقي عموماً والجزائي خصوصاً لم يتطرق من قريب أو بعيد إلى الردة لا بإعتبارها جريمة ولا بإعتبارها مانعاً من الإرث، فكان سكوته عن التجريم بمثابة إباحة لها - أو عدم إكتراث بها أصلاً - عملاً بالقاعدة الشهيرة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

كذلك لم ينص هذا التشريع صراحة على إعتبار الردة مانعاً من الإرث، فهو لم ينص أصلاً على موانع الإرث كما بيناه سابقاً، فلم يبق أمامنا لنخرج بموقف لهذا التشريع من مسألة ميراث المسلم من المرتد - وإن كان موقفاً ظنياً - إلا اللجوء مرة ثالثة إلى نص المادة (٩٠) و (٢/١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والذي أحال فيهما على الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريعه في أحكام الموارث التي لم يرد فيها نص.

ولما كنا قد أثبتنا أن هذه الأحكام الشرعية المرعية ما هي إلا أحكام المذاهب: الحنفي والجعفري والشافعي، فإن موقف التشريع العراقي نجده فيها.

إن الراجح في المذهب الحنفي والجعفري هو جواز توريث المسلم من تركة الكافر المرتد، أما المذهب الشافعي فيمنع ذلك، وبما أن مذهبين من المذاهب الثلاثة قد اتفقت على رأي واحد - وسنذكر لاحقاً أوجه رجحانه - فأرى من المصلحة العامة إعتبار جواز التوريث هو الراجح في التشريع العراقي.

ولسائل أن يسأل: لماذا لم تلجأ إلى القياس على حكم المادة (١١٩٩) من القانون المدني العراقي وتقول بمنع التوارث؟

أجيب: بأن المادة المذكورة إعتبرت إختلاف الدين مانعاً، والردة ليست بدين، بل هي عدم الدين، حتى لو إرتد المسلم إلى دين آخر كالنصرانية فإن تصرفه ذلك لا

١. وفي رواية الموطأ أنه محمد بن الأشعث.

٢. أخرجه مالك في كتاب الفرائض برقم (٩٦١) والدارمي في كتاب الفرائض برقم (٢٨٦٢).

ينفذ في حقه ولا في حق المجتمع المسلم، فلا يقر على عمله - أي الردة - ويخير بين العودة للإسلام أو القتل، وسيأتي تفصيل ذلك بأدلته إن شاء الله تعالى.

الفرع السادس

المناقشة والترجيح

تبين لنا مما سبق، أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم ميراث المسلم من المرتد على عدة أقوال، ولكل منها متمسك من الشرع الحنيف، ولعل أرجح الأقوال برأينا هو قول أصحاب المذهب الثاني الذين يجوزون توريث القريب المسلم الموجود لحظة موت أو قتل قريبه المرتد غير الحربي أو لحظة الحكم بلحاظه بدار الحرب من تركته، سواء أكان المرتد رجلاً أم امرأة، وسبب ترجيحنا لهذا الرأي كونه الأقوى دليلاً والأكثر توافقاً مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

وعليه فسنعلم هذا الفرع إلى بندين: الأول لمناقشة أدلة المذاهب الثلاث، والثاني لبيان أوجه الرجحان في المذهب الثاني.

البند الأول

مناقشة الأدلة

أولاً / مناقشة أدلة المذهب الأول:

. إن أدلة المانعين من الكتاب والسنة وقول الصحابي تقوم على أساس أن توريث المسلم من المرتد باطل لأن الأخير كافر وميراث المسلم من الكافر باطل.

ومذهب المانعين قائم على أساس اعتبار أن إختلاف الدين مانع من موانع الإرث، وإختلاف الدين يعتبر في حال حياة الوارث والمورث، أي أن لا يكونا في ذلك وكان الوارث مسلماً فإن ميراث المسلم منه ممنوع.

فعلى هذا الأساس أستدل المانعون بآيات عامة تنهى بمنطوقها وبمفهومها عن إتخاذ المسلمين الكافرين أولياء، ولما كان الإرث فيه معنى الولاء فهو باطل لأجل ذلك، وقد بينا سابقاً أن بناء الإرث على الموالاة والمناصرة لا يطرد كما في النساء والأطفال فسقط إحتجاجهم هذا.

ثم إستدل المانعون بأحاديث نبوية عامة وبتقاريرات نبوية وقول صحابي تنتهى بمنطوقها ومفهومها أيضاً عن توريث المسلم من الكافر، ونحن نسلم بصحة هذه الأحاديث سنداً، أما دلالتها على المسألة محل البحث ففيها نظر، لأن توريث المسلم من المرتد عند من يقول به ليس شرطه الموت كما هو الحال في مسألة ميراث المسلم من الكافر الأصلي، وإنما شرطه الردة عندهم، بمعنى آخر ان المجوزين يقيمون الردة مقام الموت، فيكون التوريث صحيحاً عندهم لأنهم ورثوا مسلماً من مسلم ذلك لأن المرتد قبل رده مسلم بغض النظر عن دينه الذي سيموت عليه، لأنه إن قتل أو مات على رده اعتبر ميتاً من أول الردة.

. أما حديث البراء عن عازب (رضي الله عنه) فيمكن مناقشته من حيث السند والدلالة:

• **من حيث السند:** فإنه حديث مضطرب قد اختلف فيه اختلافاً كثيراً، فروي عن البراء، وروي عنه عن عمه، وروي عنه قال: مر بي خالي أبو نيار ومعه لواء، وهذا لفظ الترمذي، وروى عنه عن خاله، وسماه هشيم في الحديث الحارث بن عمرو، وهذا لفظ ابن ماجة، وروي عنه قال: مر بنا أناس ينطلقون، وهذا لفظ النسائي^(١).

• **من حيث الدلالة:** فليس في الحديث ما يشير إلى أن هذا الرجل قد قتل وأخذ ماله بسبب مرتد، إذ يحتمل أن قتله كان تعزيراً، لأن مجرد زواجه من امرأة أبيه لا يجعل منه مرتداً إلا إذا إفترضنا أنه فعل ذلك مستحلاً لقطعي من قطعيات الشريعة وهو قوله تعالى (وَلَا تَكَحُّوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا)^(٢)، ويحتمل أنه فعله متأولاً أو أنه حديث عهد بالإسلام، وما تطرق إليه الإحتمال بطل به الإستدلال.

١. أنظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني / الإصابة في تمييز الصحابة / ت: علي محمد

البجاوي / دار الجيل / بيروت / ١٩٩٢ / ط ١ / ج ١ / ص ٥٨٨.

٢. النساء / ٢٢.

وقد علق الإمام الشوكاني على هذا الحديث قائلاً: "... والحديث فيه دليل على أنه يجوز للإمام أن يأمر بقتل من خالف قطعياً من قطعيات الشريعة كهذه المسألة فإن الله تعالى يقول: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء)^(١)، ولكنه لابد من حمل الحديث على أن ذلك الرجل الذي أمر صلى الله عليه وآله وسلم بقتله عالم بالتحريم وفعله مستحلاً وذلك من موجبات الكفر .. وفيه أيضاً متمسك لقول مالك أنه يجوز التعزير بالقتل .."^(٢).

. أما دليل القياس ، فإنه لا يستقيم، لأننا لا نقول بتورث المرتد حال كونه مرتدّاً، بل إن التوريث يستند إلى ما قبل الردة وهو مسلم قبلها فيرثه من يوافقه في الدين.

ثانياً / مناقشة أدلة المذهب الثالث:

يمكن مناقشة أصحاب هذا المذهب بأنهم قد بنوا مذهبهم على أساس أن المرتد بعد الردة يزول ملكه ويفقد أهلية التملك أيضاً، ودليلهم على هذا أن المرتد كافر حربي مقهور تحت أيدي المسلمين إلى أن يقتل، والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة، وكونه حربياً يوجب زوال ملكه ومالكيته، ومقتضى هذا أن يزول في الحال على البتات إلا أنه مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق زوال الملك وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب عمله، وإن ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده^(٣).

ويمكن الرد على هذا بأن المرتد حال رده يكون أهلاً للتملك، فيكون كسبه وقت الردة صحيحاً، فإن مات على رده كان ماله بعد الردة لورثته من المسلمين أيضاً لأن سبب الموت هو الردة فيعمل من وقت وجوده وهو قبلها مسلم، فكان توريث المسلم من المسلم.

١. النساء / ٢٢.

٢. أنظر: نيل الأوطار / ج ٧ / ٢٨٦.

٣. أنظر: فتح القدير / ج ٦ / ص ٧٤.

والدليل على أن المرتد حال الردة يكون أهلاً للتملك هو أنه مكلف محتاج ولا يتمكن من إقامة التكليف إلا بماله، وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه، فإن لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وهو لا يزول ملكه مالم يقتل^(١).

ثالثاً / مناقشة أدلة المذهب الرابع:

إن مجمل أدلة هذا المذهب تقوم على أساس الإستناد إلى عموم الآيات والأحاديث الشريفة التي تفيد بظاهرها توريت الكفار فيما بينهم.

ويمكن مناقشة هذا الإستدلال بأن المرتد مخصوص من عموم هذه الأدلة، فهو كافر إلا أنه لا يقر على كفره كما هو الحال بالنسبة للكافر الأصلي، الذي يقر على كفره بالذمة أو الأمان أو العهد، أما المرتد فلا يقر على ردة وإنما جزاؤه القتل، وأدلة تخصيص المرتد من عموم الكفار قوله (صلى الله عليه وسلم): (مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ)^(٢)، كما ويستدل على عدم قبول غير الإسلام منه بقوله تعالى: (إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ)^(٣)، وقوله تعالى (وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ)^(٤).

البند الثاني

أوجه رجحان المذهب الثاني

قبل بيان أوجه رجحان المذهب الثاني، لابد من ذكر الاعتراضات التي وجهت إلى أصحاب المذهب الثاني والجواب عليها وذلك من باب الأمانة العلمية، ثم بعد ذلك نفصل أوجه رجحان هذا المذهب.

أولاً / مناقشة أدلة المذهب الثاني:

١. أنظر: فتح القدير / ج ٦ / ص ٧٤.

٢. أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير برقم (٢٧٩٤) وأماكن أخرى، وأخرجه الترمذي في كتاب الحدود عن رسول الله برقم (١٣٧٨) والنسائي في كتاب تحريم الدم برقم (٣٩٩١) وغيرهم.

٣. آل عمران / جزء من آية ١٩.

٤. آل عمران / ٨٥.

. إن ظواهر الآيات الكريمة التي إحتج بها المجوزون مخصوصة بحديث أسامة بن زيد (لا يرث المسلم الكافر) كما خص توريت الكافر من المسلم وهو وإن كان من أخبار الآحاد فقد تلقاه الناس بالقبول واستعملوه في منع توريت الكافر من المسلم فصار في جيز المتواتر ولأن آية المواريت عامة بالإتفاق وأخبار الآحاد مقبولة في تخصيص مثلها^(١).

كما أن التعلق بظاهر المواريت، يلزم منه توريت المكاتب والقاتل وسائر الكفار لأن ظاهر القآن والسنة يوجبانه لهم، وقد منع أصحاب المذهب الثاني كل أولئك من الميراث بأحاديث آحاد خصصت عموم القرآن الكريم وقيدته، فلما لا تخصص آيات الميراث بحديث (لا يرث المسلم الكافر) وهذا تحكم لا وجه له، فبطل التعلق بظاهر القرآن الكريم في ذلك^(٢).

ويمكن الجواب على هذا الاعتراض بأنه:

ورد في بعض ألفاظ حديث أسامة (لا يتوراث أهل ملتين لا يرث المسلم الكافر)^(٣)، فأخبر أن المراد إسقاط التوارث بين أهل ملتين وليست الردة بملة قائمة لأنه وإن ارتد إلى النصرانية لا يقر عليها هو محكوما له بحكم أهل الملة التي انتقل إليها ألا ترى أنه وإن انتقل إلى ملة الكتابي أنه لا تؤكل ذبيحته وإن كانت امرأة لم يجز نكاحها فثبت بذلك أن الردة ليست بملة وحديث أسامة مقصور في منع التوارث بين أهل ملتين وقد بين ذلك في حديث مفسر وهو ما رواه هشيم عن الزهري قال حدثنا علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يتوراث أهل

١. أنظر: المبسوط / ج ٦ / ص ١٠٠

٢. أنظر: المحلى / ج ٨ / ص ٣٣٧-٣٤١.

٣. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى / ج ٦ / ص ٢١٨، وابن عبد البر في التمهيد / ج ٩ / ص ١٧١. أما تضعيف ابن حجر وصاحب خلاصة البدر المنير لهذا الحديث لأن فيه الخليل بن مرة، كما أن الحديث له إسناد آخر رواه ابن عبد البر ليس فيه الخليل، أنظر: تهذيب التهذيب / ابن حجر / ج ٣ / ص ١٤٦.

ملتين شتى لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم ^(١)، فدل ذلك على أن مراد النبي (صلى الله عليه وسلم) من ذلك هو منع التوارث بين أهل ملتين .
إن في توريث المسلم من المرتد بسبب الردة توريثاً للحي من الحي .

ويمكن الجواب على هذا الاعتراض بأنه:

ليس يمتنع توريث الحي من الحي، فقد قال تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) ^(٢) وكانوا أحياء، وعلى أننا نقلنا المال إلى الورثة بعد الموت فليس فيه توريث للحي، ويقال للمعتز على ذلك وأنت إذا جعلت ماله لبيت المال فقد ورثت منه جماعة المسلمين وهو كافر وورثتهم منه وهو حي إذا لحق بدار الحرب مرتداً .

. لا ينعقد الإجماع على فعل علي (رضي الله عنه) لوجود المخالف وهو زيد بن ثابت (رضي الله عنه)، وإذا وجد الخلاف سقط الإجماع، وقد يجوز أن يكون علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) صرف مال ذلك المرتد إلى ورثته لما رأى في ذلك الصحابة لأن ما صرف إلى بيت المال من الأموال فسبيله أن يصرف في المصالح ^(٣).

ويمكن الجواب على هذا الاعتراض بأنه:

لم يثبت بطريق صحيح مخالفة زيد بن ثابت لعلي بن أبي طالب (رضي الله عنهما) فلا إجماع باقٍ حتى يثبت العكس، أما حمل صرف مال ذلك المرتد إلى ورثته على أنه من المصلحة فالظاهر الأمر يردده، ولم يرد ما يقيدده والمطلق يجري على إطلاقه.

ثانياً / أوجه رجحان قول المجوزين:

بيننا سابقاً أن مذهب المجوزين يقول بتوريث القريب المسلم الموجود لحظة موت أو قتل قريبه المرتد غير الحربي أو لحظة الحكم بلحاظه بدار الحرب من ماله الذي إكتسبه قبل الردة أو بعدها، وسواء أكان المرتد رجلاً أم امرأة.

١ . تقدم تخريجه .

٢ . الأحزاب / ٢٧ .

٣ . أنظر: التمهيد لابن عبد البر / ج ٩ / ص ١٦٨ .

وعليه فإن هذا المذهب يتألف من خمسة أجزاء، سنذكر فيما يأتي دليل كل جزء منها.

الجزء الأول / توريث القريب المسلم من قريبة المرتد:

دليل هذا الجزء هو أن الردة لا توجب زوال الملك لأنه يمكن احتمال العود إلى الإسلام، ألا ترى أنه يجبر على الإسلام فيبقى على حكم الإسلام في حق حكم الإرث، وذلك جائز قياساً على بقاءه على حكم الإسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخنزير؟ فجاز أن يبقى عليه في حق حكم الإرث أيضاً؟ فلا يكون إرث المسلم من الكافر بل إرث المسلم من المسلم^(١).

الجزء الثاني / توريث القريب المسلم الموجود لحظة موت أو قتل قريبه المرتد أو لحظة الحكم بلحاظه بدار الحرب:

إن القول بتوريث أقارب المرتد المسلمين من تركته يقتضي تحديد وقت ذلك التوريث، لنعلم من يرثه ممن يكون موجوداً في ذلك الوقت، وترجيح لحظة زمنية محددة للتوريث يختلف فيما إذا مات المرتد أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب: . إذا قتل المرتد على رده أو مات فيها فإنه يعتبر من يكون وارثاً له لحظة الموت أو القتل، سواء أكان موجوداً وقت الردة أم حدث بعده، والدليل على هذا القول أن الحادث بعد انعقاد السبب (الردة) قبل تمامه (بالموت) يعتبر كالموجود عند ابتداء السبب، مثل الزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض؛ إذ تجعل كالموجودة عند ابتداء العقد فتكون معقوداً عليها بالقبض، ويكون لها حصة من الثمن، فكذا الأمر هنا.

. أما إن لحق المرتد بدار الحرب (دولة العدو) فإننا لا نتفق مع الحنفية في إعتبار ذلك موتاً حكماً، بل نرجح رأي الجمهور - وذلك لقوة أدلتهم - القائل بوقف ماله لحين تبين أمره: إما أن يتوب ويرجع إلى الإسلام، أو يقتل أو يموت على الردة فيرثه من كان موجوداً من ورثته وقت الموت أو القتل.

الجزء الثالث / إشتراط كون المرتد غير حربي:

١. أنظر: الكاساني / بدائع الصنائع / دار الكتب العلمية / ج ٣ / ص ١٣٨.

دليل هذا الجزء ما رواه معاوية بن قرّة عن أبيه أن النبي (صلى الله عليه وسلم) بعث جده معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله، فلما أمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في هذا الحديث بأخذ مال المتزوج وتخميّسه دل ذلك على أن المتزوج كان بتزوجه مرتداً محارباً فوجب أن يقتل لردته، وكان ماله كمال الحربين لأن المرتد الذي لم يحارب كل قد أجمع في أخذ ماله، على خلاف التخمس، فقال قوم وهم أبو حنيفة وأصحابه ومن قال بقولهم: (ماله لورثته من المسلمين)، وقال مخالفوهم: ماله كل فيء ولا تخمس فيه لأنه لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب. ففي تخميس النبي صلى الله عليه وسلم مال المتزوج - الذي ذكرنا - دليل على أنه قد كانت منه الردة والمحاربة جميعاً^(١).

كما أنه ورد في حديث البراء عبارة (ومعه الراية) والراية كما هو معروف لا تعقد إلا للحرب.

الجزء الرابع / عدم التفريق بين التوريث من كسب الردة أو ما قبلها:

ودليله أن كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك في محل مقابل، ولا شك أن المرتد أهل الملك؛ لأن أهلية الملك بالحرية، والردة لا تنافيها بل تنافي ما ينافيها، وهو الرق؛ إذ المرتد لا يحتمل الاسترقاق، وإذا ثبت ملكه فيه، احتمل الانتقال إلى ورثته بالموت، أو ما هو في معنى الموت^(٢).

الجزء الخامس / عدم التفريق بين الرجل والمرأة:

بنى الإمام أبو حنيفة رأيه بأن مال المرتدة الذي كسبته قبل الردة أو بعدها - خلافاً للمرتد - يكون لورثتها المسلمين على أساس أنها لا حراب منها ومن ثم فإنها لا تقتل^(٣) سواء أكانت كافرة أصلية أم صارت كافرة بالردة، فلم يوجد السبب وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة ماله فيبقى كل من كسبي إسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها.

١. أنظر: أحمد بن محمد الطحاوي / شرح معاني الآثار / دار المعرفة / ج ٣ / ص ١٤٨ - ١٥١.

٢. أنظر: الكاساني / بدائع الصنائع / دار الكتب العلمية / ج ٣ / ص ١٣٨.

٣. أنظر: الهداية / ج ١ / ص ٧٨.

أما جمهور فقهاء المسلمين فقد ذهبوا إلى قتل المرتدة، ومن ثم فإن كسبها قبل الردة وبعدها يكون لورثتها المسلمين أيضاً كالمرتد، ورد الجمهور على رأي الحنفية ثم إستدلوا لمذهبهم:

رد الجمهور على دليل الحنفية:

حمل الجمهور حديث " النهي عن قتل النساء " الذي أستدل به الحنفية على الكافرة الأصلية إذا لم تبشر القتال ولا القتل لقوله (صلى الله عليه وسلم) في بعض طرق حديث النهي عن قتل النساء لما رأى المرأة مقتولة: ما كانت هذه لتقاتل ثم نهى عن قتل النساء^(١).

أدلة الجمهور على قتل المرتدة:

إستدل جمهور الفقهاء لمذهبهم بعدة أدلة من السنة الشريفة والإجماع والقياس^(٢):

الأدلة من السنة الشريفة:

. قوله عليه الصلاة والسلام (من بدل دينه فاقتلوه)^(٣)، وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه)^(٤)، فلم يفرقوا بين قتل المرتد رجلاً كان أم امرأة.

. وقد وقع في حديث معاذ ان النبي (صلى الله عليه وسلم) لما أرسله إلى اليمن قال له أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه فان عاد وإلا فاضرب عنقه وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فان عادت وإلا فاضرب عنقها، قال

١. أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد برقم (٢٢٩٥)، وابن ماجه في كتاب الجهاد برقم (

٢٨٣٢) وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة برقم (٥٦٨٨) ومواضع أخرى.

٢. أنظر: أبن حجر / فتح الباري / ج ١٢ / ص ٢٧٢ بتصرف وإختصار.

٣. أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير برقم (٢٧٩٤)، والترمذي في كتاب الحدود برقم (

١٣٧٨)، والنسائي في كتاب تحريم الدم برقم (٣٩٩١) وغيرهم.

٤. البقرة / جزء من آية ١٨٥.

الإمام العسقلاني: **وسنده حسن** وهو نص في موضع النزاع فيجب المصير إليه^(١).

. عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: ارتدت امرأة يوم أحد فأمر النبي (صلى الله عليه وسلم) أن تستتاب فإن تابت وإلا قتل^(٢).

. عن جابر (رضي الله عنه) أن امرأة يقال لها أم مروان أرتدت عن ثم الإسلام فأمر النبي (صلى الله عليه وسلم) أن يعرض عليها الإسلام فإن رجعت وإلا قتل^(٣).

. **الدليل من الإجماع:**

قد قتل أبو بكر (رضي الله عنه) في خلافته امرأة ارتدت والصحابة متوافرون فلم ينكر ذلك عليه أحد^(٤)، وقد حسن الإمام العسقلاني هذا الأثر^(٥).

. **الدليل من القياس:**

. إن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة يناف بها عقوبة متغلظة، وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقه^(٦).

. واحتجوا بأن الكافرة الأصلية تسترق فتكون غنيمة للمجاهدين، والمرتدة لا تسترق عندهم فلا غنم فيها فلا يترك قتلها^(٧).

١. أنظر: فتح الباري / ج ١٢ / ص ٢٧٢.

٢. أنظر: الدارقطني / السنن / ج ٣ / ص ١١٨.

٣. أنظر: الدارقطني / السنن / ج ٣ / ص ١١٨.

٤. أنظر: الدارقطني / السنن / ج ٣ / ص ١١٤.

٥. أنظر: ابن حجر / فتح الباري / ج ١٢ / ص ٢٧٢.

٦. أنظر: العناية شرح الهداية / ج ٦ / ص ٧١.

٧. أنظر: ابن حجر / فتح الباري / ج ١٢ / ص ٢٧٢.

. ويؤيده إشتراك الرجال والنساء في الحدود كلها الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف ومن صور الزنا رجم المحصن حتى يموت فاستثنى ذلك من النهي عن قتل النساء فكذلك يستثنى قتل المرتدة^(١).
ونحن نرجح قول الجمهور في قتل المرتدة لقوة أدلتهم، ومن ثم فإن ميراثها يكون لورثتها المسلمين لا فرق بين المريضة وغيرها.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث، وأهلني لأن أختمه بجملة من النتائج والمقترحات:
أولاً / النتائج:

١. أنظر: ابن حجر / فتح الباري / ج ١٢ / ص ٢٧٢.

إستطعت أن أخرج من هذا البحث بجملة نتائج أهمها:

. إن التوارث بين الملل غير الإسلامية يكون جائزاً إذا كانت ملة كل من المورث والوارث تسمحان بتوريث أتباع بعضهما من البعض الآخر، ويكون توزيع التركة حسب ما يتراضى عليه الطرفان.

. فإن إختلف طرفا العلاقة الإرثية (القريب المخالف في الدين وبقية الورثة) وترافعا إلى القاضي المسلم أو أحدهما، فيجب على القاضي المسلم أن يحكم بينهما وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

. إن الكافر الأصلي لا يرث المسلم بكل حال من الأحوال.

. إن المسلم يمتلك إرثاً تركه الكافر غير الملي إن لم يكن وارث من دينه سواء.

. إن المسلم المؤلف قلبه يمتلك إرثاً تركه الكافر إن لم يكن له وارث من دينه سواء.

. إن المسلم يمتلك بالإستيلاء المباح تركه الكافر الملي إن لم يكن له وارث من دينه سواء.

. يتقاسم المسلم بالإرث تركه الكافر غير الملي مع بقية أقاربه الوارثين حسب الشريعة الإسلامية.

. يتقاسم المسلم المؤلف قلبه بالإرث تركه الكافر الملي (الذمي) مع بقية أقاربه الوارثين حسب الشريعة الإسلامية وبشرط رفع الأمر إلى القاضي المسلم رخصة حتى يعود أهل الذمة إلى دفع الجزية.

. إن المرتد لا يرث أحداً من المسلمين بكل حال.

. يرث القريب المسلم الموجود لحظة موت أو قتل قريبه المرتد غير الحربي أو لحظة الحكم بلحاظه بدار الحرب من ماله الذي إكتسبه قبل الردة أو بعدها، وسواء أكان المرتد رجلاً أم امرأة.

ثانياً / المقترحات:

. أقترح إضافة مادة خاصة لموانع الميراث في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

. أقترح أن تصاغ الفقرة الخاصة باختلاف الدين كمانع للإرث ضمن المادة السابقة كما يأتي:

أولاً: ينتقل الميراث بين غير المسلمين وفق القواعد التي يتم التراضي عليها بينهم، لكن إن رفع الأمر إلى القاضي المسلم وجب عليه الحكم بينهما حسب الشريعة الإسلامية.

ثانياً: لا يرث غير المسلم المسلم مطلقاً.

ثالثاً: يرث المسلم من غير المسلم، إلا أن يكون غير المسلم ذمياً فيتوقف إنتقال التركة على موافقة القاضي المسلم.

رابعاً: إذا ثبت قضائياً إرتداد المسلم ورثه قريبه المسلم الموجود لحظة موت أو قتل قريبه المرتد غير الحربي أو لحظة الحكم بلحاظه بجهة معادية للإسلام من ماله الذي إكتسبه قبل الردة أو بعدها.

مراجع البحث

(مرتبة حسب الحروف الأبجدية لإسم المؤلف)

أولاً / القرآن الكريم:

. أبو بكر الجصاص / أحكام القرآن / دار الفكر.

. البيضاوي / أنوار التنزيل / ت: عبد القادر عرفات / دار الفكر / بيروت / ١٩٩٦.

. محمد بن أحمد القرطبي / أحكام القرآن / ت: أحمد البردوني / دار الشعب / القاهرة / ١٣٧٢ هـ / ط ٢.

ثانياً / الحديث النبوي الشريف وعلومه:

. ابن ماجه / السنن / دار إحياء الكتب العربية / ١٩٨٧ م.

. أبو بكر البيهقي / السنن الكبرى / ت: محمد عبد القادر عطا / مكتبة دار ابن باز / مكة المكرمة / ١٩٩٤.

. أبو بكر بن أبي شيبة / المصنف / ت: كمال يوسف الحوت / مكتبة الرشد / الرياض / ١٤٠٩ هـ / ط ١.

. أبو داود / السنن / المكتبة العصرية / بيروت.

. أحمد بن حنبل / المسند / دار المعارف / مصر / ١٩٤٩.

. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني / تهذيب التهذيب / دار الفكر / بيروت / ١٤٠٤ هـ / ط ١.

. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني / الإصابة في تمييز الصحابة / ت: علي محمد البجاوي / دار الجيل / بيروت / ١٩٩٢ / ط ١.

. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني / فتح الباري شرح صحيح البخاري / ت: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب / دار المعرفة / بيروت / ١٣٧٩ هـ.

. أحمد بن محمد الطحاوي / شرح معاني الآثار / دار المعرفة.

. الألباني / ضعيف سنن أبي داود / المكتب الإسلامي / بيروت.

. البخاري / الجامع الصحيح / دار القلم / بيروت / ١٩٨٧.

. الترمذي / السنن / دار الكتب العلمية.

. الحاكم النيسابوري / المستدرک على الصحيحين / ت: مصطفى عبد

القادر عطا / دار الكتب العلمية / بيروت / ١٩٩٠ / ط ١.

. الدارمي / السنن / دار الكتاب العربي / ١٩٨٧.

- . الضياء المقدسي / الأحاديث المختارة / ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش / مكتبة النهضة الحديثة / مكة المكرمة / ١٤١٠ هـ / ط ١.
- . عبد الرزاق بن همام الصنعاني / المصنف / ت: حبيب الرحمن الأعظمي / المكتب الإسلامي / بيروت / ١٤٠٣ هـ / ط ٢.
- . علي بن عمر الدارقطني / السنن / ت: عبد الله هاشم يماني المدني / دار المعرفة / بيروت / ١٩٩٦.
- . مالك بن أنس / الموطأ / ت: محمد فؤاد عبد الباقي / مصر.
- . محمد بن إسماعيل الصنعاني / سبل السلام شرح بلوغ المرام / ت: محمد عبد العزيز الخولي / دار إحياء التراث العربي / بيروت / ١٣٧٩ هـ / ط ٤.
- . محمد بن هارون الروياني / المسند / ت: أيمن علي أبو يماني / مؤسسة قرطبة / القاهرة / ١٤١٦ هـ / ط ١.
- . محمد ناصر الدين الألباني / إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل / إشراف: محمد زهير الشاويش / المكتب الإسلامي / الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ. ١٩٨٥ م.
- . مسلم / الصحيح / دار إحياء التراث العربي / ١٩٥٤ م.
- . النسائي / السنن / دار إحياء التراث العربي.
- . يوسف بن عبد البر النمري / التمهيد لما في موطأ مالك من الأسانيد / ت: مصطفى العلوي ومحمد البكري / وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية / المغرب / ١٣٨٧ هـ.

ثالثاً / الفقه الإسلامي:

- . ابن جزي / القوانين الفقهية.
- . ابن حزم الأندلسي / المحلى / دار الفكر.
- . أبو الوليد بن رشد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد / دار الفكر / بيروت.
- . أحمد بن يحيى بن المرتضى / البحر الزخار / دار الكتاب الإسلامي.

. أحمد علي الخطيب / أحكام الميراث / مطبعة دار البصري / بغداد / ط ١ / ١٩٦٦.

. البابرتي / العناية شرح الهداية / دار الفكر.

. جعفر بن الحسن الهذلي الشهير بالعلامة الحلي / شرائع الإسلام / مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان / إيران / ج ٤ / ص ٧.

. زين بن إبراهيم بن محمد / البحر الرائق شرح كنز الدقائق / دار المعرفة / بيروت / ج ٨ / ص ٥٧١.

. السرخسي / المبسوط / دار المعرفة.

. الشريف المرتضى / الانتصار / ت: مؤسسة النشر الإسلامي / مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم / ١٤١٥ هـ / ط ١.

. الصدوق / من لا يحضره الفقيه / ت: علي أكبر غفاري / نشر جامعة المدرسين / ط ٢ / ١٤٠٤ هـ / ج ٤ / ص ٣٣٤.

. عبد الحميد الشرواني / حاشية على تحفة المحتاج شرح المنهاج / دار الفكر / بيروت.

. عبد الكريم زيدان / المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية / مؤسسة الرسالة / ١٩٨٩ / ط ١١.

. عبد الله بن قدامة المقدسي / المغني / دار الفكر / بيروت / ١٤٠٥ هـ / ط ١.

. علاء الدين الكاساني / بدائع الصنائع / دار الكتاب العربي / بيروت.

. علاء الدين الكاساني / بدائع الصنائع / دار الكتب العلمية / بيروت.

. كمال الدين بن الهمام / فتح القدير / دار الفكر.

. محمد الخطيب الشربيني / مغني المحتاج / دار الفكر / بيروت.

. محمد أمين ابن عابدين / حاشية على الدر المختار / دار الفكر / بيروت / ١٣٨٦ هـ / ط ٢.

. محمد أمين ابن عابدين / حاشية على الدر المختار / دار الفكر / بيروت / ١٣٨٦ هـ / ط ٢.

- محمد بن عبد الله الخرشي / شرح على مختصر خليل / دار الفكر.
- محمد بن علي الشوكاني / نيل الأوطار / دار الجيل / بيروت / ١٩٧٣.
- محمد بن عمر البكري / حاشية على شرح المنظومة الرحبية في علم الفرائض لسبط المارديني / تعليق: د. مصطفى ديب البغا / دار إحياء التراث الإسلامي / قطر.
- محمد بن محمد السجاوندي / شرح السراجية في فرائض الحنفية / المطبعة الأزهرية المصرية / ١٣٢٦ هـ / ط ١.
- محمد بن يوسف العبدري / التاج والإكليل / دار الفكر / بيروت / ١٣٩٨ هـ / ط ٢.
- محمد عرفة الدسوقي / حاشية على الشرح الكبير للدريز / دار إحياء الكتب العربية.
- محمد محي الدين عبد الحميد / الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية / مطبعة السعادة / مصر.
- محي الدين النووي / روضة الطالبين / المكتب الإسلامي / بيروت / ١٤٠٥ هـ / ط ٢.
- محي الدين النووي / منهاج الطالبين / دار المعرفة / بيروت.
- منصور بن يونس البهوتي / كشف القناع / ت: هلال مصيلحي / دار الفكر / بيروت / ١٤٠٢ هـ.
- الموسوعة الفقهية / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية / الكويت.
- رابعاً / أصول الفقه والعقائد:
- . أبو الفرج بن رجب الحنبلي / القواعد / المكتبة العصرية / بيروت / ط ١ / ٢٠٠٥.
- . جلال الدين الصديقي الدواني / شرح العقائد العصرية / مطبعة مصور ثروت فنون / ١٣٢٧ هـ.
- . طه جابر العلواني / أدب الاختلاف في الإسلام / المعهد العالمي للفكر الإسلامي / ١٩٨٧ / ط ٣.

- . علي بن محمد الآمدي / الإحكام في أصول الأحكام / ت:سيد الجميلي / بيروت / دار الكتاب العربي / ١٤٠٤ هـ / ط١.
- . القاضي الأيجي / شرح مختصر المنتهى الأصولي / ضبط وتعليق: فادي نصيف وطارق يحيى / دار الكتب العلمية / بيروت ط١ / ٢٠٠٠ م.
- . الماوردي / الأحكام السلطانية / دار الكتب العلمية.
- . محمد أحمد بوركاب / المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي / دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث / دبي / ط١ / ٢٠٠٢.
- . محمد بن علي الشوكاني / إرشاد الفحول / ت: محمد سعيد البدري / دار الفكر / بيروت / ١٩٩٢ / ط١.
- . محمد سعيد رمضان البوطي / كبرى اليقينات الكونية / دار الفكر / دمشق / ط٨ / ١٩٨٦.
- . وهبة الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي / دار الفكر / دمشق / ط١ / ١٩٨٦.

خامساً / المعاجم وكتب اللغة:

- . إبراهيم مصطفى وزملاؤه / المعجم الوسيط / المكتبة العلمية / طهران / ج١ / ص٢٥٠ /
- . الجاربردي / شرح متن الشافية لابن الحاجب / عالم الكتب / بيروت / ١٩٨٤ م / ط٣.
- . سعد الدين التفتزاني / شرح المختصر / منشورات دار الحكمة / إيران.
- . قاسم بن عبد الله القونوي / أنيس الفقهاء / ت: أحمد عبد الرزاق الكبيسي / دار الوفاء / جدة / ١٤٠٦ هـ / ط١.
- . محمد بن أبي بكر الرازي / مختار الصحاح / دار الرسالة / الكويت / ١٩٨٢.
- . محمد بن مكرم بن منظور / لسان العرب / دار صادر / بيروت / ط١.
- . محمد عبد الرؤوف المناوي / التوقيف على مهمات التعاريف / ت: د. محمد رضوان الداية / دار الفكر المعاصر / بيروت / ١٤١٠ هـ / ط١.

سادساً / المتون القانونية:

- . دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- . القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- . قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

إشكالية المحل في جريمة التزوير المعلوماتي

تأليف

د. مفيد نايف تركي

مدرس القانون الجنائي

كلية القانون – جامعة الأنبار

إشكالية المحل في جريمة التزوير المعلوماتي

مدرس القانون الجنائي

كلية القانون – جامعة الأنبار

الملخص:

يطوي هذا البحث بين ثناياه أحد المشاكل الأساسية التي تحول دون تطبيق قانون العقوبات بنصوصه التقليدية على جريمة التزوير المعلوماتي على الرغم من توافر اغلب عناصر جريمة التزوير اغلب عناصر جريمة التزوير التقليدية في هذا النوع من الجرائم، وتتمثل هذه المشكلة في الوثيقة المعلوماتية محل جريمة التزوير المعلوماتي.

وهذه الدراسة محاولة جادة لحا هذه الإشكالية من خلال بيان مفهوم الوثيقة المعلوماتية وتمييزها عما يختلط معها من مفاهيم كالبرامج والبيانات، وتحديد مدى صلاحية الوثيقة المعلوماتية لوصف المحرر في جريمة التزوير التقليدية من حيث توافر شرطي الإثبات والكتابة، ومدى الحاجة إلى إصدار تشريع خاص يعالج هذا الموضوع.

Abstract

This research deals with one of the main problems which prevents the application of the traditional texts of penal law (code) against the crime of the information forgery in spite of the existence or availability of the most elements of the crime of the traditional forgery in this kind of crimes.

This study is a serious attempt to settle this problem by defining the concept of the information document and distinguishing it from other concepts like programs and data. Also this study is an attempt to determine the

reliability of the information document to describe document in the traditional crime of forgery in terms of the presence of the confirmation conditions and to determine the need to issue specific legislation handling this problem.

المقدمة

أهمية الموضوع

لا يخفى على أحد اليوم، الدور الكبير والخطير في نفس الوقت الذي يقوم به الحاسب الآلي، والذي اقتحم مافة المجالات، وأصبح يجري من خلاله كم هائل من العمليات ذات الآثار القانونية الهامة والخطيرة بحيث أصبح أمر مواكبة التطورات التي تصيب الحاسب والانترنت، أمر لا مفر منه فهو واقع مفروض علينا شئنا أم أبينا. فالأفراد في معاملاتهم الخاصة حريصين على التعامل مع الحاسب واعتماده في معاملاتهم بصورة أساسية يمكن معها القول إن جهاز الحاسب الآلي يقاسم الإنسان حياته في نهاره وليله ونومه ويقظته.

ومن الطبيعي أن يكون لكل تطور انعكاساته على المستوى القانوني بصفة عامة في إطار القانون الجنائي على وجه الخصوص، وعند ذاك ينصب جل اهتمام الباحث في البحث عن الحل للمشاكل القانونية التي يفرزها التطور العلمي، ولعل موضوع بحثنا يعد من المشاكل التي لايسعفنا القانون العقابي بنصوصه التقليدية من إيجاد الحل المناسب لها لاسيما وإننا في إطار هذا القانون لا نريد أن نضحي بمبدأ أساسي من مبادئ القانون الجنائي وهو مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، من أجل البحث عن الحل القانوني لهذه المشكلة أو تلك.

مشكلة البحث

لعل من ابرز الانعكاسات السلبية لهذا التطور العلمي، التلاعب بالبيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي عن طريق تغيير الحقيقة فيها، وهذا ما أدى إلى ظهور مفهوم حديث للتزوير يسمى بـ (التزوير المعلوماتي) الذي يعرف بأنه

(أي تغيير للحقيقة يرد على مخرجات الحاسب الآلي بقصد الغش، تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً للمصلحة العامة أو لشخص من الأشخاص).

وإذا كانت أركان جريمة التزوير التقليدية من الممكن تحقق بعضها في التزوير المعلوماتي، فإن عناصر أخرى قد لا يدخلها القانون الجنائي بنصوصه التقليدية في البيان القانوني لجريمة التزوير المعلوماتي، فمن الممكن تحقق عنصر تغيير الحقيقة كأحد عناصر الركن المادي في جريمة التزوير التقليدية، بأبدال الحقيقة بما يخالفها، ومن الممكن أيضاً أن يتم التزوير المعلوماتي بذات الطرق التي تتم بها جريمة التزوير التقليدية سواء تمثل ذلك في التزوير المادي أم التزوير المعنوي، وكذلك الحال بالنسبة لركن الضرر.

لكن تبقى المشكلة الأساسية في مدى تحقق وصف المحرر - وهو المحل التقليدي لجريمة التزوير - بالنسبة لمخرجات الحاسب الآلي، فهل تتوافر في هذه المخرجات أو ما يسمى (بالوثيقة المعلوماتية) - وهي محل التزوير المعلوماتي - ذات الشروط التي يجب توافرها في المحرر؟ وهل تكون للمحرر المعلوماتي - إن صحة التسمية - حجية قانونية في الإثبات لا سيما وأنه يفترض في كل محرر أن يكون صالحاً لإثبات حقاً ما إنشاء مركز قانوني.

للإجابة على هذه الاسئلة جاء بحثنا لهذا الموضوع في ثلاث مباحث نخصص الأول منها لبيان الوثيقة المعلوماتية من حيث تعريفها وبيان طبيعتها وتمييزها عما قد يختلط معها من مفاهيم أخرى كالبرامج والبيانات. أما المبحث الثاني فسيكون مثار البحث في بيان مدى صلاحية الوثيقة المعلوماتية لأن تكون محلاً لجريمة التزوير ومن خلاله سنبين ماهية المحرر في جريمة التزوير التقليدية، ومدى انطباق وصف المحرر على الوثيقة المعلوماتية. أما المبحث الثالث فنخصصه لضرورة وجود النص الخاص لتجريم التزوير في الوثيقة المعلوماتية مستعرضين من خلال ذلك تجربة المشرع الفرنسي في معالجة مثل هذا النص.

المبحث الأول

مفهوم الوثيقة المعلوماتية

إذا كان يشترط لتحقيق جريمة التزوير أن يتم تغيير الحقيقة في محرر يمثل الثقة العامة لدى الناس. فإن التزوير المعلوماتي يشترط فيه أيضاً لكي يُعد فعلاً خاضعاً لنصوص القانون الجنائي أن ينصب تغيير الحقيقة فيه على محل تتوافر فيه كل عناصر المحرر التقليدي وهذا المحرر المعلوماتي أطلق عليه (الوثيقة المعلوماتية) ولحدثة هذا المصطلح سنحاول في هذا المبحث أن نبين تعريف الوثيقة المعلوماتية كمطلب أول وبيان طبيعة هذه الوثيقة في مطلب ثان، وحيث قد يختلط مفهوم الوثيقة المعلوماتية مع مصطلحات أخرى سنخصص المطلب الثالث للتمييز بين الوثيقة المعلوماتية والبرامج من جهة، والوثيقة المعلوماتية والبيانات من جهة أخرى.

المطلب الأول

تعريف الوثيقة المعلوماتية

عُرفت الوثيقة المعلوماتية أو الوثيقة المعالجة معلوماتياً بأنها ((كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات وقد سجلت عليه معلومات معينة سواء أكان معداً للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو مشتقاً من هذا النوع))^(١).

وبحسب هذا التعريف، فإن التزوير المعلوماتي ينصرف إلى إمكانية وقوعه سواء تمثلت مخرجات الحاسب الآلي في صورة رقمية أو بيانات أو معلومات معالجة عن طريق الحاسب الآلي شرط انفصالها على شرائط أو تسجيلات مغناطيسية أو على شرائط F - D أو أقراص مدمجة C.D^(٢).

١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي - النطاو القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية - الكتاب الثاني - الحماية الجنائية والمعلوماتية لنظام الحكومة الإلكترونية - ط ١ - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٣ - ص ١٩٢.

٢. د. عبد الفتاح بيومي حجازي - الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٤ - ص ١٥٤.

وعُرفت الوثيقة المعلوماتية أيضاً بأنها ((أي مخرجات كمبيوتر سواء كانت مخرجات ورقية تنتجها الطابعات أو الراسم أو كانت مخرجات لا ورقية أو إلكترونية كالأشرطة المغناطيسية والأقراص المغناطيسية والمصغرات الفيلمية أو غيرها من الأشكال غيرالتقليدية للتكنولوجيا التي تتوافر عن طريق الوصول المباشر أم كانت مجرد عرض لهذه المخرجات المعالجة بواسطة الكمبيوتر على الشاشة الخاصة به))^(١).

ومن استقرار هذه التعريفات نجد أن الأول يعطي للوثيقة المعلوماتية مفهوماً ضيقاً فيقصرها فقط على مخرجات الحاسب الآلي سواء اتخذت صورة الديسك Disk أو الشرائط الممغنطة.

في حين نجد أن التعريف الثاني يعطي مفهوماً أوسع للوثيقة المعلوماتية بحيث تشمل كل مخرجات الحاسب الآلي ورقية كانت أم غير ورقية بل يمتد هذا التعريف ليشمل المخرجات المعالجة بواسطة الحاسب الآلي التي يتم عرضها على الشاشة.

ويجد المفهوم الضيق للوثيقة المعلوماتية صدها عند جانب من الفقه الجنائي^(٢) الذي يذهب إلى وجوب التفرقة بين تبديل أو تغيير المعلومات أو الأوامر المخزنة في ذاكرة الحاسب أو المدخلة في البرنامج هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إثبات هذه المعلومات الكاذبة في الأوراق والمستندات الصادرة عن الحاسب الآلي والتي يتحقق فيها وصف المحرر، وتتمتع من ثم بحماية القانون لها حسب نصوص التزوير باعتبارها معدة للتداول بين الأفراد، تثبت لهم معنى معين وفائدة معينة كشهادة بيان حالة تصدر بعد معالجة المعلومات بصورة معينة أو إيصال من أحد البنوك أو كشف حساب لأحد العملاء وغير ذلك من الأوراق والمستندات.

١. نفس المصدر - ص ١٦٣.

٢. د. عمر الفاروق الحسيني - لمحة عن جرائم السرقة من حيث اتصالها بنظم المعالجة الآلية للمعلومات - بحث مقدم إلى مؤتمر (القانون والكمبيوتر والانترنت) - جامعة الإمارات - ٢٠٠٠ - ص ٨٣، أشار إليه د. عبد الفتاح بيومي - النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية مصدر سابق - ص ١٨٣.

وع ذلك يرى الجانب الفقهي القائل بهذا الرأي أن التفرقة مابين المعلومات المخزنة في ذاكرة الحاسب وما بين تلك التي طبعت على دعامة أو مستند، والقول بوقوع التزوير في الثانية دون الأول عند تغيير الحقيقة فيها، هي تفرقة تحكيمية، كما أن التزوير لم يقع استقلالاً بل وقع نتيجة التلاعب في المعلومات المخزنة.

لذا نرى أن يأخذ بالمعنى الواسع للوثيقة المعلوماتية بحيث تشمل ما هو مخزون في ذاكرة الحاسب الآلي إذا ما تم عرضها على الشاشة إضافة إلى المعلومات المطبوعة على أي دعامة أو مستند منفصل عن نظام المعالجة الآلية، لان استبعاد المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي من مفهوم الوثيقة المعلوماتية ومن ثم عدم تحقق التزوير عن طريق التلاعب في هذه المعلومات أو البيانات أمر بالغ الخطورة ففج يتم التلاعب في البيانات المخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي في حالة اعتماد - نظام آلي مؤقت - في شبكة الحاسب الآلي إذ لا تظهر المعلومات إلى حيز الوجود في صورة أوراق أو دعامات كشريط ممغنط أو قرص مدمج، وذلك في المعاملات الإلكترونية (المؤتمتة)^(١) يتم التعامل عن طريق (وسيط إلكتروني مؤتمت) عبارة عن برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً دون إشراف شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له، وبمعنى آخر فإن التدخل البشري في إنجاز المعاملة وتدوين البيانات والمعلومات هو أمر غير وارد، وإنما يقوم الحاسب الآلي المجهز ببرنامج خاص بالتعامل مع حاسب إلى آخر مزود بذات البرنامج أو برنامج آخر، وإنجاز تصرف معين يترتب عليه آثار قانونية كطلب توريد بضاعة أو تحويل حساب فلو تدخل زيد من الناس وقام بالتلاعب في برنامج الحاسب الآلي لأمر الذي يؤدي إلى تمام المعاملة أو العقد أو التصرف بشكل مخالف للحقيقة فأن هذه الواقعة لا تعد

١. يقصد بالمعاملات الإلكترونية المؤتمتة وفقاً لأحكام قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ المادة الثانية ((معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات)).

تزوير إذا ما أخذنا بالمفهوم الضيق للوثيقة المعلوماتية، وهو أمر يصعب التسليم به في ظل التقدم التكنولوجي ومن شأنه إهدار الحقوق وإفلات المجرم المعلوماتي من العقاب.

ومع ذلك نرى أن مثل هذا الأمر بحاجة إلى وضع نص تشريعي يغنينا عن هذا الاجتهاد، وعن اللجوء إلى نصوص التزوير التقليدية التي قد لا تفي بالحماية الجنائية المطلوبة.

عليه فإننا عندما نتحدث عن الوثيقة المعلوماتية التي تكون محلاً للتزوير المعلوماتي فإنه يجب تحديدها وذلك بإخراج العدد والآلات وما إليها كأجهزة الحاسب الآلي والطابعات إذ هذه لا يتحقق لها وصف المحرر، ولذلك فإن كافة مكونات الجانب الإداري لنظام معالجة المعلومات آلياً لا ينطبق عليه وصف المحرر وبالتالي لا يمكن تزويرها وإن كان تغيير البيانات والأرقام الثابتة عليها تخضع لنصوص تجريم أخرى مثل تقليد العلامات والغش التجاري وغيرها.

المطلب الثاني

طبيعة الوثيقة المعلوماتية

إن الجانب الفقهي الذي تحدث عن الوثيقة المعلوماتية بوصفها محلاً للتزوير المعلوماتي انقسم في رأيه لها^(١)، فالبعض تناولها من وجهة نظر مادية بمعنى أنه تناول الوثيقة المعلوماتية من جانبها المادي دون النظر إلى محتواها الفكري أو المعنوي.

والبعض الآخر أضفى عليها طبيعة معنوية، فالوثيقة المعلوماتية - حسب هذا الرأي - تنصرف إلى المعلومات والبيانات المثبتة في الأجسام المادية التي تكون معدة لاستقبال المعلومات عن طريق طبعها بصورة أو بأخرى بشرط أن تكون قد سجلت عليه المعلومات بأحد أساليب المعلوماتية.

١. ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي - النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية -

ص ١٩١-١٩٢. د. عمر الفاروق الحسيني - مصدر سابق - ص ٨٢.

وان النظر إلى الوثيقة المعلوماتية من جانبها المعنوي - أي من حيث مضمونها أو ما أثبت فيها - جعل البعض^(١) يقرر إن التزوير في مجال المعلوماتية لا يتصور وقوعه بأحد طرق التزوير المعنوي التي لا تتحقق إلا اثناء التعبير عن الأفكار، بينما يقع التزوير في هذا المجال عن طريق الاستعانة بطرق التزوير المادي كالتقليد والتعديل والحذف والإضافة وغيرها^(٢)، مثل وضع إمضاء مزور على المستندات المعالجة ألياً عن طريق الاستخدام غير المشروع للرقم الشخصي السري للدخول وهذا ما يسمى (التوقيع الإلكتروني)^(٣).

-
١. د. علي عبد القادر القهوجي - الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، بحث مقدم إلى مؤتمر (القانون والكمبيوتر والانترنت - جامعة الإمارات العربية - ٢٠٠٠ - ص ٣٨، ومابعداها - مشار إليه عند د. عبد الفتاح بيومي حجازي - مصدر سابق - ص ١٩٢.
 ٢. ويلاحظ انه، وبحسب نص المادة (٢٨٧) من قانون العقوبات العراقي، فان التزوير وحسب الطرق التي يتم بها نوعان احدهما مادي والآخر معنوي، فالتزوير المادي هو الذي يتم بطريقة مادية تترك أثراً في مادة المحرر يمكن إدراكه بالحس وهذه الطرق: (١) وضع امضاء أو بصمة إيهام أو ختم مزورة أو تغيير إمضاء أو بصمة إيهام أو ختم صحيحة. (٢) الحصول بطرق المباغطة أو الغش على امضاء أو بصمة إيهام أو ختم لشخص لا يعلم مضمون المحرر. (٣) ملء ورقة = ممضاة أو مبصومة أو مختومة على بياض بغير إقرار صاحب الإمضاء أو البصمة أو الختم. (٤) إجراء أي تغيير بالإضافة أو الحذف أو التعديل أو بغير ذلك في كتابة المحرر أو الأرقام أو الصور أو المعاملات أو أي أمر آخر مثبت فيه.
 - أما التزوير المعنوي، فانه يتحقق بتغيير حقيقة المحرر ومضمونه دون المساس بمادته أو شكله، ولذلك فانه لا يترك أثراً يمكن إدراكه بالحواس، وتتمثل طرقه في: (١) تغيير إقرار أولي الشأن الذي كان الغرض من تحرير المحرر إدراجه فيه. (٢) جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع العلم بتزويرها. (٣) جعل واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها. (٤) انتحال شخصية أو استبدالها أو الاتصاف بصفة غير صحيحة وعلى وجه العموم تحريف الحقيقة في محرر أو إغفال ذكر بيان فيه حال تحريره فيما اعد لاثباته..
 ٣. لمزيد من التفصيل حول مفهوم التوقيع الإلكتروني ينظر عمر حسن المومني - التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكتروني - دراسة قانونية وتحليلية مقارنة - دار وائل للنشر - عمان - ط ١ - ٢٠٣ - ص ٥٠ ومابعداها.

وفي الحقيقة إن إضفاء الطابع المادي أو المعنوي على الوثيقة المعلوماتية لا يعكس خلافاً في الفكر في الفكر وتعارضاً بقدر ما يعكس تكاملاً، بمعنى إن الوثيقة المعلوماتية لن تعرف سوى بالنظر إلى شقيها المادي والمعنوي لا سيما وأنه يشترط في المحرر ليعد محلاً لجريمة التزوير أن يمكن تداوله بين الناس من أجل إنشاء أو إثبات حقاً أو مركزاً قانونياً^(١).

المطلب الثالث

تمييز الوثيقة المعلوماتية عن البيانات والبرامج

إن التمييز بين الوثيقة المعلوماتية وبين البيانات من جهة والبرامج من جهة أخرى، يتطلب منا تحديد كل من البرامج والبيانات وهذا ما سنتناوله في فرعين وعلى التوالي.

الفرع الأول

ماهية البرامج وطبيعتها

يعد برنامج الحاسب بمثابة العمود الفقري له ولا نبالغ إذ قلنا أنه يعتبر بالنسبة للحاسب بمثابة العقل للإنسان الذي يفكر به. وبذلك يسوغ القول بأن الحاسب بدون البرنامج مجرد آلة صماء لا روح فيها ولا حياة، فالبرنامج يعمل على بث الروح والحياة في هذه المعدات والآلات الصماء، فهي بدونها تكون بلا فائدة أو عديمة الجدوى^(٢).

ولبرنامج الحاسب الآلي مدلولين أحدهما ضيق وثانيهما واسع:

المدلول الضيق

١. ينظر عماد محمد سلامة - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج - ط ١ - دار وائل للنشر - ٢٠٠٥ - ص ١٧٥.

٢. ينظر د. محمد حسام محمود لطفي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٥.

يقتصر البرنامج وفقاً لهذا المدلول على ((مجموعة التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة))^(١).

أما المدلول الواسع

فهو يشمل بالإضافة لتعريف البرنامج وفقاً لمدلوله الضيق، التعليمات والأوامر الموجهة إلى العميل مثل بيانات استعمال البرنامج وكيفية المعالجة الإلكترونية للمعلومات أي كافة البيانات الأخرى الملحقة بالبرنامج والتي تساعد على سهولة فهم تطبيقه وهي تُعد بمثابة وصف تفصيلي له متضمنة مراحل تطبيقية وهذه البيانات عبارة عن تعليمات موجهة من المبرمج الذي يتولى إعداد البرنامج إلى العميل الذي يتعامل مع الآلة^(٢).

وبرامج الحاسب الآلي نوعان^(٣): برامج تشغيل وبرامج تطبيق أو تنفيذ، فبرامج التشغيل هي البرامج التي عن طريقها يتمكن الحاسب من القيام بوظائفه المحددة له، وهي بهذا المعنى تعد جزءاً من الحاسب نفسه. أما برامج التطبيق فيقصد بها البرامج المكتوبة بإحدى لغات الحاسب العالية المستوى وهي يمكن استعمالها من قبل كافة العلماء بصرف النظر عن نوع الحاسب الذي يملكونه. وتتميز هذه البرامج عن سابقتها بأنه يمكن للعميل أن يدخل أي تعديلات طفيفة عليها إذ لزم الأمر ذلك.

ولكن إلا يمكن أن ينطبق مفهوم الوثيقة المعلوماتية على البرامج ومن ثم تكون محلاً للتزوير المعلوماتي لا سيما وإنا اعترفنا للمعلومات المخزنة في الحاسب بوصف المحرر (وثيقة معلوماتية) إذا ما تم عرضها على الشاشة؟

١. ينظر عفيفي كامل عفيفي - جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٣ - ص ٢٦.

٢. د. محمد حماد مرهج - الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - العدد (٢٠) - كانون الثاني ٢٠٠٤ - ص ٦٥.

٣. عفيفي كامل عفيفي - المصدر السابق - ص ٢٦-٢٧.

بيننا إن البرامج نوعان برامج تشغيل وبرامج تطبيق، وما دام إن برامج التشغيل تقتصر مهمتها على تمكين الحاسب الآلي من القيام بوظائفه المحددة له، فلا يمكن أن تكون محلاً للتزوير.

أما بالنسبة لبرامج التطبيق، فقد يبدو للوهلة الأولى انه من الممكن أن تكون محلاً للتزوير، فمن الممكن التلاعب في البرنامج مما يؤدي إلى إعطاء معلومات غير صحيحة في المحرر المراد استخراجها من الحاسب الآلي. إلا إن انتفاء الصفة المادية عن البرنامج تقف عائقاً أمام صلاحيته لأن يكون محلاً لجريمة التزوير، إذ يشترط أن يتسم المحرر بالمادية لكي يمكن أن يكون دليلاً في الإثبات، وهذا ما يتطلب أن يكون قابلاً للتداول بين الناس^(١).

أما فيما يتعلق بالتلاعب بالبرنامج مما يؤدي إلى إعطاء معلومات تخالف الحقيقة، فتغيير الحقيقة هنا لم يكن موضوعه البرنامج وإنما انصب على المحرر الذي استخدم البرنامج وسيلة لأعدادها، فالبرنامج أصبح هنا وسيلة لتغيير الحقيقة ليس إلا.

الفرع الثاني

ماهية البيانات وطبيعتها

تُعرف البيانات بأنها عبارة ((عن كلمات وأرقام ورموز وحقائق أو إحصاءات خام لا يوجد أي صلات بينها وهي صالحة لتكوين فكرة أو معرفة بمعرفة الإنسان أو الأدوات والأجهزة التي يسخرها الإنسان لذلك وهي ما تسمى بعملية المعالجة الإلكترونية))^(٢).

١. وتجدر الإشارة انه على الرغم من اعتراف البعض للبرنامج بصفة المال، فانه ذلك لم يكن على أساس إسباغ صفة المادية على البرنامج بل لما له من قيمة اقتصادية. لمزيد من التفصيل ينظر د. محمد حماد مرهج - مصدر سابق - ص ٦٩ وما بعدها.

٢. يعرف نظام المعالجة الآلية للمعلومات بأنه ((مجموعة الأنشطة أو الأعمال التي تضمن تجميع ونقل وضغط وانتقاء ومعالجة وتقديم المعلومات إلى الإدارة كي يتمكن العاملون فيها وعلى مختلف مستوياتهم من القيام بوظائفهم بالشكل المطلوب، ذلك إن مهمة نظم المعلومات

وكثيراً ما تستخدم البيانات كمترادف للمعلومات رغم الاختلاف في المعنى والمفهوم والدلالة فالمعلومة تعني في اللغة تعلم الشيء أي معرفته، واصطلاحاً تعني المعنى المستنتج من البيانات حسب ما جرى عليه العرف والخبرة^(١). وهي تعني أيضاً بيانات تم تحليلها وتفسيرها بمعالجتها لتمكين ذوي الشأن من الحكم على الظواهر والمشاهدات فهي المادة الخام التي يتم تشغيلها للاستفادة منها ونتاج منها المعلومات.

والبعض يقول إن البيانات هي المعطيات المتصلة لجهة ما، والمعلومة هي المعنى هي المعنى المستخلص منها بعد معالجتها فالبيانات هي المدخلات للحاسب الآلي وهي ذات طبيعة معنوية وإنها غير قابلة للاستئثار فليس لها قيمة بخلاف المعلومة فإنه يشترط فيها صفة الابتكار والاستحواذ والاستئثار ولها قيمة اقتصادية فالمعلومة المستقلة عن دعائها المادية قابلة للاستحواذ ولها قيمة في السوق بصرف النظر عن طبيعتها غير المادية كما يقول الأستاذ Catala^(٢).

هي تزويد أي منظمة إدارية بالكمية الكافية من البيانات والمعلومات الصحيحة والدقيقة ((لمزيد من التفصيل ينظر د. عمرو أحمد حسبو - حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٣٨ وما بعدها.

١. د. هشام محمد فريد - قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات - مكتب الآلات الكاتبة - أسبوط - ١٩٩٥ - ص ٧ أشار إليه عفيفي كامل عفيفي - مصدر سابق - ص ٢٩.

٢. د. هشام محمد فريد رستم - قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات - مشار إليه عند عفيفي كامل عفيفي - مصدر سابق - ص ٣٠.

المبحث الثاني

مدى صلاحية الوثيقة المعلوماتية لان تكون محلاً لجريمة التزوير

إن بيان صلاحية أو عدم صلاحية الوثيقة المعلوماتية لان تكون محلاً لجريمة التزوير، يفرض علينا بداية توضيح ماهية المحل في جريمة التزوير التقليدية، بعبارة أخرى ما الشروط التي يتطلبها القانون في المحرر لكي يصلح أن يكون محلاً لجريمة التزوير ومن ثم نبين مدى انطباق وصف المحرر بمفهومه التقليدي على الوثيقة المعلوماتية. وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث الذي يتوزع إلى مطلبين نخصص الأول منهما لماهية المحرر في جريمة التزوير التقليدية ونبين في الثاني مدى انطباق وصف المحرر على الوثيقة المعلوماتية.

المطلب الأول

ماهية المحرر في جريمة التزوير التقليدية

من المسلم به إن كل تغيير للحقيقة لا يعد تزويراً إلا إذا حصل في وثيقة أو سند أو أي محرر آخر، فيخرج بذلك كل تغيير في الحقيقة بقول أو فعل من نطاق جريمة التزوير إذا لم ينصب في محرر. فما هو يا ترى المقصود بالمحرر؟

أولاً / تعريف المحرر

لقد قيلت بصدد تحديد المقصود بالمحرر تعريفات عدة منها ((كل مسطور يتضمن علامات تعطي معنى متكاملًا لمجموعة من المعاني والأفكار الصادرة عن شخص أو أشخاص معينين))^(١). ويعرف أيضاً بأنه ((كل مسطور مكتوب ويتضمن علامات تعطي معنى مفهوم ومتربط))^(٢).

وأياً ما كان تعريف المحرر فإن هذا الأخير لا يأخذ مفهومه الحقيقي بعده محلاً لجريمة التزوير إلا إذا تضمن عنصرين أحدهما شكلي والآخر موضوعي.

١. د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي - القانون الجنائي (القسم الخاص) -
الدار الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٨ - ص ٤٢٨.

٢. د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة) -
دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٣٩٠.

ثانياً / عناصر المحرر

يترتب على التعريفات السابقة انه يشترط في المحرر أن يتضمن عنصرين:

- **العنصر الشكلي:** يتحقق العنصر الشكلي في المحرر إذا كان مكتوباً وله مصدراً ظاهراً.

- **الكتابة:** يلزم أولاً في المحرر الذي يصلح محلاً لجريمة التزوير أن يتخذ شكل (الكتابة) أو العبارات الخطية، وعلى هذا الأساس لا يدخل في معنى المحرر كل ما هو غير مكتوب كالعداد الحاسب لإستهلاك الكهرباء أو المياه أو الغاز أو الماركات^(١).

ولا يشترط لغة معينة في كتابة المحرر، فقد يكون بلغة وطنية أو أجنبية حديثة أو قديمة، عامة أو تخصيصية مفهومة للكافة أو لفئة محدودة من الناس ويتسع مفهوم الكتابة ليشمل كل علامة أو رمز ينتقل به المعنى من شخص إلى آخر سواء أكانت هذه الكتابة مكونة من حروف أم من علامات اصطلاحية متفق عليها ولو لم تكن من نوع الحروف المعروفة بالأرقام ورموز الشفرة ورموز الاختزال^(٢). وهذا ما ينطبق على البيانات الموجودة على الحاسب الآلي فهي عبارة عن لغة خاصة بالحاسب الآلي.

ولا عبرة أيضاً بالمادة التي سطرت عليها الكتابة فقد تكون من ورق أو من خشب أو جلد أو اسطوانات أو ديسكات ما دامت تتمتع هذه المادة بسمه الثبات.

- **مصدر المحرر:**

يلزم ثانياً لتحقيق العنصر الشكلي في المحرر أن يكون مصدره ظاهراً فيه، فإذا استحال تحديد مصدر المحرر انتفت عن الكتابة صفة المحرر الذي يصلح محلاً لجريمة التزوير.

ومصدر المحرر ليس بالضرورة من خطه بيده أو تولى طبعه وإنما هو من عبر عن مضمونه واتجهت إرادته إلى الارتباط به، وتقريباً على ذلك يكون مصدر

١. د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي - المصدر السابق - ص ٤٢٩.

٢. ينظر أستاذنا الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٦ - ص ٢٩ - ٣٠.

المحرر هو من أملاه إذا دون بواسطة الغير، وهو الأصيل إذا كان من أملاه نائباً عنه، وعليه فتنتفي صفة المحرر في كل مكتوب لا يكشف بالاطلاع عليه شخصية مصدره، فالمحرر الذي يكتب فيه على سبيل الرواية أن شخصاً معيناً مدين لأخر دون أن يظهر فيه صاحب هذه العبارة لا يصلح بأي حال محلاً لجريمة التزوير، وهذا هو حكم كل محرر مجهول المصدر كالشكوى التي تقدم من مجهول أو التظلم الذي لا يظهر فيه من صاحبه^(١).

ثانياً / العنصر الموضوعي

يتمثل هذا العنصر بان يكون للمحرر مضمون، ويقصد بذلك أن يتضمن المحرر سرداً لواقعة أو تعبيراً عن إرادة أو رغبة بعبارة أخرى أن يتضمن تعبيراً متكاملًا عن مجموعة من المعاني والأفكار المترابطة فيما بينها. وعلى ذلك تنتفي صفة المحرر في كل مكتوب لا يحتوي على هذا المضمون، فالمكتوب الذي لا يتضمن سوى اسم شخص معين وعنوانه أو توقيعه مجرداً أو تضمن عبارات أو علامات لا تحمل معنى مترابط لا يصلح أن يكون محلاً للجريمة، فينتفي التزوير في حالة الفنان الذي يرسم لوحة معينة ويوقع عليها بتوقيع فنان آخر مشهور لأن هذه اللوحة خالية من المضمون الذي يجعلها محلاً في جريمة التزوير، وإن جاز أن تقوم بها جريمة الغش التجاري إن توافرت أركانها^(٢).

ويثير العنصر الموضوعي للمحرر تساؤلاً هاماً عن الطبيعة القانونية للصورة الموجودة في محرر، فهل تعد جزء من المحرر أم لا لاسيما وإن هناك تيار فقهي ينفي عن الصورة صفة المحرر^(٣)؟

١. د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - دار النهضة العربية -

١٩٨٨ - ص ٢٥٥.

٢. د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - دار النهضة العربية - ط ١ - ١٩٩٠ - ص ١٦٦ وما بعدها.

٣. ينظر د. محمد زكي أبو عامر، د. علي القهوجي - مصدر سابق - ص ٤٣٣، وينظر أيضاً

د. جميل عبد الباقي الصغير - مصدر سابق - ص ١٦٧.

إن الإجابة على هذا التساؤل له أهمية كبرى في موضوعنا لاسيما وإننا لا نستبعد وقوع التزوير المعلوماتي عن طريق تغيير الصورة ما دام يترتب عليها إثبات حق أو اثر قانوني معين^(١).

ووفقاً لنص المادة (٢٨٧ ف ١/د) فإن الصورة لا تعد في ذاتها محرراً وإنما يعاقب على وصفها باعتبارها تزويراً إذا كانت جزءاً مكماً للمحرر على تقدير إن استبدالها يؤدي إلى تغيير في حقيقة معناه أو مضمونه، ولذلك فمن ينزع صورة من إطارها ويضع في داخله صورة أخرى مكانها لا يرتكب تزويراً ولو قصد بذلك أن يخدع غيره.

إلا أنه يتعين توافر عدة شروط لتجريم الفرض الخاص بتزوير الصورة وهي^(٢):
أولاً: أن يكون وجود الصورة لازماً في المحرر بمعنى أن يكون الغرض الذي أعد المحرر من أجله لا يمكن تحقيقه على نحو ما هو مطلوب بمجرد معرفة اسم الشخص وبياناته، بل لابد من بيان شكله وهيئته كما في البطاقات الشخصية والعائلية وخصة القيادة وخصة حمل السلاح.
ثانياً: أن تكون الصورة متصلة على نحو عضوي بالمحرر وليست مرفقة به كأن تكون مندمجة فيه مثلاً ومختومة بختم كامل يغطي نصفها ويغطي النصف الآخر جزء من المحرر لان هذه الاتصال هو الذي يحقق الاندماج ويجعلها جزء من المحرر متممة ومكملة له ومتصلة به.

هذا ولا يهم سواء كانت الصورة لشخص أو مجموعة أشخاص أو لألة أو دابة أو بيت أو مصنع، لان عبارة الصورة الواردة في المادة (٢٨٧ ف ١/د) من قانون

١. فعلى سبيل المثال لو تعاقد شخص ما عن طريق الانترنت على شراء حصان من فصيلة نادرة استناداً للصورة المرفقة مع عرض البيع، وانه اقدم على الشراء نتيجة التدليس المدخل عليه بسبب هذه الصورة، فان التزوير المعلوماتي يقوم في هذه الحالة طالما إن الصورة كانت محل اعتبار في العقد ولولاها ما اقدم على هذا التعاقد، لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي - مصدر سابق - ص ٢٠٦.

٢. د. واثبة السعدي - قانون العقوبات (القسم الخاص) - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٨٨ - ص ٤٧.

العقوبات العراقي جاءت مطلقة فلم يحصر الصور في صور الأشخاص وبهذا الاتجاه سار المشرع الإماراتي في المادة (٢١٦ / ف ١) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي بخلاف ما عليه الحال بالنسبة للمشرع المصري في المادة (٢١١) من قانون العقوبات المصري النافذ إذ قصرت تجريم التزوير للصورة على أن تكون صور أشخاص.

المطلب الثاني

مدى انطباق وصف المحرر على الوثيقة المعلوماتية

من خلال استقراء آراء الفقهاء سواء المنكرون على الوثيقة المعلوماتية صفة المحرر، ومن ثم صلاحيتها لأن تكون محلاً لجريمة التزوير أم المؤيدون لذلك^(١)، نجد أن هذا الجانب من الفقه أو ذاك يدور حول مشكلتين تعترضان وصف الوثيقة المعلوماتية بالمحرر:

المشكلة الأولى:

تتمثل في مدى تحقق وصف الكتابة في الوثيقة المعلوماتية وهي شرط لا غنى عنه لكي يكون المحرر محلاً لجريمة التزوير كما بينا.

والمشكلة الثانية:

تتمثل في حجية الوثيقة المعلوماتية في الإثبات، وهذا ما سيكون محل دراستنا في هذا المطلب الذي سنقسمه إلى فرعين نتناول في الأول مدى تحقق شرط الكتابة في الوثيقة المعلوماتية أما الثاني فسيكون موضوعه الحجية القانونية للوثيقة المعلوماتية.

١. ينظر د. محمد سامي الشوا - ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ - ص ١٥٧ وما بعدها. د. نائلة عادل محمد فريد قورة - جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ١ - ٢٠٠٥ - ص ٥٨٥ - ٥٨٦.

الفرع الأول

مدى تحقق شرط الكتابة في الوثيقة المعلوماتية

من المسلم به وفقاً للمفهوم التقليدي إن كل سند أو وثيقة أو محرر بدون الكتابة يفقد وصفه محلاً لجريمة التزوير، وبدون الكتابة أيضاً لا يكون للسندات والمحررات أي قيمة قانونية بوصفها سنداً للإثبات.

لكن إزاء التطور العلمي الذي نشهده اليوم في مجالات الحاسب الآلي، والاعتماد عليه في الكثير من المعاملات المدنية والتجارية. نجد أن هناك ضرورة ملحة تفرض علينا التجاوز عن كثير من المفاهيم القانونية التقليدية، فالنظرية التقليدية في شتى فروع القانون لم تعد تستوعب الكثير من الظواهر الاجتماعية والاقتصادية المستحدثة.

وفي إطار موضوعنا نجد أن من المحتم علينا بان نتبنى مفهوماً حديثاً للكتابة يتمثل في ترك اصطلاح الكتابة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفقاً للتطور التكنولوجي الهائل الذي طرأ على الكتابة إذ لم تعد مقيدة بمفهوم (الورق) التقليدي، وإنما بالتطور التكنولوجي الذي أدى إلى ظهور صناعة جديدة للورق تختلف عما هو متعارف عليه في يومنا هذا، فالغرض من اشتراط الكتابة ليس هو الكتابة بذاتها وإنما إيجاد وعاء تودع فيه المعلومات والبيانات المراد إثباتها لحفظها واستخدامها في الإثبات إذا قام بشأنها نزاع. أضف إلى ذلك أن التشريعات التي تأخذ بالمفهوم التقليدي للكتابة لم تستلزم اتباع شكل معين في كتابة السندات^(١).

وقد اخذ بهذا المفهوم الواسع للكتابة قانون الإثبات المدني الإنجليزي لعام ١٩٦٨ فشمّل إلى جانب السندات المكتوبة الاعتيادية، السندات الإلكترونية

١. د. عباس العبودي - الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ٢٠٠٢ - ص ١٣٣. هذا وقد نجح العلماء في عدم إمكانية إدخال أي تعديل أو تغيير فيما هو مدون داخل الوثيقة المعلوماتية عن طريق استخدام برامج حاسب آلي تسمح بتحويل النص الذي يمكن تعديله أو تغييره إلى صورة ثابتة يصعب التدخل فيها وإجراء أي تعديل عليها ويسمى هذا النظام بـ document image processing. ينظر د. محمد سعد خليفة - مشكلات البيع عبر الانترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ١٣٢.

المستخرجة من وسائل التقدم العلمي كالحاسب، وحددت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من هذا القانون الشروط الواجب توافرها في السند الإلكتروني لكي تكون له نفس القيمة القانونية للسند بالمفهوم التقليدي وذلك على النحو الآتي:

- أن يكون السند الإلكتروني قد تم الحصول عليه بصورة منتظمة.
- أن يكون الجهاز الذي صدر عنه السند الإلكتروني يعمل بصورة ملائمة.
- أن تكون البيانات قد استخرجت بطريقة اعتيادية.

وتُشبه الكتابة في السندات الإلكترونية الصورة الضوئية المستنسخة عبر جهاز التصوير الإلكتروني الاعتيادي (الاستساخ) إذ حلت هذه الصورة محل الصورة الخطية في التعامل لدقتها في تصوير النسخة الأصلية لمختلف السندات، وتقوم هذه الصورة على نفس الأسس العلمية التي تقوم عليها السندات الإلكترونية، وقد عدّ قانون حفظ الوثائق رقم (٧) لسنة ١٩٨٣ العراقي صورة الوثيقة التي تؤيد الدائرة المختصة تصويرها بأجهزة التصوير المصغر أو سواها. بحكم الوثيقة الأصلية بعد توثيقها بوصفها صورة طبق الأصل ويتم التعامل بها على هذا الأساس^(١).

وهذا المفهوم الواسع أو المعاصر لم يقتصر على الكتابة فحسب بل شمل التوقيع أيضاً، فالتوقيع بالمعنى الواسع لا يقتصر على التوقيع التقليدي بخط اليد فحسب وإنما يشمل التوقيع الإلكتروني بالرموز أو بأية طريقة إلكترونية أخرى كالتواقيع الرقمية وهي رسائل مشفرة إلكترونياً وتحتوي ضمناً على تواقيع رقمية وترفق مع نصوص الرسائل العادية للتعرف بهوية أصل كل وثيقة^(٢). فإذا كان التوقيع ظاهرة اجتماعية يحميها القانون، فيجب على المشرع أن لا يفرقه في الشكليات التي تحد من إرادة الأفراد في استخدام السندات الإلكترونية، وطالما أن التوقيع بوصفه إجراء يضمن صدور السند من موقعه، فإن التوقيع الإلكتروني يؤدي إلى ذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي، فهما لا يختلفان إلا في الوسيلة ولا يختلفان في الهدف أو الوظيفة.

١. د. عباس العبودي - المصدر السابق - ص ١٤٨ - ١٤٩.

٢. لمزيد من التفصيل ينظر د. آلاء يعقوب - أحكام التوقيع الرقمي في القانون العراقي - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد ٧ - العدد ١٢ - كانون الأول ٢٠٠٤.

وقد يثور التساؤل في مدى إمكانية التوقيع الإلكتروني أن يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها التوقيع التقليدي ولا سيما أن قانون الإثبات العراقي يتطلب في التوقيع أن يستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون إذ يجب أن يكون في شكل إمضاء أو بصمة إبهام مقيدة بحضور شاهدين أو شخص مكلف بخدمة عامة. إن التوقيع التقليدي أياً كان شكله ما هو إلا نتاج لحركة اليد، يستوي بعد ذلك أن يكون بالإمضاء أو بصمة الإبهام، فالإمضاء يكون باليد في شكل تعبير خطي والبصمة تكون بإبهام اليد، وكذلك إجراءات التوقيع الإلكتروني هي نتاج حركة اليد، فضلاً عن ذلك إن المهم ليس شكل التوقيع وإنما المهم هو جوهره والدور الذي يمثله والحكمة منه، ويؤدي التوقيع الإلكتروني عين الوظيفة والدور الذي يهدف إليه التوقيع التقليدي^(١).

هذا وقد اعترفت الكثير من التشريعات العربية المعاصرة بالقيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني كقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، والقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، والقانون البحريني للتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢، والقانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠٤^(٢)

١. د. عباس العبودي - مصدر سابق - ص ١٣٥. د. محمد سعد خليفة - مرجع سابق -

ص ١٣٣. هذا وقد جرم المشرع المصري في القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني في المادة (٢٣) منه تزوير التوقيع الإلكتروني، إذ يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز مئة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زور أو قلد محرراً أو توقيعاً إلكترونياً.

٢. تنص المادة السادسة من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢ على انه ((١) لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه لمجرد وروده -

الفرع الثاني

الحجية القانونية للوثيقة المعلوماتية

إذا كنا قد تخطينا أحد العقبات الأساسية التي تعترض سبيلنا في إعطاء الوثيقة المعلوماتية وصف المحرر، بالأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة، فإننا نكون مرة أخرى أمام عقبة أخرى لا يمكن تخطيها بسهولة تتمثل بالقوة القانونية للوثيقة المعلوماتية في إثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق الحاسب الآلي.

إذ يرى جانب من الفقه أنه لكي تقوم جريمة التزوير المعلوماتي فإن الوثيقة المعلوماتية لابد وأن تكون معدة للإثبات على النحو يفيد علاقتها بقانون الإثبات المرتبط بتزوير المحرر، علماً بأن قانون الإثبات المقصود ليس القانون الجنائي فحسب وإنما يشمل القانون المدني والقانون التجاري، أي أن الوثيقة لا تكون ذات علاقة بقانون العقوبات وأي فرع آخر في القانون الجنائي، فقد تكون وثيقة إثباتية حسب أي فرع من فروع القانون^(١).

وهذا الرأي له ما يقابله في الفقه الجنائي التقليدي في مصر والعراق^(٢) والذي يرى إن المحرر الواقع عليه التزوير لابد وأن يكون ذات حجية بمعنى أن يكون

كلياً أو جزئياً - في شكل إلكتروني. (٢) إذا أوجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع، فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفي بمتطلبات هذا القانون. (٣) إذا عرض بصدد أية إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة، قامت القرينة على صحة ما يأتي ما لم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك: أ- إن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني هو توقيع الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة. ب- إن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بفرض توقيع هذا السجل الإلكتروني...)). ولمزيد من التفصيل عن الاعتراف بالقيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني ينظر د. مدحت عبد الحليم رمضان - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٢٦ وما بعدها..

1. R. Gassin - Criminologie - précis - Dalloz - 1988 - No - 255 - 266

R. Vouin - précis du droit pénal spécial - 2ed - No. 12.

٢. ينظر في الفقه المصري د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)

- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ١٩٧٢ - ص ٢٩٠. د. فوزية عبد الستار - مصدر

صالحاً للتمسك به في مواجهة الغير ولذلك فإن الإقرارات الفردية لا تصلح محلاً لجريمة التزوير بما تتضمنه من تغيير للحقيقة إلا إذا وقع هذا التغيير في محرر رسمي وكان مركز المقر فيه مثل مركز الشاهد، إذ أنه لا يمكن إثبات الحقيقة على وجهها الصحيح سوى عن طريق ذلك المقر كما هو الحال في شهادات الميلاد وشهادات الوفاة وعقود الزواج.

وفي نطاق القيمة الإثباتية للوثيقة المعلوماتية نجد أن الفقه الفرنسي يفرق بين مسألتين أولهما الدليل المستمد من وجود الوثيقة، وذلك أمر يخضع لقواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية. والمسألة الثانية قوة الدليل في الإثبات وهي مسألة تتعلق بقواعد القانون الخاص، وبمعنى آخر فإن كون الوثيقة المعلوماتية مزورة أم لا فهو أمر يخضع لقواعد أصول المحاكمات الجزائية، لكن الدليل المستمد منها على قيام التزوير هو دليل يخضع لقواعد القانون الخاص، والإثبات في نطاق القانون الخاص يختلف عنه في نطاق القانون الجنائي.

لذا سنتكلم عن صلاحية الوثيقة المعلوماتية للإثبات في نطاق كل من القانون الخاص والقانون الجنائي.

أولاً: صلاحية الوثيقة المعلوماتية للإثبات في نطاق القانون الجنائي

في نطاق القانون الجنائي القاعدة في الدعاوى الجزائية جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية والقيد على هذه القاعدة أن الدليل يتعين أن يكون من الأدلة التي يقبلها القانون، وهنا تظهر لنا مشكلة أهمية الاعتراف بالوثيقة المعلوماتية كدليل للإثبات في نطاق القانون الجنائي.

سابق - ص ٢٤٩. وفي الفقه العراقي ينظر د. فخري عبد الرزاق الحديثي - مصدر سابق -
ص ٢٩ - ٣٠. د. ماهر عبد شويش شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - ط ٢ - الموصل
١٩٧٧ - ص ٢٢ - ٢٣.

إلا أنه يلاحظ أن الأحكام العامة التي تحكم اليقين في الأدلة الجنائية، لا يختلف الأمر بالنسبة للوثيقة المعلوماتية، إذا يشترط في هذه الوثيقة إن تكون يقينية حتى يحكم بالإدانة لأنه لا محل لدحض قرينة البراءة وافترض عكسها إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين، ويتم الوصول إلى ذلك عن طريق ما تستنتج وسائل الإدراك المختلفة للقاضي من خلال ما يعرض عليه من مخرجات الحاسب الآلي سواء كانت مخرجات ورقية أم إلكترونية كالأشرطة المغناطيسية والمصغرات الفيلمية وغيرها من الأشكال الإلكترونية غير التقليدية للتكنولوجيا^(١).

وعلى ذلك يمكن للقاضي من خلال ما يعرض عليه من مخرجات الحاسب الآلي وما يتطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات بالنسبة له أن يحدد قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين من عدمه وبالتالي يصل القاضي إلى يقينية هذه المخرجات بطريقتين^(٢):

الأولى: المعرفة الحسية من خلال معاينة المخرجات وفحصها.

الثانية: المعرفة العقلية التي يقوم بها القاضي عن طريق التحليل والاستنتاج عن طريق ربط هذه المخرجات والملابسات التي أحاطت بها، وإذا لم ينته القاضي إلى الجزم بنسبة الفعل أو الجريمة المعلوماتية إلى المتهم المعلوماتي فان عليه أن يقضي بالبراءة استناداً لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم.

وعلى هذا الأساس نجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن أشرطة التسجيل الممغنطة التي يكون لها قيمة في الإثبات من الممكن ان تكون صالحة لان

١. يونس عرب - حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا المصرفية - بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

[HTTP://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%NET203%HTM](http://www.arabl原因.org/arab20%net203%htm)

٢. لمزيد من التفصيل ينظر د. هلاي عبد اللة احمد - حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢.

تقدم للقضاء الجنائي شرط الحصول عليها بطريقة مشروعة وان يتم مناقشتها في حضور كل الأطراف^(١).

ثانياً: صلاحية الوثيقة المعلوماتية للإثبات في نطاق القانون الخاص

يرى جانب من الفقه^(٢) أن قواعد الإثبات المدني هي التي تحكم الفقه عندما يبحث في تقرير القيمة الإثباتية للوثيقة المعلوماتية ذلك أن المادة (١٣٤١) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي تنص على انه لا يقبل الإثبات إلا بالكتابة للتصرفات التي تتعدى قيمتها نسبة معينة، وقد حددت هذه القيمة في القانون المدني الفرنسي بخمسة آلاف فرنك وفي قانون الإثبات العراقي بخمسة آلاف دينار.

ولذلك فالوثيقة المعلوماتية إن توافر لها شروط الإثبات بالكتابة فلا مانع من قبولها كدليل في الإثبات المدني، حتى انه من الممكن تشبيهها بالمحررات الخاصة، إذ أن هذه الأخيرة تستمد قوتها من عناصر داخلية خاصة تتعلق بشكل المحرر، ودقة القواعد الإجرائية المتبعة في تجهيز ذلك المحرر.

إن هذه النظرة تتطلب منا التجاوز عن القواعد التقليدية في وسائل وأدلة الإثبات، نظراً لظهور أدلة إثبات حديثة كالوثيقة المعلوماتية التي يمكن الاعتراف لها بقوة إثبات كاملة طالما أنها ستؤدي ذات الغرض من الكتابة وتحقق الأمان الذي تحققه الكتابة.

لذا نجد ان المشرع الفرنسي تدخل فأصدر قانون إثبات التصرفات القانونية في عام ١٩٨٠ وعُدل نص المادة (١٣٤١) من القانون المدني فاتخذ موقفاً وسطاً إذ لم يعط للوثيقة المعلوماتية والسندات الإلكترونية حجية كاملة ولم يهدر حجيتها في الإثبات، وإنما أعفى من لديه سندات أو وثيقة معلوماتية مستخرجة من الحاسب الآلي من الإثبات بالكتابة، وأجاز له الإثبات بكافة الطرق العامة في الإثبات.

١ . Cass. Crim. 28 avr. 1987, BULL – Crim no 173 مشار إليه عند د. هلاي عبد

اللاة احمد – مصدر سابق – ص٤٣ هامش (٣).

٢ . Croz – l'apport au droit pénal à la théorie général du droit de l'informatique- J.c.p-ed-1988 – In333.

وصدر أخيراً القانون الفرنسي الجديد المرقم ٢٣٠ في ١٣ آذار ٢٠٠٠ آخذاً بنظر الاعتبار التطور الكبير الذي حصل في مفاهيم السندات الإلكترونية والوثائق المعلوماتية، ليمنح هذه الوثائق والسندات وضعاً قانونياً مشابهاً للسندات التقليدية، إذ نص هذا القانون معدلاً لنص المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي - على أنه ((الأدلة الكتابية هي الأدلة التي تتخذ شكلاً كتابياً سواء كانت من حروف أم من أرقام أو من أي شكل من الإشارات والرموز المخصصة لمعنى واضح مهما كان مصدرها أو صور تحويلها وذلك حسب التفصيل الآتي: ^(١)

- السندات الإلكترونية تكون مقبولة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات ولها نفس حجية الأدلة الكتابية الورقية بشرط تحديد الشخص الذي صدر منه السند قانوناً وان يكون السند الإلكتروني متضمناً لكامل السند الأصلي.

- في حالة عدم تحديد القانون لشروط السند الإلكتروني أو عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف، فإن للقاضي أن يفصل بالنزاعات المتعلقة بالأدلة الكتابية بكافة طرق الإثبات أياً كان مصدر السند.

- تكون للسندات الإلكترونية حجية الأدلة الكتابية الورقية في الإثبات.

- يعكس التوقيع اللازم لإتمام التصرف القانوني، شخصية من صدر منه وهو يعبر عن رضا الموقع بالالتزامات الناجمة عن هذا التصرف، وعندما يصدر التوقيع من موظف حكومي فإنه يعطي الصفة الشرعية لهذا التصرف أما إذا كان التوقيع إلكترونياً فإن القانون يفترض التزام الموقع بهذا التوقيع، ويفترض ان السند الموقع إلكترونياً يكون مطابقاً للسند الأصلي الورقي إذا كان قد صدر بالشروط التي يحددها القانون (().

وبنفس هذا الاتجاه سار المشرع البحريني في قانون التجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢، إذ نصت المادة الخامسة منه - والتي جاءت تحت عنوان ((حجية

١. د. عباس العبودي - مصدر سابق - ص ١٣٦، د. محمد سعد خليفة - مصدر سابق - ص ١٢٢ - ١٢٣.

السجلات الإلكترونية ((^(١) - على انه ((١- للسجلات الإلكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، ولا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية، من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها. ٢- إذا أوجب القانون على أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة أو رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفى بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للدخول عليها واستخراجها لا حقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.....))^(٢).

موقف المشرع العراقي من حجية الوثيقة المعلوماتية في الإثبات من مراجعة نصوص قانون الإثبات العراق رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ نجد أن المادة (١٠٤) من تنص على انه ((للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية)).

ومن هذا النص يتبين أن المشرع العراقي قد أجاز للمحكمة أن تستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، وهذا النص عام يشمل كل وسائل التقدم العلمي الجديد في الإثبات ومنها الوثيقة المعلوماتية.

إلا انه يلاحظ على هذا النص بأنه غير كاف، وكان بإمكان المشرع العراقي أن يأخذ من هذه الوسائل موقفاً واضحاً ويتدخل بتحديد حجيتها في الإثبات، ولكنه ترك الأمر للقضاء وجعل هذه الأمور مجرد قرائن قضائية والقاعدة في الإثبات بالقرائن القضائية مقيدة إلا فيما يجوز إثباته بالشهادة فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي تتجاوز خمسة آلاف دينار أو التصرفات التي

١. عرفت المادة (١) من هذا القانون السجل الإلكتروني بأنه ((السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بثه أو حفظه بوسيلة إلكترونية)).

٢. وينفس هذا الاتجاه سار المشرع الأردني في قانون الأوراق المالية رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧ إذ تنص المادة (٧٢/ج) منه على انه ((على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات. بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكسميلي)) وينفس هذا المعنى اخذ نص المادة (٩٢/ب) من مشروع قانون البنوك الأردني الجديد.

تتفي ما يخالف الثابت بالكتابة، فضلاً عن ذلك فإن سلطة القاضي في الأخذ بوسائل التقدم العلمي سلطة جوازية للقاضي مطلق الحرية في الاعتماد على هذه الوسائل أو عدم الاعتماد عليها، أمام في الدليل الكتابي فإن القاضي ملزم بالأخذ به إن توافرت شروط صحته.

وعليه فإن جعل الوثائق المعلوماتية والسندات الإلكترونية في التشريع العراقي في حكم القرائن القضائية، قصور في التشريع يجدر بالمشعر تلافيه، وذلك أن ظهور وسائل التقدم العلمي في الإثبات ومنها الوثائق المعلوماتية المستخرجة من الحاسب الآلي، ودقة البيانات التي تتضمنها هذه السندات، أدى إلى قلب المبادئ التي قامت عليها التفرقة بين القرائن القانونية والقرائن القضائية، وهو قيام القرائن القانونية على ارجح الاحتمالات وأقواها بوصفها دليلاً ثابتاً يفترض المشعر وجوده، في حين أصبحت القرائن القضائية المستمدة من وسائل التقدم العلمي، تدخل ضمن القرائن القانونية إذ أنها تؤدي إلى يقين لا يقل قوة عن الاحتمال الذي تقوم عليه بعض القرائن القانونية^(١). ولذلك كان الأجدر بالمشعر العراقي أن يأخذ هذه الظاهرة بعين الاعتبار ويجعل من هذه الوسائل على الأقل قرائن قانونية بحسب الأحوال لكي يكون بذلك مساهماً لركب التطور الهائل الذي وصلت إليه تكنولوجيا وسائل التقدم العلمي في الإثبات.

١. ينظر د. عباس العبودي - مصدر سابق - ص ١٤٦ - ١٤٧.

المبحث الثالث

ضرورة النص الخاص لتجريم التزوير في الوثيقة المعلوماتية

وجدنا من خلال استعراض المباحث السابقة، أن هناك حاجة ملحة لإصدار تشريع خاص لتجريم التزوير المعلوماتي وحسم كل خلاف حول صلاحية أو عدم صلاحية الوثيقة المعلوماتية لوصف المحرر. وأن أي محاولة لتطويع النصوص القانونية التقليدية سيؤدي إلى تشويه المبادئ المستقرة في النظام الجنائي.

لذا نجد أن الكثير من الدول سارعت إلى إصدار القوانين العقابية الخاصة التي تجرم كل تغيير للحقيقة في الوثيقة المعلوماتية، ومن هذه الدول الولايات المتحدة وبريطانيا وبلجيكا وألمانيا وأستراليا وفرنسا^(١).

وان كنا لا نؤمن باقتباس قوانيناً من قوانين الدول الغربية لاختلافها عنا في تقاليدنا وقيمها ومعتقداتها. إلا إننا في هذا المجال لا نرى ضيراً في الاسترشاد بقوانين هذه الدول، ما دمنا نعالج أوضاع أفرزها عصر المعلوماتية وأصبحنا مجبرين لا مخيرين في الاندماج بهذا العصر، فالأمر عام لا يتعلق بأخلاقية مجتمع ولا بخصوصية أمة ولا مرجعية دين.

ومن خلال اطلاعنا، وجدنا - كما بينا - إن هناك العديد من الدول التي أصدرت القوانين الخاصة بجريمة التزوير المعلوماتي، إلا إن التجربة الفرنسية تعد من وجهة نظرنا من أفضل التجارب التشريعية في هذا المجال، ولأهميتها فإننا سنتعرض لها هنا بشيء من التفصيل.

تزوير الوثيقة المعلوماتية في التشريع الفرنسي

استحدث المشرع الفرنسي، بموجب قانون الغش المعلوماتي الصادر في ٥ كانون الثاني ١٩٨٠ المواد ٤٦٢ / ٥ ، ٤٦٢ / ٦ ، وبموجب هاتين المادتين أصبحت جريمة التزوير في المحررات وجريمة استعمال هذه المحررات المزورة صوراً

١. لمزيد من التفصيل ينظر د. محمد سامي الشوا - مصدر سابق - ص ١٦٣ وما بعدها.

للتجريم مستقلة عن الصور المستحدثة وهي تزوير المستندات المعالجة معلوماتياً مع استعمالها.

لكن بصدور القانون الفرنسي الجديد في ١٦ / ١٢ / ١٩٩٢ استبدل المشرع بنص المادة (١/٤٤١) وما بعدها ببعض نصوص قانون العقوبات التقليدية التي كانت تخص تزوير المحررات الرسمية والعرفية، كذلك المواد ٤٦٢ / ٥ ، ٤٦٢ / ٦ المتعلقة بالغش المعلوماتي.

ولأهمية نص المادة (١/٤٤١) فإننا سنبين نص هذه المادة، التي تنص على انه ((يُعدّ تزويراً كل تغيير تدليسي للحقيقة، يكون من طبيعته أن يسبب ضرراً، ويتم بأي وسيلة مهما كانت، في محرر أو أي سند أو دعامة للتعبير عن الرأي والذي يكون موضوعه أو الذي من الممكن أن يكون له اثر في إنشاء دليل على حق أو فعل تكون له نتائج قانونية، ويعاقب على التزوير واستعمال المحرر المزور بالحبس لمدة ثلاث سنوات وغرامة قدرها ٣٠٠،٠٠٠ فرنك)).

كما نصت المادة (٢/٤٤١) بأنه ((يعاقب على التزوير الذي يرتكب في مستند مُسلم بواسطة الإدارة بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها ٧٠٠،٠٠٠ فرنك متى ارتكب التزوير أو استعمل في الآتي:

- بواسطة شخص مؤتمن على السلطة أو مكلف بخدمة عامة، وقد تصرف في حدود وظيفته.

- وأما بطريقة اعتيادية.

- وأما بقصد تسهيل ارتكاب جريمة وتزوير مستند ثبت انه أُعطي لفاعل الجريمة كي يفلت من العقاب)).

وعلى ذلك نجد أن المشرع الفرنسي افترض أن تغيير الحقيقة يتم بأي وسيلة كانت، فلم يحصر الطرق التي تقع بها جريمة التزوير كما هو الحال في قانون العقوبات العراقي (المادة ٢٨٧ ف ١ ، ف ٢) وقانون العقوبات المصري.

ومن ثم تحقق تغيير الحقيقة بأي طريقة كانت، والأهم من ذلك إن المشرع الفرنسي كما هو مبين في المادة أعلاه لم يأخذ بالمفهوم التقليدي للمحرر الذي يكون محلاً لجريمة التزوير، فنتحقق هذه الجريمة ولو كان تغيير الحقيقة قد وقع على

مستند مكتوب أو وسيلة غير عادية ومن ضمنها مستخرجات الحاسب الآلي المطبوعة مستند أو دعامة، وهو تعبير عام ينصرف إلى الوثائق المعلوماتية كالدعامات المغناطيسية والشرائط الممغنطة وهو ما يطلق عليه Flopy desk or (C.D).

والمتن في نص المادة ٤٤١ يجد أن المشرع الفرنسي حقق بهذا النص هدفين:

الأول: إن نص المادة ٤٤١ أصبح يستوعب حالات التزوير العادي في المحررات إلى جانب تزوير الوثيقة المعلوماتية، وذلك بتجريم التزوير الواقع على وثيقة معلوماتية مطبوعة على سند أو دعامة وبأي وسيلة وبالتالي شملت هذه المادة ما كان منصوصاً عليه في المواد ٤٦٢ / ٤ ، ٤٦٢ / ٥ في شأن التزوير الواقع على الوثيقة المعالجة معلوماتياً.

الثاني: أخرج المشرع الفرنسي بهذا النص جريمتي تزوير المستندات المعالجة آلياً واستعمالها من بين جرائم الاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات^(١). وذلك أمر منطقي يجد مبرره في اختلاف المصلحة المحمية بالقانون والتي تقف وراء تجريم كل منهما، فالمصلحة المحمية في تجريم الاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات هي مصلحة فردية تخص صاحب هذا النظام المعلوماتي ومن يسيطر عليه فرداً أو شركة، على حين أن المصلحة التي يحميها القانون بصدد جريمة

١. إذ عالج المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة ٣٢٣ جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في كل أو جزء من نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وشدد العقاب إذا نتج عن الدخول أو البقاء غير المشروع محو أو تعديل في المعطيات أو عدم صلاحية النظام لأداء وظائفه وعالج في الفقرة الثانية من المادة ذاتها جريمة التعطيل أو الإفساد المقصود لنظام المعالجة الآلية للمعطيات. أما الفقرة الثالثة فقد خصصها لجريمة الاعتداء المقصود عن طريق الغش وذلك بإدخال معطيات أو تعديل أو محو للمعطيات عن طريق الغش. وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة فقد عالج فيها جريمة الاتفاق الجنائي لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفقرات الثلاثة المتقدمة. ينظر أستاذتنا د. واثبة داود السعدي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب - مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - العدد الأول - المجلد الثامن عشر - ٢٠٠٤ - ص ٧٦ - ٧٧.

تزوير المستندات والمحركات ومنها الوثيقة المعلوماتية، هي حماية الثقة العامة التي افترضها المشرع في هذا السندات.

خاتمة البحث

من خلال ما تقدم، يبدو لنا وبجلاء إن الإشكالية التي تكمن في جريمة التزوير المعلوماتي هي الوثيقة المعلوماتية، فنصوص التقليدية التزوير والتي تشترط وجود المحرر كمحل لهذه الجريمة، قد لا تسعنا لتجريم تغيير الحقيقة الذي يقع على الوثيقة المعلوماتية وهي محل التزوير المعلوماتي.

لذا كان لزاماً علينا أن نبين مفهوم الوثيقة المعلوماتية، وبهذا الصدد وجدنا أن ضرورات مواكبة التطور العلمي في مجال الحاسب والانترنت تفرض علينا الأخذ بالمفهوم الواسع للوثيقة المعلوماتية بحيث تشمل كل مستخرجات الحاسب الآلي ورقية كانت أم غير ورقية وتشمل أيضاً ما يمكن عرضه على الشاشة الخاصة به إذا ما اخذ بنظر الاعتبار المعاملات التجارية التي تتم عن طريق الوسيط الإلكتروني دون إشراف أو تدخل الشخص الطبيعي وهذه ما يسمى ((بالمعاملات الإلكترونية المؤتمته)).

وبعد التمييز بين الوثيقة المعلوماتية وما قد يختلط معها من مفاهيم حديثة أوجدها الحاسب كالبرامج والبيانات، انتهجنا في بحثنا المنهج التقريبي فحاولنا التقريب بين محل جريمة التزوير التقليدي ((المحرر)) والوثيقة المعلوماتية الأمر الذي من خلاله بيّنا ماهية المحرر بمفهومه التقليدي ومدى انطباقه على الوثيقة المعلوماتية، وحيث لا يمكن أن يكون هناك محرر بدون توافر شرط الكتابة من جهة، وصلاحيته للإثبات من جهة أخرى، ناقشنا مدى توافر هذين الأمرين في الوثيقة المعلوماتية فوجدنا من الضروري إذا ما أردنا أن نعترف بوصف المحرر للوثيقة المعلوماتية، أن نأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة يتمثل في ترك اصطلاح الكتابة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفقاً للتطور التكنولوجي الهائل في هذا المجال واعترفنا أيضاً بصلاحيّة الوثيقة المعلوماتية للإثبات سواء في نطاق القانون الجنائي أم في

نطاق القانون الخاص ولاسيما وأن الكثير من التشريعات التي تنظم موضوع التجارة الإلكترونية والمعاملات المصرفية قد أعطت للوثيقة المعلوماتية هذه الحجية القانونية.

ولكي لا نشوه المفاهيم القانونية التقليدية بمحاولة تطويعها على هذه الظاهرة أو تلك، وجدنا الحاجة ملحة إلى إصدار تشريع خاص يعالج جرائم الحاسب بشكل عام وجريمة التزوير المعلوماتي بشكل خاص. ولعل في تجارب الدول الأخرى - التي سبقتنا في هذا المجال - المعين الوافي لكل من يريد أن يُقدم على مثل هذه الخطوة التشريعية شرط أن لا يتعارض ذلك مع القيم والمبادئ التي تقوم عليها مجتمعاتنا. ولحين أن يرى مثل هذا التشريع النور، نرى انه بالإمكان إعمال نصوص جريمة التزوير التقليدية في مجال التزوير المعلوماتي دون أن يتضمن ذلك إهداراً لمبدأ الشرعية الجزائية، إذا اعترف المشرع بالحجية القانونية للوثيقة المعلوماتية لاسيما وان جميع عناصر جريمة التزوير التقليدية من تغيير الحقيقة، وحصر طرق التزوير، والضرر والقصد الجنائي، من الممكن تحقيقها في جريمة التزوير المعلوماتي، والأمر برمته متروك لحكمة القاضي وفطنته.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر

أولاً: باللغة العربية

- الكتب

- د. احمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية ٢٠٠٠.
- د. جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي - ط ١ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠.
- د. عباس العبودي - الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٠.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي - النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية - الكتاب الثاني - الحماية الجنائية والمعلوماتية لنظام الحكومة الإلكترونية - ط ١ - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٣.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي - الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٤.
- عفيفي كامل عفيفي - جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية و دور الشرطة والقانون - منشورات الحلبي الحكومية - ٢٠٠٣.
- عماد محمد سلامة - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج - ط ١ - دار وائل للنشر - عمان - ٢٠٠٥.
- عمر حسن المومني - التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية (دراسة قانونية وتحليلية مقارنة) - ط ١ - دار وائل للنشر - عمان - ٢٠٠٣.
- د. عمرو احمد حسبو - حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.
- د. فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٦.

- د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - دار النهضة العربية - ١٩٨٨.
- د. ماهر عبد شويش - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - ط ٢ - الموصل - ١٩٩٧.
- د. مدحت عبد الحليم رمضان - الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١.
- د. محمد حسام محمود لطفي - الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الإلكتروني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧.
- د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي - القانون الجنائي (القسم الخاص) - الدار الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٨.
- د. محمد سامي الشوا - ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤.
- د. محمد سعد خليفة - مشكلة البيع عبر الانترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.
- د. محمد نجيب حسني - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ١٩٧٢.
- د. نائلة عادل محمد فريد قورة - جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - ط ١ - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٥.
- د. هلالى عبد الللة احمد - حجية المستخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢.
- د. واثبة داود السعدي - قانون العقوبات (القسم الخاص) - جامعة بغداد كلية القانون - ١٩٨٨ - ١٩٨٩.

- البحوث

- د. آلاء يعقوب - أحكام التوقيع الرقمي في القانون العراقي - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد ٧ - العدد ١٢ - كانون الأول - ٢٠٠٤.
- د. محمد حماد مرهج - الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - العدد ٢٠ - كانون الثاني - ٢٠٠٤.
- د. واثبة داود السعدي - الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب - مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - العدد الأول - المجلد الثامن عشر - ٢٠٠٤.
- يونس عرب - حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع:
[HTTP://WWW.ARABLAW.ORG/ARAB20%NET203%HTM](http://www.arablaw.org/arab20%net203%htm)

ج - القوانين

- القانون البحريني للتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢.
- القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.
- القانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.
- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٤٧.
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- (1) Code pénal français édition 200.
- (2) Croz – l'apport au droit pénal à la théorie général du droit de l'informatique- J.c.p-ed-1988.
- (3) R. Gassin – Criminologie – précis – Dalloz – 1988.
- (4) R. Vouin – précis du droit pénal spécial – 2ed.

الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي

الدكتور حيدر أدهم الطائي

كلية الحقوق – جامعة الزهرين

الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي

الدكتور حيدر أدهم الطائي

كلية الحقوق

- جامعة النهرين

المبدأ في المعاهدات الدولية انها لا تلزم إلا عاقيها ومن ثم فهي لا تكون مصدر حق أو التزام للغير ومع ذلك فان هذا المبدأ يشهد بعض الاستثناءات منها حالة الاشتراط لمصلحة الغير ولتحقق هذه الحالة لابد من توافر عدة شروط اشارت إليها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

والاشتراط لمصلحة الغير يعرف باعتباره عملاً أو تصرفاً قانونياً بواسطته تشتترط دولة على دولة أخرى بموجب اتفاقية أو تتعهد دولة بمقتضاه تجاه دولة أخرى باكساب حق أو منفعة أو ميزة الى دولة ثالثة في الاتفاقية هي الدولة المستفيدة.

Abstract

The principle in any international treaty is that a treaty is binding only on its contracting parties. Hence, that treaty cannot be a source of right or commitment on a third party. This principle includes some exceptions, one of which is the condition of stipulation in the interest of a third party. In order to realize such stipulation, there must be available certain conditions mentioned by Vienna convention of law of treaties of 1969. The stipulation in the interest of a third party is known to be a legal action or manner by means of which a state stipulates on another state by a convention. Or, by virtue of a stipulation, a state is to be committed to words another state that a third party in the convention, which is the interested party, acquire a right, an advantage, or a privilege.

المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وآل بيته ومن والاه، وبعد فان الاشتراط لمصلحة الغير في النظام القانوني الدولي يعد من المواضيع التي أثارت جدلاً واسعاً سواء كان هذا الجدل على صعيد الفقه الدولي أو على صعيد الممارسة الدولية، والحقيقة أن جوهر هذا التباين في الآراء إنما يعود في النهاية إلى طبيعة القانون الدولي العام، والأساس الذي تستمد منه قواعد هذا القانون قوتها الملزمة بالنسبة لأشخاصه.

كذلك فان كون موضوع الاشتراط كاستثناء من مبدأ نسبية اثر المعاهدات في القانون الدولي، يمتلك أهمية لا يمكن إنكارها حيث إن الممارسة الدولية حافلة بنصوص تمثل هذا المضمون، وهي نصوص تكتسب أهمية بالغة في مجالات متعددة كالمسائل المتعلقة بالمسؤولية الدولية لبعض الدول في حالات معينة.

ومن ثم فان اختيار هذا الموضوع ليكون مادة للبحث يجد تسويغاً له فيما قدمنا من أسباب، وقد استعنا بهدف إنجاز هذا البحث بمصادر متنوعة بعضها تناول موضوع الاشتراط بصفة أساسية كما هو الحال في أعمال لجنة القانون الدولي بخصوص قانون المعاهدات، وهي ذات أهمية فقهية كبيرة بالمقارنة مع كتابات الفقهاء الآخرين إذ ان أعمال هذه اللجنة لا يمكن أن ينسب إليها وبسهولة طابع عدم الحياد أو تمثيل مصالح معينة لدولة أو لمجموعة من الدول إذا ما نظرنا إلى المسألة من حيث نتيجة عمل اللجنة بخصوص موضوع معين تقوم بدراسته، وربما كان ما انتهت إليه لجنة القانون الدولي بخصوص الاشتراط لمصلحة الغير يعد دليلاً على ذلك.

إن محاولة إعطاء فكرة واضحة إلى ابعد حد ممكن عند تناول هذا الموضوع بالبحث قد لا يكون أمراً سهلاً نظراً للخلافات وتباين الآراء بخصوصه بل وفي كل فقرة من فقراته، فان تناول هذا الموضوع في هذا البحث قد انصب بالدرجة الأساس على محاولة التوصل إلى تحقيق هذا الهدف أي إعطاء فكرة عن موضوع الاشتراط لمصلحة الغير وبالشكل الذي يؤدي إلى توضيح آفاقه المستقبلية، وإن إنجاز هذا الهدف يتطلب منا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث.

إذ سينصب المبحث الأول منها: على توضيح المقصود بمبدأ نسبية اثر المعاهدات وفكرة الاشتراط، وهو مقسم إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول منه مبدأ نسبية اثر المعاهدات وفكرة الاشتراط في فرعين اوضحنا في الفرع الاول المقصود بهذا المبدأ بينما تناولنا في الفرع الثاني الأساس القانوني له، أما المطلب الثاني فقد أوضحنا فيه فكرة الاشتراط لمصلحة الغير من خلال تحديد معنى الاشتراط في مطلب أول، وبيان أشكال الاشتراط في المطلب الثاني.

المبحث الثاني: تناولنا فيه الأساس القانوني للاشتراط، وشروطه في مطلبين انصب المطلب الأول على بيان الأساس القانوني للاشتراط من خلال تناول نظرية العرض والإيجاب في فرع أول، ونظرية الارادة المنفردة في فرع ثانٍ.

أما المطلب الثاني فقد كان موضوعاً للمبحث في شروط الاشتراط إذ أوضحنا الشرط الأول وهو رغبة الأطراف بإنشاء الحق لمصلحة الغير في فرع أول بينما كان الفرع الثاني مخصصاً لتناول الشرط الآخر للقول بقيام الاشتراط، وهو ضرورة موافقة الغير عليه.

المبحث الثالث: انصب على دراسة حدود حق المنتفع والمشتراط في مطلبين أيضاً خصص المطلب الأول لبيان حدود حق المنتفع إذ تعرضنا فيه لإتجاه الحق غير المباشر في فرع أول بينما كان الفرع الثاني منصباً على توضيح رأي اتجاه الحق المباشر.

المطلب الثاني: كان مخصصاً للمبحث في حدود حق الأطراف في تعديل أو إلغاء الاشتراط وهو في فرعين كذلك خصص الأول لتوضيح موقف الاتجاه الذي يشترط موافقة الغير بينما أوضحنا في الفرع الثاني الاتجاه الذي لا يشترط موافقة الغير.

المبحث الأول - مبدأ نسبية اثر المعاهدات وفكرة الاشتراط

سنتعرض في هذا المبحث لمبدأ اثر المعاهدات ببيان معناه والأساس الذي يستند إليه في النظام القانوني الدولي، كما سنوضح فكرة الاشتراط لمصلحة الغير باعتبارها استثناء من مبدأ نسبية اثر المعاهدات، وذلك في مطلبين وبالترتيب الآتي:

المطلب الأول - مبدأ نسبية اثر المعاهدات

المطلب الثاني - فكرة الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الأول - مبدأ نسبية اثر المعاهدات

إذا كان مبدأ نسبية اثر المعاهدات أحد المبادئ المعروفة في ميدان المعاهدات الدولية فسنبحث في هذا المطلب وبقصد توضيح المبدأ المذكور المقصود به أولاً، فبيان فكرته ومداه سيكون مفيداً للتعريف بالفكرة الرئيسية للبحث، عليه سنتناول هذا المبدأ في فرعين:

الفرع الأول - معنى المبدأ

الفرع الثاني - أساسه القانوني

الفرع الأول - معنى المبدأ

يراد بمبدأ نسبية اثر المعاهدات أن المعاهدة الدولية لا يمكن أن تلزم دولاً ليست أطرافاً فيها سواء تعلق الأمر بإكسابها خوفاً أو إلزامها بالتزامات تكون المعاهدة مصدراً لها، فالمعاهدة الدولية لا توجب حقوقاً أو التزامات إلا فيما بين الدول الأطراف فيها دون الغير الذي يعد خارجاً عن دائرة آثارها النافعة أو الضارة على حد سواء^(١).

بل إن المعاهدة وإن كانت تلزم الدول التي عقدتها فهي لا تمتد إلى الأقاليم التابعة لهذه الدول إلا إذا تمت الإشارة إلى هذه المسألة صراحة، وعلى سبيل المثال فإن المعاهدات التي تعقدها المملكة المتحدة لا تلزم إلا المملكة المتحدة بالحدود التي تعرف بها، أي أن المعاهدة لا تنطبق إلا على إقليم الجزر البريطانية وشمال أيرلندا، وهذا يعني أن المعاهدة التي تعقدها المملكة المتحدة لا تمتد إلى ما وراء حدود الإقليم

١. عبد العزيز محمد سرحان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ١٥٤.

المعروف لها إلا إذا ذكر ذلك بشكل صريح فيها^(١). وعلى هذا الأساس فقد أعلنت المملكة المتحدة فيما يتعلق باتفاقية حقوق الطفل الموضوعة في نيويورك ١٩٨٩ بأنها (تحتفظ بالحق في سريان الاتفاقية في تاريخ لاحق على أي إقليم تقع مسؤولية علاقاته الدولية على عاتق حكومة المملكة المتحدة)^(٢) ثم أبلغت الأمين العام للأمم المتحدة في ٧ أيلول ١٩٩٤ بما يفيد توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية السالفة الذكر ليشمل مجموعة من الأقاليم التابعة لها كجزيرة مان وجزيرة فوكلاند وجزيرة مونسيرات وغيرها^(٣).

القضاء الدولي أكد هذا المبدأ في العديد من الأحكام، ففي الأحكام الصادر من محكمة التحكيم الدائمة بتاريخ ٤ نيسان ١٩٢٨ في قضية جزيرة بالماس بين هولندا والولايات المتحدة الأمريكية أكد المحكم ماكس هوبر أن معاهدة باريس المبرمة عام ١٨٩٨ لإنهاء الحرب بين الولايات المتحدة الأمريكية وإسبانيا التي تنازلت الأخيرة بمقتضاها عن ممتلكاتها في المحيط الهادئ، ومنها جزيرة بالماس إلى الولايات المتحدة^(٤) لا يمكن أن يحتج بها في مواجهة هولندا التي لم تكن طرفاً فيها، فهو يؤكد في هذا الحكم على أن المعاهدة المعقودة من قبل إسبانيا في الولايات المتحدة الأمريكية مع دولة ثالثة أخرى هي عبارة عن معاملات جرت بين أطراف آخرين، وهي لا يمكن أن تكون ملزمة لهولندا بأي حال من الأحوال باعتبارها معاهدة^(٥).

١. حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، الطبعة السادسة دار النهضة العربية،

١٩٧٦، ص ٧٩.

٢. منشور، التحفظات والاعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية حقوق الطفل،

CRC/C/2/Rev.6-9 April 1997، ص ٣٥.

٣. المصدر نفسه، ص ٤٢.

٤. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، المجلد الأول، الطبعة

الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٧٢، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

٥. Humphrey Wedlock, third reports on the law of treaties, Y.B.I.L.C,

Documents of the sixteenth session including the report of the commission to the general assembly, vol. II, 1964, p.18.

أما محكمة العدل الدولية الدائمة فقد أكدت هذا المبدأ في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولندا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ أيار ١٩٢٦ إذ ذكرت أن (المعاهدة لا تنشئ حقوقاً إلا بين الدول الأطراف)^(١) بينما أكدت محكمة العدل الدولية هذا المبدأ في قضية الحادث الجوي بين بلغاريا والكيان الصهيوني في قرارها الذي أصدرته بتاريخ ٢٦ أيار ١٩٥٩ إذ أشارت إلى أن المادة ٣٦/٥ من النظام الأساسي للمحكمة لا يكمن الاحتجاج بها في مواجهة الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، فقبول بلغاريا للفقرة الخامسة من المادة ٣٦ لا يشكل موافقة على الولاية الجبرية للمحكمة إذ أن مثل هذه الموافقة لا يمكن منحها إلا وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦^(٢). أما في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بين ألمانيا الاتحادية من جهة وهولندا والدنمارك من جهة أخرى فقد طبقت المحكمة هذا المبدأ عندما رفضت اعتبار ألمانيا الاتحادية ملزمة بالمادة (٦) من اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ لكونها لم تصدق على الاتفاقية المذكورة، ومن ثم لا يمكن اعتبارها طرفاً فيها على الرغم من كونها إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية^(٣).

إن مبدأ نسبية اثر المعاهدات لا يتعارض مع احتمال ان تتأثر الدول الغير بالمعاهدة بصورة غير مباشرة، فقد تنتفع أو تتضرر دول غير من معاهدة ما، ومن الأمثلة على الحالة الأولى أن تتفق دولتان في معاهدة على ضمان سلامة إقليم دولة ليست طرفاً في المعاهدة أو على الاعتراف لمثل هذه الدولة بحق من الحقوق، ومن

١. P.C.I.J, series A-No.7, p.28.

٢. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٤٨ - ١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ص ٦٣.

نصت المادة ٣٦/٥ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على: (التصريحات الصادرة بمقتضى حكم المادة ٣٦ من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، المعمول بها حتى الآن، تعتبر فيما بين الدول أطراف هذا النظام الأساسي، بمثابة قبول للولاية الجبرية لمحكمة العدل الدولية، وذلك في الفترة الباقية من مدة سريان هذه التصريحات ووفقاً للشروط الواردة فيها).

٣. I.C.J, reports (1969) parag. 26, p.25.

الأمثلة على الحالة الثانية عقد اتفاقية اقتصادية بين دول معينة قد يترتب عليها الإضرار بالمركز الاقتصادي لبعض الدول غير الأطراف فيها كمساس الإتفاقية المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة بالمصالح الاقتصادية لبريطانيا^(١) قبل انضمامها لهذا التجمع.

من جانب آخر إذا كان اعتراف الدول غير الأعضاء أو المنظمات الدولية الأخرى ضرورياً للاحتجاج بالشخصية القانونية للمنظمة الدولية سواء كان هذا الاعتراف صريحاً أو ضمناً إذ إن الشخصية القانونية الدولية للمنظمة إنما تثبت لها كنتيجة حتمية للمعاهدة التي أنشأتها ولا يجوز تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر المعاهدات الاحتجاج بهذه المعاهدة في مواجهة الدول التي لم تشترك في إبرامها^(٢)، إلا إن محكمة العدل الدولية قد خرجت عن هذا المبدأ في الرأي الإستشاري الصادر بتاريخ ٩ نيسان ١٩٤٩ بخصوص الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة إذ اعترفت للأمم المتحدة على سبيل الاستثناء بالشخصية الدولية الموضوعية التي يجوز الاحتجاج بها في مواجهة كافة الدول الأعضاء مستندة في ذلك إلى طبيعة أهداف المنظمة وعدد الدول الأعضاء فيها مما يسوغ في رأيها الخروج على قاعدة نسبية اثر المعاهدات^(٣)، فقد أكدت المحكمة (إن أعضاء الأمم المتحدة قد انشأوا كيانا له شخصية دولية هادفة لا يعترف بها سواهم)^(٤).

وبالرغم مما تقدم من الضروري أن نشير إلى أن الأصل في المعاهدات المنشئة للمنظمات الدولية هو كونها معاهدات تخضع (حالها في ذلك حال المعاهدات الأخرى) لمبدأ نسبية اثرالمعاهدات، ومن ثم فإن الشخصية القانونية للمنظمة الدولية لا يمكن ان تتصف بالصفة الموضوعية، وإنما هي ذات طبيعة

١. محمد سامي عبد الحميد، المصدر السابق، ص ٣٤٢.

٢. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، النظرية العامة، الأمم المتحدة، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، ١٩٧٢، ص ٦٣.

٣. المصدر نفسه، ص ٦٤.

٤. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٤٨ - ١٩٩١،

المصدر السابق، ص ١٠.

نسبية إذ لا يجوز الاحتجاج بها الا في مواجهة أعضاء المنظمة وأشخاص القانون الدولي الأخرى المعترفين بها^(١).

أما فيما يخص إشارة محكمة العدل الدولية المتعلقة بتمتع منظمة الأمم المتحدة بالشخصية القانونية الدولية الموضوعية فالحقيقة هي أن الميثاق الذي أنشأته منظمة الأمم المتحدة بموجبه ما هو إلا معاهدة دولية حالها حال معاهدات أخرى تتمتع بطبيعة خاصة كونها تنظم مراكز موضوعية دولية، فمثل هذه المعاهدات تستمد القوة الملزمة لها أو الأساس القانوني الذي يدفع الغير إلى احترامها من فكرة الحكومة العالمية الواقعية والفعلية التي تمارسها مجموعة من الدول التي تتمكن بفعل ما تتمتع به من مظاهر القوة من تنظيم مثل هذه المراكز وفرض احترامها والالتزام بها من جانب الغير.

وقد ثبتت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وجهة نظر المدرسة الارادية التي تؤكد بان المبادئ والقواعد التي جاءت بها مثل هذه المعاهدات لا تعدو كونها قواعد ذات طبيعة عرفية تلتزم بها الدول لا لكونها أحكاماً تعاهدية ولكن مصدر الالتزام بالنسبة لها هو العرف الدولي، ومن ثم فان اتفاقية فيينا لم تقبل الفكرة التي يدافع عنها جانب من الفقه والقائلة بوجود مراكز موضوعية، ونصت في المادة ٣٨ منها على أنه (ليس في المواد ٣٤ - ٣٧ ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة لدولة ليست طرفاً فيها باعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي ومعتراً لها بهذه الصفة).

أخيراً نشير إلى أن المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد قننت مبدأ نسبية اثر المعاهدات، إذ نصت المادة المذكورة على أنه (لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً للدول الغير من دون موافقتها).

وفي حقيقة الأمر، فان فكرة عدم إمكانية ترتيب آثار قانونية على أشخاص القانون الدولي دون رضاهم هي فكرة قائمة حتى في إطار المعاهدات الجماعية وذلك ضمن مفهوم التحفظ، فالدولة التي تكون طرفاً في معاهدة لا تلتزم بالنصوص

١. محمد سامي عبد الحميد، المنظمات الدولية، المصدر السابق، ص ٦٤.

التي سبق ان أبدت تحفظاً بخصوصها، وهذا كله طبقاً للنصوص المنظمة للتحفظ في معاهدة فيينا لقانون المعاهدات ١٩٩٦^(١).

الفرع الثاني - أساسه القانوني

إن مبدأ نسبية اثر المعاهدات لابد وان يكون لوجوده تسويغ قانوني حتى يمكن قبول الآثار التي تترتب على إعماله في نطاق القانوني الدولي، والحقيقة أننا يمكن أن نجد هذا التسويغ والأساس القانوني له في قواعد العرف الدولي وفي مبدأ سيادة واستقلال الدول، فمبدأ نسبية اثر المعاهدات يؤسس على قاعدة عرفية قننت في معاهدة فيينا لقانون المعاهدات وعلى أساس مبدأ سيادة واستقلال الدولة المتعاقدة في المجتمع الدولي الذي يفتقر لسلطة عليا تفرض التزامات أو تعطي الحقوق للغير

دون رضاه على غرار ما هو معروف في القوانين الداخلية^(٢)، وهذا بقدر تعلق الأمر بالشخص الرئيسي في القانون الدولي ألا وهو الدولة.

إن التقارير التي قدمت من جانب السيدين جيرالد فيتسموريس وهمفري والدوك المقررين الخاصين في لجنة القانون الدولي حول موضوع قانون المعاهدات قد احتوت على نص يقرر هذا المبدأ في المعاهدات الدولية، إلا أن الخلاف بين أعضاء اللجنة قد انصب على الأساس القانوني له، فالأعضاء في لجنة القانون الدولي الذين يمثلون دول العالم الثالث، ومنهم مصطفى كامل ياسين أكدوا على المبدأ كونه يستمد قوته الملزمة من مبدأ المساواة في السيادة بين الدول صغيرها وكبيرها.

أما أعضاء اللجنة من الدول الرأسمالية، فقد نظروا إلى هذا المبدأ كونه تطبيقاً لقانون العقود المدنية، بينما أشار آخرون منهم إليه باعتباره تعبيراً عن قاعدة عرفية

١. أنظر هذه النصوص منشورة في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢٥، ١٩٦٩، المواد من ١٩ - ٢٣.

2. Humphrey Waldock, third reports on the law of treaties, op. cit, p Gerald Fitzmaurice, fifth report on the law of treaties, Y.B.I.L.C, Documents of the twelfth session including the report of commission to the general assembly, vol. II, 1960, p.76.

أو مبدأ من مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة وفقاً للمادة ٣٨/١ ج من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(١).

حول كون هذا المبدأ تطبيقاً لقانون العقود المدنية يذكر أحد الكتاب أن النظر إلى المعاهدات الدولية باعتبارها ارتباطات عقدية قد قاد المبدأ المعمول به في نطاق الأنظمة القانونية الداخلية التي تقضي بأن العقد لا يمكن أن يضر الغير أو يفيد^(٢)، فأن العقد لا يمكن أن ينصرف إلى غير أطراف العلاقة التعاقدية وهذا يعني أن أثر العقد سيكون نسبياً من حيث الأشخاص كذلك فإن أطراف العلاقة التعاقدية لا يلتزمون بما لم يتضمنه العقد، ويعبر عن ذلك بالقول أن أثر العقد نسبي من حيث المضمون.

عليه فإن أثر العقد نسبي من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون وهذا هو الأصل^(٣)، والحقيقة أن هذا الكاتب ينتهي إلى رفض قياس آثار المعاهدات الدولية على أحكام القانون الداخلي الخاصة بالعقد ويؤكد بأن الرأي الصائب يتمثل في القول بأن الدول الأطراف في المعاهدات الجماعية التي يمكن أن تمتد بآثارها إلى الغير هم أقرب إلى المشرع منهم إلى أطراف المعاهدة^(٤).

من ناحية أخرى يؤكد ماكنير أن (مبدأ المساواة القانونية والحس السليم هما في صالح نسبية أثر المعاهدات لأن الدول غير الأطراف تعتبر أجنبية وغريبة على المعاهدة)^(٥) فحق المساواة هو نتيجة لمبدأ سيادة الدولة واستقلالها والمراد به هنا هو المساواة أمام النظام القانوني الدولي، بمعنى تمتع الدول بذات الحقوق والواجبات

١. علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٠٣٩.

٢. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم / قانون السلام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٤٨٣.

٣. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني / في مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، بغداد، ص ٣١٦.

٤. محمد طلعت الغنيمي، المصدر السابق، ص ٤٨٣.

٥. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٢٧.

التي تتمتع بها الدول الأخرى، وهذه المساواة القانونية تعد حقاً ثابتاً لجميع الدول
تترتب عليه مجموعة من النتائج لعل أولها سيكون انه ليس لدولة أن تملّي أراستها
على دولة أخرى^(١).

والحقيقة ان هذا المبدأ يعد من المبادئ الراسخة في القانون الدولي إذ أشير
إليه في العديد من الوثائق القانونية المهمة كميثاق الأمم المتحدة الذي أكد في المادة
٢/٢ منه على أن الهيئة قائمة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها.
فضلاً عما تقدم هناك مسوغ عملي لمبدأ نسبية اثر المعاهدات الذي يحول
دون أن تمتد آثاره خارج دائرة أطرافها، فإذا قبلنا بالفكرة التي تتيح لكل دولة من
خلال المعاهدات أن تفرض التزامات أو تمنح حقوقاً للطرف الثالث فإن هذا المنطق
سيؤدي بالنتيجة إلى الفوضى والاضطراب والتوتر في العلاقات الدولية بصورة دائمة
إذ أن الدولة التي تتأثر سلبياً أو إيجابياً من هذه الممارسة لن تقبل الخضوع أو
الالتزام بما ترتبه المعاهدة تجاهها من آثار سلبية أو إيجابية وسوف تعمل بما يتاح
لها من وسائل وأساليب إلى التخلص من هذه الآثار سواء كانت نافعة أم ضارة مما
يعرض الأمن القانوني الدولي إلى الخطر، وهذا ما يمثل اتجاهاً معاكساً لما تسعى
إلى تحقيقه القواعد القانونية في نشر الأمن والاستقرار في المجتمع الدولي^(٢).

والحقيقة أنه مع التسليم بأهمية مبدأ استقرار وثبات العلاقات الدولية والمعبر
عنه بفكرة الأمن القانوني، فإن هذا التسوية العملي لمبدأ نسبية اثر المعاهدات لا
يضيف شيئاً، إذ أن مبدأ المساواة القانونية أي أن الدول كافة تتمتع بحقوق متساوية
كما أن عليها التزامات متساوية يحقق أو يمثل إطاراً يضم في محتواه المضمون
الحقيقي للتوسيع العملي المشار إليه آنفاً.

أما بخصوص المنظمات الدولية، فإن ما يسوغ هذا في مواجهتها هو ضرورة
احترام مبدأ التخصص وعدم التدخل في شؤون المنظمة بإلزامها بشيء لا ترغب فيه،

١. محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر،

بيروت، ١٩٨٣، ص ١١٨ - ١١٩.

٢. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٢٥.

فضلا عن أن مبدأ المساواة مع غيرها من المنظمات الأخرى منع كلاً منها من فرض التزامات على سواها^(١).

المطلب الثاني - فكرة الاشتراط لمصلحة الغير

نعرض أولاً في هذا المطلب إلى تحديد معنى الاشتراط لمصلحة الغير بتعريفه وبيان المقصود بالدولة الغير، كما سنبين أشكال الاشتراط طبقاً للممارسة الدولية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول - معنى الاشتراط لمصلحة الغير

الفرع الثاني - أشكال الاشتراط

الفرع الأول - معنى الاشتراط لمصلحة الغير

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي باعتباره (عملاً قانونياً بواسطته تشترط دولة على دولة أخرى بموجب اتفاقية أو تتعهد دولة بمقتضاه تجاه دولة أخرى باكتساب حق أو منفعة أو ميزة إلى دولة ثالثة في الاتفاقية هي الدولة المستفيدة)^(٢) أو هو (شرط في المعاهدة يتضمن وعداً لصالح دولة أو منظمة ثالثة ليست طرفاً في المعاهدة التي يمكنها الاستفادة منه بالمطالبة والتمسك به ولا يجوز سحبه منها إلا برضاها)^(٣).

والحقيقة أن القوانين الوطنية قد عرفت نظام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ نظمت في نصوص قانونية، ويراد به: أن يتفق أطراف العقد على ترتيب حقوق لصالح شخص ليس طرفاً في التعاقد^(٤)، فهو عمل قانوني ينعقد بين شخصين ولكن

١. المصدر نفسه، ص ١٠٢٢.

٢. محمد مجدي مرجان، آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٥٢ - ١٥٣.

٣. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٥٥.

٤. محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي، المصادر والأشخاص، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٣٥.

تنفيذه يرتبط بثلاثة أشخاص هم العاقدان والمستفيد، ومن ثم فهو يمثل استثناء جوهرياً لقاعدة نسبية اثر العقود من حيث انصرافه إلى الغير^(١).

إن هذه التعاريف المعطاة للاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي وإن عبرت بشكل أو بآخر عن معنى فكرة الاشتراط، فإن الأخذ بنظر الاعتبار الإهتمام المتزايد بالدور الذي يمكن أن يلعبه الفرد في النظام القانوني الدولي يمكن أن تجعل من فكرة الاشتراط لمصلحة الغير إحدى الوسائل التي يمكن أن تحقق هذا الهدف.

المسألة الثانية هي إن الاشتراط كما جاء في النصوص المنظمة له في اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ ليس مجرد وعد في معاهدة بل هو حق، ومن ثم يمكن تعريف الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي باعتباره شرطاً يتضمن حقاً لطرف ثالث يستطيع بموجبه الانتفاع منه طبقاً لشروطه المحددة في المعاهدة التي يرد فيها.

إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال القانون الدولي تجد أساسها في الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية المناطق الحرة بين سويسرا وفرنسا والصادر بتاريخ ٧ حزيران ١٩٣٢ الذي جاء فيه: (ليس من السهولة الافتراض بأن الاشتراطات النافعة للدولة الغير قد أقرت من أجل إنشاء حق بالمعنى الدقيق لصالحها، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع دون أن تكون لإرادة الدول ذات السيادة القدرة على إنشاء هذا الحق وهذا الأثر.

وعلى هذا الأساس فإن وجود الحق المكتسب طبقاً لتصرف مبرم بواسطة دول أخرى هو مسألة خاصة يجب البت فيها في كل حالة على حدة.

والأمر هنا في القضية المعروضة يتعلق بمعرفة ما إذا كانت الدول قد اشترطت لمصالح دولية أخرى وقصدت بصورة فعلية إنشاء حق حقيقي أو عيني لصالحها، وإن هذه الدولة المنتفعة قد قبلت ذلك باعتباره حقاً^(٢).

ومع ذلك فإن جانباً فقهيّاً يمثلّه أنصار نظرية الاتفاق التكميلي في نشأة الحق بموجب الاشتراط يشيرون إلى أنه لا الممارسة الدولية ولا الإعلانات الصادرة عن

١. أنظر بخصوص الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الداخلي، عبد المجيد الحكيم، المصدر

السابق، ص ٣٥٢ - ٣٧١.

محكمة العدل الدولية في قضية المناطق الحرة تدعم القول باتجاه وجود دليل واضح للاعتراف بنشأة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي^(١).

ولكن ما المقصود بالدولة الغير؟

نصت الفقرة (ح) من المادة (٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أن (الدولة الغير: تعني الدولة التي ليست طرفاً في المعاهدة) بينما نصت الفقرة (ح) من المادة (٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرمها الدول والمنظمات الدولية لعام ١٩٨٦ على أن (الدولة الغير أو المنظمة تعني الدولة أو المنظمة التي ليست طرفاً في المعاهدة)، ويتضح من النصوص المتقدمة أن المراد بالدولة الغير بخصوص معاهدة دولية هي الدولة التي لا تكون طرفاً في المعاهدة حتى ولو كان لهذه الدولة الحق في أن تصبح طرفاً فيها بأية وسيلة من الوسائل أو الأشكال المنصوص عليها في المادة (١١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وهي الأشكال التي تعبر بواسطتها الدول عن ارتضاؤها بالالتزام بمعاهدة، وطالما كان هذا الحق لم يمارس بعد.

وبالنتيجة فإن تعبير الدولة الغير يشمل الدولة التي لم تصبح طرفاً في المعاهدة وإن كانت تملك الحق في ذلك طبقاً لنصوص المعاهدة كالدولة الموقعة على معاهدة تشترط التصديق ولم تصدق عليها بعد أو الدولة غير الموقعة على معاهدة ولكنها تملك الحق في الانضمام إليها.

كذلك يمكن ان يقصد بالدولة الغير تلك الدولة التي يحق لها طبقاً للمعاهدة أن تصبح طرفاً فيها ولكنها لا تستطيع ذلك إلا إذا تلقت دعوة خاصة بذلك من جميع أطراف المعاهدة.

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the report of the commission to the general assembly, vol. II, 1966, p.228.

أيضاً يقصد بالدولة الغير الدولة التي وقعت على المعاهدة أو التي اشتركت بإعداد بعض جوانب المعاهدة أو في إقرارها ولكنها لم تصبح طرفاً فيها بعد، فضلاً عن الدول الأخرى التي تملك الحق في أن تصبح طرفاً في المعاهدة بالرغم من أنها لم تكن قد اشتركت في بعض مراحل إعداد المعاهدة أو سبق لها أن وقعت عليها، وهذا كله طبقاً لنصوص المعاهدة، ويشمل اصطلاح الدولة الغير أخيراً الدولة الغريبة تماماً عن المعاهدة بسبب عدم اشتراكها في بعض جوانب المعاهدة ولا في إقرارها ولعدم تمكنها من تحقيق انضمامها إلى المعاهدة لكي تكون طرفاً وذلك وفقاً لنصوص المعاهدة ذاتها^(١).

يلاحظ كذلك أن الدولة التي تعد طرفاً في المعاهدة، بمعنى أنها قد عبرت عن ارتضاءها الالتزام بها طبقاً للوسائل أو الاشكال التي أقرتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في المادة (١١) يمكن أن تعد طرفاً ثالثاً، أي من الدول الغير بخصوص نفس المعاهدة فيما يتعلق بالنصوص التي تحفظت عليها إذا كان قصدها من التحفظ على وجه التحديد استبعاد الأثر القانوني للنص المتحفظ عليه، إذا كان الهدف من التحفظ هو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة، فإن الدولة المتحفظة ستكون هنا كذلك من الغير ولكن فقط بالنسبة لأية تفسيرات لا تتسجم مع التعديل أو الفهم الذي تريده الدول المتحفظة للنص المتحفظ عليه، إذ أن فهم الدول الأخرى للنص المتحفظ عليه سيكون طبقاً لما تقدم التحفظ غير نافذ تجاه الدولة المتحفظة^(٢).

الفرع الثاني - أشكال الاشتراط

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير شرطاً معروفاً في نطاق القانون الدولي، فالحقيقة أن هذا الشرط لم يتخذ شكلاً واحداً، فقد يكون الاشتراط في معاهدة ما مقررًا

١. Geral Fitzmaurice, op. cit, p.75.

٢. عرفت المادة ١٢/١ د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التحفظ باعتباره (يعني اعلان من جانب واحد أياً كانت صيغته أو تسميته ويصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو انضمامها إلى معاهدة وتهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة من حيث سريانها على هذه الدولة).

لصالح دولة منفردة، وهذا هو الحال في معاهدة فرساي التي أقرت اشتراطات لمصلحة الدانمارك وسويسرا وفي حالات أخرى فإن الاشتراط يمكن أن يقرر لمصلحة مجموعة من الدول، وهذا ما كان عليه الحال في معاهدات الصلح التي أعقبت الحربين العالميتين^(١)، ومنها ما جاء في معاهدة السلام المبرمة بتاريخ ١٠ شباط ١٩٤٧ بين دول الحلفاء والدول التي انضمت إليهم أو أيدتهم بصورة أو بأخرى من جانب والدول التي كانت أعداء للأمم المتحدة التي اتحدت ضد دول المحور أو الدول التي خالفت دول المحور من جانب آخر، وهي المعاهدات التي أبرمت مع كل من إيطاليا وبلغاريا ورومانيا والمجر وفنلندا، ثم اتفاقية السلام الأمريكية اليابانية المبرمة عام ١٩٥١، فقد نصت هذه المعاهدات على وجوب تنازل دول المحور عن جميع ما لديها من مطالبات ضد دول الأمم المتحدة ورعاياها ولكن بشرط أن تكون هذه الدول قد قطعت علاقاتها مع دول المحور أثناء الحرب، فهذه النصوص احتوت على شرط لمصلحة دول من الغير ولم يكن أي منهم طرفاً في معاهدات السلام لعام ١٩٤٧ إذ أن الأطراف هم الذين اشتركوا في الحرب بصورة مباشرة وعبروا عن ارتضاءهم الالتزام بهذه المعاهدات بالأشكال القانونية المعروفة حينها.

وبمقتضى هذه النصوص ستكون هذه الدول الغير بمنأى عن المطالبات القانونية من جانب دول المحور أو الدول المتحالفة معها^(٢). والحقيقة أن هذه النصوص التي تضمنتها هذه المعاهدات قد استخدمت كلمات كانت ذات مضامين متشابهة، فالمادة ٧٨ من معاهدة السلام المبرمة مع إيطاليا والمادة ٢٨ من معاهدة السلام المبرمة مع فنلندا، والمادة ٢٨ من معاهدة السلام مع بلغاريا، والمادة ٣ من معاهدة السلام المبرمة مع رومانيا، والمادة ٣٢ من معاهدة السلام المبرمة مع المجر قد استخدمت عبارتي (شروط اقتصادية) أو (رد الأموال والحقوق والمصالح)^(٣).

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the reports of the commission to the general assembly, op. cit. p.229.

٢. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨.

٣. المصدر نفسه.

فضلا عما تقدم فقد أعطى ميثاق الأمم المتحدة الحق طبقا للمادة ٣٢ منه لأي دولة ليست عضوا في المنظمة، ولكنها تكون في نفس الوقت طرفاً في نزاع معروض على مجلس الأمن أن تدعى للاشتراك في المناقشة التي يجريها المجلس والمتعلقة بالنزاع، ومن حق هذه الدولة أيضا بموجب المادة ٢/٣٥ إن تنبه مجلس الأمن أو الجمعية العامة إلى أي نزاع تكون هي طرفاً فيه إذا كانت تقبل ابتداءً وفيما يتعلق بهذا النزاع التزامات الحل السلمي المنصوص عليها في الميثاق فضلا عن وجود مجموعة من الاتفاقات المتعلقة بالوصاية والانتداب التي تضمنت نصوص تشترط حقوق معينة وعلى وجه التحديد لمصلحة أعضاء في عصبة الأمم والأمم المتحدة^(١).

والحقيقة أنه بصرف النظر عن شكل الاشتراط طبقا لعدد الدول المستفيدة منه فإن الاشتراط عموما يأتي مدرجا في معاهدات السلام التي تعقد بعد الحروب لتصفية آثارها ومنها استرداد الأموال المسروقة أثناء العمليات العسكرية، ويقصد تسوية أوضاع ومراكز رعايا دول أجنبية تضرروا أثناء الحرب، وقد تأتي الاشتراطات في معاهدات خاصة تتعلق بالتسويات الإقليمية يمكن أن تعقد حتى في حالة عدم وجود حالة الحرب^(٢).

من جانب آخر تثار مشكلة تعيين أو تحديد الدولة الغير التي ينص على الاشتراط لمصلحتها في المعاهدة إذ احتوت المعاهدة على عبارات عديدة ومختلفة لتعيين الدولة الغير كعبارات (الدولة الحليفة أو المؤتلفة) أو عبارة (الدولة المعنية) أو (الدول ذات الشأن) وأحيانا (جميع الدول) ولحل هذا الاشكال فإن المعاهدات هي التي يجب ان تبين في جميع الحالات الدولة أو الدول التي قرر الاشتراط لمصلحتها، وفي حالة النزاع فإن موضوع وهدف المعاهدة سوف يمارس تأثيراً كبيراً في مسألة تعيين الدولة المستفيدة.

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the reports of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

٢. علي إبراهيم، المصدر السابق، ١٠٥٦.

والحقيقة أن الدول المستفيدة يمكن أن تعين بطرق عدة وليس بالاسم فقط، وبالنسبة لعبارة (الدول ذات الشأن) أو (جميع الدول) فقد ذهب القاضيان نجلسكو ودريغوس في قضية المناطق الحرة، والفقير كافكليري إلى أنه عندما تذكر المعاهدة أنها موجهة إلى كل الدول فإنها لا يمكن أن تولد حقوقاً حقيقية إزاء كل الدول، ولكن تظل الحقوق الواردة فيها مقصورة على قناة كييل تكون مفتوحة لجميع الدول التي ستكون في سلام مع ألمانيا لا يمكن أن تعطي أي حق لدول غير موقعة على المعاهدة في أن تطالب بتطبيقها^(١).

ويؤكد اريشاجا أن احتمال تعدد الدول المستفيدة من الاشتراط هو احتمال موجود وإن تحديد الدول المستفيدة في هذه الحالة إنما يتم بطريقة عامة كاستعمال عبارة (الدول غير الأعضاء) في المادتين ٣٢ و ٣٥ من ميثاق الأمم المتحدة أو (الدول التي قطعت علاقاتها الدبلوماسية)، ويضيف بأن مثل هذه النصوص يمكن أن تفيد الأفراد كذلك، وتحديداً فإن واحداً من أهم الاستعمالات المقبلة للاشتراط لمصلحة الغير في مجال القانون الدولي ربما سيتمثل في رفع الفرد العادي إلى مركز رعية وشخص من أشخاص القانون الدولي موضحة حقوقاً تجد أساسها في اتفاقات دولية وإعطائه الوسائل الضرورية لحماية هذه الحقوق أمام الأجهزة الدولية المختلفة^(٢).

والحقيقة أن قبول هذا الرأي ليس بالأمر السهل، فإذا كانت هناك بعض النصوص القانونية أو الممارسات الدولية التي أعطت للفرد بعض الحقوق على المستوى الدولي وبشكل محدود فإن هذا لا يسوغ القول بأن الفرد يمكن أن يرتفع بمركزه إلى مركز الشخص القانوني الدولي حاله حال الدول أو المنظمات الدولية، فهذا الرأي يتناقض مع القاعدة الموجودة من القول بوجود قانون دولي فضلاً عن حقيقة أن واقع العمل الدولي لا يؤكد هذا الرأي بل وحتى في إطار المقارنة مع ما تتمتع به الدول من حقوق باعتبارها الشخص الرئيسي في القانون الدولي بالمقارنة مع ما تتمتع به المنظمات الدولية حيث إن شخصيتها القانونية محددة طبقاً لميثاقها

١. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٥٨.

٢. المصدر نفسه، ص ١٥٩.

إذ أنها ذات شخصية قانونية دولية وظيفية، ومن ثم فإن ما يمكن أن يتمتع به الفرد من حقوق مباشرة يتلقاها من القانون الدولي ستكون بالتأكيد أقل بكثير مما تتمتع به الدول والمنظمات الدولية، هذا فضلاً عن أن الدول وعن طريق ما تقصده من معاهدات هي التي تمنح الأفراد مثل هذه الحقوق وتقرر مداها سواء عندما تعقد هذه الدول المعاهدات بصورة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة المنظمات الدولية، فدور الدول حتى في هذه الحالة لا يمكن إنكاره.

المبحث الثاني - الأساس القانوني للاشتراط وشروطه

سنتناول في هذا المبحث الأساس القانوني للاشتراط في مطلب أول حيث سنوضح مصدر الحق الذي يستند إليه المنتفع من النص الذي يقرر حقاً لمصلحته، بينما يكون موضوع المطلب الثاني شروط الاشتراط.

المطلب الأول - الأساس القانوني للاشتراط

المطلب الثاني - شروط الاشتراط

المطلب الأول - الأساس القانوني للاشتراط

إن أساس مشروعية المنفعة التي يحصل عليها المشتري لا تخرج عن أساس إلزام قواعد القانون الدولي عموماً، أي العلة التي تسوغ التزام أشخاص القانون الدولي بقواعده وفيما يتعلق بالاشتراط يمكن أن نجد الأساس القانوني له في اتجاهين أساسيين وسوف نطلق على الاتجاه الأول نظرية العرض أو الإيجاب بينما سنسمي الاتجاه الثاني بنظرية الإرادة المنفردة ثم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول - نظرية العرض أو الإيجاب

الفرع الثاني - نظرية الإرادة المنفردة

الفرع الأول - نظرية العرض أو الإيجاب

يقرر أنصار هذه النظرية أن حق المنتفع في الاشتراط إنما يتولد بعد قبول أو موافقة المنتفع على العرض المقدم من قبل أطراف المعاهدة للغير فحق الدولة الغير لا ينشأ من نص المعاهدة التي أقرت الاشتراط لمصلحتها ولم تشارك هي فيها ولكن

يعد الاشتراط هنا من قبل الدول الأطراف في المعاهدة مجرد عرض يتعلق بإبرام اتفاقية جديدة بين أطراف المعاهدة الأولى وبين المستفيدة في حالة رغبته باكتساب الحق المقرر له بموجب نص في المعاهدة^(١)، فحق المنتفع انما يستمد من عقد جديد، الإيجاب فيه هو العقد المبرم بين المشتري والمتعهد^(٢) على أن يصدر قبول من المنتفع، فالمعاهدة التي بموجب نص من نصوصها تقر بحق للغير انما تعتبر مجرد إيجاب أو عرض موجه من أطرافها إلى هؤلاء الغير بان يرتبطوا معهم بواسطة اتفاق تكميلي كما ان قبول هذا الغير قد ينتج من مجرد سلوك أو موقف الغير تجاهه^(٣).

وبالنتيجة فمنطق هذه النظرية يعني وجود اتفاقين الأول بين أطراف المعاهدة، وبموجبه يترتب عليهم التزام بالدخول في علاقة قانونية مع الدولة الغير بينما تعد إرادة الأطراف المنظور إليها مجتمعة كحالة من حالات الإيجاب أو العرض الموجه للغير، وفي حالة القبول فإننا سنكون أمام اتفاقات كما ذكرنا أو نظام يقترب من الإنضمام، فوفقا للمعاهدة الاصلية بين أطراف الاشتراط سيلتزم احد الطرفين تجاه الآخر بان يبرم اتفاقا ثانيا مع دولة غير، أما المعاهدة ذاتها فهي لا تخلق أي حق للغير، فالطرف الآخر هو الذي يملك الحق في أن يطالب بتنفيذها^(٤).

ويؤكد احد أنصار هذه النظرية الرأي المتقدم لمصلحة الغير فهو علاقة تعاقدية وليس تصرفا صادرا من جانب واحد للأطراف المتنازلة لكنه إيجاب موجه إلى الغير، وفي حالة قبوله سنكون أمام اتفاق جديد هو مصدر الحق بالنسبة للمستفيد أو المنتفع^(٥).

١. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٥٣، وهذا ما يذهب إليه Mc Anzilotti , Nair.

٢. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

٣. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the reports of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

٤. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

٥. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٥٥ - ١٥٦.

والحقيقة أن هذا الاتجاه يؤدي إلى القول بأن حق المنتفع لا يثبت من حين العقد ولكن من الوقت الذي يعلن فيه الغير رغبته في قبول الانتفاع بهذا الاشتراط^(١). فضلا عما تقدم فإن هناك من يقول ضمن هذا الاتجاه برفض نظام الاشتراط لمصلحة الغير في نطاق العلاقات الدولية، فهو مجرد نظام مستعار من القانون الخاص والعلاقات التعاقدية، ومن ثم فهو لا يصلح للتطبيق في مجال العلاقات الدولية حيث لا يولد الأثر الخاص به وهو إعطاء الغير للمنفعة المباشرة من المركز القانوني الذي تم إيجاده لمصلحته، إذ أنه مجرد إيجاب يحتاج إلى قبول من الدولة الغير لكي يكتمل أثره القانوني^(٢).

ويبدو أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد أخذت بهذا الأساس عندما جاءت بحالة الاشتراط لمصلحة الغير في المادة ١/٣٦ على وجه التحديد إذ اشترطت موافقة الغير على نشوء الحق لمصلحته نتيجة نص في معاهدة، فضلا عن أن هذه الموافقة يمكن أن تقتض مالم يصدر عن الدولة الغير ما تعبر به عن الرفض إلا إذا نصت المعاهدة على حكم مخالف لما تقدم، والترجيح لهذه النظرية في هذا السياق يسوغه أنها متفقة أكثر من نظرية الإرادة المنفردة مع فلسفة المدرسة الإرادية التي فرضت وجهة نظرها بخصوص هذه المسألة والمواضيع الأخرى من جانب الفقه الدولي كاستثناء على مبدأ نسبية اثر المعاهدات.

وعلى أية حال فإن إعمال مبدأ حسن النية عند تفسير حالات الاشتراط لمصلحة الغير طبقا للأساس المتقدم يمكن ان يخفف من أثره السيئ، وهو ما يشير إليه المقرر الخاص بخصوص موضوع قانون المعاهدات همفري والدوك الذي يضيف كذلك إلى انه من الضروري أن يسمح للدولة الغير بأخذ فترة زمنية مناسبة لكي تتخذ القرار الملائم لها سواء بالقبول أو الرفض.

الفرع الثاني - نظرية الإرادة المنفردة

١. مصطفى أحمد فؤاد، النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، مطبعة

التقدم، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص ٥٢ - ٥٣.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٥٤.

طبقاً للمعيار المادي في تحديد فكرة التصرف القانوني الدولي الصادر من جانب واحد، فإن هذا التصرف سيكون مبنياً على عدد من الأطراف المشتركة في تكوينه لا على تعدد الإرادات أو الأشخاص.

إن السمة الأساسية التي تميز العمل القانوني الدولي الصادر من جانب واحد تتمثل في أن هذه الأعمال تصدر من جانب أو من طرف واحد، ومن ثم فإن الأعمال المشتركة أو الجماعية التي تعبر عن إرادة واحدة لخلق اثر قانوني والتي تقوم بها مجموعة من الدول دون مشاركة من الأطراف الأخرى لتكوين هذا التصرف فإنها تعتبر اعمالاً صادرة من جانب واحد^(١).

والحقيقة ان استعمال فكرة جانب تجعل هذه التسمية منطقية تماماً على معنى الاصطلاح اللاتيني، (Latus) والذي يعني: جانب^(٢)، فالتسمية الأساسية للتصرفات الصادرة من جانب واحد هو عدم وجود إرادة مقابلة تلعب دوراً لكي ينتج العمل آثاره^(٣) ولكن كيف سوغ أنصار نظرية الإرادة المنفردة الأساس القانوني للاشتراط لمصلحة الغير؟

١. أنظر بخصوص المعايير المطروحة لتحديد فكرة التصرف القانوني الدولي الصادر من جانب واحد، حيدر أدهم، الاحتجاج في القانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩. ص ١٧ - ٢٢.

٢. تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها ٤٩ للفترة ١٢ أيار - ١٨ تموز، ١٩٩٧، ص ١٢٦.

٣. يبدو أن محكمة العدل الدولية قد تبنت هذا المعيار عند بحثها لمركز ونطاق التصريحات الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ كانون الأول ١٩٧٤ في قضية التجارب النووية الفرنسية عندما أكدت على أن: (من المسلّم به تماماً أن التصريحات التي يتم الإدلاء بها عن طريق أفعال إنفرادية، تتعلق بحالات قانونية أو وقائية، قد يكون لها أثر في إيجاد التزامات قانونية، فالإعلانات من هذا النوع غالباً ما تكون دقيقة جداً، عندما تكون نية الدولة المعلنة انها ستكون ملزمة طبقاً لعباراته، وبقدر ما تعطي النية للاعلان صفة التعهد القانوني، فالدولة من ذلك الوقت تطالب قانوناً بان تتبع مجرى سلوك يتفق مع الاعلان، وتعهد من هذا النوع، اذا أعطي علناً، ومع النية بان يكون ملزماً، حتى لو لم يعمل ضمن سياق المفاوضات الدولية، يكون ملزماً. وفي

يرى أنصار هذه النظرية أن الحق المشتراط لصالح الغير يتولد له مباشرة من نصوص المعاهدة الأصلية المبرمة بين أطراف الاشتراط دون الحاجة لأي إجراء لاحق^(١)، ومن ثم فإنه لا ضرورة مطلقاً لإبرام اتفاق ثان بين الدولة الغير وبقية أطراف المعاهدة الأولى التي أقرت الاشتراط لكي يكون المستفيد، وهي الدولة الغير هنا قادراً على الانتفاع من النص المقرر لصالحه، فوجود الحق وممارسته فكرتان مختلفتان، فحق الدولة الغير يتولد فوراً وفي الحال، ومن ثم فإن الدولة الغير لها أن تستعمل الحق المقرر لمصلحتها، وهو حق قبول المنفعة المعروضة أو التنازل عنها ما دام العرض لم يسحب^(٢).

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه بأن الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر بمثابة تصريح بإرادة منفردة ملزم لمن صدر عنه التصريح وبالنتيجة يجب أن تطبق على هذه الاشتراطات ذات القواعد التي تطبق على التصريحات التي تصدر عن الإرادة المنفردة^(٣). وفي معرض الرد على أنصار نظرية العرض والإيجاب يذهب هذا الاتجاه إلى أن قبول الدولة الغير للمنفعة لا يمكن تسجيله في السجلات العامة للأمم المتحدة طبقاً للمادة ١٠٢ من الميثاق^(٤)، فالقبول من الدولة المنفعة لا يمكن أن يعد بموجب هذا الرأي اتفاقاً ثانياً لكنه يعتبر كنوع من (التملك أو التخصيص أو

هذه الظروف لن يكون مطلوباً لكي يتم أعمال هذه التصريحات بأن يكون هناك أي شيء من قبيل الشيء بالشيء أو أي قبول لاحق أو حتى بأي رد فعل من دول أخرى إذ أن مثل هذه المتطلبات لن تكون متفقة مع الطبيعة الانفرادية المحضة للعمل القانوني الذي تصرفت الدولة طبقاً له) I.C.J., reports (1974), para. 43, p.267.

١. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٧٠.
٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٠٠.
٣. محمد طلعت الغنيمي، المصدر السابق، ص ٤٨٦.
٤. تنص المادة ١٠٢ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (١. كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بهذا الميثاق يجب أن يسجل في امانة الهيئة وأن تقوم بنشره بأسرع ما يمكن.

٢. ليس لأي طرف في معاهدة أو اتفاق دولي لم يسجل وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة أن يتمسك بهذه المعاهدة أو ذلك الاتفاق أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة)

حيازة لحقوق مستمدة من المعاهدة التي تتضمن الاشتراط لصالح الغير) فكل ما يطلب من الدولة الغير هو ضروري لممارسة الحق، أما نشأة الحق فهو ثابت بمقتضى المعاهدة الأصلية^(١).

ويبدو أن هذه النظرية هي الأكثر نجاحا في تسويق حق المنتفع الذي يجد أساسه القانوني طبقا لها في اتجاه الإرادة المنفردة لأطراف العلاقة التعاهدية التي تقرر مثل هذا الحق لمصلحة الغير، فالاشتراط الصادر عن الإرادة المنفردة تجاه الغير هو الذي يمثل الأساس القانوني لحق المنتفع.

المطلب الثاني - شروط الاشتراط

لابد لفهم الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي من معرفة الشروط اللازم توافرها لتحقيقه، أي لنشأة الاشتراط، ولبيان هذه الشروط فقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في كل واحد منهما احد الشروط اللازمة للقول بنشأة الحق طبقا لنظام الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي.

الفرع الأول - رغبة الأطراف بإنشاء الحق لمصلحة الغير

الفرع الثاني - موافقة الغير على الاشتراط

الفرع الأول - رغبة الأطراف بإنشاء الحق لمصلحة الغير

يتمتع هذا الشرط بأهمية بالغة في مجال الاشتراط لمصلحة الغير، فهو شرط يجب أن يتوافر لكي يقوم الاشتراط، وطالما اتجهت نية أطراف المعاهدة إلى تحقيقه، ومسألة نية الأطراف تستنتج من خصوصية المعاهدة^(٢) إذ أن توافر هذه النية لدى الأطراف تمكن من القول أن ما يتولد عن النص هو حق قانوني للدولة الغير يختلف عن مجرد المنفعة^(٣).

١. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٥٧.

٢. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the report of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

٣. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ٣٠٧.

والحقيقة أن النية في تقرير حق لمصلحة الغير انما تقدر وقت إبرام المعاهدة وليس وقت إثارة النزاع.

بصد هذا الحق، وفي كل الأحوال، فإن هذه المسألة قد تثير نوعا من الشك حول الحق المقرر لمصلحة الغير، ومع ذلك، فإن اتجاه نية الأطراف إلى إنشاء حق لمصلحة الغير هي مسألة ينظر إليها في كل حالة على حدة وتلعب الأعمال التحضيرية دورا بارزا في مجال إثبات أو نفي وجود هذا الحق من عدمه وخير دليل على ذلك: إن دراسة الظروف المحيطة بنشأة المناطق الحرة عام ١٨١٤ - ١٨١٦ هي التي اتاحت لمحكمة العدل الدولية الدائمة أن تصل إلى النتيجة التي قدرتها في حكمها الصادر عام ١٩٣٢ ومؤداه ثبوت الرغبة الفعلية للأطراف في إنشاء هذا الحق لصالح سويسرا في ذلك الوقت متفقة في موقفها هذا مع وجه النظر السويسرية التي أكدت على أن ما تقرر لمصلحة سويسرا من اشتراط كان عبارة عن (حق مع أساس قانوني ثابت وغير مشروط وهو ما قصدت الدول الكبرى إعطائه فعلا لسويسرا عام ١٨١٥)^(١).

من جانب آخر هناك اتجاه فقهي مثله مجموعة من فقهاء القانون الدولي العام ومنهم سيبير وارشاجا وروكسمبرغ اذ يذهب هذا الاتجاه الى وجوب التمييز بين نصوص المعاهدة التي تتجه فيها إرادة الأطراف بصورة عمدية إلى منح منافع معينة أو حقوق فعلية لدول لا تكون طرفا في المعاهدة المبرمة وبين نصوص أخرى قد توجد في معاهدة ما حيث تعطي هذه النصوص بصفة عرضية ودون أن تتجه إرادة أطراف هذه المعاهدة وبصورة جدية إلى منح الغير مزايا أو منافع بموجب هذه النصوص، فالدولة الغير قد تستفيد مما ورد من نصوص لصالحها في هذه المعاهدة إلا أن تمتعها بذلك كان بصورة عرضية غير مقصودة لذاتها^(٢).

بهذا الخصوص يؤكد احد الكتاب على أهمية هذا التمييز حيث انه من المؤيدين لهذا الاتجاه الذي يقضي بوجوب التمييز بين حالة كون النص الذي يرتب حقوقا لمصلحة الغير قد قصد به إعطاء حق حقيقي أم إضفاء مجرد منفعة،

١. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٦٤.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٢.

ويضيف إن من الضروري (أن نضع في حسابنا التنوع الكبير في المواقف واختلاف نصوص الاشتراط من معاهدة إلى أخرى، لذلك فإن مسألة وجود حق حقيقي مكتسب وفقا لاتفاقية مبرمة بين دول أخرى هل يخول للدولة المستفيدة المطالبة بتنفيذه أم هو مجرد منفعة أو ميزة للدولة المستفيدة يكون تنفيذها منوطا باطراف الاشتراط وحدهم؟ هي مسألة تقرر حسب كل حالة على حدة وتبعاً لما قصده أطراف الاشتراط في النصوص التي وصفوها الخاصة بذلك)^(١).

ويظهر أن هذا الاتجاه يميز بين الحالة التي تقرر بموجبها طبقاً للمعاهدة ولصالح الدولة الغير مجرد ميزة وبين الحالة التي اتجهت فيها نية أطراف المعاهدة إلى منح الغير حقاً حقيقياً أو فعلياً، ومن ثم فإنه يجعل من إمكانية تنفيذ مضمون الاشتراط لمصلحة الغير أمراً أكثر صعوبة طالما كان من الممكن أن يحتج أحد الأطراف الأصليين في المعاهدة التي قررت الاشتراط لمصلحة الغير للقول بأن ما قصده المعاهدة هو منح الغير مجرد منفعة وليس حقاً بالمعنى الفعلي للكلمة، وعليه فإن الغير عليه أن يستوفي المنفعة المقررة لمصلحته طبقاً للاشتراط بطريقة أكثر تعقيداً وبأسلوب غير مباشر، ويزداد هذا الأمر بالنسبة للغير صعوبة إذا تغيرت أولويات ومصالح أطراف المعاهدة بعد تاريخ منح الاشتراط في المعاهدة وهذا الأمر ممكن، فمصالح الدول ليست ثابتة مما يفتح المجال لجدل لا فائدة منه ويفرغ الاشتراط من كثير من محتواه وحقيقته، وقد قننت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات هذا الشرط عندما أشارت إليه المادة ١/٣٦ من الاتفاقية المشار إليها عندما نصت على (١- ينشأ حق للدولة الغير وفقاً لنص بمعاهدة إذا قصد الأطراف في المعاهدة منح هذا الحق سواء إلى الدولة الغير أو إلى مجموعة من الدول من بينها هذه الدولة أو الدول جميعاً.....) وهذا النص يعكس ما عبر عنه أربعة من مقرري لجنة القانون الدولي في موضوع قانون المعاهدات الذين أكدوا عدم وجود شيء في القانون الدولي يمنع دولتين أو أكثر من أن تقوم بصورة فعلية بخلق حق لمصلحة دولة أخرى عن طريق معاهدة تقرر هذا الوضع إذا اتجهت نيتهم إلى تحقيق هذا الهدف، وإن هذه

النية تستمد دائما من خصوصية المعاهدة المعنية^(١) فان إرادة القانون إذن هي الإرادة التي تتجه إلى إحداث اثر قانوني، والمعبر عنها من أطراف المعاهدة طبقا للشروط التي ينص عليها القانون الدولي لتحقيق هذا الهدف.

الفرع الثاني - موافقة الغير على الاشتراط

نصت المادة ١/٣٦ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على هذا الشرط في الجزء الأخير منها الذي جاء فيه: (..... ووافقت الدولة الغير على ذلك وتفترض هذه الموافقة ما لم يصدر عن الدولة الغير ما يفيد العكس إلا إذا نصت المعاهدة على غير ذلك) وهذا الشرط هو الذي يجعل من حالة الاشتراط أكثر صعوبة في مجال البحث من حالة المعاهدات التي تنص على التزامات على الدول الغير إذ أن حالة الاشتراط وفقا للنص المتقدم تتطلب موافقة الطرف الثالث فمن طبيعة الأمور أن أطراف المعاهدة التي نصت على الاشتراط لا يستطيعون بصورة فعلية أن يفرضوا حقا على دولة ثالثة بالرغم من انه مقرر لمصلحتها طالما أن هذا الحق يمكن أن يكون غير مرغوب فيه من جانب الغير^(٢).

والحقيقة أن صياغة هذا الجزء من المادة أعلاه انما قصد به ترك المجال مفتوحا فيما يتعلق بالأساس القانوني لحق المنتفع، فهل إن هذا الحق انما ينشأ عن طريق المعاهدة ذاتها ام بواسطة تصرف الدول المنتفعة عن طريق التعبير عن موافقتها أو قبولها؟

وبهذا الخصوص يشار إلى ان الخلاف حول هذه المسألة قد حسم بنص المادة المشار إليها أعلاه لصالح أنصار اشترط موافقة الدول الغير للقول بنشأة الحق (وهم أنصار نظرية العرض والإيجاب) على الرغم من أن لجنة القانون الدولي ذاتها في

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the report of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

٢. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the report of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

تعليقها على المادة ٣٢ من مشروع سنة ١٩٦٦ وهي ذات المادة ٣٦ لم تصرح بذلك.

فضلا عما تقدم، فإن النص في هذا الجزء من المادة على موافقة الدولة ستكون مفترضة طالما إن موقفا معاكسا لا يعبر عنه اعتبر مرغوبا فيه من قبل لجنة القانون الدولي لكي تعطي المرونة اللازمة لإعمال القاعدة في الحالات التي يكون الحق مقررا لصالح الدول وبصورة عامة أو في حالة كون الحق مقررا لمصلحة مجموعة كبيرة من الدول^(١).

عليه فالمادة ٣٦ وإن كانت قد أرضت من الناحية القانونية المتعلقة بأساس الالتزام بقواعد القانون الدولي أنصار الفكر الإرادي، إلا أنها ومن الناحية العملية قد أقرت بأن الحق في الاشتراط لمصلحة الغير إنما ينشأ عن المعاهدة الأصلية (لأنه يبدو أن الحق ينشأ عند إبرام المعاهدة والرضى المفترض، هو مجرد وهم قانوني لإرضاء أنصار القبول أو الفكر الإرادي في حين انه يفرغ الإلغاء اللاحق من جوهره)^(٢).

ومع ذلك فإن منطق المدرسة الإرادية هو المعبر عنه في نص المادة ١/٣٦ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ومن ثم فإن موافقة الغير على الاشتراط يمكن أن يعبر عنها بصورة ضمنية إلا إذا نصت المعاهدة المقررة للاشتراط على وجوب أن تعبر الدولة الغير عن موافقتها بصورة صريحة عن الموافقة بشرط من جانب الدول التي صاغت الاشتراط في المعاهدة.

المبحث الثاني - حدود حق المنتفع والمشتراط

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقا لهذا الأخير فإن التساؤل المطروح في هذه الحالة سيكون منصبا على معرفة المدى الذي يمكن فيه للدولة الغير، أي الجهة المنتفعة من الاشتراط في أن تطالب بالحق المقرر لمصلحتها.

من جانب آخر يمكن التساؤل عن المدى الذي يمكن فيه لأطراف المعاهدة أن يقوموا بتعديل نصوص الاشتراط أو إلغائه سواء بموافقة الجانب المستفيد من

١. Ibid, p.229.

٢. Ibid, p.228.

الاشتراط أو دون ذلك، وللإجابة عن هذه الأسئلة سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه حق المنتفع في المطالبة بالحق أو الميزة المقررة لمصلحته بموجب الاشتراط، بينما سيكون مدى قدرة الأطراف في إلغاء أو تعديل نصوص الاشتراط موضوعا للمطلب الثاني.

المطلب الأول - حدود حق المنتفع

المطلب الثاني - تعديل أو إلغاء الاشتراط

المطلب الأول - حدود حق المنتفع

لتوضيح المدى الذي يمكن فيه للمنتفع أن يطالب بنفسه وبصورة مباشرة بالحق المقرر لمصلحته بموجب الاشتراط، وفيما إذا كان للمنتفع حق مطلق في ذلك أم انه لا يملك مثل هذا الحق، فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وفقا للترتيب الآتي:

الفرع الأول - اتجاه الحق غير المباشر

الفرع الثاني - اتجاه الحق المباشر

الفرع الأول - اتجاه الحق غير المباشر

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الدولة المنتفعة من حق مقرر لها بموجب اشتراط تضمنته معاهدة لم تكن هي طرفا فيها لا تستطيع أن تطالب بهذا الحق عن طريق المطالبة بتطبيق أحكام هذه المعاهدة، والتي تتضمن نصا يقرر حقا لمصلحتها، إذ أن القانون الدولي في الوقت الحاضر لا يتضمن مبدأ يمنح الغير مثل هذا الحق^(١)، فالدولة الغير لا تكسب أي حق قانوني من المعاهدة التي تضمنت اشتراطا لمصلحتها سواء في حالة عدم قيام الدولة المتعاهدة أو الملزمة بتنفيذ مضمون الاشتراط، أو إنها قامت بتنفيذ الالتزام المقرر لمصلحة الدولة الغير، ولكن ليس بصورة كافية أو مرضية، ومن ثم فالدولة الغير لا تستطيع أن تلزم الدولة المتعاهدة أو الملزمة بتنفيذ مضمون الاشتراط، ولكنها تستطيع أن تطالب الدولة

١. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٧٢.

المشترطة باتخاذ الخطوات التي تراها ضرورية لضمان تنفيذ مضمون الاشتراط، وبالنتيجة استيفاء الدولة المنتفعة للحق المقرر لها بموجب الاشتراط.

ويشبه احد أنصار هذا الرأي في معرض حديثه عن المادة ٨٤ من معاهدة السلام الموقعة مع إيطاليا بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، والمتضمنة بعض الجوانب الاقتصادية لمصلحة أطراف ثالثة حق الدولة الغير بموقف الفرد العادي الذي يكون مضطرا إذا ما أراد أن يطالب بحق له من أن يلجأ إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لكي تطالب له بما يدعي، حيث انه لا يستطيع أن يطالب بحقه مباشرة أمام الأجهزة القضائية الدولية، أي ان حق الدولة المستفيدة هنا يمكن على حد تعبير فيتسموريس بانه حق غير مباشر^(١).

فحق الغير طبقا لهذا الاتجاه فاقد للسند القانوني شأنه شأن الآثار الضارة، على أن الدولة الغير لا تستطيع أن تطالب بالميزة أو الحق المقرر لصالحها بموجب الاشتراط وعلى إمكانية أن تقوم الدول الأطراف في المعاهدة بإلغاء أو تعديل حقوق الدولة الغير إلا إذا كانت هذه الحقوق قد أصبحت متضمنة في القواعد العرفية أو الاتفاقية^(٢).

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن الممارسة الدولية تؤكد رأيهم، ففي معاهدة باريس لعام ١٨٥٦ تعهدت كل من بريطانيا والنمسا وفرنسا بضمان عدم الاعتداء على استقلال الامبراطورية العثمانية إلا إن النقاش ثار بعد ذلك فيما إذا كان لتركيا أن تطالب الدول الثلاث بتنفيذ هذا التعهد المقرر لمصلحتها، فأعلنت الحكومة البريطانية أن تركيا لا تستطيع أن تطالب أي طرف في المعاهدة بتنفيذ هذا البند المقرر لمصلحة تركيا حيث إن الأخيرة ليست طرفا فيها وان التزام بريطانيا انما كان في مواجهة فرنسا والنمسا فقط^(٣).

١. حامد سلطان، المصدر السابق، ص ١٨٨.

٢. Gerald Fitzmaurice, juridical clauses of the peace treaties, R.C.A.D.I, 1948, II, 74, p.p358-359.

٣. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٠.

وكذلك الحال في المعاهدة المعقودة عام ١٩٥٤ بين بريطانيا ومصر، والتي نصت على عودة الأخيرة لقناة السويس في حالة تعرض احد الدول العربية أو تركيا لأي اعتداء، وعندما ألغت مصر هذه المعاهدة عام ١٩٥٧ بعد العدوان الثلاثي عليها من قبل فرنسا وبريطانيا والكيان الصهيوني ١٩٥٦ لم تستطيع تركيا أن تحتج على القرار المصري، ويسوغ حامد سلطان ذلك بأنها لم تكتسب أي حق قانوني من جراء هذه المعاهدة إذ أنها لم تكن طرفا فيها، ولو أنها قد اكتسبت هذا الحق لاحتجت به في بقاء المعاهدة^(١).

وفي إطار الرد على هذه الممارسات التي أشار إليها هذا الاتجاه ذهب (اريشاجا) إلى أن سبب إنكار أطراف معاهدة ١٨٥٦ أي حق لتركيا كان قد قرر لها بموجب المعاهدة المذكورة، وأي حق بالمطالبة باستيفاء منفعة هذا الحق يعود إلى عدم وجود قصد أو نية لدى الأطراف لمنح تركيا حقاً خاصاً بها، وهذا يعني ان وجهة النظر التي يتبناها اتجاه الحق غير المباشر للمنتفع لا يمكن التعويل عليها بهذا الخصوص^(٢).

وقد ظهر رأي في لجنة القانون الدولي يمكن اعتباره ممثلاً لهذا الاتجاه، ففي تقرير اللجنة لسنة ١٩٦٤ الذي صاغت فيه نص المادة ٦٠^(٣) وهو ما يمكن أن يعد اتجاهها تقليدياً إذ يقرر بان الدولة تستطيع فقط ان تكتسب حقاً فعلياً أو عملياً من اشتراط مقرر لمصلحتها من خلال نوع أو شكل من أشكال الاتفاق التكميلي بينها

١. حامد سلطان، المصدر السابق، ص ١٨٧.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٢، الهامش رقم ١٢١.

٣. نصت المادة (٦٠) على انه: (١. قد ينشأ حق لدولة غير من نص معاهدة ليست طرفاً اذا: أ- قصد الاطراف أضعاء الحق أما على تلك الدولة أو على مجموعة الدول التي تنتمي إليها أو على جميع الدول. ب- أعربت الدول صراحةً أو ضمناً عن رضاها بذلك. ٢. تلتزم الدولة التي تمارس حقاً وفقاً للفقرة الأولى مراعاة شروط ممارسة هذا الحق المنصوص عليها في المعاهدة أو المقررة وفقاً للمعاهدة)

وبين أطراف المعاهدة، أي ان حق الدولة الغير سينشأ فقط في حالة قبول نص المعاهدة التي يعتبر عرضا من الدول الأطراف يجب أن تقبله الدولة الغير لكي تكتسب هذا الحق^(١)، وهذا يعني أن الدولة الغير لا تملك أي حق في أن تطالب بمنفعة الاشتراط إلا في حالة قبولها له.

الفرع الثاني - اتجاه الحق المباشر

يؤكد انصار هذا الاتجاه على انه وبمجرد تمام الاشتراط فان علاقة مباشرة تنشأ بين الدولة الغير وبين أطراف المعاهدة التي أقرت هذا الاشتراط، وعلى وجه الخصوص فان علاقة ستنشأ بين الدولة المستفيدة والدولة التي يقع عليها عبء تنفيذ الاشتراط، ويسوغون هذا الرأي بأنه نتيجة طبيعية لمبدأ نسبية اثر المعاهدات، وهذا يعني أن الدولة الغير لا يمكن أن تطالب بمنفعة النص المقرر لمصلحتها في المعاهدة دون أن تلجأ إلى احد أطراف المعاهدة لتمكينها من المطالبة باستيفاء المنفعة، وان هذا الحق المقرر للدولة المستفيدة بعد قبولها بالاشتراط لا يمكن أن يعد نتيجة لاتفاق ثان كما يشير إلى ذلك أنصار اتجاه الحق غير المباشر، وهم يؤكدون بان تشبيهه (فيتسموريس) لمركز الدولة الغير بمركز الفرد العادي لا يمكن قبوله لصعوبة المقارنة حيث اختلاف الدولة عن الفرد من حيث النوع فضلا عن التطور المستمر لدور الفرد في مجال القانون الدولي^(٢).

بهذا الخصوص يمكن الإشارة إلى الممارسات الدولية العديدة المؤكدة لهذا الاتجاه فقد تضمنت معاهدة فرساي العديد من الاشتراطات التي أقرت حقوقا لدولة ليست طرفا في هذه المعاهدة، كالمادتين ٢٧٦ - ٢٧٧ بخصوص الأنشطة الاقتصادية، والمادة ٢٦٦ حول تسوية الديون، والمادة ٣٢٧ حول الملاحة في الأنهار الداخلية والرسو في المواني، والمادتين ٢٩٧ - ٢٩٨ المتعلقة بالأموال

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the report of the commission to the general assembly, op. cit. p.228.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٠ - ١٦١.

والمصالح^(١)، فضلا عن قرار لجنة عصبة الأمم عام ١٩٢٠ بخصوص حق السويد في المطالبة باحترام حياد جزر الآند المقرر لمصلحتها عن طريق اتفاقية سنة ١٨٥٦^(٢). كذلك تأكد هذا الاتجاه الفقهي في رفض الارغواي مطالبات التعويض المقدمة من مالكي السفينة الإيطالية (fausto) التي استولت عليها الارغواي سنة ١٩٤١ ثم أغرقت في المياه الإقليمية لها باعتبار الدولة الأخيرة إحدى دول الأمم المتحدة، وطبقا لنص المادة (٧٨) من معاهدة السلام الموقعة مع إيطاليا بعد الحرب العالمية الثانية على الرغم من أنها لم تكن طرفا في هذه المعاهدة إذ يعد هذا تطبيقا مباشرا للاشتراط لمصلحة الغير^(٣).

كذلك يمكن الإشارة إلى نص المادة ١٨ من مشروع هارفرد لقانون المعاهدات الذي يستخلص منه تأييد هذا الاتجاه إذ نصت المادة أعلاه على أنه: (إذا تضمنت المعاهدة اشتراطا صريحا لمنفعة دولة ليست طرفا في المعاهدة أو لم توقع عليها فان مثل هذه الدولة مخولة في أن تطالب بمنفعة ذلك الاشتراط وطالما بقي الاشتراط نافذا بين أطراف المعاهدة)^(٤).

من جانب آخر يمكن الإشارة إلى نص المادة ٢/١١ من ميثاق الأمم المتحدة التي تثبت حقا للدول غير الأعضاء في أن ترفع للجمعية العامة بقصد مناقشة أية مسألة من المسائل المتصلة بحفظ السلم والأمن الدولي، ووفقاً للفقرة ٢ من المادة ٣٥ والتي تثبت ذات الحق للدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة والذي تمثل في السماح لهذه الدول بتتبيه مجلس الأمن الدولي أو الجمعية العامة إلى (أي نزاع تكون طرفا فيه إذا كانت تقبل مقدما بخصوص هذا النزاع التزامات الحل السلمي المنصوص عليها في هذا الميثاق)، وكذلك المادة ٥٠ من الميثاق والتي نصت على أنه: (إذا اتخذ مجلس الأمن ضد أية دولة تدابير منع أو قمع فان لكل دولة أخرى سواء كانت من أعضاء الأمم المتحدة أم لم تكن تواجه مشاكل اقتصادية خاصة تتشأ

١. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٥٧، الهامش رقم ١.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦١.

٣. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٦٠.

٤. Y.B.I.L.C, 1960, vol. III, p.103.

عن تنفيذ هذه التدابير الحق في أن تتذكر مع مجلس الأمن بصدد حل هذه المشاكل .(

فضلا عما تقدم فقد، ظهر صدى هذا الرأي في لجنة القانون الدولي، إذ قرر اتجاه في اللجنة المذكورة على إن الأمر فيما يتعلق بالاشتراط مرتبط بارادات الدول ومقاصدها، وهنا يجب أن يتم التمييز بين منح منفعة ونية خلق حق حقيقي إذ انه تستطيع الدولة الغير أن تستند على الشرط المقرر لمصلحتها في المطالبة بمنفعة بنفسها وبصورة مباشرة دون تدخل الأطراف الأخرى في المعاهدة وان هذا الحق لا يتوقف على ابرام اتفاق تكميلي او قبول الدولة الغير، وبالنتيجة قررت اللجنة أن تصوغ المادة ٦٠ المشار إليها بطريقة محايدة تتسجم مع متطلبات العمل الدولي ودون الحكم المسبق على الأساس الفقهي للقاعدة، فالأجهاان يمثلان وجهة نظر فقهية وان الرأيين سيعطيان نفس النتائج من الناحية العملية^(١).

المطلب الثاني - تعديل أو إلغاء الاشتراط

سنبحث في هذا المطلب عما إذا كان للأطراف الذين أقروا بحق للغير في معاهدة ما السلطة أو الصلاحية اللازمة لتعديل هذا الاشتراط أو إلغائه من دون موافقة الدولة المنتفعة أم انهم لا يملكون مثل هذا الحق، ولتوضيح هذه النقطة سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول - اشتراط موافقة الغير

الفرع الثاني - عدم اشتراط موافقة الغير

١. Humphrey Waldock, third reports on the law of treaties, op.cit, p.p.

الفرع الأول - اشتراط موافقة الغير

يذهب هذا الاتجاه إلى إمكانية الإقرار بقيام أطراف المعاهدة بتعديل الاشتراط أو إلغائه، ولكن بشرط قبول الدولة الغير لهذا التعديل أو الإلغاء طالما كانت هذه الأخيرة قد قبلت الاشتراط ابتداءاً^(١) وظهر هذا الرأي كذلك في لجنة القانون الدولي حيث أشير إلى عدم إمكانية إلغاء أو تعديل الحق دون موافقة الغير، ومن ثم فإن الدولة الأخيرة يجب أن تكون طرفاً في إلغائه أو تعديل لنص المعاهدة التي أقرت الاشتراط^(٢).

وعندما صاغت لجنة القانون الدولي المادة ٦١ من مشروعها لعام ١٩٦٤ ظهرت العديد من التعليقات من قبل أعضاء اللجنة في سنة ١٩٦٦ على هذه المادة، فقد علق باريدس الاكوادوري على هذه المادة بأنه من غير الأنصاف ان يسمح للدول الأطراف في المعاهدة التي أقرت اشتراطاً للغير بتعديل او إلغاء تلك الحقوق فاذا كانت موافقة الأطراف هي العنصر الحاسم في المعاهدة الأصلية، ولكن الدول غير الأطراف هي التي يحق لها ان تقبل او ترفض الاشتراط (الحق) ومن ثم فإنها اذا ما قررت قبول الحق وممارسته فأنها ستقوم على الأغلب بتصرفات تؤثر على وجودها ذاته^(٣). اما (دي لونا) فقد أكد على ضرورة ان لا توضع الدولة الغير في وضع افضل بالنسبة لوضعها فيما لو كانت طرفاً في المعاهدة^(٤).

١. Y.B.I.L.C, documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the commission to the general assembly, op. cit. p.p.228 - 229.

محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٣.

٢. Gerald Fitzmaurice, fifth report on the law of treaties, Y.B.I.L.C, op.cit, p.103.

٣. Y.B.I.L.C, summary records of the eighteenth session, 4 may, 19 july 1966, vol.I, part.II, p.103.

٤. Ibid, p86.

موقف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من وجهة نظر هذا الاتجاه طبقا لمادتها (٢/٣٧) كانت سلبية اذ ان الأساس او الأصل في هذا النص، وكما اشرنا آنفا هو جواز الإلغاء او التعديل الا في حالة استطاعة الدولة الغير ان تثبت ان نية الأطراف قد اتجهت إلى ان الحق المقرر لمصلحتها لا يمكن ان يكون محلا للإلغاء او التغيير دون موافقة الدولة الغير، ومن ثم فان عبء الإثبات على عاتق الدولة المشتراط لمصلحتها، وستكون نصوص المعاهدة وموضوعها والأعمال التحضيرية التي سبقت ابرامها والوقائع المرتبطة بها والملابسات التي دفعت باتجاه صياغتها بأسلوب معين كلها عوامل تساعد في استجلاء حقيقة ما أراد الأطراف أن يعبروا عنه بهذا الخصوص.

الفرع الثاني - عدم اشتراط موافقة الغير

يذهب هذا الرأي إلى إمكانية ان يقوم أطراف المعاهدة التي قررت حقا بموجب نص فيها للغير بتعديل الاشتراط او إلغائه ودون الحاجة إلى موافقة الدول المنتفعة^(١)، إلا اذا أصبحت القواعد التي تتضمنها المعاهدة من قواعد القانون الدولي، العرفي الدولي اذ لا يمكن لأطراف المعاهدة في الحالة الأخيرة ان يقوموا بتعديلها الا بالوسائل او الأساليب التي يجيزها القانون الدولي في ميدان تعديل او إنهاء قواعد العرف الدولي، وهو ما يشير اليه (فيتسموريس) في تعليقه على المادة (٢٩) من نصوص المشروع الذي أعده لقانون المعاهدات^(٢) ويعد (روسو) أحد أنصار هذا الاتجاه أيضا فهو يقول بإمكانية تعديل او إلغاء حقوق الغير دون ان يكون لهذا الأخير الحق في ان يطالب بالميزة او الحق المقرر لصالحه عدا الحالة التي تصبح فيها تلك الحقوق متضمنة او جزءاً من القواعد العرفية او الاتفاقية للقانون الدولي، ففي هذه الحالة لا يجوز تعديل او إلغاء تلك الحقوق الا بالوسائل التي يقرها القانون الدولي^(٣).

١. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٣.

٢. Gerald Fitzmaurice, fifth report on the law of treaties, op.cit, p.1

٣. انظر راي روسو في تعليق فيتسموريس على المادة ٢٩ من مشروعه لقانون المعاهدات في

Geral Fitzmaurice, fifth report on the law of treaties, op.cit, p.1

من جانب آخر أكد (امدو) العضو في لجنة القانون الدولي التي درست موضوع قانون المعاهدات بان للدول الأطراف في المعاهدة كامل الحرية في ان تعدل او تلغي هذه المعاهدة وان موافقة او قبول الدول الغير للمعاهدة لا يمكن ان يعد قابلاً للتعديل^(١).

اما (كلسن) وهو من أنصار هذا الاتجاه فيقول ان الاشتراط لمصلحة الغير مسموح به في القانون الدولي ولكنه بالمقابل لا يرتب حقاً مطلقاً غير قابل للإلغاء، فهو يشبه موقف الدولة المستفيدة بموقف الأفراد في القانون الداخلي اذ انهم يبقون يستفيدون من نصوص القانون طالما بقي سارياً ولم يقم المشرع الداخلي بتعديله او إلغائه، دون الحاجة الى رضا المستفيد من هذا القانون، فالامر كذلك بالنسبة للدولة المستفيدة فهي تنتفع من نص المعاهدة التي تقرر منفعة لصالحها طالما لم يقم أطراف المعاهدة بتعديل هذا النص او إلغائه، أي ان أطراف المعاهدة يملكون الحق بتعديل او إلغاء الاشتراط دون موافقة المستفيد، ويسوغ أنصار هذا الاتجاه رأيهم ان اشتراط موافقة الغير على التعجيل او الإلغاء سيجعل من أطراف المعاهدة يجمعون في المستقبل عن وضع نصوص لصالح دول غير، وانه يجب على الدولة الغير ان تعرف مقدماً بان المنفعة التي تستمدتها من المعاهدة غير محققة او غير ثابتة تمارسها في حالة بقاء المعاهدة سارية بين أطرافها^(٢). وبهذا الشأن يشير أحد الكتاب الى ذلك بالقول: (لو قلنا ان الحق ينشأ من المعاهدة الأصلية و دون توقف على قبول الغير لوجب القول بان هذا الحق لا يمكن المساس به من اللحظة التي أبرمت فيها المعاهدة، ولكن يبدو ان الفقه في غالبية يميل إلى إعطاء الأطراف حق إلغاء الشرط المقرر لصالح الغير في أي وقت، والقبول بعكس ذلك معناه أننا لا نشجع

١. Y.B.I.L.C, summary records of the twelfth session, 25 Apr - 19 July, ١٩٦٠, vol.I, 1960, p.95.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٣.

الدول على تقرير مثل هذا الحق اذا علمت بأنها ستكون مشلولة وغير قادرة على تعديله او إلغائه^(١).

وفي ميدان الممارسة الدولية يشير أنصار هذا الاتجاه الى واقعة إلغاء النمسا وروسيا باتفاق لاحق ابرم بينهما عام ١٨٧٨ نص المادة (٥) من معاهدة براغ المبرمة بين الدولتين عام ١٨٦٦ والمتضمنة اشتراطا لمصلحة الدنمارك، والذي كان يقضي بنقل شلرفيج الى الدنمارك اذا عبر سكانها من رغبتهم في ذلك بموجب استفتاء، فقد أوضحت النمسا وبروسيا انهما يعتقدان بيقين انهما يستطيعان تعديل نصوص المعاهدة فيما بينها على الرغم من النص المقرر لصالح الدانمارك^(٢). وفي تعليق (بريجز) الأمريكي على نص المادة (٦١) من مشروع ١٩٦٤ أكد بان تعليق أمر الغاء او تعديل هذه الحقوق على إرادة او موافقة الدول الغير سيكون بمثابة منحها حق الفيتو فيما يتعلق بتعديل المعاهدة، وفي كل الاحوال فان هذا الحق سيثير تساؤلات عديدة وسيختلف بحسب المعاهدة ذاتها^(٣).

وقد انتهى المقرر الخاص في لجنة القانون الدولي لموضوع قانون المعاهدات همفري والدوك إلى إمكانية ان يقوم الاطراف في معاهدة أقرت نصا لمصلحة الغير، وفي أي وقت بتعديل نص المعاهدة دون الحاجة الى موافقة من اقر النص لمصلحته فيما عدا حالتين، وهما وجود اتفاق خاص بين الأطراف والغير بالنسبة لإنشاء هذا الحق، او ما تبين من جمل او ظروف إبرام المعاهدة او تصريحات الأطراف فيها انهم قد قصدوا عكس ذلك^(٤).

١. علي إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٧٤.

٢. محمد مجدي مرجان، المصدر السابق، ص ١٦٤ والهامش رقم ١٢٦.

٣. Y.B.I.L.C, summary records of the eighteenth session, op.cit,p.88

نصت المادة ٦١ على أنه: (عندما ينشأ التزام أو حق وفقاً للمادة ٥٩ أو ٦٠ للدولة من نص في معاهدة ليست طرفاً فيها، فإنه يمكن فقط تعديل أو الغاء النص بموافقة تلك الدولة، إلا إذا ظهر من المعاهدة أنه قصد بالنص أن يكون قابلاً للإلغاء)

٤. - Humphry Waldock, third reports on the law of treaties, op.cit,p.١

وتبدو وجهة النظر هذه التي يعتمد عليها هذا الاتجاه الذي لا يشترط موافقة الغير اذا نظرنا اليها باعتبارها تمثل الأساس لهذه المسألة طبقاً لهذا الاتجاه فان من الصعب قبول هذا التسوية ذلك انه يتجاهل ضرورة شعورها بذلك، والقول بإمكانية التعديل أو الإلغاء لهذا الاشتراط بهذه الصورة أمر لا يحقق هذه النتيجة على اكمل وجه، ومع ذلك فقد تبنت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات هذا الرأي عندما نصت المادة ٣٧/٢ على أنه: (عندما ينشأ حق للدولة الغير للمادة ٣٦، فلا يجوز للأطراف إلغاء أو تغيير هذا الحق اذا ثبت انه قصد به ألا يكون محلاً للإلغاء أو التغيير بغير موافقة الدولة الغير) فالأساس طبقاً لهذا النص هو جواز ان يقوم الأطراف بإلغاء أو تعديل الاشتراط وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك.

الخاتمة

إذا كان المبدأ العام أن المعاهدات الدولية لا تلزم إلا عاقيدها، ومن ثم فهي لا يمكن أن تكون مصدر حق أو التزام للغير فان هذا المبدأ يشهد بعض الاستثناءات، ومنها حالة الاشتراط لمصلحة الغير الذي يمكن أن يتخذ أشكالاً متعددة، فقد تنص المعاهدة على حق لدولة واحدة، وقد يكون الاشتراط لمصلحة مجموعة من الدول، وقد تتخذ صيغة الاشتراط وتكون لمصلحة المجتمع الولي بأسره.

ويجد هذا الاستثناء في مبدأ نسبية اثر المعاهدات أساسه القانوني في نظرية العرض والإيجاب، وفي نظرية الإرادة المنفردة طبقاً لاتجاهين فقهيين مختلفين، والحقيقة أن المسألة اهمية بالغة فيما يتعلق بشروط الاشتراط أو فيما يتعلق بحدود أو مدى الحق الذي يتمتع به المشتراط أو المنتفع.

ولتحقق الاشتراط لمصلحة الغير القانوني الدولي لابد من توافر شرطين أساسيين الأول: هو أن تحقق الرغبة لدى الدول الأطراف في المعاهدة بإنشاء الحق لمصلحة الغير، والثاني: هو أن يوافق الغير على الاشتراط، وهذا ما قننته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في المادة ٣٦/١.

أما فيما يتعلق بحدود حق المنتفع في المطالبة بالحق المقرر له في المعاهدة الذي يعد من الغير بالنسبة لها، فقد ذهب اتجاه فقهي الى أن الدولة الغير لا

تستطيع أن تطالب بهذا الحق عن طريق المطالبة بتطبيق أحكام المعاهدة، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بعكس هذا الرأي، وبهذا الخصوص اكدت لجنة القانون الدولي على أن الرأيين سيعطيان بنتيجة واحدة من الناحية العملية.

أما بخصوص حدود حق الأطراف في تعديل أو إلغاء الاشتراط فقد ذهب اتجاه إلى القول بجواز ذلك دون اشتراط موافقة من تقرر الاشتراط لمصلحته، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اشتراط ضرورة موافقة الغير على هذا التعديل أو الإلغاء، وقد أكدت المادة (٢/٣٧) على عدم جواز تعديل أو إلغاء هذا الحق من قبل أطراف المعاهدة طالما أن نيتهم من إنشاءه قد اتجهت إلى جعله غير قابل للإلغاء أو التغير دون موافقة الدولة الغير، وهي بذلك قد أقرت الاتجاه الذي لا يشترط موافقة الغير على التعديل أو الإلغاء بصورة رئيسية، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك.

المصادر

- باللغة العربية

- الامم المتحدة، منشو، التحفظات والإعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية الطفل CRC / C / 2 / R,7,6

- حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ١٩٧٦.

- حيدر ادهم عبد الهادي، الاحتجاج في القانون الدولي، رسالو ماجستير مقدمة إلى كلية القانون / جامعة بغداد، ١٩٩٩.

- تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها ٤٩ للفترة من ١٢ ايار - ١٨ تموز ١٩٩٧.

- عبد العزيز محمد سرحان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني / في مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، بغداد.

- عبد الواحد محمد الفار، قواعد تفسير المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، أسيوط، ١٩٨٠.
- علي ابراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة.
- محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣.
- محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي (المصادر والأشخاص) الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨٣.
- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٧٢.
- محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، الكتاب الأول، النظرية العامة / الأمم المتحدة، الطبعة الثالثة، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ١٩٧٢.
- محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الامم / قانون السلام، منشأة المعارف الإسكندرية.
- محمد مجدي مرجان، آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، دار المهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- مصطفى احمد فؤاد، النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، مطبعة التقدم، الإسكندرية، ١٩٨٤.
- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨ - ١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣.
- باللغة الإنكليزية

- 1- P.C.I.J, series, A-NO.7.
- 2- P.C.I.J, series, A/B, NO.46.
- 3- I.C.J., Reports of judgments, advisory opinions and orders

North sea continental shelf cases (federal republic of Germany / Denmark.

Federal republic of Germany / Netherlands) judgment of 20 February 1969.

- 4- I.C.J., Reports of judgments, advisory opinions and orders Nuclear tests case (Australia, France) judgment of 20 December 1974.
- 5- Gerald Fitzmaurice, juridical clauses of the peace treaties, R.C.A.D.I, 1984.II.7.
- 6- Gerald Fitzmaurice, fifth report on the law of treaties, Y.B.I.L.C, Documents of the twelfth session including the report of the, commission to the General Assembly. Vol. II. 1960.
- 7- Humphrey Waldock, third on the law of treaties, Y.B.L.C, Document of the sixteenth session including the report of the commission to the General Assembly vol.II, 1964.
- 8- Y.B.I.L.C, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the commission to the General Assembly.vol.II. 1966.
- 9- Y.B.I.L.C, Summary records of the eighteenth session, 4 May – 19 July 1966, vol.I. part.II.

المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني

الدكتور درع حماد
مدرس القانون المدني
في جامعة الأنبار

المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني

الدكتور درع حماد

مدرس القانون المدني

في جامعة الانبار

الملخص

أن التقدم العلمي الذي أعقب الثورة الصناعية قدم للبشرية سلعا أكثر رفاهية وجعلها أكثر رخاء، إلا أن هذه السلع تحمل في ذات الوقت في طياتها أخطارا كامنة تهدد حياة الناس وقد لا يكون من الممكن اكتشافها في حدود المعرفة الفنية السائدة وقت الإنتاج أو وقت طرح المنتج للتداول. وهذا مما يثير التساؤل عما إذا كانت القواعد العامة في المسؤولية المدنية تكفي للإحاطة بها وتنظيم المسؤولية الناشئة عنها.

كما يثير التساؤل عن كيفية التوفيق بين سلامة الجمهور من مستعملي هذه السلع وبين كون هذه المخاطر غير معروفة لمن يقوم بإنتاج وتصنيع هذه السلع وان مساءلة الصانع أو المنتج عنها قد يجافي العدالة. والإجابة عن هذه التساؤلات هي أساس هذا البحث من خلال البحث في تحديد مفهوم مخاطر التطور التقني أولا وتنظيم المسؤولية عن هذه المخاطر ثانيا.

Abstract

Scientific progress which come as a result of the industrial revolution brought to humanity products (goods) more prosperity. But those goods carry at the same time danger threaten the life of mankind and at the same time may not able to discover it through technical acknowledgment during production or marketing. This matter rise the questions whether the general rules of civil responsibility fair enough to organize an systemize the rising responsibility. And furthermore we can rise another question how can compromise between the safety of public whose use such products and the extent of unknown danger to the producer.

مقدمة

تقوم فكرة المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيرية، على اساس جبر الضرر الذي يصيب المضرور باسرع واقصر طريق. ومن هذه الفكرة تطورت المسؤولية المدنية تطورا مذهلا اصاب مختلف جوانبها.

لقد اخذ هذا التطور خطى متسارعة من الثورة الصناعية وحتى يومنا هذا. فقد تم توظيف المعارف والاكتشافات العلمية في تقنيات الانتاج لمختلف السلع والخدمات. غير ان هذه المعارف التقنية اذا كانت قد قدمت للبشرية سلعا ومنتجات اكثر رفاهية وجعلتها اكثر رخاء فضلا عن سد احتياجاتها الضرورية، فانها قد حملت في طياتها أخطار كامنة تهدد حياة الناس لايمكن اكتشافها في حدود المعرفة الفنية السائدة وقت الانتاج او وقت طرح المنتج للتداول ممايثير القلق بشأن هذه المخاطر ويطرح التسؤلات عما اذا كانت قواعد المسؤولية المدنية في الانظمة القانونية المختلفة تكفي للاحاطة بها وتنظيم المسؤولية الناجمة عنها والموقف من هذه المخاطر، خصوصا وان البحث في هذه المسائل اصبح ضرورة ملحة يحتملها اتساع استهلاك واستعمال المنتجات التي تحمل تقنيات حديثة ومعقدة، فلا يتاح ادراك الاخطار الكامنة فيها وانما يتم اكتشافها في وقت لاحق. ومن ذلك مثلا الآثار الجانبية side effects للدوية والعقاقير الطبية والموجات الكهرومغناطيسية التي ترسلها اجهزة الهاتف النقال والكومبيوتر على مخ الانسان ومرض جنون البقر الناجم عن خلط الأعلاف ببعض مخلفات الحيوانات المذبوحة وغير ذلك من الاخطار العديدة.

والواقع اننا نكون، دائما، جدلية مستمرة بين تطور المعارف الفنية واكتشاف للمخاطر التي تحيق بالانسان، فكلما توسعت التقنيات الجديدة كلما تم اكتشاف مخاطر جديدة تهدد صحة الانسان وسلامته فضلا عن ممتلكاته مما يجعل من شمول هذه المخاطر بالتنظيم القانوني يمثل مصلحة ظاهرة للمجتمع.

ويكتنف عملية التنظيم القانوني لهذه المخاطر اعتباران متناقضان الاول: ان هذه المخاطر لا تكون معروفة لمن يقوم بانتاج وتصنيع السلع والمنتجات، فالجهل بها امر واقع يفرضه مستوى المعارف السائدة لذا فان مما يجافي العدالة مساءلة الصانعين والمنتجين عنها. اما الثاني: فان سلامة الجمهور من مستعملي

ومستخدمي السلع لها اعتبارها اذ ان هدف التنظيم القانوني في المحصلة النهائية هو ضمان الامن والسلم الاجتماعيين لذا يتحتم على الفقه والقضاء ومعهما التشريع ان يسلكوا سبيلا من شأنه ان يضمن التوفيق بين هذين الاعتبارين وهو ما يفتح الافاق واسعة امام استخدام المعارف الفنية الحديثة لما فيه خير الانسان وتطوير حياته وحمايته في الوقت نفسه من المخاطر.

ولا شك ان الحوادث الكثيرة التي تقع في ارجاء العالم المختلفة منذ امد ليس بالقصير تجعل من بحث هذه المسألة ضرورة ملحة لوضع الحلول المناسبة في ضوء القواعد القانونية للمسؤولية المدنية وما استحدثته دول المجموعة الاوربية من تشريعات لحماية جمهور المستهلكين من اضرار المنتجات في ضوء التوجيه الاوربي الصادر عام ١٩٨٥ لتحديد مسؤولية الصانعين والمنتجين عن عيب المنتجات دون ان يرتبط ذلك بفكرة الخطأ التي تقوم عليها قواعد المسؤولية المدنية. ولما كانت دراستنا تقتصر على بحث المسؤولية عن مخاطر التطور التقني ومدى مسؤولية الصانعين والمنتجين عنها فاننا سنعالج الموضوع من خلال تحديد مفهوم مخاطر التطور التقني او لا وتنظيم المسؤولية عن هذه المخاطر ثانياً.

المبحث الاول

مفهوم مخاطر التطور التقني^(١)

١. ان التعبير الشائع لدى الفقه في وصف هذه المخاطر هو " مخاطر التقدم العلمي " الا اننا نجد ان هذا التعبير يفتقر الى الدقة العلمية. فالعلم هو البحث عن حقيقة الاشياء واستظهار عناصرها وخصائصها ويؤدي الى الاختراع، أما المعرفة الفنية (التكنولوجيا) فهي التطبيق العملي لثمرات العلم وابتكار افضل الطرق لاستعمالها. انظر في هذه التفرقة د.محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٤،

على الرغم مما تجلبه التقنيات الحديثة من رخاء ونعيم الانسان فانها تجلب معها مخاطر تهدد سلامة. الا انه لايمكن اكتشاف هذه الاخطار الا بعد مدة من إنتاجها وطرحها للتداول بفضل المعارف العلمية الجديدة لذا فان مخاطر التطور لا يقصد بها المخاطر التي تصاحب الابتكارات العلمية والتكنولوجية كما توحى بذلك التسمية، وانما تعني كشف العيوب والمخاطر من خلال المعرفة اللاحقة^(١). وبغية الوقوف على هذه المخاطر فاننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول تعريف مخاطر التطور التقني فيما نبحت في الثاني شروط تطبيق المسؤولية عن مخاطر التطور.

المطلب الاول

تعريف مخاطر التطور التقني وصلتها بالعبء الخفي

ص ٤. فالعلم بهذا المعنى هو البحث عن القوانين التي تفسر الظواهر الطبيعية. وفي سياق قريب يعرف اخرون المعرفة الفنية بانها " تطبيق المعرفة العلمية في تطوير الاساليب اداء عمليات الانتاج والخدمات زيادة لقدرتها الانتاجية وتحسينا لاداء الخدمة ". انظر د.جلال احمد خليل: النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية، ط١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٢٢. فرغم ان كلا من العلم والتكنولوجيا هما معرفة الا انهما يختلفان في غاياتهما. فالعلم Science يعني تعرف الانسان على الظواهر المحيطة في الطبيعة والمجتمع من اجل الحقيقة ذاتها. اما التكنولوجيا فهي المعرفة الفنية Know – How المعتمدة على حقائق علمية. انظر د.سعيد يحيى: تنظيم نقل المعرفة الفنية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٠-١١. ولهذا استعملنا تعبير مخاطر التطور التقني بديلا عن مخاطر التطور العلمي لانه الاكثر دقة في الدلالة على المعنى المقصود لان وضع حقائق العلم في انتاج السلع والخدمات هو المعرفة الفنية او التكنولوجيا Technology.

نحاول في هذا المطلب تعريف مخاطر التطور في فرع اول فيما نبين صلته بالعيب الخفي في فرع ثان.

الفرع الاول

تعريف مخاطر التطور التقني

تمثل مخاطر التطور التقني تطورا جديدا ومرحلة مهمة في تطور الفكر القانوني ذلك ان كلا من الفقه القضاء بعد ان توسع في فكرة العيب الخفي لحماية جمهور المستهلكين وصل في نهاية المطاف الى القاء عبء الالتزام بضمان السلامة من المنتج والبائع المحترف^(١). ولما كان هذا التوسع في قواعد المسؤولية لايفي بالغرض المطلوب في توفير الحماية الفعالة للمستهلك بسبب ان هناك اضرارا تلحق بالمستهلك لسبب لايمكن توقعه ولا تجنبه طبقا لحالة المعرفة الفنية وقت طرح المنتج للتداول. فمخاطر التطور بهذا المعنى تبحث في قلب العلاقة بين المنتج والمستهلك.

بيد ان الصعوبة تكمن في ان مخاطرالتطور التقني اوسع من تتبلور في تعريف محدد. كما ان مضمون هذا التطور يخضع لعوامل واعتبارات شتى يصعب تحديدها بحيث ان النظر الى مخاطر التطور يتغير تبعا للمستوى العلمي والتكنولوجي. ان نسبية مخاطر التطور تعطيها نوعا من المرونة تجعلها تستعصي على البناء النظري الجامد. ففكرة مخاطر التطور تتجاوز طرق تحقيقها ولا تتم بلورتها الا عبر محاولات لا تتمتع بصفة الثبات.

ولكن هل من العبث ان نحاول تجسيد هذه الفكرة في قواعد قانونية تمثل بمجموعها قالبا لحماية الانسان؟ ان الجواب بالنفي، يفرض نفسه ذلك ان بلوغ او محاولة بلوغ هذا النوع من الحماية تبقى معيارا يمكن الاستناد اليه في الحصول على الحماية ثم ان اوجه المخاطر وان تعددت الا انها تستجيب لنموذج واحد يحقق

١. البائع المحترف هو الشخص الذي يقوم بعمليات البيع والشراء لغرض الربح.

وحدتها وهو انها تبقى مشروعا مقاما في الاساس على ضمان سلامة الانسان باعتباره قيمة عليا.

ان فكرة مخاطر التطور تفترض ان المنتج لم يكن به عيب وقت انتاجية او طرحه للتداول الا ان تقدم المعارف الفنية بعد ذلك افصح عن وجود مخاطر معينة فيه. فنحن، إذن، إزاء مخاطر لم يتم الكشف عنها مطلقا ولا يمكن الكشف عنها من قبل المنتج ولا من غيره الا انه يتم الكشف عنها فيما بعد فنكون والحالة هذه امام صورة من صور الاستحالة المطلقة التي لا يكون بمقدور الناس جميعا كشفها. ومن هنا يشير Muller الى ان " الامر يتعلق هنا باضرار ناجمة عن خطورة في المنتج لم يكن من الممكن توقعها طبقا للمعرفة العلمية والفنية لحظة صنعها. فلا الصانع ولا اي شخص اخر يمكنه ان يتكهن بان المنتج ينطوي على مخاطر عند استعماله وبالتالي فان هذا المنتج لا يمكن اعتباره معيبا حتى لو كان قد انطوى منذ البداية على صفة المنتج الضار بالمستهلك، الا انه لم تكن هناك وسيلة حتى بالتزام الحد الأقصى من العناية لمعرفة صفته هذه من قبل تسويقه ولا يمكن ان يظهر مخاطره الا انتشاره الواسع في الاسواق "(١).

وقد وضع التوجيه الاوربي الخاص بالمسؤولية عن المنتجات لسنة ١٩٨٥ تعريفا رقم ٣٧٤ Directive on Product Liability معياريا بالقول انها " حالة المعرفة العلمية والفنية وقت وضع المنتجات في التداول التي لا تسمح باكتشاف العيب " وتجري نصوص التوجيه في نسختها الانجليزية على النحو الاتي " Article 7 (e) that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered "

كما عرفها قانون ولاية ميسوري في الولايات المتحدة الامريكية^(٢) بأنها " تعني الطبيعة الخطرة للمنتج والتي لم تكن معروفة ولم يكن بالامكان معرفتها في حدود

١ . Muller: L assurance (responsabilite civil products), R. G. A. T. 1970.P.

٢ . انظر المادة (537.764) من تشريع ولاية ميسوري الصادر عام ١٩٨٧.

التصور المعقول وقت طرح المنتج في التداول " ويجري معرفتها في حدود التصور المعقول وقت طرح المنتج في التداول" ويجري النص المذكور على النحو الاتي " State of the art means that the dangerous nature of the product was not know and couldn't reasonably be discovered at the time the product was placed into the stream of commerce"

وبنفس المعنى عرفها قانون حماية المستهلك الانجليزي^(١) بقوله

" That the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that the producer of product of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control"

الفرع الثاني

صلة مخاطر التطور بالعيب الخفي

مادامت مخاطر التطور التقني أمرا لا يمكن كشفه وقت طرح المنتج للتداول طبقا لحالة المعرفة التقنية السائدة فانها تقترب كثيرا من فكرة العيب الخفي. اذ ترتبط الفكرتان بوشائج من الصلة يصعب في كثير من الاحيان فصلهما، خصوصا اذا علمنا ان كلا من المشرع الفرنسي^(٢) والمصري^(٣) قررا مسؤولية البائع عن العيب الخفي حتى لو لم يكن عالما بوجوده. ويقرر القضاء الانجليزي مسؤولية البائع عن هذا العيب ويعتبره التزاما مطلقا absolute obligation حتى لو كان جاهلا به او انه اخطأ في تقديره للامور^(٤). لذا يتحتم التفرقة بين الفكرتين.

١. انظر المادة (٤٣) من قانون حماية المستهلك الانجليزي Consumer Protection Act (1987)

٢. انظر المادة (١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي.

٣. انظر المادة (١/٤٤٧) من القانون المدني المصري.

٤. انظر قضية Frost v. Aylsbury Diary co. Ltd. وتتلخص وقائع هذه القضية في ان المدعى عليه باع كمية من الحليب كانت تحتوي على جراثيم التيفوئيد وليست هناك وسيلة تمكن

فالعيب الخفي هو " ما ينقص من ثمن المبيع بين التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه "(١) وفي مفهوم اكثر سعة عرفه المشرع المصري بانه " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين بالعقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له "(٢)، في حين تعني مخاطر التطور Risques developpement " الاضرار التي تنشأ عن سبب لم يكن في اماكن المنتج معرفته او حتى توقعه على ضوء المعطيات العلمية والفنية السائدة وقت تصنيع السلعة او طرحها للتداول ولكن التقدم العلمي كشف عنها فيما بعد "(٣).

وفي هذا يتحدد الفرق الاساسي بين مخاطر التطور والعيب الخفي. ففي الوقت الذي لا يستعصي على اهل الخبرة والفن كشف عيوب المبيع حتى لو كانت خفية طبقا للمعرفة السائدة وقت البيع نجد ان مخاطر التطور لا يمكن اكتشافها حتى من قبل منتج السلعة نفسه وقت انتاجها او طرحها للتداول مما يعني اننا في الحالة الاخيرة ازاء استحالة مطلقة. فهي عيوب كامنة يمكن ان يكشف التطور اللاحق عنها. وهي بهذا الاعتبار " تشير إلى ما يكمن في المنتجات من قوى اضرار ولكن

شركة الألبان من اكتشاف هذه الجرائم. ومع ذلك قرر القضاء مسؤولية الشركة المدعى عليها.
انظر

Aubrey L. Diamond: Introduction to Hire- Purchase Law, 2nd. Ed.
Butterworths, London, 1971, P.5

١. انظر المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي.

٢. انظر المادة (١/٤٤٧) من القانون المدني المصري.

٣. Ghestin, I introduction de la directive commanautaire en droit

Francais, colloque precite sur la securite consommateurs, Travaux, P.III est
s., notam., P. 129 ets.

نقلا عن د. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٥، ص ٢٣٣.

لا تدرك الا بالتجربة اللاحقة او التطور العلمي^(١). وعلى هذا فالعيب في مفهوم مخاطر التطور اضيق من حيث المفهوم والنطاق من العيب الذي تحدده قواعد ضمان العيب الخفي. فالعيب في مخاطر التطور لا يهتم الا بضمان السلامة والامان التي يوفرها المنتج ولا يعير اهتماما الى المنفعة التي تتحقق في حين ان القواعد المنظمة للعيب الخفي تعتبر عدم قدرة السلعة على الوفاء بالاغراض التي ارادها المشتري من قبيل العيوب^(٢).

ورغم ان تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور يمثل نتيجة طبيعية لمسيرة المسؤولية المدنية الا ان التوجيه الاوربي ومعه تشريعات دول الاتحاد الاوربي قد اخذت مسارا اخر في تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور يقوم على الاخذ بالمسؤولية عن هذه المخاطر في نطاق ضيق بما يمثل استثناء على الاصل الذي يقوم على اعتبارها سببا من اسباب الاعداء من المسؤولية.

ورغم اقتراب فكرة العيب الناشئة عن مخاطر التطور من فكرة العيب الخفي فان الاخيرة لا تمثل بديلا عن الاولى خصوصا عندما تقف المهلة القصيرة امام المدعي من اقامة دعوى ضمان العيب الخفي اذ تقضي المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي على انه " ١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب الخفي اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول ". بيد انه يجب ان يلاحظ ان مفهوم العيب الضمني يثير مسؤولية المنتج طبقا للتوجيه الاوربي والقانون المدني الفرنسي يتحدد بعدم توفر السلامة والامان المنتظرة شرعا من المنتج^(٣).

ومن المفيد ان نشير أخيراً الى ان فكرة مخاطر التطور تختلف عن فكرة المطابقة في ان المشاكل المتعلقة بالمطابقة تحل عن طريق مبدأ المنافسة.

١. د. حسن عبد الرحمن قدوس: مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢.

٢. د. حسن عبد الباسط جميعي: مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص ١٨٤.

٣. انظر المادة (١/٦) من التوجيه الاوربي والمادة (٤/١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي.

فالمستهلك الذي يعلم بخصائص المنتجات المطروحة يستطيع ان يفاضل بينها ويختار منها ما يشبع حاجته في حين ان المشكلات المتعلقة بسلامة الاشخاص لا يمكن تركها لمبدأ حرية المنافسة لان حياة الافراد وسلامة ابدانهم اكثر اهمية واعظم خطرا من مبادئ المنافسة التجارية^(١).

المطلب الثاني

حدود المسؤولية عن مخاطر التطور

اذا كان المشرع الفرنسي قد اعتبر مخاطر التطور التقني من اسباب الاعفاء من المسؤولية عن الاضرار التي تسببها المنتجات المعيبة في المادة (١١/١٣٨٦ - ٤) التي نصت على انه " يكون المنتج مسؤولا بقوة القانون الا اذا اثبت.....٤- ان حالة المعرفة العلمية الفنية، في اللحظة التي طرح فيها المنتج للتداول، لم تسمح له بان يكشف وجود العيب " وكذلك المادة ٧ (e) من التوجيه الاوربي، فان المادة ١٢/١٣٨٦ - ٢ حرمته من الاستفادة من هذا الدفع اذا تم كشف العيب خلال عشر سنوات بعد اطلاق المنتج للتداول ولم يتخذ التدابير الخاصة التي يتدارك بها النتائج الضارة للمنتج. وقد ترتب على هذا النص ان المشرع الفرنسي القى التزامين على عاتق المنتج عليه الايفاء بهما والا قامت مسؤوليته عن هذه المخاطر، لذا نبحت الالتزامات التي القاها المشرع على كاهل المنتج في فرع اول ثم شروط قيام هذه المسؤولية اذا اخل بهذه الالتزامات في فرع ثان.

الفرع الاول

الالتزامات التي القاها المشرع على عاتق المنتج

رتب المشرع التزامين اساسيين على عاتق المنتج يتعين عليه الايفاء بهما اذا كشفت المعرفة الفنية والعلمية اللاحقة عن مخاطر مستحدثة تحيق بالمشتري والا قامت مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق به وهما الالتزام بالتتبع والالتزام بالاسترداد:

١. د. حسين الماحي: المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة في ضوء احكام التوجيه الاوربي،

اولا: الالتزام بالتتبع-

فيجب على المنتج ان يتخذ كافة التدابير اللازمة لتدارك النتائج الضارة للمنتج الذي ظهر عيبه بعد طرحه للتداول ولم يكن بالامكان اكتشاف هذا العيب طبقا لحالة المعرفة الفنية والعلمية السائدة في ذلك الوقت وهذا ما يحتم على المنتج والصانع متابعة المنتج بعد اطلاقه للتداول وعليه ان يواكب التطورات العلمية والتكنولوجية اذا كان من شان هذه التطورات ان تكشف المخاطر التي يمكن ان تنطوي عليها منتجاته. فعليه ملاحقة المعارف العلمية التي لها صلة بنشاطه الانتاجي والتصنيعي ليكون على بينة من الاضرار التي يمكن ان تسببها للجمهور. ويجب عليه ان يخبر المستهلك، عندما تكشف له المعرفة الفنية اللاحقة عن وجود عيب او خطر في منتجاته، عن هذه المخاطر بمختلف الوسائل. ولعل استخدام وسائل الاعلام واسعة الانتشار خير وسيلة لتحقيق هذه الغاية وخصوصا بالنسبة للشركات الكبيرة ذات الانتاج الواسع. على ان ذلك لا يمنع من استخدام اية وسيلة اخرى لاعلام المستهلك.

ويتضمن هذا الالتزام بالتتبع تزويد المشتري بكافة النصائح والتوجيهات الضرورية لتلافي النتائج الضارة للعيب. واذا اقتضى الامر معاينة المنتج واصلاحه فان عليه ان يقوم بهذه الخطوة.

والواقع ان هذا الالتزام بالتتبع كان قد استحدثه القضاء الالماني في حكمين اصدرهما في ١٧ حزيران عام ١٩٨١ تتعلقان بمبيد للطفيليات يستخدم في معالجة اشجار التفاح والذي اصبح غير فعال بسبب اعتياد البكتريا عليه، اذ قررت تلك الاحكام ان المنتج يبقى ملزما بتتبع المنتج بسبب تطور المعرفة العلمية والفنية على المستوى الوطني والدولي بعد طرح المنتج للتداول^(١).

١. - Oliver Berg: La notion de risqué de developpement en matiere de responsabilite des produits defectueux. J.C.P. 1996 -1- 3945, n26,P.275.

نقلا عن د. محمود السيد عبد المعطي خيال: المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٩٩، هامش رقم (٢).

ثانيا: الالتزام بالاسترداد -

اذا لم تقلح التوجيهات والنصائح التي يسديها المنتج والتوجيهات التي يقدمها في تلافي الضرر خصوصا اذا تطلب الامر اصلاح عيوب تقنية يتعذر على المشتري القيام بها، فان عليه استرداد المنتج لغرض اصلاحه وتقويم عيوبه كما هو الحال في العيوب الفنية التي تظهر في السيارات بعد تصنيعها. وكثيرة هي حوادث استرداد المنتجات بعد بيعها للجمهور منها مثلا استرداد شركة فورد الامريكية لصناعة السيارات لانتاجها من هذه السيارات بسبب عيوب تكشف فيها بعد طرحها للتداول وكذلك استرداد شركة بي ام دبليو لمنتجاتها من الاسواق بعد ان كشفت عيوب نظام ايقاف السيارة.

فاذا لم يتم المنتج بهذه الاجراءات قامت مسؤوليته بالتعويض عن الاضرار التي تلحق جمهور المستهلكين.

الفرع الثاني

شرط المسؤولية عن مخاطر التطور

ان مجرد لحوق ضرر بالمشتري من جراء المخاطر المستحدثة الناتجة عن استخدام المنتجات لا يثير مسؤولية المنتج بصورة مطلقة وانما يجب ان يتوفر شرطان هما اطلاق المنتج في التداول وتحديد حالة المعرفة الفنية السائدة:

اولا: اطلاق المنتج في التداول-

ان تحديد اللحظة الزمنية لاطلاق المنتج في التداول تمثل الوقت الذي يمكن فيه إثارة مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور من عدمه، فضلا عن اهمية هذا الوقت في تحديد الفترة الزمنية لقيام هذه المسؤولية اذ تسقط هذه المدة بعد انقضاء عشر سنوات من تاريخ اطلاق المنتج في التداول بمقتضى المادة (١٦/١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١١) من التوجيه الاوربي. فان المشرع الفرنسي قد اعتبر هذه اللحظة معيارا لتحديد مجال تطبيق القانون رقم ١٩٩٨/٣٨٩ من حيث الزمان وهو القانون الذي ادمجت بموجبه قواعد التوجيه الاوربي في نصوص القانون المدني الفرنسي المنظمة للمسؤولية المدنية للمنتجين ومن في حكمهم.

وقد عرف المشرع الفرنسي فكرة الإطلاق في التداول في المادة (١٨٦/٥-١) بقوله " يكون المنتج مطروحا للتداول عندما يتخلّى المنتج عن حيازته اراديا " ومن هذا التعريف يمكن القول ان الإطلاق في التداول يعني تخلي المنتج والصانع للغير عن حيازة المنتج بصورة ارادية.

وبهذا التحديد يخرج من مفهوم الإطلاق في التداول كل تخل لا ارادي عن المنتج ايا كانت صورة هذا التخلي سواء تم بالغصب او السرقة او اية وسيلة اخرى لا تفيد افصاح المنتج والصانع عن تخليه الارادي عن المنتج، ولهذا لا يكون المنتج مسؤولا اذا اثبت انه لم يطلق المنتج في التداول. وعلى هذا ايضا لا تقوم مسؤوليته عندما يقرر الاحتفاظ بحيازة المنتج في مخازنه او لاستعماله الخاص لا بقصد بيعه^(١).

وبلاحظ ثانيا ان هذا المفهوم لا يرتبط، بالضرورة، بانتقال ملكية المنتج فقد تقوم المسؤولية عن مخاطر التطور رغم عدم انتقال ملكية الشيء كما في حالة تسليم المنتج للناقل او الى المودع لديه. ففي كل هذه الحالات تم طرح المنتج للتداول رغم عدم انتقال ملكيته. فلا ارتباط بين الملكية وبين الإطلاق في التداول، كما لا يرتبط تخلي المنتج اراديا عن المنتج مع تاريخ الشراء من قبل المستهلك النهائي للسلعة اذ عادة ما يقع التخلي قبل ذلك عندما يتم تسليم المنتج لتجار الجملة او وكلاء التوزيع. وقد يقوم المنتج والصانع بالبيع المباشر للمستهلك ويكون التخلي الارادي ونقل الحيازة لاحقا لعقد البيع. فلا ارتباط ايضا بين الإطلاق في التداول وبين عقد البيع.

ولكن تحديد لحظة اطلاق المنتج في التداول على هذا النحو يجعل من المنتج الاخير مسؤولا عن مخاطر المكونات والاجزاء الداخلة في تركيب المنتج النهائي التي يكون الغير قد قدمها فيكون هو المسؤول عن مخاطر التطور هذه وليس صانع الاجزاء والمكونات التي دخلت في تصنيع الشيء. إن المشرع الاوربي ومعه المشرع

١. اعتبر المشرع الاوربي عدم اطلاق المنتج في التداول من اسباب الاعفاء من المسؤولية فقد

جاء في المادة السابعة (أ) : انه

" The producer shall not be liable as a result of this directive if he proves ;a- that he did not put the product into circulation "

الفرنسي لم يقصرا مفهوم المنتج على المنتج النهائي، بل يشمل منتج المواد الأولية والمكونات الداخلة في تكوين المنتج النهائي ومن ثم يمكن للمنتج النهائي والمستهلك ان يثيرا مسؤولية منتج المواد الأولية والمكونات الداخلة في المنتج النهائي اذا تبين انها معيبة فضلا عن رجوع المستهلك الأخير على المنتج باعتبار منتج نهائى معيبا هو الآخر^(١).

ثانيا: حالة المعرفة الفنية والعلمية-

ان تحديد حالة المعرفة الفنية والعلمية وقت إطلاق المنتج للتداول له اهمية كبيرة في تحديد ما اذا كان يمكن القاء عبء المسؤولية عن مخاطر التطور على كل من المنتج والصانع اولا والذي يتحدد بمستوى المعرفة السائد في هذا الوقت. فالخطر الكامن في المنتجات لا يمكن معرفته او توقعه ومن ثم يستحيل اتخاذ ما هو ضروري للحيلولة دون وقوعه. ولكنه في نفس الوقت، ليس بالامر العارض الذي يستقل بوجوده وظهوره عن ارادة الانسان. فمخاطر التطور ملازمة لصناعة الانسان وثيقة الارتباط بنشاط ارادته حتى لو لم تكن هذه الارادة مدركة لوجوده^(٢).

غير ان تحديد مستوى المعرفة الفنية وقت طرح المنتج للتداول يثير صعوبة من حيث الزمان والمكان ونطاق المعارف العلمية والفنية التي يتحدد على اساسها مستوى التطور.

فمن حيث النطاق لعب القضاء دورا مهما في تحديد معطيات المعرفة الفنية ومن ثم تخرج من هذا التحديد كل المسائل التي لا تعتبر جزءا من هذه المعطيات. ففي القضاء الامريكي حددت المحكمة العليا هذا المستوى بقولها " يقصد بحالة العلم مستوى الخبرة الفنية والمعرفة العلمية الثابتة في صناعة محددة لحظة وضع التصور

١. فقد جاء في المادة (٣) من التجيه ان المنتج هو صانع المنتج النهائي ومنتج المواد الأولية او منتج المكونات او اي شخص يقدم نفسه باعتباره منتجا لها من خلال وضع اسمه او علامته التجارية او العلامات المميزة له.

٢. د. حسن عبد الرحمن قدوس: المصدر السابق، ص ١٢.

الفني للمنتج" ^(١). ويستبعد هذا التحديد العادات المهنية الجارية في صناعة محددة، إذ أن هذه العادات لا تسيع اعتبارها سببا من اسباب الاعفاء من المسؤولية في الحالات التي لا تكون فيها هذه العادات مواكبة لمعطيات التطور التقني. وتضيف المحكمة العليا " أن الصانع يكون ملزما بمراعاة مقتضيات السلامة فيما يصنعه أو ينتجه حتى لو ثبت أن العادات المهنية السائدة في مجال تخصصه لا تسمح بذلك" ^(٢) وقد أكد هذا الاستبعاد القضاء الفرنسي عام ١٩٨٦ بقوله " الطريقة الفنية المعتمدة والتي جرت العادات المهنية باستخدامها لا تشكل

سببا اجنبيا " ^(٣) فإذا كانت العادات المهنية لا تسمح بتوخي المخاطر الكامنة فإن الانتاج طبقا لها لا يعفي المنتج أو الصانع من المسؤولية عنها. لقد قنن المشرع الاوربي هذا الاستبعاد وكذلك المشرع الفرنسي في المادة ١٠/٣٨٦ بقوله " الصانع يمكن أن يكون مسؤولا عن العيب حتى لو اثبت أن المنتج تم تصنيعه طبقا للاصول وقواعد المهنة أو كان محلا لأذن اداري " وإذا كانت العادات والاصول المهنية التي تم الانتاج طبقا لها لا تمثل سببا اجنبيا، فإن الاجازة أو الترخيص الاداري بممارسة النشاط لا يعفي الصانع من المسؤولية بزعم أنه قام بالانتاج طبقا للشروط والمعايير التي تطلبها الادارة ذلك أن الغاية من الاجازة أو الترخيص هو مراقبة المنتج والصانع في الانتاج بمستويات معينة لا يجوز له النزول عنها. ولكن ذلك لا يقلل مسؤوليته في الارتقاء بمستوى الانتاج الى ما هو أعلى من الحدود الدنيا من أجل تلافي الاخطار التي تحيق بجمهور المستهلكين. أما من حيث النطاق المكاني فاننا

١. Gaverat, Responsabilite du fait des products pretwndus defectueux .
precedent americaint et les meprises communautaires, Gaz. Pal.
Doctrine.P.469.

٢. Ibid .

٣. Cass. Civ. 3e, 30 Novembre 1983, observations I. HUET, revue trim, ()
civ. 1986. P.137. Cass. Civ. 3e, 14 Novembre 1991. D. 1992, I.R.,P.2; v.
aussi, G. Viney, L indemnisation de atteintes a la securite des
consommateurs en droit F rancais etude dans securite des
consommateur ouvrage P.76.

نرى ان مستوى المعرفة العلمية والفنية لا يتحدد في حدود اقليم الدولة التي تم فيها الانتاج وانما على المستوى العالمي. ذلك ان جانبا من الفقه يرى ضرورة الاعتداد، في تحديد حالة العلم، حتى بالاعتبارات التي مازالت موضع جدل او نقاش او التي تمثل اتجاهات ضعيفة او متعارضة مع ما هو راجح، وكذلك الدلائل المثيرة للخشية من وجود مخاطر لان القيمة الاخلاقية لسلامة الغير اولى من المصالح الاقتصادية للمنتج او الصانع^(١). وفي كل هذا يتضح ان تقدير حالة المعرفة الفنية وقت طرح المنتج في التداول تقوم على اساس معطيات موضوعية ولا يخضع تقديرها على اساس معيار شخصي تراعى فيه ظروف المنتج ومدى علمه او امكانية حصوله على المعلومات الفنية والعلمية التي كان من الممكن الوصول اليها والتصرف في ظلها وقت طرح المنتج في التداول^(٢). الا ان هذه المعطيات لا يمكن ان تأخذ بحسبانها عناصر مجردة لا علاقة لها بالنشاط الانساني اذ تقضي المحكمة العليا في نيوجرسي بان " حالة العلم هي الحالة التي كان يجب ان يحيط بها، بالنظر الى المعطيات وما يتهياً من سبل الالمام بها، شخص على درجة معقولة من التبصر، اي على مستوى ادراك معقول وخبرة كالصانع^(٣). بيد ان المنتج لا يعتبر معيبا لمجرد ان هناك منتوجا اخر اكثر امانا او خلوا من العيب قد طرح بعده للتداول. ولهذا فان التطور اللاحق للمنتج ليس هو الذي يفقد المنتج امكانية الاستناد الى مخاطر التطور كسبب للاعفاء من المسؤولية^(٤).

١. Oliver Berg: La notion de risqué....op. cit. P.30

٢. Larroumet: La convention europeenne in matiere de responsapilite du fail des products. Droit et partique de commerce international, paris, 1976, P.29.

٣. Oliver Berg: La notion de risqué....op. cit. P.29

٤. Ibid

المبحث الثاني

اثر مخاطر التطور على المسؤولية المدنية

لقد شغلت فكرة السلامة الجسدية للأشخاص الفكر القانوني منذ الثورة الصناعية وحتى يومنا هذا بقصد سلامة الأشخاص وأبتداع القوالب القانونية اللازمة لوضع هذه الحماية موضع التيق بغية إثارة مسؤولية الأشخاص الذين كانوا سببا " في أنتهاك السلامة حتى لو لم يكن قد صدر منهم فعل يوصف بأنه فعل خاطيء. وقد تجسدت هذه الفكرة بتأصيل وخلق التزام جديد هو الالتزام بضمان السلامة L obligation de securite التي تتبسط على كافة فروع المسؤولية لتوفير الحماية الضرورية على المستوى العقدي أو التقصيري^(١).

يبدو إن هذا الاتجاه في بسط الحماية للأفراد واجه عوائق كثيرة قد تستعصي على الحل ذلك أن فكرة سلامة الأشخاص وإن كانت فكرة مستقرة في الضمير القانوني كونها تضع الإنسان هدفا " لها، إلا أن هناك اعتبارين متناقضين يحولان دون أخذ فكرة السلامة مداها الكامل في تطبيق أذ يقتضي اعتماد احد الاعتبارين التضحية بالآخر وهما سلامة الأشخاص من جهة وأطلاق روح الابداع وفسح المجال أمامه من ناحية أخرى فالأقرار بالمسؤولية عن تهديد سلامة الإنسان من شأنه أن يقيد النشاط الأنساني في الأبداع والتطور وتوفير مزيد من الرخاء للإنسان فضلا عن أن الأنظمة القانونية السائدة لم تكن قد هيأت بعد لأستيعاب هذه المخاطر وفي مقابل ذلك فأن أطلاق روح المبادرة والأبداع قد يتضمن ما يمس سلامة الإنسان. لذا وقف الفقه ومعه القضاء موقفا متباينا تجاه المسؤولية عن مخاطر

١. د. محمود التلتي: النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الاشخاص، رسالة دكتوراه مقدمة

إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٥٩.

التطور كما وجدت حظا من التطبيق في التشريع. لذا نقسم هذا المبحث الى مطلبين
نبحث في الأول موقف الفقه والقضاء من مخاطر التطور فيما نبحث في الثاني
موقف التشريع منها.

المطلب الأول

تباين موقف الفقه من مخاطر التطور

تباينت مواقف فقهاء القانون من مخاطر التطور بين اتجاه يرفض اعتبار
مخاطر التطور سببا للاعفاء من المسؤولية وبين اتجاه اخر يرى ان مخاطر التطور
تعد سببا جديدا للاعفاء من المسؤولية يعد بمثابة سبب اجنبي يستطيع المنتج ان
يتمسك به في مواجهة المضرور للتخلص من المسؤولية. والحقيقة ان بعضا من هذا
الجدل كان مثارا كلما اريد مسائلة المنتجين والصانعين. لذا نقسم هذا المطلب الى
فرعين نبحث في الاول الاتجاه الرافض فيما نبحث في الثاني الاتجاه المؤيد.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض

كان من نتائج التطور العلمي والصناعي ان زاد تعرض الافراد للمخاطر
وزادت معه الاضرار التي تؤدي الى المساس بسلامة اجسادهم لذا اصبحت السلامة
الجسدية مطلبا ملحا وذلك من خلال تطوير وسائل الحماية بغية اللحاق بمتطلبات
العصر الامر الذي يستتبع مبدئيا رفض اعتبار مخاطر التطور التقني سببا للاعفاء
من المسؤولية مادامت غاية النظام القانوني، أي نظام قانوني، هي حماية الافراد في
ارواحهم وممتلكاتهم. وقد استند انصار هذا الاتجاه الى جملة من المبررات في دعم
وجهة النظر هذه. والواقع أن بعضاً من هذه المبررات كانت قد طرحت امام الجمعية
الوطنية الفرنسية عند مناقشة اصدار القانون رقم ٣٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بادماج

نصوص التوجيه الاوربي الخاص بـمسؤولية المنتج ضمن نصوص التقنين المدني الفرنسي

- ان تقرير مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور التقني ليس الا توسعة في نطاق الالتزام بضمان السلامة التي اقر القضاء بوجوده ابتداء من عقد العمل ثم عقد النقل مروراً بعقد العلاج الطبي فضلاً عن عقود اخرى ليصل في نهاية الأمر الى تقرير وجود هذا الالتزام في عقد البيع^(١). لذا ليس هناك ما يمنع من استلزام هذه الفكرة (الالتزام بضمان السلامة) لتقرير نظام اصيل للمسؤولية عن عيوب المنتجات يكون المنتج، بموجبها، مسؤولاً عن تعويض الاضرار التي لحقت بالغير حتى لو لم يكن يعلم بها وقت طرح المنتج للتداول وحتى لو لم يكن بالامكان اسباغ صفة الخطأ عن فعله هذا.

وليس في اعتبار الالتزام بضمان السلامة، فكرة تنبسط على هذا الطراز الجديد من المسؤولية، بدعا في تطور المسؤولية المدنية. اذ توسعت هذه المسؤولية في كل جوانبها واتسع نطاق الاشخاص الذين يسألون عن الاضرار التي تصيب الغير، فضلاً عن مسؤولية الاشخاص عن اضرار لم يكونوا يسألون عنها من قبل.

والواقع ان النقطة الفاصلة في تطور المسؤولية في هذا الجانب ترجع الى عام ١٩٢٥ عندما تقررت مسؤولية الصانع عن اضرار لحقت باشخاص لم يكن مرتبطاً بهم باية علاقة وذلك في قضية برشيه Berchet حيث الزم بتعويض ثلاثة اشخاص عن الاضرار التي لحقت بهم جراء انفجار في السيارة التي اشتراها بسبب عيب فيها فاقام الدعوى ضد منتج السيارة السيد رولان بيلون Rolland Pilain امام محكمة استئناف ليون Lion لمطالبة المنتج بدفع تعويضات التي كان قد دفعها للمصابين الثلاثة. وقد صدقت محكمة النقض الفرنسية القرار المذكور في ٢١ تشرين اول ١٩٢٥^(٢).

١. د. علي سيد حسن : الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٨.

٢. سالم محمد ارديعان: مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقات الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩١، ص ١٠٩.

فقد اسس جانب من الفقه الفرنسي هذه المسؤولية على أساس وجود التزام بضمان السلامة. فالمنتج وهو يطرح منتجاته في التداول مدين بالتزام جديد هو ان لا تكون منتجاته معيبة ومصدر ضرر لمستعملها او مستهلكها وبعبارة اخرى يتحمل مسؤولية التعويض عن الضرر الذي تسببه هذه المنتجات^(١). سواء للمتعاقدين اوغيرهما، ولهذا قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية المنتج في مواجهة المضرور غي المتعاقد على اساس الاخلال بالتزام عام بضمان السلامة في قضية تلوث الدم بفيروس الايدز عام ١٩٨٨^(٢).

واذا علمنا ان اصحاب هذا الاتجاه يحددون طبيعة هذا الالتزام بانه التزام بنتيجة^(٣)، أعطى بموجبه المنتج وعدا بضمان سلامة المشتري امكن لنا ان نفهم ان المسؤولية تسير في سياق تطورها الطبيعي ولا تمثل قفزة على هذا السياق او خروجا عليه.

كما ان القضاء الفرنسي قرر مسؤولية المنتج عن العيب الخفي ايا كان سببه، بل يكون مسئولا عن النتائج الضارة لعيب منتجاته حتى لو لم يكن يعلم بها او لم يكن بالامكان اكتشافه وقت ابرام العقد، لذا فان اعتبار مخاطر التطور سببا للاعفاء من المسؤولية نكوصا عن هذا التطور ورفضا للاستمرار فيه^(٤).

- ان تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور التقني يمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية - لحق الانسان في حماية نفسه وعصمة جسده من الأذى طبقا للفلسفة

١. Lacombe, la responsabilite del, Exploitant D un magasin al, Egard De ses clients, Rev. trim, dr. civ. 1963, P264.

٢. Civ. L re. 28. 1988. li. 10088, note. Sargosy.

٣. احمد عبد جاسم: المسؤولية المدنية عن اضرار المنتجات العربية، رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٦، ص ٢٤٩.

٤. تنص المادة (١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي على ان " البائع ضامن للعيوب الخفية القديمة ولو لم يكن عالما بها الا اذا اشترط على المشتري عدم الضمان مطلقا " .

الاجتماعية والسياسية التي تسود النظم القانونية المعاصرة. وهو الحق الذي أقرته المواثيق والاتفاقيات والاعلانات الدولية الخاصة بحقوق الانسان^(١).

لقد انتقلت العناية بهذه الحقوق من ميدان المبادئ الاخلاقية والنظريات الفلسفية الى ميدان الممارسة العملية واصبح التساؤل ملحا عن طلب الوسائل القانونية لضمان تطبيقها^(٢). ولاشك ان تقرير مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور التقني يمثل ترجمة امنية وصادقة لهذا الاتجاه مما يجعل من هذه المواثيق والاعلانات اساسا قانونيا وضعيا لهذا التطور، فضلا عما تتيحه هذه الاعلانات من قيمة معنوية كبيرة لقبول هذا التطور، بل وتدعو اليه.

ان اقرار هذا الضرب من المسؤولية يمثل حفظا للكرامة البشرية وصونا للحرمان وتاكيدا للحقوق وتاسيسا لشرعية التمسك بها والذود عنها والتمتع بمارستها في الواقع المعاش.

- ان تقرير مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور يدفعه الى اتخاذ الوسائل اللازمة في مجال الوقاية تامينا لمنتجاته ونا تسببه من مخاطر. فالمنتج بحكم مركزه الاقتصادي يمكنه توقي المخاطر التي تصيب الغير من خلال تشييت هذه المخاطر اما من خلال نظام التأمين او من خلال ادراجها في عناصر تكلفة حساب المنتجات ومن ثم تقدير اثمانها تبعا لذلك. وهو مايعني تحمل المجتمع تبعة هذه المخاطر في المحصلة النهائية. لذا فان اعتبار المنتج مسؤولا عن هذه المخاطر لايفضي عليه اية اعباء مالية بقدر ما يتمثل بجعله مركز لتوزيع اعباء هذه المخاطر.

- ان رفض اعتبار مخاطر التطور سببا للاعفاء من المسؤولية يمثل دعاية ناجحة للمنتجات التي تصنع في ظل نظام قانوني ياخذ بهذا الاتجاه لذا فان حظوظ المنتجين في التسويق في ظل هذا النظام اوفر من غيرهم اذ سيقدر

١. منها مثلا الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الامم المتحدة في ١٠ كانون الاول عام ١٩٤٨ والاعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩ والاعلان الامريكي لعام ١٧٧٦.

٢. د.برهان غليون وآخرون: حقوق الانسان في الرؤى العالمية والاسلامية والعربية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة كتب المستقبل العربي (٤١)، ط١، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٠٤.

المستهلكون ان هذا المنتج روعيت فيه احدث التقنيات واخضع لتجارب كثيرة من اجل فحص العيوب الكامنة فيه قبل طرحه للتداول مما يجعله اكثر امانا بالنسبة لهم. وقد كانت هذه الحجة احدى الحجج التي تمسك بها انصار هذا الاتجاه في الجمعية الوطنية الفرنسية عند مناقشة ادماج نصوص التوجيه الاوربي في القانون الفرنسي.

- وفضلا عن كل ما تقدم، فان تقرير هذه المسؤولية يدفع المنتجين وارباب الصناعة الى مزيد من البحث والتجريب للوصول الى اعلى نسبة امان ممكنة للمنتجات مما يدفع عجلة التقدم الى الحراك المستمر ويختزن لديهم المزيد من المعارف التقنية والخبرات والمهارات الضرورية ويضعهم في مركز تنافسي افضل في مواجهة منتجين وصانعين لم تتقرر مسؤوليتهم عن هذه المخاطر بالنظر لما تمثله المعارف الفنية من اهمية في المشروعات الصناعية تضعها في مركز تنافسي افضل^(١).

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد

بالرغم من اهمية حماية الانسان من الاضرار التي تسببها المنتجات عموما، الا ان هناك أحوالا لايمكن فيها إسباغ الحماية عليه بسبب عدم تعذر توفير هذه الحماية. وتمثل مخاطر التطور التي يمكن ان تصيب الانسان من بين هذه الاحوال، لذا يذهب اتجاه فقهي الى انه لايمكن حماية الانسان من المخاطر التي يكشفها التطور التقني اللاحق اما بسبب طبيعة هذه المخاطر وكونها تقع خارج حدود الادراك البشري وقت الانتاج واما لعجز القوالب القانونية التقليدية عن توفير الحماية من هذه المخاطر المستحدثة. ويورد انصار هذا الاتجاه بعض الحجج التي تدعم فكرة وجوب اعتبار مخاطر التطور من اسباب الاعفاء من المسؤولية وهي:

١. د. حسام محمد عيسى: نقل التكنولوجيا - دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية، ط ١، دار المستقبل العربي، القاهرة، ص ١٢. وانظر ايضا رسالتنا: عقد الامتياز - دراسة في القانون الخاص، مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهدين، ٢٠٠٣، ص ٤١.

- رغم ان انصار الاتجاه الرافض لاعتبار مخاطر التقدم من اسباب الاعفاء من المسؤولية يرون انه يؤدي الى دفع عجلة التقدم الى امام فان انصار الاتجاه الذي يرى وجوب اعتبار هذه المخاطر سببا للاعفاء يستندون الى نفس الحجة باعتبار ان اعفاء المنتج من المسؤولية عن مخاطر التطور يدفعه الى الابتكار والتجديد في نشاطه دون خوف او خشية من وجود مخاطر كامنة لا يعرفها وقت الانتاج او اطلاق المنتج في التداول بحكم حالة المعرفة الفنية السائدة، يمكن ان تثار مسؤوليته عنها مما يعزز روح المبادرة والابتكار لديه ويدفع عجلة التقدم الى امام.

- ان كثيرا من صور مخاطر التطور يمكن مواجهتها في كثير من الحالات من خلال تطويع القوالب القانونية التقليدية المعروفة في نطاق القانون المدني كنظرية العيب الخفي او الالتزام بضمان السلامة الذي بدا يجد حضورا في كثير من العقود منذ أمد ليس بالقصير واستندت اليه الكثير من احكام القضاء الفرنسي.

يبدو ان كلا من العيب الخفي وضمان السلامة لا يصلان الى توفير الحماية المطلقة عن كل مخاطر المنتجات وانما يقتصران على تلك المخاطر التي تسمح حالة المعرفة الفنية السائدة بمعرفته. ولهذا قرر القضاء الفرنسي عدم مسؤولية الطبيب عن خطر ملازم لطبيعة العلاج ما دامت المعرفة الفنية السائدة في ذلك الوقت لا تسمح بمعرفة ذلك الخطر فيكون الطبيب قد بذل من العناية ما تفرضه المعطيات الثابتة للعلم. فالطريقة التي استخدمها الطبيب لجبر كسر عظمي الساق تمثلت في وضع قالب الجبس، الا انه حدث اثر تصلب الجبس تكسر نادر في العظام تسبب في تلف شريان ومضاعفاته. وقد جاء في تقرير الخبرة المقدم الى المحكمة " ان تلك الاصابة لم تعرف في فرنسا الا من خلال النشرات العلمية المتضمنة للدراسات المقدمة الى مؤتمر انعقد عام ١٩٧٣ وهو تاريخ لاحق لحدوث الاصابة^(١).

١. Cass. Civ. L re, 12 Novembre, 1985, rev. trim. dr. Civ. 1986. P. 764,

observations,
J. HUET.

- ان تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور يتعارض مع ما هو راسخ من قواعد القانون. وتفسير ذلك ان اقرار هذا النوع من المسؤولية في ظل معارف علمية وتكنولوجية لا تسمح بمعرفة هذه المخاطر الا بعد فترة زمنية من طرح المنتج في التداول ينطوي على تقرير التزام بمستحيل مادام ليس بمقدور المنتج ولا بمقدور غيره معرفة هذه المخاطر. وفي هذه النقطة تقف صعوبة قانونية امام فرض هذه المسؤولية ليس من اليسير تجاوزها. فعدم علم المنتج او جهله بهذه المخاطر واقع تفرضه حدود المعرفة الفنية المتاحة للمنتج فتتزل منزلة القوة القاهرة في الاعفاء من المسؤولية رغم الفارق الجوهرى بين مخاطر التطور والقوة القاهرة التي تنشأ عن سبب اجنبى لا يد للمنتج فيه فلا يمكن توقعها او دفعها، في حين ان العيب الذي يكشفه التطور اللاحق لا يكون خارجيا عن المنتج.

- ان تبرير فرض هذه المسؤولية بمكنة المنتج من نقل عبئها على الآخرين عن طريق توزيع المخاطر من خلال نظام التأمين او بنقلها الى جمهور المستهلكين باضافتها الى كلفة المنتج يخرج هذه المسؤولية عن هدفها الذي لا يكون الا مجازاة عدم تنفيذ الالتزام^(١).

وفضلا عن ذلك فان هذه المخاطر لا يمكن تغطيتها تامينيا كونها غير قابلة للتوقع حسب مستوى المعرفة الفنية السائدة وقت اطلاق المنتج في التداول مما لا يسمح بقيام احصاء ذي جدوى من اجل حساب المخاطر. اذ يجب ان يكون الخطر منتظما بشكل دوري وضمن فترات زمنية متساوية. اما الندرة في وقوع المخاطر فانها تعطي فروقات بين التوقعات النظرية من جهة وبين ما يقع فعلا من جهة أخرى^(٢).

ويترتب على عدم انتظام الخطر عدم قابليته للتأمين على اسس فنية بعيدة عن الحدس والتخمين بسبب عدم معرفة المؤمن بهذه الاخطار، بل وعدم خبرته بها سابقا مما يدفع المؤمن الى ان يسلك احد سبيلين. فهو اما ان يستبعد هذه الاخطار من

١. Yvonne Lambert, faivre, Risques et assurances de entreprise, précis .

Dalloz, 3e ed, 1991.

٢. موريس منصور: دراسات في التأمين، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ٧.

التغطية التامينية او تحميل عملية التامين باقسط باهضة او خفض سقف التامين وفي كلتا الحالتين لا يمكن الوصول الى النتائج المتوخاة.

المطلب الثاني

الموقف التشريعي من مخاطر التطور

اثارت مخاطر التطور جدلا واسعا على صعيد الفقه قبل صدور التشريعات المنظمة لمسؤولية المنتج وقد لاحظت السلطات التشريعية في كثير من الدول الاوربية هذا الجدل عند تنظيم احكام مسؤولية المنتج لذا نبحت مخاطر التقدم في القانون المقارن في فرع اول ثم نبحت موقف القانون العراقي في فرع ثان.

الفرع الاول

مخاطر التطور في التشريع المقارن

لقد اقر التوجيه الاوربي European Directive الصادر في ٢٥ تموز ١٩٨٥ الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، والمتخذ كدليل تستانس به التشريعات الصادرة في دول الاتحاد الاوربي في تنظيم احكام هذه المسؤولية في تشريعاتها الداخلية، اعفاء المنتج من المسؤولية الناتجة عن مخاطر التطور التقني في المادة (٧) منه بعد ان قرر في المادة الاولى المسؤولية الموضوعية للمنتج. وقد اقر حكم المادة السابقة بناء على توصيات الوفد الالمانى اذ ان هذا السبب يعد من الاسباب المعروفة للاعفاء من المسؤولية في النظام القانوني الالمانى^(١). وفضلا عن ذلك فان الخشية من وضع العراقي امام ابداع وتطور الصناعة الاوربية بجعل المنتج مسؤولا عن مخاطر لا يستطيع ان يتوقعها قد دفع الى اعتبار مخاطر التطور سببا للاعفاء من المسؤولية. والواقع ان الحكم جاء بناء على اعتبارات عملية صرفة من اجل تحقيق المساواة بين المنتجين في الدول

١. د.محمود السيد عبد المعطي خيال: المصدر السابق، ص ٦٨.

المختلفة، في حين ان منطق المسؤولية الموضوعية التي اقرها التوجيه والقانون الفرنسي يتعارض مع اعتبار فكرة مخاطر التطور سببا للاعفاء لان الاعفاء من المسؤولية لا يعدو ان يكون نفيا لخطأ المنتج، في حين ان اساس المسؤولية الموضوعية التي جاء بها التوجيه لا تقوم على اساس الخطأ وانما على اساس التعيب الذي ينتج ضررا^(١).

غير ان التوجيه ترك الباب مفتوحا امام الدول الاعضاء للاخذ بما قرره التوجيه او تأكيد خلافه من خلال النص في تشريعاتها الداخلية على عدم اعتبار مخاطر التطور من اسباب الاعفاء من المسؤولية. فقد جاء في المادة (١٥/١ - B) من التوجيه على ان " لكل دولة من الدول الاعضاء ان تخالف نص المادة ٧ و من التوجيه بان تبقي في تشريعها الوطني على مسؤولية المنتج، إذا ثبت في نفس الوقت، ان حالة المعرفة العملية والفنية، لحظة طرح المنتج في التداول، لم تسمح له بان يكشف عن وجود العيب ".

وقد تأخرت فرنسا كثيرا حتى ادمجت نصوص التوجيه في قانونها المدني بعد ان تبنته عام ١٩٨٩. ففي عام ١٩٩٨ ادمجت فرنسا نصوص التوجيه في قانونها المدني بموجب القانون رقم ٣٨٩ و اضيفت نصوص هذا التوجيه الى المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي. وقد تخير المشرع الفرنسي الاتجاه الذي يعتبر مخاطر التطور من اسباب الاعفاء من المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة. وقد كرس هذا الموقف في المادة ١٣٨٦/١١-٤ مقررًا مكنة المنتج التخلص من مسؤوليته اذا اثبت ان حالة المعرفة العلمية والفنية، لحظة طرح المنتج في التداول، لم تسمح له بان يكشف عن وجود العيب.

وبهذا النص يكون المشرع الفرنسي قد اضاف سببا جديدا للاعفاء من المسؤولية لم يكن معروفا من قبل. فالى جانب القوة القاهرة والحادث الفجائي وفعل الغير اضيفت مخاطر التطور بحيث يمكن للمنتج ان يتمسك بها للتخلص من مسؤوليته المدنية.

١. A. Tunc: document de la communautés europeennes, Janv. 1975, x1, /77/75, P.10.

بيد ان اعتبار مخاطر التطور سببا للاعفاء من المسؤولية لم يكن مطلقا. فلا يكون المنتج بمنجاة من المساءلة عن هذه المخاطر اذا ظهرت العيوب بعد طرح المنتج في التداول ولم يف بالالتزامات التي القاها المشرع على كاهله. فعلى المنتج ان يتخذ التدابير اللازمة لتدراك النتائج الضارة لمنتجه اذا تبين ان به عيبا بعد اطلاقه في التداول بحيث يشكل خطرا على حياة مستعمليه او مستهلكيه او اموالهم بعد ان كشفت عنه المعارف العلمية والفنية اللاحقة. ويرتب هذا التزاما على عاتق المنتج بتتبع حالة المعرفة الفنية والعلمية على المستويين الوطني والعالمي.

ولتلافي النتائج الضارة للمخاطر المكتشفة فان على المنتج ان يعلم المستهلك بكل الوسائل الممكنة بالمخاطر الكامنة بالمخاطر الكامنة في المنتج بعد ان اصبحت المعارف العلمية والفنية بمستوى يسمح بادراك هذه المخاطر واسترداد المنتج من الاسواق اذا اقتضى الامر ذلك. فاذا لم يتم المنتج بهذه الاجراءات فانه لايمكنه التمسك بمخاطر التطور كسبب للاعفاء من المسؤولية بمقتضى نص المادة ١٣٨٦/١٢-٢ من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني

مخاطر التطور في القانون العراقي

لم ينظم المشرع العراقي ولا القوانين المدنية العربية المسؤولية عن مخاطر التطور التقني. وفي ظل غياب التنظيم التشريعي لاحكام هذه المسؤولية فان التساؤلات تطرح نفسها عن مدى قدرة انظمتنا القانونية على احتضان هذه الصورة المستحدثة للمسؤولية خصوصا وان احكام المسؤولية المدنية في هذه التشريعات تقوم على التفرقة بين صورتى المسؤولية العقدية والتقصيرية، فضلا عن تاسيسها على فكرة الخطأ؟

ان مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور في التشريع المقارن تقوم على هدم الاسس التقليدية للمسؤولية المدنية، فهي اولا تهدم التفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، كما انها لا تعير اهتماما لتقدير سلوك محدث الضرر فلا تعبأ بتوصيف هذا السلوك وفيما اذا كان خاطئا ام لا.

لقد اجتهد القضاء الفرنسي في استخدام القوالب القانونية التقليدية التي تتيحها قواعد المسؤولية المدنية من اجل تكريس حماية فعالة وناجعة لجمهور المستهلكين من الاضرار التي تسببها المنتجات التي يطرحها المنتجون في التداول باستخدام المرونة التي تتيحها صياغة القانون المدني الفرنسي.

بيد ان النصوص القانونية وان تم تطويعها لهذا الهدف فان لها حدودا لا يمكن تجاوزها مما يجعل عملية التطويع هذه موسومة بسمه التكلف والاصطناع^(١). لذا يتعين استحداث القوالب القانونية المناسبة لضمان سلامة الجمهور في مواجهة مخاطر التطور التي تكشف عنها المعارف الفنية لاحقا. ولا يتم ذلك الا بخلق وانشاء نظام جديد للمسؤولية عن فعل المنتجات على النحو الذي فعله المشرع الفرنسي عام ١٩٩٨ استهداء بالتوجيه الاوربي الصادر عام ١٩٨٥ او باستعارة قوالب قانونية من فروع القانون الاخرى اثبتت جدواها في توفير حماية مناسبة في حالات وظروف مماثلة.

ويبرز في هذا الصدد التنظيم التشريعي لتعويض اصابات وحوادث العمل. فالاصابة التي يتعرض لها العامل اثناء العمل ترتب له حقا في التعويض يلتزم صندوق الضمان الاجتماعي بدفعه للعامل طبقا لاحكام قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١. ذلك ان مما يجافي العدالة ان يتحمل شخص واحد حتى لو كان منتجا او صانعا تبعة مخاطر التطور التي يتعرض لها الغير خصوصا وان هذه المخاطر قد تاخذ طابع الكارثة التي تفوق قدرات اي شخص او مؤسسة، فضلا عن انه لا يمكننا وصف سلوك المنتج بانه سلوك خاطيء. لذا نعتقد ان استعارة فكرة صندوق الضمان يمثل حلا يتسم بطابعه العملي من خلال تحمل المنتجين والمستوردين دفع الاشتراكات اللازمة لتكوين رصيد هذا الصندوق.

١. د. حسن عبد الرحمن قدوس: المصدر السابق، ص ٨٨.

الخاتمة

اثارت فكرة المسؤولية عن مخاطر التطور التقني جدلا واسعا على صعيد الفقه والقضاء تبلور في اتجاهين يوجب الاول اقرار مسؤولية المنتج عن هذه المخاطر لحماية جمهور المستهلكين في ظل اتجاه عام في الانظمة القانونية المختلفة يميل الى التوسع في احكام المسؤولية المدنية لحماية الجمهور، فيما اتجه الثاني الى رفض اقرار هذه المسؤولية لتناقضها مع قواعد القانون العامة فضلا عن تقييدها لروح المبادرة والابداع لدى المنتجين.

وقد حسم المشرع الاوربي في التوجيه الصادر عام ١٩٨٥ هذا الخلاف منتصرا للاتجاه الثاني مقررًا اعتبار المخاطر التي تكشفها المعارف العلمية والفنية اللاحقة لطرح المنتج في التداول سببا للاعفاء من المسؤولية. وقد سارت على هذا المنوال الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي كفرنسا وبريطانيا والمانيا. ومع ذلك فقد ابقى الباب مفتوحا لاثارة هذه المسؤولية اذا كشفت المعارف اللاحقة عن وجود عيب ولم ينهض المنتج بالاعباء التي القاها على كاهله خلال فترة العشر سنوات اللاحقة لوضع المنتج في التداول.

بيد ان المطالبة بتنظيم هذه المسؤولية في بلدان لم تصل الى القدر المناسب في سلم التطور يثير مدى قدرة المنتجين والمستوردين على تحمل دفع التعويضات الناجمة عن مخاطر ما يطرحونه من منتجات فضلا عن تخلف التقنيات المستخدمة في الانتاج، لذا نعتقد ان الوسيلة الانسب في هذا المجال هي انشاء صندوق يشترك فيه من ينطبق عليه وصف المنتج والصانع والمستورد لتكوين رصيد هذا الصندوق تدفع منه تعويضات الاضرار الناشئة عن مخاطر التطور في الحدود التي تثار فيها المسؤولية عن هذه المخاطر.

المصادر

المصادر العربية

- محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٤.
- جلال أحمد خليل: النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية، ط١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٣.
- سعيد يحيى: تنظيم نقل المعرفة الفنية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٦.
- جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- حسن عبد الرحمن قدوس: مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة بلا.
- حسن عبد الباسط جميعي: مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- حسين الماحي: المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- محمود التلتي: النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الاشخاص، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- سالم محمد اريعيان: مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩١.
- حسام محمد عيسى: نقل التكنولوجيا - دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية، ط١، دار المستقبل العربي، القاهرة، ١٩٨٧.
- درع حماد عبد: عقد الامتياز - دراسة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين، ٢٠٠٣.
- محمود السيد عبد المعطي خيال: المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

- موريس منصور: دراسات في التأمين، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.
- علي سيد حسن: الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- برهان غليون وآخرون: حقوق الانسان في الرؤى العالمية والاسلامية والعربية، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٥.
- أحمد عبد جاسم: المسؤولية المدنية عن اضرار المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهرين ٢٠٠٦.

المصادر الاجنبية

- 1- Aubrey L. Diamond: Introduction to Hire- Purchase Law, 2 end ed. Brtterworth's, London, 1971.
- 2- Viney: art, prec. d. 1998, chron.
- 3- Muller: L assurance (responsabilite civil produits), R.G.A.T.1970.
- 4- Ghestin: L introduction de la directive commanautaire en droit Francais, colloque precite sur la securite consommateurs, Travaux, P.111 est, notam.
- 5- Oliver Berg: La notion de risqué de developpement en matiere de responsabilite des products defectueux. J.C.P. 1996.
- 6- G. Gaverat: Responsabilite de fait des products pretendus defectueux precedent americaint et les meprises communautaires, Gaz. Pal. Doctrine.
- 7- Larroumet: La convention europeenne en matiere de responsabilite du fail des products droit et partique de commerce international, paris, 1976.
- 8- Yvonne Lamert: faivre , risqué et assurance de enterprise, précis Dalloz, 3e ed, 1991.
- 9- A. Tunc: document de la commission des communautes europeenees, Janv. 1975

القوانين

- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
- القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨.

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.
- التوجيه الاوري رقم ٣٧٤ لسنة ١٩٨٥.
- تشريع ولاية ميسوري الامريكية لعام ١٩٨٧.
- قانون حماية المستهلك الانجليزي لسنة ١٩٨٧.

المركز القانوني للمرشد البحري

دراسة في ضوء قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة
١٩٩٥ والتعليمات الصادرة بموجبه رقم (١) لسنة
١٩٩٨

بحث من إعداد

مدرس القانون الخاص المساعد

ضربان فاضل حسين العلي

المركز القانوني للمرشد البحري

دراسة في ضوء قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥ والتعليمات الصادرة بموجبه رقم (١)
(لسنة ١٩٩٨)

بحث من المداد
درس القانون الخاص المساعد
ضرماء فاضل حسين العلي

الملخص:

يعد المركز القانوني للمرشد البحري من المسائل المعقدة فالمرشد يقترب، في مركزه القانوني من بعض المراكز القانونية الأخرى ولكنه يختلف عنها في بعض الجوانب بحيث ينتج في النهاية مركز قانوني مستقل ومتميز للمرشد فالمرشد يساهم في أداء خدمة عامة هي خدمة الإرشاد والدولة هي التي تقوم بتعيينه، والرقابة عليه، وفي بعض الدول لا يعتبر المرشد متمتعاً بصفة الموظف العام لأنه لا يتقاضى راتباً من خزانة الدولة ولا يساهم في إدارة الشؤون العامة وبالتالي يقترب، وضعه من مركز الفرد الذي يباشر خدمة عامة، أما في بعض الدول الأخرى ومنها العراق فأن المرشد يعتبر موظفاً عاماً وهناك صعوبة كبيرة في تحديد مركز المرشد تجاه ريان السفينة ومجهزها حيث يتعين بيان حدود علاقة الريان بالمرشد على نحو يتحدد فيه الشخص الذي يثبت له القيادة أثناء فترة الإرشاد، هل المرشد أم الريان؟ فضلاً عن ذلك فقد بحثنا ما إذا كان المرشد يرتبط بالمجهز بعقد عمل بموجبه علاقة تبعية أم بعقد آخر أم لا نوجد علاقة تعاقدية على الإطلاق؟ مع تحديد التزامات كل من المجهز والمرشد أياً كانت طبيعة هذه العلاقة وبناء على ما تقدم فقد قسمنا البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول علاقة المرشد بالدولة وعلاقته بريان السفينة وتناولنا في المبحث الثاني علاقة المرشد بمجهز السفينة الخاضعة للإرشاد من حيث طبيعة هذه العلاقة وآثارها.

The legal centre of the marine guide is considered a complex issue, as the legal position of the Guide comes near other legal centers, but differs in other aspects to be at the end an independent, specified legal center for the Guide, who will provide a public service, in Guiding. As being employed by the state and under the state supervision. And in some states the Guide is note

considered public employee as he dose not get payments from the state and does not participated in running the public affairs, so he is not in a position near the public service employee. But in other countries like IRAQ the Guide is considered a public imployee with a difficulty in determining the relation the Guide and the Captain, or the supplier?

In addition to that, we discussed weather the Guide should be in an obligatory relation with the supplier in a contract, or with another contract, or there should be no such obligatory relation, or there should be no contract relation at all. And determining of both the Guide and the supplier, what ever the relation between them is. According to that, the study was divided into two categories:

The first, concerns with the relation between the Guide and the state, and his relation with the captain of the ship.

And in the second, we deal with relation between the Guide and the supplier of the Guiding ship regarding nature and aspects of this relation.

المقدمة

أولاً: الإرشاد والمرشدون:

تحتاج السفينة في نشاطها البحري إلى خدمات غير التي يقدمها البحارة ذلك أن السفينة في دخولها وخروجها من الموانئ أو في سيرها في القنوات المائية وبعض الخلجان تحتاج إلى إرشاد كي تتجنب العوائق البحرية كما تتجنب المياه الضحلة التي لا تناسب غاطسها^(١).

فضلاً عن ذلك فإن إقدام السفينة على القيام ببعض المناورات، اللازمة لدخول الموانئ أو الخروج منها، والتي تتطلب على قدر من الخطورة قد يستدعي استعانة

١. انظر، د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، بند (١٧٨) ص ٢١٧.

ربانها بشخص له دراية اكثر بأفضل السبل للقيام بتلك المناورات. هذا الشخص الذي يساعد الربان في قيادة السفينة يعرف بالمرشد (Pilot)^(١).

ويمكن تعريف المرشد بأنه الشخص الذي يتولى توجيه وإرشاد ربان السفينة إلى خط السير الواجب إتباعه عند دخول الميناء أو الخروج منه^(٢). والمرشد هو ملاح على درجة كبيرة من الخبرة يقوم بمساعدة الربان في الملاحة في منطقة الميناء وتعيينه سلطات الميناء للقيام بهذا الواجب.

واستناداً إلى ما تقدم يمكن تعريف الإرشاد البحري بأنه التوجيه الملاحي للسفينة إلى مكان رسوها أو إخراجها من الميناء أو المرفأ بواسطة المرشد^(٣). وبعد الإرشاد من أقدم النظم البحرية حيث كان المرشد يتولى قيادة السفينة من الوجهة الملاحية في حين كانت اختصاصات الربان تقتصر على المهام التأديبية والتجارية. كان هذا المرشد يعرف بمرشد أعالي البحار وهو يختلف عن مرشد آخر كان يساعد الربان على الاقتراب من السواحل والقيام بالملاحة الحدية ودخول الموانئ والخروج منها وهذا الأخير هو المرشد بمفهومه الحديث^(٤).

ثانياً: المزايا التي يحققها نظام الإرشاد:

يحقق نظام الإرشاد في الموانئ ميزتين مهمتين^(٥)، فهو يؤدي إلى تفادي احتمال تعطيل الملاحة داخل الموانئ التي قد تحدث على اثر وقوع حالات تصادم

١. انظر، د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢ ص ١٢٣.

٢. انظر، د. فايز نعيم رضوان، القانون البحري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، بند (٢٥٤)، ص ٢٦٢، وقد عرفت المادة (١/و) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ المرشد بأنه ((الشخص المعين من إدارة الموانئ ومصرح له بممارسة إرشاد السفينة في الموانئ والمرافئ ومناطق الإرشاد كافة ويشمل ذلك ربان المرفأ.))

٣. انظر المادة (١/ثاني عشر) من قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥.

٤. انظر، د. هاني دويدار، المرجع السابق ص ١٢٤.

٥. انظر، د. يعقوب يوسف صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، ح ١، ط ١، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٨٥، بند (٢١٣)، ص ٢٦٤، الدكتور فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، بند (٢٥٤)، ص ٢٦٢، د. ثروت عبد الرحيم، شرح القانون البحري السعودي

بسبب جهل الریان بالمیناء الذي يدخل إليه أو يخرج منه، فضلاً عن ذلك إن عملية الإرشاد تشكل مصدراً لزيادة إيرادات الدولة نتيجة لما تحصل عليه من رسوم تفرض على عملية الإرشاد عند دخول السفينة أو خروجها.

ثالثاً: مبدأ الإرشاد الإجباري:-

إن الإرشاد أما أن يكون اختيارياً أو أن يكون إجبارياً. ويكون الإرشاد اختيارياً إذا كان للریان حرية الاستعانة بالمرشد أو عدم الاستعانة به عند دخوله أو خروجه من المیناء، فان استعان به التزم بدفع مقابل الإرشاد الذي غالباً ما تحدده التعليمات وإلا فلا التزام عليه.

بيد انه نظراً لما يحققه الإرشاد من مزايا بالنسبة للسفينة وبالنسبة للدولة ذاتها فانه غالباً ما يكون إجبارياً. وقد نصت على إجبارية الإرشاد كثير من التشريعات البحرية العربية^(١) بما فيها التشريع العراقي^(٢).

ولما كان الإرشاد الإجباري يمثل عبئاً ثقیلاً على الملاحة البحرية، فإنه إذا كان الأصل العام، في معظم القوانين، إن الإرشاد إجباري فأن هذا الأصل العام ترد عليه مجموعة من الاستثناءات تقيد من نطاق المبدأ، لان الإرشاد تبرره أسباب تتعلق بأمن الملاحة البحرية وسلامتها، ومن ثم، فانه إذا لم تتوافر فيه هذه الأسباب فلا محل للقول بإجبارية الإرشاد^(٣).

الناشر، جامعة الملك سعود، الرياض ١٩٨٥ ص ١٣١، د. بهجت عبد الله قايد، القانون البحري ط١، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٣١.

١. انظر، المادة (٨٢) من القانون البحري المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠، والمادة (٢١٨) من القانون البحري الكويتي والمادة (٣٠٣) من القانون البحري الإماراتي، والمادة (١٨٧) من القانون البحريني، والمادة (٢٨٢) من القانون البحري العماني.

٢. انظر، المادة (٦٦) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على ان ((يكون الإرشاد في موانئ العراق إلزامياً لجميع السفن عند دخولها القنوات الملاحية أو تحركها فيها أو خروجها منها)).

٣. Bernard Gontier, Le Pilotage Maritime, These Paris, Dactylographie. 1965, p139.

والقانون العراقي، شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات، قد أورد استثناءات عديدة على مبدأ الإرشاد الإجباري. فمن نص المادتين (٦٨ ، ٦٧) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨، يتضح إن المشرع أعفى السفن التالية من الإرشاد الإلزامي:-

- السفن الحربية الوطنية.
- السفن المملوكة للدولة المخصصة للأغراض غير التجارية.
- السفن التابعة للشركة العامة لموانئ العراق.
- السفن الآلية والشراعية والجنائب والرافعات التي لا تزيد حمولتها القصوى المسجلة بالأطنان على (٥٠٠) طن ويزيد غاطسها على (٣،٥٠) متراً ما لم تقرر الشركة العامة للموانئ خلاف ذلك.
- السفن التي لا يزيد غاطسها على أربعة أمتار ولا تتجاوز حمولتها القصوى المسجلة على (١٢٠٠) طناً شرط أن يحصل ربانها العراقي الجنسية على شهادة الأهلية الصادرة من الشركة العامة لموانئ العراق والتي تؤهله لقيادة وإرشاد السفن التي يكون هو ربانها. ومع ذلك على مالك هذه السفينة أو وكيله أن يسدد نصف عوائد الإرشاد إضافة إلى أجور خدمات الموانئ الأخرى، ويلاحظ إن الإعفاء في هذه الحالة جزئي.
- السفن التي تتضمن اتفاقات الدولة مع الغير على إعفائها من رسوم الإرشاد.
- يجوز إعفاء السفن الحربية الأجنبية من رسوم الإرشاد.
- ويلاحظ إن الإعفاء الوارد في الفقرتين (٦ ، ٧) ينصب على رسوم الإرشاد فقط دون المرشد، أي بعبارة أخرى، إن هذه السفن ملزمة بالاستعانة بمرشد غير إنها معفية من دفع رسوم الإرشاد.
- أما الإعفاء الواردة في الفقرة (٥) فهو على العكس أي إن السفينة معفية من الاستعانة بمرشد غير أنها غير معفية من دفع رسوم الإرشاد.

رابعاً: القوانين المنظمة للإرشاد في العراق:

إن قانون التجارة البحرية العثماني لعام ١٨٦٣ لم ينظم مسألة الإرشاد، فجاء بيان ميناء البصرة لعام ١٩١٩ في عهد الاستعمار البريطاني، منظماً له، ثم الغي بصور تعليمات وأوامر ميناء البصرة عام ١٩٤٩. ومما تجدر الإشارة إليه أن الإرشاد كان إجبارياً في ظل بيان عام ١٩١٩ وتعليمات وأوامر عام ١٩٤٩.

أما الآن وبعد صدور قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥، فإن المادة (٥/سادساً) لو وجبت إصدار تعليمات تنظيم الإرشاد، وبالفعل صدرت التعليمات النافذة للموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨. وقد استقرت التعليمات على جعل الإرشاد إلزامياً، كقاعدة عامة، وهو النهج المتبع في معظم دول العالم.

ومن الجدير بالذكر إن الشركة العامة لموانئ العراق هي التي تتولى إدارة وتنظيم الموانئ والمرافئ ووضع القواعد وإصدار القرارات اللازمة لتشغيلها وتنميتها وتطويرها وتحسين أوضاعها ولها في سبيل ذلك تنظيم عمليات الإرشاد ومهام المرشدين بموجب القواعد والاجراءات والممارسات المقبولة عموماً.

خامساً:- المركز القانوني للمرشد:

يعد المركز القانوني للمرشد من المسائل شديدة التعقيد، فالمرشد يقترب، في مركزه القانوني من بعض المراكز القانونية الأخرى، ولكنه يختلف عنها في بعض الجوانب بحيث ينتج في النهاية مركز قانوني مستقل ومتميز للمرشد^(١). فالمرشد يساهم في أداء خدمة عامة، هي خدمة الإرشاد، والدولة هي التي تقوم بتعيينه والرقابة عليه، وفي بعض الدول لا يعتبر المرشد متمتعاً بصفة والموظف العام لأنه في هذه الدول لا يتقاضى راتباً من خزانة الدولة ولا يساهم في إدارة الشؤون العامة، وبالتالي يقترب وضعه من مركز الفرد الذي يباشر خدمة عامة، أما في بعض الدول الأخرى، ومنها العراق، فإن المرشد يعتبر موظفاً عاماً، وهناك صعوبة كبيرة في تحديد مركز المرشد تجاه ربان السفينة وجهازها، حيث يتعين بيان حدود علاقة المرشد بالربان على نحو يتحدد فيه الشخص الذي يثبت له القيادة أثناء فترة الإرشاد،

1 .B.Gontier, op.cit,p162

هل المرشد أم الريان؟ وفضلاً عن ذلك يلزم بحث ما إذا كان المرشد يرتبط بالمجهاز بعقد عمل توجد بمقتضاه علاقة تبعية أم بعقد آخر لا توجد فيه هذه العلاقة أم لا توجد علاقة تعاقدية على الإطلاق، مع تحديد التزامات كل من المجهاز والمرشد أياً كانت طبيعة هذه العلاقة.

سادساً: خطة البحث:

من بعد المقدمة السابقة نعرض للمركز القانوني للمرشد البحري في مبحثين، نخصص الأول منهما لدراسة علاقة المرشد بالدولة وعلاقته بريان السفينة ونخصص المبحث الثاني لدراسة علاقة المرشد بمجهاز السفينة الخاضعة للإرشاد ومن حيث طبيعة هذه العلاقة وآثارها.

المبحث الأول

المركز القانوني للمرشد تجاه الدولة وتجاه ريان السفينة

يساهم المرشد البحري في أداء خدمة عامة. هي خدمة إرشاد وتوجيه ريان السفينة إلى خط السير الواجب إتباعه عند دخول الميناء أو الخروج منه، وفي بعض الدول لا يعد المرشد متمتعاً بصفة الموظف العام لأنه لا يتعاطى راتباً من خزينة الدولة ولا يساهم في إرادة الشؤون العامة، وبالتالي يقترب وضعه من مركز الفرد الذي يباشر خدمة عامة، أما في بعض الدول الأخرى، ومنها العراق، فإن المرشد يعد موظفاً عاماً، فضلاً عن ذلك إن رسم حدود العلاقة التي تربط الريان بالمرشد أثناء تواجدها هذا الأخير على متن السفينة بقصد إرشادها يثير صعوبة كبيرة وحيث يتعين بيان الدور الذي يقوم به المرشد بصورة دقيقة: هل يتولى قيادة السفينة وإدارة مناوراتها طوال الوقت الذي تتواجد فيه السفينة في منطقة الإرشاد؟ أم على العكس، ينحصر دور المرشد في القيام بدور الناصح أو المستشار للريان بحيث تبقى قيادة السفينة دائماً للريان؟

للإجابة على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول علاقة المرشد بالدولة، وما إذا كان المرشد يعد موظفاً عاماً أم لا، ونتناول في

المطلب الثاني علاقة المرشد بالريان لمعرفة الشخص الذي تثبت له قيادة السفينة أثناء تواجد المرشد على متنها، وما إذا كان هذا الشخص هو الريان أم المرشد.

المطلب الأول

المركز القانوني للمرشد تجاه الدولة

يختلف الرأي حول طبيعة العلاقة التي تربط بين المرشد والدولة فهناك اتجاه في الفقه والقضاء يرى إن المرشد لا يعد موظفا عاما، بينما يرى اتجاه آخر إن المرشد يرتبط بالدولة برابطة الوظيفة العامة، ونعرض لهذين الاتجاهين في مقصدين متتاليين.

المقصد الأول / الاتجاه الذي لا يعتبر المرشد موظف عام:

يذهب جانب من الفقه^(١) إلى إن المرشد لا يعتبر موظفا عاما ويرون انه إذا كانت الدولة تتدخل في تعيين المرشدين وترقيتهم وتأديبهم فذلك يشبه ما هو حاصل من تدخلها في تعيين الملاحين وتنظيم عملهم مدفوعة بذلك بالرغبة في حماية مصالح جديرة بالحماية، دون أن يصل الأمر إلى حد اعتبارهم موظفين عموميين ومن هنا، فإن المرشد لا تربطهم بالدولة رابطة الوظيفة العامة رغم تمتعهم باحتكار مهنة الإرشاد، ورغم خضوعهم لإشراف إداري دقيق من جانب الدولة.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى نفس مذهب إلية الاتجاه السابق، فرفضت الاعتراف للمرشدين بصفة الموظفين العموميين، وقالت انه لا يقدح في ذلك أن الدولة تفرض رسما على السفن التي تدخل الميناء أو تخرج منه مقابل الإرشاد الإجباري، لأن هذا الرسم ليس ضريبة، تتقاضاها الدولة، بل هو رسم تعطيه الدولة لطائفة المرشدين أجرا عن عملهم. وهيئة الإرشاد بالميناء لا تعدو أن تكون جمعية

١. انظر، د. علي جمال الدين عوض، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون

سنة نشر، بند (١٧٧)، ص ٨٦، د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، القاهرة، ١٩٨١، بند (

٢٥٤)، ص ١٩٦، د. سميحة القيلوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، من دون مكان

للنشر، ١٩٨٢، بند (١٨٢)، ص ٢١٠.

أدبية قوامها توزيع العدالة بين أفراد المرشدين وإقامة نوع من المساواة بينهم حتى لا يختص احدهم بأجر اكبر من زميله بمحض الصدفة التي تتيح له إرشاد سفن كبيرة الحمولة، بينما يختص سوء الحظ زميله بإرشاد السفن الصغيرة. فجميع الرسوم التي تحصلها الحكومة تصب في صندوق مشترك يهيئ هذه العدالة^(١). وأضافت محكمة النقض المصرية " أن المرشدين وعمال هيئة البوغاز بالاسكندرية لا يعتبرون موظفين عموميين، ولا تربطهم بالدولة علاقة الوظيفة العامة "، يؤكد ذلك ما ورد في تقرير لجنة مجلس الشيوخ المختصة التي قدمت مشروع القانون رقم (١٣٠) لسنة (١٩٨٤) للمجلس من إن " المشرع لم يشأ أن يدخل المرشدين في طائفة الموظفين العموميين شأنهم في ذلك شأن أصحاب المهن الحرة الأخرى، كالأطباء والمحامين والصيدلة والمحاسبين الذين لا يجوز لهم مباشرة مهنتهم إلا بشروط، خاصة وإن المشرع في هذا المقام إنما يريد أن يوجد لطائفة المرشدين احتكارا واقعياً حتى لا يحترف المهنة غير المرشدين المعترف بهم من الحكومة ".

" وأما قيام الدولة بتحصيل رسوم الإرشاد، فإنما مقرر ذلك لتيسير تحصيلها، وكفالة هذا التحصيل، بدليل إن الدولة تقوم بعد تحصيلها بدفعها لهيئة الإرشاد بعد خصم المصروفات التي أنفقتها، ومن ثم فلا يعتبر المرشد في هيئة البوغاز موظفاً عمومياً، كما إن هذه الهيئة لا تعتبر مؤسسة عامة^(٢).

١. انظر نقض مدني، محكمة النقض المصرية، ١٣ / نوفمبر / ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض س ١٤، ص ١٠٣٩

٢. انظر، نقض مدني، ١٣ / نوفمبر / ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ١٠٣٩، وقد أكدت محكمة النقض المصرية نفس المذهب في حكمها الصادر في ١٦ / يونيو / ١٩٧٠، حيث قالت انه ((ليس في تحصيل الدولة لرسوم الإرشاد المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٨ سالف الذكر ما يجعل للمرشد صفة الموظف العام، بل إن تحصيل رسوم الإرشاد بمعرفة مصلحة الموانئ والمنائر هو إجراء مقرر لتيسير تحصيلها وكفالة هذا التحصيل بدليل أنها، بعد تحصيلها، تدفعها لهيئة الإرشاد، وهي هيئة لها شخصيتها الاعتبارية الخاصة بها (ألغيت فيما بعد بموجب القانون رقم (١١٥) لسنة ١٩٧٤)، وذلك بعد خصم المصروفات التي أنفقتها هذه المصلحة طبقاً لما تقضي به المادة الحادية عشرة من

وفي نفس الاتجاه، ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها صادر في (١٩٧١/١١/١٧) إلى أن هيئة إرشاد البوغاز في ميناء الاسكندرية لا تعتبر مؤسسة عامة، ومرشدوها لا يعتبرون موظفين عموميين، ولا تربطهم بالدولة علاقة الوظيفة العامة.

وقضت المحكمة في هذا الحكم أن مفاد نصوص المادتين (١١،٨) من القانون رقم (١٣٠) لسنة (١٩٤٨) بشأن تنظيم الإرشاد في ميناء الاسكندرية (الذي الغي فيما بعد) والمواد (٩،١٠،١٥) من قرار وزير المواصلات رقم (٢٧) لسنة ١٩٤٨ الصادر طبقاً للمادة (١٥) من ذلك القانون (والذي الغي فيما بعد) وكذلك نصوص اللائحة الداخلية لهيئة إرشاد البوغاز بميناء الإسكندرية الصادر سنة ١٩٥٤ (والتي ألغيت بعد ذلك) إن هيئة الإرشاد بميناء الإسكندرية تتمتع بالشخصية المعنوية، ولها رأس مال يتكون من حصيلة الإرشاد وان لهذه الهيئة على مرشديها سلطة فعلية في رقابتهم وتوجيههم، وإنما توفيهم الأجور المستحقة لهم بما يتوافر معه عناصر التبعية والأجر، وهما الشرطان الأساسيان لعقد العمل ولا يغير من ذلك تدخل مصلحة الموانئ والمنائر في تعيين المرشدين وترقيتهم تأديبهم، لان ذلك من قبيل ما تمارسه الدولة من إشراف على المرافق العامة لحسن تسييرها وضمان انتظامها^(١). فالإشراف يبرره أن المرشد يشارك في تأدية خدمة عامة، هي خدمة إرشاد السفن.

ويترتب على هذا الاتجاه، إن عقد الإرشاد الذي يربط المرشد بالمجهز يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص لا القانون العام (١) وان كان هذا العقد يصطبغ بصبغة تنظيمية واضحة، كما سنرى ذلك في دراستنا لمركز المرشد تجاه المجهز،

القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٨ سالف الذكر، (انظر، نقض مدني، ١٦ / يونية / ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ع (٢)، ص ١٠٥٥).

١. انظر B. Contier, op. cit, p2

وقد رتب القضاء على عدم اعتبار المرشد موظفاً عاماً، أن الدولة لا تعتبر متبوعاً للمرشد، ومن ثم لا تسأل عن أخطائه^(١).

المقصد الثاني

الاتجاه الذي يعتبر المرشد موظف

يعتبر المرشد في بعض القوانين^(٢) ومنها القانون العراقي موظفاً عاماً، والعلة في اعتبار المرشد موظفاً عاماً هي إن الدولة هي التي تقوم بتحصيل رسوم الإرشاد لحساب الخزنة العامة وهي التي تقوم بتعيين المرشدين، وتشتترط حصولهم على مؤهلات معينة، وترقيتهم وترفيعهم وقبول استقالتهم وإحالتهم على التقاعد، كما إن المرشدين يخضعون لإشراف إداري دقيق من قبل الدولة وهي التي تقوم بتأديبهم، فضلاً عن تقرير احتكار مهنة الإرشاد لهم.

إن نصوص القوانين العراقية تؤيد اعتبار المرشد موظفاً عاماً، ونسوق هنا بعض نصوص قانون الخدمة البحرية المدني رقم (٢٠١) لسنة ١٩٧٥ للدلالة على ذلك، فالمادة الأولى منه نصت على أن تسري أحكام هذا القانون على جميع العاملين في الوحدات البحرية المدنية التي تمتلكها أو تستأجرها أو تديرها أي مؤسسة حكومية من ريانية وضباط ومهندسين وبحارة وغيرهم ممن يعملون في الخدمة البحرية المدنية الواردة (عناوينهم الوظيفية) في الجداول الملحق بهذا القانون. وقد جاء الجدول رقم (١) الملحق بهذا القانون تحت عنوان (وظائف الضباط البحريين) وقد ورد في الفقرات (١٨،٢٣،٣٤) من هذا الجدول الدرجات والعناوين (الوظيفية) للمرشدين البحريين، مما يدل وبصورة واضحة على أن المشرع ينظر إلى المرشدين على أنهم موظفين عموميين.

١. انظر trib. Gr. Inst. Casablanca, 7dec. 1933. t. 12. P424 نقلا عن د. عبد

الفضيل محمد احمد، الإرشاد البحري، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ١٩٨٧، بند (٩٢)، ص٦٦.

٢. القانون البحري البلجيكي والألماني والهولندي، نقلا عن د. أحمد عبد الهادي القانون البحري، ج١، من دون ناشر، من دون مكان نشر، ١٩٤٦، بند (٤٦٢) ص١٥٣.

ومن شروط شغل (الوظيفة) - أي التعيين - لأول مرة أن يكون طالب التعيين عراقياً وأكمل سن السادسة عشرة من العمر وناجحاً في الفحص الطبي وخالياً من الأمراض السارية والمعدية ومن العاهات الجسمية والعقلية التي تمنعه من القيام بالوظيفة المعين لها بموجب قرار صادر من السلطة الطبية المختصة، وان لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة مخلة بالشرف وان يكون حائزاً على شهادة دراسية أو مهنية تعترف بها لجنة تعادل الشهادات المؤلفة بموجب هذا القانون أو حائزاً على المؤهلات التي يشترطها هذا القانون المنصوص عليها في المواد (٢٣-٣٨) وان يكون أكمل الخدمة العسكرية الإلزامية، أو كان مؤجلاً أو معفراً منها، إذا كان قد أكمل التاسعة عشرة من عمره.

ووفقاً للفقرات (١٨،٢٣،٣٤) من الجداول رقم (١) الملحق بهذا القانون يكون التعيين في (وظائف).

المرشدون في درجات ثلاث: ١- مرشد أول ٢- مرشد ثاني ٣- مرشد ثالث. وفقاً للمادة (٢٥) يشترط في من (يعين بوظيفة) مرشد بحري أو أن يكون حائزاً على شهادة ضابط بحري (أعالي البحار) أو شهادة مرشد بحري درجة أولى من كلية أو معهد أو مدرسة معترف بها ولديه خبرة وممارسة عملية تؤهله لإشغال هذه (الوظيفة). وطبقاً للمادة (٢٨) يشترط في من (يعين بوظيفة) دليل بحري (مرشد بحري) في الأصناف المختلفة للإدلاء (المرشدين)، أن يكون حائزاً على شهادة دليل (مرشد) بحري من الدرجة التي تتفق وصنف (الوظيفة) التي (يعين) فيها أو يرفع إليها.

ووفقاً للمادة (١/١٦) يكون المرشد عند أول (تعيينه) تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعلية ويجب تثبيته في (وظيفته) بعد انتهائها إذا ثبتت كفاءته، وإلا فيجوز للشركة - أي شركة موانئ العراق - أن تمدد تجربته ستة اشهر أخرى.

وبموجب الفقرة (٢) من المادة (١٦) يجوز للشركة أن تستغني عن خدمات المرشد في أي وقت خلال فترة التجربة إذا ثبت لها انه لا يصلح للعمل

المعين فيه، ويحق للمرشد في هذه الحالة أن يعترض على ذلك لدى مجلس إدارة الشركة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بقرار الاستغناء عن خدماته.

وقد جاء الفصل الثاني من هذا القانون تحت عنوان (الدرجات - أي الدرجات الوظيفية - والرواتب) أما في الفصل الرابع، المعنون بالترفيه فقد أشارت المادة (٢٠) إلى عمل المرشد بأنه (وظيفة).

ومن استقراء نصوص هذا الفصل يتضح أن المشرع يستخدم مصطلح (راتب) و (رواتب) بدلاً من مصطلح (اجر) و (أجور) للدلالة على ما يحصل عليه المرشدون مقابل أدائهم لمهام الإرشاد وهو ما يكشف عن أن المشرع ينظر إلى المرشدين باعتبارهم موظفين عموميين.

ومن الفصل العاشر المخصص للتحقيق مع المرشدين وتأديبهم انضباطياً نشير إلى المادة (٧٣) التي تجيز توقيع العقوبات الانضباطية على المرشد إذا ارتكب فعلاً يعد خروجاً على مقتضى الواجب في أعمال (وظيفته). وتتص المادة (٧٨) على سريان أحكام قانون انضباط موظفي الدولة على المرشدين في الأمور غير المنصوص عليها في هذا القانون. وأخيراً نشير إلى المادة (٧٣) بفقراتها العشرة التي تعدد الجرائم الانضباطية والعقوبات التي تترتب على ارتكابها والتي من الممكن أن توقع على المرشدين والتي تتمثل حسب نوع الجريمة - في (قطع الراتب) و (الحجز على متن السفينة) و (تنزيل الدرجة) و (الفصل أو العزل من الوظيفة).

والأبلغ في الدلالة على أن المرشد يعد موظفاً عاماً هو أن المشرع العراقي في قانون الخدمة البحرية المدني لا يجيز مزاوله مهنة الإرشاد في الموانئ العراقية إلا للعاملين في الشركة العامة لموانئ العراق، ومعلوم أن هذه الشركة حكومية وكل العاملين فيها يعدون من الموظفين العموميين، فضلاً عن ذلك أن قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥ والتعليمات الصادرة بموجبه تبين بوضوح أن القيام بعمليات القطر والإرشاد هي حصراً من اختصاص الشركة العامة لموانئ العراق ومن المعلوم أن العاملين في هذه الشركة هم موظفون عموميون لأنهم يعملون في شخص معنوي عام.

المطلب الثاني

المركز القانوني للمرشد تجاه ريان السفينة

المسألة محل البحث هنا هي بيان حدود العلاقة التي تربط ريان السفينة بالمرشد أثناء تواجد هذا الأخير على متنها بقصد إرشادها، فمذ اللحظة التي يستجيب فيها المرشد لطلب الريان بالإرشاد، يطلب المرشد من الريان معلومات وبيانات تتعلق بالسفينة وأبعادها وعمقها وحمولتها وبعض البيانات والمعلومات الفنية المتعلقة بإمكانيات السفينة الملاحية. وبعد قيام الريان بتقديم هذه البيانات للمرشد، يلزم بيان الدور الذي يقوم به المرشد بالضبط: هل يتولى قيادة السفينة وبالتالي يسيطر على الأموال والأشخاص الموجودة على متنها، ويتولى إدارة مناورات السفينة طوال الوقت الذي تتواجد فيه السفينة في منطقة الإرشاد وحتى تنتهي عملية الإرشاد بدخول السفينة الرصيف أو بتجاوز حدود منطقة الإرشاد بحسب ما إذا كانت السفينة داخلة إلى الميناء أم خارجة منه؟ أم على العكس، ينحصر دور المرشد في القيام بدور الناصح أو المستشار للريان، يتولى فقط تقديم البيانات والمعلومات عن ظروف الملاحة في منطقة الإرشاد والعوائق الطبيعية والصناعية الموجودة فيها، بحيث تبقى قيادة السفينة دائماً للريان؟

لم تكن الإجابة على هذا السؤال واحدة فقد مر الفقه والقضاء والتشريع بتطور طويل، حيث سادت في البداية نظرية تخلي الريان عن السفينة للمرشد بحيث كان المرشد هو القائد الأعلى للسفينة أثناء فترة الإرشاد، حيث كان ينكمش دور الريان وتتخسر سلطاته في الوظائف التجارية دون الملاحية^(١). وقد اختفت هذه النظرية في غالبية النظم الحالية وحلت محلها نظرية عدم تخلي الريان عن سفينته للمرشد وتحول المرشد إلى مجرد مستشار الريان^(٢) وهناك نظرية ثالثة حاولت التوفيق بين النظريتين السابقتين، ونعرض في مطالب ثلاثة للنظريات السابقة، فنخصص المطلب الأول لنظرية تخلي الريان عن قيادة السفينة للمرشد، ونخصص المطلب الثاني

١. انظر Levillain, not sous Trib. Correct. Pont L, Eveque, 28

mail879.D.1881.11.169

٢. انظر B. Gontier, op.cit. p232

لنظرية اعتبار المرشد مجرد مستشار للريان، ونخصص المطلب الثالث لنظرية التوفيق بين سلطات الريان والمرشد ونعرض في المطلب الرابع لتقويم النظريات السابقة.

تخلي الريان عن قيادة السفينة للمرشد

كانت النظرية القديمة ترى أن الريان، عند حضور المرشد يتخلى عن قيادة السفينة، تاركاً ذلك المرشد الذي يتولى هذه القيادة بصفة وقتية، فالقيادة تثبت للمرشد وحده، والريان يخضع للمرشد، شأنه في ذلك شأن باقي أفراد الطاقم والمسافرين، حيث تنحصر سلطاته في الوظائف التجارية دون الملاحية. وقد قدم أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم السيد ليفيلان العديد من الأسانيد^(١). لعل من أهمها ما يأتي:

- هناك نصوص قديمة تعطي قيادة السفينة للمرشد، ومن هذه النصوص، قواعد (اورليون) حيث كانت المادة (٢٤) منها تنص على انه ابتداء من اللحظة التي تصل فيها السفينة إلى ميناء الوصول، يقع على الريان واجب اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحماية البضاعة من أية إضرار. وبفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة، أن المرشد وليس الريان قبل وصول السفينة إلى الميناء هو الذي يقع عليه مسؤولية حماية البضاعة، وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان هو الذي يتولى قيادة عمليات السفينة الملاحية، ومن ثم يكون منطقياً اعتباره المسؤول عن أية أضرار تلحق بالبضاعة. فالريان هو المسؤول عن سلامة البضاعة طوال الرحلة فيما عدا الجزء من الرحلة الذي يتواجد فيه المرشد على متن السفينة. وقد وجدت نصوص تعطي نفس المعنى في مجموعة قضاء (دام) ومجموعة قوانين (وستكابل)، حيث كان يشار في هذه النصوص إلى المرشد باعتباره قائد السفينة، ومن هنا كانت هذه المجموعات تلقي على عاتق المرشد واجب اتخاذ الاحتياطات اللازمة لإيصال السفينة إلى الميناء سالمة.

١. انظر Levillain.op.cit.11,169

وانظر كذلك د. عبد الفضيل محمد احمد - المرجع السابق - ص ٨١.

- إن الريان مهما كان كفؤاً إلا أن ذلك لا يؤثر في أهمية دور المرشد باعتباره
أقدر من الريان على التعرف على الظروف المحلية في الميناء الذي يعمل
فيه، ومن ثم يقوم بقيادة السفينة عند دخولها الميناء أو خروجها منه.
- ومن الناحية المنطقية، إن الشخص الذي يستدعي شخصاً آخر، في ظروف
معينة ويطلب تدخله، إنما يفعل ذلك لأنه يعلم ويعترف بتفوق هذا الشخص
الآخر من بعض الوجوه عليه، ومن ثم يسلمه القيادة مؤقتاً بحيث يكون له أن
يتخذ القرارات التي يقتضيها الموقف، فقبول الريان تدخل المرشد يعني اعترافاً
من جانبه بجهله أو على الأقل بعدم معرفته التامة وعدم إلمامه الكافي
بظروف الساحل أو الميناء الذي يتواجد بالقرب منه أو فيه، ومن ثم، كيف
يمكن الزعم بأن هذا الريان يسيطر على أعمال مرشده؟ خاصة وأنه لا يمكن
أن يتواجد على ظهر السفينة إلا قائد واحد، وهذا القائد لا يمكن أن يكون إلا
المرشد.

- لا يصح تشبيه دور المرشد بالدليل أو بسلاح الاستطلاع في الحرب، لأنه إذا
كان دور الدليل في الحروب يقتصر على تقديم المعلومات عن الطريق واجب
الأتباع دون أن يجعل ذلك منه قائداً للجيش، فإن الأمر بالنسبة للمرشد
يختلف، فالمرشد هو الذي يحدد خط السير الواجب إتباعه، والسرعة المناسبة،
ويتولى إدارة مناورات السفينة بنفسه، وهو مالا يتيسر إلا إذا عدَّ قائداً للسفينة.

المقصد الثاني

المرشد هو مجرد مستشار للريان^(١)

١. انظر، د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري الليبي، المكتب المصري الحديث للطباعة
والنشر، الإسكندرية ١٩٧٠، ص ٥١١، د. رفعت فخري أبادير، دروس في القانون البحري، دار

ينظر في الوقت الحاضر إلى المرشد باعتباره مجرد دليل يقدم النصح والمشورة والرأي لريان السفينة أثناء تواجدها في منطقة الإرشاد الإجباري على أساس أن المرشد لديه معلومات دقيقة ومفصلة عن العمق والتيارات وعوائق الملاحة المحلية وظروف الميناء واتجاهات السير فيه.

ويترتب على هذه النظرية الاعتراف للريان بكامل السيادة على السفينة بحيث يتعين على الريان أن يعمل على التزام أفراد الطاقم بإرشادات المرشد، لان الفرض أن أفراد الطاقم يأتزمون بأوامر الريان لا المرشد، وعلى الريان أن يراقب المرشد وهو يدير مناورات السفينة ويلاحظ سلوكه، فالمرشد والحال كذلك، هو مجرد دليل لا يحل محل الريان في قيادة السفينة، ولذلك على الريان أن يتواجد دائماً على متن السفينة، لان وجود المرشد ليس من شأنه أن يعفيه من مسؤولياته كما لا تتأثر سلطاته بوجوده، ومن هنا إذا تخلى الريان عن قيادة السفينة للمرشد فانه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تقع أثناء تولي المرشد القيادة، لان هذا التخلي يعتبر خطأ صادراً عن الريان بحيث تقوم مسؤوليته ما لم يثبت انتفاء علاقة السببية بين تخليه عن القيادة للمرشد والأضرار.

وقد ذهب القضاء المصري المختلط إلى انه سواء أكان الإرشاد إجبارياً أم اختيارياً، الأصل انه منذ اللحظة التي يصعد فيها المرشد إلى السفينة يصبح كأحد أفراد الطاقم ويكون مكلفاً بالإرشاد عن الطريق واجب الإلتباع، ويحتفظ الريان بكافة

الفكر العربي، ١٩٧٤، بند (١٢٧)، ص ٢٠٨، د. يوسف يعقوب صرخوه، المرجع السابق، ص ٢٦٨، د. هاشم رمضان الجزائري، علاقة ريان السفينة ومرشدها بالمجهاز والشاحنون، مطبعة دار الحكمة، البصرة ١٩٨٦، ص ٢٦٩، د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٦، بند (٢١٠) ص ١٧٥، د. هاني دويدار، المرجع السابق ص ١٢٥، د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، بند (١٧٩)، ص ٢١٨، وانظر كذلك، Scrutton, on charter parties and Bills of Lading, 10th.ed.London 1974, P.267, James Kent, Commentaries, On American Law, 3d.ed.Vol.3, P.176

سلطاته، ويبقى هذا الأخير (الريان) هو المسؤول الوحيد عن استخدام هذه السلطات ونتائج المناورات^(١).

وقد قدم أنصار هذه النظرية العديد من الأسانيد:-

- الالتزام بالإرشاد في القانون الفرنسي له مدلول خاص، يقصد به التزام الريان بدفع مقابل الإرشاد ولو لم يستعن بخدمات المرشد فعلاً، فالريان يملك حرية الاستعانة بالمرشد أو رفض الخدمة، كل ما هناك انه يلتزم في جميع الأحوال بدفع مقابل الإرشاد. ومادام الريان حراً، فانه لا يتصور أن يقبل بمحض إرادته التنازل عن سلطاته في القيادة لشخص آخر يملك أن يستغني عنه.

- وحتى مع التسليم بان الريان يتخلى عن القيادة للمرشد، فماذا يفعل الريان أثناء فترة الإرشاد؟ هل يترك غرقة القيادة ليستلقي على سريريه ليطلع الصحف مثلاً دون أن يشغل نفسه مطلقاً بمناورات السفينة؟! الإجابة بالإيجاب وفقاً - لهذا الاتجاه - غير مقبولة لأن الريان يبقى، في كل الأحوال، قائداً للسفينة شأنه في ذلك شأن القائد العسكري الذي يستعين بإرشادات من يكون في مقدورهم تقديم النصح والمشورة له، بحيث يبقى هؤلاء جميعاً مجرد مساعدين لا تتأثر سلطات القائد بوجودهم، بل يكون مسؤولاً عن أفعالهم ويخضعون لإشرافه.

- وفوق ذلك، الريان ممثل عن المجهز على متن السفينة، وهو موضع ثقته الذي يصعب معه تصور أن يتقبل المجهز فكرة تخلي الريان عن قيادة السفينة ولو مؤقتاً لأي شخص آخر حتى لو كان المرشد.

- وهذه النظرية يسندها القانون الوضعي على النحو الذي يستخلص بوضوح من مطالعة نص المادة (٢٨٦) من القانون البحري المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠.

ويمكن أن يعتبر أساساً لهذه النظرية في القانون العراقي المادة (٦٩) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة (١٩٩٨) التي تنص على أنه "

١. انظر، قرار محكمة الاستئناف المختلطة، ٢٢ / أبريل، ١٩٨١، بلتان، س٣، ص١١٣، نقلاً

عن د. عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص٨٢.

تبقى قيادة السفينة وإدارتها للريان أثناء قيام المرشد بعملية الإرشاد "، وهو نص بالغ الدلالة يكاد يكون صيغ فقط لمجرد إنكار نظرية تخلي الريان عن القيادة للمرشد أثناء فترة الإرشاد.

المقصد الثالث: النظرية المختلطة

وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه لا يجب الانحياز المطلق لأي من النظريتين السابقتين بل يمكن التوفيق والجمع بينهما، لأن الاعتراف لريان السفينة بالقيادة ليس من شأنه النزول بالمرشد إلى مرتبة ثانية، بحيث يعد مستشاراً أو ناصحاً، فكل من الريان والمرشد يؤدي دوراً متميزاً عن دور الآخر. فالريان مسؤول عن حفظ الأمن والنظام على متن السفينة وكفالة التزام أفراد الطاقم بما يصدره من أوامر وتعليمات أما المرشد فانه يتولى قيادة السفينة فعلاً أثناء فترة الإرشاد ويحق له إصدار الأوامر إلى أفراد الطاقم وعليهم تنفيذها ولكن من خلال الريان.

وطبقاً لهذا الرأي يمكن التمييز بين نطاق مسؤولية كل من الريان والمرشد: فإذا كان الحادث قد نجم عن بطئ أفراد الطاقم أو عمل من أعمال عدم الانضباط أو التمرد أو العصيان من جانبهم أو نقص الاحتياط والحذر والانتباه الواجب، فإن الخطأ يعتبر صادراً عن الريان، لأن وجود المرشد ليس من شأنه إعفاؤه من مباشرة رقابته وسلطاته على أفراد الطاقم كما لو كان هو الوحيد على متن السفينة، وكما لو لم يكن هناك مرشد، ويعتبر الريان مخطئاً أيضاً إذا كان المرشد سكراناً بصورة ظاهرة، لأن الاحتياط الواجب يمنع الريان من أن يعهد بقيادة السفينة لشخص غير قادر على القيام بواجباته، وتقوم مسؤولية الريان أيضاً إذا كان الخطر الذي يسبب الضرر ظاهراً وأهمل الريان تنبيه المرشد، لأن وجود المرشد ليس من شأنه إعفاء الريان من مراقبة الطريق الذي تسلكه السفينة.

وعلى العكس، إذا كان الحادث قد نجم عن خطأ شخصي أمكن إسناده إلى المرشد ولم يكن باستطاعة الريان، رغم تبصره إن يحول دون وقوعه، فإن المسؤولية تقع على عاتق المرشد.

المقصد الرابع: تقويم النظريات السابقة

وإذا كان لنا من تعقيب عل النظريات السابقة، فإننا نرى أن الاعتراف للربان بالقيادة دائماًحتى عند وجود المرشد، لا يقلل من دور المرشد، فالمرشد في الحقيقة، وان كان ينظر إليه على انه مجرد مستشار، إلا انه عملاً لا يقتصر على مجرد تقديم النصيحة والرأي والبيان كما يدعي الفقه والقضاء والمشرع أحياناً، بل يحل محل الربان فعلاً في إدارة مناورات السفينة، وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا كان من الناحية النظرية، الربان هو الذي يتولى قيادة السفينة وهي داخل منطقة الإرشاد، فان المرشد من الناحية الفعلية يتولى القيادة^(١)، ومع ذلك، فان التشريع والقضاء لم يصل إلى التسليم بهذه الحقيقة التي يعرفها العمل، ومازال يعتبر الربان الذي يخول قيادة السفينة للمرشد مخطأ.

١. وهذا ما أكدته لنا المرشدون العاملون في الشركة العامة لموانئ العراق عند لقاءنا بهم.

المبحث الثاني

المركز القانوني للمرشد تجاه المجهز

بعد ان انتهينا من بيان علاقة المرشد بالدولة، ثم علاقته بربان السفينة التي يقوم بإرشادها، على النحو الذي عرضناه مفصلاً في المبحث السابق، تأتي لحظة دراسة العلاقة التي تربط المرشد بمجهز السفينة التي تم إرشادها. وتنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، طبيعة العلاقة التي تربط المرشد بالمجهز، وفي المطلب الثاني، التزامات كل من المرشد والمجهز.

المطلب الأول

طبيعة العلاقة التي تربط المرشد بالمجهز

يختلف الرأي حول طبيعة العلاقة التي تربط بين المرشد والمجهز فهناك اتجاه في الفقه يرى أن هناك عقداً يربط بينهما هو عقد الإرشاد والذي يبرمه الربان لحساب المجهز. والبعض من الفقه ينكر وجود رابطة عقدية بين المرشد والمجهز، بل يرى أن علاقتهما تنظيمية لا اثر للعقد فيها. ونعرض لهذين الاتجاهين في مقصدين متتالين.

المقصد الأول

الاتجاه القائل بوجود علاقة عقدية بين المرشد والمجهز

يذهب اتجاه في الفقه والقضاء إلى أن المرشد يرتبط بالمجهز بعقد إرشاد، بيد أن الفقه اختلف في تحديد طبيعة هذا العقد، ومن هنا، فإننا نعرض أولاً، لعقد الإرشاد، وثانياً لطبيعة هذا العقد.

أولاً: - عقد الإرشاد:

يرى الاتجاه التقليدي في الفقه إن المرشد يرتبط بالمجهز، بواسطة الربان، بعقد من عقود القانون الخاص، وهو عقد قصير المدة، ذو طبيعة مؤقتة، يلتزم بمقتضاه المرشد بتقديم المعونة الفنية

للريان نظير دفع مقابل الإرشاد الذي تستقل اللوائح بتحديد^(١).

- كيفية انعقاد العقد:-

يصدر الإيجاب في هذا العقد عن الريان، حيث يلتزم عند دخوله منطقة الإرشاد، بأن يرفع على سارية السفينة الإشارة الخاصة بطلب المرشد، ويلتزم المرشد بأن يجيب طلب السفينة بمجرد رؤيته الإشارة المذكورة، وعندئذ يصدر قبوله، مالم يتم الاتصال باللاسلكي، أو بأي طريق آخر، وعندئذ يعتبر العقد قد تم عند لحظة تلقي الطلب، إذ يتصل الريان بالمرشد بأية وسيلة تفيد طلب الإرشاد، ويعطي المرشد موافقته، عندئذ يعتبر القبول قد صدر، والعقد قد انعقد^(٢). أما إذا كانت السفينة تقصد مغادرة الميناء، فإن طلب المرشد لا يتم عن طريق الإشارة الخاصة، بل عن طريق طلب كتابي من جانب الريان الذي يتوجه إلى مركز الإرشاد ويحدد ميعاد المغادرة.

والأصل أن صدور الإيجاب إلزامي بالنسبة للريان، بحكم أن الإرشاد إجباري سواء أكانت السفينة وطنية أم أجنبية، والقبول الصادر عن المرشد إلزامي كذلك لأنه لا يستطيع أن يمتنع عن الإرشاد كقاعدة^(٣).

وقد يكون الإيجاب والقبول مفترضين. ويتحقق ذلك متى وقعت السفينة في خطر، لأن تدخل المرشد هنا يكون نافعا لها، بل قد يكون ضرورياً لإنقاذها، ومن ثم فلا يكون من المعقول أن يتوقف تدخل المرشد على طلب الريان لتدخله، خاصة وأنه قد تكون السفينة في حالة يعجز معها الريان عن طلب تدخل المرشد.

-
١. انظر، د. طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٧٥. د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، بند (٩٦)، ص ١١٤، د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري ١٩٩٦، المرجع السابق، بند (٢٠٩) ص ١٧٤، د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣ ص ٥٧١، د. هاشم رمضان الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٦٩.
 ٢. انظر، د. علي البارودي، المرجع السابق، بند (٩٦)، ص ١١٤.
 ٣. انظر، د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، بند (١٣٥)، ص ١٧٥.

- خصائص عقد الإرشاد:-

لعقد الإرشاد، متى تم التسليم بذلك، خصائص تميزه هي:-
- إن عقد الإرشاد من عقود الملاحة البحرية المساندة أو المكملة^(١)، باعتبار أن القصد منه هو تسهيل الرحلة البحرية التي تقوم بها السفينة، فدخول السفن إلى الموانئ والمرافئ وخروجها منها أو تحركها فيها، يستدعي في كثير من الأحيان الاستعانة بخدمات أشخاص لديهم خبرة ومنهم المرشدون.

- إن عقد الإرشاد من العقود الملزمة لجانبين، لأنه يرتب التزامات في ذمة كل من طرفيه.

- إن عقد الإرشاد من العقود الرضائية، ومحل التزام المرشد بتقديم خبرته للريان مقابل دفع الریان لبدل الإرشاد^(٢).

- إن عقد الإرشاد يعتبر من عقود الاستشارة أو النصيحة أو الخبرة، والتي تتميز بالتزام أحد عاقيدها بتقديم خدمات فنية للعاقد الآخر.

ج- الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الرأي^(٣)

يرى هذا الرأي أن الإرشاد يستند إلى عقد بالمعنى المعروف للعقد وذلك للأسباب الآتية:-

-
١. انظر، د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري ١٩٩٣، بند (٥٧٦) ص ٥٧١، د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، بند (١٧٨) ص ٢١٧.
 ٢. انظر، د. علي حسن يونس، العقود البحرية، من دون ناشر ومن دون مكان نشر، ١٩٧٨، بند (٢٢٩) ص ٢٢٥.
 ٣. أنظر في بيان هذه الحجج - د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري ١٩٩٣، المرجع السابق، بند (٥٨٣) ص ٥٧٨، ٥٧٧، ٥٧٦، د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ١٧٦.

- لا شبهة في إن الإرشاد الاختياري يستند إلى عقد لا يبرم إلا بإيجاب من السفينة وقبول من المرشد، ولا يقدح في وجود العقد إن المشرع يحدد مقابل خدمة الإرشاد، لان تحديد المقابل بواسطة القانون أو بواسطة الشخص الذي يتولى إدارة مرفق عام أو بواسطة شخص من أشخاص القانون الخاص كشرركات النقل البري والبحري والجوي أمر شائع ولكنه لا ينفي صفة العقد عن اتفاق الأطراف.

- أما الإرشاد الإجباري فانه لا ينفي بدوره فكرة العقد، لان الإلزام بالتعاقد أمر شائع في القانون بالتعاقد معهم مثل التعاقد مع متعهدي البريد والهاتف والكهرباء والسكك الحديدية. ففي الأمثلة المتقدمة، ينفرد المشرع أو إدارة المرفق العام أو الخاص، بتحديد الثمن فيها من دون أن ينفي هذا صفة العقد عن الاتفاقات المعقودة معهم وان تحديد المشرع للشروط اللازمة فيمن يمارسون مهنة الإرشاد، لا يختلف عن تحديد الشروط اللازمة في من يباشرون المهن الحرة كالأطباء والمحامين، دون أن يفكر احد في إنكار صفة العقد على الاتفاقات التي يبرمها الأطباء مع مرضاهم أو المحامون مع موكلهم.

وما ذلك كله إلا تعبير عن حقائق ثابتة في المجتمع الحديث، فالعقد واقعة اجتماعية واقتصادية تتجاوز نتائجها حدود أطرافه، وان السلطة العامة لا يمكن أن تقف موقف المتفرج فيما يخص تنظيم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، بل لابد لها أن تمارس عليها نوعاً من التنظيم والرقابة، وان مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة المطلقين لم يعرفهما أي قانون وضعي، ويكفي للتدليل على ذلك أن كل المجتمعات الإنسانية عرفت بصورة أو بأخرى المبدأ الأساسي الذي يقضي بأنه (لا التزام بمستحيل).

ومما تقدم يخلص هذا الاتجاه الفقهي إلى إن الارشاد، إجباريا كان أو اختيارياً، يستند إلى عقد يبرم بإيجاب من السفينة وقبول من المرشد.

ثانياً: طبيعة عقد الإرشاد:-

تردد الفقه والقضاء بين تكييفين لعلاقة المرشد بمجهز السفينة، فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار العلاقة (عقد عمل)، وذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبارها عقد مقاوله، ونعرض لهذين الاتجاهين على التوالي:-

- **الإرشاد عقد عمل:-** يرى أنصار هذا الرأي^(١) وجود عقد عمل مؤقت يقوم بين المرشد والربان بوصفه نائباً عن المجهز، يلتزم بمقتضاه الأول بالتوجيه الفني للسفينة عند دخولها إلى الميناء أو عند خروجها منه أو عند تحركها فيه، ويلتزم بمقتضاه الثاني بدفع مقابل الإرشاد الذي تحدده اللوائح، فالعقد الذي يربط المرشد بالمجهز هو عقد عمل يرتبط فيه المرشد برابطة تبعية بالمجهز الذي يصبح متبوعاً له أثناء تواجد المرشد على ظهر السفينة.
- **الإرشاد عقد مقاوله^(٢):-** يرى جانب من الفقه إن الصحيح، أن عقد الإرشاد ليس عقد عمل، بل عقد مقاوله من نوع خاص، يمكن تقريبه من العقد الذي يربط بين الخبير والعميل، وأساس ذلك، أن المرشد وإن كان يلتزم بان يضع نشاطه وخبرته تحت تصرف المجهز، إلا أنه، مع ذلك، يحتفظ باستقلاله، فالمرشد لا يعمل تحت سيطرة المجهز ولا يتبعه، لأن هذا الأخير لا يصدر إليه عن طريق الربان أية أوامر، فالمرشد هو الوحيد الذي يقرر ماذا يفعل لإرشاد السفينة، ويترتب على هذا الرأي نفي علاقة التبعية بين المرشد والمجهز.

١. انظر، د. احمد عبد الهادي، المرجع السابق، بند (٤٦٥) ص ٤٣٥، د. علي البارودي، المرجع السابق، بند (٩٣) ص ١١١، د. مصطفى كمال طه، القانون البحري ١٩٨١، المرجع السابق، بند (٢٥٥)، ص ١٩٦، نقض مدني ١٦ / يونية ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١، العدد (٢).

٢. انظر في عرض هذا الرأي، د. بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص ١٣٧، د. عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، بند (١٢٥)، ص ٩١.

المقصد الثاني: الاتجاه القائل بوجود علاقة تنظيمية بين المرشد والمجهز^(١).

إذا كان الاتجاه الاول يرى في عملية الإرشاد عقداً على النحو الذي عرضناه، فإن الاتجاه الآخر من الفقه يعتقد أن المرشد لا يرتبط بالمجهز بأدنى رابطة عقدية، بل يقوم المرشد بمهمة الإرشاد بناء على تنظيم قانوني للإرشاد، فالقانون لا العقد هو أساس ومصدر علاقة المرشد بالمجهز والالتزامات التي تقع على كل منهما: فلا يوجد عقد لأنه لا توجد أركان العقد: فالرضا مفتقد وهو ركن لأي عقد لان الربان ليس حراً في الاستعانة وعدم الاستعانة بالمرشد، ولا في اختيار مرشد بعينه، والمرشد، بدوره ليس حراً في إرشاد السفينة أو عدم إرشادها، بل هو يؤدي عمله حسب دوره في الخدمة دون أن يختار السفينة، ودون أن يملك إرشادها من عدمه. ومقابل الإرشاد لا يخضع تقديره لاتفاق الطرفين بل تتولى القوانين والتعليمات تحديده، بل وأكثر من ذلك، فإن هذا المقابل يذهب إلى خزنة الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي يتولى إدارة الميناء في بعض الدول ومنها العراق.

وإذا كان لنا رأي، فإن الصفة القانونية أو النظامية للإرشاد واضحة لان الأمر يتعلق بالتزام مفروض يقع على عاتق الطرفين مما يجعل القول بان عملية الإرشاد ترتكز على علاقة عقدية يصدر فيها الإيجاب عن ربان السفينة، والقبول من المرشد، قولاً يصعب قبوله، وإذا كان صحيحاً إن الإلزام بالتعاقد شائع في كثير من العقود وعلى الأخص تلك العقود التي يبرمها الجمهور مع أشخاص يلزمهم القانون بالبيع أو تقديم الخدمة كمتعهد النقل، فإن هذا يتجاهل أن طالب البيع أو طالب الخدمة من المرفق العام يقبل بإرادته الحرة رغباً في التعاقد للحصول على الكهرباء أو الخدمة الهاتفية أو البريدية أو تزويده بالماء أو الغاز، حقاً انه لا يمكن مساومة الشروط، ولكن هذا يدخل العقد في زمرة عقود الإذعان ولا يؤدي إلى نفي حقيقة وجود إرادتين

١. انظر، د. عبد الحميد الشواربي، قانون التجارة البحرية رقم (٨) لسنة ١٩٩٠ والقوانين المكملة له ، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ٥٢٢، د. محمد مختار احمد بريري، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩، بند (٥٠٧) ص ٤٩٠ وما بعدها، د. رفعت فخري أبادير، المرجع السابق، ص ٢١٢، وراجع كذلك في عرض هذا الرأي، د. هاشم رمضان الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

حرتين تلاقيا على مبدأ التعاقد ويختلف الأمر في حالة الإرشاد، فطالب الإرشاد ليس حراً في أن يطلب الخدمة أو لا يطلبها إما طالب خدمات المرافق العامة في الصور السابقة فحريته ليست معدومة وله قدر من الاختيار ولو من الناحية النظرية. ولا شك أن جوهر فكرة العقد هو التلاقي الحر بين الإيجاب والقبول، ودور السلطة العامة في تنظيم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية يقف في تصورنا عند الحماية ومنع الاستغلال في حالة اختلال المراكز الاقتصادية للأطراف، أما القول بأن السلطات العامة لا تقف موقف المتفرج ولا بد أن تمارس نوعاً من الرقابة لأن ((العقد)) واقعة اجتماعية واقتصادية تتجاوز نتائجها حدود إطرافه، فانه قول مقبول، وإذا وجدت مبررات بالنسبة لنوع معين من العلاقات الاقتصادية والاجتماعية فللدولة أن تتدخل لحماية المصالح العامة وتضع القواعد والأنظمة الكفيلة بذلك ولكنه لا يصح الاستمرار في ادعاء وجود ((عقد)) أو علاقات عقدية وإنما ينتقل الأمر إلى أعمال ((شرطية)) تؤدي إلى (مراكز نظامية) وإلا فإن القول ببقاء العقد ومبدأ سلطان الإرادة يعد تشويهاً لهذه المبادئ إذا بلغ الأمر حد إعدام هذه الإرادة وهو ما نجده في الإرشاد حيث يتعلق الأمر بنظام فرضه المشرع يعمل بمجرد توافر الحالات التي حددها المشرع، وما طلب الإرشاد إلا (شرط) لتحريك آليات النظام القانوني للإرشاد.

أما في العراق فإن المرشد يعتبر موظفاً عاماً، وخدمة الإرشاد التي يؤديها تعتبر من واجبات وظيفته، التي يتقاضى عليها راتباً شهرياً من خزانة الدولة، وينظر إلى مقابل الإرشاد على أنه رسم، يذهب إلى خزانة الدولة ورسم الإرشاد لا شأن للمرشد به ويستوي أن يكون صغيراً أو كبيراً، ويستوي أن تدفعه السفينة أم لا، لأن المرشد لا ينال شيئاً منه بل ولا يهمه أن يعرف قدر الرسم ومصيره، فالرسم ليس أجراً للمرشد، ومصدره القانون لا العقد.

وصفوة القول إننا نرى أن الإرشاد في القانون العراقي ذو صبغة تنظيمية، ولا شك إن المشرع العراقي كان مدركاً لهذه الحقيقة فهو لم يضيف وصف (عقد) على عملية الإرشاد في أي نص من نصوصه ولم يستخدم أي لفظ آخر يدل على وجود رابطة عقدية بين المجهز والمرشد في حين استخدم لفظ (الإيجار) عند

معالجته لعملية القطر في المادة (١١٤) من تعليمات الموانئ واعتبر العلاقة التي تربط سلطة أو إدارة الميناء بمجهز السفينة هي عقد إيجار.

المطلب الثاني

التزامات المرشد والمجهز

إن العلاقة التي تنشأ بين المرشد ومجهز السفينة أيا كانت طبيعة هذه العلاقة عقدية كانت أو تنظيمية - يترتب عليها التزامات في ذمة كل منهما، وسنعرض للالتزامات المرشد في مقصد أول، ثم التزامات المجهز في مقصد ثان.

المقصد الأول

التزامات المرشد^(١)

إن التزامات المرشد كثيرة ولكن يمكن إدراجها تحت التزامين رئيسيين هما: أن يضع المرشد نفسه وخبرته وعلمه تحت تصرف الريان - ريان السفينة طالبة الإرشاد - وأن يتولى إرشادها هذا من جانب، وأن يقدم مساعدته للسفن الأخرى التي تتعرض للخطر ولو لم يطلب منه ذلك من جانب آخر.

أولاً: التزام المرشد بالإرشاد

يجب على المرشد بمجرد تلقيه طلب الإرشاد إما برؤية الإشارة الخاصة به على سارية السفينة أو بتلقيه الإشارة اللاسلكية بذلك أن يجيب الريان إلى طلبه، ويكون ذلك عندما تكون السفينة مقدمة على دخول منطقة الإرشاد أما إذا كانت السفينة تتوي مغادرة الميناء فانه يجب على المرشد التوجه إليها في الوقت المقرر للإبحار.

١. انظر، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٢٢ - ص ٥٢٤، د. عبد الفضيل

محمد احمد، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها، د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري

١٩٩٦، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. محمد عبد الفتاح الترك، التصادم البحري، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣ ص ١٦٥، د. يوسف يعقوب صرخوه، المرجع السابق، بند (٢١٧

(ص ٢٦٨، د. محمود مختار احمد، المرجع السابق، ص ٤٩٣.

ويجب المرشد ريان السفينة الذي تقدم بطلب الإرشاد أولاً، فالمرشد ليس حراً في تلبية أي من الطلبات التي تقدم إليه إذ يجب عليه عدم التمييز بين السفن طالبة الإرشاد ولذلك يجب عليه تلبية الطلب الذي قدم إليه أولاً.

ويتعرض المرشد للمسؤولية الانضباطية (التأديبية) إذا امتنع عن تلبية طلب الريان وخاصة إذا كانت السفينة طالبة الإرشاد معرضة للخطر.

ولذلك تنص المادة (٧٣) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ على وجوب قيام المرشد بتقديم المساعدة للسفن التي تكون في حالة خطر ولو لم يطلب إليه ذلك.

وبالتالي يكون تعرض سفينة أخرى للخطر موجباً لعدم إجابة المرشد لطلب الإرشاد الصادر عن ريان السفينة دون مسؤولية عن المرشد.

وتتمثل مهمة المرشد بتوجيه السفينة ويكون ذلك عن طريق تزويد ريان السفينة بالمعلومات عن مسالك الميناء الذي تدخل إليه أو تخرج منه أو القناة عند المرور بها ويحدد المرشد للريان خط السير الواجب إتباعه.

ولا يتجاوز دور المرشد إلى قيادة السفينة بل إن قيادتها تظل للريان ولذلك إذا كان الريان ملزماً بالاستعانة بمرشد إلا أنه لا إجبار عليه في قبول نصح وإرشادات المرشد، فمتى رأى الريان أن المعلومات التي يدلي بها المرشد خاطئة أو كان في إتباع خط السير الذي يحدده له ما يعرض السفينة للخطر يجوز له الامتناع عن إتباع تلك التعليمات.

وإذا كان المرشد ملزماً بتوجيه السفينة توجيهاً سليماً وصحيحاً فإن التزامه هذا التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وبالتالي لا يضمن المرشد سلامة رسو السفينة على رصيف الميناء أو سلامة خروجها منه وإنما يوفى بالالتزام إذا بذل عناية الرجل المعتاد في توجيه الريان داخل منطقة الإرشاد.

ثانياً: التزام المرشد بتقديم المساعدة للسفن المعرضة للخطر.

تحرص قوانين الدول المختلفة على إلزام المرشدين بتقديم مساعدتهم للسفن التي تتعرض للخطر ويعتبر هذا الالتزام بالمساعدة ثمناً لتقرير الإرشاد الإجمالي وعلى وجه الاحتكار، فالمرشد الذي يتولى إرشاد السفن ولو لم تكن في حاجة إلى

الإرشاد يتعين عليه بالمقابل أن ينقذ السفينة التي تتعرض لخطر الهلاك، ويرى اتجاه فقهي إن التزام المرشد بتقديم المساعدة للسفن المعرضة للخطر يعد خروجاً على القواعد العامة، فالأصل وفقاً للقواعد العامة أن يتمتع الأفراد عن الأضرار ببعضهم دون الالتزام بتقديم المساعدة للأشخاص والأموال التي تكون في حالة خطر على أن يكون ذلك مجرد التزام أدبي لا يحميه القانون بأي جزاء. ولكن القانون البحري خرج على هذه القواعد التقليدية، نظراً للمخاطر الهائلة التي تتعرض لها الأنفس والأموال في البحر الأمر الذي يفرض نوعاً من التكتف الذي يأبى أن يكون في إمكان الشخص أن يقدم عوناً إلى الأنفس والأموال دون أن يتعرض لخطر جدي ولا يقدم هذا العون^(١).

ويلحظ إن المادة (٧٣) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ تلزم المرشد بأن يقدم مساعدته للسفينة التي تكون في حالة خطر ولو لم يطلب إليه ذلك متى تبين له إن الخطر محقق بها.

والمرشد ملزم بأن يقدم المساعدة للسفينة التي تتعرض للخطر، ولو كان يقوم بإرشاد سفينة أخرى، إذ عندئذ عليه أن يترك السفينة التي يقوم بإرشادها أو التي عليه الدور لإرشادها ويتوجه للسفينة المعرضة للخطر، حيث لا مجال لأعمال مبدأ الإرشاد حسب ترتيب الطلبات إلا في الأحوال العادية.

المقصد الثاني: التزامات المجهز^(٢)

تتعدد الالتزامات التي تقع على عاتق المجهز وهي: الالتزام بطلب المرشد، والالتزام بالاستعانة بالمرشد الذي يتقدم لإرشاد السفينة، والالتزام بتيسير مهمة

١. انظر، د. عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق ص ٩٧.

٢. انظر، د. محمود مختار احمد بريري، المرجع السابق، بند (٥٠٨) ص ٥٧٨، ص ٤٩٢، د.

عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها، د. محمود سمير الشرقاوي،

القانون البحري ١٩٩٣، المرجع السابق، بند (٥٨٤)، ص ٥٧٨، د. يوسف يعقوب صرخوه،

المرجع السابق، بند (٢١٩) ص ٢٦٩، د. محمد عبد الفتاح الترك، المرجع السابق، ص ١٦٥

وما بعدها، د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري ١٩٩٦، المرجع السابق، بند (٢١١)

ص ١٧٥، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٢٣ وما بعدها.

المرشد، والالتزام بأداء مقابل الإرشاد المالي، والالتزام بتعويض المرشد إذا قدم مساعدة للسفينة متى تعرضت للخطر، والالتزام بتعويض المرشد عن أداء بعض الخدمات للسفينة غير الإرشاد والمساعدة. ونتناول هذه الالتزامات على نحو مفصل وكما يلي:-

أولاً: الالتزام بطلب المرشد

حرصت القوانين المختلفة المنظمة للإرشاد على النص على أن كل سفينة خاضعة للالتزام بالإرشاد عليها قبل دخولها منطقة الإرشاد أو تحركها فيها أن ترفع على ساريتها الإشارة الخاصة بطلب المرشد أو إن تقوم بطلبه لاسلكياً، فلا يجوز للسفينة دخول منطقة الإرشاد أو التحرك فيها إلا بعد صعود المرشد عليها^(١).

والذي يحدث في الواقع العملي^(٢) إن الريان لا ينتظر حتى يصل إلى حدود منطقة الإرشاد ثم يطلب المرشد، بل هو يطلب ذلك قبل وصوله بفترة تتراوح بين (٢٤ - ٧٢) ساعة، حيث يبلغ بمواعيد وصوله التقريبية إلى منطقة الإرشاد، وغالباً ما يفعل ذلك بمجرد مغادرته آخر ميناء، كانت ترسو فيه السفينة.

ويلاحظ أن المشرع العراقي كان أكثر اقترباً من الواقع، حيث تنص المادة (٢) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ على إلزام ريان كل سفينة متوجهة إلى موانئ العراق بإخطار ضابط السيطرة قبل وصول السفينة إلى موقع محطة الإرشاد بأربع وعشرين ساعة وإعلامه بالموعد التقريبي لوصول السفينة إلى موقع محطة الإرشاد. كما إن المادة (٣) من ذات التعليمات توجب على الريان تنفيذ هذا الالتزام قبل (٤٨) ساعة إذا كانت السفينة تحمل بضائع خطيرة، أما إذا كانت السفينة هي ناقلة غاز فيجب على ربانها الاتصال بضابط السيطرة قبل (٧٢) ساعة من وصول الناقلة إلى محطة الإرشاد (المادة ٦). وفي كل الأحوال المتقدمة تكون إشارة طلب المرشد هي رفع الإشارة الدولية (J) أو أعلام الإشارات

١. انظر، المادة (٤) من قانون تنظيم الإرشاد بميناء دمياط، رقم (٤) لسنة ١٩٨٦، المادة (٣) من قانون تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية والدخيلة، رقم (٢٦) لسنة ١٩٨٩، المادة (٣) من قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٥ والخاصة بتنظيم الإرشاد في موانئ البحر الأحمر.

٢. على ما ذكر لنا المرشدون العاملون في الشركة العامة لموانئ العراق.

الدولية (pt) إذا كان الوقت نهراً، أما إذا كان ليلاً فتكون إشارة طلب المرشد هي ضياء ابيض واضح يظهر أو يحدث وميضاً على فترات قصيرة أو إرسال الإشارة (pt) بالمورس الضوئي (م ١٥٨). أو عن طريق الاتصال بمحطة لاسلكي البصرة على شفرة النداء (YIP) أو بمحطة لاسلكي أم قصر على شفرة النداء (YIU) باستخدام تردد النداء (٢٥٠٠) كيلو هيرتز والترددات العالمية حسبما مدرج في كتاب (LIST OF RADIO) SIGNAL BOOK أو كتاب (COASTSTATION) وفصلاً عن ما تقدم على ريان السفينة عند وصول سفينته إلى محطة الإرشاد الاتصال بها وإبلاغها بالمعلومات الآتية: ١- اسم السفينة ٢- شفرة ندائها الدولية ٣- الموقع الذي أُلقت فيه المرساة ٤- طول السفينة وعرضها ٥- غاطس المقدمة والمؤخرة بالأمتار ٦- اسم وكيلها في الميناء المقصود ٧- تاريخ بناء السفينة وسرعتها القصوى^(١).

وفي حالة عدم وجود محطة الإرشاد لأي سبب من الأسباب يجب على ريان السفينة إخطار ضابط السيطرة بالمعلومات المشار إليها أعلاه^(٢).

وعلة إلزام ريان السفينة بإبلاغ سلطة الميناء أو محطة الإرشاد بتاريخ الوصول هو أن إرشاد السفن يكون حسب تواريخ وصولها منوطاً بإبلاغ سلطة الميناء عن ميعاد الوصول التقريبي على النحو سالف الذكر.

ومن الجدير بالذكر إن السفينة لا يسمح لها بدخول الموانئ القنوات الملاحية العراقية إلا إذا وجد مرشد على ظهرها^(٣).

أما طلب الإرشاد عند خروج السفينة من الميناء، فيتم أيضاً حسب الدور، ومن ثم يتعين على ريان أو وكيل السفينة التي تروم مغادرة الميناء مراجعة إدارة الميناء الذي تتواجد فيه بأربع وعشرين ساعة قبل الموعد التقريبي لمغادرتها لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمغادرة السفينة رصيف الميناء أو إبلاغ ضابط السيطرة بأربع وعشرين ساعة قبل الموعد التقريبي للمغادرة طالبا السماح للسفينة بمغادرة الميناء أو

١. انظر، المادة (٨) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٢. انظر، المادة (٩) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٣. انظر، المادة (١٠/ز) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

المرسى وتهيئة المستلزمات المطلوبة، كما يتعين على ربان السفينة أو وكيلها الاتصال ثانية بإدارة الميناء أو ضابط السيطرة باثنتي عشرة ساعة قبل الموعد التقريبي للمغادرة مؤكداً على طلبه السابق ومحددًا الوقت المقرر للمغادرة^(١).

ويكون طلب المرشد عند المغادرة عن طريق توجه ربان السفينة أو وكيلها إلى إدارة الميناء أو ضابط السيطرة، لأن ذلك يوفر دليلاً كتابياً، على أساس إن إدارة الميناء يوجد فيها شخص مختص بتلقي طلبات الإرشاد وتسجيلها.

فضلاً عن ذلك يكون طلب الإرشاد عن طريق رفع علم الإشارة الدولية (P) على مقدمة السفينة قبل مغادرتها الميناء أو المرسى بأربع وعشرين ساعة في الأقل^(٢).

أمّا الاتصال بالتلفون فانه وان كان ممكناً، إلا انه ليس مفضلاً، لأنه رغم بساطته فانه عديم الفائدة في الإثبات.

ثانياً: - الالتزام بالاستعانة بالمرشد الذي يتقدم للإرشاد.

يلتزم ربان السفينة طالبة الإرشاد باستخدام المرشد الذي يتقدم إليه، ولا تعرف الموانئ العراقية نظام الإرشاد بالاختيار^(٣)، والذي كان معمولاً به في فرنسا خلال فترة طويلة من الزمن، حيث كانت بعض شركات الملاحة البحرية تفضل الاستعانة بمرشد معين عند دخول سفنها احد الموانئ أو خروجها منه.

وكانت حكمة نظام المرشد بالاختيار تتمثل في انه مع التسليم بأن المرشدين يتم اختيارهم وفق معايير كفاءة صارمة ودقيقة، لا يمكن الادعاء بأن المرشدين جميعاً ذوو كفاءة واحدة وخبرة متماثلة^(٤). ومن هنا فانه لا يمكن إنكار حق المجهز أو الربان في استخدام أكفاء المرشدين وأكثرهم خبرة، بحكم ضخامة قيمة السفينة، وعدم ملاءة المرشد، إذا ما ارتكب خطأً الحق ضرراً بالسفينة أو بالغير فضلاً عن ذلك، فإن تردد السفينة على ميناء معين، يفضل معه أن يتولى إرشادها نفس المرشد

١. انظر، المادة (١٣، ١٢) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٢. انظر، المادة (١٤) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٣. وهو ما أكدته لنا المرشدين العاملين في الشركة العامة لموانئ العراق عند لقاءهم بهم.

٤. انظر، د. عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص ١٠١.

الذي سبق له إرشادها، حيث يكون هذا المرشد قد تعرف على خصائصها الفنية، وارتبط بنوع من التعارف والعلاقة الإنسانية مع الريان وأفراد الطاقم.

ثالثاً:- الالتزام بتسهيل مهمة المرشد

يلتزم مجهز السفينة الخاضعة للإرشاد الإجباري، باتخاذ الإجراءات الضرورية - عن طريق الريان - لتمكين المرشد من تنفيذ عملية الإرشاد. ويتحقق ذلك عن طريق تزويد المرشد بالمعلومات الفنية الضرورية عن السفينة ومواصفاتها وسرعتها وقوة آلاتها^(١). ويلتزم الريان أيضاً بأن يعمل ما في وسعه لتيسير صعود المرشد إلى السفينة حتى يستطيع زورق الإرشاد من الاقتراب وإجراء المناورات التي تمكن المرشد من الصعود إلى السفينة عن طريق سلم أو رافعة ميكانيكية يتولى أفراد الطاقم تهيئته (تهيئتها) ليستخدمه (ليستخدمها) المرشد. ويلتزم الريان بتمكين المرشد من النزول بعد انتهاء عملية الإرشاد واتخاذ كافة الاحتياطات التي تكفل سلامته^(٢)، وإلا قامت مسؤوليته عن أية أضرار تصيب المرشد وزورق الإرشاد^(٣).

ويحق للمرشد إذا لم يتعاون معه الريان، أن يعتبره رافضاً لخدمة الإرشاد بكل ما يترتب على ذلك من نتائج، ومنها إلزامه بدفع مقابل الإرشاد، وإلزامه بدفع رسم إضافي، فضلاً عن توقيع عقوبات جزائية وفقاً لبعض القوانين، ومنها القانون المصري^(٤).

رابعاً:- الالتزام بدفع مقابل الإرشاد.

يرتبط الإرشاد الإجباري بالالتزام مجهز السفينة الخاضعة للالتزام الإرشاد بدفع مقابل مالي نظير خدمة الإرشاد، ولو لم يستعن الريان بالمرشد فعلاً، فالمجهز يلتزم

١. انظر، المادة (٨) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٢. انظر، المواد (٨٠، ٨١، ٨٢) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٣. انظر، المادة (٧٢) والمادة (٨٥) من تعليمات الموانئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٤. انظر، المادة (١٤) من القانون رقم (٤) والخاص بتنظيم الإرشاد في ميناء دمياط،

والمادة (٣) من القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٨٩ والخاص بتنظيم الإرشاد في مينائي الدخيلة

والإسكندرية والمادة (١٣) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٥ الخاص بتنظيم الإرشاد في

موانئ البحر الأحمر.

بأداء مقابل الإرشاد، سواء استعان بالمرشد أو لم يستعن به، بل يلتزم المجهز، بدفع رسم إضافي إذا رفض الريان الاستعانة بالمرشد، علاوة على الالتزام بدفع مقابل الإرشاد وذلك كنوع من الجزاء.

وقد ورد النص على هذه الأحكام بمقتضى المادة (٣٢٨) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ في العراق وهو ما تنص عليه جميع القوانين المنظمة للإرشاد في الموانئ المصرية، من ذلك مثلاً المواد (١٤، ١٣) من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٨٦ في شأن تنظيم إرشاد السفن في ميناء دمياط، والمواد (١٣، ١٢) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٨٩ والخاص بتنظيم الإرشاد في مينائي الإسكندرية والدخيلة، والمواد (١٣، ١٢) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٥ الخاص بتنظيم الإرشاد في موانئ الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر.

والتزام الريان بدفع مقابل الإرشاد في جميع الأحوال لا يجعل للريان أو المجهز مصلحة في الاستغناء عن خدمة الإرشاد. أما تقرير رسم إضافي، فمرجعه الرغبة في توقيع جزاء على الريان الذي لا يطلب الإرشاد، حيث إن الإرشاد لا يتقرر فقط لمصلحة السفينة بل لمصلحة الملاحة البحرية بصورة عامة ومصلحة منشآت الميناء^(١) ولذلك، كما سبق وأشرنا، بعض القوانين ومنها القانون العراقي والقانون المصري، تفرض عقوبات جزائية على الريان الذي لا يطلب الإرشاد.

بيد أن استحقاق مقابل الإرشاد والرسم الإضافي منوط بان يكون المرشد قد تقدم لخدمة السفينة فأرشدتها أو رفضه الريان أو لم يطلب إليه أصلاً أو لم يحصل الريان على إذن من إدارة الميناء يعفيه من الاستعانة بالمرشد.

ويلتزم المجهز بدفع مقابل الإرشاد حتى لو كانت السفينة معفاة أصلاً من الالتزام بالإرشاد الإجباري مادام الريان قد طلب خدمة الإرشاد، ذلك لان مقابل الإرشاد هو مقابل هذه الخدمة.

إن الالتزام بدفع مقابل الإرشاد يقع على عاتق المجهز، وإن كان الفقه والقضاء والمشرع أحياناً يتحدث عن التزام الريان بدفع مقابل الإرشاد، ونحن نرى أن ذلك

١. انظر، د. علي حسن يونس، المرجع السابق، بند ٢٢٧، ص ٢٧٤.

يجب أن يفهم على أساس أن المقصود إنَّ الريان يقوم بدفع مقابل الإرشاد بصفته نائباً عن المجهز.

بيد انه، من الناحية العملية، غالباً ما يقوم وكيل السفينة بدفع مقابل الإرشاد وسائر التعويضات واجبة الدفع نظير الخدمات التي يؤديها المرشد للسفينة، ومتى قام وكيل السفينة بوفاء مقابل الإرشاد، حق له أن يعود على المجهز بما وفاه طبقاً للقواعد العامة.

لقد ثارت صعوبة كبيرة في تحدد الطبيعة القانونية لمقابل الإرشاد، ويرى جانب من الفقه^(١)، إن مقابل الإرشاد يعتبر رسماً على أساس أن القصد من فرضه هو مصلحة الميناء والسفن والملاحة البحرية عموماً، والدليل على كونه رسماً وليس أجراً، أنه واجب الدفع سواء استعان الريان بالمرشد أم لا، ولو كان أجراً لاقتصر الالتزام بالوفاء به على الحالة الأولى وحدها. فمقابل الإرشاد والحال كذلك، يعتبر من قبيل الرسوم أو الضرائب العامة.

ونحن نرى، إنَّ مقابل الإرشاد يعتبر في القانون العراقي رسماً، باعتبار إنَّ حصيلة مقابل الإرشاد تذهب إلى خزانة الدولة ولا يصيب المرشد منها شيئاً، حيث يعد المرشد موظفاً عاماً يحصل على راتب من الدولة نظير قيامه بخدمة الإرشاد.

يعتبر رسم الإرشاد ديناً ممتازاً في القانون العراقي، وهذا ما يتضح من نص المادة (١٣٧٨/١)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، حيث جعلت المبالغ المستحقة لخزينة الدولة من رسوم وضرائب ونحوها ديناً ممتازاً، ونرى إنَّ محل الامتياز يشمل السفينة وملحقاتها وأجرة النقل الخاصة بالرحلة التي حصل الإرشاد بمناسبةاتها.

خامساً: الالتزام بمكافأة المرشد عن مساعدته للسفينة.

١. انظر، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٢٤، د. أحمد عبد الهادي، المرجع السابق، بند (٤٦٥) ص ٤٣٤، د. أميرة صدقي، الموجز في القانون البحري، دار النهضة العربية، من دون مكان نشر، ١٩٨٠، ص ٢١٠.

إنّ مكافأة المساعدة والإنقاذ تذهب حالياً إلى الشركة العامة لموانئ العراق^(١) ويتم تحديد هذه المكافأة بموجب عقد يتم التوقيع عليه بين ريان السفينة أو المركب أو مالكيها والمدير العام للشركة، ويتم تقدير هذه المكافأة على أساس مجموعة من العناصر هي: مقدار الفائدة التي نتجت عن إنقاذ السفينة أو المركب وجهود المنقذين ودرجة الخطر التي يتعرض لها المنقذون وسفينة الانقاذ والوقت الذي استغرقته عملية الإنقاذ^(٢)، أما المرشد فانه يستحق نسبة من المكافأة تخصص له من قبل إدارة الشركة العامة لموانئ العراق وحسب الصلاحيات المقررة لها وذلك بشرط أن يكون قد ساهم في عملية الإنقاذ أو قام بأي عمل من شأنه إنجاح عملية الإنقاذ^(٣). وقد قرر المشرع للمرشد هذه المكافأة لأنه قدر أنّ الإنقاذ والمساعدة يستلزم جهداً خاصاً من المرشد يتوجب معه أن يكافأ.

سادساً: التزامات مالية أخرى غير مقابل الإرشاد ومكافأة المساعدة.

عندما يتولى المرشد إرشاد سفينة مغادرة، ويضطر للسفر معها بسبب سوء الأحوال الجوية أو لأي سبب كان فان السفينة تلتزم بجميع مصروفاته المترتبة على ذلك مضافاً إليها (١٠٠) مائة دينار بالعملة القابلة للتحويل عن كل يوم أو جزء منه حتى عودته إلى العراق^(٤)، كما تلتزم السفينة التي يسافر على ظهرها المرشد بإنزاله في اقرب ميناء، على أن تتحمل نفقات أقامته ومصروفات عودته إلى العراق في أول سفينة ركاب أو طائرة شريطة أن تكون من الدرجة الأولى^(٥).

الخاتمة

- إنّ الإرشاد نشاط يرتبط بالملاحة البحرية ارتباطاً وثيقاً، فهو نشاط لازم لأمن الملاحة البحرية في الموانئ والقنوات وتطور الملاحة البحرية ليس من شأنه التقليل من أهمية الإرشاد، بل العكس صحيح، حيث إن خدمة الإرشاد

١. انظر، المادة (٢١٣) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٢. انظر، المادة (٢١٤ / أ) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٣. انظر، المادة (٢١٤ / ب) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٤. انظر، المادة (٧٧) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

٥. انظر، المادة (٧٨) من تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

تتطور بتطور الملاحة البحرية، وتتأكد جدوى وحيوية هذه الخدمة مع مرور الوقت.

والإرشاد: وان كان من موضوعات القانون الخاص لا العام، إلا أن الدول المختلفة تنظر إليه على أنه خدمة عامة، وبالتالي مرفق عام في الدولة، ومن ثم عنيت بتنظيمه على وجه يضمن سلامة مسالك الميناء ومنشأته وانتظام الملاحة البحرية.

ولذلك تأخذ غالبية الدول بنظام الإرشاد الإلزامي وان اختلف المقصود بالإلزامية باختلاف الدول: فبعض التشريعات تنظر إلى الالتزام بالإرشاد على انه التزام بدفع مقابل الإرشاد وان لم يلتزم الريان بالاستعانة بالمرشد فعلاً. فالالتزام بالإرشاد، والحال كذلك، يعني فقط الالتزام بأداء مقابل الإرشاد، سواء استخدم الريان المرشد أم لم يستخدمه. وبعض التشريعات لا تعترف للريان بالحق في الاستعانة به، بل يتعين أن يستعين الريان بالمرشد، بحيث إذا لم يفعل ذلك تعرض، علاوة على التزامه بدفع مقابل الإرشاد، للعقوبة الجزائية، وتأخذ غالبية الدول أيضاً بمبدأ احتكار الإرشاد، بمعنى قصر مباشرة الإرشاد على أشخاص معينين هم المرخص لهم بالإرشاد. والترخيص لا يصدر إلا بعد استيفاء شروط فنية وصحية دقيقة، وقد يصل الأمر في بعض الدول، كما هو الحال في العراق، إلى إضطلاع الدولة بخدمة الإرشاد عن طريق مرشدين تربطهم بها رابطة الوظيفة العامة بيد إن بعض الدول، كما هو الحال في فرنسا، تترك الإرشاد للنشاط الخاص مع إخضاعه لرقابة دقيقة من الدولة.

- يتمتع المرشد بمركز قانوني متميز وان كان يشتهه بمراكز قانونية أخرى: فبخصوص علاقة المرشد بالدولة. هناك اتجاهات في الفقه والقضاء والتشريع، يذهب الاتجاه الأول إلى إن المرشدين لا يرتبطون بالدولة برابطة الوظيفة العامة على الرغم من تمتعهم باحتكار مهنة الإرشاد، وعلى الرغم من خضوعهم لإشراف إداري دقيق من جانب الدولة، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبار المرشد موظفاً عاماً وعلة ذلك هي إن الدولة هي التي تقوم بتحصيل عوائد الإرشاد لحساب الخزنة العامة وهي التي تقوم بتعيين

المرشدين، وتشترط في سبيل ذلك حصولهم على مؤهلات معينة، وهي التي تقوم بتزفيهم وقبول استقالتهم وإحالتهم على التقاعد. كما إن المرشدين يخضعون لإشراف إداري دقيق ومباشر من قبل الدولة وهي التي تقوم بتأديبهم، فضلاً عن تقرير احتكار مهنة الإرشاد لهم.

وفي العراق يلاحظ ان نصوص القوانين تؤيد اعتبار المرشد موظفاً عاماً إذ إن المشرع في قانون الخدمة البحرية المدني رقم (٢٠١) لسنة ١٩٧٥ يستخدم مصطلح (راتب) بدلاً من مصطلح (اجر) للدلالة على ما يحصل عليه المرشدون مقابل أدائهم لمهام الإرشاد، وهو ما يكشف عن ان المشرع ينظر إلى المرشدين باعتبارهم موظفين عموميين. فضلاً عن ذلك ان قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥ والتعليمات الصادرة بموجبه تبين بوضوح إن القيام بعمليات الإرشاد هي حصراً من اختصاص الشركة العامة لموانئ العراق، ومن المعلوم إن العاملين في هذه الشركة هم موظفون عموميون لأنهم يعملون في شخص معنوي عام.

أما بخصوص العلاقة التي تربط ربان السفينة بالمرشد أثناء تواجد هذا الأخير على متن السفينة بقصد إرشادها، فقد كانت النظرية القديمة ترى أن الربان عند حضور المرشد يتخلى عن قيادة السفينة، تاركاً ذلك للمرشد الذي يتولى هذه القيادة بصفة وقتية، فالقيادة تثبت للمرشد وحده والربان يخضع للمرشد، شأنه في ذلك شأن باقي أفراد الطاقم والمسافرين، حيث تنحصر سلطاته في الوظائف التجارية دون الملاحية. أما في النظرية الحديثة فينظر إلى المرشد على انه مجرد دليل يقدم النصح والمشورة والرأي لربان السفينة أثناء تواجدها في منطقة الإرشاد الإجباري على أساس إن المرشد لديه معلومات دقيقة ومفصلة عن العمق والتيارات وعوائق الملاحة المحلية وظروف الميناء واتجاهات السير فيه. ويترتب على ذلك، انه منذ اللحظة التي يصعد فيها المرشد إلى السفينة يصبح كأحد أفراد الطاقم ويكون مكلفاً بالإرشاد عن الطريق واجب الإلتباع ويحتفظ الربان بكافة سلطاته، ويبقى هذا الأخير (الربان) هوالمسؤول الوحيد عن استخدام هذه السلطات ونتائج المناورات، ويمكن أن يعتبر أساساً لهذه النظرية في القانون العراقي المادة (٦٩) من تعليمات الموانئ رقم (١) لسنة ١٩٩٨ التي تنص على أنه ((تبقى قيادة السفينة وإدارتها للربان أثناء قيام

المرشد بعملية الإرشاد ((. وهو نص بالغ الدلالة يكاد يكون قد صيغ فقط لمجرد إنكار النظرية القديمة.

وبخصوص علاقة المرشد بمجهز السفينة التي يتم إرشادها، فإن الاجتهادات الفقهية والقضائية جد مختلفة، فهناك اتجاه يرى أن هناك علاقة عقدية تتمثل في عقد عمل يرتبط فيه المرشد بعلاقة تبعية مع المجهز، وهناك اتجاه يرى أن العقد ليس عقد عمل، بل هو عقد مقاوله، ومن ثم يحتفظ المرشد باستقلاله تجاه المجهز، وهناك اتجاه يرى أن علاقة المرشد بالمجهز علاقة تنظيمية محضة لا اثر للعقد فيها، حيث يتولى القانون تنظيم علاقة الطرفين: فالمرشد لا يستطيع أن يمتنع عن إرشاد السفينة التي تطلب الإرشاد ولا أن يختار السفينة التي يرشدها، والريان لا يستطيع أن يرفض الاستعانة بمرشد، والتزامات كل من الطرفين يحددها القانون لا الاتفاق، وعلى وجه الخصوص، تتولى القوانين واللوائح تحديد مقابل الإرشاد.

المراجع

- المراجع العربية

أولاً: الكتب/

- د. أحمد عبد الهادي، القانون البحري، ج ١، من دون ناشر، من دون مكان

نشر، ١٩٤٦.

- د. أميرة صدقي، الموجز في القانون البحري، دار النهضة العربية، من دون مكان نشر، ١٩٨٠.
- د. بهجت عبد الله قايد، القانون البحري، ط١، من دون ناشر، القاهرة، ١٩٨٤.
- د. ثروت عبد الرحيم، شرح القانون البحري السعودي، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٨٥.
- د. رفعت فخري أبادير، دروس في القانون البحري، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٩٧٤.
- د. سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٤.
- د. طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٤.
- د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٩.
- د. عبد الفضيل محمد احمد، الإرشاد البحري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٧٨.
- د. عبد الحميد الشواربي، قانون التجارة البحرية رقم (٨) لسنة (١٩٩٠) والقوانين المكملة له، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.
- د. علي جمال الدين عوض، القانون البحري، دار النهضة العربية، من دون مكان نشر، من دون سنة نشر.
- د. علي حسن يونس، العقود البحرية، من دون ناشر، من دون مكان نشر، ١٩٧٨.
- د. فايز نعيم رضوان، القانون البحري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.

- د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري الليبي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٠.
- د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- د. محمد عبد الفتاح الترك، التصادم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. محمود مختار احمد بريري، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، من دون ناشر، من دون مكان نشر، ١٩٨٧.
- د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. هاشم رمضان الجزائري، علاقة ريان السفينة ومرشدها بالمجهز والشاحنون، مطبعة دار الحكمة البصرة، ١٩٨٦.
- د. يوسف يعقوب صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، ج ١، ط ١، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٨٥.

ثانياً: القوانين /

- القوانين والتعليمات العراقية /

- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).
- قانون الخدمة البحرية المدني رقم (٢٠١) لسنة ١٩٧٥.
- قانون الموانئ رقم (٢١) لسنة (١٩٩٥).
- تعليمات الموانئ والمرافئ رقم (١) لسنة (١٩٩٨).

- القوانين العربية /

- قانون تنظيم الإرشاد بميناء دمياط رقم (٤) لسنة (١٩٨٦).
- قانون تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية والدخيلة رقم (٢٦) لسنة (١٩٨٦)
.
- القانون البحري المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٠).
- قانون تنظيم الإرشاد بموانئ الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر رقم (٦)
لسنة (١٩٩٥).

ثالثاً: الدوريات /

- مجموعة أحكام النقض المصرية، السنوات ٢٢، ٢١، ١٤.

- المراجع الأجنبية /

أولاً / المراجع الفرنسية -

- 1- Bernard Gontier, Le Pilotage Maritime, These Paris, Dactylographie.
- 2- Levillain, Note sous Trib. Correct. Port d Eveque, 28 mai, 1879 Dalloz Periodique. 1881.11.169.

ثانياً / المراجع الإنكليزية -

- 1- James Kent, Commentaries on American Law, 3rd. ed. Vol. 3.
- 2- Scrutton, on charter Parties and Bills of Lading, 18th. ed. London. 1974.

