

طبيعة المحررات الرسمية الأجنبية تعليق على حكم محكمة التمييز (الدائرة الجزائية) في الطعن رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٨ جزائي "

د. عادل علي المانع

الأستاذ المساعد بقسم القانون الجزائي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تركزت دراسة البحث على حكم محكمة التمييز رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٨ المتعلق ببيان طبيعة التزوير الواقع على المحرر الأجنبي الرسمي وما انتهى إليه من تقرير لمبدأ مهم وهو "رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي واعتباره محرراً عريضاً"، وذلك بعد فترة من الزمن كان فيها الموقف القضائي يرى ببقاء الصفة الرسمية له. ولقد حاولنا معالجة هذا المبدأ من خلال البحث في نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى يتنا فيها أساسه وما يستلزمه من تدخل لموظف عام مختص لإضفاء صفة الرسمية عليه. وأما النقطة الثانية فقد تطرقنا فيها إلى نقد المبدأ من خلال استعراض لموقف محكمة التمييز السابق وما شهدته من تحول مستعنيين بأسانيد مؤيدة ومعارضة مدعومة من الفقه والقضاء، الأمر الذي سمح لنا بتقييم الموقف الحالي.

المقدمة

التعريف بوقائع الحكم

عرض على الدائرة الجزائية بمحكمة التمييز في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٤ أبريل ٢٠٠٩ طعن مقدم من شخص سبق وأن اتهمته النيابة العامة بأنه اشترك مع مجهول بطريقي الاتفاق والمساعدة في تزوير محرر رسمي بقصد استعماله على نحو يوهم بأنه مطابق للحقيقة، وهو شهادة تقديرات ودرجات الفرقة الثانية للعام الدراسي ٢٠٠٥-٢٠٠٦ والصادرة من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة، وذلك بأن اتفق مع مجهول على التزوير بتلك الشهادة بإدخال تغيير عليها من خلال إضافة درجات بالأرقام أمام التقديرات، وساعده بتقديم الشهادة الصحيحة الصادرة من الجهة المذكورة والبيانات المطلوب إضافتها، فقام ذلك المجهول بكتابتها بالمحرر وتمت الجريمة بناء على ذلك الاتفاق وتلك المساعدة، وكان المحرر صالحاً لأن يستخدم على هذا النحو.

وبناء عليه طالبت النيابة العامة بمعاقبة الشريك بالمواد ٢٥٧ و ٢٥٩ / ١ من

قانون الجزاء والمتعلقة بالتزوير في المحررات الرسمية، ومن ثم قضت محكمة الجنايات على المتهم بتقرير الامتناع عن النطق بالعقاب وتقديم تعهد بغير كفالة يلتزم فيه بالمحافظة على حسن السير والسلوك لمدة ستة أشهر وبمصادرة المحرر المزور. وبعد استئناف الحكم من قبل المحكوم عليه، قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف.

طعن الطاعن في حكم الاستئناف بطريق التمييز، فخلصت المحكمة إلى أن إدانة المتهم باعتباره شريكاً في جريمة التزوير في المحررات الرسمية هو خطأ في تطبيق القانون، ذلك أن الواقعة لا تشكل سوى جريمة التزوير في المحررات العرفية مما يقتضي تعديل وصف التهمة إلى اشتراك مع مجهول بطريقي الاتفاق والمساعدة في تزوير في محرر عرفي بقصد استعماله من دون حاجة إلى تنبيه الخصم إلى هذا التعديل.

المبدأ المستنتج من الحكم

إن تعديل وصف التهمة عن التزوير في شهادة تقديرات ودرجات الفرقة الثانية والصادرة من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة من تزوير في محرر رسمي إلى تزوير في محرر عرفي يفيد أن قضاء التمييز قد أقام مبدأ يقرر رفع الصفة الرسمية عن المحررات الأجنبية الرسمية.

ومناطق ذلك المبدأ هو ما ساقه حكم التمييز من أن " الشهادة محل تهمة التزوير المسندة إلى الطاعن والتي صدرت من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية وعليها توقعات الموظفين المختصين بتلك الكلية والتي جرى تغيير الحقيقة فيها بعد صدورها بإضافة بيانات غير صحيحة إليها هي بيانات الدرجات بالأرقام قرين التقديرات التي حصل عليها الطاعن في كل مادة على النحو المار ذكره، لم يؤثر عليها أو يجري اعتمادها أو إقرار ما تضمنته من بيانات من أحد الموظفين العموميين التابعين لدولة الكويت بعد صدورها وتغيير الحقيقة فيها وظلت حتى الآن خلواً من ذلك، ومن ثم فإنها لا تعد من المحررات الرسمية الكويتية التي تتمتع بالحماية التي حباها بها المشرع الكويتي في المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء، بل تعد من المحررات العرفية التي يعاقب على التزوير فيها بموجب المادة ٢٥٨ من القانون ذاته....."، واستطردت المحكمة في معرض وصفها لطبيعة الشهادة الصادرة من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بأنها " تعد محرراً عرفياً وظلت كذلك حتى الآن ما دام لم يؤثر عليها أو يتم اعتمادها أو يتداخل فيها موظف عام كويتي.....ولما كان الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن رغم ذلك بجريمة الاشتراك في تزوير محرر رسمي عملاً

بالمادة ٢٥٩ من قانون الجزاء، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وهو ما يتسع له وجه النعي، ويتعين تمييز الحكم دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن".

أهمية المبدأ وإعلان خطة البحث

تظهر أهمية المبدأ المقرر لرفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي من أنه يتطرق لوضع لم تتم معالجته من قبل المشرع بنصوص جرائم التزوير الواردة بالمواد ٢٥٧، ٢٥٨، و٢٥٩ من قانون الجزاء، فأنهى الحكم بذلك جدلاً فقهيًا وقضائيًا. مما يدفعنا إلى البحث عن حقيقة هذا المبدأ من خلال الإجابة عن مجموعة من التساؤلات: فما هو المعيار اللازم للقول برسمية المحررات؟ وهل هناك اتجاهات فقهية وقضائية تختلف في النظر إلى المحرر الأجنبي الرسمي؟ وما هي أسانيدها؟ وإلى أي حد يمكن قبولها من عدمه؟ وهل يمثل ركون القضاء الجزائي الكويتي إلى أحد تلك الاتجاهات تحولاً جديداً في مسلكه؟.

إن الإجابة عن تلك التساؤلات تقتضي التعرض لمبدأ "رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي" من خلال البحث في نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى تتعلق ببيان أساس هذا المبدأ وهو اعتماد الموظف العام المختص للمحرر لإضفاء الصفة الرسمية عليه - مبحث أول - فنعرض فيه لطبيعة هذا الاعتماد من خلال بيان صفة القائم به وأثره. والنقطة الثانية تتعلق بنقد المبدأ - مبحث ثاني - من خلال بيان حقيقة التحول القضائي والاتجاهات الفقهية والقضائية المؤيدة والمعارضة له وتقييم ما استقر على الحكم، ثم نخلص إلى خاتمة نعرض فيها لنتائج محددة.

المبحث الأول: أساس المبدأ (مناط رسمية المحرر اعتماد الموظف العام المختص)

اعتمد المشرع الكويتي في سياسته المتعلقة بتجريم التزوير في المحررات على عدم تحديد طبيعة المحرر كمحل لتغيير الحقيقة في المادة ٢٥٧ من قانون الجزاء، والتي من شأنها أن تنصرف في بنائها القانوني لجميع المحررات سواء أكانت رسمية أم عرفية أم بنكية، ثم تطرق في نص المادة ٢٥٩ لعقوبة التزوير الوارد على المحرر الرسمي من دون أن يقوم بوضع تعريف محدد لهذا الأخير، الأمر الذي دفع الفقه إلى تعريف المحرر الرسمي بأنه "المحرر الذي يصدر عن موظف عام مختص، سواء أكانت البيانات التي تضمنها تفيد ما تم على يديه من وقائع، أم تشير إلى ما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال"^(١)، كما عرف أيضاً بأنه "المحرر الذي يحرره موظف عام

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط ٤، القاهرة، ١٩٩١، ص ٥١٧.

مختص أو يتدخل ليسبغ عليه الصفة الرسمية وفقاً لما تقضي به الأنظمة واللوائح^(٢). ومن جانبه فقد ذهب القضاء إلى أن مناط رسمية المحررات يرجع إلى أن يكون محررها موظفاً عمومياً مختصاً بمقتضى وظيفته بتحريرها وإعطائها الصفة الرسمية أو بالتداخل فيها أو التأشير عليها وفقاً لما تقضي به القوانين أو اللوائح أو التعليمات التي تصدر إليه من جهته الرئاسية^(٣).

وباستقراء الموقف الفقهي والقضائي من تعريف المحرر الرسمي نستطيع تحديد أن الأصل في اعتبار المحرر محرراً رسمياً أن يتم اعتماده من قبل موظف عام مختص، فالاعتماد هو الإجراء الذي من شأنه أن يعطيه الصفة الرسمية، والذي يستلزم لبيان ماهيته الوقوف على نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى تتعلق بصفة القائم به، والنقطة الثانية بآثره، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط القائم بالاعتماد

يستلزم الفقه والقضاء توافر شرطين أساسيين بمن يظهر اعتماده على المحرر لإضفاء الصفة الرسمية عليه، الشرط الأول: أن يكون موظفاً عاماً. والشرط الثاني: أن يكون مختصاً. ولا يلزم لتحقيق هذين الشرطين أن يصدر المحرر من الموظف العام

(٢) أحمد لطفي السيد مرعي، جرائم التزوير في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، ص ٧، <http://faculty.Ksu.edu.sa/ahmedmarie/Pages>. راجع في تعريف المحرر الرسمي: عبدالحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنياً وجنائياً في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٦١.

(٣) حكم تمييز كويتي جزائي رقم ١٥٤ / ١٩٨٦، الصادر بتاريخ ٩ فبراير ١٩٨٧. تمييز كويتي جزائي رقم ٥١٢ / ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٤ سبتمبر ٢٠٠٩.

(٤) قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "لا يشترط في جريمة التزوير في المحررات المعاقب عليها بالفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء التي عوقب الطاعن بمقتضاها أن يكون التزوير في الورقة التي صدر من الموظف المكلف بتحريرها، بل يكفي لتحقيق الجريمة أن يقع التزوير في المحرر الرسمي ولو قام به أحد الناس". تمييز كويتي رقم ٤١ لسنة ١٩٩٦ الصادر بتاريخ بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٩٦. كما قضت محكمة التمييز أيضاً بأن "اصطناع الطاعن للتقرير الطبي على نموذج خاص بمستشفى..... والتوقيع عليه بإمضاء منسوب زوراً إلى طبيب مختص بالمستشفى ووضع بصمة خاتم المستشفى عليه قد خلع عليه شكل ومظهر المحرر الرسمي الصحيح بحيث ينخدع به الشخص العادي وترتب على ذلك مساءلة الطاعن عن جريمة التزوير في محرر رسمي فإنه يكون قد اقترن بالصواب ويكون النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون في غير محله". تمييز كويتي رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٠. راجع في نفس السياق أيضاً تمييز كويتي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٧ الصادر بتاريخ ١٢ أغسطس ١٩٨٧، ورقم ٨٨ لسنة ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، سنة ١٩٩٦، ص ٢١٦.

المختص، بل يكفي أن يتم نسبته إليه إذا ما أصدره أحاد الناس^(٤). فما يلزم إذاً هو ظهور اعتماد الموظف العام المختص. ولنا في بيان كل شرط تفصيل على النحو التالي :

أولاً : شرط الموظف العام

يشترط لاعتبار المحرر رسمياً أن يظهر عليه تدخل موظف عام، والذي يمكن تعريفه بأنه كل شخص يعهد إليه بنصيب من السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية لأداء عمل ما، سواء أكان تابعاً لها، أم كان موظفاً بمصلحة عامة تابعة لإحداها^(٥). فالعلاقة قائمة بين فكرتي المحرر الرسمي والموظف العام ومناطق ذلك أن المحرر الرسمي يعبر عن إرادة الدول بمؤسساتها، وأن الموظف العام، هو الشخص المخول بالتعبير عن تلك الإرادة، مع التأكيد على أن ظهور تلك العلاقة لا يعني بالضرورة أن يتدخل الموظف العام بنفسه على المحرر ليكون محرراً رسمياً، بل من الممكن أن ينسب له زوراً^(٦).

وعلى ذلك، فإذا كان من شأن كل من يعمل في مؤسسات الدولة أن يتمتع بصفة الموظف العام، فإن صفة من يقوم بالعمل أصلاً خارج تلك المؤسسات تبدو غامضة فيما لو تدخل بالتعبير عن إرادة الدولة من خلال قيامه بعمل ما داخل مؤسساتها، وهذا هو شأن المكلف بخدمة عامة^(٧)، فهل يتمتع بصفة الموظف العام فيضفي تدخله الصفة الرسمية على المحرر أم لا ؟. للإجابة عن ذلك يلزم بيان أن المشرع الكويتي لم يتطرق في معرض النص على جريمة التزوير في المحررات إلى تعريف محدد للمقصود بالموظف العام، فقد اكتفى بأن جعل تلك الصفة من الأسباب المشددة للعقوبة والتي من شأنها أن تصل بعقوبة التزوير إلى سبع سنوات متى ما صدر

(٥) عزت عبدالقادر، جرائم التزيف والتزوير، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٩٦، ص ١١٥.

(٦) عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١١٩٦ في جلسة ٢٥ إبريل ١٩٣٢ سنة ٣ ق. راجع في ذلك : عزت عبدالقادر، جرائم التزوير في المحررات، ط١، الدار البيضاء للطباعة، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٥.

(٧) يعرف المكلف بخدمة عامة بأنه : " كل شخص لا يعد موظفاً عمومياً متى كلف بأداء عمل من الأعمال العامة بصورة مؤقتة أو عارضة لحساب الدولة أو شخص معنوي عام، وكان التكليف صادراً ممن يملكه. راجع في ذلك : سمير الشناوي، شرح قانون الجزاء الكويتي (الرشوة والجرائم الملحق بها) - الجرائم الواقعة على النفس - الجرائم الواقعة على العرض، ط١، كلية الشرطة، الكويت، ١٩٨٥، ص ٢١.

الفعل من الغير ونسب إلى موظف عام، أو إلى عشر سنوات متى ما صدر الفعل من الموظف العام نفسه على نحو ما جاء بنص المادة ٢٥٩ بفقرتيها الأولى والثانية^(٨)، وعليه يترتب بقاء الوضع غامضاً بالنسبة للمكلف بخدمة عامة في مدى قبول اعتباره موظفاً عاماً من عدمه.

ولإزالة الغموض عن وضع المكلف بخدمة عامة يلزمنا ابتداءً ببيان نقطتين، النقطة الأولى: أن السياسة التي انتهجها المشرع الكويتي في التعامل مع صفة الموظف العام في جريمة التزوير في المحررات الرسمية لم تكن تلك التي انتهجها في جرائم أخرى، ونعني بذلك جريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها وجريمة اختلاس الأموال الأميرية وجرائم الاعتداء على الأموال العامة، تلك الجرائم التي تضمنت مفهوماً موسعاً للموظف العام ضم طوائف متعددة كان من ضمنها المكلف بخدمة عامة، بيد أن مفهوم الموظف العام قد اقتصر على معناه الضيق كما هو محدد في القانون الإداري في جريمة التزوير في المحررات الرسمية لخلو نص هذه الجريمة من معنى خاص له، الأمر الذي تطلب استبعاد المكلف بخدمة عامة من اعتباره موظفاً عاماً^(٩)، مما يفيد بأن اعتبار هذا الأخير موظفاً عاماً من عدمه مسألة لا يحكم فيها إلى قواعد القانون الجنائي. والنقطة الثانية: أن خلو نصوص جرائم التزوير في المحررات من النص على اعتبار المكلف بخدمة عامة موظفاً عاماً مسألة من شأنها أن تركت الباب مفتوحاً أمام التجاذب القضائي والفقهني في اعتباره موظفاً عاماً من عدمه. وحقيقة الأمر أن هناك اتجاهاً قضائياً وآخر فقهيّاً حول مسألة قبول الاعتراف

(٨) تنص المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء على أنه: "إذا ارتكب التزوير في محرر رسمي أو في ورقة من أوراق البنوك كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز خمسمائة وخمسة وعشرين ديناراً".

(٩) جاء اعتبار المكلف بخدمة عامة موظفاً عاماً بصورة حكمية في الفقرة (د) من نص المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ بخصوص جريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها، فنصت المادة على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق نصوص هذا الفصل: - د- كل شخص مكلف بخدمة عامة". كما جاءت بنفس السياق المادة ٥١ من نفس القانون والمتعلقة باختلاس الأموال الأميرية والتي تنص على أنه: "يعد في حكم الموظف العام، في تطبيق أحكام هذا الفصل، الأشخاص المشار إليهم في المادة ٤٣ من هذا القانون"، كما جاءت بنفس السياق أيضاً المادة الثالثة من قانون حماية الأموال العامة والتي نصت على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا القانون الأشخاص المنصوص عليهم في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ م المشار إليه".

من عدمه للمكلف بخدمة عامة بصفة الموظف العام. أما الاتجاه القضائي - وهو ما سارت عليه محكمة التمييز الكويتية وسبققتها إليه محكمة النقض المصرية^(١٠) - فيذهب إلى اقتصار صفة الموظف العام على من تتحقق فيه شروط الموظف العام وفقاً للمعنى الخاص بالقانون الإداري، والتي تتطلب أن يعمل الشخص بصفة دائمة في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة تدار بطريقة الإدارة المباشرة بعد أن عهد له بنصيب من السلطة، مما يستبعد المكلف بخدمة عامة من عداد الموظفين العموميين، وحجة ذلك مرده إلى نقطتين، النقطة الأولى: أن المشرع لو أراد للمكلف بخدمة عامة أن يتمتع بصفة الموظف العام في جريمة التزوير لنص عليه صراحةً على غرار ما أراده له في جرائم أخرى كجريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها وفقاً لنص المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠، وجريمة اختلاس الأموال الأميرية وفقاً لنص المادة ٥١ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠، وجريمة الاعتداء على الأموال العامة بالاختلاس أو بالاستيلاء وفقاً لنص المادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٣.

والنقطة الثانية: أن اكتفاء نص المادة ٢٥٩ المتعلقة بتحديد عقوبة جريمة التزوير في المحررات الرسمية بذكر الموظف العام فقط من دون تحديد له يقتضي البحث عن معناه في القانون الإداري؛ لأنه القانون الذي سيق وأن أعطى تحديداً له بشكل عام، وأنه من غير الصحيح أن يتم اللجوء إلى قانون آخر كالقانون المدني الذي وإن عرف الورقة الرسمية في المادة الثامنة منه بأنها الورقة التي يتدخل باعتمادها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، إلا أن هذا النص جاء في موضع خاص يتعلق بإثبات الورقة الرسمية، مما لا يجيز تعميم ما ورد فيه على مفهوم الموظف العام^(١١)، خصوصاً

(١٠) راجع في ذلك: تمييز كويتي رقم ١٧١ لسنة ١٩٨٣ الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٨٢. تمييز كويتي رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢ الصادر بتاريخ ٥ يوليو ١٩٨٢. وراجع موقف محكمة النقض المصرية: محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط٤، ٢٠٠٣، ص ص ٥٣٣ - ٥٣٤. رءوف عبيد، جرائم التزيف والتزوير، ط٤، مطبعة الاستقلال الكبرى، ١٩٨٤، ص ١٤٧ وما بعدها. انظر أيضاً: جرائم التزيف والتزوير، عزت عبدالقادر، مرجع سابق، ص ١١٥.

(١١) تنص المادة الثامنة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ على أنه: "الأوراق الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما نم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، فإذا لم تكسب هذه الأوراق صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة الأوراق العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم".

وأنه - وعلى حد تعبير محكمة التمييز - " لا شأن للنص المذكور بأركان جريمة التزوير في المحرر الرسمي التي يستقل قانون الجزاء ببيانها وإيضاح مقوماتها^(١٢) ". وفي مقابل الاتجاه القضائي، كان هناك اتجاه فقهي - وهو ما نميل إليه - يرى سلامة اعتبار المكلف بخدمة عامة موظفاً عاماً في جريمة التزوير في المحررات الرسمية، على أساس أن الاستناد إلى تعريف الورقة الرسمية على النحو الوارد في نصوص القانون المدني في مسائل الإثبات أولى من الاستناد إلى تعريف الموظف العام في القانون الإداري، فالورقة تعتبر رسمية في القانون المدني عند اعتمادها من قبل موظف عام أو من قبل مكلف بخدمة عامة، وحجة هذا الاتجاه ترتكز على نقاط أربع :

النقطة الأولى: أنه من غير المقبول أن يتم النظر إلى مفهوم الموظف العام منفصلاً عن مفهوم الورقة الرسمية في جريمة التزوير في المحررات الرسمية، فالربط بينهما منطقي وتكاملي لتحقيق الغاية التشريعية من النص التجريمي وإن لم يصرح المشرع الجنائي بذلك، وعليه يجب أن يعامل المكلف بخدمة عامة معاملة الموظف العام لاشتراكهما في مزاولة السلطة بأداة مشروعة صادرة عنها^(١٣)، ولذلك فإن التعويل على مفهوم الموظف العام في القانون الإداري من شأنه أن يغيب هذا الربط.

والنقطة الثانية: أن عدم تحديد المشرع الجنائي لموقفه قبل المكلف بخدمة عامة في جريمة التزوير في المحررات الرسمية يجعلنا في خيار بين مفهومين، الأول: يتعلق بمفهوم الموظف العام في القانون الإداري، والذي يخرج المكلف بالخدمة العامة من عداد الموظفين العموميين. والثاني: يتعلق بمفهوم الورقة الرسمية في القانون المدني، والذي يشير بشكل صريح إلى اعتبار الورقة رسميةً عندما يتدخل المكلف بخدمة عامة عليها بالاعتماد. وأمام هذين الخيارين المتناقضين كانت دواعي المحافظة على النظام القانوني للدولة تتطلب المحافظة على وحدة التعريفات القانونية^(١٤)، فليس من المقبول أن يتم اعتبار الورقة التي يعتمد عليها المكلف بخدمة عامة ورقةً رسميةً في القانون المدني، بينما تعتبر ورقةً عرفيةً في القانون الجنائي^(١٥).

(١٢) تمييز كويتي رقم ١٧١ لسنة ١٩٨٣ الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٨٢، انظر في ذلك:

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يناير سنة ١٩٩٤، ص ١٣٤.

(١٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(١٤) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥١٨.

(١٥) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

والنقطة الثالثة: إن القول برفض اللجوء إلى نص تعريف الورقة الرسمية في القانون المدني بسبب وروده في موضع خاص يتعلق بقواعد الإثبات مردود عليه بأن النص قد جاء بشكل مطلق وعام في مقدمة نصوص قواعد الإثبات قبل الخوض في مدى حجية بيانات المحرر الرسمي التي تطرقت لها نصوص تالية^(١٦).

والنقطة الرابعة: إن قيام المشرع الجنائي بالنص صراحة على المكلف بخدمة عامة إلى جانب الموظف العام في جرائم الرشوة أو اختلاس الأموال الأميرية أو الاعتداء على الأموال العامة بالاختلاس أو بالاستيلاء كان له ما يبرره استناداً إلى أن هذه الجرائم لا تقع - من حيث الأصل - إلا من الموظفين العموميين، فإذا أراد المشرع أن تقع من غيرهم كان عليه أن يحدد ذلك الغير باعتباره أمراً ذا طابع استثنائي^(١٧)، أما جريمة التزوير في المحررات الرسمية فمن شأنها أن تقع من الموظف العام أو من غيره.

وتعقيباً على ما سبق، يظهر لنا وجهة الاتجاه الفقهي وما استند عليه من حجج والرامي إلى إضفاء الصفة الرسمية على الورقة بتدخل المكلف بخدمة عامة عليها بالاعتماد، ويمكن لنا أن نضيف إلى حججه ما يلي، أولاً: أن المشرع الجنائي وهو في معرض النص على جريمة التزوير في المحررات الرسمية لم يعط تعريفاً محدداً للموظف العام أو للورقة الرسمية، مما يبقي أمر المكلف بخدمة عامة مرهوناً بالأخذ بأي من التعريفين، مما يدعو للقول بأن اللجوء إلى تعريف الورقة الرسمية المحدد بالقانون المدني أدعى من الأخذ بتعريف الموظف العام بالقانون الإداري؛ نظراً لأنه يحمل خصوصية محددة تقتضي تقديمه على غيره من التعريفات، بالإضافة إلى أن الأخذ به من شأنه أن يتلاءم ومراد السياسة التجريبية للمشرع، ويتلاقى مع العلة التجريبية التي أرادت أن تجرم التزوير في المحررات الرسمية متى ما ظهر على المحرر اعتماد شخص منحه السلطة نصيباً منها للتعبير عن إرادتها.

وثانياً: إن قول محكمة التمييز باستبعاد الاستناد إلى تعريف الورقة الرسمية في القانون المدني والمحدد بنص المادة الثامنة نظراً لأنه لا شأن له بأركان جريمة التزوير في المحررات الرسمية التي يستقل قانون الجزاء ببيانها قول تعوزه الدقة، ذلك أن الحديث عن الورقة الرسمية مسألة أولية تمثل شرطاً مفترضاً لجريمة التزوير في

(١٦) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥١٨.

(١٧) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

المحررات الرسمية، ومن المعلوم أن جميع المسائل الأولية لا تجد توصيفاً أو تحديداً لها في القانون الجنائي، إنما أمر بيانها يرجع إلى قوانين أخرى كما هو في حالة الرجوع إلى القانون المدني لتحديد أحوال انتقال الملكية من عدمها للقول بارتكاب جريمة السرقة، أو إلى قانون الأحوال الشخصية لتحديد ما إذا كان عقد الزواج صحيحاً للقول بارتكاب جريمة زنا الزوج أو زنا الزوجة، وعليه فلا حرج أن يتم الرجوع إلى نص المادة الثامنة لتحديد عناصر الورقة الرسمية باعتبارها شرطاً مفترضاً لازماً للقول بارتكاب جريمة التزوير في المحررات الرسمية.

ثانياً: شرط الاختصاص

يلزم لإضفاء الصفة الرسمية على المحرر أن يكون الموظف العام الذي ظهر اعتماده على المحرر مختصاً، ويتحدد الاختصاص الحقيقي من مصادر مختلفة منها: القوانين واللوائح والأوامر الصادرة من الرؤساء سواء أكانت مكتوبة أم شفوية، أو من ظروف إنشائه كمن كان في وضع الموظف الفعلي، ولقد عبرت محكمة التمييز عن ذلك بقضائها أن: "هذا الاختصاص لا يستمد من القوانين واللوائح فحسب بل يستمد كذلك من ظروف إنشاء المحرر أو من جهة صدوره أو بالنظر إلى البيانات التي تدرج به ولزوم تدخل الموظف لإثباتها أو إقرارها...."^(١٨).

وإلى جانب أن يكون الموظف العام مختصاً اختصاصاً حقيقياً، فمن الثابت أن يحتفظ المحرر برسميته على الرغم من صدوره أو نسبته إلى موظف عام غير مختص وذلك في حال إذا ما كان عدم اختصاص الموظف العام غير ظاهر، ويرجع سبب ذلك إلى أن بطلان المحرر لغياب شرط الاختصاص لم يمنعه من أن يفوت على الشخص المعتاد ويعول عليه، وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقضائها أنه: "لما كان الحكم قد أدان الطاعن بتزوير الشهادة الصادرة من وزارة التعليم العالي لمن يهمله الأمر.... وشهادة الملحق الثقافي بواشنطن..... بصحة ورسمية شهادة البكالوريوس،

(١٨) تمييز كويتي رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٤ ابريل ٢٠٠٩. وكانت محكمة النقض المصرية قد أكدت "أن الموظف لا يستمد اختصاصه بتحرير الورقة الرسمية من القوانين واللوائح فحسب، بل يستمد كذلك من أوامر رؤسائه فيما لهم أن يكلفوه فيه أو من طلبات الجهات الرسمية الأخرى التي تستلزم ممارسة اختصاصه الوظيفي تحقيقاً لهذه الطلبات "نقض مصري، طعن رقم ٦١٥ سنة ٣٨ ق جلسة ٦ مايو ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٣٦. راجع في ذلك: فرج علواني هليل، جرائم التزيف والتزوير، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٢١. عزت عبدالقادر، جرائم التزوير في المحررات، مرجع سابق، ص ٤٨.

والتي لا يناع الطاعن في تحرير كل منهما بمعرفة الموظف العام المختص بذلك، فإن نعيه بعدم اختصاص شاهد الإثبات ووكيل وزارة التعليم العالي بتقرير معادلة الشهادات الأجنبية، وبعدم أحقية وزارة التعليم العالي في سحب اعترافها بحصوله على شهادة البكالوريوس - بفرض صحته - ليس من شأنه أن يحول دون مساءلته عن جريمة التزوير في المحررين المار بينهما والتي أثبتتها الحكم في حقه، ويكون ما يثيره في هذا الصدد غير منتج^(١٩). وفي المقابل، إذا كان عدم اختصاص الموظف العام ظاهراً فإن المحرر يفقد رسميته بسبب بطلانه الظاهر الذي لا يمكن أن يفوت أو يعول عليه الشخص المعتاد، ولذلك قضي بعدم وقوع جريمة التزوير في المحرر الرسمي واعتبار الأمر متعلقاً بالتزوير في المحرر العرفي إذا كان المحرر المزور إشارة تلفونية منسوباً صدرها إلى موظف عام تتضمن سؤالاً عن سبب تخلف المتهم عن الاشتراك في الانتخابات^(٢٠).

المطلب الثاني : أثر الاعتماد

يقضي الأصل العام بأن جميع الأوراق التي يظهر عليها اعتماد الموظف العام المختص تعتبر أوراقاً رسمية سواء أكان هو الذي أنشأها ابتداءً أم تدخل عليها بالاعتماد بعد نشأتها^(٢١)، الأمر الذي يفتح المجال أمام مسألة تحول تلك الأوراق بعد اعتمادها إلى أوراق رسمية مزورة، والتي تستلزم التمييز بين وضعين، الوضع الأول: يتعلق بالأوراق التي يظهر عليها اعتماد الموظف العام المختص ابتداءً سواء أكان هو الذي أنشأها أم نسبت إليه، والتي لا تثير صعوبة في القول بأنها إن ظهرت عليها الحقيقة مخالفةً للحقيقة المطلقة التي يجب أن تعبر عنها الورقة الرسمية كانت الورقة الرسمية مزورة. أما الوضع الثاني - وهو محل الدراسة - فيتعلق بالأوراق التي ينشئها الغير على نحو مخالف للحقيقة ابتداءً ثم يتدخل عليها الموظف العام المختص

(١٩) تمييز كويتي رقم ٦٥٦ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠٠٥.

(٢٠) نقض مصري صادر في ٢٥ أبريل ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ٣٤٤، ص ٥٢٥.

(٢١) قضت محكمة التمييز بوقوع جريمة التزوير في أوراق رسمية ممن تقدم إلى إدارة المرور بطلب نقل ملكية سيارة مملوكة للغير بعد أن وقع زوراً على الطلب باسم صاحب السيارة بعدما اعتمد موظف المرور هذا الطلب. تمييز كويتي، ٤ يونيو ١٩٩٠، طعن رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٠، مجلة القضاء والقانون، السنة التاسعة عشر، يوليو، ١٩٩٦، ص ٣٥٩. راجع في ذلك: فيصل الكندري - غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم الخاص، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ١١٩.

بالاعتماد، ونقص ذلك وضع كل من الورقة العرفية المزورة وورقة الإقرار الفردي الكاذب غير المعاقب عليه، فهل تتحول تلك الأوراق إلى أوراق رسمية مزورة بمجرد اعتمادها؟ إن الإجابة عن ذلك تقتضي التمييز بين شكلين من أشكال الاعتماد: اعتماد إدلاء البيانات واعتماد صحتها، ولكل منهما أثر مختلف على قيام جريمة التزوير في المحررات الرسمية من عدمه على نحو ما سنعرضه.

أولاً: أثر اعتماد إدلاء البيانات

يقصد باعتماد إدلاء البيانات أن يقوم الموظف العام بمجرد إثبات ما أدلى به مقدم الورقة على مسؤولية هذا الأخير، على أساس أنه غير مكلف بالتحقق من هذه البيانات، ومثال ذلك أن يقوم موظف الاستقبال باعتماد استلامه للمستندات المقدمة من صاحب الحاجة تمهيداً لتسليمها إلى الموظف المختص باعتماد صحتها، والحال نفسه عندما يثبت الموثق في عقد الطلاق بلسان المطلق في إشهار الطلاق بأنه لم يدخل بزوجته^(٢٢).

والقاعدة في هذا الشكل من الاعتماد هي عدم قيام جريمة التزوير في المحررات الرسمية، ويرجع ذلك إلى انتفاء احتمالية الضرر كعنصر لازم لقيام الركن المادي في جريمة التزوير في المحررات الرسمية، فليس من المتصور أن يترتب أثراً ما من شأنه أن يضر بالمصلحة العامة على اعتماد لم يتم من ورائه فحص البيانات أو التحقق من صحتها.

ثانياً: أثر اعتماد صحة البيانات

يقصد باعتماد صحة البيانات أن يقوم الموظف بإثبات صحة ما تقدم به مقدم الورقة من بيانات تمهيداً لترتيب أثرها الذي قدمت من أجله، فإن تبين أنها بيانات كاذبة، كان من شأن مقدمها أن يرتب بفعله احتمالية ضرر بالمصلحة العامة، ومن ثم تقوم بحقه جريمة التزوير في المحررات الرسمية. ولكن هل يلزم لاعتماد صحة البيانات أن يقوم الموظف المختص بفحص البيانات والتحقق منها؟ للإجابة عن ذلك يلزم التمييز بين نوعين من البيانات: بيانات لا يستطيع الموظف فحصها والتحقق من صحتها، وأخرى يستطيع فحصها والتحقق من صحتها.

(٢٢) نقض مصري ٢٨ إبريل سنة ١٩٥٩. مجموعة الأحكام س ١٠ رقم ١١٢ ص ٥١٢. راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، ط ٤، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٦٣.

أما البيانات التي لا يستطيع الموظف العام فحصها أو التحقق من صحتها، فهي تلك التي تحمل أهمية اجتماعية من ناحية، وتتصل بالغير من ناحية أخرى، ويتعذر عملاً على الموظف العام مراجعتها، فيكون مركز مقدمها أقرب إلى مركز الشاهد الذي يفترض فيه التزام الصدق، فإن حاد عن ذلك، واعتمدها الموظف العام، كان التزوير في المحرر الرسمي قائماً^(٢٣). ولقد عبرت عن ذلك محكمة التمييز بقولها: "إن الإقرار المتضمن ذلك البيان لا يعد الكذب فيه تغييراً للحقيقة في مدلول جريمة التزوير، إلا إذا كان المحرر رسمياً وكان مركز المقر فيه كمركز الشاهد، لأن الحقيقة المراد إثباتها في ذلك المحرر الرسمي لا يمكن إثباتها فيه على وجهها الصحيح إلا عن طريق ذلك المقر^(٢٤)"، ومن أمثلة ذلك ما يثبت المأذون الشرعي في عقد الزواج من بيانات متعلقة بخلو طرفي العقد من الموانع الشرعية، أو الطلبات التي يتقدم بها صاحب الشأن للحصول على المنحة الأميرية التي قررتها الدولة لمن بقي من الكويتيين داخل البلاد في أثناء الغزو العراقي^(٢٥).

أما البيانات التي يستطيع الموظف العام فحصها والتحقق من صحتها، فالأصل فيها أن اعتماده من شأنه أن يقيم جريمة التزوير في المحررات الرسمية، سواء اعتمدها الموظف العام بسوء نية أو بحسن نية، فإن كان سيئ النية اعتبر مسؤولاً باعتباره فاعلاً أصلياً ومقدم المحرر شريكاً معه بالمساعدة، وإن كان حسن النية انتفت مسؤوليته وأقيمت مسؤولية مقدم الإقرار باعتباره هو الفاعل الأصلي^(٢٦). وفي ذلك قضت محكمة التمييز بأنه: "من المقرر أنه إذا كان دور الموظف العام لا يقتصر

(٢٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥١٢.
(٢٤) تمييز كويتي، ٤ ديسمبر ١٩٨٩، طعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٩ جزائي، مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة التمييز، يونيو ١٩٩٦، ص ٢١٦. تمييز كويتي، ٢٠ سبتمبر ٢٠٠٥، طعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٥ جزائي.

(٢٥) فيصل الكندري، المشكلات القانونية التي تثيرها واقعة تسلم المنحة الأميرية دون وجه حق، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، مارس، ١٩٩٥، ص

(٢٦) من الممكن أن يكون مقدم المحرر فاعلاً أصلياً إذا ما كان فعل المساعدة قائماً أثناء اعتماد الموظف العام للمحرر على أساس تواجده على مسرح الجريمة، أو كان فاعلاً معنوياً كان قد استغل شخصاً حسن النية أو غير أهل للمسؤولية الجنائية، وهاتان من حالات الفاعل الأصلي الواردة بنص المادة ٤٧ من قانون الجزاء بالفقرتين الثانية والثالثة والتي تقرر بأنه: "يعد فاعلاً أصلياً: ثانياً: من تصدر منه أفعال مساعدة أثناء ارتكاب الجريمة..... ثالثاً: من يحرض على ارتكاب الجريمة شخصاً غير أهل للمسؤولية الجنائية أو شخصاً حسن النية".

على تلقي ما يدلي به المقر من بيانات بل يتعدى ذلك إلى اعتمادها مما يجعل للمحرر قوة في الإثبات، فإن تغيير الحقيقة في تلك البيانات يعتبر تزويراً معاقباً عليه^(٢٧)، كما قضت بأنه: "ليس بلازم لاعتبار التزوير واقعاً في محرر رسمي أن يكون هذا المحرر قد صدر من موظف عام في أول الأمر، إذ قد يكون عرفياً في أول الأمر ثم ينقلب إلى محرر رسمي بعد ذلك إذا تدخل عليه موظف عمومي في حدود وظيفته، ففي هذه الحالة يعتبر واقعاً في محرر رسمي بمجرد أن يكتسب المحرر الرسمية بتدخل الموظف، وتنسحب رسميته على ما سبق من إجراءات وما دون فيه من بيانات قبل تقديمها إلى الموظف أو الموظفين العموميين، إذ العبرة بما يؤول إليه المحرر لا بما كان عليه أول الأمر^(٢٨)".

بيد أن الوضع يختلف فيما لو أهمل الموظف العام فاعتمد البيانات الكاذبة المقدمة له على الرغم من قدرته على فحصها والتحقق من صحتها، فقد أجمع الفقه والقضاء على أن مغبة التقصير هنا تقع على عاتق من أولاه القانون تمحيص البيانات ومراجعتها، خصوصاً وأن أثر اعتماد البيان الكاذب ما كان ليقع لولا إهمال الموظف^(٢٩)، ولقد عبرت عن محكمة التمييز بقولها أنه: "لما كان في صورة الدعوى المطروحة قد اقتصر الأمر من جانب المطعون ضده على تقديم طلب لاستخراج رخصة بناء بصفته وكيلًا عن المالك، وكان الثابت مما أورده الحكم أنه يتعين على الموظف المختص وفقاً للنظام الإداري المتبع إذا قدم له طلب على هذا النحو أن يطالب مقدمه بما يدل على صدور توكيل رسمي له من مالك العقار للتثبت والتحقق من صفته، لما كان ذلك فإن ما صدر من المطعون ضده وهو يخضع في تحري صحتة إلى الجهة المختصة يعد إقراراً فردياً خرج عن ذلك التأثيم ولا يغير من ذلك تقاعس الموظف المختص عن القيام بما توجبه عليه وظيفته من مراجعة الطلب المقدم من المطعون ضده للتحقق والتثبت من مطابقة صفة مقدم الطلب، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون بمنأى عن الخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه في غير محله، مما يتعين معه رفض الطعن موضوعاً^(٣٠)".

(٢٧) تمييز كويتي، ٢٢ يونيو ١٩٨٥، طعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يناير، ١٩٩٤، ص ١٣٤.

(٢٨) تمييز كويتي، ٤ يوليو ١٩٨٨، طعن رقم ١٣٠ لسنة ١٩٨٨.

(٢٩) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٢٥٤. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥١١.

(٣٠) تمييز كويتي، ١٧ فبراير ١٩٨٦، طعن رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيو ١٩٩٦، ص ٢٢٣.

المبحث الثاني : نقد المبدأ

إذا كان أساس المبدأ يقتضي أن يظهر اعتماد موظف عام مختص على المحرر لاعتباره محرراً رسمياً، فإن غياب شرط الموظف العام أو شرط الاختصاص من شأنه أن ينزع صفة الرسمية عنه، مما يبقيه محرراً عرفياً، وبإسقاط ذلك على المحرر الأجنبي - وهو ما يعيننا بالدراسة - نجد أن النظر إليه باعتباره محرراً رسمياً أو عرفياً مسألة تختلف وطبيعة النظر إلى طبيعة الموظف العام الأجنبي، ذلك أن قبول اعتباره في حكم الموظف العام الوطني من شأنه أن يجعل من المحرر الأجنبي محرراً رسمياً، وأن عدم اعتباره كذلك من شأنه أن يبقى المحرر الأجنبي محرراً عرفياً.

ومن جانبها فقد أكدت محكمة التمييز في حكمها - محل الدراسة - أن المحرر الرسمي الأجنبي لا يعدو أن يكون سوى محرر عرفي، مؤكدة أن الصفة الرسمية لا تصبغ على المحررات إلا إذا ظهر عليها اعتماد موظف عام مختص يتبع السلطة الوطنية، ولا شك أن قطع الرأي بسلامة ما ذهبت إليه المحكمة يقتضي الوقوف على ثلاث نقاط أساسية، النقطة الأولى: تتعلق بالتحول في الموقف القضائي في حكم محكمة التمييز - محل الدراسة - والنقطة الثانية: تتعلق باستعراض الاتجاهات الفقهية والقضائية المؤيدة والمعارضة له. والنقطة الثالثة: تتعلق بتقييمه على ضوء ما ساقه الفقه والقضاء المقارن من أسانيد في اتجاهاتهم المختلفة، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تحول الموقف القضائي

إن غياب الدور التشريعي في حسم طبيعة المحرر الرسمي الأجنبي باعتباره محرراً رسمياً أو عرفياً ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد القضائي، الأمر الذي عزز من أن يشهد الموقف القضائي تحولاً مهماً، ذلك أن محكمة التمييز كانت تنظر إلى المحرر الرسمي الأجنبي على أنه محرر رسمي شأنه في ذلك شأن المحررات الرسمية الوطنية، وهذا ما أكدته في حكم سابق لها صدر بجلستها المنعقدة في ٢١ يناير ١٩٨٠ بالطعن بالتمييز رقم ١٧٣ / ١٩٧٩ جزائي حينما اعتبرت أن التزوير في جواز السفر العراقي ما هو إلا تزوير في محرر يعتبر في حكم المحررات الرسمية المعاقب عليها بالمادة ٢٥٩ من قانون الجزاء، وقضت بأن: "الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون فلا يعيبه عدم الرد على دفاع قانوني بعيد عن محجة الصواب".

ولم تشأ محكمة التمييز أن تستمر هذه النظرة إلى المحررات الرسمية الأجنبية، فتحول الموقف والمبدأ، واعتبرت المحرر الرسمي الأجنبي محرراً عرفياً على نحو ما

أكدته في حكمها - محل الدراسة - فقضت بأنه: "... ومن ثم فإن المحررات الأجنبية التي تصدرها سلطات دولة أخرى ولو كانت تعد رسمية طبقاً لقوانين البلاد التي صدرت أو كان من المفروض صدورها فيها، فهي لا تعد محررات رسمية كويتية ما دام أنها لم يؤشر عليها أو يعتمدها موظف عمومي كويتي مختص، وإنما تعد من قبيل المحررات العرفية". وأمام هذين الموقفين المتناقضين - السابق واللاحق لمحكمة التمييز - نجد أن ترجيح أحدهما على الآخر مسألة مبكرة، ذلك أن لكل موقف منهما حجج تدعمه من الفقه والقضاء سنحاول بينها تباعاً.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية والقضائية المقارنة

إن التوجه القضائي باعتبار المحررات الأجنبية الرسمية محررات عرفية من المسائل التي لم تجد حسماً فقهياً وقضائياً بالقانون المقارن، فهي بين اتجاهين جاذب وطارء، ولكل منهما حججه وأسانيده التي تبرره، فهناك من يرى بالإبقاء على الصفة الرسمية للمحررات الأجنبية الرسمية، وفي المقابل هناك من يرى بأن المحررات الرسمية الأجنبية تعتبر محررات عرفية، وسعيًا منا نحو الوقوف على مجمل القول في ذلك كان لنا أن نعرض لنقطتين أساسيتين، النقطة الأولى: تتعلق بموقف الاتجاه المؤيد لبقاء الصفة الرسمية للمحرر الرسمي الأجنبي. والنقطة الثانية: تتعلق بموقف الاتجاه المعارض لبقاء الصفة الرسمية للمحرر الرسمي الأجنبي.

أولاً- الاتجاه المؤيد لبقاء الصفة الرسمية للمحرر الرسمي الأجنبي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلة في الإبقاء على الصفة الرسمية للمحررات الأجنبية الرسمية مرده إلى المصلحة المعتبرة عليها عند القيام بتغيير الحقيقة في المحررات، وهي الثقة العامة التي من شأنها أن تظهر عليها من خلال طبيعة الجهة الإدارية التي اعتمدت تلك المحررات^(٣١)، بمعنى أنه متى ما أعطي المحرر الرسمي الأجنبي قيمة أو ثقة تعادل قيمة أو ثقة المحرر الرسمي الوطني فيجب أن يأخذ حكمه^(٣٢)، ذلك أن خطورة الآثار التي تترتب على التعامل مع المحرر الرسمي الأجنبي من شأنها أن تجعله في مصاف المحرر الرسمي الوطني^(٣٣)، فعلى سبيل المثال نجد أن الشهادة الجامعية الرسمية الأجنبية تعادل في

(٣١) Jean PRADEL, droit pénal spécial, 3édition, CUJAS, 2004, p 797. Patrice GATTENGO, droit pénal spécial, 7édition, COURS, p 404. Michel VERON, droit pénal spécial, 9édition, ARMAND COLIN, p363.

(٣٢) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ص ٥٢٧-٥٢٨.

(٣٣) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣١٢.

قيمتها وأثرها قيمة وأثر الشهادة الجامعية الرسمية الوطنية، وكذلك الحال بالنسبة للأحكام القضائية الأجنبية التي تحوز حجية الأمر المقضي^(٣٤). وتأييداً لذلك كانت محكمة جنايات القاهرة قد حكمت بأن تزوير شهادة دبلوم الطب الصادرة من إحدى كليات الطب ببليجيا هو تزوير في محرر رسمي^(٣٥).

ويعتبر الفقه والقضاء الفرنسي من أبرز الداعمين لهذا الاتجاه، والذان يرون بأن المشرع لم يفرق أصلاً في التعامل بين المحررات الرسمية سواء أكانت وطنية أم أجنبية، فذهبوا إلى أن نص المادة ٤٤١-٢ (التي حلت مكان المادة ١٥٣ من القانون الجنائي القديم المتعلقة بالتزوير في المحررات الرسمية) من شأنه أن ينصرف إلى كل المحررات الرسمية بما في ذلك جوازات السفر الأجنبية^(٣٦) والبطاقات الشخصية^(٣٧)، وعليه فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة مهاجر موريتاني عن جريمة التزوير في المحررات الرسمية بسبب قيامه بالتزوير في شهادة جنسيته التي تقدم بها إلى السلطات الفرنسية تمهيداً للحصول على بطاقة الإقامة ومن ثم الحصول على الجواز الفرنسي^(٣٨).

ثانياً - الاتجاه المعارض لبقاء الصفة الرسمية للمحرر الرسمي الأجنبي

يذهب جانب كبير من الفقه والقضاء المصري إلى أن الصفة الرسمية التي تحملها المحررات إنما تعبر عن إرادة الدولة في مجال تختص به، ولذلك اشترط لتوافر

(٣٤) من الثابت أن مبدأ الامتداد الإقليمي لقانون الجزاء الكويتي يقرر عدم اختصاص القضاء الكويتي فيما لو برأت المحاكم الأجنبية المتهم الذي يحمل الجنسية الكويتية، مما يؤكد حجيتها أمام المحاكم الوطنية، فقد نصت المادة ١٢ من قانون الجزاء على أنه: "تسري أحكام هذا القانون أيضاً على كل شخص كويتي الجنسية يرتكب خارج الكويت فعلاً معاقباً عليه طبقاً لأحكام هذا القانون وطبقاً لأحكام القانون الساري في المكان الذي ارتكب فيه هذا الفعل، وذلك إذا عاد إلى الكويت دون أن تكون المحاكم الأجنبية قد برأته مما أسند إليه".

(٣٥) أشار إلى ذلك الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور، وبين أن هذا الحكم مشار إليه في نقض ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ الرسمية س ٣٠ رقم ٤٧ ص ١١٤، راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥٢٦-٥٢٧. راجع أيضاً: عبدالحاميد الشواربي، جرائم التزوير والتزييف مدنياً وجنائياً في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ١٦٣. راجع أيضاً: عبد الفتاح مراد، شرح جرائم التزييف والتزوير، ص ١٩٣.

(٣٦) Crime 26 avril 1983, Bull, n117. Voir: Michel VERON, droit pénal spécial, op.cit, p363.

(٣٧) Crime 9 octobre 1978, G.P, 1978. II, Somm 354. Voir: Jean PRADEL, droit pénal spécial, op.cit, p 798.

(٣٨) Crime 19 mai 1981, Bull, n162, R.S.C, 1982. 607. Voir: André VITU, crimes et délits contre la chose publique, R.S.C, 1984, p 67 et suivantes.

هذه الصفة في المحررات أن تصدر من شخص له صفة في تمثيل الدولة، وعليه فالمحررات الأجنبية الرسمية تعتبر محررات عرفية لأنها لا تعكس إرادة السلطة الوطنية بل تعكس إرادة الدولة الأجنبية، وفي ذلك قضي بأن التصريح التي تعطيه إدارة الجيش البريطاني بدخول المعسكرات البريطانية هو ورقة عرفية^(٣٩).

ويرجع أصحاب هذا الاتجاه رأيهم إلى سببين: الأول قانوني، والثاني عملي، فأما السبب القانوني فمردّه أن المشرع إذا ما أراد أن يعطي للمحرر الأجنبي الرسمي قيمة المحرر الرسمي الوطني فإنه ينص على ذلك صراحة، وذلك على نحو ما جاء في نص المادة ٢٠٢ من قانون العقوبات التي ساوت في العقاب بين العملات الأجنبية والعملات الوطنية في جريمة التزييف، وبمفهوم المخالفة فإن غياب النص القانوني من شأنه أن يبيقي المحرر الأجنبي الرسمي محرراً عرفياً، وهذا ما كان عليه الوضع قبل وجود نص المادة ٢٠٢ حينما قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٠٦ لا تنطبق على أوراق البنكنوت الأجنبية لأن المقصود منها هو حماية المصالح العمومية المصرية^(٤٠).

وفي نفس السياق نجد تقليد أختام الحكومات الأجنبية أو استعمالها يعتبر تقليداً أو استعمالاً لأختام غير حكومية تخضع في حكمها لنص المادة ٢٠٨، كما أن الاستحصال على الصحيح منها بغير حق واستعماله استعمالاً ضاراً يخضع لحكم المادة ٢٠٩ لا المادة ٢٠٧^(٤١)، وهذا ما أخذ به القضاء عندما اعتبر أن وضع أختام قنصلية أمريكا وإمضاءات منسوبة إلى القنصل ونائبه على غير الحقيقة من خلال اصطناع مذكرة شحن بضاعة وشهادات جمركية تزويراً في محرر عرفي^(٤٢).

وأما السبب العملي فمردّه أن الفصل في مسألة رسمية المحرر الأجنبي تقتضي الرجوع إلى قانون بلد المحرر لمعرفة ما إذا كان يعتبر عندهم من قبيل المحررات

(٣٩) نقض مصري ١٨ فبراير ١٩٥٢، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣، رقم ١٨٢، ص ٤٩٠، راجع في ذلك: محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط ٤، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٥٣٤. انظر أيضاً: عبد الفتاح مراد، جرائم التزييف والتزوير، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٤٠) نقض ٢٩ يونيو ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ج ١ رقم ١٩٥ ص ٣٦٣. راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٤١) رؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، ط ٤، مطبعة الاستغلال الكبرى، ١٩٨٤، ص ١٤٥.

(٤٢) نقض ٥ أبريل ١٩٣١ القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٣٢ ص ٢٨٤. راجع في ذلك: رؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، مرجع سابق ن ص ١٤٦. بيد أن الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد يرى أن " هذا الحكم لا يدل على رأي محكمة النقض في الأمر الذي نحن بصدده، لأن الواقعة وصفت من مبدأ الأمر بأنها تزوير في محرر عرفي - كما قيدت النيابة الواقعة - لا رسمي ولم يكن من مصلحة المتهم القول بغير ذلك.

الرسمية أم لا، ومعرفة ما إذا كان الشخص الذي نسب إليه المحرر يتمتع بصفة الموظف العام أم لا، وهذا كله من شأنه أن يعقد العمل نظراً لصعوبة إثبات القانون الأجنبي وتوزيع عبء الإثبات^(٤٣).

المطلب الثالث : تقييم الموقف القضائي

على الرغم من أن محكمة التمييز قد حسمت أمرها في اعتبار المحرر الأجنبي الرسمي محرراً عرفياً على نحو ما عليه غالب الفقه والقضاء المصري إلا أن الأمر يظل في إطار الدراسة والتقييم لسببين، السبب الأول: يرجع إلى وجهة ما تحمله الاتجاهات الفقهية والقضائية المختلفة من أسانيد تؤيد الإبقاء أو الإلغاء للصفة الرسمية للمحرر الأجنبي الرسمي. والسبب الثاني: يتعلق بمدى توافق حكم المحكمة - محل الدراسة - مع السياسة التي ينتهجها المشرع في نصوصه الجنائية. وبناء على ذلك نستطيع أن نقيم الموقفين خلال استعراض ثلاث نقاط أساسية؛ النقطة الأولى: تتعلق ببيان محل الحماية الجنائية المقصود بنصوص جرائم التزوير في المحررات. والنقطة الثانية: تتعلق بمدى ضرورة نص المشرع صراحة على رسمية المحرر الأجنبي الرسمي. والنقطة الثالثة: تتعلق بكيفية التعامل مع صعوبة إثبات الصفة الرسمية على المحرر الأجنبي الرسمي. ولنا في كل منها بيان على النحو التالي :

أولاً : محل الحماية الجنائية المقصود بجرائم التزوير في المحررات

إن المصلحة المراد حمايتها بنصوص جرائم التزوير في المحررات هي الثقة التي أراد المشرع أن يعطيها لها وعدم النيل من قيمتها وحجيتها، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حينما قضت بأن: " جريمة التزوير في المحررات الرسمية تتحقق بمجرد تغيير الحقيقة بطريق الغش بالوسائل التي نص عليها القانون ولو لم يتحقق عنه ضرر يلحق شخصاً بعينه؛ لأن هذا التغيير ينتج عنه حتماً حصول ضرر بالمصلحة العامة، لما يترتب عليه من عبث بالمحررات الرسمية وينال من قيمتها وحجيتها في نظر الجمهور^(٤٤) ". وأساس الثقة العامة يختلف في المحررات الرسمية

(٤٣) رؤوف عبيد، جرائم التزيف والتزوير، مرجع سابق، ص ١٤٦. إبراهيم حامد طنطاوي، المسؤولية الجنائية عن جرائم التزوير في المحررات فقهاً وقضاءً، ط١، المكتبة القانونية، ١٩٩٥، ص١٦٣.

(٤٤) تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٨٥/١٥، بتاريخ ١٣ مايو ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز سنة ١٩٩٤، ص ١٣٠. انظر أيضاً: تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٩٥/٤١٦، بتاريخ ٣ يونيو ١٩٩٦، مجلة القضاء والقانون، س ٢٤، مارس ٢٠٠٠، =

عنه في المحررات العرفية، ففي المحررات الرسمية نجد أن أساس الثقة العامة يأتي من خلال إظهار سلطة الدولة على المحرر من خلال من يمثلها من الموظفين العموميين، بينما أساسها في المحررات العرفية يأتي من خلال إظهار إرادات الأفراد على المحرر كما اتفقوا عليها.

وبناء على ذلك فإن تقرير المحكمة في حكمها - محل الدراسة - بنزع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي مرده أن سلطة الدولة الأجنبية لا محل لها على الإقليم الوطني، ولقد عبرت عن ذلك بقولها: "أنها - أي المحررات الرسمية الأجنبية - لا تعد من المحررات الرسمية الكويتية التي تتمتع بالحماية التي حباها المشرع الكويتي في المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء، بل تعد من المحررات العرفية التي يعاقب على التزوير فيها بموجب المادة ٢٥٨ من القانون ذاته"، بمعنى أن الثقة التي أعطتها السلطة الأجنبية لمحرراتها الرسمية ليس من شأنها أن تحمل ذات الوزن أو القيمة في الإقليم الوطني إلا إذا تدخلت عليها السلطة الوطنية بالاعتماد من خلال موظفيها، وبمفهوم المخالفة فإن عدم تدخل موظفي الإقليم الوطني بالاعتماد من شأنه أن يرفع الصفة الرسمية عن المحرر فلا يعدو أن يكون إلا محرراً عرفياً.

ولا مناص من القول بمنطقية التوجه القضائي باعتبار أن الصفة الرسمية للمحررات مرهونة بتدخل السلطة الوطنية، خصوصاً وأن الواقع العملي يقرر أن التعامل مع المحررات الأجنبية الرسمية هو ذاته التعامل مع أي محرر عرفي ما لم يتدخل عليه موظف عام يمثل السلطة الوطنية. فمثلاً الشهادات الجامعية الحكومية الأجنبية شأنها شأن الشهادات الجامعية الصادرة من القطاع الأهلي والتي لا تتعامل معها الدولة ولا تعطي لها قيمة إلا من خلال اعتمادها من الجهة الوطنية المختصة، تلك التي تضيف عليها حجية وقيمة المحرر الرسمي.

ثانياً: صراحة النص التشريعي على رسمية المحرر الأجنبي الرسمي

إن من أهم الأسباب التي دعت المحكمة إلى رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي هو سكوت المشرع عن تحديد ما إذا كانت نصوص جرائم التزوير في المحررات تتعلق بالمحرر الوطني أو المحرر الأجنبي، على إثر أن المشرع لو أراد

= الجزء الثاني، ص ٦٤٥. انظر أيضاً: تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٢٠٠٢/٣١٨، بتاريخ ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٣، مجموعة المكتب الفني حتى ١٣ مايو ٢٠٠٥، الجزء الثاني في المواد الجزائية، أغسطس ٢٠٠٥، ص ٩٨. راجع في ذلك: فيصل الكندري، غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي، - القسم الخاص -، ط ٢، ٢٠١١، ص ١١٢.

للمحرر الأجنبي الرسمي قيمة المحرر الوطني الرسمي لنص على ذلك صراحة، وذلك توافقاً مع ما رأينا سابقاً في معرض الحديث عن الاتجاه الفقهي والقضائي المعارض لإبقاء الصفة الرسمية للمحرر الأجنبي الرسمي.

ولا شك أن تفسير مسار المشرع الكويتي في التعامل مع المحررات المزورة على هذا النحو يرجع لسياسته في نصوص تجريبية أخرى، والتي نجد فيها أنه عبر بشكل صريح عن الصفة الأجنبية عندما أرادها كعنصر في بناء الركن المفترض في الجريمة، وتطبيقاً لذلك فقد جاء تعريف ورقة النقد في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ كشرط مفترض في جريمة تقليد وتزوير أوراق النقد بأنها: "كل سند أصدره بنك أو أصدرته حكومة، أيّاً كان جنسيتها، يحمل تعهداً بدفع مبلغ من النقود لحامله بمجرد الطلب، وبقصد تداوله كعوض أو كمقابل للنقود"، وكذلك الحال في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٨ التي عرفت المسكوكات باعتبارها شرطاً مفترضاً في جريمة تقليد وتزوير المسكوكات بأنها: "كل معدن أصدرته حكومة الكويت أو حكومة أجنبية وأعطته شكلاً خاصاً وطرحته في التداول باعتباره نقداً".

ثالثاً: إثبات الصفة الرسمية للمحرر الأجنبي الرسمي

لعل من أهم الأسباب التي تدعم ما ذهبنا إليه المحكمة في حكمها هو ما أثاره أصحاب الاتجاه المؤيد لرفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي والمتعلق بصعوبة اللجوء إلى القانون الأجنبي وإثباته، الأمر الذي يشكل عبئاً على القضاء في التحقق مما إذا كان المحرر يعتبر رسمياً أو عرفياً، أو ما إذا كان الموظف الذي تدخل على المحرر أو نسبت إليه موظفاً عاماً أو لا.

وعلى الرغم من الوجهة التي يظهرها هذا السبب إلا أن قبوله يبدو صعباً، ومرد تلك الصعوبة إلى أمرين، الأمر الأول: إن البحث القضائي عن مدى رسمية المحرر في القانون الأجنبي تعتبر من المسائل المتعلقة بموضوع الحق المعتدى عليه في جريمة التزوير^(٤٥)، فالصفة الرسمية للمحرر تمثل - إلى جانب وجود المحرر والعبث في بياناته الجوهرية - أرضية وشرطاً مفترضاً للتجريم، فلا يمكن إثبات الركن المادي في جريمة التزوير إلا بعد ثبوت تلك المسائل والتحقق من انصراف علم الجاني وإرادته لها، وبناء على ذلك يكون البحث القضائي عنها أمراً منطقياً وإن كلف جهداً إضافياً.

(٤٥) انظر في مسألة اعتبار موضوع الحق المعتدى عليه من الوقائع التي يتعين العلم بها إلى: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٦٥٢.

والأمر الثاني: إن تطبيق قواعد قانون الجزاء تفرض أحياناً أن يقوم القاضي بالبحث في القانون الأجنبي أو الوقائع التي تحدث خارج حدود الإقليم، ولو سلمنا بصعوبة ذلك، لما تمكنا من إعمال تلك القواعد، فنجد على سبيل المثال قاعدة الامتداد الإقليمي للقانون الجزائي التي تقرر سريان أحكام قانون الجزاء الكويتي على الأفعال الإجرامية التي ارتكبها من يحمل الجنسية الكويتية، شريطة أن يكون فعله مجرماً في الإقليم الأجنبي والإقليم الوطني وعاد إلى الكويت دون أن تكون المحاكم الأجنبية قد برأته مما أسند إليه، وعليه فإذا عرضت على القاضي الكويتي قضية كهذه كان لزاماً عليه التحقق من إجرامية الفعل في القانون الأجنبي ونسبة وقائعه إلى الجاني. كما نجد في مثال آخر أن الاختصاص ينعقد للقضاء الكويتي فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بكاملها على الإقليم الأجنبي إذا كان محلها مالياً عاماً استناداً لنص المادة ٤ من قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة الذي يقرر بأنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب خارج إقليم الكويت جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه"، الأمر الذي من شأنه أن يضفي صعوبة على القاضي في التحري عن الوقائع التي وقعت في الإقليم الأجنبي وتتبع فاعليها^(٤٦).

ويتضح من المثالين السابقين أنه على الرغم من الصعوبة العملية التي تواجه القاضي إلا أن ذلك لا يمنعه من القيام بمهامه، وعليه نرى أن هذه الصعوبة لا تقل عن صعوبة البحث فيما إذا كان المحرر الأجنبي يتمتع بالصفة الرسمية أم لا وفقاً للقانون الأجنبي، بل قد تزيد عليها، الأمر الذي يسمح للقاضي أن يتحرى عن مدى توافر الصفة الرسمية للمحرر الأجنبي، وعد التعامل معه على أنه محرر عرفي دائماً.

الخاتمة

استعرضنا من خلال التعليق على حكم محكمة التمييز رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٨ لطبيعة التزوير الواقع على المحرر الأجنبي الرسمي وما انتهى إليه حكمها من تقرير لمبدأ هام وهو رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي واعتباره محرراً عرفياً، وذلك بعد فترة من الزمن كان فيها الموقف القضائي يرى ببقاء الصفة الرسمية له، ولقد حاولنا معالجة هذا المبدأ من خلال البحث في نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى تعلقت ببيان أساسه وما يستلزمه من تدخل لموظف عام مختص. والنقطة الثانية تتعلق بنقده من خلال استعراض لموقف محكمة التمييز السابق وما شهدته من

(٤٦) راجع في مبدأ العينية: مبارك النويبت، شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط ٢،

٢٠١١، ص ١٢٩.

تحول مستعنيين بأسانيد مؤيدة ومعارضة مدعومة من الفقه والقضاء، الأمر الذي سمح لنا بتقييم الموقف الحالي.

إن إرساء محكمة التمييز لمبدأ " رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي " من شأنه أن يظهر لنا نتائج نبينها على النحو التالي:

١ - إن التحول في الموقف القضائي من الاعتراف بالصفة الرسمية للمحرر الأجنبي الرسمي إلى رفع تلك الصفة عنه، لم يكن مسلكاً غريباً، ذلك أنه تحول من موقف يجد له تأييداً فقهيّاً وقضائياً إلى موقف آخر يجد له تأييداً فقهيّاً وقضائياً.

٢ - إن رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي فيه توافق أكبر مع المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من وراء تجريم التزوير في المحررات الرسمية، خصوصاً إذا علمنا أن مناط الثقة المراد حمايتها في المحرر الرسمي تأتي من السلطة الوطنية المعبرة عن إرادة الدولة.

٣ - إن ما يؤكد إيجابية ما ذهبت إليه المحكمة في حكمها هو التلاقي مع سياسة المشرع الكويتي التي تقرر أهمية النص بشكل صريح على الصفة الأجنبية لمحل التجريم إن أراد المشرع أن يضيف عليه حماية جنائية وهذا ما لم يفعله في جريمة التزوير في المحررات، بل فعله في جريمة تقليد وتزوير النقود الورقية والمسكوكات، فسوى بين أن تكون أجنبية أو وطنية، مما يفيد برغبته في بقاء المحرر الأجنبي الرسمي محرراً عرفياً.

٤ - على الرغم من سلامة رفع الصفة الرسمية عن المحرر الأجنبي الرسمي إلا أنه من غير المناسب أن يدعم هذا التوجه بحجة الصعوبة العملية التي يواجهها القضاء في التعامل مع القانون الأجنبي، لأن السياسة التشريعية الجنائية تفرض في مواقع أخرى في قانون الجزاء حتمية التعامل مع القانون الأجنبي أو الوقائع التي تقع خارج الإقليم استناداً لمبادئ أساسية، كمبدأ الشخصية الإيجابية الذي يفرض الامتداد الإقليمي لقانون الجزاء خارج حدود الدولة، ومبدأ العينية الذي يفرض تتبع الأموال العامة للدولة خارج الإقليم.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - إبراهيم حامد طنطاوي، المسؤولية الجنائية عن جرائم التزوير في المحررات فقهاً وقضاءً، ط١، المكتبة القانونية، ١٩٩٥.
- ٢ - أحمد لطفي السيد مرعي، جرائم التزوير في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، ص ٧،
- ٣ - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط ٤، القاهرة، ١٩٩١.
- ٤ - رءوف عبيد، جرائم التزيف والتزوير، ط٤، مطبعة الاستقلال الكبرى، ١٩٨٤.
- ٥ - سمير الشناوي، شرح قانون الجزاء الكويتي (الرشوة والجرائم الملحقة بها- الجرائم الواقعة على النفس- الجرائم الواقعة على العرض)، ط١، كلية الشرطة، الكويت، ١٩٨٥.
- ٦ - عبدالحميد الشواربي، التزوير والتزيف مدنياً وجنائياً في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٧ - عبد الفتاح مراد، شرح جرائم التزيف والتزوير، الإسكندرية.
- ٨ - عزت عبدالقادر، جرائم التزيف والتزوير، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٩٦.
- ٩ - عزت عبدالقادر، جرائم التزوير في المحررات، ط ١، الدار البيضاء للطباعة، القاهرة، ١٩٩١.
- ١٠ - فرج علواني هليل، جرائم التزيف والتزوير، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ١١ - فيصل الكندري - غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم الخاص، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
- ١٢ - فيصل الكندري، المشكلات القانونية التي تثيرها واقعة تسلم المنحة الأميرية دون وجه حق، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، مارس، ١٩٩٥.
- ١٣ - مبارك النوييت، شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط٢، ٢٠١١.
- ١٤ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط٤، ٢٠٠٣.

١٥- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- 1 - André VITU, crimes et délits contre la chose publique, R.S.C, 1984, p 67 et suivantes.
- 2 - Jean PRADEL, droit pénal spécial, 3édition, CUJAS, 2004.
- 3 - Michel VERON, droit pénal spécial, 9édition, ARMAND COLIN.
- 4 - Patrice GATTENGO, droit pénal spécial, 7édition, COURS.

ثانياً : الأحكام القضائية (بالترتيب الزمني لتواريخ صدورها)

١ - أحكام محكمة التمييز الكويتية

- ١ - تمييز كويتي رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢ الصادر بتاريخ ٥ يوليو ١٩٨٢.
- ٢ - تمييز كويتي رقم ١٧١ لسنة ١٩٨٣ الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٨٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يناير سنة ١٩٩٤، ص ١٣٤.
- ٣ - تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٨٥/١٥، بتاريخ ١٣ مايو ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز سنة ١٩٩٤.
- ٤ - تمييز كويتي، ٢٢ يونيو ١٩٨٥، طعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يناير، ١٩٩٤.
- ٥ - تمييز كويتي، ١٧ فبراير ١٩٨٦، طعن رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيو ١٩٩٦، ص ٢٢٣.
- ٦ - تمييز كويتي جزائي رقم ١٥٤ / ١٩٨٦، الصادر بتاريخ ٩ فبراير ١٩٨٧.
- ٧ - تمييز كويتي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٧ الصادر بتاريخ ١٢ أغسطس ١٩٨٧.
- ٨ - تمييز كويتي، ٤ يوليو ١٩٨٨، طعن رقم ١٣٠ لسنة ١٩٨٨.
- ٩ - تمييز كويتي، ٤ ديسمبر ١٩٨٩، طعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٩ جزائي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيو ١٩٩٦، ص ٢١٦.
- ١٠ - تمييز كويتي رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، سنة ١٩٩٦، ص ٢١٦.
- ١١ - تمييز كويتي رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٠.

- ١٢ - تمييز كويتي رقم ٤١ لسنة ١٩٩٦ الصادر بتاريخ بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٩٦.
 - ١٣ - تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٩٥/٤١٦، بتاريخ ٣ يونيو ١٩٩٦، مجلة القضاء والقانون، س ٢٤، مارس ٢٠٠٠، الجزء الثاني، ص ٦٤٥.
 - ١٤ - تمييز جزائي كويتي، طعن رقم ٢٠٠٢/٣١٨، بتاريخ ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٣، مجموعة المكتب الفني حتى ١٣ مايو ٢٠٠٥، الجزء الثاني في المواد الجزائية، أغسطس ٢٠٠٥، ص ٩٨.
 - ١٥ - تمييز كويتي رقم ٦٥٦ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠٠٥.
 - ١٦ - تمييز كويتي، ٢٠ سبتمبر ٢٠٠٥، رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٥ جزائي.
 - ١٧ - تمييز كويتي رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٤ إبريل ٢٠٠٩.
 - ١٨ - تمييز كويتي جزائي رقم ٥١٢ / ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٤ سبتمبر ٢٠٠٩.
- ٢ - أحكام محكمة النقض المصرية**
- ١ - نقض مصري ٥ أبريل ١٩٣١ القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٣٢ ص ٢٨٤.
 - ٢ - نقض مصري صادر في ٢٥ أبريل ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ٣٤٤.
 - ٣ - نقض مصري ٢٩ يونيو ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ج ١ رقم ١٩٥ ص ٣٦٣.
 - ٤ - نقض مصري ١٨ فبراير ١٩٥٢، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٩٠.
 - ٥ - نقض مصري ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٩. مجموعة الأحكام س ١٠ رقم ١١٢ ص ٥١٢.
 - ٦ - نقض مصري، طعن رقم ٦١٥ سنة ٣٨ ق جلسة ٦ مايو ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٣٦.

٣ - أحكام محكمة النقض الفرنسية

- 1 - Crime 9 octobre 1978, G.P, 1978. II, Somm 354.
- 2 - Crime 19 mai 1981, Bull, n162, R.S.C, 1982. 607.
- 3 - Crime 26 avril 1983, Bull, n117.

المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر في التشريع الكويتي

الدكتور/ فارس مناحي سعود المطيري

أستاذ مساعد - قسم القانون

كلية الدراسات التجارية

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

دولة الكويت

ملخص:

تتناول هذه الدراسة المعالجة التشريعية في دولة الكويت لجرائم النشر، وقد جاءت هذه الدراسة من خلال أربعة فصول: جاء أولها لبيان مفهوم العمل الصحفي، بينما خصص الفصل الثاني للوقوف على صور المسؤولية الجزائية من حيث الافتراض والشخصية، وقد تناول الفصل الثالث الأحكام الخاصة التي أحاطت بطبيعة هذا النوع من الجرائم، وأخيراً، انتهت الدراسة إلى مقارنة أحكام المسؤولية الجزائية في قانون الجزاء الكويتي وقانون المطبوعات والنشر الحديث.

التعريف بموضوع البحث

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾ "سورة النساء، الآية ١٤٢"، وهو القائل أيضاً: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَسْخَرُوا قَوْمٍ مِّنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءً مِّنْ نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَرُوا بِاللِّقَابِ يَسَّرُ الْإِسْمُ الْقُسُوفُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (١١) يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ (سورة الحجرات الآية ١١، ١٢)

وهو القائل أيضاً: ﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (١٤٩) وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَأُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (١٥٠) يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ فَأَمَّا الَّذِينَ اسْوَدَّتْ وُجُوهُهُمْ أَكَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ﴾ (١٦٦) وَأَمَّا الَّذِينَ ابْيَضَّتْ وُجُوهُهُمْ فَفِي رَحْمَةِ اللَّهِ

هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿١١٧﴾ تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ تَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا
لِّلْعَالَمِينَ ﴿١١٨﴾ وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِلَى اللَّهِ تُرْجَعُ الْأُمُورُ
﴿١١٩﴾ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ
الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِّنْهُمْ
الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ سورة آل عمران (١٠٤ - ١١٠).

نحمده سبحانه وبه نستعين ونصلي ونسلم على نبيه الأمين المبعوث رحمة
للعالمين، من قال وقوله الصدق: (أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر) أما بعد:

تعد حرية التعبير عن الرأي إحدى الحقوق الطبيعية العزيزة والغالية على قلب
الإنسان المتحضر؛ لأنها الوسيلة التي تؤكد آدميته وتثري ثقافته وترتقي به في
معارج العلم والمعرفة، وتحصن مجتمعه ضد الآفات والانحرافات التي قد يتعرض لها؛
ولذلك كان لازماً على المشرع من الاعتراف بحرية الرأي وتنظيمها سواء على صعيد
التشريعات العالمية أو على صعيد التشريعات الوطنية.

فمثلاً: نصت المادة (١٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠
ديسمبر ١٩٤٨ على أن: (لكل فرد الحق في حرية الرأي والتعبير عنه، وهذا الحق
يستوجب عدم إزعاج أحد بسبب آرائه، وكذلك الحق في البحث عن الأنباء والآراء
ومعرفتها ونشرها بكل وسائل النشر بغير تقييد بجدول الدولة).

أما على صعيد التشريعات الوطنية فقد نص الدستور المصري بالمادة ٦٥ على
أن: (ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو غير ذلك من
وسائل التعبير والنشر) كما نصت المادة ٧٠ منه على أن: (حرية الصحافة والطباعة
والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة...)

كما ينص الدستور الكويتي في المادة (٣٦) على أن: (حرية الرأي والبحث
العلمي مكفولة ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو غيرها وفقاً
للشروط والأوضاع التي بينها القانون).

كما نصت المادة (٣٧) من الدستور الكويتي على أن: (حرية الصحافة والطباعة
والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون).

وهو نفس ما أشارت إليه المادة الأولى من قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم
٣ لسنة ٢٠٠٦.

وحرية الصحافة كغيرها من الحريات التي تتعدى آثارها الفرد إلى المجتمع وإلى

السلطة؛ فلذلك لا يمكن أن تكون مطلقة من أي قيد وإلا انقلبت هذه الحرية إلى فوضى وطغيان يعصف بكيان الآخرين، وخاصة في ظل التطور المذهل الذي حدث للصحافة في الآونة الأخيرة بسبب التقدم العلمي والتكنولوجي الذي أدى إلى تطور مذهب في وسائل الاتصال والأقمار الصناعية وفنون التصوير والراديو والتليفزيون وصناعة الصحف وتنوع وسائل التوزيع وانتشارها انتشاراً واسعاً حتى صارت قوة مؤثرة، ولذلك حرصت التشريعات المختلفة المنظمة لمهنة الصحافة على الاهتمام بهذه التطورات السريعة والمتلاحقة التي طرأت على مهنة الصحافة، وذلك بإتاحة أكبر قدر من الحرية في ممارستها، وكذلك الحد من تجاوزاتها التي تضر بالمصلحة العامة من خلال بيان الحدود التي لا يجب أن يتجاوزها النشر في الصحف، ووضعت الجزاءات لمن يتجاوز هذه الحدود.

ولذلك تعد جرائم الصحافة من الموضوعات الهامة التي اهتم بتنظيمها كل من قانون الجزاء الكويتي، والقانون رقم (٢) لسنة ١٩٦١ وهو أول قانون للمطبوعات والنشر في دولة الكويت، ثم صدر قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، كذلك اهتم المشرع المصري في قانون العقوبات بتنظيم مهنة الصحافة، كما لم يقل اهتمام التشريع الفرنسي عن غيره من التشريعات بتنظيم المسؤولية عن هذا النوع من الجرائم، حيث يعد القانون الفرنسي من أول القوانين التي اعتنت بالجرائم التي تقع بواسطة الصحف، تمثلت في أفراد قانون خاص لها وهو قانون الصحافة الفرنسي الصادر ٢٩ يوليو ١٨٨١، ثم صدر قانون الاتصالات السمعية والبصرية في ٢٩ يوليو ١٩٨٢ والذي تم تعديله بالقانون الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ الخاص بحرية الاتصالات السمعية والبصرية.

أهمية وأهداف الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى ما يلي:

أولاً: إسهام قانون المطبوعات والنشر الكويتي رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ مما أدى إلى دخول الكويت في عصر جديد من الحريات الإعلامية وإتاحة الفرصة لجميع الشرائح على اختلاف انتمائها للتعبير عن آرائها وأفكارها من دون احتكار ذلك لشرائح معينة، ولكن بشرط أن تكون ممارسة هذه الحرية متماشية مع روح العقيدة الإسلامية وتقاليدها المجتمعية الكويتية والأخلاق الحميدة التي اتصف بها.

ثانياً: تحتاج جرائم التحريض المضرة بالمصلحة العامة إلى مزيد من التدخل التشريعي لتشمل طوائف أخرى من الجرائم المتعلقة بأمن الكويت الوطني والجرائم

التي تمس الوحدة الوطنية، وتشديد العقوبات المقررة لهذه الجرائم وذلك ليس إرهاباً لكل صاحب قلم.

ثالثاً: من حيث تنظيم المسؤولية عن هذا النوع من الجرائم والذي يتمثل في جعل مناط المسؤولية ليس الفعل الذي قام به الفرد في الجريمة، ولكن دوره في نشر الفكرة.

رابعاً: الوقوف على أهم جرائم الصحافة في ضوء قانون المطبوعات والنشر الجديد، وفي ضوء قانون الجزاء، وذلك لتذكير حملة الأقلام وأجهزة الإعلام بكافة صور جرائم النشر، وذلك لضمان احترام الدستور والقانون والتأكيد على أن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بالمصلحة العامة، لذلك لم يتوان المشرع الكويتي عن تشديد الجزاءات في حق من يرتكب إحداها.

منهج البحث:

ولا يمكن أن تؤتي الدراسة بثمارها إلا من خلال بيان الجوانب العملية المهمة بمجال المسؤولية الجزائية للصحفيين ببيان أركان هذه الجريمة من خلال دراسة تحليلية لركنها المادي الذي يتمثل في عمل النشر وشرط وجودة المتمثل في العلانية وذلك لأن الصحافة في الوقت الحالي لا تقتصر على الصحف المكتوبة، وكذلك ركنها المعنوي الذي يتمثل في القصد الجنائي.

ثم تناولنا التنظيم القانوني للمسؤولية عن جرائم الصحافة.

وأخيراً اختتمنا هذه الدراسة بدراسة بعض المسائل المحظور نشرها في ضوء قانون المطبوعات والنشر الجديد وقانون الجزاء، وفي ختام هذا البحث انتهيت إلى خلاصة موجزة تتمثل في مجموعة النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

خطة البحث:

اشتملت خطة البحث دراسة المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة على أربعة فصول:

- الفصل الأول: العمل الصحفي وضوابط مشروعيته في التشريع الكويتي.
- المبحث الأول: ماهية العمل الصحفي.
- المبحث الثاني: ضوابط مشروعية العمل الصحفي.
- الفصل الثاني: نوع المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر.

- المبحث الأول: المسؤولية الشخصية عن جرائم النشر.
- المبحث الثاني: المسؤولية المفترضة عن جرائم النشر.
- المبحث الثالث: مسؤولية الفاعل الأصلي والشريك عن جرائم النشر.
- الفصل الثالث: الأحكام الخاصة بجرائم النشر.
- المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالركن المادي.
- المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالركن المعنوي.
- الفصل الرابع: صور المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر في التشريع الكويتي.
- المبحث الأول: صور المسؤولية الجزائية في قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد.
- المبحث الثاني: صور المسؤولية الجزائية في قانون الجزاء الكويتي.

الفصل الأول

العمل الصحفي وضوابط مشروعيته

تمهيد وتقسيم:

إن حرية الصحافة كما يقولون رافد من روافد حرية الرأي^(١)، وهي من الحريات الأساسية التي يقوم النظام الديمقراطي على دعائمها، وإذا كانت حرية الرأي من الركائز التي يعتمد عليها النظام الديمقراطي فإنها في ذات الوقت تستمد منه معنى وجودها واستمرارها، فحرية الرأي والنظام الديمقراطي في حالة تفاعل مستمر ما بين أخذ وعطاء بهدف إثراء الحياة الديمقراطية. قد أكدت المادة ٧٠ من الدستور المصري على كفالة حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام. مثلاً صار التأكيد في جميع دساتير العالم على ذلك مثل الكويت، فقد رسخت حرية الصحافة منذ صدور أول قانون للمطبوعات والنشر رقم ٣ لسنة ١٩٦١، كما أن الدستور الكويتي قد أعطى قدراً للحرية الشخصية فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في الأنفس البشرية الغائرة في أعماقها والتي لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها، فقد جاء في نص المادة ٣٦ من الدستور على أنه: "حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو الكتابة أو غيرها وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون، وفي المادة ٣٧ منه نص على أن: "حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون".

ولكن ما بين النظرية والتطبيق تقف حرية الصحافة حيرى، فالصحافة لها دور على جانب كبير من الأهمية في تشكيل الرأي العام والتأثير عليه؛ ولذلك تسعى كثير من الأنظمة التي يطلق عليها وصف الديمقراطية، إلى احتواء الصحافة واستقطابها لتكون بوق السلطة الموجه إلى الشعب، ولكن دور الصحافة غير ذلك فهي لسان الشعب المعبر وعينه الساهرة على كل ما يدور في الساحة السياسية؛ لذلك كان من المنطقي أن تتوتر العلاقة بين السلطة والصحافة لدرجة قد تصل أحياناً إلى حد الفتور في العلاقات، وقد تتصاعد حدة هذا التوتر ليصل إلى حد المواجهة غير المتكافئة ما بين السلطة والصحافة، تستخدم فيها السلطة بعض أدواتها من اعتقالات وغلق

(١) د. جابر جاد نصار، حرية الصحافة دراسة مقارنة في ظل القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ - الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ص ٨.

ومصادرة، بل قد يصل الأمر إلى شهر سلاح التشريع الموجه لتقييد هذه الحرية المكفولة دستورياً^(٢).

وغالباً ما تنتهي حالة التوتر الحادة بين السلطة والصحافة بواسطة صلح تقدم فيها بعض التنازلات، ينتج عنها حالة من الوئام المشوب بحذر، وهكذا في كل نظام ديمقراطي نجد أن حرية الصحافة قد مرت بالكثير من المنعطفات منذ تنظيم العمل الصحفي حتى وقتنا المعاصر، وسوف نتناول في هذا الفصل ماهية العمل الصحفي وضوابط مشروعيته وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: ماهية العمل الصحفي.

المبحث الثاني: ضوابط مشروعية العمل الصحفي.

المبحث الأول ماهية العمل الصحفي

الصحافة هي المهنة التي تقوم على جمع وتحليل الأخبار، والتحقق من مصداقيتها، وتقديمها للجمهور. وغالباً ما تكون هذه الأخبار متعلقة بمستجدات الأحداث على الساحة السياسية، أو المحلية، أو الثقافية، أو الرياضية، أو الاجتماعية، وغيرها.

الصحافة المقروءة أو المطبوعة من أحسن وأفضل طرق الإعلام تأثيراً في الرأي العام؛ وذلك لأنّ الصحيفة يتداولها الناس مهما كانت طبقتهم أو شرائحهم ومعتقداتهم الفكرية والثقافية والاجتماعية، وحتى إن كان للإذاعة والتلفاز تأثير مباشر وقوي لدى الجمهور، إلا أنه يبقى تأثيراً لحظياً أو وقتياً.

تعريف الصحافة في اللغة

الصحافة في اللغة مصدر مشتق من عمل الصحف، أما الصحفي فهو من يعمل في الصحف بمعنى الوراق، "والجورنال" هي نقلاً عن التسمية الغربية للدلالة على الصحف اليومية.

(٢) والمثال على ذلك من واقع الحياة السياسية في مصر ما حدث من تطورات بين الصحافة والحكومة أدت إلى صدور القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥ في ظروف غير طبيعية، وهو ما أدى إلى احتدام المواجهة بينهما، وقد انتهت هذه المسألة بوثام بصدور القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٦ بشأن جرائم النشر، وإصدار القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم الصحافة الذي ألغى قانون سلطة الصحافة رقم ١٤٨ لسنة ١٩٨٠.

تعريف الصحافة في الاصطلاح

الصحافة هي مهنة من يجمع الأخبار والآراء وينشرها في صحيفة أو مجلة^(٣). وقد قال بورك الإنكليزي أن: "الصحافة هي السلطة الرابعة".

كما جاء تعريف الصحافة في معجم الرائد بأنها: "هي فن إنشاء الجرائد والمجلات وكتابتها".

ومنها الصحف وهو من يصنع الصحف ويشغل ببيعها والصحافة هي مجموعة الجرائد والمجلات التي تصدر في بلد من البلدان أو منطقة من المناطق^(٤).

والصحافة هي فن إنشاء الجرائد والمجلات وكتابتها^(٥). والصحافة هي مجموع الوسائل التي تنتج وتحلل وتنشر الأخبار التي تهم الأحداث الجارية، وهي تقوم بعدة أدوار، منها: الإعلام والتوجيه والتأثير وكذا التسلية والتثقيف والتنوير.

تستمد الصحافة أخبارها من وكالات الأنباء، وهي عبارة عن مؤسسات تهتم بجمع المعلومات كيفما كانت طبيعتها، وتخزينها وتوزيعها على الصحافة. وتختلف الصحف حسب أنواعها، فهناك صحف مكتوبة (الجرائد والمجلات)، وأخرى مرئية (التلفزيون)، ومسموع (الراديو)، وأخيراً الصحافة الإلكترونية (صحافة الإنترنت).

المبحث الثاني

ضوابط العمل الصحفي

تلعب الصحافة في الكويت دوراً اجتماعياً حيوياً بارزاً في تشكيل الرأي العام الكويتي والعربي على حد سواء من خلال تسلط الأضواء على الشؤون الداخلية والخارجية للبلاد، كما أن الكويت طبقت المواثيق الدولية المؤكدة على حقوق الإنسان الأساسية ومنها حق التعبير عن الرأي وحق الإعلام، وقد رسخت الكويت هذه الحرية

(٣) المعجم الوسيط، إخراج: إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار الجزء الأول والثاني ص ٤٢.

(٤) معجم اللغة العربية المعاصر، الطبعة الثانية، دار المشرق، بيروت، ص ٨١٨.

(٥) المعجم الرائد، جبران مسعود، ٢٠٠٣، دار العلم للملايين، ص ٥٤٣.

منذ ٢٦ يناير ١٩٦١ حيث صدر أول قانون للمطبوعات والنشر رقم ٣ لسنة ١٩٦١، فمن المستقر عليه أن حرية البحث والتعبير والرأي مكفولة في دولة الكويت، وهي سمة من سمات الرقي والتحضر التي يتميز بها المجتمع الكويتي، إلا أن ممارسة هذه الحرية غير مطلقة وإنما يرد عليها قيوداً هاماً وهو أن تحترم نظم المجتمع الأساسية التي يقوم عليها وحرية الأفراد الآخرين الذين يعيشون فيه، كما أن الدستور الكويتي الصادر ١٩٦٢ أعطى قدراً للحرية الشخصية فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في الأنفس البشرية الغائرة في أعماقها والتي لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها في المادتين ٣٦، ٣٧ من الدستور.

والصحافة تعتبر علماً وفناً في ذات الوقت، فهي علم لأن لها أسلوباً ومناهج تستند إلى نظريات علمية ودراسات نفسية واجتماعية، مما يتطلب أولاً تحديد المشكلة السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية المطلوب مواجهتها إعلامياً ومن ثم وضع خطط مسبقة للأداء.

والصحافة فن لأنها صورة من صور التعبير عن الرأي الذي يقوم على الخلق والابتكار، وإنها فن مخاطبة عقول وضمائر الناس؛ مما يستدعي امتلاك أدوات العصر ودراسة وتحليل طبيعة وشخصية المُخاطبين، إلا أن حرية التعبير عن الرأي في أدبيات الفكر الديمقراطي وفلسفته ليست مطلقة، وإنما تحكمها عدة ضوابط.

وهذه الضوابط قد تكون ضوابط قانونية تحكم العمل الصحفي وفقاً للتشريعات الجزائية والمدنية النافذة في الدولة.

فقد أوجب المشرع الكويتي أن تكون ممارسة حرية التعبير عن الرأي وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها قانون الجزاء الكويتي، ومن هذه الشروط ألا ينطوي النشر على أفعال القذف والسب والإهانة، إذ جرمت المواد ٢٠٩ / ٢١٠ / ٢١٢ في قانون الجزاء هذه الأفعال، كما يشترط ألا ينطوي النشر على ما من شأنه أن يחדش الآداب العامة أو يمس كرامة الأشخاص أو حرياتهم وفقاً للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون المطبوعات والنشر الجديد، كما أن هذا القانون الأخير جاء ليحظر نشر بعض المسائل المضرة بالمصلحة العامة، كما أن هذا القانون جاء متكافئاً ومعاوناً لقانون الجزاء الذي حظر من جرائم النشر الماسة بالمصلحة العامة، ومن ثم فقد حظر نشر أو إفشاء أي سر من أسرار الدفاع والتحريض العلني على ارتكاب الجرائم، وكذلك التحريض على قلب نظام الحكم بالقوة، وتحريض الجند على التمرد ونشر الأخبار الكاذبة التي يكون من شأنها تكدير السلم العام، وللمجتمع مصلحة في حسن

سير العدالة فجرم المساس بالقضاء وهيئته^(٦)، وهو ما سوف نبينه بالتفصيل في الفصل الرابع من هذا البحث.

وفي هذا الإطار يلاحظ أن أغلب الدول الديمقراطية قد تخلت عن مبدأ العقوبات الجزائية كالحبس أو السجن كعقوبات تندرج تحت باب ما يعد قذفاً أو سباً؛ لصعوبة التمييز بين ما يعد نقداً يندرج تحت باب حرية التعبير وبين ما يعد جريمة قذف أو سب، واختلاف المحاكم في الاجتهاد في هذه المسائل، وأحل محل هذه العقوبات مبدأ التعويض المالي؛ وذلك عندما يتبين أن هدف النقد والتعبير عن الرأي هو الإساءة الشخصية المتعمدة.

- ضوابط مهنية تتعلق بأخلاقيات وشرف المهنة.

وتتجسد بمجموعة القيم والأعراف والتقاليد التي ترسخه عبر الزمن في الوسط الصحفي والإعلامي نتيجة الحكمة والخبرة والممارسة، وتولد بشأنها شعور عام بوجوب الالتزام بها وإيقاع الجزاء بمن يخالفها. وتشرف النقابات الخاصة بالمهنة على مسألة الالتزام بها وإيقاع الجزاءات عند مخالفتها.

- ضوابط تتعلق بفكرة النظام العام والآداب العامة.

وتعبر هذه الفكرة عن المعتقدات العليا للشعب أو بعبارة أخرى هي مجموعة القيم الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية العليا التي تسود مجتمع ما، وتعبر عن ضميره الأدبي في زمان معين ومكان معين، والمساس بهذه الضوابط قد يؤدي إلى أزمة اجتماعية كبرى.

ومن أمثلتها المساس بالقيم الدينية أو رموزها أو نشر قيم الكفر والإلحاد في مجتمع متدين، أو محاولة فرض نظام سياسي غير مقبول اجتماعياً بالمرة، أو نشر صور إباحية وغير ذلك من آراء تخالف النظام العام والآداب العامة.

- ضوابط تتعلق بمصالح الدولة العليا تبرز عادة في الأحوال الاستثنائية التي تمر بها الدولة وتهدد وجودها.

كالحروب والأزمات بمختلف أنواعها وحالات الطوارئ، وهذه ذات طبيعة قانونية

(٦) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، جرائم النشر في قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وفي ضوء قانون الجزاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص ٣ وما بعدها.

وأخلاقية، وتعبر هذه الضوابط عن مدى حرص الصحفي والإعلامي والمواطن حينما يمارس حريته التعبيرية على بلده، ومدى ما يمكن أن يقدمه لبلده من مساعدة في مثل هذه الأحوال، وما يمكن أن يقال أو لا يقال، ولو اختلف في الرأي مع النظام السياسي القائم.

الفصل الثاني نوع المسؤولية الجزائية في جرائم النشر

تمهيد وتقسيم:

ولا شك أن ضمير العدالة يتأذى من محاكمة شخص لم يرتكب ثمة جرم، وأن مصلحة المجتمع تتهدد من فرار الجاني من العقاب، وهذا ما يتفق مع ما قرره الدستور الكويتي فقد أقر مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية، بمعنى أن المسؤولية الجزائية تتطلب ألا يكون الشخص مسؤولاً عن الجرائم ولا أن تفرض عليه عقوبتها إلا بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها، ولا يكفي لانعقاد المسؤولية الشخصية افتراض الركن المادي أو افتراض الركن المعنوي بل يجب توافر الركنين معاً يقيناً.

وعليه نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: المسؤولية الشخصية عن جرائم النشر.

المبحث الثاني: المسؤولية المفترضة عن جرائم الصحافة.

المبحث الثالث: مسؤولية الفاعل الأصلي والشريك عن جرائم النشر.

المبحث الأول

المسؤولية الشخصية عن جرائم النشر

مسؤولية رئيس التحرير حقيقية لا مفترضة:

نصت المادة ٤٧ من قانون الجزاء الكويت على أنه يعد فاعلاً للجريمة:

أولاً: من يرتكب وحده أو مع غيره الفعل المكون للجريمة أو يأتي فاعلاً من الأفعال المكونة لها.

ثانياً: من تصدر منه أفعال مساعدة أثناء ارتكاب الجريمة أو يكون حاضراً في المكان الذي ترتكب فيه الجريمة أو بقربه، بقصد التغلب على أية مقاومة أو بقصد تقوية عزم الجاني.

ثالثاً: من يحرض على ارتكاب الجريمة شخصاً غير أهل للمسؤولية الجنائية أو شخصاً حسن النية.

كما نصت المادة ١٢ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: (يجب على المرخص له في إصدار صحيفة أن يقدم إلى الوزارة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ

إخطاره بالموافقة ما يلي..... (٢) اسم كل من رئيس التحرير ونوابه وموافقتهم الخطية على قبولهم لهذا المنصب.

وإذا لم يقيم المرخص له بأي من الالتزامات الواردة في البنود السابقة اعتبر الترخيص ملغياً بحكم القانون ودون حاجة إلى إجراء آخر، وللوزير المختص مد الميعاد إلى مدة لا تجاوز شهراً واحداً).

ونصت المادة ١٦ من ذات القانون إلى أنه: (يجب أن يكون لكل صحيفة رئيس تحرير أو أكثر يشرف عليها أو على قسم معين من أقسامها، وأن يكون الإشراف فعلياً ويشترط في رئيس التحرير ما يلي.....)

كما نصت المادة ٢٧ من ذات قانون المطبوعات والنشر الجديد: (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب رئيس التحرير وكاتب المقال أو المؤلف إذا:

١ - نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (١٩) بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٢ - نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (٢٠) بالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار.

٣ - نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (٢١) بالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار.

٤ - يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار عن كل مخالفة أخرى لأحكام الفصل الثاني من هذا القانون.

ويجوز للمحكمة الجزائية في أي من الحالات السابقة أن تأمر بإلغاء الترخيص أو الصحيفة مدة لا تزيد عن سنة واحدة ومصادرة العدد المنشور وضبط النسخة والدعامة الأصلية المثبت عليها وإعدامها وإغلاق المطبعة المستخدمة في الطبع).

كما نصت المادة ٢٨ من ذات القانون على أنه: (إذا نشر تحريض على قلب نظام الحكم وكان التحريض متضمناً الحث على تغيير هذا النظام بالقوة أو بطرق غير مشروعة، أو الدعوة إلى استعمال القوة لتغيير النظام الاجتماعي والاقتصادي القائم في البلاد، أو إلى اعتناق مذاهب ترمي إلى هدم النظم الأساسية في الكويت بطرق غير مشروعة، عوقب رئيس التحرير وكاتب المقال بالعقوبة المقررة بالمادة (٢٩) فقرة أولى من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦

لـ ١٩٦٠، وتجدر الإشارة إلى أن نص المادتين ٢٨، ٢٧ من قانون المطبوعات والنشر لم يقررا أية مسؤولية مفترضة تخالف القواعد العامة، وإنما جرت صياغتهما على نحو يؤدس إلى تطبيق القواعد العامة.

وباستقراء نصوص المواد ١٢، ١٦، ٢٧، ٢٨ من قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم ٢٠٠٦/٣ يتضح أن المشرع أوجب أن يكون للجريدة رئيس للتحريير مسؤول يشرف إشرافاً فعلياً على كل محتوياتها ويكون مسؤولاً عما نشر فيها، وأن مسؤوليته في هذا الشأن مسؤولية حقيقية بنشره، بمعنى أن المشرع قد أقام قرينة قانونية مؤداها علم رئيس التحرير بكل ما نشرته الجريدة التي يشرف عليها.

فالقانون يلزم رئيس التحرير بأن يراقب العاملين بالصحيفة لمنع وقوع جرائم النشر، فإذا أخل بهذا الالتزام كأن أذن للمخالف أو امتنع عن الرقابة المانعة للمخالفة، قامت الجريمة باعتبار أن عدم قيامه بمراقبة المحررات أو السماح بالنشر للمحررات المخالفة للقانون، هو أخلال بالواجب القانوني المفروض عليه، وقد أكد قانون المطبوعات والنشر الجديد على ما يلي:

- ١ - شخصية العقوبة وتعني شخصية المسؤولية الجزائية، فلا يكون مسؤولاً عن الجريمة إلا من كان فاعلاً لها أو شريكاً فيها.
- ٢ - الأصل في الإنسان البراءة إلى أن تثبت إدانته بمقتضى حكم قضائي وذلك وفقاً لما نص عليه الدستور الكويتي في المادة ٣٤.
- ٣ - مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للمادة (٢٧)، (٢٨) من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦... هي مسؤولية حقيقية وفعالية تتأسس على سلوك وخطأ شخصي في مباشرته للالتزام القانوني المفروض عليه بواجب الرقابة والإشراف الفعلي على ما ينشر في الجريدة، ومعاقبته على الإخلال بهذا الالتزام، إن كان عمداً أو إهمالاً.
- ٤ - تعذر مراقبة كل ما ينشر في الجريدة.... يرتبط بتطبيق النص وليس بتكليف المسؤولية وأعمالها.... يجوز تعيين رئيس تحرير آخر أو عدة رؤساء تحرير لمواجهة حجم العمل عملاً بالقانون الجديد.
- ٥ - المسؤولية الجزائية لرئيس التحرير هي تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية في القانون الجزائي، ولا مخالفة فيها لمواد الدستور ولقاعدتي شخصية العقوبة وافترض أصلي لجريمة عمدية.

ومن ثم يعاقب رئيس التحرير إذا أهمل هو أو كاتب المقال في القيام بالواجب القانوني المفروض عليه، مما أدى إلى وقوع الجريمة، فهنا يتوافر الخطأ غير العمدي لديه،

ومع ذلك فإن المشرع يعاقبه بذات القوانين المقررة للجريمة العمدية التي ارتكبت بواسطة جريده^(٧) ومن ثم فقد ساوى المشرع بين القصد الجنائي وبين الخطأ غير العمدى لقيام مسؤولية رئيس التحرير و كاتب المقال، خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية الجزائية.

المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي:

أجاز قانون المطبوعات والنشر الجديد في المادة الثالثة منه، أن يكون طالب الترخيص اعتبارياً، حيث إنه جاء في نص المادة (٣): (..... وإذا كان طالب الترخيص شخصاً اعتبارياً فيجب أن يكون جميع المؤسسين أو الشركاء كويتييين وأن تتوافر الشروط السابقة فيمن يتولى إدارة النشاط.....)

وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي لا يسلم - كقاعدة عامة - بقانون الجزاء بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، فإنه قد نص في المادة ٢٧ من قانون المطبوعات الجديد على تعطيل الصحيفة مدة لا تزيد عن سنة واحدة ومصادرة العدد المطلوب، ومصادرة النسخة والدعامة الأصلية المثبت عليها وإعدامها وإغلاق المطبعة المستخدمة في الطبع كعقوبة تكميلية للجرائم التي تقع بواسطة النشر، فإنه يعتبر إقراراً ضمنياً بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، والعقوبة هنا تقع على الصحيفة التي ارتكبت الجريمة باعتبارها شخصاً معنوياً.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يجوز مساءلة الشخص المعنوي جزائياً؛ حيث لا يمكن أن يرتكب جريمة، إذ ليس له إرادة، ومن ثم فهو غير أهل لتحمل المسؤولية الجزائية، وأنه يجب أن تنسب الجريمة إلى من ارتكبها من الأشخاص الطبيعية ولا تنسب إلى الشخص المعنوي^(٨).

ولاشك أن تقرير المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا يؤدي في حد ذاته إلى انتهاك مبدأ شخصية العقوبة، حيث تعد هذه المسؤولية ذات طبيعة خاصة.

المبحث الثاني

المسؤولية المفترضة عن جرائم النشر

لقد خرج المشرع عن المسؤولية الجنائية للفعل الشخصي إلى المسؤولية عن فعل غير واضح الدلالة في مجال الصحافة، وعلى سبيل المثال لا الحصر، حيث يعتبر

(٧) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، ص ٦٨١.

(٨) د. شريف سيد كامل. جرائم الصحافة في القانون المصري، ص ٨٢.

القانون المسؤولين هم الناشر فيما يتعلق بالكتب، أو المدير فيما يتعلق بالنشرات الدورية.

ومع أن الأصل في جرائم النشر أن فاعلها هو المحدث لها الذي ينسب إليه وقوعها، وهذا الوصف يصدق على المؤلف كما يصدق على الناشر، لأن الجريمة تقع من فعل الكتابة ومن فعل النشر^(٩).

إلا أن المشرع الفرنسي لم يسلم بذلك قط، ورأى أن الفعل المكون للجريمة هو النشر وحده، وأن من يقوم به هو وحده الفاعل، أما المؤلف أو الكاتب فليس إلا شريكين له، ونص في القانون الصادر سنة ١٨٨١ على أن نظام الإدارة الذي يقوم على الافتراض، وبموجبه تلتزم الجريدة باختيار شخص يكون مديراً مسؤولاً عن الجرائم التي ترتكب بواسطته، ولا عمل له فيها إلا هذه المسؤولية.

ويعتبر المدير مسؤولاً دائماً سواء وقع على الصحيفة أو المقال، أو لم يوقع عليها، وسواء أكان حسن النية أم سيئ النية، ولا يعفى من المسؤولية إلا أن يقيم الدليل على قوة قاهرة حالت بينه وبين الاطلاع على المقال موضوع الجريمة.

وقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً جوهرياً، على نظام الإدارة بالأمر الصادر في ١٩٤٤/٨/٢٦ بشأن الصحافة الفرنسية بالصحف والمطبوعات بإضافة عبارة مدير النشر، ومالك الجريدة أو المالك لمعظم رأس مالها، أو رئيس مجلس إدارة الشركة التي تمثلها، أو رئيس الهيئة، أو الجمعية التي تملكها^(١٠).

وبذلك فقد اتخذ المشرع الفرنسي من ملكية الجريدة أساساً لمساءلة المالك جنائياً، على ما ينشر فيها من وقائع يعاقب عليها القانون، وهو لم يخرج بهذا عن دائرة الافتراض إلا أنه افترض ما يكون واقعاً، وتأثيره من جهة المنع والردع لا يحتاج إلى برهان^(١١).

وخلاصة القول أن فكرة المسؤولية المفترضة تقتضي أن يسأل رئيس التحرير أو المحرر عن الجريمة بوصفه فاعلاً لها، استناداً إلى أنها لا تقع إلا بالنشر الذي يباشره أي منهما، فهناك نوع من التضامن.

(٩) د. فضل محمد المصري، المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة في القانون اليمني، دراسة مقارنة مع القانون المصري، رسالة دكتوراه، ٢٠٠٨، ص ٢١٩.

(١٠) المرجع السابق ص ٢٢٠.

(١١) د. محمد ذكر أحمد عسكر، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٠، ص ٣٩١.

المبحث الثالث

مسؤولية الفاعل الأصلي والشريك عن جرائم النشر

الفاعل الأصلي للجريمة هو المنفذ الفعلي للعناصر المادية التي تؤدي مباشرة لنتيجة الجريمة، أما إذا كانت الأعمال خارجة عن عناصر هذا الركن عد مقترفها شريكاً، بشرط توافر أركان الاشتراك المنصوص قانوناً، والفاعل الأصلي في جرائم الصحافة هو الذي يقوم بالإشراف الفعلي على العمل الصحفي أو يساهم مادياً في القيام بهذا العمل، ويتم تحديد مسؤوليته عن هذه الجريمة وفقاً لدوره الفاعل الذي يقوم به في ارتكاب هذه الجرائم، وفيما يلي سوف نوضح المقصود بالاشتراك والمساهمة الجنائية على النحو التالي:

أولاً - ماهية الاشتراك أو المساهمة الجنائية التبعية في جرائم الصحافة:

المساهمة التبعية بصفة عامة هي نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته برابطة السببية، دون أن يتضمن تنفيذاً للجريمة أو قياماً بدور رئيسي في ارتكابها^(١٢).

وعليه فإن الاشتراك في جرائم الصحافة وفقاً لهذا التعريف يقتصر على النشاط الذي لا يتضمن مساهمة في الأعمال التنفيذية التي يقوم عليها نشر الفكرة، كما هو الحال في الشخص الذي يهيمن على نشر الفكرة مثل المؤلف، أو القيام بدور رئيسي فيها مثل مدير النشر الملتمزم بواجب الرقابة الذي بمقتضاه يحول دون نشر الفكرة وفقاً لقانون الصحافة الفرنسي، ويرتبط بفعل النشر ونتيجته التي تمثل الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون بعلاقة سببية^(١٣).

ثانياً - أركان الاشتراك:

يطلق المشرع المصري على المساهم التبعية لفظ "الشريك"، وقد عرفه في المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري على أنه يعد شريكاً في الجريمة:

"أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ف وقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطى للفاعل أو للفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما يستعمل

(١٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، ص ٤٢٦.

(١٣) د. خالد رمضان، مرجع سابق، ص ٤١٧.

في ارتكاب الجريمة مع علمه بها، أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها"

كما تنص المادة ١٢١-٧ من قانون العقوبات الفرنسي^(١٤) على أنه يعد شريكاً في الجناية أو الجنحة الشخص الذي يقوم بالمساعدة أو المعاونة في تيسير إعداد أو تنفيذ الجريمة، ويعد شريكاً الشخص الذي يقوم بواسطة العطية أو الوعد أو التهديد أو الأمر أو بالتعسف في استعمال السلطة أو السلطة بالتحريض على الجريمة أو بإعطاء تعليمات لارتكابها.

وباستقراء المادتين السابقتين يتضح أن للاشتراك في الجريمة أركاناً ثلاثة.

الركن الأول - الركن الشرعي للاشتراك:

يتوافر هذا الركن من خلال الصفة غير المشروعة التي يسبغها القانون على نشاط الشريك^(١٥) والتي يستمدّها من النشاط غير المشروع الذي ارتكبه المساهم الأصلي في الجريمة، والصفة غير المشروعة لنشاط الشريك تتلازم وجوداً وعدماً مع الصفة غير المشروعة لنشاط الفاعل الأصلي.

الركن الثاني - الركن المادي للمساهمة التبعية:

ويقصد بالركن المادي للمساهمة التبعية النشاط الإجرامي الذي يأتيه الشريك وما يترتب عليه من آثار، ويقوم هذا الركن المادي على عناصر ثلاثة، النشاط الإجرامي وآثاره التي تتمثل في النتيجة الإجرامية وعلاقة السببية التي تربط بينهما.

(أ) النشاط الإجرامي للشريك:

حدد المشرع المصري في المادة ٤٠ من قانون العقوبات وسائل النشاط الإجرامي في المساهمة التبعية على سبيل الحصر وهي التحريض والاتفاق والمساعدة، وعليه فإن التحريض على الجريمة في قانون الصحافة يتم من خلال التحريض على نشر الكتابة المجرمة، أو أي فعل يساهم في معاونة القائم بالنشر، أو إعطيه العلم بكيفية اقترافها، مثل من يقوم بالمعاونة في خدمة النشر المجرم من خلال مساعدة مدير النشر بالأدوات أو الأفكار أو التحريض للتحقيقات التي ساهمت في النشر المعاقب عليه^(١٦).

(١٤) المادة ٦٠ من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

(١٥) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

(١٦) د. خالد رمضان، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(ب) النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك:

يترتب على إتيان الشريك نشاطه ارتكاب الفاعل جريمته، فهذه الجريمة ترتكب بناء على التحريض أو الاتفاق أو المساعدة، وتعد هذه الجريمة بعناصرها المتعددة النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك، وعليه فإن النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك في جرائم الصحافة تتمثل في ارتكاب الفاعل الأصلي فعل النشر الذي يعاقب عليه القانون، ويستوي أن يكون الفاعل الأصلي مسؤولاً أو غير مسؤول، إذ يكفي لتحقيق نتيجة الاشتراك وقوع عمل النشر الذي يتصف بعدم المشروعية، فالعبرة بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل^(١٧)، وبالتالي إذا ترتب على الاشتراك وقوع فعل أصلي غير معاقب عليه فإن الاشتراك لا يعاقب عليه، ومثال ذلك الاشتراك في فعل النشر الذي تضمن الطعن في أعمال موظف عام، أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة إذا حصل بسلامة نية.

(ج) علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة:

وأهمية هذه العلاقة أنها عنصر في الركن المادي للمساهمة التبعية، فإن انتفت انهار ذلك الركن ولم يعد لمسؤولية الشريك محل، إذ يعني انتفاؤها أن نشاطه لم يكن له شأن في الجريمة، ولذلك يشترط لمعاقبة الشريك أن تتوافر رابطة السببية بين نشاطه وبين جريمة الصحافة، عن طريق التحريض أو الاتفاق أو المساعدة^(١٨).

الركن الثالث - الركن المعنوي:

وتوافر الركن المعنوي شرط لمسؤولية المتهم عن جرائم الصحافة بصفة الشريك، وهو يقوم على عنصري العلم والإرادة، العلم بأركان جريمة النشر، وإرادة فعل النشر ونتيجته التي تتمثل في الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.

ثانياً - مجال الاشتراك في جرائم الصحافة:

يتسع مجال الاشتراك في الجرائم التي تقع بواسطة الصحف للعديد من الأعمال التي تتصل بالركن المادي للجريمة والتي تتصل بفعل النشر، فهو يمتد لوقائع النشر والاشتراك في التحرير والاشتراك في طرق التوزيع، ويمكن إثبات الاشتراك هنا بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن.

(١٧) د. فوزية عبد الستار، المساهمة الأصلية في الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٧، ص ٤١١.

(١٨) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، ص ٤٤٩.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون الجزاء الكويتي قد نص في المادة ٤٨ منه على وسائل الاشتراك وهي:

أولاً: من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة، فوقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الفعل المكون للجريمة، فوقع بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من ساعد الفاعل - بأية طريقة كانت - في الأعمال المجهزة للجريمة مع علمه بذلك، ف وقعت بناء على هذه المساعدة.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن القانون الكويتي كان يتبنى أحكام للاشتراك في الجريمة بعد وقوعها (شريك لاحق) إلا أن المحكمة الدستورية في ثلاث قضايا متتابعة قررت عدم دستورية أحكام الاشتراك اللاحق وأسقطت نصوص ذلك النظام.

وباستقراء نص المادة السابقة يتضح أن كل من يساهم بأي عمل من أعمال الاشتراك في جرائم النشر يكون محالاً للمساءلة الجنائية، سواء أكان هذا العمل متمثلاً في المساعدة أم التحريض أم الاتفاق على ارتكاب جرائم النشر.

الفصل الثالث

الأحكام الخاصة بجرائم النشر

تمهيد وتقسيم:

حرصت غالبية التشريعات على وضع تنظيم قانوني لمهنة الصحافة من خلال قانون مستقل، ففي الكويت صدر أول قانون للمطبوعات والنشر رقم ٣ لسنة ١٩٦١، ثم صدر مؤخراً القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ والذي لم يضع أي رقابة سابقة على النشر حيث أشارت المادة ٨ من الفصل الثاني من قانون المطبوعات والنشر الجديد إلى أنه: "لا تخضع الصحف لأي رقابة مسبقة" وجعل الأصل العام هو حرية النشر، إلا أنه في إطار ممارسة هذا الحق حظر نشر بعض المسائل وجرم نشرها حفاظاً على المصلحة العامة وحرية الآخرين، ولذا فقد حظر القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ جرائم النشر والتي من أهمها التحريض على ارتكاب الجرائم، والتحريض على قلب نظام الحكم وتحريض الجند على التمرد والتحريض على بعض طائفة من الأشخاص والفتنة الطائفية والتحريض على انتهاك الآداب العامة، والعيب في حق رؤساء الدول وسب الموظف العام والتأثير على سير العدالة والإخلال بمقام القاضي، والتعدي بالقذف والسب على آحاد الناس، والتعدي على المعتقدات الدينية.....الخ.

وجرائم النشر لا تختلف في طبيعتها الإجرامية عن غيرها من الجرائم فهي لا تقوم إلا بتوافر الأركان التي تشكل الجريمة بصفة عامة، ومن ثم تقوم على ثلاثة أركان، الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي^(١٩) فالركن الشرعي للجريمة هو الصفة غير المشروعة التي بسببها خضع الفعل لنص التجريم والعقاب وأصبح جريمة، أما الركن المادي للجريمة فيقصد بها مظهرها الخارجي والذي يتخذ أحد أشكال ثلاثة، الفعل، والنتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية، والركن المادي أهمية واضحة، فلا يعرف القانون جرائم بغير ركن مادي، إذ بغير ماديات ملموسة لا ينال المجتمع اضطراب ولا يصيب الحقوق الجديرة بالحماية أي عدوان، وبالإضافة إلى ذلك فإن قيام الجريمة على ركن مادي يجعل إقامة الدليل عليها ميسوراً، إذ إن إثبات

(١٩) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ص ٢٧٠، وانظر أيضاً: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٣، والدكتور مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، سنة ١٩٨٤، ص ١٠٠٩، د. عمر السعيد رمضان، قانون العقوبات، القسم العام، سنة ١٩٩١، ص ٤٨.

الماديات سهل، ثم هو يقي الأفراد احتمال أن تؤاخذهم السلطات العامة دون أن يصدر عنهم سلوك مادي محدد فتعصف بأمنهم وحرياتهم.

أما الركن المعنوي فهو الإرادة الإجرامية، وتقوم على العلم والإرادة.

مما سبق لا تختلف جرائم النشر عن غيرها من الجرائم إلا أن السمة المميزة لجرائم الصحافة والنشر عن الجرائم الأخرى هي ركن العلانية، وعليه فإن الدراسة في هذا الفصل سوف تقسم إلى مبحثين.

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالركن المادي.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالركن المعنوي.

المبحث الأول الأحكام الخاصة بالركن المادي

تمهيد وتقسيم:

اهتم قانون الجزاء الكويتي بحماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وذلك من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التي تنال من الحقوق والحريات، وهذا ما كرسه قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، ونظراً لكون المشرع الكويتي لم يضع رقابة سابقة على النشر إلا أنه حظر نشر بعض المسائل وجرم نشرها حفاظاً على المصلحة العامة وحرية الآخرين بوضع حدود متوازنة بين حرية الرأي والمصالح الجديرة بالحماية، فقد لزم عن ذلك ضرورة عدم لجوء المشرع إلى حظر النشر إلا إذا كان الصالح العام يقتضيه^(٢٠)، فقانون الجزاء لا يلغي حرية النشر وحرية الصحافة وإنما يضعها في حدودها الطبيعية لمقاومة أي انحراف يتجاوز المصلحة العامة، فلو فتح الباب على مصراعيه فقد ترتكب الصحافة جرائم عديدة، ومن ثم فقد حصر المشرع جرائم النشر وهي جرائم لا تختلف في طبيعتها الإجرامية عن غيرها من الجرائم، إلا أن السمة المميزة لها عن الجرائم الأخرى تتعلق بركن العلانية، وجريمة النشر مثل كل الجرائم لا تقوم إلا بتوافر أركانها العامة.

(٢٠) د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، سنة ١٩٦٥، ص ٢١٩، د. جمال الدين العطيفي، حرية الصحافة وفق تشريعات جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، القاهرة سنة ١٩٧٤، ص ٣٨، د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، جرائم النشر في ضوء قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وفي ضوء قانون الجزاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص ١٥.

ومن المتفق عليه أن الجريمة تقوم على ثلاثة أركان، الركن الشرعي والمادي والمعنوي، ويعد الركن المادي ضماناً للحرية الفردية تمنع من العقاب على النوايا والأفكار الداخلية^(٢١).

ويقوم الركن المادي لجريمة النشر على ثلاثة عناصر: الفعل، أو النشاط الإجرامي الذي يتم في العلانية والنتيجة الإجرامية وأخيراً علاقة السببية.

وعليه فإن الدراسة في هذه المبحث تقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: عناصر الركن المادي في جرائم النشر.

المطلب الثاني: العلانية في جرائم النشر.

المطلب الأول

عناصر الركن المادي في جرائم النشر

تمهيد وتقسيم:

الركن المادي لأي جريمة يقوم على ثلاثة عناصر تتمثل في النشاط أو السلوك، والنتيجة، وعلاقة السببية بينهما، وهو ما سوف نوضحه فيما يلي:

أولاً - النشاط أو السلوك الإجرامي:

نص قانون الجزاء الكويتي في المادتين ٢١١، ٢١٣، على عدة تطبيقات لمفهوم النشاط في جريمة النشر، وهذه التطبيقات لم ينص المشرع عليها على سبيل الحصر، ويمكن أن تنقسم صور النشاط الذي نص عليه المشرع في تلك المواد إلى الآتي:

١ - الأقوال والعبارات أو الرسوم أو الصور أو الإعلانات:

يقصد بالقول كل ما ينطق من كلمات أو عبارات تفيد لفظ معين، وقد يكون القول بلغة عربية أو أجنبية صريحاً أو ضمناً بصفة الجزم أو التشكيك^(٢٢).

وقد ساوى المشرع في المادة ٢ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ بين الأقوال أو العبارات أو الصور أو الرسوم من حيث اعتبارهم من وسائل التعبير عن الرأي، ومن

(٢١) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٨٣، ص ٢٣٧، د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٣، ص ٥٥، د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقصد الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة ١٩٧١، ص ٤٦٦.

(٢٢) د. عبد الله مبروك النجار، إساءة استعمال حق النشر، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ٨٩.

ثم فإن جريمة النشر تقع سواء من خلال الصور أو الرسوم أو العلامات أو الأقوال والكتابات التي قد تكون من خلال أجهزة الإعلام المكتوبة أو المسموعة أو المرئية.

الكتابة: وتشمل كل مكتوب أياً كان شكله سواء أكان بخط اليد أم مطبوعاً بأي وسيلة من وسائل الطبع التي من شأنها أن تخرج عدة نسخ من المكتوب كالمطبوعة وغيرها.

الرسم: يدخل في إطار الرسم، الصور والرسوم الشمسية والتصوير والكاريكاتير الذي يعد طريقة مألوفة من طرق التعبير تعتمد على الدعاية والمبالغة والتشويق واجتذاب النظر^(٢٣).

العبارات: يقصد بالتعبير المضمون النفسي الذي يقصد صاحب التعبير إبلاغه للغير أو قابلية هذا المضمون لأن يتطرق إلى نفس الغير^(٢٤)، وقد يكون التعبير من خلال الاتصال المباشر وغير المباشر، والظروف التي نشرت فيها الكتابة هي التي تحدد المقصود بالعبارات مع ملاحظة العرف والعادة المعلومتين للمتهم والمجني عليه^(٢٥).

الكتابة أو الطباعة: ساوى المشرع بين الكتابة أو الطباعة في قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، والمقصود بالكتابة هي كل ما هو مدون بلغة مفهومة أو يمكن فهمها ولو بالاستعانة بالغير أو بأي وسيلة أخرى، وتشمل الكتابة الصحف والمجلات والكتب والإعلانات والكاريكاتير، أما الطباعة فيقصد بها كل كتابة أو رسم أو صورة أو قول كان مجرداً أو مصاحباً لموسيقى أو غير ذلك من وسائل التعبير متى كانت مدونة على دعامة بالوسائل التقليدية أو وسيلة أخرى أو محفوظة بأوعية حافظة أو إلكترونية أو غيرها من الحافظات معدة للتداول بمقابل أو بدون مقابل.

ثانياً- النتيجة الإجرامية:

يقصد بالنتيجة الإجرامية الأثر الذي يترتب على ارتكاب الفعل الإجرامي^(٢٦)،

(٢٣) أ. محمد عبد الله، جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية، سنة ١٩٥١، ص ١٧٧.

(٢٤) د. عماد النجار، النقد المباح، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧.

(٢٥) د. محسن فؤاد فرجن، جرائم الفكر والرأي والنشر، النظرية العامة للجريمة التعبيرية، الطبعة الثانية، دار الغد العربي، سنة ١٩٨٨، ص ٧٣.

(٢٦) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، القاهرة سنة ١٩٨٣، ص ٢٧٣.

والغالب الأعم أن المشرع الكويتي لم يعتد في قانون الجزاء بالنتيجة الإجرامية في جرائم النشر، ويجرم النشاط في ذاته بصرف النظر عن النتيجة الإجرامية^(٢٧).

ثالثاً - علاقة السببية:

يقصد بعلاقة السببية أن يكون السلوك الإجرامي هو الذي أدى إلى إحداث النتيجة الإجرامية، ونظراً لأن المشرع الكويتي لم يعتد بالنتيجة الإجرامية في جرائم النشر ويجرم النشاط في ذاته بصرف النظر عن النتيجة الإجرامية، فإن البحث عن علاقة السببية يكون غير ذي أثر.

المطلب الثاني

العلانية في جرائم النشر

يعتبر النشر بإحدى طرق العلانية التي حددها قانون الجزاء رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ في المواد ٢٥، ٢٩، ٢١٠، ٢١١ عنصراً تكوينياً في معظم جرائم النشر، وطرق العلانية تشمل النشر من خلال الصحف أو أي طريقة أخرى من طرق العلانية، فالعلانية هي جوهر جريمة النشر، وغيابها واختفاؤها يعني عدم وجودها، لذا استقر القضاء على أهمية بيان ركن العلانية في الحكم الصادر بالإدانة وإلا كان الحكم باطلاً^(٢٨).

وقد نصت المادة ٢٠٩ من قانون الجزاء الكويتي على أن: "كل من أسند لشخص في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه واقعة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو تؤذي سمعته يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين" ويستخلص من هذه المادة أن المشرع يعاقب على السب العلني وإن لم يتوافر فيه شرط العلانية، بشرط أن يكون على محل مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه، كما يعاقب على السب والقذف وإن تم بصورة غير علنية، إذا كان على مسمع أو مرأى شخص آخر غير المجني عليه، فإنه يستوي في نظر المشرع القذف والسب في مكان عام أو في مكان خاص.

والعلانية في جرائم النشر تتخذ أشكالاً عديدة، فقد تتم بالقول أو بالفعل أو بالكتابة أو الرسم أو الصورة في مكان عام أو على مسمع من شخص غير المجني

(٢٧) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٢٨) نقض ١١ يونيو سنة ١٩٣١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ١٧٥، ص ٣٤١.

عليه أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، عملاً بالمادة ٢٥، ٢٩ من قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١، لسنة ١٩٧٠، بناء على ذلك سنتطرق إلى أشكال العلانية وهي:

أولاً - العلانية الحقيقية:

ويقصد إبلاغ المعنى أو الشعور المؤذي إلى علم الجمهور بالفعل، بصرف النظر عن الطريقة التي يتم بها^(٢٩)، ومثال ذلك حدوث جريمة السب والقذف في محفل عام من الجمهور، ولا يشترط لكي يعتبر الاجتماع عاماً أن ينعقد في مكان عام، فقد يكون الاجتماع عاماً في مكان خاص، طالما يستطيع الجمهور حضوره بدون تمييز وبلا دعوات خاصة^(٣٠)، ويستطيع القاضي استنتاج عمومية الاجتماع من خلال معرفة طبيعة ما بين المجتمعين من صلات، وطريقة الدعوة للاجتماع والغرض منه^(٣١).

ثانياً - العلانية الحكمية:

افترض المشرع العلانية الحكمية بغلبة الظن بتحققها لوجود قرينة على ذلك، فإذا تم القذف والسب في مكان عام حتى ولو لم يسمع شخص آخر غير المجني عليه ألفاظ السب والقذف توافرت العلانية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن العلانية متوافرة في الأماكن العامة حتى ولو كانت خالية من الناس^(٣٢)، وفي هذا الإطار قضت محكمة استئناف باريس بأن: "نشر الأقوال التي تضمنت القذف عبر شبكة الإنترنت والمرسلة إلى عدد من الأشخاص غير المحددين ولا يرتبطون فيما بينهم بمصالح مشتركة يكون به فعل العلانية"^(٣٣).

وجعل المشرع الإسناد على مسمع أو رأى من شخص آخر غير المجني عليه قذفاً يتوافر فيه ركن العلانية على الرغم من أنه تم في مكان خاص وفي غياب جمهور من الناس.

وباستقراء نصوص المواد ٢٥، ٢٩، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١ من قانون الجزاء الكويتي يتضح أن المشرع قرر عدة وسائل للعلانية وهي:

أ - علانية الإسناد في مكان عام: والمكان العام هو ذلك المكان المعد لدخول أي

(٢٩) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٤.

(٣٠) د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، طبعة سنة ١٩٨٣، ص ٢٠٩.

(٣١) أ. محمد عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٣٢) نقض ٢٥ فبراير ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض المصرية، س ٢٥، رقم ١١٦، ص ١٩٤.

(٣٣) TGL Paris ref.30 avril 1997:Gaz.,pal 1997.2 sonim.p.393.

شخص أو المفتوح للجمهور، سواء بشروط وقيود معينة أم لا^(٣٤)، وقد قسم الفقه المكان العام إلى ثلاثة أماكن (مكان عام بطبيعته) وهو كل مكان يباح لأي شخص الدخول أو المرور فيه في أي وقت مثل الحدائق العامة والطرق العامة، ومن ثم متى حصل الجهر بالقول أو الصياح في مكان عام فقد افترض المشرع توافر العلانية.

(مكان عام بالتخصيص) وهو المكان الذي يمكن للجمهور الدخول أو المرور فيه خلال أوقات محددة، ولا يجوز له دخوله في غير هذه الأوقات كدور السينما والمسارح، ويشترط أن يتم الإسناد خلال الأوقات التي يباح فيها للجمهور بالدخول وإلا لا تتحقق العلانية بصرف النظر عن عدد الأشخاص الموجودين في هذا المكان، ويشترط أن تتحقق العلانية في الجزء المخصص من هذا المكان للجمهور^(٣٥).

(المكان العام بالمصادفة) وهو المكان الخاص أصلاً إلا أنه يتحول إلى مكان عام لظروف عارضة بسبب تصادف وجود جمهور من الناس مثل حديقة المنزل إذا وجد عدد من أفراد الجمهور بسبب مشادة بين شخصين، وتتحقق العلانية في المكان العام بالمصادفة بوجود عدد من الأشخاص وقت الإسناد، وأن يكون هذا العدد من الكثرة بحيث يجعل من هذا المكان الخاص محلاً عاماً^(٣٦). وإذا حدث القول أو الصياح في علانية في إحدى هذه الأماكن سألته الذكر وقعت الجريمة.

ب - الإسناد على مسمع ومرأى من شخص آخر غير المجني عليه: إذا تم السلوك الإجرامي في مكان خاص وفي غياب جمهور الناس إلا أنه يستطيع سماعه من كان في طريق عام أو في مكان مطروق، فقد افترض المشرع توافر العلانية في هذه الحالة، وبالتالي لا تتوافر العلانية إذا حصل فعل الإسناد في مكان خاص ولم يسمعه إلا من كان في مكان خاص.

ثالثاً - علانية الكتابة والرسوم والصور والعلامات المبينة في المادة ٢١١ جزاء، على أن: "كل من باع أو عرض للبيع مواد أياً كانت تحمل عبارات أو رسوماً أو صوراً أو علامات مكتوبة أو مطبوعة، أو تحمل تسجيلات لأقوال يُعد نشرها أو إبدائها قذفاً أو سباً...".

ويتضح من نص المادة السابقة أن العلانية تتحقق من خلال ما يلي:

(٣٤) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦٣٦.

(٣٥) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦٣٧.

(٣٦) د. رياض شمس، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب المصرية، سنة ١٩٤٧، ص ٢٩٥.

- ١ - البيع أو عرض للبيع مواد تحمل عبارات أو رسوماً أو صوراً أو علامات مكتوبة.
- ٢ - البيع أو عرض للبيع مواد مطبوعة أو تحمل تسجيلات لأقوال، وتحقق العلانية في هذه الصورة بالبيع أو عرض للبيع سواء تم في مكان عام أم لا، والتداول يعني البيع أو عرضه للبيع أو التوزيع أو إلصاقه على أي دعامة كواجهة المحلات أو الجدران أو غيرها، يجعله بأي وجه من الوجوه في متناول عدد من الأشخاص سواء تم ذلك بمقابل أو بغير مقابل^(٣٧).

والمقصود بالبيع بخصوص جرائم النشر في بيع الصحف والمجلات أن البائع لديه عدد من النسخ ولديه استعداد لبيعها لمن يقبلون دفع الثمن، فالعلانية تتحقق ببيع نسخة واحدة طالما أن المتهم لديه نسخ أخرى، أما إذا كان لدى المتهم نسخة واحدة يحتفظ بها لشخصه ثم قام ببيعها فإن العلانية لا تتحقق^(٣٨).

أما المقصود من العرض للبيع فهو طرح المادة المكتوبة أو الرسوم وغيرها للتداول أو إلى عدد من الأفراد بغير تمييز، ولا يشترط أن يقوم صاحب الكلام نفسه بهذا التوزيع ما دام الفعل الذي أتاها يؤدي حتماً إليه.

ويتحقق العرض بتسليم نسخة واحدة إلى عدة أشخاص لتداولها بينهم ما دام قد قصد إطلاعهم عليها، على أنه لا يتحقق العرض بدون هذا التسليم، والعرض الذي تقوم به المسؤولية هو العرض الحاصل عن علم بمضمون الكتاب، والمقصود به نشر هذا المضمون وإذاعته، وإذا لم يسبق البيع عرض فلا تتحقق العلانية ومثل ذلك إذا باع رسام لوحة واحدة من صنعه لأحد هواة جمع الصور المنافية للآداب.

ولا يشترط لتوافر العلانية في جرائم النشر عن طريق الصحف أن يتم توزيع عدد معين من النسخ بالنسبة، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "عدد النسخ لا يشترط لتوافر العلانية"^(٣٩). وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن وسائل العلانية الواردة في القانون المصري ليست واردة على سبيل الحصر بل هي من قبيل التمثيل والبيان^(٤٠).

(٣٧) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣٨) د. عمر سالم، نحو قانون جنائي للصحافة، الكتاب الأول، القسم الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ١١٤.

(٣٩) نقض ١٩٥٥/٣/٢١م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاماً، رقم ٣٦، س ٢٥، ص ٧٣٤.

(٤٠) نقض ١٩٤٤/٥/٨م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاماً، رقم ١٠٢٤، س ١٤، ص ٥٨ و ٥٩.

ومما هو جدير بالذكر أن توافر العلانية أو عدم توافرها مسألة يختص بتقديرها قاضي الموضوع، ويخضع في استخلاصه لمفهوم العلانية لرقابة محكمة التمييز، ومن ثم يجب على محكمة الموضوع تسببب حكمها تسببباً كافياً حتى تتمكن محكمة التمييز من مراقبة تطبيق القانون.

المبحث الثاني الأحكام الخاصة بالركن المعنوي

تمهيد وتقسيم:

إن لكل جريمة أركانها التي لا بد من توافرها، وانتفاء أي ركن منها يعني انتفاء الجريمة، وبالتالي يتطلب المشرع في جرائم الصحافة إلى جوار الركن المادي الركن المعنوي والذي يمثل جوهر الإرادة الإجرامية^(٤١) فالإرادة عنصر لازم في تكوين كل الجرائم عمدية كانت أو خطأ، وهذا ما يعبر عنه بالعنصر النفسي، والركن المعنوي له صورتان، الأولى: القصد الجنائي وهو لازم في الجرائم العمدية، والصورة الثانية: الخطأ غير العمدي وهو لازم في الجرائم غير العمدية، ويقوم الركن المعنوي في جرائم الصحافة على القصد الجنائي الذي يعبر عنه بالخطأ العمدي، وهو يتوافر بمجرد قيام العلم والإرادة اللذين يشكلان العلم بعناصر الجريمة وإرادة تحقيق هذه العناصر أو قبولها^(٤٢) كما أنه لا يتوافر إلا إذا كانت الإرادة مشوبة بالإثم الجنائي من خلال اتجاهها إلى الفعل المكون للجريمة المتمثل في عمل النشر، وإلى النتيجة المتمثلة في الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.

وتقتضي دراسة الركن المعنوي لجرائم الصحافة باعتبارها جرائم عمدية أن تتناول عناصر القصد الجنائي فيها، ثم تتعرض جرائم الصحافة لبعض تطبيقاته، وعليه فإن الدراسة في هذا الفصل ستقسم إلى مطلب.

المطلب الأول: عناصر القصد الجنائي في جرائم الصحافة.

المطلب الثاني: أنواع القصد الجنائي في الجرائم الصحفية.

(٤١) د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص ٢٦. - د. شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، دراسة تأصيلية للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٧٣٠. - د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٨، ص ٤٣.

(٤٢) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٤٧٨. - د. عبد الأحد جمال الدين. - د. جميل عبد الباقي الصغير، المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، القسم العام، ١٩٩٩، ص ٢٣٣.

المطلب الثالث: العلاقة بين شرط العلانية والقصد الجنائي.

المطلب الأول عناصر القصد الجنائي في جرائم الصحافة

تمهيد وتقسيم:

وفقاً لكل من القانون المصري والفرنسي والكويتي تعتبر جرائم الصحافة من الجرائم العمدية، وبالتالي يقوم ركنها المعنوي على توافر القصد الجنائي المتمثل في قصد العلانية أو قصد الإذاعة أو قصد الإضرار أو سوء النية.

وفي هذا الشأن ذهب القضاء الفرنسي إلى أن جرائم النشر تفترض توافر قصد الإضرار أو سوء النية بمجرد نشر العبارات المتضمنة للأمور التي يؤثمها القانون^(٤٣).

وقد عرّف الدكتور محمود نجيب حسني ((طيب الله ثراه)) القصد الجنائي بقوله: "القصد الجنائي علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها"^(٤٤)، ووفقاً لهذا التعريف فإن القصد الجنائي يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة، وعليه فإن الدراسة في هذا المبحث ستقسم إلى:

الفرع الأول: العلم.

الفرع الثاني: الإرادة.

الفرع الثالث: أنواع القصد الجنائي في الجرائم الصحفية.

الفرع الأول العلم

يجب أن يتوافر لدى المتهم العلم بعناصر الجريمة سواء المادية والقانونية، فالعلم هو التصور لحقيقة الشيء على نحو يطابق الواقع، ويشترط فيه أن يكون تاماً ومعاصراً للنشاط الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة^(٤٥).

وسوف نركز هنا على العلم بالوقائع ذات الأهمية في بيان الجريمة الصحفية.

Cass. 20 Juin 1960, Bull.n.159.

(٤٣)

(٤٤) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، مرجع سابق.

(٤٥) د. عبد المهيم بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري المقارن، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ١٩٥٩، ص ١٩٧.

١ - العلم بخطورة الفعل الذي تقوم به الجريمة الصحفية: يجب أن يعلم الجاني أن فعله من الخطورة بحيث يهدد بالاعتداء على الحق الذي يحميه القانون^(٤٦)، فمثلاً في جريمة القذف يتعين لكي يتوافر القصد الجنائي أن يعلم الجاني أن من شأن نشاطه الإجرامي إسناد واقعة شائنة إلى المجني عليه لو كانت صحيحة لأوجب عقابه أو احتقاره عند أهل وطنه، وهذا العلم مفترض إذا كانت العبارات موضوع القذف شائنة بذاتها، باعتبار أنها تحمل الدليل التام على توافر القصد الجنائي، وهنا لا تكون النيابة في حاجة إلى أن تقدم دليلاً خاصاً على توافر هذا الركن، ولكن يبقى للمتهم حق إدحاض هذه القرينة المستخلصة من وضوح ألفاظ المقال وإثبات عدم توافر القصد الجنائي لديه فيما كتب، أما إذا كانت العبارات موضوع القذف لا تحمل الدليل التام على توافر القصد الجنائي، فهنا على النيابة العامة أن تثبت توافر القصد الجنائي طبقاً للقواعد العامة^(٤٧).

٢ - العلم بمكان ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة الصحفية: يجب أن يتوافر لدى الجاني العلم بمكان ارتكاب الفعل الإجرامي، لاسيما في الحالة التي يعتبر فيها المكان عنصراً من عناصر تكوين الجريمة، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الجاني أثناء قيامه بالتحريض على ارتكاب جنائية أو جنحة أو قيامه بالسب والقذف لا يعلم أنه في مكان عام أو في محفل عام، فإن قصد العلانية لا يتوافر لديه وبالتالي لا يسأل عن أي من هذه الجرائم^(٤٨).

٣ - العلم بالصفات التي يتطلبها القانون في المجني عليه في الجريمة الصحفية: يتطلب المشرع أحياناً صفة معنية في المجني عليه، بحيث تعد الصفة عنصراً داخلياً في تكوين الجريمة، وبالتالي العلم بها يعد أمراً جوهرياً بحيث إذا ثبت انتفاؤه لدى الجاني انتفى القصد الجنائي لديه، ومثال ذلك جريمة الإهانة التي نص عليها المشرع في المادتين ١٧٩، والمادة ١٨١ من قانون العقوبات إذ يتعين فيها إثبات أن الجاني يعلم بأن المجني عليه هو رئيس الجمهورية أو ملك أو رئيس دولة أجنبية^(٤٩)، كما حدث عندما قام صحفي عراقي برمي رئيس الولايات المتحدة

(٤٦) د. محمود محمود مصطفى، القسم الخاص، سنة ١٩٨٤، ص ٢٤٤.

(٤٧) د. عمر سالم، نحو قانون جنائي للصحافة، الكتاب الأول، القسم الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ١٢٠.

(٤٨) نقض ٢٧٨ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٣٠٧، رقم ٦٥.

(٤٩) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٤، ص ٢٩٦.

السابق (جورج بوش) بالحداء، فعد ذلك إهانة لما يعلمه أن ذلك الفعل واقع على رئيس دولة أجنبية.

٤ - العلم بالنتيجة الإجرامية أو توقع النتيجة الإجرامية كعنصر في الجريمة: وهنا يتعين إثبات علم الجاني أو توقعه حدوثها، فمثلاً في جريمة التحريض على ارتكاب جنابة أو جنحة (م ١٧١ من قانون العقوبات)، كما يجب أن يعلم الجاني بصفة المجني عليه عما إذا كان موظفاً عام أم لا أو فرداً عادياً، مثال ذلك جرائم القذف عن طريق الصحف في حق موظف عام أو عضو مجلس الأمة، والعلم المطلوب هنا هو العلم الفعلي، فلا يكفي استطاعة العلم، ويتعين إثبات أن المحرض توقع قيام شخص بارتكاب هذه الجنابة أو الجنحة، فإذا انتفى هذا العلم انتفى القصد الجنائي لديه^(٥٠).

٥ - العلم بأداة أو وسيلة الجريمة الصحفية: في جرائم النشر يجب أن يعلم الجاني بعلانية العبارات والألفاظ التي يسندھا للمجني عليه، كما يجب أن يعلم بطرق ووسائل العلانية، فإذا انتفى هذا العلم انتفى القصد الجنائي لديه، وعليه إذا كان المتهم يجلس في مكان خاص ولا يعلم أن بجواره جهاز لاسلكي ينقل عبارات التحريض أو القذف إلى الخارج فإن القصد الجنائي لا يتوافر لديه^(٥١). وبالإضافة إلى علم المتهم بالوقائع المكونة للجريمة، فإنه يجب أن يتوافر لديه العلم بالتكليف القانوني لهذه الوقائع، أي الصفة غير الشرعية للفعل وذلك بالعلم بقانون العقوبات والقوانين المكملة له^(٥٢).

والمشروع يستلزم علم الجاني بعدم مشروعية النشاط، أي أن فعله يعد جريمة، وقد افترض هذا العلم بحيث لا تكلف النيابة العامة بإثبات علم الجاني بأن فعله يعد جريمة، أي أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون، فالجهل بالقانون لا ينفي القصد الجنائي، فقاعدة افتراض العلم بالقانون الجنائي لا يجوز إثبات عكسها^(٥٣).

(٥٠) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٥١) د. فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

(٥٢) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٥٣) د. محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٤٢٥، د. أحمد محمد الحسناوي، العلم بالقانون الجنائي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٠، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات العربية المتحدة.

الفرع الثاني الإرادة

العنصر الثاني من عناصر القصد الجنائي هو الإرادة، والإرادة التي تدخل في تكوين القصد الجنائي هي الإرادة الإجرامية التي تتجه نحو ارتكاب الفعل وإحداث النتيجة الإجرامية، فإذا كان الغرض غير مشروع كالرغبة في الاعتداء على الشرف والاعتبار انعكس ذلك على الإرادة ذاتها وأصبحت إرادة إجرامية^(٥٤)، فالإرادة تعد كعنصر في الجريمة لازماً في كل الجرائم عمدية كانت أم خطأ، ولذا يتعين أن تتجه الإرادة إلى عناصر الركن المادي للجريمة الصحفية وإلى العلانية، فلا بد من توافر قصد العلانية أو النشر، كما يجب أن يبين الحكم الصادر بالإدانة أن الجاني قد قصد نشر ما أسنده إلى المجني عليه، فإذا تخلف قصد النشر، فإن القصد الجنائي لا يعد متوافراً لدى الجاني، ومن ثم تنتفي المسؤولية الجزائية، ولا عبرة بالباعث على ارتكاب الجريمة، فالباعث ولو كان نبيلاً لا ينفي القصد الجنائي^(٥٥).

وقد اشترط قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ أن يتوافر لدى الجاني في جريمة النشر قصد عام، أي يجب أن تتوافر فيه الإرادة بالإضافة إلى العلم، ولا يحول دون وقوع الجريمة أن تكون الوقائع صحيحة وأن يتمسك المتهم بحسن النية باعتقاده صحة الوقائع الواردة في مقاله المنشور، كما يجب أن يكون المتهم مدركاً الأذى الذي ينتج عن فعله علماً بأنه يوجب الاحتقار ويمس السمعة والاعتبار، ولا يمكن التمسك بمبدأ حسن النية أو الباعث على ارتكاب الجريمة حتى يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه^(٥٦).

ومما هو جدير بالذكر أن جرائم النشر يتعين للبحث بوجود جريمة فيها من عدمه تقدير مرامي العبارات التي نكرها الكاتب وتبين مناحيها، فإذا ما اشتمل المقال على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن المصلحة العامة وأخرى يكون القصد منها التشهير، فللمحكمة في هذه الأحوال أن توازن بين القصدين وتقدير أيهما كانت له الغلبة في نفس الناشر، فضلاً عن وجوب توافر سوء النية لدى الكاتب، بأن يكون قد قصد المساس بكرامة الشاكي أو التشهير به في المقال بصورة تؤدي مفرداته بطريق اللزوم.

(٥٤) د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق، السنة السادسة، سنة ١٩٥٢ - ١٩٥٣، ص ٥٣.

(٥٥) د. عمر السعيد رمضان، قانون العقوبات، القسم الخاص، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٨ - ١٩٩٣، ص ٣٧٥.

(٥٦) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

وقد قضت محكمة استئناف الكويت الدائرة المدنية: - (وإذ كان ذلك وكان يبين لهذه المحكمة من واقع وقوفها على ما تضمنه الشريط المسجل عليه البرنامج سند المستأنف ضدهم في دعواهم من خلال استعمالها ومطالعتها لتفريغ محتواه المقدم من المستأنف ضدهم والذي جاء متفقاً مع ما هو مسجل على الشريط، ولم ينكر المستأنفان صحة ما جاء به أن الهدف الرئيسي الذي استهدفه البرنامج ليس هو الذي أعلنه مقدمه وهو الزيارة التي قام بها الأمين العام للجامعة العربية السابق/ عصمت عبد المجيد لكل من العراق والكويت من الضيف الآخر (نبيل الفضلي الذي يتبنى وجهة نظر الكويت الموجهة إليها وإلى مواطنيها الاتهامات محل التساؤلات) إلا أنه طلب من السائل نفسه الإجابة على هذه التساؤلات، وهذا يعني أنه يريد من هذا الأخير التأكيد على تلك الاتهامات وبالفعل ترك له الفرصة كاملة ليوجه إلى الأخير الكويت وحكامها ومواطنيها ما شاء من الاتهامات والإهانات والشتائم والسباب على نحو ما أورده الحكم المستأنف تفصيلاً، وظل الحال على هذا المنوال حتى أفرغ الكاتب كل ما في نفسه من حقد وكراهية وبغض لدولة الكويت ولحكامها ولمواطنيها، وكان مقدم البرنامج أثناء ذلك يبدي بعض المقاطعات ثم أنهى البرنامج بصورة دراماتيكية بعد أن كان وقت بثه قد قارب على الانتهاء بالفعل، وهذه طريقة في تقديم البرامج وإدارة الحوار وتوجيه الأسئلة يلجأ إليها بعض مقدمي البرامج للتعبير والإفصاح عن توجهاتهم ورغباتهم وما تخفيه صدورهم عن طريق غيرهم؛ ظناً منهم بأن ذلك من شأنه إبعادهم عن المسألة وإلهايم المشاهدين والسامعين بوقوفهم على الحياد بين المتحاورين في البرامج الحوارية، وهي طريقة تتنافى مع حسن النية وما يجب أن يتحلى به مقدمو هذه البرامج من حياد في إدارة الحوار وتوجيه وجهة موضوعية تحقق الغرض منه والبعد عن كل ما من شأنه توجيه الحوار إلى الوجه الذي ينحاز هو إليه ويريد إظهاره وتأكيد في ذهن المتلقين لهذا الحوار، ومما يؤكد أن المستأنف الثاني من أولئك الذين يظهرون ما يخفونه في صدورهم ويضمرونه في قلوبهم ويكونونه في أنفسهم عن طريق غيرهم، هو أنه يقرر في صحيفة الاستئناف أن المدعو سيد نصار غير معروف سواء في الساحة العربية أو المصرية، أو من غير المقبول في شرعة العقل والمنطق أن قناة الجزيرة الذائعة الصيت المسموعة الصوت تلجأ إلى استضافة محاور مغمور، إلا أن يكون هذا المحاور معروفاً لدى مقدم البرنامج ويعرف سلفاً ميوله ومعتقداته ومشاعره لدى الكويت وأهلها؛ ولذلك كانت استضافته دون غيره من عشرات بل آلاف المثقفين والكتاب المعروفين بحكمتهم وعلمهم ونزاهتهم وحيديتهم والمشهورين على المستوى الإقليمي والعالمي، والذين

يمكن لهم الإدلاء بآرائهم في موضوع الحوار بموضوعية وتجرد ودون إسفاف، ومما يزيد ذلك الأمر تأكيداً أن المستأنف المذكور لو كان فعلاً حسن النية وغير راض عما تلفظ به هذا الكاتب من ألفاظ القذف والسب والإهانة حال بينه وبين الاسترسال في توجيهها، ولديه بلا شك السلطة والوسائل التقنية التي تمكنه من ذلك، أو كان قد أوقف البرنامج فوراً بعد أن وجده قد خرج خروجاً صارخاً عن الموضوع المطروح للحوار وهو كان على هذا النحو منذ بدئه، ومن ثم يكون قد ثبت في جانبه وجانب متبوعه الخطأ التقصيري الموجب لمساءلتها عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمستأنف ضدهم شخصياً والمتمثل فيما لحق بهم من أذى حسي ونفسي وجرح لمشاعرهم من جراء ما تضمنه ذلك البرنامج من التقليل من شأن وكيان دولة الكويت التي ينتمون إليها ووصفها بصفات مشينة تسيء إليها، وما تضمنه من قذف وسب وإهانة لحكامها ورموزها وهيئاتها ومؤسساتها ومواطنيها - والمستأنف ضدهم - ولا ينال من ذلك كون تلك الإهانات لم تكن موجهة إليهم بذواتهم، ذلك إذا كان الاعتداء واقعاً على جماعة من الجماعات كالقذف والسب في حقها والتحقير من شأنها والحق من كرامتها وتلويت سمعتها، فإنه ولئن كان لا يجوز لأحد من أفراد هذه الجماعة أن يطالب المسؤول بالتعويض المستحق لهذه الجماعة على سند من أنه يمثل هذه الجماعة، إلا أنه يجوز له أن يطالب المسؤول بالتعويض متى ثبت أن هذا الاعتداء الموجه إلى الجماعة قد أصابه من جرائه ضرر^(٥٧).

المطلب الثاني

أنواع القصد الجنائي في الجرائم الصحفية

تكتفي معظم جرائم الصحافة بالقصد الجنائي العام المتمثل في تعمد اقتراف الفعل المادي، بالإضافة إلى تعمد النتيجة المترتبة على الفعل^(٥٨).

إلا أنه ثار خلاف فقهي بشأن نوع القصد الذي تتطلبه بعض جرائم الصحافة، ومثال ذلك جريمة نشر الأخبار الكاذبة التي اشترط القانون المصري فيها أن يكون النشر قد تم بسوء قصد، يرى جانب من الفقه أن الجرائم الصحفية تتطلب قصداً جنائياً خاصاً إذ لا يكفي لتوفره مجرد إثبات أن الناشر كان يعلم بأن الخبر كاذب أو الورقة مزورة، وأن من شأن النشر تكدير السلم العام أو إلحاق الضرر بالمصلحة

(٥٧) لاستئناف رقم ٢٧٧/٢٠٠٢ مدني، ٣ جلسة ١٩/٥/٢٠٠٣.

(٥٨) نقض ٥ يناير ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، رقم ٢، ص ٥.

العامّة، بل لا بد أن تكون نية الصحفي قد اتجهت إلى إحداث هذه النتائج فعلاً^(٥٩) بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن عبارة بسوء قصد الواردة في المادة ١٨٨ من قانون العقوبات تلقي عبء إثبات سوء النية على عاتق النيابة العامة في معنى علم الناشر بكذب الخبر أو تزوير الورقة وليس المقصود اشتراط قصد جنائي خاص^(٦٠).

ولتحديد طبيعة القصد الذي تتطلبه كل جريمة من جرائم الصحافة يرجع إلى عبارة النصوص التي تضمنت هذه الجرائم وطبيعة هذه الجرائم^(٦١).

ف نجد في القانون المصري بعض الجرائم يتطلب فيها المشرع قصداً خاصاً متمثلاً في سوء النية كما في المادتين ١٨٧، ١٨٨ من قانون العقوبات المصري، ففيهما يجب أن تتجه إرادة المتهم إلى الفعل المعاقب عليه والنتائج التي أراد القانون منعها، فضلاً عن الباعث الذي ابتغاه المشرع من وراء التجريم الوارد بهذا النص، وبالتالي فإن القصد الجنائي في جرائم الصحافة لا يفترض مثل جريمة نشر الأخبار الكاذبة.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الباعث في جرائم الصحافة ليس ركناً من أركانها، فمتى توافرت أركان الجريمة وجب العقاب عليها ولو لم ينكشف الباعث الذي دفع الجاني إلى مقارنتها^(٦٢) ويترتب على عدم اتصال الباعث بتوافر القصد الجنائي قاعدتان هما^(٦٣).

القاعدة الأولى: أن الباعث الشريف لا يمنع من قيام القصد الجنائي.

القاعدة الثانية: أن توافر الباعث السيئ لا يستلزم قيام جريمة عمدية، لأنه يتصل بإرادة السلوك الإجرامي الذي لا يكفي وحده لقيام الجريمة، وبالتالي الصحفي الذي تجمعه بالموظف علاقة شخصية وقام بالكشف عن تلاعبه بالمصلحة العامة انتقاماً منه، وتمكن من إثبات ذلك فإنه لا يعاقب لأن الباعث السيئ لا يؤدي إلى توافر الجريمة في هذه الحالة، ويقتصر تأثير الباعث إذا ما اقترن بخدمة المصلحة العامة على أنه يعتبر ظرفاً مخففاً في جريمة القذف يترك تقديره لقاضي الموضوع عند

(٥٩) نقض ٢٤ مارس، ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٢٢٣، ص ٤٢٦، نقض مدني ١٥ مايو ١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٣٥٠، ص ٤٨٥.

(٦٠) د. علي راشد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، سنة ١٩٤٩، ص ٨٤.

(٦١) د. يسرا أنور علي، شرح قانون العقوبات، النظرية العامة، ص ١٩٩٨.

(٦٢) نقض ٢٦ إبريل، ١٩٣٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، ص ٦٩.

(٦٣) د. خالد رمضان عبد العال سلطان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٣٥٧.

النطق بالعقوبة، كما أنه إذا ما اقترن بحسن النية في ذات الجريمة يترتب عليه براءة المتهم إذا ما تعلق بموظف عام أو من في حكمه^(٦٤).

أما بخصوص دور حسن النية في جرائم الصحافة، فالأصل أن تظل حرية الصحافة هي المبدأ أو تفترض نشر أخبار تتمتع بقدر من المصادقية ومراعاة الصالح العام، والعقاب على التعسف في استعمال هذه الحرية الذي يضر بالأفراد فقد يشتمل المقال الواحد وما يتبعه من رسم وغيره على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن مصلحة عامة وأخرى يكون القصد منها التشهير، وللمحكمة أن توازن بين القصدين وتقدر أيهما كانت له الغلبة، ولا محل للقول بأن حسن النية يجب أن يقدم في كل الأحوال على ماعادة وإلا لاستطاع الكاتب تحت ستار الدفاع عن مصلحة عامة مزعومة أن ينال من كرامة الموظف العمومي دون أن يناله القانون بالعقاب^(٦٥) ولا يمكن للمتهم في الوضع الطبيعي نفي القصد الجنائي من خلال إثبات حسن النية؛ لأن حسن النية لا يصلح لنفي القصد الجنائي إلا عندما يكون سوء النية مطلوباً توافره من خلال اشتراط قصد خاص^(٦٦).

المطلب الثالث

العلاقة بين شرط العلانية والقصد الجنائي

يعاقب المشرع في جرائم النشر على أمرين، الأول: وهو الفكرة أو الرأي التي تتضمن السلوك المجرم في شكل قول أو فعل أو كتابة أو أي وسيلة تمثيل أخرى. والثاني: هو العلانية^(٦٧)، ويجب أن تتجه إرادة الجاني إلى كل من الأمرين لكي تتحقق الجريمة، أي أن يثبت لديه قصد إبداء الفكرة أو الرأي الذي يتضمن المعنى المجرم، وقصد أن يتم ذلك في علانية وهذا تطبيق للقواعد العامة في هذه الجرائم، ويقع على عاتق النيابة العامة أو المدعي بالحق المدني إثبات هذا القصد طبقاً للقواعد العام للإثبات في المواد الجنائية، على أنه يجب دائماً أن توجد صلة بين الواقعة محل العلانية، ونية الفاعل سواء أكان مؤلف الكتاب أم البائع أم الموزع أو أي من

(٦٤) د. صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، ١٩٣٩، ص ٨٢.

(٦٥) نقض ٤ يناير ١٩٣٤م، مجموعة القواعد القانونية في خمسين عاماً، طعن رقم ٥٣ س ٢، ق ص ٧٤.

(٦٦) د. أحمد أمين، د. علي راشد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٦٧) د. محمد محي الدين عوض، العلانية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٠٨.

المساهمين في الجريمة بأي وجه، أما إذا ثبت أنها نتجت عن ظروف مستقلة وخارجة عن إرادته فلا يوجد عقاب، وبالتالي فالقاعدة العامة التي تحكم جميع طرق العلانية في جرائم الصحافة هي وجوب نسبتها إلى الشخص المسؤول عن الواقعة وقت صدورها وذلك بالنسبة لمؤلف المقال، أو على الأقل رضاؤه عنها إذا كان يعمل مديراً للنشر ومسؤولاً عن القسم الذي حدث فيه النشر، وبالتالي ينتفي ركن العلانية إذا أثبت المتهم أن نشر الوقائع حدث خارجاً عن إرادته^(٦٨) وبالتالي فمدير النشر الذي يصدر إليه أمر من إحدى السلطات بنشر مقال معين وإلا تعرض للأذى من قبلها، في هذه الحالة ينتفي قصد العلانية لما تم من إكراه بصدد النشر، وللحديث عن مدى توافر نية العلانية نتحدث عن العلم بوسيلة التعبير وتوافر إرادة الإذاعة بإحدى الوسائل المنصوص عليها قانوناً، فبالنسبة للعلم بوسائل العلانية وبطرق ارتكابها فيجب أن يتوافر لدى المتهم في إحدى جرائم الصحافة العلم بأنه يستخدم إحدى وسائل العلانية المنصوص عليها في المادة ١٧١ من قانون العقوبات المصري والمادة ٢٣ من قانون الصحافة الفرنسي للتعبير عن الفكرة، وبالتالي يجب على الصحفي أن يعلم بأن الكاريكاتير الذي رسمه وأرسله إلى رئيس التحرير ليرسله إلى المطبعة ليصدر ضمن أعداد الجريدة في اليوم التالي من شأنه أن يتوافر به التوزيع الذي يعد أحد طرق العلانية المنصوص عليها في المادة ١٧١ من قانون العقوبات المصري.

والمادة ٢٣ من قانون الصحافة الفرنسي، كما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الركن المادي لجرائم الصحافة المتمثل في سلوك النشر بإحدى وسائل العلانية وبطريقة من طرق ارتكابها سألها الذكر، كما يلزم أن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة كالإكراه والجنون، وبالتالي فإنه في نطاق جرائم الصحافة يجب أن تتجه إرادة المتهم إلى أن يقع السلوك علناً، وقصد العلانية يجب أن يثبت بصورة فعلية من خلال سلوك العلانية والظروف المحيطة بالواقعة^(٦٩).

أخيراً يجب الإشارة إلى أنه يشترط في العلانية الواردة في جريمتي القذف والسب وفقاً لنص المادة ١٧١ من قانون العقوبات المصري توافر عنصرين، الأول: توزيع الكتابة المتضمنة عبارات القذف والسب على عدد من الناس بغير تمييز، والثاني: نية المتهم إذاعة ما هو مكتوب.

(٦٨) د. صالح سيد منصور، مرجع سابق، ص ١٠.

(٦٩) د. أحمد السيد علي عفيفي، الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١، ص ٦٤.

الفصل الرابع

صور المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر في التشريع الكويتي

تمهيد وتقسيم:

تضمن قانون المطبوعات والنشر الجديد في المواد ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٨ عدة مسائل حظر نشرها، منها ما يمس المصلحة العامة ومنها ما يمس المصلحة الخاصة، وحدد لها المشرع عقوبتها في المواد ٢٦، ٢٧ وما بعدها من ذات القانون، وهناك جرائم أشار إليها قانون الجزاء ٣١ لسنة ١٩٧٠ في نصوص متفرقة.

وعليه فإن الدراسة في هذا الفصل تتناول أهم الجرائم التي حظر المشرع نشرها سواء في قانون الجزاء أو قانون المطبوعات، ومن المسلم به في فقه قانون الجزاء أن جرائم النشر منها ما يمس المصلحة العامة ومنها ما يمس المصلحة الخاصة، وبناء على ذلك فإن الدراسة في هذا الفصل تنقسم إلى بحثين:

المبحث الأول: صور المسؤولية الجزائية في قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد.

المبحث الثاني: صور المسؤولية الجزائية في قانون الجزاء الكويتي.

المبحث الأول

صور المسؤولية الجزائية في قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد

تمهيد وتقسيم:

تولى المشرع الكويتي حماية الحقوق والحريات سواء في قانون الجزاء أو في قانون المطبوعات والنشر الجديد، المشرع الكويتي ارتأى إخضاعها لقانون خاص وأقر لها تنظيمًا خاصاً رسم حدوده وهو قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، ومن ثم فإنه عند وجود قانون خاص لا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما لم ينظمه القانون الخاص، وقد تناول المشرع الكويتي جرائم النشر المضرة بالمصلحة العامة في قانون المطبوعات والنشر وفي قانون الجزاء في بعض النصوص المتفرقة، وتشمل هذه الجرائم، جرائم التحريض، وجرائم الإهانة، وجرائم التأثير على حسن سير العدالة، وجرائم التعدي على الأديان، وجرائم انتهاك الآداب العامة، وجرائم نشر أخبار كاذبة في الخارج عن الأوضاع الداخلية للبلاد، وجريمة أسرار الدولة المحظور نشرها، وسوف نقتصر في هذا المبحث على دراسة بعض هذه الجرائم في المطالب الآتية:

المطلب الأول: جريمة نشر تحريض على تغيير نظام الحكم بالقوة أو بطريق غير مشروع.

المطلب الثاني: جريمة إهانة أو تحقير رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامة
المطلب الثالث: جريمة مخالفة قرار سرية التحقيق الصادر من المحاكم أو جهات التحقيق

المطلب الرابع: جريمة نشر ما تقرر المحاكم سريته.

المطلب الخامس: جريمة المساس بالحياة الخاصة للأشخاص.

المطلب الأول

جريمة نشر تحريض على تغيير نظام الحكم بالقوة أو بطريق غير مشروع

نصت المادة ٢٨ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: "إذا نشر تحريض على قلب نظام الحكم في البلاد وكان التحريض متضمناً الحث على تغيير هذا النظام بالقوة أو بطريق غير مشروع أو الدعوة إلى استعمال القوة أو إلى اعتناق مذاهب ترمي إلى هدم النظم الأساسية في الكويت بطريقة غير مشروعة، عوقب رئيس وكاتب المقال بالعقوبة المقررة في المادة ٢٩ فقرة أولى من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

كما أشارت المادة ٢٤ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء في الباب الثاني تحت عنوان جرائم أمن الدولة الداخلي على أنه: "يعاقب بالإعدام كل من اعتدى بالقوة على السلطة التي يتولاها الأمير سواء أكان ذلك بحرمانه من كل هذه السلطات أم من بعضها وكان بعزله أو إجباره على التنازل، ويعاقب بنفس العقوبة كل من استعمل القوة لقلب نظام الحكم القائم في البلاد".

كما نصت المادة ٢٩ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ على أنه: "كل من حرض علناً أو في مكان عام أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسم أو الصور، أو أي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، على قلب نظام الحكم القائم في الكويت وكان التحريض متضمناً الحث على تغيير هذا النظام بالقوة أو بطريق غير مشروعة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات".

كما نصت المادة ٤ من الدستور الكويتي على أن: "الكويت إمارة وراثية في

ذرية المغفور له مبارك الصباح، ويعين ولي العهد خلال سنة على الأكثر من تولية الأمير، ويكون تعيينه بأمر أميري بناء على تزكية الأمير ومبايعة مجلس الأمة، تتم في جلسة خاصة، بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، وفي حالة عدم التعيين على النحو السابق يزكي الأمير لولاية العهد ثلاثة على الأقل من الذرية المذكورة، فيبايع المجلس أحدهم ولياً للعهد".

كما نصت المادة ٦ من الدستور على أن: "نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعاً وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور".

ومن خلال النصوص السابقة يتضح أن المشرع الكويتي استهدف بهذه النصوص حماية نظام الحكم الشرعي، وأن أي محاولة لتغيير نظام الحكم بالقوة أو بطريق غير مشروع يعرض مرتكبيه للعقاب. وتقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان: الركن المادي وركن العلانية والركن المعنوي.

الركن المادي، ويتمثل في النشاط الإجرامي للجاني في التحريض على قلب نظام الحكم سواء بالقول أو بالكتابة أو ما في حكمها، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير، كما أن المشرع يعاقب على التحريض ذاته بصرف النظر عن تحقيق الجاني النتيجة الإجرامية أم لا^(٧٠)، كما أن التحريض قد يكون مباشراً وغير مباشر، إذ يكفي أن تفصح الأقوال أو الكتابات أو غيرها من طرق التعبير عن غرض الجاني المتمثل في قلب نظام الحكم كتغييره من النظام الوراثي إلى النظام الجمهوري أو من النظام الديمقراطي إلى النظام الديكتاتوري أي تغييره تغييراً جذرياً^(٧١)، ويقصد بنظام الحكم الحكومة والوزارة ومجلس الأمة والقضاء والشرطة والجيش، ولا تنطبق العقوبة المقررة إلا بالتحريض على تغيير نظام الحكم بالقوة أو بطرق غير مشروعة كما ورد في نص المادة ٢٨ من قانون المطبوعات الجديد، ومن ثم من يدعو إلى تعديل نظام الحكم بالطرق المشروعة لا يسأل جنائياً.

ركني العلانية والقصد الجنائي، يتطلب القانون لقيام هذه الجريمة أن تقع بإحدى

(٧٠) أ. محمد عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

(٧١) د. رياض شمس، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب المصرية، ١٩٤٧، ص ١٩٠.

طرق العلانية الواردة في المادة ٢٩/٢٥ من قانون الجزاء، وأن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

المطلب الثاني

جريمة إهانة أو تحقير رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامة

نصت المادة ٢/٢١ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: "يحظر نشر كل ما من شأنه..... إهانة أو تحقير رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامة أو ما يعد مساساً بنزاهة القضاء وحيادته أو ما تقرر المحاكم أو جهات القضاء سريته". كما نصت المادة ١٦٢ من الدستور على أنه: "شرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم أساس الملك وضمنان للحقوق والحريات".

كما نصت المادة ١٦٣ من الدستور على أنه: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل".

ويتضح من النصوص السابقة أن المشرع الكويتي استهدف منع التأثير على جهات القضاء والإساءة إلى سمعتها وكفالة الاحترام الواجب للقضاة، كما يجب على الصحفي أن يتوخى الحرص والحذر ولا يتدخل في أي من تحقيقاته الصحفية فيما يمس سمعة القاضي، ومن ثم يتعين منع كل نشر يكون من شأنه امتهان القاضي أو أعضاء النيابة العامة أو تحقير سلطتهم^(٧٢).

وتقوم هذه الجريمة على عدة أركان وهي:

الركن المادي: يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة بأي نشاط إجرامي من شأنه أن يخل بنزاهة القاضي أو أعضاء النيابة العامة أو اهتمامهم بعملهم أو في التزامهم أحكام القانون، ولا يشترط أن يقع الإخلال بمناسبة دعوى مطروحة أو منظورة أمام القاضي^(٧٣).

ركن العلانية: يجب أن يرتكب الجاني الجريمة بإحدى وسائل العلانية المقررة قانوناً.

الركن المعنوي: يجب أن يتوافر في هذه الجريمة القصد الجنائي بعنصريه العلم

(٧٢) د. طارق عبد الرؤوف صالح زرق، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٧٣) د. علي راشد، أ. أحمد أمين، مرجع سابق، ص ١٨٨.

والإرادة ووقوع النشر كأثر لهذه الإرادة، وعلمه بأنه ينشر أقوال أو كتابات أو أفعالاً تخل باحترام القاضي وتؤثر على عمله، وكذلك يمنع نشر ما يخل بالاحترام الواجب لأعضاء النيابة العامة، ويستفاد العلم من مضمون ما تم نشره.

وأخيراً يجب الإشارة إلى أنه إذا لم يجاوز فعل المتهم حدود النقد النزيه الصادر عن نية حسنة لحكم قضائي فلا جريمة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من قانون الجزاء سواء تعلق النقد باستخلاص الوقائع أو بكيفية تطبيق القانون عليها، ومن ثم فإن النقد المباح من شأنه إعفاء الجاني من العقاب^(٧٤).

المطلب الثالث

جريمة مخالفة قرار سرية التحقيق الصادر من المحاكم أو من جهات التحقيق

نصت المادة ٢/٢١ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: ((يحظر نشر كل ما من شأنه (٢) ... أو تقرر المحاكم أو جهات التحقيق سرية)).

ونصت المادة ٢/٧٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه: (..... ويجوز للمحقق إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك أن يأمر بجعله سرياً).

ويتضح مما سبق أن المشرع الكويتي حظر مخالفة الصحف لقرار النائب العام الصادر ((بحظر نشر التحقيق، وقد يرجع ذلك إلى أن الأضرار التي تترتب على نشر التحقيق من شأنها عدم إظهار الحقيقة وطمسها وأن دواعي النظام العام والآداب العامة تفرض هذا الحظر لتهدئة الرأي العام)).

وتقوم هذه الجريمة على عدة أركان.

الركن المادي: ويتمثل في مخالفة قرار حظر نشر ما يجري في التحقيق من خلال النشر في الصحف أو المجلات أو المنشورات، ويشترط أن يتعلق الحظر بالتحقيق الابتدائي وإجراءاته طوعية^(٧٥) ويشترط لقيام الجريمة أن يعلم الجاني أن إجراءات التحقيق غير علنية، ويتطلب المشرع لقيام الجريمة أن تنصب مخالفة قرار حظر النشر على تحقيق جنائي قائم، أما إذا انتهى التحقيق أو تم التصرف فيه سواء

(٧٤) د. طارق عبد الرؤوف صالح زرق، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٧٥) د. طارق عبد الرؤوف صالح زرق، مرجع سابق ص ١٢٠.

بالإحالة إلى المحكمة المختصة أو الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى، فلا يتوفر الركن المادي في هذه الجريمة.

وتتحقق الجريمة إذا كان ما قام به الصحفي بنشره صحيحاً ولا يتطلب المشرع نتيجة معينة^(٧٦) فالجريمة تقوم بمجرد ارتكاب النشاط الإجرامي الذي حدده القانون، مثال ذلك قيام الصحفي بنشر خبر اعتراف المتهم، الأمر الذي ينجم عنه إحجام من لديه معلومات تخص الجريمة عن التقدم بها إلى سلطات التحقيق أو المحكمة، وهو يعتقد أن الأمر قد انتهى باعتراف مما يؤثر على التحقيق وإجراءات سيره طبيعياً^(٧٧)، ومن مظاهر التأثير على التحقيق نشر الصحف الأعمال الجلية للمتهم وإظهاره بمظهر الضحية في الجريمة، الأمر الذي من شأنه الإضرار بمركز المجني عليه^(٧٨).

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى مشروعية صدور قرار من النائب العام بحظر النشر في القانون الكويتي.

من خلال استقراء نصوص قانون الجزاء الكويتي يتضح أنه قد أعطى للنائب العام الحق في حظر النشر، حيث نص في المادة ٧٥ الفقرة الثانية منه على أنه يجوز للنائب العام إذا اقتضت ضرورة التحقيق أو للمصلحة العامة أن يأمر بجعل التحقيق سرياً وأن يأمر بمنع نشر أو إخبار أو بيانات عنه بقرار مسبب.....).

ركن العلانية: يتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة أن ترتكب بإحدى وسائل العلانية المقررة قانوناً وفقاً لنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠.

الركن المعنوي: تتطلب هذه الجريمة توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، أي العلم بأنه بنشر أخبار تحقيق جنائي قررت سلطة التحقيق جعله سرياً، فلا عبرة بالبائع على الجريمة، فلا يجدي الناشر القول بأن النشر كان بدافع الاشفاق على المجني عليه، ومجرد من كل رغبة في تحدي سلطة التحقيق^(٧٩).

(٧٦) د. جمال الدين العطيفي، الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٤ ص ٤٩٣.

(٧٧) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦، ص ١٩٤.

(٧٨) د. محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه، ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٧، ص ١٩٧.

(٧٩) د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، الطبعة السابعة سنة ١٩٦٨، ص ٣٤٤.

المطلب الرابع

جريمة نشر ما تقرر المحاكم سريته

نصت المادة ٢١/٢ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: (يحظر نشر ما من شأنه.. إهانة أو تحقير رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامة أو ما يعد مساساً بنزاهة القضاء وحيادته أو ما تقدر المحاكم أو جهات التحقيق سريته).

كما نصت المادة ١٣٦ من قانون الإجراءات والمحاكم الجزائية على أن: ((جلسات المحاكم علنية ويجوز للمحكمة - استثناء - أن تنظر قضية في جلسة سرية إذا كان ذلك ضرورياً لإظهار الحقيقة أو مراعاة النظام العام أو الآداب العامة، ويكون النطق بالحكم في جلسة علنية دائماً))

وتنص المادة ١٦٥ من الدستور على أن: (جلسات المحاكم علنية إلا في الأحوال الاستثنائية).

ومن النصوص سالفة الذكر يتضح أن لهذه الجريمة عدة أركان وهي الركن المادي: يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في قيام الجاني بنشر ما قررت المحاكم سريته في الدعاوى التي قررت المحاكم سماعها في جلسة سرية، سواء انصب النشر على كل ما يجري في الدعوى أو على جزء منه فقط، مثال ذلك نشر أقوال الشهود أو أقوال المتهمين أو المرافعات التي تصدر من المحامين أو النيابة العامة^(٨٠).

وحظر النشر لا يسري إلا على ما جرى بعد تقرير المحكمة سرية الجلسة، أما الإجراءات التي تمت في علانية فلا يشملها الحظر.

الركن المعنوي: يتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة أي العلم بالجريمة وإرادة ارتكابها.

المطلب الخامس

جريمة المساس بالحياة الخاصة للأشخاص

نصت المادة ٢١/٧ من قانون المطبوعات والنشر الجديد على أنه: "..... يحظر نشر كل ما من شأنه المساس بكرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية، وكذلك يحظر نشر ما يتضمن إفشاء سر من شأنه أن يضر بسمعتهم أو بثروتهم أو باسمهم

(٨٠) د. جمال الدين العطيفي، الحماية الجنائية للخصوصية من تأثير النشر، ص ٥٥٧.

التجاري"، كما أشار الدستور الكويتي في العديد من مواده إلى كفالة الحرية الشخصية ومنها المادة ٣٠ من الدستور (الحرية الشخصية مكفولة).

ويتضح من نص المادة ٧/٢١ أن المشرع الكويتي أفرد حماية شاملة للحياة الخاصة للأفراد؛ وذلك لأنه حدد عدة صور على سبيل المثال لا الحصر في المادة ٧/٢١ وعاقب عليها، ومرجع ذلك رغبة المشرع في تحقيق نوع من الأمن والاستقرار للشخص، واختيار أسلوب حياته الشخصية حتى يؤدي دوره الاجتماعي المطلوب.

وقد تتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة عدة أركان:

الركن المادي: وفقاً لنص المادة ٧/٢١ من قانون المطبوعات والنشر الجديد يجب أن يتخذ السلوك الإجرامي للجاني إحدى الصورتين الآتيتين:

الصورة الأولى: ويتمثل السلوك الإجرامي للجاني في إتيانه ما من شأنه أن يمس كرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية، وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع فعليه بيان الأمور التي تدخل في نطاق ما يمس كرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية، وللقاضي أن يستعين بالمصلحة المحمية بنص التحريم^(٨١).

وتعد مسألة ما يُعدّ ماساً بكرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية فكرة نسبية تختلف من شخص لآخر، حسب مكانة الفرد في المجتمع ومنزله الاجتماعية، فنطاق الحماية التي يكفلها القانون للحياة الخاصة يتوقف على رضا صاحب الشأن بنشر الأخبار المتعلقة بحياته الخاصة، فالرضا في هذه الحالة يجعل الفعل غير معاقب عليه.

الصورة الثانية: ويتمثل السلوك الإجرامي للجاني في نشر ما يتضمن إفشاء سر من شأنه أن يضر بسمعة شخص أو ثروته أو باسمه التجاري، وبالتالي فإن المشرع يعاقب على إفشاء أي سر من أسرار الحياة الخاصة، وحدد المصلحة المحمية وهي سمعة الشخص أو ثروته أو اسمه التجاري.

الركن المعنوي: يتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة توافر القصد العام الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، وذلك بأن يعلم بأنه يمس الحياة الخاصة بصورها المبينة في المادة ٧/٢١، ويجب أن يتوافر لدى الجاني إرادة ارتكاب الجريمة.

(٨١) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٣٢.

المبحث الثاني

صور المسؤولية الجزائية في قانون الجزاء الكويتي

هناك جرائم أشار إليها قانون الجزاء ٣١ لسنة ١٩٧٠ في نصوص متفرقة منه، وعليه فسوف نتناول في هذا المبحث أهم الجرائم التي حظر المشرع نشرها في قانون الجزاء، وبناء على ذلك فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: جريمة التحريض على ارتكاب الجرائم.

المطلب الثاني: جريمة تحريض أفراد القوات المسلحة أو الشرطة على التمرد.

المطلب الثالث: جريمة التأثير على القضاء.

المطلب الرابع: جريمة القذف ضد آحاد الناس.

المطلب الأول

التحريض على ارتكاب الجرائم

نصت المادة ٤٨ من قانون الجزاء على أنه: "يعد شريكاً في الجريمة قبل وقوعها.

أولاً: من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة فوقع بناء على هذا التحريض....."

ووفقاً لهذه المادة سألقة الذكر فإن التحريض يعد وسيلة من وسائل الاشتراك في الجريمة، وبالتالي يقرر القانون عقاب المحرض باعتباره شريكاً في الجريمة التي دفع الفاعل لارتكابها بشرط أن تقع هذه الجريمة بناء على هذا التحريض^(٨٢).

كما نصت المادة ٢١/٣ من قانون المطبوعات الجديد على حظر نشر كل ما من شأنه..... ٣- خدش الآداب العامة أو التحريض على مخالفة النظام العام أو مخالفة القوانين أو ارتكاب الجرائم ولو لم تقع جريمة.

ويتضح من المادة السابقة أن التحريض المحظور لا بد وأن يكون مباشراً بأن يفهم منه بأن نية المحرض قد انصرفت صراحة إلى محل الجريمة التي يدفع الفاعل إلى ارتكابها، وأن يعبر المحرض صراحة عن الجريمة التي يدفع الفاعل إلى ارتكابها، كما يشترط في التحريض توافر القصد الجنائي بعنصره العلم بالجريمة وإرادة

(٨٢) د. فوزية عبد الستار، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

التحريض عليها، والتحريض على ارتكاب الجريمة قد يكون متبوعاً بأثر أو بغير ذلك^(٨٣).

المطلب الثاني

جريمة تحريض أفراد القوات المسلحة أو الشرطة على التمرد

نصت المادة ٢٦ من قانون الجزاء ٣١ لسنة ١٩٧٠ على أنه: "كل من حرّض أفراد القوات المسلحة أو الشرطة على التمرد ولم يترتب على هذا التحريض أثر يعاقب بالحبس المؤقت مدة لا تتجاوز خمس سنوات، ويجوز أن تضاف إليه غرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار، وتكون العقوبة الحبس المؤبد الذي يجوز أن تضاف إليه غرامة لا تتجاوز ألفاً وخمسمائة دينار، إذا وقعت الأمور التي حرّض عليها نتيجة لذلك التحريض وهذا دون إخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها القانون".

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع جرم تحريض أفراد القوات المسلحة أو الشرطة على التمرد، والعلة من التجريم هي خطورة هذه الجريمة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، فضلاً عن عقوبات أخرى قررها قانون الجيش والشرطة، باعتبار أن التحريض على التمرد من شأنه إضعاف وتهديد أمن الدولة الداخلي والخارجي، نظراً لتأثيره على قدرة أفراد القوات المسلحة والشرطة في الدفاع عن الوطن ضد أي اعتداء خارجي أو داخلي، فهو مدعاة إلى إضعاف شعور الجند بالولاء للنظام العسكري وشل قدرتهم على الدفاع عن الوطن وخدمة أعدائه^(٨٤).

ويتخذ الركن المادي لهذه الجريمة صورة التحريض العلني لأفراد القوات المسلحة أو الشرطة على التمرد ودفعهم إلى ارتكاب الجريمة، ويقصد بأفراد القوات المسلحة والشرطة الضباط والقادة والجنود أو أي مسميات أخرى داخل القوات المسلحة أو الشرطة، ولا يشترط المشرع أن تقع الجريمة بالفعل، حيث نصت المادة ١/٢٦ على العقاب على هذه الجريمة ولو لم يترتب على التحريض أثر بالحبس المؤقت مدة لا تتجاوز خمس سنوات، ويجوز أن تضاف إليه غرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار، أما إذا ترتب على الجريمة أثر فقد قررت المادة ٢/٢٦ عقوبة الحبس المؤبد الذي يجوز أن تضاف إليه غرامة لا تتجاوز ألفاً وخمسمائة دينار، فالمشرع يعاقب على التحريض في ذاته، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر بصرف النظر عن نتيجته^(٨٥).

(٨٣) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢، ص ٢٩١.

(٨٤) أ. محمد عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٨٥) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ٧٣.

كما يتطلب المشرع أن تقع الجريمة بصورة علانية وأن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة. بتوافر إرادة العلانية والعلانية العلم بأن ما ينشره الجاني من شأنه حث الجند على الخروج على الطاعة ولا عبرة بالباعث على التحريض.

المطلب الثالث جريمة التأثير على القضاء

نصت المادة ١٤٦ من قانون الجزاء على أنه: ((كل من حاول وهو سيئ القصد عن طريق الأمر أو الطلب أو التهديد أو الرجاء أو التوصية، حمل موظف ذات اختصاص قضائي على اتخاذ إجراءات مخالفة للقانون، أو على الامتناع عن اتخاذ إجراءات يقضي بها القانون، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ١٥٠ ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين)).

كما نصت المادة ١٦٣ من الدستور على أنه: ((لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استغلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل)). ويتضح من النصوص السابقة أن المشرع جرم أي تدخل من شأنه التأثير على القضاء، وبالتالي يمتنع على الصحفي أن يتناول في مقالاته أي توصية أو رجاء من شأنها التدخل في أعمال القضاة، أثناء تداول دعوى منظورة أمامهم، والعلة من التجريم في هذا الشأن هو رغبة المشرع في توفير الحيادة والنزاهة للقضاة في أعمالهم، فالقضاء ميزان عدل وتقضي سلامة هذا الميزان أن يكون مجرداً عن التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية^(٨٦).

ويتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة توافر الأركان الآتية:

الركن المادي: يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في محاولة الجاني حمل القاضي على اتخاذ إجراءات مخالفة للقانون أو الامتناع عن اتخاذ إجراءات فرضها القانون من خلال الطلب أو الأمر والهدية والرجاء أو التوصية، وهي أمور من شأنها التأثير على القضاة^(٨٧) كما يتحقق السلوك الإجرامي بكل ما من شأنه حمل القاضي

(٨٦) د. محمد عصفور، استغلال السلطة القضائية، مجلة القضاء، سنة ١٩٦٨، العدد الثالث، ص ٣٠٠.

(٨٧) د. جمال الدين العطيفي، الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر، ص ٤١.

على الامتناع عن إصدار الحكم، مثل نشر أمور تنطوي على تهديد القضاة، أو نشر أمور من شأنها أن تثير صعوبات أمامهم للفصل في الدعوى، ولم يتطلب المشرع في هذه الجريمة تحقق النتيجة الإجرامية، فكل ما تطلبه المشرع هو أن يكون الجاني قد حاول وهو سيئ القصد ارتكاب السلوك الإجرامي السالف الذكر، ومن ثم يشترط أن يتوافر لدى الجاني سوء النية وهو نية التأثير على عمل القضاة.

كما يتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة أن يكون من شأنها التأثير على موظف ذي اختصاص قضائي وهم القضاة وأعضاء النيابة العامة أو غيرهم ممن نصت المادة ٩، ١٠ عليهم في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

ركن العلانية: تطلب المشرع لقيام هذه الجريمة أن ترتكب بإحدى وسائل العلانية المقررة قانوناً.

الركن المعنوي: تطلب المشرع لقيام هذه الجريمة بالإضافة إلى الركن المادي وركن العلانية توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، أي يجب أن تتوافر إرادة النشر ووقوع النشر كآثر لهذه الإرادة وعلم الجاني بأن الأمور التي نشرها تؤدي إلى النتيجة ولها تأثير على موظف ذي اختصاص قضائي^(٨٨).

وتتطلب هذه الجريمة قصداً خاصاً، وهو أن يقصد الجاني دفع الغير إلى الشهادة الزور مثلاً^(٨٩).

المطلب الرابع جريمة القذف ضد آحاد الناس

عرفت المادة ٢٠٩ من قانون الجزاء الكويتي القذف بقولها: "كل من أسند لشخص في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه واقعة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو تؤذي سمعته، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ويتضح من نص المادة السابقة أن جريمة القذف تقوم على ركنين أساسيين ركن مادي وركن معنوي.

الركن المادي: يتمثل السلوك الإجرامي للجاني في هذه الجريمة بإسناد واقعة

(٨٨) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٨٩) Mimin, note. S. 1959, jur. P 198.

محددة إلى المجني عليه بطريق العلانية، والإسناد قد يكون بالقول أو الإشارة أو الكتابة، ف جريمة القذف تقوم بفعلين الإفصاح عن الواقعة أي التعبير عنها، وإذاعتها أي إعطاؤها العلانية التي يقتربها الجاني كأحد مظاهر السلوك الإجرامي للجريمة^(٩٠)، ولا يشترط في الواقعة محل القذف أن تكون معينة ومحددة تحديداً تاماً ومطلقاً، وإنما يكفي التحديد النسبي للواقعة، وتقدير ذلك من سلطة قاضي الموضوع في ضوء ظروف كل على حدة^(٩١).

والإسناد قد يكون لشخص طبيعي أو شخص معنوي، فيجب أن يكون الإسناد في جريمة القذف إلى شخص معين وليس مجهولاً وذلك بذكر اسمه أو أية دلالة أو إشارة عليه، ويكفي أن يتمكن بعض الأشخاص من معرفة مَنْ أسندت إليه الواقعة المؤتممة، ولا يشترط أن يترتب على تعيين شخصية المجني عليه أن يصير معروفاً لكل أفراد المجتمع ككل، ولا يتشترط أن يكون المجني عليه معنياً بالاسم وإنما يكفي التعيين الشبهي بحيث يمكن معرفته من مضمون عبارات القذف، وبالتالي إذا كان المجني عليه غير معروف وغير محدد فإن جريمة القذف لا تتوافر، ولا يشترط أن يكون المجني عليه شخصاً طبيعياً فقد يكون شخصاً معنوياً كالشركة، شريطة أن يكون لها شخصية اعتبارية أو مؤسسة فردية، وإذا نال القذف الموجه إلى الشخص المعنوي بعض القائمين على إدارته كان كل من هؤلاء مجنياً عليه في جريمة القذف^(٩٢).

كما لا يشترط أن يقع فعل الإسناد في حضور المجني عليه فقد يقع في غيبته. ويقوم فعل الإسناد بمجرد الإخبار بواقعة حتى ولو كانت تحمل الصدق أو الكذب^(٩٣).

ومما تجدر الإشارة إليه أن جريمة القذف لا توجه إلى الأموات إلا إذا امتد القذف منها إلى الأحياء، ولم يجرم المشرع الكويتي جرائم القذف ضد الموتى. ويشترط المشرع الكويتي في الواقعة أن تكون محددة المعالم، فلا يكفي إسناد صفات المجني عليه التي يعتبرها المجتمع مشينة، ويكفي في كل الأحوال أن تكون الواقعة محددة تحديداً نسبياً وليس مطلقاً، وتقدير ذلك من شأن قاضي الموضوع في

(٩٠) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦١٦.

(٩١) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٩٢) د. فوزية عبد الستار، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٤٤.

(٩٣) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٧١٧.

ضوء ظروف كل حالة على حدة تحت رقابة محكمة التمييز، ولا يشترط في الواقعة أن تكون صحيحة أو غير صحيحة، كما لا يشترط أن تكون الواقعة معروفة للعامة ومتداولة أو غير معروفة، فالقذف يقع حتى ولو جاء دور الجاني مقتصرًا على ترديد ما تناولته اللسنة أو ما جاء في الصحف اليومية، كما اشترط المشرع الكويتي أن تكون الواقعة المنسوبة للمجني عليه تستوجب العقاب أو الاحتقار^(٩٤)، فإذا لم تؤد الواقعة إلى العقاب أو الاحتقار فلا جريمة في الأمر.

كما يشترط في الواقعة أن تؤذي سمعة المجني عليه، ولم يحدد المشرع حالات أذى السمعة المعاقب عليها، مما أضفى مرونة على النطاق التجريمي لنصوص القذف، بحيث لا يمكن الجزم في كل الأحوال ما إذا كانت الواقعة تدخل في إطار التجريم أم لا، وعلى كل الأحوال يقصد بالواقعة التي تؤذي السمعة تلك الواقعة التي تعد ماسة بشرف وكرامة المجني عليه.

الركن المعنوي: يتطلب المشرع لقيام هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الشخص الذي يسند إلى غيره وقائع تمس شرفه أو اعتباره أن نشره لها يصيبه بالضرر سواء أكان هدفه الإضرار أم لا^(٩٥)، ويستفاد قصد القذف مباشرة إذا كانت عبارات القذف شائنة بذاتها، ومن أحقية المتهم إقامة الدليل العكسي بأن يثبت تخلف إرادة واقعة النشر ذاتها، ويتفق الفقه على استحالة نفي قرينة القصد في جريمة القذف بإثبات حسن النية، فحسن النية باعتباره باعثًا لا يمارس ثمة تأثير على القصد أو وجود الجريمة وإن جاز أن يكون له تأثير على العقوبة بوصفه ظرفاً مخففاً^(٩٦).

العلانية: يتطلب المشرع لقيام جريمة القذف أن ترتكب بإحدى طرق العلانية المنصوص عليها في المادة ٢٠٩/٢١١ من قانون الجزاء.

ومما هو جدير بالذكر أن جريمة القذف تنتفي إذا توافر سبب من أسباب الإباحة ومنها حق نشر الأخبار، وحق النقد العلمي والفني والأدبي، حق التبليغ عن الجرائم، الحصانة البرلمانية وحق الدفاع أمام المحاكم.

(٩٤) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٨٤، ص ٣٠٠.

(٩٥) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص ٥٥٩.

(٩٦) د. رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بأحد الناس، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٩٠، ص ٣٦٥.

الخاتمة:

نحمد الله سبحانه وتعالى، وقد أنهيت بفضل الله هذا البحث الذي تناولت فيه المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة، دراسة مقارنة بالتشريع المصري والفرنسي والكويتي، وأتمنى أن أكون قد وفقت فيما هدفت إليه، فإن كان كذلك فالفضل كله لله سبحانه وتعالى، وإن اعتراه أي نقص أو تقصير فلا أعزوه إلا إلى النفس البشرية، فسبحان الله المتصف وحده بالكمال،

وقد أتضح من خلال هذه الدراسة أهمية صدور قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، لكي يواكب ازدياد الديمقراطية بدرجة كبيرة في دولة الكويت.

ولقد حرص المشرع الكويتي على ضمان حرية الرأي والتعبير التي كفلها الدستور الكويتي، وذلك من خلال تجريمه المساس بالحقوق والحريات، فقد جرم المشرع جرائم النشر المضرة بالمصلحة العامة وتلك المضرة بالمصلحة للناس. وفيما يلي سنبين أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث.

أولاً - النتائج:

- ١ - تعرف الجريمة الصحفية بصفة عامة بأنها عمل أو امتناع عن عمل صادر عن إرادة إنسانية نص عليه المشرع في قانون العقوبات أو قانون الجزاء أو القوانين المكملة له، وقرر لها المشرع جزاءً جنائياً بسبب الضرر الاجتماعي الذي ترتب عليها.
- ٢ - تستند مشروعية العمل الصحفي إلى مجموعة من الحقوق الدستورية والقانونية تتمثل في حق النقد، والحق في الإعلام والتعبير، والحق في نشر أخبار الجرائم والتحقيقات والحق في الإبلاغ عن الجرائم والحق في نشر التقارير البرلمانية.
- ٣ - تعد جرائم الصحافة من الجرائم المتميزة ذات الطبيعة الخاصة؛ وذلك لإفراد المشرع لها بعض الأحكام الخاصة التي تخالف القواعد العامة في تنظيم المسؤولية الجنائية.
- ٤ - تعد جرائم الصحافة إحدى جرائم القانون العام؛ وذلك لأنه بالرغم من إفراد باب خاص من الكتاب الثاني في قانون العقوبات المصري لهذا النوع من الجرائم وتخصيص المشرع الفرنسي لها قانون خاص، باعتبار أن العلانية شرط لوقوع هذه الجريمة، ولكن ركنها المادي يتمثل في فعل النشر ونتيجته وعلاقة السببية

- بينهما، والعلانية كما تتحقق عن طريق النشر في الصحف تتحقق أيضاً بوسائل أخرى.
- ٥ - إن فعل النشر كما يقوم بالسلوك الإيجابي الذي يتم بإحدى وسائل العلانية، يقع بطريق الامتناع كما هو الأمر في حالة مدير النشر الذي يمتنع عن تنفيذ واجب الرقابة على النشر، ويترتب على ذلك اعتداء على حق يحميه القانون.
- ٦ - يتصور الشروع في جرائم الصحافة وغيرها من طرق النشر سواء تمت بطرق العلانية التقليدية أو تمت بوسائل الاتصالات الحديثة.
- ٧ - جرائم الصحافة من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي على توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، أما جرائم نشر الأخبار الكاذبة فقد تطلب المشرع المصري أن يكون النشر قد تم بسوء قصد أو سوء النية وفقاً للقانون الفرنسي، وبالتالي تتطلب هذه الجريمة قصداً جنائياً خاصاً لا يكفي لتوفره مجرد إثبات أن الناشر كان يعلم بأن الخبر كاذب أو الورقة مزورة، وأن من شأن النشر تكدير السلم العام أو إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، بل لا بد من أن تكون نية الصحفي قد اتجهت إلى إحداث هذه النتائج، والأمر لا يخرج عن إلقاء عبء إثبات سوء النية على عاتق النيابة العامة.
- ٨ - جعل كل من المشرع الكويتي والمصري والفرنسي محل المسؤولية في جرائم النشر هو عمل النشر، وبالتالي كل من ساهم في هذا العمل يعد مسؤولاً عن جرائم الصحافة، كما أن تحديد مسؤولية الشخص لا ترتبط بمساهمة المادية في عمل النشر ولكن بقدر هيمنته وسيطرته على هذا العمل.
- ٩ - على الرغم من الخلاف الفقهي حول مسؤولية الشخص المعنوي إلا أنه يمكن مساءلة الصحيفة باعتبارها شخصاً معنوياً وعقابها بالعقوبات التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي.

ثانياً - التوصيات:

- ١ - يجب أن تكون الصحافة نزيهة حتى تلعب دوراً في توجيه الرأي العام على أسس حقيقية وهذا هو واقع حال الصحافة الكويتية، لأنها رسالة حوار ومشاركة.
- ٢ - يجب على الصحفي مراعاة أخلاقيات مهنة الصحافة، فلا يجوز له نشر أية أخبار حتى لو كانت سليمة طالما تضر الصالح العام الكويتي، فحرية الصحافة هي حرية الوطن واستقلاله وهي تمارس واجباً وطنياً مقدساً.
- ٣ - لا بد من تفعيل دور الاعتذار من الناشر بدلاً من الحبس، وتفعيل دور جمعية

الصحفيين الكويتية لتقوم هي بتوقيع الجزاء الإداري المناسب على الصحفي بدلاً من حبسه، مثل الجزاء التأديبي ووقف الصحفي وسحب الهوية الصحفية منه.

٤ - تفعيل دور الرقابة الصحفية وهي نوعان، رقابة داخلية مرجعها ضمير الصحفي، ورقابة خارجية مرجعها قانون الجزاء وقانون المطبوعات والنشر، ومن أحقية الصحفي الحصول على المعلومات الصحيحة من مصادرها وتسهيل مهامه.

المراجع

أولاً - الكتب والرسائل العلمية:

- ١ - أ. محمد عبد الله، جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية.
- ٢ - أ. مصطفى مرعي - الصحافة بين السلطة والسلطان - عالم الكتب - ١٩٨٠
- ٣ - د. أحمد السيد علي عفيفي، الأحكام العامة للإعلان في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١.
- ٤ - د. أحمد أمين، د. علي راشد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٢٧.
- ٥ - د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، الطبعة الأولى، ١٩٨٨.
- ٦ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص.
- ٧ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.
- ٨ - د. أحمد محمد الحسناوي، العلم بالقانون الجنائي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٠، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات العربية المتحدة.
- ٩ - د. أشرف رمضان عبد الحميد - حرية الصحافة - الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
- ١٠ - د. جابر جاد نصار - حرية الصحافة - دراسة مقارنة في ظل القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤ - دار النهضة العربية.
- ١١ - د. جمال الدين العطيفي، الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٤.
- ١٢ - د. جمال الدين العطيفي، حرية الصحافة وفق تشريعات جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، القاهرة سنة ١٩٧٤.
- ١٣ - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، طبعة سنة ١٩٨٣.
- ١٤ - د. خالد رمضان عبد العال سلطان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- ١٥ - د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، الطبعة السابعة سنة ١٩٦٨.
- ١٦ - د. رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بآحاد الناس، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٩٠.

- ١٧- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقصد الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة ١٩٧١.
- ١٨- د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق، السنة السادسة، سنة ١٩٥٢ - ١٩٥٣.
- ١٩- د. رياض شمس، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب المصرية، سنة ١٩٤٥.
- ٢٠- د. رياض شمس، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب المصرية، سنة ١٩٤٧.
- ٢١- د. شريف سيد كامل، جرائم الصحافة في القانون المصري.
- ٢٢- د. شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، دراسة تأصيلية للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.
- ٢٣- د. صالح سيد منصور، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٣٩.
- ٢٤- د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، جرائم النشر في قانون المطبوعات والنشر الكويتي الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وفي ضوء قانون الجزاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧.
- ٢٥- د. عبد الأحد جمال الدين، د. جميل عبد الباقي الصغير، المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، القسم العام، ١٩٩٩.
- ٢٦- د. عبد الله مبروك النجار، إساءة استعمال حق النشر، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢.
- ٢٧- د. عبد المهيم بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري المقارن، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ١٩٥٩.
- ٢٨- د. علي راشد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، سنة ١٩٤٩.
- ٢٩- د. عماد النجار، النقد المباح، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧.
- ٣٠- د. عمر السعيد رمضان، قانون العقوبات، القسم الخاص، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٨ - ١٩٩٣.
- ٣١- د. عمر السعيد رمضان، قانون العقوبات، القسم العام، سنة ١٩٩١.

- ٣٢ - د. عمر سالم، نحو قانون جنائي للصحافة، الكتاب الأول، القسم الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
- ٣٣ - د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٣.
- ٣٤ - د. فوزية عبد الستار، المساهمة الأصلية في الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٧.
- ٣٥ - د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
- ٣٦ - د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- ٣٧ - د. ليلى عبد الحميد - تطور الصحافة المصرية من ١٩٥٢ حتى ١٩٨١ - دار الفكر العربي للنشر والتوزيع - ١٩٨٤.
- ٣٨ - د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، سنة ١٩٨٤.
- ٣٩ - د. محسن فؤاد فرجن، جرائم الفكر والرأي والنشر، النظرية العامة للجريمة التعبيرية، الطبعة الثانية، دار الغد العربي، سنة ١٩٨٨.
- ٤٠ - د. محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه، ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٧.
- ٤١ - د. محمد عصفور، استغلال السلطة القضائية، مجلة القضاة، سنة ١٩٦٨، العدد الثالث.
- ٤٢ - د. محمد محي الدين عوض، العلانية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٥٨.
- ٤٣ - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٤.
- ٤٤ - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٨٣.
- ٤٥ - د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢.
- ٤٦ - د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، مرجع سابق.
- ٤٧ - د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، القاهرة سنة ١٩٨٣.

٤٨ - د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٤.

٤٩ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٨٩.

٥٠ - د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، سنة ١٩٦٥.

٥١ - د. يسرا أنور علي، شرح قانون العقوبات، النظرية العامة.

ثانياً - الأحكام القضائية:

- ١ - استئناف رقم ٣٧٧/٢٠٠٢ مدني، ٣ جلسة ١٩/٥/٢٠٠٣.
- ٢ - طعن رقم ٢٣٣ لسنة ٤٠ ق، جلسة ١٣/٤/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - س ١٢ ق ١٤، ص ٥٨٦.
- ٣ - نقض ٢٧٨ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٣٠٧، رقم ٦٥.
- ٤ - نقض ٤ يناير ١٩٣٤ م، مجموعة القواعد القانونية في خمسين عاماً، طعن رقم ٥٣ س ٢، ق ص ٧٤.
- ٥ - نقض ٢٦ إبريل، ١٩٣٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، ص ٦٩.
- ٦ - نقض ٢٤ مارس، ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٢٣٣، ص ٤٢٦، نقض مدني ١٥ مايو ١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٣٥٠، ص ٤٨٥.
- ٧ - نقض ٥ يناير ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، رقم ٢، ص ٥.
- ٨ - نقض ١١ يونيو سنة ١٩٣١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ١٧٥، ص ٣٤١.

الحماية الجنائية للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية (الشهود والمجني عليهم والخبراء والمبلغين) في إطار الجريمة المنظمة في المواثيق الدولية والقانون المصري

الدكتور/ رامي متولي القاضي
مدرس القانون الجنائي - كلية الشرطة
جمهورية مصر العربية

ملخص:

يتناول موضوع البحث الحماية الجنائية للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية من شهود ومجني عليهم وخبراء ومبلغين حيث يلعب هؤلاء الأشخاص دوراً مهماً في إثبات الجرائم الجنائية الخطيرة الجريمة المنظمة وجرائم الإرهاب، وهو ما قد يتطلب ضرورة توفير حماية أمنية لهؤلاء الأشخاص ونزويهم حتى يمكن تشجيعهم على معاونة أجهزة العدالة الجنائية ومدهم بالمعلومات المتصلة بإثبات الجرائم ضد العناصر المتورطة فيها.

١ - التعريف بموضوع البحث وأهميته:

يُعد موضوع حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية من المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين من الموضوعات المُستحدثة، والتي ارتبط الحديث عنها بتطور مفهوم القانون الجنائي ونظام العدالة الجنائية نحو الاهتمام بطرفي الجريمة وخاصة المجني عليه وذلك بظهور علم المجني عليه *Victimology*، وهو العلم الذي يدرس سلوكيات المجني عليه وعلاقتها بالجريمة، وتطور مفهوم الجريمة بعد أن أخذت الجريمة في العصر الحديث منحىً خطيراً؛ حيث أثرت ظاهرة العولمة^(١) *Globalization* - وما ترتب عليها من عوامل الانفتاح العالمي بين الدول وثورة الاتصالات والمعلومات واعتبار العالم بأسره قرية صغيرة - بالسلب على طبيعة

(١) يقصد بمصطلح العولمة بصفة عامة، اندماج دول العالم كافة بطريقة تؤثر فيها كل الدول وتتأثر بباقي الدول دون أن تكون لها القدرة على الانغلاق والعزلة عن باقي العالم، فكل دولة تعتمد على الدول الأخرى ويستحيل انفصالها عنها، وذلك من خلال منظومة واحدة تشمل الدول كافة في جميع المجالات خاصة السياسية والاقتصادية والاجتماعية. انظر: لواء/ د. عبدالرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، دراسة مركز بحوث الشرطة، الإصدار رقم (٨)، يناير ٢٠٠٦، ص ٨٧.

الجريمة فأوضحت الجرائم المستحدثة ذات طابع منظم عابر للحدود^(١)، يؤسس على العنف، ويهدف إلى تحقيق الربح.

وحيث يلعب التبليغ عن الجرائم والشهادة على مرتكبيها والخبرة دوراً مهماً في مواجهتها من خلال معاونة أجهزة العدالة الجنائية (شرطة - نيابة - قضاء) في إثبات جريمتهم وإدانتهم، ونظراً لخطورة مرتكبي الجرائم المنظمة، وما قد يتعرض له الأشخاص المذكورون من تهريب أو تهديد قد يصل إلى حد الاعتداء والقتل لإثنائهم عن معاونة العدالة؛ لذلك بات لزاماً على رجال العدالة الجنائية في كافة الدول الاهتمام بتوفير الحماية القانونية اللازمة لهؤلاء الأشخاص لحثهم وتشجيعهم على التعاون مع أجهزة العدالة الجنائية في الحد من هذه الظاهرة الخطيرة^(٢).

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في تقرير مبدأ حماية الشهود منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، حيث ورد في القرآن الكريم قوله - عز وجل -: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾^(٣). كما أكد الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ على التزام الدولة بتوفير الحماية للمجني عليهم والشهود والمبلغين في المادة (٢/٩٦) منه، والتي نصت على أنه: "وتوفر الدولة الحماية للمجني عليهم والشهود والمتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون". ونظراً لأن حقوق الإنسان كانت ومازالت هي الأساس والإطار الذي لا يجب على الدساتير والقوانين الخروج عليه، فقد كان لزاماً البحث في حماية المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين في مجال الجرائم الخطيرة ومنها الجرائم ذات الطابع المنظم، بالنظر إلى ما تُمثله هذه الجريمة من توسع في انتهاك حقوق الإنسان، وما يستتبعه ذلك من ضرورة حماية هذه الحقوق الإنسانية في ظل القصور التشريعي في بعض الأحيان عن مواجهة هذه الأنماط المُستحدثة من الجريمة.

فقد استفحلت الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وأخذت التنظيمات الإجرامية تشتد قوةً وتزداد تنوعاً، وما فتئت تنحو أكثر فأكثر إلى الضلوع في أنشطتها الإجرامية

(١) د. محمد فاروق عبد الحميد: الإجرام المنظم ووسائل توقيه في العالم العربي، مجلة البحوث الأمنية، المجلد (١٣)، العدد (٢٨)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، شعبان ١٤٥٢هـ، ص ١٩٣.

(٢) PRADEL (J.): Les systèmes pénaux a l'épreuve du crime organise, R.I.D.P, 1998, P.662; MARON (A.): La lutte contre la délinquance organisée, R.I.D.P, 1998, P.887.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨٢).

باتّباع أشكال منهجية من التعاون فيما بينها مصمّمة بقصد تعزيز تلك الأنشطة، ومن ثمّ فقد بات من الضروري جداً في التحقيق في الجرائم وملاحقة مرتكبيها قضائياً، وخصوصاً تلك الأشكال من الجريمة المنظمة التي تزداد خطورةً وتعقّداً، الحرص على أن يشعر الشهود - وهم عماد النجاح في التحقيقات والملاحقات القضائية - بالثقة في نظم العدالة الجنائية، ذلك أن الشهود يحتاجون إلى الشعور بالأمان لكي يتقدّموا ويمثّلوا يد المساعدة إلى سلطات إنفاذ القانون والادعاء العام، كما أنهم يحتاجون إلى الاطمئنان إلى أنهم سوف يتلقّون الدعم ويحاطون بالحماية درءاً لما قد يتعرضون له من التهريب ولما قد يقع عليهم من أذى على يد العصابات الإجرامية في سعيها إلى تثبيط عزمهم لثنيهم عن التعاون مع السلطات أو لمعاقتهم على ذلك^(١).

الاهتمام الدولي بالأشخاص المتعاونين مع العدالة الجنائية وخاصة الضحايا والشهود في الجريمة المنظمة

حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (م ٢٤ منها) على التأكيد على الدول الأطراف بضرورة اتخاذ التدابير المناسبة لتوفير حماية فعالة من الانتقام أو التهريب للشهود الذين يدلون بشهادة في القضايا التي تشتمل على جريمة منظمة عبر وطنية. كما تقتضي الاتفاقية (م ٢٦ منها) أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لتشجيع الأشخاص الذين يشاركون، أو كانوا قد شاركوا، في جماعات إجرامية منظمة على التعاون مع سلطات إنفاذ القوانين لأغراض التحقيق (التحرّي) والإثبات. وبموجب الفقرة (٤) من تلك المادة، يكون توفير الحماية لأولئك الأشخاص وفقاً لأحكام المادة (٢٤).

كما تضمنت البروتوكولات الملحقّة بالاتفاقية، ومنها على وجه التحديد بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو على موضوع حماية الضحايا أو الشهود أو كليهما ("المادتان ٦ و ٧ من بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر"، و"المادتان ٥ و ١٦ من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين")

كما أن مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، حدّد في دورته الثانية، التي عُقدت في فيينا في الفترة من (١٠ - ٢١ أكتوبر

(١) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود في الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجرائم المنظمة، الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، ٢٠٠٨، ص ٣.

(٢٠٠٥)، مسألة حماية الشهود باعتبارها واحداً من المجالات التي سوف تُستخدم في الاستعراض الدوري لوضعية تنفيذ الاتفاقية والبروتوكولات ذات الصلة بها (الفقرة ١، المقررات ١/٢ و ٣/٢ و ٤/٢). وترد لمحة إجمالية عن ردود الدول الأطراف في التقارير التحليلية المقدّمة إلى مؤتمر الأطراف خلال دورته الثالثة، التي عُقدت في فيينا في الفترة من (٩ - ١٨ أكتوبر ٢٠٠٦) في الفقرات ٦٤-٧٥، والفقرات ١٢-٣٨؛ والفقرات ١١-١٨)^(١).

وقد طلب مؤتمر الأطراف، خلال دورته الثالثة، إلى أمانته أن تقوم بجمع الممارسات الناجحة المتّبعة في إجراء التحقيقات في الجرائم المشمولة بالبروتوكولات، وكذلك في توفير تدابير الحماية والمساعدة لضحايا الاتجار بالأشخاص وللمهاجرين المهزّبين، وبإتاحتها للدول الأطراف. وحدّد المؤتمر أيضاً مسألة حماية الشهود باعتبارها مجالاً يمكن فيه تقديم المساعدة من أجل دعم تنفيذ البروتوكولين المذكورين، وباعتبارها أيضاً مسألة مشتركة فيما بين اتفاقية الجريمة المنظمة والبروتوكولات الملحق بها على حدّ سواء (الفقرة ١، المقرران ٣/٣ و ٤/٣).

إضافة إلى ذلك، سلّمت الدول الأعضاء في إعلان بانكوك (أوجه التآزر والاستجابات) التحالفات الاستراتيجية في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، الذي اعتمده مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، بأهمية إيلاء الحاجة إلى حماية الشهود على الجريمة والإرهاب الدوليين وضحاياهما اهتماماً خاصاً، وتعهّدت بتعزيز الإطار القانوني والمالي الخاص بتوفير الدعم لأولئك الضحايا، حيثما تدعو الحاجة، ووضعة في الحساب جملةً من الاعتبارات ومنها إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة، وبناءً على توصية لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، شجّع المجلس الاقتصادي والاجتماعي الدول الأعضاء على تبادل خبراتها ومعلوماتها بشأن التدابير التي اتُخذت لتوفير حماية فعالة للشهود في الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجرائم المنظمة الوطنية وعبر الوطنية، ولأقاربهم وكل الأشخاص القريبين منهم^(٢).

٢ - أهداف البحث وتسأولاته:

يستهدف هذا البحث الإجابة عن العديد من التسأولات المهمة ذات الصلة بموضوع البحث، أبرزها ما يلي:

(١) المرجع السابق، ص ٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٣.

أ - إبراز الطبيعة الخاصة لكل من الشهادة والتبليغ عن الجرائم والخبرة في الجرائم الخطيرة ومنها الجريمة المنظمة.

ب - بحث الإطار القانوني لحماية حقوق المجني عليهم والشهود في المواثيق والاتفاقيات ومدى الحماية الدولية التي يقرها المجتمع الدولي في مواجهة هذه الجرائم.

ج - تسليط الضوء على الحماية القانونية المقررة لكل من المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين باعتبارهم من ضمن الأشخاص المعرضين للخطر في الجريمة المنظمة، ومدى هذه الحماية القانونية على كافة الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية.

د - إلقاء الضوء على مشروع القانون المصري لحماية الشهود والمبلغين والخبراء.

٣ - منهج البحث وأدواته:

تتعدد مناهج البحث العلمي ما بين المنهج التاريخي والتجريبي والوصفي والمقارن والاستدلالي، إلا أن أنسب المناهج العلمية والبحثية لموضوع هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي، والذي يعرف بأنه: "دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ووصفها وصفاً وثيقاً ويعبر عنها تعبيراً كيفياً أو كمياً بُغية الوصول إلى استنتاجات تسهم في فهم هذا الواقع وتطويره"^(١)، فهذا المنهج يهدف إلى بحث وتحليل أطر حماية حقوق المجني عليهم والشهود والمبلغين والخبراء على كافة الأصعدة الدولية والإقليمية والوطنية.

وتتمثل أدوات البحث التي سوف يستعين بها الباحث كمصادر علمية في إعداد هذا البحث في المؤلفات القانونية العربية والأجنبية ذات الصلة بموضوع البحث في مجال القانون العام أو الجنائي فضلاً عن المؤلفات المتخصصة ذات الصلة، سواء أكانت مؤلفات أم أوراق عمل أم غير ذلك من الرسائل الجامعية من أطروحات دكتوراه أو ماجستير أم مقالات قانونية منشورة بالدوريات العلمية حول موضوع البحث، فضلاً عن دراسة العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية والعالمية ذات الصلة، والمقالات والأخبار المنشورة في وسائل الإعلام المختلفة وشبكة الإنترنت.

(١) راجع: نوقان عبيدات وآخرون: مناهج وأساليب البحث العلمي، دار صنعاء للنشر، عمان، الأردن ١٩٩٦م، ص ٢٢٠.

٤ - صعوبات البحث وإشكالياته:

تتمثل صعوبات البحث في حداثة موضوعه، ليس المتصل منه بموضوعات حقوق الإنسان التي عُرفت منذ قديم الأزل، وإنما لحداثة إطار هذا البحث، وهو الجريمة المنظمة التي تتسم بتعدد وتداخل صورها، فضلاً عن طابعها العابر للحدود والذي يُمثل عائقاً قانونياً لمواجهتها، وهو ما يتطلب ضرورة توافر الجهود الدولية والوطنية لمواجهتها، فضلاً عن قلة المؤلفات القانونية التي تناولت هذا الموضوع، وهو ما شكل تحدياً بالنسبة للباحث في بحث وتأسيس هذا الموضوع من الناحية القانونية.

٥ - خطة البحث:

سوف يتم تناول موضوع البحث في مطلب تمهيدي وثلاثة مباحث، أستعرض في المطلب التمهيدي التعريف بالجريمة المنظمة، وأعرض في المبحث الأول للتعريف بالأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية في إطار الجريمة المنظمة، وأتناول في المبحث الثاني أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية على الصعيدين الإقليمي والدولي، وأخيراً أتطرق لأوجه الحماية المقررة لتلك الفئات في القانون المصري، وتسير الخطة التفصيلية للبحث على النحو التالي:

مقدمة عامة

مطلب تمهيدي: التعريف بالجريمة المنظمة.

المبحث الأول: التعريف بالأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية في إطار الجريمة المنظمة.

المبحث الثاني: أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية على الصعيدين الإقليمي والدولي.

المبحث الثالث: أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية في القانون المصري.

الخاتمة.

المطلب التمهيدي التعريف بالجريمة المنظمة

تتعدد مواقف التشريعات المقارنة في شأن تحديد الجرائم التي تقرر حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة فيها ومنهم الشهود ما بين اتجاهين: (الأول) يحدد هذه الجرائم بحسب طبيعة هذه الجرائم ومدة العقوبة المقررة لها، ومن هذا الاتجاه القانون الفرنسي الذي يقرر حماية الشهود في جرائم الجنايات والجناح المعاقب عليها بعقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات، و(الثاني) يحدد هذه الحماية على جرائم بعينها، ومن هذا الاتجاه القانون السويسري الذي يقصر حماية الشهود على جرائم الاتجار بالبشر، والإرهاب، والجريمة المنظمة، والقانون المغربي الذي يقصرها على جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ. وتتمثل أبرز الجرائم التي تقرر لها التشريعات المقارنة حماية للشهود فيها جرائم الإرهاب وصور الإجرام المنظم والفساد، وفيما يلي أتناول في هذا المطلب التمهيدي أبرز هذه الجرائم وهي الجريمة المنظمة على اعتبار أنها الأساس الذي ارتبط به ظهور برامج حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة وخاصة الشهود، فالحاجة إلى تأمين وحماية بعض الأطراف ذوي الصلة بإثبات الجرائم الجنائية كالمجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين ارتبطت بظهور الجريمة المنظمة، وفيما يلي أستعرض التعريف بالجريمة المنظمة من خلال تناول تعريفها وخصائصها وأبرز صورها، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الجريمة المنظمة وأبرز سماتها.

الفرع الثاني: أبرز صور الجريمة المنظمة.

الفرع الأول

تعريف الجريمة المنظمة وأبرز سماتها

١ - تعريف الجريمة المنظمة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة^(١) (٢):

عملت مُنظمة الأمم المتحدة على وضع اتفاقية دولية لمكافحة الجريمة المنظمة،

(١) تم اعتماد الاتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠.

(٢) يشار إلى أن هناك العديد من الموائيق الإقليمية التي عملت على وضع تعريف للجريمة المنظمة نذكر منها الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية.

وهي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية؛ حيث تضمنت الاتفاقية تعريفاً للجماعة الإجرامية المنظمة، وتبنت فكرة "الجريمة الجسيمة" كمعيار للجرائم التي يمكن وصفها بأنها مُنظمة^(١).

فقد عرفت الاتفاقية في المادة (٢/أ) منها المقصود بالجماعة الإجرامية المنظمة بأنها: "جماعة ذات هيكل تنظيمي، مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة مُتضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المُجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية، من أجل الحصول، بشكل مُباشر أو غير مُباشر، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى".

كما عملت الاتفاقية على تعريف عناصر الجريمة المنظمة؛ حيث أوردت الاتفاقية تحديداً للجريمة الخطيرة، وفقاً للفقرة (ب) من المادة ذاتها، بأنها الجريمة التي تزيد عقوبتها على الحبس مدة لا يقل حدها الأقصى عن أربع سنوات، أو بعقوبة أشد، وأوضحت الفقرة (٢/ج) المقصود بتعبير الجماعة ذات الهيكل التنظيمي بأنها تعني: "جماعة غير مُشكلة عشوائياً لغرض الارتكاب الفوري لجرم ما، ولا يلزم أن تكون لأعضائها أدوار مُحددة رسمياً، أو أن تستمر عضويتهم فيها أو أن تكون ذات هيكل تنظيمي".

ويتضح لنا من التعريف الأممي السابق وجود طابع خاص في عصابات الجريمة المنظمة، ويتمثل في اعتبارها جماعات إجرامية:

- أ - تتسم بتعدد أعضائها.
 - ب - وجود روابط تنظيمية بينهم.
 - ج - استمرارية الروابط الإجرامية بين أفرادها.
 - د - ارتكاب هذه العصابات للجرائم الخطيرة الواردة في الاتفاقية بهدف تحقيق الربح.
- ثم بينت الفقرة (٢) من المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة أن الجريمة المنظمة تكون عابرة للحدود الوطنية في الحالات الآتية:
- أ - إذا وقعت في أكثر من دولة.
 - ب - إذا وقعت في دولة مُعينة، ولكن ارتكب جزء جوهري من الإعداد أو التجهيز أو التخطيط لها أو الإدارة أو الرقابة عليها في إقليم دولة أخرى.

(١) لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٢٣.

ج - إذا وقعت في دولة مُعينة، ولكن ساهمت في ارتكابها جماعة إجرامية مُنظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة.

د - إذا وقعت في دولة مُعينة، وكان لها آثار جوهرية امتدت إلى دولة أخرى.

وقد حرصت الاتفاقية على الإشارة إلى تجريم الاشتراك في جماعات الجريمة المنظمة، فضلاً عن تجريم بعض الصور المهمة للجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، وهي: غسل الأموال غير المشروعة (م٦)، والفساد (م٨)، وإعاقة سير العدالة (م٢٣)، فضلاً عن الجرائم المنصوص عليها في البروتوكولات المُلحقة بهذه الاتفاقية، ومنها جرائم الاتجار في الأشخاص، وخاصة النساء والأطفال، وجرائم تهريب المُهاجرين بطرق غير مشروعة. ومن الجدير بالذكر أن الجريمة المنظمة يمكن أن تكون محلية أو عابرة للحدود^(١).

٢ - التعريف الفقهي للجريمة المنظمة:

ذهب جانب من الفقه الجنائي^(٢) إلى تعريف الجريمة المنظمة بأنها: "فعل أو أفعال غير مشروعة ترتكب من جماعة إجرامية ذات تنظيم هيكلي مُتدرج، وتتمتع بصفة الاستمرارية، يعمل أعضاؤها وفق نظام داخلي يحدد دور كل منهم، ويكفل ولاءهم وإطاعتهم لأوامر رؤسائهم، ويكون الغرض من هذا الفعل أو تلك الأفعال غالباً الحصول على الربح، وتستخدم الجماعة الإجرامية التهديد والعنف والرشوة لتحقيق أهدافها، ويمكن أن يمتد نشاطها الإجرامي عبر عدة دول".

ويشابه التعريف السابق تعريف آخر للجريمة المنظمة بأنها: "مشروع إجرامي تمارسه جماعة من الأشخاص، بواسطة تنظيم ثابت له تشكيل هرمي ومستويات للقيادة وقاعدة للتنفيذ مع إمكانية للترقي، ويحكمه نظام داخلي بالغ الصرامة،

(١) د. محمد محيي الدين عوض: الجريمة المنظمة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، المجلد العاشر، العدد (١٩)، محرم ١٤١٦هـ، ص١٨؛ د. محمد إبراهيم زيد: الجوانب العلمية والقانونية للجريمة المنظمة، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، الإمارات، إبريل ١٩٩٨، ص١٤٣؛ د. طارق سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٦٤.

(٢) د. محمد محيي الدين عوض، الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص١٠؛ د. هدى قشقوش: الجريمة المنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٨؛ د. شريف سيد كامل: مكافحة جرائم غسل الأموال في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ط٢٠٠٢، ص٧٤. ومن الفقه المقارن، انظر:

BOULOUKOS (A. C.) et FARRELL (G.), organized crime and Drug trafficking, efforts of the United Nations, in «criminalité organisée et ordre dans la société», colloque Aix-en- provence, p. 214 et ss.

ويستخدم هذا المشروع الجريمة والعنف والتهديد والابتزاز والرشوة وفرض السطوة بهدف الحصول على أرباح كبيرة بوسائل غير مشروعة، حتى وإن بدت تلك الوسائل في ظاهرها أنها مشروعة" (١).

بينما يذهب جانب ثالث (٢) إلى تعريفها بأنها: "الجريمة التي تقوم بها عصابات احترفت الإجرام، وجعلت الجريمة محور ومجال نشاطها، ومصدر دخلها، حيث تمارس هذه العصابات أنشطتها الإجرامية مُستهدفة توليد تدفقات نقدية ضخمة وسريعة الحركة تقبل التنقل عبر وسائل متعددة ومُختلفة بعضها تقليدي وبعضها الآخر مُبتكر، وإن كانت في النهاية جميعها مُخالفة للقانون والأخلاق والقيم الإنسانية".

وعلى الرغم من عدم وجود قانون خاص لمكافحة الجريمة المنظمة في القانون المصري، إلا أن المشرع المصري حرص على وضع تعريف مُحدد للجماعات الإجرامية المنظمة، حيث نص على تعريف الجماعة الإجرامية المنظمة في إطار قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠ بأنها: "الجماعة المؤلفة وفق تنظيم مُعين من ثلاثة أشخاص على الأقل للعمل بصفة مُستمرة أو لفترة من الزمن بهدف التدبير لارتكاب جريمة مُحددة أو أكثر من بينها جرائم الاتجار بالأشخاص".

ويتضح لنا من التعريف السابق أن القانون المصري وضع تعريفاً للجريمة المنظمة التي ترتكب جرائم الاتجار بالبشر بأنها تتسم بالطابع التنظيمي من خلال تعدد أشخاصها واستمرارية تشكيلها وغرضها الإجرامي في ارتكاب الجرائم الخطيرة ومنها الاتجار بالبشر.

٣ - السمات المميزة للجريمة المنظمة:

يتضح لنا من التعاريف السابقة، أن الجريمة المنظمة تتسم ببعض الخصائص المُميزة عن غيرها من الجرائم التقليدية، وأبرز هذه الخصائص، يتمثل فيما يلي:

(١) انظر تعريف الجريمة المنظمة الوارد بالتقرير الوطني المصري المقدم للمؤتمر التاسع للأمم المتحدة لمنع الجريمة سنة ١٩٩٥، مشار إليه: لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٣٢.

Rapport national de la République Arabe d'Egypte, Neuvième congrée des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Le Caire, 28 Avril-8 Mai 1995, p.68 à 70.

(٢) د. فتيحة محمد قوراري: المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر- دراسة في القانون الإماراتي المقارن، مجلة الشريعة والقانون، عدد (٤٠)، أكتوبر ٢٠٠٩، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٧٥.

- وجود جماعة إجرامية ذات بناء هيكلي مُتدرج.
- استخدام هذه الجماعات الإجرامية للعنف وإفساد الموظفين العموميين لتحقيق أغراض الجماعة الإجرامية.
- استخدام هذه العصابات المنظمة لوسائل التقنية الحديثة.
- استهدافها للربح كهدف أساسي للجريمة.
- امتداد الأنشطة الإجرامية لهذه العصابات لعدة دول^(١).

٤ - العلاقة بين الجريمة المنظمة وحماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية:

جاءت الجريمة المنظمة - كما سبق أن أشرت - بفعل ظاهرة العولمة ونتيجة لتطور الجريمة وانتهاجها للطابع المنظم وتحولها من الطابع الفردي للطابع الجماعي المنظم الذي احترفته العديد من العصابات في العديد من الدول^(٢)، والتي انتهجت منهج العنف واللجوء للقوة والتهديد سواء فيما بين أعضائها أو أعضاء العصابات الأخرى وباتت تمثل خطراً على نظام العدالة الجنائية، فضلاً عن سياسة إفساد الموظفين العموميين؛ حيث تقوم هذه العصابات في سبيل تحقيق أنشطتها الإجرامية بعمليات تأثير على الموظفين العموميين وإفسادهم من خلال الرشاوي والترهيب والعنف، الأمر الذي قد يصل إلى الاعتداء والقتل^(٣).

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، وإنما قامت هذه العصابات رغبةً منها في إخفاء آثار جرائمها بملاحقة الشهود والمتعاونين مع أجهزة العدالة من الجناة التائبين^(٤)

(١) لواء / د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٤٣-٧٤.

(٢) ومن أشهر عصابات الجريمة المنظمة المعروفة دولياً عصابات المافيا المعروفة في إيطاليا والولايات المتحدة والمافيا الحمراء في روسيا، والياكوزا اليابانية، والمافيا الفيتنامية، والمافيا الكولومبية "الكارتلات"، والمافيا الصينية. انظر: مقدم / أحمد العسيلي: المافيا والجريمة العصرية، والمنقولة عن المواقع الإلكترونية www.mafia.com www.organizedcrime.com والمنشورة بسلسلة تراجم شرطية، صادرة عن مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، العدد الخامس، يناير ٢٠١٠، ص ٧٨، ٧٩.

(٣) CRETIN (T.): Qu'est-ce qu'une mafia? Essai de définition des mafias, R.S.C, 1995, P.289; THIERRY (J-P): criminalité organisée.,

(٤) اتجهت عصابات الجريمة المنظمة لاستخدام العنف تجاه أعضائها الذين يخالفون القواعد الداخلية الملزمة التي تحكم التنظيم الإجرامي، لاسيما في حالة قيام أحد الأعضاء بانتهاك =

والاعتداء عليهم، هذا بالإضافة إلى القضاة ورجال الأمن^(١)، الأمر الذي أثر بالسلب على نظام العدالة الجنائية وإجراءات المحاكمات الجنائية؛ حيث كان هؤلاء المبلغون أو المجني عليهم أو الشهود أو الخبراء يتقاعسون عن الإدلاء بأقوالهم في القضايا المنظورة ضد أعضاء هذه العصابات، خوفاً من بطشهم واعتدائهم عليهم وعلى أسرهم، لذلك اتجه عدد من الدول ومن أوائلهم الولايات المتحدة الأمريكية لإنشاء برامج لحماية الشهود والمجني عليهم، كما عملت العديد من المواثيق الدولية والإقليمية ذات الصلة بمكافحة الجريمة المنظمة والفساد بتقرير حماية قانونية لهؤلاء الأشخاص، كما حرص عدد من التشريعات المقارنة على وضع قوانين خاصة لحماية هذه الفئات وهو ما أستعرضه لاحقاً.

الفرع الثاني أبرز صور الجريمة المنظمة

تتعدد صور الجريمة المنظمة لتشمل في طياتها أخطر صور الجرائم المُستحدثة، ومن أبرزها غسل الأموال والاتجار غير المشروع في السلاح والمُخدرات والاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين غير الشرعيين، وسرقة الآثار وإفساد الموظفين العموميين وغير ذلك من الجرائم^(٢)، وفيما يلي نستعرض أبرز صور الإجرام المُنظم عبر الوطني على النحو التالي:

= قانون الصمت، وإبلاغ السلطات العامة عن الجماعة الإجرامية وأفعالها. انظر: لواء / د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٥٤.

(١) غالباً ما تقوم عصابات الجريمة المنظمة بتهديد وقتل الأشخاص الذين ترى أنهم يعرضون مصالحها غير المشروعة للخطر، أو لإفلات بعض أعضائها من المسؤولية الجنائية، حيث تكشف الدراسات في العديد من الدول عن تورط الجماعات الإجرامية المنظمة في تهديد وقتل بعض القضاة ومأموري الضبط القضائي وحراس السجون، وإعلاميين ومسؤولين سياسيين وشهود ممن ترى هذه الجماعات أنهم يمثلون عقبة أمام تحقيق أغراضها الإجرامية، ومن الجرائم الشهيرة التي تذكر في هذا الصدد، قيام جماعات المافيا بصقلية في ١٩٩٢/٥/٢٣ بقتل القاضي "جيو فاني فالكوني" باستخدام مواد متفجرة، أت إلى قتله هو وزوجته وثلاثة من حراسه، وفي ١٩٩٢/٧/١٩ قامت تلك الجماعات بقتل القاضي "باولا بورسيلي نو"، وكان من أبرز القضاة المهتمين بمكافحة المافيا. المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) Rapport national de la République Arabe d'Egypte, Neuvième congrée des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Le Caire, 28 Avril-8 Mai 1995, op. cit, p.67; BOULOUKOS (A. C.) et FARRELL (G.), organized crime and Drug trafficking, efforts of the United Nations, in «criminality organisme et ordre dans la société», colloque Aix-en- provence, op. cit, p. 213.

أولاً: الاتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية: تُعتبر تجارة المُخدّرات Drug trafficking من أكثر الأنشطة الإجرامية التي تضطلع بمباشرتها عصابات الإجرام المُنظم بالنظر إلى الأرباح المالية الطائلة والسريعة التي يتحصل عليها هؤلاء المجرمون، وهو ما تؤكد التقارير الدولية الصادرة عن برنامج الأمم المتحدة للرقابة الدولية على المُخدّرات، بأن تكلفة الإجراءات الدولية والمحلية لمكافحة انتشار المُخدّرات والتوعية بأضرارها وعلاج المدمنين نحو مائة وعشرين مليار دولار سنوياً، بينما حجم الأموال الناتجة عن الاتجار بالمُخدّرات يعادل (٨٪) من إجمالي الصادرات العالمية، وتشير بعض التقديرات إلى أن حجم الأموال الناتجة عن الاتجار بالمُخدّرات في الولايات المتحدة الأمريكية قد وصل إلى مائة مليار دولار، وهو ما يوازي ربع حجم أرباح الاتجار بالمُخدّرات في العالم^(١).

بينما تشير التقديرات الدولية أيضاً إلى أن العصابات الرئيسيتين في تجارة المُخدّرات في كولومبيا تستخدمان نحو مائة ألف شخص لتجارة المُخدّرات في أمريكا اللاتينية والولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، بينما تستخدم إحدى العصابات الصينية نحو خمسة وعشرين ألف شخص.

وتبدو خطورة هذه الأموال في استخدامها في رشوة وإفساد الموظفين العموميين لتسهيل أنشطة التنظيمات الإجرامية، فضلاً عن استخدامها في عمليات غسل الأموال واستثمارها في الاقتصاد المشروع، علاوة على استخدام عوائدها في تمويل جرائم أخرى كالجرائم الإرهابية، فضلاً عن وجود ارتباط من الناحية المادية بين الاتجار بالمُخدّرات وتهريب الأسلحة، حيث يتم استخدام الأموال المُتحصلة من تجارة المُخدّرات في شراء الأسلحة^(٢).

ثانياً: الاتجار غير المشروع بالأسلحة النارية: تُعد تجارة السلاح والمُتفجرات^(٣) Fire Arms and Explosions trafficking من أبرز الأنشطة غير المشروعة التي تمارسها عصابات الجريمة المنظمة بهدف تحقيق الربح، بل إن هذه الصورة من

(١) لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢) المرجع السابق، ص ١٣١.

(٣) يقصد بالأسلحة المشار إليها في هذا البحث الأسلحة النارية الصغيرة والخفيفة والمفرقات، وبالتالي يخرج من نطاق بحثنا الحديث عن الأسلحة الثقيلة وغيرها من أسلحة الدمار الشامل من سلاح نووي وكيميائي ... إلخ.

الجريمة المنظمة تعد من أخطرها على الإطلاق بالنظر لمجال هذه التجارة، وهو تجارة السلاح.

ومن أبرز صور تجارة الأسلحة، الاتجار بالأسلحة الصغيرة والخفيفة، وتعرف الأسلحة الصغيرة بأنها الأسلحة المصممة للاستعمال الشخصي، بينما تعرف الأسلحة الخفيفة بأنها الأسلحة المصممة بحيث يستخدمها عدة أشخاص يعملون على هيئة طاقم، وتشمل الأسلحة الصغيرة المسدسات والمسدسات ذاتية التحميل والبنادق والرشاشات الصغيرة وبنادق الهجوم والرشاشات الخفيفة، وتشمل الأسلحة الخفيفة الرشاشات الثقيلة ومدافع الهاون والقنابل اليدوية وقاذفات القنابل والمدافع المحمولة المضادة للطائرات والمضادة للدبابات والقاذفات المحمولة لإطلاق القذائف.

وتشكل الذخائر والمتفجرات والأجهزة المتفجرة جزءاً لا يتجزأ من الأسلحة الصغيرة والخفيفة، ويمكن أن تأتي الأسلحة الصغيرة والخفيفة من عدة مصادر منها: "السمسة غير القانونية؛ الأسلحة التي تتخلف بعد الصراعات، الإنتاج غير القانوني، عمليات التهريب والسرقة"^(١).

ثالثاً: الاتجار بالبشر^(٢): يعد الاتجار بالبشر Human trafficking من ضمن الأنشطة الأكثر ذيوياً في أنشطة الإجرام المنظم، وتشمل أنشطة الدعارة، والقوادة والاستغلال الجنسي للأطفال، والعمل القسري، وتجارة الأعضاء البشرية، وقد أولى

(١) انظر: منشورات مركز بحوث الشرطة، ومنها مطوية توعوية بعنوان: "مخاطر انتشار الأسلحة الصغيرة والخفيفة"، أكاديمية الشرطة، مصر.

(٢) حرص الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ على وضع إطار دستوري لمجابهة كافة صور الاتجار بالبشر، فنص في المادة (٦٠) على تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "لجسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون، ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون". بينما نصت المادة (٨٩) منه في شأن صور الاتجار بالبشر على أنه: "تُحظر كل صور العبودية والاسترقاق والقهر والاستغلال القسري للإنسان، وتجارة الجنس، وغيرها من أشكال الاتجار بالبشر، ويجرم القانون كل ذلك"، وكذا نصت المادة (٨٠/٣) منه في شأن الاتجار بالأطفال على أنه: "وتلتزم الدولة برعاية الطفل وحمايته من جميع أشكال العنف والإساءة وسوء المعاملة والاستغلال الجنسي والتجاري". ونصت المادة (١٢) منه في شأن العمل القسري على أنه: "العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل".

المُجتمع الدولي في الآونة الأخيرة اهتماماً خاصاً بمواجهة ظاهرة الاتجار بالبشر، والتي أضحّت في الوقت الراهن من أخطر الظواهر الإجرامية انتهاكاً لحقوق الإنسان^(١)، وترجع خطورة هذه الظاهرة الإجرامية في استغلال عصابات الإجرام المُنظم لبعض الأشخاص؛ حيث يتم استدراجهم واستخدامهم في بعض الأنشطة الإجرامية غير المشروعة كممارسة البغاء والعمل القسري أو بيع أعضائهم البشريّة في مقابل الحصول على مبالغ طائلة، وهو ما عرف بمصطلح العبودية الحديثة Modern Slavery.

وقد تنبه المُجتمع الدولي إلى خطورة هذه الظاهرة التي أضحّت ثالث أكبر تجارة على مُستوى العالم بعد تجارتي السلاح والمُخدرات^(٢)، واهتمّت المُنظمات الدولية ومنها مُنظمة الأمم المُتحدة بمواجهة هذه الظاهرة من خلال أفراد بروتوكول خاص بمنع ومُعاقبة الاتجار بالبشر عام ٢٠٠٠، وهو بروتوكول مُكمل لاتفاقية الأمم المُتحدة لمنع ومُكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وهو ما يعرف ببروتوكول باليرمو^(٣)، فضلاً عن جهود الاتحاد الأوروبي في إصدار الاتفاقية الأوروبية للعمل ضد الاتجار بالبشر، وجهود الجامعة العربيّة في إصدار الاتفاقية العربيّة لمُكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، وتعميم مشروع قانون عربيّ نموذجي موحد لمُكافحة الاتجار بالبشر^(٤).

رابعاً: غسل الأموال: تعرف عمليات غسل الأموال بأنها: " تلك العمليات التي يجريها مُرتكبو الجرائم ذات العائد المادي أو المُتعاملون معهم لإخفاء حقيقة مصدر هذا العائد ليبدو كما لو كان حصيلة أنشطة مشروعة، بهدف التوصل إلى إدماجه في الاقتصاد الوطني ليأخذ دورته بصورة طبيعية لتفادي اكتشاف حقيقة مصدره غير المشروع، ومن ثَمّ التمتع بهذه الأموال دون أن تطالها يد العدالة حتى ولو تم اكتشاف

(١) انظر للباحث: مكافحة الاتجار بالبشر في القانون المصري والتشريعات المقارنة وفي ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية، دار النهضة العربيّة، ط١، ٢٠١١، ص٨.

(٢) OBUAH (E.): Combating global trafficking in persons, the role of the United States post-September 2001, International Politics, Vol. 43, 2006, pp.241-265.

(٣) انضمت مصر لاتفاقية الأمم المُتحدة لمُكافحة الجريمة غير المنظمة عبر الوطنية بالقرار الجمهوري رقم (٢٩٤) لسنة ٢٠٠٣، كما وافقت مصر علي البروتوكول المُكمل للاتفاقية والخاص بمنع وقمع ومُعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال بالقرار الجمهوري رقم (٢٩٥) لسنة ٢٠٠٣.

(٤) انظر للباحث، مكافحة الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص١٢.

الجريمة الأصلية مصدر الأموال غير المشروعة^(١). والواقع أن جريمة غسل الأموال تقوم على أساس استخدام الأموال المتحصلة من الجرائم من قبل عصابات الإجرام المنظم في مشروعات اقتصادية أو عمليات مالية أخرى في الدولة ذاتها أو في دول أخرى بهدف إخفاء صفتها غير المشروعة وإظهارها بأنها أموال مشروعة متحصلة من هذه المشروعات الاقتصادية، لذلك اتجهت التشريعات المقارنة إلى استعمال مصطلح "تبييض الأموال" أو غسل الأموال.

وتعمل عصابات الجريمة المنظمة على القيام بعمليات غسل الأموال الناجمة عن عمليات الاتجار بالمخدرات والأسلحة والدعارة القسرية وغير ذلك من الأنشطة الإجرامية المشبوهة بهدف تحقيق الأرباح المالية الطائلة، ولذلك فهناك ارتباط وثيق بين عمليات غسل الأموال والجريمة المنظمة باعتبارها وسيلة إخفاء الأموال المُتحصلة من الأنشطة الإجرامية غير المشروعة لهذه العصابات، لذلك توجد العديد من الاتصالات بين عصابات غسل الأموال وعصابات تجارة المخدرات والأسلحة وشبكات الدعارة الدولية.

خامساً: تهريب المهاجرين: يُقصد بتهريب البشر أو تهريب المهاجرين غير الشرعيين Smuggling of Illegal Migrants ضلوع عصابات الجريمة المنظمة في استغلال حاجة المجني عليهم للسفر للخارج أو للهجرة للحصول على فرص عمل أو حياة كريمة، من خلال تلقيهم أموالاً نظير نقلهم عبر الحدود إلى الدول المُستقبلية، وهي غالباً ما تكون من الدول الغربية المُتقدمة.

وقد اهتمت المنظمات الدولية والإقليمية بتعريف جريمة تهريب المهاجرين، ومن أبرز المواثيق الدولية التي عرفت تهريب المهاجرين البروتوكول الثاني المُكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والخاص بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر أو البحر أو الجو، والاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية؛ حيث عرف البروتوكول الثاني الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر أو البحر أو الجو، المُكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، جريمة تهريب المهاجرين في المادة (٣/أ) بأنها: "تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من

(١) د. أحمد علي البديري: جريمة غسل الأموال في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٢، ص ٧١.

رعاياها أو المُقيمين الدائمين فيها وذلك من أجل الحصول بصورة مُباشرة أو غير مُباشرة على منفعة مالية أو مادية أخرى".

سادساً: تهريب وسرقة الآثار والمُقتنيات الفنيّة^(١): تعمل عصابات الجريمة المنظمة في إطار هدفها في تحقيق الربح في جرائم سرقة الآثار وتهريبها Smuggling of antiquities، وترجع خطورة هذه الصورة من الإجرام المُنظم، فيما يُمثله ذلك من سرقة واعتداء على تاريخ وتراث الشعوب؛ حيث تعتبر هذه الآثار والمُقتنيات الفنيّة النادرة جزءاً من الذاكرة التاريخية لأي دولة، وتخضع هذه الموروثات الثقافية للحماية الدولية وإشراف منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)^(٢)، والتي ناشدت حكومات الدول تشديد الرقابة لمنع عمليات تهريب الآثار والاتجار غير المشروع فيها.

وتجدر الإشارة إلى أن اختفاء المُقتنيات الفنيّة والأثرية غالباً ما يرتبط بعمليات التهريب الدولية للأعمال الفنيّة المسروقة، من خلال ارتباط مثل هذه العصابات بشبكة

(١) حرص الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ على وضع إطار دستوري لحماية الآثار، فنص في المادة (٤٩) على أنه: "تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها، وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولي عليه منها، وتنظيم التنقيب عنها والإشراف عليه. ويحظر إهداء أو مبادلة أي شيء منها. والاعتداء عليها والاتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقادم". بينما نصت المادة (٥٠) منه على أنه: "تراث مصر الحضاري والثقافي، المادي والمعنوي، بجميع تنوعاته ومراحل الكبري، المصرية القديمة، والقبليّة، والإسلامية، ثروة قومية وإنسانية، تلتزم الدولة بالحفاظ عليه وصيانتته، وكذا الرصيد الثقافي المعاصر المعماري والأدبي والفني بمختلف تنوعاته، والاعتداء على أي من ذلك جريمة يعاقب عليها القانون. وتولي الدولة اهتماماً خاصاً بالحفاظ على مكونات التعددية الثقافية في مصر".

(٢) تعد منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) وكالة متخصصة تأسست عام ١٩٤٥ وتهدف المنظمة المساهمة بإحلال السلام والأمن عن طريق رفع مستوى التعاون بين دول العالم في مجالات التربية والتعليم والثقافة لإحلال الاحترام العالمي للعدالة ولسيادة القانون ولحقوق الإنسان ومبادئ الحرية الأساسية. وتتبع منظمة اليونسكو عدد (١٩١) دولة، ومقرها الرئيس في باريس، ولليونسكو أكثر من (٥٠) مكتباً وعدة معاهد تدريسية حول العالم، وللمنظمة خمسة برامج أساسية: هي التربية والتعليم، والعلوم الطبيعية، والعلوم الإنسانية والاجتماعية، والثقافة، والاتصالات والإعلام، وتدعم اليونسكو العديد من المشاريع كمحو الأمية والتدريب التقني وبرامج تأهيل وتدريب المعلمين، وبرامج العلوم العالمية، والمشاريع الثقافية والتاريخية، واتفاقيات للحفاظ على الحضارة العالمية والتراث الطبيعي وحماية حقوق الإنسان.

من التجار والأثرياء الذين قد يرغبون في توظيف أموالهم في جمع التحف والمقتنيات الفنية^(١).

وجدير بالذكر أن المنظمات الدولية، ومن أبرزها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) تحرص على مواجهة عمليات سرقة اللوحات الفنية من خلال توعية المنظمات المعنية وعامة الناس بهذه المشكلة، من خلال تشجيع تجار الأعمال الفنية على الاضطلاع بدور فعال في عملية تبادل المعلومات، وقد أصدر الإنتربول أول نشرة بشأن سرقة أعمال فنية في عام ١٩٤٧، ومنذ ذلك الحين، يعمل الإنتربول على إقامة نظام فعال للغاية لتعميم المعلومات عبر استحداث قاعدة بيانات مُتاحة لأجهزة إنفاذ القانون ولأشخاص عاديين يُمنحون حقوقاً للوصول إلى بيانات مُحددة، فضلاً عن تنظيم المؤتمرات الدولية وحلقات العمل ذات الصلة بمُكافحة الاتجار غير المشروع بالأعمال الفنية.

(١) عقيد/ د. عبد الصمد سكر: التعاون الدولي الأمني في مكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية- دراسة في ضوء القواعد العامة للقانون الدولي والمنظمات الدولية، مطبعة كلية الشرطة، ٢٠٠٦، ص٢١٦.

المبحث الأول التعريف بالأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية في إطار الجريمة المنظمة

يقصد بالأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية الأشخاص المتصلون بالدعوى الجنائية من شهود أو مجني عليهم أو خبراء أو مبلغين أو مجرمين اشتركوا في جريمة ولكنهم عاونوا أجهزة العدالة الجنائية (شرطة - نيابة - قضاء) في إثباتها ونسبتها إلى مرتكبيها، وترجع أهمية هؤلاء الأشخاص أن إفاداتهم في مثل هذه الجرائم من ضمن أدلة الثبوت التي يعتمد عليها القضاء في إدانة مرتكبي هذه الجرائم، وهؤلاء الأشخاص قد يتعرضون للخطر أو التهديد بسبب تلك الإفادات بل إنهم قد يتقاعسون عن التعاون مع أجهزة العدالة بسبب المخاطر والتهديدات التي يتعرضون لها، ومن الجدير بالذكر أن غالبية المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية يقصرون المتعاونين مع العدالة فقط على الجناة الذين شاركوا في ارتكاب الجريمة وعاونوا أجهزة العدالة الجنائية في كشفها وإثباتها^(١)، وعليه فإن المقصود بالأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية كل من المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين، وفيما يلي أتناول التعريف بهؤلاء الأشخاص السالف الإشارة إليهم، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بالمجني عليه والمبلغ.

المطلب الثاني: التعريف بالشاهد والخبير.

(١) يعرف مجلس أوروبا المتعاون مع العدالة بأنه: "أي شخص يواجه تهماً جنائية، أو أُدين بالمشاركة في رابطة إجرامية أو تنظيم إجرامي آخر من أي نوع أو في جرائم الجريمة المنظمة ولكنه يوافق على التعاون مع سلطات العدالة الجنائية، لا سيما عن طريق الإدلاء بشهادة بشأن رابطة أو تنظيم إجرامي أو بشأن أي جريمة مرتبطة بالجريمة المنظمة أو غيرها من الجرائم الخطيرة"، بينما يعرف مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة المتعاون مع العدالة بأنه: "أي شخص قام بدور في جرم له علاقة بتنظيم إجرامي يكون لديه معرفة مهمة عن بنية ذلك التنظيم وطرائق عمله وأنشطته وصلته بجماعات أخرى محلية أو أجنبية". انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ٢١، وكذا انظر: توصية مجلس أوروبا رقم ٩(٢٠٠٥) الصادرة عن لجنة الوزراء إلى الدول الأعضاء بشأن حماية الشهود والمتعاونين مع السلطة القضائية، والمعتمدة من لجنة الوزراء في ٢٠ إبريل ٢٠٠٥. انظر أيضاً: Handling and Protecting Witnesses and Collaborators of

Justice, the European Experience, Dr. Fausto Zuccarelli

المطلب الأول التعريف بالمجني عليه والمبلغ

يترتب على وقوع الجريمة ووصول العلم بها إلى أجهزة العدالة الجنائية (شرطة - نيابة عامة) البدء في إجراءات الاستدلال والتحقيق فيها، ولاشك أن مأموري الضبط القضائي وأعضاء النيابة العامة يبدأون في مباشرة عملهم القضائي بمجرد وصول العلم لهم بوقوع الجريمة عن طريق الإبلاغ عن الجريمة، حيث يتم الانتقال إلى مكان الجريمة وجمع الاستدلالات اللازمة للثبوت من وقوع الجريمة بما فيها سؤال المجني عليه والمتهم والشهود، وهؤلاء الأشخاص لهم دور مهم في مباشرة الإجراءات القضائية، فمن عندهم تبدأ الشرطة والنيابة العامة في التحرك لكشف ملابسات الجرائم، وفيما يلي أتناول المقصود بالمجني عليه والمبلغ عن الجريمة في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بالمجني عليه.

الفرع الثاني: التعريف بالمبلغ.

الفرع الأول التعريف بالمجني عليه

أولاً - تعريف المجني عليه:

لكل جريمة طرفان هما: الجاني، والمجني عليه وهو الشخص الذي وقعت عليه الجريمة، ومن الجدير بالذكر أن القانون الجنائي لم يورد تعريفاً للمجني عليه، الأمر الذي كان محل اجتهاد من جانب الفقه والقضاء، فقد عرفت محكمة النقض المصرية المجني عليه بأنه هو من يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثم قانوناً^(١)، بينما ذهب جانب من الفقه الجنائي إلى تعريفه بأنه هو من أهدرت الجريمة أحد مصالحه المحمية بنصوص قانون العقوبات. وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض المصطلحات القانونية التي قد تختلط مع مفهوم المجني عليه، أذكر منها على سبيل المثال المضرور من الجريمة والضحية، وهو ما أشير إليه على النحو التالي:

(١) انظر: نقض ١٩٦٠/٢/٢، مجموعة أحكام النقض، س ١١، رقم ٢٩، ص ١٤٢.

ثانياً - التمييز بين المجني عليه والمضروب من الجريمة:

يميز الفقه الجنائي - في إطار تقرير حق المدعي المدني في الادعاء مدنياً أمام القضاء الجنائي - وهو ما يعرف بالادعاء المباشر^(١) - بين المضروب من الجريمة والذي قرر له القانون الحق في الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي وبين المجني عليه في الجريمة، فالمضروب من الجريمة قد يكون هو المجني عليه، وقد يكون شخصاً آخر غير المجني عليه كورثة المتوفى الذين يقع عليهم ضرر مباشر من الجريمة، فالمشرع المصري تطلب وقوع ضرر شخصي ومباشر على الشخص من جراء الجريمة لتقرير حقه في الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي، وهو ما أشارت إليه المادة (٢٥١) إجراءات جنائية؛ حيث نصت على أنه: "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية"، ويستوي لدى القانون أن يكون الضرر الواقع على الشخص مادياً أو معنوياً، فيجوز الادعاء المباشر في حالات الضرر المعنوي كما في جرائم السب والتشهير، كما يستوي لدى القانون أن يكون المضروب من الجريمة شخصاً طبيعياً أو معنوياً^(٢).

ثالثاً - التمييز بين المجني عليه والضحية:

تتجه غالبية المواثيق الدولية إلى تفضيل لفظ الضحية Victim للتعبير عن المجني عليه، إلا أن الفقه الجنائي يرى أن مصطلح الضحية هو أوسع نطاقاً من مصطلح المجني عليه؛ إذ يشمل هذا المصطلح المجني عليه بمطلوه القانوني كصاحب المصلحة القانونية محل الاعتداء والمضروب من الجريمة، وهو من وقع عليه ضرر من جراء الجريمة، سواء أكان هذا الشخص هو المجني عليه ذاته أم شخصاً غيره وقع عليه ضرر مباشر من الجريمة كورثة المتوفى، علاوة على الأشخاص المضارين من إساءة استعمال السلطة من قبل أجهزة الدولة.

- تعريف الضحية في المواثيق الدولية: عرف إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة^(٣)، المقصود بضحايا الجريمة

(١) يعرف جانب من الفقه الجنائي الادعاء المباشر بأنه حق المدعي المدني في الجنب والمخالفات في رفع الدعوى العمومية مباشرة بتكليف المتهم بالحضور أمام القضاء الجنائي. انظر: د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، ٢٠٠٣، ص ٢٣٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٣) تم إصدار هذا الإعلان في ١٢/١/١٩٨٥، وتم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (٤٠/٣٤) المؤرخ في ٢٩/١١/١٩٨٥.

بأنهم: "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

- حقوق الضحايا في إعلان المبادئ الأساسية لضحايا الجريمة: تضمن الإعلان المُشار إليه النص في البنود أرقام (٤-٦) والمعنونة بـ "الوصول إلى العدالة والمعاملة المنصفة" على العديد من الحقوق الواجب على الدول تقريرها لضحايا الجريمة، ومن أبرزها الحقوق التالية^(١):

- ١ - حقهم في حسن المعاملة واحترام كرامتهم الإنسانية.
- ٢ - حقهم في الحصول على العدالة والإنصاف.
- ٣ - حقهم في معرفة حقوقهم الإجرائية أثناء مباشرة الإجراءات القضائية ودورهم فيها.

(١) تضمن الإعلان المُشار إليه في البنود أرقام (٤-٦) والمعنونة بـ "الوصول إلى العدالة والمعاملة المنصفة" النص على حقوق الضحايا في الإجراءات الجنائية؛ حيث نصت المواد المذكورة على أنه:

"٤- ينبغي معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم، ويحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على الإنصاف الفوري وفقاً لما تنص عليه التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالضرر الذي أصابهم.

٥- ينبغي إنشاء وتعزيز الآليات القضائية والإدارية، حسب الاقتضاء، لتمكين الضحايا من الحصول على الإنصاف من خلال الإجراءات الرسمية أو غير الرسمية العادلة وغير المكلفة وسهلة المنال. وينبغي تعريف الضحايا بحقوقهم في التماس الإنصاف من خلال هذه الآليات.

٦- ينبغي تسهيل استجابة الإجراءات القضائية والإدارية لاحتياجات الضحايا باتباع ما يلي:
(أ) تعريف الضحايا بدورهم وبنطاق الإجراءات وتوقيتها وسيرها، وبالطريقة التي يبت بها في قضاياهم، ولاسيما حيث كان الأمر يتعلق بجرائم خطيرة وحيثما طلبوا هذه المعلومات.
(ب) إتاحة الفرصة لعرض وجهات نظر الضحايا وأوجه قلقهم وأخذها في الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات القضائية، حيثما تكون مصالحهم عرضة للتأثر وذلك دون إجحاف بالمتهمين وبما يتماشى ونظام القضاء الجنائي الوطني ذي الصلة.

(ج) توفير المساعدة المناسبة للضحايا في جميع مراحل الإجراءات القانونية.
(د) اتخاذ تدابير ترمي إلى الإقلال من إزعاج الضحايا إلى أدنى حد وحماية خصوصياتهم، عند الاقتضاء، وضمان سلامتهم فضلاً عن سلامة أسرهم والشهود المتقدمين لصالحهم من التخويف والانتقام.

(هـ) تجنب التأخير الذي لا لزوم له في البت في القضايا وتنفيذ الأوامر أو الأحكام التي تقضى بمنح تعويضات للضحايا".

- ٤ - حقهم في إبداء وجهات نظرهم أثناء مباشرة الإجراءات القضائية.
 - ٥ - حقهم في المساعدة القانونية أثناء مباشرة الإجراءات القضائية.
 - ٦ - حقهم في حماية خصوصيتهم وسلامة أسرهم من التخويف والانتقام.
 - ٧ - حقهم في العدالة الناجزة وضمن حصولهم على التعويضات.
- وأخيراً من الجدير بالذكر أن مأمور الضبط القضائي يجب عليه حال جمعه للاستدلالات عن الجريمة سؤال المجني عليه عن ملابسات وقوع الجريمة للتحقق من وقوعها وإسنادها لشخص مرتكبها؛ حيث نصت المادة (٢٩) إجراءات جنائية على أنه: "لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعو أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية أو مرتكبها وأن يسألوا المتهم عن ذلك ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبوا رأيهم شفهيّاً أو بالكتابة". ويعد سؤال المجني عليه من إجراءات الاستدلال التي يخضع تقديرها لقاضي الموضوع.
- ومن ناحية أخرى يلعب المجني عليه دوراً مهماً في إثبات الجريمة المنظمة بالنظر إلى اعتباره مبلغاً أو شاهداً على وقوع الجريمة، وهو ما قد يعرضه لخطر التهديد والاعتداء عليه من قبل عصابات الإجرام المنظم، الأمر الذي قد يدعوه إلى التغاضي عن الإبلاغ عن جرائمهم أو الشهادة ضدهم، وهو ما قد يؤثر بالسلب على تحقيق العدالة الجنائية من خلال إدانتهم على جرائمهم الخطيرة، ولذلك كان لزاماً على أجهزة العدالة الجنائية توفير الحماية القانونية للمجني عليهم وأسرهم سواء بصفقتهم مجنياً عليهم في هذه الجرائم أو بصفقتهم من قبيل المتعاونين مع أجهزة العدالة سواء أكانوا شهوداً أم مبلغين.

الفرع الثاني

التعريف بالمبلغ عن الجريمة

أولاً - تعريف المبلغ:

أقر الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ حق التبليغ كحق دستوري في المادة (٨٥) منه التي كفلت حق كل فرد في مخاطبة السلطات العامة كتابةً وبتوقيعه^(١)، ويعرف الفقه الجنائي المبلغ بأنه كل شخص يصل إلى علمه نبأ وقوع الجريمة ويقوم

(١) نصت المادة (٨٥) من الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤ على أنه: "لكل شخص حق مخاطبة السلطات العامة كتابةً وبتوقيعه، ولا تكون مخاطبتها باسم الجماعات إلا للأشخاص الاعتبارية".

بإعلام أو إخبار السلطات العامة، ويعد التبليغ عن الجرائم واجباً عاماً لكل شخص يصل إلى علمه نبأً بوقوع الجريمة، فله أن يبلغ السلطات العامة ولو لم يقدّم بذلك، وهي من جانب ثانٍ واجب وظيفي على الموظفين العموميين الذين يصل إليهم نبأ الجريمة بمناسبة عملهم؛ حيث أجازت المادة (٢٥) إجراءات جنائية لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي، بينما أوجبت المادة (٢٦) إجراءات جنائية على الموظفين العموميين ومن في حكمهم التبليغ عن جميع الجرائم التي يعلمون بها أثناء تأديتهم لوظائفهم أو بسببها^(١).

وهذا الحق يقابله واجب قانوني على مأموري الضبط القضائي في تلقي التبليغات والشكاوي التي ترد إليهم بشأن الجرائم^(٢)، هذا الواجب مفروض على مأمور الضبط أيما كان شخص المبلغ أو الشاكي أو صفته، فلا يشترط القانون صفة معينة فيمن تقدم بالبلاغ أو الشكوى، فقد يكون المجني عليه، وقد يكون المضرور من الجريمة، وقد يكون أي فرد من عامة الناس؛ حيث يتعين على مأمور الضبط قبول جميع هذه البلاغات وعليه أن يرسلها فوراً إلى النيابة العامة للتصرف، إلا أن الإهمال أو التأخير في القيام بهذا الواجب لا يترتب عليه أي بطلان، فالمشرع لم يقصد بهذا الواجب إلا تنظيم العمل والمحافظة على الدليل ولم يترتب على مجرد الإهمال في ذلك أي بطلان^(٣).

وترجع أهمية التبليغ عن الجرائم في الكشف عن الجريمة ووصول العلم عن وقوعها لأجهزة العدالة الجنائية (شرطة - نيابة عامة)، فضلاً عما يوفره هذا التبليغ من توفير المعلومات عن ملابسات ارتكاب الجريمة، فضلاً عن إمكانية استعانة أجهزة التحقيق بهؤلاء المبلغين كشهود إثبات لهذه الجريمة.

(١) نصت المادة (٢٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "لكل من علم بوقوع جريمة، يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها"، بينما نصت المادة (٢٦) من القانون ذاته على أنه: "يجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي".

(٢) د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٣) نقض ١٩٥٧/٥/٦، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س ٨، رقم ١٢٧.

ثانياً - التبليغ عن الجريمة المنظمة:

الواقع أن التبليغ في الجريمة المنظمة يتخذ طابعاً خاصاً بالنظر - كما سبق أن أشرنا - لاتخاذ هذه العصابات المنظمة لنهج العنف والتهديد تجاه أعضائها الذين يخالفون القواعد الداخلية الملزمة التي تحكم التنظيم الإجرامي، لاسيما في حالة قيام أحد الأعضاء بانتهاك قانون الصمت، وإبلاغ السلطات العامة عن الجماعة الإجرامية وأفعالها، وهؤلاء من يعرفون بالمتعاونين مع العدالة من الجناة أو التائبين^(١).

وهؤلاء الجناة الأصل أنهم كانوا ينتمون إلى تنظيم إجرامي، ولكنهم انفصلوا عنه وقدموا لأجهزة العدالة (الشرطة أو القضاء) معلومات واقعية أتاح لها التعرف على الجناة الآخرين، والقبض عليهم، ويستفيد هؤلاء الأشخاص في مقابل تعاونهم مع أجهزة العدالة بالإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون، ويمكن سماع أقوالهم كشهود إثبات في بعض الجرائم، ويشترط الفقه أن ينحصر استخدام شهادة التائبين في مجال الجرائم الخطيرة، وألا تكون هي الأساس الوحيد لإدانة المتهم، وأنه لا يجوز أن يستفيد المتهم التائب من نظام تجهيل الشخصية^(٢).

هذا وقد نصت المادة (٢٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على ضرورة توفير الحماية للمتعاونين مع العدالة من الجناة؛ حيث نصت على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف التدابير الملائمة لتشجيع الأشخاص الذين يشاركون أو كانوا يشاركون في جماعة إجرامية منظمة على: الإدلاء بمعلومات مفيدة إلى الأجهزة المختصة لأغراض التحري والإثبات فيما يخص أموراً متنوعة منها:..."، كما نصت في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على أنه: "٤- تكون حماية أولئك الأشخاص على النحو المنصوص عليه في المادة ٢٤ من هذه الاتفاقية"؛ أي الحماية المقررة للشهود.

ثالثاً - الإبلاغ عن الجرائم كأحد أسباب الإعفاء من العقاب في القانون المصري:

أستعرض فيما يلي حالات الاعتداد بالتبليغ عن الجرائم كسبب لإباحة القذف، فضلاً عن الاعتداد بالتبليغ عن الجرائم كأحد أسباب الإعفاء من العقاب في بعض

(١) انظر: لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) Résolutions adoptées lors du XVIème congrès international de droit pénal, R.I.D.P., 1999, P.878.

الجرائم الخطيرة؛ حيث اعتد المشرع الجنائي في بعض الجرائم بالإبلاغ عن الجريمة من قبل الجناة أو الشركاء كسبب للإعفاء من العقاب أو تخفيف العقوبة في جرائم الرشوة والاتجار بالمخدرات والاتجار بالبشر، فهذه الجرائم تتسم بالخطورة، ويلعب الإبلاغ عنها دوراً مهماً في كشفها، نظراً لما قد تتسم به عملية ارتكابها من غموض وتستتر، لذلك تضمن بعض القوانين النص على الإعفاء من العقوبة تحفيزاً للأفراد على كشف هذه الجرائم ومعاونة أجهزة العدالة الجنائية، حيث تطلب القانون أن يكون الإبلاغ من شأنه إرشاد السلطات المختصة وإبلاغها بنبأ الجريمة قبل وقوعها، أو بعد علم السلطات بها؛ شريطة أن يؤدي هذا الإبلاغ إلى ضبط باقي المتهمين في الجريمة، وفيما يلي أستعرض هذه الصور على النحو التالي:

- ١ - **إباحة القذف استعمالاً لحق التبليغ عن الجرائم والمخالفات الإدارية:** جعل المشرع المصري من التبليغ عن الجرائم سبباً من أسباب الإباحة في جرائم القذف والسب سواء أكان البلاغ عن جرائم أم مخالفات إدارية أم أي فعل يستوجب عقوبة فاعله، حيث نصت المادة (٣٠٤) من قانون العقوبات المصري على أنه: " لا يحكم بهذا العقاب على من أخبر بالصدق وعدم سوء القصد الحكام القضائيين أو الإداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله"، وترجع العلة في اعتبار التبليغ من أسباب الإباحة رغبة من المشرع في تشجيع الأفراد على التقدم إلى السلطات العامة للإبلاغ عن الجريمة، فضلاً عن مساعدة السلطات العامة على كشف الجرائم والمخالفات حتى تصل إلى مرتكبيها ومحاكمتهم وتوقيع العقاب عليهم، ولذلك فالمشرع الجنائي ارتأى أن مصلحة المجتمع في الكشف عن الجرائم وتعبق فاعليها هي مصلحة تعلق على مصلحة المبلغ عنه إذا ما اشتمل البلاغ على واقعة قذف أو سب^(١).
- ٢ - **الإعفاء من العقاب أو تخفيفه في جريمة الرشوة:** جعل المشرع المصري إبلاغ الراشي أو الوسيط كشريكين في جريمة الرشوة سبباً من أسباب الإعفاء من العقاب، حيث تطلب القانون قيام الراشي أو الوسيط بإخبار السلطات العامة بالجريمة قبل علم السلطات بها، أو اعترافه بالجريمة بما يؤدي إلى الكشف عنها وعقاب مرتكبيها، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٠٧ مكرر) من قانون العقوبات، والتي نصت على أنه:

(١) د. حسنين عبيد: الوجيز في قانون العقوبات- القسم الخاص- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢٣١؛ د. حامد راشد: شرح القسم الخاص في قانون العقوبات- الجرائم التي تحصل لأحد الناس، ج ٢، ٢٠٠٨، ص ٢٥٧-٢٦٠؛ حمدي الأسيوطي: حماية الشهود والمبلغين في قضايا إهدار المال العام، ورقة عمل مقدمة لندوة "حماية الشهود والمبلغين في قضايا إهدار المال العام"، القاهرة، ٨/٦/٢٠١٠، ص ٢١.

يعاقب الراشي والوسيط بالعقوبة المقررة للمرتشي ومع ذلك يعفى الراشي أو الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة أو اعترف بها".

٣ - الإعفاء من العقاب في الجرائم المضرة بأمن الحكومة وجرائم المسكوكات وجنایات التزوير: نص المشرع المصري على إعفاء المبلغ في الجنایات والجنح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج في المادة (٨٤ أ) من قانون العقوبات المصري والتي أعفت كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء في التنفيذ، وقبل البدء في التحقيق، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد تمام الجريمة وقبل البدء في التحقيق، ويجوز لها ذلك إذا مكن الجاني في التحقيق السلطات من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة^(١). كما نصت المادة (١٠١) عقوبات على الإعفاء من العقاب من يقوم بإخبار الحكومة في الجرائم الماسة بأمن الحكومة من الداخل^(٢)، والمادة (٢٠٥) عقوبات الخاصة بالإبلاغ عن جرائم المسكوكات والزيوف المزورة المنصوص عليها في المواد ٢٠٢ و ٢٠٢ مكرر و ٢٠٣ والتي أعفت من العقاب كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنایات قبل تمامها^(٣).

(١) نصت المادة (٨٤ أ) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المشار إليها في هذا الباب كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد تمام الجريمة وقبل البدء في التحقيق، ويجوز لها ذلك إذا مكن الجاني في التحقيق السلطات من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة".

(٢) نصت المادة (١٠١) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعفى من العقوبات المقررة للبغاة كل من بادر منهم بإخبار الحكومة عن أجرى ذلك الاغتصاب أو أغرى عليه أو شاركه فيه قبل حصول الجنایة المقصود فعلها وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن هؤلاء البغاة، وكذلك يعفى من تلك العقوبات كل من دل الحكومة على الوسائل الموصلة للقبض عليهم بعد بدئها في البحث والتفتيش".

(٣) نصت المادة (٢٠٥) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعفى من العقوبات المقررة في المواد ٢٠٢ و ٢٠٢ مكرر و ٢٠٣ كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنایات قبل استعمال العملة المقلدة أو المزيفة أو المزورة وقبل الشروع في التحقيق. ويجوز للمحكمة إعفاء الجاني من العقوبة إذا حصل الإخبار بعد الشروع في التحقيق متى مكن السلطات من القبض على غيره من مرتكبي الجريمة أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة".

٤ - الإعفاء من العقاب في جرائم الاتجار بالمخدرات: أجازت المادة (٤٨) من قانون مكافحة المخدرات المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠ الإعفاء من العقوبة المقررة في جنايات الاتجار بالمواد المخدرة الواردة في المواد (٣٣ و ٣٤ و ٣٥) والخاصة بتجريم أفعال الجلب والتصدير والإنتاج والتصنيع والاستخراج والزراعة والحياسة والإحراز بقصد الاتجار وتآليف وإدارة عصابة بقصد الاتجار بالمخدرات، وتقديم المخدرات للتعاطي بقصد الاتجار، وإدارة مكان أو تهيئته للتعاطي؛ حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "يعفى من العقوبات المقررة في المواد (٣٣، ٣٤، ٣٥) كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل علمها بها. فإذا حصل الإبلاغ بعد علم السلطات العامة بالجريمة تعين أن يوصل الإبلاغ فعلاً إلى ضبط باقي الجناة".

٥ - الإعفاء من العقاب في جرائم الاتجار بالبشر^(١): رغبة في تحفيز المشتركين في جرائم الاتجار بالبشر على الإبلاغ عن جرائمهم، فقد نصت المادة (١٥) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر على جواز إعفاء الفاعلين أو الشركاء في الجريمة من العقوبة إذا بادروا بإبلاغ السلطات بالجريمة قبل وقوعها وقبل علم السلطات بها، حيث يجوز للمحكمة أن تقضي بإعفائه من العقوبة إذا كان من شأن إبلاغه ضبط باقي الجناة والأموال المتحصلة عن هذه الجريمة، كما أنه للمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية، إذا حصل الإخبار بعد علم السلطات بالجريمة وأدى إلى كشف باقي الجناة وضبطهم وضبط الأموال المتحصلة منها. ونلاحظ من النصوص السابقة أن المشرع المصري أعطى المبلغين من الجناة والشركاء ميزة قانونية تتمثل في الاعتداد بهذا الإبلاغ كسبب للإعفاء من العقاب، إلا أن هذه الميزة في حد ذاتها لاتعد من قبيل الحماية القانونية التي من الواجب تقريرها لحماية المبلغين عن الجرائم.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد في التشريع المصري ما يلزم أجهزة الضبط

(١) نصت المادة (١٥) من قانون الاتجار بالبشر رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠ على أنه: "مادة (١٥): إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بالجريمة ومركبها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى بلاغه إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصلة من هذه الجريمة. وللمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية، إذا حصل الإخبار بعد علم السلطات بالجريمة وأدى إلى كشف باقي الجناة وضبطهم وضبط الأموال المتحصلة منها. ولا تنطبق أي من الفقرتين السابقتين إذا نتج عن الجريمة وفاة المجني عليه أو إصابته بمرض لا يرجى الشفاء منه أو بعاهة مستديمة".

القضائي بحماية الشاهد أو المبلغ، بينما يجوز لمأمور الضبط القضائي عدم الإفصاح عن مصادر تحرياته وأن يتمتع وقت الشهادة من أن يفصح عن المصدر الذي علم منه عن الجريمة، وتعتبر محكمة النقض المصرية أن عدم إفصاح مأمور الضبط القضائي عن مصدر تحرياته أو اسم المبلغ أو المرشد الذي عاونه لا يؤثر على حجية أو عدم جدية التحريات التي أجراها باعتبار أن ذلك من المسائل الموضوعية^(١).

المطلب الثاني التعريف بالشاهد والخبير

يستهدف القاضي الجنائي من إجراء التحقيق النهائي في القضية خلال مرحلة المحاكمة من التيقن مما إذا كان الشخص المتهم مداناً أو بريئاً، عن طريق إعادة التحقيق في الدعوى من خلال الاطلاع على ملف القضية والاستماع إلى مرافعة النيابة العامة والدفاع؛ حيث يعمل الطرفان على إقناع القاضي برؤيتهم من خلال الاستعانة بالشهود سواء أكانوا شهود إثبات أم شهود نفي؛ الأمر الذي يتطلب من القاضي الاستماع لشهادة الشهود، وهو ما قد يكون له دور في تكوين عقيدة القاضي سواء بالإدانة أو بالبراءة، بل إن القاضي قد يستعين في بعض الأحوال بخبراء فنيين للحصول منهم على الرأي الفني حيال بعض المسائل المطروحة في الدعوى، وفيما يلي أستعرض التعريف بالشاهد والخبير في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بالشاهد.

الفرع الثاني: التعريف بالخبير.

الفرع الأول التعريف بالشاهد

أولاً - تعريف الشاهد:

تتعدد التعاريف التي قيلت في تعريف الشاهد، وفيما يلي أتناول تعريف الشهادة والشاهد في الفقه الجنائي وفي أحكام القضاء على النحو التالي:

(١) قُضي بأنه لا يعيب الإجراءات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة وألا يفصح عنها رجل الضبط القضائي الذي اختاره لمعاونته في مهمته، ولا محل للاستناد إلى عدم إفصاح الضابط عن مصدر تحرياته للقول بعدم جدية التحريات. انظر: نقض أول يناير ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، س٢٤، ص٢٧؛ نقض ١٩٦٠/٢/٤، مجموعة أحكام النقض، س١١، ص٧، رقم ١.

١ - تعريف الشاهد في الفقه الجنائي: يقصد بالشهادة تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحاسة من حواسه^(١)، ويقصد بالشاهد الشخص الذي يُعاصر ارتكاب الجريمة ويُعاينها بأي حاسة من حواسه سواء أكانت بالسمع أم بالبصر أم باللمس، فقد عرف جانب من الفقه الجنائي^(٢) الشهادة بأنها الإدلاء بمعلومات معينة عن الغير توصل إليها بإحدى حواسه، بينما عرفها جانب ثانٍ^(٣) من الفقه بأنها تعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بالنسبة للواقعة التي يشهد عليها، ولذلك فالشهادة قد تكون شهادة رؤية أو شهادة سمعية أو حسية تبعاً لإدراك الشاهد، وقد ذهب رأي ثالث^(٤) إلى أن الشاهد هو الشخص الذي وصلت إلى حاسة من حواسه معلومات عن الواقعة محل الشهادة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومطابقة تلك الواقعة لحقيقتها التي يشهد بها سواء في مرحلة الاستدلال، أو التحقيق أو القضاء.

٢ - تعريف الشاهد في القضاء: تعرضت محكمة النقض المصرية لتعريف الشاهد عند معالجتها للشهادة بدون حلف اليمين "فالشاهد لغة هو من اطلع على شيء وعاينه، والشهادة اسم مشتق من المشاهدة وهي الاطلاع على الشيء بياناً"^(٥)، وفي حكم آخر عرفته المحكمة بأنه: "هو كل من عدا المتهم المرفوع عليه الدعوى، ولا يمنع من تحليفه أن يكون قد سبق اتهمه، أو أنه يحتمل أن تقام عليه الدعوى من وقائع متصلة بالوقائع التي شهد عليها، أو أنه أبدى أقوالاً أمام سلطة التحقيق بغير اليمين"^(٦)، فهي "تقوم على إخبار شفوي يُدلى به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين على الوجه الصحيح"^(٧) وقد نظم المشرع المصري الأحكام

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، ط ٤، ١٩٧٧، ص ٤٤٠؛ د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤١٤.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٠، ص ٤٩٨.

(٣) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب اللبناني، ط ١، ١٩٧١م، ص ٢٠٦.

(٤) أحمد يوسف السولي: المركز القانوني للشاهد في الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ١٣.

(٥) نقض ٢١/١٠/١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ٨٤١.

(٦) نقض ٢/٧/١٩٥٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم ٣٧٠، ص ١٠٦٤.

(٧) نقض ٢١/١٠/١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ٨١٤.

الخاصة بشهادة الشهود في قانون الإجراءات الجنائية في مواد متفرقة (المواد ١١٠ - ١١٦).

– أهمية الشهادة في المواد الجنائية:

ترجع أهمية سماع شهادة الشهود والمجني عليهم في المواد الجنائية، فيما تقوم عليه الأحكام الجنائية من ضرورة إجراء القاضي بنفسه في جلسة المحاكمة لتحقيق شفوي في مواجهة المتهم، والذي تسمع فيه الشهود مادام سماعهم ممكناً^(١)، علاوة على أن القاعدة العامة في الإثبات في المواد الجنائية تتجه إلى اعتبار الشهادة هي الأصل في مجال الإثبات الجنائي، فقيمة الشهادة كدليل إثبات في الدعوى الجنائية كبيرة، وعلى وجه الخصوص فور وقوع الحادث، ولا سيما إذا كانت الشهادة في هذا الفرض هي الدليل الوحيد الذي لم يؤيد بأي دليل آخر، ولعل مرجع هذه الأهمية للشهادة في المجال الجنائي أنها تنصب على وقائع مادية، الأمر الذي دعا الفقه الجنائي إلى اعتبارها بمثابة عين القاضي وأذنه^(٢)، فضلاً عن كون المحاكمات الجنائية تبنى على التحقيق النهائي الشفوي الذي يجريه القاضي ويستمع فيه الشهود^(٣). وقد كان دور الشهادة وقيمتها في الإثبات دافعاً على تجريم المشرع للشهادة الزور والعقاب عليها، وهو الأمر البين من مطالعة أحكام محكمة النقض المختلفة^(٤)، وهكذا تتضح أهمية الشهادة في المواد الجنائية والتي تفوق أهميتها في المسائل الأخرى^(٥).

– حقوق الشاهد في الدعوى الجنائية:

الأصل أن القانون لم يقرر للشاهد أي حق معين قبل السلطات المختصة بنظر الدعوى، أو قبل الغير، سوى الحماية التي فرضها المشرع للشاهد حتى يكون بمنأى عن أي مؤثرات خارجية قد تتجنى به عن الحقيقة، وتدفعه إلى الكذب في الشهادة. والواقع أن الشاهد لا يعدو أن يكون إنساناً، فينبغي معاملته المعاملة الكريمة في مختلف مراحل الدعوى حرصاً على آدميته، ولكون الشاهد ليس طرفاً في الدعوى فينبغي تسهيل مهمته للحصول منه على المعلومات الصحيحة، ولأنه يؤدي خدمة

(١) نقض ٢٠٠١/١١/١٥، مكتب فني ٥٢، طعن رقم ١٠٢٢٨، س ٧١، ص ٨٦١.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٣) نقض ١٩٨٤/١٢/٤، مكتب فني، طعن رقم ٣٠٦١، لسنة ٥٤ق.

(٤) نقض ١٩٨٢/٣/٧، مكتب فني، طعن رقم ٥٧٤٢، لسنة ٥١ق؛ نقض ١٩٨٣/٣/٦، مكتب فني، طعن رقم ٢٣٥٨، لسنة ٥٢ق.

(٥) د. محمود صالح العادلي: استجواب الشهود في المسائل الجنائية، بحث منشور بمجلة المحاماة، السنة ٦٦، ديسمبر ١٩٨٦، ص ٤٩.

اجتماعية للعدالة، ويُساعد القاضي في مجال الإثبات، فلا بد من حمايته في جميع مراحل الدعوى، وأخيراً لأن الشاهد قد يكون معوزاً ويتكبد من المال ما هو في حاجة إليه أثناء انتقاله لتأدية الشهادة؛ فينبغي أن يتقرر له التعويض المناسب. وأعرض لهذه الأفكار بالتفصيل على النحو التالي:

١ - **حق الشاهد في المعاملة الكريمة:** يُقصد بالمعاملة الكريمة أن يُعامل الشاهد في جميع مراحل الدعوى مُعاملة طيبة، تجعله مطمئناً وهو يُدلى بأقواله، وتشعره بأهميته ومقدار الخدمة التي يؤديها للعدالة بقول الحق، فقد تقع على الشاهد بعض المؤثرات نتيجة للمعاملة غير الطيبة، فتحدث في نفسه أثراً بالغاً قد يؤدي إلى المساس بالحقيقة ذاتها، وخاصةً في مرحلتي الاستدلال والتحقيق، كأن يتعرض الشاهد لبعض الإهانات، والاحتقار من جانب مأمور الضبط القضائي أو المُحقق، أو أن يتعرض لبعض الأسئلة البعيدة كل البُعد عن موضوع الشهادة، حيث إن هذه المُعاملة غالباً ما تؤثر بالسلب في نفسية الشاهد وهو ما ينعكس على شهادته ويؤثر في صحتها، كما أن الشاهد قد يقع تحت تأثير أحد الخصوم. وفي مرحلة المُحاكمة قد يتعرض الشاهد أيضاً لبعض المؤثرات الخفية، كما لو شعر أن القاضي لا يهتم بشهادته، أو يوجه إليه نظرات فاحصة، أو يُعامله بجفاء وخشونة^(١).

٢ - **تسهيل مأمورية الشاهد في مراحل الدعوى المختلفة:** فقد يستدعي الشاهد أمام المُحقق أكثر من مرة، وهو ما قد يؤدي إلى تعطيل مصالحه وأعماله، وقد يترتب على ذلك وقوع أضرار مادية عليه، فكثيراً ما يُكلف الشاهد بالحضور أمام المحكمة، ثم يُفاجأ أن الجلسة تأجلت إلى موعد آخر، وهو ما قد يُشعر الشاهد بعدم أهمية شهادته، من ناحية ثانية قد يؤدي طول الإجراءات ومرور الزمن إلى نسيان جزء من الشهادة، أو الشهادة كلها، وعليه يجب على مأمور الضبط القضائي أو المُحقق، إذا حضر الشاهد أمامه أن يضع السكينة في قلبه، ويسمع أقواله في هدوء وصبر، وبدون تعطيل لمصالحه، وأن تشمل ورقة التكليف بالحضور اليوم والساعة المُحددة لسماع أقوال الشاهد حتى لا تتعطل مصالحه، وأن تعجل المحكمة بسؤال الشهود حتى لا يتكرر استدعاؤهم، وتتعطل أعمالهم، وتضيع الحقائق من ذاكرتهم. وإذا كانت القواعد العامة في القانون تفرض ضرورة تأدية الشهادة في مواجهة

(١) عميد/ د. عادل حسن وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، دراسة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، الإصدار الخامس، يناير ٢٠٠٦، ص ٥٦-٥٨.

الخصوم، فإنه يجب على المحكمة أن تُحدد جلسة واحدة لسماع الشهادة في مواجهة الخصوم، فإن تخلف أحدهم، تسمع الشهادة في غيابه ولا يكون له الحق في التمسك بأن الشاهد سئل في غيبته، لأن هيئة المحكمة تمثل العدالة، ويحق لها سماع الشهادة في غيبة الخصوم إذا تخلفوا عن حضور الجلسة بعد تكليفهم وإعلانهم بذلك^(١).

٣ - حماية الشاهد قبل المثل أمام المحكمة لتأدية الشهادة: لما كان الشاهد يؤدي دوره في الدعوى الجنائية لخدمة العدالة ومُعاونة القاضي في الوصول إلى الحقيقة الكاملة؛ فينبغي أن يمد القانون حمايته للشاهد منذ اللحظة التي يتقرر فيها تكليفه بالحضور لتأدية الشهادة، إلى أن يحضر ويُدلي بشهادته أمام المحكمة؛ لأن الشاهد قد يتعرض لبعض المؤثرات قبل حضوره لتأدية الشهادة مما يدفعه إلى الامتناع عن الشهادة أو إلى تغيير الحقيقة فيها، كأن يلجأ أحد الخصوم إلى شراء نمته بالمال، أو قد يلجأ الخصم الذي قد يُضار من شهادته إلى تهديده أو تهديد بعض أفراد عائلته، ولاسيما إذا كان الخصم من عائلة لها نفوذها أو بطشها بالمدينة أو القرية التي يسكنها الشاهد، وأحياناً يكون الشاهد ممن يتم إغواؤهم عن طريق النساء، فتلجأ امرأة ساقطة إلى التأثير عليه، ولاسيما إذا كانت الشهادة تؤدي في إحدى قضايا الدعارة، ولذلك فإن حماية الشاهد من كل هذه المؤثرات قبل تأدية الشهادة يعتبر أمراً ضرورياً، حتى لا يتعرض لما يبعده عن قول الحق^(٢).

٤ - حماية الشاهد في مرحلة المحاكمة: قد يتعرض الشاهد لكثير من المؤثرات الخفية أثناء وجوده في الجلسة، تتمثل في نظرات المتهم الخاطفة إليه أو إحياءات أقاربه أو محاميه، أو من كثرة الأسئلة الإيحائية التي توجه إليه من الخصوم أو من محامي المتهم، أو أي تلميح يصدر عن هؤلاء ويؤدي إلى اضطراب أفكاره، ولذلك نصت المادة (٢٧٣) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يكون للمحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه للشهود أي سؤال ترى لزومه لظهور الحقيقة أو تأئن للخصوم بذلك، ويجب عليها منع توجيه أسئلة للشاهد إذا كانت غير متعلقة بالدعوى أو غير جائزة القبول، ويجب عليها أن تمنع عن الشاهد كل كلام بالتصريح أو التلميح وكل إشارة مما ينبغي عليه اضطراب أفكاره أو تخويفه. ومن ثم يجب على القاضي أن يكون حريصاً كل الحرص لمنع ما عساه أن يؤثر

(١) المرجع السابق، ص ص ٥٨، ٥٩.

(٢) المرجع السابق، ص ص ٥٩-٦١.

في الشهود، أو يؤدي إلى اضطراب أفكارهم أثناء تأدية الشهادة. وبعد أن يفرغ الشاهد من تأدية الشهادة وتسمح له المحكمة بالانصراف، قد يتعرض للإهانة أو للتعدي عليه خارج قاعة المحكمة، وعندئذ لا يجد من يحميه سوى ما هو مُقرر في القانون وفقاً للقواعد العامة بشأن جرائم التعدي على النفس.

ولذلك يُقترح أن يضع المشرع نصاً صريحاً يُشدد فيه العقاب على كل تعدي يقع على الشهود بالقول أو بالفعل؛ لأن الشاهد إذا شعر بعدم توافر الحماية الكافية له بعد تأدية الشهادة قد يحتاط لنفسه ولا يقول الحقيقة كاملة، خاصة في القضايا ذات الأهمية الخاصة كالقتل والسرقة بالإكراه، وهتك العرض والخطف وغيرها من الجرائم التي ترتكب بواسطة معتادي الإجرام، والذين قد يخشى الشاهد بأسهم وسطوتهم فيُحجم عن الشهادة ضدهم^(١).

٥ - حق الشاهد في الحصول على مصاريف الانتقال: قد يُكلف الشاهد بالحضور لتأدية الشهادة أمام سلطات التحقيق أو أمام المحكمة أكثر من مرة، وهو ما قد يكبده نفقات باهظة للانتقال لتأدية الشهادة، وخاصةً إذا كان مُعدمًا لا يملك بعض هذه المصاريف، فيضطره الخوف من الجزاء الذي ينتظره في حالة التخلف عن الشهادة إلى الاستدانة، وقد يكون الشاهد من أصحاب الحرف، ويؤدي استدعاؤه للشهادة أكثر من مرة لتعطيل مصالحه والإضرار به مادياً لعدة أيام، وعليه نصت المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "يُقدر قاضي التحقيق بناءً على طلب الشهود المصاريف والتعويضات التي يستحقونها بسبب حضورهم لأداء الشهادة"، ومفاد هذا النص أن تقدير مصاريف الانتقال لتأدية الشهادة، والتعويضات التي يستحقها الشهود بسبب حضورهم لأداء الشهادة يكون بمعرفة قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو المحكمة^(٢).

الفرع الثاني التعريف بالخبير

تعريف الخبير:

يقصد بالخبير الشخص الفني الذي يُمكن للقاضي الاستعانة به للإفادة بخبراته ورأيه الفني حول الأمور الفنية المُتصلة بالجريمة والتي يحتاج تقديرها إلى معرفة

(١) المرجع السابق، ص ٦١-٦٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٢.

فنية أو دراية علمية، ومن ناحية ثانية تعد الشهادة والخبرة من الأدلة التي يستند عليها القاضي في تكوين عقيدته^(١)، فقد يحتاج القاضي أو المحقق أثناء قيامه بعمله للوصول إلى بعض المعلومات الفنية التي لا يعرفها سوى المتخصصين من الخبراء، ويقوم هؤلاء الخبراء بدور مهم في مجال الإثبات؛ حيث يقدمون المساعدة المطلوبة إلى كل من القاضي أو المحقق، والتي تساعد على تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية^(٢).

وعادة ما يحدث نوع من الخلط بين كل من الشاهد والخبير وهو ما يتطلب منا التمييز بينهما. والحقيقة أن دور الشاهد والخبير يتحد في أن كلا منهما تستعين به السلطة القضائية، ليقرر أمامها بما أدركه من أمور تؤدي إلى اكتشاف الحقيقة، وهو ما جعل البعض يخلط بينهما^(٣). وبالرغم من أن كلا من الشاهد والخبير يعدّ معاوناً للسلطة القضائية، إلا أنه يمكن التفرقة بسهولة بينهما فالشاهد ما هو إلا وسيلة إثبات يهدف من شهادته إلى جمع الأدلة اللازمة في الدعوى، أما الخبير وما يقوم به من أعمال خبرة فهو وسيلة قصد منه مساعدة القاضي في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى^(٤).

التمييز بين الشاهد والخبير:

- ١ - أوجه الاتفاق: تتفق شهادة الشهود مع تقرير الخبراء في أن كليهما غير ملزم للقاضي الجنائي، بل للقاضي الأخذ بهما أو طرحهما جانباً، وللقاضي أن يجزم في الدعوى بما قد لا يجزم به الشاهد في شهادته أو الخبير في تقريره وذلك عملاً بمبدأ قضاء القاضي باقتناعه في المواد الجنائية.
- ٢ - أوجه الاختلاف: تتمثل أبرز أوجه الاختلاف بين كل من الشاهد والخبير فيما يلي:
 - أ - من حيث طبيعة دوره: اختصاص الخبير بالنواحي الفنية والعلمية الهادفة إلى

(١) د. آمال عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣؛ د. حسنين عبيد: شكوى المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، ١٩٧٤، ص ١٠٣؛ عميد / د. عادل حسن وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩؛ أحمد يوسف السولي: المركز القانوني للشاهد في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص ١٣.

(٢) د. آمال عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، مرجع سابق، ص ٣.

(٣) د. محمد توفيق الشاوي: فقه الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، مطابع دار الكتاب العربي المصري، ط ٢، ١٩٥٤، ص ٣٩٤.

(٤) د. آمال عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٦.

الوصول إلى نتائج مُحددة بخصوص الجريمة، أما الشاهد فيقتصر على الإدلاء بكل ما أدركه وهو قد يعتمد في ذلك على تقديره الشخصي^(١).

ب - من حيث مصدر معلوماته: يستعين الخبير بالخبرات السابقة والمعلومات الفنية المتوافرة لديه، أما الشاهد فيعتمد على معلوماته المُتعلقة بجريمة مُحددة^(٢).

ج - من حيث قابلية الرد من قبل الخصوم: الخبير قابل للرد من قبل الخصوم، في حين لا يجوز رد الشهود لأي سبب من الأسباب^(٣).

د - من حيث الجوهر: لا يقدم الخبير أدلة جديدة وإنما يقدر الأدلة المُقدمة في الدعوى فقط، بينما تُعد الشهادة التي يُدلي بها الشاهد دليلاً قائماً بذاته^(٤).

هـ - من حيث قيود عمله: يلتزم الخبير بالأدلة الموجودة أمامه في الدعوى، أما الشاهد فقد تسترجع ذاكرته معلومات سابقة أو أدلة غير مُتاحة أمام سلطات التحقيق^(٥).

و - من حيث التخصص: الخبير شخص مُحترف يستطيع الإدلاء برأيه دون تأثيرات خارجية، أما الشاهد فهو شخص عادي يتغير بتغير الظروف والملازمات المُحيطة بالشهادة^(٦).

ز - من حيث إلزامية عمله: أداء الخبير لمُهمته هو التزام تخيري، أما أداء الشهادة فهو واجب قانوني^(٧).

ح - من حيث الحماية القانونية: يتمتع الخبير بالحماية ذاتها التي يتمتع بها الموظف العام، فهو يعد من المكلفين بخدمة عامة، وهو ما لا يتوافر للشاهد^(٨).

(١) المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) د. محمود نجيب حسني: القسم العام، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) د. نجاتي سيد أحمد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٩، ص ٥٢٩.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) د. رمسيس بهنام: علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٨٥.

(٦) المستشار/ جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٤٨، ص ٣٢٣.

(٧) د. علي زكي العرابي: المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤٠، ص ٥٧٢.

المبحث الثاني

أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة الجنائية على الصعيدين الإقليمي والدولي

اهتمت الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية بتقرير الحماية القانونية للأشخاص المتعاونين مع العدالة الجنائية ومنهم المجني عليهم والشهود والخبراء والمتعاونون من الجناة مع أجهزة إنفاذ القانون، وفيما يلي أعرض لبرامج حماية الشهود، ثم أستعرض أوجه حماية المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين في إطار المواثيق الدولية والإقليمية، ثم أتطرق لاستخدام التقنيات الحديثة في إخفاء هوية المجني عليهم والشهود أثناء مباشرة الإجراءات القضائية، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: برامج حماية الشهود.

المطلب الثاني: أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في إطار المواثيق الدولية والإقليمية.

المطلب الثالث: استخدام التقنيات الحديثة في حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة أثناء مباشرة الإجراءات القضائية.

المطلب الأول

برامج حماية الشهود^(١)

من الأهمية بمكان أن نميز في البداية بين أمرين: (الأول) مساعدة الضحايا والشهود، والذي يتمثل بإطلاع الشاهد أو الضحية على ما هو متوحي أن يتوقعه وعلى الجوانب الأساسية في أي محاكمة جنائية، والدعم النفسي اللازم للتقليل إلى أدنى حد من التوتر الناتج عن المشاركة في أثناء المحاكمة، وكذلك تقديم مساعدة مالية بشأن تكاليف النقل والمبيت والطعام ورعاية الأطفال، وأية مساعدات أخرى تستهدف تحقيق المقاضاة بكفاءة واجتناب أي حالات ثانوية للشهود تجعلهم ضحايا أو أي حالات لإيذاء الضحايا مجدداً أثناء مسار المحاكمة^(٢). و(الثانية) حماية الشهود، وتتضمن حماية الأشخاص من حيث أمانهم الجسدي. ولقد عرفت العديد من دول العالم برامج لحماية الشهود وهذه البرامج يتسع نطاقها ليشمل المتعاونين مع العدالة من المبلغين

(١) د. محمد أبو العلا عقيدة: المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار القيم للطباعة، ط ٢، ١٩٩١، ص ١٧١.

والشهود والمجني عليهم، وفيما يلي أستعرض نشأة برامج حماية الشهود في القانون المقارن، وأعرض بعد ذلك لملامح بعض برامج حماية الشهود في التشريع المقارن، وذلك في خمسة أفرع على النحو التالي:

الفرع الأول: نشأة برامج حماية الشهود في الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثاني: حماية الشهود في القانونين الفرنسي والبلجيكي.

الفرع الثالث: برامج حماية الشهود في بعض التشريعات الأوروبية.

الفرع الرابع: برامج حماية الشهود في بعض التشريعات المقارنة.

الفرع الخامس: حماية الشهود لدى المحاكم الجنائية الدولية الدائمة والمخصصة.

الفرع الأول

نشأة برامج حماية الشهود في الولايات المتحدة الأمريكية

ترجع نشأة برامج حماية الشهود إلى أواخر السبعينيات في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كان أول ظهور لهذا البرنامج في ١٩٧٦ لحماية الشهود والمبلغين في القضايا المتهم فيها أعضاء من عصابات المافيا؛ حيث كانت عائلات المافيا تأخذ تعهداً على أفرادها بكنم الأسرار، وما إن يقرر أحدهم إخلاف وعده، تقوم العائلة بتصفيته بالقتل هو وأسرته.

ويرجع ظهور برنامج حماية الشهود عندما قبضت الشرطة على أربعة من أفراد المافيا بسبب بعض الجنايات البسيطة من بينهم رجل اسمه "باربوزا"، ومن ثم أخرجت الشرطة الثلاثة وأبقت "باربوزا"، في ذلك الوقت طلب "باربوزا" من رئيسه دفع الكفالة لإخراجه، ولكن بدلاً من ذلك قرر رئيسه قتل أصدقائه الثلاثة المفرج

(١) عرف مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة برنامج حماية الشهود بأنه: "برنامج سري منشأ رسمياً، يخضع لمعايير قبول صارمة، يوفر ما يلزم لتغيير أماكن الإقامة بنقل الأشخاص إلى أماكن إقامة جديدة، وكذلك تغيير هويتهم، فيما يخص الشهود المعرضة لحياتهم للخطر من جراء تهديدهم من قبل جماعة إجرامية بسبب تعاونهم مع سلطات إنفاذ القوانين"، بينما يعرف مجلس أوروبا برنامج حماية الشهود بأنه: "مجموعة معيارية أو مخصصة من تدابير الحماية الفردية التي يرد وصفها، على سبيل المثال، في مذكرة تفاهم توقعها كل من السلطات المسؤولة والشاهد أو المتعاون مع العدالة المتمتع بالحماية." انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ٥؛ وكذا انظر: توصية مجلس أوروبا رقم ٩(٢٠٠٥) الصادرة عن لجنة الوزراء إلى الدول الأعضاء بشأن حماية الشهود والمتعاونين مع العدالة، والمعتمدة من لجنة الوزراء في ٢٠ إبريل ٢٠٠٥ خلال الاجتماع ٩٢٤ لنواب الوزراء.

عنهم، وعلم حينها "باربوزا" أن دوره سيحين ما إن يخرج من السجن، فطلب من السلطات حماية أسرته مقابل أسرار عائلة المافيا التي ينتمي إليها، والشهادة ضد رئيسه في المحكمة، فوافقت السلطات ولدواعي حماية أسرته، ظلت الشرطة تنقل أسرته من مكان إلى آخر طوال فترة المحاكمة التي استمرت عامين، وبعد خروج "باربوزا"، بدأت مشكلة حماية "باربوزا" وعائلته؛ إذ كان من الصعب نقلهم من مكان إلى آخر طوال الوقت.

هذا بالإضافة إلى أفراد الشرطة التي ظلت مع الأسرة طوال الوقت لتوفير الحماية، حينها اقترح أحد المحامين في وزارة العدل منح الشهود وعائلاتهم هويات مزيفة وإرسالهم إلى مكان لا يعرفهم فيه أحد مع توفير السكن والعمل.

وفي عام ١٩٧٠ تحول الاقتراح إلى قانون مكافحة الجريمة المنظمة الذي صدر عن الكونجرس Witness Security Program^(١)، والذي منح الصلاحية للنائب العام في الولايات المتحدة لأن يتخذ الترتيبات اللازمة لتوفير الحماية الأمنية للشهود الذين كانوا قد وافقوا على الإدلاء بالشهادة الصادقة في القضايا التي تشمل الجرائم المنظمة وسائر أشكال الجرائم الخطيرة^(٢)، ثم تعدل بعد ذلك عام ١٩٨٤ Comprehensive Crime Control Act، وهو ما شجع الكثيرين على كشف العديد من الجرائم تجاوز عددها اثني عشر ألف قضية وقام البرنامج بحماية أكثر من سبعة آلاف شاهد مع عائلاتهم.

وقد ركز برنامج حماية الشهود الأمريكي على توفير حماية آمنة للشهود عن طريق المراقبة على مدار الأربع وعشرين ساعة، أو النقل لمكان آمن، فضلاً عن منح الشهود وأسرهم هويات جديدة وبطاقات ائتمان، ومنحهم مساعدات مالية وتوفير وظائف لهم، وقد أقر القانون الأمريكي في قانون مكافحة الجريمة المنظمة للمدعي العام سلطة اتخاذ القرارات التي تكفل أمن وحماية الشهود؛ حيث خول القانون للمدعي العام استئجار وشراء وبناء منازل آمنة، واتخاذ ما يلزم لتوفير الرعاية الصحية والأمنية للشهود وأسرهم المستحقين للحماية ممن تعتزم الحكومة طلبهم للإدلاء بشهادتهم في الدعاوى المقامة ضد أشخاص متهمين بالاشتراك في أنشطة تتعلق بالجريمة المنظمة^(٣)؛ حيث يتم تحرير مذكرة تفاهم يوقع عليها كل من المدعي العام بصفته والشخص المستفيد من الحماية لشخصه، لتحديد حقوقه ومسؤولياته.

(١) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ٣٢.

ويجوز للمدعي العام إصدار قرار بإنهاء الحماية المقررة للشاهد، إذا ما حدث إخلال بما ورد بمذكرة التفاهم الموقعة منه ومن المدعي العام، أو إذا تضمنت الشهادة أو الأقوال أو المعلومات المقدمة من الشاهد كذباً أو زوراً، أو إذا تضمنت التحريات التي منحت على أساسها الحماية أي زيف، وكان ذلك بتدخل من المستفيد من الحماية، ويصدر قرار الإنهاء من المدعي العام موضحاً فيه الأسباب التي استند إليها لإنهاء الحماية وهذا القرار بالإنهاء لا يخضع للمراجعة القضائية^(١).

الفرع الثاني

حماية الشهود في القانونين الفرنسي والبلجيكي

عرف كل من القانونين الفرنسي والبلجيكي تشريعات خاصة لحماية الشهود، وترجع أهمية دراسة هذين القانونين إلى أن غالبية التشريعات العربية غالباً ما تأخذ في اعتبارها هذين القانونين وخاصة القانون الفرنسي الذي يعتبر الأصل التاريخي للقانون المصري وغالبية التشريعات العربية، وفيما يلي أستعرض ذلك على النحو الآتي:

أولاً - حماية الشهود في القانون الفرنسي:

أدخل المشرع الفرنسي نصوصاً خاصة بحماية الشهود بمقتضى القانون الصادر في ١٥/١١/٢٠٠١م، والذي أدرج باباً جديداً في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بعنوان "حماية الشهود" Protection des témoins وذلك بالمواد من (٧٠٦-٥٧ إلى ٧٠٦-٦٣) وأدخل عليها بعض التعديلات فيما بعد، وذلك بالقانونين الصادرين في (٩/٩/٢٠٠٢ و ٩/٣/٢٠٠٤). وتتمثل أبرز ملامح حماية الشهود في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في أنه قد ميز بين صورتين من صور الحماية: (الأولى) عدم الإفصاح عن محل إقامة الشاهد، و(الثانية) عدم الإفصاح عن شخصيته. الحالة الأولى: عدم الإفصاح عن محل إقامة الشاهد: يقصد بالصورة الأولى أن يتم إثبات محل إقامة الشاهد في ملف القضية على مركز/قسم الشرطة أو مديرية الأمن، وقد ورد النص على ذلك في المادة (٧٠٦-٩٧ إجراءات جنائية فرنسي)، والتي نصت على أنه: "الأشخاص الذين لا يوجد سبب يبرر الاشتباه في ارتكابهم الجريمة أو الشروع فيها، وتتوافر لديهم عناصر إثبات مهمة يكون عنوانهم هو مركز الشرطة

(١) Fred Montanino, "Unintended victims of organized crime witness protection", Criminal Justice Policy Review, vol. 2, No. 4 (1987), pp. 392-408.

(٢) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ٨.

أو مديرية الأمن، وذلك بعد الحصول على موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق، وبحيث يتم قيد عنوان هؤلاء الأشخاص بسجل مرقوم يوقع عليه بالأحرف الأولى يعد خصيصاً لهذا الغرض"، ويتضح أن الحكمة من هذا النص هو توفير الحماية للشاهد بعدم الإفصاح عن عنوانه تجنباً لخضوعه أو تعرضه للانتقام هو وأسرته^(١).

هذا وقد منح المشرع الفرنسي صراحةً لقاضي الحريات والحبس أن يأمر بهذا الإجراء أي بعدم الإفصاح عن مكان إقامة الشاهد من تلقاء نفسه للشاهد دون أن يتوقف ذلك على طلب الشاهد نفسه أو طلب النائب العام أو قاضي التحقيق (م ٧٠٦-٥٨ إجراءات جنائية فرنسي)، على خلاف حالة الأمر بذلك من النائب العام أو قاضي التحقيق، والتي يلزم فيها طلب ذلك من قبل الشاهد.

الحالة الثانية: عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد: تناولت المادة (٧٠٦-٥٨ إجراءات جنائية فرنسي) الشروط الواجب توافرها حتى يتمتع الشاهد بهذه الحماية، وتتمثل أبرز هذه الشروط التي تتعلق بطبيعة الجريمة، حيث اشترط القانون الفرنسي أن تكون الشهادة في جنائية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة ثلاث سنوات على الأقل، وأما الشرط الثاني فهو أن ينجم عن الإدلاء بالشهادة احتمال تعرض الشاهد أو أحد أفراد أسرته لخطر الاعتداء على الحياة أو السلامة الجسدية، مع استيفاء الشاهد للشروط اللازمة بعد الإفصاح عن محل إقامته.

وينتقد البعض^(٢) غموض نصوص القانون الفرنسي فيما يتعلق ببيان إجراءات منح الحماية للشهود المهددين وأسرهم وأقربائهم، حيث لم تبين المواد (٧٠٦-٥٧ إلى ٦٣-٧٠٦) إلا الجهة التي تقرر منح هذه الحماية، وما يجب أن يتوافر من شروط لمنحها، ولكن دون أن تنطرق لبيان شكل هذه الحماية والإجراءات التنفيذية لهذه الحماية، وعلى الرغم من أن نص المادة (٦٣-٧٠٦ إجراءات جنائية فرنسي) تتضمن الإشارة إلى صدور مرسوم من مجلس الدولة يحدد شروط تطبيق النصوص الخاصة بحماية الشهود، إلا أنه على الرغم من صدور هذا المرسوم برقم (٢٠٣-٤٥٥) في ٢٠٠٣/٥/١٦م، فإنه لم يتدارك هذا الغموض في كيفية تطبيق إجراءات حماية

(١) د. أحمد يوسف السولي: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٣؛ دسليمان سعيد عبيد المرشدي: دور الشرطة في حماية ضحايا الجريمة - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٢٥.

(٢) عميد/ د. عادل حسن علي وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٤٣، ١٤٤.

الشهود، وذلك لعدم اشتغالها على تلك التفاصيل التي يتطلبها تطبيق إجراءات حماية الشهود.

ويضيف الرأي السابق أن مدة الحماية المقررة للشاهد المهدد في القانون الفرنسي لا تتجاوز السنة التي تلي آخر شهادة له، وفي هذا تحقيق للمصلحة الخاصة للشاهد ذاته ومصلحة التحقيق في الوقت ذاته، ومع ذلك يبقى أمر عدم الإفصاح عن محل إقامة الشاهد المهدد أمراً هيناً؛ حيث يمكن في حالات الضرورة الاستدلال على هذا الشاهد من خلال بياناته الشخصية الأخرى والثابتة بملف الإجراءات.

هذا على خلاف ما تسمح به المادة (٧٠٦-٥٨) من قانون الإجراءات الفرنسي من تغيير كامل لشخصية الشاهد بحيث يصعب الاستدلال عليه بغير الطرق المقررة قانوناً، بل إن مما يزيد الأمر غموضاً هو حالة أمر تعديل وسحب الحماية المقررة للشهود؛ حيث إن المشرع الفرنسي لم يتصور في تبنيه لنظام حماية الشهود أن يتم تعديل أو سحب الحماية المقررة من الجهة ذاتها التي سبقت ومنحت تلك الحماية، وإنما اقتصر توجهه منذ البداية على حق المتهم في الكشف عن شخصية الشاهد والذي أدلى بشهادته مستفيداً من أحكام الحماية إذا ما تعارض ذلك مع ممارسته لحقوق الدفاع^(١).

هذا وقد عاقب القانون الفرنسي كل من يتسبب في الكشف عن محل إقامة الشاهد أو شخصيته بعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها خمسة وسبعون ألف يورو (م٧٠٦-٥٩ إجراءات جنائية فرنسي)، وذلك لتوفير الحماية الجنائية لتلك الإجراءات.

ويرى البعض^(٢) أن تبني المشرع الفرنسي لنصوص تجيز عدم الإفصاح عن محل إقامة الشاهد أو شخصيته، يتعارض مع نص المادة (١٠٣) إجراءات جنائية فرنسي، التي تنص على ضرورة إثبات سلطة التحقيق لكافة البيانات المتعلقة بالشاهد كاسمه ولقبه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم، وأن عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد يمس حقوق الدفاع.

ولذلك جاء القانون الفرنسي بقيدين، استهدف بهما كفالة تلك الضمانات وحماية حقوق الدفاع، حيث قرر تقييد حماية الشاهد بعدم الإفصاح عن شخصيته بالنظر

(١) د. أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، المنشور على الموقع الإلكتروني: <http://ahmadbarak.com/v41.html>

(٢) المرجع نفسه.

لظروف ارتكاب الجريمة وشخصية الشاهد ذاته، مما يقتضي التعرف على شخصيته ضمناً لحقوق الدفاع، كما قرر تقييد حماية الشاهد بعدم الإفصاح عن شخصيته بعدم اعتبار شهادته الدليل الوحيد للإدانة.

ثانياً - حماية الشهود في القانون البلجيكي:

أدخل المشرع البلجيكي تعديلاً على قانون التحقيق الجنائي بمقتضى القانون الصادر في ٧/٧/٢٠٠٢م بشأن القواعد المتعلقة بحماية الشهود والمهدين، والذي تقضي المادة الخامسة منه بأن يدرج فصل سابع في قانون التحقيق الجنائي وذلك بالمواد من (١٠٢ - ١١١) بشأن تنظيم هذه المسألة.

حيث تمنح المادة (١٠٣) من قانون التحقيق الجنائي البلجيكي الاختصاص بمنح الحماية للشهود والمهدين للجنة مشكلة تشكلاً محدداً، وتضم من بين أعضائها ممثلين لكل من النيابة العامة والشرطة ووزارة العدل ووزارة الداخلية، حيث يكون تنفيذ الحماية المقررة للشاهد السجين بواسطة المدير العام للمؤسسات العقابية. وتلتزم تلك اللجنة بنوعين من الإجراءات بحسب الأحوال، فلها أن تقرر حماية الشهود المهدين بواسطة الإجراءات العادية، أو بواسطة إجراءات خاصة في حالات خاصة^(١).

أما بخصوص حماية الشهود والمهدين بواسطة الإجراءات العادية. فقد عددها المشرع البلجيكي بالمادة (١٠٤) من قانون التحقيق الجنائي، ويتمثل أهمها فيما يلي:

- ١ - حماية كافة المعلومات المتعلقة بالشاهد المهدي.
- ٢ - تخصيص فريق أمني لحمايته لضمان عدم تعريضه لأي اعتداء نتيجة للشهادة.
- ٣ - تعيين موظف اتصال بين الشاهد المهدي ولجنة الحماية.
- ٤ - اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمل الشاهد المهدي لسلح.
- ٥ - اتخاذ ما يلزم للدعم المعنوي للشاهد.
- ٦ - تخصيص دوريات شرطة لحمايته.
- ٧ - تخصيص رقم هاتف له برقم سري يسهل الاتصال به.
- ٨ - يخصص له أيضاً رقم حساب في البنك يتمتع بالسرية.
- ٩ - يوفر له أيضاً نظام استدعاء وذلك في حالات الطوارئ.

(١) د. أمين مصطفى محمد: حماية الشهود في قانون الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٨٢.

(٢) د. أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، مرجع سابق.

- ١٠ - توفير الحماية الإلكترونية.
- ١١ - تأمين محل إقامة له، ولأفراد أسرته وللمقربين له لمدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً.
- أما بخصوص حماية الشهود المهددين بواسطة الإجراءات الخاصة، فقد تناولت المادة (٣٠٤) من قانون التحقيق الجنائي البلجيكي) الإجراءات الخاصة للحماية في حالة عدم كفاية الإجراءات العادية لحماية الشاهد، حيث أجازت المادة المذكورة للجنة حماية الشهود في الجرائم المنظمة أو الجرائم المضرة للمصالح المحمية بواسطة القانون الدولي الإنساني أن تتخذ أيّاً من الإجراءات الخاصة الآتية^(١):
- ١ - تأمين محل إقامة للشاهد المهدد وذلك لمدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً.
- ٢ - تغيير شخصية الشاهد المهدد.
- ٣ - توفير إجراءات مساعدة مالية، يمكن أن تشمل حوالات شهرية لتأمين احتياجات الشاهد وأسرته.
- ٤ - تحويل مبلغ مالي - لمرة واحدة - كي يتمكن الشاهد المهدد من ممارسة أي نشاط مستقل يدر عليه دخلاً يساعده على سد احتياجاته.
- ٥ - توفير الدعم المعنوي والمتمثل في مساعدته في الحصول على وظيفة مناسبة له.
- كما تناولت المادة (١٠٦) من قانون التحقيق الجنائي، الإجراءات الخاصة بتغيير الشخصية، حيث يجوز لوزير العدل تغيير اللقب أو الاسم بناء على اقتراح لجنة حماية الشهود في خلال عشرة أيام من تاريخ إصدار هذا القرار، حيث تتخذ هذه الإدارة الإجراءات اللازمة لتسجيل الحالة المدنية الجديدة للشاهد المهدد.
- أما المادة (١٠٨) من قانون التحقيق الجنائي البلجيكي، للجنة حماية الشهود أن تراجع إجراءات الحماية التي سبق وقررتها للشاهد المهدد وذلك كل ستة أشهر، ويكون لها تعديل هذه الحماية أو سحبها وذلك بناء على طلب الشرطة أو النيابة العامة وقاضي التحقيق أو مدير المؤسسات العقابية أو الشاهد المحمي نفسه إذا اقتضى الأمر ذلك، بل ويمكن أيضاً تعديل أو سحب المساعدات المالية. ويجوز للجنة الحماية ذلك في إحدى حالات منها^(٢):
- إذا تم اتهام الشاهد بارتكاب جناية أو جنحة.
- إذا تم إعلانه كمتهم بجريمة إذا اتخذت سلطة الاتهام إجراءات.

(١) المرجع نفسه.

- إذا قام الشاهد المحمي باتخاذ أي إجراء يضر بإجراءات الحماية الممنوحة له، وذلك كالتعامل مع أشخاص مشبوهين، أو على نحو قد يفصح عن شخصيته.
- إذا لم يحترم الشاهد المحمي الشروط المنصوص عليها عند منحه تلك الحماية.

الفرع الثالث

برامج حماية الشهود في بعض التشريعات الأوروبية

حرصت العديد من الدول الأوروبية على إنشاء برامج لحماية الشهود، بالنظر لحاجتها في وجود جهاز متخصص لتوفير الحماية للشهود ضد المخاطر التي قد تهددهم نتيجة للإدلاء بشهادتهم، وفيما يلي أستعرض برامج حماية الشهود في كل من ألمانيا وإيطاليا وسويسرا، وذلك على النحو التالي:

١ - البرنامج الألماني لحماية الشهود: عرفت ألمانيا نظاماً لحماية الشهود، من خلال إقرارها لقانون التنسيق لحماية الشهود المعرضين للخطر ZSHG الصادر عام ١٩٩٨، والذي عدل بعد ذلك بتاريخ ١١ ديسمبر ٢٠٠١م، وتتمثل أبرز ملامح هذا البرنامج في فصل مكاتب حماية الشهود عن مكاتب التحقيقات الجنائية، وهو ما أسفر عن إنشاء "مكاتب التنسيق لحماية الشهود" (المعروفة بـ Kost - Zs) في جميع مكاتب الشرطة الجنائية بالدولة وفي مكتب تحقيقات الجمارك وفي مكتب الشرطة الجنائية الفيدرالية (Bundeskriminalamt)^(١).

ويجوز تقديم الحماية - وفقاً لقانون التنسيق حماية الشهود - للشخص الذي يترتب على عدم إدلائه بالشهادة في المسائل الجنائية عدم البحث في الحقائق أو عدم التأكد من مكان وجود المشتبه فيه أو صعوبة إنجاز هذه الأمور، ويكون وضعه قيد الحماية برضاه وبما يتفق مع القانون، وذلك إذا ماتعرض لخطر يهدد حياته أو صحته أو حريته أو ممتلكاته الأساسية، نتيجة رغبته في الإدلاء بشهادته، وذلك إذا ما تناسبت حالته مع إجراءات حماية الشهود، ويمكن تقديم الحماية - طبقاً لهذا القانون - لأحد أعضاء عائلته على أن يكون ذلك بموافقة، أو أحد الأشخاص القريبين منه، والذي يواجه خطراً يهدد حياته أو صحته أو حريته أو ممتلكاته الأساسية، بسبب رغبته في الإدلاء بالشهادة وذلك إذا ما تناسبت حالته مع إجراءات حماية الشهود.

ويجوز إذا استدعت الضرورة عند حماية الشهود توسيع نطاق الإجراءات

(١) المرجع نفسه.

المتخذة وفقاً لأحكام هذا القانون لتشمل أفراد الأسرة الشخص المهدد أو من الأشخاص القريبين منه، إذا ما تناسبت حالاتهم مع هذا القانون وأعلنوا موافقتهم على ذلك. ويجوز إنهاء الإجراءات المتبعة وفقاً لأحكام هذا القانون في حالة عدم انطباق أحد الشروط المنصوص عليها في القانون أو إذا ما انتهت ظروف تطبيقها فيما بعد، وفي حالة استمرار تعرض الشخص الواجب حمايته للخطر، فإن إجراءات الحماية سوف تتخذ وفقاً للقانون العام بمجرد زوال عوامل الخطورة، ولن يتسبب إنهاء الإجراءات الجنائية في إلغاء الإجراءات الخاصة بحماية الشاهد إذا ما استمر الخطر.

٢ - البرنامج الإيطالي لحماية الشهود^(١): ارتبط الحديث في إيطاليا بحماية الشهود في مواجهة عصابات المافيا التي نشأت بإيطاليا، حينما انقلب عضو المافيا الصقلي "توماسو بوسكيثا" على التنظيم المافيو عام ١٩٨٤، وبدأ حياته الوظيفية بصفته متعاوناً مع العدالة، فأدى ذلك إلى إضفاء الصفة الرسمية على مسألة حماية الشهود. وأصبح "بوسكيثا" الشاهد النجم في القضية التي سُميت محاكمة "ماكسي"، التي أسفرت عن إرسال زهاء ٣٥٠ عضواً من أعضاء المافيا إلى السجن. وفي مقابل المساعدة التي قدمها، تمّ نقله إلى مكان إقامة جديد بهوية جديدة. وقد دفعت تلك الأحداث المزيد من أعضاء المافيا إلى التعاون مع السلطات، فكان من نتيجة ذلك أن تسنّى للسلطات حتى نهاية التسعينيات أن تستفيد من الخدمات التي قدّمها أكثر من ألف شخص ممّن تعاونوا مع العدالة.

في الوقت نفسه، أخذت تتزايد الانتقادات الموجهة إلى هذه العملية الإجرائية الإيطالية بسبب الشكوك التي حامت حول مصداقية الشهود ودوافعهم، كما تردّت مزاعم حول سوء تنظيم برنامج حماية الشهود وسوء إدارته أيضاً. واستجابةً إلى ذلك، تمّ القيام بمراجعة شاملة لمرسوم القانون رقم (٨٢) الصادر في مارس ١٩٩١، ودخل القانون المعدل حيّز النفاذ في يناير ٢٠٠١. وكان واحداً من المكونات الرئيسة لذلك القانون التشريعي يتعلق بإنشاء بنية تنظيمية مستقلة، ضمن إطار برنامج حماية الشهود، مخصصة للمتعاونين مع العدالة.

وتتمثل أبرز الأحكام التي يتضمّنها المرسوم بالقانون رقم (٨٢)، بصيغته المعدلة في عام ٢٠٠١، في تقريره لحماية الشهود والمبلغين في القضايا ذات الصلة بجرائم

(١) المرجع نفسه.

(٢) عميد/ د. عادل حسن علي وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

المخدرات والمافيا والقتل العمد، والشهود على أيّ من الجرائم المترتبة عليها أحكام بالعقوبة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة، والأفراد الوثيقي القرابة بالمتعاونين الذين هم عُرضة للخطر. وتتخذ القرارات بشأن القبول لجنةً مركزية تتكوّن من: (وكيل وزارة لشؤون الدولة لدى وزارة الداخلية - اثنين من القضاة أو من المدعين العامين - خمسة خبراء في ميدان الجريمة المنظمة، يجب أن يصدر إذن بشأن تغييرات الهوية عن دائرة الحماية المركزية، المسؤولة عن تطبيق تدابير الحماية وإنفاذها^(١)).

٣ - البرنامج السويسري لحماية الشهود^(٢): أقرت سويسرا قانوناً في عام ٢٠١١، ودخل هذا القانون حيز النفاذ في ١/١/٢٠١٣، ويتضمن هذا القانون توفير برنامج لحماية الشهود، ويكون تقرير هذه الحماية بناءً على طلب من النيابة العامة في المقاطعات السويسرية، بينما يعود القرار النهائي في تقرير الحماية لرئيس المكتب الفيدرالي للشرطة.

ويقتصر البرنامج السويسري لحماية الشهود، الذي أطلقته الشرطة السويسرية على الحالات المرتبطة بالاتجار بالبشر، والإرهاب، والجريمة المنظمة. وتنتهي عملية الحماية إذا لم يعد هناك أي تهديد ملحوظ، أو إذا ما انتهك الشخص المحمي بشكل متكرر شروط الاتفاق مع السلطات، ما قد يجعل من المستحيل ضمان أي شكل من أشكال الحماية أو الأمان لموظفي الأمن؛ كما يمكن أن تنتهي مهمة الحماية إذا ما طلب الشاهد ذلك بالتحديد. وتشمل التغييرات التشريعية إمكانية بقاء الشهود الأجانب في مقاطعة أخرى غير تلك التي يقيمون فيها بشكل قانوني، كما تسمح للشهود من برامج حماية شهود أجنبية البحث عن ملجأ في سويسرا.

الفرع الرابع

برامج حماية الشهود في بعض التشريعات المقارنة

هناك عدد من التشريعات المقارنة التي عرفت برامج لحماية الشهود، خارج أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، ومن أبرز هذه التشريعات القانون الكندي والأسترالي والبرازيلي، وفيما يلي أشير بإيجاز إلى هذه البرامج على النحو التالي:

١ - البرنامج الكندي لحماية الشهود^(٣): عرفت كندا نظام حماية الشهود من خلال القانون الذي قدم من مجلس الشيوخ الكندي، والمُتضمن البرنامج الكندي لحماية الشهود في ٢٠ يونيو ١٩٩٦، ووفقاً لهذا القانون يتم إنشاء برنامج لتسهيل حماية الشهود

(١) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ١٤-١٦.

ويُطلق عليه "برنامج حماية الشهود"، ويقوم بإدارته مفوض الشرطة، ووفقاً لهذا القانون يقوم المفوض بتحديد ما إذا كان الشاهد سيقبل في البرنامج، ونوع الحماية المُقررة لأي محمي في البرنامج، ولن يتم قبول الشاهد في البرنامج إلا إذا قام الشاهد بنفسه أو من ينوب عنه بإبرام اتفاق مع المفوض ينص على التزامات كلا الطرفين، أو إذا جاءت توصية بقبوله من جهاز إنفاذ القانون أو من محكمة جنائية دولية، أو كان الشاهد قد قدم مثل تلك المعلومات للمفوض بالاتساق مع القواعد المعمول بها لهذا الغرض.

وعلى الرغم مما ذكر يُمكن للمفوض - في حالة الطوارئ - ولمدة لا تتجاوز تسعين يوماً، توفير الحماية لشخص لم يبرم اتفاقاً ينص على حمايته، ويُمكن للمفوض أن يُنهي الحماية المُقدمة لأحد المحميين لو وجد المفوض لديه الدليل على وجود تمثيل كاذب أو فشل في الإدلاء بالمعلومات المُتعلقة بقبول الشاهد كشخص محمي في البرنامج، أو مُخالفة عمدية للالتزامات المنصوص عليها في اتفاق الحماية.

٢ - البرنامج الأسترالي لحماية الشهود: عرفت أستراليا برنامجاً لحماية الشهود من خلال إقرارها لقانون خاص بحماية أمن الشاهد عام ١٩٩٤، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ١٨ إبريل ١٩٩٥، والذي خول لمفوض الشرطة الفيدرالية الأسترالي سلطة اتخاذ قرار ضم الشاهد لنظام الحماية، واتخاذ كافة القرارات والترتيبات اللازمة لتوفير الحماية لأمن الشاهد^(١).

وقد حدد المشرع الأسترالي شروطاً لخضوع الشاهد لنظام الحماية، أبرزها أن يدلي الشاهد بمعلومات معينة تخص الجريمة، على أن تكون هذه المعلومات مقنعة لدى المفوض، فضلاً عن توافر عناصر أخرى تكفي لإقناع مفوض الشرطة باستحقاق الشاهد للحماية كوجود خطر يهدد حياة الشاهد أو يشكل له خطراً نتيجة أدائه للشهادة، مع العلم أن شرط الخطر وحده لا يكفي للموافقة على دخول الشاهد برنامج الحماية، وإنما ينبغي النظر إلى مدى خطورة الجريمة التي تقدم للشهادة فيها، ومدى أهميتها في الإثبات^(٢).

ومن ناحية أخرى استلزم المشرع الأسترالي عقد اتفاق (مذكرة تفاهم) للحماية، وتعد مذكرة التفاهم بمثابة عقد ملزم بعد توقيع الشاهد عليه، وتحدد فيها الواجبات

(١) المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) انظر: التقرير المنشور بعنوان: "للمرة الأولى في سويسرا برنامج لحماية الشهود وكسر قانون الصمت" على الموقع الإلكتروني:

<http://www.swissinfo.ch/ara/detail/cotent.html?cid=34848154>.

التي ينبغي على الشاهد الالتزام بها، والتي إذا أخل بها الشاهد يسقط عنه نظام الحماية، والمسؤوليات التي تقع على عاتق الشرطة والسلطات التابعة للدولة.

وقد منح المشرع الأسترالي سلطة إنهاء الحماية الممنوحة للشاهد لمفوض الشرطة، وذلك إما بطلب من الشاهد نفسه، أو بانتهاء الظروف التي أدت إلى وضعه تحت الحماية، أو بمخالفة الشاهد لاتفاق الحماية، أو رفضه التوقيع على التعديلات التي يرى المفوض إدخالها عليها، أو إذا تبين أن الشاهد قدم معلومات كاذبة أو مضللة، أو في حالة القيام بأعمال خطيرة من شأنها أن تشكل خطراً على برنامج الحماية.

وفي عام ١٩٩٧، عُدل قانون حماية الشهود الأسترالي من أجل السماح للمشاركين في البرنامج الوطني لحماية الشهود باللجوء إلى إفشاء معلومات لغرض رفع شكوى أو تقديم تلك المعلومات إلى أمانة المظالم في الكومنولث. وكذلك في عام ٢٠٠٢، عُدل القانون مرة أخرى للسماح بقبول أشخاص في البرنامج الوطني لحماية الشهود بناءً على طلب المحكمة الجنائية الدولية. هذا وقد حرصت العديد من الولايات الأسترالية على إصدار قوانين محلية مكملة للبرنامج الوطني لحماية الشهود، نذكر منها على سبيل المثال قانون حماية الشهود في ولاية سيدني لعام ١٩٩٦، وقانون حماية الشهود في ولاية فيكتوريا لعام ١٩٩٩^(١).

٣ - البرنامج البرازيلي لحماية الشهود^(٢): عرفت البرازيل نظاماً لحماية الشهود، كأحد أهداف البرنامج القومي لحقوق الإنسان الذي أطلقه الرئيس البرازيلي "كارديسو" في ١٣ مايو ١٩٩٦ - وغرضه تدعيم إنشاء برامج حماية تابعة للدولة، تهدف لحماية ضحايا وشهود الجرائم المعرضين لأخطار شديدة نتيجة تعاونهم أو إدلائهم بالأقوال خلال التحقيقات أو الإجراءات الجنائية؛ حيث يتم توقيع اتفاق بين وزارة العدل، والأمين العام الوطني لحقوق الإنسان، ومكتب الاستشارات القانونية لمجموعات "برنامباكو" الخيرية، بهدف توسيع نطاق شبكة حماية شهود وضحايا الجرائم. وتتألف الشبكة في الوقت الحالي من (٢٥) "موقع حماية"، وتعتمد بصفة

(١) عميد/ د. عادل حسن علي وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٢) Australia Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, Witness Protection: Report by the Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, Parliamentary paper No. 193/88 (Canberra, Australian Government Publishing Service, 1988).

أساسية على مساهمات ممثلي الجماعات الدينية، والمهنيين المستقلين (الأعمال الحرة)، والمتطوعين، ومكاتب السلامة العامة التابعة للولايات، ومكتب المدعي العام، والنظام القضائي، والشرطة الفيدرالية... وغيرها من الجهات.

ووفقاً لبرنامج حماية الشهود البرازيلي أنشأ في إطار مكتب المدعي العام مجلساً للرقابة على حماية الشهود، يتألف من أحد مساعدي المدعي العام الذين يتم تعيينهم بمعرفة المدعي العام شخصياً، وأحد ضباط شرطة الولاية ويتم تعيينه بمعرفة قائد شرطة الولاية، وأحد قادة إدارات الشرطة المحلية.

ولا يجوز إعمال أي اتفاق يُلزم أية إدارة شرطية بتوفير الحماية أو إطلاق السراح من الحجز أو إسقاط الاتهامات المُعلقة فيما يتعلق بأحد الشهود الجنائيين في مقابل إلقاء هذا الشاهد بشهادته، إلا إذا تمت المُصادقة على هذا الاتفاق بأغلبية أصوات أعضاء مجلس الرقابة؛ حيث يتولى المجلس مُراجعة كل اتفاق على حدة لتحديد ما إذا كان الدليل المُتحصل من القيمة بحيث يبدأ تخفيض الحكم أو إسقاط الاتهامات، أو كان الإجراء اللازم والمُناسب قد اتخذ لضمان سلامة الشاهد وأسرته المُباشرة - إذا كان لديه أسرة - خلال الفترة التي سيتعاون فيها مع سلطات إنفاذ القانون، وخلال مرحلة إعادة توطينه التي ستلي تلك الفترة، أو كان الشاهد سوف يمضى عقوبة الحجز الموقعة عليه نظير الجرائم التي ارتكبها في وسط تقييد فيه حريته بالقدر الكافي، أو إذا كانت النفقات اللازمة للحفاظ على الشاهد - في إطار برنامج الحماية - نفقات معقولة، أو كان الشاهد سوف يُمثل تهديداً إجرامياً مُستقبلياً إذا ما أُطلق سراحه وفقاً لبنود الاتفاق.

وترفع التوصيات الصادرة عن مجلس الرقابة إلى المدعي العام، الذي يجب أن يُصادق على الاتفاق على إعماله، وعقب المُصادقة على الاتفاق بمعرفة المجلس والمدعي العام، يجب تقديم كافة النصوص التي من شأنها تخفيض الأحكام أو نقل مسؤولية الاحتجاز، أو إسقاط الاتهامات أو منح الحصانة للشاهد - ويجب تقديمها للمحكمة العليا للحصول على موافقتها على هذه النصوص وفقاً للأحكام والقواعد السارية الخاصة بتلك المحكمة.

(١) د. أحمد يوسف السولي: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، مرجع سابق، ص ٣٢٧-٣٥٠؛

د. سليمان سعيد عبيد المرشدي: دور الشرطة في حماية ضحايا الجريمة، مرجع سابق، ص ٥٢٩ وما بعدها.

(٢) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ١٠.

الفرع الخامس حماية الضحايا والشهود لدى المحاكم الجنائية الدولية الدائمة والمخصصة

لم تقتصر مسألة حماية الشهود والضحايا والمتعاونين مع العدالة على القضاء الوطني، وإنما امتدت هذه المسألة للقضاء الجنائي الدولي؛ حيث قام مجلس الأمن بهيئة الأمم المتحدة في التسعينيات بإنشاء محاكم دولية للتحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي المرتكبة في كل من رواندا عام ١٩٩٤، ويوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١، وقد كان تنظيم المحكمتين المذكورتين والممارسة المتبعة فيهما وأحكامهما القضائية في حماية ضحايا تلك الجرائم المروعة والشهود عليها من السوابق التي مهّدت الأرضية لأحكام حماية الشهود الواردة في نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية، كما أنها تتبدى على نحو بَيّن في تلك الأحكام^(١).

وقد تم إنشاء وحدات خاصة لحماية الشهود تتبع لسلطة أمين سجل المحكمة في غالبية المحاكم الجنائية الدولية ومنها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة^(٢)، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بلبنان، لتوفير خدمات الدعم والحماية للشهود.

ولا تقتصر مسؤولية الوحدات على ترتيبات الحماية الجسدية والأمن، بل إنها ملزمة أيضاً بتقديم المشورة القانونية والرعاية الطبية والنفسية والمساعدات المناسبة الأخرى للضحايا والشهود الذين يمثلون أمام المحكمة، وغيرهم من الأشخاص الذين هم عرضة للمخاطر بسبب الشهادات التي يقدمها أولئك الشهود^(٣).

ففي المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، يقوم على تنفيذ برنامج حماية الشهود ثلاث وحدات متخصصة، وهي وحدة الحماية وهي تشكل أساساً من رجال الشرطة، ووحدة الدعم المعنوي والتي تقدم النصح والإرشاد للشهود خلال إقامتهم في لاهاي، وفي كل وقت، ووحدة العملات، وهي تهتم بكل ما تعلق بانتقادات الشهود، والتعاون مع موظفي الجمارك، وتؤمن الشهود حتى وصولهم إلى قاعة المحكمة. ولقد سمح نظام المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة باتخاذ كافة الإجراءات المساعدة للشهود لحمايتهم، ومن ذلك ماتعلق بتحمل كافة تكاليف الإقامة

(١) عميد/ د. عادل حسن علي وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

في فنادق آمنة. بينما توجد في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بلاهاي وحدة الضحايا والشهود مكلفة بتقديم خدمات معينة للضحايا الذين ليس لديهم صفة شاهد ولكنهم يقدمون وجهات نظرهم وملاحظاتهم إلى المحكمة، ويحق لهم، عند الاقتضاء، الحصول على شكل من أشكال جبر الضرر^(١).

ونظراً للطابع الفريد الذي تتسم به الجرائم المشمولة في الأنظمة الأساسية لهذه المحاكم، فإن تدابير الحماية متاحة على نحو متساوٍ لشهود الإثبات وشهود الدفاع كليهما، وأذكر على سبيل المثال أن الوحدة التابعة للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا تتفرّع إلى فريقين متميزين: أحدهما مكلف بشهود الإثبات والآخر مكلف بشهود الدفاع.

وفي أثناء الإجراءات القضائية، يمكن لقاضٍ أو دائرة في المحكمة منح الموافقة على اتخاذ تدابير إجرائية خاصة، قبل المحاكمة أو خلالها أو بعدها، مثل فرض قيود مؤقتة على كشف المعلومات، أو تنقيح المعلومات الدالة على الهوية بحذفها من النصوص التي تُكشف للطرف الخصم، أو استخدام الأسماء المستعارة، أو تمويه الوجه والصوت، أو الإدلاء بالشهادات في جلسات مغلقة، أو الإدلاء بالشهادات بواسطة وصلات الفيديو، وذلك من أجل حماية الشهود المعرضين للمخاطر بسبب إدلائهم بالشهادة. والتدابير الخاصة التي تأمر بها المحكمة عادةً تشمل إخفاء هوية الشاهد عن الجمهور أو وسائل الإعلام^(٢).

تجريم إفشاء هوية الشهود أو إكراههم في القضاء الجنائي الدولي: وقد استقرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على اعتبار كل شخص يفصح عن اسم الشاهد الخاضع لنظام الحماية، أو أية معلومات بالمخالفة لأوامر المحكمة، مرتكباً لجريمة إهانة المحكمة. وينطبق هذا الأمر على محامي المتهم الذي يكشف عن اسم

(١) يشير البعض إلى أن اهتمام القضاء الجنائي الدولي بموضوع حماية الشهود يرجع إلى واقعة قتل أحد الشهود ويدعى milan lebar وهو كرواتي الجنسية؛ حيث تم الاعتداء عليه في عام ٢٠٠١ بعد شهادته أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة ضد بعض المتهمين من كرواتيا بارتكابهم جرائم ضد الحرب، مما حدا بالمحكمة الدولية أن تتخذ إجراءات من أجل حماية الشهود واستقرار عمل المحكمة. انظر: د. أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، المنشور على الموقع الإلكتروني: <http://ahmadbarak.com/v41.html>

(٢) أجاز النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة اتخاذ بعض الإجراءات التنفيذية لحماية الشاهد بعدم الإفصاح عن شخصيته، حيث تجيز المادة (٦٩) من هذا النظام =

الشاهد، وكذلك على الصحفي الذي يكشف عن محتوى الشهادة، وذلك بالمخالفة لأوامر المحكمة، كما ينطبق على كل شخص يحاول الضغط على الشاهد؛ حيث يشكل أي فعل من تلك الأفعال جريمة إهانة المحكمة، والتي يعاقب عليها بالحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات وغرامة قدرها مائة ألف يورو أو بإحدى هاتين العقوبتين^(١).

المطلب الثاني

أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع العدالة في إطار المواثيق الدولية والإقليمية

تكتسب حماية المجني عليهم والشهود والخبراء أهمية كبيرة في مكافحة الجريمة بصفة عامة والجريمة المنظمة بصفة خاصة باعتبار أن المجني عليه - والذي قد يكون مبلغاً- هو صاحب المصلحة القانونية المحمية جنائياً والشهادة والخبرة باعتبارهما من أبرز أدلة الإثبات في المواد الجنائية، ولذلك اهتمت المواثيق الدولية والإقليمية ذات الصلة بمكافحة الجريمة المنظمة بالنص على تقرير حماية قانونية للمجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين في هذه الجريمة، ومن الأهمية بمكان أن نستعرض أوجه الحماية القانونية للمجني عليهم والشهود في المواثيق الدولية

= عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد أو المجني عليه إذا كان مثوله أمام المحكمة ينطوي على احتمال تعرضه للخطر، كما تجيز المادة (٧٥) من ذات النظام اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحماية المجني عليهم أو الشهود بشرط عدم مساس ذلك بحقوق المتهم، كما تجيز المادة (٧٩) أيضاً حماية للمجني عليهم وللشهود استبعاد الجمهور ووسائل الإعلام من قاعة المحكمة لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة. وللمحكمة إجمالاً حفاظاً على السرية التي تحيط بها المجني عليهم والشهود، أن تأمر بحظر أي نشر لمعلومات تتعلق باسم الشاهد أو عنوانه أو أية معلومات أخرى يمكن بواسطتها التعرف عليه، كما يجوز للمحكمة أن تمنح للشاهد اسماً مستعاراً، ولها أيضاً أن تحظر على الجمهور أو وسائل الإعلام تصوير أو تسجيل أو رسم الشهود حال وجودهم بالمحكمة. انظر: د. أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، مرجع سابق.

(١) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن المادة (٦/٤٣) من نظام روما الأساسي المعنونة بـ "قلم المحكمة" تنص على أنه: "٦- ينشئ المسجل وحدة للمجني عليهم والشهود ضمن قلم المحكمة، وتوفر هذه الوحدة، بالتشاور مع مكتب المدعي العام، تدابير الحماية والترتيبات الأمنية، والمشورة، والمساعدات الملائمة الأخرى للشهود وللمجني عليهم الذين يمثلون أمام المحكمة، وغيرهم ممن يتعرضون للخطر بسبب إدلاء الشهود بشهاداتهم. وتضم الوحدة موظفين ذوي خبرة في مجال الصدمات النفسية، بما في ذلك الصدمات ذات الصلة بجرائم العنف الجنسي". =

والإقليمية، ومن أبرزها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والبروتوكول الأول المكمل لها والخاص بمكافحة الاتجار بالبشر، والاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية للتعاون القضائي والقانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي، هذا بالإضافة إلى توصيات مؤتمرات الأمم المتحدة، علاوة على موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك في خمسة أفرع على النحو التالي:

الفرع الأول: أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في اتفاقيات الأمم المتحدة.

الفرع الثاني: أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في توصيات مؤتمرات الأمم المتحدة.

الفرع الثالث: أوجه حماية المجني عليهم في بروتوكول باليرمو لمكافحة الاتجار بالبشر.

= بينما نصت المادة (٦٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية المعنونة بـ "حماية المجني عليهم والشهود واشترآكهم في الإجراءات"، على أنه: "١- تتخذ المحكمة تدابير مناسبة لحماية أمن المجني عليهم والشهود وسلامتهم البدنية والنفسية، وكرامتهم وخصوصيتهم. وتولي المحكمة في ذلك اعتباراً لجميع العوامل ذات الصلة، بما فيها السن، ونوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة ٣ من المادة ٧، والصحة، وطبيعة الجريمة، ولا سيما، ولكن دون حصر، عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال. ويتخذ المدعي العام هذه التدابير وبخاصة في أثناء التحقيق في هذه الجرائم والمقاضاة عليها، ويجب ألا تمس هذه التدابير تتعارض مع حقوق المتهم أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة. ٢- استثناء من مبدأ علانية الجلسات المنصوص عليه في المادة ٦٧، لدوائر المحكمة أن تقوم، حماية للمجني عليهم والشهود أو المتهم، بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل إلكترونية أو بوسائل خاصة أخرى. وتنفذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل الذي يكون مجنياً عليه أو شاهداً، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف، ولا سيما آراء المجني عليه أو الشاهد. ٣-... ٤- لوحدة المجني عليهم والشهود أن تقدم المشورة إلى المدعي العام والمحكمة بشأن تدابير الحماية المناسبة والترتيبات الأمنية وتقديم النصح والمساعدة على النحو المشار إليه في الفقرة ٦ من المادة ٤٣. ٥- يجوز للمدعي العام، لأغراض أية إجراءات تسبق الشروع في المحاكمة، أن يكتم أية أدلة أو معلومات يمكن الكشف عنها بموجب هذا النظام الأساسي فيقدم بدلاً من ذلك موجزاً لها إذا كان الكشف عن هذه الأدلة يؤدي إلى تعريض سلامة أي شاهد أو أسرته لخطر جسيم، وتمارس هذه التدابير بطريقة لا تمس حقوق المتهم أو تتعارض معها أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة. ٦-...".

(١) انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ١٩.

الفرع الرابع: أوجه الحماية المقررة للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في الاتفاقيات العربية والقانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية.

الفرع الخامس: مبدأ الشهادة المجهولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وتوصيات المؤتمرات الدولية وبعض التشريعات المقارنة.

الفرع الأول

أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في اتفاقيات الأمم المتحدة

أستعرض فيما يلي أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة كالمجني عليهم والشهود والخبراء في اتفاقيتي الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحة الفساد، وترجع العلة في ذلك إلى تشابه النصوص القانونية المقررة لهذه الحماية هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية على الرغم من خلو الاتفاقيات السالفة الإشارة إليها من تقرير حماية خاصة للمبلغين، إلا أنهم قد يدخلون في إطار المجني عليهم أو الشهود، وبالتالي يخضعون لهذه الحماية المقررة للمجني عليهم والشهود، وفيما يلي أستعرض أوجه الحماية المذكورة، وذلك على النحو التالي:

١ - توفير حماية فعالة للشهود والمجني عليهم والخبراء والمتعاونين من الجناة:

يكتسي موضوع حماية المجني عليهم بأهمية خاصة في إطار الجريمة المنظمة بالنظر إلى جسامة الضرر الذي يعانون منه من جراء هذه الجريمة، وبصفة خاصة في إطار جرائم الاتجار بالبشر؛ حيث يتعرض المجني عليهم - وبسبب استغلالهم من قبل جماعات الجريمة المنظمة - لأنماط كثيرة من الإذلال والظلم، وهو ما يوجب ضرورة إقرار نصوص خاصة لحمايتهم من الانتقام أو التهيب وتقديم المساعدة لهم، وضمان حصولهم على التعويض وجبر الضرر الواقع عليهم، فضلاً عن إتاحة مشاركتهم في الإجراءات الجنائية.

ومن ناحية ثانية يُمثل الشهود والخبراء والمتعاونون من الجناة في الجريمة المنظمة عناصر مهمة في إثبات الجريمة المنظمة وإدانة مُرتكبيها، وهو ما يتطلب

(١) د. أحمد براك، قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني، مرجع سابق.

ضرورة توفير الحماية اللازمة لهم في مواجهة أي انتقام أو تهريب مُحتمل والتشجيع على وضع قواعد إجرائية وإثباتية تعزز تدابير حماية هؤلاء الشهود والمتعاونين من الجناة مع أجهزة إنفاذ القانون^(١)، وترجع أهمية تقرير مثل هذه القواعد في اعتبارها تمثل وسيلة ضرورية لضمان استعداد الشهود لمُعاونة أجهزة العدالة في الإبلاغ عن الجريمة وتوفير الأدلة اللازمة لملاحقة الجناة وإدانتهم.

ومن الأهمية بمكان أن أشير إلى أن المادتين (٢٤ و ٢٥) من اتفاقية الأمم المتحدة والمادة (٣٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد^(٢) التي أشارت لقواعد حماية الشهود، وحماية ومُساعدة الضحايا، إلا أن الالتزامات المُتعلقة بحماية الشهود تُعد أوسع نطاقاً بالنظر إلى انطباقها على الأشخاص الذين هم ضحايا وشهود في آن واحد (م٢٤/٤)؛ ولذلك فهي تكاد تنطبق دائماً على الضحايا أيضاً^(٣).

وفي هذا الإطار نصت المادتان (٢٤ و ٢٥)^(٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمادة (٣٢)^(٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أنه ينبغي على الدول اتخاذ التدابير المُلائمة - في حدود إمكانياتها - لتوفير حماية فعالة للمجني عليهم والشهود والخبراء الذين يدلون في الإجراءات الجنائية بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بالاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم، حسب الاقتضاء، من أي انتقام أو تهريب مُحتمل.

ومن الأهمية بمكان أن أشير إلى أن المادة (٢٤) من الاتفاقية تقصر نطاق الشهود الذين تنطبق عليهم التزامات الحماية على الشهود الذين يدلون في الإجراءات الجنائية بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بالاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم، حسب الاقتضاء؛ حيث يؤدي التفسير الضيق لهذا النص إلى عدم انطباقه إلا عند الإدلاء بشهادة فعلاً، أو عندما يكون من الواضح أنه سوف يُدلى بشهادة، على الرغم من أن مُقتضيات حماية الشهود من أي انتقام مُحتمل تتطلب تفسير هذا النص بشكل أوسع مما ورد بعبارة النص، وهو ما يقتضي أن يوسع نطاق حماية الشهود ليشمل جميع الأشخاص الذين يقدمون العون في التحريات أو يشاركون فيها دون أن يتضح ما إذا كان سيُطلب شهادتهم، والأشخاص الذين يقدمون معلومات ذات صلة ولكنها ليست مطلوبة كشهادة^(٦).

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بحماية الشهود يمتد ليشمل حماية الأشخاص الذين يشاركون أو شاركوا في أنشطة جماعة إجرامية منظمة ثم يتعاونون مع أجهزة إنفاذ القانون أو يقدمون مساعدة لها، سواء أكانوا شهوداً أم لا (م٢٦/٤).

٢ - توفير الحماية الجسدية للشهود:

تتمثل أبرز إجراءات حماية الشهود والمجني عليهم في توفير الحماية الجسدية لهم عن طريق إخفاء هويتهم عن المتهمين والمدافعين عنهم، فضلاً عن ضمان عدم التعرف على شخصيتهم أثناء مباشرة الإجراءات الجنائية، وتوفير الدعم المالي المناسب لهم، وذلك على النحو الآتي:

إخفاء هوية الشهود^(١): تتمثل أبرز إجراءات إخفاء أو تغيير الهوية فيما يلي:

- إمكانية تغيير هويتهم وإصدار هويات جديدة لهم.

(١) تضمنت المادة (٢٦) من اتفاقية الأمم المتحدة النص على أن: "١- تتخذ كل دولة طرف التدابير الملائمة لتشجيع الأشخاص الذين يشاركون أو كانوا يشاركون في جماعة إجرامية منظمة على:

أ) الإدلاء بمعلومات مفيدة إلى الأجهزة المختصة لأغراض التحري والإثبات فيما يخص أموراً متنوعة منها:

* ١) هوية الجماعات الإجرامية المنظمة أو طبيعتها أو تركيبها أو بنيتها أو مكانها أو أنشطتها.

* ٢) الصلات، بما فيها الصلات الدولية، بأي جماعات إجرامية منظمة أخرى.

* ٣) الجرائم التي ارتكبتها أو قد ترتكبها الجماعات الإجرامية المنظمة.

ب) توفير مساعدة فعلية وملموسة للأجهزة المختصة يمكن أن تساهم في تجريد الجماعات الإجرامية المنظمة من مواردها أو عائدات الجريمة.

٢- تنظر كل دولة طرف في إتاحة إمكانية اللجوء، في الحالات المناسبة، إلى تخفيف عقوبة الشخص المتهم الذي يقدم عوناً كبيراً في إجراءات التحقيق أو الملاحقة بشأن إحدى الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية.

٣- تنظر كل دولة طرف في إمكانية منح الحصانة من الملاحقة لأي شخص يقدم عوناً كبيراً في عمليات التحقيق أو الملاحقة المتعلقة بجرم مشمول بهذه الاتفاقية، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي.

٤- تكون حماية أولئك الأشخاص على النحو المنصوص عليه في المادة ٢٤ من هذه الاتفاقية.

٥- عندما يكون الشخص المشار إليه في الفقرة ١ من هذه المادة موجوداً في إحدى الدول الأطراف وقادراً على تقديم عون كبير إلى الأجهزة المختصة لدى دولة طرف أخرى، يجوز للدولتين الطرفين المعنيتين أن تنظرا في إبرام اتفاقات أو ترتيبات، وفقاً لقانونهما الداخلي، بشأن إمكانية قيام الدولة الطرف الأخرى بتوفير المعاملة المبينة في الفقرتين ٢ و ٣ من هذه المادة".

(٢) تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (٤/٥٨) المؤرخ في ٣١/١٠/٢٠٠٣.

- إعادة توطينهم عن طريق تغيير محل إقامتهم أو مكان عملهم وإبداهم به مكان إقامة أو فرصة عمل جديدة سواء داخل الدولة أو خارجها.
- استخدام التقنيات الحديثة للاستماع لشهادة الشهود أثناء المحاكمة القضائية كالدوائر التليفزيونية المغلقة واستخدام الفيديو، أو استخدام السواتر أثناء الإجراءات القضائية والمحاكمات.

(١) انظر: الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحقة بها، إصدارات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، ٢٠٠٤، ص ١٨٦.

(٢) نصت المادة (٢٤) من اتفاقية الأمم المتحدة، والمعونة بـ "حماية الشهود" على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير حماية فعالة للشهود الذين يدلون في الإجراءات الجنائية بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم، حسب الاقتضاء، من أي انتقام أو تهريب محتمل.

٢- يجوز أن يكون من بين التدابير المتوخاة في الفقرة ١ من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدعى عليه، بما في ذلك حقه في الضمانات الإجرائية:

أ) وضع قواعد إجرائية لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلا، بالقدر اللازم والممكن عمليا، بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها.

ب) توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح الإدلاء بالشهادة على نحو يكفل سلامة الشاهد، كالسماح مثلا بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، ومنها مثلا وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة.

٣- تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المذكورين في الفقرة ١ من هذه المادة.

٤- تنطبق أحكام هذه المادة كذلك على الضحايا من حيث كونهم شهوداً". بينما نصت المادة (٢٥) من الاتفاقية، والمعونة بـ "مساعدة الضحايا وحمايتهم" على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير المساعدة والحماية لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، خصوصا في حالات تعرضهم للتهديد بالانتقام أو للتهريب.

٢- تضع كل دولة طرف قواعد إجرائية ملائمة توفر لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية سبل الحصول على التعويض وجبر الأضرار.

٣- تتيح كل دولة طرف، رهناً بقانونها الداخلي، إمكانية عرض آراء الضحايا وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المتخذة بحق الجناة، على نحو لا يمس بحقوق الدفاع".

(٣) تضمّن نص المادة (٣٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمعونة بـ "حماية الشهود والخبراء والضحايا" عبارات مُشابهة لعبارات نص المادة (٢٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية؛ حيث نصت المادة المذكورة على أنه: =

أ - توفير الحماية الجسدية للشهود في اتفاقيتي الأمم المتحدة لـ (مكافحة الجريمة المنظمة - مكافحة الفساد):

أشارت المادة (٢/٢٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمادة (٢/٣٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى جواز أن تقوم كل دولة بإرساء القواعد الإجرائية المناسبة لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص (الشهود وذويهم)، كالقيام مثلاً، بالقدر اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها، وكذا توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح الإدلاء بالشهادة على

" ١- تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة وفقاً لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها، لتوفير حماية فعالة للشهود والخبراء الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم، حسب الاقتضاء، من أي انتقام أو تهريب محتمل.

٢- يجوز أن تشمل التدابير المتوخاة في الفقرة ١ من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدعى عليه، بما في ذلك حقه في محاكمة حسب الأصول:

أ) إرساء إجراءات لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلاً، بالقدر اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح، عند الاقتضاء، بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها.

ب) توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح للشهود والخبراء أن يدلوا بأقوالهم على نحو يكفل سلامة أولئك الأشخاص، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، مثل وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة.

٣- تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ١ من هذه المادة.

٤- تسري أحكام هذه المادة أيضاً على الضحايا إذا كانوا شهوداً.

٥- تتيح كل دولة طرف، رهناً بقانونها الداخلي، إمكانية عرض آراء وشواغل الضحايا وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المتخذة ضد الجناة، على نحو لا يمس بحقوق الدفاع".

بينما نصت المادة (٢٥) من الاتفاقية، والمعنونة بـ "مساعدة الضحايا وحمايتهم" على أنه:

" ١- تتخذ كل دولة طرف تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير المساعدة والحماية لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، خصوصاً في حالات تعرضهم للتهديد بالانتقام أو للتهريب.

٢- تضع كل دولة طرف قواعد إجرائية ملائمة توفر لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية سبل الحصول على التعويض وجبر الأضرار.

٣- تتيح كل دولة طرف، رهناً بقانونها الداخلي، إمكانية عرض آراء الضحايا وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المتخذة بحق الجناة، على نحو لا يمس بحقوق الدفاع".

نحو يكفل سلامة الشاهد، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، ومنها مثلاً وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة، والنظر في إبرام اتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المذكورين، وانطباق ذلك على المجني عليهم من حيث كونهم شهوداً.

ويتضح من المادتين المذكورتين في اتفاقيتي الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحة الفساد، أنهما ألزمتا الدول بتوفير حماية فعالة للشهود، في حدود الإمكانيات المتاحة، وأنه يجوز أن يتضمن ذلك ما يلي:

- الحماية الجسدية من خلال إخفاء هوية الشهود وتغيير محال إقامتهم، وعدم السماح بإفشاء تلك المعلومات أو فرض قيود على إفشائها.
- النقل إلى مكان آخر داخل البلد أو خارجه.
- اتخاذ ترتيبات خاصة للإدلاء بالشهادة لضمان عدم التعرف على هوية الشهود من قبل المتهمين أو دفاعهم.

ومن ضمن التدابير الممكن اتخاذها من قبل الدول لحماية سرية هوية الشهود، اتخاذ التدابير التشريعية لتسهيل إنشاء هويات جديدة للشهود وذويهم وإصدار هويات جديدة وغيرها من المستندات بطريقة مأمونة وسرية، وقد تتضمن هذه التدابير إبرام ترتيبات مع دول أخرى للتمكين من تغيير أماكن الإقامة عبر الحدود^(١).

- القيود الواردة على تدابير حماية الشهود: جدير بالذكر أن المادتين المذكورتين أوردتا قيدين مهمين على تدابير حماية الشهود، (الأول) يتعلق بحقوق الدفاع، و(الثاني) يتعلق بمبادئ القانون الداخلي؛ حيث نصت المادة (٢/٢٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمادة (٢/٣٢) من اتفاقية الأمم

(١) انظر: الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢) يميز البعض في مسألة إخفاء هوية الشهود بحسب قدر المعلومات المعروفة عن الشهود بين صورتين: (الأولى) إغفال الهوية الجزئي أو المحدود، وفي هذه الصورة يجوز لدفاع المتهم أن يستجوب الشاهد في المحكمة، لكن الشاهد لا يكون ملزماً بذكر اسمه الحقيقي أو أي بيانات تفصيلية أخرى عنه مثل عنوانه أو مهنته أو مكان عمله. أما (الثانية) إغفال الهوية الكلي أو التام، وهي الصورة التي يتم إخفاء كل المعلومات ذات الصلة بهوية الشاهد. وفي جميع الأحوال يكون تحديداً صورة إخفاء هوية الشهود بقرار من المحكمة المختصة، التي تمنح الموافقة على إخفاء الهوية الجزئي أو الكلي. انظر: الممارسات الجيدة بشأن حماية الشهود، مرجع سابق، ص ٤٦.

المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة أن يُراعى في التدابير المنفذة عدم المساس بحقوق المدعى عليه، ومنها حق المُتهم في مواجهة خصومه، وحق الدفاع في الإحاطة بكافة المعلومات المتصلة بالقضية وارتباط ذلك بمبادئ القانون الجنائي المتعلقة بالمُحاكمة المنصفة، وهو ما قد يتطلب إفشاء معلومات تتصل بكشف هوية الشهود وبالتالي تعريضهم أو المبلغين للخطر.

ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى وجود صلة بين حماية الشهود وجريمة عرقلة سير العدالة الواردة في المادة (٢٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والتي تتضمن الأفعال المكونة لهذه الجريمة اللجوء إلى التهديد والعنف والترهيب ضد الشهود^(١).

٣ - توفير المُساعدة والحماية للمجني عليهم:

نصت المادة (٢٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة على اتخاذ الدول الأطراف التدابير المُلائمة - في حدود إمكانياتها - لتوفير المُساعدة والحماية لضحايا الجرائم المنظمة المشمولة بهذه الاتفاقية، خصوصاً في حالات تعرضهم للتهديد بالانتقام أو للترهيب، وتتمثل مُقتضيات توفير الحماية للمجني عليهم عموماً في وجود نصوص قانونية أو تشريعات توفر الحماية لهم أو بصفتهم شهوداً في هذه الجرائم، إضافةً إلى اتخاذ تدابير لمُساعدة المجني عليهم، كما هو الحال في بروتوكول الاتجار بالأشخاص (المواد ٦-٨)، الذي تضمن مُقتضيات إضافية بشأن المجني عليهم، وهو ما أشير إليه لاحقاً.

٤ - التعويض وجبر الضرر للضحايا:

تضمنت المادة (٢/٢٥) من الاتفاقية النص على اتخاذ الدول الأطراف التدابير المُلائمة - في حدود إمكانياتها - لإقرار القواعد الإجرائية المُلائمة التي توفر لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية سبل الحصول على التعويض وجبر الضرر، وتجدر الإشارة إلى أن ضمان تعويض المجني عليهم يتطلب اتخاذ كافة التدابير التشريعية اللازمة لإقرار حق المجني عليه في الحصول على التعويض المُناسب عن أضرار الجريمة، كما هو الحال في بروتوكول الاتجار بالأشخاص والذي أشار إلى تدابير تتيح للضحايا إمكانية الحصول على تعويض كما سَأشير إليه لاحقاً. وجدير بالذكر أنه من

(١) انظر: الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ١٩٣.

ضمن القواعد الإجرائية التي يمكن أن تتضمن حق المجني عليه في الحصول على تعويض ما قررته بعض التشريعات مما يلي:

أ - حق المجني عليه في الادعاء المباشر ومقاضاة الجاني للحصول على التعويض عن الأضرار المدنية، كتقرير حق المجني عليه في الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي على سبيل المثال.

ب - السماح للمحاكم الجنائية بأن تحكم بالتعويض أو جبر الأضرار ضد المدانين بارتكاب جرائم.

ج - إنشاء صناديق خاصة يُمكن للمجني عليهم أن يطالبوا عن طريقها بتعويض من الدولة عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء الجريمة^(١).

٥ - مُشاركة المجني عليهم في الإجراءات الجنائية:

تضمنت المادة (٣/٢٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمادة (٥/٣٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد النص على اتخاذ الدول الأطراف التدابير المُلائمة - في حدود إمكانياتها - لإتاحة الفرص للمجني عليهم لعرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المُناسبة من الإجراءات الجنائية المُتخذة بحق الجناة، على نحو لا يمس بحقوق الدفاع.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام لا يشمل إلا ضحايا الجرائم المشمولة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (المُشاركة في جماعة إجرامية مُنظمة - غسل الأموال - الفساد - عرقلة سير العدالة)، والجرائم المُقررة في بروتوكولاتها الإضافية (الاتجار بالبشر - تهريب المهاجرين - الاتجار بالأسلحة النارية)، وغير ذلك من الجرائم الخطيرة كما هي مُعرفة في المادة ٢/ب، شريطة أن تكون ذات طابع عبر وطني وأن تكون ضالعة فيها جماعة إجرامية مُنظمة (٣م).

وينبغي أن يتضمن القانون تقرير حق المجني عليه في المُثول أمام المحكمة قبل الفصل في الدعوى، والسماح له بالتعبير عن آرائه أو شواغله (والتي يُمكن أن تتضمن مذكرات مكتوبة أو بيانات شفوية)، وأن تأخذ المحكمة ذلك بعين الاعتبار، ويكون تقدير ما إذا كان الشخص الذي يلتبس الإعراب عن آرائه وشواغله مجنياً عليه أو لا مسألة موضوعية، يتعين على محكمة الموضوع تقديرها، وأن تفصل فيها. وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية قيدت التزام الدول بضمان حق المجني عليه في المُشاركة في

(١) المرجع السابق، ص ١٨٩.

المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية بالألا يكون في ذلك مساس بحقوق الدفاع، وهو ما قد يتطلب اتخاذ احتياطات لضمان عدم إفشاء أي معلومات استبعدت كأدلة لأن حقوق الدفاع كانت قد انتهكت أو لأنها كانت مُخلة إلى حد جعلها تنتهك الحق الأساسي في مُحكمة عادلة^(١).

الفرع الثاني

أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في توصيات مؤتمرات الأمم المتحدة

سبقت الاتفاقية الأممية لمكافحة الجريمة المنظمة جهوداً دولية للمناداة بخطورة الجريمة المنظمة وضرورة مواجهتها على الصعيد الدولي من خلال إبرام اتفاقية دولية، ومن أبرز الجهود الدولية المذكورة في هذا الشأن مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومُعاملة المجرمين والمؤتمر الوزاري العالمي المعني بالجريمة المنظمة عبر الوطنية، وفيما يلي أتناول ذلك بشيء من الإيجاز على النحو التالي:

أولاً - أوجه حماية الشهود في المبادئ التوجيهية لمنع الجريمة المنظمة ومُكافحتها في مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومُعاملة المجرمين:

تضمن مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومُعاملة المجرمين الذي عقد في هافانا بكوبا سنة ١٩٩٠، إقرار مبادئ توجيهية لمنع الجريمة المنظمة ومُكافحتها، من أهمها حماية الشهود؛ حيث سبق أن أشارت وثائق المؤتمر السالف الإشارة إليه إلى تزايد أهمية الخُطط الرامية إلى حماية الشهود من العنف والتخويف في عملية التحقيق الجنائي والمُحاكمة وفي جهود إنفاذ القانون في مواجهة الجريمة المنظمة، إن هذه الإجراءات تشمل توفير سُبُل لإخفاء هوية الشهود عن المتهم ومحاميه، وأماكن محمية لإقامتهم وتوفير الحماية الشخصية لهم، وتغيير أماكن إقامتهم، وتقديم الدعم المالي لهم^(٢).

ثانياً - أوجه حماية الشهود والمتعاونين من الجناة في توصيات مؤتمر نابولي المعني بالجريمة المنظمة عبر الوطنية:

انعقد في مدينة نابولي بإيطاليا مؤتمر وزاري عالمي كان معنياً بالجريمة المنظمة

(١) المرجع السابق، ص ١٩٠.

عبر الوطنية خلال الفترة ٢١-٢٣/١١/١٩٩٤، وصدر عنه إعلان نابولي السياسي وخطة العمل العالمية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وقد أدرج من بين ما ورد في هذه الخطة ما يلي:

- ينبغي للدول أن تضمن امتلاك أنظمة العدالة الجنائية الخاصة بها هياكل وقدرات لازمة للتصدي للأنشطة الإجرامية المنظمة المعقدة، بما في ذلك ضمانات تقي من الإفساد والترهيب والعنف.

- يجب على الدول، من أجل مكافحة الجريمة المنظمة بفاعلية، أن تتغلب على قاعدة الصمت والترهيب التي تلتزم بها هذه الجريمة، وينبغي النظر في اللجوء إلى أساليب موثوقة لجمع البيانات، مثل المراقبة الإلكترونية والعمليات المستترة والتسليم المراقب عندما يتوخى ذلك في القانون الوطني، وعلى أن يُنفذ بالاحترام الكامل لحقوق الفرد، ولا سيما الحق في الخصوصية الفردية والإشراف حسب الاقتضاء، رهناً بالحصول على الموافقة القضائية، وينبغي النظر في اتخاذ تدابير لتشجيع المُتورطين في الجريمة المنظمة على التعاون والإدلاء بالشهادة، بما في ذلك برامج مُلائمة لحماية الشهود وأسرهم ومُعاملاتهم - في حدود ما يسمح به القانون الوطني - على نحو يُراعى فيه تعاونهم أثناء الملاحقة القضائية.

ثالثاً - توصيات المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بشأن متابعة إعلان نابولي:

وقد أوصى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في قراره رقم (٢٢/١٩٩٧) بتاريخ ٢١/٧/١٩٩٧، بشأن متابعة إعلان نابولي السياسي وخطة العمل العالمية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بما يلي:

- ينبغي أن توفر الدول حماية فعلية للأشخاص الذين قدموا أو وافقوا على تقديم معلومات أو أدلة، أو شاركوا أو وافقوا على المشاركة في التحري بشأن جريمة أو في مقاضاة مُرتكبها، وكذلك لأقارب وشركاء أولئك الأشخاص الذين يطلبون حمايتهم، بسبب تعرض أمنهم الشخصي للخطر.
- ينبغي للدول أن تنظر، حسب الاقتضاء، في وضع ترتيبات مُتبادلة لحماية الشهود وغيرهم من الأشخاص المُعرضين للخطر.

(١) المرجع السابق، ص ١٩١.

(٢) عميد/ د. عادل حسن وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٢٥.

- ينبغي للدول أن تنظر في إمكانية اعتماد تدابير مُلائمة لضمان حماية الشهود خلال الإجراءات الجنائية، ويُمكن أن تشمل تلك التدابير أساليب منها الإدلاء بالشهادة عن طريق أجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية أو تقييد الإفصاح عن عناوين الشهود أو إعطاء تفاصيل عنهم.
- وينبغي النظر في النقل المؤقت للأشخاص رهن الاحتجاز بوصفهم شهوداً، وتوسيع نطاق مقبولية البيانات المكتوبة واستخدام التكنولوجيا الحديثة مثل روابط الاتصال بالفيديو، للتغلب على بعض الصعوبات القائمة حالياً في مجال الحصول على شهادة الشهود الموجودين خارج الدولة المُقاضية^(١).

الفرع الثالث

أوجه حماية المجني عليهم في بروتوكول باليرمو لمكافحة الاتجار بالبشر

- تضمن بروتوكول باليرمو لمكافحة الاتجار بالبشر العديد من أوجه الحماية المقررة لصالح المجني عليهم في هذه الجرائم، ومن أبرز أوجه الحماية القانونية المقررة للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر في بروتوكول باليرمو، ما تضمنته المواد من (٦-٩) منه على النحو التالي^(٢):
- ١ - تقديم مُختلف أوجه الرعاية القانونية والاجتماعية والصحية للضحايا: نصت المادة (٦) من بروتوكول باليرمو على التزام الدول الأطراف بأوجه الرعاية القانونية والاجتماعية والصحية للضحايا، وتتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:
 - صون الحرمة الشخصية للضحايا وهويتهم وضمان سرية الإجراءات.
 - إمدادهم بالمعلومات اللازمة عن الإجراءات القضائية والإدارية، وتمكينهم من عرض آرائهم.
 - توفير السكن اللائق، وتقديم المُساعدة القانونية، وخدمات الترجمة، والمُساعدة الطبية والنفسية والمادية.
 - كفالة فرص العمل والتعليم والتدريب، مع الوضع في الاعتبار نوع وسن الضحايا، وبصفة خاصة النساء والأطفال لاسيما احتياجات الأطفال بما في ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية.
 - توفير السلامة البدنية للضحايا.
 - إمكانية حصولهم على تعويض الأضرار التي لحقت بهم.

٢ - تقنين أوضاع الضحايا في الدول المُستقبلية: نصت المادة (٧) من البروتوكول على أن كل دولة طرف يتعين عليها أن تنتظر في اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مُناسبة، تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة، على أن تولي كل دولة طرف الاعتبار الواجب للعوامل الإنسانية والوجدانية.

٣ - حق الضحايا في العودة لأوطانهم: نصت المادة (٨) من البروتوكول على عدة مبادئ بالنسبة لحق الضحايا في العودة لأوطانهم، والتي تتمثل في التزام الدول الأعضاء التي يكون ضحية الاتجار بالأشخاص من رعاياها أو كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إقليم الدولة الطرف المُستقبلية، بالحرص على تيسير وتقبل عودة ذلك الشخص دون إبطاء لا مسوّغ له أو غير معقول، مع مراعاة إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص، وإحالة أي إجراءات قانونية تتصل بكون الشخص ضحية للاتجار، ويُفضل أن تكون تلك العودة طوعية. فضلاً عن ضرورة التزام الدولة التي يكون الضحايا من رعاياها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله الدولة الطرف المُستقبلية بتسهيل عودته لها من خلال الموافقة على إصدار وثائق سفر أو أذون أخرى - بناء على طلب الدولة المُستقبلية - لتمكين ذلك الشخص من السفر إلى إقليمها أو مُعاودة دخوله، وذلك بعد التحقق - دون إبطاء لا مسوّغ له أو غير معقول - مما إذا كان الشخص الذي هو ضحية للاتجار بالأشخاص من رعاياها، أو كان له حق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت دخوله إلى إقليم الدولة الطرف المُستقبلية، مع الوضع في الاعتبار عدم المساس بأي حق يُمنح لضحايا الاتجار بالأشخاص بمقتضى أي قانون داخلي للدولة الطرف المُستقبلية، أو المساس بأي اتفاق أو ترتيب ثنائي أو مُتعدد الأطراف مُنطبق يحكم كلياً أو جزئياً عودة ضحايا الاتجار بالأشخاص.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٢/٨) من بروتوكول باليرمو التي تقضي بأن يُراعى في إعادة الضحية إلى بلده إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص،

(١) المرجع السابق، ص ص١٢٥، ١٢٦.

(٢) د. مصطفى طاهر: إطلالة على القانون الاتحادي لمكافحة الاتجار بالبشر، مركز البحوث والدراسات الأمنية، أبوظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ٢٧؛ د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠١١، ص ٣١١، هامش (١).

ينطبق على الضحايا الذين لم يكونوا شهوداً، كما ينطبق على الدول التي يُعاد الضحية إليها بصفته مواطناً أو مقيماً إقامة دائمة فيها، حتى إذا لم يُدل الضحية بشهادة أو أدلى بها في بلد آخر^(١).

٤ - تدابير أخرى لحماية الضحايا: نصت المادة (٩) من البروتوكول على اتخاذ الدول الأعضاء كافة الإجراءات، ووضع كافة السياسات والبرامج والتدابير الأخرى لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، وحماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، من مُعاودة إيذائهم، وتخفيف وطأة العوامل التي تساعد على الاتجار بالبشر، ورصد الطلب الذي يُحفز جميع أشكال استغلال الضحايا سواء أكان ذلك من خلال السعي إلى القيام بالحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، والتعاون مع المُنظمات غير الحكومية أو غيرها من المُنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدني، أو تعزيز التعاون الثنائي أو المُتعدد الأطراف، أو اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى، مثل التدابير التعليمية أو الاجتماعية أو الثقافية.

الفرع الرابع

أوجه الحماية المقررة للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في الاتفاقيات العربية والقانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية

حرصت الاتفاقيات العربية والقوانين النموذجية العربية على النص على تقرير حماية للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة كالمبلغين والشهود والخبراء والضحايا، ومن أبرز هذه الاتفاقيات والقوانين النموذجية: الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، والاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨^(٢)، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠، والاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠، والاتفاقية العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، والقانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية، وفيما يلي أستعرض أبرز هذه الاتفاقيات والقوانين النموذجية على النحو التالي:

أولاً - الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة لعام ٢٠١٠:

أشارت المادة (٣٦) من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية إلى توفير الحماية للشهود والخبراء بالنص على أنه:

" ١ - تلتزم كل دولة طرف أن تتخذ ما يلزم من تدابير لتوفير الحماية من أي انتقام أو

ترهيب محتمل للشهود والخبراء الذين يوافقون على الإدلاء بأقوالهم بخصوص إحدى الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم حسب الاقتضاء.

٢ - تتخذ كل دولة طرف ما يلزم من تدابير لتوفير المساعدة والحماية من أي انتقام أو ترهيب لضحايا الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وأن توفر لهم سبل الحصول على التعويض وجبر الأضرار التي لحقت بهم.

٣ - تنظر الدول الأطراف في أن تشمل التدابير المشار إليها في الفقرتين السابقتين ما يأتي:
أ - توفير الحماية لأولئك الأشخاص، من خلال تغيير أماكن إقامتهم وعدم إفشاء أية معلومات تتعلق بهوياتهم وأماكن وجودهم.

ب - إتاحة الإدلاء بالشهادة على نحو يكفل سلامة الشهود والخبراء والضحايا، ويجوز استخدام التقنيات الحديثة في هذا المجال.

٤ - للدول الأطراف أن تنظر في إبرام اتفاقات أو ترتيبات فيما بينها أو مع دولة أخرى من أجل توفير الحماية للشهود والخبراء والضحايا".

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الاتفاقية العربية تضمنت توسعاً في نطاق الحماية ليشمل - إلى جانب الشهود - الخبراء الذين تستعين بهم المحكمة أثناء إجراءات القضية للتثبت من بعض الأمور الفنية المتصلة بالقضية، كما أن المادة المذكورة تضمنت تقرير نص واحد لحماية الشهود والخبراء والمجني عليهم على خلاف الاتفاقية الأممية التي تضمنت نصاً خاصاً بالشهود وآخر خاصاً بالمجني عليهم، ولاشك أن النهج الأول أفضل من ناحية الصياغة، لتضمنه قواعد واحدة لتوفير الحماية اللازمة لهذه الطوائف دون تمييز بين طائفة وأخرى.

ثانياً - الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠:

نصت المادة (١٤) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠، المعنونة بـ "حماية المبلغين والشهود والخبراء والضحايا"، على أنه: "توفر الدولة الطرف

(١) انظر: الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٢) تضمنت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب نصوصاً واضحة لحماية الشهود في جرائم الإرهاب، والتي وردت بنصوص المواد (٣٤-٣٨) من الاتفاقية المذكورة، نذكر منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٣٧) منها، من أنه: "١- تتعهد الدولة الطالبة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لكفالة حماية الشاهد أو الخبير من أية علانية تؤدي إلى تعريضه وأسرته =

الحماية القانونية اللازمة للمبلغين والشهود والخبراء والضحايا الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال تجرمها هذه الاتفاقية وتشمل هذه الحماية أقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، من أي انتقام أو تهريب محتمل، ومن وسائل هذه الحماية: ١- توفير الحماية لهم في أماكن إقامتهم. ٢- عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم. ٣- أن يدلي المبلغون والشهود والخبراء والضحايا بأقوالهم على نحو يكفل سلامتهم مثل الإدلاء بالشهادة عبر استخدام تقنية الاتصالات. ٤- اتخاذ الإجراءات العقابية بحق كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية أو بأماكن وجود المبلغين أو الشهود أو الخبراء أو الضحايا".

ثالثاً - الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠:

نصت المادة (٣٨) من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠، المعنونة بـ "حماية الشهود والخبراء"، على أنه: "تتعهد الدولة الطالبة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لكفالة حماية الشاهد من أية علانية تؤدي إلى تعريضه أو أسرته أو أملاكه للخطر الناتج عن الإدلاء بشهادته أو خبرته، وعلى الأخص: أ- كفالة سرية تاريخ ومكان وصوله إلى الدولة الطالبة، ووسيلة ذلك. ب- كفالة سرية محل إقامته وتنقلاته وأماكن وجوده. ج- تتعهد الدولة الطالبة بتوفير الحماية اللازمة التي تقتضيها حالة الشاهد أو الخبير وأسرته، وظرف القضية المطلوب فيها، وأنواع المخاطر المتوقعة".

رابعاً - الاتفاقية العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ المعروفة باتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي^(١):

تضمنت الاتفاقية العربية للتعاون القضائي باباً رابعاً بعنوان: "حضور الشهود والخبراء في القضايا الجزائية"، شمل ثلاث مواد: (الأولى) مادة (٢٢) الخاصة بـ "حصانة الشهود والخبراء"، والتي نصت على أنه: "كل شاهد أو خبير - أيا كانت جنسيته - يعلن بالحضور لدى أحد الأطراف المتعاقدة، ويحضر بمحض اختياره لهذا الغرض أمام الهيئات القضائية لدى الطرف المتعاقد الطالب، يتمتع بحصانة ضد اتخاذ

= أو أملاكه للخطر الناتج عن الإدلاء بشهادته أو بخبرته وعلى الأخص: أ- كفالة سرية تاريخ ومكان وصوله إلى الدولة الطالبة، ووسيلة ذلك. ب- كفالة سرية محل إقامته وتنقلاته وأماكن تواجد. ت- كفالة سرية أقواله ومعلوماته التي يدلي بها أمام السلطات القضائية المختصة. ٢- تتعهد الدولة الطالبة بتوفير الحماية الأمنية اللازمة التي تقتضيها حالة الشاهد أو الخبير وأسرته وظروف القضية المطلوب فيها، وأنواع المخاطر المتوقعة".

إجراءات جزائية بحقه أو القبض عليه أو حبسه عن أفعال أو تنفيذ أحكام سابقة على دخوله إقليم الطرف المتعاقد الطالب.

ويتعين على الهيئة التي أعلنت الشاهد أو الخبير إخطاره كتابة بهذه الحصانة قبل حضوره أول مرة. وتزول هذه الحصانة عن الشاهد أو الخبير بعد انقضاء ٣٠ يوماً على تاريخ استغناء الهيئات القضائية لدى الطرف المتعاقد الطالب، كما يحق للخبير المطالبة بأتعابه نظير الإدلاء برأيه ويحدد ذلك كله بناء على التعاريف والأنظمة المعمول بها لدى الطرف المتعاقد الطالب.

وتبين في أوراق الإعلان المبالغ التي تستحق للشاهد أو الخبير ويدفع الطرف المتعاقد الطالب مقدماً هذه المبالغ إذا طلب الشاهد أو الخبير ذلك"، وقد أشارت المادة (٢٣) من الاتفاقية - والتي تحمل عنوان "مصرفات سفر وإقامة الشاهد والخبير" - إلى أنه: "للشاهد أو الخبير الحق في تقاضي مصرفات السفر والإقامة وما فاته من أجر أو كسب من الطرف المتعاقد الطالب، كما يحق للخبير المطالبة بأتعابه نظير الإدلاء برأيه ويحدد ذلك كله بناء على التعاريف والأنظمة المعمول بها لدى الطرف المتعاقد الطالب وتبين في أوراق الإعلان المبالغ التي تستحق للشاهد أو الخبير ويدفع الطرف المتعاقد الطالب مقدماً هذه المبالغ إذا طلب الشاهد أو الخبير ذلك" (١).

ويتضح لنا من العرض السابق للعديد من الاتفاقيات العربية ذات الصلة بمكافحة الجريمة المنظمة وصورها المختلفة، حرص واضعي هذه الاتفاقيات على التأكيد على وضع نصوص لضمان حماية كل من الشهود والمجني عليهم والخبراء.

خامساً - القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي في المسائل الجنائية (٢):

خصص القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية الصادر عن منظمة الجامعة العربية باباً كاملاً لحماية الشهود والخبراء، وقد جاءت هذه النصوص منسجمة مع ما جاء من نصوص الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة؛ إذ أشارت نصوص هذا القانون إلى أن كل شاهد أو خبير - أيّاً كانت جنسيته - يعلن بالحضور بواسطة السلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب منها، ويحضر بمحض اختياره لهذا الغرض أمام الهيئات القضائية لدى الجهة الطالبة، ويتمتع بحماية قانونية

(١) وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب قراره رقم (١) المؤرخ ١٩٨٣/٤/٦ في دورة انعقاده العادية الأولى، ووقعت الاتفاقية بتاريخ ١٩٨٣/٤/٦ "الرياض" من قبل جميع =

ضد اتخاذ إجراءات جزائية بحقه أو القبض عليه أو حبسه عن أفعال أو تنفيذ أحكام سابقة على دخوله إقليم الجهة الطالبة^(١). وفيما يتعلق بمصروفات نقل الشاهد أو الخبير وما فاتته من أجر أو كسب تتحمله الجهة الطالبة وأن تقوم بنقله كذلك.

الفرع الخامس

مبدأ الشهادة المجهولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وتوصيات المؤتمرات الدولية وبعض التشريعات المقارنة

أولاً - إشكالية عدم تحديد شخصية الشاهد:

تكمن المشكلة التي يثيرها عدم تحديد شخصية الشاهد في التوفيق بين أمرين: (أولهما) أن يدلي الشاهد بشهادته مع ذكر جميع البيانات التي تحدد شخصيته، كما تقضي القواعد العامة^(٢)، ولكنه في هذه الحالة قد يتعرض للاعتداء من جانب أعضاء عصابات الجريمة المنظمة على شخصه أو على ماله. و(ثانيهما) توفير نوع من الحماية للشاهد يطلق عليها الحماية الإجرائية، بأن يصرح له أثناء الإدلاء بالشهادة بإخفاء شخصيته الحقيقية كعدم ذكر اسمه الصحيح وعنوانه مما يشكل مساساً ولو جزئياً بمبدأ المواجهة^(٣)، وبالتالي يتعارض مع حقوق الدفاع^(٤).

ثانياً - مبدأ الشهادة المجهولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ الشهادة المجهولة مادام كان ذلك

= الدول الأعضاء عدا كل من (جمهورية مصر العربية- جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية)، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ ٣٠/١٠/١٩٨٥، وذلك تطبيقاً لنص المادة (٦٧) منها.

(١) نصت المادة (٢٤) المعنونة بـ "الشهود والخبراء المحبوسون" على أنه: "يلتزم كل طرف متعاقد بنقل الشخص المحبوس لديه - الذي يتم إعلانه وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية - للممثل أمام الهيئة القضائية لدى أي طرف متعاقد آخر يطلب سماع شهادته أو رأيه بوصفه شاهداً أو خبيراً ويتحمل الطرف المتعاقد الطالب نفقات نقله. ويلتزم الطرف المتعاقد الطالب بإبقائه محبوساً وإعادته في أقرب وقت أو في الأجل الذي يحدده الطرف المتعاقد المطلوب إليه، وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٢٢ من هذه الاتفاقية. ويجوز للطرف المتعاقد المطلوب إليه نقل الشخص المحبوس لديه وفقاً لهذه المادة، أن يرفض نقله في الحالات الآتية: أ- إذا كان وجوده ضرورياً لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه نقله بسبب إجراءات جزائية يجري اتخاذها. ب- إذا كان من شأن نقله إلى الطرف المتعاقد الطالب إطالة مدة حبسه. ج- إذا كانت ثمة اعتبارات خاصة أو اعتبارات لا يمكن التغلب عليها تحول دون نقله إلى الطرف المتعاقد الطالب".

ضرورياً لدرء الأخطار غير المشروعة التي يتعرض لها الشاهد^(١). وهذا المبدأ يعني السماح لتشريعات الدول الأعضاء فيها بأن تتضمن تشريعاتها تقرير حق الشاهد في عدم الإعلان عن محل إقامته وكل ما يتعلق به من معلومات، مع منحه الحصانة القانونية ضمن نصوص الإجراءات الجنائية، وذلك كإحدى الوسائل القانونية لحماية الشهود في القضايا الجنائية الخطيرة المنظورة أمام المحاكم في الدول الأعضاء.

وقد أكدت المحكمة على أنه: "حيثما تتعرض مصالح الشهود للخطر، من حيث الحفاظ على حياتهم أو حريتهم أو أمنهم، يتعين على الدولة أن تنظم نظر الدعوى الجنائية على نحو يكفل عدم تعريض هذه المصالح للخطر دون مبرر". وقد أوضحت هذه المحكمة بعد ذلك بقولها: "وفي ضوء ذلك، تقتضي مبادئ المحاكمة العادلة الموازنة عند الاقتضاء بين مصالح الدفاع وبين مصالح الشهود والضحايا المطلوبين للإدلاء بأقوالهم"^(٢).

فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استقر قضاؤها على ضرورة التوازن بين حقوق الدفاع وحق الضحايا والشهود في الحماية، وألا يجور هذا الحق الأخير على حقوق الدفاع، فهي لم تمنع تماماً الاستعانة بالشهود المجهولين في أية قضية، ولكنها أشارت إلى ضرورة التشدد في تقييد الاستعانة بهم؛ حيث أكدت في أحد أحكامها على أن إدانة الشخص لا ينبغي أن ترتكز أساساً على مجرد الإثبات المقدم من شهود مجهولين، وأن: "جميع الأدلة يجب أن تقدم في الأحوال العادية في جلسة علنية في حضور المتهم بهدف السماح له بمناقشة الشهود. وأنه على الرغم من أن هناك استثناءات لهذا المبدأ، فلا يجب أن تمس هذه الاستثناءات حقوق الدفاع. وأنه بوجه عام، تقضي الفقرتان (٣١ و د) من المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية بضرورة منح المتهم فرصة كافية وحقيقية لتفنيد أقوال الشهود وسؤالهم سواء عندما يدلي بأقواله أو في مرحلة لاحقة"^(٣)، كما أشارت في قضية أخرى إلى أنه: "لما كان المحامي يجهل هوية

(١) راجع: نصوص القانون ضمن وثائق جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، الدورة (٢٢).

(٢) عقيد/ د. محمد قاسم أسعد الريفاني: دور الشرطة في مكافحة الجريمة المنظمة- دراسة تحليلية تطبيقية، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٨٣.

(٣) من القواعد الأساسية التي يخضع لها التحقيق الابتدائي أنه يجري في حضور الخصوم (م ٧٧، م ٧٨ إجراءات جنائية مصري)، كما أنه يعتبر سرياً بالنسبة للجمهور (م ٧٦ إجراءات =

الشاهدين فقد واجه عقبة كؤوداً؛ حيث لم تتح له المعلومات اللازمة لكي يستطع اختبار مدى إمكانية الركون إلى هذين الشاهدين أو للتشكيك في مصداقيتهما^(١).

ثالثاً – مبدأ الشهادة المجهولة في توصيات المؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات:

ووفقاً للمؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات الذي عقد في بودابست سنة ١٩٩٩ فإنه يشترط لقبول مبدأ شهادة الشهود المجهولين في الجرائم الخطيرة، ومنها الجريمة المنظمة، واتساقها مع احترام حقوق الدفاع، ضرورة توافر عدة شروط أبرزها^(٢):

- ١ - وجود حالة من الخوف والاستعجال لحدوث أعمال انتقامية تبرر اللجوء إلى تجهيل الشهود.
- ٢ - يجب أن يكون القاضي وحده على علم بشخصية الشاهد، وهو الذي يقوم بفحص أقواله والتحقق من مدى صحتها ومدى إمكانية قناعته بها.
- ٣ - يجب أن يتاح للمدافع عن المتهم أن يستجوب الشاهد المجهول بطريقة ما، ويشارك في اختبار صحة أقواله.

= جنائية مصري)، وبالنسبة لإجراءات المحاكمة، فإنها تخضع لمجموعة من المبادئ: منها إلى جانب مبدأ اتخاذ الإجراءات في حضور الخصوم والذي يطلق عليه البعض تعبير "مبدأ المواجهة"، العلانية، والشفوية، والتدوين، ومن الإجراءات التي تحكم تأدية الشهادة، أن يطلب القاضي من كل شاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم، وتدوين هذه البيانات، وشهادة الشهود بغير كشط أو تحشير (م١١٣، م٢٧٨ إجراءات جنائية مصري). ويسمع القاضي كل شاهد على انفراد، وله أن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالمتهم (م١١٢، م٢٧٨ إجراءات جنائية مصري). ولا بد أن تتم الشهادة - بعد حلف اليمين - شفاهةً، ولا يستعان للإدلاء بها بأوراق مكتوبة، وفي جلسة المحاكمة تسمع شهود الإثبات أولاً، ويكون توجيه الأسئلة لهم من النيابة العامة، ثم المتهم، ثم المسؤول عن الحقوق المدنية (م٢٧١/٢ إجراءات جنائية مصري)، وبعد ذلك يسمع شهود النفي، ويسألون بمعرفة المتهم أولاً، ثم بمعرفة المسؤول عن الحقوق المدنية، ثم بمعرفة النيابة العامة، ثم بمعرفة المجني عليه، ثم بمعرفة المدعي بالحقوق المدنية... (م٢٧٢ إجراءات جنائية مصري). انظر: لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص٢٣٩، هامش رقم (١).

(١) PRADEL (J.): Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, op. cit, P.663.

(٢) Résolutions adoptées lors du XVIème congrès international de droit pénal, op cit, P.878.

(٣) MARON (A.): La lutte contre la délinquance organisée, op. cit, P.888.

٤ - لا يجوز أن يصدر حكم الإدانة على أساس شهادة الشاهد المجهل فقط، بل يجب أن تدعم شهادته بأسباب أخرى للحكم الصادر بالإدانة^(١).

رابعاً - مبدأ الشهادة المجهولة في بعض التشريعات المقارنة:

اتجهت بعض التشريعات المقارنة إلى الأخذ بنظام تجهيل شخصية الشاهد، ومن التشريعات المقارنة التي تجيز للشاهد المعرض للخطر أن يخفي عنوانه القانون البولوني والقانون الفنلندي، بينما يجوز في ألمانيا للشاهد أن يذكر محل إقامته أثناء الإدلاء بالشهادة على عنوان العمل (م ٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية الألماني معدلة سنة ١٩٩٢). وفي السويد، لا يكشف عن عنوان الشاهد إلا إذا كان هناك ضرورة لذلك (م ٩ من الفصل ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية السويدي المعدل بقانون صدر سنة ١٩٩٤)^(٢). وفي القانون الفرنسي، يجوز للشاهد بناء على أمر النيابة العامة أو قاضي التحقيق أن يحدد محل إقامته على عنوان مركز الشرطة، كما أن رجل الشرطة نفسه أو مأمور الضبط القضائي يمكن أن يذكر كمحل إقامته، عنوان مقر عمله (م ٦٢-١، م ١٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي)^(٣).

(١) انظر: دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية، ص ١١٠، نقلاً عن: عقيد / د. محمد قاسم أسعد الردفاني: دور الشرطة في مكافحة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

(٢) انظر: قضية فنديش ضد النمسا وقضية كوستوفسكي ضد هولندا.
European Court of Human Rights, Kostovski v. The Netherlands, Judgement of 20 November 1989, Application No. 11451/85, Series A, No. 166; Windisch v. Austria, Judgement of 27 September 1990, Application No. 12489/86, Series A, No. 186; Lüdi v. Switzerland, Judgement of 15 June 1992, Application No. 12433/86, Series A, No. 238; and Doorson v. The Netherlands, Judgement of 26 March 1996, Application No. 20524/92, Reports 1996-II.

(٣) استقر قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن الحفاظ على إغفال هوية الشاهد لا يستتبع إخلالاً بأحكام المادة ٦ (الحق في محاكمة منصفة) من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحرّيات الأساسية، إذا ما كانت الأعباء المكبلة التي يتحملها الدفاع في عمله المجهد توازنها بقدر كاف الإجراءات التي تتبناها السلطات القضائية (مثلاً استجواب الشاهد المغفل الهوية، بحضور محامي الدفاع، من قبل قاضي التحقيق الذي يكون على علم بهوية الشاهد، حتى وإن لم يكن الدفاع كذلك). انظر:

Doorson v. The Netherlands, Judgement of 26 March 1996, Application No. 20524/92, Reports 1996-II, paras 72-73.

المطلب الثالث

استخدام التقنيات الحديثة في حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة أثناء مباشرة الإجراءات القضائية

تطالب الفقرة (١٨) من المادة (١٨) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الدول الأطراف باستخدام تشريعات داخلية تسمح بعقد جلسات استماع عن طريق الفيديو أو من خلال استخدام وسائل تكنولوجية أخرى، كالأجهزة والبرمجيات الخاصة بتمويه الصورة والصوت^(١)، لمنع كشف هوية الشاهد للمتهم والجمهور^(٢).

وقد أفرز التطور الحادث في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات تغييرات جذرية في كافة مناحي الحياة، وقد تأثر نظام العدالة الجنائية بهذه التقنيات أيضاً؛ حيث سعت العديد من التشريعات إلى توظيف هذه التقنيات الحديثة في مجال خدمة العدالة الجنائية، ومن أبرز هذه التقنيات تقنية الاتصال عن بعد (الاتصال المرئي المسموع) Video Conference أو الدوائر التليفزيونية المغلقة، وتسجيل الشهادات والإفادات عبر تقنية الفيديو، أو الشهادة عن طريق الهاتف، واستخدام السواتر لإخفاء الشاهد عن نظر المتهمين؛ حيث تستهدف الإجراءات السابقة توفير الحماية الأمنية والنفسية اللازمة للشهود والمتعاونين مع العدالة وتمكينهم من الإدلاء بشهادتهم، دون أن يترتب على ذلك تأثرهم بأجواء المحاكمة أو تعطيل مصالحهم، أو تعرضهم لخطر الجماعات الإجرامية المنظمة.

ولاشك أن استخدام مثل هذه التقنيات الحديثة يكفل حماية الشهود والمتعاونين مع العدالة، فضلاً عن تقليل تكلفة ومخاطر نقل المتهمين المحبوسين الذين تنطوي شخصياتهم على خطورة إجرامية كبيرة، وتفادي الاتصال بين هؤلاء المحبوسين والجماعات الإجرامية التي ينتمون إليها.

والقاعدة أن المحاكمة الجنائية تقوم على أساس مبدأ شفوية المرافعة والذي يتطلب ضرورة انعقاد جلسات المحاكمة في نطاق جغرافي واحد بحضور المتهم

(١) Résolutions adoptées lors du XVIème congrès international de droit pénal, op cit, P.878.

(٢) د. أحمد إبراهيم مصطفى: العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة وسبل المواجهة، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٨٣.

(٣) لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٢٣٩، ٢٤٠.

وغيره من أطراف الخصومة الجنائية والشهود، بحيث يتمكن كل منهم من سماع المناقشات والمشاركة في الإجراءات في مواجهة الطرف الآخر وأمام هيئة المحكمة بالجلسة، تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الأطراف^(١)، وفيما يلي أتناول أبرز التقنيات المستخدمة في حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة أثناء مباشرة الإجراءات القضائية، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تقنية الفيديو كونفرانس (الاتصال المرئي المسموع).

الفرع الثاني: استخدام جهاز الفيديو والسواتر.

الفرع الأول

تقنية الفيديو كونفرانس (الاتصال المرئي المسموع)

يقصد بهذه التقنية وسيلة للاتصال المرئي المسموع لاجتماع شخصين أو عدة أشخاص في أماكن مختلفة، سواء في داخل دولة واحدة أو بين عدة أشخاص في أماكن مختلفة، سواء في داخل دولة واحدة أو بين عدة دول، يستطيعون المشاركة في اجتماع بالمناقشة بصورة إيجابية وفعالة تمكن جميع الأطراف من رؤية الآخرين وسماعهم والحديث معهم في الوقت ذاته، سواء تعلق الأمر بجلسات التحكيم الدولية أو بإجراءات نظر قضية^(٢).

(١) PRADEL (J.): Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organise, op. cit, P.663.

(٢) يقصد بتقنيات تمويه الصورة والصوت، الوسائل التي يمكن استخدامها للحفاظ على سرية هوية الشاهد في الحالات التي يكون فيها كل من المتهم والشاهد على معرفة بالآخر، حيث تعمل هذه البرمجيات على تعديل بصمة الصوت للشاهد أو تشويش صورته بالصورة التي تصعب على المتهم اكتشاف هوية الشاهد.

(٣) نصت الفقرة (١٨) من المادة (١٨) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة على أنه: "عندما يتعين سماع أقوال شخص موجود في إقليم دولة طرف، بصفة شاهد أو خبير، أمام السلطات القضائية لدولة طرف أخرى، ويكون ذلك ممكناً ومتفقاً مع المبادئ الأساسية للقانون الداخلي، يجوز للدولة الطرف الأولى أن تسمح، بناء على طلب الدولة الأخرى، بعقد جلسة استماع عن طريق الفيديو إذا لم يكن ممكناً أو مستصوباً مثول الشخص المعني بنفسه في إقليم الدولة الطرف الطالبة. ويجوز للدول الأطراف أن تتفق على أن تتولى إدارة جلسة الاستماع سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف الطالبة وأن تحضرها سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف متلقيّة الطلب".

ويمكن في إطار الإجراءات الجنائية سماع أقوال الشهود والخبراء، وفي بعض الأحيان المتهم عبر هذه التقنية، والتي يلزم لتطبيقها تجهيز قاعة المحكمة والأماكن المختلفة التي يوجد فيها الأطراف بكاميرات فيديو لنقل الصورة؛ حيث يظهر الأطراف المتواجدون في تلك الأماكن عبر شاشة أمام المحكمة، ويتعين تزويد قاعات الجلسات بشاشات العرض التي تظهر صورة الطرف أو الأطراف المشاركة عن بعد حال إدلائهم بأقوالهم شفهيًا، فضلاً عن تزويد تلك الأماكن بسماعات صوتية لنقل الحديث الشفهي للمتكم على قاعة الجلسة، وتوفير شبكة اتصالات بين هذه الأماكن ذات تقنية عالية لضمان استمرارية عرض الصورة وسماع الأقوال الشفهية بشكل منتظم ودون انقطاع، فضلاً عن وجود الأجهزة الإلكترونية المشغلة لهذا النظام.

وتتعدد أنماط تقنية الفيديو كونفرانس ما بين أربعة أنماط: (الأول) الاتصال المرئي المسموع من مكان واحد محدد لقاعة الجلسة، (والثاني) الاتصال المرئي المسموع الفردي بين أكثر من مكان وقاعة الجلسة، (والثالث) الاتصال المرئي المسموع الجماعي بين أكثر من مكان وقاعة الجلسة، (والرابع) الاتصال المرئي المسموع المستمر المتقدم بين قاعة المحكمة ومكانين فقط.

وقد أجاز الاتحاد الأوروبي في الاتفاقية الأوروبية الجديدة للمساعدة القضائية في المسائل الجنائية التي أقرها المجلس الأوروبي في ٣٠/١١/٢٠٠٠ استخدام تقنية الاتصال المرئي المسموع كوسيلة للتحقيق الجنائي عن بعد، في سماع إفادات الشهود والخبراء بين الدول المتعاقدة؛ حيث قصرت الاتفاقية اللجوء إليها عند الضرورة، فقد حظرت المادة (١٠/١) من الاتفاقية اللجوء إلى استخدام هذه التقنية لسماع شهادة الشاهد أو إفادة الخبير عن بعد إلا في الحالات التي يثبت فيها عدم ملائمة انتقال الشاهد أو الخبير إلى الدولة الطالبة للمثول أمام سلطاتها القضائية، أو حال استحالة هذا الانتقال^(١).

ومن التشريعات المقارنة التي أخذت بتطبيق تقنية الفيديو كونفرانس في مجال سماع شهادة الشهود القانون الإيطالي والأمريكي والفرنسي والإنجليزي، حيث أخذ القانون الإيطالي بهذه التقنية بمقتضى المرسوم بقانون رقم (٣٠٦) لسنة ١٩٩٢،

(١) وفقاً للقواعد العادية التي تخضع لها الشهادة، يلتزم كل شخص دعي للحضور أمام جهة التحقيق الابتدائي أو المحكمة، بالحضور لتأدية الشهادة، بل ويجوز للسلطة المختصة أن تصدر أمراً بضبطه وإحضاره، ويعتبر الإخلال بهذا الواجب جريمة (م١١٧، م٢٧٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري).

والمعدل بالقانون رقم (٣٥٦) لسنة ١٩٩٢، والذي أجاز سماع إفادات الشهود والمتعاونين مع العدالة شفهيًا ضد عصابات المافيا من الأماكن السرية التي يتواجدون فيها، وقد تم التوسع في تطبيق هذه التقنية بمقتضى القانون رقم (١١) الصادر في ١٩٩٨/١/٧ بشأن قواعد المشاركة في الدعوى الجنائية عن بعد في الإجراءات الجنائية، والذي أجاز استخدام هذه التقنية في سماع أقوال المتهمين الخطرين أيضاً أثناء التحقيق أو المحاكمة معهم^(١).

بينما أصدرت إحدى وثلاثون ولاية أمريكية قوانين، أتاحت من خلالها إمكانية الاتصال بين قاعة المحكمة وأماكن أخرى لسماع شهادات أو أقوال الشهود، أو المجني عليهم شفهيًا عبر استخدام تقنية الاتصال المرئي المسموع^(٢)، كما قضت المحكمة العليا الأمريكية في أحد أحكامها أن مطلب المواجهة المباشرة بين المتهم والشاهد ليس حقاً مضموناً على إطلاقه، ومن الممكن استثنائه إن كان هناك ضرورة معينة في القضية، وأن إجراءات سماع أحد الشهود في مواجهة المتهم عبر استخدام وسيلة الاتصال السمعي المرئي يكون معه المتهم قد توافر له كافة الحقوق والضمانات القانونية^(٣).

أما القانون الفرنسي، فقد نصت المادة (٧٠٦ مكرر ٧) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والمعدلة بالقانون رقم (١٤٣٦) لسنة ٢٠٠٩ الصادر في ١١/٢٤/٢٠٠٩ على أن: "عندما تستدعي ظروف القضية أو التحقيق - ولقيام حالة ضرورة تقتضي استخدام تقنية الاتصال المرئي المسموع - يجوز سماع الشخص واستجوابه وكذلك مواجهته بأخرين باستخدام هذه التقنية - ويتم إعداد محضر (سمعي مرئي) لما تم من إجراءات".

بينما أخذ القانون الإنجليزي بتقنية الاتصال المرئي المسموع المباشر بين قاعة المحكمة وقاعة أخرى بمقتضى المادة (٣٢) من قانون العدالة الجنائية لعام ١٩٩٨ بهدف تيسير أداء الأطفال لشهادتهم؛ حيث يجيز هذا القانون وفقاً للمادة (٣٢) من قانون العدالة الجنائية البريطاني الصادر في ١٩٨٨ استعمال دائرة تليفزيونية مغلقة لنقل شهادة الشهود في حالة ما إذا كان الشاهد خارج أراضي المملكة المتحدة البريطانية، أو إذا كان الشاهد طفلاً، أو كان يجري استجوابه في إحدى الجرائم التي تنطوي على اعتداء بدني على الأشخاص أو إلحاق أذى به أو التهديد به وكان عمره

(١) د. عادل يحيى: التحقيق والمحاكمة الجنائي عن بعد، دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية الـ Video Conference، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٥.

(٢) د. عادل يحيى، المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

أقل من ١٦ سنة، أو إذا كان يجري استجوابه في جريمة تنطوي على استعمال قسوة وكان الطفل ذاته هو المجني عليه، أو كان يجري استجوابه في جريمة ارتكاب الفاحشة وكان الطفل ذاته هو المجني عليه^(١).

ولاشك في أن استخدام هذه التقنية يحقق العديد من الفوائد أبرزها معاونة القاضي في إجراءات المحاكمة الجنائية في حال ما إذا كان الشاهد موجوداً في خارج بريطانيا، فضلاً عن تجنب الطفل المجني عليه التعرض للإيذاء النفسي الذي ينتج عن دخوله قاعة المحكمة وما قد يجده من نظرات تهديد أو وعيد من قبل المتهم أو رؤيته، وتُمكن هذه التقنية المحكمة أيضاً من الحصول على شهادة الطفل التي قد يصعب الحصول عليها في حالة عدم قدرة الطفل على التعبير عن نفسه.

الفرع الثاني استخدام الفيديو والسواتر

أولاً - استخدام جهاز الفيديو:

أخذت بعض التشريعات المقارنة بنظام تسجيل شهادة الشهود على شرائط فيديو، دون أن يكون حاضراً في مكان الجلسة، ومن التشريعات المقارنة التي عرفت هذا النظام القانون البولوني (م ١٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية البولوني)، والقانون النمساوي (م ٢٤٧/أ من قانون الإجراءات الجنائية النمساوي)^(٢).

وفي بريطانيا، استحدث قانون العدالة الجنائية البريطاني رقم (١٩٩١) نظام استعمال الشهادة المسجلة مسبقاً بواسطة جهاز الفيديو، كبديل لاستجواب الطفل في قاعة المحكمة، ولاشك أن من شأن هذا الإجراء إعفاء الطفل من الحضور إلى المحكمة تماماً، عن طريق عقد لقاء بين الطفل وفريق مُدرّب مُكون من ضابط شرطة وأحد الأخصائيين الاجتماعيين؛ حيث يتم عرض شريط التسجيل المُتضمن لهذا اللقاء على

(١) لواء/ د. عبد الرحمن خلف وآخرون: التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٢) د. أحمد يوسف السولي: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(٣) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية كريج ضد ولاية ميريلاند؛ حيث طعن المذكور أمام المحكمة بعدم دستورية قانون حماية الطفل الشاهد في الولاية الذي يجيز للقاضي سماع شهادة الطفل الضحية من خلال دوائر تليفزيونية مغلقة دون دخول الطفل لقاعة المحكمة، مشار إليه د. أحمد يوسف السولي: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، مرجع سابق، ص ص ٢٤٠-٢٤٢.

المتهم بواسطة الشرطة، على أمل الحصول على اعتراف من المتهم، فإذا ما أنكر التهمة الموجهة إليه، وتم عقد باقي إجراءات المحاكمة، فإنه يتم عرض الشريط على القاضي لتقرير ما إذا يُمكن استعمال الشريط كشهادة بدلاً من الاستجواب أثناء المحاكمة.

وكان موضوع استخدام الشهادة المسجلة عن طريق الفيديو قد طرح من قبل اللجنة المشكلة لدراسة هذا الموضوع والتي عرفت باسم لجنة "بيجوت"، والتي اقترحت أن يتم عرض الشريط في غرف مُنفصلة على كل من القاضي والمتهم والطفل الشاهد والمُمثلين القانونيين، وفي هذه الحالة يستطيع المتهم إبداء ملاحظات بدون أن يراه الطفل.

وقد حظي هذا النظام بتأييد واسع النطاق، ليس فقط من منظمات رعاية الأطفال، ولكن أيضاً من نقابات المحامين لدى المحاكم الجنائية، وأيضاً من مجلس القضاة، وقد رحبت وزارة الداخلية البريطانية باقتراحات لجنة "بيجوت"، والتي أسفرت عن صدور القانون رقم (١٩٩١) الذي سمح باللقاءات المُسجلة عن طريق الفيديو، ويعدها بديلاً لعملية الإدلاء بالأقوال الأولية.

ومن الجدير بالذكر أن التوصية الأساسية لتقرير بيجوت والتي استهدفت إبعاد الطفل عن قاعة المحكمة نهائياً، لم تنفذ نظراً لاعتبارات قانونية تتعلق بحق المتهم في المواجهة من خلال شهادة الطفل عبر دائرة تليفزيونية مُغلقة. وتخضع شهادة الطفل عبر تسجيل سابق على شريط فيديو يخضع للمادة (٣٢ أ) من قانون العدالة الجنائية لعام ١٩٨٨، كما بينت المادة (٢٣ ج) من قواعد محكمة الجنايات الإجراءات المُسبقة لقبول تلك الشهادة والسلطة التقديرية للمحكمة، والشروط الواجب مُراعاتها عند أخذ الشهادة على شرائط الفيديو، بينما بينت المادة (٣٢ أ) من قانون العدالة الجنائية لسنة ١٩٨٨ الإجراءات التي يجب مُراعاتها أثناء المحاكمة والأثر القانوني لشرائط الفيديو، فاعتبرت الشهادة المُسجلة بواسطة جهاز الفيديو مثل الدليل الشفوي.

(١) يتم تطبيق هذه التقنية عن طريق السماح للطفل أن يؤدي الشهادة من خارج قاعة المحكمة؛ حيث يجلس إلى منضدة موضوع عليها جهاز تليفزيون وكاميرا فيديو تنقل الصورة والصوت وثلاث وحدات تصوير موضوعة بقاعة المحكمة وتوزع الوحدات الثلاث على القاضي والادعاء والدفاع كما توجد شاشة كبيرة لنقل صورة الطفل إلى المُحلفين والمتهم والجمهور، وباستخدام الشاشة إلى جواره تستطيع المحكمة أن ترى من يتحدث إليها.

(٢) PRADEL (J.): Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, R.I.D.P, 1998, P.664.

ثانياً - استخدام السواتر:

وجدت سوابق قضائية في القضاء الإنجليزي عن قبول المحكمة استخدام سواتر للحيلولة بين الطفل المجني عليه والمتهم أثناء مباشرة إجراءات المحاكمة؛ حيث كانت أول مرة عام ١٩١٩، حينما أمرت المحكمة في إحدى القضايا المتهم بالجلوس على السلالم الخارجية من قفص الاتهام بعيداً عن أنظار الشاهد وعند الاستئناف قُدر أن هذا الإجراء كان مُناسباً تماماً.

وفى قضية أخرى عام ١٩٩٠ سمح القاضي الذي نظر الدعوى الجنائية بوضع ساتر في قاعة المحكمة لمنع الأطفال الشهود من القدرة على رؤية الأشخاص الموجودين في قفص الاتهام، وكان القاضي قد تلقى بيانات حالة تُفيد أن الشهود غير قادرين على الكلام بالنسبة للوقائع إذا ما ووجهوا في المحكمة برؤية أولئك الأشخاص الذين سيؤدون الشهادة ضدهم، وقبل بداية المحاكمة بعشرة أيام جمع المُستشارين وطلب إبداء آرائهم بالنسبة لاستعمال سواتر، وتمت إقامة ساتر في موقع مُقترح بقاعة المحكمة بحيث تمكن المتهمون فقط من رؤية الشهود دون قيام الآخرين بمُشاهدتهم، واعترض محامي الدفاع على هذا الإجراء، إلا أن القاضي قرر وجوب استعمال الساتر، وعند بداية المحاكمة قرر القاضي للمُحلفين أن الغرض من الساتر هو منع الأطفال من الشعور بالخوف.

وفى أعقاب صدور حكم بالإدانة قام محامي المتهم بالاستئناف على الحكم والدفع بأن استعمال السواتر غير مُنصف؛ حيث إن وجود الساتر يوحي بأن المُحلفين قد تأثروا على نحو لا لزوم له، وتحاملوا ضد المُدعى عليهم برؤية الساتر هناك، وأن المُحلفين قد يرون بأن ثمة إيحاء أن الشخص المائل في قفص الاتهام قد خوف أو روع الشاهد الذي يزعم الإدلاء بشهادته على نحو ما، ولكن محكمة الاستئناف رفضت هذا الدفع وانتهت في الحكم في تلك القضية إلى نتيجة مؤداها أن ضرورة مُحاولَة ضمان أمن هؤلاء الأطفال بما يمكنهم من الإدلاء بالشهادة يفوق أي تحامل على المُدعى عليهم بسبب إقامة السواتر.

وفى عام ١٩٩٣ حكمت محكمة الاستئناف في إحدى القضايا بأنه من المسموح به استعمال ساتر أو أي وسيلة أخرى واقية في حالة أي شاهد إذا كان من المستحيل بغير ذلك إقامة العدالة، وأضافت أنه في حالة الشاهد البالغ لا يجب انتهاج هذا السبيل إلا في الحالات الاستثنائية جداً.

ولقد بينت محكمة الاستئناف في حكمها حال نظر الاستئناف في إحدى القضايا التي رفعت في أكتوبر عام ١٩٩٤ وكانت الشاهدة وهي ابنة من زواج سابق للمُدعى

عليه والشاكية في جريمة اغتصاب، كانت تبلغ من العمر ٢٠ عاماً وقد تبين أن استعمال سواتر حال أداء الشاهدة الشهادة من خلفها رغم كونها بالغة لا يلحق ضرراً بالمتهم، خاصة إذا كان الوضع يتعلق بشاكٍ في قضية اغتصاب أو في كل دعوى جنائية في جريمة جنسية.

المبحث الثالث

أوجه حماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في القانون المصري

لم يورد القانون المصري نصوصاً صريحة لحماية الأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة ومنها الشهود والمجني عليهم، اللهم إلا بعض نصوص قانون العقوبات لحماية الشهود في إطار الدعوى الجنائية وبعض نصوص قانون مكافحة الاتجار بالبشر الخاصة بحماية المجني عليهم والشهود، وفيما يلي أستعرض هذه النصوص في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أوجه حماية المجني عليهم والشهود في قانون العقوبات.

المطلب الثاني: أوجه حماية المجني عليهم والشهود في قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثالث: أوجه حماية المجني عليهم والشهود في مشروع قانون حماية الشهود والمبلغين والخبراء.

المطلب الأول

أوجه حماية الشهود والمجني عليهم في قانون العقوبات

أولاً - الحماية الجنائية للشهود والمجني عليهم كشهود في الدعوى الجنائية:

القاعدة أن قانون العقوبات يتضمن القواعد الجنائية الموضوعية التي تُقرر الحماية الجنائية للمصالح القانونية التي يحميها المشرع بالتجريم والعقاب، ولا خلاف في أن كل قاعدة جنائية موضوعية تُمثل في ذاتها حماية جنائية للمجني عليه صاحب المصلحة القانونية المحمية جنائياً، إلا أن قانون العقوبات المصري قد خص الشهود والمجني عليهم بصفاتهم شهوداً في الدعوى الجنائية بحماية جنائية خاصة لمنع التأثير على شهادتهم وما قد يترتب على ذلك من مساسٍ جسيمٍ بالعدالة، وتتمثل أبرز صور هذه الحماية الجنائية فيما يلي:

١ - جريمة إكراه الشهود: جرم المشرع المصري إكراه الشهود كإحدى صور إعاقه سير العدالة؛ حيث نصت المادة (٣٠٠) عقوبات مصري على أنه: "يعاقب كل من أكره شاهداً على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زوراً بمثل عقوبة شاهد الزور،

المنصوص عليها في المواد (٢٩٤-٢٩٧)^(١)، وفيما يلي أشير بإيجاز إلى أركان الجريمة، وذلك على النحو التالي:

أ - الركن المادي: يتمثل الركن المادي في وقوع الإكراه على الشاهد، وقد يتخذ الإكراه صورة الإكراه المادي باستعمال القوة أو العنف أو الإكراه المعنوي بطريق التهديد. وجريمة إكراه الشهود مُستقلة عن جريمة الشهادة الزور، وبالتالي فالشروع في جريمة إكراه الشهود مُعاقب عليه متى لم ينتج الإكراه أثره في منع الشاهد من أداء الشهادة أو في حمله إلى أداء الشهادة زوراً، إلا أنه بطبيعة الحال لا يُعاقب على الشروع إلا حيث تكون الجريمة التامة جنائية.

ب - الركن المعنوي: يتحقق الركن المعنوي للجريمة بتوافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، وهذا يعني أن يعلم مرتكب الإكراه أن من يمارس عليه الإكراه هو شاهد في دعوى مثارة لدى سلطات التحقيق أو منظورة لدى المحاكم، كما يجب أن تتجه إرادته إلى قصد منع الشاهد من أداء الشهادة أو في حمله على أداء الشهادة زوراً^(٢).

ج - العقوبة: ساوى المشرع الجنائي في المادة (٣٠٠) عقوبات بين عقوبة جريمة إكراه الشهود وجريمة الشهادة الزور، إلا أنه قرر في المادة السابقة الإشارة إليها أن عقوبة من أكره شاهداً على عدم الشهادة أو على الشهادة زوراً هي ذاتها عقوبة شاهد الزور بحسب الأحوال المُقررة في المواد (٢٩٤ - ٢٩٧) عقوبات.

٢ - جريمة إغراء الشاهد بالعطايا والوعود: نصت المادة (٢٩٨) عقوبات على تجريم إغراء الشاهد بالعطايا والوعود بأن نصت على أنه: "إذا قبل من شهد زوراً في

(١) من التشريعات المقارنة التي جرمت إكراه الشهود القانون الفرنسي، حيث نصت المادة ٤٣٤ / ١٥ من قانون العقوبات الفرنسي المعدل في ١٩ / ٩ / ٢٠٠٠ على أن: "كل من يحاول الضغط على الشهود بترغيبهم أو ترهيبهم، سواء بالإكراه أو التخويف أو الترويع أو التهديد بالانتقام، لحملهم على الامتناع عن أداء الشهادة بصورة مطلقة أو إخفاء ما لديهم من معلومات تفيد في كشف الحقيقة ولو لم تؤد هذه الأفعال إلى النتيجة التي أرادها يعاقب بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو الغرامة التي تصل إلى ٤٥ ألف يورو"، كما نصت المادة (٥ / ٤٣٤) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٢ في شأن إكراه المجني عليهم، على أنه: "كل من حاول تهديد أو القيام بأي عمل من أعمال التهديد لحمل المجني عليه في جنائية أو جنحة على عدم تقديم شكوى أو متابعتها أمام القضاء يعاقب عليها بالسجن ثلاث سنوات أو بغرامة قدرها ٤٥ ألف يورو".

(٢) عميد / د. عادل حسن وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٠١.

دعوى جنائية أو مدنية عطية أو وعداً بشيء ما يُحكم عليه هو والمُعطي أو من وعد بالعقوبات المقررة للرشوة أو للشهادة الزور إن كانت هذه أشد من عقوبات الرشوة. وإذا كان الشاهد طبيباً أو جراحاً أو قابلاً وطلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً وعطية لأداء الشهادة زوراً بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة من وقعت منه الشهادة بذلك نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يُعاقب بالعقوبات المقررة في باب الرشوة أو في باب شهادة الزور أيهما أشد، ويُعاقب الراشي والوسيط بالعقوبة المقررة للمرتشي أيضاً".

وتقوم جريمة إغراء الشاهد بالعطايا والوعود على ركنين: ركن مادي، وآخر معنوي، وذلك على الترتيب التالي:

أ - **الركن المادي:** يتمثل الركن المادي في سلوك - إيجابي أو سلبي - يؤدي إلى نتيجة يؤتمها القانون، ويتمثل في هذه الجريمة، في فعل التقديم ممن له مصلحة في أداء الشهادة على غير الحقيقة لعطية إلى الشاهد أو الوعد بها، وذلك لحمله على الشهادة الزور. ويقصد بالعطية هنا، أية فائدة يمكن أن يحصل عليها الشاهد لنفسه أو لغيره، وتستوي أن تكون هذه الفائدة مادية أو معنوية، كما تستوي أن تكون صريحة ظاهرة أو ضمنية مُستترة، ويجوز أن تكون غير مشروعة في ذاتها^(١)، وقد عبر الشارع المصري عن ذلك في المادة (١٠٧) من قانون العقوبات.

ب - **الركن المعنوي:** جريمة إغراء الشهود جريمة عمدية، يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فالعلم يجب أن يعلم الراشي بصفة من تُقدم إليه العطية، أو يعده بها كشاهد في دعوى جنائية أو مدنية، وأن يعلم أن الغرض من تقديمه للمُقابل، إنما هو ثمن للشهادة الزور التي يجب أن يؤديها بما يُحقق غرض الراشي، أما بالنسبة للإرادة، فيجب أن تتجه إرادة مُقدم العطية أو الواعد بها إلى حمل الشاهد على مُجانبة الحقيقة في شهادته^(٢).

ج - **العقوبة:** قررت المادة (٢٩٨) عقوبات مصري عقوبة الرشوة أو الشهادة الزور لمن أعطى أو وعد بالعطية إن كانت الأخيرة أشد، وبمقابلة نصوص الرشوة ونصوص الشهادة الزور، يمكن الوقوف على الحقائق التالية:

١ - عقوبة السجن المؤبد هي أقل عقوبة أصلية في جرائم الرشوة.

(١) لواء/ د. أحمد البدري: شرح موجز لبعض جرائم القسم الخاص من قانون العقوبات، بدون سنة نشر، ص ٣٨-٤٠.

(٢) عميد/ د. عادل حسن وآخرون: الحماية القانونية والأمنية للشهود، مرجع سابق، ص ١٠٢.

٢ - يتحقق مقصد الشارع بعبارة "إن كانت هذه الأخيرة أشد" في حالة واحدة هي، فيما لو ترتب على الشهادة الزور التي قبل فيها الشاهد عطية أو وعداً، الحكم بالإعدام على من أدبت بشأنه، وتم تنفيذ هذا الحكم؛ حيث تكون عقوبة شاهد الزور هي الإعدام.

٣ - يسري على الراشي الحكم نفسه المنفذ في حق المرتشي - بحسب الأحوال - بحكم المادة (١٠٧) مكرر من قانون العقوبات) بوصفه مساهماً ضرورياً في الجريمة، كما يسري الحكم ذاته على الوسيط - متى وجد - باعتباره مساهماً احتمالياً.

٣ - جريمة التأثير في الشهود عن طريق وسائل النشر: تناول الشارع المصري النص على هذه الجريمة في المادة (١٨٧) من قانون العقوبات، وذلك بتجريم نشر أية أمور من شأنها التأثير في الشهود الذين قد يطلبون لأداء الشهادة - سواء في التحقيق الابتدائي أو التحقيق النهائي (المحاكمة) - وذلك لمصلحة طرف في الدعوى أو التحقيق أو ضده؛ حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "يُعاقب بنفس العقوبات كل من نشر بإحدى الطرق المتقدم ذكرها أموراً من شأنها التأثير في القضاة الذين يناط بهم الفصل في دعوى مطروحة أمام أية جهة من جهات القضاء في البلاد أو في رجال القضاء أو النيابة أو غيرهم من الموظفين المكلفين بتحقيق أو التأثير في الشهود الذين قد يطلبون لأداء الشهادة في تلك الدعوى أو في ذلك التحقيق أو أموراً من شأنها منع شخص من الإفضاء بمعلومات لأولي الأمر أو التأثير في الرأي العام لمصلحة طرف في الدعوى أو التحقيق أو ضده".

أ - الركن المادي: يتحقق الركن المادي لجريمة التأثير عن طريق النشر، بنشر أمور من شأنها التأثير في الشهود، ويكون ذلك بوسائل متعددة، كالمنشورات أو المطبوعات أو مقالات الصحف، أو رسوم بالمجلات وغيرها، مما يكون له التأثير في الشهود الذين قد يطلبون لأداء الشهادة، في دعوى معينة مطروحة أمام القضاء، أو في تحقيق يجري بشأن مسألة ما.

ويأخذ النشر صوراً متعددة، فقد يكون نشرًا لوقائع عن اعتراف المتهم أو سوابقه، أو نشر التحقيقات الصحفية، أو نشر صورة المتهم قبل عرضه على الشهود، أو نشر وقائع التحقيق الابتدائي، فهذه أمور يجمعها التأثير في الشهود، وتقدير ما من شأنه التأثير في الشهود من عدمه، يخضع لمحاكمة الموضوع، فهي الأقدر على الحكم فيما إذا كانت الأمور المنشورة التي رفعت الدعوى بسببها، من حيث نوعها ولهجتها أن تحدث التأثير من عدمه^(١).

(١) المرجع السابق، ص ١٠٣.

ب) **الركن المعنوي:** جرائم التأثير عن طريق النشر من الجرائم العمدية، يشترط فيها القصد الجنائي، وهو قصد عام، ولا يشترط لقيامها في حق مرتكبها قصد خاص، وهذا واضح من صياغة المادة (١٨٧) عقوبات، والتي تشدد العقوبة في فقرتها الثانية متى توافر القصد الخاص، وهو على حد تعبير المادة قصد إحداث التأثير. وعنصر القصد الجنائي هما العلم والإرادة، فيجب أن تتجه الإرادة في هذه الجريمة إلى نشر أمور من شأنها التأثير في الشهود، كما تتجه إلى إذاعة هذه الأمور، وهو ما يُسميه الفقه الجنائي بقصد الإذاعة، أما عنصر العلم، فإنه يقتضى إلمام الجاني بعناصر الركن المادي للجريمة، فينبغي أن يعلم بأن هناك خصومة قائمة، وأن ما ينشره متعلق بها، وأن يعلم أيضاً، أن ما ينشره من شأنه التأثير المجرم، وأخيراً أن يعلم بعلانية العبارات المتضمنة لهذه الأمور.

ج) **العقوبة:** ميزت المادة (١٨٧) عقوبات بين عقوبة النشر متى لم يقصد به التأثير المنصوص عليه في فقرتها الثانية، وبين قصد التأثير، حيث أخضعت العقوبة، في الحالة الأولى، للقواعد الخاصة بالعقوبات للجرائم التي تقع بواسطة الصحف وغيرها، في حين أفردت للثانية عقوبة خاصة ورد النص عليها في فقرتها الثانية، وهى الحبس الذي لا تتجاوز مدته سنة، والغرامة التي لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثانياً - تعليمات النيابة العامة بشأن التعامل مع الشهود:

تضمنت التعليمات القضائية في المسائل الجنائية والموجهة لأعضاء النيابة العامة احترام الشهود وحُسن مُعاملتهم، حيث جاءت بالمادة (١٦٢) منها أنه: "يجب على المُحقق احترام الشاهد وحُسن مُعاملته وتفاذي توجيه أي تلميح أو تصريح إليه يفيد الاستهانة بشأنه حتى لا يصل إلى حالة من إنكار الشهادة تضار بها العدالة"^(١)، كما جاء بالمادة (١٦٣) من التعليمات نفسها أنه: "لا يجوز للمُحقق أن يظهر بمظهر المتشكك في أقوال الشهود بإبداء ملاحظات أو إشارات تبعث الخوف في نفوسهم وتعتقد ألسنتهم عن تقرير ما أزمعوا الإدلاء به من حقائق"^(٢).

(١) د. محمد أبو العلا عقيدة والمستشار/ وفيق مصطفى الدهشان: التطبيقات العملية في

الإجراءات الجنائية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٩، ص ١٨.

(٢) المرجع السابق، ص ١٩.

المطلب الثاني

أوجه حماية المجني عليهم والشهود في قانون مُكافحة الاتجار بالبشر

اهتم المشرع المصري - في إطار قانون مُكافحة الاتجار بالبشر- بأن يتضمن نصوصاً قانونية لحماية المجني عليهم في هذه الجرائم، وتتمثل أبرز صور هذه الحماية فيما يلي:

١ - وضع تعريف قانوني للمجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر:

وضع المشرع المصري تعريفاً للمجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر بأنه: "الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كان الضرر أو الخسارة ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"^(١)، وهو ما أشارت إليه أيضاً اللائحة التنفيذية للقانون في مادتها الأولى.

٢ - عدم الاعتداد برضاء المجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر:

أشار القانون المصري إلى عدم جواز الاعتداد بموافقة المجني عليه في جرائم الاتجار بالبشر، سواء أكان هذا الرضاء أو الموافقة سابقاً أم لاحقاً على الاتجار بالبشر، وسواء أكان المجني عليه بالغاً أم طفلاً، وهو ما يشير إلى عدم جواز الإقرار بمسؤوليته في حال استغلاله في صورة من صور الاتجار بالبشر، سواء أكان ذلك يرجع لصغر سنه (ما دون الثامنة عشر) أم بسبب الوسائل القسرية الواقعة عليه من قبل المتاجرين بالبشر، ونتيجة لذلك، فإن المشرع المصري يتطلب ضرورة استخدام وسيلة من الوسائل القسرية المنصوص عليها في المادة (٢) للقول بعدم الاعتداد برضاء المجني عليه، فتقع الجريمة ولو كان الفعل برضاء المجني عليه؛ شريطة أن يقترن الفعل بإحدى الوسائل القسرية المنصوص عليها، فإن وقعت الجريمة دون استخدام أي من تلك الوسائل، وكان الفعل برضاء المجني عليه، فلا تقوم جريمة الاتجار بالبشر، ومن ناحية ثانية نص المشرع المصري على عدم جواز الاعتداد برضاء الطفل أو برضاء المسؤول عنه أو متوليّه، ويرجع ذلك إلى ضعف الإرادة بالنسبة للطفل، وبالنسبة للمسؤول عنه فإنه قد يكون متواطئاً مع الغير في الاتجار بالطفل^(٢).

(١) انظر: المادة (٣/١) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(٢) د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص ٣١٢، ٣١٣.

٣ - عدم الاعتداد بمسؤولية المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر:

نص القانون المصري ولائحته التنفيذية على مبدأ عدم مسؤولية المجني عليه الجنائية أو المدنية عن جرائم الاتجار بالبشر؛ إذ نصت المادة (٢١) من هذا القانون على أنه: "لا يُعد المجني عليه مسؤولاً مسؤولية جنائية أو مدنية عن أي جريمة من جرائم الاتجار بالبشر متى نشأت أو ارتبطت مباشرة بكونه مجنياً عليه"، وهو ما أكدت عليه المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون^(١)، وعليه لا يجوز مساءلة المجني عليه جنائياً أو مدنياً في جرائم الاتجار بالبشر، أما إذا ارتكب الشخص أفعالاً أخرى لا ترتبط بالاتجار بالبشر، فإنه يُعاقب عليها بصفته فاعلاً للجريمة، كما في حالة المرأة التي تعتاد ممارسة البغاء بإرادتها دون أن يتم إجبارها على ممارسة الدعارة القسرية.

٤ - تجريم الإضرار بالمجني عليهم أو الشهود في جرائم الاتجار بالبشر:

نصت المادة (٩) من القانون المصري على تجريم كافة أفعال الإضرار بالمجني عليهم والشهود، وتتخذ صور الإضرار بالمجني عليهم والشهود عدة صور، تتمثل في الأفعال التالية:

- أ - الكشف عن هوية المجني عليهم أو الشهود بالشكل الذي يؤدي إلى تعريضهم للخطر أو الإضرار بهم، أو تسهيل اتصال الجناة بهم.
 - ب - إمداد المجني عليهم والشهود بمعلومات غير صحيحة عن حقوقهم القانونية بقصد الإضرار بهم.
 - ج - الإخلال بسلامة المجني عليهم والشهود البدنية أو النفسية أو العقلية.
- فالمشرع المصري حرص على تقرير حماية جنائية للمجني عليهم والشهود وتجريم الإضرار بهم من خلال المعاقبة على الإخلال بحقوقهم في الحرمة الشخصية من خلال كشف هويتهم وتعريضهم للخطر، وتجريم الإخلال بحقوقهم في التبصر بوضعهم القانوني وحقوقهم القانونية من خلال إمدادهم بمعلومات غير صحيحة عن

(١) نصت المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الاتجار بالبشر على أنه: "المجني عليه في جريمة الاتجار بالبشر لا يكون مسؤولاً مدنياً أو جنائياً عن أي جريمة أخرى يرتكبها تنفيذاً لاستغلاله في جريمة الاتجار بالبشر متى نشأت الجريمة الأخرى أو ارتبطت بكونه مجنياً عليه في جريمة الاتجار بالبشر".

حقوقهم، وأخيراً الإخلال بحقوقهم في السلامة الشخصية (البدينية - النفسية - العقلية)، وقد عاقب المشرع المصري على هذه الأفعال السابق الإشارة إليها بعقوبة السجن^(١).

٥ - تجريم إكراه الشهود أو إغرائهم في جرائم الاتجار بالبشر:

نص المشرع المصري على تجريم كافة الأفعال التي تؤدي إلى إكراه أو إغراء الشهود وإعاقة تحقيق العدالة وسير الإجراءات القضائية في جرائم الاتجار بالبشر، فقد نصت المادة (٧) من القانون المصري على أن: "يُعاقب بالسجن كل من استعمل القوة أو التهديد أو عرض عطية أو مزية من أي نوع أو وعد بشيء من ذلك لحمل شخص آخر علي الإدلاء بشهادة زور أو كتمان أمر من الأمور أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة في أية مرحلة من مراحل جمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في إجراءات تتعلق بارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"، وفيما يلي أتناول أركان هذه الجريمة على النحو التالي:

أ - **الركن المادي:** حدد المشرع المصري - على سبيل المثال - صوراً للسلوك الإجرامي، والتي من خلالها تتحقق الجريمة، ومنها حمل شخص على الإدلاء بشهادة زور أو كتمان أمر من الأمور أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة أثناء مباشرة مراحل الدعوى الجنائية المختلفة بما فيها مرحلة جمع الاستدلالات. وقد حدد المشرع المصري الوسائل التي يمكن من خلالها ارتكاب الجريمة والتي تتمثل في تعطيل الإجراءات القضائية من خلال استعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو عن طريق عرض عطية أو ميزة من أي نوع أو من خلال الوعد بشيء. ولم يقصر المشرع سلوك الجاني على مرحلة بعينها في الإجراءات الجنائية، وإنما يمتد التجريم ليشمل مراحل جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة.

ب - **الركن المعنوي:** يتمثل الركن المعنوي للجريمة - كما هو الحال في كافة الجرائم - في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، والذي يتمثل في العلم بماديات الجريمة واتجاه إرادة الجاني نحو تحقيقها، ويتحقق القصد الجنائي إذا كان الجاني يريد بفعله أن يرغم المجني عليه على الإدلاء بشهادة زور أو كتمان أمر من الأمور

(١) نصت المادة (٩) من قانون الاتجار بالبشر على أنه: "يُعاقب بالسجن كل من أقصَح أو كشف عن هوية المجني عليه أو الشاهد بما يعرضه للخطر، أو يصيبه بالضرر، أو سهل اتصال الجناة به، أو أمدّه بمعلومات غير صحيحة عن حقوقه القانونية بقصد الإضرار به أو الإخلال بسلامته البدنية أو النفسية أو العقلية".

أو الإدلاء بأقوال أو معلومات غير صحيحة، وكذا علم الجاني وقت ارتكاب الفعل سواء بالقوة أو التهديد أو عن طريق عرض عطية أو ميزة أو الوعد بشيء من شأنه التأثير على المجني عليه، وإرادة تحقيق هذا الأثر^(١). ولا عبرة للباعث على ارتكاب الجريمة سواء أكان شريفاً أم غير ذلك ما دام قد تحققت عناصر القصد الجنائي^(٢). فالقصد الجنائي يتحقق بإدراك الجاني لما يفعل مع علمه بشروطه، وتقدير توافر الركن المعنوي من شأن محكمة الموضوع التي لها مطلق الحرية في استظهاره من الوقائع المعروضة عليها، ولا يشترط أن يتحدث الحكم استقلالاً عن هذا القصد بل يكفي أن يكون مستفاداً منه^(٣).

ج - العقوبة: عاقب المشرع المصري على جريمة تعطيل سير العدالة في جرائم الاتجار بالبشر بعقوبة السجن (من ٣-١٥ سنة).

٦ - الضمانات والحقوق الإجرائية المقررة للمجني عليهم في القانون المصري:

تضمن القانون المصري ولائحته التنفيذية النص على العديد من الحقوق الإجرائية للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر في المواد أرقام (٢٢-٢٦) من مواد قانون الاتجار بالبشر، والمواد (٩ وما بعدها) من مواد اللائحة التنفيذية، وذلك على النحو التالي:

أ - الحق في الرعاية الصحية والاجتماعية: نصت المادة (٢٢) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر على أنه: "تكفل الدولة حماية المجني عليه، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لمساعدته ورعايته صحياً ونفسياً وتعليمياً واجتماعياً وإعادة تأهيله ودمجه في المجتمع في إطار من الحرية والكرامة الإنسانية، وكذلك عودته إلى وطنه على نحو سريع وآمن إذا كان أجنبياً أو من غير المقيمين إقامة دائمة في الدولة، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء".

ب - الحق في السلامة الجسدية والنفسية والمعنوية: نصت المادة (٢٣/أ) من القانون المصري على حق المجني عليه في السلامة الجسدية والنفسية والمعنوية. وقد نصت اللائحة التنفيذية للقانون في المادة (٩) منها على اختصاص وزارة الداخلية

(١) نقض جلسة ١٦/١٠/١٩٦٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٣، رقم ١٥٨، ص٦٣٧.

(٢) نقض جلسة ١/١٢/١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٢٠، ق٢٧٣، ص١٣٤٤.

(٣) د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص١٩٤.

بكفالة حماية وحراسة المجني عليه وتوفير السلامة الجسدية له، فضلاً عن اختصاص اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بكفالة حقوق المجني عليه ومنها الحق في سلامته الجسدية والنفسية والمعنوية بالتنسيق مع الوزارات والجهات المعنية. ويقصد بالسلامة الجسدية سلامة أعضائه الداخلية والخارجية من كافة صور الاعتداء أو الإكراه المادي كأفعال التعدي بالضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة^(١)، أما السلامة النفسية والمعنوية فتشمل سلامة الحالة الذهنية والنفسية من أية صورة من صور الاعتداء أو الإكراه المعنوي.

ج - الحق في صون حرمة الشخصية وهويته: أشارت المادة (٢٣) من القانون المصري إلى أهمية حماية المجني عليهم والعمل على التعرف عليهم وتصنيفهم والوقوف على هويتهم وجنسياتهم وأعمارهم لضمان إبعادهم من أيدي الجناة، وهو ما أكدته بعد ذلك الفقرة (ب) من المادة المذكورة والتي نصت على حق المجني عليه في صون حرمة الشخصية وهويته، وكذا المادتان (١١ و ١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون اللتان أشارتا إلى ضرورة مراعاة حق المجني عليه في صون حرمة الشخصية وهويته من قبل مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة والمحكمة المختصة فضلاً عن اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالأفراد^(٢).

د - الحق في المشاركة في الإجراءات: نصت المادة (٢٣/ج) من القانون المصري

(١) تضمن قانون العقوبات المصري نصوصاً لتجريم أفعال الضرب والجرح العمد باعتبارها من مواد الجرح في المواد أرقام ٢٣٦، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣ عقوبات، وجعل إعطاء المواد الضارة في حكم الضرب والجرح ٢٦٥ عقوبات، واعتبارها من مواد الجنايات في جرائم الضرب المفضي إلى موت ٢٣٦ عقوبات، والضرب المفضي لعاهة مستديمة ٢٤٠ عقوبات.

(٢) أشارت المادتان (١١ و ١٢) من اللائحة التنفيذية إلى أنه على إدارات البحث الجنائي والإدارة العامة لمباحث أمن الدولة (قطاع الأمن الوطني) وأقسام ومراكز الشرطة - أثناء قيامها بمهامها واختصاصاتها في جرائم الاتجار بالبشر- مراعاة ضرورة التعرف على هوية المجني عليه في تلك الجرائم وجنسيته وعمل تصنيف له، وذلك خلال مراحل جمع الاستدلالات أو التحقيق معه بهدف اتخاذ ما يلزم نحو ضمان إبعاده عن يد الجناة وحمايته منهم خلال تلك المراحل. كما تراعي ذلك أيضاً النيابة العامة والمحكمة المختصة بالفصل في جريمة الاتجار بالبشر والدعوى المرتبطة بها، خلال مراحل التحقيق القضائي أو المحاكمة ضماناً لتحقيق هدف الإبعاد المُشار إليه (م ١١ من اللائحة التنفيذية)، فضلاً عن اختصاص اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بكفالة حقوق المجني عليه ومنها الحق في صون حرمة الشخصية وهويته والعمل على تهيئة السكن اللائق له وخدمة التعليم والرعاية الواجب حصوله عليها (م ١٢/ب من اللائحة التنفيذية).

على حق المجني عليه في تبصرته بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية ذات الصلة، وحصوله على المعلومات المتعلقة بها، كما نصت المادة ذاتها بالفقرة (د) على حقه في الاستماع إليه، وأخذ آرائه ومصلحه بعين الاعتبار وذلك في كافة مراحل الإجراءات الجنائية، وبما لا يمس حقوق الدفاع، وهو ما أشارت إليه المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون^(١).

هـ - الحق في المساعدة القانونية: نصت المادة (٢٣/هـ) من القانون المصري والمادة (١٣) من لائحته التنفيذية على حق المجني عليه في المساعدة القانونية، وبصفة خاصة الحق في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، فإذا لم يكن قد اختار محامياً وجب على النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال أن تندب له محامياً، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجنائية بشأن ندب محام للمتهم.

و - الحق في عدم التأثير علي المجني عليهم والشهود: نصت المادة (٢٣/و) من القانون المصري على أنه: "وفي جميع الأحوال تتخذ المحكمة المختصة من الإجراءات ما يكفل توفير الحماية للمجني عليه والشهود وعدم التأثير عليهم، وما قد يقتضيه ذلك من عدم الإفصاح عن هويتهم، وذلك كله دون الإخلال بحق الدفاع وبمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم"، وهو ما أكدت عليه المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية للقانون^(٢)، فضلاً عن اختصاص اللجنة الوطنية التنسيقية

(١) أشارت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى أنه: "تتولى اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بالتنسيق مع الوزارات والجهات المعنية كفاءة الحقوق الآتية للمجني عليه: (ج) الحق في تبصرته بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية ذات الصلة، وحصوله على المعلومات المتعلقة بها خاصة ما يتعلق بحقوقه القانونية، علي أن يتم ذلك بلغة يمكن للمجني عليه فهمها، مع الأخذ بعين الاعتبار نوع وجنس المجني عليه واحتياجاته الشخصية خاصة الأطفال والنساء وعديمي الأهلية. (د) الحق في الاستماع إليه وأخذ آرائه ومصلحه بعين الاعتبار خلال مراحل الإجراءات الجنائية والقضائية التي تمر بها الجريمة وحتى الحكم النهائي البات فيها وبما لا يمس بحقوق الدفاع. وللجنة في سبيل تحقيق ذلك الاستعانة بأي جهة من الجهات داخل أو خارج مصر".

(٢) أشارت المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى أنه: "يتخذ رئيس المحكمة المختصة بنظر جريمة الاتجار بالبشر وبالدعاوي المرتبطة بها ما يلزم من إجراءات واحتياطات تكفل توفير الحماية للمجني عليه والشهود في تلك الجريمة عند سماع أقوالهم أو شهادتهم ولضمان عدم التأثير عليهم أثناء إجراءات المحاكمة، بما في ذلك تعيين الحراسة اللازمة عليهم وتواجدهم دائماً في أماكن معزولة عن الجناة ومن له صلة بهم، مع إمكانية تفضيل أن يتم ذلك في جلسات سرية بعيدة عن وسائل العلانية وبما يضمن عدم الإفصاح عن هوية المجني عليهم والشهود، وذلك كله مع عدم الإخلال بحق الدفاع وبمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم".

لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بما يلزم نحو تبصير المجني عليهم والشهود بالحقوق السالف الإشارة إليها (م ١٥ من اللائحة التنفيذية)، فالمُشرع الجنائي قرر حماية قانونية خاصة للمجني عليهم والشهود أثناء مُباشرة إجراءات المُحاكمة في جريمة الاتجار بالبشر بما لا يُخل بالمبادئ العامة للمُحاكمات الجنائية وحقوق المُتهمين في الدعوى الجنائية، ومنها حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم باعتبارها من أهم مبادئ المُحاكمة المُنصفة.

ز - حق الضحايا في الاستضافة اللائقة: نصت المادة (٢٤) من القانون المصري على أنه: "توفر الدولة أماكن مُناسبة لاستضافة المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر تكون مُنفصلة عن تلك المُخصصة للجناة، وبحيث تسمح باستقبالهم لنوبيهم ومُحاميتهم ومُمثلي السلطات المُختصة، وذلك كله بما لا يُخل بسائر الضمانات المُقررة في هذا الشأن في قانون الطفل أو أي قانون آخر"، لذلك اتجهت الحكومة المصرية إلى إنشاء دور لإيواء المجني عليهم، وهو ما أشارت إليه المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية للقانون^(١).

ح - رعاية وتعليم وتأهيل وتدريب المجني عليهم: نصت المادة (٢٦) من القانون المصري على أنه: "تقوم السلطات المُختصة بتوفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل للمجني عليهم المصريين سواء من خلال المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية"، وهو ما أشارت إليه المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية للقانون^(٢).

(١) أشارت المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى أنه: "تقوم الجهات المحلية في جميع المحافظات بالتنسيق مع وزارات الإسكان والمُجمعات العمرانية الجديدة والتضامن الاجتماعي والأسرة والسكان ومع اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بتوفير أماكن استضافة المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر، بشرط أن يتوفر في تلك الأماكن الموصفات الآتية: (١) أن تكون أماكن مُنفصلة ومعزولة تماماً عن الأماكن التي يتواجد فيها الجناة مُرتكبو جرائم الاتجار بالبشر. (٢) أن تسمح تلك الأماكن للمجني عليهم أن يستقبلوا ذويهم ومُحاميتهم ومُمثلي السلطات المُختصة. (٣) في حالة ما إذا كان المجني عليه طفلاً أو من عديمي الأهلية فيشترط بالإضافة إلى ما سبق أن تتم الاستضافة في المؤسسة الاجتماعية والتربوية التي تكفل توفير الرعاية الاجتماعية للأطفال أو في مؤسسة الرعاية الاجتماعية للأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية".

(٢) أشارت المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى أنه: "تتولى اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر ومن خلال صندوق مُساعدة ضحايا الاتجار بالبشر توفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل للمجني عليهم المصريين سواء من خلال المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية، والتعاون في إجراءات البُحوث مع عناصر المُجتمع المدني لمكافحة الاتجار بالبشر، وإنشاء خط ساخن لتلقي الشكاوى والعمل على حلها".

ط - حق المجني عليهم في الحصول على المساعدات المالية: نصت المادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه: "تتولى اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر بالتنسيق مع صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر تقديم المساعدات المالية للمجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر ممن لحقت بهم أضرار ناجمة عن تلك الجرائم، وأيضاً يتم التنسيق لتنظيم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم بمصادرتها من جهات قضائية والتي تؤول إلى الصندوق مباشرة".

المطلب الثالث

أوجه حماية المجني عليهم والشهود والخبراء في مشروع قانون حماية الشهود والمبلغين والخبراء^(١)

اهتم المشرع المصري بكفالة الحماية القانونية والأمنية اللازمة للأفراد الذين يقومون بمساعدة العدالة من الشهود والمبلغين والخبراء؛ حيث اعتبر مشروع القانون التبليغ عن الجرائم بشكل عام والإدلاء بالشهادة أمام جهات التحقيق المختلفة من ضمن الحقوق الأساسية للإنسان التي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، وذلك لمحاربة الفساد والجريمة، ونشر الفوضى في الشارع المصري وزعزعة الاستقرار.

وقد أوضحت الحكومة في المذكرة التفسيرية لمشروع القانون أن إقرار هذا القانون أصبح ضرورة في الوقت الحالي للكشف عن الجرائم والإدلاء بشهادة الشهود دون خوف من عواقب هذا التبليغ، وإعطاء كافة الضمانات لحماية المبلغين والشهود والخبراء من أية مخاطر أو تهديدات صريحة نتيجة إبلاغهم، وهو ما يتفق مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والمنظمة إليها مصر.

(١) هناك جانب من التشريعات المقارنة التي حرصت على تقرير نصوص خاصة بحماية الشهود، أذكر منها القانون الفرنسي الذي تضمن نصوصاً خاصة لحماية الشهود في المواد من (٥٧-٧٠٦ إلى ٦٣-٧٠٦) من قانون العقوبات الفرنسي، والذي تضمن تقرير حماية للشهود في جرائم الجنايات والجرح المعاقب عليها بعقوبة الحبس التي تزيد على ثلاث سنوات، بينما عملت بعض التشريعات المقارنة ومنها القانون المغربي على تقرير قانون خاص لحماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين رقم (١٠-٣٧) المعدل لقانون العقوبات المغربي (المسطرة الجنائية)، وذلك فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها، والتي تمتد لتشمل جرائم المساس بأمن الدولة والإرهاب وتكوين عصابات إجرامية، والقتل بالسهم والاختطاف وأخذ الرهائن والتزيف وتزوير النقود أو سندات القرض العام وجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية والأسلحة والمتفجرات.

ويحقق القانون في مجمله الحماية اللازمة للمبلغين والشهود والخبراء بما يشجع على الإبلاغ عن الجرائم بوجه عام، والإدلاء بالشهادة أمام جهات التحقيق دون خوف من تعقب المضرور من ذلك بإيذاء أو بطش بهم أو بذويهم، والاطمئنان على قدرة الجهة متلقيّة البلاغ من حمايتهم وذويهم بما يحقق في نهاية الأمر الحماية المطلوبة التي ستحقق مكافحة الفساد والجريمة. وقد تضمن مشروع القانون عشر مواد، وتتمثل أبرز ملامحه فيما يلي:

١ - كفالة الدولة لحماية الشهود والمبلغين والخبراء وذويهم والمكلفين برعايتهم؛ حيث نصت المادة الأولى من مشروع القانون على أنه: "تكفل الدولة الحماية اللازمة للشهود والمبلغين والخبراء المعرضين للخطر في الدعاوى التي تؤدي شهادة أو تقرير كل منهم فيها إلى الكشف عن جريمة أو أدلتها أو أي من مرتكبيها. وتشمل الحماية ذوي الشهود والمبلغين والخبراء والمكلفين برعايتهم من الأقارب حتى الدرجة الثانية"، فمشروع القانون تضمن تقرير الحماية لطائفة محددة من الشهود والمبلغين والخبراء، وهم المعرضون للخطر أثناء مباشرة الإجراءات الجنائية ويكون تقدير ذلك للسلطة القضائية المختصة، ولا تقتصر الحماية على هؤلاء الأشخاص أنفسهم، وإنما تمتد أيضاً لذويهم من زوجاتهم وأصولهم وفروعهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة، وفي ذلك توفير حماية لهؤلاء الأشخاص على نطاق موسع.

٢ - التزام الدولة بتعويض الشهود والمبلغين والخبراء وذويهم في حال الاعتداء عليهم؛ حيث نصت المادة الثانية من مشروع القانون على أنه: "تلتزم الدولة بتعويض الشاهد أو المبلغ أو الخبير المشمول بالحماية متى التزم بهذه الحماية، وذلك في حالة التعرض للاعتداء، كما تلتزم الدولة بتعويض ورثته في حالة الوفاة، وذلك إذا كان الاعتداء أو الوفاة بسبب إدلائه بالشهادة أو الإبلاغ عن الجريمة أو أدلتها عن أي من الجناة أو إيداع تقريره عنها"، فالالتزام بالتعويض لا يقتصر على شخص المبلغ أو الشاهد أو الخبير، وإنما يمتد لورثته الشرعيين في حالة وفاته بسبب الإدلاء بالشهادة أو الإبلاغ عن الجريمة أو إيداع تقرير عنها.

٣ - إنشاء شرطة متخصصة لحماية الشهود والمبلغين والخبراء؛ حيث نصت المادة الثالثة من القانون على أنه: "تُنشأ إدارة بوزارة الداخلية تسمى "إدارة الحماية"، وتختص بحماية الشهود والمبلغين والخبراء المشمولين بهذه الحماية. ويصدر بتنظيم عمل الإدارة قرار من وزير الداخلية"، فمشروع القانون ألزم وزارة الداخلية بإنشاء إدارة أمنية متخصصة بمسمى "إدارة الحماية" لتختص بحماية الشهود

والمبلغين والخبراء وذويهم حتى الدرجة الرابعة المشمولين بالحماية القانونية، وهو ما يشير إلى توفير هذا المشروع للحماية الأمنية والقانونية لهؤلاء الأشخاص^(١).

٤ - تقرير سرية البيانات الخاصة بالشهود والمبلغين والخبراء وذويهم؛ حيث نصت المادة الرابعة من مشروع القانون على أنه: "تعتبر بيانات المشمول بالحماية سرية ولا يجوز الإفصاح عنها إلا في الأحوال المبينة بالقانون"، فمشروع القانون أقر مبدأ سرية البيانات الشخصية للأشخاص المشمولين بالحماية وقرر عقوبة جنائية محددة لمن يفشي هذه البيانات بالمادة (٩) من مشروع القانون، إلا أن المشروع قد أجاز الخروج عن هذا المبدأ في الأحوال التي أوردها بالقانون.

٥ - إجراءات الوضع تحت الحماية القانونية: نصت المادة الخامسة^(٢) من مشروع القانون على إجراءات الوضع تحت الحماية يكون الطلب بذلك إما من الشخص ذاته سواء أكان شاهداً أم مبلغاً أم خبيراً، وإما من الجهات الرسمية، وبالتالي يجوز أن تطلب الشرطة أو مأمور الضبط القضائي، وفي هذا الموضع تجدر الإشارة إلى أن الجهات الرسمية تشمل كافة الجهات التي لديها مأمورو ضبط قضائي كما هو وارد بالمادة (٢٣) إجراءات جنائية والتي تحدد الأشخاص المناط بهم صفة الضبطية القضائية، بل إن الأمر قد يمتد إلى جهات أخرى غير من يتوافر للعاملين فيها صفة الضبطية القضائية، لنص المشروع على عبارة "... أو أية جهة ذات شأن...".

ويقدم الطلب إلى النيابة العامة أو قاضي التحقيق، على أن تفحص جهة التحقيق

(١) هناك جانب من التشريعات المقارنة التي حرصت على وضع وسائل حماية مادية لحماية الشاهد، أنكر منها بولونيا والتي يمكن أن تفرض حراسة للشاهد بواسطة الشرطة، إلى جانب تغيير محل إقامته أو مقر عمله، بل وتغيير هويته، بينما يضيف القانون السوداني إليها إمكان أن يحمل الشاهد، كجهاز أمن، تليفوناً متحركاً يرتبط بالشرطة، وجهاز إنذار صوتي يستخدم في حالة التعرض لاعتداء.

PRADEL (J.): Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, op. cit, P.668.

(٢) نصت المادة (٥) من مشروع القانون على أنه "يطلب الشاهد أو المبلغ أو الخبير أو أية جهة ذات شأن من النيابة العامة أو قاضي التحقيق - على حسب الأحوال - وضعه تحت نظام الحماية، وتصدر جهة التحقيق قراراً قضائياً مسبباً بقبول أو رفض الطلب في خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه ويجوز التظلم من قرار الرفض أمام محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلانه بالقرار. تُعد النيابة العامة سجلاً تقيده فيه أسماء وبيانات المشمول بالحماية والإجراءات المتخذة بشأنه، وتخطر إدارة الحماية بالاسم والبيانات التي سيعرف بها المشمول بالحماية".

المختصة سواء أكانت النيابة العامة أم قاضي التحقيق هذا الطلب، وأن تصدر قراراً قضائياً مسبباً بقبول أو رفض الطلب في خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه، وإذا صدر قرار جهة التحقيق بالرفض، فإن هذا القرار يجوز التظلم منه أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلان صاحب الطلب بالقرار، وبعد ذلك تقوم النيابة العامة بقيد أسماء وبيانات المشمول بالحماية والإجراءات المتخذة بشأنه في سجل خاص بذلك، وتخطر إدارة الحماية بوزارة الداخلية بالاسم والبيانات التي سيعرف بها المشمول بالحماية.

٦ - إجراءات الحماية القانونية المقررة للشهود والمبلغين والخبراء: تضمنت المادة السادسة^(١) من مشروع القانون إجراءات الحماية القانونية المقررة للمشمولين بالحماية، والتي تشمل الإجراءات التالية:

أ - إخفاء البيانات الشخصية الحقيقية كلياً أو جزئياً والاحتفاظ بها في السجل المشار إليه في المادة الثالثة لدى النيابة العامة.

ب - تحديد رقم هاتف للتواصل بين الشخص محل الحماية وإدارة الحماية والنيابة العامة.

ج - عرض الشهادة أو الأقوال بالوسائط الإلكترونية أو غيرها مع إمكانية تغيير الصوت أو إخفاء ملامح الوجه.

د - وضع الحراسة على الشخص والمسكن.

هـ - التوصية لدى جهة العمل بنقل أو ندب.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المشروع أجاز للنيابة العامة أن تتخذ أي إجراء آخر من شأنه ضمان الحماية القانونية للأشخاص المشمولين بالحماية؛ حيث تضمن البند (٦) المادة (٦) النص على عبارة: "٦- أي إجراء آخر تقره النيابة العامة".

٧ - نطاق الحماية القانونية المقررة للشهود والمبلغين والخبراء: حددت المادة (٧) من

(١) نصت المادة (٦) من مشروع القانون على أنه: "تشمل الحماية إجراء أو أكثر من الإجراءات التالية: ١- إخفاء البيانات الشخصية الحقيقية كلياً أو جزئياً والاحتفاظ بها في السجل المشار إليه في المادة الثالثة. ٢- تحديد رقم هاتف للتواصل بين الشخص محل الحماية وإدارة الحماية والنيابة العامة. ٣- عرض الشهادة أو الأقوال بالوسائط الإلكترونية أو غيرها مع إمكانية تغيير الصوت أو إخفاء ملامح الوجه. ٤- وضع الحراسة على الشخص والمسكن. ٥- التوصية لدى جهة العمل بنقل أو ندب. ٦- أي إجراء آخر تقره النيابة العامة".

مشروع القانون النطاق الزمني المقرر للحماية القانونية للأشخاص المشمولين بالحماية؛ حيث نصت المادة المذكورة على أن تستمر إجراءات الحماية لحين الفصل في الدعاوى الجنائية بحكم بات؛ أي حكم نهائي لا يجوز الطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن سواء أكان بالطريق العادي عن طريق الاستئناف، أم بطريق غير عادي.

إلا أنه واستثناءً من ذلك أجاز القانون للنيابة العامة إنهاء الحماية القانونية قبل صدور الحكم البات، إذا ارتأت النيابة العامة إنهاؤها قبل ذلك، على أن يكون قرارها مسبباً في هذا الشأن، بينما أجاز القانون للنيابة العامة الخروج على هذه القاعدة ومد الحماية القانونية للأشخاص المشمولين بالحماية في حالة الضرورة بناء على طلب المشمول بالحماية، على أن يكون تقرير استمرار الحماية للمدة التي تراها النيابة العامة لازمة في هذا الشأن، ويجوز التظلم من قرار إنهاء الحماية القانونية أمام محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلان الشخص المشمول بالحماية بالقرار على النحو المبين بالمادة الثالثة من المشروع.

٨ - الكشف عن هوية الشهود أو المبلغين أو الخبراء: حددت المادة (٨) من مشروع القانون الأحوال التي يجوز فيها الكشف عن هوية الأشخاص المشمولين بالحماية؛ حيث حددت المادة المشار إليها أن الكشف عن الهوية لا يكون إلا للمحكمة فقط، على أن يكون ذلك بموافقة الشخص ذاته، ويكون للمحكمة الاستماع إليه مباشرة أو من خلال الوسائط الإلكترونية، أو غيرها في حضور باقي الخصوم، فإذا لم يقبل المشمول بالحماية الكشف عن هويته للمحكمة، فإن المحكمة تقدر ما أثبتته في أوراق الدعوى من أقوال أو تقارير.

٩ - جريمة إفشاء بيانات الأشخاص المشمولين بالحماية: نصت المادة التاسعة من مشروع القانون على معاقبة كل من أفشى البيانات المنصوص عليها في المادة الرابعة بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، ويتضح لنا من النص السابق أن جريمة إفشاء البيانات الخاصة بالأشخاص المشمولين بالحماية تتكون من ركنين:

أ - الركن المادي يتمثل في إفشاء بيانات، وعليه يتكون الركن المادي من عناصر ثلاثة: سلوك إجرامي، ونتيجة إجرامية، وعلاقة سببية بين السلوك والنتيجة، ويتكون السلوك الإجرامي في هذه الجريمة من عنصرين: الأول فعل الإفشاء، والثاني موضوع الإفشاء، وذلك على النوع التالي:

- **فعل الإفشاء:** يقصد به الإفشاء أو الإخبار ببيانات أو معلومات معينة إلى الغير بصفة كلية أو جزئية أيا كان قدر المعلومات التي تلقاها، وقد يكون الغير على علم سطحي بتلك البيانات ثم يتحول إلى علم قطعي فور الإفشاء إليه بها^(١)، ويستوي لدى القانون أن ينقل الجاني إلى الغير كل معلوماته أو يحجب عنه بعضاً منها، ولا يحفل القانون بالوسيلة التي تم بها الإفشاء فقد يكون ذلك علنياً أو غير علني، كما قد يحدث شفاهةً أو كتابةً أو بالإشارة^(٢)، كما لا يحفل بعدد من حصل الإفشاء إليه، فقد يكون شخصاً واحداً كالزوجة أو قريب أو صديق للجاني، كما قد يكون أشخاصاً عديدين، بل إن الإفشاء يكون متحققاً ولو كان إلى زميل في المهنة نفسها^(٣)، كما يستوي لدى القانون أن يكون الإفشاء صريحاً أو يكون ضمنياً^(٤).

- **موضوع الإفشاء:** يجب أن ينصب الإفشاء على البيانات المشمولة بالحماية القانونية وهي تشمل البيانات الشخصية التي تخص المبلغين أو الشهود أو الخبراء في قضية منظورة أمام الجهات القضائية، ويشترط في هذه البيانات أن يكون من شأنها التعرف على شخصية الشخص كاسمه وعنوانه أو رقم هاتفه... وخلافه، وكذا تدخل في نطاق الحماية القانونية البيانات الواردة في سجل النيابة العامة في هذا الشأن؛ شريطة أن يكون صاحب البيانات من الأشخاص المشمولين بالحماية القانونية بقرار من الجهة القضائية المختصة. ومن الجدير بالذكر أن القانون لم يتطلب في الجاني صفة خاصة، وبالتالي تقع الجريمة ولو ارتكبها أحد الأشخاص المتصلين بالقضية المنظورة أمام الجهات القضائية بحكم عمله أو أي شخص آخر اتصل علمه بهذه البيانات ولو لم يكن موظفاً عاماً، وهو ما أشارت إليه المادة (٩) بأن نصت على أنه: "كل من أفضى البيانات..."

ب - **الركن المعنوي:** جريمة إفشاء البيانات أو الكشف عن هوية المشمولين بالحماية جريمة عمدية، لا تقوم بالإهمال أو عدم الاحتياط، ويتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، ولو كان

(١) د. حسنين عبيد: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(٢) د. حامد راشد: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٠٦.

(٣) د. حسنين عبيد: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٤) د. حامد راشد: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

الإفشاء نتيجة خطأ- يسير أو جسيم صادر عن الجاني^(١)، والعنصر الأول في القصد الجنائي هو العلم بماديات الجريمة وأركانها، بأن يعلم أن من شأن فعله الإفشاء عن بيانات معينة إلى الغير، وأن هذه البيانات محمية بموجب القانون وأنها تخص شخصاً يعد شاهداً أو مبلغاً أو خبيراً في دعوى جنائية منظورة أمام الجهات القضائية، أما العنصر الثاني من عناصر الركن المعنوي فهو عنصر الإرادة الذي ينطوي على اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان السلوك الإجرامي وهو فعل الإفشاء على الرغم من علمه بطبيعة البيانات وخصوصيتها. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه لا عبء بالبواعث على الجريمة سواء أكان هذا الباعث مشروعاً أم غير مشروع.

ج - العقوبة: يعاقب مرتكب جريمة الكشف عن هوية الأشخاص المشمولين بالحماية بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه.

الخاتمة:

استعرضت خلال صفحات هذا البحث موضوع الحماية الجنائية للشهود والمجني عليهم والخبراء والمبلغين في المواثيق الدولية والقانون المصري، وهو موضوع في غاية الأهمية بالنظر لأهمية الدور الذي تلعبه تلك الفئات في إثبات الوقائع المطروحة أمام القضاء الجنائي، وقد استعرضت موضوع البحث في مطلب تمهيدي وثلاثة مباحث، تطرق المطلب التمهيدي لتعريف الجريمة المنظمة، ثم عرض المبحث الأول تعريف المجني عليهم والشهود والخبراء والمبلغين، وتناول المبحث الثاني أوجه الحماية المقررة للمجني عليهم والشهود والمتعاونين مع العدالة والخبراء على الصعيدين الدولي والإقليمي، ثم استعرضت في المبحث الثالث أوجه الحماية المقررة للفئات السالف الإشارة إليها والمبلغين في القانون المصري، وقد أسفر البحث عن مجموعة من النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

أولاً - النتائج:

تتمثل أبرز النتائج التي توصل إليها البحث فيما يلي:

- ١ - اهتمام المجتمع الدولي والمنظمات الدولية العالمية والإقليمية بمواجهة خطورة صور الجريمة المنظمة، ومن أبرزها تجارة المخدرات والأسلحة النارية والذخائر غير المرخصة، والاتجار بالبشر.

(١) د. حسنين عبيد: شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

- ٢ - حرص المجتمع الدولي على تقرير حماية قانونية للمجني عليهم والشهود والخبراء وبصفة خاصة في الجرائم الخطيرة كجرائم الإرهاب والجريمة المنظمة.
- ٣ - اتجاه العديد من الدول إلى اتخاذ إجراءات لحماية المجني عليهم والشهود والخبراء في القضايا الخطيرة، تتمثل في تطبيق برامج لحماية الشهود كما هو الوضع في الولايات المتحدة وألمانيا وكندا وأستراليا والبرازيل، بينما حرصت بعض الدول الأخرى على إصدار قوانين خاصة بحماية الشهود والمبلغين ومنها المشروع المصري.
- ٤ - عدم تطبيق برامج حماية الشهود في غالبية التشريعات العربية، على الرغم من انتشار تطبيقها في العديد من دول العالم.
- ٥ - تعدد وتباين إجراءات وتدابير حماية الشهود والمجني عليهم سواء أثناء المحاكمة القضائية عن طريق استخدام السواتر أو أنظمة الفيديو كونفرانس، أو عن طريق تسجيل الشهادة، أو خارج إطار المحاكمة القضائية لتشمل إجراءات إخفاء شخصية الشهود وذويهم عن طريق تغيير إثبات هوياتهم وتغيير محل إقامتهم وعملهم.

ثانياً - التوصيات:

تتمثل أبرز التوصيات التي انتهى إليها البحث فيما يلي:

- ١ - توجيه المشرع المصري بضرورة الإسراع في إصدار قانون حماية الشهود والمبلغين والخبراء.
- ٢ - دعوة المشرع المصري لتعديل نصوص قانون الإجراءات الجنائية المصري بالنص على اعتبار صفة الشاهد مُكلفاً بخدمة عامة، وأن تثبت له هذه الصفة من لحظة استدعائه لأداء الشهادة وحتى صدور حكم بات في موضوعها.
- ٣ - دعوة المشرع المصري للتوسع في توفير الحماية القانونية للشهود من خلال تعديل نصوص قانون العقوبات المصري بالنص على اعتبار صفة الشاهد ظرفاً مُشدداً في العقاب في بعض الجرائم متى كان الشاهد محلاً لها، وأذكر منها (جرائم القتل العمد - جرائم الضرب والجرح بأنواعه - جرائم القذف والسب والإهانة - جرائم الخطف متى وقعت عليه أو على أحد أصوله أو فروعه - جريمة التهديد) وغيرها من الجرائم التي يقدر المشرع ضرورة أن تكون صفة الشاهد فيها ظرفاً مُشدداً.

- ٤ - ضرورة إصدار قواعد قانونية أو لائحية تُنظم آليات توفير الحماية الأمنية للمجني عليهم والشهود في القضايا الجنائية.
- ٥ - استحداث كيان تنظيمي مُتخصص بحماية المجني عليهم والشهود بمسمى "إدارة حماية المجني عليهم والشهود"، تتبع الإدارة العامة لحقوق الإنسان بقطاع حقوق الإنسان والتواصل المجتمعي بوزارة الداخلية، وتضطلع الإدارة المذكورة بمهمة توفير الحماية الأمنية اللازمة للشهود والمجني عليهم في الجرائم الخطيرة وجرائم الرأي العام، أو تلك التي تتطلب توفير حماية خاصة للمجني عليهم والشهود، والتنسيق والتعاون مع الأجهزة الحكومية وغير الحكومية ذات الصلة.
- ٦ - ضرورة وضع خطة استراتيجية مُتكاملة المحاور لدعم وحماية ضحايا الجرائم، يشترك في إعدادها وتبنيها كافة الأجهزة الحكومية وغير الحكومية ذات الصلة بحماية ضحايا الجريمة كوزارات (الداخلية- التأمينات والشؤون الاجتماعية- الصحة- التربية والتعليم- الإعلام - التعليم العالي - القوى العاملة- وزارة الأوقاف) والأزهر الشريف والكنيسة المصرية ومُنظمات المُجتمع المدني ذات الصلة بحماية ضحايا الجريمة.
- ٧ - أهمية التنسيق بين وزارة الداخلية ومُنظمات المُجتمع المدني ذات الصلة بالوقاية من الجريمة وحماية حقوق الإنسان ورعاية ضحايا الجريمة كجمعية الوقاية من الجريمة والجمعية المصرية لرعاية ضحايا الجريمة وجمعية قرية الأمل، وتقديم الدعم الكامل لها من قبل أجهزة الوزارة المُختلفة بغرض التوسع في أنشطتها والخدمات المُجتمعية التي تقدمها للمجني عليهم.
- ٨ - التأكيد على أهمية دور الشرطة في حماية المجني عليهم في مرحلة ما قبل وقوع الجريمة من خلال الاستمرار في تقديم البرامج الإرشادية للمواطنين للتوعية الأمنية من وقوعهم كضحايا الجريمة، وفي مرحلة ما بعد وقوع الجريمة من خلال ضمان توفير الحماية الأمنية اللازمة والمُعاملة الحسنة للمجني عليهم والشهود في مرحلة جمع الاستدلالات أثناء تلقي البلاغ وسؤال المجني عليهم والشهود، وتمكينهم من الاتصال بنويعهم والاستعانة بمحام، فضلاً عن توفير الرعاية اللاحقة لهم من خلال توفير الحماية الأمنية اللازمة والدعم الاجتماعي والمالي والصحي والنفسي للضحايا والشهود.
- ٩ - النظر في استحداث مكاتب لمُساعدة المجني عليهم بأقسام ومراكز الشرطة، تختص بتقديم المُساعدة القانونية والمادية والصحية والنفسية والاجتماعية اللازمة لضحايا الجريمة وأسرهم.

- ١٠ - أهمية إعداد البحوث والدراسات والمُسوح الاجتماعية الميدانية ذات الصلة بموضوع مكافحة الجريمة والوقاية منها وتوفير الحماية القانونية والأمنية لضحايا الجريمة والشهود، بهدف التعرف على أبعاد وحجم المشكلات المُتصلة بها، وضمان تقديم المُساعدة القانونية والعملية للمجني عليهم والشهود.
- ١١ - النظر في الاستعانة بالتقنيات الحديثة لحماية الشهود أثناء مُباشرة الإجراءات القضائية كاستخدام الدوائر التليفزيونية، والشهادات المُسجلة على الفيديو واستخدام السواتر لإخفاء هوية الشهود أو المجني عليهم عن نظر المُتهمين ومُحاميتهم.

اندماج الشركات وفق قواعد حماية المنافسة في الاتحاد الأوروبي

الدكتور/ محمود فياض

أستاذ القانون المدني المساعد - كلية القانون

جامعة الشارقة

الأستاذ/ أسيد عواوده

باحث قانوني - رام الله

فلسطين

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان القواعد التي أقرها تشريع المفوضية الأوروبية للاندماج للعام (٢٠٠٤) لضبط قواعد اندماج الشركات التجارية بما يتماشى مع متطلبات ومعايير تحقيق المنافسة العادلة ومنع احتكار الأسواق. تهتم الدراسة في الأساس بدراسة نصوص تشريع الاندماج الأوروبي رقم (٢٠٠٤/١٣٩)، القرارات الصادرة عن مفوضية شؤون المنافسة والأحكام الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية في هذا المجال. تبدأ الدراسة ببيان السياسة العامة للمشرع الأوروبي في مجال تنظيم المنافسة بشكل عام، ومن ثم تنتقل للبحث في تعريف الاندماج ونطاق تطبيق تشريع الاندماج لتنتهي ببيان معايير تحديد مشروعية اندماج الشركات التجارية ومدى توافقها مع متطلبات تنافسية السوق على المستوى الاتحادي. خلصت الدراسة إلى أن الحظر لا يرد على فعل الاندماج في حد ذاته، بل يرد على الحالة التي تحتكر فيها الشركات المندمجة للسوق الاتحادية أو الوطنية وتتغسف في مركزها القانوني لدى تعاملها في السوق على نحو يخالف معايير ومتطلبات المنافسة العادلة.

المقدمة

أدرك المشرع العربي في السنوات العشر الماضية أهمية تنظيم السوق على نحو يكفل تنافسية العمل بين المستثمرين والتجار لخدمة أهداف الاقتصاد الوطني وحماية حقوق ومصالح المستهلكين. لذا؛ اهتم المشرع العربي بتنظيم هذا القطاع الجوهري من قطاعات التجارة بقوانين حاکمة لممارسات التجار وناظمة لقواعد المنافسة فيما بينهم^(١).

(١) لعل تونس كانت سباقة في هذا المجال، بإصدارها القانون المتعلق بالمنافسة رقم (٦٤) لسنة (١٩٩٩)، تبعتها الأردن بقانون المنافسة رقم (٣٣) لسنة (٢٠٠٤)، ومن ثم مصر من خلال قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة (٢٠٠٥)، وكذلك الكويت بإصدار قانون بشأن حماية المنافسة رقم (١٠) لسنة (٢٠٠٧)، ومؤخراً في السودان من خلال قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة (٢٠٠٩)، وانتهاء بالعراق وإصدارها قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم (١٤) لسنة (٢٠١٠) إضافة إلى العديد من الدول العربية التي لا يسعنا ذكرها في هذا المجال.

ورغم هذا السعي، إلا أن تنظيم الاندماج - كغيره من باقي موضوعات المنافسة - من حيث كفاءته وشروطه وضوابطه كان يعوزه الكثير من التفصيل الضروري لتحقيق ما يرجى من تلك التشريعات^(٢)، ما يجعلنا نبحت في تجربة تشريعات مقارنة علنا نستفيد منها في واقعنا العربي المعاصر. هذا ما تستهدف إليه هذه الورقة البحثية المتواضعة من خلال البحث في تنظيم اندماج الشركات في النظام القانوني الأوروبي وكيف استطاع المشرع الأوروبي ضبط هذا التنظيم بما لا يتعارض مع شروط ومتطلبات تنافسية السوق لدول الاتحاد. يهدف الاتحاد الأوروبي من وراء تعزيز سياسته التجارية إلى مقاومة سياسة الانغلاق الاقتصادي لأعضائه وفتح السوق أمام البضائع والخدمات والأشخاص وتشجيع التكامل الاقتصادي بين الدول، بالإضافة إلى أنه ينعش الحركة التجارية الدولية ويتجاوز حدود العلاقات الوطنية الضيقة بأن يفتح أمامها آفاقاً واسعة ويشجع التنمية الوطنية، بل ويرقى بالصناعة الوطنية والمنتجات إلى مستوى رفيع لضمان المنافسة التجارية العالمية.

يقصد بالمنافسة في المجال التجاري التنافس المستمر بين مختلف الشركات على جزء من النشاط الاقتصادي بهدف الحصول على فوائد وامتيازات معينة، فالمنافسة تكون حرة عندما يمتلك جميع المنافسين نفس الفرص في الوصول إلى الأسواق، وتكون محدودة في ظل عدم المساواة بينهم. إن الجمع بين أنشطة شركات مختلفة قد يسمح لها بتطوير منتجات جديدة أكثر كفاءة، بالإضافة إلى خفض تكاليف الإنتاج أو التوزيع Through their increased efficiency, the market becomes

- (٢) على سبيل المثال، نصت المادة ٩ من قانون المنافسة الأردني رقم (٣٣/٢٠٠٤) على ما يلي:
- أ - يعتبر تركيزاً اقتصادياً لمقاصد هذا القانون كل عمل ينشأ عنه نقل كلي أو جزئي للملكية أو حقوق الانتفاع من ممتلكات أو حقوق أو أسهم أو حصص أو التزامات مؤسسة إلى مؤسسة أخرى من شأنه أن يمكن مؤسسة أو مجموعة مؤسسات من السيطرة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى.
- ب - يشترط لإتمام عمليات التركيز الاقتصادي، التي من شأنها التأثير على مستوى المنافسة في السوق كتحقيق أو تدعيم وضع مهيمن، الحصول على موافقة الوزير الخلية إذا تجاوزت الحصة الإجمالية للمؤسسة أو المؤسسات المعنية بعملية التركيز الاقتصادي (٤٠٪) من مجمل المعاملات في السوق.
- ج - على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يتوجب على الجهات المعنية بالترخيص لعمليات التركيز الاقتصادي في أي قطاع، قبل إصدار قرارها النهائي، الأخذ برأي الوزير خطياً عن مدى تأثير هذه العمليات على مستوى المنافسة في ذلك القطاع.
- د - على أي جهة أو هيئة إبلاغ الوزارة بما يصل إلى علمها من عمليات تركيز اقتصادي تخضع لأحكام الفقرة (ب) من هذه المادة.

more competitive and consumers benefit from higher-quality goods at fairer prices. من خلال زيادة كفاءة السوق، فإن هذا الشكل الجديد من الشركات يصبح أكثر قدرة على المنافسة ويخدم المستهلكين عن طريق ارتفاع جودة السلع. However, some mergers may reduce competition in a market, usually by creating or strengthening a dominant player. بيد أن بعض الاندماجات قد تقلل المنافسة في السوق وذلك عادة عن طريق تعزيز هيمنتها عليه. This is likely to harm consumers through higher prices, reduced choice or less innovation. وهو ما يؤدي إلى ضرر المستهلكين من خلال ارتفاع الأسعار وتقليل الخيارات أمامهم.

جاءت معاهدة التفعيل في الاتحاد الأوروبي (The Treaty of the Functioning in the European Union) ^(٣) للعام (٢٠٠٩) (TFEU) بقواعد قانونية عامة تنظم ممارسات التركيز الاقتصادي المغيرة للهيكلية السوقية. ورغم أن الاستحواذ (Acquisition) ^(٤) والمشاريع المشتركة (Joint Ventures) ^(٥) كانتا من هذه الوسائل، إلا أن تشريع المفوضية الأوروبية للاندماج (European Commission Merger Regulation) (ECMR) ^(٦) رقم (١٣٩) لعام (٢٠٠٤) (مشار إليه أدناه بتشريع الاندماج) قد أوجد

Treaty of Lisbon.

(٣)

(٤) يقصد بالاستحواذ في هذا السياق التحكم الواقع من شركة تجارية أو باتفاق بين عدة شركات على جزء فعال من شركة تجارية أخرى يمكن من ممارسة التأثير القاطع (Decisive Influence) على ممارسات هذه الأخيرة، سواء بتملك كامل أصولها أو تملك نسبة الأسهم الحاسمة للقرارات داخل الهيئة العامة للشركة المتحكم بها، مع بقاء الشخصية المعنوية لهذه الشركة. انظر:

Alina Kacsorowska, European Union Law (2 Oxon: Routledge 2011) 909.

(٥) تدل المشاريع المشتركة على الحالة التي تنشأ فيها نشاطات تجارية جديدة من اتفاق خاص بين شركتين تجاريتين أو أكثر، تكون السيطرة الفعلية فيها لأطراف هذا الاتفاق الخاص من خلال مجلس الإدارة أو حملة الأسهم (Shares) أو مالكي الأصول (Assets)، بما يخدم المصالح التجارية لأطراف ذلك الاتفاق مع بقاء شخصياتهم المعنوية كما كانت عليه قبل اتفاقهم. انظر:

Case COMP/M.1946 Bellsouth/SBC, 26 May 2000, para.6. Mentioned at Damian Chalmers et al, European Union Law: Text and Materials, Cambridge University Press, New York (2006) 1074.

(٦) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance).

اقترباً أكثر منهجية نحو ضبط قواعد المنافسة فيما يتعلق بالاندماج (Merger) بين الشركات التجارية. كما وضع الاتحاد الأوروبي دليل المعايير المثلى لكيفية التعامل مع طلبات الاندماج بين الشركات (Manual best practices on mergers).

يعرف الاندماج على أنه عقد بين شركتين أو أكثر، يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة وتنتقل كافة أصولها وخصومه إلى الشركة الدامجة، أو تنحل بمقتضاه شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتكوّنان شركة واحدة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، وتنتقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الجديدة. عادة ما تندمج الشركات لرغبتها في تقوية مركزها التنافسي في السوق، أو لتقليل الكلفة الإنتاجية للمشروع محل الاندماج، أو تعزيز القدرة على التجديد والابتكار في السلع والخدمات المقدمة بواسطتها. قد يؤدي هذا الأمر إلى هيمنة تلك الشركات على السوق ومن ثم تعسف مركزها الاقتصادي بما يعود بالضرر على الاقتصاد الوطني والمستهلكين على حد سواء. في المقابل، قد يستفيد الاقتصاد الوطني من هذه الاندماجات من خلال قلة تكاليف الإنتاج، زيادة الناتج الإجمالي لهذه المشروعات التجارية، توسع نشاطها التجاري ما يزيد معه عدد الأيدي العاملة، وأخيراً قدرتها على منافسة الشركات الأجنبية في السوق الوطنية والأسواق العالمية على حد سواء. للحفاظ على هذه الإيجابيات وتجنب سلبيات هذه الاندماجات، كان لابد من وجود تدخل تشريعي يقنن مثل هذه الممارسات.

تبحث هذه الدراسة في تحديد المعايير التي شرعها الاتحاد الأوروبي لضبط اندماج الشركات التجارية، ومدى ارتباط هذه المعايير بمبدأ الإبقاء على فعالية المنافسة التجارية، وضمان حق المستهلك بوجود خيار لكل سلعة يحتاجها. تبدأ هذه الدراسة بالبحث في السياسة التشريعية لاتفاقية الاتحاد الأوروبي في تنظيم تنافسية أسواق دول الاتحاد، وتنتقل في جزئها الثاني للحديث عن ماهية الاندماج وأنواعه وأثره على اقتصاد السوق. سيخصص المطلب الثالث من هذه الدراسة لبيان نطاق تطبيق تشريع الاندماج الأوروبي والمعايير التي أقرها الاتحاد الأوروبي للحكم بمشروعية الاندماج من عدمه، وتنتهي الدراسة أخيراً بذكر مبررات إجازة الاندماجات المتعارضة مع السوق في ظروف استثنائية؛ ومطلب رابع أخير حول الإجراءات المتبعة للفصل في طلبات الاندماج المقدمة للمفوضية الأوروبية.

المطلب الأول السياسة التشريعية لاتفاقية الاتحاد الأوروبي في تنظيم تنافسية أسواق دول الاتحاد

جاءت اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة في العام (١٩٥٧)^(٧) ومن بعدها اتفاقية الاتحاد الأوروبي في العام (١٩٩٣)^(٨) وما طرأ عليها من تعديلات في العام (٢٠٠٩)^(٩) لتضع ضمن أهدافها الحفاظ على تنافسية السوق الوطنية للدول الأعضاء، حيث نصت المادة الثالثة من اتفاقية الاتحاد الأوروبي على سلطة مؤسسات الاتحاد في وضع قواعد مناسبة للمنافسة بهدف تنظيم عمل أسواق دول الاتحاد من خلال^(١٠)؛ حظر المساعدات الحكومية متى أضرت بتنافسية السوق الوطنية، للتأكد من عدالة الظروف التي تعمل فيها المشاريع التجارية بين دول الاتحاد، وعدم التأثير على المشاريع التجارية المنافسة^(١١)؛ حظر اتفاق المشاريع التجارية على تقييد تنافسية السوق سواء أكانت هذه الاتفاقية أفقية أم عمودية (المادة ١٠١)^(١٢)؛ حظر إنشاء مراكز اقتصادية مسيطرة على السوق المحلية فيما يعرف باحتكار الأسواق (المادة ١٠٢)^(١٣)؛

Treaty establishing the European Economic Community. O.J. 25.3.1957. (٧)

Treaty on European Union - Maastricht Treaty. O.J. C 191, 29 July 1992. (٨)

Treaty of Lisbon (2007). (٩)

Article 3/1/g of the EC treaty. (١٠)

State aid or other State intervention that distorts competition is prohibited: this helps to ensure that competition between companies takes place on a level playing field, and also helps to protect the internal market and taxpayers' interests. Aid can be useful if targeted correctly and kept to a minimum, for example aid to improve the environment or support a strong SME sector. But some forms of aid are particularly harmful, particularly operating aid - where a government simply hands cash to a company to fund its day to day operations. Such operating aid does not create incentives for new investment or business models and is inefficient and harmful to competitors. (١١)

Agreements between companies (for example, cartels and market-sharing). (١٢)
Often, cartel cases start following a leniency application by a company admitting its wrong-doing in order to gain lenient treatment.

Article 102 prohibits abusive conduct by companies that have a dominant position on a market, for example forcing consumers to buy a bundle of products that could be sold separately or forcing competitors off the market by entering into exclusive arrangements. If a company has a market share of less than 40%, it is unlikely to be dominant. National competition authorities also apply Article 101 and 102 where they are well placed to do so, typically where the case is essentially national. (١٣)

تنظيم عمل المشاريع المملوكة للدولة في السوق الوطنية على نحو لا يؤثر سلباً على تنافسية هذه السوق (المادة ١٠٦)؛ وأخيراً تنظيم اندماج الشركات والمؤسسات التجارية بقواعد تنظم عدم التأثير على تنافسية السوق المحلية. تهدف جميع هذه الإجراءات إلى الوصول إلى حالة من السوق الواحدة أو السوق المشتركة (The internal market) بين دول الاتحاد الأوروبي على نحو يضمن حرية انتقال السلع والخدمات والأفراد بحرية مطلقة بين دول الاتحاد^(١٤)، وتأمين نزاهة وعدالة المعاملات الاقتصادية من خلال توحيد ظروف عمل المشاريع التجارية بين جميع دول الاتحاد. حملت هذه الإجراءات في طياتها أهدافاً اقتصادية عامة تم الوصول إليها من خلال اتباع سياسات تشريعية محددة سلكها المشرع الأوروبي. ستكون هذه الأهداف والسياسات مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

الفرع الأول أهداف قواعد المنافسة

تهدف قواعد المنافسة إلى تنمية عجلة الاقتصاد الوطني وزيادة حجم الإنتاج المحلي (Gross national product) من خلال تشجيع المشاريع التجارية على زيادة معدلات إنتاجها والتوسع في نشاطها التجاري، كما أنها تهدف إلى تأمين مصالح المستهلكين وصغار التجار من خلال تنافس المنتجين والموردين فيما بينهم للحصول على رضا المستهلك وإشباع حاجاته ورغباته، إضافة إلى تشجيع صغار التجار على تنمية مواردهم ومشاركتهم في اتخاذ القرار على المستوى الاقتصادي الوطني^(١٥).

(١٤) The Merger regulation prohibits mergers or acquisitions that would significantly reduce competition. Most cross border transactions must be notified to the Commission before they are implemented. If the Commission finds the transaction would distort competition, it may stop the deal unless the company proposes remedies to solve the competition problem.

(١٥) لمزيد من التفاصيل، انظر: طارق البحيري، الاندماجات والاستحواذات في الاقتصاد العالمي وآثارها المحتملة على الاقتصاد المصري (٢٠٠٣) ٤-١٦ مجلة النهضة؛ عبد الرحمن اللتموني، اندماج الشركات الموجودة في حالة صعوبة (٢٠٠٥) ١٢ مجلة القصر، المغرب؛ حسن عمران، المنافسة والممارسات الاحتكارية بين المناخ التشريعي ومشاكل التطبيق (٢٠١١) المنظمة العربية للتنمية الإدارية؛ الغزالي، سياسيات التنظيم والمنافسة، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ٢٠٠٤؛ سامي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ الخاص لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة (دار النهضة: القاهرة ٢٠٠٥)؛ سعد حافظ، الاقتصاد السياسي للتركز والاحتكار الدمج والاستحواذ، ورقة عمل قدمت إلى ندوة الاندماجات والاستحواذات في =

ترتبط هذه الأهداف بالوصول إلى الحالة التي يجب أن تكون عليها السوق المحلية (How the market operates)، على نحو تحافظ فيه التشريعات الوطنية على تأمين متطلبات عمل نزيهة ومتكافئة بين المشاريع التجارية، بعيدة عن نمط الاحتكار والسيطرة التجارية. يتحقق هذا من خلال حظر احتكار السوق الوطنية وحظر إنشاء تكتلات اقتصادية تفرض هيمنتها على اقتصاد السوق، حيث سيساهم هذا الحظر في تشجيع المشروعات التجارية الكبيرة والصغيرة على تنمية مواردها وزيادة معدلات إنتاجها، بما يخدم أهداف الفرد والجماعة على حد سواء. يُعرف هذا الهدف بهدف "الحفاظ على كفاءة وفعالية السوق الوطنية"، ويُقاس معدل هذه الكفاءة بالعناصر الثلاثة التالية^(١٦):

- ١ - عنصر الثمن (Price Efficiency): ويشير إلى تداول البضائع والخدمات بأسعار تتقارب من تكلفة الإنتاج والتوزيع على نحو يجعل من هامش الربح معتدلاً، بما يشجع على زيادة معدلات الاستهلاك، وبالتالي زيادة معدلات الإنتاج؛
 - ٢ - عنصر الجودة (Technical Efficiency): يشير هذا العنصر إلى كفاءة وجودة مخرجات الإنتاج والتوزيع للمشاريع التجارية الوطنية، ومدى ملاءمتها لحاجات ورغبات الأسواق المحلية والدولية على حد سواء؛
 - ٣ - عنصر الابتكار (Innovation Efficiency): يشير هذا المعيار إلى قدرة المؤسسات التجارية الوطنية على تحديث وسائل إنتاجها وابتكار وسائل جديدة تساهم في تعزيز عنصرَي الجودة والثمن على حد سواء، من خلال تقليص نفقات الإنتاج وزيادة جودة المنتج في ذات الوقت.
- إضافة إلى ذلك، ستضمن تنافسية السوق منع وجود مراكز قوى اقتصادية في السوق الوطنية تفرض سلطانها وإرادتها على كل من صانع القرار والمواطن على حد

= الاقتصاد العالمي وآثارها المحتملة على الاقتصاد المصري (مركز دراسات الدول النامية: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية مصر ٢٠٠٣).

(١٦) Miguel de la Mano, For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control, Enterprise paper 11 (Enterprise Directorate- general, 2002), p 8; Mario Monti European Commissioner in charge of Competition Policy European Competition Policy: Quo Vadis? XX. International Forum on European Competition Policy Brussels, 10 April 2003, available at: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=-SPEECH/03/195&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> en visited on 5/7/2013.

سواء^(١٧). متى كانت السوق غير تنافسية، ستتمكن بعض الفئات من استئثار النشاط الاقتصادي لنفسها، وستتحكم بالتالي في الاقتصاد القومي، ولن تتوانى عن التعسف في استعمال نفوذها لبسط إرادتها على كل من المستهلكين وصغار التجار على حد سواء^(١٨). على صعيد المستهلك، لن يتمكن المستهلك من المفاضلة بين عروض عدة في السوق الواحدة، وسيكون أمام خيارين اثنين: إما الشراء أو عدم الشراء^(١٩). متى تعلقت السلعة موضوع البيع بضرورات استهلاكية للمواطن، سيكون هذا المستهلك مجبراً على الشراء دون مفاضلة مع عروض أخرى. في جميع الأحوال، سيفقد المستهلك حقه في المفاضلة والاختيار التي تعتبر أحد أهم ركائز سيادية حماية المستهلك. سيشجع هذا الأمر المحتكرين على زيادة أسعار تلك السلع رغبة منهم في جني أكبر عائد مالي ممكن. على صعيد صغار التجار، لن يختلف حالهم كثيراً عن واقع المستهلكين، وسيكون قرارهم بالشراء من موردين بعينهم إجبارياً لعدم وجود بدائل أخرى. علاوة على ذلك، لن يكون من السهل على هذه الفئة تنمية مواردها المالية بشكل يساعدها على منافسة كبار التجار لمحدودية خياراتهم ولشعورهم بالتبعية المطلقة لسياسات وخيارات كبار التجار، بالتالي سيجرمون من حقهم الطبيعي في المشاركة في صنع واتخاذ القرار على الصعيد الاقتصادي الوطني^(٢٠).

(١٧) أحمد الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل المنافسة التجارية (٦٢) مجلة القانون والاقتصاد.

(١٨) Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission on European Union Development Policy: 'The European Consensus', (2006/C 46/01), THE EUROPEAN CONSENSUS ON DEVELOPMENT, Official Journal of the European Union, C 46/1, 24.2.2006.

(١٩) D gerber, Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism Competition Law and the New Europe (1994) 42 American Journal of Comparative Law 69.

(٢٠) S Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law (2002) Common Market Law Review 269; S Grundmaan and F Ochmann, German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform (2007) European Review of contract law Journal 446; G Hadfield; R Howse and M Trrebilcock, information- based principles for rethinking consumer protection policy (1998) Journal of consumer policy 131.

الفرع الثاني

السياسة التشريعية للمشرع الأوروبي في قطاع المنافسة

تأميناً لتنافسية الأسواق الوطنية، انقسم خبراء الاقتصاد إلى فريقين عند تحديد شكل التنظيم القانوني الأمثل لتأمين متطلبات وشروط المنافسة العادلة وهما: (٢١) الفريق الأول وهو خبراء اقتصاد جامعة هارفارد وطالبوا بتدخل المشرع الوطني لحظر كافة أشكال الاحتكار والاتفاقيات الاقتصادية التي قد تنشأ بين المشاريع التجارية وتؤثر في مجملها على تنافسية السوق (Positive Approach). في المقابل، شكّل خبراء اقتصاد جامعة شيكاغو الفريق الثاني مطالبين بعدم ضرورة هذا التدخل التشريعي مع ضمان تأمين النفاذ إلى الأسواق لكافة المشاريع التجارية (Negative Approach).

استند الفريق الأول إلى ضرورة تدخل المشرع لحظر كافة الممارسات التجارية التي تتعارض مع روح ومضمون تنافسية السوق الوطنية، وبما يكفل منع الاحتكار، حظر الاتفاقيات العمودية والرأسية، وضمان توجيه المشاريع التجارية الحكومية بما يتماشى مع متطلبات السوق التنافسية (٢٢). نتحدث هنا عن صياغة المشرع الوطني لتشريعات وطنية مباشرة تحظر قيام التكتلات الاقتصادية التي قد تنفرد بنشاط اقتصادي ما في الدولة، ذلك فيما يعرف بقوانين منع الاحتكار (Antitrust Regulations)، وهو مصطلح مرادف لقوانين المنافسة ويستخدم في التشريعات الأمريكية (٢٣).

لم يرق توجه الفريق الأول للعديد من خبراء الاقتصاد في جامعة شيكاغو الأمريكية في سبعينيات القرن الماضي، حيث ادعوا بعدم ضرورة توجيه الاقتصاد الوطني نحو التنافسية من خلال تدخل تشريعي معين، حيث إن أداء السوق هو الكفيل بتأمين هذه التنافسية وليس التدخل التشريعي. يرى هؤلاء الخبراء الأمريكيون أن الاحتكار وإن كان سبباً لزيادة الأسعار وتقليص جودة المنتجات المعروضة، فسيقود هذا الأمر إلى نتيجة منطقية مفادها تدخل مشاريع تجارية أخرى لإرضاء احتياجات السوق رغبة منهم في منافسة هذه المشاريع الاحتكارية وضمان احتكار السوق لصالحهم (سعي المشاريع الجديدة إلى احتكار السوق من خلال منافسة المشاريع

Ibid.

(٢١)

D Oughton and C Willette, Quality Regulation in European Private Law (2002) (٢٢)
Journal of Consumer protection 303.

أحمد الملحم، مرجع سابق؛ لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي (دار النهضة: القاهرة ٢٠٠٥). (٢٣)

الأولى^(٢٤). بمعنى آخر، ستكفل رغبة مشاريع تجارية أخرى في جني الأرباح وإرضاء مصالح المستهلكين من تلقاء نفسها ودونما تدخل حكومي^(٢٥).

اختار صانع القرار الأوروبي النهج الأول (النهج الإيجابي) لتقرير سياسته التشريعية (توجيه السياسة التشريعية نحو تنظيم تنافسية السوق) لسببين^(٢٦) السبب الأول هو تأثر هذه السياسة بما هو قائم في ألمانيا الغربية في هذه الفترة التي اعتمدت على ذات النهج في تنظيم تنافسية سوقها المحلية. أما السبب الثاني فهو اختلاف الأنظمة القانونية لدول السوق ما بين نظام لاتيني وعام وألماني، إضافة إلى اختلاف ثقافات ولغات مواطني دول أوروبا الذي أدى إلى صعوبة الاعتماد على نهج التنظيم التلقائي للسوق للوصول إلى حد التنافس الذاتي، حيث أدرك المشرع الأوروبي في هذه الفترة اختلاف الواقع الأمريكي عن الواقع الأوروبي. وقد حدد صانع القرار الأوروبي معالم سياسته التشريعية في تنظيم تنافسية السوق بالتدخل المباشر في مراقبة العمليات السوقية على نحو حظر معه الإجراءات التالية:

- ١ - حظر الاتفاقيات التي تنشأ بين المشاريع التجارية سواء أكانت في شكل تكتلات اقتصادية أم اتفاقيات اقتسام وتوزيع للأسواق فيما بين المشاريع التجارية (اتفاقيات أفقية أو عمودية) (المادة ١٠١)^(٢٧).
- ٢ - حظر احتكار الأسواق الوطنية والهيمنة على قطاع اقتصادي معين فيما يعرف بالمركز المهيمن أو المسيطر (المادة ١٠٢). يعتبر المشروع التجاري مهيمناً على

(٢٤) For more details, see: M.Dabbah, The Internationalization of Antitrust Policy (5th Lexis Nexis Butterworths: London 2003) chapter 12; F Jenny, Competition Law and Policy: Global Governance Issues (2003) 26 world competition 609.

(٢٥) يرى هذا التوجه أن التدخل التشريعي ما هو إلا مظهر من مظاهر توجيه السوق وهو ما يتعارض مع متطلبات ومعايير اقتصاد السوق الحر. لتأمين مثل هذه الفرضية، يجب ألا تهتم التشريعات الوطنية بتنظيم قواعد المنافسة، بل عليها فقط ضمان عدم منع إنشاء مشاريع تجارية في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي (Negative Actions) وتسهيل توسع المشاريع التجارية من خلال منح حوافز تجارية لها (Positive Actions).

(٢٦) F Jenny, Competition Law and Policy: Global Governance Issues (2003) 26 world competition 611.

(٢٧) Agreements between companies (for example, cartels and market-sharing). Often, cartel cases start following a leniency application by a company admitting its wrong-doing in order to gain lenient treatment.

القطاع الاقتصادي محل البحث متى استحوذ على ما يزيد عن (٤٠٪) من نشاط السوق في هذا المنتج^(٢٨).

٣ - اندماج المشاريع التجارية واستحواذها على نشاط السوق في قطاع اقتصادي معين على نحو يؤثر على تنافسية السوق. تبعاً لذلك، تلتزم المشروعات التجارية بإعلام المفوضية بأية عمليات تجارية تتم عبر حدود الدول الأعضاء، للتأكد من عدم تأثيرها السلبي على تنافسية الأسواق بين دول الاتحاد^(٢٩).

٤ - حظر المساعدات الحكومية متى أضرت بتنافسية السوق الوطنية، للتأكد من عدالة الظروف التي تعمل فيها المشاريع التجارية بين دول الاتحاد، وعدم التأثير على المشروعات التجارية المنافسة^(٣٠).

في مجمل الأمر، كان لتطور مفهوم السوق الواحدة في نهاية سبعينيات القرن العشرين دور محوري في الحاجة إلى إيجاد سياسة أوروبية في مجال المنافسة واضحة المعالم، حيث اعتمدت هذه السياسة على بعض الأدوات التشريعية للخروج بها إلى أرض الواقع. سيرد البحث في هذا الجزء من الدراسة على بيان كيفية تطور مفهوم السوق الواحدة وماهية الأدوات التشريعية التي اعتمد عليها المشرع الأوروبي لتنفيذ سياساته التشريعية.

(٢٨) Article 102 prohibits abusive conduct by companies that have a dominant position on a market, for example forcing consumers to buy a bundle of products that could be sold separately or forcing competitors off the market by entering into exclusive arrangements. If a company has a market share of less than 40%, it is unlikely to be dominant. National competition authorities also apply Article 101 and 102 where they are well placed to do so, typically where the case is essentially national.

(٢٩) The Merger regulation prohibits mergers or acquisitions that would significantly reduce competition. Most cross border transactions must be notified to the Commission before they are implemented. If the Commission finds the transaction would distort competition, it may stop the deal unless the company proposes remedies to solve the competition problem.

(٣٠) State aid or other State intervention that distorts competition is prohibited: this helps to ensure that competition between companies takes place on a level playing field, and also helps to protect the internal market and taxpayers' interests. Aid can be useful if targeted correctly and kept to a minimum, for example aid to improve the environment or support a strong SME sector. But some forms of aid are particularly harmful, particularly operating aid - where a government simply hands cash to a company to fund its day to day operations. Such operating aid does not create incentives for new investment or business models and is inefficient and harmful to competitors.

المطلب الثاني

تعريف الاندماج ونطاق تطبيق حظره في الاتحاد الأوروبي

ما يلزم المشرع أثناء تنظيمه القانوني لأعمال الشركات التجارية هو سياسته العامة تجاه الاحتكار من جهة^(٣١)، وتشجيع المنافسة التجارية من جهة أخرى^(٣٢). ولما كانت العلاقة العكسية بين حجم الإنتاج وتكلفة المنتج علاقة راسخة في المعاملات التجارية، فإن الفاعلين التجاريين بتعدددهم، والشركات التجارية على وجه الخصوص، يسعون إلى تعزيز سيطرتهم على السوق السليعي لما ينتجونه، والتسابق نحو التوسع في نطاق الاستهلاك المرتبط بهم^(٣٣). إن التقاطع الكبير بين الأغايات العامة لكل من قانوني المنافسة وحماية المستهلك، وهو طرح الخيار البديل دائماً أمام هذا الأخير، يوجب على كليهما التأثير باتجاه منع الشركات التجارية من احتكار السوق أو الهيمنة عليها. يتمثل هذا التأثير في كبح الممارسات المؤدية لحدوث التركيز الاقتصادي داخل السوق الواحدة^(٣٤)، ولعل تجربة الاتحاد الأوروبي كانت الأغنى في هذا السياق، فالسوق المشتركة بين أعضائه بدأت بأخذ ملامح خاصة منذ التوقيع على الاتفاقية الأوروبية للصلب والفحم (European Convention on the Steel and Coal) عام (١٩٥١)^(٣٥) وحتى يومنا هذا بعد إنشاء الاتحاد الأوروبي في العام (١٩٩٣)،

(٣١) حول التصور الإسلامي عن الاحتكار انظر: إسماعيل كامل العيساوي، الاحتكار في الفقه الإسلامي (٢٠٠٤) ٤ كلية الشريعة - جامعة حضرموت ١٥٧.

(٣٢) أحمد عبد الرحيم الملحم، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت (١٩٩٥) ٣/١٩ مجلة الحقوق- جامعة الكويت ١٣.

(٣٣) فراس ملحم، نحو تأسيس هيئة المنافسة الوطنية الفلسطينية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، (فلسطين: رام الله ٢٠١٢)، ص ٣٣.

(٣٤) Alina Kacsorowska, European Union Law, (2 Oxon: Routledge 2011) p902.

(٣٥) The first Community organization was created in the aftermath of the Second World War when reconstructing the economy of the European continent and ensuring a lasting peace appeared necessary.

Thus the idea of pooling Franco-German coal and steel production came about and the European Coal and Steel Community (ECSC) was formed. This choice was not only economic but also political, as these two raw materials were the basis of the industry and power of the two countries. The underlying political objective was to strengthen Franco-German solidarity, banish the spectra of war and open the way to European integration. The French Foreign Minister, Robert Schuman, in his famous declaration of 9 May 1950, proposed that =

فصارت هذه التجربة حتى يومنا هذا التجربة الأكثر غناً بالخبرات الممكن توظيفها في تجارب أخرى أكثر حداثة. سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نبين فيه ماهية الاندماج؛ والفرع الثاني نبين فيه نطاق تطبيق تشريع الاندماج في الاتحاد الأوروبي^(٣٦).

الفرع الأول ماهية الاندماج

يعرف الاندماج على أنه العملية القانونية التي تجمع بين شركة واحدة وعدة شركات قائمة، كما يعرف على أنه التحام شركتين أو أكثر التحاماً يؤدي إلى زوالهما معاً وانتقال جميع أموالهما إلى شركة جديدة، أو زوال أحدهما فقط وانتقال جميع أموالها إلى الشركة الدامجة، أي أنه عملية تتضمن قيام شركة أو عدة شركات بنقل كافة موجوداتها إلى شركة أخرى قائمة، يزيد رأسمالها بمقدار هذه الموجودات، أو إلى شركة جديدة بحيث تتحمل الشركة الدامجة أو الجديدة كافة خصوم الشركة المندمجة وتؤول الأسهم أو الحصص الجديدة التي تمثل هذه الموجودات إلى الشركة المندمجة^(٣٧). والاندماج وفقاً لهذه التعريفات هو عقد بمعناه القانوني يبرم بين

= Franco-German coal and steel production be placed under a common High Authority within the framework of an organization in which other European countries could participate. France, Germany, Italy, Belgium, Luxembourg and the Netherlands accepted the challenge and began negotiating a treaty. This development went against the original wish of Jean Monnet, the senior French civil servant who had inspired the idea, whose original proposal had been for a simpler, more technocratic mechanism. However, the six founding States were not ready to accept a simple outline and agreed on around one hundred articles making up a complex whole. At last, the Treaty establishing the European Coal and Steel Community was signed in Paris on 18 April 1951 and entered into force on 23 July 1952, with a validity period limited to 50 years. The Treaty expired on 23 July 2002. The common market advocated by the Treaty opened on 10 February 1953 for coal, iron ore and scrap and on 1 May 1953 for steel. For more details, see the following link: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_en.html visited on 9/7/2013.

H. W. de jong, Concentration in the Common Market: a Comment on a Memorandum of the EEC commission, (1996) 67/ 4 Common Market Law Review Journal 166; Damian Chalmers et al, European Union Law: Text and Materials (Cambridge University Press New York 2006) 1070.

(٣٧) وقد عرف الاندماج أيضاً بأنه إفناء شركة أو أكثر في شركة أخرى، أو إفناء شركتين أو أكثر وقيام شركة بنقل أموال الشركات التي فنيت إليها، ويمكن أيضاً أن نعرف الاندماج بأنه عقد =

الشركات المكونة له على أساس زوال الشخصية المعنوية للشركات المندمجة، وكذلك انتقال أصول وخصوم الشركات المندمجة إلى الشركة الجديدة.

يجدر بنا بداية التمييز بين مفهومي اندماج الشركات وتجمع الشركات، حيث يشير مصطلح تجمع الشركات إلى حالة ارتباط عدة شركات متميزة بعلاقات بنوية مستمرة ناجمة عن الاشتراك في رأس المال مع احتفاظ كل شركة بشخصيتها القانونية المستقلة، وتنشأ هنا مجموعة شركات يكون لها نظامها الخاص في العمل واتخاذ القرارات، وينشأ ما يعرف بالوضع المسيطر الجماعي^(٣٨). بينما يشمل الاندماج حسب نص المادة (٣/١) من تشريع الاندماج الأوروبي لسنة (٢٠٠٤) نوعين أساسيين:^(٣٩) الأول هو اتحاد شركتين تجاريتين أو أكثر - في الكل أو الجزء - لكل منها شخصيتها المعنوية المستقلة عن الأخرى قبل الاتحاد، بما ينتج شركة جديدة ذات شخصية معنوية مستقلة بدورها عن سابقتها، وزوال الشخصية المعنوية للشركات الأولى، وهذا هو الاندماج بطريق المزج أو الاتحاد؛ والثاني هو انضمام شركة تجارية أو أكثر مع شركة تجارية أخرى مما يؤدي لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة المنضمة مع بقائها للشركة الضامة، وهذا هو الاندماج بطريق الضم^(٤٠). يعزى سبب هذه الخصوصية للاندماج - بصوره السابقة - لكونه الوسيلة الأكثر احتياجاً للتنظيم ووضع الضوابط الخاصة، ولما له من قدرة ذاتية على استغلال

= بين شركتين أو أكثر، يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة وتنقل كافة أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، أو تنحل بمقتضاء شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتكونان شركة واحدة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، وتنقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الجديدة.

(٣٨) حسين عبده الماحي، خطر إساءة استعمال الوضع المسيطر، منع الاحتكار التعسفي (٢٠٠٣) ٣٣ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن جامعة المنصورة ٢١٠.

(٣٩) This article provides that:
A concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from:

- (a) The merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings;
- (b) The acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.

(٤٠) Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ 2004 L24/1, Article 3. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1072.

العلاقة العكسية آنفة الذكر بين حجم الإنتاج وتكلفة المنتج، وذلك عندما شعرت الدول الأعضاء بأن السياسة الاقتصادية للسوق الأوروبية المشتركة تعاني بحق من نقص تشريعي حول الاندماج وفق قواعد حماية المنافسة التجارية في هذه السوق^(٤١).

هذا وقد حرص المشرع الأوروبي على الحفاظ على حالة التنافسية التي يجب أن تكون عليها أسواق دول الاتحاد بغض النظر عن العوائد المالية التي قد تجنيها شركات دول الاتحاد نتيجة اندماجها ببعضها البعض، ما جعله ينص على ولاية أحكام تشريع الاندماج على كافة أشكال الاندماج التي قد تتفق عليها الشركات التجارية^(٤٢). على هذا الأساس، تخضع صور الاندماج التالية لرقابة اختبار التنافسية:

١ - الاندماج الأفقي (Horizontal Merger): والذي يتم أساساً بين شركتين تعملان على نفس المستوى من مستويات تحويل المواد الخام إلى سلع قابلة للاستهلاك، في نطاق التنافس داخل سوق موحد، كاندماج شركتين لبيع الأجهزة الإلكترونية تشتركان في السوق السلعي بينهما^(٤٣). بالتالي، يرد هذا النوع من خلال تلاقي مشاريع تباشر نشاطاً مماثلاً أو متقارباً (مثل أعمال البنوك، الإنشاءات العقارية، النقل البحري والجوي...إلخ). وهنا نكون أمام حالة توسع أفقي بين مشاريع تجارية على ذات القدر من الأهمية التجارية والاقتصادية على المستوى المحلي أو حتى الدولي^(٤٤). يؤثر هذا النوع من الاندماج على ارتفاع الأسعار بشكل مباشر من خلال إنهاء حالة التنافس بين شركات متكافئة في السوق واتفقها على جني أكبر عائد من الأرباح لضمان عدم وجود بديل آخر للمستهلك في ذات السوق، حتى في الحالة التي قد يؤدي فيه هذا النوع من الاندماج إلى تقليل تكاليف الإنتاج ومن ثم تقليل سعر التكلفة والبيع قياساً بالحالة التي كانت عليها السوق قبل حدوثه؛ إلا أنه حتماً سيؤدي إلى احتكار السوق بواسطة الشركات المندمجة وتوجيهها من ثم بما يخدم مصالحها الاقتصادية فقط^(٤٥).

Alina Kacsorowska, ibid, p902.

(٤١)

ibid, p907.

(٤٢)

Merger that occurs when a concentration take place between undertakings which are competing in the same product market at that moment and at the same level of production/distribution.

(٤٣)

V. Verouden, C. Bengtsson, S. Albeak, 'The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: a Further Step toward Convergence' (2004) Antitrust Bulletin 243. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1100.

(٤٤)

Alina Kacsorowska, ibid, 907.

(٤٥)

٢ - الاندماج العمودي أو الرأسي (Vertical Merger): وهو الاندماج الذي يتم بين شركتين تعملان على مستويات متتالية من مستويات تحويل المواد الخام إلى سلع قابلة للاستهلاك^(٤٦)، ومثل ذلك هو الاندماج الحاصل بين شركة زراعية وشركة أخرى لتعليب الخضروات وتغليفها، أو شركة للقيام بأعمال التنقيب عن الذهب وشركة أخرى لصياغة المجوهرات، فكل من الشركتين تتاحقان في وظيفتهما نحو الوصول لسلعة تسلم مباشرة ليد المستهلك^(٤٧). على هذا الأساس، يكون الاندماج رأسياً بالنسبة لمشروعات تتكامل أنشطتها معاً وتختلف في مراحل الإنتاج والتصنيع (كصناعة هياكل السيارات، الإطارات، البطاريات واندماجها ضمن شركة تصنيع سيارات عامة)^(٤٨). تسعى هذه الشركات إلى تخفيض مقابل عقد الصفقات بصفة عامة والتكاليف الإجمالية للإنتاج بصفة خاصة، من خلال تنفيذ بعض عمليات الإنتاج أو التسويق تنفيذاً داخلياً. على الرغم من فائدة هذا الانخفاض في التكاليف، إلا أن هذا النوع من الاندماج قد يستخدم لإغلاق قنوات التوزيع أمام المنافسين الآخرين، أو لمنع وصول مدخلات الإنتاج إلى هؤلاء المنافسين ما يضر بالمنافسة في الأسواق^(٤٩). لا يؤدي هذا النوع من الاندماج بشكل مباشر إلى الحد من التنافس داخل السوق، بل يذهب أثره إلى صنع بيئة تجارية أكثر تشجيعاً لحدوث التواطؤ بين الفاعلين التجاريين داخل السوق. وهذا كنتيجة لانحسار مسار خطوط الإنتاج في خيارات أقل مما كانت عليه قبل حدوث هذا النوع من الاندماجات^(٥٠).

هذا وقد استفاد المشرع الأوروبي في هذا المجال من تجربة المشرع الأمريكي عندما نص في قانون (Celler Keefauber Act) في العام (١٩٥٠) صراحة على حظر الاندماج العمودي متى أدى إلى حدوث تشوهات في تنافسية السوق الوطني

(٤٦) Alina Kacsorowska, ibid, p 907.

(٤٧) Merger that refers to concentration between undertakings operating at different levels of the economy (for example, the merger between a manufacture and its supplier of raw materials).

(٤٨) حسين عبده الماحي، مرجع سابق ٢١١.

(٤٩) محمد إبراهيم أبو شادي، حماية المنافسة ومكافحة الاحتكار الاقتصاد المصري دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأمريكي (دار النهضة: مصر ٢٠٠٩) ١٥٥.

(٥٠) S. Bishop and M. Walker, the Economics of EC Competition Law (2nd London: Sweet and Maxwell 2002) para.7,61. Mentioned at Alina Kacsorowska, ibid, p907.

أو الإقليمي بعد أن كان الحظر مقتصرًا على الاندماج الأفقي فقط. عادة ما يؤدي الاندماج الرأسي إلى وضع عراقيل أمام دخول مشاريع جديدة إلى السوق التي تستحوذ المشاريع المندمجة على مركز مسيطر فيها، بالتالي لن يكون أمام المشاريع الجديدة إلا أحد خيارين: إما الانسحاب من السوق، وإما الدخول إليها بنشاطها والأنشطة الأخرى المتكاملة، وفي الحالة الثانية سيعمل المشروع المندمج على إقصاء هذا الأخير من السوق وتكبيده خسائر فادحة نتيجة مركزه المهيمن في هذه السوق^(٥١).

٣ - الاندماج التكتلي (Conglomerate Merger)^(٥٢): ويتميز عن النوعين السابقين بكونه يحصل بين شركتين لا تنافس بينهما ولا تقاطع بين نشاطيهما، بل تضيف إحدهما منتجاً آخر لمنتجات الأخرى (Product Line Extension)، أو توسع الرقعة الجغرافية لاستهلاك سلع كل منهما (Market Line Extension)^(٥٣). أي أنه اندماج الشركات ذات النشاط المتعدد من خلال انضمام شركات تعمل في خطوط تجارية لا يوجد بينها صلة، وهو نوع من الاندماج قد لا يثير أي ضرر على المنافسة لأنه نادراً ما يكون مصحوباً بزيادات الوضع المسيطر على السوق^(٥٤).

الفرع الثاني

نطاق تطبيق تشريع الاندماج الأوروبي

رقم (١٣٩) لسنة (٢٠٠٤)

توسع المشرع الأوروبي كثيراً في تحديد نطاق تطبيق تشريع الاندماج لسنة (٢٠٠٤)؛ وبالتالي مراقبة الاتفاقيات التجارية التي قد تتم بين المشروعات التجارية في كافة دول الاتحاد. نص تشريع الاندماج في مادته الأولى صراحة على ولاية التشريع على الاتفاقيات التي تتم بين المشاريع العامة والمشاريع الخاصة على حد

(٥١) حسين عبده الماحي، مرجع سابق ٢١٣.

(٥٢) Merger That refers to a concentration between undertakings that are not competing with each other in any product market and which does not result neither in vertical nor Horizontal integration.

(٥٣) W. J. kolasku, 'Conglomerate Mergers and Range Effect: It's a Long Way from Chicago To Brussels', (2002) George Mason Law review 533Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1106.

(٥٤) محمد إبراهيم أبو شادي، مرجع سابق ١٥٦.

سواء، كما نص على ولاية أحكامه على الاتفاقيات التجارية التي تتم بين مشاريع تجارية برؤوس أموال محددة (القيمة السوقية للمشروعات التجارية المندمجة)^(٥٥).

على صعيد النطاق الموضوعي للتشريع، يمكننا القول أن هذا التشريع يطبق على كل الأنشطة الاقتصادية سواء أكانت عامة أم خاصة، ولا ترد في هذا الشأن حصانة طائفية تحمي نشاطاً خاضعاً للتنظيم القانوني للتشريع، ولو كان النشاط متعلقاً بمرفق عام، والقائم بالنشاط شخصاً عاماً. بالتالي، فإن الطبيعة الاقتصادية للنشاط هي التي تحدد إمكانية تطبيق التشريع الأوروبي عليه وليست صفة القائم على هذا النشاط، على أساس أن هذا التشريع يخاطب المشاريع ولا يخاطب صفة القائمين على عملها. وقد قام مجلس المنافسة الفرنسي بتوضيح هذا المبدأ في تقريره السنوي للعام (٢٠٠١) حينما أقر صراحة بأن عمل الهيئات الحكومية التي تدير الأنظمة التكميلية لتأمين الشيخوخة والمرض هي أعمال اقتصادية في مجملها؛ كونها تنافس شركات التأمين الخاصة في هذا العمل؛ فالانضمام الاختياري للمستفيدين والتشغيل وفقاً لمبدأ العائد الرأسمالي واعتماد الأداءات على مقادير الاشتراكات المدفوعة تشكل في مجملها نشاطات اقتصادية ينبغي أن تخضع لرقابة المجلس للحكم بتنافسياتها من عدمه^(٥٦). لكي يكون العمل التجاري داخلياً ضمن نطاق هذا التشريع، فلا بد له من أن يستوفي شرطين أساسيين وهما:^(٥٧)

- ١ - أن يكون اندماجاً فعلياً وفق التعريف الذي نصت عليه مادة (١/٣) من التشريع؛
- ٢ - أن يكون ذا تأثير على نطاق الاتحاد الأوروبي، وليس منحصراً ضمن السوق الخاصة بعضو واحد من أعضائه، وهذا شرط بديهي؛ لأن القوانين والتشريعات

This article stipulated that:

(٥٥)

1. Without prejudice to Article 4(5) and Article 22, this Regulation shall apply to all concentrations with a Community dimension as defined in this Article.

2. A concentration has a Community dimension where:

(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 5000 million; and

(b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

(٥٦) مشار إليه في المرجع التالي: حسين عبده الماحي، مرجع سابق، ص ٢١٨ - ٢١٩.

Alina Kacsorowska, ibid, p 908.

(٥٧)

الاقتصادية داخل الاتحاد لا تعنى بتلك النشاطات التجارية ذات التأثير الفردي على عضو بذاته، فمثل هذه الأعمال تنظمها القوانين الداخلية الخاصة بكل عضو. وحماية للاقتصاد الوطني لدول الاتحاد؛ فقد قررت المفوضية الأوروبية ما يسمى بالشرط الألماني (German Clause)، والذي يقضي بأحقية طلب السلطات الوطنية وجوب تقييم عملية الاندماج على المستوى الداخلي بين الأعضاء إذا ما كان هذا الاندماج مؤثراً داخل دولة تلك السلطات^(٥٨)، بمعنى أن الاقتصاد الداخلي لدولة تلك السلطات سيتأثر تأثيراً سلبياً في هذه الحالة، بما يفوق في مقداره تلك الفائدة العائدة على السوق الأوروبية المشتركة بالمجمل. وكان هذا الشرط الاستثناء الأول على قاعدة النظر في الاندماج على مستوى الاتحاد الأوروبي بأكمله، وتبعه استثناء ثان متعلق بالسياسية الوطنية العامة (National Public Policy)، والذي سمح للدول الأعضاء أن تراجع الاندماجات المراد إتمامها داخل الاتحاد لفحص ما إذا كان يتوافق مع السياسة الاقتصادية العامة لكل الأعضاء، والذي تقررته المفوضية ذاتها عند كونه مشروعاً بالقياس مع المصلحة العامة للسوق الأوروبية^(٥٩).

على صعيد القيمة السوقية للمشاريع التجارية المندمجة، نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من تشريع الاندماج الأوروبي على شرطين يجب توافرها مجتمعين لاعتبار الاندماج اندماجاً اتحادياً - وبالتالي يخضع لأحكام التشريع، بمعنى أنها لا تقتصر على جزء محدد من الاتحاد الأوروبي، وهذان الشرطان هما:^(٦٠)

- ١ - المجموع الكلي لحركة الاندماج عالمياً في كل الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ٥,٠٠٠ مليون يورو؛
- ٢ - المجموع الكلي لحركة الاندماج في شركتين على الأقل من الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ٢٥٠ مليون يورو.

Damian Chalmers, ibid, p1080.

(٥٨)

Case IV/M.567 lyonnaise des Eaux SA/Northumbrian Water Group, 29 March 1995. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1082.

(٥٩)

This sub-article provides that:

(٦٠)

2. A concentration has a Community dimension where:

(a) The combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 5000 million; and

(b) The aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million.

إضافة إلى ذلك، أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة ولاية أحكام التشريع لأي من اتفاقيات الاندماج الأربع التالية، حتى لو خرجت عن نطاق تطبيق الفقرة السابقة: (٦١)

- ١ - المجموع الكلي لحركة الاندماج عالمياً في كل الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ٢٥٠٠ مليون يورو.
 - ٢ - المجموع الكلي لحركة الاندماج في كل الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ١٠٠ مليون يورو في كل دولة من ثلاث دول على الأقل في الاتحاد الأوروبي.
 - ٣ - في كل دولة من الدول الثلاث على الأقل المذكورة في الفقرة السابقة، بحيث يكون المجموع الكلي لشركتين على الأقل من الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ٢٥ مليون يورو في كل منهما.
 - ٤ - المجموع الكلي لحركة الاندماج اتحادياً - على مستوى الاتحاد الأوروبي - لشركتين على الأقل من الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من ١٠٠ مليون يورو في كل منهما.
- على الصعيد الإجرائي^(٦٢)، متى كان الاندماج ذا بعد اتحادي، يتوجب على الشركات الساعية للاندماج إخطار مفوضية شؤون المنافسة بملخص اتفاق الاندماج الذي تنوي هذه الشركات الالتزام به، وفي هذه الحالة يحظر إنهاء إجراءات الاندماج دون الحصول على موافقة خطية من المفوضية بذلك^(٦٣). قامت هذه الإجراءات في جوهرها على مبدأ إجرائي يدعى (One-Stop-Shop)، أو ما يسمى بالاختصاص

3. A concentration that does not meet the thresholds laid down in paragraph 2 (٦١) has a Community dimension where:

- (a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 2500 million;
- (b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 100 million;
- (c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 25 million; and
- (d) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 100 million

For more details, see: D. Ridyard, Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation (1994) European Commission Law Review 255.

Alina Kaczorowska, ibid, p 915.

(٦٣)

الحصري للمفوضية، ومضمون هذا المبدأ هو إعفاء الأطراف في عملية الاندماج من إبلاغ أي دولة من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بطلب الاندماج، وإنما يكفي بتقديم طلب الاندماج للمفوضية وحدها، وبذلك تكون إجازة المفوضية لهذا الاندماج، أو رفضها له في المقابل، قراراً كافياً بحد ذاته لإحداث الآثار القانونية، دون الحاجة لأخذ رد أي من الدول تلك على هذا الطلب، رغم وجود بعض الاستثناءات على كونه اختصاصاً حصرياً؛ حيث يحق للدول الأعضاء مراجعة هذا الاتفاق والبت فيه^(٦٤).

يسمح تشريع الاندماج للأطراف بالقيام بخطوات سابقة على الإشعار الرسمي للمفوضية بطلب الاندماج، وتتمثل هذه الخطوات في طرح فكرة الاندماج ذاتها بصورة استشارية^(٦٥)، إما للمفوضية أو أي من الدول الأعضاء التي تراها الشركات الساعية للاندماج ذات تأثير بهذا الطلب، وسبب هذا الطرح هو الوقاية من منازعات الاختصاص القضائي التي قد تنشأ عند كل من المفوضية أو المحكمة الوطنية حال كون هذه الشركات خاضعة لقانون المنافسة الوطني ذاته، أو عند وجود صعوبات في تقرير اختصاص المفوضية أصلاً بهذا الاندماج من عدمه. وأبرز الحالات التي يصبح طرح فكرة الاندماج واجباً على الأطراف هي ما نص عليه تشريع الاندماج في المادة (٤) منه، حيث تمثلت الحالة الأولى في اعتقاد هؤلاء الأطراف بتأثير الاندماج الكبير على قطاع فعال في أحد الأسواق الوطنية للدول الأعضاء، والحالة الثانية هي كون الاندماج غير داخل في حدود اختصاص المفوضية، إلا أن الأطراف يرون تأثر الاقتصاد الوطني

(٦٤) هذه الاستثناءات هي:

١- الاستثناء المسمى الشرط الألماني وهو يخول أحد الأعضاء أو المفوضية بتقديم إحالة شاملة أو جزئية لاقتراح الاندماج، إلى ذلك العضو الذي سوف يتأثر قطاع متميز من سوقه الوطنية تأثيراً جوهرياً إن تم ذلك الاندماج؛

٢- استثناء المصالح المشروعة، وهو جواز قيام المفوضية بإحالة اقتراح الاندماج إلى العضو الذي ترى المفوضية بأن حدوث ذلك الاندماج سيحرم هذا العضو من حقه في حماية مصالحه المشروعة وغير المحمية بتشريع الاندماج نفسه؛

٣- استثناء الشرط الهولندي، وهو يخول المفوضية من تلقاء نفسها أو بعد طلب أحد الأعضاء أن تنظر في اندماج هو ليس في الأصل من اختصاص المفوضية، إلا أن التجارة الداخلية تتأثر داخلياً إذا حدث ذلك الاندماج بتشكيله خطراً على تلك التجارة؛

٤- الاستثناء العسكري، وهو يخول العضو ذو المصالح الأمنية الحرجة أن يطلب من أطراف الاندماج عدم تزويد المفوضية بالبيانات العسكرية المتعلقة بهذا الاندماج.

(٦٥) حول خطوات إعداد طلبات الاندماج بشكل عام انظر: محمد حسن إسماعيل، الاندماج في مشروع قانون الشركات الأردني (١٩٨٦) ١/١ مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ١٥٧.

لثلاث دول على الأقل من الدول الأعضاء، فهنا يأخذ بالاختصاص الاستثنائي للمفوضية في نظر هذا الطلب إن وافقت دول الأعضاء المتأثرة على ذلك^(٦٦).

من لحظة إشعار المفوضية رسمياً بطلب الاندماج، تبدأ المرحلة الأولى من التحقيق (The Phase 1 Investigation)، ومدتها (٢٥) يوم عمل^(٦٧)، وتعطى هذه المدة من أجل تقرير المفوضية بقرار أولي واحد من قرارات أربعة، فإن لم تعط أياً منهم حتى انتهاء هذه المدة فإن سكوتها يعتبر قبولاً ضمناً عن توافق الاندماج مع السوق الموحدة، وتثبت إجازة الاندماج، وهذه القرارات هي:^(٦٨)

- ١ - إعلان عدم اندراج طلب الاندماج تحت نطاق تطبيق (ECMR) باعتبار قيمته المالية؛
- ٢ - إعلان توافق الاندماج مع السوق الموحدة، وبذلك تجيز المفوضية هذا الاندماج؛
- ٣ - إعلان توافق الاندماج مع السوق الموحدة، ولكن شرط تعهد الأطراف بالالتزام بقيود تحددها المفوضية؛
- ٤ - إعلان وجود قلق كبير حول توافق الاندماج مع السوق الموحدة، وفي هذا النوع من القرارات فقط، تشرع المفوضية في المرحلة الثانية من التحقيق (The Phase 2 Investigation).

خلال المرحلة الأولى، تقوم المفوضية بجمع البيانات والأدلة والمعلومات والإحصاءات حول كل ما يتعلق بأطراف الاندماج، وخصوصاً الاتصال بمنافسيهم وزبائنهم لمعرفة أثر هذا الاندماج على السوق السلعي والجغرافي لهؤلاء الأطراف^(٦٩)، وذلك من خلال التحقيقات الميدانية في مقر عمل أطراف الاندماج (On-The-Spot Investigation)، أو مقابلة (Interview) مع أي من العاملين في تلك المقرات دون إجبار، أو أي وسيلة جمع معلومات أخرى تراها المفوضية، ما دامت قد أعلمت الأطراف بها وتمت في أماكن العمل الرسمية^(٧٠). يقوم المدير العام للمنافسة في

(٦٦) "Where at least one such member state has expressed its disagreement in accordance with the third subparagraph within the period of 15 working days, the case shall not be referred. The Commission shall, without delay, inform all Member States and the persons or undertakings concerned of any such expression of disagreement". Article 4(5) ECMR.

Article 10 (1) ECMR. (٦٧)

Article 10 (3) ECMR. (٦٨)

Article 11 ECMR. (٦٩)

Article 13 ECMR. (٧٠)

المفوضية بإعلام رئيس القطاع المتخصص الذي من المتوقع حدوث أغلب آثار الاندماج فيه، وهذا يعتمد على نوع السلع والخدمات التي يقدمها الأطراف، وبعد التشاور، يتم رفع مسودة للقرار إلى مفوض المنافسة المخول من قبل هيئة المفوضين وذلك للتوقيع على هذا القرار^(٧١).

أما المرحلة الثانية فتبدأ عند إعلان المفوضية وجود قلق كبير لديها حول هذا الطلب، وتدوم هذه المدة (٩٠) يوم عمل تبدأ من يوم ذاك الإعلان، ويجوز أن تمتد (١٥) يوم عمل أخرى عند إبداء الأطراف تعهدهم بالالتزام بقيود قد تخفف من آثار الاندماج، وهذه المرحلة تتضمن تحقيقات معمقة أيضاً حول تلك الآثار^(٧٢). وإن لم تفصل في هذا الطلب خلال تلك المدة؛ فإن سكوتها يعتبر قبولاً ضمناً في هذه الحالة أيضاً^(٧٣). وتزود المفوضية الأطراف في هذه المرحلة بكل اعتراضاتها حول طلب الاندماج^(٧٤)، وتسمح لهم برؤية مداولات المفوضية التي تمت في المرحلة الأولى، وتسمع ما لديهم من توضيحات وتفسيرات حول اعتراضات المفوضية، ويحق في هذه المرحلة للمنافسين والزبائن والمتعاونين مع الأطراف أن يسمعوها المفوضية ما لديهم حول هذه الاعتراضات سواء أكان ما يريدون قوله في صالح الأطراف أم ضدهم^(٧٥). ويحق أيضاً للدول الأعضاء إبداء موقفهم تجاه آثار هذا الاندماج، وبالأخص إذا كانت تلك الآثار تمس السوق الوطنية أو الصناعية لتلك الدولة، إضافة لذلك، تجب على المفوضية أن تتشاور مع لجنة مكونة من ممثلين عن كافة الدول الأعضاء، وعندها تقوم هذه اللجنة بتدقيق مسودة القرار وتعطي رأياً غير ملزم للمفوضية، وبعد موافقة هيئة المفوضين على القرار النهائي، تقوم المفوضية بإبلاغه للأطراف^(٧٦).

Damian Chalmers et al, ibid, p 1083.

(٧١)

Article 10 EMCR.

(٧٢)

Article 10(6) EMCR.

(٧٣)

Article 18(3) EMCR.

(٧٤)

Article 18(1) EMCR. See Case C-170/02P Schlussselverlag J. S. Moser Gm and others v. Commission (2003) ECR I-9889 (para 27-30) holding that the commission has a duty to give a response to complaints lodged by third parties.

(٧٥)

Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1084.

Article 18(3)-(7) EMCR.

(٧٦)

المطلب الثالث

مشروعية اندماج المشروعات التجارية ومدى توافقها مع متطلبات السوق الموحدة

يشير مصطلح السوق الموحدة إلى إنشاء سوق تجارية واحدة، تُزال فيها جميع العقبات والحواجز التجارية التي قد تمنع أو تعيق حرية تنقل الأفراد والسلع والخدمات، إضافة إلى ضمان تحقيق الوحدة القانونية للنظام التجاري للنشاطات التجارية المختلفة في هذه السوق^(٧٧). استحوذ مفهوم السوق الموحدة على اهتمام المشرع الأوروبي مع بداية ثمانينيات القرن العشرين، بمفهوم إعادة تقييم وحدة التشريعات التجارية بين دول أوروبا. تم تحديد متطلبات الوصول إلى هذه السوق في الورقة البيضاء (The white Paper)^(٧٨)، التي نشرت من قبل مجلس الاتحاد الأوروبي في العام (١٩٨٥)، المتعلقة باستكمال إنشاء السوق الموحدة ما بين دول السوق الأوروبية المشتركة سابقاً^(٧٩). حددت هذه الورقة العديد من العقبات التجارية

(٧٧) For more details, S Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law (2002) Common Market Law Review 269; G Howells, A Janssen and R Schulze, Party Autonomy for the Internal Market, the Role of Information (Grundman: London 2001); T Hervey, Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising (2001) Common Market Law Review 1421; G Howells and H Micklitz, EC Consumer Law: Has It Come of Age? (2003) European Law Review 370.

(٧٨) يشير مصطلح الورقة البيضاء في النظام القانوني للاتحاد الأوروبي إلى مشاريع القوانين والدراسات التي يتم تداولها من قبل المشرع الأوروبي والتي تتضمن مجموعة من المقترحات والدراسات والإحصاءات التي تساعد المشرع الأوروبي في اتخاذ قراره. هذه الورقة يتم نشرها وتوزيعها على ذوي الاختصاص في دول الاتحاد الأوروبي (خبراء، مؤسسات مجتمع مدني، جمعيات ومؤسسات نقابية... الخ)، حيث يتم الاسترشاد بمقترحاتهم وملاحظاتهم المتعلقة بالموضوع محل البحث والدراسة.

عادة ما يتم نشر وتداول الورقة البيضاء عقب ما يسمى بالورقة الخضراء (The green Paper). يتناول موضوع الورقة الخضراء المشكلة محل البحث والدراسة، ولا تتناول مقترحات محددة، وإنما تتناول أهمية معالجة موضوع ما وتفتح المجال أمام الجميع لنقاش تداعيات هذه المشكلة ووسائل التغلب عليها. يتولى مجلس الاتحاد الأوروبي إعداد هذه الأوراق وتنظيم مناقشة محتواها ونشر وتوزيع الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل إليها من جميع الأطراف، ومن ثم تعرض هذه الدراسات على صانعي القرار ويتاح للجميع الاطلاع عليها ونقدها عبر الموقع الإلكتروني للاتحاد الأوروبي.

COM (85) final of 14 June 1985.

(٧٩)

القائمة ما بين دول السوق الأوروبية المشتركة، واقترحت الاتفاق على إنهاء العمل بهذه العقوبات التجارية بنهاية العام (١٩٩٢)^(٨٠). عقب التوقيع على اتفاقية إنشاء الاتحاد الأوروبي في العام (١٩٩٣) (Maastricht Treaty)، اتخذ مفهوم السوق الموحدة معنى موسعاً شاملاً، من خلال النص على وجوب إزالة جميع العقوبات القانونية والاقتصادية بين دول الاتحاد التي قد تؤثر على توحيد تنظيم ممارسة النشاط التجاري بين دول الاتحاد، بهدف تمكين جميع مواطني الاتحاد الأوروبي (مستهلكين وتجار) من النفاذ إلى جميع الأسواق دون عقبات تجارية أو تشريعية. نتحدث في هذا المجال عن توحيد العمل التجاري داخل أسواق دول الاتحاد بما يمنع منح أي معاملات تفضيلية لمواطني دولة ما عن مواطني الدول الأخرى (إزالة التمييز ما بين مواطني الاتحاد سواء أكانوا منتجين أم موردين، أم مستهلكين على نحو يجعل من أسواق دول الاتحاد سوقاً تجارية واحدة تتعامل مع كافة مواطني الاتحاد على نحو لا يحمل أي طابع تمييزي)^(٨١).

تعتمد سياسة السوق الموحدة أساساً على ما يسمى بمعايير التحرير الأربعة، وهي حرية حركة السلع والخدمات والأشخاص والأموال بين دول الاتحاد (The Negative integration actions). نُظمت هذه المعايير بشمولية في اتفاقية الاتحاد الأوروبي، وشكلت أساساً لهذه الاتفاقية^(٨٢). إضافة إلى ذلك، عملت اتفاقية الاتحاد الأوروبي على توحيد النظام القانوني لدول الاتحاد وذلك بغية إيجاد أرضية قانونية مشتركة بين دول الاتحاد، تنظم وتوحد التعامل التجاري داخل دول الاتحاد. هدف هذا التوحيد في مجمله إلى إيجاد بيئة قانونية وتجارية موحدة في كافة دول الاتحاد تلبي شروط ومتطلبات المنافسة العادلة بين المشروعات التجارية، وتخدم في المجمل مصالح المستهلك من خلال تأمين حقه في المفاضلة والاختيار.

(٨٠) تم التأكيد على أهمية إنشاء هذه السوق وإزالة هذه العقوبات التجارية في القانون الأوروبي الموحد (The Single European Act) في العام (١٩٨٧)، والذي أكد على أهمية الاتفاق على إزالة هذه العقوبات التجارية بحلول تاريخ ١٢-١٢-١٩٩٢. (The Single European Act, 1987 O.J. L169).

(٨١) I Maselis, Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal System, Within the European Community (1993) European Review of private law 140.

(٨٢) For more details, see the following link: http://ec.europa.eu/internal_market/to_layer/index_1_en.htm. visited on 5/7/2013.

فيما يتعلق باندماج الشركات التجارية، سعت المفوضية الأوروبية في بداية وضع مسودة تشريع الاندماج الأوروبي عام (١٩٩٩) إلى وضع شرطين أساسيين لتحديد الاندماج غير المتوافق مع السوق الموحدة، وبالتالي المحظور على الشركات القيام به. هذان الشرطان كانا: أن يؤدي الاندماج المراد القيام به إلى تكوين مركز مهيمن (Dominant Position) أو تقوية مركز مهيمن سابق الوجود، وإلى تضرر المنافسة في السوق الموحدة جوهرياً من هذا التكوين أو تلك التقوية^(٨٣). أرادت المفوضية بالشرط الثاني أن تجعل التقييم أكثر واقعية بمنع جعل تكوين المركز المهيمن كافياً للحكم بحظر الاندماج بحد ذاته، ما لم يكن صاحب هذا المركز قادراً على استغلال قواه داخل السوق الموحدة^(٨٤). لكن في عام (٢٠٠٤) أعيد تشكيل تشريعات الاندماج الأوروبية، واعتمدت المادة (٢) من تشريع الاندماج شرطاً أسمته بالإعاقة الهامة للمنافسة الفعالة (The Significant Impediment to Effective Competition) في السوق الموحدة، أو في جزء جوهري منها؛ لحظر عملية الاندماج^(٨٥). سنبدأ الحديث في هذا الجزء من الدراسة ببيان ماهية المركز المهيمن وما يطرأ عليه من آثار ناتجة عن الاندماج، ومن ثم سننتقل للبحث في التطبيقات العملية المتعلقة بالإعاقة الهامة للمنافسة الفعالة وأدوات فحصها.

الفرع الأول تكوين أو تقوية المركز المهيمن

تحظر جميع قوانين المنافسة قيام أحد المشاريع التجارية والتي تتمتع بمركز احتكاري باستغلال مركزها بأي شكل من الأشكال، ترتبط هذه الممارسات ارتباطاً وثيقاً باحتكار السوق بواسطة أحد أو بعض المنتجين أو الموزعين. يُقصد بالاحتكار كل عمل من شأنه سوء استغلال المركز الاقتصادي للحد من المنافسة المشروعة،

(٨٣) Article (2) of regulation 4064/89/EC on the control of concentrations between undertakings, OJ 1990 L257/13. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1089.

(٨٤) T.A. Downes and D. S. Macdougall, Significantly Impeding Effective Competition: Substantive Appraisal under the Merger Regulation (1994) 19 European Legislations Law review Journal 286.

(٨٥) 'A significant impediment to effective competition is generally results from the creation or strengthening of a dominant position': ECMR, Recital 29. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1090.

بهدف جني أرباح مبالغ فيها، بصورة مخالفة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها السوق، بالاستناد إلى قاعدة العرض والطلب. تتعدد الآثار السلبية للاحتكار لتشمل: (٨٦) (١) الحد من المنافسة المشروعة؛ (٢) السيطرة على النشاطات التجارية؛ (٣) التحكم بالأسعار عبر رفعها أو منع خفضها؛ (٤) الحيلولة دون الاستفادة من مزايا الاختراعات والاكتشافات الحديثة، إلا إذا كانت تصب في مصلحة المحتكر؛ (٥) عدم استغلال كافة الموارد الطبيعية والإنتاجية بقصد التحكم بقاعدة العرض والطلب؛ (٦) سوء توزيع الثروة والدخل، فمن الممكن أن نجد فقراً مدقعاً مقابل ثراء فاحش؛ (٧) الحيلولة دون تبوء أصحاب الكفاءات مجالات العمل نتيجة سيطرة المحتكرين على هذه الأسواق؛ (٨) قد يصل الأمر إلى درجة التحكم بالشؤون الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدول وفي العالم بأسره (٨٧).

في هذا السياق، حظرت المادة (١٠٢) من اتفاقية الاتحاد الأوروبي على أي مؤسسة أو مؤسسات لها وضع مهيمن في السوق أو في جزء هام منه إساءة استغلال هذا الوضع للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، بما في ذلك مايلي: (٨٨)

See the following link: <http://lebarmy.gov.lb/article.asp?in=ar&id=7780> visited (٨٦) on 16/7/2013.

See: F L. Fine, EEC consumer warranties: a new anti-trust hurdle facing (٨٧) exporters (1998) 10-2 European Commercial Law Review Journal 233-255; M Nesterowicz, Poland: legislation - Office for the Protection of competition and consumers (2004) 25-10 European competition Law Review Journal 164; R Ahdar, consumers, redistribution of income and the purpose of competition law (2002) 23-7 European Competition Law Review Journal 341-353; M Sendrowicz, New competition law in Poland - much done but still some changes desirable to attain a market-focused legislation (2007) 28-8 European Commercial Law Review Journal 464-470.

"Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the (٨٨) internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States." Such abuse may, in particular, consist in:

- 1- directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- 2- limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- 3- applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- 4- making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts."

- أ - تحديد أو فرض أسعار أو شروط إعادة بيع السلع أو الخدمات؛
- ب - تقييد حجم الإنتاج، النفاذ إلى الأسواق أو التطور التكنولوجي بما يتعارض مع مصالح المستهلكين؛
- ج - السلوك المؤدي إلى عرقلة دخول مؤسسات أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر جسيمة بما في ذلك البيع بالخسارة؛
- د - رهن توقيع عقود البيع بموافقة أطراف أخرى أو إجراءات تكميلية، لا تتعلق - وفقاً لما تقره الأعراف التجارية - بموضوع العقد.

إن وجود مركز مهيمن أو احتكاري هو بذاته أمر غير محظور، إلا أن كون استغلال هذا المركز مؤدياً إلى إساءة المنافسة في السوق الداخلية للدولة أو للعلاقات التجارية بين الدول الأعضاء هو ما يعتبر محظوراً، عادة ما ترتبط هذه الإساءة بارتفاع عالٍ جداً للأسعار أو رفض العرض مثلاً، وحتى يعتبر المشروع التجاري في مركز احتكاري، يجب أن يكون مستقلاً تماماً في جميع أعماله عن منافسيه والعملاء والمستهلكين. وهناك عدة عناصر لاعتبار المشروع التجاري محتكراً، ولكن كقاعدة عامة إذا كان المشروع التجاري يملك (٥٠٪) من الحصة في السوق فإنه يعتبر مهيماً، وفي بعض الأحيان ممكن اعتبار المشاريع التجارية التي تملك (٤٠٪) من الحصة بالسوق مهيمنة ومحتكرة أيضاً^(٨٩).

على هذا الأساس، تضمن دليل الاندماجات الأفقية^(٩٠)، وهي الاندماجات الأكثر ارتباطاً بالمراكز المهيمنة، منهجية من خمسة عناصر تستخدمها المفوضية أثناء تحليل مقترحات الاندماجات المراد القيام بها، للفصل في ما إذا كان الناتج عنها يكون مركزاً مهيماً أو يقوي مركزاً مهيماً سابق الوجود، ولكن على المفوضية قبل البدء بعملية التحليل، أن تقوم بتحديد كل من السوق السلعية (Relevant Product Market)^(٩١) من

(٨٩) Competition Law- the Basics, research published on the internet at the following link: <http://www.out-law.com/page-5811>, visited on 2/5/2013.

Article (102) requires dominance in a substantial part of the European Union, but there is no requirement under chapter 2 that a dominant position must be held in a substantial part of the UK, meaning that, in theory at least, dominance could be considered to exist in a fairly small area of the UK.

(٩٠) Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004 C31/5.

(٩١) ويسمى أيضاً (The Line of Commerce)، ويتم رسم إطاره بمنهجين: الأول هو الطلب البديل للسلعة (Cross-Elasticity of Demand)، ويعتمد هذا المنهج على التأكد من قدرة =

جهة، والسوق الجغرافية (Relevant Geographical Market)^(٩٢) من جهة أخرى، للشركات الساعية للاندماج، ومع الأخذ بعين الاعتبار أن حجم كل من السوقين يتناسب طردياً مع مدى موافقة الاندماج المراد القيام به للسوق الأوروبية الموحدة.

هذه العناصر الخمسة في منهجية تحليل اقتراحات الاندماج هي كما يلي، مع إعطاء المفوضية حقاً للشركات الساعية للاندماج بإعلان التزامها بأفعال تضمن زوال خطر الاندماج على المنافسة السوقية:^(٩٣)

- ١ - تطابق الأسواق المرتبطة بهذه الشركات، فعندها يتم تحديد نشاطات كل شركة على حدة داخل أسواقها وبالتالي معرفة مساحات التداخل بينهما، فتكون هذه المساحات مناطق تنافس ما قبل الاندماج، كشركتين تعملان في مجال الاتصالات، بحيث إن سوق هاتين الشركتين هي سوق واحدة وسلعها بديلة عن بعضها البعض.
- ٢ - تجمع الحصص السوقية (Market Shares)، فإذا كان نصيب الشركة الناتجة عن الاندماج حوالي عشرة بالمائة من السوق فإن ذلك لا يكون تكويناً لمركز مهيمن، في المقابل يعبر تكويناً لمركز مهيمن إن كان نصيب هذه الشركة حوالي خمسين بالمائة من السوق^(٩٤). فعلى سبيل المثال، لو كانت إحدى المدن تحوي ثلاثة فنادق

= المستهلكين على الاتجاه نحو طلب سلعة مشابهة أو مماثلة، بحيث إذا لم تتوافر السلعة الأولى فإنه يصار للسلعة الثانية المحققة تقريباً لذات الغرض أو الأداء المطلوب؛ والمنهج الثاني هو العرض البديل للسلعة (Supply Substitutability)، ويعتمد على قياس استعداد التجار الآخرين للدخول إلى السوق في حالة ارتفاع سعر السلعة الأولى وتوفير سلعة ثانية بديلة عنها.

(٩٢) ويسمى أيضاً (The Section of Country)، وعلى عكس السوق السلعية، فإن للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رسم إطار هذا السوق، مع الأخذ بعاملين أساسيين: أولهما مكان شراء السلعة أو مكان استغلال الخدمة بواسطة المستهلكين؛ وثانيهما هو النطاق الذي تمتد فيه القدرة التنافسية لهذه السلعة أو تلك الخدمة، حيث إن هذه السوق، السوق الجغرافية، مرتبطة برقعة مكانية فعلية.

(٩٣) Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004 C31/5.

(٩٤) See, e.g., Carrefour/Promodes, Case COMP/M.1684, Commission decision of January 25, 200 (2000 OJ L164/5). Mentioned at European Commission of Competition, EU Competition Law: Rules applicable to merger control - situation as at 1 April 2010, competition handbooks, (Luxembourg, office for official publication of the European Union, (2010) p152.

بحيث إن نسبة كل منها متساوية مع الأخرى، فإن اندماج اثنين من هذه الفنادق يشكل تجمعاً للحصص السوقية بما يزيد عن النصف من المجموع الكلي لقطاع الفنادق الخدماتية في هذه المدينة.

٣ - امتلاك حصة سوقية جوهرية (Substantial Market Shares)، ولو أنها نقصت عن خمسين في المائة من الحصص الإجمالية داخل السوق، ويتم التحقق من هذا العنصر بواقعية مجردة بحثاً عن قدرة الشركة الناتجة عن الاندماج على الانخراط بممارسات ضارة بالمتنافسين الآخرين، فلو فرضنا وجود أربع شركات بائعة للذهب مباشرة للمستهلكين، ووجود شركتي صياغة ذهب خام في ذات السوق، فإن اندماج الشركتين الأخيرتين، ولو كان أقل من نصف المجموع الكلي لسوق بيع الذهب، إلا أنه يمكن الشركة الناتجة عن الاندماج من التحكم في حصة سوقية جوهرية تقيد المنافسة فيه.

٤ - قدرة المستهلكين في سوق الشركة الناتجة عن الاندماج، فيقاس إذا ما كانوا يستطيعون التحول لسلعة بديلة، أو دعم دخول منافسين جدد لهذه السوق، أو المساومة مع الشركة لمنعها من رفع أسعار سلعتها، كما لو كانت هناك شركة اتصالات هي الوحيدة التي توفر خدمة الاتصالات اللاسلكية من بين شركات أخرى داخل مدينة معينة، فإن المستهلكين مضطرون لقبول أي مستوى من الخدمة تمنحه هذه الشركة، ولو حتى رفعت من أسعارها، ولو رفضت النزول عند متطلبات هؤلاء المستهلكين الذين ليس لهم بديل عنها.

٥ - حواجز النفاذ في هذه السوق، ويتم مراجعة صفات هذه الحواجز لاختبار مدى احتمالية دخول أحد المنافسين، ولو مؤقتاً، في حال أن قامت الشركة الناتجة عن الاندماج برفع أسعار السلع داخل السوق، لمعرفة تصور المنافسين عن قدرات هذه الشركة وثقتهم بقواهم التنافسية، فمثلاً عند امتلاك إحدى شركات تصنيع الأدوية المتنافسة براءة اختراع حول دواء فعال ضد حروق أشعة الشمس، فإن هذه الشركة قادرة على رفع سعر هذا الدواء في موسم الصيف دون خشية دخول منافس جديد؛ ليقينها بأن براءة الاختراع حاجز منيع ضد أي منافسة ممكنة.

الفرع الثاني

إعاقة المنافسة الفعالة

ظلت عملية فحص المركز المهيمن أداة أساسية للبت في مدى التوافق الحاصل بين الاندماج والسوق الموحدة، ولم يكن منع تكوينه أو تقويته هدفاً بذاته، فلقد نصت المادة (٣/٢) من تشريع الاندماج على أنه:

"3. A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market."^(٩٥)

أكدت المادة السابقة اعتماد شرط إعاقاة المنافسة الفعالة كشرط أساسي لحظر الاندماج، واعتماد تكوين أو تقوية مركز مهيمن عاملاً معززاً لاحتمال وجود الشرط السابق لا سبباً كافياً بحد ذاته للحظر، وسبب ذلك هو وصول المفوضية الأوروبية من خلال التجارب الاقتصادية إلى حقيقتين اثنتين:

١ - أنه من الممكن تكوين أو تقوية مركز مهيمن داخل السوق، دون حدوث إعاقاة للمنافسة الفعالة، وهذا ما تم فعلاً في قضية (Newscorp/Telepiu)^(٩٦) عام (٢٠٠٤)، وهما شركتان إعلاميتان مقرهما إيطاليا تقدمان عروضاً خاصة بنطاق عالمي لبث قنوات تلفزيونية تحتكر برامج معينة تهم المستهلكين، كمباريات كرة القدم والعروض الأولى للأفلام السينمائية. وقد أجازت المفوضية الأوروبية الاندماج بينهما بعد تقديم الشركتين التزامات تمثلت في إنشاء نظام رقابة دائم، ونظام تحكم خاص، واختصاص مباشر لوزارة الاتصالات الإيطالية في تتبع السلوك التنافسي داخل السوق^(٩٧).

٢ - أنه من الممكن حدوث إعاقاة للمنافسة الفعالة دون حدوث تكوين أو تقوية لمركز مهيمن داخل السوق، كما جرى في قضية (BOC/Linde)^(٩٨) عام (٢٠٠٦)، بين شركتين مختصتين في بيع غاز الهيليوم، حيث أكدت المفوضية أن الاندماج المراد القيام به بين هاتين الشركتين سيؤدي إلى إعاقاة للمنافسة الفعالة في سوق بيع

(٩٥) يمكن تعريف المركز المهيمن بأنه المركز الحاصل على تأثير معقول في تحديد الأسعار أو رفعها إلى ما فوق الحد التنافسي من غير فقدان الحصة السوقية، أو حتى المقدرة على تفادي المنافسة بأكملها. انظر: أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع السابق، ص ٦٩.

(٩٦) Case COMP/M.2876 Newscorp/Telepiu, OJ 2004 L110/73. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1092.

(٩٧) The decision was: The commitments presented by Newscorp are sufficient to resolve the Identified anti-competitive effects in the relevant markets, taking into consideration the specific features in this concentration. See: Ibid, para. 259.

(٩٨) Case COMP/M.4141 Linde/BOC, OJ 2006. Mentioned at Alina Kacsorowska, ibid, p914.

هذا الغاز، على الرغم من أن الشركة الجديدة التي قد تنتج عن هذا الاندماج (The Merged Entity) لن تكون مركزاً مهيمناً داخل تلك السوق^(٩٩).

والمنافسة الفعالة لها معنيان: أولهما هو المعنى الإيجابي المشير إلى الممارسات المؤدية إلى تنمية وتطوير المنافسة الحالية داخل السوق، أي المعنى التفاعلي؛ وثانيهما هو المعنى السلبي المشير إلى الممارسات المؤدية إلى مكافحة إعاقة هذه المنافسة أو مكافحة تقييدها، أي المعنى الوقائي، وهذا المعنى الأخير هو الذي قصده المشرع الأوروبي^(١٠٠)، وليس أدل على ذلك من أن العنصر الأهم في النظر لبقاء هذه المنافسة الفعالة كان مدى قدرة المنافسين الآخرين على دخول السوق، فتلك هي الفاعلية التي اتصفت بها المنافسة المحظور على الشركات المندمجة إعاقتها^(١٠١).

إن الاندماج المؤدي لهذه الإعاقة هو الاندماج الذي يتحرر عند حدوثه من القيود التنافسية مع الشركات الأخرى، وهنا تزيد القوة السوقية للشركة الناتجة عن الاندماج؛ بحيث إن رفعها لأسعار سلعتها لن يؤدي إلى خسارة في الحصة السوقية، وبالنسبة لتستفيد الشركات الفاعلة في ذات السوق من خلال رفع أسعارها أيضاً؛ لعلمها أن بقاءها منخفضة لن يؤدي لتحويل المستهلكين إلى سلعتها، وهذا ما يسمى بالأثر المنسق في سوق احتكار القلة (Coordinated Effects in Oligopoly Market)^(١٠٢).

وسوق احتكار القلة هي السوق التي تحتوي على عدد قليل من المتنافسين بأحجام متساوية تقريباً بينهم، لذلك تظهر خطورة المنافسة في هذا السوق بسبب اعتماد سلوك كل متنافس فيها على سلوكيات المتنافسين الآخرين، وهذا ما تم

(٩٩) Drauz said: I believe that most readers agree that the purpose of merger control is to prevent the accumulation of excessive market power by one firm or a small number of firms. Additionally, merger control needs to be concerned with the preservation of competitive market structures, which may then benefit the consumer as a result of competition. See: G. Drauz, 'Unbundling GE/Honeywell: the assessment of conglomerate Mergers Under EC competition law' (2002) 25 Fordham International law Journal 885, 904-5. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1107.

(١٠٠) أحمد الملحم، المرجع السابق، ص ٧٢.

(١٠١) أحمد الملحم، المرجع السابق، ص ٧٥.

(١٠٢) F. M. Scherer and G. Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance (3rd edition, Boston, Houghton Mifflin, 1990) 226. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1095.

التعرض له في قضية (Nestle/Perrier)^(١٠٣)، حيث أكدت المفوضية أن الاندماج المقترح بين هاتين الشركتين الفرنسييتين العاملةتين في بيع المياه المعدنية سيؤدي لإعاقة هامة للمنافسة الفعالة، لكون هذا السوق محتوياً على أربع شركات متنافسة، ونقصان عددها إلى ثلاث بعد الاندماج سيؤدي لسلوك منسق لاحتكار السوق، ولم تجز المفوضية هذا الاندماج إلا بعد أن قبلت هاتان الشركتان ببيع بعض فروعها لشركة منافسة أخرى حفاظاً على البنية التنافسية المانعة لتنسيق ممارساتهم نحو الاحتكار داخل السوق^(١٠٤).

كذلك اعتبرت المفوضية الأوروبية وجود احتمالية التواطؤ بعد الاندماج (The Likelihood of Post-Merger Tacit Collusion) شكلاً من أشكال الإعاقة الهامة للمنافسة الفعالة، كما في قضية (Airtours/Commission)^(١٠٥)، عندما تم اقتراح اندماج بين شركة (Airtours) وشركة (First Choice)، وتم التأكيد على أن هذا الاندماج سيمنع المستهلكين من تخفيض أسعار السلع، وسيمنع المنافسين من التأثير على سلوكيات الشركة الناتجة من الاندماج، وذكرت المفوضية ثلاثة شروط يؤدي توافرها لإثبات وجود التواطؤ فعلياً داخل السوق، وهي:^(١٠٦)

١ - امتلاك القدرة على التنبؤ بممارسات الشركات الأخرى، لمعرفة إذا ما كانوا تابعين لسياسة الشركة الكبرى أم لا، وإذا ما كانوا معتمدين عليها أو داعمين لحسن تأثيرها داخل السوق، ولا سبيل لهذا الامتلاك دون وجود قدر من الرقابة الدقيقة لممارسات هذه الشركات. مثال ذلك وجود ثلاث شركات فقط لبيع السيارات في إحدى المدن، فتراقب الشركة الناتجة عن اندماج اثنتين منهن تصرفات الأخرى؛ لمعرفة مواطن ضعفها لتقوم بدورها بتقوية أدائها في تلك المواطن على حساب المستهلكين.

٢ - ثبات وضعية التواطؤ الخفي، بمعنى أن الشركات الأخرى لن تفكر في الانسحاب من هذه السياسة أو تبني سياسة أخرى متناقضة قد تؤدي للتحريض ضد هذه الشركة، بل إنها ستحرص على الاستمرار بشكل موازٍ مع السياسة التي يستفيد

Joined Cases C-68/94 and C-30/95 France v. Commission and others (1998) (١٠٣) ECR I-1375, paras. 165-78. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1095.

Ibid.

(١٠٤)

Case T-342/99 (Airtours/Commission) (2002) ECR II-2585. Mentioned at (١٠٥) Damian Chalmers et al, ibid, p1096.

Ibid, para. 62.

(١٠٦)

منها جميع الفاعلين داخل السوق الواحدة، فلو تصورنا وجود قلة من الشركات المقدمة لخدمات السياحة، وقامت اثنتان منها بالاندماج، فإن ثبات التواطؤ بينهم يكون من خلال أخذ كل شركة وجهات سياحية مخصصة لها دون باقي الشركات، فتأخذ الشركة الناتجة عن الاندماج الوجهة الأوروبية والوجهة الأمريكية، وتأخذ شركة أخرى الوجهة الشرق أسيوية، بما يسمح بهيمنة كل منها على سياح وجهتها.

٣ - وصول خطورة هذا التواطؤ إلى الحد القانوني المانع له، وهذا الحد هو كون تأثير التواطؤ المتوقع على ردة فعل كل من الشركات الأخرى والمستهلكين غير ضار بسياسة الشركة الكبرى الناتجة عن الاندماج، وهنا تظهر صفة غياب التنافس الفعلي بين هذه الشركات، كفرض حدوث اندماج بين شركتين من أصل خمس شركات تعمل في إنتاج المنظفات المنزلية، فتتفق هذه الشركة الناتجة عن الاندماج سرياً مع شركة أخرى على طرح أسعار مخفضة لمنظفات البلاط، فبذلك لن تتضرر هاتان الشركتان من أي سلوك يقوم به المنافسون الذين لن يتمكنوا من تقديم أسعار أقل.

المطلب الرابع

إجازة بعض الاندماجات غير المتوافقة مع السوق الموحدة

تعتبر ظاهرة الاندماج نتيجة طبيعية فرضتها مستجدات الواقع التجاري في الأسواق العالمية، حيث وجدت المشاريع التجارية نفسها أمام خيارين: الأول هو حتمية الاختيار بين التحالف والتكتل وفرض نفسها على السوق العالمي من خلال الاندماج مع مشاريع اقتصادية أخرى، بحيث يتنازل كل طرف مندمج عن جزء من استقلاله المالي والإداري في مقابل البقاء والعمل بعوائد مالية أقل وأرباح أكثر. أما الخيار الثاني فيتمثل في الابتعاد عن دائرة المنافسة العالمية أو حتى الإقليمية والرضى بالتبعية في العمل تحت مؤسسات اقتصادية أكبر هذا إن استطاعت هذه المؤسسات البقاء في السوق^(١٠٧). عادة ما تندمج الشركات لرغبتها في تقوية مركزها التنافسي في السوق، أو تقليل الكلفة الإنتاجية للمشروع محل الاندماج من تكاليفهما الإنتاجية، أو تعزيز القدرة على التجديد والابتكار في السلع والخدمات المقدمة بواسطتها، وهذا ما كان حاضراً لدى المشرع الأوروبي الذي عرف إمكانية تقوية المنافسة داخل السوق من خلال السماح ببعض هذه الاندماجات^(١٠٨). فإذا ثبت خلو آثار الاندماج الساعية إليه الشركات من إعاقه المنافسة؛ فإن هذا الاندماج يغدو ذا فائدة، وداعماً للاقتصاد الأوروبي^(١٠٩). وبما أن الشركات الساعية للاندماج مصرة على الدوام بأنها ستوطد دعائم السوق الموحدة، وترفع من القدرات التنافسية للشركات الأوروبية في مواجهة الشركات الأجنبية، في حال أن تمكنت من إحداث هذا الاندماج؛ فإن عبء إجراء المفاضلة بين إيجابيات هذا الاندماج وسلبياته يقع بأكمله على كاهل المفوضية الأوروبية ذاتها^(١١٠).

لذلك، أجازت المفوضية الأوروبية اندماجات ذات آثار سلبية ضئيلة للمنافسة الفعالة؛ كتنازل بسيط أمام رغبتها في حصد الآثار الإيجابية عظيمة النفع، والتي ستنتج عن الاندماجات هذه بذاتها. يحدث هذا في حالة رفع الكفاءات التنافسية

(١٠٧) حسين عبده الماحي، ١٩٩٩.

(١٠٨) EC Commission, Twenty-first Report on Competition Policy 1991 (Luxembourg, OOEPC, 1992) para 5.

Ibid.

(١٠٩)

(١١٠) Damir Gerard, Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? (2003) 40 Common Market Law Review 1367.

للمشاريع التجارية على المستوى الدولي إضافة إلى حالة الحاجة إلى إنقاذ الشركات المهددة بالانقراض. ستكون هاتان الحالتان مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

الفرع الأول

زيادة الكفاءات التنافسية للمشاريع التجارية

قبل صدور تشريع الاندماج للعام (٢٠٠٤)، برزت مجموعة من الملامح الخاصة بعلاقة الاندماج بتكوين الكفاءات داخل السوق، أي ظهور شركة ذات كفاءة تنافسية عالية، وبمستويات متعادلة مع الشركات الأخرى، ولعل أبرز هذه الملامح كان العلاقة الوثيقة بين انخفاض التكاليف الإنتاجية من جهة، وبين ازدياد القدرة على تقديم عروض بديلة عن السلع والخدمات من جهة أخرى، هذه القدرة شكلت مبرراً قوياً لإجازة بعض الاندماجات رغم تسببها بإعاقة جزئية للمنافسة، وتكوينها، ولو لحد بسيط، لمركز مهيمن بالنسبة لباقي المتنافسين^(١١١). من خلال الممارسة العملية، استقرت المفوضية الأوروبية على استخدام نموذجين للمفاضلة بين آثار الاندماج السلبية وآثاره الإيجابية، وهما يلتقيان في نقطة مركزية، هي الاستناد إلى مدى تقوية هذا الاندماج للخصومة بين الشركات، فيعزز من المنافسة بينها في الأصل، بدل أن يضعفها بتركيز معظم القوة السوقية في الشركة الناتجة عن الاندماج، هذان النموذجان هما:^(١١٢)

١ - المقايضة (Tradeoff)^(١١٣)، وأساس هذا النموذج هو المفاضلة بين أمرين: الأول يختبر مدى الكفاءات التنافسية على المستوى الدولي التي ستنبثق عن هذا الاندماج، والثاني يهتم برصد المضار الواقعة على المنافسة داخل السوق، وأيما أمر رجح سيؤخذ به عند اتخاذ القرار. بمعنى آخر، إذا اتضح للمفوضية أن الكفاءات التنافسية الناتجة عن الاندماج ستزيد في معدلها العام عن الآثار السلبية الناجمة عن هذا الاندماج؛ ستجيز المفوضية في هذه الحالة فعل الاندماج ولن تحظره، يقاس هذان الأمران بالقيمة التي ستعطى لكل كفاءة متوقعة أو كل ضرر محتمل، وهذا في الواقع

Ibid.

(١١١)

Damian Chalmers et al, ibid, p1109.

(١١٢)

(١١٣) حول الأصل القانوني لهذا المنهج انظر: أحمد عبد الرحمن اللحام، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل المنافسة التجارية، الكويت: جامعة الكويت - كلية الحقوق، مجلة القانون والاقتصاد، ع ٦٣، ص ٣٧٧.

(١١٤) Official Journal of the European Union, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, (2004/C-31/03), para 76.

يعتمد على قياسات اقتصادية بحتة يتم القيام بها، بالإضافة إلى الاستعلامات والتحقيقات والقياسات الكمية حول ذلك^(١١٤).

٢ - عامل التقييم (Assessment factor)، ويقوم هذا النموذج على ملاحظة مدى تحسين هذه الكفاءة للمنافسة السوقية، ومقدار المقاومة الذي تستطيع هذه الكفاءات تقديمه ضد الممارسات الاحتكارية التي تتبناها الشركات الأخرى داخل السوق، ومثال ذلك ما يتوقع حدوثه من تقديم أسعار مخفضة لذات السلع، أو إتقان أفضل لذات الخدمات^(١١٥). اعتمدت المفوضية الأوروبية في إرسائها لمبدأ الكفاءات على ثلاثة عناصر لا بد من توافرها، فإن توافرت أخذت تلك الكفاءة بعين الاعتبار أثناء المداولات للسماح بذلك الاندماج أو عدم السماح به، وإن فقد أحدها فإن ذلك الاندماج لن يكون محققاً للقصد الأول من السياسة التنافسية في السوق الموحدة، ألا وهو ضمان وجود البديل لدى كل مستهلك. وهذه العناصر هي:^(١١٦)

أ - انتفاع المستهلك (Benefit to Consumer)، بمعنى أن تعود بالفائدة والمساعدة عليه ضد الممارسات الاحتكارية والمهيمنة من المنافسين الآخرين، أي أن تكون الكفاءة التنافسية للشركة الناتجة عن الاندماج قادرة على توفير تكاليف إنتاج وتوزيع السلع، والتطوير والابتكار في ما تقدمه من خدمات، وذلك حتى تكون هذه الكفاءة متينة (Substantial)، وذات نفع صاف (Net Benefit) للمستهلك، فكلما تأخر توقع تجسد هذا النفع في المستقبل؛ كلما رافقه ضعف في رغبة المفوضية أن تجيز ذلك الاندماج^(١١٧)؛ لاقتناعها بأن تلك الكفاءة لم تأت في وقت مناسب

Ibid, para 80.

(١١٥)

European Commission of Competition, ibid, p186.

(١١٦)

"In order to determine the impact of a concentration on competition in the common market, it is appropriate to take account of any substantiated and likely efficiencies put forward by the undertakings concerned. It is possible that the efficiencies brought about by the concentration counteract the effects on competition, and in particular the potential harm to consumers, that it might otherwise have and that, as a consequence, the concentration would not significantly impede effective competition, in the common market or in substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position. The commission should publish guidance on the conditions under which it may take efficiencies into account in the assessment of a concentration." ECMR Recital 29. Mentioned at Damian Chalmers et al, ibid, p1110.

(١١٧)

(Timely). وكلما كثرت الآثار السلبية المحتملة حول هذا الاندماج؛ كلما زادت حاجة المفوضية لأدلة تثبت عدم توجه السوق للاحتكار والهيمنة بعد حدوثه^(١١٨).

ب - تميز الاندماج المراد القيام به (Merger Specificity)، من خلال الظهور المباشر لمنافع الكفاءة التنافسية للشركة الناتجة عنه، وألا يكون هناك أي بديل آخر، أقل إضراراً أو أسهل تحقيقاً من هذا الاندماج للحصول على الكفاءة التنافسية تلك، وهذا ما على الشركات الساعية للاندماج أن تثبته، أي أن تثبت عدم وجود بدائل أخرى، كاتفاقيات تحرير الأعمال (Licensing Agreement)، أو المشاريع المشتركة (Joint Ventures)، أو اندماج ذي هيكلية مغايرة (Differently Structured Merger)، أو غير ذلك من البدائل العملية (Practical Alternatives) داخل إطار السوق السلي للشرركات المتنافسة.

ج - القابلية للتحقق (Verifiability)، وذلك حتى تضمن المفوضية إبطال هذه الكفاءات للآثار السلبية الناتجة عن الاندماج، فكلما كانت الأدلة التي يقدمها الأطراف أكثر تحديداً وإقناعاً؛ كلما كانت المفوضية أقرب إلى إجازة هذا الاندماج. وفي الحقيقة، فإن الأطراف هم المصدر الوحيد لمثل هذه المعلومات، والتي تثبت صدق إدعائهم بتحقيق هذه الكفاءة التنافسية فيما إذا أجاز الاندماج، من خلال ما يقدمونه من وثائق داخلية، أو تصريحات من مدراء الأطراف، أو أي تقارير خبرة تثبت حجم النفع العائد على المستهلكين.

تعتبر هذه الكفاءات مصدراً جوهرياً لتقديم المعلومات والخبرات حول عمليات الاندماج الأخرى المقترحة في المستقبل، وتحديدًا حول أثرها على الممارسات التنافسية للشركات، مما يقدم في الواقع تسهيلات كبيرة أثناء محاولة إدراك وملاحظة الأساس المنطقي وراء نية الاندماج، مثيرة بذلك رغبة أكبر لدى المتنافسين في التوجه

(١١٨) لمزيد من التفاصيل حول العلاقة بين حماية المستهلك وتنافسية السوق، انظر:

H Schepel, The Enforcement of the EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How not to “Constitutionalist” Private Law (2004) 12 European review of Private law 664; P Nebbia, “Internal Market and the Harmonization of European Contract Law” in T Tridimas and P Nebbia, EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legalorder (Hart: Oxford 2004) 96; H Micklitz and N Reich, Understanding EU Consumer Law (Centro de Formacao Juridica e Judiciaria: Brussels 2009) 9; A P Reindll, consumer contracts and European Community law (1997) 75 Washington University Law Quarterly 535. See also the following link: http://en.wikipedia.org/wiki/Citizenship_of_the_European_Union Visited on 16-5-2013.

نحو هذا الخيار، خيار الاندماج، داعمين توجههم ذاك بإثباتات حول ما ستقدمه الشركة الناتجة عن الاندماج من علاج للممارسات الضارة بالمنافسة داخل السوق، ووقاية من ممارسات أخرى متوقعة فيه^(١١٩).

الفرع الثاني إنقاذ الشركات المهددة بالانحيار

لم يكن تكوين الكفاءات التنافسية هو المبرر الوحيد لإجازة اندماج يظهر ضرره على المنافسة داخل السوق، بل لحق بذلك مبرر آخر، وهو الاندماج الذي يكون أحد طرفيه شركة مهددة بالانحيار (Failing Firm)، وخصوصاً إذا ما كان سبب الانحيار ذاك هو الإفلاس (Bankruptcy)، حيث إن هذه الشركة ستخرج من السوق إن لم تجز المفوضية هذا الاندماج. وأكبر السوابق القضائية حول هذا النوع من مبررات الاندماجات غير المتوافقة، في الأصل، مع السوق الموحدة هي قضية (BASF/Pantochim/Eurodiol)^(١٢٠)، ورغم أن تاريخ هذه السابقة متقدم على تاريخ إقرار تشريع الاندماج لعام (٢٠٠٤)؛ إلا أن معايير ثبوت هذا المبرر لم تمسها تعديلات لاحقة.

هذه الشركات البلجيكية الثلاث، وبوجود منافسين آخرين، كانت تعمل في إنتاج المذيبات الكيميائية، ولأن شركة (BASF) كانت المنافس الأكبر في السوق، فقد سعت إلى الاندماج مع شركة (Eurodiol) - والتي كانت تعتبر سابقاً ثالث مزود للسلع الكيميائية - وشركة (Pantochim)، مما أحدث قلقاً كبيراً لدى المفوضية حول تأكيد تكون مركز مهيمن من ذلك، ولكن على الرغم من ذلك، أجازت المفوضية ذلك الاندماج مبررة قرارها بأنه اندماج منقذ لشركات مهددة بالانحيار^(١٢١). وباستقراء هذه السابقة القضائية، يمكننا القول بأن الاندماج الإنقاذي (Rescue Merger) مرهون بتوافر أربعة شروط أساسية، إن توافرت مجتمعة صحت إجازته رغم ما يحدثه من تكوين أو تقوية لمركز مهيمن داخل السوق؛ على أساس أن الموازنة بين الآثار السلبية بفعل الاندماج (الهيمنة) والآثار السلبية لانحيار تلك لشركات سترجح إمكانية التعايش مع واقع الهيمنة^(١٢٢). هذه الشروط هي:

Damian Gerard, Ibid. (١١٩)

Case COMP/M.2314 BASF/Pantochim/Eurodiol OJ 2002 L132/45. Mentioned (١٢٠) at Damian Chalmers et al, ibid, p1111.

Damian Chalmers et al, ibid, p1110. (١٢١)

Official Journal of the European Union, ibid, para 89. (١٢٢)

١ - الخروج الجبري (Forced Exit) للشركة المهددة بالانهيار إن لم تندمج مع شركة أخرى، ويستدل على ذلك من خلال شروع المحكمة المختصة بالإجراءات السابقة على الإفلاس (Pre-Bankruptcy) أو إعطاء المحكمة مهلة محددة تفتح في المجال للاندماج مع هذه الشركة وإلا ستقوم المحكمة بتصفيتها، وهذه بالفعل ما أكدت عليه المفوضية في تلك السابقة القضائية بأن عدم اندماج (BASF) مع هاتين الشركتين كان سيؤدي بلا شك إلى خروجها من السوق^(١٢٣).

٢ - عدم وجود بديل آخر أقل سلبية في تأثيره على المنافسة (Less Anti-Competitive) لإنقاذ الشركة المهددة بالانهيار، ففي مثل هذه الظروف، تحاول هذه الشركة طرح خيار إعادة هيكلة موجوداتها، أو السعي وراء طرح مستندات تبيعها، أو حتى عرض بيع بعض ممتلكاتها للخروج من التهديد الذي تعانيه، فإن غابت كل تلك البدائل التي تعتبر أقل تأثيراً على المنافسين؛ فلا مناص من اللجوء للاندماج الإنقاذي كمالأخيراً يمنع خروج هذه الشركة من السوق، ففي هذه القضية كانت (BASF) البديل الوحيد المطروح أمام المفوضية، فلم يرق أي من المتنافسين الآخرين بالمبادرة لشراء ممتلكات هاتين الشركتين، ولم تقوما بطرح مستندات للشراء، ولم تحاولا إعادة هيكلة موجوداتها، وبذلك كان خيار المفوضية الوحيد القابل للتطبيق هو السماح لها بالاندماج^(١٢٤).

٣ - الزوال الحتمي (Inevitable Loss) لأصول (Assets) الشركة المهددة بالانهيار إن لم تملكها شركة أخرى، ويقصد بأصول الشركة ممتلكاتها وموجوداتها المادية القابلة للتقييم بالمال، فعلى اعتبار أن انهيار الشركة سيؤدي لتصفية تلك الأصول، فإن الاندماج الإنقاذي لا بد له من تملكها بأكملها دون تجزئة، وسبب اشتراط هذا الزوال الحتمي هو الاطمئنان بأن هذا الاندماج سيضمن التشغيل الاقتصادي الكامل لتلك الأصول، مما يمنع - كما ذكرنا - حدوث الأثر السلبي الأكبر الناتج عن تصفية الأصول تلك^(١٢٥).

٤ - الحفاظ ما أمكن على الهيكل التنافسي للسوق، وتتم المقارنة في هذا السياق بين فرضين: الفرض الأول هو عدم حظر الاندماج وانهيار الشركة؛ والفرض الثاني هو

Case COMP/M.2314 BASF/Pantochim/Eurodiol, ibid, para 144. Mentioned at (١٢٣) Damian Chalmers et al, ibid, p1111.

Ibid, page 146.

Official Journal of the European Union, ibid, para 90.

(١٢٤)

(١٢٥)

إجازة الاندماج وإنقاذها من الانهيار، وبعد ذلك يتم فحص الآثار السلبية قياساً على مصالح المستهلك^(١٢٦)، فإن كان الفرض الأول أفضل للمستهلك يُحظر الاندماج، والعكس بالعكس، فقد يؤدي خروج الشركتين من السوق إلى انخفاض عرض السلعة أو الخدمة مما يزيد الطلب عليها، فتصبح الشركات الأخرى عاجزة عن إرضاء زيادة الطلب تلك، أو تظهر بعض الممارسات الاحتكارية داخل السوق^(١٢٧).

ويكون عبء إثبات توافر كل هذه الشروط قائماً على كاهل كل من الشركة الساعية للاندماج والشركة المهددة بالانهيار، ويجب على وجه الخصوص إثبات أن أي ضرر واقع على المنافسة السوقية هو ضرر غير ناتج عن الاندماج بحد ذاته، بل هو أثر ممتد للتدهور الاقتصادي السابق عند الشركة المهددة بالانهيار.

الخاتمة:

اهتم المشرع الأوروبي بتنظيم اندماج المشاريع التجارية على نحو يضمن عدم تعارض نتائج هذا الاندماج مع شروط ومتطلبات المنافسة الفعالة والعادلة في أسواق دول الاتحاد؛ لذا أصدر المشروع الأوروبي في العام (٢٠٠٤) تشريع المفوضية الأوروبية للاندماج رقم (١٣٩) لتحقيق هذا الهدف، والاندماج هو عقد بين شركتين أو أكثر، يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة وتنتقل كافة أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، أو تنحل بمقتضاه شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتكونان شركة واحدة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، وتنتقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الجديدة. عادة ما تندمج الشركات لرغبتها في تقوية مركزها التنافسي في السوق، أو لتقليل الكلفة الإنتاجية للمشروع محل الاندماج، أو تعزيز القدرة على التجديد والابتكار في السلع والخدمات المقدمة بواسطتها، إلا أن هذا الأمر قد يؤدي إلى هيمنة تلك الشركات على السوق الوطنية ما يؤثر سلباً على شروط ومتطلبات المنافسة الفعالة، وفي هذا تعارض واضح مع معايير إنشاء السوق الموحدة بين دول الاتحاد الأوروبي. يشير مصطلح السوق الموحدة إلى

In contrast, Advocate General Tesauro suggested that the rescue of jobs is a (١٢٦) decisive factor in the application of the failing firm defense, Joined Cases C-68/94 and 30/95 France v. Commission (1008) ECR I-1375, paras. 56-7. See also: G. Monti and E. Rousseva, "Failing Firms in the Framework of the EC Merger Control Regulation", (1999) 24 European Law Review Journal Case COMP/M.2314 BASF/Pantochim/Eurodiol, ibid, para 158. (١٢٧)

إنشاء سوق تجارية واحدة، تُزال فيها جميع العقبات والحواجز التجارية التي قد تمنع أو تعيق حرية تنقل الأفراد والسلع والخدمات، إضافة إلى ضمان تحقيق الوحدة القانونية للنظام التجاري للنشاطات التجارية المختلفة في هذه السوق، وتعتمد سياسة السوق الموحدة أساساً على ما يسمى بمعايير التحرير الأربعة، وهي حرية حركة السلع والخدمات والأشخاص والأموال بين دول الاتحاد.

يكون الاندماج أفقياً أو رأسياً، فالاندماج الأفقي يتم بين شركتين تعملان على نفس المستوى من مستويات تحويل المواد الخام إلى سلع قابلة للاستهلاك، وذلك من خلال تلاقي مشاريع تباشر نشاطاً مماثلاً أو متقارباً، وهنا نكون أمام حالة توسع أفقي بين مشاريع تجارية على ذات القدر من الأهمية التجارية والاقتصادية على المستوى المحلي أو حتى الدولي. هذا النوع من الاندماج يؤثر على ارتفاع الأسعار بشكل مباشر من خلال إنهاء حالة التنافس بين شركات متكافئة في السوق واتفاقها على جني أكبر عائد من الأرباح لضمان عدم وجود بديل آخر للمستهلك في ذات السوق. يكون الاندماج رأسياً من خلال اندماج شركات تعمل على مستويات متتالية من مستويات تحويل المواد الخام إلى سلع قابلة للاستهلاك، وهو بذلك يحصل بالنسبة لمشروعات تتكامل أنشطتها معاً وتختلف في مراحل الإنتاج والتصنيع، كلا النوعين يؤثران سلباً على تنافسية السوق، لذا حظرها المشرع الأوروبي صراحة من خلال التشريع رقم (٢٠٠٤/١٣٩) متى أثرا سلباً على أداء السوق الفعالة، يُطبق هذا التشريع على كل الأنشطة الاقتصادية سواء أكانت عامة أم خاصة، ولا ترد في هذا الشأن حصانة طائفية تحمي نشاطاً خاضعاً للتنظيم القانوني للتشريع، ولو كان النشاط متعلقاً بمرفق عام، والقائم بالنشاط شخصاً عاماً (النطاق الموضوعي للتشريع). على هذا الأساس، لكي يكون العمل التجاري داخلياً ضمن نطاق هذا التشريع، فلا بد له من أن يكون اندماجاً فعلياً وفق التعريف المشار إليه أعلاه، إضافة إلى شرط تأثير هذا الاندماج السلبي على عمل أسواق دول الاتحاد. على صعيد القيمة السوقية للمشاريع التجارية المندمجة، يجب أن يكون المجموع الكلي لحركة الاندماج عالمياً في كل الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من (٥,٠٠٠) مليون يورو. إضافة إلى هذا الشرط، يجب أن يكون المجموع الكلي لحركة الاندماج في شركتين على الأقل من الشركات الفاعلة في عملية الاندماج أكثر من (٢٥٠) مليون يورو.

على الصعيد الإجرائي، متى كان الاندماج ذا بعد اتحادي، يتوجب على الشركات الساعية للاندماج إخطار مفوضية شؤون المنافسة بملخص اتفاق الاندماج الذي تنوي هذه الشركات الالتزام به، وفي هذه الحالة يحظر إنهاء إجراءات الاندماج دون الحصول

على موافقة خطية من المفوضية بذلك. يسمح تشريع الاندماج للأطراف بالقيام بخطوات سابقة على الإشعار الرسمي للمفوضية بطلب الاندماج، وتتمثل هذه الخطوات في طرح فكرة الاندماج ذاتها بصورة استشارية، إما للمفوضية أو أي من الدول الأعضاء التي تراها الشركات الساعية للاندماج ذات تأثر بهذا الطلب. جاءت إجراءات الفصل في طلب الاندماج متوافقة كذلك مع طبيعة الأعمال التجارية، من حيث سرعتها وسريتها، فللمفوضية تقديم قرارها حول هذا الطلب خلال (٢٥) يوم عمل، إلا إن أعلنت المفوضية عن وجود شكوك واقعية حول عدم توافق هذا الاندماج مع السوق الموحدة وإضراره بالمنافسة داخلها، وهنا تمتد لتأخذ (٩٠) يوم عمل أخرى، قد تمتد (١٥) يوم عمل إضافي إن قدم أطراف الاندماج تعهدات تقي من وقوع ذلك الضرر. وللمفوضية في سبيل جمع المعلومات اللازمة أن تطلبها مباشرة من أطراف الاندماج أو من منافسيهم أو زبائنهم أو عملائهم، ولها أن تجري المقابلات مع رؤساء ومدراء هؤلاء الأطراف أو منافسيهم، بالإضافة لتحقيقات ميدانية في الأسواق الجغرافية وأماكن عملهم.

عادة ما تقضي المفوضية بحظر اتفاق الاندماج متى أدى هذا الاندماج إلى إنشاء أو تقوية المركز المهيمن للمشاريع التجارة المندمجة بما يؤدي إلى إساءة هذه المشاريع لنفوذها الاقتصادي في أسواق دول الاتحاد (أي إعاقة المنافسة الفعالة في أسواق دول الاتحاد). إن وجود مركز مهيمن أو احتكاري هو بذاته أمر غير محظور، إلا أن كون استغلال هذا المركز مؤدياً إلى إساءة المنافسة في السوق الداخلية للدولة أو للعلاقات التجارية بين الدول الأعضاء هو ما يعتبر محظوراً. عادة ما ترتبط هذه الإساءة بارتفاع عالٍ جداً للأسعار أو رفض العرض مثلاً. وحتى يعتبر المشروع التجاري في مركز احتكاري، يجب أن يكون مستقلاً تماماً في جميع أعماله عن منافسيه والعملاء والمستهلكين. وهناك عدة عناصر لاعتبار المشروع التجاري محتكراً، ولكن كقاعدة عامة إذا كان المشروع التجاري يملك (٥٠٪) من الحصة في السوق فإنه يعتبر مهيماً. وفي بعض الأحيان يمكن اعتبار المشاريع التجارية التي تملك (٤٠٪) من الحصة بالسوق مهيمنة ومحتكرة أيضاً.

تضمن دليل الاندماجات الذي أعدت المفوضية الأفقية النص على خمسة معايير تستخدمها المفوضية أثناء تحليل مقترحات الاندماجات للفصل في ما إذا كان الناتج عنها يكون مركزاً مهيماً أو يقوي مركزاً مهيماً سابق الوجود تمثلت في نطاق الأسواق المرتبطة، تجميع الحصة السوقية، قدرة المستهلك في سوق هذه الشركة على الاختيار والمفاضلة وحواجز النفاذ إلى الأسواق، إضافة إلى ذلك، تعتمد المفوضية

شرط إعاقه المنافسة الفعالة كشرط أساسي لحظر الاندماج، واعتماد تكوين أو تقوية مركز مهيمن عاملاً معززاً لاحتمال وجود الشرط السابق لا سبباً كافياً بحد ذاته للحظر. والمنافسة الفعالة تشير إلى الممارسات المؤدية إلى تنمية وتطوير المنافسة الحالية داخل السوق، كما أنها قد تشير إلى الممارسات المؤدية إلى مكافحة إعاقه هذه المنافسة أو مكافحة تقييدها.

أخيراً، أجازت المفوضية الأوروبية اندماجات ذات آثار سلبية ضئيلة للمنافسة الفعالة؛ كتنازل بسيط أمام رغبتها في حصد الآثار الإيجابية عظيمة النفع، والتي ستنتج عن الاندماجات هذه بذاتها. يحدث هذا في حالة رفع الكفاءات التنافسية للمشاريع التجارية على المستوى الدولي، إضافة إلى حالة الحاجة إلى إنقاذ الشركات المهددة بالانهيار، يعني هذا أن المفوضية ستجيز طلب الاندماج متى أدى إلى تقوية المركز الاقتصادي للمشاريع المندمجة على نحو يزيد من قوتها التنافسية مع مشاريع أخرى تعمل في السوق، إضافة إلى ذلك، تجيز المفوضية طلبات الاندماج متى كان الغرض منها إنقاذ مشاريع تجارية تعمل في السوق من الانهيار والإفلاس، وفي هذا ضماناً لعمل هذه لمشاريع وعدم إقصائها من السوق الوطنية.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- أحمد الملح، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل المنافسة التجارية ٦٣ مجلة القانون والاقتصاد.
- أحمد الملح، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت (١٩٩٥) ٣/١٩ مجلة الحقوق - جامعة الكويت.
- إسماعيل كامل العيساوي، الاحتكار في الفقه الإسلامي (٢٠٠٤) ٤ كلية الشريعة - جامعة حضرموت.
- حسين عبده الماحي، حظر إساءة استعمال الوضع المسيطر، منع الاحتكار التعسفي (٢٠٠٣) ٣٣ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن جامعة المنصورة.
- حسن عمران، المنافسة والممارسات الاحتكارية بين المناخ التشريعي ومشاكل التطبيق (٢٠١١) المنظمة العربية للتنمية الإدارية.
- سامي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ الخاص لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة (دار النهضة: القاهرة ٢٠٠٥).
- سعد حافظ، الاقتصاد السياسي للتركز والاحتكار الدمج والاستحواذ، ورقة عمل قدمت إلى ندوة الاندماجات والاستحواذات في الاقتصاد العالمي وآثارها المحتملة على الاقتصاد المصري (مركز دراسات الدول النامية: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية مصر ٢٠٠٣).
- طارق البحيري، الاندماجات والاستحواذات في الاقتصاد العالمي وآثارها المحتملة على الاقتصاد المصري (٢٠٠٣) ٤-١٦ مجلة النهضة.
- عبد الرحمن اللموني، اندماج الشركات الموجودة في حالة صعوبة (٢٠٠٥) ١٢ مجلة القصر.
- الغزالي، سياسيات التنظيم والمنافسة، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ٢٠٠٤.

- لینا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي (دار النهضة: القاهرة ٢٠٠٥).
- محمد إبراهيم أبو شادي، حماية المنافسة ومكافحة الاحتكار في الاقتصاد المصري، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأمريكي (دار النهضة: مصر ٢٠٠٩).
- محمد حسن إسماعيل، الاندماج في مشروع قانون الشركات الأردني (١٩٨٦) ١/١ مجلة مؤتة للبحوث والدراسات.

المراجع باللغة الإنجليزية:

- A P Reindll, **consumer contracts and European Community law** (1997) 75 Washington University Law Quarterly.
- Alina Kacsorowska, **European Union Law**, (2 Oxon: Routledge 2011).
- D gerber, **Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism Competition Law and the New Europe** (1994) 42 American Journal of Comparative Law 69.
- D. Ridyard, **Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation** (1994) European Commission Law Review.
- Damian Chalmers et al, **European Union Law: Text and Materials** (Cambridge University Press New York 2006).
- Damin Gerard, **Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims?** (2003) 40 Common Market Law Review.
- EC Commission, **Twenty-first Report on Competition Policy** 1991 (Luxembourg, OOEPC, 1992).
- F Jenny, **Competition Law and Policy: Global Governance Issues** (2003) 26 world competition.
- F L. Fine, **EEC consumer warranties: a new anti-trust hurdle facing exporters** (1998) 10-2 European Commercial Law Review Journal.

- F. M. Scherer and G. Ross, **Industrial Market Structure and Economic Performance** (3rd edition, Bosten, Houghton Mifflin, 1990).
- G Hadfield; R Howse and M Trrebilcock, **information- based principles for rethinking consumer protection policy** (1998) Journal of consumer policy 131.
- G Howells and H Micklitz, **EC Consumer Law: Has It Come of Age?** (2003) European Law Review.
- G Howells, A Janssen and R Schulze, **Party Autonomy for the Internal Market, the Role of Information** (Grundman: London 2001).
- G. Monti and E. Rousseva, **"Failing Firms in the Framework of the EC Merger Control Regulation"**, (1999) 24 European Law Review Journal.
- H Micklitz and N Reich, **Understanding EU Consumer Law** (Centro de Formacao Juridica e Judiciaria: Brussels 2009).
- H Schepel, **The Enforcement of the EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How not to "Constitutionalist" Private Law** (2004) 12 European review of Private law.
- H. W. de jong, **Concentration in the Common Market: a Comment on a Memorandum of the EEC commission**, (1996) 67/ 4 Common Market Law Review Journal.
- I Maselis, **Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal System, Within the European Community** (1993) European Review of private law.
- Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission on European Union Development Policy: 'The European Consensus', (2006/C 46/01), THE EUROPEAN CONSEN-

SUS ON DEVELOPMENT, Official Journal of the European Union, C 46/1, 24.2.2006.

- M Nesterowicz, **Poland: legislation - Office for the Protection of competition and consumers** (2004) 25-10 European competition Law Review Journal.
- M Sendrowicz, **New competition law in Poland - much done but still some changes desirable to attain a market-focused legislation** (2007) 28-8 European Commercial Law Review Journal.
- M.Dabbah, **The Internationalization of Antitrust Policy** (5th Lexis Nexis Butterworths: London 2003).
- Mario Monti **European Commissioner in charge of Competition Policy European Competition Policy: Quo Vadis? XX.** International Forum on European Competition Policy Brussels, 10 April 2003.
- Miguel de la Mano, **For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control, Enterprise paper 11** (Enterprise Directorate- general, 2002).
- P Nebbia, **"Internal Market and the Harmonization of European Contract Law"** in T Tridimas and P Nebbia, **EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal order** (Hart: Oxford 2004).
- R Ahdar, **consumers, redistribution of income and the purpose of competition law** (2002) 23-7 European Competition Law Review Journal.
- S Grundmaan and F Ochmann, **German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform** (2007) European Review of contract law Journal 446.
- S Grundmann, **Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law** (2002) Common Market Law Review.
- S. Bishop and M. Walker, **the Economics of EC Competition Law** (2nd London: Sweet and Maxwell 2002).

- T Hervey, **Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising** (2001) Common Market Law Review.
- T.A. Downes and D. S. Macdougall, **Significantly Impeding Effective Competition: Substantive Appraisal under the Merger Regulation** (1994) 19 European Legislations Law review Journal.
- V. Verouden, C. Bengtsson, S. Albeak, **'The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: a Further Step toward Convergence'** (2004) Antitrust Bulletin.
- W. J. kolasku, **'Conglomerate Mergers and Range Effect: It's a Long Way from Chicago To Brussels'**, (2002) George Mason Law review.

النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي " مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة "

الدكتور/ محمد إبراهيم الشافعي
أستاذ مشارك بكلية القانون
جامعة الشارقة

ملخص:

لقد شهد الاقتصاد الإماراتي طفرات نمو كبيرة منذ نشأة الدولة في بداية سبعينات القرن الماضي وحتى وقتنا الراهن. ولقد ساعد الاستقرار الاقتصادي والسياسي والأمني في دولة الإمارات العربية المتحدة على تدافع المستثمرين نحو توطين رؤوس أموالهم فيها في مجالات وأنشطة متنوعة. ومن أجل الحفاظ على هذه المزايا وضمان تدفق رؤوس الأموال إليها، فقد حرصت الدولة على تحسين وتطوير البيئة القانونية والمؤسسية من خلال تعديل بعض القوانين الحالية وكذلك إصدار تشريعات أخرى جديدة. ويأتي في هذا السياق إصدار القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم المنافسة، كأحد أهم التشريعات الاقتصادية الحديثة التي ترمي إلى تشجيع آليات السوق على القيام بوظائفها من خلال حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

وتهدف هذه الدراسة إلى التعرض بالنقد والتحليل لأهم الممارسات الضارة بالمنافسة التي حظرها هذا القانون، وكذلك أهم الضمانات المقررة لتطبيقه، مع مقارنة ذلك بتشريعات حماية المنافسة في بعض الدول كمصر وفرنسا بغية الوصول إلى تحديد نقاط التميز والضعف في هذا التشريع ومحاولة اقتراح علاج لأوجه الخلل به.

ولقد عرضنا في هذه الدراسة لأهم الممارسات المناهضة للمنافسة من خلال ستة مباحث، تم تخصيص الأول منها لمناقشة وتحليل الاتفاقات المقيدة بين المنشآت الضارة بالمنافسة، بينما خصصنا الثاني للحديث عن حظر القانون الإماراتي لإساءة استغلال الوضع المهيمن. في المبحث الثالث عرضنا لتنظيم عمليات التركيز الاقتصادي في التشريع الإماراتي، بينما كرّسنا المبحث الرابع لتحديد موقف التشريع الإماراتي من الأسعار التدميرية الضارة بالمنافسة. وفي المبحث الخامس عرضنا للأنشطة والممارسات المعفاة من تطبيق القانون. أما المبحث الأخير فقد ناقشنا فيه أهم الضمانات التي كفلها القانون لضمان تطبيق نصوصه.

مقدمة عامة:

تؤكد النظرية الاقتصادية على أن المنافسة هي الوضع الأمثل في الأسواق، وأن تحقيق توازن السوق في ظل المنافسة الكاملة يحقق ربحاً عادلاً للمنتج من ناحية

وسعراً عادلاً للمستهلك من ناحية أخرى^(١). وتتنوع أشكال المنافسة التي تسود في السوق ما بين سوق المنافسة الكاملة وسوق المنافسة الاحتكارية، ويبقى الاحتكار هو الوجه المناقض للمنافسة، وهو يتنوع بدوره بين أشكال كثيرة مثل احتكار الشراء واحتكار البيع واحتكار مطلق واحتكار القلة والاحتكار الثنائي والاحتكار البحث^(٢).

ويقتضي تنظيم هيكل السوق المحافظة على كفاءة الوظائف التي تقوم بها آلياته، وإزالة كافة المعوقات التي تعرقل حسن أدائها؛ لهذا فإن وجود سياسات وإطار مؤسسي لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية أصبح أمراً في غاية الأهمية في ظل التطورات الاقتصادية والتحول إلى اقتصاد السوق، وظهور التحالفات والاندماجات الاحتكارية على المستويين المحلي والإقليمي.

إن الشركات تتنافس فيما بينها وتكافح من أجل التحسين والابتكار لكسب مزيد من الأرباح، ومع ذلك فإن الشركات تتعلم من خلال الممارسة بأن إمكانياتها هي محصلة لتاريخها مما يجعل من الصعب عليها تقليد غيرها^(٣). لهذا فإن الشركات العريقة التي حفرت اسمها في المجال الاقتصادي تحتاج إلى حماية تشريعية من الممارسات غير المشروعة التي تقوم بها بعض المشروعات المنافسة.

ولا يمكن لأحد أن ينكر الدور الهام الذي تلعبه التشريعات من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية في المجتمع، وتستعين الدول بالقوانين من أجل تفعيل سياساتها الاقتصادية المختلفة في مجالات التجارة الخارجية والصناعة والزراعة وغيرها من المجالات الأخرى، فالقانون يوجه وينظم الاقتصاد وهو الوسيلة الفنية لتنظيم الروابط الاجتماعية، فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمستهلكين، على الرغم من استغلال المشروعات وانتهاج كل منها سياسته الذاتية المستقلة، بفضل القيم المتباينة التي يملكها كل منها وعلاقاتها المتميزة مع العملاء. إن المنافسة حق طبيعي للفرد وللشخص المعنوي على السواء، يحميه قانون له قواعده الآمرة، ومن هنا كان حق

(١) انظر: مغاوري شلبي علي (٢٠٠٥)، "مكافحة الاحتكار: أهم التجارب العربية والدولية"، مكتب نائب رئيس مجلس الوزراء لشؤون الإعلام، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٧.

(٢) انظر في تفصيل هذه الأنواع: د. معين فندي الشناق (٢٠١٠)، "الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص: ٣١-٤٢.

(٣) انظر: رولاند كالوري وآخرون، (٢٠٠٣)، "المنافسة العالمية وديناميات قوى التفاعل من الممارسة إلى النظرية"، ترجمة عبد الحكم أحمد الخزامي، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ٥.

المنافسة والقانون الذي ينظم هذا الحق ويحميه يرتبطان ارتباطاً وثيقاً فهما مظهران مختلفان لفكرة واحدة^(٤).

ويمكن النظر إلى قانون المنافسة على أنه مجموعة القواعد والنظم التي تصدرها الحكومة والتي تتعلق بالاتفاقات بين الشركات والتي من شأنها أن تقيد المنافسة أو تشجع على إساءة استغلال المراكز الاحتكارية والمسيطرة على السوق.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك ثمة اختلاف بين قانون المنافسة وسياسة المنافسة. ويقصد بتلك الأخيرة مجموعة الإجراءات الحكومية التي تتخذ بهدف تشجيع المنافسة وحماية المستهلكين من الاحتكار، والتي يأتي من بينها الحد من سيطرة الشركات على الأسواق، السيطرة على الاندماجات الاقتصادية لمنع الصناعات من الاحتكار والحد من التصرفات المضرة بالمنافسة. يتضح لنا من ذلك أن مجال سياسة المنافسة أكثر اتساعاً إذاً من مجال القانون نفسه؛ حيث يغطي مجالها جميع الإجراءات والأدوات التي تستخدمها الحكومة من أجل تحديد ظروف المنافسة التي تسود في السوق في وقت معين، وبالتالي فإن قانون المنافسة يعد جزءاً من سياسة المنافسة، والعناصر الأخرى لسياسة المنافسة تتضمن السياسات الأخرى التي تتبعها الدولة في مجالات الخصخصة والتجارة الدولية والاستثمار والتجارة الداخلية والصناعة.

وفى الواقع، ونظراً لصعوبة تطبيق المنافسة الكاملة في الواقع الفعلي، فإن التدخل الحكومي أضحي أمراً في غاية الأهمية، وقد يأخذ هذا التدخل عدة أشكال من بينها:

- ١ - فرض ضرائب على بعض الأنشطة وعلى منتجات معينة بهدف إحداث تأثير اقتصادي على سلوكيات وتصرفات الأطراف الاقتصادية من خلال آلية الأثمان.
 - ٢ - تدخل الدولة من خلال تحديد أسعار بعض المنتجات.
 - ٣ - إحلال احتكار الدولة لبعض السلع محل الاحتكار الخاص.
 - ٤ - يمكن للحكومة أن تتخذ مجموعة من الإجراءات وتسن تشريعات من أجل الحؤول دون الممارسات المناهضة للمنافسة عن طريق تنفيذ سياسة تنافسية ملائمة^(٥).
- ولقد تطورت فكرة سياسة المنافسة نتيجة للتغيرات التي طرأت على الأحوال

(٤) انظر: د. أحمد محمد محرز (٢٠٠١)، "الحق في المنافسة المشروعة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص: ١٤-١٥.

(٥) انظر في تفصيل ذلك: Viscusi, wet al (1995), "Economics of Regulation and Antitrust", Cambridge: the MIT press.

الاقتصادية بصورة عامة، حيث لم تعد الضخامة الاقتصادية في حد ذاتها أمراً مضرّاً بالمنافسة، كما أن ضآلة الحجم الاقتصادي لبعض الكيانات الاقتصادية لا يسوّغ استبعادها من إمكانية الإضرار بالمنافسة، وبناء على ذلك، فقد انتقلت سياسة المنافسة من التركيز على الاحتكارات إلى الاهتمام بمسائل تتعلق بالاندماجات الاقتصادية والصفقات المالية وزيادة الحصة الرأسمالية للشركاء على نحو يؤثر في سلوكيات السوق، فلقد أضحت سياسة المنافسة بتصرفات وسلوكيات الشركات في الوقت الحاضر أكثر من اهتمامها بحجمها الاقتصادي^(٦).

ويقترن بسياسة المنافسة مجموعة من المزايا، لعل أهمها تحقيق الكفاءة الاقتصادية وتشجيع الاستثمار وحماية المستهلكين، فحينما تسود المنافسة في السوق فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية، وهو الأمر الذي يؤدي إلى جذب المزيد من الشركات والمشروعات الأخرى للاستثمار في السوق.

ومن ناحية أخرى، فقد استقر لدى غالبية المفكرين الاقتصاديين أن المنافسة تدر الكثير من النفع بالنسبة للمستهلكين^(٧). فالمنافسة من شأنها أن تؤدي إلى تخفيض أسعار السلع والخدمات مقارنة بالأسعار التي يمكن أن تسود في حالة سيطرة الاحتكار على السوق. إن المنافسة تؤدي وبطريقة غير مباشرة إلى زيادة القدرة الشرائية للمستهلكين من خلال منع الاحتكارات والتكتلات التجارية^(٨).

من ناحية ثالثة، فإن لسياسة المنافسة تأثيراً إيجابياً هاماً على الاستثمار، فكلاهما، أي الاستثمار والمنافسة، يتفقان في أنهما يقودان إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية، كما أن كل من سياسة الاستثمار والمنافسة يضطلعان بمهمة وضع إطار لتشجيع تدفقات الاستثمار الأجنبي المنتج الذي يساهم على نحو مباشر ومستمر في التطور الاقتصادي والتكنولوجي. إن سياسة المنافسة تقدم ضمانات للمستثمرين المحليين والأجانب على السواء بأنهم سيجدون قواعد وظروف عادلة وغير تمييزية

(٦) انظر في تفصيل ذلك:

Khemani, S. (1995) "Competition law and policy", mimeo, p. 31, in Ali Eldean & Mohieldin, ECES, WP, n. 60, sept. 2001.

(٧) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر:

Sibony, Anne - Lise (2008), "Le Juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence", LGDJ, Paris, France, PP:119-136.

(٨) انظر:

Ahdar, R. (2002) "Consumer, Redistribution of Income and the purpose of competition law", ECLR, pp. 341- 353.

تمكنهم من ممارسة أنشطتهم الاقتصادية وهو ما ينعكس على تنمية الاستثمار بصورة عامة.

وتجدر الإشارة بداءة إلى أن إقرار قانون لحماية المنافسة في الدول النامية قد تواجهه صعوبات شتى. ويرجع ذلك إلى الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية غير الملائمة وطبيعة أسواقها ذات الصلة الاحتكارية التي تكاد تنعدم فيها المنافسة، خاصة وأن الدولة ظلت حتى وقت قريب هي المهيمنة على الأنشطة الاقتصادية في أغلب الدول النامية^(٩).

ولكي تنجح سياسة المنافسة في تشجيع الاستثمار، فإنه يتعين وضع قواعد المنافسة على نحو حيادي وغير تمييزي سواء ضد الشركات الأجنبية أو ضد الشركات الوطنية؛ لهذا فإن قوانين الاستثمار التي تضعها أي دولة ينبغي أن تتسم بالمساواة وعدم التمييز، كما يتعين أن نأخذ في الاعتبار مبادئ وقواعد المنافسة. إن أي مستثمر سوف يتأكد أولاً وقبل أن يتخذ قراره بالاستثمار في دولة ما، عما إذا كان هناك إطار قانوني وتشريع للمنافسة يضمن له حماية استثماراته أم لا.

من ناحية أخرى، فإنه يشترط لنجاح قانون حماية المنافسة أن ينظم على نحو تكاملي كافة الاتفاقات التي تتم بين المشروعات المتنافسة وأيضاً المشروعات المتكاملة التي يمكن أن تضر بالمنافسة، كما ينبغي عليه أيضاً أن يحظر إساءة استغلال الوضع المسيطر على السوق، بالإضافة إلى ضرورة تنظيم عمليات الدمج والاستحواض والتركز الاقتصادي التي يمكن أن تخل بقواعد المنافسة في السوق^(١٠).

وتأتي دولة الإمارات العربية المتحدة من بين الدول الجاذبة للاستثمار والتي حققت نمواً اقتصادياً ملحوظاً خلال العقدين الأخيرين. وانطلاقاً من رغبة حكومة الإمارات في تحسين البيئة المؤسسية والقانونية لجذب المزيد من تدفقات رأس المال الأجنبي إلى الدولة فقد أصدرت العديد من التشريعات الاقتصادية التي تكفل وجود إطار تشريعي صحيح ومشجع للنشاط الاقتصادي مثل القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة

(٩) انظر: د. عبد الفتاح مراد (٢٠٠٥)، "شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية"، دار البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الإلكتروني، الاسكندرية، مصر، ص: ٢٥.

(١٠) انظر في تفصيل هذه التصرفات:

Khemani, S. and Dutz, M. (1996), "The Instruments of Competition policy and their relevance for Economic Development", World Bank PSD Occasional papers, N. 26, Pp: 20-27.

٢٠٠٠ في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، والقانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٤ في شأن المناطق الحرة المالية، والقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ في المعاملات والتجارة الإلكترونية والقانون الاتحادي رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ في شأن حماية المستهلك.

إشكالية الدراسة وأهدافها:

يأتي القانون الاتحادي لتنظيم المنافسة رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ كأحد أهم التشريعات الاقتصادية التي تهدف إلى حماية وتعزيز المنافسة ومكافحة الممارسات الاحتكارية، من خلال توفير بيئة محفزة للمنشآت من أجل تعزيز الفاعلية والتنافسية، ومصلحة المستهلك، وتحقيق تنمية مستدامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، كما يهدف هذا التشريع أيضاً إلى المحافظة على سوق تنافسية محكومة بآليات السوق بما يتفق مع مبدأ الحرية الاقتصادية من خلال حظر الاتفاقات المقيدة، وحظر الأعمال والتصرفات التي تفضي إلى إساءة استغلال لوضع معين ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، وتجنب كل ما من شأنه الإخلال بالمنافسة والحد منها أو منعها^(١١). وبناء عليه، فإن إشكالية الدراسة تتمثل في التساؤل حول مدى تضمّن القانون الاتحادي لتنظيم المنافسة للصور المختلفة للممارسات الضارة بالمنافسة مقارنة بغيره من التشريعات الأخرى، ومدى تبني هذا القانون الجديد ل ضمانات وآليات كافية وفعالة من شأنها أن تساعد على حسن تطبيق هذا التشريع.

وعلى هدي ما سبق، فإن هذا البحث يهدف إلى التعرض بالدراسة والتحليل لنصوص هذا القانون، وذلك مقارنة ببعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون المصري، من أجل الوصول إلى تحديد نقاط التميز والضعف في التشريع الإماراتي ومحاولة اقتراح علاج لأوجه الخلل به إن وجدت.

خطة الدراسة:

لقد أفرد المشرع الإماراتي الفصل الرابع من القانون الاتحادي ٤ لسنة ٢٠١٢ لتحديد طبيعة الأفعال والممارسات المخلة بالمنافسة وذلك من خلال ٧ مواد (المواد ١١-٥). وباستقراء هذه النصوص وتأملها، يمكن أن نوضح بصورة عامة أن المشرع قد جرم الأفعال والأنشطة الآتية باعتبارها ضارة بالمنافسة:

(١١) انظر في تفصيل أهداف القانون نص المادة (٢) ونصوص القانون ٤ لسنة ٢٠١٢، وزارة العدل، الجريدة الرسمية، العدد ٥٤٢، السنة الثانية والأربعون، أكتوبر ٢٠١٢، ص: ٣٥-٥١.

- الاتفاقات المقيدة بين المنشآت.
 - إساءة استغلال الوضع المهيمن.
 - عمليات التركيز الاقتصادي الضارة بالمنافسة.
- ومع ذلك فإن هذا التشريع قد قرر بعض الإعفاءات الهامة التي تصب في النهاية في مصلحة الاقتصاد الوطني. من ناحية أخرى، فإن المشرع الإماراتي، وعلى غرار التشريعات المماثلة، لم يهمل تسمية الأجهزة المعنية بالسهر على تطبيق القانون وحماية المنافسة كلجنة المنافسة ووزارة الاقتصاد. وأخيراً، فإن التشريع الإماراتي تضمن العديد من الجزاءات التي تراوحت في شدتها وفقاً لمدى جسامة الجرم المرتكب. لهذا، وفي ضوء ما سبق، فإننا سنعرض لهذه الدراسة في ستة مباحث وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: حظر الاتفاقات المقيدة بين المنشآت.
- المبحث الثاني: حظر إساءة استغلال الوضع المهيمن.
- المبحث الثالث: تنظيم عمليات التركيز الاقتصادي.
- المبحث الرابع: الأسعار التدميرية الضارة بالمنافسة.
- المبحث الخامس: الأنشطة والممارسات المعفاة من تطبيق القانون.
- المبحث السادس: ضمانات حماية المنافسة في التشريع الإماراتي.

المبحث الأول

حظر الاتفاقات المقيدة بين المنشآت

إن الأصل هو حرية التجارة وبالتالي فإنه ليس من الجائز وضع عراقيل أمام الآخرين لمنعهم من الدخول إلى السوق. وتعد المنافسة بذلك أداة لتكافؤ الفرص، حيث تسمح بالبقاء للأفضل، ومن ثم تترك للعميل حرية اختيار من يتعاقد معه بالنظر إلى جودة السلعة وسعرها. ومن جانب آخر تقوم المنافسة بدور فاعل في التخلص من السلوك التجاري غير المشروع، أي الذي يتنافى مع العدالة والإنصاف والعادات والأصول التجارية المرعية في المعاملات التجارية^(١٢).

لقد اهتم قانون حماية المنافسة الإماراتي بتنظيم الاتفاقات التي تؤثر على المنافسة باعتبارها الأكثر شيوعاً وتأثيراً على الاقتصاد الوطني. لقد حظر المشرع الاتحادي الاتفاقات المقيدة بين المنشآت، والتي يكون موضوعها أو الهدف منها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص تلك التي تستهدف ما يأتي^(١٣):

- أ - تحديد أسعار بيع أو شراء السلع والخدمات بشكل مباشر أو غير مباشر بافتعال الزيادة أو الخفض أو التثبيت بما يؤثر سلباً على المنافسة.
- ب - تحديد شروط البيع أو الشراء أو أداء الخدمة وما في حكم ذلك.
- ج - التواطؤ في العطاءات أو العروض في المزادات والمناقصات والممارسات وسائر عروض التوريد.
- د - تجميد عمليات الإنتاج أو التطوير أو التوزيع أو التسويق وجميع أوجه الاستثمار الأخرى، أو الحد منها.
- هـ - التواطؤ على رفض الشراء من منشأة أو منشآت معينة أو البيع أو التوريد، وعلى منع أو عرقلة ممارستها لنشاطها.
- و - الحد من حرية تدفق السلع والخدمات إلى السوق المعنية أو إخراجها منه، ومن ذلك إخفائها أو تخزينها دون وجه حق أو الامتناع عن التعامل فيها، أو افتعال وفرة مفاجئة فيها تؤدي إلى تداولها بسعر غير حقيقي.

(١٢) انظر: د. أحمد عبد الرحمن الملحم (١٩٩٢)، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٦، العدد ٢٠١، ص: ٢٧٨-٢٩٧.

(١٣) انظر: المادة (٥) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢.

ومن ناحية أخرى، فقد حظر المشرع أيضاً في الفقرة الثانية من ذات المادة الاتفاقات المقيدة بين المنشآت، والتي يكون من شأنها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص تلك التي تستهدف ما يأتي:

أ - تقاسم السوق أو تخصيص العملاء على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو المواسم أو الفترات الزمنية، أو على أي أساس آخر يؤثر سلباً على المنافسة.

ب - اتخاذ إجراءات لعرقلة دخول منشآت إلى السوق أو لإقصائها منه أو لعرقلة الانضمام إلى اتفاقات أو تحالفات قائمة.

وباستثناء الفقرة أ من البند (١) والفقرة أ من البند (٢) لا تسري أحكام هذه المادة على الاتفاقات ضعيفة الأثر التي لا تتجاوز الحصة الإجمالية للمنشآت التي تكون طرفاً فيها النسبة التي يحددها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، ولمجلس الوزراء - بناء على اقتراح الوزير - زيادة أو إنقاص هذه النسبة وفق متطلبات الوضع الاقتصادي.

ويلاحظ من النص السابق ما يلي:

أولاً: أن المشرع اعتبر الاتفاقات والتعاقدات في حد ذاتها جريمة وليس ما ينتج عنها من آثار، فالعبرة إذاً هي بإثبات التعاقد أو الاتفاق وليس الضرر الناجم عنه. فالقانون يحظر هذه الاتفاقات إذا كان من شأنها أو الهدف منها الإخلال بقواعد المنافسة أو الحد منها أو منعها، ويحمد للمشرع الإماراتي أنه ذكر التصرفات المستهدفة من تلك الاتفاقات، والتي من شأنها أن تخل بالمنافسة، على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يستفاد من إدراج المشرع لكلمة "....على الأخص" في النص سالف الذكر. لقد تجنب المشرع الإماراتي تلك السقطة التي وقع فيها المشرع المصري حينما ذكر هذا الأخير على سبيل الحصر كافة المقاصد التي من شأنها أن تجعل الاتفاقات سابقة الذكر تضر بالمنافسة، وهو أمر عصي على القبول ويلبس التشريع رداء الجمود في وقت تأبى فيه طبيعته - بحكم قابليته للتطور - هذا الأمر^(١٤). فمن

(١٤) لقد حظر المشرع المصري في المادة السادسة من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ (الجريدة الرسمية - العدد ٦ (مكرر) في ١٥ فبراير ٢٠٠٥) الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أي سوق معنية إذا كان من شأن ذلك إحداث أي مما يأتي:

أ- رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل.

ب- اقتسام أسواق المنتجات أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو السلع أو المواسم أو الفترات الزمنية.

المتصور وفقاً للصياغة الواردة بالقانون المصري أن يترتب على الاتفاق وجود آثار ضارة بالمنافسة ولا يتم تجريمها طالما أنها غير واردة بالمادة (٦) من القانون المصري لحماية المنافسة، كأن يؤدي الاتفاق مثلاً إلى الحد من النفاذ إلى الأسواق.

ثانياً: من ناحية أخرى، فإن قراءة متأنية للنص السابق يستفاد منها ضرورة توافر شرطين حتى يمكن اعتبار الاتفاق أو التعاقد بين المنشآت من قبيل الأنشطة المحظورة طبقاً لقانون حماية المنافسة، وهما:

١ - ضرورة وجود اتفاق رضائي بين طرفي التعاقد، فأي تعاقد يتم بالإكراه بين المنشآت المختلفة لا يعد من قبيل الاتفاقات المحظورة، ولا يهم هنا صورة الاتفاق طالما أبرم بطريقة رضائية، فقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً مكتوباً أو شفهاً مباشراً أو غير مباشر^(١٥).

٢ - أن يكون موضوع هذه الاتفاقات أو الهدف منها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، والعبرة هنا هي بإثبات التعاقد أو الاتفاق وليس الضرر الناجم عنها، فالقانون يحظر هذه الاتفاقات إذا كان من شأنها أن تؤدي - على الأخص - إلى تحديد شروط البيع أو الشراء أو أداء الخدمة وما في حكم ذلك، أو التواطؤ في العطاءات أو العروض في المزادات والمناقصات والممارسات وسائر عروض التوريد أو تجميد عمليات الإنتاج أو التطوير، أو التوزيع أو التسويق وجميع أوجه الاستثمار الأخرى، أو الحد منها، أو التواطؤ على رفض الشراء من منشأة أو

= ج- التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات أو المزادات والممارسات وسائر عروض التوريد.

د- تقييد عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق للسلع أو الخدمات، ويشمل ذلك تقييد نوع المنتج أو حجمه أو الحد من توافره.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفقرة تم إحلالها بمقتضى المادة الأولى من القانون ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ (انظر: الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (أ) في ٢٢ يونية ٢٠٠٨). وكان هذا البند في القانون قبل تعديله على النحو الآتي " تقييد عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق أو الحد من توزيع الخدمات أو نوعها أو حجمها أو وضع قيود أو شروط على توفيرها".

(١٥) يقصد بالمنشأة وفقاً للمادة (١) من القانون الاتحادي ٢٠١٢/٤ أي شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بنشاط اقتصادي، أو أي شخص مرتبط به، أو أي تجمع لهؤلاء الأشخاص بغض النظر عن شكله القانوني.

منشآت معينة أو البيع أو التوريد، وعلى منع أو عرقلة ممارستها لنشاطها، أو الحد من حرية تدفق السلع والخدمات إلى السوق المعنية أو إخراجها منه، ومن ذلك إخفاؤها أو تخزينها دون وجه حق، أو الامتناع عن التعامل فيها، أو افتعال وفرة مفاجئة فيها تؤدي إلى تداولها بسعر غير حقيقي، تقاسم الأسواق أو تخصيص العملاء على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو المواسم أو الفترات الزمنية أو على أي أساس آخر يؤثر سلباً على المنافسة، أو اتخاذ إجراءات لعرقلة دخول منشآت إلى السوق أو لإقصائها منه أو لعرقلة الانضمام إلى اتفاقات أو تحالفات قائمة.

وهنا نلاحظ أن المشرع الإماراتي، وعلى خلاف ما انتهجه المشرع المصري، لم يميز بين طبيعة الاتفاقات المحظورة في مادتين مستقلتين، وإنما عالجها معاً في ذات المادة (المادة الخامسة). فعادة يميز المشرع، كما فعل المشرع المصري، بين الاتفاقات الأفقية والاتفاقات الرأسية بين المنشآت^(١٦). لقد عالج المشرع المصري الاتفاقات الأفقية في المادة السادسة من القانون ٣/٢٠٠٥، بينما خصص المادة السابعة لتحريم الاتفاقات الرأسية^(١٧). أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فإنه لم يميز بين هذين النوعين من الاتفاقات، ولكنه يفهم ضمناً من سياق نص المادة الخامسة ببنديهما الأول والثاني.

وعلى الرغم من أن الاختلاف بين التشريعين المصري والإماراتي في هذا الموضوع هو مجرد خلاف شكلي، إلا أن المنهج الذي اتبعه القانون المصري يفضل نظيره الإماراتي نظراً لوضوحه، كما كنا نفضل أيضاً لو أن المشرع الإماراتي أدمج البندين الأول والثاني معاً بدلاً من تقسيمهما على هذا النحو، خاصة وأنه تقسيم لم يكن له ما يبرره من وجهة نظرنا.

ثالثاً: أضف إلى ما سبق أن المشرع الإماراتي، وفي اتجاه محمود منه، استثنى من تطبيق المادة الخامسة، عدا الفقرة "أ" في البندين الأول والثاني، الاتفاقات ضعيفة الأثر التي لا تتجاوز الحصة الإجمالية للمنشآت التي تكون طرفاً فيها النسبة التي

(١٦) يقصد بالاتفاقات الأفقية جميع الاتفاقات الصريحة والضمنية التي تبرمها المنشآت المتنافسة مع بعضها البعض، أي تلك التي تتنافس في منتجات وسلع متماثلة في نفس السوق، بينما نعني بالنوع الثاني من الاتفاقات (الرأسية) مجموعة الترتيبات والتعاقدات التي تتم بين الأطراف المنفذين لمراحل الإنتاج المختلفة لمنتج معين أو حلقات التسويق.

(١٧) لقد حظرت المادة السابعة من القانون أي اتفاق أو تعاقد بين الشخص وأي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة.

يحددها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية. وحسناً فعل المشرع الإماراتي ذلك حتى لا يعيق الأنشطة الاقتصادية بين الأطراف الاقتصادية طالما أن أثرها محدود، كما يحمد له مرونته حيث إنه أناط بمجلس الوزراء تغيير هذه النسبة بالزيادة أو النقصان تبعاً للظروف الاقتصادية السائدة، بالطبع بناء على اقتراح وزير الاقتصاد، وهو الاستثناء الذي لم نجد له مثيلاً في القانون المصري، ونهيب به أن يتبناه نظراً لمردوده الإيجابي على عملية التنمية الاقتصادية.

المبحث الثاني حظر إساءة استغلال الوضع المهيمن

تعتمد التشريعات المنظمة للمنافسة إلى معالجة حالة سوء استغلال الوضع المسيطر أو المهيمن تجنباً لوجود وضع احتكاري قد يكون من شأنه التأثير السلبي على الاقتصاد الوطني، وخاصة المستهلكين. ويقصد بالوضع المهيمن هو ذلك الوضع الذي يمكن أية منشأة بنفسها أو بالاشتراك مع بعض المنشآت الأخرى من التحكم أو التأثير على السوق المعنية.

وبمطالعة القانون الإماراتي لتنظيم المنافسة يتضح لنا أنه:

١ - يحظر على أي منشأة ذات وضع مهيمن في السوق المعنية أو في جزء أساسي ومؤثر منه، أن تقوم بأية تصرفات أو أعمال تفضي إلى إساءة استغلال هذا الوضع للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص ما يكون موضوعها أو الهدف منها^(١٨):

أ - فرض أسعار أو شروط إعادة بيع السلع أو الخدمات بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

ب - بيع سلعة أو أداء خدمة بسعر يقل عن تكلفتها الفعلية بهدف عرقلة دخول المنشآت المنافسة السوق المعنية أو إقصائها منه، أو تعريضها لخسائر بشكل يصعب معه الاستمرار في أنشطتها.

ج - التفرقة دون مبرر بين عملاء العقود المتماثلة في أسعار السلع والخدمات أو شروط عقود البيع أو الشراء الخاصة بها.

د - إرغام عميل على عدم التعامل مع منشأة منافسة.

هـ - الرفض الجزئي أو الكلي للتعامل وفق الشروط التجارية المعتادة.

و - الامتناع غير المبرر عن التعامل في السلع والخدمات بالبيع أو الشراء أو الحد من هذا التعامل أو عرقلته بما يؤدي إلى فرض سعر غير حقيقي له.

ز - تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لسلع أو خدمات على شرط قبول التزامات للتعامل بشأن سلع أو خدمات أخرى تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري غير مرتبطة بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق.

(١٨) انظر: نص المادة (٦) من القانون الاتحادي ٢٠١٢/٤.

- ح - نشر معلومات غير صحيحة عن المنتجات أو أسعارها مع العلم بذلك.
- ط - إنقاص أو زيادة الكميات المتاحة من المنتج بما يؤدي إلى افتعال عجز أو وفرة غير حقيقية في السلعة.
- ٢ - ويتحقق الوضع المهيمن المشار إليه في البند السابق من هذه المادة عند تجاوز حصة أية منشأة النسبة التي يقررها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، ولمجلس الوزراء - بناء على اقتراح الوزير - زيادة أو إنقاص هذه النسبة وفق متطلبات الوضع الاقتصادي.
- إن النص السابق يلقي الضوء على حظر هام يتعلق بإساءة استخدام الوضع المهيمن، وتتميز هنا صياغة النص بالدقة، إذ استمر المشرع الاتحادي على منهجه المميز من حيث ذكره لآثار استغلال الوضع المسيطر على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يفهم من استخدامه لاصطلاح "..... وبالأخص"، وذلك على نقيض المشرع المصري الذي ذكرها على سبيل الحصر. وفي رأينا أن المنهج الذي اتبعه المشرع الإماراتي يفضل ذلك الذي تبناه المشرع المصري في هذا الخصوص، حيث إن هذا الأخير قد أجهد نفسه في حصر كافة الحالات (من وجهة نظر المشرع المصري) التي يمكن أن تنتج عن الاستغلال السيئ للوضع المسيطر، في الوقت الذي تعد فيه مسألة حصرها أمراً بعيد المنال في الواقع العملي حتى وإن بدا ذلك ممكناً من الناحية النظرية^(١٩).

(١٩) لقد حظرت المادة الثامنة من القانون المصري على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي:

- أ- فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة.
- ب- الامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أي شخص أو وقف التعامل معه على نحو يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أي وقت.
- ج- فعل من شأنه أن يؤدي إلى الاقتصر على توزيع منتج دون غيره على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو عملاء أو مواسم فترات زمنية وذلك بين أشخاص ذوي علاقة رأسية.
- د- تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لمنتج على شرط قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري للمنتج غير مرتبطة به أو بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق.
- هـ- التمييز في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل بين بائعين أو مشتريين تتشابه مراكزهم التجارية.
- و- الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متى كان إنتاجه أو إتاحته ممكنة اقتصادياً.
- ز- أن يشترط على المتعاملين معه ألا يتيحوا لشخص منافس له استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً.
- ح- بيع منتجات بسعر يقل عن تكلفتها الحدية أو متوسط تكلفتها المتغيرة.
- ط- إلزام المورد بعدم التعامل مع منافس.

من ناحية أخرى، ويتأمل هذا النص، فإنه يمكننا أن نؤكد على ضرورة توافر مجموعة شروط حتى نكون بصدد إساءة استغلال المنشأة لسيطرتها على سوق معينة، تتمثل هذه الشروط في:

الشرط الأول - وجود سيطرة لمنشأة على سوق معينة: إن هذا الشرط ضروري وجوهري حتى يمكن حظر التصرفات والممارسات الواردة بالمادة السادسة، وكما سبق أن ذكرنا فإن المشرع الإماراتي عرّف الوضع المهيمن بأنه الوضع الذي يمكن أية منشأة بنفسها أو بالاشتراك مع بعض المنشآت الأخرى من التحكم أو التأثير على السوق المعنية^(٢٠).

لقد اتبع المشرع الإماراتي المنهج اللاتيني المتمثل في المدرسة الفرنسية في تحديده لمفهوم الوضع المهيمن، ومع ذلك فإن التشريع الإماراتي يختلف عن نظيره الفرنسي، حيث إن هذا الأخير لجأ إلى تحديد مفهوم قوة سيطرة المشروع على السوق، لكن مع ترك الأخذ بالمعيار المناسب في كل حالة على حدة للسلطات المنوط بها تطبيق قانون المنافسة، علاوة على ذلك، فإن موقف المشرع الإماراتي يناقض موقف المشرع الأمريكي الذي لم يعرف المركز الاحتكاري في قانون شيرمان (الخاص بحماية المنافسة)، وإنما ترك هذا الأمر للقضاء حيث يبرز ذلك من خلال الأحكام القضائية^(٢١).

وفي الواقع فإنه من الضروري حتى يمكن الإقرار بما إذا كان هناك حالة سيطرة على السوق أم لا أن تكون هذه السيطرة ذا طبيعة تسمح للمؤسسة أو مجموعة الشركات بأن تتجرد من ضغط المنافسة الذي تمثله الشركات الأخرى في نفس السوق، وتحقق السيطرة لمنشأة ما أو لأكثر من منشأة في حالة الشراكة بينهما عندما تتجاوز حصتها النسبة التي يقررها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في

(٢٠) تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري عرّف الوضع المسيطر في المادة (٤) من قانون حماية المنافسة رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بأنه: "قدرة الشخص..... على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك". انظر في تفصيل ذلك أيضاً تعريف الوضع المسيطر في العديد من القوانين وأحكام القضاء وآراء الفقه: د. أمل محمد شلبي (٢٠٠٨)، "التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار: دراسة مقارنة"، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص: ٤٤-٤٧.

(٢١) انظر تفصيل ذلك في: د. أحمد عبد الرحمن الملحم (١٩٩٧)، "الاحتكار والأفعال الاحتكارية: دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوروبي والكويتي"، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ص: ٧٥.

السوق المعنية. وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصري حدد هذه النسبة بما يتجاوز ٢٥٪ من السوق المعنية^(٢٢). أما في حالة القانون الإماراتي، فإن هذه النسبة قابلة للتغيير لتتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية المختلفة، وهذا سلوك محمود من المشرع الإماراتي. ويمكن تعديل هذه النسبة بناء على اقتراح من وزير الاقتصاد^(٢٣).

وبتأمل النص السابق يتضح لنا أن قانون المنافسة الإماراتي لم يحظر حالة الوضع المهيمن في ذاتها، وإنما حظر الاستغلال السيئ لهذا الوضع، والذي من شأنه أن يؤثر على المنافسة. وحتى يمكن الإقرار بوجود حالة سيطرة على السوق فلا بد من وجود سوق ملائمة أو مناسبة يمكن لإحدى الشركات أو مجموعة شركات أن تسيطر عليها، وأن يكون هناك إساءة استغلال لهذه السيطرة على نحو يؤثر على المنافسة في هذه السوق.

لذلك فإنه يصبح من الضروري تعريف السوق على نحو دقيق يحول دون وجود أي ليس أو غموض في شأن تحديد الوضع المسيطر، وفي الواقع فإنه يمكن تعريف السوق الملائم بأنه: "مكان يتقابل فيه العرض والطلب الخاص بمنتج معين أو خدمة محددة"^(٢٤). ومع ذلك فإن فكرة السوق تنطوي على مفهوم واسع يشمل بعدين هما البعد الجغرافي والبعد السلعي^(٢٥).

لقد عرّف التشريع الإماراتي في المادة الأولى منه السوق المعنية بأنها السلعة أو الخدمة أو مجموع السلع أو الخدمات التي تكون على أساس سعرها وخصائصها وأوجه استعمالها قابلة للاستعاضة عنها بغيرها أو الاختيار بين بدائلها لتلبية حاجة معينة للمستهلك في منطقة جغرافية معينة. إن السوق المعنية هنا تقوم على عنصرين هما: المنتجات والنطاق الجغرافي، فالمنتجات هي المنتجات التي يعد كل منها، من وجهة نظر المستهلك بديلاً عملياً وموضوعياً للآخر، ويؤخذ في هذا التحديد على

(٢٢) انظر: المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري ٢٠٠٥/٣.

(٢٣) لم يصدر قرار من مجلس الوزراء حتى تاريخ كتابة هذه الدراسة بتحديد نسبة حصة المنشأة من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، والتي إن تم تجاوزها يتحقق الوضع المهيمن للمنشأة. ونحن نهيب بمجلس الوزراء سرعة إصدار قرار في هذا الشأن تجنباً لعرقلة تطبيق القانون.

(٢٤) انظر: Raport du conseil de la concurrence, France, 2001. وانظر أيضاً: Journal officiel de la Communauté Européenne, no. C 372, 9 déc. 1997.

(٢٥) انظر في تفصيل ذلك: محمد سلمان الغريب (٢٠٠٤)، "الاحتكار والمنافسة غير المشروعة" دار النهضة العربية، ص ٢١٤ وما بعدها.

الأخص بأي من المعايير الآتية: تماثل المنتجات في الخواص والاستخدام، مدى إمكانية تحول المشتريين عن المنتج إلى منتج آخر نتيجة التغيير النسبي في السعر أو في أية عوامل تنافسية أخرى، ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة التغيير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى، السهولة النسبية التي يمكن بها للأشخاص الآخرين دخول سوق المنتج، ومدى توافر المنتجات البديلة أمام المستهلك.

أما **النطاق الجغرافي** فهو عبارة عن المنطقة الجغرافية التي تتجانس فيها ظروف التنافس، وفي هذا الصدد يؤخذ في الاعتبار فرص التنافس المحتملة وأي من المعايير الآتية: مدى القدرة على انتقال المشتريين بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى، السهولة النسبية التي يستطيع بمقتضاها أشخاص آخرون دخول السوق المعنية، تكاليف النقل بين المناطق الجغرافية، بما في ذلك تكلفة التأمين والوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات المعنية من أسواق أو مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج، والرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية على المستويين المحلي والخارجي.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس المنافسة الفرنسي قد أسهم على نحو فعال في تطوير مفهوم النطاق النوعي والجغرافي للسوق المعنية. فعندما تكون المشروعات المسؤولة عن الممارسات الضارة بالمنافسة موجودة في دولة أخرى، وتمتد الآثار السلبية لهذه الممارسات على المنافسة في فرنسا، فإن الاختصاص ينعقد في هذه الحالة للسلطات الوطنية المعنية بتنظيم المنافسة وحمايتها من المنافسات الضارة. ولقد تأثر القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بهذا الفقه، والذي عرف ب(فقه الآثار). فلقد قرر المشرع المصري في المادة (٥) من قانون حماية المنافسة رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ على أن تسري أحكام هذا القانون على الأفعال التي ترتكب في الخارج إذا ترتب عليها منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في مصر والتي تشكل جرائم طبقاً لهذا القانون.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قد تأثر أيضاً بهذا الفقه، وهذا ما يتجلى لنا من الاطلاع على نص المادة (٣) من الفصل الثالث من القانون الاتحادي. فوفقاً لهذه المادة تسري أحكام هذا القانون على جميع المنشآت، وذلك فيما يتصل بأنشطتها الاقتصادية في الدولة وعلى استغلال حقوق الملكية الفكرية داخل الدولة وخارجها، كما تسري على الأنشطة الاقتصادية التي تسري خارج الدولة وتؤثر على المنافسة في الدولة، فكما يتضح من نص هذه المادة، فإن نطاق المسؤولية يشمل المشروعات

الموجودة خارج الدولة متى كان لنشاطها تأثير ضار على المنافسة في دولة الإمارات، وهو ما يجعلها تجسيدا قانونياً لفقه الآثار السابق الإشارة إليه، وهو مسلك محمود من المشرع الإماراتي.

الشرط الثاني - إساءة استغلال الوضع المهيمن:

يتعين قيام المنشأة ذات السيطرة على السوق المعنية بأفعال من شأنها أن تؤثر بصورة سلبية على المنافسة حتى يمكن تجريم هذا الفعل وفقاً للقانون، فالسيطرة على السوق إذاً لا تعد في ذاتها أمراً محظوراً، وإنما يحظر قيام هذا الشخص المسيطر بإساءة استخدام هذه السيطرة.

وتتجلى إساءة استعمال الوضع المسيطر في قيام من له السيطرة بأحد أو عدة أفعال أوردها القانون على سبيل المثال لا الحصر، وتتمثل في تحقق أحد البنود التسعة المذكورة في المادة (٦)، أو حدوث أى أثر آخر يكون من شأنه الحد من المنافسة أو الإخلال بها أو منعها حتى ولو لم يكن وارداً من بين الآثار المدرجة بالمادة سالفة الذكر.

يلاحظ من ناحية أخرى، أن المشرع الإماراتي وكمثيله المصري، على خلاف بعض تشريعات تنظيم المنافسة كالقانون الفرنسي، لم يميز بين إساءة استغلال الوضع المهيمن من ناحية، وإساءة استغلال حالة التبعية الاقتصادية (حالة الارتباط الاقتصادي بين طرف اقتصادي وطرف اقتصادي آخر) من ناحية أخرى، مثل اعتماد موزع على أحد الموردين أو اعتماد أحد العملاء على مورد ما^(٢٦). ومع ذلك فإنه يمكن القول بأن المشرع الإماراتي قد أدمج على نحو جزئي هاتين الفكرتين معاً، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع قد حظر استغلال الوضع المسيطر على سوق معينة في القيام بإرغام عميل (قد يكون العميل هنا مورد) بعدم التعامل مع منافس (البند د من المادة السادسة)، فهذا التصرف يفترض وجود تبعية اقتصادية بين العميل والمنشأة

(٢٦) تجدر الإشارة إلى أن المادة ٢ - L٤٢٠٠ - من قانون المنافسة الفرنسي الصادر في ٢٠٠١ (Journal Officiel, 42ème année, N.14, 15 Juillet 2001) حظرت الاستغلال السيئ لشركة أو لمجموعة من الشركات لوضعها المسيطر على السوق الداخلي أو لجزء هام منها. وقد يتمثل هذا الاستغلال السيئ على الأخص في رفض البيع، أو في البيع المرتبط بشروط معينة أو البيع بشروط تمييزية، أو في قطع العلاقات التجارية المستقرة، بسبب رفض الشريك التجاري الخضوع للشروط التجارية غير المبررة. كما حرم هذا النص أيضاً، في حال قدرتها على التأثير على عمل أو هيكل المنافسة، الاستغلال السيئ من قبل شركة أو مجموعة شركات لحالة التبعية الاقتصادية والتي يتواجد بها بالنسبة لها شركة عميلة أو مورد.

المسيطرة وقد مكّنت هذه العلاقة المنشأة المهيمنة (المتبوع) من فرض هيمنتها وسيطرتها على العميل المورد (التابع) وإلزامه بعدم التعامل مع منافسين آخرين في السوق.

وفى الواقع فإنه من المتصور وجود حالة تبعية اقتصادية دون أن يكون هناك هيمنة لمنشأة على سوق، لذلك فإنه كان من الأجدر بالمشروع الإماراتي أن يهتدي بخطا المشرع الفرنسي في تجريم إساءة استغلال الوضع المسيطر وأيضاً إساءة استغلال التبعية الاقتصادية كل بصورة مستقلة من أجل تفادي إفلات أي نشاط أو ممارسات ضارة بالمنافسة من العقاب.

المبحث الثالث

تنظيم عمليات التركيز الاقتصادي

لقد انتشرت في الوقت الراهن عمليات الاندماج والاستحواذ بين المشروعات الاقتصادية سواء بين الشركات المنافسة أو الشركات المتكاملة وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الكارتيلات الاحتكارية الكبرى، وعلى الرغم من أهمية هذه التكتلات الاحتكارية في زيادة حجم الأنشطة الاقتصادية والاستفادة من فكرة الإنتاج الكبير أو ما يسمى باقتصاديات الحجم أو وفورات الإنتاج Economies of scale، فإن هذه التكتلات قد تؤثر سلباً على المنافسة^(٢٧).

لقد ثار جدل فقهي كبير بين الاقتصاديين حول مدى أهمية الاحتكار للاقتصاد الوطني، ففي حين يرفضه فريق من الاقتصاديين باعتبار أنه يؤدي إلى التحكم في الأسعار والأسواق وتخفيض جودة المنتج والإضرار بالمنافسة وأيضاً بمصلحة المستهلكين ويحد أو يمنع النشاط الابتكاري، يرى فريق آخر أنه لا يخلو من فوائد عديدة^(٢٨). ويأتي على رأس هذه الفوائد الاستفادة من رؤوس الأموال الضخمة في تنفيذ المشروعات العملاقة وزيادة حجم الإنتاج والاستفادة من ميزة وفورات الحجم، وقد يحفز على التقدم التكنولوجي.

ومع ذلك فإنه من الصعب الاعتماد كلياً على هذه الآراء الفقهية خاصة وأن الواقع العملي يؤكد لنا أن هناك العديد من المشروعات الاقتصادية قد حققت تقدماً تكنولوجياً على الرغم من عدم كبر حجمها، كما أنها لم تكن في وضع احتكاري، كما أن هناك منشآت كبيرة لم تتمكن من الدخول إلى الأسواق العالمية^(٢٩).

وتجدر الإشارة إلى أن الوضع الاحتكاري لا يتعين تجريمه في حد ذاته وإنما يتم تجريم آثاره السلبية التي تضر بالمنافسة. لقد آمن الفكر الاقتصادي حديثاً بضرورة تبني منهج معتدل يحقق التوازن بين فلسفة تدخل الدولة من ناحية وفلسفة

(٢٧) لمزيد من التفصيل حول فكرة اقتصاديات الحجم انظر: د. محمد الشافعي، (٢٠٠٦)، "العلاقات الاقتصادية الدولية"، دار النهضة العربية، ص ٦٠ وما بعدها.

(٢٨) انظر: سهير أبو العينين (١٩٩٥)، "آثار الخصخصة على الاحتكار في مصر"، مذكرة خارجية رقم ١٥٨٨، معهد التخطيط القومي، القاهرة، ص: ٦-٧.

(٢٩) انظر: مورييس جرجس (٢٠٠٠)، "آليات دعم القدرة التنافسية في القطاع الصناعي في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية"، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الأول، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ص ١٧.

التوازن التلقائي من ناحية أخرى، فلم يعد هناك ما يحول من تدخل الدولة لتنظيم السوق مع عدم إغفال دور الأسواق عندما لا تدعو الحاجة إلى هذا التدخل، ونتيجة لذلك فقد شهد القرن الحادي والعشرون علاقة من نوع جديد بين الدولة والسوق أكثر توازناً عما كان سائداً في القرن العشرين، حيث أصبحت الفلسفة المتبعة هي "الدولة والسوق" وليست فلسفة "الدولة أو السوق" (٣٠).

وعلى هدي ما سبق، فقد حاول المشرع الإماراتي أن يلاحق التطورات الاقتصادية المعاصرة، فقام بتنظيم وضع التركيز الاقتصادي في المواد ٩-١١ من القانون الاتحادي، ونعني بالتركز الاقتصادي، كما عرفه المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون، كل تصرف ينشأ عنه نقل كلي أو جزئي (اندماج أو استحواذ) لملكية أو حقوق انتفاع في ممتلكات أو حقوق أو أسهم أو حصص أو التزامات منشأة إلى منشأة أخرى، من شأنه أن يمكن منشأة أو مجموعة من المنشآت من السيطرة بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منشأة أو مجموعة منشآت أخرى.

وقد يحدث التركيز الاقتصادي إذاً نتيجة لعملية استحواذ أو عملية اندماج بين شركتين أو أكثر، ونعني بالاستحواذ السيطرة أو التحكم في إدارة الشركة المستحوذ عليها لتحقيق الحق في التصرف بشؤونها من خلال عروض الشراء المقررة في مجال الشركات، أما الاندماج فهو انتقال جزء من أصول الشركة (المادية والمعنوية) المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة بشراء جميع أو جزء كبير من أسهم الشركة (٣١).

لقد اشترط المشرع الإماراتي لصحة عمليات التركيز الاقتصادي التي تجاوزت الحصة الإجمالية للمنشآت الأطراف فيها النسبة التي يحددها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، والتي من شأنها التأثير على مستوى المنافسة في السوق المعنية وعلى الأخص خلق أو تعزيز وضع مهيمن، قيام المنشآت المعنية بتقديم طلب إلى الوزارة قبل ثلاثين يوماً على الأقل من إتمامها، ولمجلس الوزراء - بناء على اقتراح الوزير - زيادة أو إنقاص نسبة التركيز المنصوص عليها سابقاً وفق

(٣٠) انظر في تفصيل ذلك: د. عبد الباسط وفا (٢٠٠١)، "سياسة تحطيم المشروعات من خلال الأسعار وانعكاساتها على الأسواق التنافسية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢١.

(٣١) انظر: د. أحمد عبدالرحمن الملحم (١٩٩٥)، "مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية.. دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشرة، العدد الثالث، جامعة الكويت، ص ١٤-١٦.

متطلبات الوضع الاقتصادي، وأحال المشرع على اللائحة التنفيذية تحديد الضوابط الخاصة بطلب التركيز الاقتصادي والمستندات الواجب إرفاقها بالطلب.

إن تنظيم المشرع الإماراتي وحظره للتركز الاقتصادي عند تجاوزه للحصة الإجمالية للمنشآت المحددة من قبل مجلس الوزراء، هو أمر يستهدف منع خلق أو تشجيع وضع مسيطر وهو ما من شأنه أن يشكل تهديداً للمنافسة، ويتفق هنا المشرع الإماراتي مع نظيره الكندي الذي يمنع عمليات الدمج التي تخذ من المنافسة والتي لا ينتج عنها مكاسب تتعلق بالكفاءة الاقتصادية تنعكس على الشركات أو على المستهلكين. ومن ناحيته أيضاً، فإن المشرع الياباني، وكذلك الأمريكي، يبرران السيطرة على عمليات التركيز الاقتصادي بحماية المنافسة، على نحو يبدو معه أن منع التركيز لا يكون إلا في تلك الحالة التي يقيد فيها هذا الأخير المنافسة بصورة قوية. وفي بعض الدول الأخرى يمكن أن يتسع المبرر الذي من أجله فرضت قيود على عمليات الدمج والاستحواذ، ففي المملكة المتحدة على سبيل المثال تتحدد مشروعية أمر التركيز الاقتصادي من عدمها بحسب اتفاقه أو مخالفته للمصلحة العامة، بينما يتوقف الأمر في سويسرا على ما إذا كان ذلك يتفق مع النظام الاقتصادي والاجتماعي أم لا^(٣٢).

وعلى صعيد إجراءات التحقق والتأكد من مدى تأثير التركيز الاقتصادي، فإنه يلاحظ أن وزارة الاقتصاد تقوم بالتحقق من عمليات التركيز الاقتصادي قبل أن تبت في إجازة عملية التركيز من عدمه^(٣٣). ويتعين على وزارة الاقتصاد الرد على الطلب خلال تسعين يوماً من تاريخ استلام الطلب، ويمكن تمديد هذا أجل خمسة وأربعين يوماً أخرى، ولا يجوز للمنشأة اتخاذ أية إجراءات للتركز أثناء فترة البت في الموضوع. من ناحية أخرى، فإنه في حالة عدم رد وزير الاقتصاد على الطلب خلال المدة المحددة فإن ذلك يعد بمثابة موافقة ضمنية على طلب عملية التركيز الاقتصادي.

ويجوز للوزير أن يتخذ قراراً مسبباً في شأن الطلب المقدم بعملية التركيز الاقتصادي إما بالرفض وإما بالموافقة، وقد تكون الموافقة خالية من التحفظات والقيود، ويحدث ذلك غالباً إذا كانت عملية التركيز لا تؤثر سلباً على المنافسة أو كانت

(٣٢) انظر في تفصيل هذه المبررات في التشريعات المقارنة:

Brault, Dominique (1995), "Droit de la concurrence compare: vers un ordre concurrentiel mondial?", Economica, Paris, Pp: 42-43.

(٣٣) انظر: المادة (١٠) من التشريع الإماراتي.

آثارها الإيجابية أكثر من آثارها السلبية، وأحياناً ما تكون موافقة مشروطة بتعهد المنشآت المعنية بتنفيذ الشروط والالتزامات التي يحددها الوزير لهذه الغاية^(٣٤).

ومن الملاحظ هنا أن المشرع الإماراتي اقتفى أثر المشرع الفرنسي عند صياغته لإجراءات الموافقة على التركيز الاقتصادي، وهو أمر محمود له حيث يضمن الرقابة على عمليات الدمج والاستحواذ، التي يمكن أن يكون لها تأثير سلبي على الاقتصاد الوطني^(٣٥). وهو على نقيض المشرع المصري الذي تجاهل وضع إطار تقييدي لعمليات الدمج والاستحواذ، فقد عدت المادة (١١) من التشريع المصري وظائف جهاز حماية المنافسة، حيث قررت في فقرتها الثانية أنه من بين هذه الوظائف، تلقي الإخطارات من الأشخاص فور اكتسابها أي أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر. وقد حددت المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية بأنه يتعين الإخطار خلال ٣٠ يوماً من

(٣٤) انظر: المادة ١١ من القانون الاتحادي.

(٣٥) لقد عالجت المادة (المادة ١-٤٣٠-L) من القانون الفرنسي مسألة الاتحادات الاحتكارية وتشكيل الاندماجات واكتساب وشراء أصول وحقوق الملكية من خلال اشتراطها ضرورة إخطار مجلس المنافسة بهذا الاندماج أو الشراء قبل حدوثه، وإلا ستطبق عقوبة مالية في حالة عدم اتباع هذا الإجراء. أما بالنسبة للقانون المصري فإن المادة (١١) التي عدت وظائف جهاز حماية المنافسة قد ذكرت في فقرتها الثانية أنه من بين هذه الوظائف، تلقي الإخطارات من الأشخاص فور اكتسابها أي أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر. وقد حددت المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية بأنه يتعين الإخطار خلال ٣٠ يوماً من اكتساب الأصول أو الدمج، بينما أشارت المادة (٤٥) من هذه اللائحة إلى أن تقديم الإخطار يكون كتابةً إلى الجهة المعنية (جهاز حماية المنافسة)، كما يتعين أن يتضمن بعض البيانات مثل أسماء مقدم الإخطار والأشخاص ذوي الصلة وطبيعة التصرف القانوني المخطر به والتراخيص والموافقات التي تم الحصول عليها وأن يرفق بالإخطار المستندات المؤيدة لهذه البيانات. ويلاحظ على النص المصري أنه لم يضع تعريفاً دقيقاً للاتحادات والاندماجات أو قيمة الأصول وحقوق الملكية التي يتم شراؤها، وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي حدد في المادتين ٤٠٢، و ١-٤٣٠ مفهوم الاندماجات والاتحادات الاحتكارية. من ناحية أخرى، فإنه من الملاحظ أن المشرع المصري لم يضع آلية دقيقة ومحددة يوضح من خلالها مصير الإخطار المتعلق بعملية الدمج أو الشراء أو التحالف وسلطات جهاز المنافسة في الرد على هذا الإخطار ومدى صلاحيته في قبول أو رفض هذه التصرفات، وذلك على غرار السلطات المقررة لمجلس المنافسة بالقانون الفرنسي، ويظل هذا الوضع غامضاً، مع ضرورة قصر مفهوم الإخطار على أنه مجرد إحاطة جهاز المنافسة علماً بالتصرف الذي تم، إلى أن يتدخل المشرع بإضافة نص قانوني يذكر فيه هذه التفاصيل.

اكتساب الأصول أو الدمج، بينما أشارت المادة (٤٥) من هذه اللائحة إلى أن تقديم الإخطار يكون كتابةً إلى الجهة المعنية (جهاز حماية المنافسة)، كما يتعين أن يتضمن بعض البيانات مثل أسماء مقدم الإخطار والأشخاص ذوي الصلة وطبيعة التصرف القانوني المخاطر به والتراخيص والموافقات التي تم الحصول عليها، وأن يرفق بالإخطار المستندات المؤيدة لهذه البيانات^(٣٦).

ويلاحظ على النص المصري أنه لم يضع تعريفاً دقيقاً للاتحادات والاندماجات أو قيمة الأصول وحقوق الملكية التي يتم شراؤها، وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي حدد في المادتين ٤٠٢، و ٤٣٠-١ مفهوم الاندماجات والاتحادات الاحتكارية. من ناحية أخرى، فإنه من الملاحظ أن المشرع المصري لم يضع آلية دقيقة ومحددة يوضح من خلالها مصير الإخطار المتعلق بعملية الدمج أو الشراء أو التحالف، وسلطات جهاز المنافسة في الرد على هذا الإخطار ومدى صلاحيته في قبول أو رفض هذه التصرفات وذلك على غرار السلطات المقررة لمجلس المنافسة بالقانون الفرنسي، ويظل هذا الوضع غامضاً، مع ضرورة قصر مفهوم الإخطار على أنه مجرد إحاطة جهاز المنافسة علماً بالتصرف الذي تم، إلى أن يتدخل المشرع بإضافة نص قانوني يذكر فيه هذه التفاصيل^(٣٧). نخلص إذاً إلى القول بأن موقف المشرع الإماراتي من عمليات الدمج والاستحواذ أفضل بكثير من موقف المشرع المصري.

(٣٦) من الجدير بالذكر أن مشروع قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار كان يطبق أحكام الاندماج إذا تجاوز رأس المال أو رقم الأعمال السنوي للمنشآت المندمجة مبلغ خمسين مليون جنيهاً مصرياً في آخر سنة مالية، كما كان ينص صراحة على حظر الاندماجات والتحالفات إذا كان من شأنها أو القصد منها الإضرار بالمنافسة في السوق المعنية أو الحد منها. انظر في تفصيل ذلك: مشروع قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٦٧٦ - ١٩ فبراير ٢٠٠١.

(٣٧) لقد كان مشروع القانون يتضمن تفاصيل مواعيد الإخطار وصلاحيات جهاز المنافسة في قبول أو رفض التصرف. انظر في تفصيل ذلك: مشروع القانون، المرجع السابق، ص ١٨-١٩.

المبحث الرابع الأسعار التدميرية الضارة بالمنافسة

لم يتعرض المشرع الإماراتي، شأنه شأن نظيره المصري^(٣٨)، عند إصداره لقانون حماية المنافسة لحالة عرض الشخص لسعة بسعر مخفض للمستهلكين على نحو مبالغ فيه، بأن يكون أقل من تكلفة إنتاجها ونقلها وتسويقها بهدف الانفراد بالسوق أو إعاقة شركة أو شركات أخرى من النفاذ إلى السوق.

لقد سبق أن رأينا في عرضنا السابق أن المشرع الإماراتي حظر الاتفاقات، وإساءة استغلال الوضع المسيطر، كما نظم حالة التركيز الاقتصادي، لكنه مع ذلك سكت عن تجريم سياسة الأسعار التدميرية التي تنبع من تصرفات فردية وليس عن اتفاق أو تعاقّد بين أشخاص متنافسة. فمن المتصور أحياناً عدم تبني الشخص لسياسة الأسعار التدميرية بمقتضى اتفاق أو تعاقّد مع شخص آخر، ومن ثم يفلت من العقاب في هذه الحالة، كما أنه من المتصور أيضاً في الواقع العملي ألا يكون السعر التدميري ناتجاً عن إساءة لسوء استغلال الوضع المسيطر، كون أن حصة هذا الشخص لم تتجاوز النسبة التي يقرها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، فقد تبلغ مثلاً هذه الحصة ٢٤٪ من السوق المعنية بينما يحددها المشرع بنسبة تتجاوز ٢٥٪، فهنا أيضاً يفلت سلوك الشخص من التجريم على الرغم من مسلكه الضار بالمنافسة، وهو ما تجنبه المشرع الفرنسي.

فعلى خلاف المشرع الإماراتي، نجد أن الحالة السابقة قد وردت في التشريع الفرنسي، حيث اعتبر المشرع الفرنسي في المادة ٤٢٠-٥ L أنه من قبيل الممارسات المناهضة للمنافسة البيع بأسعار أو عرض السلع بأسعار مخفضة للمستهلكين على نحو مغالى فيه، مقارنة بتكاليف الإنتاج والنقل والتسويق، على أن تؤدي هذه الممارسات إلى إلغاء إحدى الشركات من السوق أو إعاقتها من النفاذ إلى السوق أو أحد منتجاتها.

(٣٨) لم يتضمن التشريع المصري نصاً صريحاً يعالج به حالة الأسعار التدميرية الناتجة عن تصرف فردي، وإنما تضمّن فقط في المادة (٦) من القانون ٣ لسنة ٢٠٠٥ والمادة (١١) من اللائحة التنفيذية حالة الأسعار التدميرية الناتجة عن اتفاق أو تعاقّد بين الأشخاص المتنافسة. وهذا ما يفهم من نص المادة (٦)، التي تقرّر "يحظر الاتفاق أو التعاقّد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معنية إذا كان من شأنه إحداث أي مما يلي: (أ) رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل. (ب)....."

ويسعى هذا النص إلى محاربة الممارسات غير التنافسية والتي تتمثل في تخفيض أسعار المنتجات على نحو مبالغ فيه وهي ما تسمى بالأسعار التدميرية *Prix predatrices*، لأنها تهدف في النهاية إلى تدمير المشروعات المنافسة وخلق وضع احتكاري ومسيطر في السوق للشركة التي تقوم بتخفيض الأسعار على هذا النحو.

إن خلو تشريع المنافسة الإماراتي من مثل هذا النص يمثل فجوة قانونية وثغرة تشريعية لا يمكن سدها إلا من خلال معالجة تشريعية دقيقة على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، فمن المتصور أن يقوم أحد الأشخاص في الإمارات مالكاً كان لمنشأة فردية أو شركة أو مجموعة شركات، ودون أن يكون له وضع مسيطر على السوق، بتخفيض سعر سلعة أو عدة سلع وبيعها للمستهلكين عند مستوى أقل من تكلفتها الكلية بهدف القضاء على المنافسين وإخراجهم من السوق أو منع آخرين من دخول السوق. في مثل هذه الحالة لا يوجد نص قانوني في التشريع الراهن يحظر مثل هذا التصرف، وهو ما يمثل فراغاً تشريعياً خطيراً ومن ثم يتعين معالجة هذه الثغرة من خلال تدخل تشريعي.

المبحث الخامس

الأنشطة والممارسات المعفاة من تطبيق القانون

لقد أعفى المشرع الإماراتي من الخضوع لقواعد قانون المنافسة بعض الكيانات الاقتصادية وذلك على النحو الآتي:

أولاً - القطاعات الحيوية والأنشطة التي تمارسها المرافق العامة في الدولة:

ولقد وردت هذه القطاعات والأنشطة على سبيل الحصر في ملحق القانون ٤ / ٢٠١٢، وتشمل هذه الاستثناءات قطاع الاتصالات والقطاع المالي والأنشطة الثقافية وقطاع النفط والغاز وإنتاج وتوزيع المنتجات الصيدلانية والخدمات البريدية بما فيها خدمات البريد السريع والأنشطة المتعلقة بإنتاج وتوزيع ونقل الكهرباء والمياه والأنشطة الخاصة بتدبير الصرف الصحي وتصريف القمامة والنظافة الصحية وما يماثلها بالإضافة إلى الخدمات البيئية الداعمة لها، وأخيراً قطاعات النقل البري والبحري والجوي والنقل عبر السكك الحديدية والخدمات المتصلة بها^(٣٩).

وبناء على ما سبق، فإن القرارات والاتفاقات والعقود والأعمال التي تبرمها وتنفذها هذه المرافق التابعة للدولة لا تخضع لأي من أحكام الحظر المنصوص عليها في المواد ٥، ٦، ٩ من القانون، ويبرر هذا الإعفاء أن تلك المرافق التي تديرها الدولة تستهدف دائماً تحقيق المصلحة العامة، كما أنها قطاعات حيوية تمس الأمن القومي للدولة، وقد تنطوي الاتفاقات التي تبرمها هذه المرافق على مخالفات لقواعد حماية المنافسة، إلا أنها تستهدف تحقيق مصلحة المجتمع، وهو الأمر الذي يسوّغ إعفاءها من الخضوع للقانون.

ثانياً - التصرفات التي تبشرها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات:

أجاز المشرع بمقتضى المادة الرابعة من القانون إعفاء التصرفات التي تبشرها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات، وكذلك التصرفات الصادرة عن المنشآت من أحكام قانون المنافسة، واشترط المشرع لصحة ذلك أن تتم هذه التصرفات بناء على قرار أو تفويض من الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات أو تحت إشراف أي منهما، وأن يتم ذلك في حدود الضوابط التي يحددها مجلس الوزراء.

(٣٩) انظر: المادة ٤ من القانون الإماراتي.

ومن جديد يغلب المشرع المصلحة العامة على تطبيق أحكام قانون المنافسة، وإن كنا نُنظّر بأن المشرع قد توسّع هنا في نطاق الاستثناء حيث لم يقيد الاتفاقات بمجال معين بل جعله مطلقاً، وهو ما يجعلنا نتساءل، حال وضعنا هذا الاستثناء بجانب الاستثناء الأول، حول مدى جدوى هذا القانون الذي ربما يكون قد نظم المنافسة بين أشخاص القطاع الخاص دون أن يفعل نفس الشيء بين أشخاص القانون الخاص من ناحية والمنشآت المملوكة للدولة من ناحية أخرى، حيث إنحاز القانون لهذه الأخيرة وحصّن الاتفاقات التي تبرمها ضد تطبيق أحكامه.

ثالثاً - المنشآت الصغيرة والمتوسطة:

بالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أعفى المشرع الإماراتي أيضاً الاتفاقات المتعلقة بالمشروعات الصغيرة والمتوسطة نظراً لما تمثله جميع هذه الاتفاقات من أهمية لعملية التنمية الاقتصادية، ولقد اقتفى المشرع الإماراتي هنا خطاً مثيله الفرنسي^(٤٠). ولا شك أن المشرع استهدف من وراء ذلك تشجيع المشروعات الصغيرة والمتوسطة على النمو للحد من معدلات البطالة وتحفيز الاستثمار وزيادة الإنتاج، حيث إن تطبيق قواعد المنافسة عليها كان من الممكن أن يقلل من فرص تواجدها في ظل تواجد المشروعات الاقتصادية الكبرى ذات الخبرات الكبيرة في السوق.

رابعاً - استثناءات على الاتفاقات المقيدة والممارسات ذات الصلة بوضع مهيمن:

لقد أجاز المشرع الإماراتي لوزير الاقتصاد بناء على توصية من لجنة تنظيم المنافسة استثناء الاتفاقات المقيدة أو الممارسات ذات الصلة بوضع مهيمن من تطبيق المادتين (٥)، (٦)، ومع ذلك فإن المشرع الإماراتي قد اشترط لذلك ما يأتي^(٤١):

١ - أن تقوم المنشآت المعنية بإخطار الوزارة بها مسبقاً مع إرفاق المستندات المطلوبة بالإخطار.

٢ - أن تثبت المنشآت المعنية أن هذه الاتفاقات أو الممارسات ستؤدي إلى تعزيز

(٤٠) لمزيد من التفصيل حول معاملة قانون حماية المنافسة الفرنسي للشركات المتوسطة والصغيرة، انظر:

Picod, Yves (2006), "Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence", Dalloz, Paris, pp:1-22.

(٤١) انظر في تفصيل ذلك: المادة (٧) من القانون.

التنمية الاقتصادية أو تحسين أداء المنشآت وقدرتها التنافسية أو تطوير نظم الإنتاج والتوزيع أو تحقيق منافع معينة للمستهلك.

٣ - أن يتم إخطار الوزارة بمشروع أي تعديل يطرأ على الاتفاقات المقيدة أو الممارسات ذات الصلة بوضع مهيمن، السابق الحصول على استثناء بشأنها خلال ثلاثين يوماً من إبرام المشروع.

ويشبه هذا الاستثناء مثيله الذي أورده القانون الفرنسي^(٤٢). على خلاف ذلك فإن التشريع المصري لم يتضمن مثل هذا الاستثناء.

خامساً - الاتفاقات ضعيفة الأثر:

أعفى المشرع الإماراتي، كما سبق أن ذكرنا، في عجز المادة الخامسة، الاتفاقات ضعيفة الأثر من الخضوع لأحكام القانون، وتعد الاتفاقات ضعيفة الأثر وفقاً للتشريع الإماراتي، عندما لا تتجاوز الحصة الإجمالية للمنشآت التي تكون طرفاً فيها النسبة التي يحددها مجلس الوزراء من إجمالي المعاملات في السوق المعنية، وهذه النسبة تتحدد من قبل مجلس الوزراء ويمكن تعديلها وفقاً لمتطلبات الوضع الاقتصادي، وهذا التعديل قد يكون بالزيادة أو النقصان.

ويهدف هذا الاستثناء إلى تيسير الاتفاقات والأنشطة الاقتصادية وتشجيع التنمية الاقتصادية. وبتقرير هذا الاستثناء يكون المشرع الإماراتي قد تبنى نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي، بينما لم يقتب المشرع المصري نفس أثرهما وهو أمر محل انتقاد.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء لا يمتد نطاقه إلى الاتفاقات التي تستهدف تحديد أسعار بيع أو شراء السلع والخدمات بشكل مباشر أو غير مباشر بافتعال

(٤٢) ولقد أعفى المشرع الفرنسي بمقتضى المادة (L- 420 - 4) من الخضوع لحظر الاتفاقات الضارة بالمنافسة الآتي:

١- في حالة وجود نص قانوني أو لائحي يعفى هذا الاتفاق أو التعاقد أو التصرف من الحظر الوارد بالنصوص المعنية.

٢- وجود مبرر اقتصادي يتعلق بالاتفاق من شأنه أن يحقق تقدماً اقتصادياً شاملاً، وأن يخلق أو يحافظ على فرص عمل، وأن يضمن للمستفيدين منه قدراً عادلاً من الربح دون أن يترتب على هذا الاتفاق إعطاء فرصة للشركات المعنية لإلغاء المنافسة بالنسبة لجزء رئيس من المنتجات المعنية، كذلك فإن الإعفاء يشمل بعض أنواع الاتفاقات التي تهدف إلى تحسين طرق الإدارة الخاصة بالشركات الصغيرة والمتوسطة، وعلى أن يصدر بهذا الإعفاء قرار يوضح الشروط الواجب توافرها في الاتفاقات المعفاء بعد أخذ رأي مجلس المنافسة.

الزيادة أو الخفض أو التثبيت بما يؤثر سلباً على المنافسة، كما أنه لا يسرى من ناحية أخرى على الاتفاقات المقيدة بين المنشآت التي تستهدف تقاسم الأسواق أو تخصيص العملاء على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو المواسم والفترات الزمنية، أو على أي أساس آخر يؤثر سلباً على المنافسة. وأخيراً، فإنه كان يجدر بالمشروع الإماراتي، وعلى غرار ما فعله القانون الفرنسي وأيضاً القانون الأوروبي، أن يعفي الاتفاقات والتعاقدات الهادفة إلى نقل التكنولوجيا وتشجيع البحث العلمي والتطوير من الخضوع لأحكام القانون.

المبحث السادس

ضمانات حماية المنافسة في التشريع الإماراتي

إن إصدار الدولة لتشريع وطني يعمل على حماية المنافسة وتشجيعها يعد خطوة متقدمة في تطوير المنظومة القانونية الاقتصادية وتوفير مناخ ملائم للاستثمار والأعمال، وأحد الضمانات لسير آليات السوق بصورة طبيعية، وبما يحافظ على نزاهة المعاملات وبالتالي حرية التجارة والصناعة، ومع ذلك تظل هذه الخطوة غير كافية ما لم يصحبها آليات تضمن تنفيذ أحكام هذا التشريع على نحو فعال^(٤٣).

بناء على ما سبق، فإنه يصبح من الأهمية بمكان أن نلقى الضوء على الجهة المنوط بها متابعة تطبيق القانون والتأكد من مراعاة الأشخاص المخاطبين به لقواعده وإجراءاته، ويعد هذا الأمر غاية في الأهمية، فالقانون وحدة متكاملة ومتوازنة ولا بد أن تتضمن نصوصه آليات تفعيله وإجراءات تطبيقه على نحو واضح ودقيق يضمن تحقيقه لآثاره المرجوة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدول تضع عادة بعض الآليات القانونية اللازمة في تشريعاتها من أجل ضمان حسن تطبيق تلك النصوص، ولم يشذ قانون المنافسة الإماراتي عن هذه القاعدة، فهي المواد ١٢-١٥ تحدد الأجهزة المعنية بحماية المنافسة، والمتمثلة في: لجنة تنظيم المنافسة ووزارة الاقتصاد، حيث بين القانون أهم الوظائف التي تقوم بها وآليات التحقق من وجود ممارسات مناهضة للمنافسة والإجراءات اللازمة اتخاذها حيال ذلك. من ناحية أخرى، فقد أقر المشرع المواد ١٦-٢٤ لعرض أهم الجزاءات التي تمثل رادعاً هاماً وضمانة قوية تمنع الخروج على أحكام قانون المنافسة أو على الأقل تحد من انتهاكه.

وعلى هدى ما سبق فإنه من الضروري أن نعرض، ومن خلال مطلبين، للأجهزة المعنية بحماية المنافسة في دولة الإمارات (المطلب الأول)، والجزاءات الواردة بقانون المنافسة (المطلب الثاني)، للتعرف على مدى مرونتها وقوتها في ردع الخارجين على قواعده ونصوصه.

(٤٣) انظر: د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

المطلب الأول

الأجهزة المعنية بحماية المنافسة في القانون الإماراتي

تختلف تشريعات المنافسة فيما بينها حول تحديد الأجهزة المسؤولة عن تلقي الشكاوى وتطبيق الإجراءات اللازمة لمواجهة الممارسات المناهضة للمنافسة، ويمكن أن نقسم موقف الدول في هذا الشأن إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه يتم إسناد مسألة إصدار الأوامر والأحكام المتعلقة بحماية المنافسة للقضاء، ويعد التشريع الأمريكي من أهم الأمثلة التطبيقية على ذلك، حيث يعهد هذا التشريع إلى المحاكم العادية النظر في قضايا المنافسة وإصدار الأوامر والأحكام في شأن الممارسات الضارة بالمنافسة، وسار المشرع الأردني على نحو جزئي على ذات المنهج الأمريكي، فالملاحظ أن قد أوكل إلى مديرية المنافسة التابعة لوزارة الصناعة والتجارة والمحمكة المختصة مهمة تلقي الشكاوى وإصدار الأوامر والأحكام^(٤٤). ومع ذلك، فإن القانون الأردني قد أنشأ أيضاً ما يسمى بلجنة المنافسة، إلا أنه قصر دورها على وضع الخطة العامة للمنافسة وإعداد مشروعات القوانين والأنظمة المتعلقة بالمنافسة.

الاتجاه الثاني: وهنا يتم إسناد أمر النظر في مخالفات أحكام قانون المنافسة إلى جهة إدارية مستقلة، ويعتق هذا الاتجاه فرنسا وتونس، فقد عهد المشرعان الفرنسي والتونسي إلى مجلس المنافسة بالاختصاص بنظر مخالفات المنافسة، مع العلم بأن تشكيل مجلس المنافسة يختلف في تشكيله عن لجنة المنافسة؛ فالمجلس يتضمن في عضويته قضاة ومتخصصين وخبراء من ممثلي الغرف التجارية والصناعية. ولقد ذهب رأي من الفقه إلى اعتبار مجلس المنافسة جهازاً قضائياً، حيث يتولى تحريك الدعوى القضائية بنفسه وتوقيع الجزاءات واتباع إجراءات مماثلة لتلك التي تتبع أمام القضاء^(٤٥).

الاتجاه الثالث: وتتولى وزارة الاقتصاد وإحدى اللجان أو الأجهزة التابعة لها إدارة المسائل المتعلقة بالمنافسة والحرص على تطبيق نصوص قانون المنافسة، وقد

(٤٤) انظر: المواد ١٢، ١٦-١٨ من قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤، الجريدة الرسمية رقم ٤٦٧٣ بتاريخ ١ سبتمبر ٢٠٠٤.

(٤٥) انظر: لينا حسن نكي (٢٠٠٤)، "الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، ٣٠٤-٣٠٥.

أخذت مصر والإمارات والسعودية بهذا الاتجاه، مع الاختلاف في طريقة تشكيل جهاز المنافسة في مصر عن لجنة المنافسة في الامارات ومجلس المنافسة في السعودية. لقد حدد المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي ٤ لسنة ٢٠١٢ الأجهزة المعنية بمباشرة الإجراءات المتعلقة بحماية المنافسة والحد من الاحتكار وهي: لجنة تنظيم المنافسة ووزارة الاقتصاد. ومن المهم بمكان أن نعرض لدور كل منهما في تشجيع المنافسة.

أولاً - لجنة تنظيم المنافسة:

تتشكل لجنة تنظيم المنافسة بقرار من مجلس الوزراء برئاسة وكيل وزارة الاقتصاد، ويحدد هذا القرار بالإضافة إلى تشكيلها، نظام عملها ومدة العضوية فيها وكذلك مكافآت أعضائها^(٤٦).

من ناحية أخرى، فقد تضمنت المادة (١٣) من القانون الاتحادي أهم الاختصاصات التي تتولاها اللجنة مثل اقتراح السياسة العامة لحماية المنافسة في الدولة، ودراسة المسائل المتعلقة بتنفيذ هذا القانون واقتراح التشريعات الخاصة بالمنافسة ورفعها إلى الوزير، كما يعد من مهام اللجنة أيضاً دراسة طلبات إعادة النظر في القرارات الصادرة من الوزير، ورفع التوصيات إلى الوزير بشأن استثناء الاتفاقات المقيدة أو الممارسات ذات الصلة بوضع مهيمن، بالإضافة إلى إعداد تقرير سنوي عن أنشطة اللجنة لعرضه على وزير الاقتصاد، وتولي أية أمور أخرى تتعلق بحماية المنافسة تحال إليها من السلطات الاتحادية أو الجهات المعنية بالدولة.

ثانياً - وزارة الاقتصاد ودورها في مجال المنافسة:

خصّ المشرع الإماراتي وزارة الاقتصاد بالاختصاصات الأكثر أهمية في نطاق المنافسة^(٤٧). وتختص الوزارة بتنفيذ سياسة المنافسة والتنسيق مع الجهات المعنية في الدولة للتصدي للممارسات المخالفة لأحكام القانون. من ناحية أخرى، فإن الوزارة معنية بإعداد النماذج والاستمارات الخاصة بممارستها لمهامها، وتخصيص سجل للإخطارات والشكاوى، وتقصي المعلومات والتحري عن الممارسات المخلة بالمنافسة سواء بناء على شكوى أو من تلقاء نفسها، وإجراء الدراسات المتصلة بالمنافسة في الأسواق وإصدار التقارير وتوفير المعلومات للجمهور.

(٤٦) انظر: المادة (١٢) من القانون ٤ لسنة ٢٠١٢.

(٤٧) انظر: المادة (١٤) من القانون ٤ لسنة ٢٠١٢.

من ناحية أخرى، فإن على الوزارة تلقي ومتابعة إخطارات الاتفاقات المقيدة أو الممارسات ذات الصلة بوضع مهيمن، وكذلك المتعلقة بطلبات التركيز الاقتصادي. يمكن للوزارة أيضاً أن تستعين بالخبراء والمستشارين من خارج الوزارة لإنجاز أى من الأعمال التي تدخل ضمن اختصاصاتها، ويتعين على الوزارة تبادل المعلومات مع الأجهزة المعنية بالمنافسة في الدول الأخرى بهدف خدمة أغراض هذا القانون وتنفيذه. أخيراً، فإنه يقع على عاتق الوزارة اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لنشر ثقافة المنافسة ومبادئ السوق الحرة.

يثار التساؤل حول ما إذا كان هناك ثمة اختلاف بين الأجهزة المعنية بحماية المنافسة في الإمارات وغيرها في الدول الأخرى كما هو الحال في فرنسا ومصر، ومدى أهمية ذلك. من الملاحظ أن وزارة الاقتصاد هي التي تضطلع بالمهام الرئيسية المتعلقة بتطبيق نصوص قانون تشجيع المنافسة ويعاونها في ذلك لجنة المنافسة التي تعد "حكماً" تابعة لها باعتبار أنها تشكل بقرار من مجلس الوزراء برئاسة وكيل وزارة الاقتصاد. ومن الواضح أن دور اللجنة استشاري حيث تقوم بتقديم التوصيات واقتراح التشريعات المعنية بالمنافسة ورفعها إلى وزير الاقتصاد.

أما في مصر، فقد قرر المشرع المصري إنشاء جهاز يسمى بجهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية يكون مقره القاهرة الكبرى وتكون له الشخصية الاعتبارية العامة ويتبع الوزير المختص والذي حدده القانون ليكون رئيس مجلس الوزراء^(٤٨).

(٤٨) أوردت المادة الحادية عشرة من قانون حماية المنافسة المهام والوظائف التي يتولاها جهاز حماية المنافسة، والتي يمكن أن نجلها فيما يلي:

أولاً: تلقي الطلبات باتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والأمر باتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة لحالات الاتفاقات والممارسات الضارة بالمنافسة.

ثانياً: تلقي الإخطارات من الأشخاص فور اكتسابها أي أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج، أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر.

ثالثاً: إعداد قاعدة بيانات ومعلومات متكاملة عن النشاط الاقتصادي وتحديثها وتطويرها بصورة دائمة بما يخدم عمل الجهاز في كافة المجالات المرتبطة بحماية المنافسة، وإنشاء قاعدة بيانات وإجراء الدراسات والبحوث اللازمة لكشف الحالات الضارة بالمنافسة.

رابعاً: اتخاذ التدابير المتعلقة بإلزام الشخص المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة.

خامساً: إبداء الرأي في مشروعات القوانين واللوائح المتعلقة بتنظيم المنافسة.

سادساً: التنسيق مع الأجهزة النظيرة في الدول الأخرى بالنسبة للأمور ذات الاهتمام المشترك.

سابعاً: تنظيم برامج تدريبية وتنقيفية بهدف التوعية بأحكام هذا القانون ومبادئ السوق الحرة بوجه عام.

ويتولى إدارة الجهاز مجلس إدارة يصدر بتشكيله قرار من الوزير المختص، يتكون مجلس الإدارة من رئيس وأربعة عشر عضواً^(٤٩).

يجتمع المجلس بدعوة من رئيسه مرة على الأقل كل شهر وكلما دعت الضرورة، ويكون للجهاز موازنة مستقلة تعد على نمط موازنات الهيئات العامة الخدمية ويرحل الفائض منها من سنة مالية إلى أخرى^(٥٠).

وبالمقارنة بالتشريعين الفرنسي والإماراتي، فإنه يلاحظ أن القانون المصري قد عهد إلى جهة واحدة فقط، علاوة على القضاء، بتولي عملية الإشراف على تطبيق حماية المنافسة (جهاز المنافسة) بينما عهد القانون الفرنسي بهذه المهمة إلى عدة جهات مختلفة أهمها مجلس المنافسة. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن الاختصاصات الموكلة إلى مجلس المنافسة الفرنسي أكثر اتساعاً وفاعلية من تلك المتاحة لجهاز المنافسة المصري وأيضاً لجنة المنافسة الإماراتية، لاسيما في إطار تقييم الممارسات والأنشطة الضارة بالمنافسة والقرارات والجزاءات المسموح له بإصدارها وتطبيقها. ويؤخذ على تشكيل مجلس الإدارة المصري خلوه من ممثل للمستهلكين وهذا أمر حيوي وضروري لحماية حقوق هذه الفئة، ولا يقدح في هذا الانتقاد وجود ممثل للاتحاد العام لحماية المستهلك؛ لأن هذا العضو يعبر في النهاية عن رأي جهة إدارية حكومية ولا يمكن أن يكون بديلاً عن ممثل مستقل للمستهلكين.

= ثامناً: إصدار نشرة دورية تتضمن القرارات والتوصيات والإجراءات والتدابير التي يتخذها الجهاز وغير ذلك مما يتصل بشؤونه.
تاسعاً: إعداد تقرير سنوي عن أنشطة الجهاز وخطته المستقبلية ومقترحاته ليعرض على الوزير المختص بعد اعتماده من مجلس الإدارة، وترسل نسخة منه إلى مجلسي الشعب والشورى.

(٤٩) انظر: المادة ١٢ من القانون حول تفصيلات تكوين مجلس الإدارة.
(٥٠) من ناحية أخرى فقد عدت المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية أهم الوظائف التي يقوم بها مجلس الإدارة والتي تتمثل في:

١- إبداء الرأي لمجلس الوزراء في تحديد سعر بيع منتج أساسي أو أكثر لفترة زمنية محددة.

٢- قبول المنح والهبات وأية موارد أخرى تقدم إلى الجهاز، بما لا يتعارض مع أهدافه.

٣- وضع اللوائح المتعلقة بتنظيم العمل في الجهاز.

٤- اقتراح أسماء العاملين بالجهاز المطلوب منحهم صفة الضبطية القضائية في تطبيق أحكام القانون.

٥- اعتماد التقرير السنوي عن أنشطة الجهاز وخطته المستقبلية ومقترحاته.

٦- إبداء الرأي في مشروعات القوانين واللوائح المتعلقة بتنظيم المنافسة.

من الملاحظات العامة أيضاً على كل من لجنة المنافسة وجهاز المنافسة عدم تمتعها بالاستقلالية الكاملة، حيث إن لجنة المنافسة تتبع وزير الاقتصاد وفقاً للتشريع الإماراتي، بينما يتبع جهاز المنافسة المصري رئيس مجلس الوزراء وهو ما قد يقيد أداءهما ويحد من فاعليتهما في مواجهة الممارسات الضارة بالمنافسة.

المطلب الثاني

الجزاءات الواردة بقانون المنافسة

قبل أن نخوض في الحديث عن طبيعة الجزاءات التي تضمنها القانون الاتحادي لتنظيم المنافسة، فإنه تجدر الإشارة إلى أن الصعوبة قد تثار فيما يتعلق بمسألة تحديد الشخص المسؤول عن ارتكاب التصرفات الضارة بالمنافسة. وفي الواقع، فإن تلك الصعوبة قد تجد سبيلاً للحل عند معرفة نطاق تطبيق التنظيم القانوني للقواعد المتعلقة - بصفة عامة - بالمنافسة. ويمكن القول بأن المشرع قد لجأ عادة في مثل هذه الظروف إلى اتباع أحد منهجين: المنهج الأول، ويتمثل في اعتناقه مفهوماً شخصياً في تحديده لهذا النطاق، إذ يخاطب أشخاصاً قانونية، ويلزمهم بمراعاة القواعد المنظمة للمنافسة، وحظر إساءة استخدام الوضع المسيطر، وإلا تعرضوا للمساءلة المدنية والجنائية عند خرقها. أما المنهج الثاني، فإنه يتمثل في تبني المشرع لمفهوم موضوعي في تحديده لنطاق تطبيق القانون، بحيث يستهدف أنشطة معينة تبشر في إطار تنظيمي يتوفر له وصف المشروع، متى كانت ممارستها تخالف مقتضيات المنافسة الحرة، فتكون مخالفتها لهذه المقتضيات مثابة لتطبيق بعض الإجراءات الاحترازية وتغريم القائمين على هذه الأنشطة المحظورة.

ولقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه الأخير في تحديده لنطاق تطبيق الأحكام الخاصة بحرية الأسعار والمنافسة. فوفقاً لنص المادة ٤١٠-١ طبق القواعد الواردة في الكتاب الخامس من التقنين الفرنسي على كل الأنشطة المتعلقة بالإنتاج أو بالتوزيع أو بالخدمات، ولو كانت هذه الأنشطة تقوم بها الأشخاص العامة، ففانون المنافسة الفرنسي يطبق على كل الأنشطة الاقتصادية، ولا يوجد في هذا الشأن حصانة طائفية تحمي نشاطاً خاضعاً للتنظيم القانوني للمنافسة، ولو كان النشاط متعلقاً بمرفق عام، والقائم بالنشاط شخصاً عاماً.

وعلى العكس من ذلك، فإن القانون الإماراتي، وبعد أن قرر في متن المادة (٣) منه سريان أحكام القانون على جميع المنشآت فيما يتصل بأنشطتها الاقتصادية في الدولة، استثنى في المادة (٤) قطاعات اقتصادية كثيرة جعل لها ملحقاً خاصاً، كما أنه

منح لمجلس الوزراء سلطة أن يضيف أو يلغي ما يشاء من هذه القائمة، وهو الأمر الذي يعد نقطة ضعف في هذا القانون.

وعلى صعيد الجزاءات، فإن الجزاءات التي تتضمنها تشريعات المنافسة والتي يتم فرضها ضد من يخالف نصوصها تتراوح بين عقوبات مدنية وجزاءات إدارية وجزاءات جنائية. وقد تجمع بعض التشريعات بين هذه الصور الثلاث من الجزاءات، بينما يقتصر بعضها الآخر على صورتين منها أو صورة واحدة فحسب.

وبتأمل الجزاءات الواردة بنصوص القانون الاتحادي لتشجيع المنافسة (المواد ١٦-٢٤) نجد أن أغلبها جاءت في صورة غرامة مالية تراوحت بين حدين أدنى وأقصى وهو ما يمنح قدرًا من المرونة في معادلة قدر الغرامة مع درجة جسامة الفعل المرتكب، فمخالفة أحكام المادتين الخامسة والسادسة من القانون (المتعلقتين بالاتفاقات المقيدة وبإساءة استغلال الوضع المهيمن) بغرامة لا تقل عن نصف مليون درهم ولا تزيد عن خمسة ملايين درهم.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي قد جعل الغرامة أحياناً في صورة نسبة مئوية من رقم المبيعات، متبعاً في ذلك منهج المشرع الفرنسي، فعلى سبيل المثال، عاقب المشرع الإماراتي من يخالف نص المادة التاسعة (المتعلقة بعمليات التركيز الاقتصادي)، بغرامة لا تقل عن (٢٪) ولا تزيد عن (٥٪) من الإجمالي السنوي لمبيعات السلع أو إيرادات الخدمات موضوع المخالفة الذي حققته المنشأة المخالفة داخل الدولة خلال آخر سنة مالية منقضية. وفي حالة تعذر تحديد إجمالي المبيعات أو الإيرادات موضوع المخالفة يعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تزيد عن خمسة ملايين درهم، ويعد هذا النوع من العقوبة أشد من الغرامة المطلقة إذ أن رقم المبيعات قد يكون كبيراً فتصبح الغرامة (في صورة نسبة مئوية) كبيرة بدورها، ومن ثم تمثل رادعاً أكبر لمن تحدثه نفسه بمخالفة القانون.

من ناحية أخرى، فإن المشرع قد ضاعف من العقوبات المدرجة في حالة العود. بالإضافة إلى ذلك فإنه منح المحكمة، عند الحكم بالإدانة، الحق في أن تقضي بإغلاق المنشأة لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن ستة أشهر، كما لها أن تقضي أيضاً بنشر منطوق حكمها مرة واحدة أو أكثر في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل على نفقة المخالف^(٥١). ومن الملاحظ أن إغلاق المنشأة يعد حكماً قاسياً؛ لأنه

(٥١) انظر: المادتين ٢١، و٢٢ من القانون.

يؤثر على نشاطها الاقتصادي لكنه يمثل ردعاً قوياً، كما أن نشر الحكم في الصحف قد يؤثر على نحو سلبي بسمعة المنشأة في السوق وهو ما يمثل خطراً على مستقبلها الاقتصادي.

ويتمثل المنهج الذي اتبعه المشرع الإماراتي مع نظيره المصري حيث نص المشرع المصري على معاقبة كل من يخالف أحكام المواد ٦-٨ بغرامة لا يقل حدها الأدنى عن مائة ألف جنيه ولا يجاوز حدها الأقصى ثلاثمائة مليون جنيه، وتضاعف الغرامة بحديها في حالة العود، وللمحكمة بدلاً من الحكم بالمصادرة أن تقضي بغرامة بديلة تعادل قيمة المنتج محل النشاط المخالف^(٥٢). ويعاقب على مخالفة أي من أحكام المادة السادسة عشرة من القانون بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه^(٥٣).

كما لم يجز المشرع المصري رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها بالنسبة إلى الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون إلا بطلب كتابي من الوزير المختص أو من يفوضه، وللوزير المختص أو من يفوضه التصالح في أي من تلك الأفعال قبل صدور حكم بات فيها، وذلك مقابل أداء مبلغ لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة ولا يجاوز مثلي حدها الأقصى، والتصالح يعتبر هنا بمثابة تنازل عن طلب رفع الدعوى الجنائية.

ويحكم بنشر الأحكام النهائية الصادرة بالإدانة في الأفعال الواردة بالمواد (٦-٨) من هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه. قرر القانون أيضاً في المادة ٢٥ منه بمعاقبة المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ثبت علمه بها وكان إخلاله بالواجبات التي تفرضه عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين به باسم الشخص الاعتباري أو لصالحه.

(٥٢) الجدير بالذكر أن المشرع ضاعف العقوبة بمقتضى المادة الأولى من القانون ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥. وكان النص القديم يقضي بعقوبة بغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز عشرة ملايين جنيه.

(٥٣) حالة إفشاء العاملين بالجهاز لمعلومات أو بيانات تتعلق بالحالة أو الحالات الخاصة بتطبيق القانون.

وعلى غرار ما فعل المشرع المصري، فقد أوقف المشرع الإماراتي تحريك الدعوى الجزائية عن الجرائم المنصوص عليها في القانون، عدا ما ورد في المادة ١٩، على طلب كتابي من الوزير أو ممن يفوضه، كما أجاز القانون للوزير أو من يفوضه التصالح عن أى من تلك الأفعال قبل إحالة الدعوى الجزائية للمحاكمة مقابل أداء مبلغ لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة^(٥٤).

ويلاحظ على العقوبات التي تضمنها قانوني حماية المنافسة سواء المصري أو الإماراتي خلوهما من العقوبات المقيدة للحرية (الحبس أو السجن) رغم ورودها في مشروع القانون المصري^(٥٥) وربما يرجع ذلك إلى جسامته هذه العقوبات ورغبة المشرع في أن يترك الباب مفتوحاً أمام رجال الأعمال وأصحاب الشركات المخالفة من خلال التصالح ودفع الغرامة وقيام المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً.

وفى الواقع فإن العقوبات المالية قد تغري العديد من الشركات الكبرى بارتكاب مخالفات لقانون حماية المنافسة مثل الاندماج مع شركات أخرى أو استغلال الوضع المسيطر إذا وجدت هذه الشركات أن العائد من هذه الممارسات، رغم مخالفتها للقانون، سيكون أكبر من حجم الغرامة المدفوعة. وفي مثل هذه الأحوال سوف تعتبر هذه الشركات الغرامة بمثابة جزء من تكاليف الإنتاج؛ لهذا فإنه كان من الأفضل ربط قيمة الغرامة المفروضة على المخالف برقم الأعمال الخاص بأنشطته بالإضافة إلى النص على عقوبة الحبس في بعض الحالات التي ينتج عن الممارسات الضارة بالمنافسة آثار خطيرة على الاقتصاد القومي على غرار ما فعل القانون الفرنسي.

الخاتمة:

لقد عرضنا في هذه الدراسة للتنظيم القانوني لأهم الممارسات المناهضة للمنافسة في التشريع الاتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على نحو مقارن ببعض التشريعات الأخرى كالتشريعين الفرنسي والمصري. جاءت الدراسة في ستة مباحث، حيث تم تخصيص الأول منها لمناقشة وتحليل الاتفاقات المقيدة بين المنشآت الضارة بالمنافسة، بينما خصصنا الثاني للحديث عن حظر القانون الإماراتي لإساءة استغلال الوضع المهيمن. في المبحث الثالث عرضنا لتنظيم عمليات التركيز الاقتصادي في التشريع الإماراتي، بينما كرسنا المبحث الرابع لتسليط الضوء على الأسعار التدميرية الضارة بالمنافسة. وفي المبحث الخامس عرضنا للأنشطة والممارسات المعفاة من

(٥٤) انظر: المادة ٢٦ من التشريع الإماراتي.

(٥٥) انظر: المواد ٣٤-٣٦ من مشروع القانون.

تطبيق القانون. أما المبحث السادس والأخير فقد عرضنا فيه لأهم ضمانات تطبيق القانون والمتمثلة في الأجهزة المعنية بتطبيقه والجزاءات المفروضة على المخالفين لنصوصه. ولقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج نوجزها فيما يلي:

أولاً: إن مفهوم سياسة المنافسة هو مفهوم أعم وأشمل من قانون المنافسة، فهذا الأخير لا يمثل إلا جزءاً أو عنصراً من مكونات سياسة المنافسة. ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أن إصدار قانون لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية لا يكفي وحده لتفعيل وتنمية روح المنافسة في السوق، بل يتعين أن يتزامن معها تحديث وتنمية سياسات الدولة في قطاعات التجارة الخارجية والاستثمار الأجنبي والصناعة والقطاع المالي والضريبي باعتبار أن هذه القطاعات تتصل على نحو مباشر بموضوع المنافسة.

ثانياً: لقد أوضحت الدراسة مدى قوة وتكامل التشريع الإماراتي بصورة عامة في معالجته لموضوع حماية المنافسة وحظر الممارسات الاحتكارية، وجاء هذا التشريع متوائماً مع مستوى التقدم ودرجة التطور الاقتصادي الذي شهدته الإمارات في السنوات الأخيرة، والتي أصبحت بمقتضاه قبلة الاستثمار الدولي، فلقد أتى هذا التشريع واضحاً ودقيقاً من حيث الصياغة، ومتناسكاً من حيث المضمون ومرناً، وهو الأمر الذي يجعله أكثر ملائمة للتطورات الاقتصادية المستقبلية، وهي السمة التي ميّزته عن بعض التشريعات العربية المماثلة كالتشريع المصري مثلاً.

ثالثاً: على غرار القانون الفرنسي، وعلى نقض القانون المصري، جاء التشريع الإماراتي جامعاً لغالبية أشكال الممارسات والتصرفات الضارة بالمنافسة، فعلى عكس ما أهمله المشرع المصري - عن عمد - في شأن تنظيم هيكل السوق وإغفاله عن تنظيم حالة التركيز الاقتصادي، نجد أن المشرع الإماراتي وضع تنظيمًا دقيقاً للاندماجات والاتحادات واكتساب الأصول وحقوق الملكية، كما امتنع عن وضع قيود حقيقية على تكوين مثل هذه الاندماجات والتحالفات وهو الأمر الذي يسمح في النهاية بوجود كيانات اقتصادية ضخمة قادرة على تمويل وتنفيذ مشروعات اقتصادية عملاقة تفيد الاقتصاد الوطني دون أن يؤثر ذلك سلبياً على المنافسة.

رابعاً: قد يؤخذ على القانون ٤ لسنة ٢٠١٢ إغفاله لتنظيم بعض المسائل الجوهرية المتعلقة بالمنافسة مثل عدم حظره لإساءة استغلال حالة التبعية الاقتصادية الضارة بالمنافسة على نحو مستقل، فالمشرع الإماراتي حظر هذه الحالة ولكن في إطار تنظيمه للوضع المهيمن وليس على نحو مستقل حيث افترض استغلال المنشأة المهيمنة لوضعها المهيمن في إساءة التبعية الاقتصادية، ومع ذلك، فإنه من المتصور

وجود حالة تبعية اقتصادية دون أن يكون هناك هيمنة لمنشأة على سوق، وهو الأمر الذي يؤدي إلى وجود ثغرة قانونية في التشريع الإماراتي.

خامساً: لم يتعرض المشرع الإماراتي، شأنه شأن نظيره المصري، عند إصداره لقانون حماية المنافسة لحالة عرض الشخص لسعة بسعر مخفض للمستهلكين على نحو مبالغ فيه، بأن يكون أقل من تكلفة إنتاجها ونقلها وتسويقها بهدف الانفراد بالسوق أو إعاقة شركة أو شركات أخرى من النفاذ إلى السوق، ويعد هذا الأمر محل انتقاد.

سادساً: كفل المشرع الإماراتي بعض الضمانات لحماية وتطبيق نصوص تشريع المنافسة، فقد أنشأ المشرع لجنة تنظيم المنافسة وخوّلها القيام بمجموعة من المهام من شأنها أن تساهم في حماية المنافسة وحسن تطبيق القانون بكفاءة. ومع ذلك، فإن دور هذه اللجنة يعد دوراً هامشياً حيث إن القانون جعل السلطة الرئيسة في شأن تحريك الدعوى الجنائية والقيام بالإجراءات الرئيسة في يد وزارة الاقتصاد، كما أن تشكيل اللجنة برئاسة وكيل وزارة الاقتصاد يجعلها تابعة للوزارة وغير مستقلة، وهو ما قد يضع الكثير من التساؤلات حول قدرتها على لعب دور حقيقي في حماية المنافسة.

سابعاً: تبنى المشرع الإماراتي سياسة عقابية تتلاءم مع طبيعة التشريع ومدى أهميته بالنسبة للنشاط الاقتصادي؛ لهذا جاءت الجزاءات متوازنة فهي رادعة دون أن تعوق سريان النشاط الاقتصادي، كما سمح القانون بالتصالح بشروط محددة وأغفل العقوبات السالبة للحرية حتى لا يغرس الخوف في قلوب المستثمرين.

وأخيراً فإنه يمكن لنا أن نقدم بعض التوصيات في هذا الإطار ونجملها فيما يلي:

أولاً: ضرورة التدخل تشريعياً لمعالجة بعض الثغرات القانونية، وذلك من خلال إضافة نص يحظر بمقتضاه الممارسات الضارة بالمنافسة والتي تصدر من الأشخاص حتى ولو لم يكن ذلك نتيجة لاتفاق بين أشخاص متنافسين أو كنتيجة لاستغلال الشخص لسيطرته على السوق المعنية. إن مثل هذا النص ضروري لمعالجة هذا الخواء أو الفراغ التشريعي الموجود حالياً في القانون.

ثانياً: من الضروري أيضاً أن يتدخل المشرع لحظر استغلال حالة التبعية الاقتصادية على نحو مستقل دون أن يشترط لذلك الارتباط بحالة الوضع المهيمن وذلك على غرار ما فعل المشرع الفرنسي.

ثالثاً: ضرورة نشر الوعي بقانون حماية المنافسة وخاصة أهدافه وأهميته، وذلك

بين الأفراد والشركات وتعريفهم بدور الأجهزة المعنية بحماية المنافسة مثل لجنة تنظيم المنافسة. إن مثل هذه التوعية في غاية الأهمية لتفعيل المنافسة وسهولة تطبيق القانون ودعم الروابط بين المجتمع المدني والحكومة والأطراف الاقتصادية، وهو الأمر الذي من المرجح أن ينعكس إيجابياً على دفع حركة التنمية الاقتصادية المستدامة^(٥٦).

رابعاً: يتعين على الحكومة دعم قانون حماية المنافسة وتسهيل تطبيقه من خلال تصحيح وتحديث سياساتها في مجالات التجارة الخارجية والاستثمار والصناعة والتنمية المحلية. إن التنسيق بين هذه السياسات هو أمر في غاية الأهمية من أجل ضمان تطبيق فعال وجاد لقانون حماية المنافسة.

خامساً: إن تفعيل وتنفيذ قانون المنافسة يتطلب وجود جهاز مؤسسي وإداري كفء، بالإضافة إلى قاعدة كبيرة ودقيقة من البيانات والمعلومات من أجل إمداد وزارة الاقتصاد ولجنة تنظيم المنافسة بما تحتاج إليه من معلومات بغرض تسهيل مهمتها في الاستدلال والتقصي. وفي الواقع فإن ذلك يتطلب بدوره تعاوناً جاداً وصادقاً من قبل كافة الشركات والأجهزة المعنية حتى يمكن للجنة القيام بدورها على الوجه الأفضل.

سادساً: يتعين إعادة النظر من وقت لآخر في الاستثناءات التي منحها القانون لبعض الممارسات أو القطاعات أو بعض المشروعات سواء بسبب تبعيتها للقطاع الحكومي أو لأي مبرر آخر ارتآه المشرع، وذلك للتأكد من تحقق النتائج التي تم على أساسها منح هذه الاستثناءات. إن فاعلية التشريع ونجاحه تتوقف في النهاية على حجم الاستثناءات الواردة عليه حيث تزيد كفاءته كلما قلت هذه الاستثناءات أو انعدمت.

سابعاً: من الأهمية بمكان إعادة التفكير في منح قدر أكبر من الاستقلالية واختصاصات أكثر فعالية للجنة تنظيم المنافسة، وأن يعهد إليها بالقيام باختصاصات الوزارة في شؤون المنافسة. إن ذلك سوف يساعد على معالجة مسائل المنافسة بموضوعية وبشفافية كبيرة بحيث يتم الانتصار في النهاية للمصلحة العامة فلا تميل لطرف الحكومة ولا لطرف القطاع الخاص، كما أن ذلك سوف يحول دون قيام التحالفات غير المشروعة بين رجال الأعمال ورجال السياسة.

(٥٦) انظر في أهمية التوعية:

Stewart, Taimon (2001), "Public awareness is the key", CUTS Regular letter, n. 5, dec. in Ghoneim, A., (2002), "Competition law and competition policy: what does really Egypt need?", Op.Cit.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - د. أمل محمد شلبي (٢٠٠٨)، "التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار: دراسة مقارنة"، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
- ٢ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم (١٩٩٢)، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٦، العدد ١ و ٢، يونيو ١٩٩٢، ص: ٢٧٨-٢٩٧.
- ٣ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم (١٩٩٥)، "مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية: دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٩، العدد ٣ سبتمبر.
- ٤ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم (١٩٩٧)، "الاحتكار والأفعال الاحتكارية: دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوروبي والكويتي"، جامعة الكويت، الطبعة الأولى.
- ٥ - د. أحمد محمد محرز (٢٠٠١)، "الحق في المنافسة المشروعة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- ٦ - جهاز حماية المنافسة (٢٠٠٨)، "دور الحكومة وقطاع الأعمال والمستهلك في نشر ثقافة المنافسة في المجتمع المصري"، مؤتمر علمي عقد بالقاهرة الأحد ١٦ نوفمبر، القاهرة.
- ٧ - رولاند كالورى وآخرون، (٢٠٠٣)، "المنافسة العالمية وديناميات قوى التفاعل من الممارسة إلى النظرية"، ترجمة عبد الحكم أحمد الخزامى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة.
- ٨ - سهير أبو العينين (١٩٩٥)، "آثار الخصخصة على الاحتكار في مصر"، مذكرة خارجية رقم ١٥٨٨، معهد التخطيط القومي، القاهرة.
- ٩ - د. عاطف حسن النقلي (٢٠٠٩)، "الجوانب التطبيقية للتشريع الاقتصادي للمنافسة في فرنسا". دراسة منشورة في مركز البحوث البرلمانية (الأمانة العامة لمجلس الشعب)، إشكاليات العلاقة بين الجوانب النظرية والتطبيقية لقوانين حماية المنافسة: دراسة مقارنة، العدد ٧٤، مجلس الشعب، القاهرة، مارس.

- ١٠- د. عبد الباسط وفا (٢٠٠١)، "سياسة تحطيم المشروعات من خلال الأسعار وانعكاساتها على الأسواق التنافسية"، دار النهضة العربية، القاهرة.
 - ١١- د. عبد الفتاح مراد (٢٠٠٥)، "شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية"، دار البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الإلكتروني، الإسكندرية، مصر.
 - ١٢- د. لينا حسن نكي (٢٠٠٤)، "الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر.
 - ١٣- محمد إبراهيم الشافعي (٢٠٠٦)، "العلاقات الاقتصادية الدولية"، دار النهضة العربية.
 - ١٤- محمد سلمان الغريب (٢٠٠٤)، "الاحتكار والمنافسة غير المشروعة" دار النهضة العربية، القاهرة.
 - ١٥- د. معين فندي الشناق (٢٠١٠)، "الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
 - ١٦- مغاوري شلبي علي (٢٠٠٥)، "مكافحة الاحتكار: أهم التجارب العربية والدولية"، مكتب نائب رئيس مجلس الوزراء لشؤون الإعلام، دولة الإمارات العربية المتحدة.
 - ١٧- مورييس جرجس (٢٠٠٠)، "آليات دعم القدرة التنافسية في القطاع الصناعي في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية"، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الأول، المعهد العربي للتخطيط، الكويت.
- ثانياً - القوانين واللوائح التنفيذية:**
- ١ - القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية - العدد ٦ (مكرر) في ١٥ فبراير ٢٠٠٥.
 - ٢ - القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم المنافسة، وزارة العدل، الجريدة الرسمية، العدد ٥٤٢، السنة الثانية والأربعون، أكتوبر ٢٠١٢.
 - ٣ - قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤، الجريدة الرسمية رقم ٤٦٧٣ بتاريخ ١ سبتمبر ٢٠٠٤.
 - ٤ - مشروع القانون المصري لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٦٧٦ - ١٩ فبراير ٢٠٠١.

ثالثاً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Ahdar, R. (2002) "Consumer, Redistribution of Income and the purpose of competition law", ECLR.
- 2 - Ali Eldean, B. and Mohieldin, M. (2001), "On the formulation and enforcement of competition law in Emerging Economics, the case of Egypt", working paper no 60, sept., ECES.
- 3 - Brault, Dominique (1995), "Droit de la concurrence compare: vers un ordre concurrentiel mondial?", Economica, Paris.
- 4 - Baumol, w.and Blinder, A. (1998) " Economics: principles and policy", seventh ed., the Dryden press.
- 5 - Bhagwati, J. (1965) " On the Equivalence of tariffs and Quotas in trade, growth and Balance of payments, R. Baldwin (ed), Chicago: Rand _ McNally.
- 6 - Carlton, D.et Perloff, M. (1998), "Economie Industrielle", trad. Fr. F. Mazerolle, De Boeck.
- 7 - Combe, E. (2005), " Economic et Politique de concurrence", Dalloz, coll. " précis", 1er ed., no 9 et 10.
- 8 - Dominique Brault (2004) "Politique et pratique de la concurrence", L.G.D.J., France.
- 9 - Ghoneim, A. (2002), "Competition Law and Competition Policy: What does Egypt really need?", paper submitted for the 9th annual conference.
- 10 - Gleis, M. et Laurent, ph. (1982) "Traité d'économie et de droit de la concurrence " P.U.E, Paris.
- 11 - Global Investment House (2008), "Egypt Economic & strategic outlook, Kuit.
- 12 - Guedj, Alain (2006), "Pratique du droit de la concurrence national et communautaire", 2 ed., LITEC, Paris.
- 13 - Hoekman, B. and Holmes, p. (1999), "Competition policy,

- Developed countries and the WTO", World Bank working paper, Washington,D.C, world Bank.
- 14 - Journal officiel de la Communauté Européene, no. C 372, 9 déc. 1997.
 - 15 - Journal officiel de l'UE, no 24\ 6, 29 Jan.2004.
 - 16 - Journal Officiel de la France, 42ème année, N.14, 15 Juillet 2001.
 - 17 - Khemani, S. (1995) "Competition law and policy", mimeo, in Ali ElDean & Mohieldin, ECES,WP, sept. 2001.
 - 18 - Khemani, S. and Dutz, M. (1996), "The Instruments of Competition policy and their relevance for Economic Development", World Bank PSD Occasional papers, N. 26, Pp: 20-27.
 - 19 - Lipimile, G., Competition policy as a stimulus for enterprise development, in UNCTAD (2004), competition, competitiveness and Development: lessons from Developing countries", UNCTAD\ DITC \ CLP \2004 \ 1, Geneva.
 - 20 - Lloyd, p. and Sampson, G. (1995), "Competition and trade policy: Identifying the issue after the Uruguay Round", world Economy.
 - 21 - Ministry of finance, The financial monthly, Vol. 4, no. 4, February 2009.
 - 22 - Picod, Yves (2006), "Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence", Dalloz, Paris.
 - 23 - Raport du conseil de la concurrence, France, 2001.
 - 24 - Sibony, Anne - Lise (2008), "Le Juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence", LGDJ, Paris, France.
 - 25 - Smith,A.(1995) "Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations", trad. Française P.Taieb, PUF, Paris.
 - 26 - Stewart, Taimon (2001), "Public awareness is the key", CUTS Regular letter, n. 5, dec.

- 27 - Stiglitz, J. (2002), "Globalization and its discontents", Penguin Books, London, U.K.
- 28 - UNCTAD (2007), World Investment Report, New York & Geneva.
- 29 - Viscusi, W. et al (1995), "Economics of Regulation and Antitrust", Cambridge: the MIT press.
- 30 - World Bank and OECD (1998), "A Framework for the design and implementation of competition Law and policy", Washington, D.C.
- 31 - World Bank (2001), "Building Institutions for markets", World Bank Development Report: Oxford, Oxford University Press.

المسؤولية المدنية عن فيروسات النظم المعلوماتية عبر الإنترنت

الدكتور/ سامح عبدالواحد التهامي
أستاذ القانون المدني المساعد بجامعة الزقازيق
ومعار لجامعة الشارقة

ملخص:

تعتبر شبكة الإنترنت شبكة مفتوحة لا قيود على الدخول فيها، مما يؤدي إلى سرعة انتشار الفيروسات في مواقع الشبكة، كما أن هذه الفيروسات تتطور بشكل كبير، مما يجعل من الصعوبة على برامج الحماية منها أن تتطور مثلها لتلاحقها.

ستحاول هذه الدراسة أن تضع حلولاً لمشكلات المسؤولية المدنية عن مضار الفيروسات، وذلك في ضوء الطبيعة الخاصة لشبكة الإنترنت باعتبارها شبكة مفتوحة، وبالتالي سنحاول وضع حلول متسقة مع طبيعة هذه الشبكة، ولا تخالف القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية حتى تكون هذه الحلول قابلة للتطبيق على واقع شبكة الإنترنت.

ولذلك سنتناول هذه الدراسة أمرين أساسيين:

الأمر الأول هو المسؤولية التقصيرية لمن قام بإصابة النظام المعلوماتي بالفيروسات، وأحدث الضرر المطلوب جبره.

الأمر الثاني هو المسؤولية التعاقدية للمسؤول عن تأمين هذا النظام المعلوماتي من الإصابات الفيروسية.

مقدمة:

مصطلح فيروسات النظم المعلوماتية يقصد به إصابة النظام المعلوماتي بفيروسات الكمبيوتر، وفيروس الكمبيوتر هو برنامج صنع عمداً بغرض القيام بإزالة أو تعديل أو تخريب الملفات والبيانات بالأنظمة المعلوماتية التي يصيبها، أو السيطرة عليها، أو سرقة بيانات مهمة، أو اضطراب في عمل^(١).

(١) Margaret ROUSE, virus, Art on the internet at:, the date of publishing is: July 2006.

<http://www.searchsecurity.techtarget.com/definition/virus>.

النظام المعلوماتي هو مجموعة من البرامج المعلوماتية المعدة لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات.

وتتستر الفيروسات دائماً خلف برنامج آخر، حيث تسيطر على هذا البرنامج، فحين يتم تشغيل البرنامج المصاب يتم تشغيل الفيروس حتى يبدأ في العمل لإصابة باقي أجزاء النظام المعلوماتي^(٢).

والفيروسات متعددة ولا حصر لها، فضلاً عن أن كل يوم تظهر فيروسات جديدة، ومن أشهر تلك الفيروسات: فيروس الدودة وفيروس حصان طروادة^(٣).

وأهم طرق انتقال الفيروسات الآن هي شبكة الإنترنت، حيث إنها وسيلة سهلة لانتقال الفيروسات من نظام معلوماتي لآخر عبر المواقع الإلكترونية، أو من خلال البريد الإلكتروني، ويأتي في المرتبة الثانية وسائط التخزين مثل ذاكرة الفلاش، والأقراص الضوئية^(٤).

ويعمل المبرمجون على برمجة الفيروسات لأهداف عديدة: فبعض المبرمجين يعتبرون أن عمل الفيروس نوع من الهواية التي يمارسونها، والبعض الآخر يبرمج الفيروسات من أجل سرقة بيانات وأرقام حسابات أو أرقام بطاقات الائتمان وكلمات السر؛ لمحاولة الدخول لحسابات المشتركين في البنوك وسرقة أموالهم^(٥).

وتتم حماية الأنظمة المعلوماتية من الفيروسات باستخدام أنظمة الحماية، مثل الجدران النارية، وبرامج الحماية من الفيروسات^(٦).

أولاً - أهمية البحث:

إذا تحدثت الأرقام عن أضرار الفيروسات وَضَحَ بجلاء حجم المشكلة التي نتناولها، وحجم الأضرار التي تترتب عليها، ففي عام ٢٠٠٩ قدرت الخسارة السنوية للاقتصاد العالمي من جراء الفيروسات الإلكترونية بـ ٨٦ بليون دولار، وفي عام ٢٠١٠ أصدرت شركة (مكافى) - المتخصصة في تأمين الأنظمة المعلوماتية -

(٢) Marshall BRAIN and Wesley FENLON, How Computer Viruses Work, Art on the internet at: the date of reading: 17 April 2013.

(٣) Jonathan STRICKLAND, 10 Worst Computer Viruses of All Time, Art on the internet at: [http:// www.howstuffworks.com](http://www.howstuffworks.com), the date of reading: 17 April 2013.

(٤) Jeff TYSON, How Firewalls Work, Art on the internet at: <http://www.howstuffworks.com>, the date of reading: 17 April 2013.

(٥) Margaret ROUSE, virus, Op.cit.

(٦) TRICKLAND, How to Remove a Computer Virus, Art on the internet at: [http:// www.howstuffworks.com](http://www.howstuffworks.com), the date of reading: 17 April 2013.

تقريراً قدرت فيه الخسارة اليومية للاقتصاد العالمي من جراء الهجمات الفيروسية بـ ٦,٣ مليون دولار^(٧).

والجدير بالذكر هنا أن هذه الأرقام تتناول الأضرار المباشرة وغير المباشرة التي تحدثها الفيروسات للمضروب من جراء إصابة النظام المعلوماتي الخاص به^(٨).

ويرى البعض بأن هذه الأرقام السابقة تقل عن الأرقام الحقيقية؛ وذلك لأن هناك كثيراً من الشركات لا تعلن عن إصابة نظامها المعلوماتي بالفيروسات؛ خوفاً من فقدان الثقة في نظامها التأميني وعزوف العملاء عن التعامل معها، خاصة الشركات التي تمارس أعمال التجارة الإلكترونية^(٩).

ويزداد حجم هذه المشكلة من آن لآخر؛ نظراً لازدياد اعتماد أغلب المؤسسات الحكومية والخاصة على النظم المعلوماتية في إدارة أعمالها، بحيث يعتبر النظام المعلوماتي هو المحرك الذي تعتمد عليه المؤسسة في إدارة عملها^(١٠).

ويختلف حجم الضرر المترتب على الإصابات الفيروسية باختلاف النظام المعلوماتي المصاب، فالضرر يكون كبيراً إذا كان النظام المعلوماتي المصاب مملوكاً لشركة كبيرة تعتمد في كل أعمالها عليه، وقد يقل الضرر إذا كان النظام المعلوماتي خاصاً بكمبيوتر شخصي أو هاتف محمول خاص بمستخدم عادي، وإن كان الضرر في هذه الحالة لا يمكن تجاهله، ففقد البيانات والملفات هو ضرر كبير في نظر المضروب نفسه، فكل ضرر مترتب على الفيروسات يحق للمضروب المطالبة بالتعويض عنه.

ثانياً - مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة الرئيسة للبحث في طبيعة شبكة الإنترنت باعتبارها شبكة مفتوحة لا قيود على الدخول فيها واستعمالها، مما يؤدي إلى سرعة انتشار

(٧) Eleanor MCKENZIE, Computer Viruses and How They Affect Our Economy, Art on the internet at: [http:// www.ehow.com](http://www.ehow.com), date of publishing: 2011.

لم نجد تقارير موثوقاً بها عن حجم الخسائر الناجمة عن الهجمات الفيروسية في عام ٢٠١٢ أو ٢٠١٣.

Ibid.

(٨) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, canadian journal of law and technology, Vol 3 Number 1, March 2004.

(٩) Meiring VILLIERS, Information security standards, Journal of internet law, January 2010.

الفيروسات في مواقع الشبكة، كما أن هذه الفيروسات تتطور بشكل كبير، مما يجعل من الصعوبة على برامج الحماية منها أن تتطور مثلها لتلاحقها هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى لم تعد برمجة الفيروسات أمراً صعباً، بل أصبح هناك برامج جاهزة لتصنيع الفيروسات بسهولة وسرعة كبيرة، ومواقع على شبكة الإنترنت لتعليم برمجة الفيروسات لمن يريد ذلك من مستخدمي شبكة الإنترنت، حتى ولو لم يكن مبرمجاً محترفاً^(١١).

وهذا يؤدي إلى صعوبة - في بعض الأحيان - في تكييف الفعل على أنه خطأ عقدي، باعتبار أن ذلك يتطلب إخلال بالتزام عقدي، وهو ما يكون تكييفه أمراً دقيقاً في ضوء عدم القدرة على تحديد الإخلال بالتزام نتيجة للتطور السريع واليومي للفيروسات، وعدم قدرة أنظمة الحماية على ملاحقة هذا التطور هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قد يصعب تحديد الشخص الذي قام ببرمجة الفيروس الذي انتشر على شبكة الإنترنت، بحيث إن النظام المعلوماتي قد لا يُصاب مباشرة من فعل المخطئ الذي قام بتصنيع الفيروس، ولكن يُصاب عن طريق شخص آخر قام بنقل الفيروس دون قصد، وهو ما يؤدي إلى تعدد من قام بالفعل الخاطئ.

ولكن من ناحية أخرى هناك ضرر جسيم - كما ذكرنا سابقاً - يلحق الأنظمة المعلوماتية لمستخدمي شبكة الإنترنت من جراء الفيروسات التي تصيب هذه الأنظمة أثناء الولوج إلى المواقع الإلكترونية للشبكة، هذا الضرر يجب جبره وفقاً للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية.

ثالثاً - منهج البحث:

سنقوم في هذه الدراسة بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية بشقيها التقصيري والتعاقدي لتعويض الضرر الناتج عن الإصابة الفيروسية للأنظمة المعلوماتية.

وسنحاول أن نضع حلولاً لمشكلات المسؤولية المدنية عن مزار الفيروسات، وذلك في ضوء الطبيعة الخاصة لشبكة الإنترنت باعتبارها شبكة مفتوحة، وبالتالي سنحاول وضع حلول متسقة مع طبيعة هذه الشبكة، ولا تخالف القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية حتى تكون هذه الحلول قابلة للتطبيق على واقع شبكة الإنترنت.

(١١) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

رابعاً - خطة البحث:

- حتى نتناول المسؤولية المدنية، فإنه يجب أن نتناول أمرين أساسيين:
 - الأمر الأول هو المسؤولية التقصيرية لمن قام بإصابة النظام المعلوماتي بالفيروسات، وأحدث الضرر المطلوب جبره.
 - الأمر الثاني هو المسؤولية التعاقدية للمسؤول عن تأمين هذا النظام المعلوماتي من الإصابات الفيروسية.
- وبناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى:
- الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية.
- الفصل الثاني: المسؤولية العقدية.

الفصل الأول المسؤولية التقصيرية

تمهید وتقسیم:

تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري على (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

فالمسؤولية التقصيرية لها أركان ثلاثة هي الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، فعلى المضرور من الإصابة لنظامه المعلوماتي أن يثبت هذه الأركان الثلاثة حتى تتقرر مسؤولية المخطئ التقصيرية، ويلتزم بناءً على ذلك بتعويض المضرور عن الأضرار التي سببها الفيروس لنظامه المعلوماتي.

والمشكلة الحقيقية تكمن في تحديد المخطئ، فهناك شخص يقوم ببرمجة الفيروس ووضعه على مواقع شبكة الإنترنت، فيصاب المضرور إما من جراء رسالة إلكترونية مصابة بالفيروس أرسلها له أحد الأشخاص، أو من جراء تحميل أحد الملفات من أحد مواقع شبكة الإنترنت، فهل المخطئ هو فقط من قام ببرمجة الفيروس؟ أم مالك الموقع الإلكتروني؟ وهل من الممكن إقامة مسؤولية مرسل الرسالة الإلكترونية التي بها فيروس بالرغم من عدم علمه بوجود فيروس بها؟^(١٢)

من ناحية أخرى قد يساهم فعل المضرور في حدوث الضرر؛ فقد يكون النظام المعلوماتي للمضرور غير مؤمن جيداً ببرامج مكافحة الفيروسات؛ مما يؤدي إلى إصابته بالضرر نتيجة لذلك، فهل يعفي ذلك من مسؤولية المخطئ؟

سنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات من خلال تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وذلك بتقسيم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: الخطأ

المبحث الثاني: الضرر

المبحث الثالث: علاقة السببية

(١٢) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Tort trial and insurance practice law journal, fall 2004(40) (1), p123- 179.

المبحث الأول الخطأ

إذا أصيب النظام المعلوماتي بالفيروسات عبر شبكة الإنترنت، فإن ذلك يحدث نتيجة قيام المضرور بتحميل أحد الملفات المصابة بالفيروس من أحد مواقع الشبكة أو بفتح رسالة إلكترونية مصابة بالفيروس، فينتقل الفيروس فوراً إلى النظام المعلوماتي للمضرور.

ولكن هذا الفيروس يتم برمجته من قبل أحد الأشخاص، ويقوم بنشره عبر شبكة الإنترنت، ليصيب الملفات الموجودة على مواقع الشبكة، ويصيب الأنظمة المعلوماتية لمستخدمي الشبكة.

وبالتالي فقد يرجع المضرور على من قام ببرمجة الفيروس، أو يرجع على مالك الموقع أو يرجع على مرسل رسالة البريد الإلكتروني له، فهل من الممكن نسبة الخطأ لكل هؤلاء؟

سنبحث ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: خطأ مبرمج الفيروس.

المطلب الثاني: خطأ مالك الموقع الإلكتروني.

المطلب الثالث: خطأ مرسل الرسالة الإلكترونية.

المطلب الأول خطأ مبرمج الفيروس

الخطأ في المسؤولية التقصيرية عبارة عن إخلال بالتزام قانوني مقتضاه الالتزام باليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف الشخص عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، فإن ذلك يعد خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية^(١٣).

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين: الركن الأول مادي وهو التعدي، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك.

(١٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص ٨٨١-٨٨٢، الفقرة ٥٢٧.

- التعدي:

إذا كان هناك نص تشريعی یجرم برمجة الفيروسات، فإن قيام المبرمج بذلك یعد خطأ؛ لأنه یكون قد خالف التزام قانوني بارتكابه لجريمة منصوص عليها قانوناً، إلا أن المشرع المصري لم یصدر - إلى الآن - تشريعاً للجرائم الإلكترونية^(١٤).

وبالتالي فإنه بالنسبة للقانون المصري يتم الرجوع لتعريف ركن التعدي وفقاً للقواعد العامة باعتبار أنه انحراف في السلوك، فهو مجاوزة للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، فيقع الانحراف إذا تعدد الشخص الإضرار بالغير أو أهمل وقصر فأصاب الغير بضرر^(١٥).

ويمكن بسهولة نسبة التعدي لمبرمج الفيروس باعتبار أنه قد تعدد الإضرار بالغير، فيعتبر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد، فمبرمج الفيروس عندما یقوم بذلك یقصد الإضرار بالغير، وهم مستخدمو شبكة الإنترنت، حيث یقصد تدمير الأنظمة المعلوماتية الخاصة بهم، أو على الأقل تدمير بعض بيانات تلك الأنظمة^(١٦).

(١٤) فمثلاً نجد المادة ٣٢٣/٣ من قانون العقوبات الفرنسي تنص صراحة على تجريم إرسال الفيروسات إلى الأنظمة المعلوماتية، وقد تم إضافة هذا النص بمقتضى قانون ٢١ يونيو لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتكنولوجيا المعلومات.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 page 11168.

V: Marie BAREL, Le point de vue d'une juriste, Revue de sécurité informatique, Sept 2005, N° 54.

وكذلك نص القانون الإماراتي الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات صراحة في المادة العاشرة على تجريم إدخال الفيروسات إلى الشبكات المعلوماتية أو الأنظمة المعلوماتية، وعاقب الفاعل على ذلك بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات، والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم، ولا تجاوز ثلاثة ملايين درهم.

بل إن نص المادة السابقة قد عاقب على مجرد الشروع في الجريمة، أي إذا لم يؤدّ الفيروس إلى إحداث أي ضرر للشبكة المعلوماتية أو النظام المعلوماتي، أي أن مجرد إدخال الفيروس للشبكة أو النظام معاقب عليه حتى ولو لم يحدث الفيروس أي ضرر لسبب خارج عن إرادة الجاني، كأن يبطل مفعول الفيروس ببرامج الحماية من الفيروسات.

القانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(١٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٨٢، فقرة ٥٢٨.

(١٦) Murielle CAHEN, La sécurité et les systèmes informatiques, Art disponible sur: [http:// www.murielle-cahen.fr](http://www.murielle-cahen.fr), La date de mise en ligne est: 17 mai 2012.

= اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تعدد إصابة النظام المعلوماتي بفيروس عن طريق قرص =

ولا يمنع من نسبة التعدي لمبرمج الفيروس عدم قصده الإضرار بشخص معين؛ لأنه عندما يبرمج هذا الفيروس يقصد الإضرار بأي شخص يصيبه هذا الفيروس، فهو يقصد الإضرار بأكبر عدد ممكن من مستخدمي شبكة الإنترنت، وهذا يكفي لنسبة ركن التعدي له.

– الإدراك:

لا يكون الشخص مسؤولاً إلا إذا توافر له العقل الذي يمكنه من توقع ما ينجم عن فعله من ضرر للغير، ولذلك فالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه لا يُسأل أيّ منهم عما يترتب عن أفعاله من أضرار^(١٧).

والواقع أن مبرمج الفيروس يتمتع بقدر عال من الذكاء الذي يساعده على برمجة هذا الفيروس لإحداث كل هذا الضرر، إلا أن أغلب هؤلاء المبرمجين يكونون في سن صغيرة، لكن لا يتصور أن يستطيع صبي غير مميز أن يقوم ببرمجة فيروس. فقد اشترط المشرع أن يكون الشخص مميزاً حتى يسأل عن فعله؛ أي يكون قد بلغ سن السابعة، فلا يتصور عملاً أن يستطيع صبي غير مميز يقل سنه عن السابعة أن يقوم ببرمجة فيروس.

وبالتالي ننتهي من ذلك إلى أن مبرمج الفيروس يُنسب إليه الخطأ وفقاً لمفهومه في القانون المدني المصري باعتبار أنه الركن الأول في المسؤولية التقصيرية.

– مشكلة عملية:

إلا أن ما انتهينا إليه هو أمر صحيح من الناحية النظرية ولكنه سيصطدم بمشكلة عملية تتمثل في التعرف على مبرمج الفيروس، فالمضروب من الفيروس لا يستطيع أن يعرف من هو مبرمج هذا الفيروس حتى يدعي ضده بالمسؤولية

= مرن هو خطأ تقصيري يقتضي مسؤولية مرتكبه عن تعويض الضرر الذي أصاب النظام المعلوماتي.

Cass.Crim, 12 Décembre 1996, N° 95-82.198, Bull.crim 1996 N° 465 p. 1353.

(١٧) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩، ص ٤٠٦، الفقرة ٣٣٤.

ولكن تتقرر في هذه الحالة مسؤولية متولي الرقابة عنهم تحت رقابته، ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري على (يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز).

التقصيرية، فالمبرمج يضع الفيروس على مواقع شبكة الإنترنت ويتركه لينتشر ويصيب الأنظمة المعلوماتية دون أن يعرف أحد من قام بذلك^(١٨).

وهذه المشكلة العملية يستطيع رجال الشرطة المختصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية حلها بشكل كبير، حيث يستطيعون في كثير من الأحيان تتبع الفيروس والتعرف على مصدره، ومن قام بوضعه على الشبكة، ثم القبض عليه ومحاكمته جنائياً، فيستطيع المجني عليهم الادعاء بالمسؤولية التقصيرية للفاعل وطلب الحكم عليه بتعويض الضرر.

وهذا الأمر غير متصور في القانون المصري؛ لأن برمجة فيروس لا تعد جريمة جنائية، لعدم وجود أي تشريع خاص بمكافحة الجرائم المعلوماتية.

وبالتالي سيكون من الأوفق للمضرور أن يدعي بمسؤولية مالك الموقع الإلكتروني الذي انتقل الفيروس منه للنظام المعلوماتي الخاص به، أو مسؤولية مرسل الرسالة الإلكترونية التي تحمل الفيروس.

المطلب الثاني خطأ مالك الموقع الإلكتروني

إذا أصيب النظام المعلوماتي للمضرور بفيروس من جراء أحد الملفات التي قام بتحميلها من أحد المواقع الإلكترونية، فهل من الممكن نسبة الخطأ لمالك الموقع الإلكتروني؟

الفرض هنا أن مالك الموقع لا يعتمد الإصابة الفيروسية للأنظمة المعلوماتية لمستخدمي الموقع، وإنما حدث ذلك دون علمه، حيث يضع أحد المستخدمين أحد الملفات المصابة بفيروس على الموقع، ويقوم المضرور بتحميل هذا الملف المصاب على نظامه المعلوماتي فينتشر الفيروس في النظام المعلوماتي ويبدأ في إصابته.

فدور مالك الموقع هنا هو أنه يتيح مكاناً لمستخدمي الإنترنت على الخادم الخاص به^(١٩) لتبادل الملفات فيما بينهم، حيث يقوم أحدهم بوضع الملف، ويقوم الآخرين بتحميل هذا الملف مثل موقع (YOU TUBE).

(١٨) Mark COLOMBELL, The legislative response to the evolution of computer viruses, the Richmond journal of law and technology, vol VIII, Issue 3, spring 2002.

(١٩) الخادم هو حاسب آلي يعمل كنقطة تحكم مركزية لأية شبكة أو موقع إلكتروني من أجل إدارة التطبيقات.

وحتى ننسب خطأ لمالك الموقع، فإنه يجب أن نتساءل أولاً: هل هناك التزام قانوني على عاتق مالك الموقع في تأمين الموقع الإلكتروني من الفيروسات؟

وبالنسبة للقانون المصري يمكن القول بسهولة بعدم وجود أي التزام قانوني على عاتق مالك الموقع باتخاذ إجراءات الحماية لهذا الموقع، حيث إنه لا يوجد في القانون المصري تشريع متكامل خاص بالإطار القانوني لتكنولوجيا المعلومات^(٢٠).

وبالتالي يجب أن نبحث في مفهوم الخطأ بصفة عامة باعتبار أنه انحراف في السلوك قد يقع عمداً أو إهمالاً دون تعمد الإضرار بالغير.

مما لا شك فيه أن مالك الموقع لا يعتمد إصابة الأنظمة المعلوماتية لمستخدمي موقعه بالفيروسات، بل على العكس هو يطمح في زيادة عدد المستخدمين لموقعه، حتى يجذب شركات الدعاية لوضع الإعلانات على الموقع، ويكون ذلك مصدر ربح كبير له، وهذا هو الغرض الأساسي لإنشاء هذه المواقع^(٢١).

ويترتب على ذلك أننا يجب أن نبحث في الصورة الأخرى للخطأ وهي (الإهمال)، أي هل من الممكن أن ننسب إهمالاً لمالك الموقع نتيجة الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي لمستخدم واحد أو لعدة مستخدمين نتيجة تحميل ملف من هذا الموقع ثبت إصابته بالفيروس؟

والإهمال هو الإخلال بواجب قانوني، هذا الواجب قد يتعين بنص القانون، فإذا لم يكن متعيناً بنص القانون، فإن تقدير وجود الإهمال من عدمه يكون بالرجوع إلى المعيار الموضوعي الخاص بمسلك الرجل العادي في مثل الظروف الظاهرة التي وقع فيها الخطأ^(٢٢).

فحتى نحدد ما إذا كان المدعى عليه قد أهمل أم لا، فيجب أن نرى ماذا كان الرجل العادي سيفعل إذا كان في نفس ظروف المدعى عليه، هل كان سيقوم بنفس

= انظر: روب سميث ومارك سبيكر ومارك تومسون، التجارة الإلكترونية: ترجمة د. خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٩٧.

(٢٠) الخطوة الوحيدة التي اتخذها المشرع المصري لمواجهة التطورات التكنولوجية الحديثة هو فقط القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

(٢١) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Op.cit.

(٢٢) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، بدون ناشر، ص ٢٦٣.

سلوكه، فإذا كان سيتخذ نفس السلوك فلا يمكن القول بوجود إهمال في حق المدعى عليه، أما إذا كان سيتخذ سلوكاً آخر أكثر حذراً فهنا يمكن القول بوجود إهمال على عاتق المدعى عليه.

وإذا طبقنا هذا المعيار على الحالة التي نتناولها، فإننا يجب أن نتساءل عن السلوك المعتاد لمالكي مواقع تحميل الملفات، هل يعتبر سلوكاً معتاداً أن يقوموا بتأمين هذه المواقع ببرامج تمنع من وضع ملفات مصابة بالفيروسات، أم أنه لا يقع على عاتقهم هذا الأمر؟

يكاد يجمع الفقه^(٢٣) على أن مالك الموقع الخاص بتبادل الملفات يعلم بوجود مشكله عامة وهي مشكلة الفيروسات التي يمكن أن تصيب الأنظمة المعلوماتية عن طريق انتقال الملفات إلى هذه الأنظمة، وبما أنه قام بإنشاء موقع لهذا الغرض، فإنه يجب ألا يسمح بوضع ملف مصاب بالفيروس على موقعه، وذلك بأن يضع برنامج حماية من الفيروسات في هذا الموقع، بحيث يقوم هذا البرنامج بمسح الملف قبل وضعه على الموقع؛ ليتأكد من خلوه من الفيروسات بحيث لا يسمح له بالتحميل على الموقع إلا إذا كان خالياً من الفيروسات.

(٢٣) Blandine POIDEVIN, Quelle responsabilité en matière de sécurité informatique?, Art disponible sur: <http://www.jurisexpert.net>, La date de mise en ligne est: 8 Avril 2002.

- Robin BROOKS, Deterring the spread of viruses online: Can tort law tighten the 'net'? Rev. Litig 17 (1998)343.

- Philippe HELIS & Philippe MOZAS, Chronique multimedia, Petites affiches, 18 (1998) 89.

- Vicky ROBBINS, Vendor liability for computer viruses and undisclosed disabling devices in software, Computer Law, 20 (1993) 10.

- Philip FITES and others, The Computer Virus Crisis, 2e éd. New York, Van Nostrand Reinhold, 1992, p. 141-142, note 24.

- Clive GRINGRAS, The Laws of the Internet, Londres, Butterworths, 1997, p62, note 15.

- Stefan MARTIN, L'exploitation d'un serveur Internet: droits et obligations des institutions à l'égard des créateurs: du public et des étudiants, dans Développements récents en droit de l'éducation, Cowansville, éditions Yvons Blais, 1996 p167.

- Alain BENSOUSSAN, Virus: combiner l'approche légale avec l'approche technique, Les Echos n° 17083 du 09 février 1996, p 45.

- Katie MATISON, Liability for breach of e-commerce security standards, Art on line at: <http://www.lanepowell.com/>, the date of publishing is: 2001.

- Meiring VILLIERS, Information security standards, Op.cit.

ويؤسس الفقه ذلك على أساس أن مالك الموقع يتربح من تبادل الملفات على موقعه، حيث يصبح الموقع جاذباً للدعاية، فيكون في المقابل واجب عليه ألا يقصر في حماية هؤلاء العملاء، وألا يعرضهم للخطر، كما أنه أصبح من المعتاد استخدام وسائل التأمين للمواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت للحفاظ على هذه المواقع^(٢٤).

بل إن البعض يرى بأن مالك الموقع يجب أن يتخذ أحدث إجراءات التأمين الممكنة، فلا يكفي أن يتخذ أي إجراء تأميني فقط، وإنما يجب أن يضع نظاماً تأمينياً مكتملاً ليس به أية عيوب، ويستخدم أحدث وأدق برامج الحماية من الفيروسات، فلا يجوز له أن يستخدم البرامج المجانية الضعيفة المتاحة على شبكة الإنترنت، وإنما يستخدم البرامج القوية غالية الثمن^(٢٥).

ويذهب هذا الرأي إلى أنه إذا تم استخدام برنامج حديث للحماية من قبل ٩٠٪ من مالكي المواقع الإلكترونية، فإن استخدام هذا البرنامج يكون سلوكاً معتاداً من قبل هؤلاء، ويصبح عدم استخدام هذا البرنامج إهمالاً يُسأل صاحبه عن الضرر الناجم عنه، حتى ولو كان هذا البرنامج غالي الثمن^(٢٦).

ويمكن من جانبنا أن نعضد وجهة النظر السالفة للفقه بحكم لمحكمة النقض الفرنسية أقر بمسؤولية دار نشر عن الأضرار التي أصابت قراء المجلة التي تصدرها نتيجة فيروس موجود على قرص مرّن تم توزيعه مجاناً مع المجلة، فدور دار النشر في هذه الواقعة مماثل لدور مالك الموقع الإلكتروني الآن.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بشأن أحد الطعون الذي طُرح أمامها أن (دار النشر قامت بتوزيع هذا القرص المرّن مجاناً مع المجلة مبتغية الترويج لهذه المجلة، فكان يجب أن تأخذ الاحتياطات اللازمة حتى لا تصيب القراء بالضرر، وذلك بالتأكد من خلو هذا القرص من أي فيروسات، خاصة أن الفيروسات المعلوماتية أصبحت خطراً معتاداً ومعروفاً في مجال تكنولوجيا المعلومات، وأنه أصبح من المعتاد استخدام برامج مكافحة الفيروسات لتوقي هذا الضرر، فكان من الواجب على دار النشر استخدام هذا

(٢٤) Daphyne THOMAS and other, Legal and social aspects of e-commerce, Art on line at: www.iaicis.org, the date of publishing is: 2003.

(٢٥) Nicholas VERMEYS, Virus informatiques: Responsables et responsabilité, Les Éditions Thémis, Canada, 2007, P 130.

(٢٦) Nicholas VERMEYS, Computer "Insecurity" and Viral attacks: Liability issues Regarding Unsafe Computer Systems under Quebec Law, Lex Electronica, Vol.9, n°1, Hiver 2004.

البرنامج للتأكد من عدم وجود فيروسات في الملفات الموجودة على القرص، وعدم استخدام هذا البرنامج يُعد إهمالاً من جانب دار النشر^(٢٧).

فهذا الحكم الأخير يعضد وجهة النظر بوجود التزام على عاتق مالك الموقع الإلكتروني بفحص الملفات الموجودة على موقعه، لأن دار النشر في الحكم السابق كانت مسؤولة عن إهمالها في عدم فحص الملف الموجود على القرص الذي قامت بتوزيعه.

ونستنتج من ذلك أن مالك هذا النوع من المواقع عليه واجب بفحص الملفات التي يتم وضعها على موقعه باستخدام برنامج مكافحة الفيروسات، فإذا لم يقوم بفحص الملفات التي يتم وضعها على موقعه يكون قد أهمل، ويُسند إليه الخطأ، وتقوم مسؤوليته عن تعويض المضرور من الإصابة الفيروسية لنظامه المعلوماتي من جراء تحميل ملف مصاب بالفيروس من هذا الموقع.

إلا أنه يجب أن نقرر هنا أن التزام مالك الموقع بمنع الملفات المصابة بالفيروسات من الدخول إلى موقعه هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه يجب على مالك الموقع أن يستخدم برنامج مكافحة الفيروسات ويقوم بتحديثه بصفة دائمة، فإذا لم يستطع البرنامج - رغم ذلك - اكتشاف الفيروس الموجود بأحد الملفات، فلا يمكن أن ننسب أي إهمال لمالك الموقع؛ لأنه لم يقصر بل قام بالالتزامه على أكمل وجه.

أما مسألة عدم تحقق النتيجة لعدم اكتشاف الفيروس، فذلك يرجع لطبيعة الفيروسات المتجددة؛ حيث تتطور الفيروسات أسرع من تطور البرامج المكافحة لها، مما يؤدي إلى إمكانية عدم اكتشاف أحد برامج مكافحة الفيروسات لفيروس جديد.

المطلب الثالث

خطأ مرسل الرسالة الإلكترونية

لقد أصبحت الرسائل الإلكترونية أكثر الوسائل التي يتم عن طريقها انتشار الفيروسات، حيث تشير الإحصاءات إلى أن ١٠٪ على الأقل من الرسائل الإلكترونية تكون محملة بملفات مصابة بالفيروسات^(٢٨).

(٢٧) Cass.Com, 25 Nov 1997, N° 95-14603, Bull 1997 IV N° 308 p. 264.

(٢٨) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

فإذا أرسل مستخدم إلى آخر رسالة إلكترونية بها ملف مصاب بفيروس، فإن هذا الفعل يعتبر خطأً إذا كان المرسل يقصد إصابة المرسل إليه بضرر عن طريق إصابة النظام المعلوماتي له بالفيروس الموجود في الرسالة.

أما إذا كان المستخدم لا يعلم بوجود فيروس في الملف الملحق بالرسالة، فهل من الممكن أن يُنسب إليه الإهمال؟

عدم علم المستخدم الذي أرسل الرسالة بوجود فيروس بالملف الملحق بها، يرجع لعدم وجود برنامج للحماية من الفيروسات على النظام المعلوماتي الخاص به، فهذا يدفعنا إلى التساؤل عن مدى وجود التزام على عاتق المستخدم العادي باستخدام برنامج للحماية من الفيروسات على نظامه المعلوماتي؟

فإذا كان المستخدم العادي ملتزماً بوضع برنامج للحماية وفقاً لمعيار سلوك الشخص المعتاد، فإن هذا المستخدم الذي أرسل الرسالة المحملة بملف مصاب بالفيروس، يكون قد أهمل ويُنسب إليه الخطأ، أما إذا كان المستخدم العادي غير ملتزم باستخدام هذا البرنامج، فلا يعتبر قد أهمل ولا ينسب إليه أي خطأ.

إذاً هل أصبح استخدام برامج الحماية من الفيروسات سلوكاً معتاداً بالنسبة للأفراد العاديين؟

انقسم الفقه إلى اتجاهين إزاء هذه المسألة؛ حيث يرى الرأي الأول^(٢٩) أن مستخدم الإنترنت يجب أن يكون حذراً في جميع الأحوال عند اتصاله بشبكة الإنترنت وخاصة عند إرسال أية رسالة إلكترونية، وذلك باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير عن طريق إرسال فيروس إليه، وتكون هذه الاحتياطات باستخدام برنامج لمكافحة الفيروسات على نظامه المعلوماتي، أو على الأقل فحص الملف الذي سيرسله من خلال خدمة فحص الملفات الموجودة على بعض المواقع على شبكة الإنترنت.

(٢٩) - Philippe HELIS & Philippe MOZAS, Chronique multimedia, Op.cit.

- Mark GROSSMAN, Liability for you if you have been hacked, on the internet at: <http://www.pdesign.net>, the date of publishing: 1 August 2000.

- Roland STANDLER, Possible various liability for computer users in the USA?, on the internet at: <http://www.rbs2.com>, date of publishing: 17 April 2004.

- Cheryl MASSINGALE & Faye BORTHICK, Risk allocation for computer system security breaches: Potential liability for providers of computer services, Western New England Law Rev, Vol 12, Issue 2, 1990.

ويستند هذا الرأي إلى أن مسألة انتشار الفيروسات أصبحت أمراً معتاداً على شبكة الإنترنت، ويكون من السلوك المعتاد لمستخدم الشبكة أن يفحص أي ملف يقوم بإرساله لمستخدم آخر؛ لأن خطر الإصابة بالفيروس عن طريق هذا الملف المُرسَل هو أمر متوقع من مُرسل الرسالة يجب عليه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع هذا الضرر، وإلا كان مهملاً ويُسند إليه الخطأ.

فمستخدم شبكة الإنترنت عليه التزام بعدم الإضرار بمستخدم آخر، ويكون ذلك باتخاذ كافة الاحتياطات بعدم إرسال ملف مصاب بفيروس للغير، فيجب على كل مستخدم استعمال برامج مكافحة الفيروسات المتاحة، وإلا كان مهملاً.

ويرى الجانب الآخر من الفقه^(٣٠) أن الحكم يجب ألا يكون عاماً، بمعنى أنه يجب أن نفرق بين صفة المستخدم الذي أرسل الرسالة، هل هو شخص محترف لاستخدام الإنترنت، أم هو شخص عادي، فإذا كان شخص محترف فعليه التزام باستخدام أحدث برامج مكافحة الفيروسات، فمثلاً إذا كان مرسل الرسالة الإلكترونية هو مالك لموقع إلكتروني أو هو شركة دعائية أو هو مؤسسة أو جامعة مثلاً.... إلخ، كل هذه المؤسسات والهيئات تمتلك أنظمة معلوماتية في المعتاد يكون لها مسؤول لتأمين هذا النظام وبرامج حديثة للتأمين، كما أن المُرسَل إليه يتعامل مع الرسالة المرسله منها بثقة لاعتقاده الجازم بالتأمين التام للنظام المعلوماتي المرسل منه الرسالة، فعدم استخدام برنامج للتأمين متقدم يعتبر خطأ في جانب هذه الجهة.

أما إذا كان المستخدم شخصاً عادياً فيرى هذا الجانب من الفقه أنه ملتزم أيضاً باتخاذ الاحتياطات المعقولة لتأمين نظامه المعلوماتي، وفحص الملفات قبل إرسالها،

(٣٠) - Lilian EDWARDS, Dawn of the death of distributed denial of service: How to kill zombies, on the internet at: <http://www.cardozoelj.com>, the date of publishing: 2006.

- Sarah FAULKNER, Invasion of the information snatchers: Creating liability for corporations with vulnerable computer networks, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, (2000) 18.

- Nicolas VERMEYS, Réflexion juridique autours de la notion de désinformation eu égard à la transmission de métavirus, Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.

- Blandine POIDEVIN, Quelle responsabilité lors de la diffusion de virus?, Art disponible sur: www.jurisexpert.net, La date de mise en ligne est: 20 décembre 2001.

- Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

وذلك باستخدام برامج مكافحة الفيروسات المجانية الموجودة على الإنترنت، أو على الأقل خدمة فحص الملفات المجانية الموجودة على الشبكة دون التزام عليه باستخدام برامج متقدمة عالية التكلفة، فتقدير وجود الخطأ يختلف بحسب طبيعة مرسل الرسالة. مما لا شك فيه أن ما قال به الرأي الثاني هو الأقرب للمنطق، فلا يجوز معاملة المستخدم العادي مثل المستخدم المحترف؛ لأن معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد يأخذ في الاعتبار الظروف الخارجية الظاهرة للملأ، وتكون منظورة للغير المضروور مثل ظرف السن والتعليم والتخصص والخبرة والبيئة الاجتماعية^(٣١).

وبناءً على ذلك فيجب - في رأينا - أن يأخذ القاضي في اعتباره - عند تقدير وجود الإهمال بالنسبة للمستخدم العادي غير المحترف - الخبرة الشخصية لهذا المستخدم في التعامل مع تقنية المعلومات، أي منذ متى وهو يتعامل مع هذه التقنيات؟ ففي مجتمعاتنا العربية يُعد استخدام تكنولوجيا المعلومات أمراً حديثاً نسبياً، وبالتالي لا يمكن القول بوجود الوعي الكامل لدى المستخدمين بأهمية تأمين النظام المعلوماتي الخاص بهم، فهذا الوعي يبدأ في التكون مع مرور الوقت في التعامل مع هذه التقنيات. ومن ثم فالقاضي عند تقديره للأمر لن يعامل المستخدمين على حد سواء، بل يجب التفرقة بين مستخدم تعامل مع تكنولوجيا المعلومات منذ وقت بعيد، وآخر حديث في التعامل مع هذه التكنولوجيا.

المبحث الثاني الضرر

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، فلا يكفي الخطأ وحده لانهقاد المسؤولية مهما كانت جسامته، وإنما يجب أن يترتب عليه ضرر.

والضرر على نوعين: مادي وأدبي؛ الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه وماله، فهو إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية. والضرر الأدبي هو ما يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها^(٣٢).

(٣١) انظر: محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٥٣٢.

(٣٢) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٧٠، فقرة ٥٦٩.

وإصابة النظام المعلوماتي بالفيروس (الفیرسة) لا يُعد ضرراً في حد ذاته، فهذه الإصابة لا تثير مسؤولية من قام بها إلا إذا ترتب عليها أثر يُعد ضرراً مالياً أو أدبياً.

فهناك فيروسات قد تدخل للنظام المعلوماتي ولا تنشط إلا إذا قام المستخدم بفتح الملف الذي التصق فيه هذا الفيروس، فطالما لم يفتح المستخدم الملف يظل الفيروس ساكناً غير محدث لأي ضرر، أما عندما يفتحه المستخدم يبدأ الفيروس في إحداث الضرر، وبالتالي لا يُسأل المخطئ إلا عند تحقق الضرر بالفعل، ولا يمكن هنا أن نقول إن هذا الضرر محقق الوقوع في المستقبل؛ لأن المستخدم قد لا يفتح هذا الملف أو قد يزيله أو قد يقوم بتحديث برنامج مكافحة الفيروسات فينبهه لوجود الفيروس فيزيله من نظامه المعلوماتي^(٣٣).

كذلك الحال بالنسبة لفيروسات (القنبلة الموقوتة) التي تدخل النظام المعلوماتي ولا تقوم بإحداث الضرر إلا في الوقت المحدد من قبل مبرمجه، فالضرر لم يحدث بعد، كما أنه غير محقق الوقوع في المستقبل؛ لأن المستخدم قد لا يقوم بتشغيل النظام المعلوماتي في الوقت المحدد لتنشيط الفيروس، أو قد يكتشفه برنامج مكافحة الفيروسات ويقوم بمسحه قبل الوقت المحدد^(٣٤).

ويرى البعض بأنه قد يكون هناك ضرر يصيب المستخدم حتى لو لم ينشط الفيروس بعد، هذا الضرر متمثل في الوقت الذي يقضيه المستخدم في إزالة الفيروس من النظام المعلوماتي^(٣٥).

في رأينا أن ذلك لا يعد ضرراً يُذكر؛ نظراً لأن برامج مكافحة الفيروسات تعمل بطريقة تلقائية في إزالة الفيروسات دون حاجة لتدخل من جانب المستخدم.

– الضرر المادي:

ويمكن التصور بأن يترتب على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي أضرار

(٣٣) لا يمنع عدم تحقق الضرر من عقاب من قام ببرمجة الفيروس جنائياً إذا كان القانون يجرم هذا الفعل، مثلما هو الحال في المادة العاشرة لقانون مكافحة جرائم تكنولوجيا المعلومات الإماراتي الذي يعاقب على مجرد إصابة النظام المعلوماتي بالفيروس.

(٣٤) عزة خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب: دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٩٦ – ٢٩٧.

(٣٥) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Op.cit.

مادية، هذه الأضرار المادية قد تكون حدوث ببطء في النظام المعلوماتي، وهذا البطء يعتبر خسارة مادية كبيرة لعدم إنجاز الأعمال بالسرعة المطلوبة^(٣٦).

ويترتب هذا البطء على بعض أنواع الفيروسات التي تقوم بعمل أوامر كثيرة غير مطلوبة في البنية التحتية للنظام المعلوماتي، مما يؤدي لعدم قدرة النظام المعلوماتي على الاستجابة لهذه الأوامر الكثيرة في ذات الوقت، فيؤدي إلى بطء في تنفيذها^(٣٧).

وقد يكون الضرر هو توقف النظام المعلوماتي تماماً عن العمل لفترة من الوقت، طويلة أو قصيرة، بحيث يكون هناك شلل تام في العمل في النظام^(٣٨).

بطء النظام المعلوماتي أو توقفه يمكن دائماً ترجمته إلى قيمة مادية هي قيمة الوقت الضائع على مستخدم النظام المعلوماتي نتيجة البطء أو التوقف^(٣٩).

وقد يترتب على الإصابة الفيروسية التلاعب بالبرامج التطبيقية الموجودة بالنظام المعلوماتي وتغيير وظائفها، بحيث لا تؤدي هذه البرامج الوظائف المنوعة بها، وإنما تقوم بوظائف أخرى غير مطلوبة للمستخدم^(٤٠).

وقد يترتب على الإصابة عدم قيام البرامج التطبيقية بكل الوظائف المطلوبة منها بل القيام ببعضها وتعطيل البعض الآخر^(٤١).

وقد يترتب على الإصابة الفيروسية تعديل بعض أو كل البيانات الموجودة في النظام المعلوماتي، أو تدمير بعض الملفات الموجودة في النظام، وهنا تكون الخسارة أكبر من الحالات السابقة لاعتماد المضرور على هذه البيانات والملفات في تسيير

(٣٦) Mark COLOMBELL, The legislative response to the evolution of computer viruses, Op.cit.

(٣٧) Nicolas VERMEYS, Réflexion juridique autours de la notion de désinformation eu égard à la transmission de métavirus, Lex Electronica Rev, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.

(٣٨) David HARLEY and others, Viruses Revealed, Berkeley, McGraw-Hill, 2001, note 3, p7.

(٣٩) عزة خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب: دراسة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٤٠) عابد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٩، ص ١٣٨.

(٤١) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Op.cit.

أعماله، وفي الغالب يكون قد أخذ وقتاً كبيراً لتكوين قواعد البيانات أو الملفات بداخل النظام^(٤٢).

وقد يترتب على الإصابة الفيروسية تدمير النظام المعلوماتي بالكامل، وهذه هي أكبر خسارة ممكنة تترتب على الفيروس؛ لأن الضرر يكون في حاجة إلى وضع نظام معلوماتي جديد، ومحاولة تكوين قواعد البيانات والملفات التي فقدها، وهذا يكون أمراً صعباً للغاية^(٤٣).

مما لا شك فيه أن كل الصور التي ذكرناها سابقاً للضرر المادي المترتب على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي هي إخلال بمصلحة مالية للضرر؛ لأن توقف النظام المعلوماتي أو تدميره أو تعديل البيانات والملفات أو إلغائها هي كلها صور لخسارة مالية قد تلحق بالضرر^(٤٤).

ولذلك يقع على عاتق الضرر إثبات أن البيانات التي أصيبت كانت ذات قيمة مالية له، كأن تكون بيانات عملاء الشركة، ويكون للقاضي سلطة مطلقة في تقدير وجود الضرر من عدمه، ومدى مقداره بحسب كل حالة على حدة^(٤٥).

مما لا شك فيه أن تقدير حجم الضرر يختلف باختلاف طبيعة الضرر ومدى أهمية النظام المعلوماتي له، فإذا كان الضرر مستخدماً عادياً لا يحتوي نظامه المعلوماتي إلا على ملفات بسيطة شخصية أو مجرد ألعاب أو أفلام، فإن الضرر هنا يكون بسيطاً جداً، وقد يقدر القاضي بأنه لا يوجد ضرر يُذكر.

أما إذا كان النظام المعلوماتي المصاب خاصاً بشركة أو هيئة أو جامعة - مثلاً - تعتمد كلياً في تسيير عملها على هذا النظام المعلوماتي، فالضرر هنا يكون كبيراً يقدره القاضي بحسب حجم الإصابة التي لحقت بالنظام.

(٤٢) David COHEN & Roberta ANDERSON, Insurance coverage for cyber-losses, Tort & Insurance Law Journal, Vol. 35, N^o. 4, Summer 2000.

(٤٣) Nicholas VERMEYS, Computer "Insecurity" and viral attacks, Op.cit.

(٤٤) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability, Op.cit.

(٤٥) Meiring VILLIERS, Information security standards, Op.cit.

الجدير بالذكر هنا أن القضاء الإنجليزي قد اعترف منذ وقت كبير بالقيمة المالية للمعلومات الموجودة بالأنظمة المعلوماتية، انظر:

- CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).

- Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek, 46 Cal. App. 4th 1559 (1996).

- American Guarantee & Liability Insurance Co. V Ingram Micro Inc., No. Civ. 99-185 TUC ACM, 2000 U.S. Dist. Lexis 7299 (D. Ariz. April 19, 2000).

ولا يتصور وجود ضرر قد لحق بمالك النظام المعلوماتي، إذا كانت الإصابة الفيروسية قد أدت لتدمير بعض قواعد البيانات أو الملفات التي يكون هذا الشخص قام بعمل نسخ احتياطية لها؛ لأنه لم يفقد هذه البيانات بل يقوم باستخدام النسخ الاحتياطية^(٤٦).

ويجب في جميع الأحوال أن يثبت الضرر القيمة الهامة للبيانات والمعلومات التي أصيبت من جراء الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي، حتى يتسنى له إثبات وجود ضرر قد حاق به من جراء هذا الخطأ.

– الضرر الأدبي:

الضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الشخص في قيمة غير مالية، فهو كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً^(٤٧).

وقد نص القانون المدني المصري صراحة في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضاً.

ومن المتصور أن يترتب على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي ضرر أدبي متمثل في الأذى الذي يصيب شعور المضرور؛ نتيجة إحساسه بالعجز لعدم قدرته على استخدام النظام المعلوماتي الخاص به بعد توقفه؛ نتيجة الإصابة الفيروسية^(٤٨).

كذلك قد يُعتبر مجرد شعور المستخدم بالذعر ضرراً أدبياً؛ نتيجة وجود الفيروس على نظامه المعلوماتي، حتى ولو لم ينشط هذا الفيروس بعد^(٤٩).

وتقدير مدى اعتبار الأمثلة السابقة ضرراً أدبياً من عدمه، أمر خاضع للسلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع في كل حالة على حدة.

(٤٦) Nicholas VERMEYS, Virus informatiques: Responsables et responsabilité, Op.cit, P 56.

(٤٧) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٤٧، فقرة ٤٠٠.

سمير تنافو، مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، بدون ناشر، ص ٢٤٨، فقرة ١٧٨.

(٤٨) عابد رجا الخليلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٤٩) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability, Op.cit.

المبحث الثالث علاقة السببية

علاقة السببية هي تلك العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، وبين الضرر الذي أصاب المضرور، وهو ركن ثالث من أركان المسؤولية، فلا يكفي الخطأ والضرر لقيام المسؤولية، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد بينهما رابطة سببية فلا تقوم المسؤولية^(٥٠).

تثير علاقة السببية كثير من المشكلات فيما يتعلق بالمسؤولية عن الإصابة الفيروسية للأنظمة المعلوماتية، هذه المشكلات تنبع من طبيعة الفيروسات باعتبار أنها سريعة الانتشار عبر شبكة الإنترنت، وأن هناك كثيراً من الأشخاص يساهمون في انتشارها بخطئهم نتيجة لإهمالهم في اتخاذ احتياطات تأمين الأنظمة المعلوماتية، مما يؤدي إلى تعدد مرتكبي الخطأ المحدث للضرر هذا من ناحية^(٥١).

ومن ناحية ثانية، فقد يدفع المدعى عليه الادعاء بمسؤوليته بوجود حادث مفاجئ، أو خطأ من جانب المضرور نفسه لعدم قيام المضرور بتأمين النظام المعلوماتي المصاب ببرامج مكافحة الفيروسات.

كما أن إثبات علاقة السببية يكون دقيقاً في بعض الأحيان؛ وذلك عندما يحدث الضرر، ويتبين أن هناك عدة فيروسات موجودة على النظام المعلوماتي للمضرور، ولا يُعرف من منهم قد أحدث الضرر فعلاً، أو تكون كلها قد اشتركت في إحداث الضرر.

كما أن الأضرار المترتبة على الإصابة الفيروسية يكون مداها واسعاً، بحيث من الممكن أن تتعاقب الأضرار المترتبة على الإصابة الفيروسية.

سنحاول أن نضع حلولاً لكل هذه المشكلات من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الحادث المفاجئ.

المطلب الثاني: خطأ المضرور.

المطلب الثالث: خطأ الغير.

المطلب الرابع: تعدد الأسباب.

المطلب الخامس: تعاقب الأضرار.

(٥٠) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٣٦٦.

(٥١) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

المطلب الأول الحادث المفاجئ

الحادث المفاجئ هو حادث غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فيجب أن يكون الحادث المفاجئ غير مُستطيع التوقع لا من جانب المدعى عليه فقط، بل من جانب أشد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وعدم إمكان التوقع في المسؤولية التقصيرية يكون وقت وقوع الحادث ذاته^(٥٢).

ويجب أيضاً أن يكون الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث، حتى لو استحال وقوعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً.

هل يستطيع مالك الموقع أو مرسل الرسالة الإلكترونية أن يدفع المسؤولية عن نفسه بالادعاء بوجود حادث فجائي متمثل في هجمة فيروسية على شبكة الإنترنت، وذلك لقطع علاقة السببية بين خطأه - المتمثل في الإهمال في استخدام وسائل التأمين الكافية - والضرر الذي أصاب النظام المعلوماتي للمضروب؟

نرى أن هذا الدفع غير مقبول؛ لأن شرط عدم التوقع غير متوافر في الهجمات الفيروسية، باعتبار أن هذا أصبح أمراً متوقعاً لأي مستخدم لتكنولوجيا المعلومات، وكما عبرت محكمة النقض الفرنسية (أن الفيروسات المعلوماتية أصبحت خطراً معتاداً ومعروفاً في مجال تكنولوجيا المعلومات)^(٥٣).

وبالتالي لا يمكن الادعاء بعدم توقع أي هجمات فيروسية مهما كانت شدتها، فذلك لا ينفي الخطأ المتمثل في الإهمال في اتخاذ إجراءات التأمين المناسبة.

المطلب الثاني خطأ المضروب

قد يدعي المخطئ بأن المضروب لم يحم باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتأمين النظام المعلوماتي الخاص به، وبالتالي يكون مرتكباً لخطأ، مما ينفي عن المخطئ المسؤولية.

إذا صح ادعاء المخطئ بعدم قيام المضروب باتخاذ أي احتياطات لتأمين النظام المعلوماتي الخاص به، فهل يعد ذلك خطأً ينفي مسؤولية المدعى عليه؟

(٥٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٩٦-٩٩٧.

(٥٣) Cass.Com, 25 Nov 1997, N° 95-14603, Bull 1997 IV N° 308 p. 264.

ذكرنا سابقاً أن الفقه قد انتهى إلى أنه أصبح من المألوف على مستخدم شبكة الإنترنت، حتى لو كان مستخدماً عادياً أن يقوم بتأمين النظام المعلوماتي الخاص به ببرامج مكافحة الفيروسات، وأن عدم قيامه بذلك يُعد إهمالاً، ويُسند إليه الخطأ، إلا أن درجة خطئه تكون أقل من درجة خطأ المستخدم المحترف للشبكة، ويُقدر القاضي درجة الخطأ في ضوء ظروف المستخدم.

يمكن القول أنه أصبح من الثابت فعلاً أن مستخدم الإنترنت ملتزم بتأمين النظام المعلوماتي الخاص به ببرامج مكافحة الفيروسات.

وبالتالي فهناك خطأ في جانب المضرور لعدم قيامه باستخدام برنامج لمكافحة الفيروسات، إلا أن هذا الخطأ قد يستغرقه خطأ المدعى عليه، وقد لا يستغرقه، ولكن يستقل عنه بحيث يشترك معه في إحداث الضرر، ويتوقف ذلك على حسب جسامته خطأ المدعى عليه^(٥٤).

أ - استغراق خطأ المدعى عليه لخطأ المضرور:

ويتصور ذلك عندما يكون المدعى عليه هو مبرمج الفيروس الذي قام بوضعه على شبكة الإنترنت، فهذا المبرمج متعمد إحداث الضرر بالغير، ومن ثم فخطأه يستغرق خطأ المضرور المتمثل في الإهمال في اتخاذ وسائل الحماية من الفيروسات. في هذه الحالة تكون مسؤولية مبرمج الفيروس كاملة غير منقوصة، ولا يؤثر فيها خطأ المضرور، ويقع على المبرمج تعويض المضرور عن الضرر.

ب - الخطأ المشترك:

إذا كان المدعى عليه هو مالك الموقع الإلكتروني الذي انتقل الفيروس منه إلى النظام المعلوماتي للمضرور، فإن خطأه المتمثل - كما ذكرنا سابقاً - في عدم تأمين موقعه بحيث يتم وضع ملفات مصابة بالفيروسات عليه هو إهمال من جانبه، وبالتالي فهو خطأ لا يستغرق خطأ المضرور المتمثل في الإهمال أيضاً، ويترتب على ذلك أن خطأ المدعى عليه يشترك مع خطأ المضرور في إحداث الضرر.

وكذلك الحال إذا كان المدعى عليه هو مرسل الرسالة الإلكترونية الذي تسبب بإهماله في إرسال ملف مصاب بفيروس للمضرور، في هذه الحالة لا يستغرق خطأ المدعى عليه خطأ المضرور، بل يشتركان في إحداث الضرر؛ لأن كلاً منهم يمثل إهمالاً.

في الحالتين السابقتين يكون كل من المدعى عليه والمضرور مسؤولاً؛ لأن خطأ كل منهم كان سبباً في وقوع الضرر كله، فتوزع المسؤولية بينهما.

فطالما أن أحد الخطأين لم يستغرق الخطأ الآخر، فإن كل خطأ يكون مستقلاً عن الخطأ الآخر، وقيل أن هناك خطأ مشتركاً، والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً متكافئاً أو منتجاً في إحداث الضرر، ولذا لا يتحمل المدعى عليه كامل المسؤولية بل توزع بينه وبين المضرور^(٥٥).

وقد نص القانون المدني المصري في المادة ١٦٩ على أنه إذا تعدد المسؤولون عن الضرر تكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض.

وبالتالي يقع على عاتق القاضي تقدير مدى جسامته خطأ كل منهما عند توزيع المسؤولية، فقد يقدر تساوي خطأ المدعى عليه والمضرور في الجسامة، فيوزع المسؤولية عليهما بالتساوي، ويتصور ذلك عندما يكون المدعى عليه هو مستخدم عادي مرسل الرسالة الإلكترونية، والمضرور مستخدم عادي، وكل منهما أهمل في عدم استخدام برنامج لمكافحة الفيروسات.

وقد يقدر القاضي أن أحد الخطأين أكثر جسامته من الآخر، ويتصور ذلك عندما يكون المدعى عليه هو مالك الموقع الإلكتروني المفترض فيه اتخاذ أحدث وسائل التأمين لموقعه، فيقدر القاضي أن خطأه أكثر جسامته من خطأ المضرور فيجعل مسؤوليته أكبر من مسؤولية المضرور.

وبالتالي يقدر القاضي الأمر في كل حالة على حدة حسب صفة المدعى عليه والمضرور، ما إذا كان مستخدماً عادياً أم مستخدماً محترفاً، وما يفترض فيه أن يتخذه من إجراءات تأمين لنظامه المعلوماتي.

المطلب الثالث

خطأ الغير

من المشكلات المتعلقة بالمسؤولية عن الإصابة الفيروسية للنظم المعلوماتية تعدد الأشخاص الذين يساهمون في الإصابة الفيروسية، بحيث يمكن أن يُسند الخطأ لهم جميعاً في إحداث هذه الإصابة، بحيث أن المدعى عليه يمكن أن يدفع بوجود خطأ لشخص آخر أدى لإحداث الضرر.

(٥٥) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٣، فقرة ٤٢٤.

فمثلاً إذا قام أحد الأشخاص بتحميل ملف مصاب بالفيروس من أحد المواقع وكان هذا الشخص لا يستخدم برنامج مكافحة الفيروسات، وكذلك الحال الموقع الذي تم تحميل الملف منه، ثم قام هذا المستخدم بإرسال الملف المصاب عبر البريد الإلكتروني إلى أحد أصدقائه فأصاب النظام المعلوماتي له، على الرغم من استخدامه لبرنامج مكافحة الفيروسات، فإن الضرر سيرجع على مرسل الرسالة الإلكترونية باعتبار أنه المسؤول عن إرسال هذه الرسالة، وأنه مخطئ لعدم استخدام برنامج مكافحة الفيروسات.

ولكن سيدفع المدعى عليه هذا الادعاء بأن هناك خطأ من جانب مالك الموقع الذي تم تحميل الملف منه؛ لأنه لم يستخدم برنامجاً لمكافحة الفيروسات، وكذلك فإن مالك الموقع سيدفع الادعاء بوجود خطأ في جانب مبرمج الفيروس نفسه.

ويمكن القول إنه في الفرض السابق توجد ثلاثة أخطاء أدت لإحداث الضرر، خطأ مبرمج الفيروس، خطأ مالك الموقع الإلكتروني، وخطأ مرسل الرسالة الإلكترونية.

والمعيار هنا هو مدى استغراق خطأ الغير لخطأ المدعى عليه من عدمه، فإذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه، ففي هذه الحالة لا يُعَدُّ بخطأ المدعى عليه، وتقوم مسؤولية الغير كاملة، أما إذا كان خطأ المدعى عليه مستغرقاً لخطأ الغير فلا يُعَدُّ بخطأ الغير، وتقوم مسؤولية المدعى عليه كاملة، وإذا استقل كل من الخطأين عن الآخر اعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر، حيث يحدد القاضي مدى جسامته خطأ كل منهما حتى يحدد مقدار التزامه بالتعويض^(٥٦).

وإذا طبقنا هذا المعيار على الفرض السابق، فيمكن القول إن خطأ مبرمج الفيروس يستغرق خطأ مالك الموقع، ويستغرق خطأ مرسل الرسالة الإلكترونية، باعتبار أن خطأ مبرمج الفيروس خطأً عمدياً، في حين أن خطأ مالك الموقع ومرسل الرسالة يتمثل في الإهمال، وبالتالي ينفي خطأ مبرمج الفيروس خطأ مالك الموقع ومرسل الرسالة فتنتفي مسؤوليتهم وتلقى المسؤولية كاملة على مبرمج الفيروس.

أما إذا كان المدعى عليه هو مرسل الرسالة والغير هو مالك الموقع، فإن خطأ كل منهما مستقل عن الآخر، فخطأ كل منهما هو سبب في الضرر؛ لأن خطأ كل منهما هو الإهمال فقط في عدم تأمين النظام المعلوماتي، وبالتالي يكون كل منهما مسؤولاً عن إحداث الضرر، وإن كان بإمكان القاضي أن يقدر أن خطأ مالك الموقع

(٥٦) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٦٢-٣٦٣.

أكثر جسامته من خطأ مرسل الرسالة، باعتبار أن مالك الموقع مفترض فيه اتخاذ أقصى احتياطات التأمين لنظامه المعلوماتي، بعكس المستخدم العادي الذي يكفيته اتخاذ احتياطات بسيطة، وبالتالي قد يرى القاضي التزام مالك الموقع بدفع الجزء الأكبر من التعويض، وإلزام مرسل الرسالة بدفع الجزء الأصغر.

ويتصور أخيراً أن يشترك خطأ المدعى عليه، وخطأ الغير، وخطأ المضرور في إحداث الضرر، في هذه الحالة يقوم القاضي بتوزيع المسؤولية عليهم بحسب جسامته خطأ كل منهم^(٥٧).

فإذا كان المضرور ومرسل الرسالة الإلكترونية ومالك الموقع قد أهملوا جميعاً في تأمين الأنظمة المعلوماتية، فإن كلاً منهم يكون مسؤولاً عن إحداث الضرر، ويقوم القاضي بتوزيع المسؤولية عليهم بحسب جسامته خطأ كل منهم.

المطلب الرابع تعدد الأسباب

مشكلة الإصابات الفيروسية للأنظمة المعلوماتية أنه في بعض الأحيان لا يُعرف السبب الحقيقي لإحداث الضرر، ويُتصور ذلك عندما يكون النظام المعلوماتي للمضرور غير مؤمن بحيث توجد عليه فيروسات متعددة لا يُعرف أي منهم قد أحدث الضرر بالنظام المعلوماتي، ومن الممكن أن تكون كل هذه الفيروسات أو بعضها قد اشترك في إحداث الضرر^(٥٨).

من الناحية الفنية قد يصعب في بعض الأحيان التعرف على الفيروس محدث الضرر، وفي بعض الأحيان قد تستطيع بعض البرامج تحديد الفيروس مصدر الضرر الذي أصاب النظام المعلوماتي^(٥٩).

وبالتالي نحن أمام فرضين: فإما أن نستطيع تحديد الفيروس الذي أحدث الضرر، وإما لا نستطيع تحديد الفيروس محدث الضرر بالنظام المعلوماتي.

وبالنسبة للفرض الأول: فالمسؤولية تقع على عاتق المخطئ الذي وضع هذا

(٥٧) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٥٨) Daniel HANSON, Easing Plaintiffs' Burden of Proving Negligence for Computer Malfunction, Iowa Law Rev, 69 (1983)241.

(٥٩) Nicholas VERMEYS, Virus informatiques: Responsables et responsabilité, Op.cit, P 62.

الفيرس على هذا النظام المعلوماتي سواء أكان ميرمج الفيرس، أم مالك الموقع الإلكتروني، أو مرسل الرسالة الإلكترونية المحملة بالملف المصاب بالفيرس، وذلك على النحو الذي ذكرناه سالفاً.

أما بالنسبة للفرض الثاني فهنا تكون المشكلة في عدم القدرة على تحديد أي فيروس قد تسبب في إحداث الضرر، فهناك صعوبة في تحديد أي الأخطاء هو الذي أدى إلى إحداث الضرر، على الرغم من إثبات الضرر للخطأ في جانب ميرمج الفيرس، ومالك الموقع الإلكتروني، ومرسل الرسالة الإلكترونية.

والحل - في رأينا - يكون بالرجوع إلى نظرية هجرها الفقه والقضاء وهي نظرية (تكافؤ الأسباب)، فهذه النظرية قابلة للتطبيق على الحالة محل البحث، وتؤدي إلى نتائج أقرب إلى المنطق والعدل فيما يتعلق بهذا الأمر؛ لأن عدم الأخذ بها معناه عدم تعويض الضرر عن الضرر الذي أصاب نظامه المعلوماتي إطلاقاً لعدم قدرته على تحديد الخطأ محدث الضرر على الرغم من إثباته وجود ضرر وجود أخطاء متعددة.

ومضمون هذه النظرية أنه إذا كان الضرر واحداً واشتركت عدة عوامل في إحداثه، بحيث كان من الصعب تعيين ما يعتبر سبباً حقيقياً لهذا الضرر وما لا يعتبر كذلك، فإن جميع هذه العوامل التي أدى اشتراكها إلى حدوث الضرر تعتبر أسباباً لإحداث الضرر، وتعد كلها متعادلة من حيث التسبب في وقوعه^(٦٠).

وبالتالي فتطبيق هذه النظرية يؤدي إلى افتراض أن جميع الفيروسات كانت سبباً في إحداث الضرر، حيث تتوزع المسؤولية على جميع المدعى عليهم المنسوب إليهم الخطأ، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع أي من المدعى عليهم أن ينفي المسؤولية عن نفسه بنفي علاقة السببية، وذلك بإثبات أن الضرر قد حدث بسبب فيروس آخر غير الفيروس الذي تسبب هو فيه، ويخضع الأمر للسلطة التقديرية الكاملة لقاضي الموضوع الذي قد يأخذ بدفع المدعى عليه أو يطرحه جانباً^(٦١).

(٦٠) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٥٩-٤٦٧.

(٦١) Nicholas VERMEYS, Computer "Insecurity" and viral attacks, Op.cit.

المطلب الخامس تعاقب الأضرار

من المؤلف في مجال الإصابات الفيروسية أن تتعاقب الأضرار المترتبة على إصابة النظام المعلوماتي، فتكون هناك أضرار مباشرة وأضرار غير مباشرة.

وفقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني، فإنه إذا ترتب على الخطأ الواحد أضرار مباشرة وأخرى غير مباشرة، فإن المخطئ يُسأل فقط عن تعويض الأضرار المباشرة، ولا يُسأل عن تعويض الأضرار غير المباشرة.

الإشكالية في الأضرار المترتبة على الإصابات الفيروسية هي تحديد الضرر المباشر الذي يُسأل عنه المخطئ، والضرر غير المباشر الذي لا يُسأل عنه، وذلك نظراً لسرعة تعاقب الأضرار المترتبة على الإصابات الفيروسية واتساع انتشارها.

وقد وضعت المادة ٢٢١ المعيار الذي يمكن اتباعه للتمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر، فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المضرور توقيه ببذل جهد معقول.

فمثلاً إذا أصاب الفيروس النظام المعلوماتي لمصرف، وأدى لتدميره وتدمير ملفات العملاء، وأدى ذلك إلى شلل تام بالعمل في هذا المصرف، وقيام كثير من العملاء بسحب أرصدهم بسبب اهتزاز سمعة المصرف، فأدى ذلك لخسارة مالية كبيرة، وفقد كثير من العملاء.

ويمكن القول إن الخطأ المتمثل في إصابة النظام المعلوماتي بالفيروس قد ترتب عليه عدة أضرار وهي تدمير النظام المعلوماتي، وتدمير جميع الملفات الموجودة عليه، وتوقف العمل تماماً بالمصرف للاعتماد التام على النظام المعلوماتي، وأخيراً سحب كثير من العملاء لأرصدهم.

وبالنسبة للضرر الأول المتمثل في تدمير النظام المعلوماتي، فإنه يُعتبر ضرراً مباشراً؛ وذلك لأن المصرف لا يستطيع توقيه ببذل جهد معقول، فمجرد وجود برنامج لمكافحة الفيروسات محدث طبقاً لأحدث الإصدارات يعتبر جهداً معقولاً من جانب البنك، وهو في ذات الوقت التزام عليه - كما ذكرنا - سابقاً.

وبالنسبة للضرر تدمير جميع الملفات، فهذا الضرر قد يكون غير مباشر؛ وذلك لأن المصرف يستطيع بجهد معقول عمل نسخ احتياطية لملفات العملاء إلكترونياً أو ورقية.

وبالنسبة للضرر الخاص بتوقف سير العمل، فهذا قد يكون ضرراً مباشراً إذا لم

يكن في استطاعة المصرف بجهد معقول عمل نظام ورقي لسير العمل لحين إصلاح النظام المعلوماتي، وقد يكون ضرراً غير مباشر إذا كان المصرف بجهد معقول يستطيع عمل نظام ورقي لسير العمل.

وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في تحديد إمكانية تفادي الضرر بجهد معقول، فقد يرى القاضي أنه من الصعب عمل نظام ورقي لإدارة مصرف كبير، يعتمد على تكنولوجيا المعلومات في تسيير العمل به، ويعتبر أن ضرر توقف العمل هو ضرر مباشر يُسأل عنه المخطئ.

وقد يرى القاضي أن عمل نظام ورقي احتياطي هو أمر معتاد لدى المصارف لمواجهة توقف النظام المعلوماتي لأي سبب كان، فيعتبر أن ضرر توقف العمل هو ضرر غير مباشر لا يُسأل عنه المخطئ.

وكذلك الحال فيما يتعلق بسحب العملاء لأرصدتهم من البنك، فهذا الضرر قد يكيف على أنه ضرر مباشر، إذا لم يستطع المصرف إعادة سير العمل ببذل جهد معقول، كأن يحاول إصلاح النظام المعلوماتي ولكن يتأخر ذلك لشدة تدمير النظام.

وقد يكون الضرر غير مباشر إذا كان إصلاح النظام المعلوماتي لا يحتاج وقتاً كبيراً، ولكن المصرف لم يبذل جهداً معقولاً لذلك.

المهم أن القاضي في كل حالة على حدة منوط به تحديد مدى إمكانية بذل جهد معقول لتفادي الضرر من عدمه؛ حتى يحدد طبيعة الضرر إذا كانت مباشرة أم غير مباشرة.

الفصل الثاني المسؤولية العقدية

تناولنا في الفصل السابق المسؤولية التقصيرية المترتبة على إصابة النظام المعلوماتي بالفيروس، وقد تبين لنا أن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تقضي بإقامة المسؤولية على عاتق المخطئ سواء أكان مبرمج الفيروس أم مالك الموقع الإلكتروني، أم مرسل الرسالة الإلكترونية.

ولكن المشكلة قد تدق من الناحية العملية في إثبات الخطأ، فالمضروور يقع عليه عبء إثبات الخطأ في حق المدعى عليه، وهذا الأمر قد يواجه بعض الصعوبات من الناحية الفنية، فمن الصعوبة معرفة مبرمج الفيروس إلا باتباع أساليب فنية للتتبع لا تكون متوافرة إلا لأجهزة مكافحة الجريمة المعلوماتية.

وكذلك فقد يحدث الضرر بعد وقت طويل من إصابة النظام المعلوماتي، حيث يدخل الفيروس للنظام ويبقى فيه، ولا ينشط إلا بعد مدة طويلة عندما يتم تشغيل الملف الذي التصق به الفيروس، فيبدأ في إحداث التلف بالنظام، في هذه الحالة يكون قد فات وقت طويل على دخول الفيروس للنظام، فيكون من الصعوبة بمكان تحديد مصدر الإصابة.

كل ذلك يدفع المضروور للرجوع على مسؤول تأمين النظام المعلوماتي بالتعويض لوجود خطأ من جانبه في الإخلال بالتزامه التعاقدية بتأمين النظام؛ مما أدى لإحداث الضرر الذي نتج عن الإصابة الفيروسية.

ويتصور ذلك عندما يرتبط بعقد مع شخص طبيعي أو معنوي، يكون مضمونه التزام الأخير بتأمين النظام المعلوماتي، ويخل هذا الأخير بالتزامه الوارد في العقد.

حتى نتناول المسؤولية العقدية المترتبة على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي، فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: عقد التأمين المعلوماتي.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية.

المبحث الثالث: الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

المبحث الأول عقد التأمين المعلوماتي

عقد التأمين المعلوماتي هو العقد الذي يُبرم بين مالك النظام المعلوماتي والمسؤول عن تأمين هذا النظام، ويكون محله التزام مسؤول التأمين بتوفير التأمين اللازم للنظام المعلوماتي من أي هجمات للقراصنة (HACKERS) أو من الإصابة بأي فيروسات من خلال شبكة الإنترنت أو حتى الوسائط التقليدية.

ويأخذ هذا العقد صورتين هما: الصورة الأولى تكون بين مالك النظام المعلوماتي وشركة متخصصة في تأمين الأنظمة المعلوماتية، وتنتشر هذه الصورة بالنسبة للهيئات والمؤسسات والشركات الكبيرة التي تمتلك أنظمة معلوماتية تعتمد عليها في إتمام عملها، ويسمى هذا العقد عقد تأمين النظام المعلوماتي.

أما الصورة الثانية فهي عقد ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات، وهو عقد مبرم بين مبرمج البرنامج ومستخدم البرنامج، حيث ينص على حق المستخدم في استخدام البرنامج لمكافحة الفيروسات في مقابل مبلغ نقدي يلتزم بدفعه للمبرمج.

سنتناول صور هذا العقد من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: عقد تأمين النظام المعلوماتي.

المطلب الثاني: عقد ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات.

المطلب الأول عقد تأمين النظام المعلوماتي

هو العقد الذي يُبرم بين شركة متخصصة في تأمين الأنظمة المعلوماتية ومالك النظام المعلوماتي، ويكون الهدف منه تأمين النظام المعلوماتي من أي اختراق أو فريسة، وذلك طيلة المدة المحددة في العقد^(٦٢).

وقد يكون الالتزام بتأمين النظام المعلوماتي هو شرط داخل عقد أكبر يُبرم بين شركة متخصصة في تكنولوجيا المعلومات ومالك هذا النظام، بحيث تكون الشركة مسؤولة عن بناء النظام المعلوماتي وتأمينه طوال الفترة المحددة في العقد^(٦٣).

(٦٢) Raphael PEUCHOT, Rudiments juridiques à l'usage des clients de prestations d'intrusion informatique, Lamy Lexel, 26 mars 2002.

(٦٣) Dana ROSENFELD and Alysa HUTNIK, Data Security Contract Clauses for Service Provider Arrangements, Practical Law Publishing Limited, USA, 2011, p1.

عقد تأمين النظام المعلوماتي هو دائماً عقد محدد المدة تلتزم الشركة المتخصصة في تأمين الأنظمة المعلوماتية بمقتضاه باتخاذ كافة الاجراءات التقنية اللازمة لمنع أي اختراق أو فيرسة للنظام المعلوماتي هذا من ناحية^(٦٤).

ومن ناحية أخرى، يلتزم مالك النظام المعلوماتي بأن يدلي لمسؤول التأمين (شركة تأمين الأنظمة المعلوماتية) بكل البيانات والمعلومات التي تطلبها الشركة، والمتعلقة بالنظام المعلوماتي، والتي من شأنها مساعدة الشركة في اتخاذ الإجراءات الملائمة لحماية النظام^(٦٥).

قد يتم النص في العقد على التزام شركة تأمين الأنظمة المعلوماتية باتخاذ كافة وسائل التأمين المتاحة لتأمين النظام المعلوماتي، في هذه الحالة تلتزم الشركة باتخاذ أحدث وسائل التأمين المتاحة في سوق تكنولوجيا المعلومات.

ولكن من ناحية أخرى من الممكن النص في العقد على أن التزام الشركة منحصر في إجراء تأميني معين كأن تلتزم باستخدام برامج مكافحة فيروسات من إصدار ٢٠١٣ مثلاً، في هذه الحالة لا تلتزم الشركة باستخدام الإصدارات الأحدث من البرامج التي ستظهر في مدة تنفيذ العقد^(٦٦).

وغالباً ما يتضمن العقد التزاماً على عاتق شركة تأمين الأنظمة المعلوماتية في اتخاذ الإجراءات التقنية لإزالة أي فيروسات تصيب النظام المعلوماتي في الحال قبل أن تنشط هذه الفيروسات وتُلحق ضرراً بالنظام، ويمتد الالتزام إلى القيام بالإزالة حتى بعد إحداث الضرر تفادياً لأضرار أخرى أكبر^(٦٧).

(٦٤) Raphael PEUCHOT, Rudiments juridiques à l'usage des clients de prestations d'intrusion informatique, Op.cit.

Ibid. (٦٥)

Dana ROSENFELD and Alysa HUTNIK, Data Security Contract Clauses for Service Provider Arrangements, Op.cit, p8. (٦٦)

Ibid, p11. (٦٧)

لمزيد من التفاصيل عن إبرام العقود عبر الإنترنت انظر:

- Michelle BAPTISTE et Xavier STRUBEL, Cre?er et exploiter un commerce e?lectronique, litec, 1998, p 103.

- Christiane SCHUHL, cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2 éme éd, 2001, p 159.

- Sylvette GUILLEMARD, Le droit international prive? face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat, fac de droit, univ Paris II, 2003, p 310.

- Michel ZOIA, La notion de consentement a? l'e?preuve de l'e?lectronique, Gaz pal, 15-17 juillet 2001, p 16.

ويلتزم مالك النظام المعلوماتي بدفع مقابل نقدي لشركة تأمين الأنظمة المعلوماتية، يتحدد مقداره بحسب مدى التزام الشركة باتخاذ أحدث وسائل التأمين المتاحة، أم تنحصر فقط في اتخاذ إجراء تأميني معين، فيزيد المقابل أو ينقص تبعاً لزيادة أو نقصان التزام شركة التأمين.

المطلب الثاني عقد ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات

هو العقد الذي يُبرم بين مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات ومستخدم هذا البرنامج، بحيث يرخص للمستخدم أن يستعمل هذا البرنامج لمكافحة الفيروسات الموجودة في نظامه المعلوماتي.

في الغالب يتم إبرام هذا العقد عبر شبكة الإنترنت، بحيث تكون شروط العقد موجودة على موقع الشركة، ويوافق عليها المرخص له بالضغط على أيقونة القبول، ويقوم بدفع المقابل عبر الإنترنت باستخدام بطاقة الدفع الإلكتروني، فيسمح له المبرمج بتحميل البرنامج وتشغيله على النظام المعلوماتي الخاص به.

ويعتبر وجود شروط العقد ومقابل الترخيص على الموقع الإلكتروني إيجاباً من جانب المبرمج، والضغط على أيقونة القبول هو قبول من جانب المرخص له ينعقد به العقد تماماً^(٦٨).

وقد يقوم المرخص له بشراء أسطوانة محمل عليها البرنامج، بحيث تظهر شروط الترخيص فور تشغيل هذه الأسطوانة، ولا يعمل البرنامج إلا بقيام المرخص

= Murielle CAHEN, Le consentement sur internet, Art disponible sur, la date de mise en ligne est 15/3/2004.

(٦٨) لمزيد من التفاصيل عن إبرام العقود عبر الإنترنت انظر:

- Michelle BAPTISTE et Xavier STRUBEL, Créer et exploiter un commerce électronique, litec, 1998, p 103.

- Christiane SCHUHL, cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2^{ème} éd, 2001, p 159.

- Sylvette GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat, fac de droit, univ Paris II, 2003, p 310.

- Michel ZOIA, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique , Gaz pal, 15-17 juillet 2001, p 16 .

- Murielle CAHEN, Le consentement sur internet, Art disponible sur www.droit-tic.com , la date de mise en ligne est 15/3/2004.

له بقبول هذه الشروط بحيث ينقصد عقد الترخيص فور قبول هذه الشروط، فيبدأ البرنامج في التحميل والعمل بعدها.

ويتضمن عقد ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات عدة شروط أهمها: صلاحية البرنامج وكفاءته لمكافحة الفيروسات، والتزام المرخص (المبرمج) بتوفير التحديث للبرنامج عبر شبكة الإنترنت، كلما ظهرت فيروسات جديدة، بحيث يكون البرنامج صالحاً للتصدي لها^(٦٩).

ونعتقد أنه من الصعب أن نكيف اتفاق ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات، وفقاً لأي عقد من العقود المسماة في القانون المدني، ولكن يمكن أن نعتبر اتفاق الترخيص هو عقد من العقود غير المسماة التي يرخص بمقتضاها المبرمج للمستخدم في استخدام البرنامج لمكافحة الفيروسات التي قد تصيب نظامه المعلوماتي، ويلتزم المرخص له بالوفاء بالمقابل النقدي المتفق عليه، وباحترام قواعد حماية حق المؤلف الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية.

ويلاحظ أن هذا الاتفاق هو دائماً عقد إذعان؛ وذلك لأن المبرمج يضع مجموعة من الشروط في العقد، ولا يقبل إطلاقاً بأي مناقشة أو تفاوض لتعديل هذه الشروط من قبل المستخدم، كما أن هذا العقد تكون شروطه واحدة بالنسبة لجميع المستخدمين فلا تتغير من مستخدم إلى آخر^(٧٠).

Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

Eric A CAPRIOLI et Noelle LEBOEUF, Innovation informatique: Les risques des logiciels open source, Art disponible sur: www.caprioli-avocats.com, La date de mise en ligne est: octobre 2007.

الجدير بالذكر أن هناك خلافاً بين الفقه الفرنسي والفقه المصري حول مفهوم عقد الإذعان، فالفقه الفرنسي يرى أن عقد الإذعان هو عقد يكون بين طرفين غير متساويين اقتصادياً، ويقوم الطرف القوي بإعداد شروط العقد سلفاً، ولا يقبل أي تفاوض من الطرف الآخر، فلا يكون أمام الطرف الضعيف سوى قبول كل هذه الشروط أو رفضها. انظر:

- Jean CARBONNIER, Droit civil: les obligations, presses universitaires de France, 9 ème éd, 1976, P 57.

- Eric FLOUR et Jean AUBERT, Droit civil, les obligations, V.I: l'acte juridique, deuxième éd, 1977, pcollection u, Armand colin, P 125, n°183.

- Christian LARROUMET, Droit civil: les obligations: le contrat, t.3, 4 ème éd, paris, Economica, 1998, P 234et S.

- Alex WEILL et François TERRE, Droit civil: les obligations, DALLOZ, 4 ème éd, 1986, PP 91- 92, n°95.

المبحث الثاني

أركان المسؤولية العقدية

حتى تقوم المسؤولية العقدية في حق المدين يجب أن يخل المدين بالتزامه العقدي، وأن يترتب على ذلك الإخلال ضرر يصيب الطرف الآخر في العقد، وبالتالي فأركان المسؤولية العقدية هي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بينهما.

ومن ثم فحتى تقوم المسؤولية العقدية عن الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي، فيجب أن يكون مسؤول التأمين المعلوماتي قد أخل بالتزامه الملقى على

بينما استقر الفقه المصري التقليدي على أن هناك ثلاثة شروط يجب توافرها في العقد حتى يمكن وصفه بأنه عقد إذعان، هذه الشروط هي:

أولاً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين؛ ثانياً: احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق؛

ثالثاً: توجيه الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة.

انظر: - السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩١-٢١٩، رقم ١١٦.

- محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٧٦، ص ٨٢، ٨٣، رقم ٤٧.

- سمير تنافو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص ٤٦-٤٧، رقم ٣٤.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٦٨.

- عبد الوبود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٤، ص ٤٦، رقم ٣٢.

- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، ١٩٩٠، بدون ناشر، ص ١١٧.

- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ١٩٩٧، ص ٥٦، ٥٥، رقم ١١٠.

وهناك رأى في الفقه المصري - نميل إليه - يأخذ بمفهوم حديث لعقد الإذعان، وهو أنه العقد الذي يسلم فيه أحد الأطراف بالشروط التي يضعها الطرف الآخر دون أن يكون له القدرة على التفاوض، وقد استند هذا الرأي إلى الصياغة العامة لنص المادة ١٠٠ من القانون المدني، والتي وضعت تحديداً عاماً لعقد الإذعان بأن القبول فيه يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل أي مناقشة فيها. انظر:

- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات: المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٥٧-٥٩.

عاقته في عقد التأمين المعلوماتي، وأن يترتب على ذلك الإخلال أن يصيب الفيروس النظام المعلوماتي بضرر.

سنتناول أركان المسؤولية العقدية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الخطأ العقدي.

المطلب الثاني: الضرر.

المطلب الثالث: علاقة السببية.

المطلب الأول الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أيًا كان سبب عدم التنفيذ، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله، بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة، ولكن يُلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي، فإن علاقة السببية - وهي ركن في المسؤولية العقدية - تنعدم، ولا تتحقق المسؤولية تبعاً لذلك^(٧١).

عدم تنفيذ الالتزام تختلف صورته بحسب نوع الالتزام، فهناك نوعان من الالتزامات؛ الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فالالتزام بتحقيق نتيجة هو الالتزام الذي يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام، ويتمثل عدم تنفيذ الالتزام في مجرد عدم تحقيق النتيجة، ولو بذل المتعاقد كل جهده في العمل على تحقيقها^(٧٢).

أما الالتزام ببذل عناية فهو التزام لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل

(٧١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٥٦، فقرة ٤٢٧.

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٩، فقرة ١٣٢.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤٩-٢٥٠، فقرة ٢٨٣.

- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩٣-٣٩٤.

- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٥٠٥-٥٠٦.

- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٧٢) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩٤.

يلزمه فحسب بأن يبذل قدراً معيناً من العناية للوصول إلى غرض معين، فالمدین لا يأخذ على عاتقه تحقيق نتيجة معينة ببتغیها الدائن، وإنما يتعهد بمجرد بذل جهد معين للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحققت بالفعل أو لم تتحقق. فإذا بذل المدین هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، ولا علیه بعد ذلك إذا لم يتحقق الغرض المقصود^(٧٣).

فیما يتعلق بالالتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن یثبت الدائن عدم قیام المدین بتحقيق النتيجة حتى یثبت إخلال المدین بالتزامه وإسناد الخطأ العقدي إلیه، أما فی الالتزام ببذل عناية، فلا يكفي إثبات الدائن عدم قیام المدین بتحقيق النتيجة، وإنما یجب أن یثبت عدم قیام المدین ببذل عناية الشخص المعتاد فی تنفيذ التزامه^(٧٤).

– خطأ شركة تأمين النظام المعلوماتي

لا یوجد خلاف على أن التزام شركة تأمين النظام المعلوماتي هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، فتعتبر الشركة قد أوفت بالتزامها إذا استخدمت كل وسائل التأمين من الفيروسات المطروحة، حیث یجب علیها أن تستخدم برامج مكافحة من الفيروسات المتاحة^(٧٥).

ویرجع ذلك للتطور المستمر للفيروسات، وعدم قدرة وسائل التأمين على ملاحقة هذا التطور، فغالباً ما یسبق التطور فی الفيروسات التطور الحادث فی برامج مكافحة منها^(٧٦).

فحتى نقول إن شركة تأمين النظام المعلوماتي قد أوفت بالتزامها، فإنه یجب أن تكون قد اتخذت وسائل التأمين المعتادة لتأمين النظام المعلوماتي، ووسائل التأمين المعتادة هی الوسائل التقنية التي یستخدمها مسؤولو التأمين عادة لتأمين النظام المعلوماتي.

إلا أننا یجب ألا نغفل أمراً هاماً وهو التطور المستمر لتكنولوجيا المعلومات

(٧٣) المرجع السابق، ص ٤٩٥-٤٩٦.

(٧٤) أنور سلطان، الموجز فی النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٥٤-٢٥٥.

(٧٥) Jean-Vasken ALYANAKIAN, Quels recours en cas de manquement contractuel ou de fraude?, Art disponible sur: www.01net.com, La date de mise en ligne est: 06/05/2011.

- Raphael PEUCHOT, Rudiments juridiques à l'usage des clients de prestations d'intrusion informatique, Op.cit.

Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability, Op.cit. (٧٦)

والفيروسات الذي لا يكفي معه - في رأينا - القول باستخدام وسائل التأمين المعتادة، وإنما استخدام أحدث وسائل التأمين المتاحة في سوق تكنولوجيا المعلومات. وبالتالي فالمعيار - في رأينا - لتحديد وجود خطأ عقدي في جانب شركة تأمين النظام المعلوماتي هو مدى استخدامها لأحدث وسائل التأمين المعلوماتي المتاحة في سوق تكنولوجيا المعلومات من عدمه.

فإذا أثبت الضرر عدم قيام شركة تأمين النظام المعلوماتي باستخدام أحدث وسائل التأمين المتاحة في سوق تكنولوجيا المعلومات، فإنه يكون قد أثبت الخطأ العقدي في جانب الشركة.

ولكن يكون من حق شركة تأمين النظام المعلوماتي أن تنفي الخطأ بإثبات قيامها باتخاذ أحدث وسائل التأمين المتاحة، ولكن هذه الوسائل لم تفلح في صد الهجمة الفيروسية^(٧٧).

ولكن ما ذكرناه سالفاً لا ينطبق في حالة ما إذا كان منصوباً في عقد تأمين النظام المعلوماتي على التزام مسؤول التأمين باتخاذ إجراء تأميني معين، هنا ينحصر التزامه بهذا الإجراء دون غيره^(٧٨).

ويعتبر خطأ من جانب شركة تأمين النظام المعلوماتي عدم اتخاذ الإجراءات التقنية لإزالة الفيروسات التي تكون قد أصابت النظام المعلوماتي بالفعل قبل أن تنشط وتحدث ضرراً، أو قبل أن تحدث ضرراً أكبر من الذي أحدثته.

ويجب أن نقرر أخيراً أن تقدير ما إذا كانت شركة تأمين النظام المعلوماتي قد اتخذت وسائل التأمين الملائمة من عدمه هو أمر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في كل حالة على حدة.

فقد يقدر القاضي أن شركة تأمين النظام المعلوماتي لم تتخذ الإجراءات التأمينية الملائمة، إذا كانت الإصابة قد حدثت من فيروس قديم تم تحديث برامج مكافحة للقضاء عليه، وقد يقدر القاضي أن شركة تأمين النظام المعلوماتي قد اتخذت كل وسائل التأمين الممكنة إذا كانت الإصابة قد حدثت من فيروس جديد لم يتم تحديث برامج مكافحة الفيروسات للقضاء عليه بعد^(٧٩).

(٧٧) Jean-Vasken ALYANAKIAN, Quels recours en cas de manquement contractuel ou de fraude?, Op.cit.

(٧٨) Raphael PEUCHOT, Rudiments juridiques à l'usage des clients de prestations d'intrusion informatique, Op.cit.

(٧٩) Blandine POIDEVIN, Quelle responsabilité en matière de sécurité informatique?, Op.cit.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية - بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها - بوجود خطأ عقدي في جانب مسؤول التأمين لعدم قيامه باستخدام أحدث وسائل التأمين المتطورة والمتاحة، مما أدى لإصابة النظام المعلوماتي للطرف الآخر في العقد بفيروس^(٨٠).

- خطأ مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات

يمكن أن تثور مسؤولية مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات إذا كان هناك خلل في البرنامج أدى إلى عدم التصدي للفيروس، أي أن يكون هناك خطأ في التصميم يؤدي لعدم تحقيق البرنامج لهدفه الأساسي في التصدي للفيروسات^(٨١).

ولكن لا يكون المبرمج مسؤولاً في حالة عدم تشغيل البرنامج على النظام المعلوماتي للمضروب لعدم ملائمة البرنامج لهذا النظام المعلوماتي؛ لأن شروط ترخيص البرنامج تحدد فيها الأنظمة المعلوماتية المتوائمة معها هذا البرنامج، فإذا قام المرخص له بتثبيت البرنامج على الرغم من عدم مواءمة البرنامج للنظام المعلوماتي، فذلك يعتبر خطأ من المرخص له وليس خطأ من المبرمج.

وتطبيقاً لذلك: حكم القضاء الفرنسي بعدم وجود خطأ عقدي في جانب مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات لعدم تشغيل البرنامج على نظام معلوماتي مختلف عن النظام المعلوماتي المتوائمة مع البرنامج وفقاً لما هو موضح في شروط عقد الترخيص^(٨٢).

وإذا كان برنامج حماية الفيروسات لا يعمل، أو لم تتوافر فيه الخصائص التي نص عليها العقد، في هذه الحالة يكون مبرمج البرنامج قد ارتكب خطأً عقدياً لعدم تنفيذ الالتزام المنصوص عليه في العقد^(٨٣).

ولكن مجرد عدم قيام البرنامج بالتصدي لكل الفيروسات لا يعتبر خطأً عقدياً؛

Cass.Com, 7 juillet 2009, N° 08-14231. (٨٠)

- Nicholas VERMEYS, Computer "Insecurity" and Viral attacks, Op.cit. (٨١)

- Frédéric DUFLLOT, Les Infections Informatiques Bénéfiques: Chroniques d'un anathème, DESS de Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques, Univ Paris XI, Fac Jean Monnet, 2003-2004, P 57.

- Juridiction de proximité de vanves, 2 septembre 2008, RG N° 91-08-000006. (٨٢)

- CA Montpellier, 9 Mars 2004, RG N° 03/00974.

Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit. (٨٣)

لأن التزام مبرمج البرنامج هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، فهو عليه التزام ببرمجة برنامج يستطيع التصدي للفيروسات، ولكن نظراً لتجدد الفيروسات وتطورها وظهور فيروسات جديدة، فلا يشترط أن يكون البرنامج قادراً على التصدي لكل هذه الفيروسات الجديدة^(٨٤).

فالتأمين المعلوماتي من الناحية الفنية هو التصدي للفيروسات التي تهدد النظام المعلوماتي، هذا التصدي لا يمكن من الناحية الفنية أن يتحقق بنسبة المائة في المائة، وإنما يفترض دائماً احتمالية حدوث الإصابة^(٨٥).

فلا يمكن أن نقرر بسهولة أن برنامج فيروسات معين هو برنامج جيد أم لا، وإنما يخضع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستطيع الاستعانة بالخبير الذي يقرر ما إذا كان برنامج حماية الفيروسات برنامجاً كفئاً أم لا^(٨٦).

ولكن حتى يكون المبرمج قد أوفى بالتزامه، فيجب عليه أن يقوم بعمل تحديث للبرنامج بصورة منتظمة حتى يكون قادراً على مواجهة الفيروسات الجديدة، وأن يتيح هذا التحديث للمستخدم على موقعه على شبكة الإنترنت، بحيث يستطيع المستخدم تحديث البرنامج بمجرد الاتصال بالشبكة^(٨٧).

المطلب الثاني الضرر

الركن الثاني في المسؤولية العقدية هو الضرر، فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدين، ولا يُفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقوم بتنفيذ التزامه العقدي، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك^(٨٨).

(٨٤) - Murielle CAHEN, La sécurité et les systèmes informatiques, Art disponible sur: <http://www.murielle-cahen.fr>, La date de mise en ligne est: 17 mai 2012.

- Frédéric DUFLLOT, Les Infections Informatiques Bénéfiques, Op.cit, P 57.

(٨٥) Valérie SEDALLIAN, Légiférer sur la sécurité informatique: la quadrature du cercle?, Etude disponible sur: <http://www.juriscom.net/>, La date de mise en ligne est: 5 décembre 2003, P 3.

(٨٦) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

(٨٧) Murielle CAHEN, La sécurité et les systèmes informatiques, Op.cit.

(٨٨) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٧٩، فقرة ٤٤٢.

حتى تثبت المسؤولية العقدية لشركة تأمين النظام المعلوماتي، أو مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات فيجب أن يترتب ضرر عن خطئه العقدي المتمثل في الإخلال بالتزامه، ويقع على عاتق مالك النظام المعلوماتي أو المرخص له - على حسب الأحوال - إثبات هذا الضرر.

ولكن الإخلال بتأمين النظام المعلوماتي يجعل هذا النظام عرضة للإصابة الفيروسية، أي أن وجود الخطأ العقدي يرفع من نسبة تحقق الضرر وهو الإصابة الفيروسية خاصة إذا كان النظام المعلوماتي مرتبطاً بشبكة الإنترنت، فهل الضرر في هذه الحالة هو ضرر محقق الوقوع في المستقبل، ويتم التعويض عنه، أم أنه ضرر احتمالي لا يتم التعويض عنه؟

ومما لا شك فيه أن الإخلال بتأمين النظام المعلوماتي يجعله عرضة لإصابة فيروسية، ولكن هذا الضرر - في رأينا - هو ضرر محتمل، لأن الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي قد تحدث، ولكن يظل الفيروس خاملاً فلا يصيب النظام بأي ضرر؛ وذلك لعدم فتح الملف الملتصق به الفيروس.

فمجرد دخول الفيروسات للنظام المعلوماتي لا يعتبر ضرراً في رأينا؛ لأن الضرر يتحقق عندما يتم تحفيز الفيروس على العمل، فيقوم بإحداث خلل بالنظام المعلوماتي، أو بمسح ملفات، أو بإيقاف النظام الخ.

وهذا التحفيز للفيروس قد لا يحدث إذا لم يقر مالك النظام بفتح الملف الملتصق به الفيروس، وقد يقوم مالك النظام بمسح الملف ومسح الفيروس تبعاً له، فلا يحدث أي ضرر، مما يجعل الإصابة بالفيروس - في حد ذاتها - ضرراً محتملاً لا يعرض عنه.

ويُتصور أن يترتب على الخطأ ضرر أدبي لمالك النظام المعلوماتي، متمثلاً في الأذى الذي يصيبه نتيجة شعوره بالعجز، لعدم قدرته على استخدام النظام المعلوماتي الخاص به بعد توقفه نتيجة الإصابة الفيروسية، وهو ما يقدر القاضي وجوده من عدمه في كل حالة على حدة.

المطلب الثالث

علاقة السببية

لا يكفي - حتى تقوم المسؤولية العقدية - أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية بينهما، وذلك بأن يكون الضرر مترتباً على الخطأ.

يقع على عاتق الدائن إثبات أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة معقولة لخطأ المدين، فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قضائية على علاقة سببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن^(٨٩).

ويستطيع مالك النظام المعلوماتي إثبات علاقة السببية بسهولة، فإثبات خطأ شركة تأمين النظام المعلوماتي أو خطأ مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات، وإثبات الضرر الذي لحق النظام المعلوماتي نتيجة الإصابة بالفيروسات، يؤدي إلى إقامة قرينة قضائية على علاقة سببية.

وإذا أراد المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه، فإنه يستطيع أن يثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، أو يثبت أن الضرر غير مباشر أو غير متوقع.

– السبب الأجنبي:

يستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية في المسؤولية العقدية إذا أثبت أن الضرر الذي حدث لا يرجع إلى خطئه، ولكن يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وفقاً للمادة ١٦٥ من القانون المدني فإن السبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور.

وهذه القاعدة العامة تثير عدة تساؤلات وهي:

التساؤل الأول: هل يستطيع مسؤول التأمين المعلوماتي (شركة تأمين النظام المعلوماتي أو مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات) الادعاء بأن الضرر قد نشأ عن حادث مفاجئ هو هجوم فيروسي عبر شبكة الإنترنت، ومن ثم لا تقام مسؤوليته العقدية على الرغم من وجود خطأ من جانبه؟

الحادث المفاجئ هو حادث غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فيجب أن يكون الحادث المفاجئ غير مستطیع التوقع لا من جانب المدعى عليه فقط، بل من جانب أشد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وعدم إمكان التوقع في المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد^(٩٠).

ويجب أيضاً أن يكون الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً.

(٨٩) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

(٩٠) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٩٦-٩٩٧.

نرى بأن شروط الحادث المفاجئ السابقة لا تتوافر في أي هجمة فيروسية مهما كانت شدتها، فالشرط الأول الخاص بعدم إمكان التوقع وقت إبرام العقد غير متوافر؛ لأن محل العقد هو تأمين النظام المعلوماتي من أي هجمات فيروسية، فلا يستطيع مسؤول التأمين المعلوماتي أن يدعي بعدم توقعه حدوث الهجمة الفيروسية، فلا يعتبر ذلك حادثاً مفاجئاً ينفي علاقة السببية بين خطئه والضرر.

التساؤل الثاني: هل يستطيع مسؤول التأمين المعلوماتي (شركة تأمين النظام المعلوماتي أو مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات) التمسك بخطأ مبرمج الفيروس الذي أصاب النظام المعلوماتي للتخلص من مسؤوليته على الرغم من وجود خطأ من جانبه؟ وفقاً للقواعد العامة فإن المعيار هنا هو مدى استغراق خطأ الغير لخطأ المدعى عليه من عدمه، فإذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه، ففي هذه الحالة لا يعتد بخطأ المدعى عليه، وتقوم مسؤولية الغير كاملة، أما إذا كان خطأ المدعى عليه مستغرقاً لخطأ الغير فلا يعتد بخطأ الغير، وتقوم مسؤولية المدعى عليه كاملة^(٩١).

ونرى أن خطأ الغير المتمثل في خطأ مبرمج الفيروس لا يمكن أن يستغرق خطأ مسؤول التأمين المعلوماتي بأي حال من الأحوال، فعلى الرغم من أن خطأ مبرمج الفيروس هو خطأ عمدي، إلا أن محل التزام مسؤول التأمين هو اتخاذ كافة الإجراءات التقنية اللازمة للتوقي من خطأ مبرمج الفيروس، فإن قصر مسؤول التأمين في اتخاذ هذه الاحتياطات، فيكون مخطئاً ولا يستطيع الادعاء بوجود خطأ للغير لقطع علاقة السببية بين خطئه والضرر.

التساؤل الثالث: هل يستطيع مسؤول التأمين المعلوماتي (شركة تأمين النظام المعلوماتي أو مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات) التمسك بخطأ المضرور نفسه، كان يدعي أن المضرور كثير الولوج على المواقع الإباحية، وتحميل الملفات التي تحتوي على فيروسات؟

ومما لا شك فيه أن هناك خطأ في هذه الحالة من جانب المضرور؛ لأنه ليس من السلوك المعتاد أن يقوم المستخدم بالولوج إلى المواقع غير المشروعة، وتحميل الملفات التي يعرف بأنها غالباً ما تكون مصابة بالفيروسات، فهناك خطأ من جانب المضرور في هذه الحالة^(٩٢).

(٩١) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٢-٣٦٣.

(٩٢) Nicholas VERMEYS, Virus informatiques: Responsables et responsabilité, Op.cit, P 136.

ففي هذه الحالة على الرغم من وجود خطأ من جانب مسؤول التأمين المعلوماتي، إلا أن هناك خطأ من جانب المضرور، والقاعدة هنا هي مدى استغراق أحد الخطأين للآخر من عدمه، وذلك حسب مدى جسامته كل منهما وفقاً لتقدير القاضي في كل حالة على حدة.

فإذا قدر القاضي أن خطأ المضرور يستغرق خطأ مسؤول التأمين المعلوماتي، فإنه يعفيه تماماً من المسؤولية، وإذا قدر أن خطأ مسؤول التأمين المعلوماتي يستغرق خطأ المضرور، فإنه يلقي بالمسؤولية كاملة على عاتق مسؤول التأمين.

وإذا قدر القاضي أن الخطأين مستقلان، فإنه يقسم المسؤولية بينهما، مما يؤدي إلى التخفيف من مسؤولية مسؤول التأمين المعلوماتي، هذا التخفيف قد يصل إلى النصف أو أكثر أو أقل حسب تقدير القاضي لمدى جسامته خطأ كل منهما.

- الضرر المتوقع:

وفقاً لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون المدني، فلا يلتزم المدين في المسؤولية العقدية إلا بتعويض الضرر المتوقع، وذلك ما لم يكن قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً.

وتثير هذه المسألة إشكالية خاصة فيما يتعلق بتحديد الضرر المتوقع الذي يُسأل عنه المخطئ، والضرر غير المتوقع الذي لا يُسأل عنه، وذلك نظراً لسرعة تعاقب الأضرار المترتبة على الإصابات الفيروسية واتساع انتشارها.

وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢١ فإن الضرر المتوقع هو الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة عند التعاقد.

وبالتالي فإن المعيار وفقاً للنص هو أن الضرر المتوقع هو الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين عند التعاقد، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات^(٩٣).

وبالتالي فإن مسؤول التأمين المعلوماتي يجب أن يتوقع أن تكون الأضرار كبيرة ومتسعة، إذا كان النظام المعلوماتي الملزم بتأمينه هو نظام مملوك لشركة كبيرة، أو لهيئة، أو بنك، أو مؤسسة حكومية، أو جامعة مثلاً، ويتوقع أن تكون الأضرار أقل إذا كان النظام المعلوماتي خاصاً بمستخدم بسيط.

(٩٣) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٨٦-٦٨٧، فقرة ٤٥٣.

- الضرر المباشر:

من ناحية أخرى فإن المدين لا یُسأل إلا عن الضرر المباشر، والضرر المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول^(٩٤).

وبالتالي لا يلتزم مسؤول التأمين المعلوماتي سوى بتعويض الأضرار المباشرة المترتبة على خطئه العقدي، وهي الأضرار التي لا يستطيع مالك النظام المعلوماتي أن يتوقاها ببذل جهد معقول، فمثلاً إذا ترتب على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي لإحدى الجامعات تدمير هذا النظام، وضياع كل بيانات الطلاب، فهنا يعد تدمير النظام المعلوماتي ضرراً مباشراً لعدم قدرة الجامعة على توقي هذا الضرر، أما ضياع بيانات الطلاب فهو ضرر غير مباشر؛ لأنها بسهولة تستطيع عمل ملف ورقي بجانب الملفات الإلكترونية، وهذا ما يجري عليه العمل في الجامعات، حيث يُعتمد على هذه الملفات في حالة توقف النظام المعلوماتي للصيانة مثلاً.

ويقع على عاتق القاضي تقدير مدى اعتبار الضرر مباشراً من عدمه في كل حالة على حدة حسب تقديره لمدى قدرة الدائن على بذل الجهد المعقول لتوقي الضرر من عدمه.

المبحث الثالث

تعديل قواعد المسؤولية العقدية

حيث إن الأضرار التي تترتب على الفيروسات قد تكون كبيرة، فإن مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات يضع دائماً في عقد الترخيص شروطاً تهدف إلى إعفائه من المسؤولية أو التخفيف منها في حالة حدوث الضرر، كالتزامه بتعويض الضرر في حدود مبلغ معين^(٩٥).

ومن ناحية أخرى فغالباً ما يتم النص في عقود تأمين النظام المعلوماتي على حدود معينة للالتزام شركة تأمين النظام المعلوماتي بتعويض الضرر الذي أصاب مالك النظام المعلوماتي نتيجة لحدوث الإصابة الفيروسية^(٩٦).

(٩٤) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

(٩٥) Richard OWENS, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, Op.cit.

(٩٦) Dana ROSENFELD and Alysa HUTNIK, Data Security Contract Clauses for Service Provider Arrangements, Op.cit, p12.

من ناحية أخرى فقد يتفق المتعاقدان على تشديد المسؤولية العقدية بأن يتفق على أن مسؤول تأمين النظام المعلوماتي مسؤول عن أي أضرار تصيب النظام المعلوماتي، ولو لم يكن هناك خطأ من جانبه.

سنتناول حكم تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن تأمين الأنظمة المعلوماتية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

المطلب الثاني: تشديد المسؤولية.

المطلب الأول

الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

وفقاً للمادة ٢١٧/٢ من القانون المدني، فإنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية مترتبة على عدم تنفيذ التزامه الوارد بالعقد، ما عدا ما يكون مترتباً على غشه أو خطئه الجسيم.

وبالتالي يفهم من هذه المادة أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية هو اتفاق صحيح، ولكن لا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد، وهو الخطأ الجسيم^(٩٧).

فلا يطبق شرط الإعفاء من المسؤولية إذا كان الضرر الذي أصاب الطرف الآخر مترتباً على غش أو خطأ جسيم ممن قرر هذا الشرط لمصلحته.

إذا طبقنا القواعد السابقة على عقود تأمين النظام المعلوماتي، فإنه يمكن القول إن شرط إعفاء شركة تأمين النظام المعلوماتي من المسؤولية أو التخفيف منها هو شرط صحيح، ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من جانب هذه الشركة.

(٩٧) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٧٣، فقرة ٤٣٩.

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٦-١٧٧، فقرة ١٣٦.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٧، فقرة ٤٥٧.

- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤١٢.

- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٥٨١ - ٥٨٥.

- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

ونفس الحكم ينطبق على عقود ترخيص برامج مكافحة الفيروسات، فشرط إعفاء المبرمج من المسؤولية هو شرط صحيح إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم من جانب المبرمج، ففي هذه الحالة يكون هذا الشرط باطلاً ولا يكون له أي أثر. ولكن من ناحية أخرى، فإن عقد الترخيص يعتبر - كما ذكرنا سابقاً - عقد إذعان، وبالتالي فالمستخدم يستأهل الحماية المقررة في المادة ١٤٩ من القانون المدني، التي تقضي بأنه إذا تضمن عقد الإذعان شروطاً تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف الضعيف منها، وفقاً لما تقتضيه قواعد العدالة.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا قُدِّرَ القاضي أن شرط إعفاء المبرمج من المسؤولية الوارد في عقد الترخيص هو شرط تعسفي، فإن له أن يعدل هذا الشرط بما يزيل أثر التعسف، بل وله أن يلغيه ويعفي المستخدم منه، وسيترتب على هذا الإلغاء تقرير مسؤولية المبرمج عن إخلاله بالتزامه التعاقدية الذي أضر بالمستخدم.

المطلب الثاني تشديد المسؤولية

قد يُتَّفَق في عقد تأمين النظام المعلوماتي على تشديد مسؤولية شركة تأمين النظام المعلوماتي بحيث تكون مسؤولية عن أي أضرار تصيب النظام المعلوماتي من جراء الإصابة الفيروسية، حتى لو بذلت كل العناية المطلوبة منها، وأوفت بالتزامها على أكمل وجه.

هذا الاتفاق الخاص بتشديد المسؤولية ينتشر من الناحية العملية في عقود تأمين النظام المعلوماتي، ولا يتصور عملاً في عقود ترخيص برمجيات مكافحة الفيروسات، إذ جرى العمل في هذه الأخيرة على الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية المبرمج.

ويهدف مالك النظام المعلوماتي من وضع مثل هذا الشرط في العقد إلى تأمين نفسه من أي أضرار قد تصيب النظام المعلوماتي، بحيث يُسأل الطرف الآخر عن تعويض هذه الأضرار، وفي مقابل ذلك يلتزم مالك النظام المعلوماتي بدفع مبلغ أكبر من المعتاد في سبيل هذا التأمين.

الأصل في الالتزام بعناية ألا يكون المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي، ولا عن الفعل المجرد من الخطأ، ويكون مسؤولاً عن فعله العمدية، وعن خطئه الجسيم وعن خطئه اليسير، ويجوز الاتفاق على تشديد هذه المسؤولية فيصبح المدين مسؤولاً عن

الخطأ التافه أو عن الفعل المجرد من الخطأ، وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية، إذ يصبح المدين مسؤولاً عن تحقيق غاية، لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وقد يصل التشديد في المسؤولية إلى مدى أبعد فيصبح المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي^(٩٨).

وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني، فإنه يجوز الاتفاق على التشديد من المسؤولية حتى تصل إلى تحمل المدين لتبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، وبالتالي يكون الاتفاق على تشديد المسؤولية في عقد تأمين النظام المعلوماتي هو اتفاق صحيح حتى لو كان مضمونه التزام مسؤول التأمين على تعويض الأضرار الناشئة عن السبب الأجنبي.

الخاتمة:

تناولت الدراسة التي بين دفتي البحث موضوع (المسؤولية المدنية عن فيرسية النظم المعلوماتية عبر الإنترنت)، وسوف نستعرض ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً - النتائج:

- ١ - مسؤولية مبرمج الفيروس التقصيرية عن الأضرار التي تصيب الأنظمة المعلوماتية لمستخدمي شبكة الإنترنت نظراً لتعمده الإضرار بالغير.
- ٢ - مسؤولية مالك الموقع الإلكتروني التقصيرية عن الأضرار التي تصيب الأنظمة المعلوماتية لمستخدمي شبكة الإنترنت من جراء تحميل ملفات مصابة بالفيروس من هذا الموقع، وذلك إذا لم يستخدم مالك الموقع وسائل التأمين المعلوماتي المناسبة للكشف عن أي ملف يتم تحميله على موقعه.
- ٣ - تقوم مسؤولية مستخدم الإنترنت التقصيرية إذا أرسل للغير رسالة إلكترونية

(٩٨) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٧٦، فقرة ٤٤٠.

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٥-١٧٦، فقرة ١٣٦.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٨٨، فقرة ٤٥٩.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠٩-٤١١.
- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٥٨٥-٥٨٧.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣٩-٢٤٠.

- محملة بملف مصاب بفيروس، إذا كان هذا المستخدم لا يستعمل أي برامج لمكافحة الفيروسات على نظامه المعلوماتي.
- ٤ - ضرورة تطبيق نظرية تكافؤ الأسباب في حالة حدوث ضرر للنظام المعلوماتي، ولا يُعرف بدقة أي فيروس موجود على النظام المعلوماتي هو الذي أحدث الضرر فعلاً.
- ٥ - عقد التأمين المعلوماتي هو العقد الذي يُبرم بين مالك النظام المعلوماتي والمسؤول عن تأمين هذا النظام، وتكون له صورتان: إما عقد تأمين النظام المعلوماتي أو عقد ترخيص برنامج مكافحة الفيروسات.
- ٦ - التزام شركة تأمين النظام المعلوماتي أو مبرمج برنامج مكافحة الفيروسات هو التزام ببذل عناية، وهو استخدام كل الإجراءات التقنية المتاحة لتأمين النظام المعلوماتي.

ثانياً - التوصيات:

- أن يخطو المشرع المصري خطوات واسعة وسريعة في وضع إطار تشريعي لتكنولوجيا المعلومات، ويتمثل هذا الإطار في وضع قانون خاص بتكنولوجيا المعلومات يتضمن المحاور الآتية:
- المحور الأول: تنظيم العلاقات الناشئة بين وسطاء شبكة الإنترنت وبعضهم البعض وبينهم وبين المستخدمين وتحديد مدى مسؤولية كل وسيط.
- المحور الثاني: تنظيم أعمال التجارة الإلكترونية من حيث إبرام العقود إلكترونياً، التزامات من يمارس هذه الأعمال على شبكة الإنترنت، وما يتعلق بحماية المستهلك عبر الشبكة.
- المحور الثالث: تجريم الأفعال التي تتضمن اعتداء على شبكة الإنترنت أو الأنظمة المعلوماتية مثل فیرسة الأنظمة المعلوماتية والدخول غير المشروع لها وإتلافها الخ.
- المحور الرابع: تنظيم عقود ترخيص البرمجيات، وعقود التأمين المعلوماتي، وعقود إنشاء الأنظمة المعلوماتية، من حيث تحديد التزامات وحقوق أطراف العقد.

المراجع

أولاً - باللغة العربية:

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ١٩٩٧.
- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات: المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- روب سميس ومارك سبيكر ومارك تومسون، التجارة الإلكترونية: ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٠.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، بدون ناشر.
- سمير تناغو:
- نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.
- مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- عابد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٩.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩.
- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، ١٩٩٠، بدون ناشر.
- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٤.
- عزة خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب: دراسة في

القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٩٩٤.

- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٧٦.
- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩.

ثانياً - باللغة الإنجليزية:

- Cheryl MASSINGALE & Faye BORTHICK, Risk allocation for computer system security breaches: Potential liability for providers of computer services, Western New England Law Rev, Vol 12, Issue 2, 1990.
- Clive GRINGRAS, The Laws of the Internet, Londres, Butterworths, 1997.
- Dana ROSENFELD and Alysa HUTNIK, Data Security Contract Clauses for Service Provider Arrangements, Practical Law Publishing Limited, USA, 2011.
- Daniel HANSON, Easing Plaintiffs' Burden of Proving Negligence for Computer Malfunction, Iowa Law Rev, 69 (1983) 241.
- Daphyne THOMAS and other, Legal and social aspects of e-commerce, Art on line at: www.iacis.org <http://www.iacis.org>, the date of publishing is: 2003.
- David COHEN & Roberta ANDERSON, Insurance coverage for cyber-losses, Tort & Insurance Law Journal <http://www.jstor.org/action/showPublication?journalCode=tortinslawj>, Vol. 35, N°. 4, SUMMER 2000 <http://www.jstor.org/stable/10.2307/i25763475>.
- David HARLEY and others, Viruses Revealed, Berkeley, McGraw-Hill, 2001.

- **Eleanor MCKENZIE**, Computer Viruses and How They Affect Our Economy, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>, date of publishing: 2011.
- **Jeff TYSON**, How Firewalls Work, Art on the internet at: <http://www.howstuffworks.com/virus.htm>, the date of reading: 17 April 2013.
- **Jonathan STRICKLAND**, How to Remove a Computer Virus, Art on the internet at: <http://www.howstuffworks.com>, the date of reading: 17 April 2013.
- **Jonathan S.** <http://electronics.howstuffworks.com/how-to-tech/jonathan-strickland-author.htm> **TRICKLAND**, How to Remove a Computer Virus, Art on the internet at: <http://www.howstuffworks.com/virus.htm>, the date of reading: 17 April 2013.
- **Katie MATISON**, Liability for breach of e-commerce security standards, Art on line at: <http://www.lanepowell.com/>, the date of publishing is: 2001.
- **Lilian EDWARDS**, Dawn of the death of distributed denial of service: How to kill zombies, on the internet at: <http://www.cardozoaelj.com/>, the date of publishing: 2006.
- **Margaret ROUSE**, virus, Art on the internet at: <http://www.searchsecurity.techtarget.com/definition/virus> <http://www.howstuffworks.com/virus.htm>, the date of publishing is: July 2006.
- **Mark COLOMBELL**, The legislative response to the evolution of computer viruses, the Richmond journal of law and technology, vol VIII, Issue 3, spring 2002.
- **Mark GROSSMAN**, Liability for you if you have been hacked, on the internet at: <http://www.pdesign.net>, the date of publishing: 1 August 2000.
- **Marshall Brain and Wesley Fenlon**, How Computer Viruses

- Work, Art on the internet at: <http://www.howstuffworks.-com/virus.htm>, the date of reading: 17 April 2013.
- **Meiring VILLIERS**, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Tort trial and insurance practice law journal, fall 2004(40) (1).
 - **Meiring VILLIERS**, Information security standards, Journal of internet law, January 2010.
 - **Nicholas VERMEYS**, Computer "Insecurity" and Viral attacks: Liability issues Regarding Unsafe Computer Systems under Quebec Law, Lex Electronica, Vol.9, n°1, Hiver 2004.
 - **Philip FITES and others**, The Computer Virus Crisis, 2e éd, New York, Van Nostrand Reinhold, 1992.
 - **Richard OWENS**, Turning Worms: Some Thoughts on Liabilities for Spreading Computer Infections, canadian journal of law and technology, Volume 3 Number 1, March 2004.
 - **Robin BROOKS**, Deterring the spread of viruses online: Can tort law tighten the 'net'?, Rev. Litig. 17 (1998) 343.
 - **Roland STANDLER**, Possible vicarious liability for computer users in the USA?, on the internet at: <http://www.rbs2.com>, date of publishing: 17 April 2004.
 - **Sarah FAULKNER**, Invasion of the information snatchers: Creating liability for corporations with vulnerable computer networks, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, (2000) 18.
 - **Vicky ROBBINS**, Vendor liability for computer viruses and undisclosed disabling devices in software, Computer Law, 20 (1993) 10.

ثالثاً - باللغة الفرنسية:

- **Alex WEILL et François TERRE**, Droit civil: les obligations, DALLOZ, 4 éme èd, 1986.

- **Alain BENSOUSSAN**, Virus: combiner l'approche lgale avec l'approche technique, Les Echos N° 17083 du 09 fevrier 1996.
- **Blandine POIDEVIN**, Quelle responsabilité en matière de sécurité informatique?, Art disponible sur: <http://www.jurisexpert.net>, La date de mise en ligne est: 8 Avril 2002.
- **Christian LARROUMET**, Droit civil: les obligations: le contrat, t.3, 4 éme éd, paris, Economica, 1998.
- **Christiane SCHUHL**, cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2 éme éd, 2001.
- **Eric A CAPRIOLI et Noelle LEBOEUF**, Innovation informatique: Les risques des logiciels open source, Art disponible sur: www.caprioli-avocats.com <http://www.caprioli-avocats.com>, La date de mise en ligne est: octobre 2007.
- **Eric FLOUR et Jean AUBERT**, Droit civil, les obligations, V.I: l'acte juridique, deuxième éd, 1977, collection u, Armand colin.
- **Frédéric DUFLOT**, Les Infections Informatiques Bénéfiques: Chroniques d'un anathème, DESS de Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques, Univ Paris XI, Fac Jean Monnet, 2003-2004.
- **Jean CARBONNIER**, Droit civil: les obligations, presses universitaires de France, 9 éme éd, 1976.
- **Jean-Vasken ALYANAKIAN**, Quels recours en cas de manquement contractuel ou de fraude?, Art disponible sur: www.01net.com <http://www.01net.com>, La date de mise en ligne est: 06/05/2011.
- **Marie BAREL**, Le point de vue d'une jurist, Revue de sécurité informatique, Sept 2005, N° 54.
- **Michel ZOIA**, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz pal, 15-17 juillet 2001, p 16.

- **Michelle BAPTISTE et Xavier STRUBEL**, Creier et exploiter un commerce électronique, litec, 1998.
- **Murielle CAHEN**, La sécurité et les systèmes informatiques, Art disponible sur: <http://www.murielle-cahen.fr> <http://murielle-cahen.fr/>, La date de mise en ligne est: 17 mai 2012.
- **Murielle CAHEN**, Le consentement sur internet, Art disponible sur www.droit-tic.com <http://www.Droit-tic.com> > , la date de mise en ligne est 15/3/2004.
- **Nicholas VERMEYS**, Virus informatiques: Responsables et responsabilité, Les Éditions Thémis, Canada, 2007.
- **Nicolas VERMEYS**, Réflexion juridique autours de la notion de désinformation eu égard à la transmission de métavirus, Lex Electronica Rev, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.
- **Philippe HELIS & Philippe MOZAS**, Chronique multimedia, Petites affiches, 18 (1998) 89.
- **Raphael PEUCHOT**, Rudiments juridiques à l'usage des clients de prestations d'intrusion informatique, Lamy Lexel, 26 mars 2002.
- **Stefan MARTIN**, L'exploitation d'un serveur Internet: droits et obligations des institutions à l'égard des créateurs, du public et des étudiants, dans Développements récents en droit de l'éducation, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 1996.
- **Sylvette GUILLEMARD**, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat, fac de droit, univ Paris II, 2003.
- **Valérie SEDALLIAN**, Légiférer sur la sécurité informatique: la quadrature du cercle?, Etude disponible sur: <http://www.juriscom.net>, La date de mise en ligne est: 5 décembre 2003.

رابعاً - أحكام القضاء:

أ - القضاء الإنجليزي:

- CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).
- Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek, 46 Cal. App. 4th 1559 (1996).
- American Guarantee & Liability Insurance Co. V Ingram Micro Inc., No. Civ. 99-185 TUC ACM, 2000 U.S. Dist. Lexis 7299 (D. Ariz. April 19, 2000).

ب - القضاء الفرنسي:

- Cass.Com, 7 juillet 2009, N° 08-14231.
- Cass.Com, 25 Nov 1997, N° 95-14603, Bull 1997 IV N°308 p. 264.
- Cass.Crim, 12 Décembre 1996, N° 95-82.198, Bull.crim 1996 N°465 p. 1353.
- CA Montpellier, 9 Mars 2004, RG N° 03/00974.
- Juridiction de proximité de vanves, 2 septembre 2008, RG NN° 91-08-000006.

قائمة المختصرات

Al	Alinéa.
Art	Article.
Bull	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
Bull.Civ	Bulletin de la cour de cassation (chambre civile).
Bull.Crim	Bulletin de la cour de cassation (chambre criminelle).
C	Contre.
CA	Cour d'appel.
Cass.Civ	Cour de cassation (chambre civile).
Cass.Com	Cour de cassation (chambre commerciale).
Cass.Crim	Cour de cassation (chambre criminelle).
Ch	Chambre.
comm	Commentaire.
DESS	Diplôme d'études supérieures spécialisées
Doc	Document.
doctr	Doctrine.
éd	Edition.
Fac	Faculté.
fév	février
Gaz.pal	Gazette du Palais.
Ibid	Au même endroit.
Jan	Janvier.
JORF	Journal officiel des lois et décrets.
Nov	Novembre.
N°	Numéro.
Oct	Octobre.
Op.cit	Ouvrage précité.
P	Page.
Prec	Précédent.
Rev	Revue
RG	Numéro du répertoire général.
S	Suivant.
Sec	Section.
sept	Septembre
T	Tome.
Univ	Université.
Vol	Volume.
ص	صفحة

الحماية الجزائية للمضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني

الدكتور/ أكرم طراد الفايز
أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسراء

ملخص:

تعد جريمة المضاربة غير المشروعة المرتكبة من قبل المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني من جرائم الخطر، التي تقع على الأموال، ومن الجرائم الاقتصادية التي لها أثر سلبي خطير على استقرار السوق ذاته وانتظامه، وعلى ثقة المتعاملين وعلى اقتصاد الدولة ككل، لذا فقد جرم المشرع الأردني تلك الأفعال التي تشكل جريمة مضاربة غير مشروعة وفقاً لنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني والمادة (١٠٩) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، إلا أن المشرع الأردني قد تطلب توافر القصد الخاص لدى مرتكب هذه الجريمة وهذا أمر غير منطقي، حيث تتوافر أركان هذه الجريمة وحكمة التجريم بتوافر القصد العام فقط، ومن شأن اشتراط القصد الخاص إفلات بعض الجناة من دائرة التجريم، كذلك تعد عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات غير كافية ولا تتناسب مع خطورة وجسامة هذه الجريمة ونتمنى على المشرع تغيير وصف الجريمة إلى جناية لردع الجناة، ولم يحدد المشرع حداً أدنى لهذه العقوبة، أضف إلى ذلك خلو قانون الأوراق المالية من أية تدابير احترازية تتخذ ضد مرتكب الجريمة.

مقدمة:

أولاً - التعريف بالموضوع:

يعد سوق رأس المال الوطني الأردني من الركائز الأساسية التي يبنى عليها الاقتصاد الوطني، والمظهر الذي يعبر عن سلبية أو إيجابية هذا الاقتصاد، ويعكس المعاملات التي يتم إجراؤها به على المتعاملين في تداول الأوراق المالية المختلفة، وعلى السوق ذاته وحسن سيرته وانتظامه وعلى اقتصاد الدولة ككل.

إن كافة مشرعي الدول ينظمون الأسواق المالية الوطنية، بهدف ضبطها وسير أعمالها بشكل يتفق مع أحكام القانون والأنظمة والتعليمات الموضوعة في هذا الصدد، واضعين نصب أعينهم أمرين، الأول: ما تمثله هذه الأسواق من حجر زاوية مهم في رفد الاقتصاد الوطني باستثمارات محلية وخارجية لها عظيم الأثر على الدولة وعلى

سمعتها الاقتصادية^(١)، والثاني: السلبيات التي قد تساهم بأثر بالغ الخطورة على هذه الأسواق.

ومن هذه السلبيات الخطيرة تلك الجرائم التي تقع على تداول الأوراق المالية من قبل المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني، ومنها جريمة المضاربة غير المشروعة التي تشكل تهديداً كبيراً لاستقرار السوق وانتظامه، وتلاعباً بأسعار الأوراق المالية المتداولة في هذا السوق، وإخلالاً بقواعد العرض والطلب التي تعد الركيزة الأساسية للمتعاملين في هذا السوق، واحتكاراً لبعض الأوراق المالية المتداولة من أجل الحصول على منافع مادية أو معنوية كبيرة بسبب هذا الاحتكار غير المبرر.

لذا؛ فقد سائر المشرع الأردني موقف معظم مشرعي الدول، بتجريم الأعمال التي تشكل جريمة مضاربة غير مشروعة الصادرة من المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني، حيث ورد هذا التجريم في نص المادة (١٠٩) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، وفي نص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ثانياً - أهمية دراسة الموضوع:

ولأهمية هذا الموضوع وخطورته على سوق رأس المال الوطني الأردني، ارتأى الباحث إجراء هذه الدراسة، متسائلاً عن مدى التعارض الوارد في كل من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ وقانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ بشأن جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني؟

وعن مدى صحة اشتراط المشرع الأردني توافر القصد الخاص لدى الجاني لثبوت التجريم؟ ومساهمة عدم توافره في إفلات بعض الجناة من دائرة التجريم؟ وعن مدى كفاية الجزاءات القانونية التي يتم إيقاعها على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة ومدى الحاجة إلى تشديده وتغيير وصف الجريمة؟

ثالثاً - خطة دراسة الموضوع:

لقد قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث وفقاً لما يأتي:

(١) Colcera, Enrico; The Market For Corporate Control in Japan, M&AS. Hostile Takeovers and Regulatory Framework, 2007.

المبحث الأول: ماهية المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني.

المبحث الثاني: أركان جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني.

المبحث الثالث: الجزاءات الجنائية التي تترتب على جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني.

المبحث الأول ماهية المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني

تمهيد وتقسيم:

لا بد أن نتناول في هذا المبحث تعريف المضاربة المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني التي تتوافق مع القوانين والأنظمة، ثم نتناول تعريف جريمة المضاربة غير المشروعة وكذلك الفرق بينها وبين بعض الجرائم التي يتم ارتكابها في سوق رأس المال الوطني الأردني.

المطلب الأول تعريف المضاربة المشروعة

يقصد بالمضاربة تلك العمليات التي يتم بموجبها بيع أو شراء تتبع بعملية عكسية، حيث تتم بناء على معلومات يجتهد الأشخاص المتعاملون فيها بالاستفادة من فروق الأسعار بهدف تحقيق أرباح من ذلك^(١).

ويقصد بالمضاربة في سوق رأس المال الوطني الأردني استثمار المال في بيع الأوراق المالية المختلفة بقصد تحقيق الربح مع التركيز على عوائد توزيع الشركة من أرباح^(٢).

إن الأشخاص الذين يقومون بالمضاربة في سوق رأس المال الوطني الأردني يستفيدون من فارق الأسعار، نتيجة التقلب في أسعار الأوراق المالية المتداولة في السوق المالي، بحيث يعتمدون على خبرتهم الذاتية في هذا الصدد، فإذا انخفضت أسعار الأوراق المالية المتداولة قاموا بشراء هذه الأوراق والاحتفاظ بها لديهم أو في المحافظ الاستثمارية وانتظار ارتفاع أسعارها، فإذا ارتفعت الأسعار قام هؤلاء المتعاملون المضاربون ببيعها بسعر مرتفع، وذلك من أجل الاستفادة من الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع وتحقيق أرباح شخصية^(٣).

(١) د. مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، مدينة النشر والطباعة، الإسكندرية، ص ١٢٢.

(٢) د. على عبد الأحمد أبو البصل، المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الأسهم، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد (٢) ٢٠٠٩، ص ٨٠٧.

(٣) Paul Sau-Leung Yip, Exchange rate systems and policies in Asia- 2008, p.95.

فالأصل العام أن المضاربة التي يقوم بها المتعاملون يجب أن تكون مشروعة متوافقة مع أحكام القوانين والأنظمة النازمة لعمليات التداول في سوق رأس المال الأردني، وبالتالي تكون متوافقة مع السير الطبيعي للتداولات التي تجري في هذا السوق.

وهذا يعني أن المضاربة المشروعة يترتب عليها فوائد عدة في حق المتعاملين أولاً، حيث يحققون أرباحاً شخصية تدخل في ذمتهم المالية، وفي حق الدولة ثانياً، حيث تسعى إلى تحريك الاقتصاد الوطني للدولة من خلال زيادة التداول في سوق رأس المال الوطني الأردني من خلال تحريك هذا السوق، وفي حق سوق رأس المال الوطني الأردني ذاته ثالثاً، من حيث إيجاد نوع من الموازنة بين الأوراق المالية، ذلك أنه في حالة انخفاض أسعار الأوراق المالية المتداولة في هذا السوق فإن قيام المضاربين بشراء هذه الأوراق سوف يؤدي غالباً إلى وقف استمرار انخفاض هذه الأسعار، وفي حالة ارتفاع أسعار الأوراق المالية المتداولة فإذا قام المضاربون ببيع هذه الأوراق فإن ذلك سيؤدي غالباً إلى وقف ارتفاع هذه الأسعار^(١).

إن المضاربة المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني سوف تؤدي إلى تشجيع التداول بكميات كبيرة من الأوراق المالية المتداولة في هذا السوق، حيث تؤدي إلى زيادة حركة التداول في هذا السوق، مما يجعله أكثر جاذبية للمستثمرين الوطنيين والأجانب من أجل تعظيم الاستفادة من الفارق سعري بين سعري البيع والشراء لهذه الأوراق، كذلك فإن المضاربة تؤدي إلى توفير رأس المال الضروري من أجل تغطية الاكتتاب في أسهم الشركات للتخلص من عقبة التمويل التي تؤدي إلى صعوبات في وجود هذه الشركات وصعوبات في عمليات الإنتاج^(٢).

إذا فالمضاربة وفقاً لجانِب فقهي بحق هي "عمليات بيع يقوم بها أشخاص لا بقصد تسلّم أو تسليم السلعة وإنما لجني ربح من الفروق الطبيعية التي تحدث في أسعار السلع والصكوك بين وقت وآخر ومكان وغيره، وهم يقومون بعملياتهم هذه اعتماداً على تقديرهم للعوامل المؤيدة لصعود الأسعار أو هبوطها وقدرتهم الشخصية على تحييص تلك العوامل وتحليل نتائجها والاسترشاد بالتجارب الماضية والاعتبارات النفسية"^(٣).

(١) د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، القاهرة، مركز المساندة القانونية ٢٠٠١، ص ٢٨٢.

(٢) د. صالح بربري، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٣) د. محمود زويل، بورصة الأوراق المالية، دار الوفاء، الإسكندرية، ص ٥١.

المطلب الثاني

تعريف جريمة المضاربة غير المشروعة

يقصد بالمضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني كما يرى الباحث، أنها تلك الممارسات غير الأخلاقية التي تعارض القوانين والأنظمة والشرف والمبادئ المتبعة في تداول الأوراق المالية التي من شأنها التأثير على أسعار الأوراق المالية، وذلك من أجل الحصول على أرباح سريعة نتيجة التلاعب بأسعار هذه الأوراق.

إن المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني تعد جريمة يترتب عليها جزاءات قانونية إذا ما توافرت أركان هذه الجريمة من ركن مادي وركن معنوي بتوافر الركن الشرعي أو القانوني الذي حظر القيام بأي فعل من شأنه التلاعب بأسعار الأوراق المالية لتحقيق أرباح سريعة من خلال هذا الفعل غير العادل.

لهذا؛ فقد حظرت المادة (١٠٩) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ كافة الأفعال التي تدخل في تشكيل جريمة المضاربة غير المشروعة حيث نصت على أنه "يحظر على أي شخص القيام بأي مما يلي:

- أ - بث الشائعات أو ترويجها أو إعطاء معلومات أو بيانات أو تصريحات مضللة أو غير صحيحة قد تؤثر في سعر أية ورقة مالية وفي سمعة أية جهة مصدرة.
- ب - التأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية سواء أكان منفرداً أم بالتواطؤ مع غيره بقصد إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أخرى ذات علاقة".

أضف إلى ذلك ما ورد بنص المادة (١٥) من تعليمات تداول الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٤ في حق الوسيط المالي وما ورد بنص المادة (١٨) من هذه التعليمات من حق في تعديل سعر الأوراق إذا كان هناك مضاربة غير مشروعة، أضف إلى ذلك ما ورد بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني والمادة (٤٣٠) منه.

المطلب الثالث

الفرق بين جريمة المضاربة غير المشروعة وبقية الجرائم المرتكبة في سوق رأس المال الوطني الأردني

هناك فارق جوهري بين جريمة المضاربة غير المشروعة وبين جريمة التعامل على المعلومات الداخلية وبين جريمة عدم الإفصاح وبين المقامرة سوف يتناولها الباحث تباعاً:

أولاً - الفرق بين جريمة المضاربة غير المشروعة وجريمة التعامل على المعلومات الداخلية غير المعلنة:

يقصد بجريمة التعامل على المعلومات الداخلية غير المعلنة قيام أحد الأشخاص المطلعين على هذه المعلومات بواسطة مناصبهم أو بصفتهم الوظيفية أو بصفته المهنية بالتعامل على الأوراق المالية بناء على هذه المعلومات، من أجل تحقيق مكاسب مالية غير مشروعة لمصلحتهم أم لمصلحة الغير^(١)، مخلين بذلك بمبدأ المساواة في الحصول على المعلومة وبمبدأ الشفافية الذي تتطلبه القوانين والأنظمة ومبادئ حوكمة الشركات، سواء تم هذا التعامل بواسطة هؤلاء الأشخاص المطلعين مباشرة أو بواسطة الغير.

لذلك؛ نص المشرع الأردني على تجريم التعامل في سوق رأس المال الوطني الأردني بناء على معلومات داخلية غير معلنة في نص المادة (١٦٦) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وكذلك في نص المادة (١٠٨) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢^(٢).

يقصد بالمعلومات الداخلية غير المعلنة وفقاً لما ورد بنص المادة (٢) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ "المعلومات غير المعلن عنها والمتعلقة بمصدر أو أكثر أو بورصة مالية أو أكثر والتي قد تؤثر في سعر أية ورقة مالية في حال الإعلان عنها، ولا يشمل ذلك الاستنتاجات المبنية على الدراسات والبحوث والتحليل الاقتصادية والمالية".

لهذا؛ ينبغي لكي تتوافر في جريمة التعامل بناء على معلومات داخلية غير معلنة صفة التجريم، أن تكون هذه المعلومة غير معلنة، لا يعلم بها الجمهور على قدر

Colcera, Enrico; The Market For Corporate Control in Japan, op cit, p 18. (١)

تنص المادة (١٦٦) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "يحظر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة والمدير العام للشركة وأية موظف فيها أن يتعامل بأسهم الشركة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بناء على معلومات اطلع عليها بحكم منصبه أو عمله في الشركة، كما لا يجوز أن ينقل هذه المعلومات لأي شخص آخر بقصد إحداث تأثير في أسعار أسهم هذه الشركة أو أية شركة تابعة أو حليفة للشركة التي هو عضو أو موظف فيها، أو إذا كان من شأن النقل إحداث ذلك التأثير، ويقع باطلاً كل تعامل أو معاملة تنطبق عليها أحكام هذه المادة، ويعتبر الشخص الذي قام بذلك مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه بالشركة أو بمساهميها أو بالغير إذا أثبتت بشأنها قضية". (٢)

المساواة^(١)، وأن تكون المعلومة محددة أي أن تكون تلك المعلومة محل الحماية الجزائية دقيقة ومؤكدة وذات طابع خاص^(٢)، وأن تكون هذه المعلومة صحيحة ومؤكدة ولا تعد من قبل الإشاعات^(٣).

ويشترط أن تكون هذه المعلومة ذات تأثير على أسعار الأوراق المالية، بحيث تؤدي إلى ارتفاع في أسعار الأوراق المالية أو انخفاضها في حالة الإعلان عنها؛ لذا فقد بينت المادة (٢) من قانون الأوراق المالية أن المعلومة الجوهرية هي "أي واقعة أو معلومة قد تؤثر في قرار الشخص لشراء الورقة المالية أو الاحتفاظ بها أو بيعها أو التصرف بها".

أما مدى اشتراط صفة الجاني فقد تدارك قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ الحصر الذي ورد بنص المادة (١٦٦) من قانون الشركات، بحيث يدخل ضمن دائرة التجريم كل شخص يتعامل على هذه المعلومات الداخلية غير المعلنة، فلم يحدد القانون الأشخاص المشمولين بالحظر على سبيل المثال، وحسناً فعل المشرع.

ويرى الباحث أنه يمكن تقسيم الفئات التي تشملها دائرة التجريم إلى الأشخاص الذين يحصلون على هذه المعلومات بواسطة مناصبهم كأعضاء مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة ومديرها العام، أو الأشخاص الذين يطلعون على هذه المعلومات بواسطة وظائفهم كالعاملين في الشركة والإداريين، وكذلك الأشخاص الذين يطلعون على هذه المعلومات بواسطة مهنهم كمحامي الشركة والمستشارين القانونيين والماليين والوسطاء وغيرهم، وأيضاً الأشخاص الذين يحصلون على هذه المعلومات بشكل مباشر أو غير مباشر سواء تعاملوا بهذه المعلومات لصالحهم أم لصالح الشخص الذي قام بإنشاء هذه المعلومات من أجل تحقيق مكاسب مادية أو معنوية غير مشروعة.

ويرى الباحث أن جريمة التعامل بالمعلومات الداخلية تختلف عن جريمة المضاربة غير المشروعة من حيث الجاني، حيث إن من يقوم بالتعامل على الجريمة

(١) د. إبراهيم العموش، التعامل بالأوراق المالية بناءً على معلومات سرية ذات تأثير على أسعار الأوراق المالية (التعامل المحظور بالأوراق المالية)، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص ٣٣٣.

(٢) د. منير بورشة، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٤٨.

(٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة" ط ١، جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٤٣.

هو أحد الأشخاص المطلعين بحكم مناصبهم أو عملهم أو مهنتهم، أما الجاني في جريمة المضاربة غير المشروعة فيكون أي شخص يضارب في السوق بقصد تحقيق ربح سريع بغض النظر عن صفته.

ثانياً - الفرق بين جريمة المضاربة غير المشروعة وجريمة عدم الإفصاح:

يعد قيام الشركة بالإفصاح عن البيانات والمعلومات والوثائق المستجدة والتي تتطلبها الجهات الرقابية المختلفة أهم متطلبات الشفافية، حتى تتوفر هذه المعلومات والبيانات اللازمة للجميع طبقاً لمبدأ المساواة في الحصول على المعلومات، لتحقيق المساواة في التعامل على الأوراق المالية في سوق رأس المال الوطني الأردني.

لقد نصت المادة (١٠٧/أ) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ على أن تقديم أي بيانات غير صحيحة أو مضللة في الوثائق التي تقدم إلى هيئة الأوراق المالية يعد مخالفة صريحة لأحكام القانون تستوجب المسؤولية الجزائية. كذلك فقد بينت المادة (٤٢) من ذات القانون صوراً أخرى تقوم عليها جريمة عدم الإفصاح، وهي أن يقدم المصدر في نشرة الإصدار بيانات غير صحيحة تتعلق بمعلومات جوهرية أو قيامه بحذف تلك المعلومات.

ويجزم المشرع الأردني قيام الشخص بتوقيع نشرة الإصدار وهي تتضمن معلومات غير صحيحة، أو قام بحذف جزء منها، كذلك يقع ضمن دائرة التجريم الشخص الذي لا يلتزم بمتطلبات نشرة الإصدار المحددة من قبل هيئة الأوراق المالية، وكذلك الشخص الذي يقوم ببيع أوراق مالية من خلال عرض عام دون نشرة إصدار نافذة المفعول.

ويلاحظ الباحث على ما ورد في قانون الأوراق المالية أنه لم يوفر حماية جزائية حول جريمة عدم الإفصاح، ولم ينتبه إلى هذا الأمر الخطير الذي قد يضر بالمتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني، وسمعة السوق المالي والجهات الرقابية القائمة على هذا السوق، واكتفى المشرع باتخاذ إجراءات إدارية فقط في حق الأشخاص مرتكبي جريمة عدم الإفصاح، حيث حددت المادة (٢٢) غرامة تصل إلى خمسين ألف دينار أردني.

ويرى الباحث أن ذلك نقص يجب العمل على تلافيه، لكن ذلك لا يمنع من الأخذ بالعقوبة الجزائية التي وردت بنص المادة (٢٨٠) من قانون العقوبات الأردني التي قررت عقوبة تصل إلى الحبس لمدة ستة أشهر وحتى ثلاث سنوات وغرامة لا تقل

عن ألف دينار أو بكثرنا العقوبتين، على مدقق حسابات الشركة الذي يقوم بتقديم تقارير أو بيانات لا تتفق مع واقع حسابات الشركة، لكن ذلك لا يمنع من إيجاد عقوبة خاصة في قانون الأوراق المالية لجريمة عدم الإفصاح.

والفرق الأساسي بين الجريمتين أن جريمة عدم الإفصاح تقوم بها الشركة التجارية بوصفها شخصاً اعتبارياً وهو سلوك سلبي يتمثل بإخفاء بعض المعلومات، أما جريمة المضاربة فقد يقوم بها شخص طبيعي أو اعتباري في ذات الوقت.

ثالثاً - الفرق بين المضاربة المشروعة والمقامرة:

يقصد بالمقامرة قيام الشخص بعملية الشراء السريع من سوق رأس المال الوطني دون أن يقوم بإجراء الدراسات أو الحسابات الدقيقة معتمداً على الصدفة وعلى الحظ، دون أن يكون لديه خبرة أو علم أو دراية في هذا السوق والتعاملات التي يتم إجراؤها بداخله^(١)، وبالتالي قد يدقق في عملية الشراء حيث يحصل على الربح السريع أو قد يخسر لذلك، فعملية المقامرة التي تتم في سوق رأس المال الوطني تعد ضارة، حيث إنها قد تحدث إرباكاً للسير الطبيعي للأمر داخل سوق رأس المال الوطني الأردني وللأوراق المالية المتداولة^(٢).

أما المضاربة فهي تتم بناء على معلومات صحيحة وحسابات دقيقة من قبل المضارب ولا تترك للحظ أو للصدفة، لذلك يعمل المضارب على شراء الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني عندما تنخفض أسعارها ويقوم ببيعها عند ارتفاع أسعارها من أجل تحقيق هامش ربحي اعتماداً على الفروق الطبيعية في الأسعار بين سعر البيع وسعر الشراء.

هذا ويميز جانب من الفقه بين المضاربة وبين المقامرة بحق على النحو الآتي^(٣):

- ١ - إن الهدف الأساسي من المضاربة في سوق رأس المال الوطني يتمثل بالاستثمار في أعمال الشركة المتداولة أسهمها في هذا السوق، وفي أنشطتها الاقتصادية، ويكون ذلك بعد دراسة علمية لواقع الشركة ومعطياتها الأساسية، وهو ما يطلق

(١) William S. Mallios, Forecasting in Financial and Sports Gambling Markets, 2011, p. 20.

(٢) د. علي شيلي، بورصة الأوراق المالية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٧٠.

(٣) د. علي عبد الأحمد أبو البصل، المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الأسهم، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد (٢) ٢٠٠٩، ص ٨١٣.

عليه دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع والذي يسبق عادة اتخاذ قرار الاستثمار، وذلك من أجل تحقيق غاية معينة كالوصول إلى مجلس إدارة الشركة أو المشاركة في اتخاذ القرارات، وهذا لا يتعارض مع اتجاه قصد المضارب إلى بيع هذه الأوراق إذا ارتفعت أسعارها أو الاحتفاظ بها والاكتفاء بالحصول على الربح. أما المقامرة فتهدف إلى شراء الأوراق المالية بقصد إعادة بيعها دون وعي وإدراك لواقع الشركة ومعطياتها الاقتصادية، حيث تتجه نية المقامر إلى البيع السريع من أجل الحصول على الربح الفاحش، مع الأخذ بالاعتبار تحقيق نتيجة عكسية وهي الخسارة الفادحة.

- ٢ - إن المضاربة المشروعة تكون مصحوبة غالباً بعنصر نفسي بالغ الأهمية، بحيث تكون مصحوبة بالهدوء والطمأنينة، أما المقامرة فتكون مصحوبة بالقلق والتوتر الدائم من قبل المضارب.
- ٣ - تعد المضاربة من قبيل الأعمال الاقتصادية المنظمة تعود بفوائد كبيرة على سوق رأس المال الوطني الأردني، أما المقامرة فتبنى على أساس التخمين وبالتالي يكون مستقبلها مجهولاً غير معروف.
- ٤ - تعتمد المضاربة المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني على تقلب أسعار السوق من عرض وطلب؛ لذا فإن تقلب الأسعار فيها يكون بسيطاً، أما المقامرة فإن تقلب الأسعار بموجبها يكون كبيراً ومفاجئاً؛ لأنه لا يخضع لقاعدة العرض والطلب وإنما لعوامل أخرى مفتعلة.
- ٥ - إن المضاربة المشروعة غالباً ما تكون بمبلغ مالي زائد عن حاجة المضارب، وبالتالي تعد مظهراً من مظاهر الغنى، أما المقامرة فتؤدي دائماً بالتضحية بأموال المضارب وبالحاجات الأساسية^(١).
- ٦ - إن المخاطرة في المضاربة تكون بسيطة ومضمونة النتائج، أما مخاطر المقامرة فتكون فاحشة وغير مضمونة وتعد من قبيل الغرر.

Panagiotis Papadopoulos; Role and Function of Stock Markets, 2011, p96.

(١)

المبحث الثاني أركان جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني

تمهيد وتقسيم:

لا بد لاعتبار الشخص قد ارتكب جريمة مضاربة غير مشروعة وانعقاد مسؤوليته الجزائية من توافر بيان المصلحة المحمية جنائياً وأركان الجريمة الأساسية وهي الركن المادي والركن المعنوي وسوف يتناولها البحث تباعاً.

المطلب الأول المصلحة المحمية جنائياً

إن الأصل بالأموال الإباحة ما لم يرد نص يقيد المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني أو يجرّم تصرفاً معيناً، واستناداً لمبدأ الشرعية الذي يقول أنه: "لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص" فقد جرّم المشرع الأردني جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني من خلال ما ورد بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، والتي تمثل الشرط المفترض الأول والمتعلقة بالبضائع والأسهم التجارية، إذ جاء فيها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد عن مائة دينار كل من توصل بالغش لرفع أو تخفيض البضائع أو الأسهم التجارية العامة أو الخاصة المتداولة في البورصة ولاسيما:

- ١ - بإذاعة وقائع مختلفة أو إدعاءات كاذبة أو
 - ٢ - بتقديم عروض البيع أو الشراء بقصد بليلة الأسعار أو
 - ٣ - بالإقدام على أي عمل من شأنه إفساد قاعدة العرض والطلب في السوق.
- في حين أن المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ نصت على تجريم المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني والتي تمثل الشرط المفترض الثاني والمتعلقة بالأوراق المالية إذ جاء فيها: "يحظر على أي شخص القيام بأي مما يلي: ب - التأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية سواء منفرداً أو بالتواطؤ مع غيره، بقصد إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها أو عن سعر أو حجم تداول أي أوراق مالية أخرى ذات علاقة".

وفي حالة مخالفة نص المادة السابقة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات سناً لنص المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية الأردني.

أما أهم الأوراق المالية التي تخضع للتداول في البورصة وفقاً لما ورد في نص المادة (٣/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ فهي:

- ١ - أسهم الشركات القابلة للتحويل والتداول.
 - ٢ - أسناد القرض الصادرة عن الشركات.
 - ٣ - الأوراق المالية الصادرة عن الحكومة أو المؤسسات الرسمية العامة أو البلديات.
 - ٤ - إيصالات إيداع الأوراق المالية.
 - ٥ - الأسهم والوحدات الاستثمارية في صناديق الاستثمار المشترك.
 - ٦ - أسناد خيار المساهمة.
 - ٧ - العقود آنية التسوية والعقود آجلة التسوية.
 - ٨ - عقود خيار الشراء وخيار البيع.
- التوريق أو التسنيد، وهو تحويل الديون إلى أوراق مالية قابلة للتداول، وهو ليس موجود في الأردن، والمشرع الأردني أعطى هيئة الأوراق المالية تحديد ما يمكن اعتباره ورقة مالية، وهناك مرونة تشريعية في هذا الشأن، وبالتالي يمكن اعتبار التوريق أوراقاً مالية وفقاً لنص المادة (٣/أ) أوراق مالية^(١).
- أضف إلى ذلك ما نصت عليه المادة (٥٦/د) من القانون ذاته بقولها: "التأثير سلباً أو محاولة التأثير سلباً وبأي شكل من الأشكال على سوق رأس المال سواء أكان ذلك منفرداً أم بالتواطؤ مع الغير".

المطلب الثاني

الركن المادي لجريمة المضاربة غير المشروعة

أولاً - السلوك الإجرامي:

يتمثل الركن المادي في جريمة المضاربة غير المشروعة بقيام الشخص الجاني بالسلوك الذي جرمه المشرع الأردني والمكون للركن المادي والذي من شأنه أن يؤثر على السير الطبيعي لتداول الأوراق المالية في سوق رأس المال الوطني الأردني، حيث

(١) انظر: د. محمد عبدالمطلب بدوي، التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية، مؤتمر الأسواق المالية والبورصات، كلية القانون، جامعة الإمارات، ص ٦.

يلحق الخطر نتيجة هذا السلوك المجرم بالمعاملات التي تتم فيه، مما يؤدي إلى نزع ثقة المتعاملين، وهذا يشكل أحد المعوقات الأساسية في تطور الأسواق المالية^(١).

من خلال استقراء ما ورد في قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وقانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، نجد أن المشرع الأردني قد بين بعض صور تجريم المضاربة غير المشروعة، حيث وردت هذه الصور على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ذلك أنه من الصعوبة بمكان حصر صور هذه الجريمة، ومراعياً بذلك ما قد يحدث من تطور في وسائل التعامل التكنولوجي في الأسواق المالية وانعكاسه على جريمة المضاربة غير المشروعة، ولا شك أن هذا موقف محمود من المشرع الأردني، ومن هذه الصور:

أولاً - خداع وتضليل المتعاملين:

إن قيام الجاني بخداع وتضليل المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني عبر القيام بإدخال بعض أوامر البيع أو أوامر الشراء غير الحقيقية، على الرغم من علمه المسبق بأن هناك أوامر بيع أو شراء متقاربة في ذات الوقت أو متشابهة من حيث الحجم أو السعر، ذلك أن هذا الفعل الذي قام به الجاني يشكل مخالفة لما ورد بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، حيث إن هذا العمل يؤدي إلى بلبلة الأسعار داخل سوق رأس المال الوطني الأردني؛ مما قد يدفع بالمتعاملين إلى اتخاذ قرارات غير سليمة بناء على ما قام هذا الجاني بفعله.

ثانياً - إفساد قاعدة العرض والطلب:

ويعد من صور المضاربة غير المشروعة قيام الجاني ببيع غير حقيقي للأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خلال شراء أو تقديم عروض شراء الأوراق المالية بأسعار تتزايد بشكل متتابع، أو بنمط أسعار متتابة، أو بيع أو تقديم عروض بيع ورقة مالية بأسعار تتناقص أثمانها بشكل متتابع، أو بنمط أثمان متتابة التناقص^(٢).

ويرى الباحث أن هذا العمل من قبل الجاني قد يؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، وبالتالي خلق حالة من

(١) د. منير إبراهيم الهندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ١٨١.

(٢) د. صالح البربري، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

البلبلة أو الفوضى وعدم الاستقرار في أسعار هذه الأوراق، ويؤدي إلى فساد قاعدة العرض والطلب في هذا السوق، وهذا يدخل ضمن صور التجريم التي وردت بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ثالثاً - التداول الوهمي للأوراق المالية:

ومن الصور الأخرى لتجريم المضاربة غير المشروعة قيام الجاني بعمليات تداول غير حقيقية أو وهمية، وذلك من أجل إيجاد تعامل ظاهري نشط على إحدى الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، ويهدف الجاني من وراء القيام بهذا التداول غير الحقيقي إلى لفت أنظار الجمهور وتوجيهها إلى التعامل على هذه الورقة، وفي ذلك خداع وإيهام للجمهور من أجل التوجه إلى شراء هذه الورقة والحصول على السعر العالي بهدف تحقيق أرباح شخصية غير مشروعة، حيث يشعر المتعاملون أن هناك تعاملًا نشطًا على هذه الورقة دون غيرها وفي الواقع أنه لا يوجد أي تعامل حقيقي على هذه الورقة المالية.

ولا شك أن التداول الوهمي قد يتجسد في صورة تواطؤ بين الجاني وشخص آخر يتفق معه مسبقاً على شراء الورقة المالية منه بسعر عال، ويقوم بإعادة بيعها إلى الجاني في ذات اليوم بغض النظر عن سعر البيع أو سعر الشراء لإيهام الغير بوجود إقبال على التعامل على هذه الورقة المالية دون سواها في سوق رأس المال الوطني الأردني لتعظيم الإقبال على شرائها^(١).

لذلك فقد منعت تعليمات معايير السلوك المهني الخاصة بأعضاء بورصة عمان في المادة (١/٣) الأعضاء من القيام بأي عمليات صورية وهمية غير حقيقية والتي قد تؤدي إلى إيهام المتعاملين بوجود سوق نشط على تلك الورقة المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني.

رابعاً - التحكم في أسعار الأوراق المالية المتداولة:

إن الجاني يهدف إلى تحقيق أرباح كبيرة عبر إدخال مجموعة من أوامر البيع أو أوامر الشراء دون أن يكون لدى الجاني النية الحقيقية لتنفيذها، أو قيامه بوضع سعر مسبق يتم على أساسه عملية البيع وذلك خلال فترة زمنية محددة، أو قيام الجاني بالعمل على تحديد أسعار إغلاق مرتفعة أو منخفضة للبيع أو العرض أو الطلب.

(١) د. منير هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، المرجع السابق، ص ١٧٥، ١٧٦.

والمقصود من هذه الأعمال أن يحافظ الجاني على حد أدنى أو أعلى من الأرباح الشخصية، وضمان تحقيقها مهما كانت نتيجة التداول على تلك الورقة.

خامساً - الشراء بقصد احتكار الأوراق المالية لدى الجاني:

يتفق مجموعة من المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني على شراء كل أو معظم الكميات المطروحة للتداول من الورقة المالية في هذا السوق، وذلك بهدف احتكار هذا النوع من التعامل على تلك الأوراق بالذات، وبالتالي يصبح هؤلاء المتعاملون متحكمين بهذا النوع من الأوراق المالية المتداولة، ومن ثم يقومون ببيعها في الوقت المناسب وبالسعر الذين يرغبون بتحقيقه^(١).

إن صور المضاربة غير المشروعة هذه تتعارض بشكل واضح وصريح مع ما ورد بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، وذلك لأن هذه الصور توصل الجاني عبر الغش إلى رفع أو تخفيض قيمة الأسهم المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني عبر إذاعة وقائع مختلفة أو ادعاءات كاذبة أو من خلال تقديم عروض البيع أو الشراء بهدف التأثير على أسعار الأسهم المتداولة، وكذلك من خلال إفساد قاعدة العرض والطلب في هذا السوق.

والجدير بالملاحظة أن المشرع الأردني بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات خص الأسهم فقط بالحماية من المضاربة غير المشروعة، ولم يتطرق إلى بقية الأوراق المالية الأخرى المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني كسندات الدين مثلاً، ولذلك يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يقوم بتوسيع الحماية من المضاربة غير المشروعة، بحيث تشمل كافة الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني.

وقيام الجاني بهذه الأفعال يشكل تعارضاً مع ما ورد بنص المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ والمادة (٥٦/د) من ذات القانون.

إذاً، يتبين مما سبق أنه لا يوجد صورة واحدة من صور المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، ولذلك فقد أورد المشرع الأردني هذه الصور على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر؛ تحسباً لوجود صور أخرى مستحدثة من شأنها التأثير على المعاملات التي تتعلق بالأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، ذلك أنه قد تتنوع الأساليب التي قد يقوم بها الجناة

(١) د. منير هندي، الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ١٧٧.

للمضاربة غير المشروعة في هذا السوق، ولم ينص المشرع الأردني على تجريمها مما يشكل سبباً للإعفاء من تحمل المسؤولية الجنائية.

ثانياً - النتيجة الإجرامية:

ينبغي لكي تنعقد المسؤولية الجنائية للجاني الذي يقوم بأفعال تشكل إحدى صور المضاربة غير المشروعة، أن يؤدي هذا الفعل إلى التأثير على سعر هذه الورقة المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني من حيث الارتفاع في أسعارها أو الانخفاض بشكل غير طبيعي، وأيضاً لا بد لهذا الفعل أن يعطي صورة غير صحيحة عن سعر الورقة المالية أو حجم تداولها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى خلل في السير العادي للسوق، وكذلك عرقلة الأداء الطبيعي لقاعدة العرض والطلب. لهذا فقد أوجبت المادة (١٠٩/ ب) لكي يعد الفعل مجرمًا أن يؤدي إلى إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها، أو عن سعر أو حجم تداول أي ورقة مالية أخرى ذات علاقة.

لكن يثار تساؤل في هذا الصدد عند عدم تحقيق النتيجة التي يسعى الجاني إلى تحقيقها هل تنعقد مسؤوليته الجنائية؟

إن المشرع الأردني لم يتطلب تحقيق النتيجة التي يسعى الجاني من وراء المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني إلى تحقيقها، والتي تتمثل بتحقيق مكاسب شخصية مادية كانت أم معنوية من جراء المضاربة غير المشروعة، حيث استخدم المشرع في نص المادة (١٠٩/ ب) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ التأثير على المعاملات التي تتعلق بالأوراق المالية بهدف إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها، كذلك نص في المادة (٥٦/ د) من ذات القانون على استخدام عبارة التأثير سلباً أو محاولة التأثير سلباً وبأي شكل من الأشكال على سوق رأس المال الوطني الأردني، وبالتالي يرى الباحث أن جريمة المضاربة غير المشروعة تقوم سواء تحققت النتيجة والهدف الذي يسعى الجاني إلى تحقيقه من رفع أو تخفيض سعر الورقة المالية المتداولة في البورصة، أو لم يتحقق ما يصبو الجاني لتحقيقه لأسباب خارجة عن إرادته.

لهذا فإن مجرد الشروع بالتأثير على أسعار الأوراق المالية يعد مجرمًا، حتى لو لم تتحقق النتيجة التي يرغبها ويريدها الجاني، ودون النظر أن من قام بهذا الفعل شخص منفرد أو بالاشتراك مع مجموعة من الأشخاص.

ويرى الباحث إمكانية وقوع شروع في جريمة المضاربة غير المشروعة، بأن يتخذ

الجاني التدابير اللازمة لارتكاب الجريمة، ولكن لا تتحقق النتيجة لأي سبب كان يخرج عن إرادة الجاني، حيث إن المشرع لا يشترط أن تتحقق النتيجة التي يبتغيها الجاني.

ثالثاً - العلاقة السببية:

يجب أن يكون هناك ارتباط تام بين السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني وبين النتيجة الإجرامية، أي أن يكون سلوك الجاني المتخذ هو السبب في حدوث النتيجة الإجرامية ولا يعود لأي سبب آخر.

وإذا انتفت العلاقة السببية بينهما فلا مجال لانعقاد مسؤولية الجاني، ومن أهم الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية بشأن جريمة المضاربة غير المشروعة الحكم رقم (٤٩٦/٢٠٠٧) حيث جاء في حيثياته^(١) "يشكل قيام المستدعي بإجراء عمليات تداول تبادلية بين حساباته وحسابات أخرى بشكل متكرر، وعلى أسهم عدة شركات خلال الفترة من ٢٠٠٧/١/١ وحتى ٢٠٠٧/٣/٢١، خداعاً لجمهور المتعاملين ببورصة عمان، ومخالفة لأحكام قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ بحدود المادة (١٠٧/د) منه، وبما أن هيئة الأوراق المالية أشعرت المستدعي بهذه المخالفة ورد على هذا الإشعار بإنكار المخالفة المنسوبة إليه، وبما أن الفقرة (ب) من المادة (٢١) من القانون المذكور نصت على أنه إذا تبين للمجلس بعد إجراء التحقيق مع الشخص المعني أو سماع أقواله بأنه قد ارتكب أية مخالفة أو اتخذ أية إجراءات تحضيرية تؤدي إلى ارتكاب مخالفة لأي من أحكام القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه، وللمجلس اتخاذ تدابير فرض غرامات مالية على المخالف وفق أحكام الفقرة (أ) من المادة (٢٢) من هذا القانون، وبما أن الفقرة (أ) من المادة (٢٢) من القانون ذاته نصت على أن للمجلس فرض غرامات مالية لا يتجاوز مقدارها ٥٠٠٠٠٠ ألف دينار على أي شخص في حالة ارتكاب مخالفة لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه، وعليه يكون القرار المشكوى منه موافقاً للقانون وغير مشوب بأي عيب من العيوب التي نعاها عليه المستدعي".

المطلب الثالث

الركن المعنوي لجريمة المضاربة غير المشروعة

تعد جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني من أهم الجرائم التي تقع على الأموال، ولذلك فقد تطلب المشرع الأردني أن يتوافر لدى الجاني القصد العام بالإضافة إلى القصد الخاص لإدانته.

(١) القضية رقم (٤٩٦/٢٠٠٧) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.

أولاً - القصد العام:

يتمثل القصد العام لدى الجاني في حالة توافر عنصري العلم والإرادة لارتكاب هذه الجريمة. لذا؛ يجب أن يكون الجاني على علم مسبق بأن ما يقوم به من أفعال تشكل جريمة المضاربة غير المشروعة، بحيث تؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني وعلى السير الطبيعي والاعتيادي لهذا السوق، مما يخلق حالة من الاضطراب والفوضى والبلبلة في الأسعار لدى المتعاملين في هذا السوق، مما يلحق الضرر بسمعة السوق وسمعة الاقتصاد الوطني، وبالتالي تجنب المستثمرين الدخول في صفقات على الأوراق المالية المتداولة فيه، وذلك بغض النظر عن حدوث هذه الآثار السلبية على المتعاملين أو على السوق من عدم حدوثها، ذلك أن تحقيق النتيجة لا يفترض لقيام هذه الجريمة في حق الجاني.

ويجب أيضاً أن تتجه إرادة الجاني الحرة الواعية المختارة إلى القيام بأحد الأفعال التي تشكل صورة من صور المضاربة غير المشروعة من أجل التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة إما بارتفاع أسعارها أو بانخفاضها من أجل تحقيق ما يصبوا إليه من مكاسب شخصية مادية كانت أم معنوية.

كذلك فقد اشترط المشرع الأردني توافر القصد الخاص في جريمة المضاربة غير المشروعة بجانب القصد العام، حيث يجب أن يتجه القصد الخاص لدى الجاني إلى تحقيق هدف معين، وهو التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، وذلك بهدف إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أو حجم تداول هذه الأوراق.

وكذلك الإخلال بالسير الاعتيادي لحركات تداول سوق رأس المال الوطني الأردني، حيث أوردت المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، أن هذه الجريمة قد تقع من شخص بصفة فردية أو بالتواطؤ مع غيره بهدف إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها أو عن سعر أو حجم تداول أي ورقة مالية ذات علاقة، كذلك فقد تطلبت المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ توافر القصد الجنائي الخاص لانعقاد المسؤولية الجنائية للشخص الذي يضارب بصورة غير مشروعة، حيث أوردت "أن كل من توصل بالغش لرفع أو تخفيض أسعار الأسهم"، ذلك أن هذا الشخص يتوصل إلى رفع أو تخفيض أسعار الأوراق المالية في سوق رأس المال الوطني بأسلوب غير مشروع، ويحقق منافع شخصية له ما كان ليحصل عليها وفقاً للمجرى العادي للأموال في سوق رأس المال الوطني الأردني.

ثانياً - القصد الخاص:

لكن يثار التساؤل في هذا الصدد عن حقيقة توافر القصد الجنائي الخاص في جريمة المضاربة غير المشروعة، أم يجب الاكتفاء بالقصد الجنائي العام؟ إن المشرع الأردني يشترط ضرورة توافر القصد الخاص في المضاربة غير المشروعة، بحيث ينبغي أن يؤدي سلوك الجاني إلى التأثير على سوق رأس المال الوطني الأردني والمتعاملين فيه سلباً.

يرى الباحث أن جريمة المضاربة غير المشروعة تعد من قبل جرائم الخطر ومن الجرائم الواقعة على الأموال ومن الجرائم الاقتصادية، وبالتالي يجب على المشرع الأردني أن يكتفي فقط لانعقاد مسؤولية الجاني بالقصد الجنائي العام دون اشتراط توافر القصد الجنائي الخاص؛ ذلك أن القصد الجنائي العام يعني توافر عنصر العلم والإرادة، وبالتالي يتمثل قصد الجاني بالتأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، وإيهام المتعاملين بحدوث تعامل وهو لم يحدث فعلاً، وهذه النتيجة الجرمية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها، وهذا يعد محور جريمة المضاربة غير المشروعة والهدف الذي يسعى من ورائه المشرع إلى تجريم هذا السلوك.

لذلك فإذا توافر عنصر العلم والإرادة فقد تتحقق جريمة المضاربة غير المشروعة بالأوراق المالية ولا يفلت الجاني من العقاب، حيث إن إثبات القصد الجنائي العام سهل يسير، أما اشتراط توافر القصد الجنائي الخاص الوارد بنص المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ والمادة (٤٣٥) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، فقد يوجد صعوبة كبيرة في عملية الإثبات، وبالتالي قد يؤدي إلى إفلات الجاني من العقاب بحجة عدم توافر القصد الجنائي الخاص، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بقواعد التداول في سوق رأس المال الوطني الأردني، ويضر بسمعة هذا السوق ويؤدي بالمستثمرين إلى الابتعاد عن التعامل مع هذا السوق، ويزعزع ثقتهم باستقرار هذه المعاملات^(١).

(١) د. مظهر فرغلي علي، الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٠٨.

المبحث الثالث الجزاءات الجنائية التي تترتب على جريمة المضاربة غير المشروعة

تمهيد وتقسيم:

يرى جانب فقهي^(١) أن الجزاء الجنائي هو المظهر القانوني الذي يمثل رد الفعل الاجتماعي إزاء كل شخص يخالف القانون، سواء تمثل هذا الجزاء في صورة عقوبة تواجه الجريمة المرتكبة أم في صورة تدبير احترازي يوجه للشخص الذي ثبتت لديه خطورة إجرامية، فالعقوبة تكون ذات صبغة عقابية بحتة في مواجهة جريمة سابقة، أما التدابير الاحترازية تكون ذات طابع وقائي تستهدف جريمة محتملة.

ولما كان الهدف من تجريم أفعال المضاربة غير المشروعة ضبط تداول الأوراق المالية في سوق رأس المال الوطني الأردني، من أجل التوصل لحماية السوق ذاته وتطويره، والمحافظة على ثقة المتعاملين فيه بما يكفل لهم العدالة والكفاءة والشفافية وحرية الحصول على المعلومات التي تتعلق بالأوراق المالية المتداولة فيه، فإن المشرع قام بوضع جزاءات عدة على عاتق مرتكب أفعال المضاربة غير المشروعة، ذلك أن هذه الجزاءات تعد النتيجة القانونية التي تترتب على مخالفة أحكام المضاربة المشروعة.

إن المشرع الأردني يهدف من إقرار الجزاءات على المضاربين بطريقة غير مشروعة توفير الحرية الاقتصادية، وتوفير قاعدة المساواة والعدالة بين كافة المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني، لعدم انشغالهم بتحقيق مكاسب مالية سريعة على حساب قواعد السوق، واستغلالاً لمبدأ المساواة في الحصول على المعلومات^(٢)، ومن ثم تحقيق الكفاءة الاقتصادية للدولة بشكل عام، ذلك أن التعامل في السوق المالي للدولة يعكس جدية الدولة ومسارها في عملية الإصلاح الاقتصادي والمالي^(٣).

لقد نص المشرع الأردني على جزاءات جنائية في حالة قيام جريمة المضاربة غير المشروعة، حيث وردت أحكامها في قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة

(١) د. أحمد عوض بلال، الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢.

(٢) Jack Donnelly, Rhoda E. Howard-Hassmann, Rhoda E. Howard, International handbook of human rights, 1987, P. 401.

(٣) د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩، ص ١٤٢.

١٩٦٠ بنص المادة (٤٣٥) ونص المشرع أيضاً على عقوبة أخرى وردت بنص المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، وبالعودة إلى هذه العقوبات نجد أنها تختلف، ولذا؛ يثار التساؤل في هذا الصدد عن العقوبة التي تطبق على الأشخاص الذين يضاربون بطريقة غير مشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني؟

يرى الباحث أن العقوبات الواردة في قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، هي التي ستطبق وتفرض على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني وليس العقوبات الواردة في قانون العقوبات بنص المادة (٤٣٥)، وذلك لأن قانون الأوراق المالية يعد من القوانين الخاصة التي تحكم التداول في سوق رأس المال الوطني الأردني، أما قواعد قانون العقوبات فهي من القواعد العامة، وبالتالي فإنه استناداً لقاعدة الخاص يقيد العام فإن الجزاءات الواردة في قانون الأوراق المالية هي الواجبة التطبيق.

كذلك ما ورد بنص المادة (١١٠/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٢، من أنه يجب تطبيق العقوبة الأشد، حيث إن العقوبة الواردة في هذا القانون أشد من العقوبة الواردة في نص المادة (٤٣٥)، من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠. لقد ورد في نص المادة (١١٠/ب) أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع بالإضافة إلى الغرامات المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة.

أما بالنسبة للجزاءات الجنائية التي يتعين تطبيقها على الأشخاص الذين يرتكبون أعمال المنافسة غير المشروعة فتتمثل بالآتي:

المطلب الأول

العقوبات السالبة للحرية التي تترتب على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة

إن العقوبة السالبة للحرية التي وردت في نص المادة (١١٠/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، والمادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، هي عقوبة الحبس، ويقصد بالحبس الجنوي وفقاً لما ورد بنص المادة (٢١) من قانون العقوبات الأردني "وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه وهي تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

أما الحبس التكميلي فقد ورد النص عليه في المادة (٢٣) من قانون العقوبات الأردني، حيث ورد فيها أن " الحبس التكميلي بين أربع وعشرين ساعة وأسبوع، وتنفذ في المحكوم عليهم في أماكن غير الأماكن المخصصة للمحكوم عليهم بعقوبات جنائية أو جنحية ما أمكن".

ويطبق على كل شخص قام بأعمال تشكل جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني عقوبة تتمثل بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وفقاً لما ورد بنص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني، أما بالنسبة لنص المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية الأردني فقد نص على عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات لمرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في هذا السوق، مع الأخذ بالاعتبار أن العقوبة التي ستطبق هي العقوبة الواردة في قانون الأوراق المالية الأردني وليس العقوبة الواردة في قانون العقوبات وفقاً لما ذكرنا سابقاً.

ويرى الباحث أن عقوبة الحبس المقررة في قانون الأوراق المالية وهي الحبس لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات غير كافية، ويدعو الباحث المشرع الأردني إلى إعادة النظر في هذه العقوبة، بحيث يكون الحد الأدنى ثلاث سنوات والحد الأعلى خمس سنوات، حتى تتناسب مع جسامة جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، ذلك أن هذه الجريمة تزعزع الثقة والاستقرار في معاملات سوق رأس المال الوطني الأردني، وتؤدي إلى التأثير السلبي على اقتصاد الدولة، وانصراف المتعاملين إلى التعامل في الأسواق المالية الأخرى، أضف إلى ذلك أن المشرع لم يحدد الحد الأدنى لعقوبة الحبس، وهذا قد يجعل المحكمة تحكم بعقوبة مخففة على الجناة لا تتناسب البتة مع جسامة أفعال المضاربة غير المشروعة، وغير رادعة للجناة.

إن الملاحظ على عقوبة الحبس الواردة في نص المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية، أن جريمة المضاربة غير المشروعة هي من نوع الجنحة، ويتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يغير وصف هذه الجريمة، بحيث تصبح من قبيل الجنائية؛ وذلك بسبب أن المضاربة غير المشروعة تشكل جريمة خطر وجريمة اقتصادية، وتؤدي إلى العبث بالسوق المالي ولا تساعد على استقرار التعاملات فيه.

المطلب الثاني

الجزاءات المالية التي تترتب على عاتق مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة

في حالة ارتكاب الجاني للمضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، فإن المشرع الأردني يفرض عليه عقوبات مالية تتمثل في الغرامة، ويقصد بالغرامة وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٢) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ "هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة المحكمة المبلغ المقدر في الحكم وهي تتراوح بين خمسة دنانير ومائتي دينار، إذا نص القانون على خلاف ذلك".

و يقصد بها تلك العقوبات المالية التي تصيب الجاني في ذمته المالية، وتمثل انتقاصاً في جانبها المالي.

لقد أوردت المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ غرامة على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة تتمثل بغرامة لا تتجاوز مائة ألف دينار أردني، وهي تعد من قبيل الغرامة الأصلية.

أما قانون العقوبات الأردني فقد أورد غرامة أصلية على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة بحيث لا يزيد مقدارها عن مائة دينار أردني مع الأخذ بالاعتبار أن الغرامة الواردة في نص المادة (١١٠/ب/١) من قانون الأوراق المالية هي الغرامة الواجبة التطبيق وفقاً لما ذكرنا سابقاً.

وتعد هذه الغرامة عقوبة مالية جزائية، حيث منح القانون المحكمة المختصة وهي محكمة بداية عمان فرض هذه الغرامة وفقاً لما ورد بنص المادة (٢) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

هذا ولم يجر المشرع الأردني الفرق بين هذه الغرامة التي تطبق على الشخص الطبيعي أو التي تطبق على الشخص الاعتباري، حيث لم يفرق في هذا الشأن بين الشخصين من حيث قيمة الغرامة المفروضة على كل منهما، لذا؛ يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يقوم بالترقية بين تلك الغرامة التي تفرض على الشخص المعنوي أو على الشخص الطبيعي المرتكب لجريمة المنافسة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، بحيث يتم رفع قيمة الغرامة التي تفرض على الشخص الاعتباري، وهذا من شأنه أن يحد من تلك الأفعال التي تشكل جريمة منافسة غير مشروعة من قبل الأشخاص الذين يمثلون هذا الشخص الاعتباري مهما كانت صفاتهم الوظيفية.

كذلك فقد أخذ المشرع الأردني بالغرامة النسبية، حيث فرضها على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، ويقصد بالغرامة النسبية تلك الغرامة التي لم يحدد القانون مقدارها بمبلغ محدد من المال، وإنما يتم فرضها كنسبة تتماشى مع الضرر الناتج عن ارتكاب جريمة المضاربة غير المشروعة أو الفائدة التي حققها مرتكب الجريمة أو حاول تحقيقها، أو يتم تقديرها بالقياس إلى عنصر معين كقيمة المال محل الجريمة^(١).

لقد نص المشرع الأردني في المادة (٣/١١٠) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ على أنه: "يعاقب كل من يخالف أيّاً من أحكام هذا القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه بغرامة لا تزيد عن (١٠٠,٠٠٠) مائة ألف دينار، بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح أو ضعف الخسارة التي تجنبها، على أن لا تزيد عن خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة".

ويرى الباحث أن أخذ المشرع الأردني بالغرامة النسبية بالإضافة إلى الغرامة المحددة أمر بالغ الأهمية كجزء مالي لجريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني وببقية الجرائم الواقعة على تداول الأوراق المالية، ذلك أن هذه الجريمة قد ينتج عنها مكاسب مادية ومعنوية كبيرة لمرتكبيها والغرامة النسبية تتماشى مع مقدار الربح غير المشروع الذي حصل عليه وحققه مرتكب هذه الجريمة، وتتناسب أيضاً مع الضرر الذي ينتج عن قيامه بمثل هذا الفعل المجرم.

المطلب الثالث

التدابير الاحترازية التي ستفرض على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة

يقصد بالتدابير الاحترازية تلك الجزاء الجنائي الذي يتمثل بمجموعة من الإجراءات القانونية التي تواجه خطورة إجرامية كاملة في شخص مرتكب الجريمة لتدبرها عن المجتمع^(٢).

وتشمل التدابير الاحترازية التدابير المانعة للحرية وفقاً لما ورد بنص المادة

(١) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٦٠، ص ٢١٧.

(٢) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٨٠٣.

(٢٩) من قانون العقوبات الأردني، والمصادرة العينية الواردة بنص المادة (٣١) مئة والكفالة الاحتياطية الواردة بنص المادة (٣٢/١) وإقفال المحل التجاري الوارد بنص المادة (٣٥) ووقف الهيئة المعنوية أو حلها وفقاً لما ورد بنصوص المواد (٣٦، ٣٧، ٧٤) منه.

هذا ولم يتضمن قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، أية تدابير احترازية تتخذ ضد الأشخاص الذين يرتكبون جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين، وذلك من أجل حماية هذا السوق ومعاملاته، وتدعيم وحماية ثقة المتعاملين في هذا السوق، وتدعيم الاستقرار والثقة في الاقتصاد الوطني الأردني.

يرى الباحث أنه يمكن تطبيق التدابير الاحترازية الواردة في نصوص المواد (٣٦، ٣٧، ٧٤) من قانون العقوبات الأردني رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٠ على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، إذا كانت شركة تقوم بهذه الأعمال، وذلك تطبيقاً لما ورد بنص المادة (٤٤٢) من القانون ذاته أنه: "إذا ارتكبت الجريمة شركة أو لحسابه فإن هذه الشركة تستهدف للتدابير الاحترازية، كما يستهدف للعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة الأشخاص المسؤولون في الشركة الذين يساهمون في الفعل أو يتيحون ارتكابه عن قصد منهم".

يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يقوم بتضمين قانون الأوراق المالية الأردني عدداً من التدابير الاحترازية لإعمالها بحق مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين، وذلك لأهمية هذه التدابير في الحفاظ على تنظيم هذا السوق وانضباطه، وتدعيم ثقة المتعاملين باستقراره وتطوره، لما في ذلك من مصلحة حقيقية للاقتصاد الوطني ككل.

إن إيقاع بعض التدابير الاحترازية على الشركات التي تقوم بأعمال المضاربة غير المشروعة، له بالغ الأثر على مكافحة جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني، وخاصة تلك التدابير التي من شأنها حرمان الشركة من ممارسة نشاطاتها في تداول أوراقها المالية في هذا السوق، أو إيقاف تداول أوراقها.

الخاتمة:

لقد تبين لنا بعد انتهاء هذه الدراسة أن جريمة المضاربة غير المشروعة المرتكبة من قبل المتعاملين في سوق رأس المال الوطني الأردني تشكل تهديداً لسمعة

هذا السوق، وانتقاصاً من الثقة والشفافية والمساواة التي تسود المعاملات الجارية فيه، التي حرص المشرع والقائمون على إدارة السوق على بثها بين المتعاملين من أجل جلب الاستثمارات إليه بما يعود بالنفع على الاقتصاد الوطني للمملكة.

لقد بحثنا في ماهية جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، حيث ميزنا بين المضاربة المشروعة وغير المشروعة، وبين جريمة المضاربة غير المشروعة وبين بقية الجرائم الواقعة على تداول الأوراق المالية وهي التعامل بالأوراق المالية بناء على معلومات داخلية غير معلنة، وبين جريمة عدم الإفصاح والمقامرة.

وبحثنا في الأركان الخاصة بجريمة المضاربة غير المشروعة وهي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي. وأخيراً بحثنا في الجزاءات القانونية التي تترتب على مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني، والتي تمثلت بالعقوبة السالبة للحرية والجزاءات المالية والتدابير الاحترازية.

لقد خالصنا من هذه الدراسة إلى توصيات عدة نجلها بما يأتي:

١ - يجب على المشرع الأردني أن يكتفي فقط لانعقاد مسؤولية الجاني عن جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني بالقصد الجنائي العام دون اشتراط توافر القصد الجنائي الخاص؛ ذلك أن القصد الجنائي العام يعني توافر عنصري العلم والإرادة، وبالتالي يتمثل قصد الجاني بالتأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني الأردني، وإيهام المتعاملين بحدوث تعامل وهو لم يحدث فعلاً، وهذه النتيجة الجرمية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها، وهذا يعد محور جريمة المضاربة غير المشروعة والهدف الذي يسعى من ورائه المشرع إلى تجريم هذا السلوك.

٢ - يتمنى الباحث على المشرع الأردني إعادة النظر في عقوبة الحبس المفروضة على مرتكب الجريمة، بحيث يكون الحد الأدنى ثلاث سنوات والحد الأعلى خمس سنوات، حتى تتناسب مع جسامة هذه الجريمة، ذلك أن هذه الجريمة تزعزع الثقة والاستقرار في معاملات سوق رأس المال الوطني الأردني، وتؤدي إلى التأثير السلبي على اقتصاد الدولة، وانصراف المتعاملين إلى التعامل في الأسواق المالية الأخرى.

٣ - يوصي الباحث المشرع الأردني بتحديد الحد الأدنى لعقوبة الحبس على مرتكب الجريمة، حيث إن قانون الأوراق المالية الحالي لا يحدده، وهذا قد يجعل المحكمة

تحكم بعقوبة مخففة على الجناة لا تتناسب البتة مع جسامة أفعال المضاربة غير المشروعة، كما أنها غير رادعة للجناة.

٤ - يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يعدل وصف هذه الجريمة، بحيث تصبح من قبيل الجناية وذلك بسبب أن المضاربة غير المشروعة تشكل جريمة خطر وجريمة اقتصادية، وتؤدي إلى العبث بسوق رأس المال الوطني الأردني، ولا تساعد على استقرار التعاملات فيه.

٥ - يوصي الباحث المشرع الأردني بالتفرقة من حيث قيمة الغرامة المفروضة على مرتكب هذه الجريمة بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، بحيث يتم رفع قيمة الغرامة التي تفرض على الشخص الاعتباري، وهذا من شأنه أن يحد من تلك الأفعال التي تشكل جريمة منافسة غير مشروعة من قبل الأشخاص الذين يمثلون هذا الشخص الاعتباري مهما كانت صفاتهم الوظيفية.

٦ - يوصي الباحث المشرع الأردني أن يقوم بتضمين قانون الأوراق المالية الأردني عدداً من التدابير الاحترازية لإعمالها بحق مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة في سوق رأس المال الوطني الأردني سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين؛ وذلك لأهمية هذه التدابير على السوق وعلى المتعاملين.

المراجع

- ١ - د. إبراهيم العموش، التعامل بالأوراق المالية بناءً على معلومات سرية ذات تأثير على أسعار الأوراق المالية (التعامل المحظور بالأوراق المالية)، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧.
- ٢ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة" ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ٣ - د. أحمد عوض بلال، الجزء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤ - د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٦٠.
- ٥ - د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، القاهرة، مركز المساندة القانونية ٢٠٠١.
- ٦ - د. علي شبلي، بورصة الأوراق المالية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.
- ٧ - د. علي عبد الأحمد أبو البصل، المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الأسهم، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد (٢) ٢٠٠٩.
- ٨ - د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- ٩ - د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩.
- ١٠ - د. محمود زويل، بورصة الأوراق المالية، دار الوفاء، الإسكندرية.
- ١١ - د. مظهر فرغلي علي، الحماية الجنائية للثقة في سوق رأس المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٢ - د. مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، مدينة النشر والطباعة، الإسكندرية.
- ١٣ - د. منير إبراهيم الهندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ١٤ - د. منير بورشة، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

القوانين:

- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
- قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.
- قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.
- منشورات مركز عدالة.

المراجع لأجنبية:

- 1 - Colcera, Enrico; The Market For Corporate Control in Japan, M&AS. Hostile Takeovers and Regulatory Framework, 2007.
- 2 - ack Donnelly, Rhoda E. Howard-Hassmann, Rhoda E. Howard International handbook of human rights, 1987.
- 3 - Paul Sau-Leung Yip, Exchange rate systems and policies in Asia 2008.
- 4 - Panagiotis Papadopoulos; Role and Function of Stock Markets, 2011.
- 5 - William S. Mallios, Forecasting in Financial and Sports Gambling Markets, 2011.

المفهوم القانوني للتجارة العادلة (دراسة تحليلية في التشريع الأردني)

الدكتورة/ نداء المولي
كلية الحقوق - جامعة الزرقاء
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يتضمن مصطلح التجارة العادلة نشاط ذات مفاهيم سياسية واجتماعية واقتصادية تهدف إلى تحقيق الأرباح من خلال الاتفاق مع المنتجين على شراء محاصيلهم الزراعية ومنتجاتهم اليدوية، التي تخضع للمعايير التي تضعها منظمة التجارة العادلة والتي تحقق المبادئ الأخلاقية والدينية، من عدم استبعاد العمال واستغلال الأطفال والمحافظة على البيئة من المبيدات وكل ما يضر بها وبصحة الإنسان، مع بناء علاقة شراكة طويلة الأجل تقوم على تجدد تلقائي للعقد المبرم بينهم وبأفضل الأسعار التي تخلق للمنتج حالة من الإستقرار الاقتصادي ومن ثم المعيشي، وللمستهلك حالة من الرضا على نوعية المنتج من ناحية مادية ومن ناحية معنوية وفق الأسلوب المتبع بالإنتاج؛ لذا كان لابد من دراسة التجارة العادلة لمعرفة الوصف القانوني الذي تقوم عليه ومن ثم الآثار المترتبة عليها، سيما وإن التداخلات التي تثيرها المعايير الواجب تطبيقها في الإنتاج قد توجد لبساً في الوصف القانوني للعلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج، وبعد تحديد الوصف يتم تناول التزامات كل من الطرفين خاصة تلك التي تعطي خصوصية لهذا العقد، وأرجو أن أكون وفقت في ذلك.

مقدمة:

يعد مصطلح التجارة العادلة مصطلحاً حديثاً ليحل محل التجارة الحرة، ويقصد به مجموعة نشاطات سياسية واجتماعية واقتصادية إلى جانب الأرباح التي تهدف لها التجارة أساساً، من خلال تداول منتجات زراعية وصناعات يدوية تم إنتاجها وفقاً لمعايير أخلاقية ودينية، تتضمن تلك المعايير تطبيق اتفاقيات منظمة العمل الدولية مثل حظر عمل الأطفال والعبيد والإلتزام بميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان وضمن بيئة آمنة، ويشمل نظام التجارة العادلة مجموعة من المنتجات الزراعية مثل الموز والعسل والبن والبرتقال والكاكاو والعنب والفواكه المجففة والطازجة والخضروات والعصائر والمكسرات والبذور الزيتية والأرز والتوابل والسكر والشاي والنبذ... وتضفي هذه التجارة على العملية التجارية عموماً صبغة إنسانية تقرب المسافة بين

المنتجين والمستهلكين، بحيث يصبح المستهلك على علم بالثقافة والظروف التي يعيش فيها المنتجون، بهدف رفع مستوى الوعي الإنساني والبيئي والصحي^(١).

والجهة التي تمارس هذا النشاط يطلق عليها منظمة التجارة العادلة، حيث أصبح لها شهرة تشكل موضع ثقة المستهلكين، وكانت تقوم في السابق عند أول نشأتها بتسويق السلع والمنتجات في أوروبا وأميركا بالتعاون مع جماعات دينية ومنظمات غير حكومية ذات طابع سياسي، ويتم وضع علامات على البضائع تشير إلى إن قيمتها تذهب على سبيل التبرع لمساعدة الفقراء، وبعد ذلك تشكلت حركة التجارة العادلة الحالية في أوروبا في الستينات وكان ينظر إليها بأنها حركة سياسية ضد الإمبريالية، ثم تطورت وأصبحت تستهدف الشركات متعددة الجنسية، وفي ١٩٦٥ تأسست أول منظمة للتجارة العادلة وفي نفس الوقت بدأت منظمة أوكسفام البريطانية (غير الحكومية) التعاون مع هذه المنظمة الفتية عن طريق برنامج ((مساعدة عن طريق البيع)) وهو برنامج لبيع الحرف اليدوية المستوردة في متاجر أوكسفام بالمملكة المتحدة^(٢). وقد تبنت منظمة الإنكتاد unctad (مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية) فكرة التجارة العادلة لإقامة علاقات تجارية عادلة مع الدول النامية، وذلك عن طريق تقديم دراسات واستشارات تحثهم على التعامل مع منظمة التجارة العادلة

(١) انظر: www.kenanaonline.com

(٢) وهناك منظمات تسمى بمنظمات التجارة البديلة Alternative trading organization وتعد التجارة العادلة هي محل نشاط منظمات التجارة البديلة يستخدمونها للتنمية ولدعم المنتجين المحتاجين، والحد من الفقر وللجمع بين عملهم في التسويق مع التوعية البيئية والأخلاقية المتعلقة بحقوق الإنسان وعدم استغلال الأطفال في العمل، ومن ثم نشر أفكارهم وعقائدهم. ومقر منظمات التجارة البديلة في كثير من الأحيان الجماعات الدينية والسياسية، وإن كان يبدو غرضها العلماني هو إعاقعة الطائفية والنشاط الإنجيلي والأعمال السياسية الأساسية في جدول أعمال هذه المنظمات، يجعلهم على صلة بالقضايا السياسية الجارية منذ الستينيات، والإيمان بالعمل الجماعي والالتزام بالمبادئ الأخلاقية على أساس العدالة الاجتماعية والاقتصادية والتجارية. وترى الرابطة الأوروبية للتجارة العادلة أن السمة المميزة لمنظمات التجارة البديلة هي الشراكة والاحترام، وأكثر ما تبدو هذه الشراكة بين البلدان النامية من المنتجين والمستوردين والمتاجر ومنظمات التوسيم والمستهلكين. وتضفي التجارة البديلة على العملية التجارية صبغة إنسانية وذلك بتقريب المسافة بين المنتجين والمستهلكين قدر الإمكان؛ بحيث يصبح المستهلكون على علم بالثقافة والظروف التي يعيش فيها المنتجون، وجميع الجهات ملتزمة بمبدأ التجارة البديلة المتمثل في أهمية رفع مستوى الوعي الإنساني والبيئي والصحي. انظر التفصيل: ويكيبيديا الموسوعة الحرة/ التجارة العادلة. موقع على الإنترنت.

ونشاطاتها، ومن الجدير بالملاحظة أن نشاط المنظمة يهدف إلى التقليل قدر الإمكان من عدد الوسطاء بين المنتج والمستهلك وإقامة علاقات طويلة الأجل مع المنتج، وتلك عوامل تساعد على تثبيت أسعار المنتجات محل نشاطها إلى فترات طويلة ومن ناحية أخرى تجعلها أكثر تحكماً في السوق.

ولتوسيع نطاق تسويق المنتجات محل التجارة العادلة دون المساس بثقة المستهلك تم استخدام علامة التصديق الدولية على تلك المنتجات، وقد صدرت أول علامة تصديق للتجارة العادلة الدولية في عام ٢٠٠٢ من منظمة (FLO)^(٣) حيث أصبحت تستخدم هذه العلامة في جميع أنحاء العالم عدا كندا والولايات المتحدة التي أبقت على العلامات القديمة لتحديد السلع الخاضعة لمعايير التجارة العادلة، وقد نشأت الكثير من المنظمات التي تهدف إلى هذه التجارة المعتمدة لمبادئ حقوق الإنسان والبيئة في الإنتاج والحصاد والتسويق لتجارتها، وقامت منظمة التجارة العادلة الدولية (wfto)^(٤) في مسعى لاستكمال نظام تصديق منتجات التجارة العادلة والسماح لأبرز منتجي الحرف اليدوية ببيع منتجاتهم في الأسواق العالمية، أطلقت هذه منظمة (wfto) في عام ٢٠٠٤ علامة جديدة للتعرف على منظمات التجارة العادلة وليس المنتجات كما فعلت المنظمات الأخرى أطلق عليها FTO mark من خلالها تتيح الفرصة للمستهلكين كي يتعرفوا على منظمات التجارة العادلة في جميع أنحاء العالم؛ وضمان تطبيق المعايير فيما يتعلق بظروف العمل والأجور وعمالة الأطفال والبيئة، وعرفت علامة FTOMARK العلاقة بين جميع منظمات التجارة العادلة والمستهلكين والحكومات^(٥). وفي الثمانينات واجهت منظمة التجارة البديلة

(٣) نشأت المنظمة الدولية لمنح علامات التصديق على التجارة العادلة (النزاهة) عام ١٩٩٧ fair trade labeling organizations international انظر: مقال تفصيلي من موقع الإنترنت certification fair-trade.

(٤) منظمة التجارة العادلة الدولية world fairtrade organization.

(٥) شرحت الحكومة قوانين التجارة العادلة التي أتاحها لمنطجى أو موزعي البضائع أن يحددوا حداً أدنى لسعر البيع، بحيث يمنعون المحلات الكبرى التي تباع بالتجزئة من أن تباع بأرخص من المحلات الأخرى. بدأ سريان هذه القوانين في الولايات المتحدة، ثم اتبعتها فيما بعد معظم الدول الصناعية الكبرى حيث أصبح تنفيذها يُعرف باسم المحافظة على ثبات السعر أو سعر البيع. لم يكن تشريع التجارة العادلة في المعاملات التجارية مقبولاً في محاكم الولايات المتحدة، حيث حاولت تلك المحاكم بانتظام تقليص آثاره. أفتى بعض القضاة بأن مثل هذه القوانين تسمح بدخول الاحتكارات من الأبواب الخلفية، مما يعد انتهاكاً لمرسوم شيرمان لمكافحة تزايد الأمناء لعام ١٨٩٠م. في أوائل ثلاثينيات القرن العشرين تقلص نظام المحافظة على ثبات السعر في جميع المعاملات داخل الولايات إلى مجرد اقتراح للسعر، ولم يكن للمنتجين أي سلطة لتنفيذ سعر البيع المقترح، ولكن خلال فترة الكساد العظيم في أوائل =

تحديات كبرى، حيث بدأت حادثة بعض منتجات التجارة العادلة وتراجع الحرف اليدوية وتأثير انخفاض أسعار السلع الزراعية، وكان لابد من حلول لمواجهة الأزمة فنمت منظمات التجارة البديلة من حيث عرض مصدر متجدد للدخل تشتد الحاجة إليه بالنسبة للمنتجين، وكان يتم بيع منتجات التجارة العادلة في أماكن تسوق المستهلكين، وكان لابد من إيجاد وسيلة لتوسيع نطاق التوزيع دون المساس بثقة المستهلك في منتجات التجارة العادلة وأصولها، وتم التوصل لحل في عام ١٩٨٨، وهو قيام أول مبادرة توسيم نزيهة، وذلك بوضع شهادة التصديق على البضائع التي تباع في الأسواق العالمية وللوصول إلى أكبر شريحة من المستهلكين وزيادة مبيعات التجارة العادلة، وأصبح بالإمكان تتبع منشأ البضاعة للتأكد من أن المنتجات تعود فعلاً بالفائدة على المنتجين وإنهم يطبقون المعايير الدولية في منتجاتهم، والموسقين (منظمة التجارة العادلة).

* ويهدف نظام التصديق إلى عدة أهداف منها:

- ١ - دعم نظام إصدار الشهادات والعلامات التي تؤيد تطبيق المعايير الصحية والبيئية لتعزيز العلاقات التجارية طويلة الأجل بين المنظمة والمنتجين.
- ٢ - التمويل المسبق للمحاصيل.
- ٣ - تطبيق نظام يسمى سلسلة التوريد flo-cert يقصد به ضمان سلامة المنتجات المعتمدة لكسب ثقة المستهلك من الناحية المادية والمعنوية في المنتج.
- فمن الناحية المادية تجعل المستهلك يطمئن إلى طريق الإنتاج من بدايتها، من جهة عدم استعمال المواد الكيميائية المضرّة بصحة الإنسان والبيئة، وإن الحصاد والتخزين والتسويق تم وفق شرائط صحية آمنة.
- أما الناحية المعنوية فتجعل المستهلك يشعر بأن عملية الإنتاج تمت دون استغلال العمال ووفق مبادئ القانون وحقوق الإنسان.

* من هنا تظهر أهمية الدراسة:

إلى قولبت مفهوم التجارة العادلة في إطار قانوني يمكننا من خلاله معرفة ماهية التجارة العادلة ووصفها القانوني، ومن ثم الآثار القانونية التي تترتب على طرفي العلاقة التي تضم منظمة التجارة العادلة والمنتج، سواء أكان مزارعاً أم منتج سلع

= ثلاثينيات القرن العشرين الميلادي في أمريكا، اضطرت ٤٥ من الـ ٤٨ ولاية إلى إصدار تشريع محلي محدود لنظام التجارة العادلة في المعاملات التجارية، وكان الهدف حماية أصحاب المحلات الصغيرة من الإفلاس التام. انظر: <http://www.shamela>

يدوية، سيما وإن تلك العلاقة تستند إلى مفاهيم دينية وسياسية، وتبدو وسيلة فعالة للعولمة في المجالات الاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسية، رغم إدعائها أنها تحارب الطائفية والتبشير وما إلى ذلك من أفكار متطرفة، علاوة على ذلك فإن الآثار القانونية التي تترتب على العلاقة تتضمن نوعاً من الشراكة أم التبعية، بحجة مراقبة تطبيق المعايير الدولية الصحية والإنسانية للوصول إلى المنتجات، كما إن الإغراءات التي تقدم للمنتجين هي في الحقيقة آثار ناتجة عن العقد المبرم بين المنظمة والمنتج. ولفهم هذه الآثار من الناحية القانونية لابد من تحليل الوقائع ووضعها في موضعها الصحيح، وذلك من خلال التساؤلات التي تتعلق بهذه العلاقة.

* إشكاليات الدراسة:

فلو تأملنا الشروط التي تفرضها المنظمة على المنتج نجدها لا تتعلق بإرادته، إنما تخص العمل الذي يؤديه، بحيث يجب أن يتوافق مع البيئة وصحة الإنسان وحقوقه، المقرر بها في قانون العمل ومبادئ حقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة. فهل هذه الشروط تخلق علاقة التبعية بين المنظمة والمنتج؟ وبالتالي هل نستطيع أن نصفها بأنها علاقة عمل؟ كما أن الباحثين في إطار التجارة العادلة يصفون العلاقة بين المنظمة والمنتج بأنها علاقة تقوم على شراكة طويلة الأجل، فهل هم يعنون الشركة بمفهومها القانوني؟ كما وينظر للعلاقة من جانب المنظمة التي تقدم تمويلاً إلى المنتج لتساعده على استثمار أرضه بزراعة محاصيل تحدها وتحدد معايير الإنتاج، وإذا كان الأمر كذلك فهل يعد هذا التمويل قرضاً أم ثمناً معجلاً؟ وإذا كان الثمن معجلاً، هل يجعل العلاقة قائمة على عقد بيع السلم؟ أم عقد بيع معلق على شرط تطبيق المعايير التي تفرضها المنظمة على المنتج؟ وتساؤلات أخرى قد تظهر خلال تحليلنا لما تقدم. عليه سوف ننتهج المنهج التحليلي والوصفي في بحثنا للوصول إلى النتائج المطلوبة، خاصة وإننا لم نجد دراسة قانونية في هذا الجانب، وهناك دراسات أجنبية اقتصادية تخرج عن الجانب القانوني تتخصص في وضع السوق وأثر هذه التجارة على الأسعار العالمية.

– لذا سوف نحلل الموضوع من خلال فصلين نخصص:

- * الفصل الأول: ماهية التجارة العادلة.
- المطلب الأول: تعريف التجارة العادلة.
- المطلب الثاني: الوصف القانوني للتجارة العادلة.

✳ الفصل الثاني: الآثار القانونية التي تترتب على العلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج.

- المطلب الأول: التزامات المنظمة.

- المطلب الثاني: التزامات المنتج.

الخاتمة

الفصل الأول

ماهية التجارة العادلة

المطلب الأول

التعريف بالتجارة العادلة

يمكننا تعريف التجارة العادلة بأنها نشاط تمارسه منظمات متخصصة به، ويقوم هذا النشاط على مبادئ منها:

١ - إن محل نشاط التجارة العادلة يتعلق بالمحاصيل الزراعية الأساسية والصناعية وبالصناعات اليدوية ويتم تحديد أنواعها في العقد بصفة مباشرة مع صغار المنتجين الأكثر احتياجاً (مثل منتجي الكاكاو والبن والرز.. في أفريقيا وأميركا الجنوبية)، وفق شروط ومعايير محددة، ويتم تداولها بدون وسيط ومن ثم تسويقها إلى الأسواق العالمية لتصل إلى المستهلك بأسعار عادلة له وللمنتج وللمنظمة.

٢ - تحديد سعر المنتجات بشكل عادل من خلال الإحتياجات الحقيقية للمنتجين الصغار وعائلاتهم، والأخذ بنظر الإعتبار أسعار تلك المنتجات في الأسواق، حيث يقوم السعر على أساس سعر المضاربة، وهو فرق السعر بين سعر البيع في الأسواق وما يتم دفعه للمنتج يسمى بسعر عادل على أساس حاجاته المعيشية، حيث يجمع هذا النشاط بين هدف الربحية ونشر مبادئ الدين والأخلاق، وأفضل طريقة لكسب أكبر شريحة لتلك المبادئ المحتاجون إضافة لمن يشتري هذه المحاصيل والصناعات اليدوية من المستهلكين. وبالتالي يجد هذا النشاط مروجين وعملاء يتداولون سلعه، ونستطيع القول إن معيار تجارية النشاط يقوم على التداول والمضاربة بشكل رئيسي.

٣ - يقوم النشاط على قواعد عقود شراكة طويلة الأجل. يلتزم المنتج (المزارع أو الحرفي) بجودة الإنتاج وتطوير إنتاجه نحو إنتاج بيولوجي خالي من المبيدات الكيميائية للمحافظة على البيئة وعلى صحة الإنسان وتطبيق قانون العمل وحقوق الإنسان، وهذا ما يزيد من رواج المحاصيل والصناعات محل النشاط.

٤ - تمويل منظمة التجارة العادلة للمشاريع محل التجارة وتطويرها على المستوى الوطني وبشكل دائم، وتمنح علامتها التجارية للدلالة على أن المنتج خضع للمعايير الدولية.

من هنا تتلخص فكرة التجارة العادلة بالنشاط محل العلاقة بين المنظمة والمنتج من خلال العقد المبرم بينهما، ويتضمن توافر فرص بيع المنتجات بأسعار تضمن تحقيق العدالة بين مقدار ما أنفقه المنتج للوصول إلى المنتجات، وبين ما ينبغي أن تحصل عليه المنظمة من أرباح تتحقق لها، كما أن العلاقة تنطوي على شراكة طويلة الأجل تمكن أطرافها من المحافظة على الأسعار في السوق لمدة طويلة، هذه العلاقة بين المنتج وهو مزارع أو حرفي لذا يعد عمله مديناً، من جهة أخرى فإن منظمة التجارة العادلة تقوم بشراء المنقول وهي المنتجات سواء أكانت محاصيل زراعية أم حرفية لبيعها بقصد تحقيق الربح، فإن عملها تجاري حسب ماهيته الذاتية وفقاً للمادة (٦) الفقرة (أ) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، وبالتالي تعد العلاقة مختلطة تطبق على المنتج القانون المدني وعلى المنظمة القانون التجاري. وعلى المنتج أن يلتزم بمجموعة من الإلتزامات تضمن جودة الإنتاج وسلامة البيئة والإنسان، وإن يتم إبرام عقود العمل مع العاملين في المشروع على أساس قانون العمل ومبادئ حقوق الإنسان، فإذا كانت هذه التجارة العادلة، فما هو التوصيف القانوني للعلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج؟

المطلب الثاني

التوصيف القانوني للتجارة العادلة

من خلال المبادئ التي تقوم عليها التجارة العادلة لابد لنا من استخلاص التوصيف القانوني للعلاقة القائمة بين المنظمة والمنتج، حتى نستطيع تحديد الأحكام القانونية التي تخضع لها، وحيث إن تلك العلاقة لها جوانب عديدة، فالشروط التي تفرضها المنظمة تتعلق بالعمل الذي يؤديه المنتج، من حيث عدم إضراره بالبيئة وصحة الإنسان، كما يجب أن تكون علاقة المنتج بالعاملين معه في المشروع ضمن نطاق قانون العمل ومبادئ حقوق الإنسان، وهذا ما ينشئ علاقة التبعية، وبالتالي تصبح علاقة عمل يحكمها قانون العمل. من جانب آخر فإن علاقة الشراكة بين المنظمة والمنتج والتي يتم التعبير عنها في ديباجة^(٦) العقود على أنها شراكة طويلة الأجل قد تخلق علاقة شراكة بالمفهوم القانوني، وإن تمنح المنظمة المنتج منحة سنوية تمكنه من تمويل مشروعه، فقد توصف العلاقة بعقد قرض، تمتلك المنظمة

(٦) ويكيبيديا الموسوعة الحرة. موقع على الإنترنت. انظر أيضاً: نقاد العولمة يدعون إلى التجارة العادلة بدلاً من التجارة الحرة www.awsat.com.

مقابلته المحاصيل التي يقوم المنتج على إنتاجها، وربما يعد التمويل المقدم من المنظمة ثمناً معجلاً للمبيع.

وللوصول إلى النتائج القانونية الصحيحة لابد من تحليل كل احتمال من تلك الإحتمالات المطروحة للخروج إلى طبيعة العلاقة الصحيحة، ومن ثم معرفة الآثار التي ترتبها تلك العلاقة.

– البند الأول – العلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج هي علاقة عمل:

يعد عنصر التبعية المميز الأساسي لعقد العمل عن غيره من العقود، وبموجبها يخضع العامل لإشراف ورقابة صاحب العمل خلال مدة عقد العمل، ويملك صاحب العمل سلطة توجيه العامل، وعلى العامل الإمتثال لأوامره، وإذا انعدمت هذه التبعية استقل العامل بنفسه، وأصبح خارج نطاق قانون العمل، ولا تعد هذه العلاقة علاقة عمل، مثل الطبيب والمقاول والوكيل... وبهذا المعنى فإن مقومات التبعية هي أن:

- ١ – يقوم العامل بعمل لصاحب العمل.
 - ٢ – يخضع في أدائه إلى سلطة صاحب العمل من حيث تحديد أوقات العمل.
 - ٣ – لصاحب العمل الإشراف والرقابة على تنفيذ العمل^(٧).
- * وتنقسم التبعية القانونية إلى ثلاث صور:

- أ – التبعية الفنية وهي خضوع العامل لأوامر صاحب العمل خضوعاً مباشراً في كل ما يتعلق بالعمل من تفاصيل دقيقة وجوهرية.
 - ب – التبعية الإدارية والتنظيمية: ويقتصر فيها دور صاحب العمل على الإدارة وتنظيم العمل، بالإشراف على الظروف الخارجية كتحديد ساعات العمل وتقسيم العمل، ولا تمتد رقابة صاحب العمل إلى أصول المهنة، وتقتصر على الإشراف الإداري والتنظيمي.
 - ج – التبعية المهنية وهنا سلطة صاحب العمل في الإشراف والرقابة والتوجيه أثناء قيام العامل بعمله، وضمن تعليمات عليه اتباعها، ومن غير الضروري استمرار سلطة صاحب العمل بصفة فعلية طيلة قيام العامل بتنفيذ التزامه.
- أما التبعية الإقتصادية فعلى الرغم من أن العامل يعتمد في معيشتة على الأجر،

(٧) د. سيد محمود رمضان. الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١، ص ١٣١ وما بعدها.

ويخضع لصاحب العمل اقتصادياً فلا يعتد بها؛ لأن الأخذ بهذه التبعية توسع نطاق سريان قانون العمل^(٨).

وبالنظر إلى المادة الثانية من قانون العمل الأردني ٨ لسنة ١٩٩٦، حيث عرف العامل بأنه: ((كل شخص ذكر أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر، ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت أمرته)).

يتضح أن المشرع أخذ بصورتين من التبعية وهي التبعية الإدارية والمهنية دون التدخل في التبعية الفنية لصعوبة تطبيقها، لأن على صاحب العمل أن يكون ملماً بمهن مختلفة ليستطيع أن يتدخل بتفاصيلها، ومن هنا نلاحظ أن المنتج تصرف بإنتاجه الذي طرحه أرضه أو أعماله اليدوية، ولم يقدم جهده إلى المنظمة ولم يؤد تحت إشرافها وتبعيتها، فمحل العقد عبارة عن أشياء مادية - أما محاصيل أو منتجات حرف يدوية - وهذا ما انصب جهده عليه، وإذا كان إنتاج هذه الأشياء تم وفقاً لمعايير وضعتها المنظمة وتحت إشرافها ورقابتها، فإن هذا الإشراف والرقابة انصرف إلى ظروف العمل والعاملين وسلامة البيئة وصحة الإنسان، وهذا يخرج هذه العلاقة عن كونها علاقة عمل.

- البند الثاني - وصف العلاقة كونها شركة:

أكدت العديد من الدراسات^(٩) الإقتصادية بأن التجارة العادلة تخلق علاقة شراكة مع المنتجين دون بيان نوع تلك الشراكة. هل تأخذ صيغة شركة مدنية كشركة الأعمال أو شركة المضاربة؟ أم تأخذ صيغة شركة تجارية؟ والأكثر ملاءمة من صيغ الشركات، هي شركة المحاصة كونها لا تخضع للتسجيل، والشركة عقد مسمى من عقود المعاوضة التبادلية^(١٠)، لذا لا بد من توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لانعقاد العقد، علاوة على ذلك فإن هذا العقد من العقود الشكلية لا ينعقد إلا بالكتابة والتسجيل في سجل مراقب الشركات والإعلان عنها في الجريدة التي يصدرها المراقب. ولو قارنا فكرة التجارة العادلة نجد أنها تقوم على فكرة توفير فرص وسبل جديدة للمنتجين في الدول الفقيرة لبيع سلعهم ومنتجاتهم بأسعار عادلة - قريبة - من الأسعار العالمية، وتقليل حالات الإستغلال التي يتعرض لها المنتجون، ولو قلنا إن

(٨) د. غالب علي الداودي، شرح قانون العمل، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢-٤، ص ٤.

(٩) انظر: إيمان علي، التجارة العادلة، ويكيبيديا الموسوعة الحرة (موقع على الإنترنت). انظر

أيضاً: نقاد العولمة يدعون إلى التجارة العادلة بدلاً من التجارة الحرة www.aawsat.com.

(١٠) د. أكرم ياملكي، القانون التجاري للشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٦، ص ١٨.

العلاقة بين منظمات التجارة العادلة والمنتجين تقوم على أساس عقد الشركة، فإن هذا الوصف لا ينصرف إلا لشركة المحاصة؛ حيث تمارس هذه الشركة أعمالها دون تسجيل في سجل الشركات وبواسطة شريك ظاهر يتعامل مع الغير، وتقتصر الشركة على العلاقة الخاصة بين الشركاء، ويجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، ولا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وبالتالي لا تتمتع بخصائص هذه الشخصية، ومنها عدم وجود ذمة مالية خاصة بها، وعليه فإن حصص الشركاء لا تعد فيها مجرد حق دائنيه أو حقاً شخصياً أو منقولاً^(١١). لذلك فإن العلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج ومن خلال التمويل الذي تقدمه المنظمة للمنتج إذا اعتبرناه حصتها في الشركة، ينفقها المنتج لتحقيق هدف معين هو الإنتاج الذي يبذل جهده لتحقيقه، ثم تقوم المنظمة بتسويقه في الأسواق العالمية، والمفروض بعد ذلك يقسمون الأرباح والخسائر الناتجة عن العملية، سيما وإن المنظمة تضع العلامة التجارية التي تشير إلى أن المنتج يحمل علامة التجارة العادلة، أي أن السلع خضعت في إنتاجها إلى معايير السلامة البيئية والصحية وحقوق الإنسان وقانون العمل، كما أن محل التزام الشركاء هو القيام بعمل، حيث يزرع المنتج أو يعمل صناعات يدوية والمنظمة تراقب للوصول إلى الإنتاج وفق المعايير المذكورة آنفاً، ثم تبدأ عملها في تسويقه، وتجدر الإشارة إلى أن المنظمة هي من تحدد ثمن المنتج على أساس سعر السوق، ضامنة أن يستوفي المنتج تكلفة ما صرفه على الإنتاج مع ربح يحقق عيشه الكريم ثم تقوم بالتسويق. وما ينتج عن التسويق تستوفيه هي حتى لو لم يطرح ربحاً؛ لأن معظم جهات التسويق التي تتعامل معها المنظمة هي جهات خيرية ودينية، كالكنايس والجمعيات غير الربحية، وهذا يظهر أن حصة المنظمة في الشركة هي المنحة التي تقدمها للمنتج وعملها في التسويق، وحصة المنتج هي بالإضافة إلى عمله فإن حصته عينية تتمثل بالمنتجات المتفق على زراعتها أو صناعتها يدوياً. والمنظمة عندما تقوم بالتسويق وتحديد سعر البيع إنما تتصرف بالحصة، وكأنها وكيل بالعمولة؛ حيث تتعاقد مع الغير باسمها ولحساب الشركة المستترة بينها وبين المنتج. ولكن يثور التساؤل: هل تتحمل المنظمة الخسارة في حالة تلف المحصول لأي سبب كان؟ ثم إن المنظمة تقوم بتحديد السعر وفقاً لسعر السوق العالمي ثم تقوم بتحديد ثمن المحصول للمنتج، لتبيعه بعد ذلك وتحصل على فرق السعر كأرباح، فإذا كانت هناك شركة لماذا تدفع الأرباح قبل البيع للمنتج؟ هذه السؤالات تخرج وصف العلاقة عن كونها عقد شركة.

(١١) د. أكرم ياملكي، ص ١٢٧.

- البند الثالث - عقد القرض:

من خلال المنحة التي تقدمها منظمة التجارة العادلة للمنتج ليقوم على تحقيق إنتاجه، فإذا افترضنا إنها^(١٢) تقدمه للمنتج ليقوم باستثمار أرضه، للوصول إلى المحاصيل محل العقد في التجارة العادلة. فإن المادة (٦٣٦) من القانون المدني الأردني عرفت القرض بأنه: "تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدرًا ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض" ويبدو أن المنتج يتصرف بمنتجاته مقابل قرض مبلغ من النقود بسعر فائدة متفق عليها، وهذه العلاقة إذا ما شبهناها بالقرض المصرفي، حيث يمتاز بكونه عقداً رضائياً^(١٣)، وإن كان العمل يجري على تحريره كتابة، فيكون عقد القرض ليس من العقود العينية، فتسليم المبلغ ليس شرطاً لانعقاده إنما يعد التسليم أحد الإلزامات التي تترتب على المقرض يقابله رد المقرض في الأجل المتفق عليه من جنس الدين ونوعه ووصفه، وهذا ما يبعد وصف العلاقة بين المنظمة والمنتج بعقد القرض، وإذا كان الشيء المقرض محل القرض قابلاً للاستهلاك سواء أكان مادياً كالمحاصيل والصناعات اليدوية أم مدياً كالنقود على المنتج أن يرد مثله^(١٤). وهذا لا ينطبق على ما يسلمه المنتج من محاصيل أو أعمال يدوية إلى المنظمة مقابل القرض المقدم له، لأن هذه المحاصيل لا يوجد مثلها فهي ليست من المثليات، وذلك بسبب إن إنتاجها تم وفق معايير صحية وإنسانية، ومثلها قد لا يكون إنتاجه تم وفقاً لذلك، لذا فقد يكون هذا المبلغ الذي تقدمه المنظمة إلى المنتج ثمناً معجلاً للمحاصيل التي سوف تتواجد في المستقبل.

وإذا كانت هذه المنحة عبارة عن دفعة معجلة للثمن، فهذا يجعل من العلاقة عقد بيع.

- البند الرابع - وصف العلاقة بأنها عقد البيع:

عقد البيع من عقود التمليك تنتقل به ملكية الأعيان والحقوق المالية من البائع إلى المشتري، والانتقال والمبادلة في البيع على سبيل التأييد والدوام، فلا يصح أن يقترن عقد البيع بأجل، لأنه يجعله مؤقتاً حيث لو اقترن بأجل فاسخ فيكون أمام

(١٢) انظر: يوسف الزعبي. العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ١٩٩٣، ص ٤٢. انظر أيضاً: د. علي العبيدي، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٢٢.

(١٣) د. أكرم ياملكي، القانون التجاري للشركات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٦، ص ١٨.

(١٤) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المجلد الخامس، العقود التي تقع على الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٤٠.

المشتري رد المبيع، في حين أن المشتري يمتلك الحق بالمبيع بالعقد ويستطيع بعد ذلك أن يتصرف به بكافة التصرفات القانونية باعتباره مالكا، ولما كانت المنتجات محل التجارة العادلة من نوع المعين بالذات أي محاصيل زراعية ومنتجات يدوية - تم زراعتها في أرض معينة وفقاً لمعايير تم الاتفاق عليها أو صنعها وفق ذات المعايير - فيترتب حكم عقد البيع وهو انتقال الملكية فور العقد، ويعد هذا الأمر نتيجة مباشرة للعقد بمجرد انعقاده دون حاجة إلى تنفيذ، وبهذا يؤدي تمام البيع إلى دخول المبيع ملكية المنظمة مع التزام المنتج بتسليمه، وحتى تنتقل ملكية المبيع فور التعاقد لابد من توفر الشروط الآتية:

- ١ - أن يكون البيع صحيحاً من حيث أركان العقد وشروطه.
 - ٢ - وأن يكون نافذاً وغير موقوف، فإذا كان العقد البيع موقوفاً فلا بد من إجازته، وهذه الإجازة تبقى الملكية للمنتج ولا تنتقل إلى المشتري التي هي المنظمة بسبب هذا الوقف الذي يعود إما لنقص في الأهلية أو الإكراه، وكون المنظمة شخصاً اعتبارياً لا ننصّر وجود إكراه أو نقص الأهلية.
 - ٣ - أن يرد على شيء موجود ومعين بالذات^(١٥) وهنا تبدو الإشكالية فيما يتعلق بالوجود، فإن المنتجات لا تتواجد إلا في الموسم المناسب للمحصول المتفق عليه. فلا يرتب البيع حكمه في نقل الملكية في الحال إلا إذا كان المبيع موجوداً عند التعاقد ومعيناً بالذات، وذلك بسبب أن عقد البيع ينقل الحق العيني من البائع إلى المشتري، والحقوق العينية لا تثبت إلا على أشياء موجودة ومعينة بالذات، لأنها سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص معين على شيء معين، وعليه فإن التعامل بالأشياء المستقبلية يتم انتقال ملكيتها إلى المنظمة معلقة على شرط الوجود، ووجودها شرط لثبوت ملكية المنظمة لها؛ لأن حق الملكية لا يقوم بدون محله، وثبوت ملكية البائع (المنتج) للمبيع شرط نقل ملكيتها إلى الغير وحسب قاعدة فاقد الشيء لا يعطيه، وكذلك لا ينقل عقد البيع ملكية الصناعات اليدوية تحت التصنيع إلا بعد اكتمال الصنع.
- ولكن بما أن المحاصيل الزراعية يتم الاتفاق على نوعها وعلى مكان زراعتها

(١٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، المجلد الرابع، ص ١٩٠. انظر أيضاً: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٣، في العقود المسماة م. الأول، عقد البيع، ط ٥، ١٩٩٠، ص ١٧٢. انظر أيضاً: د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة ج عقد البيع، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢١١.

وكذلك المنتجات اليدوية، فتنقل الملكية بالتعاقد ولكن لا تثبت إلا بوجود تلك المنتجات، فهي تعين بذاتها في التعاقد، ويترتب على انتقال ملكية المنتجات إلى المنظمة فور التعاقد النتائج الآتية:

- ١ - حق المنظمة في التصرف في المبيع بعد العقد ولو قبل القبض، أما المنتج لا يستطيع التصرف في المنتجات بعد بيعها وإلا يعد قد تصرف في ملك الغير.
- ٢ - ثبوت ملكية المنظمة لمبيعات المبيع من تاريخ التعاقد تبعاً لملكه للمبيع ذاته.
- ٣ - يدخل المبيع في الذمة المالية للمنظمة، والتمن في الذمة المالية للمنتج حال العقد. ويترتب على ذلك أن دائني المنظمة يستطيعون حجز والتنفيذ على المحصول. ودائني المنتج يستطيعون حجز والتنفيذ على الثمن، وإن كان كل منهما في حيازة الآخر - المحصول في حيازة المنتج والثمن في حيازة المنظمة -.
- ٤ - إذا أفلسست المنظمة دخلت المحصولات في التفليسة، وإن لم تكن قد دفعت الثمن، ويكون للمنتج حبس المبيع وعدم تسليمه للدائنين أو الورثة حتى استيفاء الثمن. أما المنتج الذي يقوم بالزراعة أو يمتلك ورشة صناعات يدوية بسيطة فهو ليس بتاجر فيخضع لنظام الإعسار، فإن أعسر دخل الثمن في ضمان الدائنين وخرجت المنتجات من ذمته المالية وليس للدائنين الحجز والتنفيذ عليها، وتكون يده على المنتجات يد أمانة لحين التسليم^(١٦).

يظهر مما تقدم أن العلاقة بين المنظمة والمنتج يحكمها عقد البيع، ولكن هل هو بيع سلم؟ أم أنه بيع معلق على شرط؟ وهذا الشرط، هل هو شرط واقف أم شرط فاسخ؟

فإذا قلنا أن البيع بين المنتج والمنظمة هو بيع سلم^(١٧)، وهو بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل، وهذا البيع يستخدم عادة في هكذا بيوع أي بين المنتجين والمنظمة، وأجازت أغلب القوانين التعامل به طالما من الممكن إيجاد المنتجات في المستقبل، ولكن لا يمكن الجزم بأن العلاقة بيع سلم؛ لأن البيع بين المنتج ومنظمة التجارة العادلة يتحدد بمحصول أرض بعينها وقرية معينة، كما جرت العادة في عقود التجارة العادلة وهذا يتنافى مع بيع السلم؛ لأن بيع السلم يجب أن يكون المبيع مما يتوافر وجوده عادة وقت التسليم، ولا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه - المحاصيل

(١٦) د. السنهوري، م ٤، ص ٥٥٦. انظر أيضاً: د. سليمان مرقس، ص ٢٠١.

(١٧) د. السنهوري، الوسيط، م ٤، ص ٢٢٠. د. سليمان مرقس، ص ٢٠١. انظر: تفصيل البيع، د. علي العبيدي، ص ١٧٣ وما بعدها.

- مما يحتمل انقطاعها بالآفة، وهذا مألوف في المحاصيل محل عقد التجارة العادلة؛ لأن لو لاحظنا أن أغلب المنتجين في البلدان النامية (أندونيسيا أو شرق آسيا أو أمريكا الجنوبية أو أفريقيا) يهددها الجفاف أو تهددها الفيضانات أو الإنهيارات الأرضية وغيرها من عوامل الطبيعة، وهذا قد يعدم القدرة على التسليم ويعتبر في بيع السلم من الغرر.

أما تحديد مقدار المبيع محل العقد فيحدد بالنسبة للمحاصيل بمقدار ما تنتجه الأرض ويمكن اعتباره بيعاً جزافياً^(١٨) وهو بيع يرد على أشياء دون تحديد مقدارها بالوسائل المعتادة إنما بالمكان الذي توجد فيه، وبالنسبة للمنتجات اليدوية فيتم الاتفاق على عدد القطع عند إبرام العقد، وإذا خرج الوصف عن كونه بيع سلم يبقى أن نصفه ببيع معلق على شرط، ولكن التساؤل هل هذا الشرط واقف أم فاسخ.

فإذا قلنا إن الشرط واقف وهو ضرورة اتباع المنتج للشروط البيئية والصحية وقانون العمل وحقوق الإنسان في طريقة إنتاجه، فالوقت الذي يلتزم به في اتباع هذه الشروط هو ابتداء من إبرام العقد، ويجب أن لا يستعمل الأسمدة الكيماائية والمبيدات المضرة بالبيئة، إنما يتم اللجوء إلى الأسمدة العضوية وطرق المكافحة التي توفرها المنظمة، كما يلتزم بتطبيق قانون العمل على العلاقات العمالية وفقاً لما يسمح به القانون أصلاً ومبادئ حقوق الإنسان^(١٩). وتجدر الإشارة إلى أن منظمة التجارة العادلة هي شخصية اعتبارية تمارس العمل التجاري - شراء المنقولات من أجل بيعها بقصد تحقيق ربح - ملتزمة بمبادئ الدين والأخلاق التي أصلاً تقوم عليها التجارة، ولكن في الواقع أن تلك المبادئ الدينية والأخلاقية لم تقلص مبادئ التجارة وأحكامها. وانطلاقاً من هنا لابد للمنتج أن ينفذ الشرط الذي علق عليه عقد البيع، ولا يكون بيعاً معلقاً على شرط واقف، حيث لا يرتب هذا الشرط آثاره إلا إذا وجد المعقود عليه في ميعاده، وعندها يتحقق الشرط، ويرتب العقد آثاره مستنداً إلى وقت انعقاده، فإن لم يوجد المحصول تخلف الشرط واعتبر العقد كأن لم يكن^(٢٠). فحق المنظمة هنا مجرد احتمال خلال فترة التعليق، ويتحقق كاملاً مستكملاً جميع عناصره

(١٨) د. سليمان مرقس، ص ١٨٨.

(١٩) نكرنا آنفاً أن قانون العمل لا يطبق على العلاقات العمالية في نطاق الزراعة حفاظاً على الأرض وعدم تحميل صاحب الأرض الزراعية عبئاً لا يتناسب وقدرته المالية؛ الأمر الذي قد يدفعه إلى ترك الأرض دون استغلال.

(٢٠) انظر: د. عدنان السرحان، ص ١٠٧-١٠٨.

ومنجزاً عند تحقق الشرط^(٢١). ويترتب على ذلك أن المنظمة لا تستطيع التصرف بالمحاصيل قبل تحقق الشرط؛ لذا فإن البيع هنا لا يكون معلقاً على شرط واقف.

إنما بيع مستقبلي معلق على شرط فاسخ، حيث - غالباً - ما تنصب التجارة العادلة على منتجات زراعية كالبن والكافو والقطن والقمح..... وهي محاصيل مستقبلية تتعين في العقد، وعلى المنتج إيجادها من أجل نقل ملكيتها إلى المنظمة، وتعد تلك المحاصيل شيئاً معيناً بالذات، ويتم تسميته في العقد، وتحدد الأرض التي يتم زراعة تلك المحاصيل فيها وتكون المنظمة مالكة للمحصول تحت هذا الشرط الذي يتلخص بإيجاد المحصول وفق المعايير الصحية والبيئية والإنسانية وتثبت الملكية عند الحصاد^(٢٢). بينما يلتزم المنتج في إيجاد المحاصيل وفقاً للمعايير المتفق عليها، ويصبح التزامه بات نهائياً غير معرض للزوال، ويصبح حق المنظمة ثابتاً مستقراً. وينبغي على ذلك أن التصرفات التي رتبها المنظمة على المحاصيل أثناء التعليق صحيحة ومنجزة لآثارها القانونية.

وعليه فإن العلاقة بين المنتج ومنظمة التجارة العادلة توصف بعقد بيع معلق على شرط فاسخ.

(٢١) د. السنهوري، الوسيط، م ٤، ص ١٦٧. انظر أيضاً: د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج. الثاني، ١٩٩٦، ص ١٦١.

(٢٢) تنص المادة ٤٠٠ من القانون المدني الأردني على: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط" ولم يأخذ المشرع بالآثر الرجعي للشرط. انظر التفصيل: د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٢١٣. انظر أيضاً: د. عدنان السرحان، ص ١٠٨.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على العلاقة بين منظمة التجارة العادلة والمنتج

خلصنا في الفصل الأول إلى أن وصف العلاقة بين منظمة التجارة والمنتج هي بيع معلق على شرط فاسخ، هو تنفيذ المعايير التي تضعها المنظمة للمنتج، وعقد البيع هذا يتفق والقواعد العامة، خاصة من ناحية تعيين محل العقد و تحديد جنسه ونوعه وصفته ومقداره. ويصبح الطرفان على علم بالمبيع، ويمتد هذا العلم بعد ذلك للمستهلك الذي سوف يكون مطلعاً على ظروف الإنتاج من خلال العلامة التي يحملها المنتج، ويتميز هذا العلم عن تعيين المبيع من حيث كونه أشمل من المعرفة المتحققة بالتعيين، فالهدف من المعرفة تمييز المحاصيل عما سواها والإحاطة بخصائص تلك المحاصيل والصناعات، وبالتالي سوف يشمل تعيين المبيع ويغني عنه^(٢٣). ويترتب حكم عقد البيع في انتقال الملكية فور العقد، ولكن هذا الانتقال معلق على شرط وجود المحاصيل المتفق عليها في العقد لتثبت الملكية؛ لأن حق الملكية لا يقوم دون محله. لذا فإن الآثار التي يترتبها العقد المبرم بين المنظمة والمنتج هي بالإضافة إلى حكم عقد البيع وحقوقه والشروط التي تم الإتفاق عليها في العقد، وسوف نتناول بالوصف والتحليل الإلتزامات المميزة لهذا العقد على النحو التالي:

- ١ - الإلتزامات المنظمة بتقديم أسعار ثابتة تتناسب ومعيشة المنتج عيشاً كريماً.
 - ٢ - تقديم علامة تصديق التجارة العادلة لوضعها على المنتجات.
 - ٣ - تنفيذ التزامات المنظمة الناتجة عن عقد البيع.
- أما التزامات المنتج فتتلخص بـ:
- ١ - تنفيذ شروط علامة التصديق للتجارة العادلة.
 - ٢ - تنفيذ المعايير الأخلاقية والصحية التي تضعها المنظمة.
 - ٣ - التزام المنتج بالبيانات التجارية (علامة البضائع)
 - ٤ - تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن عقد البيع.

(٢٣) د. السنهوري، الوسيط، م٤، ص٢٢٥. أيضاً: د. سليمان مرقس، ص١٩٧. أيضاً: د. علي العبيدي، ص ١٠٤.

المطلب الأول التزامات منظمة التجارة العادلة

البند الأول - تقديم سعر محدد وعادل:

استمدت تسمية تجارة عادلة من هذا الإلتزام، وهو تقديم سعر عادل مقابل السلعة التي تحصل عليها المنظمة، ومعياري عدالة السعر هو أن الأساس الذي يقوم عليه الثمن الذي تقدمه المنظمة للمنتج مقابل المحاصيل والصناعات المتفق عليها في العقد هو سعر السوق العالمي والذي يتم التعامل بموجبه على ذات المفردات محل عقد البيع، مع مراعاة كلفة الإنتاج وما يكفي العائلة من معيشة تكفل مستوى معيشي جيد، وبهذا تضمن المنظمة تحقيق أرباحها التي تصبو إليها وتتمثل في جانبين:

الأول: جانب مادي وهو شراء المحاصيل من المنتج مباشرة وتقوم بتسويقها بنفسها وبذلك تتحكم بسعر السوق العالمي وتحقق الأرباح التي تحددها، ولتحقيق ذلك يتم باستمرار التعامل مع ذات المنتجين لفترات طويلة، لذا يتم التعبير عن العلاقة بينها وبين المنتج بالشراكة طويلة الأجل.

الثاني: جانب معنوي وهو نشر الأفكار الدينية والأخلاقية من خلال تعاملاتها مع المنتج خاصة وأن المنتج مر بفترات طويلة من الظلم والاضطهاد والفقر، فهي تقدم سعراً لم يقدمه غيرها من المشترين، وتقدمه كمنحة ابتداء قبل الإنتاج لتساعد المنتج في الحصول على المنتجات التي تريد وفقاً للسوق كالعسل والموز والكاكاو والبن... وبذلك يجد المنتج أن المنظمة هي اليد البيضاء التي مدت إليه العون كي يحيا حياة كريمة. إضافة إلى أن المستهلك ينجذب لتلك المنتجات التي قامت على مبادئ دينية وأخلاقية علاوة على أنها صحية.

ويجب تسمية الثمن في العقد ولا يكفي أن يكون معلوماً لأن الثمن يمكن تسميته دون أن يكون معلوماً كما لو حددت المنظمة الثمن بالدولار دون أن تبين مقداره، لذا فإن تعيين الثمن ضروري ويترتب على تخلفه بطلان عقد البيع؛ وذلك لأن تسمية الثمن لا تكفي لإزالة الجهالة الفاحشة، كما لو اتفق الطرفان على أن رطلاً أو طناً دون أن يسمياه^(٢٤)، ووقت تسميته وتعيينه يتم عند البيع ببيان مقداره وجنسه ووصفه.

(٢٤) د. سليمان مرقس، ص ٢١٩. أيضاً: د. محمد الزعبي: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ط ١، ١٩٩٣، ص ١٦٨-١٦٩.

وهذا يتم فعلاً في عقد التجارة العادلة كأن يتم تسليم الثمن للمنتج - إن لم يكن كاملاً فجزء منه - لتسهيل عمله في إنتاج المحاصيل، وتعيين الثمن يتم وفق سعر السوق ويقصد بالسوق محل أو مكان يحصل فيه العرض والطلب على نطاق واسع، وطالما كانت منظمة التجارة العادلة لها نشاطات في دول كثيرة فيتم تحديد السعر وفقاً لسعر البورصة العالمية، والاتفاقات العديدة مع المنتجين في مختلف أنحاء العالم تجعلها قادرة على تثبيت سعر المنتج عند حد معين ولسنوات عديدة.

- البند الثاني - تقديم المنظمة علامة تصديق التجارة العادلة:

تلتزم منظمة التجارة العادلة بتقديم علامة التصديق الخاصة بالمنظمة ولصقتها على المحاصيل محل العقد بين المنظمة والمنتج لغرض تمييز المحاصيل والمنتجات اليدوية عما يشتهر بها من منتجات منافسة أخرى، تقرر من خلالها المنظمة أن الإنتاج خضع لمعايير صحية وبيئية وإنسانية، وتتميز هذه العلامة عن الاسم التجاري للمنظمة الذي يهدف إلى تمييز المشروع عن غيره من ذات الطبيعة، وتمارس المنظمة العمل التجاري على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع وفق أصول التجارة التاريخية والواقعية المتمثلة بمبادئ الدين والأخلاق، وتنشأ الحماية القانونية للعلامة منذ إيداعها للتسجيل، ويمكن للمشروع أن يمتلك عدة علامات وتحمي جميعها بنوعين من القواعد:

الأولى: قواعد التقليد.

الثانية: قواعد المنافسة غير المشروعة خاصة إذا كانت العلامة مقترنة بالإسم التجاري لضمان الحماية.

* شروط منح علامة تصديق التجارة العادلة الدولية أو علامة التجارة العادلة:

كي يستطيع المنتج استعمال علامة التصديق الدولية، والتي تقرر من خلالها المنظمة بأن الإنتاج يخضع من الحث إلى الزراعة والسقي والحصاد إلى معايير بيئية وصحية وإنسانية، لابد من شروط هي:

- ١ - يجب أن يخضع عمل المنتج لفحص وتفتيش منظمات الفحص والتفتيش الخاصة للتأكد من تطبيق المعايير الدولية.
- ٢ - يجب أن تزرع المحاصيل وتحصد وفقاً للمعايير الدولية التي حددتها منظمة التجارة العادلة (flo international).
- ٣ - تطبيق المبادئ الدولية مثل تلك التي تحظر عمل الأطفال والعبيد وضمان بيئة آمنة

والإلتزام بميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، بما فيها تغطية السعر العادل لتكلفة الإنتاج والمساعدة على التنمية الاجتماعية، وحماية البيئة والمحافظة عليها^(٢٥).

ونجد إن علامة التجارة العادلة تتضمن علامة تجارية جماعية^(٢٦)، يستعملها شخص اعتباري لتحديد مصدر بضائع ليست من صنعه، إضافة إلى أنها علامة مشروع شاع استعمالها حديثاً في أوروبا. الهدف الرئيسي منها ليس تمييز بضاعة معينة بل إبراز مشروع تجاري مقارنة مع منافسيه. وتظهر هذه العلامة من خلال الشعار، ولا تختلف عن علامة البضائع لكنها محل الإسم التجاري للمشروع^(٢٧). وتحتل العلامة أهمية في النشاط التجاري، فمن الناحية الاجتماعية تهدف إلى حماية المستهلك من الغش والخداع في نوعية البضاعة ومنشئها، كما تهدف إلى تحسين النوعية وحماية الإقتصاد الوطني من خلال ضمان جودة البضاعة، وتحديد مصدر المنتجات الحقيقي وحمايته من المنافسة غير المشروعة، إن الأهمية الإقتصادية لها دلالة واضحة على مستوى تطور الإقتصاد حديثاً. وتخلق الإعلانات التجارية حالة نفسية للمستهلك، فهو لا يشتري المنتجات إلا إذا كانت تحمل علامة معينة يثق بها ويعرف مضمونها، وعلامة التجارة العادلة مال منقول معنوي ذو طبيعة خاصة، والحق الناشئ عنها حق عيني ممتثل باستغلالها لمدة عشر سنوات قابلة للتجديد، وتتمتع بحماية وطنية ودولية نظراً لتسجيلها في كل دولة تتعامل معها بالإضافة إلى محل المنظمة.

ولكن هل يجب على المنظمة منح العلامة للمنتج؟ وما هي الآثار التي تترتب على ذلك؟

الأصل أن استعمال العلامة أمر اختياري، ويصبح إلزامياً إما بالاتفاق أو بنص القانون لحماية النظام العام، مثل اشتراط وجود علامة على المياه والأدوية والمواد الغذائية والمحاصيل خاصة بعد انتشار الأوبئة والأمراض عبر تلك المحاصيل، فهذه العلامة لا تهدف فقط إلى جذب المستهلك إنما أيضاً تشكل علامة تحذير ضد

(٢٥) موقع على الإنترنت: www.kenammline.com.

(٢٦) العلامة التجارية الجماعية عرفها الشرع الأردني في المادة الثانية من قانون العلامة التجارية الأردنية لسنة ١٩٩٩م، بأنها: ((العلامة التي يستعملها شخص اعتباري لتحديد مصدر بضائع ليست من صنعه أو المواد المصنوعة منها أو جودتها أو طريقة إنتاجها أو الدقة المتبعة في صنعه أو غير ذلك من مميزات وخصائص تلك البضائع)).

(٢٧) د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، عمان، ط ٢٠٠٥، ص ٢٦٩.

المخاطر التي تلحق الإنسان والبيئة على حد سواء، لذا فإن استعمال علامة التجارة العادلة هو لإخبار المستهلك بأن المحاصيل والمنتجات اليدوية التي يستهلكها خاضعة لمعايير صحية وأخلاقية، وبهذا فإن المنظمة من خلال العلامة تشير إلى أدائها واجباً دينياً واجتماعياً يتعلق بالمنتج وعائلته ومجتمعه والنهوض بهم من الفقر والمرض من خلال شراء منتجاتهم بأسعار عادلة ترفع المستوى المعاشي لهم وبنفس الوقت المحافظة على البيئة وصحة الإنسان وكرامته وأبعاده عن الإستغلال والإستعباد في نطاق العمل، فالعلامة تخلق الطمأنينة في قلب المستهلك و تجذبه على أسس أخلاقية وتذكره بهذه المبادئ التي قد يكون نسي اتباعها في بعض سلوكياته.

ويترتب على المنظمة مراقبة المنتج والتفتيش عليه للتأكد من تطبيق دلالات العلامة تطبيقاً واقعياً يطمئن إليه المستهلك، كذلك تساعد العلامة على تسويق المنتجات بسهولة وسرعة.

البند الثالث - تنفيذ المنظمة للالتزامات الناتجة عن عقد البيع:

تتمثل التزامات المنظمة كمشتري للمحاصيل - التي يعمل المنتج على إنتاجها من مزارعه أو الأعمال اليدوية التي يقوم بتصنيعها - بأداء الثمن من حيث تحديد زمان استحقاقه معجلاً أو مؤجلاً أو مقسماً على دفعات معينة^(٢٨) تبدأ من تاريخ تسلم المبيع، أو ربما بمجرد الاتفاق لمساعدة المنتج على توفير مستلزمات الإنتاج من بذور وأدوات زراعية... أما فيما يتعلق بتبعية الهلاك فتبدو في حالات هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم، إما بسبب أجنبي أو بفعل المنظمة أو بفعل الغير، وفي كلا الحالتين الأخيرتين لا يسأل المنتج (البائع) عن هذا الهلاك، فإذا حدث الهلاك قبل التسليم بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه (المنظمة والمنتج) انفسخ العقد واستردت المنظمة الثمن، وإذا تلف بعض المحصول فالمنظمة بالاختيار إما الفسخ أو أخذ مقدار الباقي بحصته من الثمن^(٢٩).

وهذا يطابق القواعد العامة^(٣٠) التي نصت ((في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل الإلتزام مستحيلاً انقضض معه الإلتزام المقابل له وانفسخ العقد

(٢٨) تنص المادة ٤٨٣ من قانون المدني الأردني على أن: ((الثمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارض على أن يكون مؤجلاً أو مقسماً لأجل معلوم)). انظر التفصيل: د. سليمان مرقس، ص ٢٢٦.

(٢٩) نص المادة (٥٠٠) مدني أردني.

(٣٠) المادة (٢٤٧) مدني أردني.

من تلقاء نفسه، فإذا كانت الإستحالة جزئية انقض ما يقابل الجزء المستحيل، ومثل الإستحالة الجزئية الإستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين)) وبهذا يتضح من تلك النصوص أن الذي يتحمل تبعه الهلاك الكلية أو الجزئية للبيع هو المنتج أو الحرفي في العلاقة القائمة في ظل التجارة العادلة - قبل التسليم وبسبب أجنبي.

أما هلاك المبيع بفعل المشتري (المنظمة) وقبل التسلم أو تلف بعضه بفعلها، اعتبرت قابضة للمبيع ولزمها الثمن، وإذا كان للمنتج حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ تضمن له المنظمة قيمته وتملك ما بقي منه^(٣١)، خلال المدة، وإذا اختار فسخ العقد يلزم إعادة الحال على ما كان عليه وتلزم المنظمة برد قيمته لأنه من القيمات، كون تلك المنتجات تخضع لما لا تخضع له مثيلاتها من معايير، وتعد قيمة المبيع تعويض لتعذر رد المبيع وهذا تطبيق للمادة (٢٤٨) مدني أردني^(٣٢)، أما هلاك المبيع بفعل الغير، فيكون للمنظمة الخيار إن شاءت فسخت عقد البيع وإلا أجازته ورجعت على الغير الذي أُلّف المبيع بالتعويض، وإذا أُلّف بعض المبيع كان للمنظمة (المشتري) الخيار بين:

- أ - فسخ العقد.
- ب - أخذ الباقي بحصته من الثمن وفسخ البيع فيما تلف.
- ج - إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على محدث الضرر بضمان ما أُلّفه^(٣٣). وتجدر الملاحظة إلى أن عقد البيع بين المنتج ومنظمة التجارة العادلة يرد على بيع مستقبلي وهو عقد يرتب كافة الإلتزامات على طرفيه^(٣٤). إلا أن انتقال ملكية المبيع لا تتم إلا بعد تحقق وجود المحصول وفقاً للمعايير الدولية. ويترتب على ذلك نفاذ التصرفات التي تجريها المنظمة على المحصول قبل اكتمال وجوده.

(٣١) م ٥-١ مدني أردني.

(٣٢) تنص المادة ٢٤٨ مدني أردني على: ((إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض)).

(٣٣) نص م ٥٠٢ مدني أردني.

(٣٤) د. سليمان مرقس، ص ٣٥٣. انظر: د. محمد الزعبي، ص ٢٢٠. د. عدنان السرحان، ص ١٠٨.

المطلب الثاني التزامات المنتج

البند الأول - التزام المنتج بتنفيذ شروط علامة التصديق الدولية:

إن علامة التصديق التي يستعملها الشخص الإعتباري لتحديد مصدر بضائع ليست من صناعته أو المواد المصنوعة منها أو جودتها أو طريقة إنتاجها أو الدقة المنتجة في صنعها أو غير ذلك من مميزات وخصائص تلك البضاعة^(٣٥) تسمى بالعلامة الجماعية، وتلك العلامة تعطي هذا المعنى بين المنظمة والمستهلك، أما في العلاقة بين المنظمة والمنتج فنجد أن المنظمة تلتزم بمنح هذه العلامة للمنتج من أجل سرعة تسويق منتجاته وكسب ثقة المستهلك للدوام على استعمال تلك المنتجات المناسبة للصحة والبيئة. وبالمقابل إن المنتج يلتزم في مواجهة المنظمة أن يطبق شروط الجودة وطريقة الإنتاج أو أي مميزات تتعلق بالمنتجات والتي تحرص عليها المنظمة، وبذلك تكون العلاقة بين المنتج والمنظمة والمستهلك قائمة على أساس قانوني هو الإشتراط لمصلحة الغير.

فالعقد المبرم بين المنظمة (المشتري) والمنتج (المتعهد):

يلتزم بمقتضاه المنتج (المتعهد) بتطبيق معايير الصحة والأخلاق في علاقات العمل ليصل بالمحاصيل التي تمثل حقاً عينياً لمصلحة المستهلك وهم (المنتفعون)، فالعقد في الحقيقة يترتب بين المنظمة (المشتري) والمنتج (المتعهد) دون أن يكون المستهلكون طرفاً فيه إلا أنهم يكتسبون من هذا العقد حقاً مباشراً في مواجهة المنتج (المتعهد)، وبذلك نجد أن شروط انطباق قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير^(٣٦) متوافرة من حيث توافر الشروط العامة للعقد، وأن يتم التعاقد باسم المشتري (المنظمة) لا باسم المنتفع (المستهلك)، وأن تنصرف نية المتعاقدين (المنظمة والمنتج) إلى تقرير حق مباشر للمنتج يتلقاه من العقد دون أن يكون طرفاً فيه، وأن تكون للمشتري (المنظمة) مصلحة شخصية في الإشتراط لمصلحة المنتفع (المستهلك) وهذه المصلحة ليست بالضرورة مادية، يمكن أن تكون أدبية، وتتمثل بتعهده بأن المنتجات

(٣٥) عرف المشرع العلامة التجارية الجماعية في المادة (٢) من قانون العلامة التجارية رقم لسنة ١٩٩٩.

(٣٦) انظر: د. السنهوري، نظرية العقد، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٨٩٨. انظر أيضاً: د. عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية)، مركز حماة للطباعة، إربد - الأردن، ١٩٩٧م، ص ٢٨٣ وما بعدها.

التي يستهلكها ملائمة للصحة والبيئة وتحقق معتقدات المستهلك الدينية والإنسانية، من كون أن المنتج لم يستغل في إنتاجها الأطفال والضعفاء، وتمت لمساعدة الفقراء، وهذه الأمور قد تحقق حاجات معنوية للمستهلك أكبر من حاجاته المادية.

* أما الآثار التي تترتب بين المنظمة كمشتروط والمنتج كمتعهد فتكون

في آثار عقد البيع المبرم بينهما وهو من عقود المعاوضة يترتب بموجبه على المنظمة دفع ثمن المنتجات سواء أكانت محاصيل زراعية أم صناعية أم يدوية، على أن يطبق المنتج المعايير الصحية والبيئية والإنسانية في إنتاجه، وفي المقابل تبقى المنظمة (كمشتروط) دائناً للمتعهد (المنتج) بتنفيذ هذه المعايير حتى بعد قبول المستهلك (المنتفع) من خلال إقباله على شراء المنتجات التي تحمل العلامة التجارية العادلة، ويبقى للمنظمة أن ترفع دعوى للمطالبة بتنفيذ الشروط والمعايير جبراً على المنتج؛ لتحقيق ربح مادي ومصلحة أدبية تتمثل في تحقيق المبادئ الدينية والأخلاقية التي تعهدت بها.

* أما آثار العلاقة بين المنظمة (كمشتروط) والمنفع وهو المستهلك

فالمنظمة طرف في العقد مع المنتج، أما المستهلك فهو ليس كذلك، وتتواجد بينهما رابطة عقد عندما تباع المنظمة المنتجات للمستهلك عليها علامة التصديق التي تتضمن المعنى الذي يسعى من أجله المستهلك وهو مطابقة المنتج للشروط الصحية والبيئية والإنسانية، وقام المستهلك بالشراء على هذا الأساس فتسري على العلاقة القواعد الخاصة بالوفاء^(٣٧).

* وبالنسبة لآثار العلاقة بين المنتج (المتعهد) والمنفع المستهلك

فتظهر خصوصيتها من حيث إن المستهلك من الغير ورغم ذلك يكتسب حقاً مباشراً قبل المنتج بتنفيذ المعايير الصحية والإنسانية، ويستطيع أن يطالبه بالوفاء بتعهداته تلك، ويكون للمنتج أن يتمسك قبل المستهلك بالدفع التي تنشأ عن العقد^(٣٨).

البند الثاني - تنفيذ المعايير الصحية والأخلاقية التي وضعتها المنظمة:

من أهم ما يميز العلاقة بين المنظمة والمنتج هو اتباع الشروط البيئية والصحية وقانون العمل وحقوق الإنسان في طريقة الإنتاج، ويعتمد في تنفيذ العقد على تحقيق هذه الأمور، فالوقت الذي يجب أن يلتزم به المنتج في تحقيق تلك الشروط هي من

(٣٧) انظر: د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص ٦٧٩. انظر أيضاً: د. أنور سلطان، ص ٢٨. أيضاً:

د. عدنان السرحان و د. نوري حمد خاطر، (المصادر) ص ٢٨٧.

(٣٨) هذا نص المادة (٢١٠ ف ٢) من القانون الأردني.

بداية العقد، فيجب عليه ألا يستعمل الأسمدة الكيميائية والمبيدات المضرة بالبيئة، ويلجأ إلى طرق بديلة صديقة للبيئة مثل الأسمدة العضوية وطرق مكافحة التي لا تلحق أضراراً بيئية، والتي تساعد المنظمة في توفيرها. وفي الواقع إن منظمة التجارة العادلة هي مؤسسة ذات شخصية اعتبارية تمارس العمل التجاري ملتزمة بمبادئ الدين والأخلاق التي تقوم عليها التجارة أصلاً، وتهدف إلى توسيعها في المجتمع، من جهة أخرى إن المنتج هو في الحقيقة إما مزارع أو صاحب ورشة صناعات يدوية بسيطة، وبالتالي فهو غير تاجر، وشخص من أشخاص القانون المدني، والأهم من ذلك كونه مزارع لا يسري عليه قانون العمل الأردني رقم (٦) لسنة ١٩٩٦، وقد استثنت المادة (٣) من القانون فئات العمال الذين يعملون في الزراعة، وبموجب نظام^(٣٩) فئات عمال الزراعة أدخل المشرع بعضاً منهم في نطاق سريان القانون عليهم، والمشمولون هم:

- أ - المهندس الزراعي.
- ب - الطبيب البيطري.
- ج - عامل الزراعة في المؤسسات الحكومية والمؤسسات الرسمية العامة بأجور يومية.
- د - العامل الفني على الآلات الزراعية.
- هـ - العامل الفني في الأماكن الآتية:
 - ١ - مشاتل الأشجار المثمرة ونباتات الزينة والخضار ومزارع أزهار القطف وإنتاج الأشغال بالأنسجة وإنتاج البذور والتقاوي.
 - ٢ - مفرخات الدواجن وتربية الأبقار والأغنام والتلقيح الصناعي.
 - ٣ - مزارع تربية الأسماك.
 - ٤ - مزارع تربية النحل.

أما باقي الفئات من المزارعين فهم غير مشمولين بأحكام قانون العمل، على أساس أن العلاقات الزراعية بين عمال الزراعة وصاحب المزرعة تنظمها الأعراف المستمدة في المجتمع، وأن قانون العمل نشأ أصلاً ليحكم علاقات العمل في المؤسسات الصناعية، فلا بد من تخفيف الأعباء المالية على أصحاب المزارع في القطاع الزراعي الذي يعتمد في الغالب على الأمطار الموسمية والعوامل الجوية التي قد لا تسمح لصاحب المزرعة بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه قانون العمل، وإذا

(٣٩) صدر هذا النظام تحت رقم ٤ لسنة ٢٠٠٣، ونشر في العدد ٤٥٨١ من الجريدة الرسمية الأردنية في ١٦/١/٢٠٠٣م.

كان هذا موقف المشرع الأردني لتشجيع الزراعة واستغلال الأراضي وتجنّب أصحاب المزارع للالتزامات المالية بالوقت الذي تحتاج الزراعة إلى وقت لطرح الإنتاج، فإن تطور الزراعة ووسائلها واختلاف ظروف العمل وتوسع المزارع، حيث أصبحت تضم أعداداً كبيرة من العمال بصورة منتظمة، فلا بد من حماية تشريعية تشمل جميع فئات عمال الزراعة وليس فئة معينة^(٤٠).

ولذا كان لا بد من تطبيق مبادئ حقوق الإنسان لتسوية هذا الأمر إذا ما كان التشريع مقصوداً على التطبيق، وقد تبلورت هذه المبادئ وأخذت حيزها في التطبيق بعد التطور التكنولوجي، وأصبحت البيئة الملوثة تهدد المجتمعات الإنسانية بكارث كبيرة، وأصبحت حماية البيئة من موضوعات القانون الدولي الحديث، ورغم حداثة الموضوع فهو يعد من مبادئ حقوق الإنسان؛ لأن حماية البيئة تعد الإطار العام لحقوق الإنسان والمحافظة على حياته وعدم انتشار الأمراض، كما يتم المحافظة على النظم الطبيعية واستغلالها على نحو يضمن استمرار العمل وفق التوازن الطبيعي للموارد، وكان دور الأمم المتحدة فعالاً من خلال العديد من المعاهدات التي أبرمتها لحماية الموارد الحيوانية والبحرية والبرية، ومن هذه الإتفاقيات:

١ - الإلتزام الدولي حول الموارد الوراثية للنباتات المعقودة برعاية منظمة التغذية والزراعة في روما ١٩٨٣.

٢ - اتفاقية التنوع البيولوجي في ريودي جانيرو ١٩٩٢.

٣ - مدونة السلوك الدولية حول توزيع المبيدات واستعمالها برعاية منظمة التغذية والزراعة المعقودة في روما ١٩٨٥^(٤١).

واتسع نطاق القانون الدولي للبيئة منذ نهاية الثمانينيات في ضوء صياغة حلف سنة ١٩٩٤ يشكل قاعدة لتقنين شامل للأحكام العرفية في إطار منظمة الأمم المتحدة، ولم يتوقف الأمر عند البيئة إنما تعداها إلى الإنسان نفسه وخاصة تشغيل الأطفال في المزارع والصناعات اليدوية، وقد أوجبت اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩ الخاصة بالأمم المتحدة على ضرورة حماية الطفل من الإستغلال الإقتصادي ومن أداء عمل خطير أو إعاقة تعليمه أو الإضرار بصحته العقلية والبدنية والروحية والإجتماعية^(٤٢)، وقد طبق هذا المبدأ في التشريعات الداخلية للدول من خلال تحديد

(٤٠) د. غالب الداودي، ص ٥٤-٥٥.

(٤١) د. سهيل الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة، عمان، ط ٢٠١٠، ص ٩٢.

(٤٢) م ٣٢ من اتفاقية حقوق الطفل، ١٩٨٩.

عمر الحدث في مجال التدريب والعمل وتحديد ساعات العمل وظروفه فيما يتعلق في غير مجالات الزراعة ووضع عقوبات لضمان تنفيذ ذلك^(٤٣).

البند الثالث - التزام المنتج بالبيانات التجارية (علامة البضائع):

يعرف البيان التجاري بأنه: "كل إيضاح يتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمنتجات والسلع بغرض بيان.. مواد تركيبها وخصائصها"^(٤٤). وهو بيان يضعه المنتج على منتجاته لإيضاح نوعها ومصدرها وطريقة إنتاجها، تهدف إلى حماية المستهلك من التضليل وإطلاعه على مكونات البضاعة، وحماية المنافسة التجارية المشروعة للمنظمة، فالبيان التجاري يحقق نوعاً من الرقابة على البضائع التي يتم تداولها في السوق، وقد تناولها المشرع الأردني بقانون علامة البضائع رقم (١٩) لسنة ١٩٩٣، وتناولتها اتفاقية مدريد (١٨٩١)، إلى جانب المؤشر الجغرافي، ولا يعد البيان التجاري ملزماً للمنتج أو للمنظمة في وضعه على المنتجات، فهو مخير في ذلك إلا إذا كانت منتجاته متعلقة بالصحة العامة، فتفرضها قوانين حماية الصحة العامة وقواعد حماية المستهلك، وكذلك القوانين الجمركية باعتبارها شرطاً من شروط استيراد البضائع خاصة في الدول التي تفرض رسوماً على البضائع المستوردة، ولم يحدد المشرع الأردني طريقة معينة يلتزم بها المنتج أو المنظمة كموزع للمنتجات في وضع البيان التجاري (علامة البضائع)، فقد توضع على ذات البضائع أو في الفواتير أو على الغلاف الخارجي للبضائع أو في الدعاية والإعلان أو في المحلات التجارية. والشرط الأساسي لحماية البيان التجاري هو أن يكون وصفه حقيقياً من حيث مكان الإنتاج والمواد المستخدمة في الإنتاج.. ولا يشكل البيان التجاري حقاً من حقوق الملكية التجارية بل هو بيان يرد على البضائع لا يفرضه القانون، ولكن إذا ورد يجب أن يكون حقيقياً ودقيقاً، حماية للمنافسة المشروعة وللمستهلك، ولتحقيق رقابة فعالة على تداول تلك المنتجات داخل الدولة، فالبيان لا يمنح المنظمة احتكاراً أو حق ملكية، ولا يمنع منظمة أخرى أو تاجراً آخر من استخدام ذات البيانات على بضائعه إذا كانت تحتوي ذات المواصفات، ويرتب قانون علامة البضائع الأردني عقوبات تصل إلى الحبس والغرامة في حالة البيانات غير الحقيقية، لذا على المنتج أن يكون دقيقاً وأن تكون البيانات التي يضعها أو يدلي بها للمنظمة حقيقية، حتى يجنب المنظمة المسؤولية الجزائية والمدنية، وإلا يعد شريكاً في كلا المسؤولين وبالتضامن^(٤٥).

(٤٣) د. سهيل الفتلاوي، ص ٢٣٠-٢٣١.

(٤٤) د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٧٢.

(٤٥) د. نوري حمد خاطر، ص ٣٧٤.

البند الرابع - تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن عقد البيع:

عقد البيع المبرم بين المنظمة والمنتج - كما لاحظنا سلفاً - عقد بيع معلق على شرط فاسخ، وهو زراعة وحصاد المحصول في موسمها المناسب وفقاً للمعايير المتفق عليها، أو تسليم وحدات الإنتاج المتفق عليه من بضائع مصنوعة يدوياً في الزمان والمكان المحددين في العقد، وقد اتبعت في تصنيعها ذات المعايير المعينة، ولا يكفي ذلك إنما يلتزم أيضاً المنتج (البائع) بما يلتزم به أي بائع آخر^(٤٦)، وعليه يتمتع المنتج ويمنع أي تعرض للمنظمة سواء أكان مادياً صادراً منه أم تعرضاً قانونياً من الغير، وأخفق المنتج في دفعه، فيتربط على ذلك استحقاق المبيع للغير، ويجب على المنتج بوصفه البائع تعويض المنظمة عن ذلك، ويمكن أن يحصل التعرض والاستحقاق من الغير إذا استغل المنتج أرض الغير للزراعة أو استعمل بذوره أو أدواته في ذلك الغرض^(٤٧). ولم يتوقف الأمر على التعرض والاستحقاق إنما يلتزم المنتج كونه البائع بضمان العيوب الخفية، وذلك من خلال توفير منتجات صالحة للانتفاع بها، ولا يحدث خللاً في منفعة المبيع. والسؤال هو إذا لم يطبق المنتج المعايير الدولية المطلوبة في الإنتاج، هل يؤثر على منفعة المبيع؟ وهل يعد ذلك عيباً خفياً؟ سبق وأن تناولنا أن عقد البيع بين المنتج والمنظمة معلق على شرط فاسخ وهو تطبيق المعايير الصحية والبيئية والإنسانية لتحقيق الإنتاج، ويعد هذا التزام مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحقق الشرط^(٤٨). وهو أمر عارض تضيفه الإرادة إلى التزام استكمال كل العناصر التي يستلزمها القانون^(٤٩). بينما خيار العيب يثبت في العقد دون حاجة إلى اشتراطه صراحة، لأن السلامة مشروطة في العقد دلالة فإذا لم يسلم المبيع منها لا يلزم البيع، وتعد من مقتضيات العقد^(٥٠). أما عن شروط العيب فلا يمكن تصورها في المنتجات محل التجارة العادلة؛ لأن عدم تطبيق المعايير شرط يفسخ عليه العقد وليس عيباً يتعلق بسلامة المحاصيل منه.

(٤٦) انظر: التزامات البائع المادة (٤٨٨) من القانون المدني الأردني، التفصيل: د. سليمان مرقس، ص ٣٥٠. أيضاً: د. محمد الزعبي، ص ٢٢٠.

(٤٧) د. سليمان مرقس، العقود المسماة، ص ٥١٣. أيضاً: د. علي العبيدي، ص ١٠٩ وما بعدها.

(٤٨) نص المادة ٣٩٣ من القانون المدني الأردني.

(٤٩) د. عبد المجيد الحكيم والبكري والبشير، ص ١٦٢. أيضاً: د. أنور سلطان، ص ٢٢٤. ود. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ١٣٦.

(٥٠) د. عدنان السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الإلتزام، ص ٢٣٨.

الخاتمة:

ذاع مصطلح التجارة العادلة حديثاً وهو نشاط استمدت فكرته من أصول تاريخية تعود إلى نشر الأديان في البلاد البعيدة، فقد اعتمد التجار المسلمين حسن التعامل واستعمال مبادئ الدين الإسلامي في تعاملاتهم مع تجار الشرق ومنغوليا.. وازدهرت التجارة واتسع التبادل التجاري والأفكار جنباً إلى جنب، وهذا ما حمل منظمات التجارة العادلة إلى اعتماد ذات الفكرة في نشر مبادئ العولمة والأفكار التي تؤمن بها تلك المنظمات بالتعامل مع منتجين فقراء يستجيبون إلى كل ما يجذوه منقذاً لهم، أما من جهة المنظمة فالعلاقة التي تقيمها مع المنتج طويلة الأجل تخلق استقراراً بالأسعار على مستوى المنتج والسوق في آن واحد، لذا نجد أن التجارة العادلة ما هي إلا:

١ - نشاط تجاري تمارسه منظمات متخصصة بالتجارة الدولية، وتخلط مع مفاهيم التجارة المبادئ والقيم الإنسانية التي في الحقيقة هي عماد التجارة والعنصر الفعال بها، هذا النشاط قوامه الإستمرارية، حيث يوجد نوع من الإستقرار في الأسعار وفي الحالة المعيشية للمنتج.

٢ - يتم ممارسة منظمة التجارة العادلة لهذا النشاط بصيغة التداول والمضاربة والمشروع.

٣ - يقوم نشاط منظمة التجارة العادلة على أساس عقد بيع معلق على شرط فاسخ هو تطبيق المعايير الصحية والإنسانية للوصول إلى المحاصيل الزراعية والصناعات اليدوية المتفق عليها، وتحمل تلك المنتجات ما يؤيد أنها تمت وفقاً لتلك المعايير المذكورة، بواسطة علامة التصديق الدولية التي تهدف إلى إبراز المشروع الدولي وهو التجارة العادلة، فهي تجمع بين العلامة التجارية والإسم التجاري، مما يوجد نوعاً من الحماية للمستهلك من الغش والخداع في نوعية المحاصيل أو الصناعات اليدوية ومنشئها، كما تهدف إلى تحسين نوعية المنتجات وضمان جودتها.

٤ - أن عقد التجارة العادلة يتجدد بشكل دوري، وهذا ما يعبر عنه بالشراكة طويلة الأجل، هذه الشراكة لها مفهوم اقتصادي أكثر منه قانوني، فهو يخلق استقراراً على الأسعار لفترة طويلة نسبياً من جهة، ويوفر الإستقرار الإقتصادي للمنتج من جهة أخرى.

٥ - أن نشاط التجارة العادلة في إيجاد سلع وبضائع وفق معايير صحية وبيئية ودينية تتمثل في مساعدة الفقراء على العيش الكريم يوجد شريحة من الزبائن لترويج السلع محل هذه التجارة تنافس مثيلاتها في الأسواق الدولية، وهؤلاء الزبائن يجدون نوعاً من إشباع حاجات معنوية لذاتهم في كونهم يساعدون الفقراء

ويحمون البيئة في إقبالهم على شراء تلك المنتجات، إضافة إلى تحقيق مصالحهم في استعمال منتج صحي.

٦ - نجد أخيراً أن وسائل العولمة عديدة ومتنوعة وأصبحت تدخل في الجوانب المادية والمعنوية في حياة الإنسان، وتعد التجارة الوسيلة الأكثر فاعلية في نشرها.