

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - www.jilrc.com - law@journals.jilrc.com

العام الخامس - العدد 41 - يوليو 2020



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

أ.د. سرور طالبی

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

عضو اللجنة العلمية الشرفي:

د. عبد الناصر أبوسمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

أسرة التحرير:

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. باني محمد فاضل (جامعة الحسن الأول / المغرب)

د. بسمة محمد نوري كاظم البكري (جامعة عمان العربية / الاردن)

د. حورية سويقي (المركز الجامعي عين تموشنت / الجزائر)

د. زينب محمد جميل الضناوي (جامعة الملك فيصل / المملكة العربية السعودية)

د. عماد حمادي البجاوي (جامعة الملك فيصل / المملكة العربية السعودية)

د. كريم زواق (جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء / المغرب)

د. مجدوب نوال (المركز الجامعي مغنية / الجزائر)

د. هائل عبد المولى طشطوش (جامعة الشرقية / سلطنة عمان)

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث سيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

نموذج التمهيد:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@journals.jilrc.com

الفهرس

الصفحة

9	• الافتتاحية
11	• أخطاء روبوت التداول الخوارزمي العامل بالذكاء الاصطناعي -دراسة استشرافية في آفاق المسؤولية المدنية بالبورصة - همام القوصي (جامعة حلب)
39	• جريمة غسل الأموال في ضوء التشريع الإماراتي فضل الله محمد الحسن فضل الله (سلطنة عمان)
59	• عقود مقاولات البناء التجارية بين جائحة كورونا ونظرية الظروف الطارئة المدنية في القانون الكويتي "اقتراح نظرية استقلال قواعد مقاولات البناء التجارية هشام العبيدان (كلية القانون الكويتية العالمية)
91	• الأمن المعلوماتي في الجزائر بين التطورات التكنولوجية وضعف البيئة الرقمية ، المجال المصرفي نموذجا "دراسة قانونية " فريدة حمودي (جامعة مولود معمري - الجزائر)
117	• التنظيم القانوني للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي في قانون المرافعات المدنية العراقية عبد المنعم عبد الوهاب العامر (نقابة المحامين العراقيين)

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

يصدر العدد الواحد والأربعون من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ليضيف للمكتبات العربية، كسابقه من الأعداد، أبحاث ومقالات تتناول مواضيع قانونية أصيلة.

غير أنه بالإضافة على ذلك فلقد تميز هذا العدد بنشر بحثين معمقين اقترحا نظريات ورؤى مستقبلية جديدة.

فلقد تناول البحث المعمق الأول الرؤية المستقبلية الخاصّة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن أخطاء الروبوت خلال التداول الخوارزمي (الأوتوماتيكي) في البورصة، والذي هو في الواقع تكملة لسلسلة من الأبحاث الاستشرافية التي تم نشرها لنفس الباحث في الأعداد السابقة من المجلة.

أما البحث المعمق الثاني لهذا العدد فلقد تناول عقود مقاولات البناء التجارية بين جائحة كورونا ونظرية الظروف الطارئة المدنية في القانون الكويتي، مقترحا نظرية جديدة تطالب باستقلال قواعد مقاولات البناء التجارية.

كما تناول مقالا آخر من العدد جريمة غسل الأموال من كل جوانبها، سيما مفهومها مراحلها وأساليبها وكذلك بنياها القانوني في التشريع الإماراتي، مبيناً أنواع الجزاءات المقررة لهذه الجريمة المستحدثة والمنظمة العابرة للحدود.

لينتقل مقال ثاني للتوسع في مفهوم الأمن المعلوماتي في المجال المصرفي في ظل التطورات التكنولوجية الحاصلة بفعل العولمة، والتي استوجبت وضع نظام معلوماتي يحمي البنك والعميل على حد السواء من الاعتداءات والاختراقات التي يمكن أن تمس حساباتهم المصرفية، متخذاً القانون الجزائري كنموذجاً، خاصة بعدما عمدت البنوك الجزائرية إلى تحديث نظام الدفع فيها باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية.

أما المقال الأخير لهذا العدد فلقد عالج التنظيم القانوني للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي في قانون المرافعات المدنية العراقي بوصفه أحد ضمانات استدراك الأخطاء المحتملة للقضاة ووسيلة لتعزيز ثقة المتقاضين بالقضاء.

نتمنى أن يكون هذا العدد إضافة نوعية جديدة لهذه المجلة، والتي تستمر بنفس المستوى والموضوعية منذ تأسيسها، بفضل الله تعالى ومن ثم بفضل أعضاء أسرة التحرير واللجنة العلمية التحكيمية مشكورين. وفي الأخير، نجدد دعوتنا لكل الباحثين الجادين لإرسال مساهماتهم العلمية بقصد النشر في الأعداد المقبلة، مع ضرورة الالتزام بقواعد النشر المعتمدة من قبل إدارة المجلة والمركز.

والله موفق في الأول والأخر

سرور طالبی / المشرفة العامة ومديرة التحرير

أخطاء روبوت التداول الخوارزمي العامل بالذكاء الاصطناعي

-دراسة استشرافية في آفاق المسؤولية المدنية بالبورصة-

Future Prospective for Civil Liability in the Exchange: The Faults of the Artificial Intelligence's Robot via Algorithmic Trading (AT)-Outlook Study-

د. همام القوصي، دكتوراه في القانون التجاري تخصص قانون وأنظمة بورصة الأوراق المالية من

جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية

Dr. Humam Al Qussi PhD in Commercial law, Securities Exchange Law & Rules from
Aleppo University, Syrian Arab Republic.

Abstract

The research summarizes in determining the future vision of civil liability arising from errors of the robot during the algorithmic (automatic) trading on the stock exchange.

The topic of the research is also focused on the algorithmic trading method that uses artificial intelligence techniques to implement a large number of trading operations within seconds.

Whereas, the algorithm trading technique is carried out by a robot that is automatically automated, so the robot is able to logical trial at an advanced level, then make decisions and even improvise in some situations.

These technological elements emerging on the exchange trading system raise questions such as: Are the rules of civil liability for trading robot errors considered fair during algorithmic trading conditions? And who will be responsible for the error of the robot during the algorithmic trading from the civil point of view after developing the capabilities of the robot and recognizing its virtual character?

More importantly, could the future liability regimes that would treat the robot as a hypothetical person be more fair than the ones we see today?

The research is part of the first Arab forward-looking studies that try to find an answer to these questions in order to protect the legal and regulatory environment for Arab stock exchanges before the spread of algorithmic trading technologies.

Key words: Civil Liability, Tort Liability (Non-Contractual), Contractual Liability, Robot, Artificial Intelligence, Exchange, Algorithmic Trading (AT), High-Frequency Trading (HFT).

المُلخَص

يتلخَّص موضوع البحث في تحديد الرؤية المستقبلية الخاصَّة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن أخطاء الروبوت خلال التداول الخوارزمي (الأوتوماتيكي) في البورصة.

ويتركز موضوع البحث أكثر في أسلوب التداول الخوارزمي الذي يقوم على استغلال تقنيات الذكاء الاصطناعي بغرض تنفيذ عددٍ ضخمٍ من عمليات التداول خلال ثوانٍ. حيث إنَّ تقنية التداول الخوارزمي يقوم بها روبوت برمجي يعمل بشكل ذاتي آلي، فيكون الروبوت قادراً على المحاكمة المنطقية بمستوى مُتقدِّم، ثم اتخاذ القرار وحتى الارتجال في بعض المواقف، الأمر الذي يُعرِّض نشاط روبوت التداول لمخاطر الأخطاء التقنية.

تطرح هذه العناصر التكنولوجية الطارئة على نظام التداول في البورصة تساؤلات مثل: هل تعتبر قواعد المسؤولية المدنية عن أخطاء روبوت التداول عادلةً خلال ظروف التداول الخوارزمي؟ ومنَّ سيكون المسؤول عن خطأ روبوت التداول من الناحية المدنية حالياً، وبعد تطوُّر قدرات الروبوت والاعتراف بشخصيته الافتراضية؟

والأهم هل يمكن أن تكون الأنظمة المستقبلية للمسؤولية التي ستتعامل مع الروبوت كشخص افتراضي أكثر عدالةً من تلك التي نراها اليوم؟

يندرج البحث ضمن الدراسات العربية الاستشرافية الأولى التي تحاول إيجاد إجابة عن هذه التساؤلات تحصيئاً للبيئة القانونية والتنظيمية الخاصَّة بالبورصات العربية قبل انتشار تقنية التداول الخوارزمي فيها. الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية (غير العقدية)، المسؤولية العقدية، الروبوت، الذكاء الاصطناعي، البورصة، التداول الخوارزمي، التداول عالي التردد.

المقدمة

في الوقت الذي بدأ فيه تسخير تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي ضمن منظومة التداول في البورصة، نشأت على الفور إشكاليات قانونية وتقنية مُعقَّدة؛ حيث اندمجت تلك الإشكاليات بعوامل العرض والطلب الحسَّاسة على تشكل سعر السوق ومدى تعبيره عن القيمة السوقية الحقيقية.

وبشكلٍ مُبسَّطٍ، نستطيع القول أنَّ البورصة تعتمد على التلاقي الطبيعي للعرض بالطلب للتداول على القيم المنقولة كالأسهم أو السلع، هذا التلاقي هو حرٌّ بطبيعته الأساسية، الأمر الذي يجعل سعر السوق مُعبراً عن القيمة السوقية الحقيقية العادلة في البورصة ذات الكفاءة العالية في التشغيل والتسعير.

وقد أصبح التعبير عن الرغبة بالتداول يتمُّ بشكلٍ إلكترونيٍّ صرفٍ بعد دخول نظام التداول الإلكتروني؛ وهكذا باتت عقود التداول الناتجة عن تلاقي أوامر الشراء (الطلب) مع أوامر البيع (العرض) تتمُّ بشكلٍ إلكترونيٍّ.

إلاً أنَّ الأتمتة الإلكترونية المذكورة في آلية عمل البورصة أصبحت مرحلة ماضيةً تقليديةً من عمر التداول فيها، ذلك بعد دخول الروبوتات البرمجية ذاتية التصرف ضمن آلية العرض والطلب في البورصة.

تعملُ هذه الروبوتات بـ: "الذكاء الاصطناعي" "Artificial Intelligence"؛ ممَّا يجعلُ منها قادرةً على التصرف بموجب معادلاتٍ خوارزميةٍ معينة، ولهذا بات التداول يُسمَّى بـ: "التداول الخوارزمي" "Algorithm" "Trading (AT)"، ومن أكثر أنواع خوارزميات التداول سرعةً وكفاءةً وحساسيةً على البورصة، ما يُسمَّى بـ: "التداول عالي التردد" "High Frequency Trading (HFT)"¹.

تقومُ فكرة التداول الخوارزمي على تنفيذ أوامر البيع والشراء في البورصات على كمياتٍ ضخمةٍ وفي أوقاتٍ قياسيةٍ دون أخطاءٍ تُذكر عبر استخدام روبوت خاصٍ تمَّت برمجته بغرض دراسة السوق وتنفيذ عمليات التداول هذه.

يتمُّ استخدام التداول الخوارزمي حالياً من شركات ذات قدراتٍ تكنولوجيةٍ فائقةٍ تقوم بالتداول في البورصة لحسابها أو لحساب عملائها كوسيطٍ ماليٍّ أو كصانعٍ سوقٍ.

تنشأ إشكاليات عديدة بخصوص الشخص المسؤول عن أخطاء هذا الروبوت من الناحية القانونية مدنياً بالنظر إلى الآلية ذاتية القرار من روبوت التداول الخوارزمي، ذلك وفقاً للبيئة القانونية الحالية واستشراً للبيئة المدنية المستقبلية بعد أن يُصبح الروبوت شخصاً افتراضياً في نظر القانون.

أهداف البحث

1- توضيح آلية عمل روبوت التداول الخوارزمي بغرض تحديد الشخص المسؤول عن أخطائه في الوقت الحالي وفق القواعد العامة المدنية التقليدية.

¹ أنظر في جانب من الفقه العربي لدى: د. القوصي، هام، ضبط نشاط صانع السوق ومزود السيولة خلال التداول الخوارزمي والتداول عالي التردد -مقارنة بورصات لندن وبرلين وأوساكا مع بيئة البورصات العربية-، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 39، مارس 2020، الصفحة 11.

- 2- توضيح نقاط التناقض الفكري والقانوني بسبب بلوغ الروبوت الخوارزمي لمبلغٍ راقٍ من الإدراك، في الوقت الذي ما يزال الشخص المُشغَّل له مسؤولاً عنه مسؤولية كاملة على مبدأ حارس الأشياء.
- 3- افتراض منح روبوت التداول الخوارزمي للشخصية القانونية، ثم تحديد الكيفية التي يمكن أن تكون عليها المسؤولية عن أخطائه مستقبلاً.
- 4- تحديد الدور الذي يمكن أن تلعبه الأنظمة القانونية المستقبلية الناظمة للروبوت كشخصٍ افتراضيٍّ في الحدِّ من الآثار السلبية للتداول الخوارزمي.

أهمية البحث

- 1- إنَّ نجاح نظام المسؤولية عن روبوت التداول الخوارزمي سيُساهم بانتشال البورصة من أزمت السيولة.
- 2- إنَّ فشل نظام المسؤولية عن روبوت التداول الخوارزمي وعالي التردد سيؤدِّي إلى انعدام جدوى عملية التداول فيها كسوقٍ مُنظمةٍ، الأمر الذي يعني تحوُّل البورصة إلى مكوِّنٍ سلبيٍّ من مُكوِّنات الاقتصاد؛ لأنَّها ستكون سبباً في سحب السيولة من المستثمرين لمصلحة الشركات القادرة على استغلال روبوت التداول الخوارزمي دون إمكانية مساءلتها عن أخطاء هذا الروبوت.

منهج البحث

سننتهج مناهج البحث التالية:

- 1- المنهج التحليلي النقدي؛ لدى تحليل قواعد النظريات المدنية التقليدية بغرض توضيح عدم مناسبتها لعصر الذكاء الاصطناعي.
- 2- المنهج الاستقرائي الاستشراقي؛ عبر دراسة الأفكار الجزئية المتعلقة بالمسؤولية عن خطأ روبوت التداول بغرض استخراج مبدأٍ عامٍّ مفاده مناسبة الأنظمة القانونية الحالية من عدمها، ذلك وفق إمكانيات الروبوت الراهنة من جهة، والمستقبلية من جهة أخرى؛ عبر افتراض تطوُّر إمكانيات روبوت التداول الخوارزمي بما يسمح له بالحصول على الشخصية القانونية الافتراضية، ثم بيان كيف يمكن أن تكون قواعد المسؤولية عن أخطائه في مثل هذا النظام القانوني المستقبلي.

إشكالية البحث

"ما هي الصورة المستقبلية لأنظمة المسؤولية المدنية عن أخطاء روبوت التداول الخوارزمي في البورصة؟"

مصطلحات البحث

"الذكاء الاصطناعي"؛ هو قدرة الآلة على محاكاة الذكاء البشري بعد مرورها بمرحلة تعلم الآلة.

"الروبوت"؛ هو الآلة الذكية العاملة بموجب الذكاء الاصطناعي.

"المرحلة الشبئية"؛ هي المرحلة التي يكون فيها الروبوت كآلة ذكية مجرد شيء في نظر القانون بغض النظر عن مدى ذكائه.

"المرحلة الشخصية"؛ هي المرحلة التي ينتقل فيها الروبوت كآلة ذكية من مجرد شيء إلى شخص ذو أهلية بنظر القانون، بغض النظر عن مستوى هذه الأهلية وحقوقها من اعتبارها كأهلية الصغير غير المُميّز أو المُميّز أو حتى كالشخص الراشد.

مُخَطَّطُ البحث

تختلف المسؤولية المدنية عن روبوت التداول الخوارزمي فيما إذا كان القانون ينظر للروبوت على أنه شيء كما هو عليه الأمر الآن أم شخص كما يُتَوَقَّع أن يكون عليه الأمر في المستقبل.

ولذلك سنرى كيفية إقامة المسؤولية المدنية على روبوت التداول الخوارزمي كما يلي:

المبحث الأول: المسؤولية المدنية عن روبوت التداول الخوارزمي خلال المرحلة الشبئية

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية خلال المرحلة الشبئية

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية خلال المرحلة الشبئية

المبحث الأول: المسؤولية المدنية عن روبوت التداول الخوارزمي خلال المرحلة الشخصية

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية خلال المرحلة الشبئية

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية خلال المرحلة الشبئية

المبحث الأول

المسؤولية المدنية عن روبوت التداول الخوارزمي خلال المرحلة الشئئية

يمكننا تقسيم هذه المسؤولية المدنية وفق نوعيها التقصيرية (المطلب الأول)، والعقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية خلال المرحلة الشئئية

تعتمد المسؤولية المدنية التقصيرية على فكرة "الخطأ" من حيث المبدأ¹؛ فلا بد من قيام الخطأ حتى تقوم مسؤولية الشخص في ذمته المالية، ذلك بعد إثبات "الضرر" و"العلاقة السببية بين الخطأ والضرر"².
إلا أن الحاجة لوجود شخص عاقل مسؤول عن الشيء الذي لا يعقل، قد أدت إلى نشوء "نظرية حارس الأشياء" حيث تقوم المسؤولية المدنية بافتراض الخطأ³.

وقد تم اقتراح تخفيف هذه النظرية بخصوص المسؤولية عن روبوت التداول نظراً لحركته الذاتية، على أن يكون أساس مسؤولية حارس الروبوت إهمال هذا الحارس⁴ أو رعونته⁵ واجبة الإثبات خلال تشغيل الروبوت⁶.

وبالعكس من هذا الموقف، فقد تم اقتراح تشديد أساس المسؤولية عن الروبوت، على اعتبار أنه يوجد لنظرية الخطأ المفترض استثناءات مثل نفي السببية بموجب القوة القاهرة⁷، تلك التي من الممكن أن تضيع

¹ أبو سرور، أسماء، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، نوقشت عام 2006، الصفحة 38.

² د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، عام 1968، الصفحة 743.

³ المرجع السابق، الصفحة 1096.

⁴ "Most obviously, it means tort-like liability to parties who are harmed by (HFT) misconduct. In this sense, plaintiffs will be able to take advantage of the doctrine of negligence per se to recover from HFTs who engage in market manipulation or otherwise fail to comply with applicable protective regulation". See: KORSMO, Charles R., High-Frequency Trading: A Regulatory Strategy, University of Richmond Law Review, Vol. 48, No. 2, 2014, page 606.

⁵ "Recklessness". See: YADAV, Yesha, Failure of Liability in Modern Markets, Virginia Law Review, Vol. 102, 2016, page 1056.

⁶ هكذا قد تُصبح المسؤولية التقصيرية عن الأشياء واجبة الإثبات من حيث الخطأ، الذي يُعرّف بالإخلال بالالتزام سابق يكون على شكل الامتناع عن العنف، والكف عن الغش، والإحجام عن عمل لم تهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشياء. هذا الطرح يستند على تعريف الفقيه بلانيول لركن الخطأ في المسؤولية. أنظر: أبو سرور، أسماء، مرجع سابق، الصفحة 42.

⁷ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، الصفحة 1100.

على المضرور حقّه بالتعويض، الأمر الذي أدّى إلى اقتراح "المسؤولية الموضوعية"¹؛ أي تحمّل تبعه أخطاء الشيء دون الحاجة لعنصر الخطأ من الأساس².

هذه النظريات الثلاث هي الأساس القانوني للمسؤولية المدنية التقصيرية التي يمكن أن تترتب على خطأ الروبوت كشيء، رغم أنّها في الواقع مجرد قياسٍ غير دقيقٍ بين الشيء الجامد وبين الروبوت العامل بالذكاء الاصطناعي³.

ونتساءل هنا: ما هي ماهية الخطأ في التداول الخوارزمي؟ ومن هو المسؤول عنه؟

لا يبدو من السهل تحديد ماهية الخطأ التداولي في البورصة، ولا الشخص المسؤول عنه، ويزداد الأمر تعقيداً إلى درجة أقرب للاستحالة عند الحديث عن التداول الخوارزمي أو التداول عالي التردد.

حيث إنّ الخطأ يقترن بمخالفة القانون، إلا أنّ روبوت التداول، إذ هو يخلط أوراق المستثمرين نظراً لبطء ردة فعلهم في مواجهته، فهو يستغل قدراته الذهنية الفائقة ولا تهرباً قانونياً على ذلك.

فما هو خطأ روبوت التداول الخوارزمي في صورته غير المقصودة؟ وهل يمكن أن يحمل صورةً مقصودةً؟

أولاً: الخطأ غير المقصود من الروبوت الشيء

يمكن طرح المثال عن الخطأ غير المقصود؛ كأن يُسبّب روبوت التداول الخوارزمي اضطراباً في البورصة نتيجة إدخاله لأوامر تداولٍ كثيفةٍ على أسهم غير مدرجةٍ في السوق A، بينما تكون مدرجةً في السوق B.

يمكن أن يتسبّب روبوت التداول هذا بإصابة نظام التداول الإلكتروني في البورصة بالشلل في هذه الحالة، الأمر الذي يسمح لشركات الوساطة في البورصة أن تطلب التعويض عن خطأ الروبوت الشيء من الجهة التي تقوم على تشغيله (حارس الشيء)؛ مثل شركة التداول أو صانع السوق أو غيرهما.

يظهر هنا من خطأ روبوت التداول أنّه مُجرّد شيءٍ غير عاقلٍ يقوم بعملٍ آليٍّ ضمن نسبة خطأ ممكنة، الأمر الذي يجعل من مساءلة الشخص المُشغّل أمراً مقبولاً. فلو أنّ مُشغّل الروبوت قد بذل الجهد المعقول في برمجة وتوجيه روبوت التداول لما وقع الروبوت بهذا الخطأ، ونظراً لصعوبة إثبات خطأ المُشغّل فإنّ خضوعه لنظرية الخطأ المفترض يكون حرصاً على حقوق المتضررين من أخطاء الأشياء.

ولكن هل إنّ نظرية حارس الأشياء تشترط قيام خطر فيزيائي من الشيء حتى يتمّ افتراض الخطأ؟

¹ "a robust regime of liability". See: KORSMO, Charles R., op. cit., page 609.

² Ibid, page 1061.

³ راجع في فشل أنظمة المسؤولية الحالية في الأسواق الحديثة لدى:

YADAV, Yesha, Failure of Liability in Modern Markets, op. cit., page 1031.

تبدو الصورة التقليدية لنظرية حارس الأشياء الخطرة محصورةً في إطار الخطر الفيزيائي الذي يؤدي إلى أضرار بدنية مثل السيارات، ولكن روبوت التداول هو عبارة عن برنامج لا خطراً فيزيائياً منه.

بناءً عليه، يبدو أن قياس الخطر المالي على الخطر الفيزيائي بغرض إلbas خطأ روبوت التداول لباس الخطأ المفترض، يبدو هذا القياس غير منضبطاً برأينا، الأمر الذي يطعن في إمكانية تطبيق نظرية حارس الأشياء على الروبوت في وقتنا الحالي بسبب الخطأ غير المقصود، فماذا عن الخطأ المقصود؟

ثانياً: الخطأ المقصود من الروبوت الشيء

نرى أن المثال الأهم لخطأ روبوت التداول المقصود ينحصر في التداول الهادف للإخلال بقوى العرض والطلب بغرض التلاعب بسعر السوق.

لمعت هذه الفكرة في ذهن جانب الفقه الأمريكي عندما أشار إلى إمكانية استخدام الشركات للذكاء الاصطناعي بغرض خرق القانون¹؛ سواءً أكان استخدام التداول الخوارزمي أو حتى عالي التردد بغرض التلاعب بالأسعار أم استغلال المعلومات السرية الجوهرية قبل الإفصاح عنها للجمهور في البورصة².

ولكن، ألا يستند هذا الخطأ المقصود على الوعي المترافق بسوء نية؟ فكيف يمكن الإدعاء بإدراك ووعي الروبوت وهو ما يزال شيئاً بنظر القانون؟

تقوم آلية عمل الروبوت حقيقةً على محاكاة السلوك البشري؛ أي ببساطة تقليد طريقة تفكيره واتخاذ القرارات وحتى الارتجال، فإن قام الروبوت بالتلاعب بالأسعار، فهو يقوم بتقليد الإنسان عندما يستهدف من تعاملاته التأثير بسعر السوق.

ولكن، كيف يمكن هنا حلّ التناقض الفكري بين اعتبار الروبوت سيء النية خلال التداول من جهة، وإقامة مسؤولية الشركة التي تُشغله كون الروبوت ما يزال شيء تحت الحراسة من جهة أخرى؟

¹ DIAMANTIS, Mihailis E., The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law, ComplianceNet, Working Paper Series, Article 11, 2019, page 3.

² "... securities markets are dominated by a cohort of "structural insiders," namely a set of traders able to utilize close physical and informational access to trade at speeds measured in milliseconds and microseconds, a practice loosely termed high frequency trading (HFT)". See: YADAV, Yesha, Insider Trading and Market Structure, UCLA Law Review, Vol. 63, 2016, page 968.

أنظر في عمليات بيع المعلومات للمتداولين عبر روبوتات التداول عالي التردد في جانب من الفقه الأمريكي، لدى: MARKHAM, Jerry W., Regulating the Sale of Stock Exchange Market Data to High-Frequency Traders, Florida Law Review, Vol. 71, 2019, page 1209.

يبدو من هذه الإشكالية أنّ فيها تناقضٌ فكريٌّ واضحٌ، والسبب أنّ أنظمة المسؤولية قد نشأت على أساس إقامة مسؤولية الإنسان المؤهّل لتحمل المسؤولية بالنظر إلى إدراكه ووعيه أمام القانون، وليس على أساس وجود آلة ذكية كالروبوت.

وعلى اعتبار أنّ العصر التكنولوجي الحالي هو عصر انتقالي من الآلة الذكية إلى الآلة خارقة الذكاء، فإنّ الذكاء الاصطناعي الذي تتمتع به الآلة لم يصل بعد إلى مستوى الإنسان من حيث الإدراك والوعي.

بناءً عليه، لا يمكن اعتبار روبوت التداول مسؤولاً عن نفسه؛ لأنّ جميع ما يرتكبه من أخطاء -حتى المقصودة منها- تندرج ضمن الأخطاء الإنسانية في تصنيع وبرمجة الروبوت وتعليمه أساليب التداول¹، ثم توجيهه لتنفيذها على ما يطلب الإنسان المشغّل لهذا الروبوت.

ولكن حلقة الوصل بين خطأ الإنسان سيء النية للتلاعب بالأسعار وبين قيام روبوت التداول الخوارزمي بالتأثير على الأسعار لا تبدو سهلة الإثبات في جميع الأحوال والظروف².

حيث إنّ التقنية عالية التردد مثلاً تعتمد على استراتيجية التداول الضخم الخاطف الذي يؤثر بالأسعار على هيئة التلاعب تماماً ولكن في اتجاه السوق، بينما التلاعب سيء النية يعتمد عادةً على تشكيل اتجاه تداول مصطنع مُخالف لاتّجاه السوق.

إلا أنّ الحالتين المذكورتين يغشاهما الغموض؛ حيث إنّ المتلاعب كثيراً ما يظهر بمظهر المضارب أو بالعكس، الأمر الذي يطعن في عدالة تطبيق نظرية حارس الأشياء على الأخطاء المقصودة لروبوت التداول الخوارزمي حتى في زمننا هذا.

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية خلال المرحلة الشبئية

يمكن إجمال أهم العقود التي يقوم روبوت التداول بتنفيذها نيابةً عن مُشغّلها في عقد الوساطة المالية بالارتباط مع عملاء الوسيط، وعقد صناعة السوق بالارتباط مع البورصة.

¹ أنظر في شرح البرمجة الخاصة بروبوتات خوارزميات التداول لدى:

YADAV, Yesha, Insider Trading and Market Structure, op. cit., page 992.

² أي ببساطة الارتباط بين الركن المادي والمعنوي للجريمة باستخدام الذكاء الاصطناعي. راجع حول هذا الموضوع في جانب من الفقه الأمريكي: COSME Jr., Orlando, Regulating High-Frequency Trading: The Case for Individual Criminal Liability, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 109, No. 2, Spring 2019, page 365.

سنرى كيف يمكن إقامة المسؤولية العقدية عن أخطاء روبوت التداول الخوارزمي وهو ما يزال شيئاً بنظر القانون كما هو الحال اليوم¹، وذلك من خلال هذين العقدين الأساسيين عقد الوساطة أولاً، وصناعة السوق ثانياً.

أولاً: تنفيذ عقد الوساطة من الروبوت الشيء

يمكننا تحديد مفهوم عقد الوساطة كما يلي؛ فهو ببساطة عبارة عن تفويض من الشخص الذي يرغب بالتداول في البورصة إلى شركة وساطة مالية مُرَحَّصة بغرض تنفيذ أوامر التداول التي يُصدرها المتداول (العميل) داخل نظام التداول الإلكتروني الخاص بهذه البورصة، ذلك في مقابل أتعاب يتقاضاها الوسيط. وَيَسْتَخِدِمُ الوسيط المالي كادراً وظيفياً متخصصاً بأسواق المال، بحيث يكون قادراً على استيعاب الأهداف الاستثمارية للعملاء، ثم ترجمتها لعمليات تداول في البورصة.

وإذا استخدم الوسيط الروبوت الخوارزمي، فإن ذلك سيؤدي إلى اختلال كبير في ميزان الحقوق والواجبات؛ حيث إنَّ الرؤية التقليدية للوسيط باتت تتَّصف بالسطحية بعد قيام ثورة الخوارزميات في البورصة كما أشار جانب من الفقه الأمريكي².

إنَّ مَنْ سيقوم على تنفيذ أوامر العميل التداولية في حالة تشغيل روبوت التداول الخوارزمي من الوسيط هو آلة ذكية تكون أكثر دقةً من الإنسان في تنفيذ الأوامر بوقتها وبكمياتها³ من جهة، إلا أنَّ الخوارزميات تبقى في وقتنا هذا مجرد تكنولوجيا قد تُخطئ بشكلٍ مكلفٍ جداً للعميل بفعل ضخامة أوامر التداول الخوارزمي أو عالي التردد من جهة أخرى.

¹ للتوسُّع في المسؤولية العقدية عن الأشياء، راجع في جانب من الفقه العربي: د. العيال، عبد الله، الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة واسط، العراق، العدد 25، عام 2017، الصفحة 222.

² MITTS, Joshua, A Legal Perspective on Technology and the Capital Markets: Social Media, Short Activism and the Algorithmic Revolution, SSRN Papers, page 1. See:

<https://ssrn.com/abstract=3447235> (29-4-2020).

³ وهو الأسلوب التداولي الذي يُطلَق عليه: "وكالة التداول الخوارزمي" *"Agency AT"* أي أنَّ الخوارزميات تصبح وكيلاً عن الوسيط في تنفيذ عمليات التداول الخاصة بالعملاء. أنظر:

BREEDON, Francis, et. al., Judgment Day: Algorithmic Trading around the Swiss Franc Cap Removal, Swiss Institute of Banking and Finance, Working Papers on Finance No. 12, 2019, page 2.

وقد خرجت هذه الدراسة بأنَّ التداول عبر الحواسيب باستخدام هذا الأسلوب قد أدَّت إلى انخفاض سوق العملات. أنظر:

"We find that computer trading contributed to the decline in the market quality of the currency pairs directly affected on the event day and afterwards". See: Ibid.

كما أنّ روبات الوسيط المالي قد يُقدّم بيانات خوارزمية بغرض التنبؤ¹، واستشراف حركة السوق بيعاً وشراءً واتّجاه الأسعار فيها ارتفاعاً وانخفاضاً².

فكيف سيتمّ حل إشكالية المسؤولية عن الروبوت الشيء؟

ببساطة، فإنّ شركة الوساطة ستتحمل المسؤولية، ليس من باب المسؤولية عن الشيء فقط كما في المسؤولية التقصيرية، بل لأنّ الشركة لم تقمّ على تنفيذ بنود العقد كما تمّ إبرامه نظراً لضعفٍ في تجهيزاتها التكنولوجية (روبوت التداول)؛ حيث يدخل الروبوت ضمن مفهوم الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد³.

وبالتالي، فإنّ الإسناد القانوني للمسؤولية العقدية سهل من حيث الإثبات على عميل شركة الوساطة؛ فما عليه سوى إثبات تنفيذ أمر التداول على غير ما اشترط العميل من شروطٍ خاصّة بنوع أمر التداول وسعره ووقته وكميّته إلى غير ذلك من الشروط.

يبدو هذا التحليل القانوني مقبولاً منطقياً في ظلّ تعاقد شركة الوساطة مع العملاء المتداولين بشكلٍ شخصيّ ثم، قيام الروبوت -الذي تقوم تلك الشركة على تشغيله- بارتكاب خطأ في تنفيذ أمر التداول.

لكن كيف سيكون عليه الأمر في حال كان روبوت التداول الخوارزمي هو ذاته المجيب الآلي الذي تعاقد مع العملاء ضمن المفهوم المعاصر للوسطاء العاملين بالخوارزميات⁴، ليس كآلة تعمل على خدمة شركة الوساطة بل كعاملٍ آليٍّ مُستخدَمٍ لديها؟

تُعتبرُ كل الآلات الذكية التي تعمل في خدمة شركة الوساطة وكل الروبوتات العاملة لديها في ظلّ المرحلة الشبئية التي نعيش، أشياء لا شخصية لها أمام القانون؛ ولذلك ترجع المسؤولية على شركة الوساطة تماماً وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية⁵، دون إمكانية الرجوع على الروبوت وحده مباشرةً أو التنفيذ عليه كتاباً للشركة.

¹ وهي ما أطلق عليها جانب من الفقه الأمريكي: "خوارزميات التنبؤ" *"Predictive algorithms"*. أنظر:

BURK, Dan L., Algorithmic Legal Metrics, SSRN Papers, 2019, page 1. See:

<https://ssrn.com/abstract=3537337> (29-4-2020).

² وهو ما أطلق عليه جانب آخر من الفقه الأمريكي بـ: "المستشار الروبوتي" *"Robo-advisor"*. أنظر:

BARNETT, Jeremy, Algorithms and the Law, 2017, page 4. See:

<https://Legalfutures.co.uk> (29-4-2020).

³ أنظر في المسؤولية عن الأشياء ضمن الإطار المسؤولية العقدية لدى: د. العيال، عبد الله، مرجع سابق، الصفحة 228.

⁴ YADAV, Yesha, Insider Trading and Market Structure, op. cit., page 992.

⁵ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، الصفحة 540.

ويمكن للعميل المتضرر من انتهاك عقد الوساطة المالية الرجوع على الشركة، ثم التنفيذ على جزءٍ من أموالها سواءً أكان روبوت التداول ضمن هذه الأموال أم لا.

لا يتناسب هذا الواقع الحالي مع التعاقد عبر الخوارزميات، الذي لا يكون فيه أي تدخل بشريٍّ سواءً من شركة الوساطة أم من العملاء المتداولين¹؛ حيث تقوم الروبوتات البرمجية العاملة لدى كلٍّ منهما بالتفاوض والتعاقد بشكل آليٍّ على اعتبار أنَّ الروبوت هو في الواقع نائبٌ تابعٌ للشخص المُشغِّل له، ذلك وإن لم يعترف القانون بهذه النيابة بعد.

بناءً عليه، فإنَّ ازدياد وقائع تسخير الروبوتات في عالم تعاقدات التداول في البورصة سيزيد من غربة القواعد العامة للمسؤولية العقدية عن طبيعة التعاقدات من جهة، وعن صفة الأشخاص المتعاقدين من جهة أخرى.

ثانياً: تنفيذ عقد صناعة السوق من الروبوت الشيء

عندما تضرب آفة نقص السيولة في البورصة التي تُحرِّكها أوامر المتداولين -مثل معظم البورصات العربية- فإنَّ إدارة البورصة تجد نفسها مضطرةً للترخيص بنشاط صناعة السوق².

حيث تقوم البورصة بالتعاقد مع شركة تكون على شكل بنك أو وسيط مالي على الأغلب بغرض إلزام هذه الشركة (الصانع) بتقديم السيولة بنسب معينة خلال كل جلسة تداول بما يضمن إعادة التوازن بين العرض والطلب من جهة وضخ سيولة متوازنة لا تفسد عمل السوق.

وفي مقابل تقديم صانع السوق للسيولة، فإنَّ عقد صناعة السوق يتضمَّن منح الصانع صلاحية التسعير بعد ترك هامش بين الأسعار التي يشتري بها وبين تلك التي يبيع بها، وبهذه الطريقة يتشكَّل هامش ربح للصانع بعد قيامه بالتزاماته بضخ السيولة امتثالاً لعقد صناعة السوق.

¹ تقوم الخوارزميات بتحديد التزامات أطراف العقد في العقد الإلكتروني، أنظر في جانب من الفقه الأمريكي:

"Algorithmic contracts are contracts in which an algorithm determines a party's obligations". See: SCHOLZ, Lauren Henry, Algorithmic Contracts, Stanford Technology Law Review, Vol. 20, Vol. 2, Fall 2017, page 128.

ستنشأ بخصوص التعاقد عبر الخوارزميات منازعاتٍ عديدةٍ حول مسؤولية الجهة التي تُقدِّم خدمة التصديق الإلكتروني للتوقيع الإلكتروني. أنظر حول مسؤولية مُقدِّم خدمة التصديق الإلكتروني في جانب من الفقه العربي لدى: مرجاجو، حنان، المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، الجزائر، نوقشت عام 2016، الصفحة 16.

² للتعقُّق في المنهجية التي يستخدمها صانع السوق بغرض إضافة السيولة والتسعير، راجع في جانب من الفقه العربي: د. القوصي، همام، منهج نشاط صانع السوق بإضافة هامش السيول، (بين القيمة النقدية والحجم الكمي) -نموذج بورصة الكويت، والبورصة المصرية، وبورصة نيويورك-، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية EJLES، مجلة علمية محكمة، مصر، العدد 11، يوليو 2018، الصفحة 308.

ولكن ماذا إذا استخدم هذا الصانع روبوت التداول الخوارزمي لتنفيذ عمليات صناعة السوق؟ يُعتبر هذا الفرض أمراً قائماً اليوم في العديد من البورصات العريقة مثل بورصة برلين، حيث يتمكن الصانع من إصلاح الخلل في قوى العرض والطلب السوقية بسرعة كبيرة بفعل القدرات الهائلة للتداول الخوارزمي في تنفيذ عمليات ضخمة خلال أجزاء من الثانية¹.

إلا أن الصانع المُشغّل لروبوت التداول الخوارزمي سيقف موقف المساءلة أمام البورصة في حال أخلّ هذا الروبوت ببند عقد صناعة السوق المبرم بين الصانع والبورصة.

فهنا كيف ستتم إقامة المسؤولية المدنية العقدية عن هذه الوقائع؟

يقول التحليل القانوني التقليدي أن صانع السوق مسؤول عن أداء تجهيزاته التكنولوجية ومن ضمنها التداول الخوارزمي.

بالتالي، فإن أيّ خللٍ آليّ في التسعير على طرفيّ الشراء والبيع، أو أيّ تنفيذٍ لعقود التداول في البورصة بما يُخالف نسب التداول المشترطة على الصانع في عقد الصناعة المبرم مع البورصة، كل هذه الوقائع تستحق إقامة مسؤولية صانع السوق العقدية عن أيّة أضرارٍ تحيقُ بالبورصة في قيمتها أو سمعتها بسبب هذا الخلل الآلي الناتج عن خطأ روبوت التداول الخوارزمي.

حتى أن جانباً من الفقه الأمريكي قد أشار إلى أن الرؤية التنظيمية الحالية تذهب أكثر نحو تشديد التزامات صنّاع السوق².

ولكن هذا التحليل القانوني التقليدي غير منطقيّ إزاء قيام شركة صناعة السوق بتخصيص روبوت حتى يقوم بالتعاقد مع البورصة وتنفيذ هذا العقد من الألف إلى الياء دون أيّ تدخلٍ بشريّ؛ فهذه الحالة أقرب ما تكون إلى حالة النائب التابع، ذلك في الوقت الذي ما زال فيه القانون ينظر تجاه الروبوت وكأنّه ينظر إلى الأثاث أو غيرها التجهيزات المكتبية.

¹ حول القيام بنشاط صناع السوق عبر التداول عالي التردد، راجع:

DOLGOPOLOV, Stanislav, Providing Liquidity in a High-Frequency World: Trading Obligations and Privileges of Market Makers and a Private Right of Action, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 7, No. 2, 2013, page 303.

وبخصوص تطبيق هذه التكنولوجيا في البورصات العربية، أنظر: د. القوصي، همام، ضبط نشاط صانع السوق ومزود السيولة خلال التداول الخوارزمي والتداول عالي التردد، مرجع سابق، الصفحة 24.

² "... the current push in the direction of more stringent trading obligations of market makers...". See: Ibid, page 359.

يطعن هذا التناقض في عدالة قواعد المسؤولية المدنية العقدية بين كل من صانع السوق والبورصة، الأمر الذي سيدفع الشركات العالمية المختصة بالصناعة المالية إلى النفور من تقديم خدمة صناعة السوق الروبوتية، والاكتفاء بالصناعة التقليدية التي كثيراً ما أخفقت في إعادة التوازن للبورصة بالسرعة والكيفية التي يُقدِّمها روبوت التداول الخوارزمي.

وبالمقابل، فإنَّ تساهل القانون مع هذه الشركات سيؤدِّي إلى تهرُّبها من تحمُّل مسؤوليتها بإفساد السوق تجاه البورصة، فما هو الحلُّ الأكثر عدالة لهذا التناقض؟

من الحلول الممكنة إيجاد ذمة مالية مُستقلَّة للروبوت تكون هي محل الرجوع عليها من البورصة، حيث يمكن التنفيذ على الروبوت وبيعه، ذلك قبل النقاش حول الرجوع على الصانع مُشغِّل الروبوت.

بناءً عليه، يبدو لنا بشكلٍ واضحٍ أن أية آفاقٍ مستقبليةٍ لتغيير المسؤولية المدنية (تقصيريةً كانت أم عقديةً) عن عمل روبوت التداول الخوارزمي وعالي التردد لن تكون ذات أثرٍ في إعادة التوازن المنطقي للحقوق والواجبات في ظلِّ بقاء ذات القواعد العامة المدنية التي تنظر إلى الروبوت كشيء غير عاقل، الأمر الذي يوجب على المشرعين النظر بقليل من التعمق في آفاق مرحلة الروبوت الشخص، ذلك بعد توقُّر شيءٍ من الفكر الاستشرافي للإمكانيات المستقبلية فائقة الذكاء للروبوتات، والتي باتت تطرق أبواب الحاضر.

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية عن روبوت التداول الخوارزمي خلال مرحلة الشخصية

لسنا مع فكرة منح الروبوت الشخصية القانونية الافتراضية كغايةٍ بحدِّ ذاتها؛ حيث إنَّ هذا الأمر هو عبارة عن مرحلةٍ في الطريق إلى الانتقال من المكانة البشرية دون أدنى شكٍّ¹.

تفرض مقتضيات الواقع على المشرعين عدم التعامي عن الواقع التكنولوجي، الذي يحتاج إلى فرض قواعد قانونية عادلة للأشخاص الذين يقومون بتشغيل الروبوتات أو الذين يتعاملون مع مُشغِّليه.

¹ د. القوصي، همام، نظرية الشخصية الافتراضية للروبوت وفق المنهج الإنساني -دراسة تأصيلية تحليلية استشرافية في القانون المدني الكويتي والأوروبي-، مجلة جيل المحكمة للأبحاث القانونية العميقة المحكمة، مركز جيل للبحث العلمي ILRC، طرابلس، لبنان، العدد 35، سبتمبر 2019، الصفحة 11.

نقوم بطرح أفكار هذا المبحث ضمن هذا الإطار الضيق، وبعد ضمان عدم تطوير المنهجية الفكرية للروبوتات إلى درجة الإنسان، ذلك بناءً على استشراف وصول الروبوت إلى مرحلة الشخص ذو الأهلية الناقصة أو حتى الكاملة¹.

حيث سنفترض تطور إمكانيات الروبوتات في المستقبل القريب إلى درجة قريبة من الإنسان، فكيف سيكون عليه الأمر إزاء قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية (المطلب الأول) أو العقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية خلال مرحلة الشخصية

تسعى صناعة الذكاء الاصطناعي إلى تحقيق أكبر قدر من الاستقلال الذاتي للروبوتات في المستقبل، وتندرج روبوتات التداول الخوارزمي ضمن هذا الإطار في السعي نحو تشكيل شخصية مُستقلة عن الشخص المُشغّل².

ستصل آفاق المسؤولية التقصيرية في المستقبل إلى أبعد مدى ممكن في إطار المسؤولية عن الروبوتات بشكلٍ عامٍّ، وروبوتات التداول الخوارزمي بشكلٍ خاصٍّ، ذلك بسبب الخدمات الكثيرة التي ستحلُّ فيها الروبوتات محلَّ الإنسان.

وسنرى هذه الآفاق فيما يخصُّ الأخطاء غير المقصودة أولاً، أو المقصودة ثانياً.

أولاً: الأخطاء غير المقصودة للروبوت الشخص

يبدو أنَّ الشخصية القانونية الافتراضية للروبوت -في زمنٍ قريبٍ قادمٍ-، ستكون مسألةً مفروغاً منها؛ فالذكاء الاصطناعي سيقترّب في محاكاته من الذكاء البشري.

تبدو هذه الفكرة في عالم البورصة وأسواق المال مؤثرةً جداً على سيولة السوق؛ حيث إنَّ القيام بالتداول عبر الروبوت قد أضحى أمراً أساسياً ابتداءً من الانتقال إلى نظام التداول الآلي في التسعينيات، إلى تسخير التكنولوجيا ضمن الصناعات المالية في يومنا هذا.

¹ عبر جانب من الفقه الأمريكي عن هذه المسألة بالجملة التالية: "الخوارزميات كشخص اصطناعي" "Algorithms as artificial persons". أنظر:

BARNETT, Jeremy, op. cit., page 10.

² "The cutting edge of the AI, machine learning, and robotics fields emphasizes autonomy, whether of smart contracts, high-frequency trading algorithms (at least in time spans undetectable by humans), or future robots". See: PASQUALE, Frank, Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explain ability in an Algorithmic Society, OHIO State Law Journal, Vol. 78, No. 5, 2017, page 1253.

وعلى فَرَضِ أَنَّ رُوبوت التداول قد أضحي شخصاً أمام القانون، فكيف سيكون شكل القواعد القانونية التي تحكم مسؤوليته التقصيرية عن أخطاء التداول؟

يمكننا القول مبدئياً بأنَّ الانفكاك الكامل بين الشركة المتداولة التي تقوم على تشغيل الروبوت وبين المسؤولية عن أخطائه هو من الأمور المُستبَعَدَة في المستقبل المنظور، ذلك ليس بالاستناد على أنَّ الخطأ الذي ارتكبه الروبوت ينبع من قرار بشري¹، بل لأنَّ الإنسان هو مرجعية المسؤولية عن الروبوت الشخص أمام القانون؛ تماماً مثلما يكون الأب هو المسؤول بالمال عن ابنه القاصر.

فحتى وإن بلغ إدراك ووعي روبوت التداول مبلغاً راقياً، إلَّا أنَّ المرجعية في المسؤولية ستكون على الشركة المُشغِلة له ضمن نشاط التداول، ولكن عبر أسلوب جديد لبناء المسؤولية، فكيف ستلعب شخصية الروبوت دوراً في تغيير البيئة القانونية لهذه المسؤولية؟

يقول الواقع بأنَّ المستقبل المنظور قد يصل بذكاء الروبوت إلى مستوى الإنسان، إلَّا أنَّ منح الروبوت الشخصية القانونية الكاملة هو أمر مستبعدٌ من الناحية التشريعية؛ نظراً لكون المسألة تمسُّ بالمساواة بين الإنسان والآلة دستورياً، وكذلك حقوق الإنسان أيضاً.

بناءً عليه، فإنَّ المستقبل الذي سيحمل معه الاعتراف بالشخصية الافتراضية للروبوت سيدفع المشرع إلى التفرقة بين مركزين قانونيين لروبوت التداول:

1- روبوت التداول غير المُميّز؛ ذلك الذي يتمتّع بدمية مالية مُستقلّة عن مالكه، إلَّا أنَّه محرومٌ من حقه بإدارة أمواله نظراً لعدم ارتقاء شخصيته إلى حدود الأعمال التي تدور بين النفع والضرر.

فهنا يمكن القول بأنَّ الذمة المالية لروبوت التداول غير المُميّز ستكون في المستقبل هي محل التنفيذ بعد قيام المسؤولية المدنية التقصيرية عن خطأ الروبوت غير المقصود.

سيكون ذلك برأينا كمرحلة تنفيذ أولي، فإن كانت ذمة الروبوت غير كافيةً للتعويض، جاز حينئذٍ الرجوع على مُشغِله استناداً على أنَّ المُشغِلة مسؤولٌ وفق الخطأ المفترض (حارس الأشياء)، أو -كما استشرّف البرلمان الأوروبي- استناداً على كون المالك هو النائب الإنساني للروبوت (النائب الإنساني المسؤول²)، فيمكن

¹ BATEMAN, Will, Algorithmic Decision-Making and Legality: Public Law Dimensions, SSRN Papers, 2019, page 1. See: <https://ssrn.com/abstract=3496386> (29-4-2020).

² د. القوصي، همام، إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت (تأثير نظرية "النائب الإنساني" على جدوى القانون في المستقبل) -دراسة تحليلية استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات-، مجلة جيل المحكمة للأبحاث القانونية العميقة المحكمة، مركز جيل للبحث العلمي JILRC، طرابلس، لبنان، العدد 25، مايو 2018، الصفحة 88.

هنا أن يعتمد المشرع في المسؤولية على أساس الخطأ المفترض أو واجب الإثبات، كما أنّها قد تستند على فكرة المسؤولية الموضوعية لإدارة الخطر دون وجود ركن الخطأ¹.

نرى ببساطة أنّ الوسيط المالي سيكون مسؤولاً عن خطأ الروبوت غير المميّز بإدخال أوامر التداول الخوارزمي أو عالي التردد بشكل خاطئ تجاه أيّ مستثمرٍ متضررٍ من هذا الخطأ، ذلك تأسيساً على المسؤولية التقصيرية بعد الرجوع على ذمة الروبوت المالية وعدم كفايتها لتسديد مبلغ التعويض، وذلك مع إلغاء ركن الخطأ تأسيساً على مسؤولية موضوعية تقوم على النائب الإنساني؛ فلا يجوز هنا إرهاب المضرور بعبء إثبات خطأ الوسيط، ولا يجوز بالمقابل الاستناد على الخطأ المفترض عن الأشياء كون الروبوت قد أصبح في ذلك الوقت شخصاً مُتمتعاً بذمة مالية مُستقلة.

هكذا يتمّ التوازن بين قدرات روبوت التداول الذاتية التي لا يمكن للوسيط المالي إدارتها بشكل كامل، فلا يجوز الرجوع عليه أولاً، وبين فرض قاعدة الرجوع على ذمة الروبوت أولاً التي ستصبُّ فيها أجوره وموارده.

2- روبوت التداول المميّز؛ سيتمّ هذا الروبوت بحقوقٍ مدنيةٍ راقيةٍ تصل إلى حدود إدارته لأمواله بيعاً وشراءً، فهنا يمكن للروبوت التداول في البورصة لحسابه الشخصي، ويمكن له حتى أن يكون مرخصاً له بنشاط صانع السوق ترخيصاً شخصياً باسمه. إلا أنّ الروبوت المميّز هذا سيبقى مملوكاً للإنسان، وهذا ما يفتح التساؤلات عن تبعة أخطاء هذا الروبوت.

يبدو لنا أنّ روبوت التداول المميّز سيكون مسؤولاً بشكلٍ كاملٍ عن تصرّفاته، فإن قام بخطأ في صناعة السوق عبر التداول الخوارزمي، فلا يجوز للمتضررين من المستثمرين الرجوع إلا على ذمته المالية المُستقلة دون ذمة مُشغّله.

أمّا إذا استطاع المضرور إثبات خطأ المُشغّل، فهنا بإمكانه الرجوع عليه استناداً على المسؤولية التقصيرية ذات الخطأ واجب الإثبات، وهذا يعني أنّ وصول روبوت التداول لمستوى التمييز سيعني انتهاء عصر تحمّل تبعة أخطائه من الإنسان.

¹ "... causes of action impose liability without requiring any proof as to the mental state of the actor, a circumstance that makes one liable even for accidental or inadvertent violations of the law". See: SCOPINO, Gregory, Do Automated Trading Systems Dream of Manipulating the Price of Futures Contracts? Policing Markets for Improper Trading Practices by Algorithmic Robots, Florida Law Review, Vol. 67, No. 1, January 2016, page 253.

يمكن طرح مثال بخصوص المسؤولية عن المنتجات الالكترونية دون الحاجة لإثبات وجود الخطأ في المسؤولية عن السجائر الالكترونية في القانون الفرنسي والأمريكي، تلك التي تستند على مُجرّد قيام العيب في السلعة. أنظر: عثمان، أميد، المسؤولية المدنية عن أضرار السجائر الإلكترونية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019، الصفحة 480.

ثانياً: الأخطاء المقصودة للروبوت الشخص

إذا كان الروبوت البرمجي قادرٌ على ارتكاب ممارسات مقصودة نتيجة محاكاة الذكاء الاصطناعي للبشري، فمن الأولى الحديث عن الأخطاء المقصودة للروبوت الشخص في البورصة سواءً أكان مُميّزاً أم غير مُميّز.

وهو الأمر الذي اختصره جانب من الفقه الأمريكي ضمن مفهوم التلاعب بالأسعار عبر روبوت الخوارزميات¹، وقد شكك جانب آخر من ذات الفقه بقدرة العقوبات التأديبية في البورصة على مواجهة الأخطاء المقصودة في عصر تكنولوجيا التداول²، خاصةً بخصوص تعاملات التداول عالي التردد التي تكون كثيفة غير واضحة المعالم والمقاصد.

فمن الممكن أن تسعى شركة الوساطة المالية المُشغلة لروبوت التداول إلى تطبيق مُخططات تداول عالي التردد حتى تؤثر على الأسعار، فهنا كيف سيتم تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية على الروبوت الشخص؟

الحقيقة أنّ مسألة سوء النية ستكون قائمةً بشكل ثابتٍ علمياً لدى الروبوت الشخص في المستقبل نتيجة تقليد البشر؛ حيث سيحظى الروبوت بوعي وإدراكٍ قادرٍ على تملك ذمة ماليةٍ في مرحلة انعدام التمييز، وقادرٍ على إدارة ذمته المالية في مرحلة التمييز³.

وبالتالي، فإنّ الروبوت الشخص سيكون مسؤولاً عن أضرار المستثمرين المُرتبّة على تلاعب روبوت التداول بالأسعار، ذلك بعد قيام الدليل على وجود خوارزمياتٍ هادفةٍ إلى التأثير في الأسعار ضمن برمجة هذا الروبوت؛ كأن يستهدف التداول عالي التردد رفع أو خفض أو تثبيت الأسعار مثلاً⁴.

¹ SCOPINO, Gregory, op. cit., page 221.

² "Although uncertainty might itself deter intentional fraudsters or other egregious actors, the Dodd-Frank penalty regime covers all wrongdoing, both intentional and unintentional. The Commission should consider the impact of uncertainty on behavior that falls on the borderline of legality, potentially resulting in the over deterrence of some socially beneficial behavior". See: LIEBMANN, Samuel N., Dazed and Confused: Revamping the SEC's Unpredictable Calculation of Civil Penalties in the Technological Era, Duke Law Journal, Vol. 69, 2019, page 446.

³ الأمر الذي سيؤدي إلى إيجاد بيئة مُفضّلةٍ أكثر من العقوبات التأديبية التي تفرضها لجنة البورصة على الروبوت الشخص والجهة المُشغلة، راجع في جانب من الفقه الأمريكي:

"The imprecise framework also results in unpredictable and incomprehensible penalty calculations that incentivize excessive settlement rates and could stymie desirable behavior". See: LIEBMANN, Samuel N., op. cit., page 463.

⁴ "High-Frequency Trading (HFT) may involve manipulative or parasitic trading strategies". See: KORSMO, Charles R., op. cit., page 528.

نرى هنا أن تقوم المسؤولية على ذمة الروبوت المالية المستقلة عن ذمة مُشغِّله في المستقبل، فإن لم تكفِ هذه الذمة، فنرى أن الرجوع على المُشغِّل -الذي لم تثبت سوء نيته- سيكون استناداً على:

1- المسؤولية الموضوعية دون وجود ركن الخطأ بخصوص الروبوت غير المُميّز.

2- المسؤولية التقصيرية واجبة الإثبات لركن الخطأ بخصوص الروبوت المُميّز بعد انتهاء عصر تحمُّل تبعه الروبوت.

إلا أن ما يُميِّز المسؤولية عن الخطأ المقصود للروبوت هو أن العديد من الأشخاص ستناهم المسؤولية المدنية، كالمبرمج الذي يزرع خوارزميات التلاعب بالأسعار في برمجة الروبوت، والمُشغِّل الذي يطلب من المبرمج توفير هذه الخوارزميات.

وبالتالي، فإنَّ المسؤولية عن خطأ الروبوت المقصود سيحظى بدممٍ ماليةٍ عديدةٍ يمكن للمضرور الرجوع عليها مباشرةً؛ ذلك نظراً لاشتراك مجموعةٍ من الأشخاص بممارسات الروبوت المقصودة.

بناءً عليه، فإنَّ قدرة المضرور على إثبات سوء نية الروبوت الشخص خلال التداول، قد تؤدي تعني امتداد المسؤولية إلى مجموعةٍ من الأشخاص المشتركين بتجهيز الروبوت للتداول بسوء نية.

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية خلال مرحلة الشخصية

ستكون آفاق المسؤولية المدنية العقدية على موعدٍ مع تحدياتٍ قانونيةٍ جذريةٍ إزاء تطور قدرات الذكاء الاصطناعي، فإذا وصلت القدرات الذهنية الإدراكية للروبوت إلى درجةٍ قريبةٍ من القدرات البشرية؛ ففي هذه الحالة، ستكون البورصة كتاباً مفتوحاً أمام روبوت التداول.

فكيف يمكن هنا إقامة المسؤولية العقدية على روبوت التداول الخوارزمي؟

سنُجيب عن هذا التساؤل من خلال دراسة أهم عقدين في البورصة؛ عقد الوساطة المالية أولاً، وعقد صناعة السوق ثانياً.

أولاً: تنفيذ عقد الوساطة من الروبوت الشخص

عندما يصل روبوت التداول الخوارزمي إلى درجة الوعي القادرة على التعاقد مع العملاء نتيجة تعلُّمه المزيد من الخوارزميات المُتقدِّمة¹، فإننا سنكون هنا بصدد احتمالين:

¹ يرى جانب من الفقه الأمريكي أن تعاقدات الشركات فيما بينها ستعتمد شيئاً فشيئاً على الخوارزميات التي تتعلَّمها روبوتات هذه الشركات. أنظر:

1- الروبوت الشخص خلال تشغيله من الوسيط المالي؛ فهنا سيكون للروبوت ذمة ماليةً مُستقلةً قادرةً على تحمُّل الالتزامات وتلقّي الحقوق، ولذلك فبإمكان المضرور الرجوع على الروبوت أو على الوسيط المُشغِّل له، فلا نرى إمكانية وجود تسلسلٍ للرجوع كما جاء بصدد المسؤولية التقصيرية عن الروبوت غير المُميّز، فالمسؤولية العقدية تقوم على الوسيط المالي بمجرد انتهاك العقد.

سيكون الوسيط بصدد المسؤولية العقدية مسؤولاً بشكل تلقائي عن أخطاء الروبوت بعد انتهاك عقد التداول مع العميل، ليس استناداً على نظرية حارس الأشياء، بل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع¹.

2- الروبوت الشخص بعد الترخيص له بعمل الوساطة المالية استقلالاً؛ فهنا يكون الروبوت قد وصل إلى مرحلة التمييز التي تسمح له بإدارة أمواله والحصول على الترخيص اللازم لتقديم خدمة الوساطة ضمن مشروعه الخاص.

فعلى الرغم من أنّ الروبوت سيبقى -على الأغلب- مملوكاً للإنسان حتى بعد وصوله إلى مرحلة التمييز، إلا أنّ روبوت التداول المُميّز سيكون قادراً على تأسيس وترخيص شركته الخاصّة بالوساطة المالية، ذلك قياساً على القاصر المُميّز.

بناءً عليه، سيكون الروبوت وحيداً أمام المسؤولية العقدية عن انتهاك عقد الوساطة، فلا يوجد شركة وساطة تقوم على تشغيله، بل إنّ الروبوت في هذه المرحلة سيكون قادراً على إدارة الشركة بذاته، مثل شركات "الفاينتك" "FinTech" لكن بصورة أكثر تطوراً عن تلك التي نراها اليوم².

¹ "Machine learning algorithms are increasingly involved in the formation of business-to-business contracts, so it is important to think about how law comes into play when analyzing how algorithms are in contract formation". See: SCHOLZ, Lauren Henry, op. cit., page 169.

¹ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، الصفحة 1012.

² تتّجه معظم الشركات نحو تحويل نشاطها باتجاه الأتمتة؛ لأنّ ذلك سيؤدّي إلى تخفيض التكاليف وزيادة الإنتاجية والسرعة في التنفيذ، إلا أنّ القانون سيكون عاجزاً -شيئاً فشيئاً- عن مواجهة هذه الشركات بسبب قصور الأدوات القانونية عن ملاحقة الصورة التكنولوجية الحديثة للشركات في حالة مخالفتها للقانون. أنظر في جانب من الفقه الأمريكي:

"Automation is the future for many corporations. That future will make them faster and cheaper, but it will not eliminate corporate harm. The law, as it presently stands, will soon find itself without any tools to address broad swathes of corporate misconduct". See: DIAMANTIS, Mihailis E., op. cit., page 27.

ولكن التساؤل هنا: هل يمكن للعملاء الرجوع على مالك -وليس مُشغّل- روبوت التداول المُميّز في حالة انتهاك عقد التداول¹؟

يبدو لنا أنّ فكرة الملكية ستكون في زمن الروبوت المُميّز محلاً لنقاشٍ فلسفي وأخلاقيّ كبير، إلّا أنّ المبدأ العام للملكية هو قيام مسؤولية الشخص عن الأضرار التي تُسببها أملاكه مهما كان شكلها.

وبالتالي، فإنّ عدم تدخّل المشرع لإعفاء مالك روبوت التداول -كشخصٍ مُميّز- عن المسؤولية الناتجة عن أخطاء هذا الروبوت، سيؤدّي إلى إمكانية رجوع عملاء التداول على مالك الروبوت.

إلّا أنّنا نرى أنّ مسؤولية المالك -غير المُشغّل- عن الروبوت المُميّز -صاحب الشركة- لن يكون في زمنه عنصراً جذاباً للاستثمار في سوق الروبوتات فائقة الذكاء، الأمر الذي سيؤدّي إمّا إلى تقويض سوق الصناعة التكنولوجية في مجال البورصة؛ حيث تكثُر الأخطاء والمسؤوليات والخسائر، أو إلى قيام تكتلاتٍ خاصّةٍ بملاك روبوتات التداول بغرض تشكيل نفوذٍ دوليٍّ واسعٍ قادرٍ على تشريع القوانين التي تُعفيهم من المسؤولية. فقد تبدّى -في هذه النقطة بالذات- أنّ الأعمال التشريعية الدولية كثيراً ما ترضخ لنفوذ الشركات الضخمة عابرة القارات، خاصّةً تلك التي تعتمد على قطاع التكنولوجيا في خدماتها وصناعاتها.

حيث شاهدنا عام 2017 كيف بشرّ المشرع الأوروبي بأهلية الروبوت²، ذلك قبل وجود أيّ ضمانٍ هندسيٍّ أو برمجيٍّ بغرض إبقاء الروبوت مُسخراً لخدمة الإنسان³، وأيضاً قبل إقرار أيّة ضوابطٍ تضمن حماية المستثمرين في البورصة من استخدام روبوتات التداول الخوارزمي⁴.

فإذا كانت حتى السلطات التنظيمية العريقة للبورصة الأمريكية، غير قادرةٍ على مواجهة أفضلية السرعة الفائقة لروبوتات التداول عالي التردد كما جاء في جانب من الفقه الأمريكي⁵، فكيف سيكون عليه الأمر بعد ارتقاء الروبوت إلى مرتبة الشخص؟

¹ ولهذا تبدّى لجانب من الفقه الأمريكي ضرورة ابتكار صنّاع السياسات التنظيمية في أسواق المال لمنهجية جديدة تقوم على حماية المستثمرين من التغييرات التكنولوجية التي تحيط بالبورصة. أنظر:

"... policymakers should rethink what (investor protection) means in a world which is undergoing rapid technological change".

See: MITTS, Joshua, op. cit., page 50.

² Section 59 (f), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

³ د. القوصي، همام، إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت، مرجع سابق، الصفحة 102.

⁴ YADAV, Yesha, Insider Trading and Market Structure, op. cit., page 1012.

⁵ "... the speed advantage of the HFTs' computerized algorithmic trading and their use of high-speed lines and other modern communication advances". See: MARKHAM, Jerry W., op. cit., page 1259.

بالتأكيد، فإنَّ الأفضلية المطلقة في مستقبل التداول ستكون للذكاء الاصطناعي على حساب جمهور المتداولين.

ثانياً: تنفيذ عقد صناعة السوق من الروبوت الشخص

سيكون تأثير خطأ روبوت التداول الشخص بخصوص صناعة السوق حسَّاساً جداً ليس على مصالح المتداولين أو توازن البورصة فقط، بل على سيولة الاستثمار في أسواق المال، وسيكون الأمر أكثر سوءاً إذا كانت بنية البورصة التي تعمل فيها روبوتات التداول غير قادرة على مواكبة السرعة والكميات التي تعمل بها هذه الروبوتات¹.

مثل هذه التأثيرات العميقة تُشيرُ إلى أنَّ الاعتماد على الروبوت الشخص غير المُميَّز في تنفيذ التزامات صناعة السوق من تسعير وتنفيذ عمليات سيكون في إطار تسخير التكنولوجيا في القطاع المالي فقط وليس استقلالها.

ببساطة، فإنَّ رقابة الشركة المُرخَّصة بصناعة السوق على روبوت التداول الخوارزمي ستكون أكبر من رقابة شركة الوساطة على روبوت تنفيذ تداول العملاء.

حيث إنَّ نشاط الوساطة المالية يقترب من الروتين امتثالاً لشروط أوامر التداول المذكورة من العميل، بينما يتضمَّن نشاط صانع السوق الكثير من العمل الارتجالي الذي يتطلَّب استشعار انخفاض أو ارتفاع كل من العرض والطلب، ثم الاستجابة لهذه المتغيرات بالسرعة والكمية الكفيلة بإعادة التوازن في السوق دون إفساد التلاقي الطبيعي بين جانب العروض في مواجهة جانب الطلبات.

بناءً عليه، تبدو ذمة الروبوت قبل مرحلة التمييز غير كافية وحدها لتحمل المسؤولية عن أخطاء صناعة السوق التي كثيراً ما تفشل، وكثيراً ما تؤدي إلى خسائر فادحة في القيمة السوقية للبورصة.

يبدو هنا أنَّ الرجوع على ذمة شركة صناعة السوق مع ذمة الروبوت أمراً لا بدَّ منه، ليس على مبدأ التسلسل الوارد في المسؤولية التقصيرية، بل على أساس المسؤولية العقدية نظراً لانتهاك بنود عقد من جهة، وعلى أساس مسؤولية المتبوع (صانع السوق) عن أخطاء التابع (الروبوت غير المُميَّز).

وكذلك في حالة الروبوت المُميَّز، فإنَّ فشل تكنولوجيا التداول الخوارزمي في القيام بالتزامات الشركة صناعة السوق تجاه البورصة سيؤدِّي إلى إقامة مسؤولية كل من الشركة والروبوت المُميَّز عن انتهاك العقد.

¹ يرى جانب من الفقه الأمريكي أنَّ إهمال عملية إصلاح البورصة سيجعل منها محلاً ممكناً لممارسة استغلال المعلومات السرية الجوهرية في البورصة. أنظر:

YADAV, Yesha, Insider Trading and Market Structure, op. cit., page 1030.

ولكن يثور هنا تساؤل: بالنظر إلى المخاطر الكبيرة لصناعة السوق على توازن البورصة، فهل يمكن الترخيص للروبوت المُمَيِّز بصناعة السوق استقلالاً؟

يبدو لنا أنَّ الروبوت المُمَيِّز قد يمتلك شركة لصناعة السوق في البورصات الافتراضية أو ضمن منصات التداول غير الرسمية (السوق غير المنظمة)، أمَّا بخصوص البورصات المنظمة الرسمية فيصعب تصوُّر اعتماد هذه البورصات -التي تؤثر وتتأثر بالاقتصاد الوطني بشكلٍ كبيرٍ- على روبوت لصناعة سوقها.

خاصَّةً أنَّ فكرة مسؤولية مالك روبوت التداول المُمَيِّز عن أخطاء هذا الروبوت ستكون محلَّ نقاشٍ؛ ممَّا سيُضِيعُ على البورصة الكثير من قيمتها التداولية في حالة تعاقدها مع روبوت لصناعة سوقها.

بناءً عليه، ستبقى فكرة روبوت التداول المُرَخَّص كصانع سوق مستقل رهناً بالمزيد من التطوُّر الذهني للذكاء الاصطناعي، ذلك إلى الدرجة التي ستقترب فيها إمكانيات الروبوت من الإنسان الراشد، إلاَّ أنَّ امتناع المشرعين عن منح روبوت التداول الشخصية القانونية الراشدة سيكون مُستنداً على مبرراتٍ أخلاقيةٍ أكثر منها تكنولوجية أو مالية¹.

ستواجه في المستقبل هذه التناقضات القانونية والتكنولوجية مع المقترحات التي أبداها جانب من الفقه الأمريكي بضرورة الفصل بين وعي الروبوت وبين وعي الإنسان المُشغَّل له²؛ حيث يبدو أنَّ هذا الطرح سيؤدِّي إلى الاعتراف الأكيد بوعي الروبوت كشخصٍ راشدٍ أمام القانون في المستقبل.

يتمُّ النظر هنا إلى أنَّ مواجهة روبوت التداول كشخصٍ راشدٍ في البورصة ستتطلَّب أتمتة عملية تنظيم ومراقبة البورصة³ بشكلٍ متكافئٍ مع روبوتات التداول والتنظيم من حيث الذكاء الاصطناعي.

الخاتمة

ليست الحكمة في الإبقاء على القواعد العامة إزاء الإمكانيات الحالية لروبوتات التداول الخوارزمي، ولا في الانسياق وراء حُجَى التكنولوجيا بغرض تشريع قواعدٍ تجعل من الروبوت شخصاً متكافئاً مع الإنسان بنظر القانون، حتى في ظل الإمكانيات المستقبلية لهذه الروبوتات.

¹ راجع في تجاذبات الأخلاق مع الذكاء الاصطناعي لدى جانب من الفقه الأمريكي لدى:

MCNAMARA, Steven R., The Law and Ethics of High-Frequency Trading, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 17, No. 1, 2016, page 71.

² "The cornerstone of Balkin's proposal is to create obligations of responsibility in systems that do not necessarily share the human experience of intent". See: PASQUALE, Frank, op. cit., page 1254.

³ "... the automation of statutory powers". See: BATEMAN, Will, op. cit., page 14.

والحل يمكن في تعديل قواعد المسؤولية عن روبوت التداول الخوارزمي بما يكفل عدالة هذه القواعد في الحاضر من جهة، وتحسينها من ضياع المكانة البشرية في المستقبل من جهة أخرى.

النتائج

- 1- يقدر روبوت التداول على القيام بكل النشاطات المالية في البورصة عبر تقنية التداول الخوارزمي المستندة على الذكاء الاصطناعي.
- 2- تبدو القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بعيدة عن الواقع بعد تطوُّر إمكانيات الروبوت (الشيء) في التداول.
- 3- يمكن مُشغِّل روبوت التداول (الشيء) التهرب من المسؤولية المستندة على الخطأ المفترض استناداً على نظرية حارس الأشياء بعد إثبات القوة القاهرة.
- 4- ستكون المسؤولية العقدية عن روبوت التداول (الشيء) واضحة التأصيل على أساس انتهاك العقد مع العملاء في حالة عقد الوساطة، أو مع البورصة في حالة عقد صناعة السوق.
- 5- سيؤدِّي منح روبوت التداول الشخصية الافتراضية كشخصٍ غير مُميَّز أمام القانون إلى منح الروبوت ذمةً ماليةً مُستقلَّةً يمكن الرجوع عليها أولاً إزاء المسؤولية التقصيرية.
- 6- سيؤدِّي ارتفاع الروبوت إلى درجة الشخص المُميَّز إلى انتهاء عصر المسؤولية عن الروبوت كشيءٍ إلّا بموجب الخطأ واجب الإثبات.
- 7- ستكون الذمة المالية المُستقلَّة للروبوت الشخص -سواءً أكان مُميَّزاً أم غير مُميَّز- محلاًً ممكناً للرجوع عليها على أساس المسؤولية العقدية استناداً على مسؤولية المتبوع (الشركة المُشغِّلة) عن أعمال التابع (الروبوت الشخص).
- 8- سينشأ في المستقبل تناقضٌ بين مسؤولية مالك روبوت التداول الشخص المُميَّز عن خطأ هذا الروبوت، في الوقت الذي سيحقُّ للروبوت تأسيس شركاتٍ خاصَّةٍ به لممارسة الوساطة المالية وصناعة السوق.

المقترحات

1- في الحاضر:

- أ- بخصوص المسؤولية التقصيرية تجاه المستثمرين والجمهور:
- فرض قاعدة المسؤولية الموضوعية دون النظر لخطأ الشركة مُشغِّلة للروبوت.

- فرض قاعدة التنفيذ على الروبوت ذاته كمالٍ منقولٍ، قبل الرجوع على الشركة المُشغلة له، فإن لم يكفِ ثمن الروبوت أو لم تتدخل الشركة لتغطية النقص أو لتسديد التعويض أساساً، أمكن للمنقذ الرجوع على الشركة بكامل ذمتها المالية.

ب- بخصوص المسؤولية العقدية تجاه عملاء الوسيط المالي أو تجاه البورصة:

- فرض المسؤولية العقدية عن أخطاء روبوت التداول الخوارزمي على الشركة المُشغلة نظراً لكون الروبوت جزءاً من البيئة التشغيلية لهذه الشركة.
- فرض قاعدة التنفيذ على الروبوت ذاته كمالٍ منقولٍ قبل التنفيذ على الشركة المُشغلة له في حالة التعاقد بالخوارزميات فتكون الروبوتات هي مَنْ قامت بالتعاقد على طرفي العقد.

2- في المستقبل:

- أ- بخصوص شخصية روبوت التداول الخوارزمي مع اشتراط تقييد تطوير هندسة الروبوت في إطار الخضوع للحضارة البشرية:
- يُصبح الروبوت شخصاً بنظر القانون بعد منح روبوت التداول الخوارزمي الشخصية الافتراضية، ذلك بما يتساوى مع:
 - الإنسان غير المُميّز؛ بغرض منحه الحق بذمة مالية مُستقلة عن الشركة المُشغلة.
 - الإنسان المُميّز؛ بغرض منحه الحق بالتداول لحسابه.
 - عدم منح روبوت التداول الحق بالوصول إلى شخصية الإنسان الراشد مهما بلغت إمكانياته الذهنية والإدراكية.

ب- بخصوص المسؤولية التقصيرية تجاه المستثمرين والجمهور:

- فرض المسؤولية على روبوت التداول غير المُميّز في إطار ذمته المالية أولاً، ثم فتح إمكانية الرجوع على الشركة المُشغلة على أساس المسؤولية الموضوعية دون وجود ركن الخطأ (انتهاء عصر الخطأ المفترض لحراسة الشيء).
- فرض المسؤولية على روبوت التداول المُميّز في إطار ذمته المالية أولاً، ثم فتح إمكانية الرجوع على الشركة المُشغلة بشرط إقامة الدليل على خطأ التشغيل (انتهاء عصر تحمل تبعه الروبوت).

ج- بخصوص المسؤولية العقدية تجاه عملاء الوسيط المالي والبورصة:

- بالنسبة للروبوت غير المُميّز العامل، فتكون المسؤولية على الذمة المالية للروبوت وعلى الشركة المُشغلة بناءً على مسؤولية المتبوع.

- بالنسبة للروبوت المُمَيِّز العامل، فتكون المسؤولية أيضاً على الذمة المالية للروبوت وعلى الشركة المُشغِّلَة، فيما يمكن الاتفاق على غير ذلك.
- بالنسبة للروبوت المُمَيِّز صاحب الترخيص بالوساطة المالية أو صناعة السوق، فتكون ذمته المالية هي الضامنة للمسؤولية العقدية الناشئة عن تعاقداته دون إمكانية الرجوع على مالكة إلا إذا ثبت خطأ هذا المالك.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

- أبوسرور، أسماء، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح
- عثمان، أميد، المسؤولية المدنية عن أضرار السجائر الإلكترونية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019.
- العيال، عبد الله، الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة واسط، العراق، العدد 25، عام 2017.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، عام 1968.
- القوصي، همام:
- إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت (تأثير نظرية "النائب الإنساني" على جدوى القانون في المستقبل) - دراسة تحليلية استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات-، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مجلة دولية محكمة تصدر عن مركز جيل للبحث العلمي JILRC، طرابلس، لبنان، العدد 25، مايو 2018.
- منهج نشاط صانع السوق بإضافة هامش السيول، (بين القيمة النقدية والحجم الكمي) - نموذج بورصة الكويت، والبورصة المصرية، وبورصة ونيويورك-، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية EJLES، مجلة علمية محكمة، مصر، العدد 11، يوليو 2018.

- نظرية الشخصية الافتراضية للروبوت وفق المنهج الإنساني -دراسة تأصيلية تحليلية استشرافية في القانون المدني الكويتي والأوروبي-، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مجلة دولية محكمة تصدر عن مركز جيل للبحث العلمي IILRC، طرابلس، لبنان، العدد 35، سبتمبر 2019.
- ضبط نشاط صانع السوق ومزود السيولة خلال التداول الخوارزمي والتداول عالي التردد -مقارنة بورصات لندن وبرلين وأوساكا مع بيئة البورصات العربية-، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مجلة دولية محكمة تصدر عن مركز جيل البحث العلمي IILRC، طرابلس، لبنان، العدد 39، مارس 2020.
- مرجاجو، حنان، المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، الجزائر، نوقشت عام 2016.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

- BARNETT, Jeremy, Algorithms and the Law, 2017. See:
<https://Legalfutures.co.uk> (29-4-2020).
- BATEMAN, Will, Algorithmic Decision-Making and Legality: Public Law Dimensions, SSRN Papers, 2019. See:
<https://ssrn.com/abstract=3496386> (29-4-2020).
- BREEDON, Francis, et. al., Judgment Day: Algorithmic Trading around the Swiss Franc Cap Removal, Swiss Institute of Banking and Finance, Working Papers on Finance No. 12, 2019.
- BURK, Dan L., Algorithmic Legal Metrics, SSRN Papers, 2019. See:
<https://ssrn.com/abstract=3537337> (29-4-2020).
- COSME Jr., Orlando, Regulating High-Frequency Trading: The Case for Individual Criminal Liability, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 109, No. 2, Spring 2019.
- DIAMANTIS, Mihailis E., The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law, ComplianceNet, Working Paper Series, Article 11, 2019.
- DOLGOPOLOV, Stanislav, Providing Liquidity in a High-Frequency World: Trading Obligations and Privileges of Market Makers and a Private Right of Action, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 7, No. 2, 2013.

- **KORSMO**, Charles R., High-Frequency Trading: A Regulatory Strategy, University of Richmond Law Review, Vol. 48, No. 2, **2014**.
- **MARKHAM**, Jerry W., Regulating the Sale of Stock Exchange Market Data to High-Frequency Traders, Florida Law Review, Vol. 71, **2019**.
- **MCNAMARA**, Steven R., The Law and Ethics of High-Frequency Trading, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 17, No. 1, **2016**.
- **MITTS**, Joshua, A Legal Perspective on Technology and the Capital Markets: Social Media, Short Activism and the Algorithmic Revolution, SSRN Papers, **2019**. See:
<https://ssrn.com/abstract=3447235> (29-4-2020).
- **PASQUALE**, Frank, Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explain ability in an Algorithmic Society, OHIO State Law Journal, Vol. 78, No. 5, **2017**.
- **SCOPINO**, Gregory, Do Automated Trading Systems Dream of Manipulating the Price of Futures Contracts? Policing Markets for Improper Trading Practices by Algorithmic Robots, Florida Law Review, Vol. 67, No. 1, January **2016**.
- **SCHOLZ**, Lauren Henry, Algorithmic Contracts, Stanford Technology Law Review, Vol. 20, Vol. 2, Fall **2017**.
- **YADAV**, Yesha:
 - Failure of Liability in Modern Markets, Virginia Law Review, Vol. 102, **2016**,
 - Insider Trading and Market Structure, UCLA Law Review, Vol. 63, **2016**.

جريمة غسل الأموال في ضوء التشريع الإماراتي

The offense of money laundering in the light of UAE legislation

أعداد الأستاذ/فضل الله محمد الحسن فضل الله، مستشار قانوني بدولة الإمارات وسلطنة عمان

Fadlalla Mohamed El Hassan Fadlalla, Legal Adviser in the UAE and Sultanate of Oman

Abstract

The crime of money laundering is an unnoticed and unexamined crime, and the study has therefore addressed the concept of the crime of money laundering, the stages and methods of money laundering.

The legal structures for the offense of money laundering are in UAE legislation, both in terms of the presumed corner of the crime, the physical corner, or the moral corner containing the general criminal intent, the special criminal intent of the money-laundering offense and the types of penalties established for the money-laundering offense in UAE legislation.

The research has thus been able to uncover the ambiguities of the provisions dealing with the crime of money-laundering and to investigate the proper legal structure of the elements of the crime of money-laundering that would enable them to confront the new crime using the analytical approach.

The research concluded that the legislative texts - of Federal Act No. 20 of 2018 on combating money-laundering, combating terrorist financing and financing of illicit organizations - had been well-founded and facilitated and had kept pace with the world's enormous technological development.

The UAE legislator left the door open and did not describe it in its current legislation to confront and confront the recent crime of money laundering and to use flexible terms that could include all new developments regarding the ways in which the perpetrators camouflage and hide the proceeds of crime for the purpose of washing them into the economic circle, Furthermore, the UAE legislature did not specify or limit the original offenses (the presumed

element) to certain offenses such as the crime of drugs and prostitution and the perversion of them. Any proceeds of any felony or misdemeanor are considered to be a criminal offense under this law, The UAE legislature has considered the offense of money laundering to be an autonomous offense in terms of punishment, as the offender is punished even if the offense is punished and the offense is properly prosecuted and provided that it is in a proper legal framework to deal with the crime of money laundering, , He also stressed that in connection with the penalty for the attempted offense of money-laundering, he had been outside the general rule and had decided to proceed with a penalty equivalent to the full penalty for the offense of money-laundering. In the same way, anyone who helped in the crime was considered to be an original act was another departure from the general rules which considered that it was an activity Criminal for a partner and not an authentic actor, He also considered money laundering a criminal offense if accompanied by a aggravating circumstance with a view to limiting its spread.

The research also recommended that the definition of money laundering be sought to define an umbrella definition that would prevent and replace the term money laundering with a more precise legal term and that the term money laundering should not be included in official legislation. Calling for greater punishment and for strict punishment and no discretionary power to the judge to be left to further deterrence by the crime of money-laundering; In addition to not providing for the exemption of the offender from this crime, as it opens the door wide for criminals to deal with a crime and money laundering operations, if necessary, it is possible to provide for the reduction of the sentence only under strict controls so that the perpetrators may not have the effect of dissuasive law, Besides calling for the enactment of a unified Arab legislation to combat the crime of money laundering, which is a transnational and organized crime and needs to be combined with regional and international efforts.

Key words: Money laundering crime, money launderers' punishment, money laundering offense's presumed element.

ملخص:

إن جريمة غسل الأموال من الجرائم المستحدثة التي لم تنل حظها من الدراسة والبحث لذلك تناولت الدراسة مفهوم جريمة غسل الأموال، ومراحل وأساليب غسل الأموال، والبنيان القانوني لجريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي سواء من ناحية الركن المفترض للجريمة أو الركن المادي أو الركن المعنوي الذي يحوي القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص لجريمة غسل الأموال وأنواع الجزاءات المقررة لجريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي وفي سبيل ذلك فقد تمكن البحث من سبر أغوار إشكالية غموض النصوص التي تعالج جريمة غسل الأموال والبحث في البنيان القانوني السليم لأركان جريمة غسل الأموال التي تمكنها من مواجهة المستجد في شأن هذه الجريمة مستخدماً المنهج الاستقرائي التحليلي، وقد خلص البحث إلى نتائج مفادها أن النصوص التشريعية - من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة- قد حازت على البنيان القانوني السليم وسأيرت وواكبت التطور التكنولوجي الهائل في العالم؛ ترك المشرع الإماراتي الباب موارباً ولم يوصده في تشريعه الحالي لمجابهة ومواجهة ما قد يستجد في جريمة غسل الأموال وركن إلى استخدام عبارات مرنة يمكنها أن تشمل كل ما هو مستجد في شأن الطرق التي يلتجأ إليها الجناة في تمويه وإخفاء متحصلات الجريمة بغية غسلها بحقيقتها في الدائرة الاقتصادية، علاوة على ذلك لم يحدد المشرع الإماراتي الجرائم الأصلية (الركن المفترض) أو يحصرها في جرائم بعينها مثل جريمة المخدرات والدعارة ونحوها واعتبر أي متحصلات من أي جنائية أو جنحة تم غسلها تعتبر مجرمة وفق هذا القانون وقد اعتبر المشرع الإماراتي أن جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة من ناحية العقوبة إذ يعاقب الجاني حتى وإن عوقب على الجريمة الأصلية وهو نص يشد من البنيان القانوني السليم لمجابهة جريمة غسل الأموال، كما نجد أنه قد شدد فيما يتصل بعقوبة الشروع في جريمة غسل الأموال إذ خرج عن القاعدة العامة وقرر عقوبة للشروع تعادل العقوبة التامة المقررة لجريمة غسل الأموال وفي ذات المنحى اعتبر كل من ساعد في الجريمة يعد فاعلاً أصلياً ويعد خروجاً آخر عن القواعد العامة التي تعتبر ان هذا نشاط إجرامي لشريك وليس لفاعل أصيل، هذا بجانب انه اعتبر عملية غسل الأموال جنائية في حالة اقترانها بظرف مشدد بهدف الحد من انتشارها، كما أوصى البحث بالسعي وراء تعريف عملية غسل الأموال تعريف جامع مانع واستبدال لفظ غسل الاموال بمصطلح وعبارة قانونية أكثر دقة وعدم إيراد عبارة غسل الأموال في التشريع الرسمي، والدعوة لتشديد العقاب بصورة أكبر وتحديد العقوبة بصورة قاطعة وعدم ترك أي سلطة تقديرية للقاضي لمزيد من الردع من جانب جريمة غسل الأموال، وإلى عدم النص على إعفاء الجاني من هذه الجريمة إذ أنها تفتح الباب واسعاً أمام المجرمين لمقارفة جريمة وعمليات غسل الأموال فإن دعت الضرورة إلى فمن الممكن النص على تخفيف العقوبة فقط وفق ضوابط مشددة حتى لا يتبادر الى ذهن الجناة أن القانون غير رادع،

بجانب الدعوة لسن تشريع عربي موحد يهدف لمكافحة جريمة غسل الأموال من كونها جريمة عابرة للحدود ومنظمة وتحتاج لتضافر الجهود الإقليمية والدولية.

كلمات مفتاحية: جريمة غسل الأموال، عقوبة غاسل الأموال، الركن المفترض لجريمة غسل الأموال.

المقدمة:

تعتبر جريمة غسل الأموال من أخطر جرائم عصر الاقتصاد الرقمي لجهة أن التطور التقني الذي يشهده هذا العصر قد ساهم في ابتكار أساليب جديدة لإخفاء مصدر الأموال الغير مشروعة (القدرة)، فهي جريمة لاحقة لأنشطة جرمية سابقة حققت عوائد مالية غير شرعية، فيستغل المجرمون مظاهر التقدم في نظم المعلومات و التكنولوجيا في المعاملات المالية-التحويلات الدولية- لتحويل الأموال القدرة بغية إيجاد الغطاء القانوني لتلك العائدات الجرمية فيما يعرف بغسل الأموال، حتى يتسنى لهم استخدامها دون عناء، مما ساهم ذلك في اتساع نطاق انتشار جريمة غسل الأموال التي تفاقمت في الآونة الأخيرة.

• أهمية البحث:

يعد دراسة موضوع جريمة غسل الأموال والبحث والتنقيب بصدد معالجة لاحد الموضوعات المهمة ويستمد هذه الأهمية من أن جريمة غسل الأموال تهدد الاستقرار الاقتصادي العالمي، إذ هي من الجرائم الاقتصادية التي تمس الاستقرار المالي والاقتصادي لكونها ذات صلة بسياسة التحرير الاقتصادي والمالي فضلاً عن ان هؤلاء المجرمون يستثمرون أموالهم القدرة في مشاريع تصب في تطور الجرائم المنظمة مما يفتح الباب واسعاً أمام تمويل المنظمات والشبكات الإجرامية والإرهابية من خلال تلك المشاريع؛ الأمر الذي يساهم في تدهور تنمية واستقرار الاقتصاد المحلي وتبعاً لذلك الاقتصاد العالمي لذلك هنالك حاجة ماسة لعملية الإصلاح الاقتصادي ومن بين ذلك سن قوانين وتشريعات تكفل الحماية لأعمال البنوك وتحقيق الاستقرار للاقتصاد، كما تزداد أهمية هذه الدراسة في إبراز دور القوانين في مواجهة الأنشطة الجرمية وطرق مجابهة انماطها المستجدة.

• مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث في دراسة وتحليل القواعد القانونية -التشريع الإماراتي- لجريمة غسل الأموال والبحث في البنيان القانوني السليم لأركان جريمة غسل الأموال التي تمكنها من مواجهة المستجد في شأن هذه الجريمة علاوة على ذلك فإن جريمة غسل الأموال من الجرائم المستحدثة التي لم تنل حظها من الدراسة والبحث.

• أهداف البحث:

يهدف البحث إلى توضيح ماهية جريمة غسل الأموال ، والتعرف على الأركان المكونة لهذه الجريمة، والمراحل التي تمر بها ، والتعرف على الجزاءات المقررة لها وفق التشريع الإماراتي.

• منهج البحث:

جاء منهج البحث استقرائي تحليلي ، باستقراء وتحليل النصوص القانونية القانونية للوصول إلى مادة علمية ثري وتضيف جديد في مجال جريمة غسل الأموال.

• خطة البحث:

تم تقسيم الدراسة الى ثلاثة مباحث رئيسية وعدة مطالب وفروع على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية جريمة غسل الأموال

المطلب الأول: مفهوم جريمة غسل الأموال

الفرع الأول: تعريف غسل الأموال في الفقه

الفرع الثاني: تعريف غسل الأموال في الاتفاقيات الدولية

الفرع الثالث: تعريف غسل الأموال في التشريع الإماراتي

المطلب الثاني: مراحل وأساليب غسل الأموال

الفرع الأول: مرحلة التوظيف

الفرع الثاني: مرحلة التمويه أو التغطية

الفرع الثالث: مرحلة الدمج

المبحث الثاني: اركان جريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي

المطلب الأول: الركن المفترض لجريمة غسل الأموال

المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة غسل الأموال

الفرع الأول: صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة غسل الأموال

المطلب الثالث: الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال

المبحث الثالث: الجزاءات المقررة لجريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي

المطلب الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

المطلب الثاني: العقوبات المقررة للشخص الاعتباري

المطلب الثالث: الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها

المبحث الأول

ماهية جريمة غسل الأموال

للإحاطة بماهية جريمة غسل الأموال لابد من التطرق لمفهوم جريمة غسل الأموال ومن ثم نوضح مراحل وأساليب غسل الأموال في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم جريمة غسل الأموال:

قد بدأ ظهور مصطلح "غسل الأموال" أول ما بدأ في الولايات المتحدة الأمريكية ، في ثلاثينيات القرن العشرين حيث أطلقه رجال الأمن على العصابات التي كانت تشتري محلات لغسل الملابس بأموال غير مشروعة بُغية مزجها بأرباح تلك المحلات لتبدو وكأنها مشروعة ، ومن ثمَّ يسهل إخفاء مصدر كسبها.

و يقال إن المصطلح استمد من تجار المخدرات الذين كانوا يستخدمون الأطفال في ترويج المخدرات ، فكانت النقود تتسخ في أيديهم من بقايا المخدرات¹، مما سهَّل عملية كشفهم ، فعمدوا بعدها إلى غسل هذه النقود وتنظيفها كي لا يكتشف أمرهم².

الفرع الأول: تعريف غسل الأموال في الفقه:

على الرغم من أن لم يتوصل فقهاء القانون إلى تعريف جامع مانع لهذه الجريمة نظراً لحدوثها وسرعة تطورها الذي يساير تطور التكنولوجيا الحديثة³.

¹ خالد سليمان ، جريمة تبييض الأموال جريمة بلا حدود دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان 2004 ، ص 17- 18.

² ينظر في ذات المعنى رمزي نجيب القسوس : غسيل الأموال جريمة العصر ، دار وائل للنشر عمان ، الطبعة الأولى، 2002 ، ص 16.

³ صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2003، ص 8.

إلا أنه قد عرفها جانب من الفقه القانوني بأنها: "عبارة عن مجموعة العمليات المالية المتداخلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال، وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع أو المساهمة في توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحة".

الفرع الثاني: تعريف غسل الأموال في الاتفاقيات الدولية:

قد تم تعريفها بالمادة (6) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية¹ لسنة 2000م وذلك بتجريمها للأعمال التي من شأنها تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها عائدات جرائم، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو مساعدة الجاني الذي ارتكب الجرم الأصلي في الإفلات من العقوبة المقررة قانوناً أو إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال ومصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها مع العلم وقت تلقيها بأنها عائدات إجرامية أو المشاركة في ارتكابها والتواطؤ أو التآمر على ارتكابها والمحاولة في ذلك (الشروع) والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.

الفرع الثالث: تعريف غسل الأموال في التشريع الإماراتي:

ونجد أن المشرع الإماراتي اعتنق ذات النهج في القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة حينما أورد في المادة الثانية منه بما مفاده من أن "غسل الأموال هو تحويل أو نقل المتحصلات من جناية أو جنحة أو إجراء أي عملية يقصد بها إخفاء أو تمويه مصدر أو مكان أو طريقة التصرف في هذه المتحصلات أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها أو اكتساب أو حيازة أو استخدام هذه المتحصلات عند تسلمها واشترط المشرع في

¹تنص المادة (6) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000م "1- تعتمد كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائياً عندما ترتكب عمداً:

(أ) 1- تحويل الممتلكات أو نقلها، مع العلم بأنها عائدات جرائم، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي الذي تأتت منه على الإفلات من العواقب القانونية لفعلة.

2- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأنها عائدات جرائم.

(ب) ورهنا بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني:

1- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم، وقت تلقيها، بأنها عائدات جرائم.

2- المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها، ومحاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.

من يرتكب أحد هذه الأفعال أن يكون متعمداً وعالمياً بأن هذه متحصلات من جنحة أو جناية واعتبر المشرع كل من ساعد مرتكب الجريمة الأصلية التي أسفرت عن هذه المتحصلات في الإفلات من العقوبة يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال¹.

وعرف المشرع الإماراتي المتحصلات في ذات القانون في المادة الأولى منه بأنها "الأموال الناتجة بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب أي جنحة أو جنحة ويشمل ذلك الأرباح والامتيازات والفوائد الاقتصادية وأي أموال مماثلة محوله كلياً أو جزئياً أو أي أموال أخرى".

المطلب الثاني: مراحل وأساليب غسل الأموال:

الفرع الأول: مرحلة التوظيف:

وهي عملية إدخال الأموال القذرة في نطاق الدائرة الاقتصادية بقصد التخلص مادياً من كميات كبيرة من السيولة النقدية الهائلة التي قد تثير الشكوك، فالتوظيف هدفه إيداع الأموال في أحد المصارف بطريقة لا تلفت الانتباه حتى يبدو على هذه الأموال القذرة وكأنه قد تحصل عليها بصورة شرعية، وفي الغالب تتم هذه المرحلة بعدة وسائل منها علي سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- 1- عن طريق إيداع تلك الأموال غير المشروعة -المتحصلات الجرمية- في مصرف أجنبي يتمتع بنظامه المصرفي بالسرية التامة.
- 2- عن طريق شراء السيارات الفارهة، والمعادن الثمينة، العقارات، الطائرات ونحوها وتتم إعادة بيعها مرة أخرى.
- 3- إنشاء شركات وهمية تكون كواجهة لإخفاء مصدر الأموال المغسولة.

الفرع الثاني: مرحلة التمويه أو التغطية:

الهدف من هذه المرحلة هو إحداث انفصال وقطع للصلة بين الأموال الغير مشروعة ومصدرها بمزج أو خلط الأموال غير المشروعة مع أموال نظيفة وتوفير الغطاء القانوني المشروع لها بإخفائها في المعاملات

¹ تنص المادة (2) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسيل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة على أنه: "1- يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من كان عالمياً بأن الأموال متحصلة من جنحة أو جنحة، و ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

- أ- حول المتحصلات أو نقلها أو أجرى أي عملية بها بقصد إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع.
- ب- أخفى أو موه حقيقة المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها.
- ج- اكتسب أو حاز أو استخدم المتحصلات عند تسلمها.
- د- مساعدة مرتكب الجريمة الأصلية على الإفلات من العقوبة".

والصفقات المشروعة، وتقوم هذه المرحلة على إعادة المال القدر إلى حسابات مصرفية بأسماء شخصيات تعمل لحساب مستفيدين آخرين أو باسم شركات وهمية أو متواطئة لا يكون لها أي نشاط حقيقي وتستخدم لتبرير المبالغ المالية أو قد تتم الإعادة لهذه الأموال القدر من خلال المضاربة بالبورصة أو التحويلات الإلكترونية¹.

فعندما ينجح غاسلي الأموال في وضع أموالهم غير المشروعة داخل النظام المالي للدورة الاقتصادية ينتقل بعد ذلك من مرحلة التوظيف إلى المرحلة الثانية وهي التجميع فيقوم بخلق عدة صفقات مالية معقدة تهدف إلى إخفاء معالم مصدر المال وأبعاده قدر الإمكان عن إمكانية تتبع حركته من أجل منع كشف منبعه غير المشروع².

الفرع الثالث: مرحلة الدمج:

تعتبر مرحلة الدمج أو الإدماج آخر مرحلة من مراحل غسل الأموال ، يتم فيها دمج الأموال غير المشروعة في الاقتصاد عن طريق القيام بالاستثمار وجعلها تظهر بمظهر مشروع وهذا لتغطية مصدرها تغطية نهائية حتى لا يبقى أي أثر لمصدرها الإجرامي.

عموماً فإن هذه المراحل الثلاثة هي التي غالباً ما تميز عمليات غسل الأموال ولكن في كثير من الأحيان تتداخل هذه المراحل مع بعضها البعض ويصعب التمييز فيما بينها.

المبحث الثاني

اركان جريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي

إن البناء القانوني لجرائم غسل الأموال -كغيرها من الجرائم- لا يمكن أن يكتمل إلا إذا توافر ركنان أساسيان هما الركن المادي والركن المعنوي³ بالإضافة للركن المفترض الخاص بجرائم غسل الأموال وتستعرض ذلك من خلال ثلاث مطالب فيما يلي:

المطلب الأول: الركن المفترض جريمة غسل الأموال:

ونظراً لخصوصية جريمة غسل الأموال فهي تعتبر من الجرائم التبعية، حيث اتفقت جميع التشريعات التي تجرم عملية غسل الأموال أن هذه الجريمة تابعة لجريمة أصلية ارتكبت ونتجت عنها هذه الأموال المراد غسلها؛ فالمشرع الإماراتي اشترط وجود الركن المفترض -وجود جريمة أصلية- لتجريم عملية غسل الأموال

¹ ينظر تفصيلاً: د. خالد سليمان : المرجع السابق ص 25.

² نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2001، ص 180.

³ ينظر تفصيلاً: د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي، 1982، ص 113 وما بعدها.

وفقاً لما جرى به نص (المادة الثانية - الفقرة الأولى) من القانون رقم (20) لسنة 2018م، يتمثل في وقوع جريمة سابقة أو ما يسمى بالجريمة الأصلية سواء كانت جنحة أو جناية التي هي مصدر المتحصلات¹ وكذلك استقر قضاء النقض والتمييز الإماراتي على ضرورة وجود الركن المفترض في جريمة غسل الأموال²، والجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يحدد الجرائم الأصلية التي تمثل الركن المفترض على سبيل الحصر في هذا القانون كما فعل من قبل في القانون السابق في شأن مكافحة غسل الأموال لسنة 2002م³، بل على النقيض من ذلك فقد اعتنق المشرع الإماراتي سياسية التوسع في الجرائم الأصلية التي تعتبر مصدر المتحصلات محل عمليات غسل الأموال وشمل القانون الحالي تجريم غسل الأموال المتحصلة من كافة الجنايات والجنگ دون تحديد جرائم بعينها.

وفي ذات المادة الفقرة الثانية فقد قرر المشرع الإماراتي أنه لا تحول معاقبة الجاني عن الجريمة الأصلية من معاقبته على جريمة غسل الأموال، إذ تعد كل جريمة مستقلة من ناحية العقوبة؛ كما قرر المشرع الإماراتي أيضاً أنه لا يستلزم الإدانة في الجريمة الأولية الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع للمتحصلات، إذ قد يحدث أن يقضى بالبراءة في الجريمة الأصلية، وكذلك قد لا يقدم الجاني في الجريمة الأصلية إلى المحاكمة على اعتبار عدم معرفة الفاعل أو لانقضاء الدعوى الجنائية لوفاته أو وجود قيد يحول دون تحريك الدعوى الجزائية أو صدور العفو الشامل على مرتكب الجريمة الأصلية كل هذا لا يمنع من متابعة

¹ تنص المادة (2) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة على أنه: "1- يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من كان عالماً بأن الأموال متحصلة من جناية أو جنحة..."

¹¹ من المستقر عليه في قضاء تمييز دبي أن: "الركن المادي في جريمة غسل الأموال. ماهيته. وجوب أن يكون هنالك جريمة أولية من الجرائم المبينة في الفقرة الثانية من قانون تجريم غسل الأموال ويتم عن طريقها اكتساب الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو التصرف فيها حيازة هذه الأموال سواء كان الغرض من استعمالها مشروعاً أو غير مشروع يشكل جريمة طالما كان الجاني سواء كان شخصياً طبيعياً أو اعتبارياً يعلم وقت تسلمها أنها غير نظيفة" (الطعن رقم 2006/439 جزاء و 2007/7 جزاء و 2007/8 جزاء و 2007/12 جزاء، محكمة تمييز دبي - بتاريخ 2007/2/26م).

³ حدد المشرع الإماراتي الجرائم الأصلية التي تعتبر مصدر للأموال غير المشروعة (المتحصلات) المراد غسلها في المادة (2) الفقرة (ب) من القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2002م في شأن مكافحة غسل الأموال السابق على أنه:

"1- المخدرات والمؤثرات العقلية.

2- الخطف والقرصنة والإرهاب.

3- الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام البيعة.

4- الإتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر.

5- جرائم الرشوة والاختلاس والإضرار بالمال العام.

6- جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها.

7- أية جرائم أخرى ذات صلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها."

مرتكب جريمة غسل الأموال وإثبات المصدر غير المشروع للمتحصلات لذلك من المتوجب التأكد من توافر عناصر الجريمة الأصلية بكامل أركانها الجنائية دون اشتراط صدور حكم جنائي فيها¹.

المطلب الثاني: الركن المادي² لجريمة غسل الأموال:

من المسلم به أنه لا جريمة بدون ركن مادي ، لأنه المظهر الخارجي لها ، و به يتحقق الاعتداء على المصلحة المحمية قانونا ، وعن طريقه تقع الأعمال التنفيذية للجريمة وتوافر الركن هو الشرط الأساسي للبحث في مدى توافر الجريمة من عدمه.

الفرع الأول: صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجرائم غسل الأموال:

فقد حدد المشرع الإماراتي صور السلوك الإجرامي لجريمة غسل الأموال وفقاً لما يلي³:

الصورة الأولى: تحويل أو نقل أو إجراء أي عملية يقصد بها إخفاء أو تمويه مصدر المتحصلات غير المشروعة:

1- تحويل الأموال (المتحصلات): يقصد به التحويلات المصرفية وفي الغالب أن غاسلي الاموال يرسلون تحويلاتهم عن طريق بنوك في دول تتميز بقوانين تخضع فيها الحسابات للسرية المطلقة، كما ويمكن تحويل هذه الأموال المتحصل عليها من الجريمة الأصلية بشراء أشياء ثمينة وفاخرة أو تأسيس شركات أو شراء العملات الأجنبية من الاسواق الموازية (السوق السوداء) وذلك لمحاولة إضفاء الشرعية على تلك الأموال القذرة المتأتية من إحدى الجرائم، بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لهذه العائدات أو بقصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه

¹ تنص المادة (2) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل المنظمات غير المشروعة على أنه: "2- تعتبر جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة، ولا تحول معاقبة مرتكب الجريمة الأصلية دون معاقبته على جريمة غسل الأموال
3- لا يشترط حصول الإدانة بارتكاب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع للمتحصلات".

¹⁴ ينظر تفصيلاً : محمود أحمد طه، شرح قانون غسل الأموال في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم(4) لسنة2002م، الأستاذ الزائر بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة،2003م،ص26 وما بعدها.

³ تنص المادة (2) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل المنظمات غير المشروعة على أنه: " 1- يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من كان عالماً بأن الأموال متحصلة من جنابة أو جنحة، وارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

أ- حول المتحصلات أو نقلها أو أجرى أي عملية بما يقصد إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع.

ب- أخفى أو موه حقيقة المتحصلات، أو مصدرها، أو مكانتها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها.

ج- اكتسب أو حاز أو استخدم المتحصلات عند تسلمها.

د- مساعدة مرتكب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع للمتحصلات."

الجرائم على الإفلات من العقوبة القانونية؛ ويشمل ذلك جميع صور التحويل بما في ذلك المستحدثة كالتحويلات الإلكترونية لتلك الأموال والتي باتت اليوم من أفضل طرق تحويل الأموال لمرتكبي جريمة غسل الأموال لما تتسم به من سرعة ويسر في نقل الأموال إلى المؤسسات المالية والمصارف التي تقع في بلد غير الذي ارتكبت فيه الجرائم الأصلية مصدر هذه الأموال القذرة.

2- نقل الأموال (المتحصلات): المقصود به نقل مادي أي بمعنى انتقال الأموال من مكان لآخر أو حمل الأموال بغرض تغيير مكان الأموال غير مشروعة المصدر ويتم بإحدى وسائل النقل سواء كان نقل داخل الدولة أو خارجها (التهرب) بحراً أو برّاً أو جواً، وهو الأمر الذي يثير مشكلة الاموال الهاربة التي تنتقل من بلد لآخر¹.

وقد ضيق المشرع الإماراتي الخناق على الجناة حينما نص على تجريم إجراء أي عملية يقصد بها إخفاء أو تمويه أو مصدر المتحصلات غير المشروعة وخيراً فعل المشرع الإماراتي ذلك لجهة مواكبة كل ما يستجد من طرق يتم من خلالها طمس معالم تلك المتحصلات.

الصورة الثانية: إخفاء أو تمويه مصدر أو مكان أو طريقة التصرف في هذه المتحصلات أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها:

1- فعل الإخفاء: هو القيام بكل ما من شأنه ان يحول دون معرفة المصدر (الجريمة الأصلية) وحقائق تلك المتحصلات أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، وقد اجمع الفقه في إن مقصود الشارع في إيراد هذه الكلمة هو كل سلوك من شأنه منع كشف حقيقة المصدر غير المشروع للأموال القذرة المراد تبييضها ولا يهم بعد ذلك الوسيلة المستخدمة أو أيّاً كان شكل هذا الإخفاء كما لا يهم سبب الإخفاء حتى لو كان بطريقة مشروعة كأن يتم الإخفاء عن طريق شراء صحيح أو أن يتم الحصول على الأموال القذرة عن طريق هبة أو مقايضة أو إجارة أو غير ذلك من التصرفات القانونية الصحيحة، ولا يعني المشرع في لفظ الإخفاء ان يكون إخفاء الشيء بستره وإبعاده عن الأعين فقد يكون الإخفاء علنياً ولكن المهم هو محاولة إضاعة الصفة غير المشروعة للأموال ولا يهم بعد ذلك أن يكون فعل الإخفاء مستوراً أو علنياً².

2- فعل التمويه: ويقصد بفعل التمويه التضليل ويدخل في نطاقه كافة الأفعال التي تسهل بأية وسيلة كانت دخول هذه الأموال القذرة في دائرة الاقتصاد وإضفاء مشروعيتها

¹ لمزيد من التفصيل ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 153 وما بعدها.

² رمزي نجيب القسوس، غسل الأموال (جريمة العصر)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002 ص 24.

مصطنعة علمياً وذلك بإحلال الأموال غير النظيفة في صورة أخرى جديدة وغير معروفة مثل شراء الشركات المفلسة أو التي على وشك التصفية، بمعنى أنه كل سلوك يتم من خلاله استحداث أو اصطناع مصدر مشروع غير حقيقي للأموال غير المشروعة، ومن الأمثلة على ذلك (محاولة إدخال الأموال القذرة في صلب الأرباح الناتجة عن إحدى الشركات القانونية فتظهر هذه الأموال وكأنها أرباح مشروعة ناتجة عن النشاط المشروع للشركة القانونية)¹.

الصورة الثالثة: اكتساب أو حيازة أو استخدام هذه المتحصلات عند تسلمها:

ونجد المشرع الإماراتي قد توسع كثيراً في ملاحقه مرتكبي جريمة غسل الأموال حيث جرم اكتساب هذه المتحصلات بأي صورة من صور اكتساب الملكية أو حيازتها أو استخدامها من قبل الشخص الطبيعي مع علمه بأنها متحصلات جنحة أو جناية وتواجه هذه الصورة كافة الافتراضات التي تقبل فيها المصارف، أو أية مؤسسة مالية أخرى أو شخصيات اعتبارية أموالاً يُعلم بمصدرها غير المشروع سواء تمثل ذلك في إيداعها في حساب مصرفي أو تأجير خزنة، وهذه الصورة تجرم مجرد اكتساب أو حيازة أو استخدام هذه المتحصلات إذا كان مرتكب الفعل على علم بان تلك الأموال متحصلات جرمية.

الصورة الرابعة: مساعدة مرتكب الجريمة الأصلية على الإفلات من العقوبة:

وفي هذه الصورة اعتبر المشرع الإماراتي كل من ساعد بنقل أو تحويل العائدات الاجرامية او اخفاء او تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات و اكتسابها او حيازتها او استعمالها يعد فاعلاً أصلياً خروجاً عن القواعد العامة التي تعتبر هذا نشاط إجرامي لشريك وليس لفاعل أصيل.

المطلب الثالث: الركن المعنوي² جريمة غسل الأموال

بحسب التشريع الإماراتي وما تواتر في قضاء النقض والتمييز الإماراتي تعد جريمة غسل الأموال جريمة عمدية³ قوامها إرادة السلوك الإجرامي والعلم بكافة العناصر المكونة له أي يشترط فيها أن يكون الجاني عالماً وقت ارتكابه للجريمة بأنه يرتكب نشاط غسل الأموال المجرم بنص القانون وأن يكون الجاني عالماً بكون هذه الأموال محل جريمة غسل الأموال متحصلة من جنابة أو جنحة بجانب أن تتجه إرادته إلى إتيان

¹ رمزي نجيب القسوس ، غسل الأموال (جريمة العصر)، المرجع السابق ، ص 24 وما بعدها.

¹⁹ ينظر تفصيلاً: محمد مصطفى القللي، المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1947 ، ص 75.

²⁰ من المستقر عليه في قضاء تمييز دبي أن : " جريمة غسل الأموال. جريمة عمدية يتحقق فيها القصد الجنائي بعلم الجاني بان المال المتحصل عليه من جريمة أولية مما نص عليه قانون غسل الأموال " (الظعن رقم 2006/439 جزاء و 2007/7 جزاء و 2007/8 جزاء و 2007/12 جزاء، محكمة تمييز دبي - بتاريخ 2007/2/26م).

ذلك السلوك وإلى إحداث النتيجة الجرمية وهذا هو القصد الجنائي العام (العلم، الإرادة)¹؛ إلا أن المشرع الإماراتي لم يكتفي بالقصد الجنائي العام لقيام الجريمة بل اشترط إلى جانب ذلك توافر قصد جنائي خاص لهذه الجريمة وفقاً لما جري به نص المادة (2) من القانون الاتحادي (20) لسنة 2018م من اشتراط وجود قصد جنائي خاص يتمثل في إن تنصرف إرادة الجاني إلى تحقيق إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال القذرة أو تتجه إرادة الجاني إلى قصد مساعدة مرتكب الجريمة الأصلية على الإفلات من العقوبة، وبالرجوع لصور السلوك الإجرامي لجريمة غسل الأموال المحددة حصراً بذات القانون وذات المادة نجد أن الصورة الأولى والثانية من صور السلوك المجرم لعملية غسل الأموال اشترط فيها نص المادة سالفه الذكر في البند (1) الفقرة (أ، ب) اتجاه إرادة الجاني إلى الإخفاء والتمويه فيما عدا فعل أو عملية تحويل الأموال المتحصلة عن جنحة أو جناية فقد أكتفى النص بالقصد الجنائي العام لكون أنه لا يمكن استخلاص النية الإجرامية والتأكيد على توافرها خاصة وأنها تتم وفقاً لآليات متطورة تغزو ميادين النشاط المصرفي وكذلك فقد أكتفى النص بالقصد الجنائي العام في الصورة الثالثة الوارد ذكرها البند (1) الفقرة (ج) من المادة المعنية وعلاوة على ذلك اشترط النص وجود قصد جنائي خاص في الصورة الرابعة من صور السلوك المجرم لتبييض الأموال وهو انصراف إرادة الجاني إلى مساعدة مرتكب الجريمة الأصلية في الإفلات من العقاب الوارد ذكرها بالبند (1) الفقرة (د).

المبحث الثالث

الجزاءات المقررة لجريمة غسل الأموال في التشريع الإماراتي

فرق المشرع الإماراتي بين الجزاءات المقررة لجريمة غسل الأموال² البسيطة، وتلك المقررة لجريمة غسل الأموال المقترنة بظروف مشددة وبين تلك الجزاءات التي قد تطال الشخص الطبيعي³ وتلك المقررة

²¹ ينظر تفصيلاً: إبراهيم محمود محمد بن عبد الرحمن، جريمة غسل الأموال في القانون الإماراتي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2009م، ص 145.

²² ينظر تفصيلاً: إبراهيم محمود محمد بن عبد الرحمن، جريمة غسل الأموال في القانون الإماراتي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2009م، ص 233 وما بعدها.

²³ تنص المادة (22) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة على أنه: "1- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على (10) عشر سنوات والغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم ولا تزيد عن (5,000,000) خمسة ملايين درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في البند (1) من المادة (2) من هذا المرسوم بقانون.

وتكون عقوبة السجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن (300,000) ثلاثمائة ألف درهم ولا تزيد على (10,000,000) عشرة ملايين درهم، إذا ارتكب الجاني جريمة غسل الأموال في أي من الأحوال الآتية:

للشخص المعنوي¹، كما رتب جزاءات على الشروع في هذه الجريمة وقد تمثلت تلك الجزاءات في (الجزاءات السالبة للحرية - الجزاءات المالية- المصادرة² وعقوبات تكميلية³) حسبما نص عليها القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة نستعرضها فيما يلي:

المطلب الاول:العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

الفرع الأول:العقوبات الأصلية:

أولاً: عقوبة جريمة غسل الأموال البسيطة:

1- عقوبة الحبس: العقوبة الأصلية السالبة للحرية عن جريمة غسل الأموال البسيطة، هي الحبس مدة لا تزيد عن (10) عشر سنوات وتعتبر عقوبة الحبس جوازية إذ يجوز للقاضي الحكم بها كما يجوز له الاكتفاء بعقوبة الغرامة فقط وترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي.

أ- استغلال نفوذه أو سلطته المخولة له بموجب وظيفته أو نشاطه المهني.

ب- ارتكابها من خلال جمعية غير هادفة للربح.

ج- ارتكابها من خلال جماعة إجرامية منظمة.

د- العود

2- يعاقب على الشروع في ارتكاب جنحة غسل الأموال بالعقوبة التامة المقررة لها.

3- يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن (10) عشر سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن (300,000) ثلاثمائة ألف درهم ولا تزيد عن (10,000,000) عشرة ملايين درهم كل من استخدم المتحصلات في تمويل الإرهاب.

4- يعاقب بالسجن المؤقت وبالغرامة التي لا تقل عن (300,000) ثلاثمائة ألف درهم ولا تزيد عن (10,000,000) عشرة ملايين درهم كل من استخدم المتحصلات في تمويل تنظيمات غير مشروعة.

5- للمحكمة أن تخفف العقوبة المحكوم بها على الجناة أو الإعفاء منها، إذا أدلوا إلى السلطات القضائية أو الإدارية بمعلومات تتعلق باي من الجرائم المعاقب عليها في هذه المادة، متى أدى ذلك إلى الكشف عنها أو عن مرتكبيها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم".

²⁴تنص المادة (23) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة على أنه: "1- يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن (500,000) خمسمائة ألف درهم ولا تزيد عن (50,000,000) خمسين مليون درهم، كل شخص اعتباري ارتكب ممثلوه أو مديروه أو وكلاؤه لحسابه أو باسمه إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون.

²⁵تنص المادة (26) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل المنظمات غير المشروعة على أنه: "1- تحكم المحكمة في حال ثبوت ارتكاب الجريمة بمصادرة ما يلي:

أ- الاموال محل الجريمة، والمتحصلات والوسائط المستخدمة أو التي كان يراد استخدامها فيها.

ب- أي أموال يملكها الجاني تعادل قيمة الاموال والمتحصلات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند في حال تعذر ضبطها".

²⁶تنص المادة (29) من القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل المنظمات غير المشروعة على أنه: "1- إذا حكم على الأجنبي في جريمة غسل الأموال أو إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بعقوبة مقيدة للحرية وجب الحكم بإبعاده عن الدولة".

2- عقوبة الغرامة: حيث أن هنالك عقوبة أصلية أخرى هي الغرامة ترك المشرع السلطة التقديرية بشأنها في يد القاضي بحيث أجاز له الحكم بها على الجاني بالحبس بما لا تقل عن (100,000) ألف درهم ولا تزيد عن (5,000,000) خمسة ملايين كما أجاز للقاضي الاكتفاء فقط بالغرامة أو الاكتفاء فقط بالحبس.

ثانياً: عقوبة جريمة غسل الأموال المقترنة بظرف مشدد:

اعتبر المشرع الإماراتي عملية غسل الأموال جنائية إذا اقترنت بظرف مشدد وحدد لها عقوبة السجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن (300,000) ثلاثمائة ألف درهم ولا تزيد على (10,000,000) عشرة ملايين درهم وجعل الحكم بكل من عقوبتي السجن المؤقت والغرامة معاً وجوبياً واكتفى بتحديد الحد الأدنى والحد الأقصى للغرامة وترك للقاضي حرية تقدير قيمتها بينهما ، كما حدد على سبيل الحصر ما يعد ظرف مشدد وفق ما يلي:

أ- إذا استغل الجاني نفوذه أو سلطته المخولة له بموجب وظيفته أو نشاطه المهني وهنا تشمل الموظف العام وأي موظف حتى وأن كان في بنك خاص أو شركة غير حكومية طالما استغل الوسائل أو التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني في هذا الصدد.

ب- إذا ارتكب الجاني عملية غسل الأموال من خلال جمعية غير هادفة للربح كان لابد من تشديد العقوبة سداً لزريعة الشركات الوهمية التي تتخذ كغطاء قانوني لعمليات غسل الأموال.

ج- إذا ارتكب الجاني عملية غسل الأموال من خلال جماعة إجرامية منظمة ، أي عندما ترتكب الجريمة في إطار الجريمة المنظمة فهي أكثر خطراً على الدولة لذلك كان لابد من اعتبارها ظرفاً مشدداً في العقوبة لضمان الردع والزجر.

د- إذا ارتكب الجاني عملية غسل الأموال على سبيل الاعتياد إذا وقعت الجريمة بطريق الاعتياد ، وهذا يعني احترافية المجرم وخبرته الواسعة في الجريمة مما يشكل خطراً كبيراً في انتشار الجريمة على نطاق واسع بما يستدعي ظرفاً مشدداً في العقوبة حتى تكون رادعة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

1- المصادرة: هي نزع ملكية المال جبراً عن مالكه، وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل¹ أي التجرد والحرمان الدائم من الاموال محل الجريمة، والمتحصلات والوسائط المستخدمة أو التي كان يراد

²⁷ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، درار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 1981م ، ص 767 وما بعدها.

استخدامها فيها وقد توسع المشرع الإماراتي بأن أوجب مصادرة أي أموال يملكها الجاني تعادل قيمة الأموال والمتحصلات والوسائط المستخدمة في حال تعذر ضبطها.

2- الحكم بإبعاد الأجنبي من الدولة: فقد أوجب المشرع الإماراتي بإبعاده الأجنبي عن الدولة عند الحكم عليه في جريمة غسل الأموال بعقوبة مقيدة للحرية.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة للشخص الاعتباري:

أقر المشرع الإماراتي مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً وفق قانون العقوبات الاتحادي بصورة عامة¹ وبصورة خاصة في شأن جريمة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة التي حددت في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة التي حددت عقوبة الغرامة على الشخص الاعتباري الذي ارتكب ممثلوه أو مديروه أو وكلاؤه لحسابه أو باسمه جريمة غسل الأموال وبإمعان النظر في نص المادة (20) من ذات القانون مقرؤه مع المادة (65) من قانون العقوبات الاتحادي نجد أن هنالك استثناء للأشخاص الاعتبارية التي تعتبر مصالح حكومية ودوائرها الرسمية والهيئات والمؤسسات العامة.

المطلب الثالث: الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها:

ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي في أن يخفف العقوبة المحكوم بها في جريمة غسل الأموال على الجناة أو الإعفاء منها شريطة أن أدلوا إلى السلطات القضائية أو الإدارية بمعلومات تتعلق بجريمة غسل الأموال متى أدى ذلك إلى الكشف عنها أو عن مرتكبيها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم.

الخاتمة:

هذه الدراسة قد أوضحت جلياً لنا خطورة جريمة غسل الأموال على الاقتصاد المحلي والعالمي من خلال المراحل التي تمر بها هذه الجريمة وقد تنبه المشرع الإماراتي إلى ذلك فسارع إلى سن قانون يجرم عمليات غسل الأموال ويجابه طرقها المستجدة من خلال نصوص تشريعية حازت على البنيان القانوني السليم وسأيرت وواكبت التطور التكنولوجي الهائل في العالم؛ وحسنأ فعل المشرع الإماراتي عندما ترك الباب موارباً ولم يوصده في تشريعه الحالي لمجابهة ومواجهة ما قد يستجد في جريمة غسل الأموال حينما عمد إلى استخدامه عبارات تشمل كل ما هو مستجد في شأن الطرق التي يلتجأ إليها الجناة في تمويه وإخفاء

²⁸ تنص المادة (65) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه: "الأشخاص الاعتبارية فيما عدا مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية والهيئات والمؤسسات العامة، مسؤولة جنائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها. ولا يجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الجنائية المقررة للجريمة قانوناً فإذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة أصلية غير الغرامة اقتضت العقوبة على الغرامة التي لا يزيد حدها الأقصى على خمسمائة ألف درهم ولا يمنع ذلك من معاقبة مرتكب الجريمة شخصياً بالعقوبات المقررة لها في القانون".

متحصلات الجريمة بغية غسلها بحقتها في الدائرة الاقتصادية ومن بين تلك العبارات ما نصه: "أو أجرى أي عملية بها يقصد إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع" ونستشف مرونة في هذا النص بجانب أن هنالك إشارة واضحة من أنها ستشمل كل ما قد يستجد من تطور في عمليات غسل الأموال، علاوة على ذلك لم يحدد المشرع الإماراتي الجرائم الأصلية (الركن المفترض) أو يحصرها في جرائم بعينها مثل جريمة المخدرات والدعارة ونحوها واعتبر أي متحصلات من أي جنائية أو جنحة تم غسلها تعتبر مجرمة وفق قانون مجاهبة غسل الأموال 2018م وبالطبع هذا على خلاف قانون الدولة السابق بشأن غسل الأموال 2002م وعلى خلاف كثير من التشريعات لبلدان أخرى عملت على تحديد الجرائم الأصلية التي نتج منها المتحصلات المراد غسلها هذا بجانب ان المشرع الإماراتي قد اعتبر أن جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة من ناحية العقوبة إذ يعاقب الجاني حتى وإن عوقب على الجريمة الأصلية وهو نص يشد من البنيان القانوني السليم لمجاهبة جريمة غسل الأموال ، كما نجد أنه قد شدد فيما يتصل بعقوبة الشروع في جريمة غسل الأموال إذ خرج عن القاعدة العامة وقرر عقوبة للشروع تعادل العقوبة التامة المقررة لجريمة غسل الأموال وفي سياق متصل اعتبر -كل من ساعد بنقل أو تحويل العائدات الإجرامية أو إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات و اكتسابها أو حيازتها أو استعمالها- يعد فاعلاً أصلياً خروجاً عن القواعد العامة التي تعتبر هذا نشاط إجرامي لشريك وليس لفاعل أصيل لكي يوصد الباب أمام من تسول له نفسه ارتكاب هذه الجريمة التي تفتك بالاقتصاد، فضلاً عن ذلك اعتبر عملية غسل الأموال جنائية في حالة اقترانها بظرف مشدد بهدف الحد من انتشارها.

التوصيات:

- 1- السعي وراء تعريف عملية غسل الأموال تعريف جامع مانع.
- 2- السعي وراء استبدال لفظ غسل الاموال بمصطلح وعبرة قانونية أكثر دقة وعدم إيراد عبارة غسل الأموال في التشريع الرسمي إذ يعتبر مصطلح غير دقيق ولا يعبر عن الجريمة.
- 3- تشجيع ورعاية البحوث بصورة أكبر في مجال غسل الأموال لندرتها علاوة على ذلك أهمية الموضوع للدراسة.
- 4- الدعوة لتشديد العقاب بصورة أكبر وتحديد العقوبة بصورة قاطعة وعدم ترك أي سلطة تقديرية للقاضي لمزيد من الردع من جانب جريمة غسل الأموال.
- 5- الدعوة إلى عدم النص على إعفاء الجاني من هذه الجريمة إذ أنها تفتح الباب واسعاً أمام المجرمين لمقارفة جريمة وعمليات غسل الأموال وفي ذهنه ومخيلته في حال مدهامته أو القبض عليه أو في حالة الحاجة لإخفاء شروعه أو مشاركته في الجريمة ما عليه سوى الإدلاء بمعلومات عن الجريمة فمن الممكن أن يكون هو المدبر والمخطط للجريمة وله القدر المعلى فيها، فقد يعود لمحاولة ارتكاب الجريمة مرة أخرى

بعد إعفاءه من العقوبة بصورة أكبر لاسيما وأنه قد أمن العقاب، فإن دعت الضرورة فمن الممكن النص على تخفيف العقوبة فقط وفق ضوابط مشددة حتى لا يتبادر الى ذهن الجناة أن القانون غير رادع.

6- دعوة لبعض الدول التي لم تعالج جريمة غسل الأموال في إطار تشريعاتها الداخلية أن تنتهج نهج المشرع الإماراتي بأن تفرد لهذه الجريمة تشريع خاصة بها وبالجراءات المرتبطة بها.

7- دعوة لسن تشريع عربي موحد يهدف لمكافحة جريمة غسل الأموال من كونها جريمة عابرة للحدود ومنظمة وتحتاج لتضافر الجهود الإقليمية والدولية.

8- الدعوة إلى إقامة ورش عمل وندوات ومؤتمرات تبث عبر الإعلام بعدة لغات للتوعية بخطورة جريمة غسل الأموال.

المراجع:

- 1- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، درار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 1981م.
- 2- خالد سليمان ، جريمة تبييض الأموال جريمة بلا حدود دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان ، 2004.
- 3- عبد الفتاح بيومي حجازي : جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2005 .
- 4- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي 1982.
- 5- محمد مصطفى القلبي ، المسؤولية الجنائية ، مطبعة جامعة فؤاد الأول القاهرة، 1947.
- 6- رمزي نجيب القسوس، غسل الأموال (جريمة العصر) ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن ، 2002 .
- 7- صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2003.
- 8- نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2001.

الرسائل:

- 1- إبراهيم محمود محمد بن عبد الرحمن، جريمة غسل الأموال في القانون الإماراتي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2009م.

2- محمود أحمد طه، شرح قانون غسل الأموال في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2002م، الأستاذ الزائر بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003م.

القوانين:

1- القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2- القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2002م في شأن مكافحة جرائم غسل الأموال في دولة الإمارات العربية المتحدة.

3- قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة.

4- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000م.

عقود مقاولات البناء التجارية بين جائحة كورونا ونظرية الظروف الطارئة المدنية في القانون الكويتي

«اقتراح نظرية استقلال قواعد مقاولات البناء التجارية»

Commercial Construction Contracts Between the COVID-19 Pandemic and The Civil Exceptional Circumstances' Theory in the Kuwaiti Law (Proposal of the *independence Commercial Construction Rules' Theory*)

أ. هشام العبيدان، ماجستير في قانون الشركات من كلية القانون الكويتية العالمية (KILAW). أستاذ

منتدب لدى معهد الدراسات التجارية في الكويت سابقاً.

Hisham Al-Obaidan Master in Corporate Law from the Kuwait International Law

School (KILAW) Lecturer at the Institute of Business Studies in Kuwait

Abstract

The civil judge relies on the theory of *Exceptional Circumstances* in accordance with the requirements of general rules in the civil law. In light of the outbreak of the new Corona virus, COVID19, which set the fate of the parties to the commercial construction contract in a state of mystery, the application of the exceptional circumstances of the obligations of this contract has become unclear.

Through this research, I tried to propose a set of commercial legal rules in order to restore balance between the parties of the commercial construction contract, with a complete commercial vision, taking into account the speed and flexibility that these contracts affecting the path of real estate development in Kuwait need.

This task requires from us a deep analysis of the extent of the necessity of applying the exceptional circumstances' theory and the mechanism of its application, then criticizing the commercial application of this theory, in terms of: the judge's discretionary authority, respect for the sub-agreement of the parties, the specialized judiciary, and the direct lawsuit in the case of a sub-contractor.

I aimed to establish a theory that follows the commercial approach, under the title: "*the independence Commercial Construction Rules' Theory*"; which idea is centered on a vision that aims to achieve justice in the commercial concept that takes into account the reality of the serial and interrelated commercial transactions of the construction contract.

Key words: *Exceptional Circumstances, Construction Contracts, Commercial Contracts, Employer, Original Contractor, Subcontractor, Direct Claim, Indirect Claim, Commercial Court, Commercial Judicial Experience.*

الملخص:

في الوقت الذي يعتمد فيه القاضي المدني على نظرية الظروف الطارئة وفق متطلبات القواعد العامة في القانون المدني، وفي ظلّ تفشي فيروس كورونا المستجد COVID19 الذي وضع مصير أطراف عقد المقاولات البناء التجارية بحالةٍ من الغموض، فإنّ مناسبة تطبيق نظرية الظروف الطارئة على التزامات هذا العقد قد أضحّت محل نقاش.

نحاول من خلال هذا البحث اقتراح مجموعة من القواعد القانونية التجارية بغاية إعادة التوازن بين أطراف عقد مقاولات البناء التجارية، ذلك بتصوّر تجاري كامل وتطبيق من محكمة تجارية متخصصة، بما يراعي السرعة والمرونة التي تحتاجها هذه العقود المؤثّرة على مسيرة التنمية العقارية في الكويت.

ولكن هذه المهمة تتطلّب منّا تحليل عميقٍ لمدى إلزام تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآلية تطبيقها، ثم نقد التطبيق التجاري لهذه النظرية، من حيث سلطة القاضي التقديرية، واحترام اتفاق الأطراف، وجهة القضاء المتخصّص، والدعوى المباشرة في حالة وجود مقاول من الباطن.

يهدف هذا المجهود البحثي إلى إرساء نظرية تتبع المنهج التجاري تحت اسم: "نظرية استقلال قواعد مقاولات البناء التجارية"، وتتمحور فكرتها برؤية تستهدف تحقيق العدالة بالمفهوم التجاري الذي يراعي واقع التعاملات التجارية المتسلسلة والمترابطة لعقد مقولة البناء.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة، مقاولات البناء، العقود التجارية، رب العمل، المقاول الاصيل، المقاول من الباطن، الدعوى المباشرة، الدعوى الغير المباشرة، المحكمة التجارية، الخبرة القضائية التجارية.

المُقدِّمة

تُعدُّ عقود مقاولات البناء التجارية من العقود الحسّاسة على الاقتصاد والتنمية، لاسيما أنّها تأخذ طابعاً زمنياً مُتفقاً عليه؛ خاصّةً عندما يكون الغرض منها إنشاء العقارات أو تعديلها أو ترميمها أو هدمها.

حيث إنّ هذه العقود تأخذ الطابع التجاري عند التزامه بتقديم مواد البناء أو العمال؛ فالعمل الذي يقوم به المقاول سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شركة مقاولات يتّسم بالصفة التجارية بماهيته الذاتية؛ أي

بغض النظر عن صفة القائم بها سواءً أكان تاجراً أم لا في هذه الحالة¹، كما أن المقابلة قد تأخذ صفة العمل التجاري في حالة ممارستها من شركة تجارية كما يغلب عليه الأمر في الواقع. وفي الواقع الكويتي، تجذب عقود المقاولات التجارية الاستثمارات المحلية والأجنبية؛ ممّا يُنعش الاقتصاد المحلي بشكلٍ واسعٍ.

وفي ظلّ رغبة دولة الكويت بتحقيق رؤية: "كويت جديدة 2035"، فلا بدّ أن يستمرّ النهج الاستثماري الفعّال بخصوص استغلال عقود المقاولات التجارية نظراً لدورها الاستراتيجي في الكويت على مدى الـ 5 عقود الماضية²، حيث نرى قطاع مقاولات البناء في تصاعد³؛ ومن أحد أهم أسباب هذا الواقع هو دور عقود المقاولات التجارية في عملية التنمية⁴.

يتعمّد المقاول بموجب عقد المقاولات التجارية بأن يُقدّم الموارد الأولية والعمالة وجميع ما يلزم لتنفيذ المشروع المتفق عليه بالمعايير والكيفيّة والوقت المُحدّد.

وفي ظلّ جائحة كورونا COVID-19، تلك التي أحبطت من فعالية التجارة والاستثمار والبناء بشكلٍ واسعٍ، فقد أصبح مصير العقود التجارية -وبشكل خاص المقاولات- محلّ ترقّبٍ ونظرٍ، خاصةً أنّها من العقود متراخية التنفيذ إلى ما بعد التعاقد، وهو ما يفتح المجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁵.

حيث يُصبح تنفيذ عقد المقابلة التجاري مُرهقاً على الطرف المقاول الذي لم يعد بمقدوره تنفيذ العقد وفق المعايير والكيفيّة والوقت المُحدّد في العقد قبل حلول الجائحة.

فهل يمكن حل هذه الإشكالية التجارية التنموية استناداً على القواعد العامة الواردة في القانون المدني؟

¹ "تعد أعمالاً تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته: 16- مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها متى تعهد المقاول بتقديم الموارد الأولية أو بتوريد العمال". أنظر: المادة 16\5، قانون التجارة الكويتي، رقم 68، عام 1980.

² <https://www.cgc-kw.com/ar/CGC/About-CGC/Company-Profile> (5-5-2020).

³ في دراسة حديثة من هونج كونج عام 2020، ظهر للباحثين أن بعض الشركات كانت تمتلك حصانةً ضد فيروس كورونا Covid-19 وذلك نتيجة استثمارها في القطاعات غير المالية؛ حيث يُعتبر قطاع المقاولات العقارية من هذه القطاعات التي تمنح اقتصاد الدولة حصانةً من الهزات المالية. أنظر في فكرة حصانة الشركة:

"... the stock prices of firms with greater hedge fund ownership performed worse, and those of firms with larger non-financial corporate ownership performed better". See: DING, Wenzhi, et. al., Corporate Immunity to the COVID-19 Pandemic, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper No. 27055, Cambridge, April 2020, abstract.

⁴ <https://alqabas.com/article/531950> (5-5-2020).

⁵ المادة 198، القانون المدني الكويتي.

وهل يملك القاضي -وفق نظرية الظروف الطارئة الواردة في القانون المدني- ما يلزم من الصلاحيات لإعادة التوازن بين طرفي عقد المقاولة؟

هل يُؤثّر تطبيق الظروف الطارئة إيجاباً على دفع العجلة التجارية والتنموية المتعزّرة في الكويت بعد جائحة كورونا؟

أهداف البحث

- 1- توضيح مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في ظلّ الظروف الطارئة كما وردت في القانون المدني الكويتي.
- 2- إسقاط طبيعة عقد المقاولات التجاري على سلطة القاضي في إعادة التوازن لأطراف العقد في ظلّ تطبيق القواعد العامة للظروف الطارئة.
- 3- تقديم مقترح بإضافة قاعدة قانونية جديدة لقانون التجارة بحيث تخدم طبيعة عقد مقاولات البناء التجاري في ظلّ الظروف الطارئة مثل جائحة كورونا، ذلك بما يخدم استمرار العجلة الاستثمارية والتنموية في الكويت.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في رسم خريطة قانونية جديدة لصلاحيات القاضي بغاية إعادة التوازن بين أطراف عقود المقاولات التجارية في ظلّ الظروف الطارئة، ذلك من منظور تجاريّ صرفٍ، بغرض إسباغ العدالة -بالمفهوم التجاري- على تعديل العقد في ظل هذه الظروف.

ويكتسب البحث أيضاً أهمية خاصةً في الكويت التي تعتمد على عقود مقاولات البناء في تحريك عملية التنمية، فلا بدّ أن يكون لدى المشرع الكويتي رؤيةً تشريعيةً تجاريةً مُتخصّصةً تخدم هذه العقود المؤثّرة على المستوى التنموي.

منهج البحث

1. المنهج الوصفي؛ بغرض شرح تفاصيل نظرية الظروف الطارئة كقواعد عامة من حيث إعادة التوازن لأطراف العقد.
2. المنهج التحليلي النقدي؛ وذلك بتحليل وانتقاد نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني لدى إسقاطها على الوقائع التجارية الخاصة بعقود المقاولات.
3. المنهج الاستقرائي؛ بغرض استنتاج نظرية للظروف الطارئة على الطريقة التجارية؛ بحيث نقترح فرض قواعد أكثر مناسبة للطبيعة الاستراتيجية لعقود المقاولات على مستوى التنمية.

مصطلحات البحث

يُقصد بـ: "الجائحة" ذلك المرض المنتشر المعدي دون اكتشاف دواءٍ أو لقاحٍ مناسبٍ له؛ مثل جائحة كورونا، أمّا، "الوباء" فهو وصفٌ قد تطلقه منظمة الصحة العالمية على المرض في حال انتشاره وفق نسبٍ ومعاييرٍ معينةٍ لم تبلغه جائحة كورونا بعدُ.

فيما تُعبّر "المقاوله المدنية" عن معنى الالتزام بتقديم عمل دون وجود تبعيّة لرب العمل، وتختلف "المقاوله التجارية" عن المدنية في أنّها تخضع لقواعد القانون التجاري نتيجة وصف العمل بالتجاري خاصة لدى تقديم المواد في مقاوله البناء أو تنفيذها من جهة تجارية محترفة بالمقاولات، وتتميّز المقاوله التجارية عن المدنية بشكل أساسي بما يلي:

- تقديم المقاول فيها لمواد البناء والعمال.
- ارتباطها بعقود الائتمان التجارية التي تُعتبر المورد الأساسي لتمويل شراء مواد البناء وتسديد أجور العمال.
- ارتفاع قيمتها، حتى أنّها قد تكون ذات تأثير استراتيجي على مستوى التنمية في الدولة.
- تسلسل عملياتها بين تجار المقاولات الأصليين (المتعاقدين أصلاً) والفرعيين (المتخصّصين المتعاقدين من الباطن).

أمّا "المقاول الأصلي" فهو المقاول المتعاقد أساساً مع رب العمل والملتزم أمامه بموجب عقد المقاوله على تنفيذ مقاوله البناء وفق شروطٍ معينةٍ، في الوقت الذي يدلُّ معنى "المقاول الفرعي" على معنى المقاول من الباطن المتعاقد مع المقاول الأصلي بغرض تنفيذ ذات المقاوله الأساسية بموجب عقدٍ مستقلٍّ عن عقد المقاوله الأصلي.

وهكذا يكون "رب العمل" هو الجهة التي طلبت المقاوله والتي تعاقدت أصلاً مع "المقاول الأصلي".

وتختلف "الخبرة القضائية" عن "مجلس الخبراء التجاريين" الذي نرغب باقتراحه، في أنّ الخبرة القضائية هي خبرة شخصية تقليدية تلجأ المحكمة لها بصدد أمرٍ تخصّصيّ، في حين أنّ مجلس الخبراء التجاريين المقترح هو جهةٌ تُقدّم خبرةً مؤسّساتيةً مُحترفةً بموجب انتداب خبراء ذوي تجربة واسعة في حلّ منازعات عقود مقاولات البناء الاستراتيجية.

إشكالية البحث

"هل يتمثّل الحل القانوني بخصوص تعثّر عقود مقاولات البناء التجارية بفعل الظروف الطارئة التي أوجدتها جائحة كورونا في تطبيق قواعد القانون المدني؟".

مُخَطَّطُ البَحْث

المبحث الأول: إلزامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: إلزامية تطبيق الظروف الطارئة وفق القواعد العامة.

المطلب الثاني: إلزامية تطبيق الظروف الطارئة على عقد المقاولات التجاري.

المبحث الثاني: آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق القواعد العامة.

المطلب الثاني: آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد المقاولات التجاري.

المبحث الأول

إلزامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تُعدُّ نظرية الظروف الطارئة نظريةً مُغايرةً للرؤية القانونية الأساسية في أنَّ العقد هو شريعة المتعاقدين، بحيث يمكن تطبيقها بصورة استثنائية فقط بعد حلول ظروف عامة غير اعتيادية وغير متوقعة، تؤدي إلى ضرورة تعديل البنود التي كانت شريعة للمتعاقدين قبل قيام هذه الظروف؛ بغرض إنقاذ العقد من الانفساخ.

فما مدى إلزامية تطبيق هذه النظرية في ظلِّ جائحة كورونا؟

سندرس مدى إلزامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق القواعد العامة (المطلب الأول)، ثم نُسَقِّطُ هذه الفكرة على عقد المقاولات التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إلزامية تطبيق الظروف الطارئة وفق القواعد العامة

أتاحت القواعد العامة في القانون المدني نظرية الظروف الطارئة على أنَّها الحلُّ الأمثل للأوضاع الاستثنائية التي لا يمكن توقُّعها عند إبرام العقد؛ ممَّا يجعل تنفيذ العقد مُكلفاً على أحد طرفي العقد، حيث يتبيَّن من هذا الحدث الفُجائي تهديد حقيقي للعقد مضمونه خسارة الحقوق وتزايد الالتزامات.

ويجب علينا تحديد ماهية نظرية الظروف الطارئة والمقابلة أولاً، حتى نستطيع تحديد مدى إلزامية تطبيق القاضي لنظرية الظروف الطارئة ثانياً.

أولاً: ماهية نظرية "الظروف الطارئة" و"المقاولة"

حتى نبيّن مدى إلزامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فلا بدّ أن نعرض لماهية هذه الظروف وفق المادة 198 من القانون المدني الكويتي، حيث استقرّ المشرع الكويتي على الظرف المفاجئ الذي لم يكن في مقدور أطراف العقد توقّعه، والذي يؤديّ إلى صعوبة تنفيذه، ممّا يجعل تنفيذ العقد مرهقاً أو مكلفاً على غير ما كانت عليه الأمور قبل حلول هذا الظرف، حيث يكون للقاضي صلاحية الموازنة بين مصلحة الطرفين بالحد المعقول¹، وهذا ما أكد عليه العلامة السهوري رحمه الله².

ويمكن استخراج شروط تطبيق الظروف الطارئة من ماهيتها، حيث تتمثّل هذه الشروط بالحدث الاستثنائي العام الذي يؤديّ إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، على أن يكون تنفيذ هذا العقد متراخياً إلى ما بعد تاريخ إبرامه أي إلى ما بعد حلول الظروف الطارئة³.

ونلاحظ أنّ نص المادة 198 من القانون المدني لم يقدّم بحصر الأحداث المفاجئة بشكلٍ مُحدّدٍ، بل ذكرها على سبيل المثال، على أن تكون نادرة الوقوع⁴؛ بحيث جعل للقاضي السلطة التقدير الواسعة في تقدير الواقعة من الناحية المكانية والزمانية وفقاً للظروف، التي يجب أن تكون عامة⁵، ممّا يجعل من تنفيذ العقد أمراً مرهقاً، على أنّ الإرهاق هنا هو فكرة موضوعية⁶.

¹ "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". أنظر: المادة 198، القانون المدني الكويتي.

² السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، لسنة 2015، ص 705.

وانظر كذلك لدى: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والاثبات - الكتاب الأول، دار الكتاب، الطبعة الثالثة، الكويت، 2009-2010، ص 167.

³ عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، ص 171.

⁴ "إن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها، ولم يأت انص المصري بأمتلة، تاركاً ذلك للفقه والعمل، وكذلك فعل التقنين الإيطالي، أما التقنين البولوني فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً". أنظر: السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ص 719.

⁵ إبراهيم، رؤى، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية دراسة تحليلية مقارنة، السنة 28، العدد 57، مجلة الشريعة والقانون كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2014، ص 191.

⁶ أي: "ينظر فيها (الظروف) إلى ظروف الصفة ذاتها وليس إلى ظروف المتعاقد الشخصية". أنظر: زهرة، بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة أكلي محند أولحاج كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، نوقشت عام 2014،

فيما عرّف القانون المدني الكويتي "عقد المقاولة" بشكل عام -بما يشمل مقاولة البناء- بأنه: "... عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدّي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه"¹، ويكون على المفاوض: "أن يُنجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها"²، وهذا ما يرسم ملامح الضبط القانوني لمشروع المقاولة³.

وعلى اعتبار أنّ المادة 198 مدني قد وضعت قاعدةً عامةً لتطبيق الظروف الطارئة، فإنّ هذه القاعدة قابلةٌ للتطبيق على جميع العقود، ولا يوجد ما يدلُّ على أنّها تُطبَّق على نوعٍ معيّنٍ من العقود، حتى لو كانت العقود مبنيةً على احتمال الكسب أو الخسارة⁴، ومن ضمن هذه العقود عقد مقاولة البناء، ذلك بغضِّ النظر عن طبيعته التجارية التي تقوم وفق قانون التجارة الكويتي: "... متى تعهّد المفاوض بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال"⁵.

ثانياً: مدى إلزامية تطبيق القاضي لنظرية الظروف الطارئة

لقد كان المشرع الكويتي واضحاً وصريحاً إزاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ فقد ترك صلاحية تطبيق هذه النظرية بيد القاضي، الأمر الذي يُتيح للقاضي أن يتدخّل لتعديل العقد⁶، ذلك بعد أن يتأكد من اكتمال الشروط التي بيّنها القانون من مضمون نص المادة 198 مدني، فلا يمكن للمتعاقدين سلب سلطة

غير أن القاضي: "ينبغي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما". أنظر: عبد القادر، علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق، الجزائر، نوقشت عام 2008، ص84.

¹ المادة 661، القانون المدني الكويتي. أنظر أيضاً: السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد لأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص5. عرّف كل من الفقيهين "بلانيول" و "ريبير" عقد المقاولات بأنه: "العقد الذي يكلف شخص بموجبه شخصاً آخر بعمل معين لقاء ثمن يحسب وفقاً لأهمية هذا العمل". أنظر: نخلة، مورييس، الكامل في الشرح القانون المدني، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص144-145.

² المادة 1-666، القانون المدني الكويتي.

³ أنظر في فكرة الإشراف على رأس المال الذي يديره مقاولي البناء لدى جانب من الفقه المكتوب بالفرنسية:

BADOU, Agnès ET BIERSCHEK, Thomas, Les entrepreneurs Béninois et leurs associations: Un capitalisme sous tutelle, Arbeitspapiere des Instituts, Université de Mayence, 2019, page 1.

⁴ عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، مصادر الالتزام والائبات - الكتاب الأول 2010، ص 171. لكن يستوجب استبعاد تطبيق الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية: "لأن هذه العقود تقوم على احتمال الخسارة والكسب. ولا يستطيع فيها اكل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد". أنظر: إبراهيم، رؤى، مرجع سابق، ص 189. وانظر كذلك إلى: زهرة، بلقاسم، مرجع سابق ص36.

⁵ المادة 5-16، قانون التجارة الكويتي.

⁶ أنظر في شرح هذه الفكرة لدى البكري، محمد، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، دار محمود، ص 511.

القاضي بتعديل العقد تبعاً للظروف الطارئة مكتملة الشروط عبر اتفاق مخالف¹، إلا أنّ تطبيق هذه النظرية يبقى ملكاً ليمين القاضي بعد اقتناعه بهذه الظروف وفق تقديره.

فيجب أن يرى قاضي الموضوع قيام ظروف غير مألوفة²، ترتّب عليها الاعتقاد بأنّها ظرف طارئ عام ومفاجئ ومرهق حتى يحكم بتعديل التزامات العقد، حيث يصنع القاضي هنا التزامات ذات صفة قضائية وليس تعاقدية³.

هكذا يتّضح أنّ لقاضي الموضوع سلطةً واسعةً في تعديل أو إلغاء العقد لمصلحة الطرف المتضرّر جراء الظروف الطارئة، ويتركّ هنا تحقيق هذا التوازن لتقدير قاضي الموضوع⁴.

بناءً عليه، فإنّ القاضي غير ملزم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على من تضرّر من الحدث المفاجئ، يُستفاد ذلك من كلمة "جاز" المذكورة في المادة 198 مدني، وهي تُفيدُ التخيير بين أمرين، حيث يقوم القاضي بتقدير هذه الشروط ومدى تناسُّبها وفقاً للأوضاع المحيطة بالعقد، ذلك بعد طلب المدين⁵؛ واستناداً على هذا الواقع، يقوم بتعديل العقد إذا تطلّب الأمر وفق تقديره.

ونرى هنا، أنّ إسباغ السلطة التقديرية الواسعة لقاضي الموضوع من حيث إلزامية التطبيق من عدمها، يتنافى مع العدالة إزاء العقود التجارية بشكل خاص؛ ذلك لأنّ العقود التجارية لا تتحمّل الإبطاء في تنفيذها أو تركها لتقدير القاضي المدني الذي قد يُخطئ بتقدير العدالة بالمفهوم التجاري، وهو ما سيؤثر في عملية التنمية العقارية في الدولة⁶.

¹ زهرة، بلقاسم، مرجع سابق، ص 51.

² عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، الكتاب الأول، ص 168.

³ "يعني تدخل القاضي بهذه الطريقة أنه يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، حيث يعيد بإرادته هو صنع العقد من جديد، كما يعني من الناحية الفنية أن هناك تجديداً للالتزامات الناشئة عن عقد، بحيث تنقضي الالتزامات القديمة، وتحل محلها التزامات جديدة من صنع القاضي، فهي إذًا التزامات مصدرها حكم القاضي وليس العقد، وتعد نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات الالتزام القضائي". أنظر: الديب، هبة، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة، فلسطين، 2012، ص 61-62.

⁴ إبراهيم، رؤى، مرجع سابق، ص 193.

أنظر أيضاً:

"الفقه الإسلامي يعتد بالظروف الطارئة، ويعطي القضاء المرونة في رفع الضرر عن أحد المتعاقدين، وتعديل العقد أو فسخه، بحسب تقدير الأصلاح على الحالة، وستكون الكلمة للقضاء في المملكة في تقدير أزمة كورونا وأثرها على الشركات المتضررة". أنظر: دراسة قانونية مقدمة من الهيئة السعودية للمقاولين، قطاع المقاولات في ظل جائحة كورونا، أبريل 2020، ص 10.

⁵ "والمشرع حين يقول جاز للقاضي يقصد بأن القاضي لا يستطيع أن يعمل أثر توافر شروط النظرية إلا بناء على طلب المدين". أنظر: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، الكتاب الأول، ص 171-172.

⁶ حول تجربة قطاع العقارات الفرنسي في إعادة بناء المدن بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، أنظر لدى جانب من الفقه الفرنسي:

وبخصوص عقود مقاولات البناء فإنَّ عرقلتها يؤدي إلى توقُّف عجلة التنمية في الدولة، الأمر الذي يؤدي إلى خسائر تطلال الجميع كما يحدث اليوم مع أزمة فيروس كورونا Covid-19¹، وهذا ما يجعل من ترك تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتقدير القاضي مخاطرةً كبيرةً على مسيرة التنمية العقارية في الدولة.

فلا يبدو من المناسب أبداً ترك مسألة تعديل التزامات عقد المقاولة ملكاً ليمين قاضي الموضوع، خاصةً في ظلِّ ارتباط العمليات التجارية ببعضها البعض من جهة، وبالنظام الائتماني المصرفي من جهة أخرى، حيث إنَّ كثيراً من المقاولين يقترضون لتسديد أثمان مواد البناء.

بالإضافة إلى ذلك، سيتوقَّف على تقدير القاضي، جريان العديد من العمليات التجارية المتسلسلة لمقاولات البناء التي تحكمها المسؤولية العقدية².

حيث إنَّ المقاول *Contractor* في مشاريع مقاولات البناء *Construction Projects* كثيراً ما يرتبط مع مقاولين من الباطن *Subcontractors*³ بالفرنسية *Sous-traitant*⁴، وهو ما أجازه المشرع الكويتي⁵. يحدث

RIVIALE, Pascal, La construction des cités administratives en France durant les « Trente Glorieuses » à travers les sources des Archives nationales, Revue des patrimoines, Vol. 38, 2018, page 1.

¹ COCCOLINI, Federico, et. al., COVID-19 the showdown for mass casualty preparedness and management: The Cassandra Syndrome, World Journal of Emergency Surgery, No. 15, 2020. See:

<https://wjeb.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13017-020-00304-5#citeas> (10-5-2020).

² سماره، عادل، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الخاصة، نابلس، فلسطين، 2007، الصفحة 24.

³ للاطلاع على إشكاليات المقاولة من الباطن في عقود المقاولات التقليدية، راجع في جانب من الفقه العربي: المير، سميرة، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)، مجلة البدر، جامعة بشار، الجزائر، المجلد 9، العدد 3، مارس 2017، الصفحة 89. وراجع في جانب من الفقه الأمريكي:

CLOSEN, Michael L. and WEILAND, Donald G., The Construction Industry Bidding Cases: Application of Traditional Contract, Promissory Estoppel, and Other Theories to the Relations between General Contractors and Subcontractors, 13 J. Marshall L. Rev. 565 (1980), The John Marshall Law Review, Vol. 13, No. 3, Spring 1980, page 565.

وراجع في جانب من الفقه المكتوب باللغة الفرنسية:

Héraux, Hory, L'action en paiement et en responsabilité du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage en Droit de la construction: analyse comparée en droit belge et français, Master en droit, Université de Liège, Liège, Belgique, 2016.

⁴ أنظر إلى الجملة التالية التي نصَّت عليها محكمة النقض الفرنسية والتي شرحت فيها عناصر المقاولة (رب العمل، والمقاول الرئيسي، والفرعي): "Il est indiscutable que le maître de l'ouvrage est PSA Peugeot Citroën, que l'entrepreneur principal est PCI, et qu'AIS est son sous-traitant". Voir:

Cour de cassation, Chambre civile 3, No. 18-1943319 septembre 2019. Le line:

<https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20190919-1819433> (9-6-2020).

⁵ "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار". أنظر: المادة 1-681، القانون المدني الكويتي.

ذلك في الواقع خلال تنفيذ المشاريع الكبيرة¹ التي تحتاج إلى مقاولين مُتخصِّصين بتنفيذ أجزاءٍ مُعيَّنةٍ من المشروع.

وفي ظل استقلال عقد المقاولة الأصلية عن العقد من الباطن، يمكن أن يتمَّ النظر بدعوى تعديل كل من العقدین لدى محكمتين منفصلتين بفعل استقلال العقدین واختلاف أطرافهما وبنودهما رغم وحدة هدفهما بتنفيذ ذات المقاولة، ذلك طالما أنَّه لا يوجد نص ملزم لتوحيد موضوع الدعوتين واختصاص المحكمة.

فهنا إنَّ قَدَّر القاضي تعديل عقد المقاولة من الباطن بدعوى الظروف الطارئة، ولم يُقدِّر ذلك القاضي الآخر الذي يَنْظُر إمكانية تعديل عقد المقاولة الأصلي بدعوى تلك الظروف، فما هي النتيجة حينئذٍ؟

ببساطة، سيبقى المقاول الأصلي مُلتزماً ببنود عقد المقاولة الأصلي²، فيما سيخفُّ التزام المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي الذي سيتحمَّل الخسائر الناتجة عن الظروف الطارئة، ولن يتمكَّن هذا المقاول الأصلي من الاحتجاج بتخفيف عقد المقاولة من الباطن في مواجهة رب العمل (الجهة التي طلبت المقاولة)؛ لأنَّ المقاولة من الباطن هي عقدٌ مستقلٌّ عن عقد المقاولة الأصلي³، ولا يُعتَبَرُ رب العمل طرفاً فيه⁴.

¹ المير، سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، الجزائر، نوقشت عام 2016، الصفحة 101.

² "لا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن". أنظر: المادة 681-2، القانون المدني الكويتي.

³ للاطلاع على أركان المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، أنظر: مازة، حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران 2، نوقشت عام 2016، الصفحة 220.

أنظر كذلك في دراسة أحدث لدى: بالهادي، محمد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الوادي، نوقشت عام 2018، الصفحة 7.

ويمكن الاطلاع على الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن لدى جانب من الفقه الأمريكي:

BISHOP, Dorothy H., The Sub-Contractor's Bid: An Option Contract Arising Through Promissory Estoppel, Emory Law Journal, No. 34, 1985, page 421.

⁴ ويتغيَّر الأمر في حال كان العقد مُشترَكاً بين رب العمل من جهة وبين المقاول الأصلي والفرعي (من الباطن) من جهة أخرى. أنظر في التفريق بين عقد المقاولة من الباطن وبين العقد المشترك لدى: حشاش، حليلة والعوادي، حنان، عقد المقاولة من الباطن، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، نوقشت في 2016، الصفحة 1. وقد أشار القضاء الأمريكي إلى المسؤولية المشتركة بخصوص المقاول من الباطن وفق قانون ولاية IOWA في الولايات المتحدة. أنظر:

"One federal court has stated that (a general principle applicable to this... question is that an obligation to indemnify requires some relationship between the work done by the subcontractor under the subcontract and the injury) This principle flows from the express language of the indemnity provisions and can be modified by different contract language". See: STONE,

وفي هذه الحالة سيُحقيقُ بالمقاول الأصلي ضررٌ كبيرٌ نتيجة السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهكذا سيتشكّل مناخٌ طارداً للاستثمار في مجال المقاولات بسبب ظروفٍ مثل الجوائح الصحية، ثم ستوقّف حركة الإنشاء والبناء في الدولة. ولذلك علينا التعمق في إلزامية تطبيق الظروف الطارئة على عقد مقاولات البناء التجاري بغرض اقتراح بعض القواعد الخاصة بهذا العقد.

المطلب الثاني

إلزامية تطبيق الظروف الطارئة على عقد المقاولات التجارية

وفق ما تبين من نص المادة 5\16 تجاري، فإن عمليات إنشاء المباني تعدّ من عقود المقاولات التي يسبغ عليها الطابع التجاري بماهيتها الذاتية في حالة قيام المقاول بتقديم مواد البناء، حيث يقوم المقاول بالمضاربة على عناصر مادية وبشرية¹ لبناء المدارس والمستشفيات والمسكن وغيرها²، أو أن تكتسب المقاولات الطبيعة التجارية جرّاء قيام الشركات التجارية المساهمة بتنفيذها، خاصّةً بصدد المقاولات الضخمة أو التخصصية.

بالتالي، سنقوم في هذا المطلب بطرح رؤية تجارية جديدة بخصوص إلزامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتناسب مع الطبيعة التجارية لمقاولات البناء؛ حيث إنّ ترك المسألة لتقدير قاضي الموضوع لا يتناسب إطلاقاً مع الطبيعة التجارية للعقود التجارية وبالأخصّ المقاولات التجارية.

بناءً عليه، سنرى ماهية إلزام القاضي أمام القانون بتعديل عقد مقاولات البناء أولاً، ثم مبررات هذا الإلزام ثانياً.

Roger W. & STONE, Jeffrey A., Indemnity in IOWA Construction Law, 2015. page 17. See: <http://www.simmonsperine.com> (18-5-2020).

¹ "من جهة أخرى ساير المشرع الكويتي ما استقر عليه الفقه والقضاء من عدم قصر التجارية على المقاولات التي يتعهد فيها المقاول بتقديم المواد الأولية وإنما سحّبها أيضاً على المقاولات التي لا يتعهد فيها المقاول سوى بتوريد العمال". أنظر: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 153.

² "وبصورة مقاولات المباني تعاقده صاحب ارض فضاء مع مقاول انشاء المباني على اقامة دار للسكنى أو مدرسة أو مستشفى أو نحو ذلك مع تعهد المقاول بتقديم آلات ومعدات ومواد البناء والمهندسين والملاحظين والعمال مما يعني اتخاذ هذا العمل شكل مشروع يضارب فيه المقاول على هذه العناصر المادية والبشرية بقصد تحقيق الربح من الفرق بين المبلغ الذي يتقاضاه من صاحب البناء وثمان تكلفة البناء والعمل". أنظر: المصري، حسني، القانون التجاري الكويتي دراسة مقارنة، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، 1996-1995، ص 152.

أولاً: ماهية إلزام القاضي أمام القانون بتعديل عقد مقاولات البناء

يبدو لنا أنّ من أكثر الحلول المنطقيّة المبدئيّة - في ظلّ عدم وجود قضاء تجاريّ مختصّ في الكويت حالياً - هو تشريع قاعدة تجارية جديدة حتى تكون استثناءً عن القواعد العامة الواردة في القانون المدني، بحيث يُلزم القاضي بتعديل الالتزامات في العقد التجاري بعد قيام الظروف الطارئة.

فالغاية من إلزام القاضي بتعديل عقد مقاولات البناء التجاري مثلاً هو فرض حالة من العدالة تستلزمها بيئة الأعمال التجارية الخاصة بالمقاولات¹.

فمن الناحية التقديرية، سوف تتقلّص سلطة القاضي بخصوص تطبيق الظروف الطارئة؛ حيث سيكون عليه تقدير شروط قيامها فقط، دون أن يسمح له النص التجاري الامتناع عن تعديل العقد.

هكذا، يكون من واجبات القاضي موازنة الحقوق والواجبات في العقد التجاري، بما يلغي أية إمكانية لإهدار الحقوق نتيجة خطأ القاضي بالتقدير، ذلك بالنظر إلى أنّنا نرى في هذه الحالة ضرورة فتح الإمكانية لأطراف العقد التجاري بالاتفاق على خلاف تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو التنازل عنه أمام القضاء.

بالتالي، يكون القاضي ملزماً بتعديل العقد التجاري ما لم يوجد اتفاق مخالف، حيث إنّ العلاقات التجارية تحكمها مراحل وعوامل عديدة، فقد يكون الدائن التاجر في أحد المشاريع مديناً لذات الأطراف في مشروع آخر.

ولذلك، وجب هنا فتح مساحة أكبر من الحرية للتجار حتى ينظموا أمور تجارتهم، الأمر الذي يوجب إلغاء صفة القاعدة الأمّرة للظروف الطارئة تلك الصفة التي تحرم الاتفاق على ما يخالفها كما جاء في المادة 198 مدني.

ثانياً: مبررات إلزام القاضي بتعديل عقد مقاولات البناء

بصورة عامة، فإنّ إلزام القاضي أمام القانون بتعديل عقد مقاولات البناء بسبب الظروف الطارئة يجد مبرراته في متطلبات المعاملات التجارية بتعديل العقد، ذلك بغاية حماية حقوق الأطراف التجارية من جهة (المصلحة الخاصة)، ودعم استمرار حركة التنمية العمرانية في الدولة من جهة أخرى (حماية الاقتصاد والتنمية).

¹ للاطلاع على صناعة مقاولات البناء في كندا، أنظر في جانب من الفقه المكتوب باللغة الفرنسية لدى:

PITRE, Mèlante, Gestion intégrée des matières résiduelles provenant de l'industrie de la construction de bâtiments, École de technologie supérieure, Monterial, Canada, Le 7 Jan. 2008.

أما برؤية أكثر عمقاً، فإنَّ سلطة القاضي في تقدير نظرية الظروف الطارئة على عقد مقاولات البناء التجارية تأخذ طابعاً مغايراً عن مختلف العقود الأخرى، فلا يستوي في ظلِّ الظروف الطارئة أن يكون للقاضي مطلق التقدير لمصير عقد المقاولات التجارية الذي يؤثر في القطاع الاستثماري العقاري على المستوى الوطني.

ومن ناحية الأطراف، فإنَّ طبيعة عقد مقاولات البناء التجارية تختلف عن العقود الأخرى، فهو عقدٌ زميٌّ يتضمَّن عادةً تسلسلاً فيما بين أطرافه بموجب عقدين مستقلين هما عقد المقاوله الأصلي، والمقاوله من الباطن؛ فإذا تأثر أحد هذين العقدين، اختلَّ التوازن في المنظومة التجارية لعمليات المقاوله¹.

وبشكلٍ أكثر عمقاً، ففي عقد مقاوله البناء التجاري الذي يُقدِّم فيه المقاول مواد البناء مثلاً، فإنَّ المقاول هذا سيكون أمام التزامٍ تجاه مصدر هذه المواد، وتجاه المصرف الذي اقترض منه لاستيفاء ثمنها، وتجاه رب العمل وهو الجهة التي طلبت المقاوله، وقد يكون ملتزماً أيضاً بتسديد قيمة المقاوله تجاه المقاول من الباطن. فلا يستقيم من حيث طبيعة التعاملات التجارية هذه أن يتمَّ إهمال الظروف الطارئة التي ألمت بالمقاول في عقد المقاوله التجاري، أو أن يتمَّ تعديل أحد عقدي المقاوله الأصلي أو الباطن دون أن يتمَّ تعديل العقد الآخر.

فالمقاول الأصلي سيقع في غموضٍ تشريعيٍّ تجاه عقدين منفصلين خصوصاً إذا ترتب عليه إنهالك في تنفيذ الالتزام على نحو يتجاوز المتوقع² في الوقت الذي تكون فيه العملية التجارية واحدة، الأمر الذي كان يستلزم تعديل كل العقود المرتبطة بمقاوله واحدة.

¹ أشار جانب من الفقه الكندي إلى أنه يحق لرب العمل الإشراف على المقاول الأصلي، كما يحقُّ لرب العمل أن يُعيِّن مشرفاً على المقاول من الباطن تحت إدارة المقاول الأصلي، فهنا يجب على المقاول من الباطن أن يتعاون مع المشرف الخاص برب العمل. أنظر:

"The public client also has the right to review and verify the performance of the contractor, which means that the contractor must cooperate and require subcontractors to cooperate with the public client's representative responsible for the review and verification of the work". See: JOBIDON, Gabriel, et. al., Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language, *Laws Journal*, Vol. 8, No. 9, 2019, page 28

بهذه الطريقة يمكن إيجاد تعاون أكبر في تنفيذ عمليات المقاوله؛ لأن رب العمل سيكون مشرفاً على أرض الواقع، وقد يُقدِّر الظروف الطارئة، فينتهي النزاع مع المقاول الأصلي بشكلٍ وذي دون نزاع قضائي.

² يتوسَّع جانب من الفقه في وصف الظروف الطارئة خاصة المتعلقة بالعمليات التجارية، فإذا: "... طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن في الحسبان كأن تنهار قيمة العملة الوطنية على نحو مفاجئ، وجعلت أداء الالتزام بالغ العنف على المدين على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الرجل العادي يتوقعه عند إبرام العقد فإنه لا يوجد ثمة سند قانوني لكي ننأى بالنظرية عن التطبيق". أنظر: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، الكتاب الأول، ص 171.

بناءً على هذه المُبررات، نجد في فكرة إلزامية تطبيق الموازنة فيما بين أطراف عقود مقاولات البناء التجارية الحل الأكثر مناسبة للمنطق القانوني التجاري، ذلك ما لم يتفق أطراف العقد التجاري على ما يُخالف ذلك بما يخدم مجموع تعاملاتهم التجارية.

المبحث الثاني

آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بغض النظر عن مدى إلزامية القاضي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتعديل العقد التي بحثناها في المبحث الأول، فإننا سنتعمق في هذا المبحث في آلية تطبيق هذه النظرية وفق القواعد العامة (المطلب الأول)، ثم وفق الرؤية التجارية الخاصة بعقد مقاولات البناء كما نقتربها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق القواعد العامة

سنرى كيفية حماية المدين بفعل الظروف الطارئة المدنية أولاً، ثم المراكز القانونية بعد تطبيق الظروف الطارئة المدنية ثانياً، وكل ذلك بالتطبيق على عقد مقاولات البناء التجاري.

أولاً: حماية المدين بفعل الظروف الطارئة المدنية

في حال التزام المقاول بتقديم مواد البناء بخصوص عقد المقاول¹، فالمثال التقليدي يتمثل بقدرة المقاول الأصلي (المدين) على استكمال مقاولته تجاه رب العمل (الدائن) باستخدام مواد بناء أقل جودة²، فيمكن أن تكون ذات مصدر مختلف عن المصدر المذكور في العقد -الصين مثلاً- نظراً لوقف الحركة التجارية إلى الصين، كما قد يطلب المقاول الأصلي (المدين) تأجيل الالتزام إلى موعد مستقبلي يكون الأمل معقوداً بتغيير الظروف في حينه³.

¹ "... يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل". أنظر: المادة 662-2، القانون المدني الكويتي.

² أو حتى مواد بناء معاد تدويرها. أنظر في هذه الفكرة في جانب من الفقه البرتغالي:

PACHECO, João Nuno, et. al., Reliability Analysis: The Next Step towards Recycled Aggregates Concrete Affirmation, In: Kimberly Hall, Construction Projects, Nova Science Publishers, Inc., New York, 2017, page 1.

³ قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير، مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، وحتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الموقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى". أنظر: زهرة، بلقاسم، مرجع سابق، ص 72. وكذلك: الديب، هبة، مرجع سابق، ص 86.

ورغم مخالفة ذلك للقاعدة الأساسية التي تقول: "تقديم مواد العمل كلها أو بعضها واجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها"¹، فيمكن أن يقوم المقاول باستخدام موادٍ أقلَّ جودةً من تلك المتفق عليها استناداً على قاعدة الظروف الطارئة (جائحة كورونا)، وهو أمرٌ جائزٌ وفق نظرية الظروف الطارئة بغرض تخفيف التزامات المدين (المقاول الأصلي) وإنقاذ العقد.

فإذا كان المقاول ملتزماً أمام رب العمل على تقديم مواد بناء ذات منشأ صيني، ثم أغلقت الصين حدودها بفعل انتشار فيروس كورونا فيها، فهنا يمكن أن يقوم قاضي الموضوع بتعديل منشأ هذه المواد حتى يكون تنفيذ العقد ممكناً، فيتمُّ إلزام المقاول بتقديم مواد بناء ذات منشأ هنديٍّ على أن تُحقَّق هذه المواد نفس معايير الجودة، وإذا كانت أقلَّ جودةً لكنها تفي بالغرض، فهنا يجب تخفيض سعر المواد عمماً هو مذكور في بنود عقد المقاول.

وكثيراً ما تحدث صورة المقاول من الباطن في الواقع إزاء المقاولات التجارية² التي تحتوي على أجزاء بناءٍ تخصصيَّةٍ تحتاج إلى مواد خاصة داخل مشروعٍ كبيرٍ يضمُّ عدداً واسعاً من المنشآت، الأمر الذي يجعل شركة المقاولات بحاجةٍ إلى شركات بناءٍ تختصُّ بنوعٍ معينٍ من البناء بحيث توفِّر مواد البناء، فتتعاقد مع إحداها، لتنفيذ جزءٍ من المقاول من الباطن.

لذلك، يمكن أن تلعب المقاول دوراً هاماً في إطار الاستثمار الأجنبي في المقاولات³، وتنفيذها بشكلٍ أصلي أو من الباطن عبر مقاول أجنبي⁴.

يرى الفقه: أن الحل الأمثل خلال الظروف الطارئة قد يكون في تأجيل الالتزامات التجارية دون أن يترتب عليها مسؤولية تجاه أطراف العقد، ذلك حتى يحين موعد مناسب لتنفيذها. أنظر:

"An immediate solution that might be appropriate in many instances would be to enable the suspension of obligations under a contract for a period of time without penalty/liability. In other words, performance could effectively be frozen until it becomes possible to relax restrictions and allow commercial activity to resume again". See: TWIGG-FLESNER, Christian, A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or what?. In: PISTOR, Katharina, Law in the Time of COVID-19, Columbia Law School, 2020, pages 164 and 165.

¹ المادة 663-1، القانون المدني الكويتي.

² أنظر حول مسألة المقاول من الباطن في فرنسا لدى:

MARTINI, Manuela, Tâcherons ou sous-traitants? Travailleurs indépendants et entrepreneurs dans la construction en France entre la fin du XIXe siècle et l'entre-deux-guerres, Revue de Synthèse Vol. 140, No. 1-2, 2019, page 43.

³ زناقي، سليمان، إشكالية قياس فعالية المقاول في ظل المنافسة الأجنبية، دراسة واقع المقاول في التنمية المحلية لولاية عين تموشنت، الجزائر، 2008، ص 379.

⁴ "إن قياس أداء المقاول في السوق الجزائري يكمن في ضرورة خلق خلية للتدقيق على مستوى كل المقاولات الجزائرية لتقييم دوري ومستمر للمهام والوظائف المعتمدة في طريقة التنظيم للمقاول، ولدى التطابق ما بين خطة المقاول التقديرية وخطة المنفذة من قبل مسؤولي المقاول،

لكن القواعد المدنية التقليدية لا تُناسب عقود مقاوله البناء التجارية المتسلسلة التي ترتبط بعقود توريد مواد البناء، **ذلك لعدم وجود نص مدني يوجب تعديل كافة عقود المقاولات الأصلية والفرعية من الباطن بغض النظر عن صفة المتعاقد دائماً أم مديناً.**

فعلى الرغم من وجود قواعد مدنية خاصة بتنظيم العلاقة بين المقاول الأصلي والفرعي من الباطن، إلا أن هذه القواعد لا تتناسب مع مقاوله البناء التجارية، ذلك في ظلّ عدم وجود نص مدني يفرض تعديل جميع عقود المقاولات المستقلة في نفس الوقت بعد حلول الظروف الطارئة، في الوقت الذي يلتزم فيه المقاول التجاري بتقديم مواد بناء ذات قيم مرتفعة استناداً على قروض وعقود تأمين وغيرها¹، ممّا يجعل المقاوله التجارية -على خلاف المدنية- مرتبطة بمجموعة معقدة من العقود التجارية والائتمانية، **الأمر الذي يوجب تعديل كافة عقود المقاوله (الأصلية والفرعية من الباطن) حتى تقوم العدالة بالمفهوم التجاري على أطراف العقد (دائنين ومدينين).**

بناءً عليه، فإن رؤية حماية المدين بفعل الظروف الطارئة لا تتفق دائماً مع الطبيعة التجارية في عقود مقاولات البناء التجارية التي تفرض على المقاول توفير مواد البناء؛ لأنّ المدين في هذه العقود ممكن أن يكون دائماً في نفس الوقت²؛ ولذلك فإن تخفيف الالتزام على المقاول من الباطن (المدين الأخير) مثلاً سيؤثر على التزامات المقاول الأصلي ليس بصفته دائماً للمقاول من الباطن بل بصفته مديناً لرب العمل بخصوص توفير المواد.

حيث إنّ المقاول الأصلي يكون ملزماً أمام رب العمل بموجب عقد المقاوله الأول بتوفير نوعية من المواد، فيقوم بالتعاقد مع مقاول من الباطن بغرض توفيرها بموجب عقد جديد مستقل، فإذا تمّ تخفيف أو

ومن هنا تظهر ضرورة تبيان الإجراءات المتبعة من طرف خلية التدقيق الداخلي للمقاوله في قياس تسيير الوظائف". أنظر: المرجع السابق، ص380.

¹ يمكن أن يبرم المقاول عقداً مع شركة مُتخصّصة بالاستشارات حتى تساعده على تقليل الخسائر، الأمر الذي يؤدي إلى تشعب المنازعات القانونية فيما بعد على أساس إقامة مسؤولية شركة الاستشارات عن بعض الخسائر. أنظر في القضاء الأمريكي:

Marquez v. L & M Development Partners, Inc., Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, July 27, 2016. See:

https://scholar.google.com/scholar_case?case=178653689709701680&q=Building+contracting+Responsibility+of+the+contractor+Subcontractor&hl=en&as_sdt=2006&as_ylo=2016 (9-6-2020).

² الأمر الذي يحتاج إلى إدارة قانونية ذات كفاءة عالية حتى تقوم بعملية إدارة عقود مقاولات البناء في شركة المقاولات. أنظر في تجربة إحدى شركات المقاولات في أثيوبيا التي درسها الباحث Teshome في أطروحة دكتوراه كاملة:

TESHOME, Martha, An Assessment of Construction Contract Administration Practices In Concrete Pole Factory Expansion Projects Of Kabew Construction Private Limited Company, PhD diss., Addis Ababa University, 2019.

تأجيل الالتزامات التجارية على المقاول من الباطن بخصوص توفير المواد، فإنَّ هذا التخفيف أو التأجيل لا أثر له على عقد المقاولة الأصلي¹، وسيلتزم المقاول الأصلي بتعويض رب العمل عن انخفاض مستوى تنفيذ المقاولة عما تمَّ الاتفاق عليه في عقد المقاولة الأصلي، وهكذا سيجد المقاول الأصلي نفسه في مأزق²؛ ذلك لعدم وجود نص ملزم بتعديل كافة عقود المقاولات التي ترتبط بتنفيذ مقاولة واحدة.

ووفقاً لمثالنا، فإذا كان المقاول الأصلي قد تعاقد مع مقاولٍ فرعيٍّ من الباطن، وتمَّ تعديل منشأ مواد البناء التي يلتزم المقاول من الباطن بتوفيرها تجاه المقاول الأصلي من منشأٍ صينيٍّ ذات جودةٍ ممتازةٍ إلى منشأٍ هنديٍّ ذات جودةٍ متوسطةٍ تفي بالغرض نظراً لظروف كورونا الطارئة؛ فهذا التعديل في منشأ وجود مواد البناء لا يؤثر في التزام المقاول الأصلي تجاه رب العمل بخصوص تقديم مواد بناء ممتازة ذات منشأٍ صينيٍّ. وبغرض توضيح هذه الفكرة أكثر، سنرى المراكز القانونية بعد تطبيق الظروف الطارئة على عقد مقاولة البناء التجاري.

ثانياً: المراكز القانونية بعد تطبيق الظروف الطارئة المدنية

إنَّ تخفيف التزامات المقاول من الباطن (المدين) سيؤثر على التزامات المقاول الأصلي (الدائن/المدين) تجاه رب العمل (الدائن)؛ وبالتالي فإذا تمَّ تخفيف جودة مواد البناء في عقد المقاولة من الباطن -وفق المثال- فإنَّ عقد المقاولة الأصلي سيصعب تنفيذه، وسيكون المقاول الأصلي مُلتزماً بالتعويض عن الفرق والخسارة تجاه رب العمل إن لم يتمَّ تعديل العقد الأصلي أيضاً.

هكذا، ستكون المراكز القانونية وفق المثال كالتالي:

- يستطيع رب العمل (الدائن) الرجوع على المقاول الأصلي (المدين/الدائن) بالتعويض عن جميع الالتزامات التي لم يقدِّم بها المقاول من الباطن (المدين) وفق أحكام مسؤولية عقدية كما لو أنَّ

¹ "يستطيع صاحب العمل الرجوع على المقاول الأصلي بالضمان الخاص حتى لو كان المقاول الأصلي قد نزل عن المقاولة لمقاول آخر ما دام صاحب العمل لم يبرئ ذمة المقاول الأصلي. ولذلك فإن المقاول من الباطن لا يلتزم أمام صاحب العمل بأي ضمان. فلا توجد علاقة تعاقدية بينهما، وأن الذي يبقى ملتزماً أمام صاحب العمل هو المقاول الأصلي، ويكون ضامناً لعمل المقاول من الباطن، وأعمال مساعديه وعماله". أنظر: سماره، عادل، مرجع سابق، الصفحة 40.

² وهذا ما يزيد من الظروف السلبية التي تقول بأنَّ النسبة الكبرى للشركات المفلسة هي شركات المقاولات. أنظر: دراسة قانونية مقدمة من الهيئة السعودية للمقاولين، مرجع سابق، 2020، ص 13. ويبدو أنَّ اختلال العدالة في هذه الحالة هي التي دفعت جانب من الفقه الأمريكي للبحث في الجانب الأخلاقي وليس فقط القانوني، ذلك الجانب المرتبط بالتفاوض والتعاقد مع المقاول من الباطن. أنظر:

KELLY, David, "Legal, Ethical, and Practical Considerations of Postbid Negotiations in the Award of Building Construction Subcontracts", Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, Vol. 8, No. 4, November 2016.

المقاول الأصلي هو مَنْ قام بتنفيذ المقاولة¹، ذلك رغم تخفيف التزامات المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن تجاه المقاول الأصلي (الدائن/المدين).

• أمّا إذا رجع رب العمل على المقاول من الباطن عبر الدعوى غير المباشرة، فلن يحصل منه على شيء إذا حصل هذا المقاول من الباطن على قرار قضائي بتأجيل التزاماته تجاه المقاول الأصلي، أو أنّ رب العمل سيحصل على تنفيذ مُخَفَّفٍ للالتزام بعد تعديل عقد المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي نظراً للظروف الطارئة، فلا يملك رب العمل إلزام المقاول من الباطن مباشرةً بتنفيذ التزامات العقد الأصلي²؛ لأنّ المقاول من الباطن ليس بمسؤولٍ مباشرةً تجاه رب العمل، بل حصراً تجاه المقاول الأصلي³.

• يستطيع المقاول من الباطن (المدين) الرجوع بما هو مستحقٌّ له وفق عقد المقاولة من الباطن على الجهة التي طلبت المقاولة (الدائن) عبر دعوى مباشرة⁴، ذلك في حدود ما للمقاول من

¹ المير، سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، الصفحة 101.

قالت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث: "مسؤولية مقاولي البناء، ومقاوليهم من الباطن" في دمج واضح للمسؤولية بحيث لا يمكن فصل هذه المسؤولية تجاه رب العمل. أنظر:

"... responsabilité dirigées contre les constructeurs et leurs sous-traitants...". Voir:

Cour de cassation, Chambre civile 3, No. 19-13459, 19 mars 2020. Le line:

<https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20200319-1913459> (9-6-2020).

² "تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطها المقاول الأصلي، فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرةً، وإنما يطالب بالالتزامات المقاول الأصلي، ولا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بها مباشرة على رب العمل، وإنما يستطيع ان يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي في الرجوع على رب العمل عن طريق الدعوى الغير مباشرة ولكن القانون أورد استثناء هاماً وهو جواز مطالبة المقاول من الباطن المقاول الأصلي لرب العمل بالأجرة مباشرة". أنظر: سمشة، عبد الحليم وبوشلوح، معمر، عقد المقاولة وانحلاله طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير أكاديمي، جامعة محمد بو ضياف - المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، نوقشت عام 2018، ص30. أنظر أيضاً: زهرة، بلقاسم، مرجع سابق ص36.

"إذا كان المشرع قد افرد نصوصاً خاصة في تنظيم الدعوى غير المباشرة وكما رأينا، إلا أن الدعوى المباشرة تظهر في شأن حالات متناثرة في القانون المدني، غالباً ما تكون مرتبطة بعقد، وعلى الأخص عقد المقاولة وعقد الإيجار وعقد الوكالة". أنظر: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الكتاب، الكويت، 2009-2010، ص73-74.

³ المعموري، خولة، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 1، عام 2016، الصفحة 1.

⁴ "للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل، أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى". أنظر: المادة 682-1، القانون المدني الكويتي. وقد قضى الطعن رقم 92\75 تجاري، جلسة 28\2\1993، القضاء والقانون، السنة 21، نوفمبر 1997، الجزء الأول، ص212 رقم50، بأنه: "وفاء رب العمل للمقاول الأصلي على الرغم من الدعوى المباشرة التي رفعها المقاول من الباطن على رب العمل هذا لتحصيل ما يستحقه من المقاول الأصلي، لا تبرئ ذمة رب العمل، ولا يسري هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن ويكون له أن يستوفي من رب العمل، رغم ذلك الوفاء، حقه في حدود ما كان مستحقاً في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي".

الباطن في ذمة رب العمل أو المقاول الأصلي بعد تعديل العقد بفعل الظروف الطارئة¹، ولم يتفق الفقه في شأن الطبيعة القانونية لهذه الحالة²، إلا أنّ غايتها الأساسية هو ضمان عدم مزاحمة دائي المقاول الأصلي لدى رب العمل في أجرة المقاول من الباطن التي تستحق له - وفق الدعوى المباشرة - بعيداً عن قسمة الغرماء التي كانت تفرضها الدعوى غير المباشرة³.

وقد فصلت محكمة النقض الفرنسية في الدعوى المباشرة هذه، حيث اعتبرت أنّ الدعوى المباشرة هي حقّ للمقاول الفرعي من الباطن تجاه رب العمل أو المقاول الرئيسي الذي تعاقد معه، أمّا إذا تعاقد المقاول من الباطن مع مقاول ثانٍ من الباطن، فإنّ الثاني يحقّ له الرجوع على رب العمل وعلى المقاول الأول من الباطن بالدعوى المباشرة، ولكن لا يحق للمقاول الثاني من الباطن الرجوع على المقاول الرئيسي الذي لم يتعاقد معه بالدعوى المباشرة⁴، وهذا الحاجز قد يحرم المقاول الثاني من الباطن من حقوقه بفعل ضعف الدعوى غير المباشرة على المقاول الأصلي.

وكنتيجة لوجود تسلسل من المقاولات الفرعية وفق المراكز القانونية المذكورة، نجد الدائن بخصوص أجرة المقاول ومواد البناء والعمال في عقد المقاولة من الباطن، هو ذاته المدين في عقد

¹ "ففي عقد المقاولة، منح المشرع للمقاول من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي، الحق في الرجوع بدعوى مباشرة على رب العمل، أي الشخص الذي تنفذ الأعمال لحسابه، دون الحاجة لاستخدام حقوق المقاول الأصلي في دعوى غير مباشرة، ويكون رجوعهم على رب العمل في حدود ما يلتزم به رب العمل لحساب المقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى". أنظر: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، ص 74.

² "وفي هذا الشأن، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بتميز حكم خصمت فيه محكمة الاستئناف من مبالغ مقررة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، تأسيساً على أن رب العمل هذا قد سدد المبالغ للمقاول من الباطن الذي رجع عليه، في حين أن المقاول الأصلي قدم ما يثبت أنه سدد للمقاول من الباطن كافة مستحقاته، وبذلك ألزمت محكمة التمييز رب العمل بسداد هذه المبالغ للمقاول الأصلي". أنظر: الطعان رقما 136، 126\1996\11\17، جلسة 17\11\1996، القضاء والقانون، السنة 24، مارس 2000، الجزء الثاني، ص 320 رقم 85.

انظر في حالة قضي فيها بإلزام المقاول الأصلي بنفقات علاج عامل لدى مقاول من الباطن: الطعان رقم 98\61 عمالي، جلسة 11\11\1999، القضاء والقانون، السنة 27، الجزء الأول، أبريل 2002، ص 304 رقم 66.

³ "وهذا النوع من الدعاوى بما يقرره من امتياز أكيد للدائن الذي يتمتع بها في مواجهة بقية الدائنين، لم يكن محل اتفاق بين الفقه في الطبيعة القانونية، وأن كانت فعاليتها ليس محل شك، سيما وأنه يوفر للدائن خياراً في الرجوع على المدين نفسه أو المدين، لاستيفاء حقه مباشرة". أنظر: عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، مرجع سابق، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، ص 75-76.

⁴ وثناً، لارا، المقاولة من الباطن، أطروحة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، نوقشت عام 2019، الصفحة 111 و 112.

⁴ "... que le sous-traitant 1er rang ou le sous-traitant 2nd rang dispose d'une action directe seulement à l'encontre du maître d'ouvrage de l'opération de construction ou à l'encontre de l'entrepreneur principal avec qui le sous-traitant a signé son contrat de sous-traitance et de ce fait le sous-traitant de second rang n'est pas recevable à agir contre l'entrepreneur principal...". Voir:

Cour de cassation, Chambre civile 3, No. 18-16531, 27 juin 2019. Le line:

[https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20190627-1816531\(9-6-2020\)](https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20190627-1816531(9-6-2020)).

المقاولة الأصلي، وهذا بسبب طبيعة العمليات التجارية التي تحتوي على عقود متسلسلة بشكلٍ مُعقّدٍ وشبه دائمٍ لا تتشابه نهائياً مع الطبيعة البسيطة للعقود المدنية، تلك التي وجدت نظرة الظروف الطارئة لتحكمها؛ هذا الواقع التجاري لا يتناسب مع فكرة تخفيف التزامات المدين في العقد بعد حلول الظروف الطارئة بغض النظر عن التزامات الدائن تجاه الجهات التي تعاقد معها على ذات المقاولة.

حيث يكون اللجوء إلى مقاولٍ من الباطن في المقاولات المدنية هو الاستثناء عن القاعدة العامة في تنفيذ المقاول الأصلي للمقاولة، بينما في المقاولات التجارية الضخمة فإنّها تحتاج إلى مقاول فرعي متخصص بشكلٍ شبه دائمٍ، ولذلك فإنّ اللجوء إلى مقاولٍ من الباطن يقترب من كونه القاعدة العامة في المقاولات التجارية الاستراتيجية.

وعلى سبيل المثال، ففي مقاولة إنشاء مدينة رياضية، فقد تقوم إحدى شركات المقاولات الكبيرة بإبرام عقد مقاولةٍ أصليٍّ بغرض إنشاء هذه المدينة¹؛ كونها شركة ذات رأس مالٍ كبيرٍ وسمعةٍ في هذا المجال، إلا أنّ هذه الشركة لا يمكنها أن تقوم بتنفيذ كافة مقاولات البناء التخصصية من ملاعب ذات معاييرٍ دقيقةٍ عالميةٍ ومنشآتٍ استجمامٍ واستشفاءٍ وفنادقٍ، بل تحتاج إلى خبرةٍ وتخصّصٍ فرعيٍّ، فهنا لا بدّ أن تلجأ شركات المقاولات إلى عدد من المقاولين الفرعيين المتخصّصين في كل نوعٍ من أنواع الإنشاء العقاري.

فإذا أردنا تطبيق مقتضيات العدالة التجارية، فيجب أن تحمي الظروف الطارئة طرفي العقد من جهة، وأن تُحقّق العدالة المتساوية لطرفي العقد الأصلي والفرعي حيث لا يكون الإرهاق مُنصبّاً على المدين فقط بل على الدائن بفعل الاستناد على مقاول فرعي بشكلٍ شبه دائمٍ في مقاولات البناء التجارية من جهةٍ أخرى.

وحتى نستطيع تطبيق رؤية تجارية وقائية في ظل الظروف الطارئة، فلا بدّ أن نسقط آلية التطبيق متناسب مع طبيعة عقد مقاولات البناء التجاري، ذلك عبر مقترحاتٍ متناسب مع طبيعة التعاملات التجارية.

¹ يمكن إطلاق تسمية "المقاول العام" *"general contractor"* على المقاول الأصلي في مثل هذه الصور التي يتفرع منه عدد كبير من المقاولين الفرعيين من الباطن. أنظر في استخدام هذه التسمية لدى المحكمة العليا لولاية نيو جيرسي الأمريكية:

CYPRESS POINT v. Adria Towers, Supreme Court of New Jersey, August 4, 2016. See:

https://scholar.google.com/scholar_case?case=5144206871081162202&q=Building+contracting+Responsibility+of+the+contractor+Subcontractor&hl=en&as_sdt=2006&as_ylo=2016 (9-6-2020).

المطلب الثاني

آلية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد المقاولات التجارية

وفق طبيعة عقد مقاوله البناء التجاري، وفي ظلّ الظروف الطارئة التي لا يمكن لأطراف العقد تحمّلها، فمن اللازم أن نقدم تصور لآلية تطبيق تجارية للظروف الطارئة بغرض خدمة العقود التجارية بشكل عام¹، وعقد مقاولات البناء التجارية بشكل خاص.

ونرى أنّ هذا التصور يتركز في محورين أساسيين: إرساء منظومة القضاء التجاري المُتخصّص أولاً، والمعالجة الشاملة لمقاولات البناء الأصلية ومن الباطن معاً ثانياً.

أولاً: إرساء منظومة القضاء التجاري المُتخصّص

إنّ كثرة القضايا قد ترهق مرافق القضاء والمحاكم، وبالتالي تؤديّ إلى التأخّر في البت في القضايا، في حين أنّ تعاملات التجارة في السوق والالتزامات تتطلّب السرعة، وفق الرؤية التالية:

1. إنشاء قضاء تجاري مُتخصّص في الكويت: نظراً لاختلاف طبيعة العقود بين مدنية وتجارية، فإنّ آلية تنفيذها تختلف بشكلٍ جذريّ بين المتعاقدين؛ وهذا ما يجب أن ينعكس على طبيعة المرافعات والقضاء التجاري الفاصل في المنازعة الخاصّة بكلّ نوعٍ من أنواع هذه العقود، وقد لجأت دول أخرى لتخصيص القضاء².

بناءً عليه، يمكن ضمان قرار قضائيّ متخصّصٍ وواعٍ فقط عندما تكون طبيعة القضاء تجارية، عندها سيكون القرار أكثر دقةً؛ ابتداءً من تكييف تجارية العقد، مروراً بتقدير قيام الظروف الطارئة عليه، وانتهاءً بتعديله بالشكل الأمثل الذي يُعيد توازن العقد بالنظر لكونه جزءاً من عملياتٍ تجارية وائتمانية متسلسلةٍ في واقع التجارة العملي.

وبخصوص عقد مقاوله البناء التجارية، فإنّ حسم النزاع الدائر حول الظروف الطارئة التي أثّرت على الاستمرار بتنفيذ هذا العقد هو أحوج ما يكون لقضاءٍ تجاريّ مُتخصّصٍ.

لذلك نرى ضرورة تشكيل هيئة قضاء تجاري تعمل على إعادة التوازن إلى عقود مقاولات البناء التجارية، وهكذا تخدم تصوّرات القاضي التجاري متطلّبات العدالة بالشكل الأمثل.

¹ قد تكون المفاوضات هي الحل الوقائي لخدمة العقود التجارية قبل اللجوء للقضاء. أنظر في هذه الفكرة لدى:

"in the case of hardship, renegotiation would be the first step, and if that failed, a court could either bring the contract to an end on terms or amend the contract "with a view to restoring its equilibrium". TWIGG-FLESNER, Christian, op. cit., page 163.

² صدر نظام المحاكم التجارية بالمرسوم الملكي رقم (م93) بتاريخ 15\8\1441هـ.

2. مُبررات القضاء التجاري بالنظر لعقد مقاولة البناء التجارية: إنَّ المبرر المباشر لضرورة وجود قضاء تجاري بخصوص المقاولات يكمن في أنَّ مقاولة البناء -التي تأخذ الصفة التجارية بماهيتها- يجب أن يُقدِّم فيها المقاول مواد البناء، الأمر الذي يجعل من مصالح العديد من فئات التجار والصناعيين رهناً بإتمام تنفيذ العقد¹.

أمَّا المبرر غير المباشر هو أنَّ عمليات المقاولات التجارية هذه قد تأخذ طابعاً استراتيجياً على مصلحة الدولة التنموية؛ خاصةً إن تناولت بناء المنشآت الحكومية الأساسية أو المراكز التجارية والمالية الضخمة حيث يكون نمو الاقتصاد وسير العملية الحكومية رهناً بإتمام هذه المقاولات، ولذلك وجب على الدولة إيجاد أعدل وأسرع الطرق لحسم المنازعات المتعلقة بمقاولة البناء².

3. الطبيعة السريعة والمرنة في حسم الدعوى وإصدار القرارات الوقتية: إنَّ الطبيعة التجارية للتعاملات تستلزم قضاءً تجارياً بإجراءات مرافعات سريعة وقرارات وقتية مرنة من القاضي بعد حلول الجائحة؛ حيث إنَّ المقاول قد يحتاج دفعة على الحساب من رب العمل.

فإذا كان القاضي التجاري مُلزماً بتطبيق الظروف الطارئة كما اقترحنا، فإنَّه أيضاً ملزمٌ بتوفير كافة مستلزمات استكمال تنفيذ العقد بعد أن تقوم شروط الظروف الطارئة أمامه، ومن ضمنها إصدار قرارات وقتية بإلزام الجهة التي طلبت المقاولته تقديم دفعة للمقاول الملتزم بتقديم مواد بناء. وإنَّ أيَّ تأخيرٍ في مثل هذا القرار الوقتي سيؤدِّي إلى استحالة تنفيذ العقد حتى بعد تعديله؛ لأنَّ التجار والصناعيين الذين يرتبط معهم المقاول قد يفسخون عقود التوريد معه بسبب تأخره بتسديد أثمانها، وقد يصبح تنفيذ عقد المقاولته عندئذٍ مستحيلًا بسبب تباطؤ القاضي.

4. الخبرة القضائية من خبرة شخصية إلى مجلس خبراء تجاريين: نرى ضرورة الاعتماد على الخبرة في مجال معالجة تعديل العقود التجارية بفعل الظروف الطارئة، ذلك على صعيد إقرار التعديل بالتصوُّر الجديد للعقد التجاري بعد حلول تلك الظروف.

أمَّا بخصوص عقود مقاولات البناء التجارية ذات القيمة المرتفعة والتأثير الكبير على اقتصاد الدولة وخططها التنموية الاستراتيجية، فنرى ضرورة اللجوء إلى مجلس خبرة من المختصين المواطنين أو حتى الأجانب إذا تطلَّب الأمر ذلك.

¹ وهو ما يجعل للمقاول دوراً في رفع المستوى التنموي الوطني. أنظر في دور المقاول ضمن إطار التنمية المحلية لدى: زناقي، سليمان، مرجع سابق، ص 381.

² أنظر في تجربة هونج كونج:

CHAN, Caroline T. W., Mitigation of Construction Disputes through Relational Contracting in Public Projects in Hong Kong, In: Kimberly Hall, Construction Projects, Nova Science Publishers, Inc., New York, 2017, page 137.

فتكون المهمة الأساسية الموكله لمجلس الخبرة التجاري هذا هو اقتراح الصيغة المعدلة لعقد المقاولة بغرض إعادة التوازن إليه، وتخفيف الأضرار على المقاول الذي رست عليه المناقصة، وعلى المقاول من الباطن إن وجد.

ثانياً: المعالجة الشاملة لمقاولات البناء الأصلية ومن الباطن معاً؛ "مبدأ وحدة دعوى المقاولة التجارية"

1. إلزامية المعالجة الشاملة لجميع عقود المقاولة التجارية الواحدة؛ حتى تتحقق رؤية قضائية تخدم أطراف عقود المقاولات التجارية التي تجتمع على تنفيذ مقالة واحدة؛ يستلزم أن يتم تطبيق آلية متناسبة مع طبيعة هذه العقود وتعديدها واستقلالها، على أن يكون لأطراف عقود مقاولات البناء مراكزاً قانونية متوازنة.

حيث إن تخفيف التزامات المقاول من الباطن (المدين) سيؤثر على عقد المقاولة الأصلي (بين رب العمل والمقاول الاصلي)، حيث سترتب على تنفيذ عقد المقاولة الأصلي ببوده الأصلية ضرراً على المقاول الأصلي بعد تعديل العقد من الباطن.

فهنا يمكن أن يتم تخفيف جودة مواد البناء على المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي من مواد بناء صينية ممتازة إلى مواد هندية متوسطة الجودة (دعوى 1)، رغم أن المقاول الأصلي لم ينجح في دعواه بتخفيف جودة ذات المواد على رب العمل (دعوى 2).

هذا التصور لا يواكب عقد مقاولات البناء التجارية؛ لأن المقاول الأصلي سيبقى ملتزماً بالتعويض عن الفرق والخسارة تجاه رب العمل وفق العقد الأصلي دون الأخذ بالاعتبار لنظرية الظروف الطارئة، وهذا التصور لا يخدم مقتضيات العدالة.

بالتالي، يجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشكلٍ ملزمٍ للمحكمة التجارية وفق طبيعة عقد مقاولات البناء التجارية، ذلك وفق تصورٍ كليٍّ يجمع عقد المقاولة الأصلي مع عقد أو عقود المقاولة من الباطن.

فنرى أن يتم النص في قواعد مرافعات المحكمة التجارية على اعتبار موضوع الدعاوي الناشئة عن مقالة واحدة موضوعاً واحداً بغض النظر عن تعدد عقودها (العقد الأصلي والعقد من الباطن) واختلاف أطرافها (رب العمل ضد المقاول الأصلي والمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن)، على أن ينعقد الاختصاص لمحكمة تجارية واحدة، الأمر الذي يوجب على باقي المحاكم أن تحيل كافة الدعاوي الناشئة عن مقالة واحدة إلى المحكمة التجارية المختصة.

كما نرى أنّ على القاضي التجاري أن يقوم بتعديل عقود مقاولات البناء التجارية بشكل شامل للعقد الأصلي ومن الباطن¹، ذلك وفق رؤية متسلسلة تراعي طبيعة العمليات التجارية. حيث إن إقرار "مبدأ وحدة دعوى المقاولات التجارية" عبر نصّ قانوني ملزم سيعني أن صدور قرار من المحكمة بخصوص عقد المقاولات من الباطن دون إدخال المقاول الأصلي في الدعوى أو العكس سيمنح الحق للطرف الذي مسّ القرار القضائي مصالحه أن يُطالب بإبطال هذا القرار وإعادة نشر الدعوى مرة أخرى بعد تمثيله واختصامه لباقي الأطراف.

بينما لا يمكن الحديث في الدعوى المدنية عن هذا الأمر؛ بسبب استقلال دعاوي المقاولات عن بعضها البعض بفعل استقلال عقد المقاولات الأصلي عن المقاولات من الباطن.

إنّ إقرار "مبدأ وحدة دعوى المقاولات التجارية" يضمن شمول معالجة جميع عقود المقاولات لتنفيذ مقاولات واحدة، ستؤدّي إلى حل إشكالية التأخر في إنجاز المشاريع التنموية بالنسبة للمقاولات. إنّ هذا الواقع سيجذب شركات المقاولات الأجنبية بغرض تنفيذ المشاريع التنموية الهامة².

2. إقرار الدعوى المباشرة من المقاول الفرعي من الباطن وعليه؛ نرى أنّ على المشرع التجاري عدم الاكتفاء بإقرار الدعوى المباشرة لمصلحة المقاول من الباطن تماماً مثلما أقرّها القانون المدني، وهو الحق في الرجوع بدعوى مباشرة على رب العمل³، بل أيضاً أن يتمّ إقرار هذه الدعوى على المقاول من رب العمل، دون الحاجة لاستخدام حقوق المقاول الأصلي عن طريق الدعوى الغير مباشرة⁴، كما أن يكون من حق المقاولين من الباطن الثاني وما دونه بالرجوع على بعضهم البعض وعلى المقاول الرئيسي بالدعوى المباشرة.

فعلى الرغم من عدم وجود عقد يجمع رب العمل مع المقاول من الباطن، إلّا أنّ المعالجة الشاملة لجميع العقود الخاصة بمقاولاتٍ واحدةٍ بشكلٍ ملزمٍ للقاضي التجاري، لا تتناسب مع فكرة الدعوى

¹ فإن كانت عقود المقاولات قد استندت على عقود الفيديك *FIDIC* الصادرة نماذجها عن منظمة الاتحاد الدولي للمهندسين والتي تتضمن معايير عالية من الجودة، وكانت العقود من الباطن تستند على عقود الفيديك أيضاً ولكن بصيغ مختلفة؛ فهنا يجب على المحكمة التجارية أن تصل إلى معالجة قانونية موحدة لجميع عقود الفيديك الهادفة إلى تنفيذ مقاولاتٍ واحدةٍ.

وعن عقود الفيديك، قال جانب من الفقه العربي: "يتمّ إصدارها لنسخ من عقود متفرعة تخدم بها العقود الرئيسية، فهي في المجمل مجموعة متكاملة من العقود تسبغ على المشاريع حد من المقاييس الهندسية العالمية المعتمدة مما جعلها موثوقة لدى المنظمات والمؤسسات المالية وفي مقدمتها البنك الدولي، وعقود فيديك أنواع كثيرة مختلفة باختلاف المشاريع وأشكالها، من أهمها وأكثرها انتشاراً الكتاب الأحمر". أنظر: طارق آل مسفر، صحيفة مال الاقتصادية، 21 أبريل 2018. أنظر:

<https://www.maaal.com//>

ولا تُعتبر عقود الفيديك من عقود الإذعان لأنها قابلة للتعديل وفق اتفاق الأطراف. أنظر: ونّأ، لارا، مرجع سابق، الصفحة 33.

² زناقي، سليمان، مرجع سابق، ص 381.

³ عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 74.

⁴ المرجع السابق، ص 74.

غير المباشرة، بل يجب أن تنقلب جميع العمليات التجارية المتسلسلة الخاصة بهذه المقاوله إلى دعوى مباشرة واحدة تجمع جميع الأطراف التي طلبت أو تدخلت في تنفيذ المقاوله. بهذه الطريقة، يستطيع المقاول من الباطن الرجوع على رب العمل عن طريق الدعوى المباشرة إلى القضاء التجاري لأثبات صعوبة تنفيذ الالتزام وفق متطلبات العقد المقاوله البناء التجارية؛ مثلما يستطيع رب العمل اللجوء للقضاء التجاري لمطالبة المقاول من الباطن مباشرة بتنفيذ العقد بعد توحيد المعالجة القضائية لجميع عقود المقاوله؛ ممّا يترتب عليه رؤية قضائية يسبغها طابع تجاري بحت.

بناءً عليه، سيرى القاضي التجاري مع مجلس الخبراء المعاونين له في المحكمة مدى صعوبة تنفيذ الالتزامات العقدية المتسلسلة الناتجة عن مقاوله بناء تجارية واحدة، وكيفية معالجة هذه الوضعية بالنظر إلى عقود التوريد والقروض التجارية الممولة لها؛ ثم تعديل الالتزامات بالنظر إلى الظروف الطارئة ووفق متطلبات العدالة.

الخاتمة

إنّ نظرية الظروف الطارئة وفق القواعد العامة في القانون المدني الكويتي لا تتناسب مع متطلبات عقد المقاولات البناء التجارية؛ فهي لا تخدم فكرة إعادة التوازن العادل لهذا العقد، كما أنّها تنشئ مناخاً استثمارياً طارداً في الوقت الذي بدأت فيه رؤية كويت جديدة 2035 تتعارض مع أزمة كورونا.

لذلك، نرى أن يتم إنشاء نظرية الظروف الطارئة التجارية التي تحتاجها عقود مقاولات البناء التجارية بصفة خاصة؛ بحيث تأخذ طابعاً إلزامياً من حيث التطبيق بعد توافر شروطها، وبأسلوب أكثر مرونة وتخصّصاً عبر قضاء تجاري مُتخصّص.

كل ذلك، بغرض تجاوز قيمة الخسائر على أطراف عقود مقاولات البناء التجارية خلال أزمة كورونا بصفة خاصة، ومواجهة الانهيار الاستثماري الاقتصادي لهذه الأزمة بصفة عامة.

النتائج

1. لا تتناسب طبيعة عقد المقاولات البناء التجارية مع سلطة القاضي المدني التقديرية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
2. إنّ تخفيف التزامات المقاول من الباطن في عقد المقاوله التجارية من الباطن دون النظر لالتزامات المقاول الأصلي في عقد المقاوله الأصلي يخلُ بمبدأ العدالة.
3. إنّ منح المقاول من الباطن الدعوى المباشرة تجاه رب العمل، في الوقت الذي لا يستطيع فيه رب العمل الرجوع على المقاول من الباطن إلاّ عبر الدعوى غير المباشرة، يُخالف ضرورة إيجاد

معالجة قضائية واحدة لسلسلة من عمليات المقاولات التجارية التي يتم فيها تقديم المواد الأولية من المقاول، كما أنها ستؤدي إلى بطء في إيجاد حل لمنازعات عقود المقاولات.

4. إنَّ تعديل العقد بغرض إعادة التوازن إليه بشكل ملزم تتطلب رؤية اقتصادية شاملة من قضاء تجاري؛ فالقاضي المدني ينظر لعقود المقاولات البناء التجارية على أنها عقود مستقلة عن بعضها البعض، ذلك في الوقت الذي تمثل فيها هذه العقود عمليات تجارية متسلسلة من مقاولات وتوريد مواد البناء والعمال.

التوصيات

1. تأسيس محكمة تجارية قضاة مُتخصِّصين في قانون التجارة، على أن تكون مكوَّنة من دوائر خاصة بالمسائل التجارية والاقتصادية والمالية المختلفة.
2. تكوين مجلس من الخبراء الاقتصاديين في مجال المقاولات التجارية، حتى يتمَّ اللُّجوء لهذا المجلس كخبرة قضائية معتمدة في المؤسسة العدلية، على أن تكون مهمَّة المجلس تقدير الضرر الناتج على أطراف عقد المقاولات البناء التجارية عبر تقرير خبرة يدعم تصور المحكمة التجارية (القاضي التجاري)، وي طرح صورة جديدة للعقود المتعلقة بمقاولات تجارية واحدة.
3. تشريع قواعد جديدة في قانون التجارة الكويتي، على أن تشمل هذه القواعد:
 - فرض قاعدة التعديل الملزم لعقود مقاولات البناء التجارية بعد اكتمال شروط الظروف الطارئة، وعدم ترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع، ما لم يوجد اتفاق مخالف، أمَّا في حالة وجود هذا الاتفاق المخالف فيكون احترامه واجباً بغرض إتاحة المجال لأطراف العقد التجاري حتى يُنظَّموا مسألة الظروف الطارئة وفق مصالحهم ومجموع تعاملاتهم مع بعضهم البعض.
 - توحيد موضوع الدعاوي الناشئة عن مقاولات واحدة، ومنح الاختصاص فيها لمحكمة تجارية واحدة.
 - السماح بالدعوى المباشرة بين جميع أطراف المقاولات التجارية، ومن رب العمل على المقاول من الباطن، وبالعكس، وبين المقاولين من الباطن الفرعيين بعضهم على البعض، ومن المقاولين الفرعيين على المقاول الرئيسي.

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات باللغة العربية

1- الكتب

- البكري، محمد، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، دار محمود، دون سنة نشر.

- السنهوري، عبد الرزاق:

• الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد لأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، عام 2009.

• الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، عام 2015.

- عبد الرضا، عبد الرسول - النكاس، جمال:

• الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والاثبات - الكتاب الأول، دار الكتاب، الطبعة الثالثة، الكويت، 2009-2010.

• الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الكتاب، الكويت، 2009-2010.

- المصري، حسني، القانون التجاري الكويتي دراسة مقارنة، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، 1995-1996.

- نخلة، موريس، الكامل في الشرح القانون المدني، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

2- الأبحاث العلمية المحكمة

- إبراهيم، رؤى، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية دراسة تحليلية مقارنة، السنة 28، العدد 57، مجلة الشريعة والقانون كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2014.

- حشاش، حليلة والعوادي، حنان، عقد المقاولة من الباطل، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، نوقشت في 2016.

- المعموري، خولة، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 1، عام 2016.

- المير، سميرة، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)، مجلة البدر، جامعة بشار، الجزائر، المجلد 9، العدد 3، مارس 2017.

3- الرسائل العلمية

* رسائل الماجستير

- بالهادي، محمد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الوادي، نوقشت عام 2018.

- زهرة، بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة أكلي محند أولحاج كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، نوقشت عام 2014.

- عبد القادر، علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق، الجزائر، نوقشت عام 2008.

- ونا، لارا، المقاولة من الباطن، أطروحة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، نوقشت عام 2019.

- سماره، عادل، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الخاصة، نابلس، فلسطين، نوقشت عام 2007.

- سمشة، عبد الحليم وبوشلوح، معمر، عقد المقاولة وانحلاله طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بو ضياف - المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، نوقشت عام 2018.

* رسائل الدكتوراه

- مازة، حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران 2، نوقشت عام 2016.

- المير، سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، الجزائر، نوقشت عام 2016.

4- التقارير العلمية

الهيئة السعودية للمقاولين، قطاع المقاولات في ظل جائحة كورونا، أبريل 2020.

ثانياً: المؤلفات باللغة الإنجليزية

- **BISHOP**, Dorothy H., The Sub-Contractor's Bid: An Option Contract Arising Through Promissory Estoppel, *Emory Law Journal*, No. 34, **1985**.
- **CHAN**, Caroline T. W., Mitigation of Construction Disputes through Relational Contracting in Public Projects in Hong Kong, In: Kimberly Hall, *Construction Projects*, Nova Science Publishers, Inc., New York, **2017**.
- **CLOSEN**, Michael L. and **WEILAND**, Donald G., The Construction Industry Bidding Cases: Application of Traditional Contract, Promissory Estoppel, and Other Theories to the Relations between General Contractors and Subcontractors, 13 *J. Marshall L. Rev.* 565 (1980), *The John Marshall Law Review*, Vol. 13, No. 3, Spring **1980**.
- **COCCOLINI**, Federico, et. al., COVID-19 the showdown for mass casualty preparedness and management: The Cassandra Syndrome, *World Journal of Emergency Surgery*, No. 15, **2020**. See:
<https://wjeb.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13017-020-00304-5#citeas> (10-5-2020).
- **DING**, Wenzhi, et. al., Corporate Immunity to the COVID-19 Pandemic, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper No. 27055, Cambridge, April **2020**.
- **JOBIDON**, Gabriel, et. al., Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language, *Laws Journal*, Vol. 8, No. 9, **2019**.
- **KELLY**, David, "Legal, Ethical, and Practical Considerations of Postbid Negotiations in the Award of Building Construction Subcontracts", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, Vol. 8, No. 4, November **2016**.

- **PACHECO**, João Nuno, et. al., Reliability Analysis: The Next Step towards Recycled Aggregates Concrete Affirmation, In: Kimberly Hall, Construction Projects, Nova Science Publishers, Inc., New York, **2017**.

- **STONE**, Roger W. & **STONE**, Jeffrey A., Indemnity in IOWA Construction Law, **2015**. See: <http://www.simmonsperrine.com> (18-5-2020).

- **TESHOME**, Martha, An Assessment of Construction Contract Administration Practices in Concrete Pole Factory Expansion Projects of *Kabew* Construction Private Limited Company, PhD diss., Addis Ababa University, **2019**.

- **TWIGG-FLESNER**, Christian, A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or what?. In: PISTOR, Katharina, Law in the Time of COVID-19, Columbia Law School, **2020**.

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية

9- **BADOU**, Agnès et **BIERSCHENK**, Thomas, Les entrepreneurs Béninois et leurs associations: Un capitalisme sous tutelle, Arbeitspapiere des Instituts, Université de Mayence, **2019**.

- **Héraux**, Hory, L'action en paiement et en responsabilité du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage en Droit de la construction: analyse comparée en droit belge et français, Master en droit, Université de Liège, Liège, Belgique, **2016**.

- **MARTINI**, Manuela, Tâcherons ou sous-traitants? Travailleurs indépendants et entrepreneurs dans la construction en France entre la fin du XIXe siècle et l'entre-deux-guerres, Revue de Synthèse Vol. 140, No. 1-2, **2019**.

- **PITRE**, Mèlante, Gestion intégrée des matières résiduelles provenant de l'industrie de la construction de bâtiments, École de technologie supérieure, Monterial, Canada, Le 7 Jan. **2008**.

- **RIVIALE**, Pascal, La construction des cités administratives en France durant les « Trente Glorieuses » à travers les sources des Archives nationales, Revue des patrimoines, Vol. 38, **2018**.

ثالثاً: الأحكام القضائية

1- محكمة التمييز الكويتية

- الطعن رقم 92\75 تجاري، جلسة 28\2\1993، القضاء والقانون، السنة 21، نوفمبر 1997، الجزء الأول، ص 212 رقم 50.
- الطعن رقم 136، 126\1996 تجاري، جلسة 17\11\1996، القضاء والقانون، السنة 24، مارس 2000، الجزء الثاني، ص 320 رقم 85.
- الطعن رقم 98\61 عمالي، جلسة 11\1\1999، القضاء والقانون، السنة 27، الجزء الأول، أبريل 2002، ص 304 رقم 66.

2- أحكام القضاء الأمريكي <https://scholar.google.com/>

- *Marquez v. L & M Development Partners, Inc.*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, **July 27, 2016**.

- *CYPRESS POINT v. Adria Towers*, Supreme Court of New Jersey, **August 4, 2016**.

3- أحكام القضاء الفرنسي <https://juricaf.org/>

- Cour de cassation, Chambre civile 3, No. 18-16531, **27 juin 2019**.

- Cour de cassation, Chambre civile 3, No. 19-13459, **19 mars 2020**.

الأمن المعلوماتي في الجزائر بين التطورات التكنولوجية وضعف البيئة الرقمية، المجال المصرفي نموذجا "دراسة قانونية"

Information security in Algeria between technological developments and the weakness of the digital environment, the banking field as a model " legal study"

ط. د فريدة حمودي، طالبة باحثة، دكتوراه قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو- الجزائر.

Phd.Farida Hamoudi, University of Mouloud Mammeri, Tizi ousou, Algeria.

Abstract:

Information security is one of the topics that has aroused the interest of many researchers, whether in the field of economics or law, for the role it plays in many areas, perhaps the most prominent of which is the banking field, especially in light of the technological developments that have been caused by globalization, as banks in Algeria deliberately updated their payment system Through the use of the new electronic payment methods, an information system must be put in place to protect both the bank and the customer from attacks and breaches that could affect their bank accounts.

Key words: information security, Technological developments, banking system, encryption, electronic signature.

الملخص:

يعتبر أمن المعلومات من الموضوعات التي أثارت اهتمام الكثير من الباحثين، سواءً في مجال الاقتصاد أو القانون، للدور الذي يلعبه في مجالات عديدة، لعل أبرزها المجال المصرفي، خاصة في ظل التطورات التكنولوجية الحاصلة بفعل العولمة، حيث عمدت البنوك في الجزائر على تحديث نظام الدفع فيها، من خلال استخدامها لوسائل الدفع الإلكترونية المستحدثة، ما وجب وضع نظام معلوماتي يحمي البنك والعميل على حد السواء من الاعتداءات والاختراقات التي يمكن أن تمس حساباتهم المصرفية.

الكلمات المفتاحية: الأمن المعلوماتي، التطورات التكنولوجية، النظام المصرفي، التشفير، التوقيع الإلكتروني.

مقدمة:

يرتبط الأمن المعلوماتي ارتباطاً وثيقاً بأمن الحاسوب في ظل التطورات التكنولوجية الحاصلة والتي أفرزتها العولمة، وتحول العالم إلى قرية صغيرة بفعل الإنترنت، لكن كل هذه الإيجابيات عقبها سلبيات نجمت عن استخدام النظام الإلكتروني في مختلف مجالات الحياة، لاسيما المصارف التي تعتبر عصب الحياة الاقتصادية لأي بلد، خصوصاً مع انتشار ما يسمى بالبنوك الإلكترونية، حيث كان لزاماً على الدول توفير الأمن المعلوماتي والذي يعتبر مفهوماً متطوراً لمفهوم الأمن التقليدي، حيث عمدت الجزائر كغيرها من الدول إلى تحديث أنظمة الدفع، مسيرة لما تشهده التجارة الإلكترونية من تطورات، وذلك بإدخال أنظمة جديدة في المجال المصرفي، حيث تجسد ذلك بتحديث نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل ARTS، ونظام المقاصة الإلكترونية ACTI، بالإضافة إلى إنشاء شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك SATIM، والتي عززت استعمال البطاقات الإلكترونية في الجزائر ومختلف وسائل الدفع الإلكترونية المستحدثة. ولكن كل هذه المتغيرات عقبها مشاكل جمة تمثلت أساساً في انتشار الجريمة الإلكترونية من خلال تبييض الأموال باستعمال وسائل الدفع الإلكترونية؛ من بطاقات بنكية وتحويلات مصرفية إلكترونية والتي لا تعترف بالحدود الجغرافية من خلال أنظمة التحويل الإلكتروني العالمية المتمثلة في Swift و Chips، وكذا انتشار الإرهاب الإلكتروني والقرصنة الإلكترونية لمختلف الحسابات باختراقها، مما يجعل الهاكر يجنون أموالاً طائلة بصفة غير مشروعة، ما وجب تعزيز جدران الحماية (الجدران النارية) ومختلف تقنيات التشفير، والتوقيع الإلكتروني، هذه الوسائل التي تجعل من أنظمة المعلومات أكثر حماية. فلقد عمد المشرع الجزائري إلى الاعتراف بالحجية الإلكترونية سنة 2005 في

ظل تعديل القانون المدني¹ وبعدها بسنوات جاء سن القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين²، وإذا كانت الجزائر قد خطت شوطا ملحوظا نحو اقتصاد رقمي، حيث تم استحداث وزارة منتدبة مكلفة بالاقتصاد الرقمي وعصرنة الأنظمة المالية، والتي بادرت شهر أكتوبر سنة 2016 بإطلاق خدمة الدفع الإلكتروني، وفي ظل التطورات الحاصلة في النظم البنكية كذلك، عمد المشرع على سن قانون التجارة الإلكترونية 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية³، والذي يعتبر نقلة نوعية في مجال التجارة الإلكترونية في الجزائر، رغم التأخر الكبير الذي شابهه، خاصة بالمقارنة مع دول عربية أخرى، نذكر على سبيل المثال، البلد الجار "تونس" الذي كان سابقا في مجال التجارة الإلكترونية، والذي سن هذا القانون منذ سنة 2000، حيث يعتبر أول بلد عربي من خلال سن قانون خاص بالتجارة الإلكترونية⁴.

يتناول هذا البحث دراسة الأمن المعلوماتي من خلال النصوص القانونية التي سنها المشرع الجزائري في هذا المجال الحساس، ألا وهو المجال المصرفي والمالي، وما شابه من عراقيل من حيث تطبيقه على أرض الواقع، مما دفعنا إلى طرح إشكالية مفادها: هل وفق المشرع الجزائري في وضع إطار قانوني يضمن أمن المعلومات الإلكترونية في المجال المصرفي والمالي، في ظل البيئة الرقمية الوطنية؟

ولإنجاز مهمّة البحث فلقد اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة النصوص القانونية ذي الصلة بالموضوع محل الدراسة "المتمثل في الأمن المعلوماتي". كما ارتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين، نتناول مفهوم الأمن المعلوماتي في (المبحث الأول)، وعلاقة الأمن المعلوماتي بالمنظومة المصرفية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الأمن المعلوماتي

إن الأمن المعلوماتي من أحد التسميات الحديثة للأمن، والذي يعتبر تطورا لمفهوم الأمن التقليدي، الذي كان يقتصر على الأمن العام والسكينة العامة، المعروفان في القواعد العامة، لكن اليوم لم نعد نتحدث فقط على هذا النوع من الأمن، فلقد ظهر الأمن المعلوماتي والذي يمكن أن نطلق عليه مصطلح "الأمن من

1 - أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10، مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج. عدد 24.

2 - قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج. عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

3 - القانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج. عدد 28، صادر في 16 مايو 2018.

4 - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، الصادر بتاريخ 09/08/2000.

متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://www.justice.gov.tn/index.php?id=2>

نوع خاص"، لطبيعة البيئة الافتراضية "الرقمية" التي يتم من خلاله، فلا بد من حماية النظام الإلكتروني خاصة في المصارف وهي محل دراستنا، وذلك من التهديدات والمخاطر التي يمكن أن تحدث بها. فكان لزاما علينا التعرض لماهية الأمن المعلوماتي في (المطلب الأول) والأساليب التقنية لأمن المعلومات والمواقع الإلكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الأمن المعلوماتي Information Security

يعتبر الأمن المعلوماتي من بين المسائل الهامة التي تطرح نفسها في الآونة الأخيرة، لما تشهده المعاملات الإلكترونية بصفة عامة من حركية واسعة، والمجال المصرفي والمالي على وجه الخصوص، نحاول في هذا المطلب التطرق إلى تعريف أمن المعلومات في (الفرع الأول) وكذا عناصر الأمن المعلوماتي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف أمن المعلومات

تعد الإنترنت أحد المجالات الأسرع نموا من زاوية تطور البيئة التحتية التقنية، واليوم تنتشر تكنولوجيات المعلومات والاتصالات في كل مكان، ويتنامى الاتجاه إلى الرقمنة، وأدى الطلب على الإنترنت والتوصيلية الحاسوبية إلى إدماج تكنولوجيات الحاسوب في منتجات كانت تشتغل بدونها عادة، وتعتبر تطبيقات تكنولوجيات المعلومات والاتصالات مثل: الحكومة الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، والتعليم الإلكتروني والبيئة الإلكترونية من العناصر التي تساعد على تحقيق التنمية¹.

وتعرف المعلومات على أنها: بيانات تم تصنيفها بشكل يسمح باستخدامها والاستفادة منها، وبالتالي فالمعلومات لها معنى، وتؤثر في ردود أفعال وسلوك من يستقبلها²، ويقصد بأمن المعلومات من زاوية أكاديمية، العلم الذي يبحث في في نظريات واستراتيجيات توفير الحماية للمعلومات من المخاطر التي تهددها ومن أنشطة الاعتداء عليها، ومن زاوية تقنية هو الوسائل والأدوات والإجراءات اللازمة لتوفيرها، لضمان حماية المعلومات من الأخطار الداخلية والخارجية، ومن زاوية قانونية فإن أمن المعلومات هو محل دراسات

¹ - فهم الجريمة السيبرانية: دليل للبلدان النامية، شعبة تطبيقات تكنولوجيات المعلومات والاتصالات والأمن السيبراني، دائرة السياسات والاستراتيجيات، قطاع تنمية الاتصالات بالاتحاد الدولي للاتصالات، مشروع أبريل 2009، ص 9-10. متوفر على الموقع الإلكتروني: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/oth/01/0B/D010B0000073301PDFA.pdf

تاريخ الاطلاع: يوم 13 ماي 2020، على الساعة 07 و40د.

² - أمينة قدايفية، استراتيجية أمن المعلومات، مجلة أبعاد اقتصادية، مجلة علمية دورية أكاديمية محكمة صادرة عن كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، بجامعة محمد بوقرة بومرداس- الجزائر، المجلد 6، العدد 1، 30 جوان 2016، ص 164.

وتدابير حماية سرية وسلامة محتوى وتوفر المعلومات، أو مكافحة الاعتداء عليها، أو استغلال نظمها في ارتكاب الجريمة¹.

*تقنية المعلومات (technology information): فهي تشمل الأجهزة و ما يتعلق بها من شبكات ونظم تشغيل البرامج، ومن أهم الأجهزة الحاسب الآلي؛ وهو عبارة عن جهاز إلكتروني يعمل طبقا لتعليمات محددة سلفا، لاويمكن استقبال البيانات و تخزينها و القيام بمعالجتها بدون الإنسان ثم استخراج النتائج المطلوبة².

يعرف الأمن المعلوماتي يعتبر مجموعة من الإجراءات والتدابير الوقائية التي تستعمل سواء في المجال الفني أو الوقائي لصيانة المعلومات الخاصة بالإدارة الإلكترونية، والإجراءات القانونية التي تتخذ، تحمي من حدوث أي تدخلات غير مشروعة سواء عن طريق الصدفة أو بشكل متعمد³.

ويثير موضوع أمن المعلومات العديد من القضايا القانونية الهامة والتي تؤثر على الحياة العامة والخاصة، فأمن المعلومات يؤثر على حقوق الملكية الفكرية والسرية والخصوصية، وحماية البيانات والحق في حرمة الحياة الخاصة⁴. ولقد استحدثت مجموعة من الجرائم بفعل أنظمة المعلومات نذكر على سبيل المثال: الاحتيال المصرفي والمالي، الإرهاب الإلكتروني، القرصنة والفيروسات التي تخرب نظم المعلومات وتفسد البيانات.

وتعتبر كل من الإنترنت، شبكات الكمبيوتر وأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مجالا خصبا لارتكاب العديد من الجرائم في مختلف الأقاليم، كالجرائم المعلوماتية وجرائم الكمبيوتر، والتي تستخدم فيها كل من وسائل الكمبيوتر وشبكات الإنترنت، بهدف سرقة المعلومات الشخصية للأفراد و الشركات وارتكاب جرائم إلكترونية أخرى⁵، والتي أخذت تتزايد خاصة في السنوات الأخيرة،.

1 - فاتح ديبش، الحكومة الإلكترونية بين الأمن والأمن المعلوماتي، مجلة الاتصال والتنمية، الرابطة العربية للبحث العلمي وعلوم الاتصال، لبنان، العدد 12 (كانون الأول 2014)، ص. ص 71-72.

2 - سهيلة هادي، آليات تعزيز حق الإنسان في الأمن المعلوماتي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مجلة كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد عدد 54، العدد 5، ص 226.

3 - محمد سيد سلطان، قضايا قانونية في أمن المعلومات وحماية البيئة الإلكترونية، دار ناشري للنشر الإلكتروني، يناير 2012، ص 16.

4 - محمد سيد سلطان، المرجع نفسه، ص 16.

5 - محمد هشام فريجة، النظام القانوني للجريمة المعلوماتية وصعوبات تحقيق الأمن الإلكتروني، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 24، جوان 2018، ص 141.

وكثير ما ارتبط الأمن المعلوماتي بالجريمة الإلكترونية لأنها لصيقة به. فكان لزاما علينا الإشارة إلى الجريمة الإلكترونية، كونها لب الأمن المعلوماتي الذي يعمل على مكافحتها. فالجريمة الإلكترونية: أو ما يسمى بالجرائم المعلوماتية "cyber crimes"،

هي ظواهر إجرامية، تفرع أجراس الخطر لتنبه مجتمعنا عن حجم المخاطر والخسائر التي يمكن أن تنجم عنها، خاصة أنها جرائم ذكية تنشأ وتحدث في بيئة إلكترونية (رقمية)، يقترفها أشخاص مرتفعي الذكاء، ويمتلكون أدوات المعرفة التقنية، ما سبب خسائر للمجتمع ككل على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمنية¹.

وفي هذا الخصوص سن المشرع الجزائري نصوصا مختلفة لمكافحة الجريمة الإلكترونية، تجسدت من خلال القانون 04-09 المؤرخ في 09-05-2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها².

الفرع الثاني: عناصر الأمن المعلوماتي

يتكون الأمن المعلوماتي من أربعة عناصر رئيسة تتمثل في: السرية أو الموثوقية (أولا)، التكاملية وسلامة المحتوى (ثانيا)، استمرارية توفر المعلومات أو الخدمة (ثالثا)، وعدم إنكار التصرف المرتبط بالمعلومات (رابعا).

أولا: السرية أو الموثوقية Confidentialité

وتعني التأكد من أن المعلومات لا تكشف ولا يطلع عليها من قبل أشخاص غير مخولين بذلك³، والمعلومة المغطاة من طرف السر، لا بد أن تكون ذات طابع سري، وهذه المعلومات لا يمكن للغير

¹ - عصام حسني الأطرش، محمد محي الدين عساف، معوقات مكافحة الجرائم المعلوماتية في الضفة الغربية من وجهة نظر العاملين في أقسام الجرائم المعلوماتية في الأجهزة الأمنية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019، ص 633.

² - قانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ج.ج عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

³ - مريزق عدمان، عماد بوقلاشي، الأمن المعلوماتي في ظل التجارة الإلكترونية "إشارة إلى حالي تونس والجزائر"، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصريّة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر "عرض تجارب دولية" منشورة، المركز الجامعي خميس مليانة الجزائر، 26-27 أبريل 2011، ص 4.

الحصول عليها،¹ وتعتبر تجسيدا للخصوصية الحديثة أو ما يسمى بالخصوصية الرقمية.² والتي تختلف عن السرية العادية .

ثانيا: التكاملية وسلامة المحتوى Intégrité

التأكد من أن محتوى المعلومات صحيح ولم يتم تعديله، أو العبث به، وبشكل خاص لن يتم تدمير المحتوى أو تغييره، أو العبث به في أي مرحلة من مراحل المعالجة أو التبادل سواء في مرحلة التعامل الداخلي مع المعلومات، أو عن طريق تدخل غير مشروع³، لذا لابد من مكافحة مخاطر أمن المعلومات من خلال التدابير الوقائية المتمثلة في: مقاومة العبث في الأجهزة Resistance des dispositifs inviolable، وتشفير البيانات لتأمين عمليات الدفع المختلفة، وحماية التوقيعات الإلكترونية وخدمات التوثيق الإلكتروني⁴ PSC.

ثالثا: استمرارية توفر المعلومات أو الخدمة Availability

التأكد من استمرار عمل النظام المعلوماتي واستمرار القدرة على التفاعل مع المعلومات، وتقديم الخدمة لمواقع المعلوماتية، وإن مستخدم المعلومات لن يتعرض إلى منع استخدامه لها، أو دخوله إليها.

رابعا: عدم إنكار التصرف المرتبط بالمعلومات Non répudiation

ويقصد به ضمان عدم إنكار الشخص الذي قام بتصرف ما متصل بالمعلومات أو مواقعها ، إنكار أنه هو الذي قام بهذا التصرف، بحيث تتوفر قدرة أن تصرّفًا ما قد تم من شخص في وقت معين⁵.

المطلب الثاني: الأساليب التقنية لأمن المعلومات والمواقع الإلكترونية :

نتعرض في هذا الصدد على سبيل المثال لا الحصر إلى التشفير، الجدار الناري، التوقيع الإلكتروني:

الفرع الأول: التشفير

¹ - Thierry Sami, *le secret bancaire*, collection technique de la banque, janvier 1997, p p 9,10 .

² - تعرف الخصوصية الرقمية: بأنها وصف لحماية البيانات الشخصية للفرد، والتي يتم نشرها وتداولها من خلال وسائط رقمية. وتتمثل البيانات الشخصية في البريد الإلكتروني، والحسابات البنكية، والصور الشخصي، ومعلومات عن العمل والمسكن، وكل البيانات التي نستخدمها في تفاعلنا على الإنترنت أثناء استخدامنا للحاسب الآلي أو الهاتف المحمول أو أي من وسائل الاتصال الرقمي بالشبكة العنكبوتية. للمزيد حول هذا الموضوع راجع: فؤاد أمين السيد محمد، *جرائم مراقبة المراسلات الإلكترونية " دراسة مقارنة "*، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2016، ص 39.

³ - مريزق عدمان، عماد بوقلاشي، مرجع سابق، ص 04.

⁴ - Prestataire de Service de Certification.

⁵ - مريزق عدمان، عماد بوقلاشي، مرجع سابق، ص 04.

يعرف التشفير على أنه: "آلية يتم بمقتضاها ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومات غير مفهومة عبر تطبيق بروتوكولات سرية قابلة للانعكاس، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية¹. وعادة ما يستند تشفير ملف ما إلى صيغة رياضية معقدة تسمى بالخوارزميات، وطول المفتاح (والذي يقدر بالبت)، وبالتالي فك التشفير يكون عبارة عن إرجاع الملف المشفر إلى هيئته الأصلية، وهي صورة عن عملية تشفير ملف²، وفك تشفيره³، وطريقة التشفير هي تحويل المعلومات إلى أرقام ورموز يصعب فهمها من قبل الغير، ويكون ذلك باستخدام برامج خاصة للتشفير حيث تحول هذه البرامج المعلومات إلى رموز وأرقام ضمن معادلة حسابية معينة، لا يمكن فهمها من قبل الغير إلا بامتلاك البرنامج والرقم السري لإعادة المعلومات إلى طبيعتها ويجري العمل بمثل هذه التقنية بأن يمتلك طرفا المعاملة البرنامج الخاص بالتشفير⁴. وينقسم التشفير إلى تشفير متماثل وتشفير غير متماثل. حيث تعتبر هذه التقنية من بين أكثر التقنيات أمانا.

الفرع الثاني: الجدار الناري

تعتبر من أهم الأدوات المستخدمة في تأمين الشبكات ومنع الاتصالات الخارجية المرتبة في الإنترنت من وصول إلى داخل الشبكة، إضافة إلى قيامها بفلترة الاتصالات الخارجية لبعض الخدمات المتوفرة على الشبكة الدولية⁵، وظهرت تقنية الجدار الناري في أواخر الثمانينات عام 1988، عندما قام مهندسون من (DEC) بتنظيم نظام فلترة عرف باسم جدار النار بنظام فلترة

¹ - رشيدة أكسوم عيلام، *المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني*، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 12 جوان 2018، ص 291.

² - مسعداوي يوسف، سعدي جميلة، *وسائل الدفع الإلكترونية*، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي الرابع حول عصرنه نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، عرض تجارب دولية- المركز الجامعي-خميس مليانة، الجزائر، 27/26 أبريل 2011، ص 8.

³ - تركز طريقة تشفير البيانات على استخدام وسائل و أدوات وأساليب تحويل هذه البيانات المرسله بطريقة إلكترونية إلى رموز بهدف إخفاء محتواها والحيلولة دون تعديلها أو استخدامها غير المشروع ، دون معرفة طريقة التشفير المتبعة بواسطة المفتاح السري، وهذا الأخير يتم الاتفاق عليه بين أطراف عملية التراسل(المرسل، المستقبل)، ويستخدمه كل طرف من أجل تشفير شكل البيانات الحقيقية عند الإرسال ويعيد البيانات إلى مضمونه الحقيقي عند إزالة البيانات الوهمية عند الاستلام، وهذا ما يطلق عليه بفك التشفير Decryption " ينظر: إيلاف فاخر كاظم علي، *مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية*، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، جمهورية مصر العربية، 2019، الطبعة الأولى، ص 115.

⁴ - زياد خليف شداخ العازي، *المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد*، دار وائل للنشر، عمان- الأردن، 2010، الطبعة الأولى، ص 62.

⁵ - حوالم عبد الصمد، *النظام القانوني لوسائل الدفع في الجزائر "دراسة مقارنة"*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016، ص 578.

العبوة¹ والجدران النارية والتي تدعى كذلك بجدران الحماية، والتي تتمثل في أدوات إلكترونية أمنية تمنع الوصول الغير مسموح به إلى الحاسب الشخصي، وذلك عن طريق إقامة حاجز يفصل بين الشبكة والحواسيب الشخصية، تجبر به جميع عمليات الدخول والخروج للمرور عبر هذا الجدار الذي يتصدى لجميع محاولات الدخول بدون صفة².

الفرع الثالث: التوقيع الإلكتروني

يعرفه بعضه الفقه على أنه: ذلك التوقيع الناتج عن اتباع إجراءات محددة تؤدي إلى نتيجة معينة معروفة مقدما، ويكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع بمفهومه التقليدي، أو ما يسميه البعض توقيع إلكتروني³. فالتوقيع بوجه عام يعتبر عنصر من عناصر الدليل الكتابي المعد بالأصل للإثبات، فبالإضافة تنسب الكتابة إلى من قام بتوقيعها، فبه يمنح المحرر العرفي حجية في الإثبات، ولذلك فإن أغلب الفقهاء جعلوا للتوقيع اهتماما كبيرا وذلك بجعله الشرط الوحيد للمحرر العرفي⁴، ولقد عرف قانون الأونسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 التوقيع الإلكتروني على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"⁵.

فلقد ركز هذا القانون على مسألتين أساسيتين هما: تعيين هوية الشخص الموقع، وموافقته على المعلومات الواردة في المحرر.

وينجر عن التوقيع الإلكتروني جريمة الاعتداء على النظام المعلوماتي للتوقيع الإلكتروني، والذي يتحقق من خلال الاعتداء على النظام المعلوماتي له، وهذا بالدخول أو البقاء غير المصرح لهما، وهي جريمة نصت عليها المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائي معتبرا جريمة ماسة بالنظام المعلوماتي للتوقيع

¹ - حوالف عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 578.

² - حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 30 سبتمبر 2015، ص 279.

³ - محمد نور الدين سيد عبد المجيد، المسؤولية الجنائية عن تزوير بطاقات الائتمان "دراسة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2012، 149.

⁴ - علي عبد المحسن الجبوري، الوسائل الحديثة للدفع في إطار التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2019، الطبعة الأولى، ص 166.

⁵ - قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001.

متاح على الموقع الإلكتروني: <https://uncitral.un.org/ar/commission#34>

الإلكتروني¹، فالتوقيع الإلكتروني بالرغم من فوائده المتعددة والتي من بينها إثبات هوية الموقع، فإنه يعتبر وسيلة شائعة وواسعة الاستخدام من طرف المحتالين في الفضاء الأزرق "الإنترنت".

الفرع الرابع: بروتوكولات الحركات المالية الآمنة SET

بروتوكول الحركات المالية الآمنة: SET: Secure Electronic Transaction والذي أدخلته كل من VISA وinternational Master Card بمعرفة أطراف التبادل من خلال تبادل التوقيعات الإلكترونية، حتى أنه أضحى بمثابة الحكم

في أغلب عمليات الدفع التي تجري عبر الإنترنت. غير أن الاستفادة من مزايا هذا النظام تقتضي وصل قارئ بطاقات "un lecteur de carte à puce" بجهاز الكمبيوتر².

أطلق على هذا البروتوكول اسم بروتوكول الحركات المالية الآمنة SET، والغاية من الحفاظ على أمن البيانات أثناء إجراء الحركات المالية عبر شبكة الإنترنت، ويعتمد هذا النظام على قيام هيئة الاعتماد Certificate Authority على إنشاء وحدة استخراج هويات إلكترونية Certificate، لكل من العميل التاجر على أن يستخرج هذه الهويات بطريقة مضمونة ومؤمنة وسرية³، ويعد نظام تأمين المعاملات الإلكترونية SET من أبرز وأقوى الأنظمة التأمينية الموثوق بها في حالة المعاملات الإلكترونية، وخصوصا عملية الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت أو ما يسمى بالوفاء عبر الخط، وهو يعتمد على بروتوكولات تأمينية مركبة، تم تطويرها من قبل شركة فيزا Card Visa وماستر كارد Master Card سنة 1997⁴. إن إجراء بروتوكول الحركات المالية يشترط وجود بطاقة بنكية يستعملها المستهلك الإلكتروني في شراء سلع وخدمات مختلفة، ويعتبر هذا البروتوكول من البرامج الأكثر أمانا.

لقد طورت مجموعة من الشركات العالمية الرائدة بروتوكولا لعمليات الدفع وذلك لاستناده إلى التشفير والتوقيعات الرقمية وللحفاظ على خصوصية وسلامة المعلومات المنقولة عبر الإنترنت بين حاملي البطاقات والتجار⁵.

¹ - أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ج.ج. عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).
² - للمزيد ينظر: محمد تقوروت، *واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي*، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، 2004-2005، ص 169.
³ - عبد الصمد حوالف، مرجع سابق، ص 573.
⁴ - يمينة حوحو، *عقد البيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"*، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 293-294.
⁵ - مصطفى كافي، *النقود والبنوك الإلكترونية*، دار رسلان، دمشق، سوريا، 2012، ص 2013.

الفرع الخامس: بروتوكولات الطبقات الأمنية SSL

SSL هي اختصار للكلمة الإنجليزية **Secure Sockets Layer**، برنامج من أنواع التكنولوجيات المستعملة في تشفير مجموعة من العمليات التي تنتقل عبر الإنترنت، به بروتوكول تشفير متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة بين جهازين، عبر شبكة الإنترنت بطريقة آمنة¹، وينقسم SSL إلى قسمين: بروتوكول الطبقات الأمنية بدون وسيط وبروتوكول الطبقات الأمنية بوسيط.

أ/ بروتوكول الطبقات الأمنية بدون وسيط: هو نظام مُقيّس Normalisé بواسطة الإنترنت Engineering task force تحت اسم Transport Layer Security (TLS) يسمح بنقل رقم البطاقات البنكية على الإنترنت بشكل آمن بروتوكول الطبقات الأمنية SSL اليوم هو النظام الأكثر استخداما على الإنترنت².

ب/ بروتوكول الطبقات الأمنية بوسيط: في نظام SSL بوسيط يقوم التاجر الإلكتروني باستدعاء وسيط، ويقوم موافر الأمان بتنفيذ البروتوكول على *serveur marchand*، وتوزيع الشهادة الإلكترونية على التاجر الإلكتروني (الذي تم شراءه) من

جهة خارجية موثوق بها، وتوفير الصيانة بشكل عام، تكون التعريفات ذات الحدين تتكون من تعريفات ثانية على كل معاملة او تعريفات متغيرة في شكل عمولة، وفي وضع SSL بوسيط يوجد فقط عدم تماثل واحد بين التاجر الإلكتروني (المورد الإلكتروني) ومستخدم الإنترنت³. وهناك كذلك ما يسمى ب EMV، حيث يحدد بروتوكول⁴ EMV معاملة الدفع، بناءً على استخدام البطاقة الذكية، آمنة وقابلة للتشغيل المتبادل دولياً. وأقسامه تسمح بالاقتراب من EMV من زاويتين رئيسيتين، وهما الجوانب المتعلقة بالمعاملات والأمان للبروتوكول⁵، فمثلاً أرغمت السلطات العمومية البنوك على اعتماد النظام العالمي EMV (Euro Master card visa) والتي تعتبر نقطة إيجابية إذا علمنا أن البلدان الأوروبية لم تعتمد هذا النظام إلا بعد 30 سنة من إصدار أولى بطاقات الائتمان، فمسؤولية السلطات و البنوك في هذا التأخر.

إن الاعتداء على أنظمة الدفع الإلكترونية من بين نتائج التطورات التكنولوجية فهي لم تسلم من الجريمة المعلوماتية

¹ - عبد الصمد حوالف، مرجع سابق، ص 576.

² - David Bounie et Marc Bourreau, *sécurité des paiements et de développement du commerce électronique*, Revue économique, Vol 4, Avril 2004, p692. Disponible sur le site : <https://www.cairn.info>

³ - Idem.

⁴ - EMV (Euro Master card visa): عبارة عن معيار تقني للمعاملات التي تتم مباشرة عبر بطاقات السحب والائتمان.

⁵ - Vincent Alimi, *contributions au déploiement des services mobiles et à l'analyse de la sécurité des transactions*, Thèse présentée en vue de l'obtention du doctorat en informatique et applications, université de Caen- basse Normandie, 18 décembre 2012, p 96.

(أو كما يصطلح عليها كذلك: جرائم الإنترنت، جرائم التقنية العالية، جرائم البطاقات البيضاء، جرائم الجيل الخامس، وهي مصطلحات لمفهوم واحد يفيد الجريمة الإلكترونية على وجه العموم). وتتم من خلال البطاقات البنكية وفك شفرها، والاستعمال غير المشروع لها من خلال الاعتداء على البيانات والأرقام، فيتم قرصتها خاصة ببطاقات الدفع والائتمان، ومن بين الأساليب المستعملة في ذلك: أسلوب الاستدراج والصيد، أسلوب الخداع الذي يتم بإنشاء مواقع وهمية، أسلوب تفجير المواقع والذي يمس في الغالب المؤسسات البنكية، وأسلوب اختراق أرقام البطاقات البنكية لاستخدامها لأهداف إجرامية والتي أدت إلى ظهور جرائم أخرى تدخل في إطار الإرهاب الإلكتروني.

المبحث الثاني: علاقة الأمن المعلوماتي بالمنظومة المصرفية

نتناول في هذا المبحث مظاهر أمن المعاملات الإلكترونية في القانون الجزائري في (المطلب الأول) وبعض النصوص القانونية الجزائرية التي أشارت إلى الأمن المعلوماتي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر أمن المعاملات الإلكترونية في القانون الجزائري

تتجسد أهم مظاهر أمن المعاملات الإلكترونية في الاعتراف بالإثبات الإلكتروني (الفرع الأول)، والتوقيع والتصديق الإلكترونيين في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإثبات الإلكتروني

يعتبر النظام المصرفي الجزائري حديث النشأة بالمقارنة مع الأنظمة المصرفية للدول الكبرى¹، فلقد ظهر دور البنوك والذي له تأثير اجتماعي واقتصادي في المجتمع الحديث²، ولعل أهم إصلاحات النظام المصرفي في الجزائر ما يتعلق بقوانين النقد والقرض 10-90³ والذي ألغي بالقانون 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003⁴، والذي عدل بدوره بالقانون 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010⁵، فلقد تطورت المفاهيم من البنوك التقليدية

¹ - غنية باطلي، وسائل الدفع الإلكترونية" التحويل المصرفي، الإشعار بالاعتداء، بطاقات الدفع الإلكتروني، الأوراق التجارية الإلكترونية، النقود الإلكترونية"، دار هومة، الطبعة الأولى، جوان 2018، ص 07.

² Raymond Farhat, *le droit bancaire*, librairies Antoine, Beyrouth, Liban, 1995, p55.

³ - قانون رقم 10-90 مؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج. عدد 16، صادر بتاريخ 18 أبريل 1990 (ملغى).

⁴ - أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003، متعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج. عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل ومتمم.

⁵ - أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بموجب الأمر 10-04 مؤرخ في 26-08-2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 مرخة في 01-09-2010 متمم بالقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30-12-2013 المتضمن لقانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 68، مؤرخة في 31-12-2013، ومعدل بالقانون رقم 16-14 مؤرخ في 28-12-2016 المتضمن لقانون المالية لسنة 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 77 مؤرخة في 29-12-2016 ومتمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11-10-2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 77 مؤرخة في 29-12-2016 ومتمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11-10-2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 57 مؤرخة في 12-10-2017.

التي تعتمد على الدعامة الورقية، إلى ظهور البنوك الإلكترونية¹ التي تعتمد على الوسائط الإلكترونية الحديثة. والمشرع الجزائري قام سنة 2005 بتعديل القانون المدني وذلك بموجب القانون 10-05 المعدل والمتمم للقانون المدني²، والذي تضمن في طيات أحكامه نصوص جديدة تخص الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني في المواد 323 مكرر و323 مكرر 1 و المادة 327 فقرة 2³ حيث نصت المادة 323 مكرر على مايلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص ذلك التسلسل في الحروف و الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية، ومهما كانت طرق أو إرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت.

والملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها "التقليدي" كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقية، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا، مدونا نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

¹ - تعرف البنوك الإلكترونية: على أنها بنوك تعمل بالكامل من خلال الإنترنت ، حيث المعاملات والعلاقات فيها تتم من خلال الوسائل الإلكترونية وليس اللقاء المباشر وتعرف هذه البنوك باسم البنوك الافتراضية، ويستخدم تعبير البنوك الإلكترونية (Electronic Banking) أو بنوك الإنترنت (Internet Banking) كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الإلكترونية عن بعد، (Remote Electronic Banking) أو البنك المتزلي (home Banking) أو البنك على الخط (Online Banking) أو الخدمات المالية الذاتية (Self Service Banking)، وجميعها تعبيرات تتصل بقيام الزبائن بإدارة حساباتهم وإنجاز أعمالهم المتصلة بالبنك عن طريق المنزل أو المكتب أو أي مكان آخر، وفي الوقت الذي يريده الزبون.

للمزيد من التفاصيل عن الموضوع ينظر: محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان وسهيل أحمد سمحان، النقود والمصارف، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 109. وكذلك: منير الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعية، مصر، 2006، ص 10.

² - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005، ج.ج.ج عدد 24، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

³ - غنية باطلي، وسائل الدفع الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 11.

الفرع الثاني: التوقيع والتصديق الإلكتروني

كانت أولى بواد الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني في المواد 323 مكرر و323 مكرر 1 و المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني السالفة الذكر، لقد اكتفى المشرع الجزائري من خلا هذا المواد بالإشارة إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني دون تعريفه.

غير أنه بصدور المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007¹، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001، حيث جاء في المادة 3 مكرر² من هذا المرسوم تعريف للتوقيع الإلكتروني لكنه جاء غامضا.

ولقد جاء القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني³، في المادة الثانية منه نص على تعريف التوقيع الإلكتروني كما يلي: "إنه بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق" فاشترطت هذه المادة أن تكون البيانات في شكل إلكتروني.

ولقد عرف القانون العربي الاسترشادي⁴ الكتابة الإلكترونية في المادة الأولى منه بنصه: "كل حروف أو أرقام أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية، أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

فتعريف القانون العربي الاسترشادي لا يختلف عن تعريف القانون الجزائري، حيث يتفقان حول الهدف من التوقيع وهو تحديد هوية الموقع وقبوله بمضمون العقد المبرم.

كما نجد أن المشرع ميز في القانون 04-15 السالف الذكر بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، حيث أشار إلى التوقيع الإلكتروني العادي المشار له في المادة 01/02 والمادة 0، وهذا النوع من التوقيع يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني الموصوف

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 07-162، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428 الموافق ل 30 مايو 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر 1422 الموافق ل 09 مايو 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج. عدد 37، الصادر بتاريخ 07 جوان 2007.

² - تنص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162، مرجع نفسه، على مايلي: "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني".

³ - جاء القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، مرجع سابق.

⁴ - القانون العربي الاسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب بقرار 771/د 24 الصادر بتاريخ 27

نوفمبر 2008. متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://carji.org/laws>

المنصوص عليه في المادة 08 من القانون السالف الذكر، الذي يقترب إلى حد كبير إلى مفهوم التوقيع الإلكتروني المتقدم.¹

بعد التطرق إلى التوقيع الإلكتروني نتطرق إلى خدمة التصديق الإلكتروني، حيث يمكن أن نعرف التصديق الإلكتروني بأنه وسيلة آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، بحيث يتم نسبته إلى شخص معين، من خلال جهة موثوق بها، أو من طرف محايد، يطلق عليه مقدم أو مورد خدمات التصديق، فالثقة والمصدقية في البيانات المتداولة توجب تدخل وسيط محايد يعطي شهادة رقمية أو وثيقة إلكترونية، تشهد بصحة البيانات.²

حيث نظمها القانون رقم 15-04 السالف الذكر، حيث نصت المادة 2 فقرة 12 منه على تعريفها كما يلي: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

نستنتج من هذه المادة أن مقدم الخدمة يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي له صلاحية منح شهادات تصديق إلكتروني، ويمكنه أن يقدم خدمات أخرى دائما في نفس حدود اختصاصه ألا وهو مجال التصديق الإلكتروني.

فشهادة التصديق الإلكتروني هي بطاقة شخصية للموقع والتي عن طريقها يتأكد الغير من هوية الموقع على المحرر الإلكتروني، إن هذه الشهادة تعتبر صك أمان تفيد صحة المعاملات الإلكترونية وضماتها بما يحقق لتلك المعاملة الحماية القانونية.³

المطلب الثاني: بعض النصوص القانونية الجزائرية التي أشارت إلى الأمن المعلوماتي

كون الجزائر لا تملك تقنيا مصرفيا يوحد ويشمل كل الأحكام المتعلقة بهذا الجانب من المعاملات، جاءت النصوص القانونية المتعلقة بأمن المعلومات مبعثرة بين القوانين المختلفة وأنظمة بنك الجزائر، وفي سياق أمن المعلومات الإلكترونية والتي قصد المشرع الجزائري من خلالها الحماية القانونية للمعلومات الإلكترونية، قام هذا الأخير بتعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04-15 المتضمن الجرائم الماسة

¹ - عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 500.

² - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، جامعة الجيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2017، 2018، ص 220.

³ - هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 393.

بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات¹، المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن لقانون العقوبات الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004. حيث جاء في هذا القانون في قسمه السابع مكرر، الذي تضمن ثمانية مواد من المادة 394 إلى المادة 394 مكرر 7، وقد عالجت هذه المواد عدة جوانب متعلقة بتخريب النظام المعلوماتي، الغش في النظام المعلوماتي، إدخال وإزالة وتعديل المعطيات في النظام المعلوماتي.

حيث نصت المادة 394 مكرر فقرة أولى على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1)، وبغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كلٍّ أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك".

من هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد سلط عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة مالية من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل عن طريق الغش في كلٍّ أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات، ولقد ساوى المشرع بين القيام بهذه العمليات والمحاولة في القيام بها.

كما تعتبر أنظمة بنك الجزائر من بين النصوص القانونية التي تناولت مسألة الأمن المعلوماتي حيث صدر سنة 2005 نظام رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005²، المتضمن لأمن أنظمة الدفع، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي: "يهدف هذا النظام إلى تعريف أنظمة الدفع وجهاز الأمن الخاص بها."

فلقد جاء هذا القانون ليحدد أنظمة الدفع فيما بين البنوك وجهاز الأمن الخاص بها.

ونصت المادة الرابعة فقرة أولى منه على ما يلي: "يتضمن أمن أنظمة الدفع أمن البنية الأساسية لأنظمة الدفع وكذا أمن وسائل الدفع..."

فحسب هذه المادة فإن أمن أنظمة الدفع يتضمن أمن البنية الأساسية لأنظمة الدفع (حيث تتمثل أنظمة الدفع في الجزائر في نظام التسوية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل و ARTS و ATCI). وكذا أمن وسائل الدفع المتمثلة في: البطاقات البنكية، والتحويلات المصرفية الإلكترونية.

ولقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة 4 من النظام السالف الذكر حيث نصت: "تلقى مسؤولية وضع أجهزة أمن أنظمة الدفع على عاتق مسيرها والمشاركين في هذه الأنظمة، بينما يسهر بنك الجزائر على الاشتغال الحسن لهذه الأنظمة وأمنها".

¹ - القانون رقم 04-15 المتضمن الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن لقانون العقوبات، الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004، ج.ر.ج. عدد 71.

² - نظام بنك الجزائر رقم 05-07 المؤرخ في 28/12/2005 المتضمن أمن أنظمة الدفع، ج.ر.ج. عدد 37، الصادر في 04/06/2006.

ما نستشفه من نص هذه المادة أن المسيرين والمشاركين في أنظمة الدفع هم من تقع عليهم مسؤولية وضع أجهزة أمن أنظمة الدفع، ويتكفل بنك الجزائر بصفته بنك البنوك بعملية الاشتغال الحسن لهذه الأنظمة وأمنها.

كما يشمل أمن البنية الأساسية لأنظمة الدفع: توفر الأنظمة، صحة المعلومات المتبادلة، رسم مخطط المعطيات المتبادلة، السرية وقابلية المراجعة، ويدخل في مفهوم أمن أنظمة الدفع تعيين موظفين مؤهلين، وأكفاء للقيام بعمليات الدفع. كما يتوجب على المشاركين في أنظمة الدفع وضع أنظمة نجدة أو ما يطلق عليه باللغة الإنجليزية "Back up" وتوفير موارد بشرية ملائمة بغرض ضمان استمرارية الاستغلال لمواجهة كوارث كبيرة تعرقل الاشتغال العادي للمنشآت الأساسية¹. كما نصت المادة 51 من النظام رقم 06-05 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 2005²، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى على أنه: "يجب على المشاركين ان يستعملوا كل حل من شأنه أن يضمن السير الحسن للعمليات، كما يجب عليهم على وجه الخصوص وضع أنظمة النجدة "Back up" من أجل ضمان استمرارية العمليات".

يتضح أن استعمال أنظمة النجدة عند القيام بمختلف العمليات البنكية، دليل على رغبة المشرع الجزائري من تنظيم هذه العمليات على أحسن وجه وسيرها وديمومة النشاط البنكي دون انقطاع. كما نصت على ذلك المادة 60 من النظام 04-05³، المتعلق بنظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، حيث أوجبت على المشاركين وضع أنظمة النجدة "Back up"، من أجل ضمان استمرارية العمليات.

كما يتكفل بنك الجزائر بالسهر على السير الحسن لأنظمة الدفع وأمنها ويسهر على أمن أنظمة المقاصة والتسوية وتسليم الوسائل المالية وذلك طبقاً للمادة 11 من نفس النظام السالف الذكر. وأوجبت المادة 12 من هذا النظام كذلك مهمة بنك الجزائر في التأكد من أمن بطاقات الدفع ومتابعة إجراءات توفير شروط الأمن التي قامت بها الجهات التي تصدرها "البنوك"، والتجار ومتابعة إحصاءات التدليس والتطورات في ميادين التكنولوجيا التي قد تؤثر على أمن بطاقات الدفع.

¹ - راجع المواد 5، 6 من نظام بنك الجزائر رقم 05-07 المؤرخ في 28/12/2005 المتضمن أمن أنظمة الدفع، مرجع سابق، ص 24.

² - النظام رقم 06-05 المؤرخ في 15/12/2005 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاص بالجمهور العريض الأخرى، ج.ر.ج. عدد 26، صادر بتاريخ 23 أبريل 2006، ص 24.

³ - نظام رقم 04-05 المتعلق بنظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ج.ر.ج. عدد 02 الصادر بتاريخ: 15 يناير 2006.

كما سن المشرع الجزائري قانونا خاصا بالجريمة الإلكترونية بموجب القانون رقم 04-09 المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

ولقد جاء في فصله الخامس على إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحته، غرضها تنشيط وتنسيق عمل السلطات المكلفة بمكافحة الجرائم ذات الصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال¹. ولقد أصدر رئيس الجمهورية مرسوم رئاسي رقم 15-261 مؤرخ في 8 أكتوبر 2015، حيث يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها. حيث نصت المادة الأولى منه على: " أنه تطبيقا لأحكام المادة 13 من القانون 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009²، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، يهدف هذا المرسوم تحديد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام ومكافحتها التي تدعى في صلب النص الهيئة".

يتضح مما سبق أن إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بالإعلام والاتصال دليل على عزم المشرع الجزائري على مكافحة الجريمة الإلكترونية والتي تعتبر الجزائر من احدى البلدان التي تنتشر فيها.

وفي إطار الأمن المعلوماتي دائما نص نظام بنك الجزائر رقم 03-12 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012³، والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها في المادة 17 فقرة 2 كما يلي: " يجب أن يحوز مسيرو نظام الدفع والمتعاملون المباشرون أو غير المباشرين على جهاز آلي لاكتشاف الزبائن والعمليات ويتعلق الأمر بالهيئات أو الأشخاص المسجلين في القوائم المعدة مسبقا".

فهذا الجهاز الآلي الذي يحوزه مسيرو النظام يدخل في سياق الأمن المعلوماتي ، وذلك لاكتشاف الزبائن والعمليات، لكي لا يكون هناك تعدد على العمليات.

وفي إطار القانون رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني السالف الذكر، لم يتضمن مادة صريحة تنص على الأمن المعلوماتي بصريح العبارة، لكن من خلال المادة 30 منه والتي تنص على مهام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني حيث نصت النقطة 13 منها على

¹ - مليكة درباد، المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول/ مارس 2019، ص 244.

² - قانون رقم 04-09 المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، مرجع سابق.

³ - النظام رقم 03-12 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج.ج.ج، عدد 12، صادر في 27 فيفري 2013.

إجراء كل مراقبة طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني، ودفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

ولقد جاء القانون رقم 04-18 المؤرخ في 10 مايو 2018¹، والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، حيث جاء في المادة 4 منه: "تسهر الدولة في إطار الصلاحيات المرتبطة بمهامها خصوصا على ما يأتي:

- تحديد وتطبيق معايير إنشاء واستغلال مختلف الخدمات،
- أمن وسلامة شبكات الاتصالات الإلكترونية.
- استمرارية وانتظام الخدمات المقدمة للجمهور،

فلقد جاءت هذه المادة وركزت على أمن وسلامة شبكات الاتصالات الإلكترونية، دون التفصيل في أحكام الأمن المعلوماتي.

ولقد شهدت سنة 2018 أيضا صدور أول قانون للتجارة الإلكترونية في الجزائر ألا وهو القانون 05-18 والذي حمل في طياته مواد قانونية متعلقة بالتجارة الإلكترونية، حيث نصت المادة 27 منه على أن الدفع الإلكتروني يتم عبر منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، ولقد نصت المادة 29 من نفس القانون على مايلي: "تخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستغلة طبقا للمادة 27 أعلاه، لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيئي وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها".

يتضح من هذه المادة أن بنك الجزائر هو المكلف برقابة منصات الدفع الإلكتروني وأمن تبادل البيانات فيها، وكذا التكفل بسرية البيانات لضمان سلامة العمليات.

خاتمة:

إن ثقافة الأمن المعلوماتي في الجزائر مقارنة بالدول العربية المجاورة وغيرها محتشمة، فبفضل التطورات التكنولوجية أصبحت المصارف من بين المنافذ التي يستغلها مجرمو المعلومات لتنفيذ جرائمهم والاحتيال على الأشخاص، خاصة مع تطور وسائل الدفع الإلكترونية، وما نجم عنه من سلبيات مست الحياة الشخصية للفرد، من خلال الاعتداء على بياناته الشخصية، ومحاولة المشرع الجزائري لسن قوانين متفرقة، لكنها لم توفي بالغرض لنقص القوانين التي تنظم الأمن المعلوماتي، ما جعل الجزائر من ضمن

¹ - قانون رقم 04-18 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج.ر.ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 شعبان عام 1439 هـ الموافق ل 13 مايو سنة 2018.

الدول التي تعتبر فردوسا بالنسبة للهacker والقراصنة، الذين يغتنمون نقص الجانب التشريعي في هذا المجال والثغرات التي تشوبه، ليجروا في عالم الجريمة الإلكترونية، التي أصبحت من أولى أولويات الأمن الإلكتروني، بتوفير برامج فعالة للحماية، في ظل ضعف البيئة الرقمية في الجزائر، والمشاكل التي عقت الدخول في استعمال وسائل الدفع الإلكتروني. ما وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في النصوص المنظمة لهذا المجال الحساس، وذلك لتعزيز البيئة التشريعية واستقطاب المستثمرين الأجانب، للدفعة بعجلة التطور الرقمي في البلاد الذي أصبح حتمية لا حاجة.

التوصيات:

- إصدار قانون خاص لحماية مستعملي بطاقات الدفع الإلكتروني،
- الحماية ضد النشاط الإجرامي وانتهاك الخصوصية،
- استخدام برمجيات خاصة للدفع الإلكتروني،
- تطوير البنية التحتية لتسهيل عمليات التحويل الإلكتروني للأموال وتطوير التجارة الإلكترونية،
- ضرورة سن قانون يتعلق بالأمن المعلوماتي لإزالة الإهمال والغموض الذي يميز هذا الشق من القانون.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية

1/ الكتب:

1. إيلاف فاخر كاظم علي، *مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية*، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2019.
2. حسين محمد سمحان وسهيل أحمد سمحان، *النقود والمصارف*، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
3. حوالف عبد الصمد، *النظام القانوني لوسائل الدفع في الجزائر* "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016.
4. زياد خليف شداخ العنزي، *المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد*، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
5. علي عبد المحسن الجبوري، *الوسائل الحديثة للدفع في إطار التجارة الإلكترونية*، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، 2019.

6. غنية باطلي، وسائل الدفع الإلكترونية التحويل المصرفي، الإشعار بالاقتطاع، بطاقات الدفع الإلكتروني، الأوراق التجارية الإلكترونية، النقود الإلكترونية"، دار هومة، الطبعة الأولى، جوان 2018.
7. فؤاد أمين السيد محمد، جرائم مراقبة المراسلات الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2016.
8. محمد سيد سلطان، قضايا قانونية في أمن المعلومات وحماية البيئة الإلكترونية، دار ناشري للنشر الإلكتروني، يناير 2012، ص16.
9. محمد نور الدين سيد عبد المجيد، المسؤولية الجنائية عن تزوير بطاقات الائتمان "دراسة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2012.
10. محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان وسهيل أحمد سمحان، النقود والمصارف، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
11. مصطفى كافي، النقود والبنوك الإلكترونية، دار رسلان، دمشق، سوريا، 2012.
12. منير الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعية، مصر، 2006.
13. هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2011.
- الرسائل والمذكرات الجامعية:
أ/ رسائل الماجستير:
14. محمد تقوروت، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2004-2005.
- ب/ أطروحات الدكتوراه:
15. حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
16. رشيدة أكسوم عيلام، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 12 جوان 2018.

17. مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، جامعة الجيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2018، 2017.
18. يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة الجزائر، 2011-2012.

3/ المقالات والمدخلات

❖ المقالات:

19. أمينة قدايفية، استراتيجية أمن المعلومات، مجلة أبعاد اقتصادية، مجلة علمية دورية أكاديمية محكمة صادرة عن كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، بجامعة محمد بوقرة بومرداس-الجزائر، المجلد 6، العدد 1، 30 جوان 2016.
20. سهيلة هادي، آليات تعزيز حق الإنسان في الأمن المعلوماتي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مجلة كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، المجلد عدد 54، العدد 5.
21. عصام حسني الأطرش، محمد محي الدين عساف، معوقات مكافحة الجرائم المعلوماتية في الضفة الغربية من وجهة نظر العاملين في أقسام الجرائم المعلوماتية في الأجهزة الأمنية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019.
22. فاتح ديش، الحكومة الإلكترونية بين الأمن والأمن المعلوماتي، مجلة الاتصال والتنمية، الرابطة العربية للبحث العلمي وعلوم الاتصال، لبنان، العدد 12، كانون الأول 2014.
23. محمد هشام فريجة، النظام القانوني للجريمة المعلوماتية وصعوبات تحقيق الأمن الإلكتروني، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 24، جوان 2018.
24. مليكة درباد، المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول/ مارس 2019.

❖ المدخلات:

25. مريزق عدمان، عماد بوقلاشي، الأمن المعلوماتي في ظل التجارة الإلكترونية "إشارة إلى حالي تونس والجزائر"، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر "عرض تجارب دولية"، منشورة، المركز الجامعي خميس مليانة الجزائر، 26-27 أفريل 2011.

26. مسعداوي يوسف، سعدي جميلة، وسائل الدفع الإلكترونية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي الرابع حول عصريّة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، عرض تجارب دولية- المركز الجامعي-خميس مليانة، الجزائر، 27/26 أفريل 2011.

4/ النصوص القانونية:

أ/ النصوص التشريعية:

27. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ج.ج.ج. عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).

28. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ج.ج.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10، مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005، ج.ج.ج.ج. عدد 24.

29. قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ج.ج.ج. عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990 (ملغى).

30. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بموجب الأمر 10-04 مؤرخ في 26-08-2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 مرخة في 01-09-2010 متمم بالقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30-12-2013 المتضمن لقانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 68، مؤرخة في 31-12-2013، ومعدل بالقانون رقم 16-14 مؤرخ في 28-12-2016 المتضمن لقانون المالية لسنة 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 77 مؤرخة في 29-12-2016 ومتمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11-10-2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 77 مؤرخة في 29-12-2016 ومتمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11-10-2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 57 مؤرخة في 12-10-2017.

31. القانون رقم 04-15 المتضمن الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن لقانون العقوبات، الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004، ج.ج.ج.ج. عدد 71.

32. قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ج.ج.ج. عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

33. قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج.ج.ج.ج. عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

34. قانون رقم 04-18 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج.ج.ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 شعبان عام 1439 هـ، الموافق ل 13 مايو سنة 2018.

35. القانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ج.ج عدد 28، صادر في 16 مايو 2018.

ب/ النصوص التنظيمية:

36. نظام رقم 04-05 المتعلق بنظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ج.ج.ج عدد 02 الصادر بتاريخ: 15 يناير 2006.

37. نظام رقم 06-05 المؤرخ في 15/12/2005 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاص بالجمهور العريض الأخرى، ج.ج.ج عدد 26، صادر بتاريخ 23 أبريل 2006.

38. نظام بنك الجزائر رقم 05-07 المؤرخ في 28/12/2005 المتضمن أمن أنظمة الدفع، ج.ج.ج عدد 37، الصادر في 04/06/2006.

39. مرسوم تنفيذي رقم 07-162، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428 الموافق ل 30 مايو 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 123-01 المؤرخ في 15 صفر 1422 الموافق ل 09 مايو 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ج.ج عدد 37، الصادر بتاريخ 07 جوان 2007.

40. نظام رقم 12-03 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ج.ج عدد 12، صادر في 27 فيفيري 2013.

41.5/ المراجع الإلكترونية:

42. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية رقم 83 لسنة 2000، الصادر بتاريخ 09/08/2000

متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://www.justice.gov.tn/index.php?id=2>

43. قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001. متاح على الموقع الإلكتروني :

<https://uncitral.un.org/ar/commission#34>

44. القانون العربي الاسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب بقرار

771/د 24 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 2008. متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://carjj.org/laws>

45. فهم الجريمة السيبرانية : دليل للبلدان النامية، شعبة تطبيقات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والأمن السيبراني، دائرة السياسات والاستراتيجيات ، قطاع تنمية الاتصالات بالاتحاد الدولي للاتصالات، مشروع أبريل 2009، ص 9-10. متوفر على الموقع الإلكتروني:
https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/oth/01/0B/D010B0000073301PDFA.pdf

ثانيا: باللغة الفرنسية

A/ Ouvrages :

46. Thierry Sami, *le secret bancaire*, collection technique de la banque, janvier 1997.
47. Raymond Farhat, *le droit bancaire*, librairies Antoine, Beyrouth, Liban, 1995.

B/ Articles :

48. David Bounie et Marc Bourreau, *sécurité des paiements et de développement du commerce électronique*, *Revue économique*, Vol 4, Avril 2004. Disponible sur le site :
<https://www.cairn.info>
49. Vincent Alimi, *contributions au déploiement des services mobiles et à l'analyse de la sécurité des transactions*, Thèse présentée en vue de l'obtention du doctorat en informatique et applications, université de Caen- basse Normandie, 18 décembre 2012, p 96. Disponible sur le site ;<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01007678/document>

التنظيم القانوني للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي في قانون المرافعات المدنية العراقي

The legal regulation to challenge by correcting the discriminatory decision in the Iraqi Civil Proceedings Act

د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر - نقابة المحامين العراقيين

Dr. Abdelmonem Alaamer - Iraqi Bar Association

الملخص:

انفرد التشريع العراقي بالنص على الطعن بالقرارات التمييزية المُصدَّقة للحكم المدني بطريق تصحيح القرار التمييزي لدى المحاكم التي أصدرتها عند توافر سبب من الاسباب المحددة في القانون. ويأتي تشريع هذا الطريق لتوفير ضمانة أكبر لا ستدارك خطأ القضاة المحتمل، ولتدعيم ثقة المتقاضين بصحة الحكم القضائي، ومن ثم لتعزيز هيبة الاحترام للقضاء. إلا أن ثمة نقص تشريعي في أحكام هذا الطريق، قد فتح الباب لتعدد الاجتهادات الفقهية فيها. يقدم هذا البحث بياناً بالتنظيم القانوني لتصحيح القرار التمييزي، ويتناول بالبحث المسائل الخلافية غير المنصوص عليها، ثم يتبنى حلاً لكل منها.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، الطعن، تصحيح القرار التمييزي، محكمة التمييز

ABSTRACT:

Iraqi legislation was singled out by the provision to challenge discriminatory decisions approved by the court to correct discriminatory decisions in the courts that issued them when one of the reasons specified in the law was available. The legislation follows this route to provide a greater guarantee of the potential error of judges, to strengthen the trust of litigants in the validity of the judicial decision, and thereby to strengthen the prestige and respect for the judiciary. However, there is a legislative lack of provisions in this way, which has opened the door to a multiplicity of jurisprudence. This research provides a statement of legal regulation to correct the discriminatory decision, examines the contentious issues that are not mentioned, and then adopts a solution for each of them.

Keywords: Judicial decision, Challenge, correct the discriminatory decision, court of Cassation.

مقدمة:

يستهدف قانون المرافعات المدنية حماية الحقوق والمراكز القانونية للمتقاضين، وضمان استيفاءها والمحافظة عليها، وذلك عبر سلسلة من الوسائل والقواعد الإجرائية المنظمة لسير النزاعات المتعلقة بها المعروضة امام القضاء، وبما يعزز الحيولة دون تجاوز الخصوم لحدودهم أو تخطي القضاة لواجباتهم، وصولاً لحسم النزاع وانهاؤه وفق القانون.

ويعد الطعن في الأحكام القضائية أحد الوسائل المقننة في قانون المرافعات المدنية والتي تسعى – من جانب- لتشخيص أخطاء القضاة خلال مراحل التقاضي المتعاقبة ومعالجتها، وتهدف – من جانب آخر- لتثبيت ثقة المتقاضين واطمئنانهم لصحة الحكم القضائي بعد استنفاده لطرق الطعن. وهذا ما سينعكس ايجاباً على استقرار النظام القضائي، وإشاعة الاحترام والهيبة للقضاء في المجتمع.

وقد نظّم المشرع العراقي أحكام الطعن في الأحكام القضائية في الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية النافذ، حيث استفتح الفصل الأول من هذا الباب الذي خصصه للأحكام العامة في الطعن بالمادة/168 التي عدت الطرق القانونية للطعن في الأحكام وهي: الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف، وإعادة المحاكمة، والتمييز، واعتراض الغير، وتصحيح القرار التمييزي. والتي أفرد المشرع لكل منها فصلاً مستقلاً قنّن فيه أحكامه الخاصة.

وإذا كانت طرق الطعن الخمسة الأولى من الطرق المتعارف عليها في التشريعات الإجرائية المدنية العربية، فإن الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي مما ينفرد به قانون المرافعات المدنية العراقي دون سائر تلك التشريعات.

ومع أن الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ليس حديثاً في النظام القضائي السائد في العراق منذ السيطرة العثمانية، فعمره اليوم يتجاوز المئة عام، إلا أن ثمة نقص في تنظيمه القانوني، أثار – ولم يزل- اجتهادات متعارضة من القضاء، وتجاذباً بين شراح القانون الإجرائي العراقي في أكثر من موضع، وهذا ما يعرقل استقرار التنظيم القانوني لهذا الطريق من طرق الطعن على أحكام قاطعة وموحدة في جميع قواعده وإجراءاته. ولعل من المسائل الملحة المتصلة بهذا الموضوع، مسألة غياب نص صريح في القانون النافذ بشأن تأخير تنفيذ الحكم المطعون فيه بطريق التصحيح، من عدمه. ومسألة التوسع بالاجتهاد في تحديد نطاق القرارات التمييزية المشمولة بالطعن بهذا الطريق. ومسألة تكرار نظر الطعن بهذا الطريق من قبل ذات الهيئة القضائية التي أصدرته.

يتناول هذا البحث استعراض التنظيم القانوني لتصحيح القرار التمييزي من خلال بيان أحكامه المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية، وكذلك البحث في المسائل الثلاث السالف ذكرها وما تثيره من إشكاليات،

وصولاً أما لترجيح رأي من الآراء الفقهية المطروحة حلاً لها، وأما لعرض حلٍ ينسجم مع القواعد العامة للطعون، ويتفق مع القواعد الخاصة للطعن بطريق التصحيح.

ولتحقيق هدف البحث فقد اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي في قراءة ومناقشة وتقييم النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث والأحكام القضائية المرتبطة بها، والآراء والاجتهادات الفقهية التي تناولتها، فجاء البحث بعد مقدمته مقسماً على مبحثين، خصصت الأول منهما لبيان نطاق الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي وأسبابه، وتناولت في الثاني إجراءات الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي والآثار المترتبة عليه. ثم أنهيت البحث بخاتمة تلخص أهم الاستنتاجات التي توصلت إليها، وتقترح التوصيات المناسبة بشأن إشكالياته.

المبحث الأول: نطاق الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي وأسبابه

تصحيح القرار التمييزي طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية التي أقرها المشرع العراقي في الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (83) لسنة 1969¹. وهو أحد الطرق غير العادية للطعن في الأحكام القضائية²، التي أنفرد التشريع الإجمالي العراقي بالنص عليها دون سائر التشريعات الإجرائية العربية الأخرى. ويرجع العمل بهذا الطريق إلى بدايات القرن الماضي، عندما شرعته الإمبراطورية العثمانية في "قانون ذيل قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية" الصادر عام 1912م وأصبح جزءاً من منظومتها القانونية المطبقة على سائر الأمصار الخاضعة لسيطرتها، ومنها العراق. ويرى الاستاذ ضياء شيت خطاب أن المشرع العثماني قد اقتبس فكرة هذا الطريق من الشريعة الإسلامية، حيث جاء في رسالة الخليفة الراشد الثاني عمر بن الخطاب ؓ إلى أبي موسى الأشعري: "ولا يمنعك قضاءً قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل"³.

¹ نصت المادة/168 مرافعات مدنية على: "الطرق القانونية للطعن في الأحكام هي: 1- الاعتراض على الحكم الغيابي. 2- الاستئناف. 3- إعادة المحاكمة. 4- التمييز. 5- تصحيح القرار التمييزي. 6- اعتراض الغير".

² يُقسّم الفقه القانوني طرق الطعن في الأحكام القضائية بالنظر لطبيعتها إلى نوعين: طرق طعن عادية وأخرى غير عادية. فطرق الطعن العادية لا تنظر إلى ما في الحكم القضائي من عيوب وإنما تهدف إلى طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم موضوع الطعن مجدداً على القضاء دون اعتبار لوجود عيب في قرار الحكم المطعون من عدمه. فيما تستهدف طرق الطعن غير العادية إثارة العيب الذي تضمنه الحكم المطعون به. (ينظر: فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص458). ولهذا التقسيم أهمية من الناحية العملية حيث تترتب عليه النتائج التالية: 1- أن القانون لم يحصر أسباب الطعن بالطريق العادي كونه يعيد طرح النزاع مجدداً أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن، بينما قيّد قبول الطعن بالحكم بإحدى الطرق غير العادية بتوافر أسباب معينة، وبعبكسه يُردّ الطعن شكلاً ولو كان الحكم المطعون فيه مشوباً بعيب أو أكثر. 2- على الطاعن استنفاد طرق الطعن العادية في الحكم قبل مباشرته للطرق غير العادية للطعن فيه، وذلك لأن سلوك الطاعن إبتداءً لطريق غير عادي للطعن في الحكم سيحرمه الاستفادة من كافة الطرق العادية للطعن فيه. 3- أن الطعن في الحكم بأحد الطرق العادية يؤخر تنفيذه بشكل عام إلا إذا كان ذلك الحكم يتضمن فقرة بالنفاذ المعجل، أما الطعن في الحكم بطريق غير عادي فلا يؤخر تنفيذه إلا إذا استحصل الطاعن على قرار بذلك من المحكمة المعنية بنظر الطعن. (ينظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977، ص781 وما بعدها).

³ ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1973، ص155.

وبعد احتلال الإنجليز للعراق، أبقوا العمل بالقوانين العثمانية النافذة حينذاك بموجب بيان المحاكم الصادر عن قائد الجيش الإنجليزي نهاية العام 1917، فأستمر العمل بأحكام طريق الطعن هذا المنصوص عليها في القانون العثماني المنوه عنه حتى دخول قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم (88) لسنة 1956 حيز النفاذ مطلع العام 1957، حيث أُعيدَ تقنين العديد من أحكامه في هذا القانون. ثم أبقى المشرع العراقي على هذا الطريق بأغلب أحكامه الأخيرة في قانون المرافعات المدنية النافذ حالياً تثبيتاً لما استقر عليه النظام القضائي في العراق بهذا الشأن، وتوكيداً على النهج التشريعي الساعي لا ستدراك أخطاء القضاة، مع التضييق في هذا الطريق، وفي أكثر من محطة كما جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون. فقصره على الأحكام والقرارات المصدّقة التي تصدرها محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية لأن الدعوى تنتهي بها، وكذلك ما تصدره محكمة التمييز من قرارات بنقض الأحكام والفصل في موضوع دعاها وفقاً للقانون. وأستثنى منه القرارات التمييزية الصادرة عن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز. وحدد سقف زمني للطعن بتصحيح القرار التمييزي أمده سبعة أيام من اليوم التالي للتبليغ بالقرار التمييزي، وغايته انقضاء ستة أشهر على صدور القرار التمييزي عند عدم التبليغ به¹.

وقد أنتقد جانب من الفقه القانوني الإجرائي في العراق الطعن في الحكم القضائي بطريق تصحيح القرار التمييزي واعتبروه مسلكاً غير مقبول قانوناً باعتباره تمييزاً على التمييز²، وأيده في هذا الموقف من شراح القانون الإجرائي العراقي الدكتور عصمت عبد المجيد بكر الذي اعتبر هذا الطريق: "طريقاً نشاز يبعث على الشك والريبة في قابليات أعلى محكمة"، داعياً إلى إلغائه وإدخال اسبابه ضمن أحوال الطعن التمييزي أن كان لها ما يبررها³. فيما اعتبر غالبية فقهاء وشراح القانون الإجرائي العراقي أن هذا الطريق لاشك يساهم في استدراك ما قد يقع من أخطاء القضاة، ويؤدي دوراً مهماً في توحيد أحكام القضاة، بما يضمن دعم العدالة، وإشاعة الاحساس بها بين المتقاضين، ويفضي إلى استقرار المفاهيم القانونية وتركيز مبادئ الأحكام القضائية. فالقضاة، مع علو شأنهم، ورفع مكانتهم، هم بشر يخطئون كسائر الناس، وهم معرضون أيضاً للسهو والنسيان. وقد وقع في تاريخ القضاء كثير من أخطاء محاكم التمييز، مما يوجب تخليص الأحكام النهائية من الأخطاء المحتملة، وإنقاذ المتقاضين من الأضرار التي قد تصيبهم، ولعل في بعض ما تقدم ما يبرر تشريع المشرع العراقي لهذا الطريق الاستثنائي⁴. وبمقابلة هذا الاتجاهين، نجد أن حجج الغالبية من فقهاء وشراح القانون

¹ ينظر الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.

² ينظر: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، ج4، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008، ص162.

³ عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط1، منشورات جامعة جهمان، اربيل-العراق، 2013، ص860.

⁴ ينظر: عبد الجليل بروتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، بغداد، 1957، ص519. منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مطبعة العاني، 1957، ص381. عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص161. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام قانون المرافعات، ج1، ط3، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص445. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016، ص495. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، ص309.

الإجرائي العراقي هي الراجعة كونها أدق سنداً، وأقوى منطقاً، في تبريرها لأخذ المشرع العراقي بهذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية، لما يوفره من ضمانات مضافة تعزز من توحيد المبادئ القضائية واستقرارها، وتُدعم سبل ارساء العدالة والانصاف بين المتقاضين.

ولقد حدد قانون المرافعات المدنية نطاق الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي واسبابه، لذا نقسم هذا المبحث على مطلبين نفرد الأول منهما لبيان نطاق الطعن بطريق التصحيح، ونخصص الثاني لبيان الأسباب القانونية للطعن بطريق التصحيح.

المطلب الأول: نطاق الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

يَبِّن المشرع العراقي بشكل حصري القرارات التمييزية التي يُقبل الطعن فيها بطريق تصحيح القرار التمييزي. ومن مفهوم المخالفة نستطيع تحديد القرارات التمييزية التي لا يُقبل الطعن فيها بهذا الطريق. في هذا المطلب نفرد فرعاً مستقلاً لكل موضوع من هذين الموضوعين.

الفرع الأول: القرارات التي تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

حددت المادة/219 الفقرة (أ) مرافعات مدنية القرارات التي يجوز الطعن بها بطريق تصحيح القرار التمييزي وهي¹:

أولاً- قرارات محكمة التمييز الاتحادية، وقرارات محاكم الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزية المُصدَّقة للحكم.

ثانياً- القرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية بنقض الحكم والفصل بالدعوى موضوع الطعن التمييزي وفقاً للمادة/214 مرافعات مدنية²، وذلك لأن الفصل في موضوع الدعوى من قبل الهيئة الخاصة في محكمة التمييز الاتحادية سينهي النزاع بين الطرفين، حيث لا مجال لتصحيح الخطأ الوارد في هذا القرار التمييزي إلا بالطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي³.

ويتضح من نص المادة اعلاه أن المشرع العراقي قد حصر قبول الطعن بطريق التصحيح بهذين النوعين من القرارات التمييزية، وبالتالي فلا يجوز قانوناً إضافة نوع آخر من القرارات التمييزية اليهما، كما ولا يجوز قانوناً

¹ نصت م/219 ف (أ) على: "لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز وقرارات محكمة استئناف بصفتها التمييزية إلا عن طريق طلب تصحيح القرار أمام المحكمة التي أصدرت القرار المطلوب تصحيحه، ولا يقبل هذا الطعن إلا بالنسبة للقرارات المُصدَّقة للحكم والقرارات الصادرة من محكمة التمييز بنقضه إذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن طبقاً لما مبين في المادة (214) من هذا القانون".

² نصت المادة/214 مرافعات مدنية على: "إذا رأت محكمة التمييز الاتحادية نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تفصل فيه، ولها - في هذه الحالة - دعوة الطرفين وسماع أقوالهما إن وجدت ضرورة لذلك، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة الموسعة".

³ عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص 163.

عدم قبول طلب التصحيح لأي من هذين النوعين من القرارات إذا استوفى الطلب سائر شروطه القانونية الأخرى.

الفرع الثاني: القرارات التي لا تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

من مفهوم المخالفة لما نصت عليه المادة/219 الفقرة (أ) مرافعات مدنية نستطيع تحديد القرارات التي لا يجوز الطعن فيها بطريق تصحيح القرار التمييزي، وهي:-

أولاً- القرارات التي أصدرتها الهيئات الخاصة في محكمة التمييز الاتحادية، وقرارات محاكم الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزية، التي قضت بنقض الحكم في الدعوى المنظورة تمييزاً من قبلها، وذلك لأن جميع هذه القرارات ستعاد حكماً إلى المحكمة التي أصدرتها للنظر في دعواها مجدداً، وبالتالي يمكن للطاعن بيان وجه الخطأ أو أبداء أية اعتراضات أو دفوع جديدة.

ثانياً- القرارات التي تصدرها الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية وذلك هذه الهيئة جديرة بالثقة والاحترام¹.

ثالثاً- القرارات الصادرة عن المحاكم المختلفة والتي أجازت المادة/216 ف1 مرافعات مدنية² تمييزها لدى محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية بحسب الأحوال، وذلك لنص الفقرة (2) من ذات المادة على أن القرار التمييزي الصادر فيها يكون باتاً³.

رابعاً- القرارات التمييزية الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية، أو محاكم الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزية، والتي قضت برد اللاتحة التمييزية، وذلك لأنها ليست من القرارات المصدّقة للحكم أو تلك القاضية بنقضه والفصل في موضوع دعواه وفقاً للمادة/214 مرافعات مدنية⁴.

¹ تنظر الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية النافذ.

² نصت الفقرة على: "يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأخرة حتى الفصل في موضوع آخر، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطين أو برفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني، أو قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله، وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم، وقرار تحديد أجور المحكمين، ويكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً".

³ نصت الفقرة على: "يكون الطعن تمييزاً في القرارات المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة، لدى محكمة استئناف المنطقة سواء كانت صادرة من محكمة البداية، أو محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية، ويكون الطعن فيها تمييزاً أمام محكمة التمييز الاتحادية إذا كانت صادرة من محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن باتاً".

⁴ قرار محكمة التمييز رقم 557/هيئة عامة/78 في 1979/1/20. (ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص146).

خامساً- القرارات التمييزية الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية، أو محاكم الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزية، والتي قضت برد الطعن التمييزي شكلاً لوقوعه خارج المدة القانونية¹.

سادساً- القرارات التمييزية الصادرة عن هيئة العمل في محكمة التمييز الاتحادية، وذلك لأنها قرارات قطعية ولا سبيل لمراجعة طريق تصحيح القرار للطعن فيها².

سابعاً- القرارات التمييزية الصادرة في دعاوى الاستملاك وإلغاءه، لأن القرارات التمييزية الصادرة في هذه الدعاوى لا تقبل تصحيح القرار التمييزي استناداً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (731) في 1978/5/30³.

ثامناً- القرارات التمييزية الصادرة وفقاً لقانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل استناداً للمادة/22ف1 من القانون⁴.

تاسعاً- قرار محكمة التمييز المتعلق برّد طلب رد القاضي وفق المادة/96 ف3 مرافعات مدنية، وذلك لأن طلب ردّ القاضي لا يعتبر من القرارات المصدّقة للحكم، ولا من القرارات المنقوضة التي فصل فيها وفق المادة/214 مرافعات مدنية⁵.

عاشراً- القرارات القضائية التمييزية التي نصت القوانين على أنها قرارات باثة⁶.

حادي عشر- ونصت المادة/220ف2 مرافعات مدنية على عدم قبول طلب تصحيح القرار من قبل أحد الطرفين إلا مرة واحدة، وذلك إعمالاً لمبدأ استثنائية طريق الطعن بتصحيح القرار التمييزي⁷.

ثاني عشر- كذلك نصت المادة/220ف3 مرافعات مدنية على قبول طلب تصحيح قرار صدر في طلب تصحيح سابق. فإذا قضت محكمة التمييز الاتحادية برّد طلب تصحيح القرار التمييزي لأي سبب كان، فلا يُقبل تصحيح هذا القرار ثانية، إذ لا تصحيح بعد التصحيح لقرار تمييزي، تفادياً لإطالة النزاع دون مبرر، واحتراماً للقرار الصادر بالتصحيح⁸.

¹ قرار محكمة التمييز رقم 2036/مدنية ثانية/977 في 14/12/1977. (ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 145).

² قرار محكمة التمييز رقم 65/هيئة موسعة/83-84 في 4/10/1983. (ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 146).

³ قرار محكمة التمييز رقم 48/هيئة عامة/79 في 19/5/1979. (ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 146).

⁴ نصت الفقرة على: "تعتبر الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون من الدعاوى المستعجلة، ولا يجوز العطن بها بطريق تصحيح القرار التمييزي".

⁵ قرار محكمة التمييز رقم 557/هيئة عامة/78 في 20/1/1979. (ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 146).

⁶ مثال ذلك: القرارات التمييزية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا والتي قضت المادة/7سابعاً-د من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل باعتبارها قرارات باثة وملزمة. وقرارات الهيئة التمييزية الكمركية التي قضت المادة/252 من قانون الكمارك رقم (23) لسنة 1984 المعدل باعتبارها قرارات باثة.

⁷ ينظر: عباس العبودي، مرجع سابق، ص 497.

⁸ ينظر: ضياء شيت خطاب، مرجع سابق، ص 367.

ثالث عشر- القرار التمييزي الصادر عن محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية في الطعن التمييزي على قرارات المنفذ العدل وفقاً لنص المادتين/118 و122 من قانون التنفيذ¹. وذلك لأن الطعن هنا يتعلق بإجراءات تنفيذ الحق وكيفية استيفاءه، ولا يتعلق بأصل الحق أو ما يتضمنه من عناصر فذلك ثابت أصلاً بالمستند التنفيذي حكماً قضائياً كان أم محرر تنفيذي.

ولعل من غريب ما يتصل بموضوع هذه الفقرة ما ذهبت إليه محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية من جواز الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي بالقرار التمييزي الصادر بالطعن تمييزاً بقرار المنفذ العدل، حيث جاء في قرار لها ما نصه: "أن المادة (118) من قانون التنفيذ وأن اشارت إلى طريقين للطعن بقرار المنفذ العدل هما طريق التظلم وطريق التمييز، إلا أن القانون المذكور لم يمنع ذوي الشأن من الطعن بقرار المنفذ العدل بطريق تصحيح القرار التمييزي استناداً إلى المادة (219) من قانون المرافعات المدنية التي أجازت الطعن بقرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية عن طريق تصحيح القرار، لأن هذا القانون هو قانون عام يختص بالقواعد الإجرائية

ومنها طرق الطعن، ولأن التصحيح يحقق العدالة ويُمكن من إدراك الخطأ في حالة وجوده"².

ووجه الغرابة في هذا الموضوع، أن محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية قد اتكأت في تبريرها لما ذهبت إليه على نقطتين: الأولى هي أن المادة/219 مرافعات مدنية قد أجازت الطعن بقرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية بطريق تصحيح القرار التمييزي، دون أن تلتفت إلى أن إلى أن القرارات المعني بها في هذه المادة هي القرارات الخاصة بالفصل في الطعون على الأحكام القضائية، وليس كل القرارات الصادرة عن المحاكم المذكورة. فقرار المنفذ العدل إنما هو قرار تنفيذي وليس حكماً قضائياً، فهو -أولاً- لم يصدر عن محكمة مختصة (ولا نقول يصدر عن قاضٍ، لأن المنفذ العدل يمكن أن يكون قاضياً وفقاً للمادة/6-خامساً من قانون التنفيذ، ولكنه حينئذٍ يمارس واجبات المنفذ العدل ويكتسب صفته)³، وثانياً لأنه لم يصدر وفقاً للقواعد والشروط الخاصة بالأحكام القضائية المقررة في قانون المرافعات المدنية، وثالثاً لأنه ليس قراراً فاصلاً في النزاع موضوع التنفيذ ليكتسب صفة الحكم القضائي، وإنما هو مجرد قرار تنفيذي لا يمس -بأي حال- أصل الحق المتنازع فيه ولا مضمونه. إذن فالقرارات التمييزية الصادرة عن محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية التي يصح الطعن فيها بطريق تصحيح القرار التمييزي هي القرارات الفاصلة في طعن على الأحكام القضائية وليس سواها

¹ نصت المادة/118 تنفيذ على: "يكون قرار المنفذ العدل قابلاً للطعن فيه عن طريق: أولاً- التظلم من القرار. ثانياً- التمييز". ونصت المادة/122 تنفيذ على: "يجوز للخصم أن يطعن تمييزاً في قرار المنفذ العدل، أو في القرار الصادر منه بعد التظلم لدى محكمة استئناف المنطقة خلال سبعة أيام بعريضة يقدمها إلى المنفذ العدل أو إلى المحكمة المختصة بالطعن.

² قرار محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية- العدد4/ تنفيذية/2002 في 2002/1/16. مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل العراقية، بغداد ، العدد الثاني، 2002، ص84.

³ نصت الفقرة على: "يعتبر قاضي البداء الأول المنفذ العدل أن لم يكن لها منفذ عدل خاص، ولوزير العدل تنسيب أي قاضٍ آخر للقيام بأعمال المنفذ العدل"

من القرارات الأخرى التي تصدرها هذه المحاكم استناداً لاختصاصها الوظيفي. أما النقطة الثانية فهي أن قانون التنفيذ لم يمنع ذوي الشأن من الطعن بقرار المنفذ العدل بطريق تصحيح القرار التمييزي، وذلك لعدم وجود نص صريح بالمنع، وعليه يجوز سلوك هذا الطريق. ولو صح هذا التبرير، وهو قطعاً غير صحيح لأن طرق الطعن على الأحكام والقرارات هي من الأمور التي تنظمها القوانين الإجرائية ومنها قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ، والقوانين الإجرائية كقاعدة عامة ترسم حدوداً وتضع قيوداً لكل إجراء تنظمه، وتكون تلك الحدود والقيود ملزمة للجميع وواجبة الأتباع ولا يجوز تجاوزها أو تخطيها لا بالإضافة عليها ولا بالانتقاص منها، لأن الأصل فيها أنها قواعد أمرة عدها المشرع من النظام العام ورتب البطلان على ما يخالفها¹، نقول: لو صح هذا التبرير لأمكن البناء عليه والقول بجواز الطعن بقرار المنفذ العدل بطرق الطعن الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية النافذ كإعادة المحاكمة واعتراض الغير على الحكم، وكلاهما طريقي طعن استثنائيين. وهكذا سيقودنا هذا التبرير إلى هدم الحدود والقيود التي يرسمها النص القانوني الإجرائي وتفريغه من أهم مضامين كينونته. ثم- من جانب آخر-، لو صح هذا التبرير لكان حجة على المحكمة نفسها (محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية) قبل غيرها. إذ أن هذه المحكمة سبق لها وقضت بالضد تماماً لقاعدة تبريرها السالف ذكرها، فقد جاء في أكثر من قرار لها بأن: "المادة/53 من قانون التنفيذ قد حصرت الحالات التي يؤخر فيها التنفيذ عند وقوع الطعن على الحكم المنفذ ولم تكن من بينها حالة الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي"²، أي أنها اعتمدت معيار عدم وجود نص صريح على حالة ما في القانون الإجرائي لا يجيز قبولها أو العمل بها، فرفضت قبول تأخير تنفيذ الحكم المطعون فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي لعدم النص على ذلك صراحة في المادة/53 من قانون التنفيذ. بل أن المحكمة الموقرة قد اعتمدت تسببها لهذا القرار على النص الوارد في قانون التنفيذ فقط ولم تُشرك في التسبب النص الوارد بشأن تأخير التنفيذ في قانون المرافعات المدنية مع أنه -على حد قولها في قرارها موضوع البحث- "قانون عام يختص بالقواعد الإجرائية ومنها طرق الطعن". وكذلك غاب عن تسببها لهذا القرار اعتبارها "التصحيح يحقق العدالة ويُمكن من إدراك الخطأ في حالة وجوده"، فرفضت فيه بخلاف هذا الاعتبار.

المطلب الثاني: الأسباب القانونية لتصحيح القرار التمييزي

حددت المادة/219 مرافعات مدنية الأسباب القانونية لقبول طلب تصحيح القرار التمييزي. وهذه الأسباب أوردها المشرع العراقي على سبيل الحصر³، بمعنى أنه لا يجوز قانوناً استحداث سبباً آخر غيرها لقبول طلب

¹ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 40.

² قرار محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية- العدد 37/تنفيذية/2001 في 2001/4/1. (مجلة العدالة، العدد الثالث، 2001، ص 110). وقرارها بالعدد 138/تنفيذية/2000 في 2000/10/22. (مجلة العدالة، العدد الرابع، 2001، ص 94).

³ نصت الفقرة (ب) من المادة على: "لا يجوز النظر أو الخوض في غير الأسباب القانونية التي أوردها طالب التصحيح في عريضته".

التصحيح القرار التمييزي، كما ولا يجوز الانتقاص منها. ونفرد فرعاً مستقلاً لبيان موجز في كل سبب من هذه الاسباب.

الفرع الأول: أغفال المحكمة تدقيق سبب قانوني

والمقصود به إغفال المحكمة التمييزية تدقيق أو البت في سبب من الأسباب القانونية التي أوردها طالب التصحيح في لائحته التمييزية والذي كان من شأنه أن يؤدي إلى نقض الحكم المميز أو تصديقه¹. كما لو طعن المميز في لائحته التمييزية باختصاص محكمة الموضوع النوعي أو الوظيفي، ولم تلتفت المحكمة لهذا الطعن ولم ترد عليه في صلب قرارها التمييزي، عندئذٍ يحق للمميز أن يطلب تصحيح القرار التمييزي، وعلى المحكمة المعنية بنظر الطلب أن تقبل طلبه باعتبار أن المحكمة التمييزية قد أغفلت تدقيق أو البت في سبب قانوني أورده المميز، وكان من شأن هذا السبب لو صح أن يؤدي لنقض الحكم المميز.

ويدخل في عداد الأسباب القانونية لقبول الطلب بتصحيح القرار التمييزي إغفال المحكمة التمييزية للخطأ الذي وقعت فيه محكمة الموضوع في تكييف الوقائع الثابتة في الدعوى، بمعنى خطأها فيما تعطيه من وصف قانوني لهذه الوقائع. وكذلك خطأها بتغيير أوصاف التصرفات موضوع الدعوى، أو بمخالفتها لشروطها الظاهرة، أو امتناعها عن تطبيق تلك الشروط إذا لم تكن مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب، فجميع ذلك مما يدخل في سلطة المحكمة التمييزية في رقابتها على التطبيق الصحيح للقانون².

الفرع الثاني: مخالفة القرار لنص قانوني صريح

أي مخالفة القرار التمييزي لنص صريح في القانون³. ويقصد بكلمة "القانون" هنا، القانون بمعناه الواسع والذي يشمل، وفقاً لما نصت عليه المادة/1 ف2 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951⁴، التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة. فمثلاً لو قضى القرار التمييزي المطلوب تصحيحه بتجزئة الإقرار البسيط خلافاً لما تقضي به المادة/69 من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل⁵، وجب قبول طلب التصحيح شكلاً لاستناده لسبب من الأسباب التي نص عليها القانون.

¹ نصت الفقرة (1) من المادة على: "إذا كان طالب التصحيح قد أورد فيما قدمه لمحكمة التمييز سبباً من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نقض الحكم أو تصديقه وأغفلت المحكمة تدقيقه والبت فيه في قرارها التمييزي".

² ينظر: عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص 186.

³ نصت الفقرة (2) من المادة على: "إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون".

⁴ نصت الفقرة على: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

⁵ نصت المادة على: "لا يتجزأ الإقرار على صاحبه، إلا إذا أنصبَّ على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى".

الفرع الثالث: التناقض في القرار التمييزي

إذا كان القرار التمييزي متناقضاً، فيعد ذلك سبباً لقبول تصحيحه¹. وذلك أما بتناقضه مع بعضه، كما لو كان القرار التمييزي المطلوب تصحيحه قد أثبت أن تقرير الخبير الذي فيه نواقص وعيوب وفقرات متناقضة وبالتالي لا يصلح اعتماده في الحكم في الدعوى موضوع النظر، لكنه مع ذلك يقضي بتصديق الحكم المميز بالزام الخصم بالمبلغ الذي قدره الخبير. وإما بأن يناقض القرار التمييزي المطلوب تصحيحه قرار سابق للمحكمة التمييزية صادر في الدعوى ذاتها دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتاً وصفةً. فكل حالة من هاتين الحالتين من شأنها أن تؤثر على هيبة القضاء ومنزلته بما تثيره في نفوس المتقاضين من الشعور بعدم الثقة في أحكامه، وفقدان الاطمئنان في عدالته².

المبحث الثاني: إجراءات تصحيح القرار التمييزي والآثار المترتبة عليه

بيّن قانون المرافعات المدنية الإجراءات المتبعة لتصحيح التمييزي والآثار المترتبة عليه، نتناول كلاً منهما في مطلب مستقل.

المطلب الأول: إجراءات تصحيح القرار التمييزي

تبدأ إجراءات تصحيح القرار التمييزي بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة ضمن سقف زمني محدد. نتناول وفي ثلاثة فروع مستقلة كل موضوع من هذه المواضيع.

الفرع الأول: تقديم طلب التصحيح

أوجبت المادة/222 مرافعات مدنية على الطاعن بطريق تصحيح القرار التمييزي أن يقدم طلبه بعريضة إلى المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه، أي إما إلى محكمة التمييز الاتحادية أو إلى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بحسب الأحوال، على أن تكون العريضة معنونة إلى رئيس المحكمة وأن تتضمن إضافة إلى رقم وتاريخ القرار المطلوب تصحيحه والأسباب القانونية التي يستند إليها الطاعن لتصحيحه، أسماء الخصوم ووكلائهم أن وجدوا. على أن تتولى المحكمة تبليغ الخصم الآخر بصورة من عريضة الطعن ليجيب عليها خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغه بها. وأوجبت المادة أيضاً على طالب التصحيح أن يودع التأمينات القانونية في صندوق المحكمة³. ويجوز لطالب التصحيح أن يقدم عريضته بواسطة محكمة محل أقامته⁴.

¹ نصت الفقرة (3) من المادة/219 مرافعات مدنية على: "إذا كان القرار التمييزي يناقض بعضه بعضاً أو يناقض قراراً سابقاً لمحكمة التمييز صادراً في نفس الدعوى دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتاً وصفةً".

² ينظر: عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 865.

³ نصت المادة على: "1- يقدم طلب التصحيح بعريضة إلى المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه يبين فيها الأسباب القانونية التي يستند الطالب إليها، وتُبَلِّغ صورة منها إلى الخصم الآخر ليجيب عليها خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغه. 2- على طالب التصحيح أن يودع تأمينات في صندوق المحكمة مقدارها ألف دينار عند تقديم العريضة".

⁴ قرار محكمة التمييز رقم 251/هيئة عامة أولى/76 في 1976/10/30. (إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 146).

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر الطعن

وفقاً لنص المادة/222 مرافعات مدنية فأن المحكمة المختصة بنظر الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي هي المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه، وهي إما محكمة التمييز الاتحادية، أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، حسب الأحوال¹. وقد يثير هذا الأمر هواجساً لدى الطاعنين بهذا الطريق بشأن رجوع المحكمة عن قرارها المطعون فيه، وبالتالي تصحيحه، كونها هي ذاتها المحكمة التي أصدرته. وهي هواجس قد تستفحل في نفس الطاعن إذا ما رُدَّ طعنه، فتحمله على التشكيك بنزاهة القضاء وعدالته وأثارة الريبة وعدم الاطمئنان بأحكامه، وهذا على الضد تماماً مما يستهدفه ويسعى إليه النظام القضائي السائد في البلاد.

وتلافياً لإثارة مثل هذه الهواجس، وتوكيداً لمسعى المشرع العراقي وغايته من وراء تشريع الطعن بطريق التصحيح القرار التمييزي المتمثلة في استدراك أخطاء القضاة²، فترجح الاتجاه الفقهي القائل بضرورة النص على إناطة رؤية الطعن بهذا الطريق إلى غير الهيئة التي أصدرت القرار التمييزي المطعون فيه³، ونرى اسناد النظر فيه إلى الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية أن كان القرار التمييزي صادراً عن هيئة من هيئات هذه المحكمة. إما بالنسبة إذا كان القرار المطلوب تصحيحه صادراً عن محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية، وحيث إن هذه المحكمة تنعقد بتشكيلة واحدة، فنرى ضرورة أن تشكل فيها هيئة ثانية، يمكن أن يستعان في تشكيلها بقضاة ينسبون إليها من مناطق استئنافية أخرى قريبة جغرافياً، على أن تُفَرَّغ هذه الهيئة للنظر حصراً بالطعون بطريق تصحيح القرار التمييزي.

الفرع الثالث: مدة الطعن

على طالب التصحيح أن يقدم عريضته خلال مدة سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغه بالقرار التمييزي المراد تصحيحه. وتنتهي مدة الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي بانقضاء ستة أشهر على صدور القرار التمييزي المراد تصحيحه في كل الأحوال⁴. ويرى المشرع العراقي أن العلة في ذلك تكمن في أن انقضاء هذه المدة فيه الدلالة الكافية على علم صاحب الشأن ورضائه، وحتى لا يظل هذا الطريق الاستثنائي يهدد إلى أمد طويل الأحكام النهائية وما يجب لها من استقرار⁵.

¹ جاء في المادة: "يقدم طلب التصحيح بعريضة إلى المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه".

² الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.

³ ينظر: سعدون ناجي القشطيني، مرجع سابق، ص 454.

⁴ نصت المادة/221 مرافعات مدنية على: "مدة طلب تصحيح القرار سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي وتنتهي المدة في جميع الأحوال بانقضاء ستة أشهر على صدور القرار المراد تصحيحه".

⁵ الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية النافذ.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على طلب التصحيح

تترتب على تقديم طلب التصحيح آثار قانونية محددة، أولها ما يتعلق بنتيجة البت في الطلب، وثانيها ما يتعلق بتنفيذ القرار التمييزي المطعون فيه، نتناول كلاً منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول: البت في طلب التصحيح

عند نظر المحكمة المختصة طلب تصحيح القرار التمييزي فإن قرارها بشأنه لن يخرج عن أحد احتمالين أما ردّه أو قبوله، وفق التفصيل الآتي:-

أولاً: ردّ طلب التصحيح¹:

ويتحقق ردّ طلب التصحيح بواحدة من الحالات الثلاث التالية:-

- أ- أن يكون الطلب قد تم تقديمه خارج المدة القانونية المحددة، وذلك إما بتقديمه بعد انقضاء اليوم السابع من اليوم التالي لتبلغ طالب التصحيح بالقرار المراد تصحيحه، أو بتقديمه بعد انقضاء ستة أشهر على صدور القرار المراد تصحيحه ولم يكن طالب التصحيح مبلغاً بذلك القرار.
 - ب- أن يفترق طلب التصحيح لسبب من الأسباب القانونية المحددة في المادة/219 مرافعات مدنية.
 - ج- أن يكون القرار المراد تصحيحه قد صدر بناءً على طعن تمييزي قدمه طالب التصحيح، إذ لا يجوز لمن لم يميّز الحكم الصادر ضده أن يطلب تصحيح القرار التمييزي بناءً على تمييز خصمه².
- ويترتب على ردّ طلب تصحيح القرار التمييزي قيد التأمينات القانونية إيراداً لخزينة الدولة، إلا إذا سحب طالب التصحيح طلبه بالتصحيح قبل النظر فيه، حيث تقرر المحكمة المعنية حينها أبطاله وإعادة التأمينات اليه.

ثانياً: قبول التصحيح والبت فيه:

قضت المادة/223 ف1 مرافعات مدنية بأنه إذا وجدت المحكمة المختصة بنظر الطعن بتصحيح القرار التمييزي أن الطعن مقدم ضمن مدته القانونية، ويستند إلى سبب من أسباب التصحيح التي نص عليها القانون فتقرر قبوله شكلاً، ثم تفصل في القرار المطعون فيه، فإذا كان سبب التصحيح يتناول كل ذلك القرار

¹ نصت المادة/223 ف2 على: "إذا رأت المحكمة أن طلب التصحيح قد قُدم بعد مضي المدة القانونية أو أن اعتراضات طالب التصحيح لا تستند إلى سبب قانوني، فتقرر ردّ الطلب وقيد التأمينات إيراداً للخزينة، أما إذا قَدَّمَ طالب التصحيح عريضة بسحبه قبل النظر فيه، فتقرر أبطاله وإعادة التأمينات اليه".

² قرار محكمة التمييز رقم 46/هيئة عامة أولى/75 في 10/3/1975. (إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 143).

فتصححه كله، وإذا كان سبب التصحيح يؤثر في جزء من القرار المطعون فيه صححته جزئياً، وتقضي بإعادة التأمينات القانونية إلى طالب التصحيح¹.

الفرع الثاني: تنفيذ القرار المطعون به

لم يرد في قانون المرافعات المدنية نصاً صريحاً حول تأخير تنفيذ القرار المطعون به بطريق تصحيح القرار التمييزي من عدمه كما هو الحال عند الطعن في الحكم بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي² أو بطريق الاستئناف³ أو بطريق التمييز إذا تعلق الحكم المميز بعقار⁴. وكذلك هو الأمر في قانون التنفيذ النافذ⁵. غير أن هذا الموضوع لم يخلو من تجاذبات فقهية، فأنقسم الفقه القانوني بشأنه إلى اتجاهين. الاتجاه الأول يتبنى رأياً رافضاً لتأخير تنفيذ القرار المطعون فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي. ويستند أصحاب هذا الاتجاه على عدم وجود نص صريح، في قانون المرافعات المدنية أو في قانون التنفيذ النافذين، يجيز تأخير تنفيذ القرار التمييزي عند الطعن به بطريق التصحيح⁶. أما الاتجاه الثاني، فيرى جواز تأخير تنفيذ القرار المطعون به بطريق تصحيح القرار التمييزي إذا كان ذلك القرار متعلقاً بحياسة عقار أو حق عقاري وذلك قياساً على حكم المادة/208 ف1 مرافعات مدنية التي أجازت تأخير تنفيذ الحكم المطعون فيه بطريق التمييز إذا تعلق بحياسة عقار أو حق عيني عقاري. معلنين رأيهم باتحاد العلة في الأمرين، وهي الحفاظ على مصلحة الطاعن دون الإضرار بمصلحة خصمه، بالنظر لضالة الضرر المحتمل من جراء تأخير التنفيذ كون العقار ثابتاً وغير معرض للتلف السريع⁷.

¹ نصت الفقرة على: "إذا رأت المحكمة المختصة بنظر الطعن أن اعتراضات طالب التصحيح مقبولة وكان سبب التصحيح مؤثراً في القرار كله فتصححه، وأن كان مؤثراً في جزء منه فيقتصر تصحيحها للقرار على ذلك الجزء، وتعيد التأمينات المدفوعة إلى طالب التصحيح".

² نصت المادة/183 ف1 مرافعات مدنية: "الاعتراض يؤخر تنفيذ الحكم الغيابي إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل ما لم تقرر المحكمة، عند نظر الاعتراض، إلغاء القرار الصادر بالنفاذ المعجل".

³ نصت المادة/194 ف1 على: "استئناف الحكم يؤخر تنفيذه، إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل فيستمر التنفيذ ما لم تقرر المحكمة عند نظر الاستئناف إلغاء القرار الصادر بالنفاذ المعجل".

⁴ نصت المادة/208 ف1 على: "الطعن بطريق التمييز يؤخر تنفيذ الحكم المميز إذا كان متعلقاً بحياسة عقار أو حق عقاري، وفيما عدا ذلك يجوز للمحكمة المختصة بنظر الطعن أن تصدر قراراً بوقف التنفيذ إلى أن يُفصل في نتيجة الطعن إذا قدم المميز كفيلاً مقتدرًا يضمن تسليم المحكوم به عندما يظهر أنه غير محق في تمييزه، أو وضع النقود أو المنقولات المحكوم بها أمانة في دائرة التنفيذ، أو كان أمواله محجوزة بطلب الخصم أو وضعت تحت الحجز بطلبه".

⁵ حيث جاء في المادة/53-أولاً من قانون التنفيذ رقم (40) لسنة 1980 المعدل على: "يجوز تنفيذ الحكم خلال مدد الطعن القانونية إلا أن التنفيذ يؤخر إذا أبرز المحكوم عليه استشهاده بوقوع الاعتراض على الحكم الغيابي أو الاستئناف أو بوقوع التمييز إذا كان الحكم متعلقاً بعقار..".

⁶ ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص101. عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص868. ويضيف الدكتور عصمت عبد المجيد تعليلاً لرأيه، وتعزيراً لمطالبته بإلغاء الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي من طرق الطعن، فيقول في ذات الصفحة: "ثبت بالتطبيق العملي ومن قراءة العديد من القرارات التمييزية أن طلب التصحيح يتخذ حجة وسبباً إلى تأخير التنفيذ، إذ من النادر جداً أن تتوفر أسباب تصحيح القرار التمييزي في طلبات تصحيح القرار التمييزي، وهذا الرأي يتسق مع رأينا في ضرورة إلغاء هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية".

⁷ ينظر: آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص423. عباس العبودي، مرجع سابق، ص501.

أما بالنسبة لموقف محكمة التمييز من هذا الموضوع، فقد كانت قراراتها في ظل نفاذ قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم (88) لسنة 1956، أي قبل دخول قانون المرافعات المدنية الحالي حيز التنفيذ، مترددة بين جواز تأخير تنفيذ القرار المطعون به بطريق تصحيح القرار التمييزي وبين عدم جوازه. فيما تشير العديد من قراراتها الصادرة بعد نفاذ قانون المرافعات الحالي إلى عدولها عن القول بجواز تأخير التنفيذ واستقرارها على القول بعدم جواز تأخير تنفيذ القرار المطعون فيها بطريق تصحيح القرار التمييزي¹.

وبعد صدور قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 النافذ حالياً، أصبحت محاكم استئناف المنطقة بصفتها التمييزية هي المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً بقرارات المنفذ العدل². وقد تبين لنا، بعد اطلاعنا على المتاح المنشور من قرارات سائر محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية على الطعون التمييزية المقدمة لها على قرارات المنفذين العدول بشأن هذا الموضوع، أتفاق قرارات هذه المحاكم على عدم جواز تأخير تنفيذ القرار التمييزي المطعون به بطريق التصحيح سواء تعلق ذلك القرار بحق شخصي أم بحق عيني، مما يصح معه القول باستقرار القضاء العراقي على مبدأ عدم جواز تأخير تنفيذ قرار الحكم القضائي المطعون به بطريق تصحيح القرار التمييزي بشكل عام³. ولكن في الواقع العملي نلاحظ أن دوائر التنفيذ غالباً ما تمتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية، وخصوصاً ما كان منها متعلقاً بعقار، إلا بعد التأشير على الحكم موضوع التنفيذ بعبارة "اكتسب القرار الدرجة القطعية" من قبل المحكمة التي أصدرته، وذلك لتلافي اضطراب اجراءات التنفيذ مع المطالبة اللاحقة بتأخيره عند الطعن به من أي من الخصوم. ومع أن هذا الإجراء ليس له سند من القانون، حيث لا يسوغ للمنفذ العدل الامتناع عن تنفيذ أي حكم قضائي يتضمن فقرة حكمية قابلة للتنفيذ⁴، إلا أن هذا هو المعمول به والذي بات يشكل عرفاً في سائر الدوائر التنفيذية. نريد أن نقول: أن استقرار القضاء العراقي على مبدأ عدم جواز تأخير تنفيذ القرار المطعون فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي قد يجد له سنداً قوياً من القانون بالنظر لعدم وجود نص صريح في القانون يقضي بغير ذلك، إلا أن فعالية هذا المبدأ القضائي على المستوى العملي قد فقدت جذوتها في ظل الإجراء المشار اليه المتبع غالباً في دوائر التنفيذ. قد يقول قائل: أن

¹ ينظر: سعدون ناجي القشطيني، مرجع سابق، ص458.

² نصت المادة/122 تنفيذ على: "يجوز للخصم أن يطعن تمييزاً في قرار المنفذ العدل، أو في القرار الصادر منه بعد التظلم، لدى محكمة استئناف المنطقة خلال سبعة ايام بعريضة يقدمها إلى المنفذ العدل، أو إلى المحكمة المختصة بالطعن".

³ نذكر من هذه القرارات على سبيل المثال: 1- "أن المادة(53) من قانون التنفيذ قد حصرت الحالات التي بموجبها يؤخر التنفيذ ولم يكن من بينها الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي". (قرار محكمة استئناف منطقة صلاح الدين العدد/138/ تنفيذية/2000 في 2000/10/22 - منشور في مجلة العدالة، ع4، 2001، ص94). 2- "أن المادة/53 من قانون التنفيذ حددت الحالات التي بموجبها يتم تأخير الإجراءات التنفيذية وليس فيها الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي". (قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية- رقم القرار 36/تأخير تنفيذ/2088 في 2008/6/11. القرار منشور على موقع السلطة القضائية الالكتروني www.hjc.iq. تاريخ الزيارة 2020/3/1). 3- "الطعن بطريق طلب تصحيح القرار التمييزي هو ليس من بين الطعون التي يجوز بالاستناد اليها تأخير تنفيذ الحكم المنفذ عند وقوعه، إذ يقتصر تأخير التنفيذ على حالات الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف والتمييز فقط". (قرار محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية- رقم القرار 316/ت/تنفيذ/2015 في 2015/11/16. مجلة التشريع والقضاء، السنة 8، العدد 2، 2016، ص272).

⁴ نصت المادة/9 من قانون التنفيذ على: "تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم القطر وفق هذا القانون".

من حق طالب التنفيذ أن يطعن تمييزاً لدى محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية بقرار المنفذ العدل عند رفضه تنفيذ الحكم المطعون به بطريق التصحيح تحت زعم عدم اكتسابه الدرجة القطعية، وأن المحكمة لاشك ستفصل بقرار لصالحه. والحقيقة أن هذا القول، وبرغم ما يعترضه من عقبات واقعية¹، إلا أنه سيؤدي عملياً لتأخير تنفيذ قرار الحكم المطعون به بطريق تصحيح القرار لمدة من الزمن قد تطول أحياناً لعدة أشهر. فمع أن قانون التنفيذ يحدد طريقين للطعن بقرار المنفذ العدل هما التظلم والتمييز²، إلا أنه لم يلزم الطاعن بسلوك هذين الطريقين بالتتابع، وإنما أجاز له الطعن بقرار المنفذ العدل تمييزاً مباشرة دون المرور بطريق التظلم منه³. غير أن المتبع عادةً هو الطعن ابتداءً بالتظلم أولاً في رجوع المنفذ العدل عن قراره⁴، وبالتالي اختصار الزمن المقتضي للطعن التمييزي. وغالباً ما يُصَرَّ المنفذ العدل على قراره رافضاً التراجع عنه، مما يفرض على طالب التنفيذ اتباع طريق الطعن الثاني وهو تمييز القرار الصادر بالتظلم لدى محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية⁵. وهكذا سنكون عملياً في مواجهة تأخير فعلي لتنفيذ القرار المطعون فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي، انتظاراً لفصل المحكمة المختصة بالطعن التمييزي على قرار المنفذ العدل. وهو تأخير -كما رأينا- لم يكن له أصلاً ما يبرره، بل أنه جاء سبباً لاستدراك إجراء مخالف للقانون. من جانب آخر، فإن تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بعقار يترتب عليها، في أحيان كثيرة، أرساء واقع حال معين للمحكوم له، يصبح من الصعب - أن لم نقل من المستحيل - إزالته، مما يزيد من صعوبة وتعقيد إزالة الآثار المترتبة على تنفيذ ذلك الحكم عندما تقرر المحكمة المختصة نقضه بناءً على طعن الخصم فيه، ولذلك ذهبت أغلب التشريعات العربية إلى جواز تأخير الحكم المميز إذا تعلق بحياسة عقار أو حق عقاري⁶. لذا، ولضمان استقرار المعاملات، وتفادياً لخلق أزمات وصراعات بين المتقاضين نتيجة خلق واقع جديد يستعصي، أو يصعب، إعادة الحال لما قبله دون التضحية بتكاليف أو امتيازات مادية أو معنوية لأي من الطرفين المتخاصمين، وسعيًا وراء ارساء قواعد مشتركة، وغير متقاطعة، في تنفيذ الأحكام القضائية، بما يحقق ويضمن مصالح جميع الأطراف، نرى ضرورة الأخذ برأي الاتجاه الفقهي الثاني وتوحيد الأحكام المتعلقة بتنفيذ قرار الحكم المطعون فيه بطريقي

¹ فكثيراً ما يكون قرار المنفذ العدل بالرفض شفوياً وليس كتابياً مما يُعقد سبيل الطعن الذي يقتضي وجود دليل خطي على امتناع المنفذ العدل عن التنفيذ.

² نصت المادة/118 تنفيذ على: "يكون قرار المنفذ العدل قابلاً للطعن فيه عن طريق: أولاً- التظلم من القرار. ثانياً- التمييز".

³ نصت المادة/121 تنفيذ على: "يعتبر الطعن التمييزي في قرار المنفذ العدل نزولاً عن حق التظلم منه".

⁴ نصت المادة/120 تنفيذ على: "يجوز للخصم التظلم من قرار المنفذ العدل أمامه خلال ثلاثة أيام بعريضة يقدمها إليه. وللمنفذ العدل تأييد القرار أو تعديله أو إبطاله خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب إليه".

⁵ نصت المادة/122 تنفيذ على: "يجوز للخصم أن يطعن تمييزاً في قرار المنفذ العدل، أو في القرار الصادر منه بعد التظلم لدى محكمة استئناف المنطقة خلال سبعة أيام بعريضة يقدمها إلى المنفذ العدل أو إلى المحكمة المختصة بالطعن".

⁶ ينظر: سعدون ناجي القشطي، مرجع سابق، ص 444. عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص 60. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 488. آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص 416. عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 853.

التمييز وتصحيح القرار التمييزي، وتشريع نص صريح بذلك في قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ لسد باب الاجتهاد في هذا الموضوع.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

- تصحيح القرار التمييزي طريق استثنائي للطعن بالقرار التمييزي أنفرد به التشريع العراقي عن سائر التشريعات الإجرائية العربية.
- يُقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي بالقرارات التمييزية المصدّقة أو المنقوضة والتي فُصلَ فيها استناداً للمادة/214 مرافعات مدنية الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية أو محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية.
- لا يقبل الطعن بطريق التصحيح من قبل أحد الطرفين في الدعوى إلا مرة واحدة، كما ولا يجوز قبول التصحيح على القرار الصادر بالتصحيح .
- مدة الطعن بطريق التصحيح هي سبعة أيام من اليوم التالي للتبليغ بالقرار التمييزي، وتنتهي في كل الأحوال بمضي ستة أشهر على صدور القرار التمييزي.
- تفصل المحكمة في الطعن إذا استوفى الشروط القانونية وتقرر تصحيح القرار التمييزي المطعون فيه كلاً أو جزئياً بحسب الأحوال.
- لا يوجد نص قانوني بتأخير تنفيذ القرار المطعون فيه بطريق التصحيح، غير أن المستقر قضاءً هو عدم تأخير التنفيذ.

ثانياً: التوصيات

لضمان تحقيق هذا الطريق الاستثنائي في الطعن للغايات المرجوة من تشريعه، نتقدم للمشروع العراقي بالتوصيات التالية:-

- تعديل نص المادة/223 مرافعات مدنية بإضافة فقرة إليه تأخذ الرقم (1)، نقترح لها الصيغة الآتية:
"يُنظر الطعن بتصحيح القرار التمييزي من قبل الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية إذا كان القرار المطعون فيه صادراً عن هيئة من هيئات المحكمة، ويُنظر من الهيئة التمييزية الخاصة في محكمة استئناف المنطقة الاتحادية إذا كان صادراً عن محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية".
- تعديل نص المادة/220 مرافعات مدنية بإضافة فقرة إليها تأخذ الرقم (4)، نقترح لها الصيغة الآتية:
"الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي لا يؤخر تنفيذ القرار المطعون فيه إلا إذا كان متعلقاً بحيازة عقار أو

حق عقاري. وللمحكمة أن توقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حتى الفصل به على ان يودع الطاعن النقود أو المنقول المحكوم به أمانة لدى دائرة التنفيذ، أو أن يقدم كفيلاً مقتدرًا ضامنًا لتسليم المحكوم به عند ردّ طعنه".

• تعديل نص المادة/5 من التعليمات رقم (1) لسنة 2014 (تعليمات تشكيل السلطة القضائية الاتحادية) بإضافة بند إلى الفقرة (أولاً) من المادة يقرأ البند (ب)، ونقترح له الصيغة الآتية: "الهيئة التمييزية الخاصة وتشكل من رئيس أحد محاكم الاستئناف الاتحادية لمحافظة مجاورة وعضوية عضو من محكمة الاستئناف الاتحادية لمحافظة مجاورة أخرى، وعضو من محكمة استئناف المنطقة ليس عضواً في الهيئة التمييزية لهذه المحكمة".

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب القانونية

1. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977.
2. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام قانون المرافعات، ج1، ط3، مطبعة المعارف، بغداد، 1979.
3. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1973.
4. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط1، مكتبة السهوري، بغداد، 2016.
5. عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، بغداد، 1957.
6. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، ج4، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008.
7. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط1، منشورات جامعة جهمان، أربيل-العراق، 2013.
8. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
9. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، بلا تاريخ نشر.
10. مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
11. منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مطبعة العاني، 1957.

ثانياً: القرارات التمييزية

12. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.

ثالثاً: الدوريات

13. مجلة التشريع والقضاء، السنة الثامنة، العدد الثاني، 2016.
14. مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل العراقية، بغداد، العدد الثاني، 2002.
15. مجلة العدالة، العدد الثالث، 2001.
16. مجلة العدالة، العدد الرابع، 2001.

رابعاً: القوانين

17. قانون الكمارك رقم (23) لسنة 1984 المعدل.
18. قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 المعدل.
19. قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.
20. قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
21. قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.
22. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
23. القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

خامساً: المواقع الالكترونية

24. موقع السلطة القضائية الالكتروني www.hjc.iq

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي