

جامعة الفلوجة

كلية القانون



# مجلة الباحث للعلوم القانونية

## مجلة علمية محكمة

المجلد: الرابع - العدد: الأول - الجزء (٢) - آب/اغسطس - السنة: ٢٠٢٣

ISSN: 2706-5960

E-ISSN: 2706-5979

رقم الايداع (2409)





جامعة الفلوجة

كلية القانون

## مجلة الباحث للعلوم القانونية

المجلد الرابع/العدد (١) الجزء (٢)/ آب - السنة ٢٠٢٣

ISSN(PRINT) : 2706-5960

ISSN(ONLINE) : 2706-5979

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (٢٤٠٩) لسنة ٢٠٢٠



## مجلة الباحث للعلوم القانونية

مجلة علمية محكمة، تنشر أبحاثاً متخصصة في علم القانون وفروعه،  
وتصدر بشكل نصف سنوي عن كلية القانون - جامعة الفلوجة، في شهر  
حزيران وشهر كانون الأول من كل عام.

ISSN(PRINT) : 2706-5960

ISSN(ONLINE) : 2706-5979

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (٢٤٠٩) لسنة ٢٠٢٠

**العنوان:**

جمهورية العراق، الأنبار، جامعة الفلوجة، كلية القانون، مجلة الباحث للعلوم  
القانونية

**البريد الإلكتروني:**

[jrls@uofallujah.edu.iq](mailto:jrls@uofallujah.edu.iq)

**بريد المراسلة:**

[law.journal@uofallujah.edu.iq](mailto:law.journal@uofallujah.edu.iq)

**بريد الدعم الفني:**

<https://uofjls.net>

**الموقع الإلكتروني للمجلة:**

**الاشتراك بالمجلة:**

يحدد الاشتراك السنوي في المجلة لداخل العراق وخارجه على أساس (٥٠٠,٠٠٠) خمسون ألف دينار عراقي للمؤسسات والأشخاص داخل العراق، و(١٠٠\$) مئة دولار للمؤسسات والأشخاص خارج العراق.

## هيئة تحرير المجلة

رئيس التحرير:

أ. د. رائد ناجي احمد

أعضاء هيئة التحرير:

اسم التدريسي	جهة الانتساب
أ.د. سعد حسين عبد الحلبوسي	كلية القانون جامعة الفلوجة- العراق
Pr.Jean-François Riffard	France / Ecole de droit UCA/droit privé
أ.د. محمد حسن علي القاسمي	كلية القانون / جامعة الإمارات/ الإمارات
أ. د. عادل ناصر حسين	كلية القانون / جامعة الفلوجة- العراق
أ.د. ميساء سعيد موسى	كلية القانون / جامعة ال البيت- الأردن
أ. د. سليمان براك دايع	كلية القانون جامعة الفلوجة- العراق
أ.د. خلفي عبد الرحمن	كلية القانون / جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية/ الجزائر
أ. د. صدام فيصل كوكز	كلية القانون جامعة الفلوجة- العراق
أ. د. خالد رشيد علي	كلية القانون / جامعة الفلوجة- العراق
أ.د. مصطفى المتولي قنديل	كلية القانون/جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا/ الإمارات
أ.د. احمد خلف الدخيل	كلية الحقوق/ جامعة تكريت - العراق
أ.د. وسن قاسم غني	كلية القانون جامعة بابل- العراق
أ.د. بشير جمعة عبد الجبار	كلية القانون والعلوم السياسية الجامعة العراقية - العراق
أ. د. محمد جواد زيدان	كلية القانون/ جامعة الفلوجة-العراق
أ.م. د. محمد خليل يوسف ابو بكر	كلية الحقوق/ جامعة الزيتونة /الأردن-
أ. م. د. نافع بحر سلطان	كلية القانون/ جامعة الفلوجة- العراق
أ.م.د. أسماعيل فاضل حلواص	كلية القانون/ جامعة الفلوجة- العراق
أ.م.د. عمر عبد الكريم جاسم	حوسبة سحابية / جامعة الفلوجة- العراق

مدير التحرير:

أ.د. زياد طارق جاسم

المدقق اللغوي:

أ.د. عمر علي محمد (مدقق لغة عربية)  
أ.م.د. خالد حمد فياض (مدقق لغة انكليزية)

الإشراف والتدقيق الفني:

م.م. حسام الدين فيصل كوكز      مسؤول الموقع الإلكتروني للمجلة  
م. ثائر حامد عواد      مسؤول فحص الاستلال الإلكتروني

## اهداف المجلة وضوابط النشر ودليل المؤلفين

### اولاً: هدف المجلة:

- 1- نشر الأبحاث العلمية في مختلف التخصصات القانونية، والتعليق على القرارات القضائية والمقالات التي تهدف إلى نشر الثقافة القانونية.
- 2- مد جسور المعرفة العلمية وتعزيز التواصل المعرفي بين كليات القانون بمختلف في الجامعات المناظرة، في الداخل والخارج.
- 3- نشر الثقافة القانونية في المجتمع من خلال إتاحة المجلة بطبعتها الورقية والرقمية وتوزيعها مقابل مبالغ رمزية.

### ثانياً: سياسة المجلة

#### (١) التقويم العلمي للأبحاث:

١. يتم النشر في هذه المجلة بعد تقويم البحث علمياً من قبل خبراء معتمدين مشهود لهم بالكفاءة العلمية في ميادين اختصاصاتهم الدقيقة.

٢. يخضع البحث المقدم للنشر في المجلة للتقويم العلمي من قبل محكمين اثنين (خبراء) تختارهم المجلة.
٣. وترفض المجلة نشر البحوث التي لا تتوفر فيها منهجية البحث العلمي المعروفة.
٤. يلتزم الباحث بالأخذ بالملاحظات التي ثبتها الخبراء بعد تقويم ابحاثهم.

## (٢) نشر البحث:

- ١- لا تنشر المجلة سوى البحوث الأصلية التي لم يسبق نشرها، ولم تقدم للنشر في الوقت ذاته، إلى أي مجلة علمية أخرى أو مؤتمر علمي.
- ٢- يتم إعلام الباحث بقرار المجلة بقبول النشر خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام البحث.
- ٣- في حالة قبول البحث للنشر، يزود الباحث بتأييد قبول النشر، وتلتزم المجلة بنشره في أقرب عدد مهياً للنشر إذا كان البحث مستوفياً للشروط المذكورة آنفاً.
- ٤- تحتفظ المجلة بحقوقها في نشر البحث على وفق خطة هيئة التحرير مع مراعاة الأولويات الفنية وتاريخ تقديم البحث.
- ٥- كل بحث ينشر في المجلة يكون ملكاً لها، ولا يجوز لأي جهة أخرى إعادة نشر البحث أو نشر ترجمة له في كتاب أو صحيفة أو دورية إلا بموافقة خطية من رئيس التحرير.
- ٦- يستوفى مبلغ (١٠٠,٠٠٠) مائة ألف دينار عراقي عن كل بحث محلي و(١٠٠ دولار أمريكي) عن كل بحث أجنبي، إذا كان عدد صفحاته لا تزيد عن (٢٥) صفحة، ويزداد المبلغ بمقدار (٢٥٠٠) ألفان وخمسمائة دينار عن كل صفحة تزيد على الحد الأقصى المحدد، ويتم تحرير إيصال رسمي بالمبالغ المستلمة.
- ٧- تعتذر المجلة عن إعادة البحوث، سواء تم نشرها أم لا.



### (٣) حقوق الباحث وواجباته:

- ١- تتعهد المجلة بالمحافظة على الحقوق الفكرية للباحثين بحسب ما تنص عليه القوانين النافذة في جمهورية العراق.
- ٢- يعبر البحث عن رأي الباحث، ولا يعبر عن رأي المجلة.
- ٣- يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والأخلاقية الكاملة في حالة ظهور أي استغلال أو اقتباس أو نقل من مواقع الإنترنت . من دون الحصر في أقواس الاقتباس أو من دون الإشارة الكاملة والصحيحة للمرجع في الهامش.

### ثالثاً: ضوابط النشر

المتطلبات الشكلية في الأبحاث العربية (دليل المؤلفين):

#### ١ - عنوان البحث:

يثبت عنوان البحث على الصفحة الأولى بخط (Simplified Arabic) وبحجم (١٨)، ويكتب اسم الباحث الكامل ولقبه العلمي ومكان عمله. وفي حالة وجود أكثر من باحث اشترك في كتابة البحث فمن المناسب ذكر أسمائهم مع عنوان المراسلة، بغية تيسير الاتصال بهم.

#### عنوان البحث:

اسم الباحث / الباحثون . نوع الخط (Simplified Arabic) والحجم (١٨)  
عنوان الباحث / الباحثون . نوع الخط (Simplified Arabic) والحجم (١٨)  
(ملخص باللغة العربية وإحدى اللغتين الإنكليزية أو الفرنسية). وتكتب الكلمات المفتاحية تحت كل ملخص وبلغته.

#### ٢ - متن البحث:

يطبع البحث بخط (Simplified Arabic) على وجه واحد من كل ورقة ذات الحجم (A4)، كما يترك هامش فراغ مناسب في كل جهات الورقة المطبوعة، ويبوب البحث إلى مقدمة، ثم المتن الذي يوزع على (فصول أو مباحث ومطالب وفروع)، ثم الخاتمة، ثم قائمة المراجع.

- حاشية الورقة (٢ سم) من كل جهة.
- مساحة فارغة تترك خمسة أسطر مفردة كمساحة فارغة بعد الحاشية العليا للصفحة الأولى فقط.
- يكتب النص بحجم (١٤) ونوع الخط (Simplified Arabic)
- تكتب العناوين الرئيسية بحجم (١٦) بلون غامق وتوضع مباشرة بعد الحاشية اليمنى.
- تكتب العناوين الفرعية بحجم (١٦) وتوضع مباشرة بعد العناوين الرئيسية.
- تضبط المسافة بين الأسطر باستخدام النمط (المفرد) (Single)
- تكتب الهوامش بحجم (١٢)، وبشكل متسلسل ومستقل أسفل كل صفحة
- تستخدم الأرقام العربية (١٢٣٤٥٦٧٨٩٠)
- يجب ترك مساحة فارغة قدرها سطر واحد قبل كل عنوان رئيس أو فرعي
- بالنسبة للأشكال: يوضع عنوان الشكل تحت الشكل مباشرة وبأحرف غامقة بحجم (١٤) ويترك سطر واحد فارغ قبل الشكل.
- الجداول: يوضع العنوان فوق الجدول مباشرة وبأحرف غامقة بحجم (١٤) ويترك سطر واحد فارغ قبل عنوان الجدول
- تكتب المراجع بلون غامق بالأسلوب الآتي: اسم المؤلف، عنوان الكتاب أو البحث، ج ١، ط ١، جهة النشر، مكان النشر، سنة النشر.
- تنظم المراجع في نهاية البحث، وتكتب بطريقة (المؤلف . العنوان) طبقاً لنظام شيكاغو الخاص بالتوثيق Style Chicago
- يجب أن يبدأ البحث بملخص لا تزيد عن ٣٠٠ كلمة، تكتب باللغة العربية بحجم (١٢)، ويجب أن تتناسب تماماً مع مضمون البحث ونتائجه وينظم ذلك بأسلوب مكثف وواضح.

- يوضع عنوان البحث، وأسماء الباحثين، و خلاصة البحث باللغة الإنكليزية المطابقة للخلاصة العربية، مباشرة بعد الملخص باللغة العربية، وتكتب بحجم (١٢).

### البحوث الإنكليزية:

- حاشية الورقة ٢ سم من كل جهة.
- مساحة فارغة تترك خمسة أسطر مفردة كمساحة فارغة بعد الحاشية العليا للصفحة الأولى فقط.

• حجم الأحرف ١٤ نوع Times New Roman

• عنوان البحث ١٤ غامق نوع Times New Roman

• أسماء الباحثين ١٢ غامق نوع Times New Roman

• عناوين الباحثين ١٢ غامق نوع Times New Roman ( تحت أسماء الباحثين )

• العناوين الرئيسية ١٤ غامق نوع Times New Roman وتكون مباشرة بعد الحاشية اليمنى.

• العناوين الفرعية ١٤ غامق نوع Times New Roman وتكون مباشرة بعد العناوين الرئيسية

• النص حجم الخط ١٤ نوع Times New Roman والمسافة بين الأسطر (مفردة).

• الهوامش حجم الخط ١٢ نوع Times New Roman والمسافة بين الأسطر (مفردة).

• مساحة فارقة يجب ترك سطر واحد فارغ قبل كل عنوان رئيسي أو فرعي

• الأشكال يوضع عنوان شكل تحت الشكل مباشرة وبأحرف حجم ١٢ غامق ويترك سطر واحد فارغ قبل الشكل.

• الجداول يوضع عنوان الجدول فوق الجدول مباشرة وبأحرف حجم ١٢ غامق ويترك سطر واحد فارغ قبل عنوان الجدول.

- المصادر: أسم المؤلف، عنوان الكتاب ج ١، ط ١، جهة النشر، مكان النشر، سنة النشر، وبخط غامق.
- المصادر في نهاية البحث تكتب بصيغة قانونية عالمية وفقاً إلى شيكاغو ستايل Style Chicago.
- المراجع أسم المؤلف، عنوان الكتاب ج ١، ط ١، جهة النشر، مكان النشر، سنة النشر.
- الخلاصة باللغة العربية يوضع عنوان البحث وأسماء الباحثين وخلاصة البحث باللغة العربية مباشرة بعد الملخص باللغة الإنكليزية.
- الرموز: إذا أحتوى البحث على أية رموز فيجب أن ترتب أبجدياً ثم الأحرف اللاتينية والإغريقية وتوضع في نهاية البحث وقبل المصادر.
- تعنون البحوث والمراسلات إلى جامعة الفلوجة كلية القانون مجلة الباحث للعلوم القانونية.
- للمراسلة على إيميلات المجلة والموقع الإلكتروني:

EMAIL: [jrls@uofallujah.edu.iq](mailto:jrls@uofallujah.edu.iq)

EMAIL: [law.journal@uofallujah.edu.iq](mailto:law.journal@uofallujah.edu.iq)

<https://uofjls.net>

## كلمة العدد

في خضم إصدار العدد الأول- المجلد الرابع لمجلة الباحث للعلوم القانونية تؤكد على سياسة المجلة العلمية في نشر البحوث التي تثير إشكاليات قانونية على الصعيد الواقعي فيتعرض لها الباحث ويتناولها وفق منهج بحثي رصين لكي يعطي الحلول المناسبة لتلك الإشكاليات على أن تكون فيه الأفكار مبتكرة وتحمل من جديد البحث العلمي ما يستحق أن يوضع بين يدي طلاب العلم ، وقد صدر هذا العدد على إثر تقديم بحوث علمية استوفت شرائطها العلمية واستقامت فيها القواعد البحثية على سوقها المطلوب فكان لتلك البحوث علامة دالة على اتباع المجلة منهجية شفافة ومحايدة وموضوعية كانت بمنجى عن كل قدح أو تشكيك.

واستكمالاً لما تم نشره من أبحاث علمية في العدد الأول من هذا المجلد في جزئه الأول، فقد انطوى الجزء الثاني على مجموعة متنوعة من الأبحاث العلمية منها ما ارتبط بما قدم من بحوث علمية متخصصة في الملكية الفكرية وذلك راجع إلى تبني إدارة المجلة سياسة نشر بعض البحوث التي قدمت إلى المؤتمر العلمي الدولي الأول الذي أقامته الكلية في المدة من (١٥-١٦) أذار من عام ٢٠٢٣ والذي عقد تحت عنوان (الملكية الفكرية، الإشكاليات المعاصرة والمعالجات القانونية)، إذ خضعت هذه البحوث لآليات التقييم المعتمدة من قبل المجلة ولصور الاستلال الإلكتروني لكي تستوفي الشروط القانونية التي تتطلبها سياسة النشر فيها. وعليه فان البحوث التي انطوى عليها هذا العدد تنقسم إلى قسمين هما البحوث التي قدمت للمجلة وهذه البحوث هي (المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي، مدى حجية أدلة الإثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الإداري، إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي-

منح الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم) وبحوث أخرى تختص بحقوق الملكية الفكرية وهي (الملكية الفكرية بين هيمنة البعد الاقتصادي وأهمية البعد الإنساني، الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي وأثرها في ترتيب المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة-، الحقوق الفكرية للغائب وحمايتها - دراسة قانونية و فقهيّة).

وفي الختام ندعو الله أن يكون لبحوث هذا العدد إسهامة جديّة تثري طلاب العلم في المواضيع القانونية التي تم تناولها فيه.

رئيس تحرير المجلة  
الاستاذ الدكتور رائد ناجي أحمد  
آب - ٢٠٢٣

## قائمة المحتويات

رقم الصفحة	عنوان البحث
١٣ - ٦٢	الملكية الفكرية بين هيمنة البعد الاقتصادي وأهمية البعد الإنساني ا.د. احمد خلف حسين الدخيل ا.د. علي غني عباس
٦٣ - ٩٨	الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي وأثرها في ترتيب المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة- ا.م.د. مجيد أحمد إبراهيم
٩٩ - ١٥٠	المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي ا.م.د. فاطمة خلف كاظم
١٥١ - ١٨٤	مدى حجية أدلة الإثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الإداري ا.م.د. محمد أحمد رحيل
١٨٥ - ٢١٢	إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي- د. محمد فواز صباح
٢١٣ - ٢٥٨	منح الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم م. إخلاص مخلص إبراهيم
٢٥٩ - ٣٢٢	الحقوق الفكرية للغائب وحمايتها - دراسة قانونية و فقهيّة- م. ثائر حامد عواد





## الملكية الفكرية بين هيمنة البعد الاقتصادي وأهمية البعد الإنساني

الأستاذ الدكتور

علي غني عباس

كلية القانون/جامعة المشرق - العراق

الأستاذ الدكتور

احمد خلف حسين الدخيل

كلية الحقوق/جامعة تكريت - العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.11>

### الملخص:

يدرس البحث فكرة إضافة بعد جديد للملكية الفكرية فبعد أن كانت تتضمن بعداً اقتصادياً بحثاً يرتبط بالجوانب المادية الناجمة عن استثمار أو استغلال المنتجات الفكرية، فإذا كانت أنواع الملكية الفكرية تنقسم إلى ملكية أدبية أو فنية وأخرى ملكية صناعية إلا أنها جميعاً يتم استثمارها اقتصادياً بأن يتم بيعها مقابل مبلغ من المال وعادة ما يتم شرائها من قبل شركات أو أشخاص يعرفون كيف يستفيدون منها ويستغلونها ابشع استغلال متسترين وراء التشجيع الواجب احترامه للمفكرين والمبدعين الذين لا يحصلون في الواقع من تلك النتائج سوى على النزر اليسير، في حين تدرى على تلك الشركات مليارات الدولارات، مما يوجب اضعاف بعد إنساني أو اجتماعي يضمن المحافظة على حقوق المجتمعات الوطنية سواء في مواجهة حقوق الشركات صاحبة الملكية الفكرية أو في مواجهة انتهاكات تلك الشركات للملكية الفكرية لتلك المجتمعات.

**الكلمات المفتاحية:** الملكية الفكرية، البعد الاقتصادي، البعد الإنساني، المسؤولية المجتمعية، الاقتصاد السلوكي.

## Intellectual Property Between the Dominance of the Economic Dimension and the Importance of the Human Dimension

Professor Doctor  
Ahmed Khalaf Hussein Al-Dakhil  
College of Law - University of  
Tikrit / Iraq

Professor Doctor  
Ali Ghani Abbas  
Dean of the College of Law  
AL-Mashriq University / Iraq

### Abstract

The research deals with the idea of adding a new dimension to intellectual property, after it used to include a purely economic dimension linked to the material aspects resulting from the investment or exploitation of intellectual productions. An amount of money that is usually bought by companies or people who know how to benefit from it and exploit it in the most heinous way, hiding behind the encouragement that should be respected for thinkers and creators who do not actually get from these results but a very small amount, while those companies know billions of dollars, which necessitates Adding a human or social dimension that guarantees the preservation of the rights of national communities, whether in the face of the rights of companies that own intellectual property or in the face of violations by those companies of the intellectual property of those communities.

**Keywords:** Intellectual property, economic dimension, human dimension, social responsibility, behavioral economics

## المقدمة

إن المتتبع لدراسات الملكية الفكرية يلحظ بسهولة مدى الاهتمام الواسع بسبل التطبيق السليم لأحكام وقواعد الملكية الفكرية على مستوى الاتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية وبالتالي المحافظة على حقوق اصحاب الملكيات الفكرية وهم في الغالب من الشركات أو بالأحرى كبريات الشركات وعلى رأسها الشركات متعددة الجنسيات، في حين أن هناك شبه إهمال للآثار الجانبية لهذه الحقوق من ناحية أو لتجاوز تلك الشركات على حقوق الملكية الفكرية لمواطني بعض الدول لاسيما الدول غير المتنفذة في المجتمع الدولي أو بالأحرى حقوق المجتمعات الوطنية في الاستفادة من الابتكارات العلمية الحديثة وعدم احتكارها والتعسف فيها من قبل الشركات المالكة لها، مما يوجب تسليط الضوء عليها وعمل نوع من الموازنة بين حقوق الطرفين.

ولأجل الاحاطة بالموضوع من كافة الجوانب كان لابد من دراسة الآتي:

**أولاً: أهمية البحث:** تبدو أهمية البحث من تناوله لفكرة إضافة بعد جديد للملكية الفكرية فبعد أن كانت تتضمن بعداً اقتصادياً بحثاً يرتبط بالجوانب المادية الناجمة عن استثمار أو استغلال النتائج الفكرية، فرغم انقسام أنواع الملكية الفكرية إلى ملكية أدبية أو فنية وأخرى ملكية صناعية إلا أنها جميعاً يتم استثمارها اقتصادياً كأن يتم بيعها مقابل مبلغ من المال وعادة ما يتم شرائها من قبل شركات أو أشخاص يعرفون كيف يستفيدون منها ويستغلونها ابشع استغلال مستترين وراء التشجيع الواجب احترامه للمفكرين والمبدعين الذين لا يحصلون في الواقع من تلك النتائج سوى على النزر اليسير، في حين تدري على تلك الشركات مليارات الدولارات، مما يوجب اضعاف بعد إنساني أو اجتماعي يضمن المحافظة على حقوق المجتمعات الوطنية سواء في مواجهة حقوق الشركات صاحبة الملكية الفكرية أو في مواجهة انتهاكات تلك الشركات للملكية الفكرية لتلك المجتمعات.

ثانياً: مشكلة البحث: تتجلى مشكلة البحث في الآتي:

١- المبالغة في الحماية القانونية الدولية والوطنية لحقوق الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية.

٢- الحماية القانونية الخجولة لحقوق المجتمعات الوطنية في مواجهة حقوق الملكية الفكرية لكبريات الشركات.

ثالثاً: فرضية البحث: ينطلق البحث من افتراض في الآتي:

١- ضرورة الموازنة بن حقوق الشركات صاحبة الملكية الفكرية وحقوق المجتمعات الوطنية.

٢- اضعاف بعد إنساني أو اجتماعي للعلاقة بين حقوق الشركات وحقوق أبناء المجتمعات الوطنية.

رابعاً: منهج البحث: سيتم اعتماد المنهج التحليلي الاستنباطي للنصوص القانونية ذات الصلة بالبعد الاقتصادي للملكية الفكرية ومحاولة تطعيمها ببعد إنساني أو اجتماعي يخفف من وطأة البعد الاقتصادي ونتائجه السلبية على المجتمعات الوطنية وحاجتها إلى الاستفادة من الاختراعات والابتكارات وفي الوقت ذاته المحافظة على إبداعات أبنائها.

خامساً: هيكلية البحث: وفي سبيل ذلك سيتم تقسيم هذا البحث على مطلبين نخصص الأول للبعد الاقتصادي للملكية الفكرية، فيما نخصص الثاني لآليات اضعاف البعد الإنساني للملكية الفكرية، ونختم إن شاء الله بأهم الاستنتاجات والتوصيات.

### المطلب الأول

#### البعد الاقتصادي للملكية الفكرية

ليس من الصعب على كل مهتم أن ينتهي إلى رجحان كفة البعد الاقتصادي في أحكام الملكية الفكرية على حساب كفة البعد الإنساني والاجتماعي فيها، فمع أن الهدف الرئيس من وضع أحكام الملكية الفكرية كان هدفاً إنسانياً بحثاً إلا وهو تشجيع الابتكار

والإبداع من أجل رفاهية الإنسان إلا أن هذا الهدف تراجع إلى مراتب متأخرة لصالح غايات أقوى وأبعد تتجسد في الربح الذي يتجلى في صورة الاستفادة من تلك الابتكارات والإبداعات البشرية من خلال بيعها لشركات تتولى وضعها موضع التطبيق واستغلالها الاستغلال الامثل تجارياً واقتصادياً، وهو ما جعل حقوق الملكية الفكرية تنتقل عملياً من المؤلفين والمبتكرين إلى شركات تملك المال وتتاجر بتلك المؤلفات والابتكارات وتستخدمها للوصول إلى الربح، وهو ما جعلها توظف حتى القوانين والاتفاقيات الدولية للتركيز على البعد الاقتصادي وحاطته بالحماية القانونية العالية جداً.

وفي الوقت ذاته وتكريساً للبعد الاقتصادي فقد كانت ولا زالت القيود القانونية على الملكية الفكرية لاسيما على الشركات المالكة لها والمتحكمة بها ضعيفة جداً، وهو ما يتجلى واضحاً في تعاضم قوة تلك الشركات في مواجهة الدول من جهة والمنظمات الدولية من جهة أخرى إذ تتحكم تلك الشركات في المنظمات ذات الصلة وتوظفها لخدمة أهدافها المادية البحتة، ناهيك عن ضعف القيد الأبرز الذي يمكن أن يذكر على حقوق الملكية الفكرية الا وهو حقوق الإنسان سواء الحق في التعليم أو الصحة أو التنمية أو غيرها في مقابل حقوق الشركات المالكة لتلك الحقوق، وهو ما يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لرجحان الغاية الربحية في الملكية الفكرية، فيما نكرس الثاني لضعف القيود القانونية على الملكية الفكرية، وعلى التفصيل الآتي:

### الفرع الأول: رجحان الغاية الربحية في الملكية الفكرية

هناك مظاهر متعددة تدل بما لا يقبل الشك على رجحان الغاية الربحية في الملكية الفكرية على الاهداف الإنسانية والاجتماعية السامية التي كانت الدافع لمنح تلك الحقوق أو الاعتراف بها، ولكن ولأغراض توضيحية كان لا بد من جمعها تحت عنوانين اثنين، وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: الشركات هي صاحبة حقوق الملكية الفكرية: أن قراءة متأنية للقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالملكية الفكرية ينتهي بنا إلى أن الأساس في وضع أحكام الملكية الفكرية هو التركيز على إنشاء حقوق الملكية الفكرية وآليات حمايتها و ضمانات تلك الحماية، إذ أصبحت حقوق المجتمع في ذيل قائمة اهتمامات تلك القوانين والاتفاقيات الدولية فإذا راجعنا على سبيل المثال قانون حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ النافذ وقانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل وكذلك اتفاقية باريس لسنة ١٨٨٣ واتفاقية تريس لسنة ١٩٩٤ ومعاهدة التعاون بشأن البراءات لسنة ١٩٧٠ واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٢٥ واتفاق استراسبورغ لسنة ١٩٧١ الخاص بالتصنيف الدولي لبراءات الاختراع ومعاهدة بودابست المتعلقة ببراءات الاختراع لسنة ١٩٧٧ واتفاقية برن لسنة ١٨٨٦ الخاصة بحقوق المؤلف في المصنفات الأدبية والفنية والعلمية ومعاهدة الويب لسنة ١٩٩٦ الخاصة بالأداء والتسجيل الصوتي ومعاهدة قانون العلاقات التجارية لسنة ١٩٩٤ ومعاهدة بكين الخاصة بالأداء السمعي البصري لسنة ٢٠١٢ ومعاهدة سنغافورة الخاصة بالعلاقات التجارية لسنة ٢٠٠٦ والاتفاقية الدولية لحماية الاصناف النباتية الجديدة لسنة ١٩٦١ وغيرها الكثير<sup>(١)</sup> لوجدنا أنها جميعاً تحاول جهدها بل أنها موضوعة أصلاً لحماية حقوق الملكية الفكرية بأنواعها المختلفة دون ان يعير البعض منها أي اهتمام أو اعتبار للأثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس سلباً على بقية الحقوق الأخرى من اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية لأبناء المجتمع، لا بل حتى عندما تضع بعض القيود والاستثناءات فإنها تجعلها بالحد الأدنى الذي يكاد لا يذكر قياساً بالاهتمام الكبير بتوفير حقوق الملكية الفكرية وضمان عدم التعدي أو التجاوز عليها

(١) للمزيد من التفصيل في هذه الاتفاقيات ينظر إدارة الصين الوطنية للملكية الفكرية : أساسيات الملكية الفكرية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الصين، بلا سنة نشر، ص١٦ وما بعدها.

واحاطتها بهالة قانونية واعلامية كبيرة وهو ما يرجح البعد الاقتصادي المادي البحت في موضوع هذه الملكية ويكاد يفرغها من أي محتوى أو اعتبار إنساني في هذا الشأن. وعلى الرغم من الاختلاف الفقهي والقضائي وحتى التشريعي حول الطبيعة القانونية لحق المؤلف بعده من أهم حقوق الملكية الفكرية بين من يذهب فيه إلى الأخذ بنظرية ازدواج طبيعة حق المؤلف وبالتالي تضمنه لحقين أحدهما مالي والثاني أدبي وبين من يذهب إلى نظرية الاحادية في هذا الحق وأنه حق واحد يترتب عليه آثار معنوية ومادية<sup>(١)</sup>، فإن الأساس الفلسفي لقيام حقوق الملكية الفكرية عامة وحق المؤلف والحقوق الملحقة به بشكل خاص هو حقوق المؤلفين والمبدعين لا الشركات المستثمرة لها، إذ أن الدافع الأساس في الاعتراف بمثل هذه الحقوق كان ولا زال يتجسد في تشجيع الإبداع والابتكار من أجل تطوير المجتمع والاستفادة من الأفكار الخلاقة لأبنائه لاسيما الأذكى منهم وحماية هذه الإبداعات من أي تطفل، ومن ثم فإن ذلك سيكون سبباً لاندفاع بقية أبناء المجتمع للتعبير عن أفكارهم ولو كانت بسيطة اما لتطوير افكار موجودة أو لطرح افكار واختراعات جديدة فبدون هذا الاعتراف بمثل هذه الحقوق وعدم توفير الحماية القانونية الوطنية والإقليمية والدولية الكافية لها ستضيع حقوق أولئك المفكرين المبتكرين والمخترعين والمؤلفين ومن ثم غياب الدافع للابتكار والإبداع والذي سينعكس بدوره سلباً بطريقة أو بأخرى على فرص تطوير المجتمع والنهوض بواقعه نحو الأفضل فيؤدي إلى تقويض تلك الفرص أو على الأقل جعلها بالحد الأدنى الذي لا يجاري الحاجة إلى التطوير والرفاهية المطلوبة في كافة مجالات الحياة لاسيما الأكثر اتصالاً بحياة الإنسان والمحافظة على بقاءه على قيد الحياة.

(١) للمزيد من التفصيل ينظر د. حسن جميعي: مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الاعلام التي اقامتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية ( الويبو ) بالتعاون مع وزارة الاعلام البحرينية في المنامة في ١٦ حزيران ٢٠٠٤، ص ٣ وما بعدها.

بيد أن هذا الطابع الإنساني المتأصل في الجذور الفلسفية لحق الملكية الفكرية لم يبق على وضعه وإنما تم الالتفاف عليه من جهات متنفذة سواء في المجتمعات الوطنية أولاً أو في المجتمعات الإقليمية ثانياً أو في المجتمع الدولي ثالثاً ألا وهي الشركات التي تتولى شراء حقوق المؤلفين والمبدعين والمفكرين لتكون هي المالك الحقيقي أو بالأحرى النهائي لها ومن ثم احتكار بعض تلك الحقوق ذات الأهمية الكبيرة للعالم أجمع من قبل فئة قليلة من تلك الشركات لا سيما متعددة الجنسيات ولربما من شركة واحدة من تلك الشركات ومن ثم التحكم بمصير العالم اجمع مما يعطي هذه الشركات قوة أكبر في مجال التعاملات الوطنية والإقليمية والدولية ويجعلها بمصاف أو أعلى من مستويات الدول أو على الأقل بعض الدول لاسيما دول العالم المتخلف أو النامي أو بالأحرى المستهلك وبالتالي التحكم بإمكانية استعادة الكثير من الأشخاص على مستوى العالم من تقنيات الصحة أو التعليم أو التربية أو حتى الترفيه، فضلاً عن المتطلبات المالية العالية لتلك الاستعادة، فإنها يمكن أن توجهها الوجهة التي تتفق مع رؤاها وتوجهاتها في إدارة العالم الجديد الذي تسيطر عليه تلك الشركات سيطرة ناعمة.<sup>(1)</sup>

وإذا كان يبدو للوهلة الأولى ان في هذا المنظور نوع من المبالغة وإنكار للجهود الكبيرة التي تبذل من قبل الشركات المشتريه لحقوق الملكية الفكرية والمستثمرة لها أفضل استثمار وانه لولاها لما تم الاستفادة من تلك الابتكارات والإبداعات والاختراعات، بل ان آلاف الاختراعات التي غيرت مسار حياة البشرية جمعاء يعود الفضل فيها إلى كبريات الشركات التي مولت البحوث والدراسات التي اثمرت عن تلك الاختراعات وقادت إلى تطويرها بشكل متتابع ودخلت معارك قانونية شرسة ضد المنافسات المشروعة وغير المشروعة في هذا الشأن، ولنا في الأمثلة التاريخية والمعاصرة الكثير مما يثبت تلك المعارك القانونية والاقتصادية التي نجحت فيها العديد من الشركات في المحافظة على

(1) Abbe E. L. Brown: Socially responsible intellectual property: a solution?, SCRIPT-ed, Volume 2, Issue4, December 2005,p.486.



حقوقها بفضل قوانين واتفاقيات حقوق الملكية الفكرية والتي يتم انتقدها هنا بأنها تتبالغ في حماية حقوق الملكية الفكرية، وكانت نتيجة تلك المعارك أن يتمتع المجتمع وأفراده اليوم بالعديد من الابتكارات العلمية والإبداعات الفنية التي ما كنا نحلم بها حتى وقت قريب، فلماذا يا ترى هذه الهجمة الشرسة ضد هذه الشركات في حين أن الاجدر الاعتراف بجهودها وخدماتها الجبارة في سبيل إيصال تلك الاختراعات واستثمارها الاستثمار الافضل؟ ولكن وفي الوقت ذاته فإن الدراسات التي انتقدت مثل ذلك الاحتكار لحقوق الملكية الفكرية لم تنكر جهود تلك الشركات ولا حتى تروم التقليل من وسائل حماية ملكيتها الفكرية بقدر ما تركز اهتمامها على ضرورة منح المجتمع بعض الحقوق في الاستفادة العامة من تلك الملكية وبالشكل الذي يدعم تحقيق نوع من التوازن بن حقوق الملكية الفكرية وبقية حقوق الانسان الأخرى أو بعبارة أخرى التخفيف من حدة البعد الاقتصادي المادي البحت في الملكية الفكرية عبر تطعيمه ببعض الجوانب الإنسانية دون إغفال الجوانب الاقتصادية ذات الأهمية الكبيرة لعمل وبقاء واستفادة تلك الشركات وفي الوقت ذاته التقليل من هيمنتها على الواقع الخدمي الدولي.

فالمشكلة ان النظام القانوني للملكية الفكرية وعلى كافة المستويات وطنياً ودولياً وضع لحماية حقوق الشركات المالكة لتلك الحقوق ويكاد يتناسى حقوق المؤلفين والمبتكرين ففي النهاية تبدو مؤلفات واختراعات هؤلاء في شكل استثمارات مملوكة لبعض الشركات التي تتصرف بها وفقاً لمصالح مادية اقتصادية بحتة دون أي اعتبار لأي جوانب بشرية أو إنسانية وخاصة المعنوية منها، على أساس أنها كانت قد دفعت فيها ملايين أو مليارات الدولارات وخاضت تجربة التجارة فيها بما فيها من مخاطر التعرض للخسارة أو الاندثار المعنوي المتمثل بظهور ابتكارات جديدة يمكن ان تسدل الستار على استخدام اختراعات سابقة وتجعلها غير ذات جدوى، فكم من شركة اعلنت إفلاسها أو أوقفت نشاطها وتحولت إلى أنشطة جديدة بسبب ظهور ابتكارات جديدة أدت إلى ظهور بدائل أفضل

لمنتجاتها مما تسبب لها بخسائر فادحة؟ وهو ما يوجب حسب منطق قوانين واتفاقيات حماية الملكية الفكرية أن تكون هناك الكثير من المزايا أو بالأحرى الحقوق لتلك الشركات صاحبة الملكية الفكرية لمواجهة أي مخاطر ممكنة لانتشار الابتكارات أو الاختراعات نتيجة ظهور ما هو أحدث أو أكثر تطوراً منها.

وما يفاقم المشكلة هو سعي الشركات الحثيث وغير المتردد نحو الحصول على الربح والمثبت في الأساس القانوني لإنشائها سواء في الدستور أو القوانين العادية أو الأنظمة الداخلية بل حتى الاتفاقيات الدولية إلى الحد الذي دفع البعض إلى إنكار أي دور اجتماعي أو إنساني للشركات كونه يخالف الهدف الأساسي للشركة ألا وهو تحقيق الربح ولو بصورة غير مباشرة كمارسات المسؤولية المجتمعية والأعمال الخيرية<sup>(١)</sup>، رغم ان ذلك الهدف الربحي الواضح للشركات لا يشكل عيباً فهي اسست أصلاً من أجل تحقيق ذلك الهدف وانها تختلف عن المنظمات غير الربحية سواء كانت دولية أو وطنية فالشركة لها مجال للعمل وهدف من ذلك العمل الا وهو الربح، وتلك المنظمات لها أيضاً أهدافها الخاصة بها ألا وهي تحقيق أهداف غير ربحية سواء كانت اجتماعية أو إنسانية أو علمية أو أدبية أو ترفيهية أو غيرها من الاهداف الأخرى البعيدة عن الربح، فالأشخاص المعنوية بشكل عام ينبغي ان تتوافق تصرفاتها مع الأهداف المقررة من إنشائها فتلك التي تبغي الربح وعلى رأسها الشركات ينبغي أن لا تتصرف إلا ما يحقق

(١) للمزيد من التفصيل ينظر د. احمد خلف حسين الدخيل: العمل الخيري والمسؤولية المجتمعية في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر الذي اقامته كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بالتعاون مع مخبر العولمة وانعكاساتها على اقتصاديات دول الشمال الافريقي ومخبر تطوير تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الجزائرية في الصناعات المحلية البديلة حول سلوكيات المواطنة والمسؤولية الاجتماعية لمنظمات الاعمال في الوطن العربي الواقع وآليات التجسيد للفترة من ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٨م، ص ٥\_٦.

ذلك الهدف وتلك التي تبغي أهداف غير ربحية ينبغي أن لا تمارس إلا أعمال غير ربحية وإلا كانت تصرفاتها باطلة حيث لا اهلية لها بعمل ذلك.<sup>(1)</sup>

وعليه فإن الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية لا يمكن أن تتصرف إلا بما يتفق مع هدفها الواضح والصريح والقانوني الا وهو تحقيق الربح المادي البحت وهو ما يجعل تصرفاتها وممارساتها تصب في هذا المصوب فتراها تسعى إلى تحقيق ذلك الهدف بكل ما اوتيت من قوة وبالتالي فإنها ستبتعد بل ابتعدت عن أي جوانب إنسانية واجتماعية في استثمارها أو استغلالها لتلك الملكية متوقفة عند حد الجوانب الاقتصادية المادية البحتة، وهو ما يعزز ويكرس البعد الاقتصادي في الملكية الفكرية ويجعلها أمراً طبيعياً لا مجادلة فيه ولا ممارسة في ما تقوم به من أعمال في هذا الشأن كونها تتوافق مع أهدافها ومع قوانين إنشائها والقواعد العامة للقانون.

نعم تبدو الملكية الفكرية في الغالب خالصة للشركات الخاصة أو المؤسسات مثل الجامعات رغم أن هناك بعض حقوق الملكية الفكرية خاصة بالكيانات العامة لاسيما الحكومات والمنظمات الدولية بيد أن الغلبة في تلك الحقوق هي للشركات والمؤسسات الخاصة الأخرى إذ يمكن القول أن الأصل في حقوق الملكية الفكرية أن تكون للشركات وهو ما يجعلها تتصدر مشهد المدافعة عن هذه الحقوق<sup>(2)</sup> وكأنها هي من قام بالابتكار والإبداع والاختراع وليس شخصاً آخر تم شراء فكرته الإبداعية بمبلغ معين وتم المتاجرة بها والحصول على الأرباح منها، في حين اضحى صاحب الفكرة الأول وحقه في الملكية الفكرية هو الاستثناء إذ بات بعيداً عن أي ممارسات للمطالبة بتلك الحقوق والمدافعة عنها كونه قد أخذ حقه بشكل نقدي مادي بحت تعزيزاً وتكريساً للبعد الاقتصادي للملكية الفكرية إذ لم يعد يذكر المؤلف أو المبدع أو المبتكر وإنما يتم ذكر حقوق الشركة المالكة

(1) للمزيد من التفصيل ينظر د. ماهر صالح علوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر، ص 30-31.

(2) J. Janewa Osei-Tutu: Socially Responsible Corporate IP, Vand. J. Ent. & Tech. L., Volume21,2018 ,p.502.

لتلك الحقوق التي تتجسد في الجانب الاقتصادي والمادي البحت وتبتعد عن أي جوانب أخرى لاسيما الإنسانية والاجتماعية والتي راحت تتراجع إلى ذيل قائمة أولويات الشركات والمختصين والمهتمين بالملكية الفكرية وعلى رأسهم المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) التي تعمل على حماية حقوق الملكية الفكرية لأصحابها وبما أن الأصل في أولئك المالكين هم من الشركات والاستثناء هم المؤلفين والرسامين والمفكرين وغيرهم فإن اهتماماتها في النهاية ستكون بحقوق الشركات لا المؤلفين.

**ثانياً: تركيز النظام القانوني للملكية الفكرية على البعد الاقتصادي:** إذا كانت القوانين بشكل عام لها وظيفتين رئيسيتين الأولى هي تنظيم العلاقات في المجتمع ووضع النظام ومنع التعارض بن الحقوق والثانية هي السعي لتحقيق التطور والتقدم والارتقاء بالمجتمع نحو الأفضل<sup>(1)</sup> فيبدو أن هاتين الوظيفتين ليست سوى إطار نظري لا تطبيق له ضمن قوانين واتفاقيات الملكية الفكرية، لا بل حتى ذلك الإطار النظري لم يكن بذات الاهتمام الذي توليه القوانين الوطنية والدولية لمسألة وضع النظام والارتقاء بالمجتمع نحو الأفضل وإنما على العكس كان في النظام القانوني للملكية الفكرية بشكل خاص تركيزاً واهتماماً بالبعد الاقتصادي لهذا النوع من الملكية ذلك أن اغلب مواده تستخدم كأداة لتحقيق مكاسب مالية لأصحاب الملكية الفكرية سواء كانوا من المبدعين أو المبتكرين أنفسهم في النادر من الأحوال أو للشركات التي استطاعت الحصول على تلك الحقوق باستخدام المال في الغالب من الأحيان، وذلك تحت ذريعة نظرية بحتة هي توفير الحوافز الاقتصادية المشجعة على الإبداع، ونادراً ما كان النظام القانوني للملكية الفكرية مركزاً على الأبعاد الاجتماعية والإنسانية الأخرى والتي وحتى الموضوع منها ضمن ذلك النظام تستخدم في العادة للاستهلاك الإعلامي ليس إلا وللتغطية على الجوانب الاقتصادية

(1) للمزيد من التفصيل ينظر البكري والبشير: المدخل لدراسة القانون، بلا مكان ولا سنة نشر، ص ٢٠-١٩.

الواضحة في ذلك النظام فهو لا يعترف بشكل جلي وواضح وصريح سوى بالجوانب الاقتصادية أما الجوانب غير الاقتصادية فهي نظرياً وعملياً في ذيل اهتماماته.<sup>(1)</sup> والأكثر من ذلك فإن غالبية النصوص القانونية الموضوعة للحد من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية سواء في القوانين الوطنية أو في الاتفاقيات الدولية هي أقرب إلى المعايير الأخلاقية منها إلى القانونية الملزمة مادياً فقد تمت صياغة تلك النصوص لاسيما المتعلقة بالحد من حقوق الملكية الفكرية أو من الترخيص الاجباري كما في المادة ٢٣ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والمادة ٢٧ من اتفاقية تريبس وغيرها من النصوص ذات الصلة في القوانين والاتفاقيات الأخرى صيغت بطريقة تجعل من الصعب تطبيقها أو أن تطبيقها يكون محلاً لمنازعات قضائية طويلة غير مأمونة بالنسبة للجانب الاجتماعي، في حين أنها أقرب إلى الجانب أو البعد الاقتصادي الذي من مصلحته إطالة أمد النزاع وقد يدخل الطرفين في مساومات لفض النزاع ودياً أو بما يسمى بالوسائل البديلة لحل منازعات الملكية الفكرية كالتحكيم والمفاوضات والصلح والتوفيق وغيرها مما يجعل الكفة تميل لصالح الشركات التجارية المالكة لحقوق الملكية الفكرية، إذ عادة ما يتم حسم النزاع باتفاق خارج نطاق القضاء بدفع مبالغ مالية لتلك الشركات في مقابل الاستفادة من اختراعاتها لاسيما عندما يكون هناك اختلاف بين أحكام القانون الوطني والاتفاقية الدولية.

ورغم اعتراف المادة ٢٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادتين ١٣ و ١٥ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالحقوق الثقافية واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من مبادئ حقوق الإنسان العالمية وكونها سبباً لازدهار التنوع والإبداع الثقافي وممارسة التقاليد الثقافية الخاصة بكل أمة بما لا يخل بالحقوق والحريات الأساسية الأخرى، إلا أن اتفاقية تريبس لم تتضمن حماية حقيقية للأعمال الثقافية

(1) J. Janewa Osei-Tutu ,op.cit,p.503.

الأصيلة المشتركة بين الأجيال مما أدى إلى إمكانية قيام بعض أنواع القرصنة لتلك الأعمال من قبل بعض الشركات باستخدام علامات أو سلع أو خدمات أو شعار أو موسيقى أو أغاني أو غيرها من الأعمال الثقافية دون أي اعتبار لأصحاب تلك الحقوق أو للثقافات التي ترجع أصولها إليها رغم كل ما يمكن أن يؤدي إليه استخدام تلك الأعمال الثقافية الاصلية من إيرادات مالية كبيرة للشركات المقرصنة لها، وهو ما يؤكد على البعد الاقتصادي المادي البحت لأحكام الملكية الفكرية ويعد الحقوق الثقافية الأصيلة المشتركة وكأنها مالا مباحا يمكن الاستفادة منه من كل شخص طبيعي أو معنوي يحسن توظيفه واستغلاله أو بالأحرى استثماره أفضل استثمار، بل قد يعد ذلك نوعا من التجديد أو المحافظة على ذلك التراث الثقافي وإظهاره بالطريقة الأفضل التي تساعد على انتشاره من جديد بعد أن كان على وشك الاندثار، وإذا كان في ذلك شيئا من الصحة إلا أنه يتناسى حقوق ابناء المجتمعات صاحبة الأعمال الثقافية المشتركة ويتنكر لأي التزامات مالية لتلك الشركات تجاه تلك المجتمعات رغم أنها استفادت من تراثها ولم تكن لتحصل على الكثير من الأرباح من بعض منتجاتها لولا الاستعانة بذلك التراث أو بيع السلع منه، ويبرر غياب تلك الحماية للأعمال الثقافية الأصيلة المشتركة بالصعوبة التي تكتنف عملية الحماية لتلك الأعمال حتى إذا كانت محمية بموجب القوانين الوطنية في دولها فإنها لا تحظى بتلك الحماية على المستوى الدولي ذلك أن الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لا تعترف بالملكية الفكرية الثقافية الاصلية المشتركة وذلك لسببين الأول لكونها قديمة جدًا إلى درجة إذ لا يمكن شمولها بحقوق النشر والثاني لكون اغلب الأعمال الثقافية الأصيلة المشتركة التي تم استنساخها ووضعها على البضائع التي قامت بتصنيعها الشركات التجارية الكبرى لم تستخدم كعلامة تجارية سابقًا وبالتالي فلا حماية تجارية لها، هذا فضلًا عن أن الشركات التجارية التي اعادت استخدام تلك الأعمال لم تستخدمها كعلامات تجارية وإنما كوسيلة للترويج عن منتجاتها الجديدة مستغلة معرفة

وسمعة تلك الأعمال في نفوس المستهلكين على مستوى الدولة صاحبة ذلك التراث أو على مستوى بقية دول العالم، وهو ما حدث بالفعل عندما قامت إحدى الشركات الأمريكية ( فيرا برادلي ) بإعادة إنتاج رمز ( ادنكرا دوينيمن ) بوضعه على الحقائق والملابس وبيعها في الولايات المتحدة الأمريكية رغم ان قانون حق المؤلف في غانا التي يعود إليها ذلك الرمز يعترف به كنوع من العمل الثقافي الأصيل المشترك والتراث الغاني إلا أن غياب حماية حقيقية على المستوى الدولي جعل شركة ( فيرا برادلي ) في حل من أي التزامات قانونية دولية تجاه غانا عن استخدامها لذلك الرمز والاستفادة منه مادياً، بشكل كبير ودون أن تلزم بدفع أي مبلغ عن ذلك الاستخدام أو الاستفادة منها مادياً واقتصادياً. (1)

ولا يخفى مدى الآثار السلبية الكبيرة الناجمة عن اعتماد البعد الاقتصادي لوحده في الملكية الفكرية على الجوانب الإنسانية والاجتماعية كافة سواء تعلق بالتعليم أو الصحة أو التنمية أو غيرها فإذا ما احتكرت شركة معينة وسيلة تعليمية أو طريقة معينة ومنعت الحصول عليها إلا مقابل مبالغ كبيرة فإن ذلك سينعكس لا محالة سلبيًا على فرص التعليم الأفضل في المجتمع، وكذا الحال مع شركة إنتاج طبية كبرى معينة إذا ما حصلت على ملكية فكرية لأحد منتجاتها وكان ذلك المنتج فيه فائدة كبيرة في العلاج لمجموعة كبيرة من بني البشر وطلبت مبالغ كبيرة مقابل الاستفادة من تلك المنتجات ولم تستطع بعض الدول الحصول على ذلك المنتج فلا شك في الآثار الكارثية لذلك على المستوى الصحي في تلك الدول، وبالمثل فإنه سعي الدول لتحقيق التنمية يمكن أن يقوضه امتلاك هذه الشركات المتعددة الجنسيات إحدى وسائل التنمية لاسيما التنمية المستدامة مما يعرقل جهودها في هذا الشأن إذا لم تستطع دفع المبالغ التي طلبتها تلك الشركة للاستفادة من ملكيتها الفكرية لتلك الوسائل، وهكذا مع بقية المجالات الإنسانية

(1) J. Janewa Osei-Tutu, op.cit, p.485 and 499-512.

والمجتمعية والنفسية الأخرى مما يجعل البعد الاقتصادي متفردًا بحكم الملكية الفكرية بعيدًا عن أي جوانب إنسانية في الموضوع وهو ما يتطلب إعادة النظر في هذا التفرد بتطعيم أحكام الملكية الفكرية ببعض الجوانب الإنسانية الحقيقية والبعيدة عن الصورة في تلك الأحكام والنصوص وبالشكل الذي يعمل نوع من الموازنة بين الحقوق الاقتصادية والإنسانية أو البعدين الاقتصادي والإنساني إذ يتم الاستعادة القسوى من الملكية الفكرية وعلى جميع المستويات.

### الفرع الثاني: مظاهر ضعف القيود القانونية على الملكية الفكرية

تتعدد معالم ضعف أو وهن القيود القانونية المفروضة على الملكية الفكرية بالشكل الذي يمكن أن يؤدي إلى الحد من البعد الاقتصادي لهذا النوع من الملكية، وبالتالي فإن ذلك الضعف يعزز ويكرس البعد الاقتصادي للملكية الفكرية، ولأجل الاحاطة بأهم تلك المعالم أو المظاهر وجب علينا تفصيلها في نقطتين، وكما يأتي: أولاً: القوة المتعاظمة للشركات في مواجهة الدول: لقد انتهينا في الفرع السابق إلى أن الملكية الفكرية الحقيقية انتقلت فعليًا من المبدعين والمفكرين والمؤلفين كأفراد إلى الشركات وخاصة الكبيرة منها لا سيما الشركات متعددة الجنسيات وخاصة في المجالات الأكثر أهمية بالنسبة لبني البشر كالتعليم والصحة والتنمية وغيرها وهو ما فاقم قوة تلك الشركات في مواجهة الدول ليس على مستوى القوانين الوطنية وإنما على مستوى القانون الدولي أيضًا إلى درجة إذ تعززت وجهة النظر القائلة باتجاه الشركات نحو اكتساب الشخصية الدولية اسوة بالدول والمنظمات الدولية بل لعلها فاقت في قوتها وعظمتها المالية قوة بعض الدول الضعيفة منها كالدول الصغيرة أو الدول النامية، وإذا كان الامر كذلك إذا أخذنا الشركات دون مساندة ودعم بعض الدول فما بالك إذا ما تم مساندة ودعم تلك الشركات من قبل بعض الدول المتنفذة في المجتمع الدولي لا شك أن الأمر سيكون فيه قوة متزايدة ومتعاظمة لهذه الشركات الكبرى في مواجهة بعض الدول الضعيفة ولتفوق



أهميتها أهمية وقوة الدول وهم ما يعيد إلى الأذهان الجدل الفقهي الكبير حول امتلاك الشركات للشخصية الدولية.<sup>(١)</sup>

وباليت الأمر يقتصر على الجدالات القلمية ولا ينتقل إلى الواقع العملي لممارسات تلك الشركات إذ أن متابعة بسيطة لبعض قضايا الملكية الفكرية والمعارك التي دارت رحاها بين بعض الشركات وبعض الدول والدفاع المستमित لتلك الشركات عن حقوق الملكية الفكرية تثبت بما لا يدع مجالاً للشك بأن بأيدي الشركات مجموعة كبيرة من الوسائل المشروعة وغير المشروعة في هذا الشأن كالتطوع الإدارية والقضائية التي يمكن أن تقدم على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي فضلاً عن اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات أو حتى استخدام أساليب الضغط التجاري والتهديدات المبطنة والحصار الاقتصادي وأسلوب التشهير والوسائل التقليدية المهنية المفروضة على المحامين القائمين على قضايا الملكية الفكرية وطنياً وإقليمياً ودولياً، وحتى لو سلمنا جدلاً بأن تلك الوسائل لن تكون مجدية في النهاية وهو فرض غير واقعي في أغلب الأحيان فإن مجرد استخدامها سيكلف الدول وخاصة الضعيفة على مستوى المجتمع الدولي الكثير من الوقت والجهد والمال وهو ما سيجعل جهودها في التقليل من الاعتماد على البعد الاقتصادي للملكية الفكرية أمراً أكثر تعقيداً مما يبدو عليه من الناحية النظرية، وهو ما يكرس في النهاية القوة المتعاضمة للشركات في مواجهة الدول ومنحها المزيد من النقاط في الحصول على الشخصية الدولية خاصة في مواجهة الدول الضعيفة في المجتمع الدولي وذلك بما تمتلكه تلك الشركات من امكانيات مالية عالية إذ تفوق رؤوس أموال الكثير منها موازنات العديد من الدول مجتمعة، والمعروف أن المال يلعب دوراً فعالاً في

(١) ينظر في تفصيل الخلاف الفقهي حول اشخاص القانون الدولي العام حيزوم بدر الدين مرغني وكمال فتحي دريس: الشركات المتعددة الجنسيات في ضوء عناصر الشخصية القانونية الدولية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد ١٣، ع ٣، تشرين الاول ٢٠٢٠، ص ١٩٣ وما بعدها.

حسم الكثير من القضايا أمام القضاء أو التحكيم أو غيرها من الوسائل الأخرى خاصة إذا ما تم دعمه بالسلطة من دول متنفذة إقليمياً أو دولياً.<sup>(1)</sup> وما يزيد الطين بلة هو كون الشركات المالكة للملكية الفكرية ليست أطرافاً في الاتفاقيات الدولية سواء تلك المتعلقة بالملكية الفكرية أو حتى الاتفاقيات والمعاهدات العامة الأخرى وهو ما يأخذها بعيداً عن أي مجال للمساءلة الدولية عن انتهاكات تلك الحقوق رغم كونها المستفيد الأكبر من تلك الاتفاقيات فانتهكات حقوق الإنسان تؤثر على الدول لا على الأفراد والشركات وبالتالي فإن في ذلك نوعاً من الحصانة للشركات في مواجهة الدول فحتى إذا تم انتهاك الشركة لمثل تلك الحقوق فإن الدولة التي تتبعها الشركة هي المسؤولة أمام المجتمع الدولي وهذا ما يعزز الدعوة إلى ضرورة منح الشركات لاسيما كبريات الشركات منها الشخصية الدولية لتكون مسؤولة بشكل مباشر اسوة بالدول عن أي انتهاكات للاتفاقيات الدولية وإلا فإنها بهذه الوضعية القانونية ستكون بمنأى عن الخضوع لأي التزامات دولية رغم ما تملكه من قوة تفوق بها قوة بعض الدول في هذا المجال.<sup>(2)</sup> ولكن الإشكالية تكمن في صعوبة تغيير قواعد أو أحكام الملكية الفكرية سواء باتجاه الحد من البعد الاقتصادي واطفاء طابع إنساني أو في مجال وضع التزامات مباشرة على الشركات صاحبة الملكية الفكرية فإذا كان الأمر ممكناً نظرياً وبسهولة إذا ما تحققت الرغبة العامة لذلك بتعديل القانون الوطني أو حتى بتعديل الاتفاقية الدولية ذات الصلة بالموضوع، إلا أن الأمر عملياً يكاد يكون أقرب إلى المستحيل فكل محاولة للانتقاص من المكتسبات القانونية للشركات صاحبة الملكية الفكرية ستجابه بالتأثير غير المباشر لتلك الشركات على المشرعين في الدول فأغلب، إن لم نقل جميع، أعضاء البرلمانات في دول العالم مرتبطين بشركات كبرى تتولى عملية التمويل لحملاتهم الانتخابية ولا يستطيعون الخروج عن توجهات ممولي تلك الحملات، فضلاً عن أن مثل

(1) Abbe E. L. Brown, op.cit,p.486-489.

(2) J. Janewa Osei-Tutu,op.cit,p.487.

تلك الشركات لها باع طويل في عمل حملات المناصرة لمصلحتها ومن ثم الاستخدام الأمثل لوسائل الإعلام المختلفة في تكوين رأي عام مناصر لوجهة نظرها في الإبقاء على حقوقها المكتسبة في القوانين الوطنية والدولية ولو بطرق ووسائل ملتوية لا مجال للدخول في تفصيلاتها، ناهيك عن الإجراءات المعقدة والمطولة الخاصة بتعديل القانون والمراحل الكثيرة التي يستغرقها لاسيما في الدول ذات الديمقراطية الحقيقية غير الصورية فالتعديل كما القانون الجديد يجب أن يأخذ وقته ويمر فعلياً بالمراحل التقليدية المعروفة والمراحل الحديثة التي أضيفت مؤخرًا إليها.<sup>(١)</sup>

وبالمثل فإن أحداث أي تعديلات على الاتفاقيات الدولية العامة منها والمتصلة بحقوق الملكية الفكرية بشكل خاص يكاد يكون اصعب بكثير من تعديل أو وضع قانون وطني، وذلك لتعدد أطراف تلك الاتفاقيات إذ يتجاوز عدد اطرافها في الاقل ١٥٠ دولة بما يجعل من الصعب اجماع كل تلك الدول على إحداث ذلك التغيير<sup>(٢)</sup> ناهيك عن التأثير غير المباشر للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية على المستوى الدولي أسوة بتأثيرها على المستوى الوطني فليس من المبالغ فيه القول بأن قلة قليلة من الشركات تتحكم بمصائر مليارات البشر حول العالم وخاصة تلك المتحالفة مع بعضها والمدافعة عن حقوق بعضها البعض الآخر إذ لا يمكن المساس بتلك الحقوق بشكل سهل وبسيط، ولنا في الجهود الدولية لمواجهة مشكلة التجنب الضريبي باستخدام الملاذات الضريبية لعمالقة التقنيات الحديثة مثالاً حياً على ذلك فقد اخذت تلك الجهود عشرات السنين إلى

(١) ينظر في تفصيل ذلك د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد السلوكي ثورة ضد المبادئ التقليدية للقانون، ط١ ، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٠، ص٢٨٩-٢٩٠.

(٢) للمزيد من التفصيل حول صعوبات تعديل المعاهدات الدولية ينظر د. محمد خالد برع: دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية دراسة في ضوء احكام القانون الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٤، ع ١٥، ج٢، ٢٠١٥، ص٥٦٠ وما بعدها.

أن تم الوصول إلى اتفاق في هذا الشأن بل حتى هذه الاتفاق لم ير النور لولا موافقة الشركات عليه إذ تم تمثيل الشركات في مفاوضات تلك الاتفاقية إلى جانب الدول.<sup>(١)</sup> وحتى لو سلمنا جدلاً بصدور قانون وطني يحد من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية ويفرض بعض الالتزامات الجديدة على الشركات مالكة الملكية الفكرية أو صدور اتفاقية أو أكثر في هذا الشأن فإن ذلك لا يعني إن القضية انتهت وأن الشركة خسرت المعركة قانونياً بل ستبدأ معركة قانونية جديدة في هذا المجال هي معركة الطعن في دستورية القانون أو في دوليته أي مدى توافقه مع الدستور أو مع الاتفاقيات الدولية أو على الأقل مع المبادئ العامة للقانون الدولي العام وهو ما يكلف الدولة أو الدول المعنية الكثير من الوقت والجهد والمال وربما يدفعها ذلك في النهاية إلى التنازل أو على الأقل الدخول في مفاوضات لحل هذا الاشكال أو أي وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات القانونية القائمة على ذلك، ولنا في الواقع الوطني والدولي العديد من الأمثلة على ذلك ومنها قيام شركة تصنيع السجائر ( فيليب موريس انترناشنال ) بالطعن في قانون التغليف البسيط الأسترالي لسنة ٢٠١٦ الذي فرض على شركات صناعة السجائر وضع تحذيرات على شكل صور حول المخاطر الصحية للتدخين وعدم الاكتفاء بعبارة التحذير المكتوبة إذ تتضمن الصور توضيحاً كافياً للضرر الذي يمكن أن ينجم عن التدخين، كما أوجب القانون أن توضع تلك الصور في الجزء الأمامي كما الخلفي من علبة السجائر التي تصنعها الشركات، في حين تبقى العلامة التجارية على شكل كلمات دون أي تصميمات، فقد تم الطعن بالقانون على أساس ان فيه انتهاك لحقوق الشركات في الملكية الفكرية باعتباره منعها من استخدام العلامة التجارية على شكل صور والاكتفاء بالكلمات وبالتالي تقييد لحقوق تلك الشركات في استخدام علاماتها التجارية وهو ما يخالف صراحة أحكام الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، وبالمثل فقد طعنت شركة

(١) ينظر في تفصيل ذلك د. احمد خلف حسين الدخيل : الممارسات العدالاتية في انفاذ القوانين المالية، ط١، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢٢، ص٢١١-٢١٢.

دولية متعددة الجنسيات هي ( أيلي ليلي ) في حكم صادر من إحدى المحاكم الكندية ضدها حيث طالبت الشركة بعد صدور الحكم بتعويضها بمبلغ ٥٠٠,٠٠٠,٠٠٠ دولار عن عدم احترام كندا لالتزاماتها بحماية الملكية الفكرية بموجب الفصل الحادي عشر من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية وبدلالة الفصل السابع عشر من الاتفاقية ذاتها، إذ ادعت الشركة بان حكم المحكمة الكندية يرقى إلى مستوى مصادرة استثماراتها خلافاً للفصل الحادي عشر من الاتفاقية ذلك ان شرط المنافسة بموجب قانون براءة الاختراع الكندي الذي جرت عليه تعديلات كثيرة أدت إلى إجهاض أو مخالفة توقعاتها المشروعة بموجب الاتفاقية وحابت بشكل واضح حقوق الحكومة الكندية، وبغض النظر عن نتائج تلك الطعون فإن في ذلك إظهار لقوة وعظمة الشركات مقارنة بالدول.<sup>(١)</sup>

ورغم ان الاتفاقيات الدولية أو حتى نصوص القوانين الوطنية تبدو بانها تسعى لعمل نوع من التوازن بين البعد الاقتصادي والبعد الإنساني في الملكية الفكرية فعلى سبيل المثال تنص المادة ٧ من اتفاقية ترينس وهي تحدد أهم أهداف الاتفاقية على أنه ( المساهمة في تعزيز الابتكار التكنولوجي ونقل التكنولوجيا ونشرها لتحقيق المنفعة المتبادلة لمنتجي ومستخدمي المعرفة التكنولوجية وبطريقة تقضي إلى الرفاه الاجتماعي والاقتصادي، وتوازن الحقوق والالتزامات) ولكن هذا الهدف العام والنص الإنساني هو تعبيره أكثر منه تطبيقياً إذ يصطدم بالكم الهائل من الحقوق والامتيازات المعترف بها للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية بما يعيد الأمور في مجملها إلى رجحان كفة البعد الاقتصادي وقوة الشركات مقارنة بالدول أو بالأحرى مقارنة بالبعد الإنساني أو الصالح العام للمجتمعات الوطنية والمجتمع الدولي فكأن لسان حال الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية يؤكد غياب التوازن بين حقوق الملكية الفكرية للشركات وبين المصلحة العامة

(1) Abbe E. L. Brown, op.cit,p.488..

للدول المختلفة لصالح الأولى على حساب الثانية وذلك لكون الأولى أكثر تحديداً فيما تبدو الثانية أكثر عمومية وأقل تحديداً وتعييناً.

ثانياً: **وهن قيود حقوق الإنسان على الملكية الفكرية:** مع أن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تتضمن بعض الاستثناءات على حقوق الملكية الفكرية التي تحد من نطاقها أو تقلص من مدتها أو تحدد ظروف أو معطيات استخدامها، ناهيك عن سماح بعض الاستثناءات من تلك الحقوق مثل الترخيص الاجباري والاسترداد الجوازي والاستخدام العادل والتعامل بشكل عادل ومنع التعسف في استعمال الحق ولكنها جميعاً استثناءات بسيطة مقارنة بأصل الحق أو قاعدته التي تمنح الكثير من المزايا والحقوق للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية وخاصة المادية أو الاقتصادية منها والتي يكون لها سمة الرجحان على بقية الحقوق والمزايا الأخرى هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الواقع العملي فيه الكثير من القيود على الاستفادة من تلك الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، فرغم كل تلك الاستثناءات النظرية إلا أن الواقع يقول أنها أشبه بإطار نظري لا تطبيق له إلا في أحوال نادرة وذلك عندما توافق الشركات بنفسها على الالتزام بمثل تلك القيود دون أن تفرض عليها بشكل قسري<sup>(1)</sup> ولنا فيما حدث مع اغلب الدول في تعاملاتها مع شركات صناعة الأدوية لاسيما اللقاحات المضادة لفايروس كورونا المستجد لسنة ٢٠١٩ فقد اجبرت الشركات المصنعة لتلك اللقاحات الدول على إقرار قوانين تنص صراحة على إعفاء الشركات العالمية المصنعة والمجهزة للقاحات الخاصة بفايروس كورونا وكذلك وزارة الصحة والبيئة وتشكيلاتها وتحصينها من المسؤولين المدنيين والجزائية عن الأضرار الناجمة عن توفير واستخدام المواد الصحية اللازمة للوقاية من فايروس كورونا وهو ما التزم به المشرع العراقي في قانون توفير استخدام لقاحات جائحة

(1) Abbe E. L. Brown, op.cit,p.488.

كورونا رقم ٩ لسنة ٢٠٢١ النافذ<sup>(١)</sup>، ومع أن المشرع استثنى من الإعفاء من المسؤولين أعلاه الاعمال العمدية التي تؤدي إلى الوفاة أو الإصابة الجسيمة الناجمة عن ذلك إلا أن الأصل هو الإعفاء وأن المسؤولية هي الاستثناء<sup>(٢)</sup>، كما اعقبها المشرع بإقرار آخر بان لا مسؤولية حقيقية على الشركات عندما جعل المسؤولية المدنية في كل الأحوال على الدولة العراقية إذ حملها دفع أي تعويضات يمكن أن تترتب للمتضررين من أنشطة التطعيم<sup>(٣)</sup>.

نعم لقد كانت الحكومة العراقية كما بقية دول العالم النامي أو المستضعف في المجتمع الدولي أمام خيارين احلاهما مر فإما أن تبقى تعاني من انتشار فايروس كورونا وإما أن تخاطر وتقبل بشروط مالكي حقوق الملكية الفكرية لصناعة اللقاحات ومنحهم حصانة من أي ملاحقة قانونية يمكن أن تترتب عن استخدام تلك اللقاحات وما يمكن أن تؤدي إليه من اضرار، وعملياً في النهاية تعويض أي أضرار يمكن أن تلحق بأي شخص في هذا الشأن، فما كان منها أمام احتكار تلك الشركات لحقوق صناعة تلك اللقاحات سوى الموافقة أو اختيار الخيار الثاني والاستفادة من ذلك اللقاح عله يمثل الحل أمام معاناة المرضى وأمام الأزمة المالية التي ضربت بلدان العالم كافة نتيجة ذلك الفايروس الصحي المالي الاقتصادي في الوقت ذاته.

وعليه فإن التوازن المطلوب بين حقوق كل من الملكية الفكرية وحقوق المجتمع بل أن التوازن مهم في جميع الحقوق إذ لا يمكن للمرء الوصول إلى حقوقه عبر التسلق على حقوق الآخرين وقد عبرت عن هذا المنطق أو هذا المبدأ اغلب المواثيق الدولية ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عندما أوجب عند ممارسة الشخص لحقوقه وحرياته أن يتقيد باحترام حقوق وحرريات الآخرين ومثل هذا الواجب يقع على الأفراد

(١) ينظر المادة ٢ من القانون اعلاه الذي نشر في جريدة الوقائع العراقية بعدها المرقم ٤٦٢١ في ٢٠٢١/٣/١٥.

(٢) ينظر المادة ٣ من القانون اعلاه.

(٣) ينظر المادة ٤ من القانون اعلاه.

والشركات كما الدول<sup>(١)</sup> هذا فضلاً عن التأكيد على أنه لا يمكن للدول والأفراد القيام بأنشطة مقوضة لمبادئ حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup> وكذا الحال مع اعتبار كل من الحق في التنمية والحق في تقرير والحق في تقرير المصير والحقوق وثيقة الصلة بما في ذلك سيادة الفرد على موارده وهكذا مع بقية حقوق الإنسان الأخرى من الحق في الصحة والحق في التعليم والحق في التنمية.<sup>(٣)</sup>

ولكن هذا التوازن يبدو نظرياً أو صورياً أكثر منه تطبيقياً أو حقيقياً فقد أفرز التطبيق العملي علو كعب الشركات صاحبة الملكية الفكرية وحقوقها على بقية حقوق الإنسان الأخرى مما يعني عدم كفاية نصوص حقوق الإنسان لاسيما في المواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية في الحد من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية، إذ لازالت الكفة تميل لصالح هذه الأخيرة على حساب البعد الإنساني لا بل أن الشركات باتت تستخدم الملكية الفكرية بعدها أحد مبادئ حقوق الإنسان فكما تم استخدام حقوق الإنسان لمواجهة الزيادة المفرطة في هيمنة الشركات على امتيازات الملكية الفكرية وتقييد سلطاتها وصلاحياتها في هذا الشأن ردت تلك الشركات بأن الملكية الفكرية ليست سوى عضوًا في عائلة حقوق الإنسان، بل هي الحق الأكثر أهمية للتطور والإبداع والابتكار فبدونها لا يمكن للبشرية أن تتقدم وانها ستبقى تراوح مكانها إذ لا يستطيع بني البشر أن يتمتعوا ببقية الحقوق الأخرى وهو ما يعرقل جهود الحد من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية ويلطفها ببعض الجوانب الإنسانية والاجتماعية من خلال التأكيد على ضرورة احترامها لمبادئ حقوق الإنسان فالتدقيق في الموضوع ينتهي بنا إلى الإقرار بأن الملكية الفكرية من تلك الحقوق فقد اعترف العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بحق كل فرد

(١) ينظر المادة ٢٩ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان.  
(٢) ينظر المادة ٣٠ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمادة ٥ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.  
(٣) ينظر المادة ١٦ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواد ١١-١٣ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.



في الاستفادة من حماية المصالح المعنوية والمادية الناجمة عن أي إنتاج علمي أو أدبي أو فني من منفعة، ناهيك عن اعترافها بالحق في المشاركة الثقافية والتمتع بفوائد التقدم العلمي وتطبيقه، ولكن انعام النظر في هذه النصوص أو المضامين اعلاه من المواثيق الدولية ينتهي بكل متخصص إلى أنها لا تعني مطلقاً حقوق الشركات وإنما حقوق الأفراد المبدعين والمبتكرين والمؤلفين غير أن الشركات استطاعت أن تستخدمها كوسيلة لحماية مصالحها المادية في مبادئ الملكية الفكرية وطنياً ودولياً في سعيها لإجهاض أي مبادرات في هذا الشأن للتقليل من امتيازاتها المادية لصالح حقوق الإنسان بشكل عام، ومن هنا كان هناك نوع من المرونة في قضايا حقوق الإنسان في التأثير الايجابي على الأقل في محفل القضاء عملياً في الحد من حقوق الشركات صاحبة الملكية الفكرية وذلك لاستخدام هذه الملكية كحق مقابل لدعاوي حقوق الإنسان وهي أشبه بتطبيقات فكرة الدعوى المقابلة التي يقدمها المدعي عليه ليطالب فيها المدعي بنقيض ما ادعى به، وعليه من المرجح أن يكون لهذه الحجة أو الذريعة دوراً كبيراً في تفويض فرص الحد من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية للشركات في الاحتجاج أو الاستدلال بانتهاك حقوق الإنسان من قبل الشركات وهي تتمتع بحقوق الملكية الفكرية إذ أن الأمر من الصعوبة بمكان وإن تأثيره غالباً ما يكون محدوداً في هذا الجانب.<sup>(1)</sup>

كل ذلك الضعف والوهن في القيود القانونية الخاصة بالملكية الفكرية جعل التزام الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية باحترام مبادئ حقوق الإنسان سواء الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو المواثيق الدولية التخصيصية الأخرى أمام التزام أخلاقي أكثر منه التزاماً قانونياً وهو ما يجعل الشركات حرة في الالتزام بها من عدمه على الأقل من الناحية القانونية وأن بدت أو التزمت اغلب الشركات ببعض المبادئ فإن التزامها سيسجل لها وستكون متفضلة على المجتمع باعتبارها قد تنازلت عن بعض

(1) Abbe E. L. Brown, op.cit,p.490-497.

حقوقها للمصلحة العامة أو لتحقيق مبادئ حقوق الإنسان وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى المزيد من الرواج لمنتجاتها أو التقليل من تكاليف الإنتاج وربما حتى الظفر ببعض الامتيازات المالية التي تقدمها الدولة لها كلما (تنازلت) عن بعض حقوقها الاقتصادية وأجازت مثلًا الاستفادة من حقوق الملكية الفكرية التي تملكها لتحقيق المنفعة العامة، وهو ما دفع البعض<sup>(1)</sup> إلى التأكيد على أن مبادئ حقوق الإنسان قدر تعلق الأمر بالملكية الفكرية للشركات هي مجرد معايير أخلاقية أو اجتماعية لا التزامات قانونية وهو ما يجعل الشركات غير الملتزمة بتلك المعايير أمام مسؤولية أخلاقية أو اجتماعية أكثر منها مسؤولية قانونية وهو ما يتفق مع الواقع العملي لالتزام بعض الشركات بتلك المعايير من باب المسؤولية الأخلاقية وإنكار البعض الآخر منها لتلك المعايير لعدم اهتمامها بالجوانب الأخلاقية.

### المطلب الثاني

#### آليات إضفاء بعد إنساني للملكية الفكرية

رغم كل ما قيل عن اعتماد أحكام الملكية الفكرية لبعدها اقتصادي بحت إلا أن المحاولات الجادة للتخفيف من ذلك البعد كانت ولا زالت مستمرة وكذلك للتخفيف من الآثار المادية الكبيرة التي تتصف بها الملكية الفكرية لاسيما بعد أن امتلكتها جميعًا الشركات وبالتحديد منها كبريات الشركات العالمية لاسيما الشركات متعددة الجنسيات التي لا تعترف من الناحيتين القانونية والواقعية سوى بهدف واحد ألا وهو تحقيق الربح والمزيد من الربح وتجنب الخسارة أو الكسب الفائق والتي وإن كان من الصعب جعلها تتخلى عن ذلك الهدف أو على الأقل التخفيف من سعيها إلى تحقيقه وبالتالي السعي ولو بصورة بسيطة لتحقيق بعض المصالح العامة أو المنافع العامة لأبناء المجتمع إلا أن الطرح بدأ بالبحث عن آليات لمثل ذلك التخفيف باستخدام آليات المسؤولية المجتمعية

(1) J. Janewa Osei-Tutu, op.cit, p.489-496.

في القطاع الخاص بشكل عام والشركات بشكل خاص على أساس ما يسمى بمواطنة الشركات والتأكيد على أن الشركات مثلها مثل البشر كائنات اجتماعية لا يمكن أن تعيش بمعزل عن المجتمع ثم تطور الأمر إلى الاستعانة بآليات الاقتصاد السلوكي لا سيما منها ما تتميز به هذه الآليات من حقيقة مهمة إلا وهي أنسنة العلاقات الاقتصادية. وعليه وجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين نركز فيهما على أهم الآليات التي يمكن عن طريقها اضعاف بعد إنساني على أحكام وقواعد الملكية الفكرية فنخصص الفرع الأول لآليات المسؤولية المجتمعية، في حين نتطرق في الثاني إلى آليات الاقتصاد السلوكي، وعلى التفصيل الآتي:.

### الفرع الأول: آليات المسؤولية المجتمعية

تشكل المسؤولية المجتمعية إحدى تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني التي استخدمت للتخفيف من وطأة اعتماد النظام الرأسمالي على المجتمع والتخفيف من أثر ذلك الاعتماد، ورغم الاختلاف الفقهي حول مفهوم المسؤولية المجتمعية فقد كانت هناك ثلاثة اتجاهات يذهب الأول إلى قصر ممارسات المسؤولية المجتمعية على الأعمال التطوعية التي يقوم بها أشخاص القانون الخاص، فيما يذهب الثاني إلى شمولها للممارسات الإلزامية التي تصب في خدمة المجتمع فضلاً عن الممارسات الطوعية للقطاع الخاص، أما الاتجاه الثالث والراجح في هذا الشأن فهو الذي يعرف المسؤولية المجتمعية بأنها ( تبني القطاع الخاص طوعية أو مدفوعاً بالامتيازات القانونية سياسات تصب في خدمة المجتمع ) ليعطي لهذه المسؤولية نطاقاً أوسع من الاتجاه الأول وأضيق بعض الشيء من الاتجاه الثاني إذ انه لا يقصر ممارسات هذه المسؤولية على الطوعية منها كما يفعل الاتجاه الأول ولكنه يخرج الممارسات الإلزامية التي أدخلها الاتجاه الثاني ويستبدلها بالممارسات المدفوعة أو التي يتم التشجيع عليها من قبل الدولة عبر منح امتيازات قانونية معينة كالإعفاءات الضريبية والتخفيض في الأسعار الضريبية أو

التفضيل في الظفر بالتعاقدات الحكومية أو غيرها من الامتيازات الأخرى لكل شخص من أشخاص القانون الخاص يقوم بممارسات تصب في خدمة المجتمع.<sup>(١)</sup> ومع أن القليل من الدول ضمنّت قوانينها أساساً قانونياً صريحاً للمسؤولية المجتمعية كنظام الشركات السعودي النافذ عندما اجاز في المادة ١٢٩ منه للشركة لا سيما الجمعية العامة العادية للشركة الاقطاع من الارباح الصافية مبالغ لإنشاء مؤسسات اجتماعية تصب في خدمة موظفي الشركة وعمالها أو معاونة ما يكون قائماً من هذه المؤسسات ، الا ان اغلب القوانين التجارية وقوانين الشركات التجارية لم تنص صراحة على أساس قانوني صريح ولكن العديد من النصوص الدستورية والقانونية الأخرى يمكن أن تشكل أساساً قانونياً ضمنياً لها، اما عن الأساس الفلسفي لها فيبرر بزيادة الدور الذي يمارسه القطاع الخاص على حساب دور الدولة الذي ينحسر شيئاً فشيئاً مبرراً ذلك التزايد في دور القطاع الخاص، أن هذا القطاع وخاصة الشركات منه هي كائنات اجتماعية لا يمكن أن تعيش بمعزل عن المجتمع فهي تؤثر فيه وتتأثر به ولا يمكنها أن تنمو وتترعرع ما لم يكن ذلك ضمن مجتمع معين وطنياً ودولياً فعليها ان تحمي ذلك المجتمع وتسانده عبر ممارساتها المجتمعية، مع التأكيد هنا أن عناصر

(١) ينظر في تفصيل ذلك - مقدم وهيبية وزايري بلقاسم : المسؤولية الاجتماعية للشركات: أداة لتحقيق التكامل بين التنمية الاقتصادية والتنمية الاجتماعية في الدول العربية ، مقال منشور في مجلة دفاتر اقتصادية الصادرة عن قسم العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية ، جامعة الجلفة ، ع ٧ سبتمبر ٢٠١٣ ، ص ٨.

- رابعة سالما لنسور: اثر تبني أنماط المسؤولية الاجتماعية في تحقيق الميزة التنافسية ( دراسة ميدانية في المصارف التجارية العامة في الأردن)، كلية الأعمال، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، ٢٠١٠ ، ص ١٧.

- خامرة الطاهر: المسؤولية البيئية والاجتماعية مدخل لمساهمة المؤسسة الاقتصادية في تحقيق التنمية المستدامة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاعمال ، جامعة ورقلة ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٢.

- د.احمد خلف حسين الدخيل وخالد احمد مطر : المسؤولية المجتمعية للشركات متعددة الجنسيات عن حماية الأقليات، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الثاني لجامعة التنمية البشرية الذي أقيم في السلیمانية تحت شعار التنمية البشرية رؤية معاصرة للفترة من ١٥ \_ ١٦ نيسان ٢٠١٥ منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية ، ج ١، المجلد ١ ، ٣٤ ، ٢٠١٥ ، ص ١٠٢ .

المسؤولية المجتمعية الثلاثة هي سلوك مجتمعي أي ممارسة من الممارسات التي تخدم المجتمع ونتيجة مجتمعية أي فائدة أو مصلحة يجنيها المجتمع من ذلك السلوك ورابطة السببية بين السلوك المجتمعي والنتيجة المجتمعية كأن تتخلى أو بالأحرى تسمح شركة تملك حقوق الملكية الفكرية لعقار طبي معين لبعض الشركات الوطنية أو العالمية بإنتاج ذلك العقار في أزمة صحية يعاني منها بلد معين أو العالم بأسره من اجل دعم الجهود الوطنية والدولية لمواجهة الأزمة دون أن تكون الشركة ملزمة بذلك وأن كان تصرفها هذا مدعماً أو مدفوعاً بالحصول على امتيازات معينة يمكن ان تقدمها دولة معينة أو منظمة دولية مقابل ذلك التخلي أو السماح بإنتاج ذلك العقار من شركات أخرى غير الشركة مالكة حقوق الملكية الفكرية عليه. (١)

وإذا ما عدنا إلى تطبيقات المسؤولية المجتمعية لوجدنا أنها حسب التعريف الذي سقناه لها تبدو في نوعين من التطبيقات، وعلى التفصيل الآتي:

**أولاً: التطبيقات التطوعية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية:** إذا كانت الشركات بل القطاع الخاص بشكل عام لا يمكن أن يبغى غير الربح إلا أن هذا الهدف يمكن أن يتم تحقيقه بشكل مباشر أو بصورة غير مباشرة مما جعل بالنتيجة اغلب الفقه يتجه نحو الاعتراف باتفاق ممارسات القطاع الخاص التي تصب في خدمة المجتمع والتي تحقق في الوقت ذاته الربح أو تجنب الخسارة لذلك القطاع، وذلك من خلال ممارسات تقليل تكاليف الإنتاج أو الترويج للمنتجات أو الظفر بأعلى المراتب في تصنيفات المسؤولية المجتمعية، وعلى التفصيل الآتي:

**١. ممارسات تقليل تكاليف الإنتاج:** حتى عندما لا تكون الشركة المالكة لحقوق الملكية الفكرية ملزمة بالتنازل عن بعض تلك الحقوق إلا أنها قد تكون مدفوعة بتحقيق مصالحها وأن كان ذلك بصورة غير مباشرة وتحت غطاء أو ستار تحقيق المصلحة أو المنفعة

(١) للمزيد من التفصيل ينظر د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد الاجتماعي التضامني، ط١، دار الذكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٩، ص٥٨-٦٢.

العامة وخدمة المجتمع ومساندة دور الدولة في إشباع الحاجات العامة كأن ترعى شركة تملك اختراعاً معيناً مؤتمراً علمياً أو ندوة أكاديمية أو ورشة عمل أو لقاء دولي للارتقاء بواقع ذلك الاختراع الذي تقيمه إحدى الجامعات في إحدى الدول وينتج عن ذلك المحفل العلمي آليات أو تقنيات جديدة لتطوير ذلك الاختراع فتتولى تلك الشركة الاستفادة منه بعدها من قام برعاية ذلك الحدث الأكاديمي وبالتالي تقوم بتقليل تكاليف الإنتاج بالاستفادة من التقنيات الجديدة لتبدو الشركة بأنها أسهمت في تطوير عمل علمي معين في المجتمع الوطني والمجتمع الدولي وفي الوقت ذاته تكون قد ربحت الكثير من الاموال أو على الأقل تجنب الكثير من الخسائر التي كانت تذهب في تكاليف الإنتاج بالآلية السابقة وتوصلت إلى تقنيات أقل تكلفة.

٢. ممارسات الترويج للمنتجات:.. قد لا يكون في الأمر فرصة لتقليل تكاليف الإنتاج وإنما قد تقوم بعض الشركات المالكة للملكية الفكرية في الترويج لمنتجاتها بطريقة ذكية ليس بالإعلانات المرئية والمقروءة والمسموعة فقط وإنما بالقيام ببعض الأعمال التي تخدم المجتمع أو تخدم بعض أفرادها مما يجعلها مثاراً للإشادة عبر وسائل الإعلام المختلفة لا سيما وسائل التواصل الاجتماعي كأن تتبرع الشركة المالكة لعلامة تجارية معينة ذات سمعة عالية ببعض الأجهزة التي تنتجها لجامعة معينة في دولة ما تعرضت لظروف قاسية كما حدث بعد تحرير بعض المناطق في العراق من سيطرة عصابات داعش الارهابية وما تعرضت له تلك الجامعات من نهب وتدمير لكافة ممتلكاتها فلو قامت شركة لصناعة اجهزة معينة بتقديم بعض منتجاتها مجاناً لهذه الجامعات لكان ذلك مثاراً للحديث بإيجابية عن تلك الشركة وجهودها في خدمة العلم والعلماء وبالتالي اكتسابها ثقة المجتمع ومن ثم المزيد من الرواج والمزيد من المبيعات لمنتجات هذه الشركة.

وعلى المنوال ذاته فإن الشركة يمكن كما تهتم بالمستهلكين يمكن أن تهتم بالموظفين لديها كما لو بادرت شركة مالكة لحقوق الملكية الفكرية الخاصة بلقاح معين بتقديم هذا اللقاح مجاناً للعاملين فيها بكافة فئاتهم سواء كانوا من المديرين أو الكتية أو العاملين الميدانيين فيها وهو ما يجعل هؤلاء يشعرون بالامتنان والعرفان للشركة مما يدفعهم إلى أداء واجباتهم على أفضل وجه، وبالمثل فإن الشركة يمكن أن تتعامل بذات الروحية التعاونية مع شركائها في العمل من الموردين وغيرهم من تجار الجملة وتجار التجزئة الذين يتعاملون معها بأن تعاملهم باحترام للاتفاقيات التي تمت معهم أو حتى سياق الاتفاقات معهم حتى لو حصلت على عروض أفضل مما يجعل هؤلاء يحرصون على التعامل بذات الآلية مع الشركة في اوقات الأزمات التي يمكن أن تمر بها الشركة.<sup>(1)</sup>

ففي الأمثلة التي سبق أن ذكرناها في المطلب الأول فلو قامت شركة ( فيليب موريس انترناشونال ) لصناعة السجائر بالتنازل عن حقها في الطعن أو بسحب طعنها بالقانون الأسترالي الخاص بالحماية الصحية ضد التدخين فإن ذلك سيكون له أثر كبير في الدعاية والترويج لهذه الشركة واحترامها لمبادئ حقوق الإنسان لاسيما حقه في الصحة وإن لم تكن ملزمة بذلك قانوناً للسعي من اجل الحد من البعد الاقتصادي المادي البحت للملكية الفكرية وتطعيمه ببعض الجوانب الإنسانية التي يمكن أن تؤدي إلى وصف الشركة بشركة مواطنة صالحة، وكذا الحال مع شركة ( فيرا برادلي ) في استخدامها لرموز ( ادنكرا دوينيمن ) فسيكون من الأفضل للشركة أن تعترف بالحقوق الثقافية الأصيلة المشتركة للمجتمع الغاني وتدفع مبلغ معين فان ذلك لن يقلل من أرباحها بل على العكس سيكون له الأثر الكبير في رواج منتجات هذه الشركة على أساس أن

(1) Corporate Social Responsibility: Good Corporate Citizens Respect Copyright and the Property of Others, Copyright Clearance Center, Inc. RD-0914WP-CSR-ENG,2015,p.4.

النظرة إليها ستكون نظرة إنسانية بدل أن توصف الشركة بالجشع والطمع والمادية التي يمكن أن تدفع إلى مقاطعة منتجاتها.<sup>(١)</sup>

ولعل مثالاً حياً آخرًا على مبادرة طوعية لإحدى شركات الأدوية الكبيرة والتي تدعي ( نوفارتيس ) التي أبرمت اتفاقًا مع منظمة الصحة العالمية لسنة ٢٠٠٥ على توفير الكميات الكافية لعلاج الجذام لوحدها رغم كل الضغوط الإنتاجية عليها الا أنها لبثت طلب المنظمة العالمية اعترافًا منها بمبادئ حقوق الإنسان وأن كان ذلك فيه بعض التضيق على الشركة وخسارتها أو على الأقل فانت عليها بعض الصفقات التجارية الربحة مما اعلى من اسم الشركة في المحافل الدولية والوطنية وجعلها تتميز بنوع من الأعمال المجتمعية التي نادرًا ما تكون قد قامت بها بعض الشركات لاسيما الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية التي تتمتع، كما سبق التفصيل، بحماية قانونية عالية وتمتلك ادوات كبيرة في الدفاع عن تلك الحقوق والامتيازات سواء من الوسائل المشروعة وغير المشروعة.<sup>(٢)</sup>

**٣. التسابق للظفر بأعلى المراتب في تصنيفات المسؤولية المجتمعية:** ما ان استقرت ممارسات المسؤولية المجتمعية حتى بدأت بعض المنظمات بالتخصص بوضع معايير ومؤشرات المسؤولية المجتمعية وعمل تصنيفات للشركات الملتزمة بالمسؤولية المجتمعية ومنها منظمة ( Social Business Responsibility ) التي ظهرت في نهاية العقد الأول من الألفية الثالثة ومن ثم تتابعت بعدها المنظمات التي تضع تلك المؤشرات والتصنيفات وهو ما خلق جو من التنافس بين الشركات للحصول على أعلى المراتب في تلك التصنيفات، وقد كانت ولا زالت الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية حاضرة في تلك التصنيفات مما شجع بقية الشركات على أن تحذو حذوها في هذا الشأن حيث تبدو الشركة في سعيها للوصول إلى تلك المراتب وكأنها تروم تحقيق مصالح مجتمعية عبر

(1) J. Janewa Osei-Tutu, op.cit, p.509-510.

(2) Abbe E. L. Brown, op.cit, p.506.



سلوك مجتمعي معين بشكل طبيعي في حين أنها كما هو واضح تسعى إلى الظفر بأعلى المراتب في هذا الشأن<sup>(١)</sup> وهو ما يقلل أو يقلص من البعد الاقتصادي المادي البحث ويطلع تصرفات أو ممارسات هذه الشركات بطابع إنساني اجتماعي مجتمعي يزيد يوم بعد يوم من أجل الحصول على تلك المراتب العليا.

**ثانياً: التطبيقات المدفوعة بالحوافز التشجيعية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية:** فضلاً عن الممارسات الطوعية التي تقوم بها الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية فإن الدول والمنظمات الدولية يمكن أن تحفز تلك الشركات للقيام ببعض الممارسات المجتمعية التي تصب في خدمة المجتمع عبر منحها بعض الامتيازات القانونية المادية منها والمعنوية، وعلى التفصيل الآتي:

١. **الحوافز الواردة في قوانين النفقات العامة:** يمكن أن تستخدم الدولة قوانين النفقات العامة لمنح بعض الحوافز المادية لتشجيع الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية على القيام بممارسات مجتمعية، ومنها على سبيل المثال:

أ. **الأفضلية في التعاقد على العقود الحكومية:** تستخدم بعض الدول قوانين وتعليمات العقود الحكومية لمنح افضلية للشركات صاحبة الملكية الفكرية التي تقوم بأنشطة وممارسات تصب في خدمة المجتمع وتحمل المسؤولية المجتمعية المنشودة سواء عن طريق اضافة نقاط مفاضلة معينة لكل شركة من تلك الشركات تقوم بتقديم خدمات مجتمعية دون أن تكون ملزمة بذلك سواء كانت تلك الممارسات لأغراض تقليل التكاليف أو الترويج أو الظفر بأعلى المراتب في التصنيفات فما دامت تصب في خدمة المجتمع فإنها ستستفيد من هذه الأفضلية أو أن يتم الاستعانة بطريقة الاختيار المباشر في التعاقد

(١) ينظر في تفصيل ذلك د. عروب السيد يوسف الرفاعي : المسؤولية الاجتماعية للشركات في الدول العربية : إشكاليات في النظرية والتطبيق ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الأول للمسؤولية المجتمعية الذي اقامه مركز الفيصل للمسؤولية المجتمعية للفترة من ٢٦-٢٨ آذار ٢٠١٦ ، منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية ، ٢٤.الدوحة، ٢٠٠٦، ص ٨٠.

مباشرة مع هذه الشركات دون غيرها من الشركات الأخرى التي لا تلتزم بالمسؤولية المجتمعية.

ب . الاستفادة من الإعانات: تشكل الإعانات المالية التي تدفعها الدولة للشركات التي تقدم الخدمات المجتمعية وسيلة أخرى من وسائل التحفيز والتشجيع لولوج ممارسات المسؤولية المجتمعية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية، وهو ما يدفع هذه الشركات وغيرها إلى التسابق للقيام بالأعمال المجتمعية سواء كانت تلك الإعانات دولية أو وطنية فهذه الإعانات تدفع في الاصل دون مقابل أي بالإرادة المنفردة للدولة ولكنها عادة ما تستخدم من الناحية الواقعية في المساعدة أو تتمين جهود الشخص الذي تقدم له كجزء من العرفان والتقدير للجهود المجتمعية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية.

٢. الحوافز الواردة في قوانين الإيرادات العامة: ليس فقط قوانين النفقات العامة وإنما كذلك قوانين الإيرادات العامة هي الأخرى يمكن أن تستخدم لمنح الحوافز التشجيعية للشركات مالكة حقوق الملكية الفكرية لتشجيعها على القيام ببعض الممارسات المجتمعية، ومنها على سبيل المثال:

أ. الحوافز الضريبية والرسوماتية: يمكن القول أن الحوافز الضريبية وحوافز الرسم العام هي الأكثر شيوعاً من بين الحوافز الأخرى التي يمكن استخدامها لدفع وتشجيع الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية على القيام ببعض الممارسات المجتمعية أو التي تصب في خدمة المجتمع وخاصة منها ما يتعلق باحترام ورعاية حقوق الإنسان سواء الحق في الصحة أو الحق في التعليم أو الحق في التنمية أو غيرها من الحقوق الأخرى فعادة ما تقوم الدولة بتشجيع هذه الشركات عبر اعفائها كلياً أو جزئياً من ضريبة معينة أو الضرائب بشكل عام أو رسم معين أو رسوم معينة أو تخفيض أسعار كل منها أو تنزيل بعض تكاليف الممارسات المجتمعية من الوعاء الضريبي الخاضع للضريبة، وهو ما يساعد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على دفع هذه الشركات إلى القيام بتلك الممارسات

ومن ثم التقليل أو التخفيف من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية لصالح البعد الإنساني أو الاجتماعي وهو عمل مطلوب ومحمود ومفضل ومنشود وهي دعوة للمشرع الى اعتماده عاجلاً غير آجل.

**ب . منح الامتيازات القانونية:** بعد التغيير الذي أصاب دور الدولة من حراسة إلى متدخلة ومنتجة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة ١٩٢٩ عاد الأمر إلى ما يقارب الوضع الحارس بعد انهيار الاتحاد السوفيتي السابق في بداية التسعينيات من القرن الماضي ثم عدنا من جديد نتيجة الأزمة المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ إلى الدور المتدخل للدولة، ولكن هذا التدخل لم يكن بذات الآلية التي تلت أزمة ١٩٢٩ وإنما بمساعدة القطاع الخاص على تجاوز الأزمات وذلك عبر منحه المزيد من الامتيازات القانونية<sup>(١)</sup> كما في منح التسهيلات في الحصول على الموافقات والتراخيص والاذونات إذ تمنح مثل هذه الامتيازات لكل شركة من الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية كلما قامت بأعمال تصب في خدمة المجتمع.

**٣. الحوافز الممنوحة بموجب قوانين الموازنة العامة:** كل ما يفوت الدولة توظيفه في قوانين النفقات العامة وقوانين الإيرادات العامة يمكن تعويضه أو اكماله بموجب قوانين الموازنات العامة، إذ يمكن للدولة استخدام قوانين الموازنات العامة لمنح بعض الامتيازات القانونية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية لتشجيعها على تحمل مسؤولية مجتمعية أو القيام بدور مجتمعي منشود يردف دور الدولة وهيئاتها العامة وقطاعها العام في تقديم الخدمات العامة ولو لم تكن ملزمة بالتقيد بذلك قانوناً وهو ما سيدفع تلك الشركات إلى ولوج تلك الممارسات ومن ثم التخفيف من البعد الاقتصادي وطبعه بطابع إنساني اجتماعي مرغوب.

(١) ينظر في تفصيل ذلك د. احمد خلف حسين الدخيل: المالية العامة من منظور قانوني، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٩، ص ٥٠.

## الفرع الثاني: آليات الاقتصاد السلوكي

استكمالاً لذات المنهج المتبع في تعزيز وتكريس المذهب الفردي ونظامه الرأسمالي وذلك عبر المزيد من دور القطاع الخاص والتقليل من دور الدولة فقد تم اعتماد آليات الاقتصاد السلوكي كونها تدعو إلى التقليل من القوانين لا سيما تلك المقترنة بالجزاءات المادية القسرية أو حتى تلك المرتبطة بالحوافز المادية وذلك عبر اللجوء إلى استعارة دراسات علم النفس سواء منها علم النفس الاجتماعي أو علم النفس المعرفي أو علم النفس الإدراكي لتعيين التحيزات النفسية والاجتماعية الفطرية والمكتسبة التي يشجعها النظام الرأسمالي الذي يهيمن على العالم اليوم دون الحاجة إلى استخدام الجزاء عقاباً كان أم ثواباً، فالاقتصاد السلوكي ايغال في الفردية وتجسيد وتعميق للرأسمالية فعالم اليوم عالم التدخل الناعم المؤثر في السلوكيات الاجتماعية لا التدخل التقليدي المتمثل بالقانون الجامد المقترن بالجزاء، وعلى الرغم من أن آليات الاقتصاد السلوكي وضعت أصلاً للتحكم بتصرفات بني البشر، إذ عرف بأنه ( العلم الذي يدرس تجريبياً سبل التحكم بالتصرفات الإنسانية مستثمراً العوامل النفسية بعيداً قدر الإمكان عن النهج النفعي المادي البحت) غير أن ذلك لا يعني إنكار استخدام هذه الآليات أيضاً للتحكم بتصرفات وممارسات الشركات لاسيما منها صاحبة حقوق الملكية الفكرية لسبب بسيط هو أن هذه الشركات هي أشخاص معنوية وأن هذه الأشخاص المعنوية لا يمكن أن تتصرف بنفسها وإنما باستخدام أو بالاستعانة بمن يمثلها من بني الإنسان ولما كان هؤلاء يتأثرون بعوامل نفسية واجتماعية عديدة فلا شك في انعكاس ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة على تصرفات تلك الشركات ففي جميع الاحوال هم من يتخذون قرارات هذه الشركات، ولما كانت آليات الاقتصاد السلوكي تسعى إلى تحقيق جملة أهداف أهمها ان سنة العلاقات الاقتصادية وادراك نموذج اقتصادي متكامل وتعميم الأفكار الاقتصادية على المجالات كافة بما فيها مجال الملكية الفكرية والمواءمة بين المعتقدات الليبرالية والأفكار التوجيهية

وتسهيل عملية اتخاذ القرارات<sup>(١)</sup> ومن هنا كان لابد من الاستعانة بآليات الاقتصاد السلوكي للتخفيف من حدة البعد الاقتصادي في الملكية الفكرية وإضفاء جانب أو بعد إنساني عليها يبتعد بها عن المادية المقيتة التي انزلت فيها لينقلها إلى رحاب الإنسانية والاجتماعية التي يفترض أن تتحلى بها إذ تكون هذه الملكية أقرب إلى الأهداف السامية للإنسانية جمعاء ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا عبر اعتماد آليات الاقتصاد السلوكي سواء منها تلك المتعلقة بالتسهيل أو تلك المرتبطة بالاجتماعية أو ربما تلك المتمثلة باختيار التوقيت المناسب، وعلى حسب التفصيل الآتي.:

**أولاً: آليات السهولة:** أثبتت الدراسات النفسية أن الإنسان سواء كان مكلّفًا بالقانون بذاته أو بعده نائبًا عن شخص معنوي معين فإنه يتجه إلى اختيار اسهل الطرق للوصول إلى مبتغاه وأنه يميل تلقائيًا إلى الابتعاد عن الخيارات المعقدة، ومن ثم فإن الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية ولكونها تدار من أشخاص طبيعية فلا شك في أنها تتأثر بالتسهيلات التي تقدم لها في حين انها تبتعد عن كل الجوانب التي تضع امامها المعرقات<sup>(٢)</sup>، وكما يأتي.:

**١. تقديم التسهيلات للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية:** يمكن للدولة وهيئاتها العامة أن تشجع الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية على القيام ببعض الأعمال التي تصب في التقليل من البعد الاقتصادي واطهار الجوانب الإنسانية لديها عبر تسهيل اتخاذها مثل تلك القرارات والممارسات ولعل أبرز معالم ذلك التسهيل وامثلته هو تقليل الإجراءات الروتينية لقيام تلك الشركات بالتنازل عن بعض حقوقها لبعض الشركات المحلية أو حتى لإحدى الشركات المملوكة للدولة ولمده معينة فقد تكون بعض كبريات

(١) للمزيد من التفصيل ينظر د. احمد الدخيل: الاقتصاد السلوكي ثورة ضد المبادئ التقليدية للقانون، مصدر سابق، ص ٢٩ و ٣٠ و ٥٩.

(٢) ينظر في تفصيل آليات التسهيل: ابهيجت بانيرجي واستر دوفلو: اقتصاد الفقراء اعادة نظر في اساليب محاربة الفقر، ترجمة انور الشامي، ط١، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، الدوحة، ٢٠١٦، ص ٢٠-٣١.

الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية ترغب في القيام بمثل ذلك التنازل ولكن الروتين القاتل وتعقيدات الفساد المالي والإداري والمساومات الناتجة عن ذلك قد تدفعها إلى التخلي عن مثل ذلك النهج وبالتالي التمسك بحقوقها المضمونة قانوناً ولا تمنح ذلك التنازل، ولنا في تطلب الكثير من الدول النامية إجراءات معقدة تفرض على الجهات الحكومية المستفيدة من أي مساعدات أو إعانات عينية أو نقدية تقدم لها من جهات خارجية بما فيها الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية إجراءات وآليات معقدة تقوض فرص حصول تلك الجهات الحكومية على الكثير من المساعدات والإعانات بما فيها التنازل عن حقوق الملكية الفكرية في حين كان الاجدر التخفيف من حدة تلك الإجراءات بالشكل الذي يسمح للشركات المتنازلة والشركات أو الجهات المستفيدة بإكمال إجراءات التنازل ببسر وسهولة.

وبالمثل فقد تتبنى بعض الدول إجراءات صارمة أو معقدة في إيقاف إجراءات الطعن التي تقدم ضد قرار أو قانون معين بما في ذلك الطعون المقدمة من الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية على أي قانون أو قرار صادر من دولة معينة ينتقص من حقوق الملكية الفكرية الخاصة بها فإذا ما قررت شركة معينة كانت قد رفعت طعنًا في ذلك العمل القانوني الصادر ضدها أن تتخلى عن ذلك الطعن فإنها ستجد الكثير من العراقيل التي تواجهها مما يدفعها إلى ترك فكرة التخلي عن الطعن وهو ما يوجب على المشرع تيسير إجراءات إيقاف الطعن أو التنازل، وكذا الحال مع أي ممارسات أخرى فيها لمسة إنسانية يمكن أن تبادر بها تلك الشركات التي ينبغي أن تقدم لها كل التسهيلات الإجرائية بما يدفعها أو يشجعها على اكمال أو إتمام تلك الممارسات أو الرغبات ووضعها موضع التنفيذ بما يقلل من الاهتمام بالبعد الاقتصادي أو على الأقل يدعمه ببعده إنساني أو اجتماعي، فلو قامت إحدى الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية الخاصة باختراع معين بفتح خط إنتاج لها في دولة معينة فإن ذلك بعد اقتصادي

ولكنه مطعم ببعد إنساني يتجلى بتقليل ذلك الخط الإنتاجي لنسبة البطالة في الدولة التي فتح فيها مما يسهم في زيادة أرباح الشركة وتشغيل المزيد من العمالة الوطنية في الوقت ذاته.

٢. **تعقيد بعض إجراءات الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية:** إذا كنا قد رفضنا إجراءات التعقيد ضد أي تصرفات أو ممارسات للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية التي تصب في تحقيق المصلحة العامة وتبتعد بها عن الجانب الاقتصادي وتقربها من الجوانب الإنسانية فإننا في الوقت ذاته نشد على أيدي السلطات العامة في الدول في جهودها لتعقيد إجراءات تعزيز وتكريس البعد الاقتصادي المادي البحث في الملكية الفكرية بما يجعلها تتخلى عن الكثير من تلك الممارسات أو التصرفات وهو ما يخفف بالنتيجة من ذلك البعد ويرتقي به إلى أبعاد إنسانية واجتماعية ونفسية مرغوبة، فعمل من المناسب قيام تلك السلطات بوضع إجراءات معقدة أمام أي ممارسات تركز أو تركز البعد الاقتصادي وتجعله أبعد ما يكون عن إضفاء بعد إنساني واجتماعي في الموضوع كأن يتم جعل إجراءات أبطال أو التراجع عن التنازل أو التقليل من مدة التنازل عن حقوق الملكية الفكرية لشركة من الشركات الخاصة والعامة أو كأن يتم جعل إجراءات تقديم الطعن ضد انتهاك حقوق الملكية الفكرية من قبل الشركات المالكة لها أكثر تعقيداً أو حتى عرقلة جهود أو إجراءات الشركة التي تود غلق خط إنتاجي معين كانت قد فتحت في دولة معينة والذي أدى إلى زيادة أرباحها ولكنه في الوقت ذاته ساهم في التخفيف من مشكلة البطالة في ذلك البلد، مع التأكيد هنا بأن إجراءات التعقيد تلك لا تعني بأي حال من الأحوال الانتقاص من الحقوق القانونية الثابتة لتلك الشركات في الدفاع عن حقوق الملكية الفكرية المعترف بها بموجب المواثيق الدولية والقوانين الوطنية.<sup>(١)</sup>

(١) ينظر في تفصيل آليات التعقيد دانيال كانمان: التفكير السريع والبطيء، ترجمة شيماء طه المرشدي ومحمد نصر طنطاوي، مؤسسة هندواي، بلا سنة نشر، ص ٨٥-٩٨.

ثانياً: آليات الجاذبية: تؤكد الدراسات النفسية والاجتماعية ودراسات الاقتصاد السلوكي أن الإنسان ينجذب تلقائياً إلى ما يبهره ويشده إليه سواء كان ذلك الإنسان ممثلاً لنفسه أو ممثلاً لشخص معنوي<sup>(١)</sup> كشركة من الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية ولعل أكثر وسائل الجذب أهمية في هذا الشأن هي الجزاءات والحوافز المعنوية فقد يكون لكتاب توجيه اللوم أو الاستياء أو القلق من تصرف معين تقوم به شركة معينة لحقوق إنتاج عقار معين في أزمة صحية تمر بها البلاد بعدم منح ترخيص مؤقت لإحدى الشركات المحلية الخاصة أو العامة بمقابل مادي محدد أثر كبير في دفع تلك الشركة إلى مراجعة منهجها الاقتصادي والبحث والتحول ولو بصورة مؤقتة إلى اعتماد بعد إنساني والموافقة على منح ذلك الترخيص لما يمثله ذلك الكتاب من أثر في نفوس العاملين أو القائمين على الشركة أو حتى أبناء المجتمع مما يدفعهم ربما إلى مقاطعة منتجاتها، وربما يكون لفكرة الجزاء المعنوي المسمى بالقائمة السوداء التي يمكن أن تعدها وزارة حقوق الإنسان أو الصحة العامة أو التعليم أو غيرها لبعض الشركات غير المتعاونة كلاً في مجالها ذات الأثر النفسي والاجتماعي للجزاءات المعنوية عموماً.

وقد يكون في اللجوء إلى الحوافز المعنوية أثر أكبر بكثير من الحوافز المادية وخاصة المالية منها في الحد من البعد الاقتصادي واضفاء جانب إنساني في الموضوع كتوجيه كتب الشكر والتقدير والعرفان لبعض الشركات التي تقوم بأعمال إنسانية واجتماعية بدون مقابل أو بمقابل معقول وبعيداً عن السياسات المادية المعروفة عن الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية وبالشكل الذي يشجع على المزيد من تلك الأعمال ويدفع غيرها إلى أن تحذو حذوها في هذا المجال مما يرفع من سمعتها في السوق الوطنية والدولية، هذا فضلاً عن القائمة الذهبية أو البيضاء التي يمكن أن تعدها سنوياً بعض الوزارات للشركات المتعاونة وذات الممارسات الإنسانية كوزارة الصحة أو

(١) ينظر في تفصيل آليات الجاذبية ديفيد هالبيرن: داخل وحدة الحفز، ترجمة د. احمد بن عبدالله الزهراني، مركز البحوث والدراسات، معهد الادارة العامة، الرياض، ٢٠١٩، ص١٠٧-١٣٤.



التعليم أو التربية أو حتى مفوضية حقوق الإنسان وغيرها من الجهات الحكومية بل حتى منظمات المجتمع المدني ذات التأثير الكبير في المجتمع.

ومن هنا فهي دعوة للمشرع كما السلطة التنفيذية إلى اعتماد آليات الجزاءات المعنوية والحوافز المعنوية كوسيلة للتخفيف من البعد الاقتصادي للملكية الفكرية وتطعيمها ببعض الأبعاد الإنسانية والاجتماعية وفي الوقت ذاته تخفف من النهج المادي البحت للقواعد القانونية المنظمة لأحكام الملكية الفكرية بما يرتقي بها إلى مصاف القواعد الاجتماعية السامية الأخرى من قواعد دينية وقواعد أخلاقية وقواعد عدالة التي تعمل جنباً إلى جنب مع القواعد القانونية لضمان حسن تنظيم المجتمع ورقية ورفاهيته.

**ثالثاً: الآليات الاجتماعية:** قلنا في الفرع الأول من هذا المطلب أن الشركات بما فيها صاحبة حقوق الملكية الفكرية هي كائنات اجتماعية لا يمكن أن تعيش بمعزل عن المجتمع فهي تؤثر وتتأثر به وهو ما يجعل ممارستها وتصرفاتها لا تخرج في غالب الأحيان عما هو متعارف عليه أو ما الفه المجتمع إذ تكون متلائمة مع الوضع السائد في البلاد التي تعمل فيها وهو ما يجعل تصرفات الشركات ذاتها يمكن أن تختلف من دولة إلى أخرى وذلك تماشياً وأعراف وتقاليد وعادات المجتمع الذي تعمل فيه وهو ما يجعل ذلك فرصة للجهات المعنية سواء كانت حكومية أو منظمات مجتمع مدني أو حتى مؤسسات دينية أو غيرها من الهيئات الاجتماعية الأخرى للتأثير في سلوك تلك الشركات<sup>(1)</sup> وجعلها أكثر إنسانية والحد من اقتصادية اهدافها.

وعلى هذا الأساس يمكن للدولة وهيئاتها العامة تنظيم حملات المناصرة لدعم وجهة نظرها سواء كانت ضد أو مع ممارسات شركة معينة من الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية عبر اظهارها إما مخالفة للواقع الاجتماعي في البلاد أو موافقة له على حسب الأحوال مما يؤدي بالنتيجة إلى تكوين رأي عام اما مناهض أو مساند لتلك

(1) ينظر في تفصيل آليات الاجتماعية د. ريتشارد ثالر : التنبيه تحسين القرارات بشأن الصحة والثروة والسعادة ، مترجم ، بلا مكان ولا سنة نشر ، ص ٢٧-٤٠ .

الشركات وأعمالها في ذلك البلد، ولا شك أن أمرًا كهذا له مردودات وآثار كبيرة على أعمال الشركات في ذلك البلد إذ يمكن أن يتسبب لها غالبًا بخسارة كبيرة أو أرباح عظيمة مما يجعل الشركات تهتم كثيرًا بأن تكون أعمالها متوافقة مع الوضع الاجتماعي في البلاد، ولا تحاول أن تتصرف من التصرفات ما يتناقض معه والا كانت النتائج كارثية، فكما أن القانون هو المرآة التي تعكس واقع المجتمع فإن تصرفات الشركات ينبغي أن تعكس ذلك الواقع وتحاول الارتقاء به نحو الأفضل لا أن تنحدر به إلى ما هو أسوأ.

ولا شك أن لرجال الدين وزعماء القبائل ذوي السمعة الطيبة والتأثير الاجتماعي الكبير دورًا بارزًا في مواجهة الممارسات غير الاجتماعية أو غير المتوافقة مع ديانة وعادات المجتمع الذي تعمل فيه فإذا ما خرج أحد رجال الدين المعروفين في البلد وانتقد عمل شركة معينة وطلب منها تعديل منهجها الاقتصادي البحت والسير بأسلوب إنساني بعض الشيء فإن لذلك تأثير كبير على تلك الشركة التي نادرًا ما تخالف رأيه وفي الغالب ما تقوم بالامتثال لطلباته وإلا فإن النتيجة ستكون وخيمة على عمل أو منتجات تلك الشركة وبالتالي أرباحها وهو ما يدفعنا إلى دعوة المشرع كما المنفذ إلى الاستعانة برجال الدين وزعماء القبائل وحتى الزعماء السياسيين في حملات المناصرة التي تقيمها لمناصرة بعض الشركات أو للوقوف بالضد من تصرفاتها غير الاجتماعية.

وبالمثل فإن لمشاهير الفن والرياضة ووسائل التواصل الاجتماعي وغيرها من أسباب الشهرة الأخرى دورًا كبيرًا في الدعاية للشركات أو على العكس تقويض جهودها فقد رأينا جميعًا كيف تصرف اللاعب البرتغالي المعروف (كريستيانو رونالدو) مع منتجات شركة (كوكا كولا) عندما كان في مؤتمر صحفي له في بطولة أمم أوروبا الأخيرة عندما إزال عبوتي كوكا كولا من أمام منصة المؤتمر في إشارة إلى المخاطر الصحية التي تترتب على المشروبات الغازية، وكذلك الحال مع نجم المنتخب الفرنسي (بول بوجبا) الذي أزال من طاولة المؤتمر في اليوم التالي قنينة خمر تابعة لإحدى

الشركات الراعية لبطولة أمم أوروبا مما تسبب في خسارة فادحة لتلك الشركات، وفي المقابل فإن ارتداء لاعب معروف أو فنان مشهور أو يوتيوبر شهير وغيرهم من المشاهير كأثرياء العالم مثل ( إيلون ماسك ) وغيرهم أو ارتشافه شيئاً من قنينة أو حتى تناوله طعاماً معيناً أو استخدامه علاجاً بعلامة تجارية معينة أو استخدامه هاتفاً بعينه أو غيرها من علامات التأييد فإن ذلك له أثر كبير في تشجيع شراء منتجات تلك الشركات وزيادة الطلب عليها، وهو ما يدفعنا إلى دعوة الدول إلى الاستعانة بهؤلاء المشاهير لتشجيع الشركات التي تعمل الأعمال الإنسانية أو لمواجهة الشركات التي توصف بالجشع أو التي تنتج منتجات غير صحية أو غير اجتماعية أو غير متوافقة مع أحكام الدين أو تتصرف تصرفات تخل بقواعد العدالة.

**رابعاً: آلية اختيار التوقيت الأفضل:** لم تعد القوانين كما القرارات الإدارية بل حتى ممارسات أو تصرفات الشركات بما فيها المالكة لحقوق الملكية الفكرية تتم بصورة عشوائية وإنما ينبغي أن تتم في الوقت المناسب وإلا كانت لها ردود فعل عنيفة مناقضة أو بالأحرى معارضة، وهو ما يوجب على تلك الشركات أن تتحين الفرصة المناسبة والوقت المناسب لاتخاذ قراراتها المختلفة فلا يمكن لشركة أن ترفع أسعار منتجاتها في ظل أزمة تمر بها البلاد لتزيد الطين بلة على المواطن، وإنما على العكس فإن من الواجب الأخلاقي عليها أن تعمل على التخفيف على المواطن عبر تخفيض الأسعار أو على العمل على استقرارها خلال فترة الأزمة لكي لا تظهر جشعها للمستهلك، إذ يمكنها في أوقات الرخاء أن ترفع السعر إذ يمكن أن تعوض خسارتها في أوقات الأزمات، وفي المقابل يفترض بالمجتمع بشكل عام والدولة وهيئاتها العامة بشكل خاص ان لا تطلب من الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية أن تتنازل بالكامل عن كل حقوقها وتمنح تراخيص لشركات وطنية عامة أو خاصة وإنما يمكن لها أن تطلب منها في أوقات

محددة كأزمة معينة تمر بها البلاد أن تتنازل وأن تفعل ذلك ولكن شرط أن تكون الشركة في وضع يسمح لها أن تتنازل عن ذلك الترخيص خلال تلك الفترة.

### الخاتمة

يجدر بنا ونحن نصل إلى نهاية هذا البحث أن نحدد أهم الاستنتاجات والتوصيات وذلك في نقطتين، وكما يأتي:.

أولاً: الاستنتاجات: خالص الباحثان إلى عدة استنتاجات أهمها:.

١. أن الطابع الإنساني المتأصل في الجذور الفلسفية لفكرة الملكية الفكرية لم يبق على حاله وإنما تم الالتفاف عليه لصالح بعد اقتصادي مادي بحت طغى على قواعد الملكية الفكرية.

٢. هناك الكثير من معالم رجحان كفة البعد الاقتصادي للملكية الفكرية على الجوانب الإنسانية والاجتماعية فيها.

٣. يتجلى رجحان الغاية الربحية في الملكية الفكرية الذي يؤكد اقتصاديتها البحتة في كون الشركات هي صاحبة حقوق الملكية الفكرية الحقيقية، فضلاً عن تركيز النظام القانوني للملكية الفكرية على البعد الاقتصادي.

٤. يتجسد ضعف القيود القانونية على الملكية الفكرية كمظهر من مظاهر اقتصادية الملكية الفكرية في القوة المتعاضمة للشركات على حساب الدول، ناهيك عن وهن قيود حقوق الإنسان على الملكية الفكرية.

٥. كانت ولا زالت محاولات اضعاف بعد إنساني على حقوق الملكية الفكرية مستمرة للتخفيف من الآثار المادية لها.

٦. منذ ظهورها وحتى اليوم تواصل آليات المسؤولية المجتمعية تطعيم أحكام وقواعد الملكية الفكرية ببعض الجوانب الإنسانية والاجتماعية أو المعنوية بشكل عام.

٧. تبدو ممارسات المسؤولية المجتمعية للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية الطوعية منها في ممارسات تقليل تكاليف الإنتاج وممارسات الترويج والدعاية وكذلك السعي للظفر بأعلى المراتب في تصنيفات المسؤولية المجتمعية.
٨. تتمثل أبرز ممارسات المسؤولية المجتمعية للشركات المالكة للملكية الفكرية المدفوعة بالحوافز التشجيعية بالأفضلية في الحصول على العقود الحكومية والاستفادة من الاعانات الوطنية والدولية والحوافز الضريبية.
٩. دخلت آليات الاقتصاد السلوكي على خط اضفاء بعد إنساني على أحكام الملكية الفكرية استكمالاً لمنهج التخفيف من حدة البعد الاقتصادي والتلويح ببعد إنساني في الملكية الفكرية.
١٠. كانت ولازالت أبرز آليات الاقتصاد السلوكي الساعية للحد من البعد الاقتصادي في الملكية الفكرية تتجلى في آليات التسهيل والتعقيد والآليات الاجتماعية وآليات اختيار التوقيت المناسب.
١١. بقدر ما تقوم الدولة وهيئاتها العامة بالتسهيل على الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية في عمليات التنازل أو منح التراخيص ولو المؤقتة منها بقدر ما سنقبل هذه الشركات على مثل هذه الأعمال الإنسانية.
١٢. كلما كان هناك سياسات جذب للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية للقيام ببعض الممارسات الإنسانية فإنها ستندفع إلى عمل ذلك.
١٣. لا يمكن للشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية أن تتخلى عن اجتماعيتها فهي تؤثر وتتأثر بالمجتمع الذي تعيش فيه.
١٤. أن لاختيار التوقيت المناسب للطلب من الشركة صاحبة حقوق الملكية الفكرية بالقيام ببعض الأعمال الإنسانية أثر كبير في استجابتها لذلك.
- ثانياً: التوصيات:** بناءً على ما جاء أعلاه يوصي الباحثان بما يأتي:

١. التخفيف من غلبة البعد الاقتصادي للملكية الفكرية عبر عمل موازنة بين حقوق الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية وحقوق المجتمعات الوطنية والإنسانية.
٢. تطعيم أحكام الملكية الفكرية ببعد إنساني أو اجتماعي أو معنوي وعدم الاكتفاء بالبعد الاقتصادي المادي البحت الذي يهيمن عليها اليوم.
٣. ادخال قضايا حقوق الإنسان على خط أحكام الملكية الفكرية والسعي لجعل الشركات ملزمة بأحكام الاتفاقيات الدولية المثبتة لتلك الحقوق اسوة بالدول رغم كونها ليست أطرافاً في تلك الاتفاقيات.
٤. التخفيف من الآثار الضارة للملكية الفكرية على حقوق الإنسان المختلفة سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية.
٥. إعادة النظر في أحكام الملكية الفكرية إذ تكون الغلبة فيها لحقوق المبتكرين والمبدعين والمؤلفين كونها الأصل في وجود أحكام الملكية الفكرية وليس حقوق الشركات التي قامت بشرائها.
٦. الاستعانة بأحكام المسؤولية المجتمعية وممارساتها المختلفة في السعي لإضفاء بعد إنساني اجتماعي على أحكام الملكية الفكرية.
٧. منح الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية الحوافز التشجيعية لولوج أحكام المسؤولية المجتمعية.
٨. اعتماد آليات الاقتصاد السلوكي المركزة على الجوانب المعنوية على حساب الجوانب المادية في أحكام الملكية الفكرية.
٩. تسهيل إجراءات قيام الشركات صاحبة الملكية الفكرية بأي تصرفات إنسانية أو اجتماعية.
١٠. وضع العراقيل الإجرائية أمام قيام الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية بتعزيز البعد الاقتصادي لتلك الملكية.

١١. منح الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية الحوافز المعنوية كلما قامت بأعمال إنسانية واجتماعية، وفرض الجزاءات المعنوية عليها عندما تقوم بأعمال تتركس فيها الجوانب المادية البحتة.

١٢. الاستعانة بالآليات الاجتماعية لدفع الشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية إلى الانسجام مع عادات وتقاليد المجتمع الذي تعيش فيه.

١٣. اختيار التوقيت المناسب لطلب الممارسات الإنسانية من الشركات صاحبة حقوق الملكية الفكرية.

#### قائمة المصادر

#### أولاً: المصادر باللغة العربية

#### أ. الكتب

١. ابهيجت بانيرجي واستر دوفلو : اقتصاد الفقراء اعادة نظر في اساليب محاربة الفقر ، ترجمة انور الشامي ، ط ١ ، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، الدوحة ، ٢٠١٦.
٢. د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد الاجتماعي التضامني، ط١، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٩.
٣. د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد السلوكي ثورة ضد المبادئ التقليدية للقانون، ط ١ ، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٠.
٤. د. احمد خلف حسين الدخيل: المالية العامة من منظور قانوني ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٩.
٥. د. احمد خلف حسين الدخيل : الممارسات العدالائية في انفاذ القوانين المالية، ط١، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢٢.
٦. إدارة الصين الوطنية للملكية الفكرية : أساسيات الملكية الفكرية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الصين، بلا سنة نشر.

٧. دانيال كانمان : التفكير السريع والبطيء ، ترجمة شيماء طه المرشدي ومحمد نصر طنطاوي ، مؤسسة هنداوي ، بلا سنة نشر .
٨. ديفيد هالبيرن : داخل وحدة الحفز ، ترجمة د. احمد بن عبدالله الزهراني ، مركز البحوث والدراسات ، معهد الادارة العامة ، الرياض ، ٢٠١٩ .
٩. د. ريتشارد ثالر : التنبيه تحسين القرارات بشأن الصحة والثروة والسعادة ، مترجم ، بلا مكان ولا سنة نشر .
١٠. عبدالباقي البكري وزهير البشير : المدخل لدراسة القانون ، بلا مكان ولا سنة نشر .
١١. د. ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر .

#### ب رسائل الماجستير

١. خامرة الطاهر: المسؤولية البيئية والاجتماعية مدخل لمساهمة المؤسسة الاقتصادية في تحقيق التنمية المستدامة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاعمال ، جامعة ورقلة ، ٢٠٠٧ .

#### ج . البحوث والدراسات والمقالات

١. د. احمد خلف حسين الدخيل: العمل الخيري والمسؤولية المجتمعية في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر الذي اقامته كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بالتعاون مع مخبر العولمة وانعكاساتها على اقتصاديات دول الشمال الافريقي ومخبر تطوير تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الجزائرية في الصناعات المحلية البديلة حول سلوكيات المواطنة والمسؤولية الاجتماعية لمنظمات الاعمال في الوطن العربي الواقع وآليات التجسيد للفترة من ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٨ م.



- ٢.د.احمد خلف حسين الدخيل وخالد احمد مطر : المسؤولية المجتمعية للشركات متعددة الجنسيات عن حماية الأقليات ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الثاني لجامعة التنمية البشرية الذي أقيم في السليمانية تحت شعار التنمية البشرية رؤية معاصرة للفترة من ١٥\_١٦ نيسان ٢٠١٥ منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية ، ج١، المجلد ١ ، ٣٤، ٢٠١٥.
- ٣.د. حسن جميعي : مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الاعلام التي اقامتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية ( الويبو) بالتعاون مع وزارة الاعلام البحرينية في المنامة في ١٦ حزيران ٢٠٠٤.
٤. حيزوم بدر الدين مرغني وكمال فتحي دريس: الشركات المتعددة الجنسيات في ضوء عناصر الشخصية القانونية الدولية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد ١٣، ع ٣، تشرين الاول، ٢٠٢٠.
- ٥.رابعة سالما لنسور: اثر تبني أنماط المسؤولية الاجتماعية في تحقيق الميزة التنافسية ( دراسة ميدانية في المصارف التجارية العامة في الأردن)، كلية الأعمال ، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، ٢٠١٠.
- ٦.د. عروب السيد يوسف الرفاعي : المسؤولية الاجتماعية للشركات في الدول العربية : إشكاليات في النظرية والتطبيق ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الأول للمسؤولية المجتمعية الذي اقامه مركز الفيصل للمسؤولية المجتمعية للفترة من ٢٦-٢٨ آذار ٢٠١٦ ، منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية ، ٢٤.الدوحة، ٢٠٠٦.
- ٧.د. محمد خالد برع: دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية دراسة في ضوء احكام القانون الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٤، ع ١٥، ج٢، ٢٠١٥.

٨. مقدم وهيبة وزايري بلقاسم : المسؤولية الاجتماعية للشركات: أداة لتحقيق التكامل بين التنمية الاقتصادية والتنمية الاجتماعية في الدول العربية ، مقال منشور في مجلة دفاتر اقتصادية الصادرة عن قسم العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية ، جامعة الجلفة ، ع ٧ سبتمبر ٢٠١٣ .

#### د . القوانين والمواثيق الدولية

١. الاعلان العالمي لحقوق الانسان .
٢. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
٣. قانون توفير استخدام لقاحات جائحة كورونا العراقي رقم ٩ لسنة ٢٠٢١ النافذ
- ٤ جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٤٦٢١ في ١٥/٣/٢٠٢١ .

#### ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية

- 1-Abbe E. L. Brown: Socially responsible intellectual property: a solution?, SCRIPT-ed, Volume 2, Issue4, December 2005.
- 2-Corporate Social Responsibility: Good Corporate Citizens Respect Copyright and the Property of Others, Copyright Clearance Center, Inc. RD-0914WP-CSR-ENG,2015.
- 3-J. Janewa Osei-Tutu: Socially Responsible Corporate IP, Vand. J. Ent. & Tech. L., Volume21,2018.

## الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي وأثرها في ترتيب المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة-

أ.م.د. مجيد احمد إبراهيم

كلية القانون/ جامعة الفلوجة - العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.12>

### الملخص

إنّ تحديد الطبيعة القانونية يثير صعوبات متعددة، لاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية عن أعمال هذه البرامج ومدى ملائمة التشريعات الحالية وقدرتها على استيعاب الخصائص الفريدة لهذه التقنية. ولاسيما ما يتصل بتحديد الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي، وتكييف الوقائع المرافقة لنشاطها، وتحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على نشاطها، ناهيك عن آلية تعويض الأضرار التي تلحقها هذه النظم بالغير، وسوى ذلك مما يتطلب البحث والتمحيص بغية التوصل لصياغة تنظيم قانوني ملائم لها، بعد تشخيص المخاطر المحتملة لها، سواءً في المنظور القريب أم البعيد، ولاسيما على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مع التركيز على الجوانب الأكثر دقة وحساسية من بين تلك المخاطر، كما في حماية خصوصية البيانات الشخصية وآلية إدارتها، وفي تلافي التأثيرات السلبية للذكاء الاصطناعي على فرص التوظيف.

**الكلمات المفتاحية:** الطبيعة القانونية، الذكاء الاصطناعي، المسؤولية المدنية، المخاطر التقنية، نظم الذكاء.

## The legal Nature Of Artificial Intelligence Systems And Its impact On The Arrangement Of Civil Responsibility - A Comparative Study –

Assistant Professor. dr. Majeed Ahmed Ibrahim  
College of Law / University of Fallujah - Iraq

### Abstract

Determination of the legal nature raises many difficulties, especially with regard to the responsibility for the work of these programs and the efficiency of current legislation to deal with the unique characteristics of this technology. In addition, identifying the legal nature of artificial intelligence systems, adapting the relevant factors to their activity, and determining the nature of the legal liability of from it. Further, the mechanism for compensating the damages caused by these systems to others. This research aims to reach the formulation of a suitable legal regulation for it, after identifying the potential risks, whether in the short or long term, especially at the economic, social and cultural levels, with a focus on the most accurate and sensitive aspects of those risks, as in protecting the privacy of personal information and its management mechanism, and in avoiding the negative effects of artificial intelligence on employment opportunities.

**Keywords:** legal nature, artificial intelligence, civil liability, technical risks, intelligence systems.

## المقدمة

ابتداءً.. لابد من الإقرار بأن موضوع الذكاء الاصطناعي - والذي بات يعرف بالثورة الصناعية الرابعة- كان يتسلل منذ عقود إلى معظم مفاصل حياتنا، ولاسيما في قطاعات بالغة الحساسية، كالاتصالات والطيران والتسلح والنقل والصحة والصناعة والترجمة ومراجعة العقود وغيرها، الأمر الذي خلق حراكاً فاعلاً -علمياً وبرلمانياً- في دول العالم المتعددة ولاسيما المتقدمة منها، وفي دراسة هذا الموضوع. إذ حل موضوع الذكاء الاصطناعي ضيفاً على العديد من واجهات البحث العلمي، كالمؤتمرات والندوات وورش العمل، فضلاً عن النقاشات البرلمانية والحكومية. وكما يلاحظ توجه الدول المتقدمة لتخصيص تمويلات ضخمة لإدارة استثمارات الذكاء الاصطناعي. ولكن مع ذلك يلاحظ أيضاً أن هناك نقاطاً أخرى رغم أهميتها لم تحظ بما تستحقه من اهتمام، ولا سيما في ما يتصل بتحديد الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي، وتكييف الوقائع المرافقة لنشاطها، وتحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على نشاطها، ناهيك عن آلية تعويض الأضرار التي تلحقها هذه النظم بالغير، وسوى ذلك مما يتطلب البحث والتمحيص بغية التوصل لصياغة تنظيم قانوني ملائم لها، بعد تشخيص المخاطر المحتملة لها، سواءً في المنظور القريب أم البعيد، ولاسيما على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مع التركيز على الجوانب الأكثر دقة وحساسية من بين تلك المخاطر، كما في حماية خصوصية البيانات الشخصية وآلية إدارتها، وفي تلافي التأثيرات السلبية للذكاء الاصطناعي على فرص التوظيف.

## أولاً: أهمية البحث

ترتكز أهمية البحث على أهمية وحادثة محوره المتمثل بنظم الذكاء الاصطناعي، والحاجة الملحة لتشكيل صياغة قانونية لها.

### ثانياً: مشكلة البحث

يتمحور البحث حول الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي، والآثار المترتبة عليها، في ظل البدايات المتواضعة من قبل المشرع لتقنينها.

### ثالثاً: أهداف البحث

يستهدف البحث التوصل لتحديد الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي، ومحاولة التوصل لتقديم صياغات قانونية فاعلة ومناسبة بأن تتوافق وأهداف المشرع.

### رابعاً: منهجية البحث

التزم البحث نهج الدراسة المقارنة، وقد انعقدت المقارنة بين التشريع الإماراتي والبحريني والعراقي.

### خامساً: خطة البحث

سوف يتم البحث وفق الخطة الآتية :

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي.

المطلب الأول: ماهية نظم الذكاء الاصطناعي ( التعريف والخصائص ).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في القانون المقارن والفقهاء.

المبحث الثاني: أثر الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في ترتيب المسؤولية المدنية.

المطلب الأول: المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شيئاً.

المطلب الثاني: مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شخصاً.

## المبحث الأول

### الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي

يمكن القول أن موضوع الذكاء الاصطناعي - بالإضافة لحدثه - يتصف بكونه موضوعاً لن تتوقف عجلة التطور به يوماً إلى ما يمكن عده قمة لتطوره. الأمر الذي قد يعقد من محاولة تحديد طبيعته القانونية، ومع ذلك فإننا لن نعدم وجهات نظر تتداول موضوع الذكاء الاصطناعي من زاوية قانونية، مستهدفة التوصل إلى صيغة مثلى للتعامل معه. ويتطلب البحث في الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي دراسة ضمن مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في التشريع المقارن والفقهاء.

## المطلب الأول

### التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي

ابتداءً لا بد من الإقرار بواقع أن البحث في تعريف نظم الذكاء الاصطناعي مهمة ليست بالهينة، ولربما يرجع ذلك إلى أن موضوع الذكاء الاصطناعي يتسم بكونه ذا طبيعة فنية ( تقنية بحتة)، وبالتالي فإن البحث الذي يدرسه من جانب آخر - غير جانبه الفني- لا بد له من المرور عبر بوابته الفنية. ويستلزم هذا إحاطة واضحة بالموضوع من جانبه الفني. عليه، فسوف يتم التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي في مقصدين، يدرس الأول التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي من الجانب الفني. في حين يبحث الثاني في التعريف بها من الجانب القانوني.

### المقصد الأول: التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي من الناحية الفنية

ترجع بدايات علم الذكاء الاصطناعي إلى خمسينات القرن العشرين<sup>(١)</sup>، ويمكن القول أن العالم الأميركي " (John McCarthy) " هو أول من أطلق مصطلح الذكاء الاصطناعي، وقد عرفه بأنه : " علم وهندسة صناعة الآلات الذكية"، كما عرفه بأنه: " فرع علوم الحاسوب الذي يهدف إلى إنشاء الآلات الذكية". ومع ذلك فلا يزال تعريف نظم الذكاء الاصطناعي موضع خلاف فني، إذ عرفه آخر بأنه : "جزء من علم الحاسبات، الذي يهتم بأنظمة الحاسوب الذكية، تلك الأنظمة التي تمتلك الخصائص المرتبطة بالذكاء واتخاذ القرار، والمشابها لدرجة ما للسلوك البشري في هذا المجال، في ما يخص اللغات، التعلم، التفكير، حل المشاكل..."<sup>(٢)</sup>. في حين عرفه ثالث بأنه: "محاكاة لذكاء الإنسان، وفهم لطبيعته، عن طريق عمل برامج للحاسب الآلي قادرة على محاكاة السلوك الإنساني المتسم بالذكاء"<sup>(٣)</sup>، وعرفه رأي آخر بأنه: "تقنيات قادرة على التعلم وصنع القرار"<sup>(٤)</sup>.

ويلحظ على التعريفات المتقدمة تأسيسها على محاكاة الذكاء البشري، ولاسيما في مفاصل غير تقليدية وغير معتادة بالنسبة لبرامج الحاسوب، كالتطوير الذاتي للبيانات استنادًا إلى التجارب السابقة، والقدرة على التعلم والتفكير والإدراك، والاستجابة للمواقف الطارئة والمستجدة، وإمكانية الإبداع والتصور.

(١) فاتن عبدالله صالح، أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة اتخاذ القرارات - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا 2009، ص32 .  
(٢) أحمد ماجد، الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة، صادر عن وزارة الاقتصاد 2018، ص6 .

(٣) بشير عرنوس، الذكاء الصناعي، دار السحاب للنشر والتوزيع، القاهرة 2007 ، ص9 .  
(٤) خديجة محمد درار، أخلاقيات الذكاء الاصطناعي والروبوت - دراسة تحليلية، بحث منشور في المجلة الدولية لعلوم المكتبات والمعلومات، تصدر عن الجمعية المصرية للمكتبات والمعلومات والأرشيف، مج6، 3ع، سبتمبر 2019، ص241.



## المقصد الثاني: التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي من الناحية القانونية

يتطلب التعريف بنظم الذكاء الاصطناعي من الناحية القانونية البحث في موقف التشريعات ابتداءً، ومن ثم بيان موقف الفقه القانوني.

### أولاً: تعريف نظم الذكاء الاصطناعي في القوانين:

لدى البحث في التشريعات المقارنة نلاحظ مبادرة المشرع إلى إصدار العديد من القوانين في مضمار التنظيم القانوني للنشاط الرقمي، والتي استهدفت تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية<sup>(1)</sup>، وتوفير الحماية لخصوصية الأفراد، وأمن المعلومات، فضلاً عن الاتفاقيات العربية المتعددة ذات الصلة<sup>(2)</sup>. ومع ذلك يلحظ أن التشريعات المقارنة لم تتجه بعد لتقديم تعريف لنظم الذكاء الاصطناعي، بل ولم تتجه بعد لتقنين هذه النظم، مكتفية بتقنين بعضها، كما هو الحال مع المشرع الإماراتي الذي قد قدم تعريفاً لأحد نظم الذكاء الاصطناعي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية<sup>(3)</sup> وهو نظام الوسيط الإلكتروني المؤتمت : "الوسيط الإلكتروني المؤتمت : برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت

(١) ينظر : القانون رقم (1) لسنة (2006) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، وقانون إمارة دبي رقم (2) لسنة (2002) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون البحريني رقم (28) لسنة (2002) بشأن المعاملات الإلكترونية، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة (2012).

(٢) ينظر : القانون الاتحادي الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية، والقرار الوزاري رقم (1) لسنة (2008) بشأن إصدار لائحة مزودي خدمات التصديق في الإمارات العربية المتحدة، القانون البحريني رقم (60) لسنة (2014) بشأن جرائم تقنية المعلومات، ومشروع قانون جرائم المعلوماتية العراقي لسنة (2019)، وللإطلاع على مسودة القانون - الموقع الرسمي لمجلس النواب العراقي : <https://cutt.us/QGSvV> . وكما ينظر الاتفاقيات العربية لمكافحة الجرائم الإلكترونية، كالإتفاقية العربية لمكافحة جرائم تكنولوجيا المعلومات لسنة (2010)، وإتفاقية دول مجلس التعاون الخليجي لمكافحة الجرائم الإلكترونية لسنة(2001).

(٣) ينظر : (المادة/1) من القانون رقم (1) لسنة (2006) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له ". وهذا النص نلاحظ فيه وبوضوح تأكيد  
المشرع على عناصر محددة يتسم بها نظام الوسيط الإلكتروني المؤتمت ويشترك من  
خلالها مع الثوابت الفنية لتقنيات الذكاء الاصطناعي، وتتمثل تلك العناصر في  
الخصائص التي يتصف بها الذكاء الاصطناعي :

1- " نظام إلكتروني لحاسب آلي، أي بمعنى برنامج أو تطبيق".  
2- نظام يقوم على الاتمت<sup>(1)</sup> (Automatic) : " ويقصد بالاتمت التشغيل الآلي  
للنظام ذاتيًا دون تدخل بشري. والاتمت مصطلح حديث نسبيًا، يرجع ظهوره الأول  
إلى مطلع ثلاثينيات القرن الماضي، ويقصد به تشغيل الآلات والأشياء ذاتيًا دونما  
تدخل بشري". وبالتالي فإن النظام القائم على الاتمت يمتلك القدرة على التصرف  
أو الاستجابة باستقلالية كليًا أو جزئيًا، كما في الاتمت الصناعية، واتمت الأعمال  
التجارية، واتمت المطارات.

3- " نظام له القدرة على التعامل مع حزمتين من المهام" :  
أ - المهام البشرية العامة، ويقصد بها المهام التي يؤديها الذكاء البشري - بتفرد -  
بشكل يومي، وتشمل : "الرؤية المقترنة بالفهم، والتواصل اللغوي، والحركة،  
والتخطيط، وخزن البيانات المقترن بالمعالجة الذكية".

ب - المهام البشرية الاستثنائية، ويقصد بها المهام التخصصية التي لا يتمكن من  
تأديتها إلا ذوو الكفاءات، المتخصصين، والمؤهلين تأهيلا جيدًا، كما في إدارة حركة  
الطيران في المطارات، والتشخيص الطبي، وإدارة تداولات الأسهم في أسواق المال،  
والصياغة والمراجعة القانونية للاتفاقيات والعقود.

(1) ينظر : صفات سلامة، خليل أبو قورة، أضرار الروبوتات وتقنيات الذكاء الاصطناعي- تحد  
جديد لقانون المسؤولية المدنية الحالي، بحث منشور في مجلة ( حوليات جامعة الجزائر )،  
الصادرة عن جامعة الجزائر، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد في جامعة الجزائر ( 28 & 27  
نوفمبر 2018) تحت عنوان : الذكاء الاصطناعي، تحد جديد للقانون، ص15.

ولعل من الواضح أن المشرع الإماراتي بإيراده هذا التعريف للوسيط الإلكتروني المؤتمت ضمن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية قد استهدف نظاماً محدداً من بين نظم الذكاء الاصطناعي، هو نظام التعاقد التجاري الإلكتروني المؤتمت. لكن ومع ذلك يمكن القول أن هذا النص - من جانب المضمون - يصلح تعريفاً لكل نظم الذكاء الاصطناعي : " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي... الخ ". وقد سبق أن جاء المشرع البحريني<sup>(1)</sup> بتعريف مماثل لذات النظام، لكنه أطلق عليه تسمية : الوكيل الإلكتروني. اما المشرع العراقي فقد جاء ايضا بتعريف مطابق لما جاء عليه المشرع الاماراتي والبحريني لكنه اطلق عليه بالوسيط الالكتروني اذ عرفه على انه " برنامج الحاسوب او أية وسيلة الكترونية اخرى تستخدم من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لإجراء بقصد انشاء او ارسال او تسلم معلومات"<sup>(2)</sup>

وبالرغم من الرأي المتداول فقهيًا بأنه ليس من مهام المشرع تقديم التعريف. إلا أننا نرى ان موقف المشرع الإماراتي والبحريني والعراقي جاء موفقاً تماماً، وفي موضعه المناسب، إذ كثيراً ما يأتي التعريف التشريعي ليحدد - ويمنع الخلاف حول- الطبيعة القانونية للموضوع، وتكليفه، وأركانه، وشروطه، بل وحتى مركزه القانوني إن لزم الأمر.

(1) نصت ( المادة/1) من القانون البحريني رقم (٢٨) لسنة ( ٢٠٠٢ ) بشأن المعاملات الإلكترونية : ( وكيل إلكتروني : برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية- كلياً أو جزئياً- بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الإستجابة له ).

(٢) -المادة (٨/١) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢

## ثانيًا: التعريف الفقهي لنظم الذكاء الاصطناعي

اختلف الفقه في تعريف نظم الذكاء الاصطناعي، إذ عرفها بعض الفقه (١) بأنها : " امتت الفعاليات التي ينفرد بها الإنسان، كفهم اللغات الإنسانية، وتمييز الكلمات آليًا، والتعرف على الوجوه، والقيادة الذكية للمركبات والطائرات، وحتى تأليف الموسيقى و.. إلخ ". لكن في الوثيقة المقدمة من قبل دولة تشيكيا إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونيسترال في 30/5/2018 ( بشأن الجوانب القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي ) لتتظر فيها اللجنة في دورتها الحادية والخمسين، عرفت الوثيقة الذكاء الاصطناعي بأنه : " هو علم استنباط نظم قادرة على حل المشاكل وأداء الوظائف بمحاكاة العمليات الذهنية، ويمكن تلقين الذكاء الاصطناعي كيفية حل مشكلة ما، ولكنه قادر أيضًا على دراسة المشكلة ومعرفة كيفية حلها بمفرده، دون تدخل بشري "(٢). ولعل من الواضح أن هذا التعريف قد تناول الذكاء الاصطناعي بعده ( علمًا ) وليس نظامًا. وعليه وعن طريق استعراض وتحليل التعريف التشريعي والفقهي لنظام الذكاء الاصطناعي، بإمكاننا تعريف هذا النظام بـ : نظام إلكتروني له القدرة على التصرف بفعل أو رد فعل مستقل، بمعزل عن التدخل البشري كليًا أو جزئيًا، وله القدرة على تطوير ذاته تلقائيًا.

(١) أ. د. علي فيلالي و د. ناريما مسعود بورغدة، ( حوليات جامعة الجزائر ) الصادرة عن جامعة الجزائر، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد في جامعة الجزائر ( 27 & 28 نوفمبر 2018 ) تحت عنوان : الذكاء الاصطناعي : تحد جديد للقانون، ص 2.  
(٢) وثيقة الأمم المتحدة المرقمة : ( v.18-03776 ).

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في القانون المقارن والفقهاء

يرجع بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> الاختصاص في تحديد الطبيعة القانونية إلى القانون، بعدّها أن القانون هو الذي يحدد طبيعة الوقائع من وجهة النظر القانونية. ومع الأخذ بالحسبان أن للأشياء طبائع متعددة من زوايا متعددة، إلا أن القانون هو الذي يحدد طبيعتها القانونية فحسب، بمعنى أنه يحدد القانون المختص بها. ووفق الرأي المتقدم فإن المشرع يتكفل بتحديد الطبيعة القانونية للوقائع، عبر درج هذه الواقعة أو تلك ضمن قائمة مجموعة معينة من القواعد القانونية. في حين يتكفل الإسناد القانوني بالكشف عن هذه الطبيعة، عبر نسبة الواقعة إلى قانون ينطبق عليها. أما في الأحوال التي لا يكون فيها للمشرع موقف ما، أو يتخذ فيها المشرع موقفاً ( جزئياً ) ولاسيما في الأحوال التي تسبق فيها الوقائع المستجدة حركة المشرع، كما في حالة نظم الذكاء الاصطناعي، فإننا قد نحاول تحري الموقف لدى الفقهاء القانونيين. وعليه سوف يتم دراسة موضوع الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في مقصدين، يدرس الأول منهما موقف القانون المقارن، في حين يدرس الثاني موقف الفقهاء.

(1) ينظر : د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق – تصدر عن كلية الحقوق/جامعة الموصل، مجلد (1/ السنة التاسعة ) عدد(20) سنة (2004)، ص100 ؛ ولمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد سليمان الأحمد، قاعدة ( نصل أوكام ) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، مركز أبحاث القانون المقارن، مطبعة شهاب، أربيل 2010، ص52.

## المقصد الأول: الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في القانون المقارن

ابتداءً لا يمكن إغفال حقيقة أن الحراك العلمي حول التقنيات الرقمية قد سبق الحراك التشريعي<sup>(١)</sup>، ولقد كان لذلك الحراك العلمي الدور الأكبر في دفع برلمانات الدول المتقدمة باتجاه إعداد تشريعات تنظم التعامل الرقمي، وكان ذلك جزءاً من الحراك الدولي الداعي للاستثمار في قطاع الذكاء الاصطناعي، ولاسيما في الدول المتقدمة. ففي عام (2017) قرر مجلس اللوردات البريطاني تشكيل لجنة نيابية متخصصة في الذكاء الاصطناعي، لدراسة التطورات في نظم الذكاء الاصطناعي، وبحث الآثار الاقتصادية والأخلاقية والاجتماعية الناجمة عنها والآليات المقترحة للتعامل معها. وقد أصدرت اللجنة تقريرها في نيسان (2018)، والذي ضم العديد من التوصيات الهامة. وفي كانون أول (2017) أصدرت مجموعة من أعضاء الكونجرس الأميركي (قانون مستقبل الذكاء الاصطناعي وآفاقه في العالم)، ويعد هذا القانون أول قانون فدرالي في الولايات المتحدة الأميركية ينظم الذكاء الاصطناعي.

(١) على سبيل المثال كشفت جامعة أكسفورد في بريطانيا عن تلقيها منحة بقيمة (150 مليون جنيه إسترليني) من رئيس شركة بلاكستون (رجل الأعمال الأميركي ستيفن شوارزمان)، لتمويل دراسات وأبحاث أخلاقيات الذكاء الاصطناعي والعلوم الإنسانية، وذلك بتأسيس مركز ستيفن شوارزمان للعلوم الإنسانية. ويهدف المركز بحسب ما خطط له لقيادة دراسة الآثار الأخلاقية للذكاء الاصطناعي وغيره من التقنيات الحديثة الحوسبة. وفي عام 2014 أطلقت مدرسة جون كينيدي للإدارة الحكومية في جامعة هارفارد مشروع (مجتمع المستقبل)، والذي يستهدف من بين غاياته الحث على إجراء حوار عالمي بؤرته كيفية السيطرة على التقنيات الوليدة. ينظر : <https://meo.news/en/node/716102>. وفي تشرين 1 عام 2017 أطلقت حكومة الإمارات العربية المتحدة (استراتيجية الإمارات للذكاء الاصطناعي - AI) وهي المرحلة التي من أعقبت استراتيجية الحكومة الذكية. ينظر :

<https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/federal-governments-strategies-and-plans/uae-strategy-for-artificial-intelligence>. كما نظمت كلية القانون - جامعة الإمارات مؤتمرها الدولي السنوي ال (27) تحت عنوان : الذكاء الاصطناعي والعدالة، وضم المؤتمر باحثين ومختصين بلغ عددهم (21) مشاركاً من الولايات المتحدة والصين والإمارات. ينظر : <https://al-ain.com/article/emirates-intelligence-strengthening-justice>

وقد تأسست بموجب هذا القانون لجنة لدراسة آثار الذكاء الاصطناعي على حماية خصوصية البيانات الشخصية، وتأثيراته السلبية على الأيدي العاملة. وفي آذار ( 2019 ) أقر المجلس المحلي لولاية أليوي في الولايات المتحدة الأمريكية قانوناً باسم ( قانون إجراء المقابلات باستخدام الفيديو بالذكاء الاصطناعي في عمليات التوظيف )<sup>(١)</sup>، وقد حظي هذا القانون بمصادقة حاكم الولاية، ثم ما لبث أن غدا نافذاً مع بدء عام (2020). وكان من بين بنود هذا القانون اشتراط موافقة طالب الوظيفة لاستخدام الذكاء الاصطناعي، كما فرض القانون حظراً على مشاركة مقاطع فيديو مقدم الطلب خارج نطاق عملية التوظيف، أي أنه حصر استخدام الذكاء الاصطناعي لتحليل لقطات المقابلة فقط.

أما في التشريعات المقارنة فيلاحظ أن ( المادة/1) من القانون الإماراتي رقم (1) لسنة (2006) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية قد تضمنت تعريفاً لوحد من نظم الذكاء الاصطناعي هو "الوسيط الإلكتروني المؤتمت" ( سبقت الإشارة إليه )<sup>(٢)</sup>. كما جاءت ( المادة/1) من القانون البحريني رقم (28) لسنة ( 2002 ) بشأن المعاملات الإلكترونية بتعريف مقارب تماماً تحت مسمى " وكيل إلكتروني"<sup>(٣)</sup>.

(١) من بين بنود هذا القانون، اشتراط موافقة طالب الوظيفة لاستخدام الذكاء الاصطناعي، كما يفرض القانون المذكور حظراً على مشاركة مقاطع فيديو مقدم الطلب خارج نطاق عملية التوظيف، أي أنه حصر استخدام الذكاء الاصطناعي لتحليل لقطات المقابلة فقط.

(٢) عرفت ( المادة/1) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (1) لسنة ( 2006 ) الوسيط الإلكتروني المؤتمت : ( الوسيط الإلكتروني المؤتمت : برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له ).

(٣) عرفت ( المادة/1) من القانون البحريني رقم (28) لسنة ( 2002 ) بشأن المعاملات الإلكترونية، الوكيل الإلكتروني بأنه : ( وكيل إلكتروني : برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية - كلياً أو جزئياً- بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له).

اما بشأن قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ فقد عرفت المادة (٨/١) الوسيط الإلكتروني على انه: "برنامج الحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لإجراء بقصد انشاء او ارسال او تسلّم معلومات".

لكن لدى التدقيق في مصطلح الوسيط الإلكتروني المؤتمت، الذي اعتمده المشرع الإماراتي، ومصطلح الوكيل الإلكتروني، الذي اعتمده المشرع البحريني ومصطلح الوسيط الإلكتروني الذي اعتمده المشرع العراقي، في محاولة منا لاستخلاص الطبيعة القانونية لنظام الذكاء الاصطناعي الذي تناوله المشرع بالتنظيم في القوانين المقارنة ، نلاحظ ما يأتي :

1- أن النصوص قد ابتدأت تعريفها لنظام الذكاء الاصطناعي الذي تناوله بالتنظيم،  
بعبارة :

( برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي )، و ( برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما )، بمعنى أن المشرعين في القوانين المقارنة قد انطلقت في تعريف نظام الذكاء الاصطناعي المقصود من فكرة كونه برنامجاً أو نظاماً إلكترونياً لحاسوب.

2- لدى إجراء المقارنة بين النصوص، نلاحظ أنهما قد وردت مترادفة في المعنى، فكل من الوسيط الإلكتروني المؤتمت والوكيل الإلكتروني او الوسيط الإلكتروني يؤدون المهام الموكلة إليهم ذاتها، وبالنيابة عن الشخص الطبيعي، والمتصلة بإبرام العقود عبر إصدار الإيجاب والقبول.

3- إن النصوص قد قرنت أداء البرنامج المؤتمت لمهامه بأن يتم بشكل مستقل كلياً أو جزئياً أي بمنأى عن أي تدخل بشري لحظة التصرف أو الاستجابة له.



4- يلاحظ أن التشريعات المقارنة<sup>(١)</sup> قد منحت قيمة قانونية للتصرفات الصادرة عن الوسيط الإلكتروني المؤتمت في نطاق إبرام العقود، إذ أجازت المادة المذكورة أن يتم التعاقد عبر صورتين :

- الصورة الأولى : التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بذلك. وقد عد المشرع هذا التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره القانونية، حتى وإن تم بمعزل عن التدخل البشري. إذ قر المشرع الإماراتي<sup>(٢)</sup> الاعتراف بالمراسلات الإلكترونية الصادرة عن نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشئ أو نيابة عنه. إذ عد الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ، إذا أرسلت من قبل نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشئ أو نيابة عنه. وقد سبق وأن اتخذ المشرع البحريني ذات الموقف، إذ قررت إسناد السجل الإلكتروني إلى المنشئ، إذا كان السجل قد أرسل من قبل وكيل عادي أو وكيل إلكتروني للمنشئ. مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. كذلك المشرع العراقي عندما نص على ذلك في المادة (١١/١) العقد الإلكتروني بأنه " ارتباط الأيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"<sup>(٣)</sup>

- الصورة الثانية : التعاقد الذي يكون أحد طرفيه وسيطاً إلكترونياً مؤتمتاً، في حين يكون الطرف الثاني شخصاً طبيعياً، إذ عد المشرع هذا التعاقد صحيحاً ومنتجاً

(١) ينظر : (المادة/1-12) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، و( المادة/12-1) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، كذلك نص المادة (١٣/١) اولا) من قانون المعاملات الإلكترونية العراقي.

(٢) ينظر : ( المادة/13-2-ب) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، و( المادة/13-1-ب) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني.

(٣) المادة ٢/١/١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢

لآثاره إذا كان الشخص الطبيعي يعلم - أو من المفترض أن يعلم - أن ذلك الوسيط المؤتمت سيتولى إبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً.

5- على الرغم من ان التشريعات المقارنة قد اقتصرت في تنظيمها القانوني لنظم الذكاء الاصطناعي على نظام واحد فقط من هذه النظم - هو الوسيط الإلكتروني المؤتمت - في ميدان التعاقد التجاري الإلكتروني، إلا أنه يمكن القول أن التشريعات المقارنة قد وضعت حجر الأساس لما يمكن عده التنظيم القانوني لنظم الذكاء الاصطناعي، عن طريق تعريفها للوسيط الإلكتروني المؤتمت، وعن طريق منحها قيمة قانونية لفعاليات هذا النظام، عن طريق إقرارهم التعاقد عبر وسائط إلكترونية مؤتمتة مبرمجة ومستقلة، فضلاً عن اعتدادهم بالمراسلات الإلكترونية الصادرة عن تلك الوسائط.

وبالنتيجة يمكن توصيف الطبيعة القانونية لنظام الذكاء الاصطناعي الذي نظمته التشريعات المقارنة بكونه برنامجاً (تطبيقاً) ذكياً يمتاز بقدرته على التصرف باستقلالية عن أي تدخل بشري. ولعلنا لا نغالي بالقول أن الاستقلالية التي يتمتع بها الوسيط الإلكتروني المؤتمت في أداء مهامه قد تفرض على المشرع في المستقبل القريب الاعتراف له بالشخصية المعنوية ولو بشكل محدود، لكي يتمكن من تأدية دوره والتصرف بوصفه وكيلاً عن الغير.

### المقصد الثاني: الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في الفقه

انقسم الفقه بخصوص الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي بين اتجاهين: **الاتجاه الأول** : سبقت الإشارة إلى أن بعض الفقه<sup>(1)</sup> انطلق في تعريفه لنظم الذكاء الاصطناعي من فكرة كونها امتد للفعاليات التي ينفرد بها الإنسان، سواء كانت الفعاليات اليومية المعتادة، أم تلك الاستثنائية التخصصية الصرفة. وبالتالي فقد

(1) أ. د. معمر بن طرية و أ. د. قادة شهيدة، مصدر سابق، ص ١٢٧.

ذهب هذا الجانب أن الصيغة المثلى للنظر إلى هذه النظم هي في عداها ( أشياء ، آلات ، منتجات ) ، ومن ثم التعامل معها وفق هذا المنظور .  
**الاتجاه الثاني :** دعا بعض الفقه إلى منح الكيانات الذكية الاصطناعية شخصية قانونية في الحدود التي تكفل مساءلتها عما تسببه للغير من أضرار . وقد تم تبني هذه الفكرة على نطاق محدود وجزئي في ولاية نيفادا الأميركية ، إذ تم الاعتراف للروبوتات ببعض سلطات الشخص المعنوي ضمناً ، وإخضاعها لإجراءات القيد في سجل معد لذلك ، ومنحت ذمة مالية بهدف التأمين على فعاليتها ، كما ومنحت أهلية محدودة للتعامل مع قضايا التعويض التي قد ترفع ضدها<sup>(١)</sup> .

لكن ، ومع ذلك فإن أغلبية الفقه لازالت تنظر إلى نظم الذكاء الاصطناعي بكونها ( أشياء ) وليس ( أشخاص ) ، ولربما ترى هذه الأغلبية أن من المبكر محاولة تغيير ذلك . وهذا ما أكده المعهد البرلماني الفرنسي للتقييم العلمي والتقني في تقريره المؤرخ في 15/3/2017 ، إذ ذكر التقرير "أن تأطير الحوادث الناجمة عن فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي لا يخرج عن أحد نظامين : الأول ، النظام القانوني للمسؤولية عن الأشياء . والثاني ، النظام القانوني للمسؤولية عن المنتج المعيب (ضمان العيوب الخفية ) . وهذا هو الاتجاه المتبنى حالياً من قبل الفقه الأنجلو-أمريكي والفقه الأوربي" .

### المبحث الثاني

**أثر الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في ترتيب المسؤولية المدنية**  
ي طرح التطور المتسارع لتقنيات الذكاء الاصطناعي عدد من التساؤلات الملحة ، يأتي في مقدمتها السؤال ذي الصلة بتبعات أنشطة نظم الذكاء الاصطناعي وما يمكن أن يتمخض عنها من أضرار تصيب الغير ، ولاسيما في ظل جزم مخترعي

(١) أ. د. معمر بن طرية و أ. د. قادة شهيدة ، مصدر سابق ، ص 127 .

ومطوري ومسوقي ومشغلي تلك التقنيات بضآلة احتمالات ارتكابها أي خطأ غير محسوب. الأمر الذي قد ينبئ - مقدّمًا - بأن المسؤولية عن أنشطة تقنيات الذكاء الاصطناعي ستكون مستقبلاً مثل كرة النار، تشهد نقاذًا بين الأطراف ( المصمم، المنتج، المسوق، المستثمر، المشغل ) كل يعلن براءته منها<sup>(1)</sup>. ومن هنا تبرز الأهمية البالغة للبحث في أثر الطبيعة القانونية لنظم الذكاء الاصطناعي في ترتيب مسؤوليتها المدنية. وقد سبقت الإشارة إلى الانقسام الفقهي حول هذا الموضوع، عليه فسيتم بحث أثر الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي في ترتيب المسؤولية المدنية في مطلبين :

المطلب الأول : المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شيئاً.

المطلب الثاني : مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شخصاً معنوياً.

### المطلب الأول

#### المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شيئاً

يدعو جانب من الفقه إلى التعامل مع نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها أشياء، بمعنى أن هذا الفقه ينطلق في تكيفه لنظم الذكاء الاصطناعي عن طريق تمسكه بالقواعد التقليدية للمسؤولية، داعياً لإخضاع الضرر الناجم عن فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي لأحكام المسؤولية عن الأشياء<sup>(2)</sup>. لكن هذا الجانب من الفقه انقسم بين

(1) في حوار لمجلة ( scientific american magazine ) مع نيكولاس إيكونومو المستشار الأول لمبادرة ( مجتمع المستقبل ) التي أطلقتها مدرسة جون كينيدي للإدارة الحكومية في جامعة هارفارد، المدير التنفيذي لشركة متخصصة في تدوين البرمجيات، تدعم شركات المحاماة عبر تحليل البيانات والإيميلات والوثائق الإلكترونية وتهيتها للاحتجاج بها في جلسات المرافعة، تحدث إيكونومو عن الآلية التي يمكن من خلالها ترتيب المسؤولية القانونية على الإنسان في الأحوال التي يتسبب فيها الذكاء الاصطناعي بأضرار .

(2) معمر بن طرية، مفهوم معيوبية المنتج في نظام المسؤولية المدنية للمنتج، والحلول التي يقدمها التأمين لتغطيته- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد22، يونيو 2018، ص 647 .

عدة اتجاهات، إذ ذهب بعض الفقه إلى إخضاع الضرر الناجم عن فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي لأحكام المسؤولية عن المنتج، في حين ذهب البعض الآخر لإخضاعه لأحكام المسؤولية عن الآلة، واتجه ثالث إلى تبني مقاربة الذكاء الاصطناعي بالحيوانات، وبالتالي إخضاع الضرر الناجم عن فعالياته لأحكام المسؤولية عن الحيوان. عليه سوف يتم دراسة كل من الاتجاهات الثلاثة في مقصد مستقل.

### المقصد الأول: المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها منتجاً

دعا بعض الفقه<sup>(١)</sup> إلى إخضاع فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي للأحكام المنظمة للمسؤولية عن المنتج، وفق النصوص المنظمة لضمان العيوب الخفية، وبالتالي مساءلة الشركات المصنعة لأنظمة الذكاء الاصطناعي عن الأضرار الناجمة عن فعالياتها، بعدّها أنها نجمت عن عيب في التصنيع. وبطبيعة الحال فإن الأخذ بهذا الرأي يتطلب التحقيق الفني الدقيق للتثبت من مدى مسؤولية الشركة المنتجة للنظام، بعدّها أن الضرر كان نتيجة وجود عيب - قديم في المنتج - سبق طرحه لجمهور المستهلكين. وبالتالي فإن المسؤولية التي يمكن أن تترتب ستكون وفق الأحكام المنظمة لضمان العيب الخفي.

ويمكن القول أن هذه الدعوة ليست بالحديثة، وإنما هي تستمد جذورها من المدرسة الكلاسيكية، ولاسيما في فرنسا، إذ واجه القضاء الفرنسي واقع عدم معالجة المشرع لموضوع المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة، واكتفائه

(١) نظم المشرع العراقي في قانونه المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المسؤولية التقصيرية ( العمل غير المشروع) في الفصل الثالث في الفرع الأول والثاني، كما نظم قانون المعاملات المدنية الإماراتية المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث تحت عنوان ( الفعل الضار )، ثم عالجها في ثلاث فروع: تضمن الفرع الأول الأحكام العامة، في حين جاء الفرع الثاني بعنوان: المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أما الفرع الثالث فقد جاء بعنوان: المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء، وقد نظمت أحكامه المسؤولية عن الصغير والتابع، والمسؤولية عن الحيوان والبناء والآلات.

بتنظيم ضمان العيوب الخفية لصالح المشتري في ( المواد/1641 - 1642 - 1643)، دون مد الحماية إلى المستهلك الأخير، فعمد القضاء إلى ابتكار معالجة خاصة من جانبه لهذا القصور التشريعي، عبر توسعه في تفسير المواد القانونية المنظمة لضمان العيوب الخفية توسعاً قفز إلى أعلى مما تتحمله تلك النصوص، معتمداً أفكاراً مبتكرة متعددة أهمها: فكرة التسليم المطابق، وفكرة الالتزام بضمان السلامة<sup>(١)</sup>، و فكرة ضمان الخطورة الذاتية<sup>(٢)</sup>.

لكن نلاحظ أن الاتجاه لإخضاع فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي للأحكام المنظمة للمسؤولية عن المنتج، قد يبدو محل نظر، لأسباب متعددة، أهمها :

1- قصور قواعد المسؤولية المدنية عن تغطية الأضرار الناجمة عن المنتج المعيب، لأسباب عدة، يأتي في مقدمتها ان القانون المدني المقارن اقتصر على معالجة ضمان العيب الخفي في المبيع، ومنح المشتري الخيار بين رد المبيع أو قبوله<sup>(٣)</sup>، دون التطرق إلى الأضرار التي قد يسببها المبيع للمستهلك الأخير. وعلى الرغم من صدور قوانين متعددة لحماية المستهلك في الدول المقارنة إلا أنها لم تكفل ما يكفي من الحماية المناسبة للمستهلك من أضرار المنتج، إذا ما استثنينا (المادة/9) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ( 24 ) لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، والتي جاءت بحماية واسعة النطاق للمستهلك<sup>(٤)</sup>، إذ أنها رتبت الضمان

(١) ينظر : د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة ، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، السنة ال20 العدد3، سبتمبر1996، ص240.

(٢) لمزيد من التفصيل حول موقف القضاء الفرنسي ينظر : د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص211.

(٣) ينظر : ( المادة/544 ) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، و( المادة/415 ) من القانون المدني البحريني. والمادة (1/٥٥٨) من القانون المدني العراقي .

(٤) نصت ( المادة/9 ) من قانون من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ( 24 ) لسنة 2006 : (٤) يسأل المزود عن الضرر الناجم عن استخدام السلعة وإستهلاكها ... )، في حين لم يتضمن القانون

على المزود، بمعنى أنها لم تقصر ضمان عيوب المنتج على الشركة المصنعة فقط، وإنما شملت أيضاً المورد والمجهز، في حين لم يأت قانون حماية المستهلك البحريني بضمانة مماثلة. اما المشرع العراقي فقد جاء بتلك الضمانة في نص المادة (٨) من قانون المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠<sup>(١)</sup>. عندما جعل مسؤولية المجهز قائمة ولم يقصرها على المنتج فقط .

2- يرى بعض الفقه<sup>(٢)</sup> أن هناك حاجة ملحة إلى حماية جمهور المستهلكين من الأخطار الناتجة عن تزايد استخدام الحاسوب، نتيجة عيوب في تصميم برامجها، إلا أن القواعد الوضعية العامة والخاصة قد لا تكفي لتحقيق هذه الغاية، ذلك أن ترتيب مسؤولية المنتج قد يغدو موضع نزاع، حين تثير الشركة المصنعة دفعاً بمسؤولية المصمم ( المبرمج ) وليس المصنّع، لدرء المسؤولية عنها، بعدّها أن الضرر قد تحقق بسبب عيب في التصميم ( البرمجة ) وليس في الإنتاج.

3- قد يتعذر تحميل المسؤولية للشركة المصنعة، نظراً لكون المنتج ( تقنية الذكاء الاصطناعي ) لديه القدرة على تطوير ذاته وقدراته، عبر التعلم الذاتي واكتساب الخبرات وتنمية المهارات، وبالتالي فإننا سنكون في مواجهة معضلة تحديد السبب الفاعل في الضرر، وفيما إذا كان عيباً في ذات المنتج الذكي منذ وقت التصنيع، أم أنه لاحق لذلك، وهو نتاج تطوير الذكاء الاصطناعي لذاته.

رقم ( 35 ) لسنة 2012 البحريني بشأن حماية المستهلك نصاً مماثلاً، مع أنه نص ضمن أهداف القانون في ( المادة/2 ) على حق المستهلك في الصحة والسلامة عند استعماله العادي للمنتجات.  
١ - مع عدم الإخلال بحكم البند (ثانياً) من المادة -6- من هذا القانون ، يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة فترة الضمان المُتفق عليها في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة -6- من هذا القانون.  
(٢) د.أنور احمد الفزيع، مسؤولية مصممي برامج الحاسوب التقصيرية- دراسة في القانون الكويتي المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي، السنة19، العدد1، آذار 1995، ص176.

4- يرى بعض الفقه<sup>(١)</sup> أن ترتيب مسؤولية المنتج على أساس العيب الخفي غير كاف في الأحوال التي يكون فيها المنتج خاليًا من العيوب، لكنه ينطوي على خطورة ذاتية، قد يؤدي ظهورها بشكل فجائي لإلحاق الضرر بالمستهلك.

### المقصد الثاني: المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها آلة

كان الفقيه ( Ugo Pagallo ) أول من تبني فكرة عدّ الذكاء الاصطناعي آلة، وقد نادى هذا الفقيه بإخضاع الذكاء الاصطناعي للأحكام التقليدية المنظمة للمسؤولية عن الآلات، وبما يعني مسائلة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين تمارس تقنيات الذكاء الاصطناعي فعاليتها تحت رقابتهم وحراستهم<sup>(٢)</sup>، وفق الأحكام والقواعد التي ترتب المسؤولية على المشغل أو الحارس<sup>(٣)</sup>، بعدّها صاحب السلطة الفعلية على الآلات. لكن هذا الاتجاه واجه انتقادات متعددة، للأسباب الآتية :

1- عدم دقة وصف أنظمة الذكاء الاصطناعي بالأشياء أو الآلات، إذ يرى بعض الفقه<sup>(٤)</sup> أن النظام القانوني للمسؤولية عن الأشياء والآلات قد صمم للتنظيم حراسة الأشياء المادية بالدرجة الأساس، وهذا لا يتناسب مع الطبيعة غير المادية لنظم الذكاء الاصطناعي.

(١) د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص 212.

(2)Ugo Pagallo,The Laws of reports: Crimes, Contracts, and Torts, Springer, 2013, p.98.

(٣) نصت المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي على انه " كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولا عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر، هذا مع عدم الاخلال بما يرد من احكام خاصة" كذلك نصت ( المادة/315 /3 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي : ( كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر الا ما لا يمكن التحرز منه... )، في حين نصت ( المادة/175- أ ) من القانون المدني البحريني : ( كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، مالم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير ).

(٤) أ.د.علي فيلاللي و د.ناريمان مسعود بورغدة، مصدر سابق، ص 129.



2- ان الحديث عن نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها آلات، يطرح سؤالاً ملحاً عن دور الحارس في حالة التمدد الرقمي لتلك التقنيات عبر الحدود، وانتشارها في العالم، وتعذر السيطرة عليها والتحكم بها، لاسيما وأن معظمها يمتاز بالاستقلالية الجزئية عن التدخل البشري، ولربما تحظى في المستقبل القريب بالاستقلال التام.

3- تتركز فكرة الذكاء الاصطناعي على قدرة هذا النظام على ممارسة فعالياته وتطوير ذاته بنفسه، بمعزل عن المشغل، فهو قادر على محاكاة الذكاء البشري، ولاسيما في مفاصل التعلم من الخبرات السابقة، والقدرة على التفكير والإدراك، والاستجابة للمواقف المستجدة، وإمكانية الإبداع والتصور، وبالتالي يغدو نوعاً من المغالاة تصور إمكانية اتخاذ الاحتياطات لتلافي ضررها الناجم عن تطور لاحق في برمجياتها المستقبلية، أو تهيئة عناية خاصة للتعامل مع وضع سيستجد مستقبلاً. فهنا يطرح السؤال نفسه : كيف يمكن - مقدماً - اتخاذ الحرص، وتهيئة العناية الخاصة، للتعامل مع تقنيات تتسم بكونها قيد التطوير المستمر؟

4- إن القواعد التقليدية المنظمة للمسؤولية عن الآلات والتي ترتب المسؤولية على المشغل أو الحارس، بعدّها صاحب السلطة الفعلية على الآلات، قد تبدو عاجزة عن إسعاف المتضررين من فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي، كون تقنياتها تمارس فعالياتها بمعزل عن المشغل ، ولا حارس عليها، فمثلا في حالة السيارات الذاتية القيادة نجد أن سائقها لا يملك أدنى قدر من السيطرة عليها.

#### المقصد الثالث: المسؤولية عن نظم الذكاء الاصطناعي عبر مقاربتها بالحيوان

فيما يتعلق بصورة من صور الذكاء الاصطناعي - ونعني بها السيارات ذاتية القيادة- ذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى قياس تقنيات القيادة الذاتية للسيارات على الخيول بالذات، وذلك لاشتراكهما معاً في ( القدرة على التفاعل مع الوسط )، أي

(1) أ.د. معمر بن طرية و أ.د. قادة شهيدة، مصدر سابق، ص ١٢٧.

الاستجابة للمؤثرات الخارجية. ومع أن هذا الجانب من الفقه يرجح أن يتبنى القضاء الأميركي قياسه هذا مستقبلاً، إلا أن نظريته تعرضت للنقد، من جوانب متعددة، أهمها:

- 1- إذا كانت تقنيات القيادة الذاتية للسيارات تشترك مع الخيول في القدرة على التفاعل مع الوسط، أي الاستجابة للمؤثرات الخارجية، إلا أن قدرة هذه التقنية- بعدّها من تقنيات الأنظمة الذكية- غير محدودة، وبالتالي فهي غير منضبطة، ولا يمكن التكهن بها مهما غالبنا في رقم الاحتمالات. في حين ان قدرة الخيول على التفاعل مع محيطها الخارجي محدودة .
- 2- انتقدت النظرية أيضاً من ناحية كون السيارات ذاتية القيادة تتطلب - من الشخص المعتاد- قدرًا أكبر من الاحتياط والتبصر مقارنة بالخيول.

### المطلب الثاني

#### مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها شخصاً معنوياً

لربما لم تصل معظم البحوث القانونية في نظم الذكاء الاصطناعي مرحلة طرح السؤال: كم من الزمن سيمضي للخروج بتقنيات الذكاء الاصطناعي من كونها أدوات في يد الإنسان إلى وصف آخر مختلف؟ وصف يجعل هذه التقنيات في موقف الند للند من البشر بحكم واقع التطور السريع والمتلاحق، وبتعبير آخر، أن تكتسب تقنيات الذكاء الاصطناعي وصفاً يؤسس على واقع استقلاليتها عن مصممها ومنتجها، وعلى مكنة قدرتها على تطوير ذاتها، وعلى ميزة انفرادها بالقرار، وبالتالي نغدو في حاجة ملحة للتعامل معها بعدّها من أشخاص القانون، شأنها شأن أي من الأشخاص المعنوية الأخرى، كالشركة والمؤسسة والجمعية والوقف، وغيرها، ونرتب عليها المسؤولية تبعاً لذلك.

وعموماً، يمكننا القول أن البحث في مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي - بعدّها شخصاً معنوياً- يتطلب دراسة مدى صلاحيتها لاكتساب الشخصية المعنوية، والبحث في الأساس القانوني لترتيب المسؤولية المدنية بحقها، وأخيراً استعراض آثار إقرار شخصيتها المعنوية على المسؤولية المدنية المترتبة على أنشطتها. وهذا ما سيتم بحثه في ثلاث مقاصد.

### المقصد الأول: صلاحية نظم الذكاء الاصطناعي لاكتساب الشخصية المعنوية

لعل من بداهة القول أن الشخصية لم تعد حصراً على الإنسان ( الشخص الطبيعي )، إذ دفعت الحاجة المشرع إلى منح الشخصية القانونية - بصيغة شخصية معنوية - لمجموعة أشخاص أو أموال، كلما تطلب الأمر ذلك. ويلاحظ أن التشريعات المقارنة لم تورد تعريفاً للشخص المعنوي<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فقد عرف بعض الفقه<sup>(2)</sup> الشخص المعنوي بأنه : "مجموعة من الأشخاص أو الأموال، يرمي لتحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق غرضه". ويفهم مما تقدم أن الشخص المعنوي هو شخصية افتراضية يقرها القانون، ويقرر لها شخصية قانونية بالقدر المتناسب مع أغراضها، وهو ينشأ

(1) تناول قانون المعاملات المدنية الإماراتي الأشخاص المعنوية في الفرع الثاني - الفصل الثالث في المواد (92-102)، وأطلق عليها تسمية ( الأشخاص الاعتباري ون- المعنويون ). ونظم اكتساب الأشخاص المعنوية للشخصية القانونية بألية مزدوجة، حيث إبتدأ بتعداد الأشخاص المعنوية على سبيل الحصر في ( المادة/92- الفقرات أ، ب، ج، د، هـ، و ) منه، أعقب ذلك بوضع قاعدة عامة لثبوت الشخصية المعنوية في ( الفقرة / ز ) من المادة ذاتها : ( كل مجموعة من الأشخاص أو من الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون ). أما القانون المدني البحريني فقد أوجز تنظيم الشخص الاعتباري في المواد (17-18) فقط واكتفى بوضع قاعدة عامة في ( المادة/ 17 ) دون إيراد أمثلة. في حين نهج القانون المدني العراقي ذات نهج قانون المعاملات المدنية الإماراتي في ( المادة/47).

(2) أ. عبد الباقي البكري و م. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ( بدون سنة نشر )، ص299؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد2007، ص114؛ د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية-ج2 الخطأ، مطبعة العزة، بغداد2001، ص632.

مستقلاً عن مجموعة الأشخاص والأموال المكونين له، ويستهدف تحقيق أهداف محددة، لذا فإن تمتعه بالشخصية القانونية يكون بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه. وإن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية يكون باعتراف من المشرع، سواءً ورد هذا الاعتراف عامًا أم خاصًا<sup>(١)</sup>.

وتأسيسًا على ذلك يمكننا القول أن نظم الذكاء الاصطناعي بوضعها الحالي - والمستقبلي - مؤهلة تمامًا لاكتساب الشخصية القانونية الاعتبارية، ذلك أنها تتشكل من منظومات برمجية ذات قيمة مالية، بمعنى أنها مجموعة أموال، تستهدف في نشاطها تقديم خدمة لجمهورها، أيًا كان مضمون تلك الخدمة، أيًا كان المقابل. ومن ثم فإن واقع حال نظم الذكاء الاصطناعي يفرض الحاجة الملحة لمنحها الشخصية الاعتبارية، ليغدو وجودها قانونيًا معترفًا به، بعد أن غدا واقعيًا، ولكي تحظى بالخصائص المتناسبة والطبيعة الافتراضية للشخص المعنوي، والمقررة قانونًا<sup>(٢)</sup>، والمتمثلة باسم الشخص المعنوي، وأهليته، وذمته المالية، وموطنه، وجنسية، فضلًا عن حقه في تمثيله، وأية حقوق أخرى يتمتع بها الشخص الطبيعي ولا تكون ملازمة لصفته.

### المقصد الثاني: الأساس القانوني لترتيب المسؤولية المدنية بحق نظم الذكاء

#### الاصطناعي بعدها أشخاصًا معنوية

يمكننا القول أن المسؤولية المدنية لا تترتب إلا بتحميلها على شخص ما، سواءً كان الشخص طبيعيًا أم معنويًا. ولدى البحث في الأساس القانوني لترتيب

(١) يقصد بالاعتراف العام : صدور تنظيم قانوني عام، يضع شروطاً، متى ما توافرت في جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال فإنها تكتسب - بقوة القانون- الشخصية القانونية بعدها شخصاً معنوياً. أما الاعتراف الخاص فيقصد به : الاعتراف الذي يشترطه المشرع ويعدّه لازماً لتمتع هيئة أو مؤسسة أو تنظيم ما بالشخصية القانونية. ينظر : أ. عبد الباقي البكري و م. زهير البشير، المصدر نفسه ، ص300 .

(٢) ينظر : ( المادة/48 ) من القانون المدني العراقي، و ( المادة/93 ) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، و ( المادة/18 ) من القانون المدني البحريني.

مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي بعدها شخصاً معنوياً، تنهض لدينا أكثر من فرضية ذات صلة بالمركز القانوني لتلك النظم. وعلى النحو الآتي :

**الفرضية الأولى:** مسؤولية نظام الذكاء الاصطناعي بعده شخصاً معنوياً: لعل من أهم النتائج المترتبة على إقرار المشرع الشخصية المعنوية لنظام الذكاء الاصطناعي، هي ترتب مسؤوليته عن فعالياته نظراً لامتلاكه أهلية الأداء، وانفراده بالقرار والنشاط بمنأى عن التدخل البشري كلياً أو جزئياً.. وبعبارة أخرى فإن نظام الذكاء الاصطناعي - بعده شخصاً معنوياً- سيقف على قدم المساواة مع الشخص الطبيعي في تحمله المسؤولية تجاه الغير، وهذه المسؤولية ستكون مسؤولية شخصية. وإذا ما كانت قواعد المسؤولية تؤسس على الإدراك<sup>(1)</sup> فإن من بداهة القول أن يؤخذ بنظر الاعتبار قدرة نظم الذكاء الاصطناعي على أداء المهام الإنسانية الصرفة التي ينفرد بها الذكاء الإنساني بشكل يومي، والتخصية المقتصرة على الكفاءات المؤهلة تأهيلاً جيداً، وبالتالي فإن الاحتمال يبقى قائماً في أن يلحق أي من هذه النظم الضرر بالغير نتيجة فعالياته، ومع الأخذ بنظر الاعتبار أن نظام الذكاء الاصطناعي بقدراته المذكورة - آنفاً- يقف في مستوى أعلى من مستوى الشخص المعتاد، فأنا نتعامل مع شخص بالغ الذكاء، وبالتالي فإننا نفترض به أن يكون حريصاً ومنضبطاً في تصرفاته وأعماله<sup>(2)</sup>. وتأسيساً على ذلك فإن مسؤولية نظام الذكاء الصناعي ستترتب أيًا كان المعيار المعتمد للخطأ الصادر عن النظام،

(1) ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الرأي السائد فقهاً وقضياً يعد الإدراك ركناً في الخطأ، فلا يتحقق الخطأ بدون، وبالتالي فما دامت المسؤولية تنهض على الخطأ، فيجب أن يكون من تقررت مسؤوليته مدركاً ماهية الفعل الصادر عنه، والضرر الذي يمكن أن يلحقه بالغير. ينظر : د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص490 ؛ د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق، ص141.

(2) كشفت دراسة في فبراير (2018) على منصة Lojex Law ( منصة رائدة لمراجعة العقود باعتماد الذكاء الاصطناعي )، تفوق الذكاء الاصطناعي على العقل البشري، في تخصص القانون. ولاسيما في مراجعة اتفاقيات الالتزام بالسرية، واكتشاف المخاطر ضمن الوثائق القانونية [/https://mostaqbal.ae/ai-contracts-lawyers-lawgeex](https://mostaqbal.ae/ai-contracts-lawyers-lawgeex).

أي سوء كان المعيار شخصياً، أم موضوعياً مقارنة بالشخص العادي " رب الأسرة الحريص الحازم".

**الفرضية الثانية: مسؤولية نظام الذكاء الاصطناعي عن أعمال تابعيه:** سبقت الإشارة إلى أن نظم الذكاء الاصطناعي تتسم بقدرتها على محاكاة العمليات الذهنية البشرية، دونما تدخل بشري. لكن هذه الصورة والتي تبدو النموذج الأمثل لفكرة نظم الذكاء الاصطناعي إلا أنها لم تتبلور بعد في العديد من الأنظمة. بمعنى أنه لازال للعنصر البشري دور لا يمكن إغفاله في نشاط وفعاليات نظم الذكاء الاصطناعي، كما في التغذية بالبيانات، والفعاليات التنفيذية. ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن بعض نظم الذكاء الاصطناعي لا زالت في بداياتها الأولى، ولم تصل بعد درجة من التقنية إذ تتسلم إدارة شؤون البشر بالكامل، وبمعزل عن العنصر البشري، وبدرجة يتغير معها موقع العنصر البشري من مشارك في الفعاليات إلى موضوع لها، لذا نلاحظ أن العنصر البشري لازال محافظاً على دوره في العديد من فعاليات تلك الأنظمة، ولاسيما في نطاق التغذية بالبيانات، والفعاليات التنفيذية، وإن كان هذا الدور في أغلب الأحيان يقتصر على دور التابع.

وتأسيساً على ما تقدم، يغدو من الضروري بحث مسؤولية نظم الذكاء الاصطناعي التي يجتمع فيها عنصران:

العنصر الأول، تمتع نظام الذكاء الاصطناعي بالشخصية المعنوية.

العنصر الثاني، حضور العنصر البشري – بوصفه تابعاً – في تصرفات وأعمال النظام.

وبالتالي فإذا ما كان هناك إجماع فقهي على مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند قيامهم بإدارة شؤونه<sup>(١)</sup>، فإن نظام الذكاء

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد- ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ج1، ص706.

الاصطناعي بعد حصوله على الشخصية المعنوية، سيغدو مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها أتباعه بالآخرين، في ظل إدراكه، وفي ظل قدرته على توجيه الأوامر الملزمة لمن يشتغلون بمعيته من البشر.

وبعبارة أخرى نقول : إذا كان بإمكان الذكاء الاصطناعي محاكاة العقل البشري في عملياته الذهنية وحواسه، دونما تدخل بشري في قراراته، وإذا ما كان للعنصر البشري دور لا يمكن إغفاله في نشاط وفعاليات النظام، ولاسيما في المهام التنفيذية، إذ يكون العنصر البشري تابعاً لنظام الذكاء الاصطناعي، ففي هذا النطاق سيغدو نظام الذكاء الاصطناعي متبوعاً، والعنصر البشري العامل بمعيته سيعد تابعاً له، وبالتالي فإن من الممكن ترتيب مسؤولية نظام الذكاء الاصطناعي عن أعمال العنصر البشري التابع له طبقاً لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه<sup>(1)</sup>، بعدها مسؤولية عن الغير، وهذه المسؤولية تؤسس بحسب رأي بعض الفقهاء<sup>(2)</sup> استناداً لفكرة الضمان بعدها المتبوع كفيلاً للتابع، أو فكرة النيابة بعدها التابع نائباً عن المتبوع.

**المقصد الثالث: أثر إقرار الشخصية المعنوية لنظم الذكاء الاصطناعي على ترتيب مسؤوليتها المدنية**

تبدأ الشخصية القانونية للشخص المعنوي بإقرار من المشرع، سواء كان الإقرار عاماً أم خاصاً<sup>(3)</sup>. ولعل من أهم النتائج المترتبة على إقرار القانون الشخصية القانونية لنظام الذكاء الاصطناعي هي :

(1) يلاحظ في نصوص (المادة/313-ب) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و(المادة/172-أ) من القانون المدني البحريني، (المادة/215-1) من القانون المدني العراقي -التي نظمت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه- اتفاقها في ترتيب مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، رغم تباين المواقف بينها في التفاصيل المتصلة بوصف المسؤولية ( العمل غير المشروع – الفعل الضار )، ودرجة التبعية المرتبة للمسؤولية، ومدى الخيار في ترتيب المسؤولية على المتبوع. ولم يتم التوسع في مناقشة ذلك كونه خارج نطاق البحث.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص1040.

(3) يكون الاعتراف العام من قبل المشرع بالشخص المعنوي ، من خلال تنظيم قانوني عام يصدر بقانون، حيث يضع المشرع شروطاً عامة لاكتساب الشخصية المعنوية، ومتى ما توافرت

أولاً: تغدو نظم الذكاء الاصطناعي - بهذا الاعتراف - شخصاً من أشخاص القانون، يخاطب بخطابه، ويخضع لأحكامه، في حدود ما يقره القانون، وما يتناسب مع طبيعتها.

ثانياً: تتمتع نظم الذكاء الاصطناعي بحزمة من الحقوق للصيقة بشخصيتها المعنوية والمتناسبة معها، والمتمثلة بما يأتي :

1- اسم نظام الذكاء الاصطناعي، والذي يختص به دون غيره، ويميزه عن سواه، وغالباً ما يكون مستمداً من نشاطه.

2- أهلية نظام الذكاء الاصطناعي، وتشمل كلاً من أهلية الوجوب، وأهلية الأداء. وبطبيعة الحال فإنها ستكون مقيدة في حدود ما يقره القانون، وما يحدده عقد تأسيسه.

3- الزمة المالية لنظام الذكاء الاصطناعي، إذ أن الزمة المالية ترتبط ارتباطاً متلازماً بالشخصية<sup>(1)</sup> فإن من الضروري والحتمي انفراد نظام الذكاء الاصطناعي - حال إقرار الشخصية الاعتبارية له - بذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية للأشخاص الطبيعيين والمعنويين المستثمرين فيه أو المكونين له.

4- موطن نظام الذكاء الاصطناعي، وبالرغم من عولمة نظم الذكاء الصناعي وتمدها في العالم الرقمي عبر الحدود، إلا أن تسجيلها بعدّها شخصاً معنوياً، يجعل من الممكن الاعتداد بمحل تسجيل نظام الذكاء الاصطناعي موطناً له.

5- جنسية نظام الذكاء الاصطناعي، وبالرغم من عولمة نظم الذكاء الصناعي، وتمدها في العالم الرقمي عبر حدود الدول، إلا أن الحل الأمثل لهذه الفقرة يكمن في

---

تلك الشروط في جماعة أشخاص أو مجموعة أموال فإنها تكتسب الشخصية المعنوية بقوة القانون، كما يكون الاعتراف خاصاً، اذا عد المشرع الاعتراف بالمجموعة أو الجماعة شرطاً لازماً لقيامها.

(1) د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة عبدالله وهبه، القاهرة ١٩٨٢، ص 111.



منح نظام الذكاء الاصطناعي جنسية الدولة التي ينتمي إليها بتأسيسه، أي الدولة التي حصل النظام على شخصيته القانونية المعنوية طبقاً لقوانينها.

6- الممثل القانوني لنظام الذكاء الاصطناعي، سواءً كان هذا الممثل شخصاً طبيعياً ( مدير مفوض، محام ). مع الأخذ بنظر الاعتبار أن محاكاة نظم الذكاء الاصطناعي للفعاليات الذهنية الإنسانية الصرفة تجعل من البديهي أن تتب هذه النظم من يتولى تمثيلها قانوناً.

ثالثاً : ترتيب المسؤولية المدنية الشخصية في حق نظم الذكاء الاصطناعي عن فعاليتها وعن الأضرار التي تلحقها أنشطتها بالغير. وبطبيعة الحال فإن من شأن ذلك أن يحقق للمجتمع فوائد جمة، يأتي في مقدمتها:

1- تيسير موضوع حصر المسؤولية المدنية عن فعاليات هذه النظم، وسهولة توجيه الخصومة في دعاوى التعويض، بدلاً من دخول المضرور في دوامة التنقل بين مصمم النظام، ومنتجه، ومسوقه، ومستثمره، ومشغله، والعناصر البشرية الفاعلة فيه والتابعة له.

2- تهيئة ضمانات مالية للمجتمع تكفل تعويض الأضرار الناجمة عن فعاليات نظم الذكاء الاصطناعي، بشكل عاجل ومنصف، لاسيما وأن بعض هذه النظم بدأت تحكم قبضتها على ميادين بالغة الدقة والخطورة، كما في الطائرات المسيرة ذات المهام التجسسية والقتالية، وحركة الطائرات في المطارات، والربث الفضائي، والاتصالات، وأسواق المال، وغيرها من المجالات التي يمكن أن تسبب فعاليات هذه النظم ضرراً للغير. وتتمثل أهم تلك الضمانات في آليتين:

أ- إلزام المستثمرين في نظم الذكاء الاصطناعي بتأسيس صندوق لتعويضات المتضررين من فعاليات تلك النظم.

ب-إلزام المستثمرين في نظم الذكاء الاصطناعي بالتأمين على فعاليات النظم  
في شركات تأمين متخصصة وطنية وموثوقة.

### الخاتمة

في ختام البحث، وبعد الإقرار بالواقع الجديد الذي بدأت طرقاته الرقمية تشتد  
على بوابات حياتنا اليومية، لاحظنا أن هذا الواقع قد بث حراكاً علمياً فاعلاً بشأنه،  
في العديد من دول العالم، ولاسيما المتقدمة منها، فضلاً عن النقاشات البرلمانية  
والحكومية التي نأمل أن ترتقي به إلى مرحلة سن التشريعات المتناسبة معه. لذا  
فإننا نعود لنؤكد مجدداً ما توصل إليه البحث من نتائج نأمل أن تجد طريقها إلى  
مقاعد البحث العلمي وجلسات الصياغة القانونية البرلمانية، وتلك هي :

### أولاً: النتائج

١- يلاحظ أن التشريعات المقارنة لم تتجه بعد لتقديم تعريف لنظم الذكاء  
الاصطناعي، بل ولم تتجه بعد لتقنين هذه النظم، مكتفية بتقنين بعضها، كما هو  
الحال مع المشرع الإماراتي، وهذا الحال ينطبق على المشرع العراقي والمشرع  
البحريني.

٢- يمكن توصيف الطبيعة القانونية لنظام الذكاء الاصطناعي الذي نظّمته  
التشريعات المقارنة بكونه برنامجاً (تطبيقاً) ذكياً يمتاز بقدرته على التصرف  
باستقلالية عن أي تدخل بشري، قد تفرض على المشرع في المستقبل القريب  
الاعتراف له بالشخصية المعنوية ولو بشكل محدود، لكي يتمكن من تأدية دوره  
والتصرف بوصفه وكياً عن الغير.

٣- انقسم الفقه إلى التعامل مع نظم الذكاء الاصطناعي بعدّها أشياء، عن طريق  
تمسكه بالقواعد التقليدية للمسؤولية التقصيرية، داعياً لإخضاع الضرر الناجم عن  
فعاليتن نظم الذكاء الاصطناعي لأحكام المسؤولية عن الأشياء.

٤- أن نظم الذكاء الاصطناعي بوضعها الحالي - والمستقبلي - مؤهلة تماماً لاكتساب الشخصية القانونية الاعتبارية، ذلك أنها تتشكل من منظومات برمجية ذات قيمة مالية، بمعنى أنها مجموعة أموال، تستهدف في نشاطها تقديم خدمة لجمهورها، أيًا كان مضمون تلك الخدمة، أيًا كان المقابل.

### ثانياً: المقترحات

أولاً - نقترح على المشرع في الدول المقارنة، مسودة لمشروع قانون لتنظيم الذكاء الاصطناعي، يشتمل على المحاور الآتية :

1-تعريف نظام الذكاء الاصطناعي : نظام إلكتروني مؤتمت ووسيط، له مكنة التصرف بفعل أو رد فعل مستقل، بمعزل عن التدخل البشري كلياً أو جزئياً، وله مكنة تطوير ذاته تلقائياً.

2- الاعتراف لنظام الذكاء الاصطناعي المستقل كلياً، بالشخصية المعنوية، على أن يكتسب وجوده القانوني من تأريخ تسجيله لدى سجل الشركات.

3- يتخذ نظام الذكاء الاصطناعي عند تسجيله الشكل القانوني لشركة المساهمة.

4- يمنح نظام الذكاء الاصطناعي بدءاً من تأريخ تسجيله الحماية القانونية المقررة لبراءات الاختراع، والعلامات التجارية، وفق القوانين والأنظمة النافذة.

5- إلزام شركات نظم الذكاء الاصطناعي بتغطية فعالياته بغطاء تأميني وطنياً.

6- يتمتع نظام الذكاء الاصطناعي اعتباراً من تأريخ تسجيله بالحقوق المقررة للشخص المعنوي - الاعتباري- بما في ذلك :

أ - اسم النظام، المشتق من - أو المتناسب مع - نشاطه.

ب - أهلية النظام، المقيدة في حدود القانون، وعقد تأسيس شركته.

ج - الذمة المالية للنظام، وتتخذ شكل صندوق، يدار بإشراف محاسبي.

د - موطن النظام، ويعتد بالمكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة المالية.

هـ - الجنسية، يحمل نظام الذكاء الاصطناعي المسجل جنسية موطن تسجيله.  
و- الممثل القانوني لنظام الذكاء الاصطناعي.

### المصادر:

#### أولاً - الكتب :

1- احمد ماجد، الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة الاقتصاد 2018.

2- بشير عنوس، الذكاء الصناعي، دار السحاب للنشر والتوزيع، القاهرة 2007.

3- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية - ج2- الخطأ، مطبعة العزة، بغداد 2001 .

4- عبدالباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ( بدون سنة نشر ).

5- عبدالرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد- ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ج1

6- عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد 2007.

7- محمد سليمان الأحمد، قاعدة ( نصل أوكام ) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، مركز أبحاث القانون المقارن، مطبعة شهاب، أربيل 2010.

#### ثانياً - الرسائل الجامعية:

1- فاتن عبدالله صالح، أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة إتخاذ القرارات - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا (2009).

### ثالثاً: البحوث:

- 1- أنور احمد الفزيع ، مسؤولية مصممي برامج الحاسوب التقصيرية- دراسة في القانون الكويتي المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي، السنة19، العدد1، آذار1995.
- 2- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، السنة/20 العدد/3، سبتمبر1996.
- 3- خديجة محمد درار، أخلاقيات الذكاء الاصطناعي والروبوت - دراسة تحليلية، بحث منشور في المجلة الدولية لعلوم المكتبات والمعلومات، تصدر عن الجمعية المصرية للمكتبات والمعلومات والأرشيف، مجلد/6، عدد/3 ، سبتمبر2019 .
- 4- صفات سلامة، خليل أبو قورة، حوليات جامعة الجزائر، الصادرة عن جامعة الجزائر، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد في جامعة الجزائر (27&28 نوفمبر 2018) تحت عنوان : الذكاء الاصطناعي : تحد جديد للقانون.
- 5- علي فيلاللي، ناريمان مسعود بورغدة، ( حوليات جامعة الجزائر ) الصادرة عن جامعة الجزائر، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد في جامعة الجزائر (27&28 نوفمبر 2018 ) تحت عنوان : الذكاء الاصطناعي : تحد جديد للقانون.
- 6- محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - تصدر عن كلية الحقوق/جامعة الموصل، مجلد/1، السنة/9، عدد/20 لسنة2004.
- 7- معمر بن طرية، مفهوم معيوبية المنتج في نظام المسؤولية المدنية للمنتج، والحلول التي يقدمها التأمين لتغطيته- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد/22، يونيو2018.

رابعًا - مصادر أجنبية:

1- Ugo Pagallo, The Laws of reports: Crimes, Contracts, and  
.Torts, Springer, 2013.

خامسًا - المواقع الالكترونية:

1 - <https://meo.news/en/node/716102>

2 - <https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/federal-governments-strategies-and-plans/uae-strategy-for-artificial-intelligence>

3- <https://al-ain.com/article/emirates-intelligence-strengthening-justice>

4 - <http://search.mandumah.com/Record/1001646>

5 - <https://cutt.us/QGSvv>

6 : - <https://mostaqbal.ae/ai-contracts-lawyers-lawgeex/>.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

أ. م. د. فاطمة خلف كاظم

الجامعة المستنصرية/مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية-العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.13>

### الملخص

تدور هذه الدراسة حول موضوع بالغ الأهمية وهو "المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي" لتعلقه بعدم وجود نصوص قانونية تنظم عمل المسعف التطوعي، فالدراسة تتعلق ما هي مسؤولية المسعف التطوعي عند تقديم خدمة الاسعاف تجاه الطرف المتعرض للخطر أو الاصابة، فتم اتباع المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك باستقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بجوانب الموضوع، وتحليلها، من أجل الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي، وتوصلت الدراسة في نهاية البحث لمجموعة من النتائج والمقترحات .

**الكلمات المفتاحية:** سلوك تطوعي، مسعف، مسعف تطوعي متدرب، نوع التزام المسعف التطوعي

## Civil Liability of The Volunteer Paramedic

Asst. Prof. Dr. Fatima khalaf kathum

Al-Mustansiriyah University/Al-Mustansiriyah Center for  
Arab and International Studies- Iraq

### Abstract

This study revolves around a critical topic, which is the "civil liability of the volunteer paramedic" due to its connection to the absence of legal texts regulating the work of the volunteer paramedic. The study is concerned with the volunteer paramedic's responsibility when providing ambulance service to the party at risk of injury. The analytical inductive approach was followed, by extrapolating the legal texts and judicial rulings related to the aspects of the subject, and analyzing them, in order to reach a legal formula regulating the issue of the civil liability of the volunteer paramedic, At the end of the research, the study reached of many results and proposals.

**Keywords:** volunteer behavior, paramedic, trained volunteer paramedic, type of volunteer paramedic commitment.



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

### المقدمة

العمل أو السلوك التطوعي هو من أبرز الأعمال المساهمة في بناء المجتمع، وهو أحد أهم الأنشطة الإنسانية الهادفة إلى نشر روح التعاون والمساعدة بين افراد المجتمع، ويكون ظهوره واضحاً في وقت الأزمات، والذي يكون على شكل جماعي أو فردي يعمل على خدمة ومساعدة الناس و من دون مقابل مادي أو ربح (كعمل المسعف التطوعي)، فيبذل صاحبه من أجل العمل الخيري و يكتسب عامله و فاعله شعور إنساني مريح بالمسؤولية الإنسانية والأخلاقية في إنقاذ البشر ( إنقاذ غريق أو إسعاف جريح من حوادث السيارات أو الحرائق، فيسعى تدخل المسعف في ذلك، للحفاظ على الحياة، وتخفيف المعاناة، والوقاية من الأمراض أو الإصابات.

وعلى الرغم من ذلك يتعرض المسعفون المتطوعون للمعوقات التي تؤدي إلى امتناع الافراد من اغائة حياة شخص معين أو منع الخطر عنه و من اهم المعوقات، عدم وجود تشريع وتعليمات واضحة تنظم العمل التطوعي أو شكل من اشكال العمل التطوعي وتحميه من حيث الحقوق والواجبات، و هو ما له تأثيراً كبيراً على تصرف الناس في حالة الطوارئ من امكانية الاعتداء على المسعف و في المقابل التزام المسعف بالحيطه و حرمة الجسد البشري، ففي حالة وقوع حادث سيارة، أو حريق، أو طوارئ طبية إذا علم الشاهد أنه يمكن تحميله المسؤولية في حال قدم المساعدة لعدم وجود نصوص قانونية تحميه، قد يقرر عدم القيام بذلك و انتظار خدمات الطوارئ، ومن ثم سيضر بحالة الضحية المحتملة وبالآخرين، وهو ما دعا بعض الدول إلى اصدار قوانين تنظم عمل الاسعافات الاولية أو المسعف التطوعي .

فالمشعر العراقي لم يصدر قانون لحماية المسعف التطوعي مما ادى إلى وقوع الكثير من الضحايا نتيجة لعدم إسعافهم لابتعاد المجتمع عن تقديم هذه الخدمة

بسبب الملاحقة والاتهام الذي يتعرض له المسعف قانونياً وعشائرياً، إلا أن منذ عام ٢٠١٩ قد قُدم إلى رئاسة مجلس النواب مشروع قانون حماية المسعف التطوعي إلا أنه لم يتم إصداره بعد، ومن هنا فإنّ هذه الدراسة ستحاول التركيز على المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي من حيث أركانها، وطبيعتها، ونوع التزامه في ظلّ القانون المدني العراقي .

### إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في التساؤلات الآتية:

- ١- إلى أي مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية بصفة عامة في مواجهة المسعف التطوعي تجاه الطرف المتعرض للخطر أو الإصابة.
- ٢- هل يتعين أن تنفرد هذه الفئة بقواعد خاصة، و بعبارة أخرى هل يكفي تطبيق القواعد العامة ولا سيما في مجال المسؤولية المدنية (النظام القانوني للمسؤولية المدنية) أم لا بد من تخصيص قواعد لتتنطبق على المسعف التطوعي .
- ٣- هل يُعد عمل المسعف التطوعي المتعلق بحرمة الجسد البشري و سلامته كعمل الطبيب أو الممرض في عدم المساس به الا للضرورة

### أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان أغراض ومقاصد علمية وقانونية مهمة، ونجملها في الآتي:

- ١- معرفة مفهوم المسعف التطوعي
- ٢- بيان طبيعة التزام المسعف القانوني
- ٣- بيان أحكام المسؤولية المدنية من حيث أنواعها، وطبيعتها الناشئة لعمل المسعف التطوعي وفق القانون العراقي

### منهجية البحث

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

إن طبيعة موضوع البحث تتطلب اتباع المنهج الاستقرائي التحليلي و ذلك في استقراء نصوص او القواعد القانونية العامة في القانون العراقي في اطار الحماية المدنية و من ثم تحليلها للوقوف على المعايير الموضوعية في المسؤولية المدنية (الحماية المدنية) للمسعف التطوعي

### هيكلية البحث

للإحاطة بجوانب الموضوع ارتأينا أن نقوم بدراسة الموضوع عن طريق تقسيم البحث على مبحثين، وسنتطرق لبيان مفهوم المسعف التطوعي و طبيعة المسؤولية المدنية و التزام المسعف التطوعي أولاً، ثم سنتطرق في المبحث الثاني إلى قيام المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي.

### المبحث الاول : ماهية المسعف التطوعي

سنتطرق في السطور القادمة الاطار المفاهيمي للمسعف التطوعي وما هي طبيعة المسؤولية المدنية والتزام المسعف التطوعي: -

### المطلب الاول: مفهوم المسعف التطوعي

للتعرف على مفهوم المسعف التطوعي، لابد من القول إن لهذا المصطلح معاني لغوية وكذلك مفهوم اصطلاحي، و سنتطرق للمعنى اللغوي لكلمة المسعف والتطوع ثم نتطرق بعد ذلك إلى المفهوم الاصطلاحي للمسعف التطوعي **ففي المعنى اللغوي**، نجد ان مصطلح ( مسعف ) مشتق من ( سعف ) و من معاني (السَّعْفُ): أَعْصَانُ النَّخْلَةِ، وَأَكْثَرُ مَا يُقَالُ إِذَا يَبَسَتْ وَبَفَتْ الْعَيْنُ (السَّعْفُ): دَاءٌ فِي أَفْوَاهِ الْإِبِلِ كَالْجَرَبِ يَتَمَعَّطُ مِنْهُ أَنْفُ الْبَعِيرِ، وَالْإِسْعَافُ: قِضَاءُ الْحَاجَةِ وَقَدْ أَسْعَفَهُ بِهَا. وَمَكَانٌ مُسَاعِفٌ وَمَنْزِلٌ مُسَاعِفٌ أَي قَرِيبٌ، وَالْإِسْعَافُ وَالْمُسَاعَفَةُ: الْمُسَاعَدَةُ وَ الْمَوَاتَاةُ وَالْقُرْبُ فِي حُسْنِ مُصَافَاةٍ وَمُعَاوَنَةٍ<sup>(١)</sup>.

(١) يُنظر: ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، بيروت، دار صادر، ٢٠١٠، ص ١٥٢

أما المعنى الاصطلاحي، لمفهوم المسعف " هو الشخص الذي يقدم العناية بالمصاب أو من تعرض لحالة مرضية مفاجئة، بشرط أن يكون مؤهلاً للقيام بهذا العمل بحصوله على التدريب المناسب بالمراكز الصحية المتخصصة ولديه المعلومات التي تمكنه من تقديم الإسعافات الأولية للمصاب أو المريض بشكل صحيح لإنقاذ حياته"<sup>(1)</sup>، ويفهم في هذا التعريف انه يعبر عن الشخص الذي يقوم بالإسعافات الأولية و الذي له دراية بأساسيات الإسعافات الأولية التي تم التدريب عليها في المراكز الصحية.

و هنا لابد من الإشارة إلى ان المراكز الصحية التي تقوم بتدريب اشخاص معينين على كيفية تقديم الإسعافات الأولية للمصاب أو المريض بشكل صحيح لإنقاذ حياته، و من ثم تعطى لهم شهادة خاصة بذلك و يكونوا حاملين لبطاقة تعريفية بذلك، وهنا هل يكون كل شخص يريد ان ينقذ شخص مصاب في الطريق أو انقاذه من الحريق يتطلب فيه مثل هذا الشرط ؟

(1) هو ما نشرته المنطقة الثالثة - فرع القاهرة - الهيئة العامة للتأمين الصحي، على الموقع الالكتروني:

<https://kenanaonline.com/users/AREAMED3/posts/326903#:~:text=%D9%87%D9%88%20%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%20%D8%A7%D9%84%D8%B0%D9%8A8A%D9%85,%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D9%8A%D8%B6%20%D8%A8%D8%B4%D9%83%D9%84%20%D8%20%D9%8A%D9%82%D9%88%D9%85%20%D8%A8%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%8B5%D8%AD%D9%8A%D8%AD%20%D9%84%D8%A5%D9%86%D9%82%D8%A7%D8%B0%20%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%AA%D9%87%20>

٢٠٢٣ / ٦ / ٢٠ تاريخ الاسترجاع AA%D9%87%20

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

و للإجابة عن ذلك عن طريق معرفة ما هو العمل التطوعي و هل المسعف التطوعي عمله من ضمن مجال العمل التطوعي

**يعد العمل التطوعي** هو فعل الخير وتقديم يد العون والمساعدة للآخرين، وعدّ البعض أن العمل التطوعي هو "عمل غير ربحي لا يقدم نظير أجر معلوم وهو عمل غير وظيفي مهني يقوم به الأفراد من أجل مساعدة وتنمية مستوى معيشة الآخرين القريبين أو البعيدين أو المجتمعات البشرية بصفة مطلقة"<sup>(١)</sup>، وذهب البعض الآخر ذهب إلى توضيح بأن العمل التطوعي ليس مرتبطاً بالإنسان وإنما أيضاً هناك من المؤسسات تقوم بعمل يفيد البشرية دون الغرض منه الربح المادي أو مقابل اجر فوصفوه بأنه " تلك الجهود التي يقوم بها أفراد المجتمع من خلال مؤسسات ذات شخصية اعتبارية يقومون بتأسيسها وفق التشريعات و النظم و اللوائح المعمول بها في الدولة و ذلك لتحقيق أغراض انسانية أو اجتماعية أو ارشادية أو مهنية و غيرها دون السعي للحصول على مقابل مادي نظير تلك الجهود"<sup>(٢)</sup>.

و بذلك يتضح ان العمل التطوعي غرضه غير مادي أو ربحي و إنما تقديم العون و المساعدة الانسانية سواء كان مقدم هذه المساعدة فرد أو مجموعة افراد أو شخص

---

(١) هاله عبد الهادي و نوفل عامر صالح الخفاجي، العمل النفسي والسلوكي في المجتمع، مجلة جامعة بابل للعلوم البحثية والتطبيقية، ٢٠١٩، ص ١٩٣

(٢) منى إسماعيل و حمدان عبد الله الصوفي، درجة ممارسة طلبة الجامعات الفلسطينية بمحافظة غزة للعمل التطوعي وعلاقتها بالمهارات القيادية لديهم، رسالة ماجستير في إدارة التربية، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٨، ص ٢٥

منتمي لمؤسسة خيرية، و هو ما ذهب البعض إلى ان للعمل التطوعي شكلين هما<sup>(١)</sup> :

١- **السلوك التطوعي** : ويتمثل بمجموعة من التصرفات التي يمارسها الفرد و تأتي استجابة لظرف طارئ أو لموقف إنساني أو أخلاقي محدد، كأن يندفع المرء لإنقاذ غريق أو إسعاف جريح.

٢- **الفعل التطوعي** : وفي هذا الشكل الفعل لا يأتي نتيجة لظروف طارئة وإنما يأتي نتيجة دراسة وتخطيط أساسه الإيمان بفكرة التطوع ودوره في تنمية المجتمع ومعالجة مشكلاته، و هو ما يسميه البعض **بالعمل التطوعي المؤسسي**، وبوساطة هذين الشكلين يُعد عمل المسعف التطوعي من ضمن الشكل الاول و هو السلوك التطوعي .

وبذلك نجد أن المسعف التطوعي " هو سلوك تطوعي من قبل شخص او مجموعة اشخاص، في تقديم مساعدة او رعاية طارئة و دون الحصول على مقابل، فقد يكون متطوع غير مرخص في الامور الطبية الطارئة أو يكون مرخص و معتمد في الامور العلاجية الطارئة كالتي يقدمها موظفو الخدمات الطبية في حالات الطوارئ"

### **المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية و التزام المسعف التطوعي**

لمعرفة المسؤولية التي تثار على المسعف التطوعي تتطلب بالإضافة إلى بيان أركانها الوقوف على طبيعتها أي إن كانت عقدية أم مسؤولية تقصيرية، وكذلك لا بد من معرفة نوع التزامه، وعليه سنعالج هذا المطلب في فرعين، نتطرق في الأول إلى

(١) يُنظر: في تفاصيل ذلك : انتصار زين العابدين البياتي، انتصار الساعدي، دور الاسرة في غرس القيم الاخلاقية للعمل التطوعي لدى الشباب، مجلة البحوث التربوية والنفسية، العدد ٥٨، ٢٠١٨،

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

بيان طبيعة مسؤولية المسعف التطوعي المدنية، أما الفرع الثاني فسنعرضه لبيان نوع التزام المسعف التطوعي.

### الفرع الاول: طبيعة مسؤولية المسعف التطوعي المدنية

إن مسؤولية المسعف التطوعي المدنية تثار في حال اخلال المسعف بالتزاماته عند قيامه بعمله، وهو ما أثار تساؤلاً حول طبيعة هذه الالتزامات التي يخل بها المسعف التطوعي هل هي التزامات عقدية أم تقصيرية؟

ان المشرع العراقي لم ينظم عمل المسعف التطوعي بنصوص قانونية ؛ ولذلك يكون تحديد طبيعة هذه المسؤولية خاضعاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

اوضحنا ان عمل المسعف التطوعي هو القيام بواجب انساني طارئ كإنقاذ غريق، وهو ما يعني لا يوجد اتفاق مسبق مع الطرف المصاب او الغريق، فلا يعقل اتفاق حاصل بينهم على اضرار حريق ثم يقوم بإنقاذه من الحريق، وعليه وبحسب الأحكام العامة في المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي فإن من المتصور أن ينتج عند اخلال المسعف التطوعي بالتزام واجب عليه تنفيذه قانوناً والذي نتج عنه ضرر بالمريض و ليس التزم واجب عليه تنفيذه اتفاقاً، فيحق للطرف المتضرر المطالبة بتعويض عما لحق به من ضرر أو أذى، وعند الرجوع إلى النصوص القانونية العامة نجد أن التشريع العراقي يخلو من تشريع قانوني خاص يحكم كل مهنة أو عمل معين ومنها عمل المسعف التطوعي وبشكل خاص الاحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية، فترك المشرع العراقي الامر بالرجوع في ذلك إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية

و المسؤولية التقصيرية هي تلك المسؤولية التي تنهض في حالة حصول إهمال أو تقصير في التزم أو واجب فرضه القانون وهو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل مع

عدم الأضرار بالغير، ومن ثم تنهض هذه المسؤولية نتيجة الإخلال بهذا الواجب وإصابة الغير بالضرر.<sup>(١)</sup>

و في هذا الإطار يثار تساؤلاً و هو ماهي واجبات المسعف التطوعي التي في حالة الإخلال تنهض المسؤولية التقصيرية ؟

ذكرنا ان المشرع العراقي لم يصدر قانوناً خاصاً بالمسعف التطوعي على الرغم من تقديم مشروع قانون لحماية المسعف التطوعي إلى رئاسة مجلس النواب<sup>(٢)</sup>، و هو ما يتطلب الولوج في معرفة هل هناك قواعد عامة او تعليمات من قبل منظمات خاصة بهذا العمل حددت ماهي هذه الواجبات، و هل هناك احكام أو قواعد قانونية عامة تحدد ما هو الواجب القانوني الذي عليه الالتزام به ؟

و بهذا الصدد لم تقوم وزارة الصحة العراقية بتعليمات خاصة بالإسعافات الأولية و من ثم تحدد ما هي واجبات المسعف، إلا ان جمعية الهلال الاحمر العراقية (وهي جمعية انسانية مستقلة) اوضحت ما هي واجبات المسعف (المسعف المتدرب على الاسعافات الأولية و المنتمي لها)

وقبل التطرق إلى هذه الواجبات لا بد من الإشارة إلى ان المسعف التطوعي قد يكون مسعفاً عادياً غير متدرب على الاسعافات الأولية و غير المنتمي إلى أي

(١) يُنظر: محمد شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام و المسؤولية (الأردن: المطابع التعاونية، ٢٠٠٠م)، ص١٥٦.

(٢) الا ان هذا المشروع لم يقر إلى الان من قبل مجلس النواب، و عند استقراء مواده نجد ان المشرع لم ينظم مسؤولية المسعف التطوعي المدنية، و لم يحدد ما هي التزاماته و الضوابط التي تنظم عمله، و انما اكتفى بكيفية حمايته من الاعتداءات اثناء اسعافه لمصاب في حادث او غريق، يُنظر في ذلك: مقال بعنوان: بالوثائق.. مسودة مشروع قانون حماية المسعف التطوعي المقدم إلى البرلمان / و على الموقع الالكتروني <https://www.mawazin.net/Details.aspx?jimare=41279> -



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

مؤسسة انسانية مستقلة، وقد يكون المسعف التطوعي متدرباً و حاصلًا على شهادة في الاسعافات الاولية (سواء منتمياً او غير منتمياً لأي مؤسسة انسانية)، والتي تمكنه من اسعاف مصابين بشكل مختلف عن قيام شخص آخر بالمساعدة التي يقدمها إلى شخص آخر يحتاج هذه المساعدة (المصاب ) في الحالات الطارئة و الحوادث خلال الدقائق الأولى من الإصابة، و هنا يؤخذ بالاعتبار مستوى معرفة ومهارة المسعف، ومستوى المخاطر التي يشكلها الموقف، و من ثم ستكون واجبات مختلفة و يكون عليه التزام اكثر تشدداً.

و من الواجبات التي اوردها جمعية الهلال الاحمر العراقية التي يجب الالتزام بها المسعف هي<sup>(١)</sup> :

- ١- المحافظة على حياة المصابين في الحوادث و الطوارئ
- ٢- تسجيل تاريخ و نوع الإصابة واسم المصاب
- ٣- تقدير الموقف بما يتناسب مع الحادث والاستعانة بالأشخاص الموجودين في محل الحادث
- ٤- تخفيف الآلام الناتجة عن الحادث
- ٥- منع حدوث مضاعفات للإصابة "

و هنا يمكن القول ان هذه الواجبات عامة يلتزم بها المسعف التطوعي الحاصل على شهادة في الاسعافات الاولية و بعض منها يلتزم بها المسعف التطوعي العادي، إلا أن بالرجوع إلى الارشادات الصادرة من جمعية الهلال الاحمر العراقية، نجد ان

(١) يُنظر في ذلك : منشور بعنوان " الاسعافات الاولية " على الموقع الالكتروني لجمعية الهلال الاحمر العراقية :

https://ircs.org.iq/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%B9%D8%A7%D9%81%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84%

/D9%8A%D8% تاريخ الاسترجاع ٢٠٢٣/٦/٢٢

هناك ارشادات بكيفية الاسعاف الاولي للمصاب حيث بوبت ضمن مسمى "وصايا مهمة للمسعف" و اخرى متعلقة بإجراء الفحص العام للمصاب و التي حددت على سبيل الحصر، و من ثم يعد أي اخلال من قبله لأي من تلك الواجبات او الوصايا فستثار عليه المسؤولية المدنية (التقصيرية)، و هذه الوصايا

" ١- شخص الإصابة و قرر طريقة الإسعاف

٢- لا تهمل أي إصابة مهما كانت بسيطة

٣- يتم تقديم إسعاف الحالات الآتية قبل كل إسعاف ( الاختناق ، النزف الدموي ، الصدمة )

٤- أسرع في عملك في الإسعاف على شرط ان لا تؤثر على هدوء أعصابك وإتقانك للعمل

٥- يُعد المصاب حياً دائماً وتجرى له الإسعافات الأولية اللازمة إلا إذا ثبت انه ميت قبل مدة طويلة

٦- يتم إسعاف المصاب في مكان الحادث إلا إذا تعذر ذلك ( حريق - تهدم مباني )

٧- لا تخلع ملابس المصاب إلا إذا أعاقت عملية الإسعاف

٨- لا يعطى للمصاب أي طعام او شراب قبل نقله إلى المستشفى كونه قد يحتاج جراحة عاجلة تحت تخدير كامل الفحص العام للمصاب <sup>(١)</sup>

(١) يُنظر في تفاصيل هذه الوصايا : منشور بعنوان " الاسعافات الاولية " على الموقع الالكتروني لجمعية الهلال الاحمر العراقية:

<https://ircs.org.iq/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%B9%D8%A7%D9%81%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84/>

[/D9%8A%D8%A9](#) تاريخ الاسترجاع ٢٠٢٣/٦/٢٢

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

وبالرغم من صدور مثل هذه الواجبات من قبل جمعية الهلال الاحمر العراقية، إلا أنها تتعلق بالمسعفين او المتطوعين والعاملين فيها، وهنا يكون تطبيقهم لهذه الواجبات التزام بتحقيق نتيجة لكن ما يتعلق بحالة المصاب فان عملهم ليس علاجي كعمل الطبيب، فالتزامهم يكون بالقيام بما يتبعوه من واجبات واسعافات اولية، ومن ثم اصاله إلى المستشفى، ولكن هل يمكن للمؤسسة التي ينتمي اليها المسعف التطوعي ان تكون مسؤولة مدنيًا في حالة حصول ضرر بالمصاب ؟

اوضحنا ان المسعف التطوعي المنتمي إلى مؤسسة انسانية لتقديم مثل هذه المساعدات (الاسعافات الاولية)، و هنا يفترض ان تكون ملتزمة بقبول الاشخاص الذين تدربوا مبادئ الاسعافات الاولية و من ثم حصلوا على ترخيص بذلك، و كذلك تجهيزهم بما يتطلب عمل الاسعاف الاولي، وعمل المسعف يعد عملاً خيرياً غير ربحي، فهو لا يتقاضى أي اجر على عمله من قبل المؤسسة، ومن ثم اذا قامت المؤسسة بكل المتطلبات من التدريب و الاختبار وتوفير متطلبات أو المواد التي يتطلبها عمل المسعف، هل تسأل مدنيًا، و بعبارة اخرى هل تعتبر المؤسسة مسؤولة عن اعمال تابعيها؟

بالرجوع إلى القانون المدني العراقي، ان المشرع في الفقرة الاولى من المادة ٢١٩، قد حدد من هي المؤسسات التي تسأل عن اعمال تابعيها، إذ نص على ان " الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع اثناء قيامهم بخدماتهم "

وهنا نلاحظ ان المشرع العراقي قد حدد من هو المتبوع الذي يسأل عن اعمال تابعيه وهم "الحكومة، البلديات، المؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل مؤسسة من المؤسسات الصناعية او التجارية"، فيقصد بالحكومة هي السلطة

التنفيذية كالوزارات والهيئات غير المرتبطة بوزارة والادارات المحلية، اما البلديات "فهي المؤسسات المحلية التي تقوم بالأعمال والخدمات ذات النفع العام وتتمتع بالشخصية المعنوية، أما ما يتعلق بالمؤسسات فهي تلك التي تقوم بخدمة عامة او كل شخص عام يتولى ادارة مرفق من المرافق العامة سواء كان النشاط صناعي او تجاري او زراعي او مالي او تعاوني او خدمي، وهذا المعنى ينصرف إلى جميع مؤسسات الدولة الرسمية غير التابعة للسلطة التنفيذية، سواء كانت مرتبطة بإحدى السلطات الأخرى في الدولة . غير الحكومة . او كانت مستقلة بذاتها اداريا ومالياً<sup>(١)</sup>، فلا تنهض مسؤولية المؤسسة الأهلية عن أخطاء مستخدميها العاملين في خدمتها اذا كانت تلك المؤسسة تمارس نشاطاً غير صناعي وغير تجاري<sup>(٢)</sup>

وبذلك فان المؤسسات الخيرية و ذات العمل الانساني التي ينتمي لها المسعف التطوعي وفق القانون المدني العراقي لا تسأل عن عمل المسعف التطوعي المسبب للضرر رغم ان خطأ المسعف قد وقع اثناء قيامه بإسعاف المصاب.

و هنا يثار تساؤل وهو، ما هو الواجب القانوني الذي يلتزم به المسعف التطوعي العادي غير المنتمي إلى جمعية الهلال الاحمر العراقية او أي مؤسسة انسانية مستقلة، او المسعف التطوعي الحاصل على شهادة في الاسعافات الأولية دون الانتماء لأي مؤسسة انسانية ؟

ان عمل المسعف التطوعي يرتبط بالتعامل مع جسم الإنسان وما له من حرمة وعدم المساس به وذلك من حيث عدم التصرف والتعامل به إلا للضرورة، وهي " تقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة و الحوادث خلال الدقائق الأولى من

(١) يُنظر: منير القاضي، ملتقى البحرين، مجلد، ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢، ص ٣٣٤

(٢) يُنظر: خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية المقاتل والمقاتل الفرعي، بحث منشور في مجلة

بابل للعلوم الانسانية، جامعة بابل، المجلد ٢٤، عدد ١، ٢٠١٦، ص ١٩

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

الإصابة وقبل وصوله إلى المستشفى"، ويعد مبدأ حرمة أو معصومية الجسد الإنساني من المبادئ المهمة التي أستقر عليها فقهاء القانون المدني يرتبط به من حقوق كالحق في السلامة الجسدية والحماية القانونية له، حيث مبدأ معصومية أو حرمة الجسد البشري هو حقه في الحياة ومن مظاهره حقه في سلامة جسده بعدم تعرضه لأي شكل من أشكال المساس بسلامة جسده، وهو من الحقوق الشخصية للفرد<sup>(١)</sup>، ومن ثم هو التزام عام بحيث كل شخص عدم التعرض لأي شكل من أشكال المساس بسلامة الجسد البشري، و قد نص المشرع العراقي عن هذا المبدأ او الالتزام العام في القانون المدني العراقي بالقول : " كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر"<sup>(٢)</sup>.

و لكن المشرع العراقي وفق هذه المادة قد أخذ بالأفعال الضارة بالكيان المادي للإنسان، في حين أن هناك حقوقاً اخرى لصيقة بالشخصية لا تتعلق بالكيان المادي تتعرض ايضاً للاعتداء، فأى اعتداء او الافعال الضارة بأي حق من الحقوق للصيقة بالشخصية توجب التعويض، و عليه كان من الأجدر بالمشرع العراقي أن يجعل النص عاماً وشاملاً لجميع الحقوق للصيقة بالشخصية الإنسان، فينص على أن: " أي اعتداء يقع على أي حق من الحقوق الشخصية للإنسان يوجب التعويض إن تسبب في حصول ضرر "

(١) يُنظر: جلال علي عدوي، و رمضان ابو السعود، و محمد حسن قاسم، الحقوق و غيرها من المراكز القانونية (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٦م)، ص ٣٣٤.  
(٢) يُنظر : المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي

و هنا على المسعف كفرد في المجتمع عليه واجب عام و هو احترام و عدم الاضرار بجرمة أو معصومية الجسد الإنساني كالحقّ في السلامة الجسدية لأي شخص آخر أو عند تقديم المساعدة للمصاب .

ومن القواعد القانونية العامة الاخرى المتمثلة كواجب قانوني الذي يلتزم به المسعف التطوعي، هو ما اوجبه المشرع العراقي في قانون العقوبات بإغاثة ملهوف في كارثة او مجنى عليه في جريمة، وتعرض الممتنع عن ذلك للعقوبة، حيث نص على " ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع او توانى بدون عذر عن اغاثة الملهوف في كارثة او مجنى عليه في جريمة"<sup>(١)</sup>، و هنا المشرع الزم أي شخص بتقديم مساعدة لمن تعرض لخطر او ضرر من كارثة ( امر طارئ )، وهو ما يعد تحديداً مباشراً لموضوع اسعاف شخص متعرض للخطر، فهو التزام مباشر بذلك ويعد عدم القيام بذلك يؤدي ( الخطأ السلبي) إلى التعرض للعقوبة .

وبذلك يتضح أنّ طبيعة المسؤولية المدنية المثارة على المسعف التطوعي هي المسؤولية التقصيرية؛ لأنها متعلقة بإخلال المسعف التطوعي بواجباته القانونية (ما تقدم ذكره) لممارسته لعمله المتعلق بالجسم البشري، وهو تقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة والحوادث خلال الدقائق الأولى من الإصابة وقبل وصوله إلى المستشفى، وهذا الإخلال سواء كان اخلال ايجابي أو سلبي .

### الفرع الثاني: نوع التزام المسعف التطوعي

إن عمل المسعف التطوعي هو تقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة و الحوادث خلال الدقائق الأولى من الإصابة وقبل وصوله إلى المستشفى و بالتالي هو عمل يمسّ حرمة الجسد البشري .

(١) يُنظر: الفقرة (٢) من المادة (٣٧٠) من قانون العقوبات العراقي

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

و في هذا الاطار نود الاشارة، إلى إن العمل الطبي من المهن التي تمسّ حرمة الجسد البشري والتي أباحها القانون في حالة الضرورة (الضرورة العلاجية)، فيسعى الطبيب في قيامه بعمله إلى ضمان سلامة هذا الجسد البشري (المريض)، والقضاء على المرض أو التخفيف من آلامه<sup>(١)</sup>، ومن هنا نُثير تساؤلٌ حول نوع الالتزام في ضمان سلامة المصاب و ذلك ان كان التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية؟

لعدم وجود نصوص قانونية خاصة منظمة لعمل المسعف التطوعي و لعدم وجود احكام قضائية بهذا الخصوص، ولمساس عمله بحرمة الجسد البشري؛ فسننظر إلى نوع التزام المهن المتعلقة بحرمة الجسد البشري و منها العمل الطبي، ومن ثم نستنتج من خلال ذلك نوع التزام المسعف التطوعي.

و يذهب الفقه العراقي على أن التزام الطبيب تجاه مريضه على وجه التحديد التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهو ما سلكه القضاء العراقي في قضاياها حيث عدّ التزام الطبيب بعمله الطبي التزاماً ببذل عناية وهو ما اتخذه في قراراته ومنها قرار لمحكمة التمييز، حيث جاء فيه: " إنَّ التزام الطبيب بمعالجة المريض والعناية به لا يعني التزامه بضمان الشفاء والسلامة له، ولا يسأل ان ازداد المريض مرضاً ما لم يكن بتقصيره، ولا يكون مقصراً اذا استند في العلاج إلى أسس فنية وعلمية ".<sup>(٢)</sup>

فالقاعدة أو المبدأ الأساسي في العمل الطبي هو التزام الطبيب ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وهو الذي اكدته تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء التي نصت على الطبيب أن يبذل جهده في العناية بالمريض من غير

(١) يُنظر: زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية - ج ١ (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م)، ص ٣٧٠. و يُنظر: زينب هادي، الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٣م، ص ٤٧.

(٢) يُنظر القرار رقم ٥٣٥ تمييزية / ٦٨ في ١١/٣٠/١٩٦٨م، المنشور في المجلد الثاني للفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز رقم ١٢٤، ص ٢١٧.

تجاوز الحدود المعروفة في الطب، وأشارت أيضاً بأن مسؤولية الطبيب تجاه مريضه هي مسؤولية عناية وليست مسؤولية شفاء<sup>(١)</sup>، وهنا هل يمكن اعتبار التزام المسعف التطوعي ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة كالتزام الطبيب طالما يتعلق بالجسم البشري؟

ذكرنا مسبقاً أن هناك واجبات ووصايا أوردتها جمعية الهلال الأحمر العراقية بالمسعفين أو المتطوعين و العاملين فيها، و كذلك القواعد القانونية العامة المتمثلة كواجب قانوني الذي يلتزم به أي شخص أو أي فرد في المجتمع، كذلك يلتزم بهذه القواعد القانونية العامة المسعف التطوعي العادي غير المنتمي لمؤسسة إنسانية التي يجب الالتزام بها و الغاية منها هو لتقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة والحوادث أثناء الدقائق الأولى من الإصابة وقبل وصوله إلى المستشفى فلا يقوم بالأمر الطبية العلاجية التي يمارسها الطبيب، فلا يعمل المسعف على علاج المصاب من حيث الأساس وإنما عليه واجب وكما بيناه، هو المحافظة على حياة المصابين في الحوادث و الطوارئ، و تخفيف الآلام الناتجة عن الحادث و منع حدوث مضاعفات للإصابة، و هو ما يعني بذل عناية في المحافظة على المصاب لحين وصوله إلى المستشفى .

### المبحث الثاني: قيام المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

لكي تثار المسؤولية المدنية عما ينجم من ضرر للمريض أو المصاب نتيجة للعمل الذي يقدمه المسعف التطوعي لابد من توافر ثلاثة أركان لقيام هذه المسؤولية وهي (الخطأ، الضرر، والعلاقة أو الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر )، فسننظر في

(١) يُنظر: البند (٢، ٣) من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

هذا المبحث لبيان هذه الاركان وكيف يمكن إثبات توفرها وفي المطلب الثاني سنستعرض لآثار أو حكم المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي .

### المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

إنَّ هدف المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر، و ذلك على نفقة الشخص المسؤول<sup>(١)</sup>، وكما اوضحنا ان الطبيعة القانونية لمسؤولية المسعف التطوعي هي مسؤولية تقصيرية، وإنَّ عمله يرتبط بالتعامل مع جسم الإنسان وما له من حرمة وعدم المساس به وذلك من حيث عدم التصرف والتعامل به إلا للضرورة وهي " تقديم المساعدة للمصاب "، وحرمة الجسد البشري كحقه في الحياة ومن مظاهره حقه في سلامة جسده بعدم تعرضه لأي شكل من أشكال المساس بسلامة جسده، ومن ثم اذا تفاقمت حالة المصاب مما تسبب بإصابات اخرى او ازدادت حالته، او تسبب المسعف بموت المصاب، فيتم رفع دعوى أمام القضاء نتيجة لحصول ضرر من جراء ذلك، و المحكمة لا تحكم في ذلك إلا إذا توافرت اركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وسنوضح بالتفصيل في هذا المطلب أركان هذه المسؤولية.

### الفرع الأول: ركن الخطأ

إن قيام المسؤولية المدنية وفق القانون العراقي على أساس الخطأ الواجب إثباته، فإن لم يتوافر هذا الركن لا تنهض مسؤولية المسعف التطوعي المدنية، إلا إن مصطلح (الخطأ) لم يعرفه القانون المدني العراقي على الرغم من اهمية توفره لقيام المسؤولية المدنية، فذهب القانونيين إلى توضيح هذا الركن المهم لقيام المسؤولية المدنية، فمنهم من ذهب إلى أنَّ الخطأ هو " الإخلال بالواجبات العامة المقصودة ومنها عدم

(١) يُنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية - ج ١ (القاهرة: مطبعة جامعة

الإضرار بمصالح الآخرين<sup>(١)</sup>، وعرفه البعض بأنه " الانحراف عن السلوك المؤلف للشخص العادي عن إدراك وتمييز"<sup>(٢)</sup>، في حين ذهب الفقه في تعريف الخطأ في نطاق العمل المهني بأنه : "الاخلال الذي يقع من شخص ينتمي إلى مهنة معينة بالأصول التي تحكم هذه المهنة، فهو اخلال بواجب خاص مفروض على فئة محدودة من الناس ينتمون إلى مهنة معينة"<sup>(٣)</sup>، ونلاحظ في هذه التعاريف أنها جاءت بمفهوم عام للتقصير و الاخر جاء بمفهوم التقصير أو الإخلال بالواجب المتعلق بالمهنة بشكل عام . و أنّ لقيام المسؤولية المدنية لا بدّ من حصول خطأ من قبل المسعف التطوعي، فعلى المضرور أن يثبت حصول هذا الخطأ الذي أدى إلى إحداث الأذى الذي أصابه، و من جانب المحكمة التثبت من ادعاء المصاب بحصول خطأ من جانب المسعف التطوعي في انه قد قصر في بذل العناية الواجبة عليه، ولكن ما المعيار الذي ستخذه المحكمة في التثبت من حصول هذا التقصير؟ و من أجل تحديد هذا الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية ظهر معياران وهما:

١- المعيار الشخصي : و بموجب هذا المعيار يتمّ تحديد خطأ المسعف التطوعي الموجب للمسؤولية وذلك من خلال تحديد وضعه الشخصي كتحصيله العلمي و الدراية في مجال الاسعافات الاولية الذي أحدث الضرر ومدى تدريبه العملي

(١) حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي و القانون العراقي (البصرة: مطبعة الحداد، ١٩٥٥م)، ص٥٧.  
(٢) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي (لبنان: دار المعارف، بدون سنة طبع)، ص٢٥٨.  
(٣) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩م)، ص٤٤.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

ومهاراته وخبرته في ذلك.<sup>(١)</sup> و في ضوء هذا المعيار، فإنَّ المسعف التطوعي لا يطلب منه بذل عناية أكثر من قابليته وقدرته على الاعتناء بالمصاب بحسب كفاءته التي تتحدد بحسب درجته العلمية ومستواه الدراسي في مجال العمل الذي أجراه، و عليه فإنَّ ماهية الخطأ تختلف من مسعف لآخر بحسب ظروف الواقعة، و وضع المسعف التطوعي من حيث قدرته على العناية<sup>(٢)</sup>، و تعرض هذا المعيار للانتقاد، فهو معيار لا يقدم ضابطاً محدداً يحكم كلَّ الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى القضاء؛ لأنه معيار قائم على الاعتبارات المرتبطة بذات المسعف التطوعي، ومن ثم فإنَّ الظروف تتغير من شخص لآخر وبالتالي يتغير المعيار المحدد للخطأ وفقاً لذلك.<sup>(٣)</sup>

٢- **المعيار الموضوعي:** و هو المعيار الذي ظهر نتيجة لمجاافة المعيار الشخصي للعدالة في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية، ويسمى هذا المعيار بمعيار الشخص المعتاد أو العادي، و بموجب هذا المعيار يُقاس سلوك المسعف التطوعي المنسوب إليه التقصير بسلوك مسعف تطوعي آخر يكون في ذات الظروف التي مرَّ بها المسعف التطوعي المقصر (المدعى عليه)<sup>(٤)</sup>، مع مراعاته في ذلك الظروف

(١) يُنظر: نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة المحامين السورية، عدد ٢، سنة ٤٨، ١٩٨٣م، ص ١٢٦.

(٢) يُنظر: محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري (الجزائر: دار هومة، ٢٠٠٧م)، ص ١٥٦. و يُنظر: نسيب، نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ٣٣.

(٣) يُنظر: أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، لبنان، منشورات زين الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢م، ص ٢٢٠.

(٤) يُنظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٤م)، ص ٢١٨.

الخارجية المحيطة بالمسعف التطوعي، وذلك لما لها من تأثير أكيد في السلوك<sup>(١)</sup>، و وفقاً لهذا المعيار يمكن تحديد إن كان المسعف التطوعي مخطئاً في عمله، حيث تتم مقارنة سلوك المسعف التطوعي الذي أجرى عملية اسعاف معينة لمصاب مع سلوك مسعف تطوعي في نفس درجته أو مستواه وفي ذات الظروف التي واجهها المسعف التطوعي المقصر (المدعى عليه) والتي أدت إلى حدوث الضرر الواقع على المصاب (المدعى)<sup>(٢)</sup>، و وفق الاحكام العامة في القانون العراقي فإن معيار تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية بشكل عام هو المعيار الموضوعي، وهو ما اورده المشرع في عدة مواضع في القانون المدني من مصطلح (الشخص المعتاد) في اتخاذ الحيطة عند التنفيذ الالتزام او الاستعمال، فنجد نص بشكل صريح عن توخي الحيطة و بذل عناية الشخص المعتاد في المادة ٢٥١، حيث نص على : " ١ - في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاد في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصداً ذلك " .

(١) يُنظر: عيشوش، كريم، العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ١٢١-١٢٢.

(٢) اي تتم المقارنة بالتفريق بين حالة المسعف التطوعي العادي و بين المسعف التطوعي الحاصل على شهادة في الاسعافات الاولية، و من ثم تحديد ان كان الخطأ تقصيراً أم إهمالاً، و كذلك تحديد ان كان خطأ إيجابياً أم سلبياً

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

و كذلك ما ذكره في التزامات العامل في عقد العمل، حيث نص على " ١ - يجب على العامل: أ - ان يؤدي العمل بنفسه ويبدل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد"<sup>(١)</sup>.

كما أن القانون العراقي اخذ بهذا المعيار في تحديد الخطأ المسبب لحقوق تتعلق بضمان سلامة الجسد البشري و حرمة و ما يرتبط به من حقوق كحق الحياة، كالعامل الطبي و الاعمال المتعلقة بالمحافظة على الجسم البشري، فبالرجوع إلى تعليمات السلوك المهني الطبي نجد أنّ نقابة الأطباء العراقية قد أخذت بهذا المعيار، حيث عدت الطبيب الاختصاصي هو الضليع في موضوع عمله الطبي المراد إجراؤه، والذي يغفره القانون للممارس العام لا يغفره في العادة للطبيب الاختصاصي.<sup>(٢)</sup>

ومما تقدم بيانه يتضح أن معيار تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية في العراق هو المعيار الموضوعي، و من ثم فإن معيار تحديد خطأ المسعف التطوعي سواء (الحاصل على شهادة في الاسعافات الاولية أو المسعف التطوعي العادي) هو معيار الشخص المعتاد أو العادي، فيُقاس سلوك المسعف التطوعي المنسوب إليه التقصير بسلوك مسعف تطوعي آخر يكون في ذات الظروف التي مرَّ بها المسعف التطوعي المقصر (المدعى عليه) في نفس درجته أو مستواه وفي ذات الظروف التي واجهها المسعف التطوعي المقصر (المدعى عليه) والتي أدت إلى حدوث الضرر الواقع على المصاب (المدعى)، و من ثم التثبت لدى المحكمة من ادعاء

(١) يُنظر : المادة ( ٩٠٩ ) من القانون المدني العراقي، و كذلك قد اورد المشرع العراقي في القانون المدني المعيار الموضوعي في الفقرة (١) من المادة (١٢٥٤)، و كذلك في الفقرة (١) من المادة ( ١٣٣٨ )

(٢) يُنظر: البند (السادس) من تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقية لسنة ١٩٨٥م.

المصاب بحصول خطأ من جانب المسعف التطوعي في انه قد قصر في بذل العناية الواجبة عليه، يخضع المقصر للمساءلة القانونية عن أي خطأ ارتكبه مهما كان نوعه أو حجمه أو شكله، وعليه أن يتحمل مسؤولية أخطائه .  
و لعل ما يعين تسليط الضوء عليه في هذا المجال هو **الخطأ السلبي** أنه خطأ ينتج عنه مسؤولية الممتنع إذ يترتب على حدوثه قيام مسؤولية الممتنع. وهذه المسؤولية تكون تعاقدية اذا سبق الامتناع التزام عقدي. كامتناع المقاول عن استخدام المواد الانشائية المتفق عليها في العقد، وتكون تقصيرية اذا لم يكن هناك عقداً<sup>(١)</sup>. هذا إلى جانب ان بعض التشريعات القانونية ومنها قانون العقوبات العراقي عاقب في الفقرة (الثانية) من المادة (٣٧٠) الممتنع عن اغاثة ملهوف، و هذا يعني أن مسؤولية الممتنع الجنائية اذا لم تنهض لا يترتب عليه عدم قيام مسؤوليته المدنية بالتبعية.

### الفرع الثاني: ركن الضرر و العلاقة السببية

#### أولاً: الضرر

لتحقق المسؤولية المدنية لابد من تحقق عنصر أو ركن آخر إلى جانب ركن الخطأ ألا وهو ركن الضرر الذي بثبوته يستوجب على المدعى عليه تعويض المدعي، فهي لا تنهض إلا اذا تحقق هذا الركن بصرف النظر عن جسامه الخطأ أو التقصير من جانب صاحب الفعل الخاطئ وذلك طبقاً للقاعدة " لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٢)</sup> و الضرر بصورة عامة هو: " الأذى الذي يلحق الغير من جراء المساس بحق

(١) يُنظر: حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، ركن الخطأ، مطبعة العزة، بغداد

٢٠٠١، ص ١٨٨

(٢) يُنظر المادة (٢١٦) من القانون المدني العراقي المعدل.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك<sup>(١)</sup>.  
و في إطار القواعد العامة لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الشخص المضرور (المدعي) لا يستحقّ التعويض عن كل ضرر أصابه، فالضرر غير المباشر لا يعرض عنه سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، كما حددت القواعد العامة شروط للضرر الذي تثور معه المسؤولية المدنية وهي: "أن يكون الضرر" محققاً، مباشراً، يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور، و يكون شخصياً لمن يطالب بالتعويض عنه، و كذلك أن لا يكون قد سبق التعويض عنه<sup>(٢)</sup>، و القانون اعطى للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به سواء كانت مادية أو أضرار معنوية أو أدبية :

**فالضرر المادي** هو "الأذى الذي يلحق بالمضرور خسارة مالية تؤدي إلى نقص في ذمته المالية كالمساس بحقوقه المالية أو قد يمس جسمه وسلامته الصحية"<sup>(٣)</sup>.  
أما **الضرر الأدبي**: هو الضرر الذي عُرف على أنه "الأذى الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو عرضه أو مركزه الاجتماعي و غير

(١) سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م)، ص ٤٠.

(٢) يُنظر في تفاصيل هذه الشروط: سعدون العامري، الضرر في المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص ٥٠-٥٥. و يُنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الاردني (لبنان: منشورات مكتبة صادر، ١٩٨٨م)، ص ١٣٦ و ما بعدها. و يُنظر: عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - ج ١ (بغداد: مطابع مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٠م)، ص ٢١٤.

(٣) حسن علي دنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٢١٥.

ذلك من الأمور ذات الأهمية المعنوية أو الأدبية"<sup>(١)</sup>، و قد عرفت محكمة التمييز العراقية هذ النوع من الأضرار بأنه" الأذى الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها"<sup>(٢)</sup>.

و قد نص القانون المدني العراقي على اعتبار الضرر الادبي كالضرر المادي الذي يستوجب التعويض عنه فنص على:" يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض"<sup>(٣)</sup>.

فالضرر الناجم عن مساعدة المسعف التطوعي، لا بد أن يكون قد مس حقاً أو مصلحة مشروعة للمضرور، و المساس بالحق في هذا المجال يتمثل في التعدي على الحق في الحياة أو ازدياد شدة الإصابة جسم المصاب ( المدعي) الذي اجريت عليه الاسعافات الاولية، و ما ينتج عن ذلك من عجز جزئي أو كلي عن العمل، علاوة عما يتكبده من نفقات العلاج و نحوه

### ثانياً: العلاقة السببية بين خطأ المسعف التطوعي و ضرر المصاب

من يطالب بجبر الأذى الذي نتج عن خطأ المسعف التطوعي الذي قدم المساعدة للمصاب (المدعي) أن يثبت حصول هذا الضرر بسبب خطأ المسعف التطوعي المقصر أي نتيجة مباشرة لخطأ المسعف التطوعي المقصر ( المدعى عليه ) وهو ما يطلق على ذلك بالرابطة أو العلاقة السببية، وهي التي تمثل الصلة بين الخطأ

(١) حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر) (الاردن: دار وائل للنشر، ٢٠٠٦م)، ص ٢٠٤

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٥/١م/١٩٧٩ في ٢٦/٢/١٩٨٠م .

(٣) الفقرة (١) من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي المعدل.



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

والضرر فهي تعتبر جوهر المسؤولية المدنية، ومناطق وجودها<sup>(١)</sup>، ولا بدّ من إثبات توافر هذه الرابطة أو العلاقة بين الخطأ والضرر الذي أصاب المدعي، فإن لم يتم إثبات توفرها ستنتفي المسؤولية المدنية. وفي هذا الإطار لا بد من الإشارة إلى أن أساس المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي هي الخطأ واجب الإثبات، فعلى المضرور أن يثبت وجود العلاقة السببية بوسائل الإثبات كافة بما في ذلك الشهود والخبراء في ذات المجال<sup>(٢)</sup>، وأن يثبت المدعي أنّ هناك خطأ صادر من قبل المسعف التطوعي أدى إلى حصول الضرر الذي أصابه.

أما معايير إثبات العلاقة السببية: فالحقيقة أنّ مسألة إثبات العلاقة السببية بين خطأ المدعى عليه (المسعف التطوعي) وبين الضرر الحاصل (الإصابة و قد تصل للموت) تعتبر من الأمور التي يصعب إثباتها وذلك لتعلق الأمر بالجسم البشري الكثير التعقيد، بالإضافة إلى إمكانية تداخل أسباب أو عوامل تساهم في إحداث النتيجة الضارة ك(الموت أو بتر احد الاطراف أو استئصال احد الاعضاء بسبب تلوثها مثلاً) ومن ثم سيصعب على المضرور أو (اهل المتوفي) إثبات العلاقة السببية بين خطأ المدعى عليه وبين الضرر الذي وقع عليهم نتيجة وفاة معيهم أو قريبتهم بسبب الإصابة لحادثة أو أمر طارئ التي جعلت المسعف التطوعي تقديم المساعدة، وتخفيف الآلام الناتجة عن الحادث و منع حدوث مضاعفات للإصابة لحين وصول المصاب إلى المستشفى لاتخاذ ما يلزم لعلاجيه من قبل الاطباء، فهل تكون النتيجة بسبب اجنبي أو بسبب اهمال او تقصير المستشفى أو الطبيب

(١) يُنظر: عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون (بغداد: مطابع دار الكتب للطباعة و النشر، ١٩٨٩م)، ص٢٥٣.

(٢) يُنظر: محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)، ص١٨٦.

المعالج، أو يكون بسبب الطبيب المعالج و المدعى عليه (المسعف التطوعي)، و في هذه الحالات طرح الفقه القانوني عدة نظريات أو معايير في هذا الخصوص وهي:

١- نظرية تعادل الأسباب أو تكافؤها: و هي النظرية التي قال بها الفقيه الألماني (فون بيرري) ومفادها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً، فيعد من الأسباب التي أحدثت الضرر فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تكون متكافئة ومتعادلة وكأن كلاً منها قد أستقل في إحداث الضرر بحيث يتحمل مرتكبوها المسؤولية جميعاً<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تخفيف المسؤولية بحجة تعدد الأسباب إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يكون فيها خطأ المضرور أحد هذه الأسباب.<sup>(٢)</sup>

فموجب هذه النظرية باستطاعة المضرور المطالبة بالتعويض من جميع الذين تسببوا في إحداث الضرر، فنص القانون المدني العراقي في هذا الخصوص على: "١- إذا تعدد المسؤولون عن كل عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب، ٢- ويرجع في دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي"<sup>(٣)</sup>.

(١) يُنظر: جاسم العبودي، المداخلات في احداث الضرر تقصيراً، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الأول و الثاني، ٢٠٠٠م، ص٦٣٥.

(٢) يُنظر: عبد المحيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ " مصادر الالتزام " (بغداد: دار الكتب للطباعة و النشر، ١٩٨٠م)، ص٢٤٠.

(٣) المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي المعدل.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

٢- نظرية السبب المنتج أو الفعال : و قال بهذه النظرية الفقيه الألماني (يوهانس فون كريس) والتي يطلق عليها أيضًا نظرية (السببية الفعالة) ومفادها عدم المساواة بين الأسباب المتعددة أو عدّها جميعًا أسبابًا لمجرد أنه لو تخلف أحدهما لما وقع الضرر، فهي تفرق بين الأسباب الرئيسية والأسباب العرضية، حيث تأخذ بالأسباب الفعالة دون العرضية<sup>(١)</sup>، فالسبب المنتج هو ذلك السبب المألوف الذي به يحصل الضرر عادة أي بحكم السير العادي للأمر وبه يعد صاحب هذا السبب هو المسؤول عن الضرر دون الغير<sup>(٢)</sup>

### ٣- نظرية السبب القريب (المباشر)

و تقوم هذه النظرية على تحديد قيمة العوامل المؤدية إلى الضرر انطلاقًا من الوقت الفاصل بينها وبين النتيجة حيث عند توافر عدة أخطاء متتالية، فإنّ الخطأ الأخير يكون هو السبب الحقيقي للضرر والمرتكب لهذا الخطأ يكون المسؤول وحده وعليه التعويض، وهو ما أخذت به محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها حيث نصت بالقول: " إذا اخطأ الطبيب في العلاج فلا يسأل اذا ما توسط بينه وبين النتيجة سبب آخر أحدث بذاته النتيجة "<sup>(٣)</sup>.

(١) يُنظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية المهنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢م، ص ٥٨.

(٥) يُنظر:، أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب و مساعديه (القاهرة: دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، ٢٠٠٧م)، ص ٤٨٣-٤٨٤.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٥٣٥ / تمييز / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١١/٣٠م، مجلة الفقه الجنائي، رقم

و قد وجه الفقه انتقادات لهذه النظرية بأنها بعيدة كلّ البعد عن المنطق لأنها تعتمد على الترتيب الزمني لإقامة المسؤولية على الرغم من أنها مفيدة للمضروب؛ لأنها تمكنه في كثير من الأوضاع من الاستفادة من التعويض حتى ولو كانت عدة أخطاء سابقة وذلك لمجرد أنّ السبب الأخير مهما كان يسيراً فهو الذي يؤخذ بعين الاعتبار<sup>(١)</sup>، فتتالي الأخطاء يجعل من العسير معرفة أيهما الأقرب إلى الضرر (الحاصل للمدعى عليه)، وهو ما يضع على القضاء وزراً ثقيلاً في الزامه باتّباع بحث دقيق ومعقد في ظروف الاحداث لتحديد تتابعها من حيث الزمن ومن ثم قد تصل المحكمة إلى طريق مسدود، وهو ما جعل أغلب الفقه لا يميل إلى هذه النظرية.<sup>(٢)</sup>

### ثالثاً: التخفيف من عبء إثبات العلاقة السببية

لتعقيدات الجسد البشري وتغير حالاته بالإضافة إلى عجز القواعد القانونية في إطار المسؤولية المدنية التقليدية في إثبات العلاقة بين خطأ المدعى عليه (المسعف التطوعي) وضرر المدعى، خاصةً ان اجراء المسعف هو في الحالة الطارئة او لحدوث كارثة و بعض الاصابات الناتجة عن ذلك الحادث او الكارثة خطرة و يتطلب التداخل العلاجي غير الاعتيادي او استخدام تقنيات غير اعتيادية في احياناً اخرى، مما يؤدي إلى عجز المدعى والقضاء من التثبيت من توفر هذا الركن الرابط بين خطأ المدعى عليه (المسعف التطوعي) وضرر المدعى، ومن ثم قد لا يحكم للمتضرر بالتعويض وذلك لعدم وجود قواعد قانونية في التشريع العراقي لحل مثل هذه الإشكالية، سارع الفقه و القضاء الفرنسي إلى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية

(١) يُنظر: محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٧٩  
(٢) يُنظر: عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣م)، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

التقصيرية؛ فأوجد نظرية الخطأ المفترض أو الاحتمالي، و نظرية المسؤولية بدون خطأ.

### ١- المسؤولية على أساس الخطأ المفترض

جعل القضاء الفرنسي عند النظر في مثل هذه القضايا إلى الاستنتاج أن المدعى عليه لا يمكن ان يكون لم يصدر منه خطأ<sup>(١)</sup>، وبمعنى أدق إن الضرر ما كان ليحدث لولا حصول خطأ أو تقصير من قبل المدعى عليه رغم عدم ثبوت تقصير أو اهماله بشكل قاطع بواجبه المتعلق ببذل العناية والحذر أو الحيطة.<sup>(٢)</sup> و يذهب الفقه القانوني إلى أن هذه النظرية لا تتخلى عن فكرة الخطأ بشكل تام، والأخذ فقط بتوفر ركن الضرر من أجل تعويض المريض المتضرر، فبموجب هذه النظرية سيكون عبء إثبات نفي الخطأ من جانب المسعف التطوعي من دون أن يتحمل المصاب المتضرر عبء إثبات حصول خطأ أو تقصير من قبل المسعف التطوعي.<sup>(٣)</sup>

(١) Dorsnner-Doletvet (Annick), La responsabilite' du médecin (Economica, Paris, 2006), p.135

(٢) يُنظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)، ص ٩٥.

(٣) يُنظر: هديلي، أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، ٢٠٠٨م، ص ١١٠. و يُنظر: محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م)، ص ٥١.

## ٢- المسؤولية المدنية بدون خطأ ( المسؤولية الموضوعية )

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسي إلى ابتكار وسيلة أخرى؛ لإعفاء المتضرر من واجب إثبات حصول خطأ من قبل (المدعى عليه) والذي تسبب في حصول النتيجة الضارة، ولتخفيف العبء على القضاء في التحقق من حصول الخطأ الموجب للتعويض والاكتماء بالاعتماد على حصول ضرر الذي يجب أن يكون جسيماً، ومن ثم يمكن للمتضرر أن يستند في دعواه إلى حصول الضرر الجسيم أي إثارة المسؤولية الموضوعية<sup>(١)</sup>، فالمسؤولية الموضوعية هي " تلك المسؤولية التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض من جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر "<sup>(٢)</sup>.

### رابعاً: مراجعة تحليلية نقدية

مما تقدم استعراضه بشكل مفصل من نظريات؛ لتخفيف عبء إثبات الخطأ، والعلاقة أو الرابطة بين ذلك الخطأ والضرر الناتج نستنتج ما يأتي:

١- نجد أن الأخذ بفكرة (المسؤولية بدون خطأ) خروج عن مبادئ العدالة وقواعد القانون في ضرورة تحقق المسؤولية بأركانها من أجل احقاق الحق بين اطراف النزاع، أما فكرة الخطأ المفترض فتعمل على إيجاد التوازن بين الاطراف المتنازعة دون المحاباة التامة لطرف دون آخر.

٢- إن الأخذ بفكرة الخطأ المفترض سيبقي على عائق المدعى عليه إثبات عدم ارتكابه أي تقصير في فعله الذي ينسب إليه الضرر الحاصل، في حين أنه في فكرة

(١) يُنظر: علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط٢، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠م، ص ١٣٢.

(٢) يُنظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص ١١٨.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

أو نظرية المسؤولية بدون خطأ سيقع على عاتق المدعى عليه إثبات السبب الاجنبي الذي هو أصعب من إثبات نفي تقصيره في واجبه في الحيلة والحذر.

٣- نجد أن الأخذ بنظرية المسؤولية بدون خطأ في مجال مسؤولية الطبيب بحجة تخفيف الأعباء على القضاء في التحقق من حصول خطأ من قبل الطبيب، وهل له علاقة بحدوث الضرر أم لا، فيه خروج عن صميم عمل القاضي في التحقق من جميع القضايا المعروضة عليه وبشكل خاص في المسائل المتعلقة بالعمل الطبي؛ لأنها متعلقة بالجسم البشري وكرامته وحرمة وكرامته.

٤- من جانب آخر، ان القضاء الفرنسي اخذ بتلك النظريات استثناءً في اطار المسؤولية الافعال الشخصية، وذلك في مجال المسؤولية الطبيب أو المستشفى و كذلك في مجال مسؤولية المنتج<sup>(١)</sup>.

وعليه مما سبق بيانه من المراجعة التحليلية، نجد أن هذا الاستثناء لا يمكن تطبيقه في مجال مسؤولية المسعف التطوعي المدنية، لان عمل المسعف التطوعي يتسم بطابع انساني و من أجل العمل الخيري دون ربح او مكسب مادي و ليس واجب مهني كالعامل الطبي ؛ فيكتسب عامله وفاعله شعور إنساني مريح و يدفع بالشعور بالمسؤولية الإنسانية والأخلاقية في العمل بإنقاذ البشر و ذلك بتقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة و الحوادث خلال الدقائق الأولى من الإصابة وقبل وصوله إلى المستشفى، فلا يعمل المسعف التطوعي على علاج المصاب من حيث الأساس و انما عليه واجب المحافظة على حياة المصابين في الحوادث و الطوارئ، و تخفيف الآلام الناتجة عن الحادث و منع حدوث مضاعفات

(١) يُنظر: د. جبارة نورة، نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية، وقائع مؤتمر " مستقبل

المسؤولية المدنية "، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٤

للإصابة، و هو ما يعني بذل العناية في المحافظة على المصاب لحين وصوله إلى المستشفى .

وعلى الرغم من ان عمل المسعف التطوعي يمسّ حرمة الجسد البشري، كالعامل الطبي الذي يعد من المهن التي تمسّ حرمة الجسد البشري والتي أباحها القانون في حالة الضرورة (الضرورة العلاجية)، إلا ان الطبيب يسعى في قيامه بواجبه المهني إلى ضمان سلامة هذا الجسد البشري (المريض)، وكذلك القضاء على المرض أو التخفيف من آلامه، أما المسعف التطوعي و كما اوضحنا هو سلوك تطوعي في المحافظة على حياة المصابين في الحوادث و الطوارئ، و تخفيف الآلام الناتجة عن الحادث ومنع حدوث مضاعفات للإصابة لحين وصول المصاب إلى المستشفى لاتخاذ ما يلزم لعلاج من قبل الاطباء، و من ثم فإن الاستثناء في التخفيف من عبء إثبات العلاقة السببية لا يمكن التوسع به و تطبيقه في مجال مسؤولية المسعف التطوعي المدنية .

و حريّ بالإشارة هنا، أن القانون المدني العراقي حدد بنصوص قانونية مجال تطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفترض والمسؤولية المدنية بدون خطأ ( اي الاخذ بالتوجه الموضوعي )، و ذلك في اطار المسؤولية عن الغير و المسؤولية عن الاشياء، و من ثم لا يمكن تطبيق هذا التوجه في مجال مسؤولية المسعف التطوعي المدنية

وفي ضوء ما تقدم بيانه من معطيات، نرى الأخذ بالمسؤولية على أساس الخطأ واجب الاثبات في مجال مسؤولية المسعف التطوعي المدنية، لأن ذلك سيحقق العدالة بين أطراف النزاع دون الانحياز لطرفٍ دون الآخر، كما أنّ ذلك لا يخالف المبادئ القانونية العامة من حيث تحقق العدالة والمساواة أمام القانون دون تحقيق الغبن لطرف على حساب الخصم الآخر طالما أن للقضاء سلطة تقديرية في التحقق



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

من أركان المسؤولية المدنية، ومن ثم إصدار حكمها في الموضوع، كذلك نجد أن الاخذ بذلك سيكون تشديد على المسعف التطوعي في الحذر في قيامه بعمله دون الاستهانة بالجسم البشري وكرامته.

### انتفاء العلاقة السببية

لقيام المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض لابد أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإن لم توجد هذه العلاقة ستنتفي المسؤولية المدنية، وتنتفي هذه العلاقة بوجود سبب أجنبي أو خارجي والمتمثل بالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.<sup>(١)</sup> و قد نص المشرع العراقي على انتفاء هذه العلاقة بتوفر السبب الأجنبي، حيث نص على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"<sup>(٢)</sup>.

و مما تقدم يتضح إذا توافرت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو تبين للقاضي صدور خطأ من قبل المضرور أو الغير في إحداث الضرر الذي أصاب المضرور (المدعي) فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إلى المسعف التطوعي (المدعى عليه) وبين الضرر الواقع على المدعي، ومن ثم ستنتفي المسؤولية المدنية المقامة أمام القضاء.

### المطلب الثاني: حكم المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

بثبوت توافر أركان المسؤولية المدنية فستقرر المحكمة بوجود المدعى عليه تعويض الطرف المتضرر من عمل المسعف التطوعي، فكلما تحقق الضرر

(١) يُنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "مصادر الالتزام - الواقعة القانونية -

العمل غير المشروع - شبه العقود - القانون" (الجزائر: دار الهدى، ط٢، ٢٠٠٤م)، ص١٤٢.

(٢) المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي المعدل.

الحاصل بسبب الفعل التصيري للمسعف التطوعي، ثبت حق المضرور في التعويض عن الضرر الذي أصابه<sup>(١)</sup>، فالتعويض هو وسيلة لجبر الضرر الذي أصاب المدعي، فهو الجزاء الذي تحكم به المحكمة للمتضرر والمترتب على قيام المسؤولية المدنية<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الأول: ماهية التعويض عن الضرر الناشئ عن عمل المسعف التطوعي

وفقاً لنصوص القانون المدني والقضاء العراقي يعد التعويض جزاءً مدنياً والذي تحكم به المحكمة لعدم وفاء المدين بالتزامه تجاه المدين إن لم يحدد مقداره في العقد أو القانون، و هو ما نص عليه المشرع بالقول " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره "<sup>(٣)</sup>.

و هو ما أكدته محكمة التمييز في احدى قراراتها في أنّ التعويض هو جزاء مدني وليس عقاباً، إذ نصت على: " التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر، أو مصدر ربح للمتضرر، وإنما هو لجبر الضرر "<sup>(٤)</sup>.

إلا أنّ التعويض في إطار المسؤولية التصيرية يكون قضائياً فقط. وعليه للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد التعويض الذي يمنح للمتضرر إذا لم يحدد في العقد أو بنص القانون، فلها أن تحدد طريقة التعويض، فنصت المادة (٢٠٩) في فقرتها (الأولى) على: " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون

(١) يُنظر: عبد الحكيم فودة، التعويض المدني - المسؤولية المدنية التعاقدية و التصيرية في ضوء الفقه و احكام محكمة النقض (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م)، ص ١٦١.

(٢) يُنظر: سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التصيرية (بغداد: وزارة العدل - منشورات البحوث القانونية، ١٩٨٠م)، ص ١٣٦.

(٣) الفقرة (١) من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي المعدل

(٤) قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٨٦ - ح - ١٩٥٦ و المشار إليه في: سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التصيرية، المرجع السابق، ص ١٤٧.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

التعويض أقساطاً أو إيراداً شهرياً، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً".

و بذلك فإنّ التعويض لا يشترط أن يكون نقدياً رغم أنه السائد، فقد يكون تعويضاً عينياً والذي يكون في بعض الحالات أفضل من التعويض النقدي في إزالة الضرر متى ما كان ممكناً بحيث يتم إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر عليه.<sup>(١)</sup>

و تجدر الإشارة إلى أنّ التعويض العيني يتصور كثيراً في إطار المسؤولية العقدية، أمّا في إطار المسؤولية التقصيرية فيكون محدوداً<sup>(٢)</sup>، التعويض بمقابل وبشكل خاص في صورته النقدية هو الذي يحكم به في هذا المجال<sup>(٣)</sup> و الذي يمكن ان يكون بشكل مبلغ إجمالي أي يعطى دفعة واحدة إلى المدعي أو قد يدفع بشكل أقساط أو كإيراد مرتب مدى الحياة، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار أي من صور التعويض النقدي التي تدفع إلى المدعي، وتلجأ المحاكم إلى التعويض النقدي الاجمالي في اغلب احكامها المتعلقة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الطبية، وهو ما صادقت عليه محكمة التمييز لقرار محكمة البداة الديوانية الصادر في

(١) يُنظر: منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م)، ص ١٥٣.

(٢) يُنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج ١ (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٣، ٢٠٠٠م)، ص ١٠٩٢-١٠٩٣.

(٣) من صور التعويض بمقابل الأخرى كأداء أمر معين كنشر اعتذار رسمي من قبل الطبيب المعالج أو المستشفى في إحدى الصحف، أو أن تتعهد إدارة المستشفى بعلاج المدعي (المرضى المتضرر) و تحمل مصاريف العلاج كافة. يُنظر: خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه (الأردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط ١، ٢٠٠١م)، ص ١٤٢.

٢٠٠٢/٣/٦م وقد أوجبت تلك المحكمة: "...على وزير الصحة إضافة إلى وظيفته وكذلك الطبية المعالجة (ر.ج) بدفع مبلغ (١٥٠٠٠٠٠٠٠) مليون دينار كتعويض عما أصاب المدعية من اضرار بسبب إهمال الطبيبة (ر. ج) وعدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة اثناء وجود المدعية في المستشفى، وهو ما أدى إلى إصابتها بالتهابات رحمية حادة أدت إلى استئصال الرحم مع المبايض وهو ما سبب لها الشيخوخة المبكرة رغم أنها شابة في مقتبل العمر"<sup>(١)</sup>.

و أشار المشرع العراقي فيما يتعلق بالأضرار المادية بأن على المحكمة عند تقدير التعويض الممنوح للمدعي أن تأخذ بالاعتبار ما لحقه من خسارة كنفقات العلاج، والإقامة في المستشفى، فضلاً عن إصابة المدعي ذاته (كالحاصلة بسبب المسعف التطوعي)، كذلك يكون التعويض عما فاتته من كسب، وهو ما نص عليه بالقول: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"<sup>(٢)</sup>، و هو ما قضت به محكمة التمييز في إحدى قراراتها بالقول " التعويض عن الفعل الضار يشمل ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة العمل غير المشروع"<sup>(٣)</sup>، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو أدبي، و بشأن الضرر المادي فإن التعويض عنه يشمل عنصرين هما : ١- الخسارة المترتبة عما لحقت المتضرر من جراء العمل غير المشروع ٢- الكسب الفائت، و قد اكدت محكمة

(١) قرار محكمة بداءة الديوانية رقم ٥٠٥/ب/ ٢٠٠١ و الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٦م، و المشار إليه في: رواء كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م، ص ١٢١

(٢) الفقرة (١) من المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي المعدل

(٣) قرار رقم ٥٨١/مدنية أولى / ١٩٧٨ في ١٩٧٨م، مجلة الاحكام العدلية، العدد ٣، السنة

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

التمييز في احدى قراراتها بأنه " يجب ان يشتمل التعويض عن الضرر على عنصرين هما ( الخسارة المتحققة و الكسب الفائت )"<sup>(١)</sup>.

وكذلك هناك ٣- عنصر آخر أوجده الفقه القانوني و هو (الظروف الملايئة)، إذ بالرجوع إلى نصوص القانون المدني، نجد أن المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ على أنه " عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم." فالمشرع اخذ بمركز كل من المسؤول و المضرور في تقدير التعويض معاً و ليس احدهما، و يبدو ان توجه المشرع العراقي في ذلك هو نابع من ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض وفقاً لظروف القضية المعروضة امام القاضي، بيد ان كان من الاجدر على المشرع ان ينص على عبارة الظروف الملايئة و ليس عبارة مركز الخصوم لأن هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .

أما ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الادبي فإنه لا يشتمل على عنصري الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت لأن التعويض عن الضرر الادبي يتعلق بالتعويض عن الضرر المتعلق بالألم و الحرمان النفسي و الاعتداء على العرض و الحرية الشخصية، فالتعويض عن الضرر الادبي هو عنصراً قائماً بذاته حيث يصعب تقويم نتائجه أو آثاره بالنقود ؛ و لذلك لا يوجد معيار نقدي لتقدير قيمته المالية، و لذلك ذهب الفقه القانوني في هذا المجال إلى ان العنصر الذي يعتد به هو "عنصر الظروف الملايئة"<sup>(٢)</sup>، وهو ما يتعلق بالظروف الخاصة بالمضرور وليس بالظروف

(١) يُنظر في ذلك: قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٣/ موسعة اولى / ٩٠ في ٢٩ / ٥ / ١٩٩١م، و

المشار اليه في : احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص ٢٥٦

(٢) يُنظر: مهند عزمي مسعود ابو مغلي، التعويض عن الضرر الادبي - دراسة مقارنة، مجلة

الشرعية و القانون، العدد ٣٩، يوليو ٢٠٠٩م، ص ٢٢١-٢٢٢

الخاصة بالمسؤول (المدعى عليه)، كما اوجب فقهاء القانون في هذا المجال أن يكون من ضمن الظروف الملايصة التي على القاضي الاخذ بها تلك المتعلقة بالعوامل الخارجية التي أثرت تأثيراً مباشراً في حصول ألم و معاناة نفسية جسيمة بالمضروب<sup>(١)</sup>.

أما وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري، فانه بصورة عامة ان الوقت الذي تراعيه المحكمة لتقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و هو في حالة الضرر الثابت، أما ان كان الضرر متغيراً، فقد اوضحنا ان المشرع العراقي في المادة (٢٠٧) المار ذكرها قد اوجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، فالقاضي يعوض ما لحق المضروب من ضرر مادي أو ادبي و لكن المشرع لم ينص صراحة عن وقت تقدير التعويض عن الضرر سواء كان الضرر ثابتاً أو متغيراً، إلا إن بالرجوع إلى نصوص القانون المدني نص المشرع في المادة ٢٠٨ على أنه: " اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضمن بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير"، و بوساطة مفهوم هذه المادة بالإمكان الاستنتاج على ان وقت تقدير التعويض يكون وقت الحكم، كما ان المشرع قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم و هنا الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحدها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض . كما نجد أن المشرع قد أورد في الفقرة الاولى من المادة ٢٠٩ عبارة ( الظروف ) حيث نص

(١) يُنظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الكويت، مطبوعات

جامعة الكويت، ١٩٩٥م، ص١٣٤

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

على: "تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف...."، و هنا العبارة ( الظروف ) عبارة مطلقة و شاملة فتشمل حالة الضرر المتغير ؛ فأتاح للقاضي سلطة تقديرية وفقاً لظروف معينة ان يحكم بمقدار معين من التعويض بما ينسجم مع الظروف التي تؤثر في القضية المنظورة و هو ما يعني وقت صدور الحكم . و لعدم ورود نص صريح لتحديد وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري؛ فموقف القضاء العراقي فمن خلال تتبع احكام القضاء العراقي، نجده في بادئ الامر كان يعد وقت تقدير التعويض عن الضرر هو وقت حصول الضرر و هو ما قرره محكمة التمييز في احدى قراراتها و ذلك بأن " تقدير قيمة البناء المهدم يكون بالسعر الذي كان عليه عند هدمه"<sup>(١)</sup>.

و لكن في قرار آخر لمحكمة التمييز عدت وقت التقدير هو وقت إقامة الدعوى و هو ما ذهبت اليه بالقول " قيمة الذهب المغصوب تقدر بتاريخ إقامة دعوى استرداده"<sup>(٢)</sup>.

غير أن محكمة التمييز قد تراجعت عن اتجاهها و ذهبت بصريح العبارة بأن وقت تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية هو وقت حصول الضرر و ذلك في قرار لها، إذ ذهبت فيه إلى "التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يقدر بتاريخ

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٤٩٢/م/١٩٧٥ بتاريخ ١٢/٩/١٩٧٥، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة، ص ٢٧

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٣٠/م/٤/١٩٧٥ بتاريخ ٢٨/١١/١٩٧٦، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ص ٦٣ .

حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه، ولما كان الحادث قد وقع في عام ١٩٩١ فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون<sup>(١)</sup>.  
و بذلك نجد، ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعد وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر وتارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى ولم يعده في وقت صدور الحكم، و هذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير فيمكن أن يقع الضرر في تاريخ معين و تستمر آثاره و تتغير سواء في ذاتية الضرر أو في القيمة الشرائية حتى بعد إقامة الدعوى، و لذلك ندعو المشرع إلى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

### الفرع الثاني: المستفيد من التعويض

لا شك أنّ المستحق الأول للتعويض هو المتضرر، لأنّ الشخص الذي يتعرض للضرر يكون له الحق في الحصول على التعويض، ويكون التعويض الممنوح للمتضرر هو تعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن الفعل الضار و هنا الإصابة او الضرر الذي ثبت بسبب المسعف التطوعي كالإصابة بالعجز الكلي أو الجزئي للنشاط الذي كان يمارسه، كما يكون التعويض عن الأضرار المعنوية (الأدبية) المتولدة عن الإصابة الناتجة من خطأ المسعف التطوعي، كالمعاناة

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٥١٧٧/م/١٠٨٨ منقول/ ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٩/٤/٧ (غير منشور)، مشار اليه في : حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٣٤



## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

النفسية التي تصاحب العجز الذي أصاب المضرور، بالإضافة إلى معاناة أفراد الأسرة من تلك الإصابة التي أحلت بمعيهم<sup>(١)</sup>. وهو ما نص عليه المشرع العراقي بأن: " كل فعل ضار من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من الإيذاء يلزم بالتعويضات "<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان الضرر الناجم عن الخطأ الطبي هو وفاة المستفيد من عمل المسعف التطوعي، فيكون للورثة حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي (الموت)، ومن ثم يقع على الورثة إثبات إن المتوفي هو المسؤول عن إعالتهم، و وفاة معيهم سبب لهم ضرر بحرمانهم من النفقة بالإضافة إلى حزنهم من فقد معيهم، وهو ما نص عليه المشرع بالقول: "في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيهم المصاب وحرموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة "<sup>(٣)</sup>.

و قد أباح المشرع العراقي لورثة المتوفي المطالبة بالتعويض عما أصابهم من أضرار أدبية متعلقة بالمعاناة النفسية والحزن بسبب وفاة مورثهم، فنص على " يجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب "<sup>(٤)</sup>، وهو ما قضت به محكمة التمييز في إحدى قراراتها

(١) يُنظر: خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه، المرجع السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي المعدل

(٣) المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي المعدل

(٤) الفقرة (٢) من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي المعدل

المتعلقة بمطالبة زوج بتعويضه عما أصابه من ضرر لفقده لزوجته؛ فقضت " في تقدير التعويض لأبد من تقدير الضرر المادي والمعنوي للمتضرر من الحادث "(1)

### الخاتمة

أسأل الله عزَّ وجلَّ أن يكون قد وفقني في إتمام هذه الدراسة بهذا الشكل والمضمون وذلك عن طريق بحثها في ثنايا النصوص القانونية في العراق، وتوصلت الدراسة إلى خلاصة من النتائج وعدد من المقترحات.

### أولاً: نتائج البحث

١- يعتقد عمل المسعف التطوعي هو السلوك التطوعي الذي هو من اشكال العمل التطوعي غرضه غير مادي أو ربحي و إنما تقديم العون و المساعدة الانسانية سواء كان مقدم هذه المساعدة فرد أو مجموعة افراد أم شخص منتمٍ لمؤسسة خيرية.

٢- إن المسعف التطوعي قد يكون مسعفاً عادياً غير متدرب على الاسعافات الالوية و غير المنتمي إلى أي مؤسسة انسانية مستقلة، و قد يكون المسعف التطوعي متدرباً و حاصلاً على شهادة في الاسعافات الالوية (سواء منتمياً ام غير منتمٍ لأي مؤسسة انسانية)، و من ثم ستكون واجبات مختلفة ما يتعلق بمستوى معرفة المسعف ومهارته، ومستوى المخاطر التي يشكلها الموقف، ومن ثم يتطلب التزاماً اكثر تشدداً

٣- إن المسعف التطوعي يسأل تقصيراً في حالة اخلاله بواجبه القانوني وفقاً للنصوص القانونية المتعلقة بالعمل غير المشروع المشار إليها في القانون المدني (الخطأ واجب الاتبات)، و هذا الاخلال سواء كان اخلاً ايجابياً أم سلبياً .

(١) قرار محكمة التمييز العراقية الصادر في ١٩٦٨/٧/٣١م و المشار اليه في: سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص١٣٧.

## المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي

٤- إنَّ نوع التزام المسعف التطوعي عند تقديم المساعدة للمصاب في الحالات الطارئة والحوادث هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، ويعتمد القانون العراقي المعيار الموضوعي؛ لتحديد الخطأ الموجب لمسؤولية المسعف التطوعي المدنية.

٥- تؤسس المسؤولية المدنية للمسعف التطوعي في حالة حصول ضرر نتج عن خطأ المسعف التطوعي بشكل محقق ومباشر ويجب أن يكون هذا الضرر متعلقاً بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة، وبَيَّنت الدراسة أنَّ الضرر الموجب للمسؤولية المدنية لا يخرج عن نوعين هما الضرر المادي والضرر الأدبي أو المعنوي

٦- إن عمل المسعف التطوعي رغم مساسه بحرمة الجسد البشري الا للضرورة لكنه ليس كالعامل الطبي، فالطبيب يسعى في قيامه بعمله إلى ضمان سلامة هذا الجسد البشري (المريض)، وكذلك القضاء على المرض أو التخفيف من آلامه، أما المسعف التطوعي يسعى إلى المحافظة على حياة المصابين في الحوادث الطارئة، وتخفيف الآلام الناتجة عن الحادث، ومنع حدوث مضاعفات للإصابة لحين وصول المصاب إلى المستشفى لاتخاذ ما يلزم لعلاج من قبل الاطباء

٧- إن القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعد وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و تارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى، ولم يعده في وقت صدور الحكم، و هذا الأمر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير.

٨- للنقص التشريعي العراقي في بيان طريقة دفع التعويض، فان القاضي له الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب، فتلك الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الثابت أو المتغير.

### ثانياً: المقترحات

١- ندعو المشرع العراقي أن ينص في الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ من القانون المدني على عبارة الظروف الملازمة و ليس عبارة مركز الخصوم؛ لأن هدف التعويض هو جبر الضرر وازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الأخذ بمركز الخصوم

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة (٢) من المادة (٢٠٥) من القانون المدني وذلك في أن يذكر بالتفصيل مَنْ هم الورثة الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن وفاة مورثهم.

٣- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من القانون المدني، فتأخذ الصيغة الآتية " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم وفي جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

٤- نقترح على المشرع العراقي إصدار قانون متعلق بتنظيم عمل المسعف التطوعي في العراق، تُحدد فيه ماهية المسعف التطوعي، وأخلاقيات المسعف التطوعي، وما هي حقوقه والواجبات الملزمة اتباعها، و كيفية حمايته، فضلاً عن أن يبين فيه مسؤولية المسعف التطوعي الجنائية و كذلك المدنية في وجوب تعويض المتضرر لخطأ المسعف (الخطأ واجب الاثبات)

## المصادر

### أولاً: الكتب

- ١- ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، بيروت، دار صادر، ٢٠١٠
- ٢- ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥م
- ٣- أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، لبنان، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٢م
- ٤- أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب و مساعديه (القاهرة: دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، ٢٠٠٧م)
- ٥- جلال علي عدوي، و رمضان ابو السعود، و محمد حسن قاسم، الحقوق و غيرها من المراكز القانونية (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٦م)
- ٦- حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي و القانون العراقي (البصرة: مطبعة الحداد، ١٩٥٥م)
- ٧- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، ركن الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١
- ٨- حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر) (الاردن: دار وائل للنشر، ٢٠٠٦م)
- ٩- خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه (الاردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط١، ٢٠٠١م)
- ١٠- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية (بغداد: وزارة العدل - منشورات البحوث القانونية، ١٩٨٠م)

- ١١- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م)
- ١٢- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الاردني (لبنان: منشورات مكتبة صادر، ١٩٨٨م)
- ١٣- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٤م)
- ١٤- عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣م)
- ١٥- عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون (بغداد: مطابع دار الكتب للطباعة و النشر، ١٩٨٩م)
- ١٦- عبد الحكيم فودة، التعويض المدني - المسؤولية المدنية التعاقدية و التصيرية في ضوء الفقه و احكام محكمة النقض (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م)
- ١٧- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج ١ (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٣، ٢٠٠٠م)
- ١٨- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي (لبنان: دار المعارف، بدون سنة طبع)
- ١٩- عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - ج ١ (بغداد: مطابع مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٠م)

- ٢٠- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (الاسكندرية: الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٦م)
- ٢١- محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري (الجزائر: دار هومة، ٢٠٠٧م)
- ٢٢- محمد شريم، الاخطاء الطبية بين الالتزام و المسؤولية (الاردن: المطابع التعاونية، ٢٠٠٠م)
- ٢٣- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "مصادر الالتزام - الواقعة القانونية - العمل غير المشروع - شبه العقود - القانون" (الجزائر: دار الهدى، ط٢، ٢٠٠٤م)
- ٢٤- محمد عبد النبأوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٣م)
- ٢٥- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجُع فكرة "الخطأ" أساسًا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م)
- ٢٦- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية - ج ١ (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م)
- ٢٧- مدحت محمد أبو النصر، رؤية مستقبلية لتطوير العمل التطوعي في الوطن العربي، القاهرة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٥
- ٢٨- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩م)
- ٢٩- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م)

ثانياً: المجلات العلمية و الدوريات

- ١- انتصار زين العابدين البياتي، انتصار الساعدي، دور الاسرة في غرس القيم الاخلاقية للعمل التطوعي لدى الشباب، مجلة البحوث التربوية والنفسية، العدد ٥٨، ٢٠١٨
- ٢- هاله عبد الهادي ونوفل عامر صالح الخفاجي، العمل النفسي والسلوكي في المجتمع، مجلة جامعة بابل للعلوم البحثية والتطبيقية، ٢٠١٩
- ٣- جاسم العبودي، المداخلات في احداث الضرر تقصيراً، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الأول و الثاني، ٢٠٠٠م
- ٤- جبارة نورة، نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية، وقائع مؤتمر " مستقبل المسؤولية المدنية "، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، ٢٠٢٠
- ٥- مهند عزمي مسعود ابو مغلي، التعويض عن الضرر الادبي - دراسة مقارنة، مجلة الشريعة و القانون، العدد ٣٩، ٢٠٠٩م
- ٦- نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة المحامين السورية، عدد ٢، سنة ٤٨، ١٩٨٣م
- ٧- هديلي، أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، ٢٠٠٨م
- ٨- مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة
- ٩- مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة
- ١٠- مجلة الاحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة
- ١١- المجلد الثاني للفقهاء الجنائي في قرارات محاكم التمييز، رقم ١٢٤



## ثالثاً: الاطاريح و الرسائل العلمية

- ١- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية المهنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢م
- ٢- الفرا، منى إسماعيل و الصوفي، حمدان عبد الله، درجة ممارسة طلبية الجامعات الفلسطينية بمحافظات غزة للعمل التطوعي وعلاقتها بالمهارات القيادية لديهم، رسالة ماجستير في إدارة التربية، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٨
- ٣- حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤
- ٤- رواء كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م
- ٥- زينب هادي، الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٣م
- ٦- عيشوش، كريم، العقد الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م
- ٧- نسيب، نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١م

رابعاً: المصادر الاجنبية

1-Dorsnner-Doletvet (Annick), La responsabilite' du médecin (Economica, Paris, 2006)

## خامساً: المقالات و المواقع الالكترونية

- ١- المنطقة الثالثة - فرع القاهرة - الهيئة العامة للتأمين الصحي، على الموقع الالكتروني:

<https://kenanaonline.com/users/AREAMED3/posts/326903#:~:text=%D9%87%D9%88%20%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%20%D8%A7%D9%84%D8%B0%D9%8A%20%D9%8A%D9%82%D9%88%D9%85%20%D8%A8%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%8A%D9%85,%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D9%8A%D8%B6%20%D8%A8%D8%B4%D9%83%D9%84%20%D8%B5%D8%AD%D9%8A%D8%AD%20%D9%84%D8%A5%D9%86%D9%82%D8%A7%D8%B0%20%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%AA%D9%87%20>

٢- " الاسعافات الاولية " على الموقع الالكتروني لجمعية الهلال الاحمر العراقية :  
<https://ircs.org.iq/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%B9%D8%A7%D9%81%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9>

سادسًا: القوانين و التشريعات

قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.

تعليمات السلوك المهني الطبي الصادر عن نقابة الاطباء العراقي لسنة ١٩٨٥م

## مدى حجية أدلة الإثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الإداري

ا.م.د. محمد احمد رحيل

كلية الإدارة والاقتصاد/ جامعة تكريت – العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.15>

### المستخلص

يخضع الاثبات الاداري لقواعد خاصة تميزه عن الاثبات الجنائي، واذا كان للأثبات في فروع القانون الاخرى لها أهميته الا أنه في الاجراءات الادارية يكتسب أهمية خاصة، كون القانون الاداري قانون غير مقنن ومن صنع القضاء ولا توجد تشريعات من الناحية الاجرائية يمكن ان تميزه عن الاجراءات الجنائية والمدنية، فعلى ضوء التحقيق الاداري سوف يتحدد مصير الموظف المتهم بالمخالفة بين الادانة والبراءة، بكل ما ينجم عن ذلك من آثار ترتبط بسمعة الموظف ومكانته الوظيفية وحرية وعمله وماله، وكل ذلك يعتمد بالدرجة الاساس على دليل الاثبات المقدم لصالح الموظف المتهم بالمخالفة أو ضده، أو بالدليل الذي يقدمه الموظف نفسه لصالحه، إذ يجب ان يكون هذا الدليل دليلاً واضحاً ومقبولاً ومشروعاً، وليس من اليسير تحديد ماهية مشروعية الدليل أو نزاهته في الاجراءات الادارية لان المفهوم ليس قانوناً بحتاً ولا يستقي من مصدر واحد ولا تحصر التشريعات الاجرائية المنصوص عليها في القواعد العامة بالنص عليه صراحة ولا تحدد ملامحه العامة الا على ضوء بعض التطبيقات التشريعية وجهود اراء الفقه واحكام القضاء، وبالتالي فإن براءة المتهم وادانته تتوقف على الدليل، فاذا كان هذا الدليل صحيح ومشروع كان به، اما اذا كان الدليل المقدم للبراءة أو للإدانة متحصلاً عليه بطريق غير مشروع فهل يمكن الأخذ به من أجل بيان حقيقة الاتهام؟  
الكلمات المفتاحية: موظف، مرفق عام، مسؤولية، تحقيق، أدلة اثبات غير مشروعة.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

Mohammed Ahmed Raheel  
College of Administration and Economics  
University of Tikrit

### Abstract

Administrative proof is subject to special rules that distinguish it from criminal proof. Even If the proof in other branches of law is important, in administrative proceedings it is of particular importance due to the fact that administrative law is unqualified and judiciary-made and there is no procedural legislation that can distinguish it from criminal and civil proceedings. The administrative investigation will determine the fate of the staff member charged with an offense between conviction and innocence, with all the consequences associated with the staff member's reputation, function, liberty, job, and financial affairs, all that depends primarily on the evidence presented if it is in the employee's interest or against him. This evidence must be clear, acceptable, and legitimate. It is not easy to determine the concept of lawfulness of the evidence or integrity of the administrative proceedings because the concept is not strictly legal, is not derived from a single source and the criminal legislation does not explicitly provide for it. The public feature is determined only through some legislative applications and the efforts of jurisprudence opinions and judicial decisions. Thus, the defendant's innocence and conviction depend on the evidence, if this evidence is valid and legitimate, and if the evidence provided for the acquittal is unlawful, can it be taken into account to establish the truth of the charge?

**Keywords:** employee, public facility, responsibility, investigation, invalid evidences

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين محمد وعلى  
اله وصحبه اجمعين وبعد.

اتسم القانون الاداري الذي كان مطبقاً في القرن الثامن عشر وما قبله بالقصور  
والنقص والابهام في احكامه، وكان التحقيق الاداري مع الموظف يعتمد في محاولة  
الحصول على الحقيقة بوسائل بدائية تتسم في أغلب الاحيان بطابع العنف والقسوة  
وبصورة تعسفية بحرمان الموظفين المتهمين بالمخالفة من حرياتهم في الدفاع عن  
انفسهم، فكانت الكتابة وما زالت هي الوسيلة الرئيسية للإثبات في التحقيق الاداري، فهي  
تشمل الاوراق الرسمية التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة  
قانوناً، كذلك تشمل الكتابة المحاضر الادارية التي يحررها الموظفون المختصون  
لأثبات وقائع معينة، ولما كانت تلك الاوراق وهذه المحاضر تحت يد الادارة فأن  
الموظف المتهم بالمخالفة لا يستطيع الحصول عليها لإثبات براءته، لهذا فان ذلك  
يدفعه باللجوء الى استخدام طرق غير مشروعة للحصول على الدليل المشروع لإثبات  
براءته، ولا يقتصر الامر على الكتابة فقط وانما لشهادة الشهود الدور الكبير في الاثبات  
على مر العصور فأحييت ببعض الاجراءات والشكليات ضمانات لصحتها، ولما كانت  
الشهادة عرضة للخطأ والنسيان والتضليل، من حيث ان شهادة الشخص عرضة للخطأ  
بسبب ما للقدرة البشرية من حدود سواء من ناحية حدة الابصار ودقته أو قدرة الذاكرة  
ومداها، بل قد يكون شاهد زور ختمت الاحقاد على قلبه أو استهدف مآرب مادية، كل  
ذلك ممكن ان يدفع الموظف المتهم الى استخدام طرق غير مشروعة لإثبات البراءة كما  
ذكرنا، وهذا الامر لا يقتصر فقط على الكتابة أو الشهادة فحسب وانما يمكن ان يمتد  
الى بقية وسائل الاثبات الاداري الاخرى كالمعينة او الاقرار او اليمين او الخبرة أو  
الاستجواب أو القرائن، كذلك فأن تحصيل الدليل بطريق غير مشروع لا يتوقف على

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

حصوله من قبل الموظف المتهم، وانما يمكن ان تلجأ الإدارة الى استخدام طرق غير قانونية لاستحصال الدليل، كالتعذيب النفسي أو الاكراه أو التهديد، أو استخدام أجهزة كشف الكذب، أو في حالة استخدام الكلاب البوليسية، أو استخدام العقاقير المخدرة، أو التنويم المغناطيسي المستخدمة في بعض الدول.

وإذا ما رجعنا الى التشريعات العراقية على وجه الخصوص لم نجدتها تتضمن نصوص صريحة تنص على قبول الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة واستخدامها كدليل اثبات او عدم قبولها أو امكانية قبولها في أضيق الحدود، لهذا نجد ان الفقه اتجه في ذلك الى اتجاهين متناقضين ولكل اتجاه حججه واسبابه ودوافعه وقناعته في قبول أو رفض الدليل المخالف للقانون أو الدليل الذي لم يرد به نص صريح يمكن استخدامه وتقديمه للاثبات في المخالفات الانضباطية، وللحديث أكثر عن الموضوع رأينا تقسيم المقدمة الى نقاط عدة تبين الخط البحثي الواجب دراسته والتركيز عليه في هذا المجال وذلك وفقاً لما يأتي:

### أولاً: أهمية الدراسة:

- ١- تنبع أهمية الدراسة من أهمية مدى قبول الدليل المتحصل بطريق غير مشروع أو رفضه لإثبات المخالفة المرتكبة.
- ٢- ضرورة امكانية وجود الطرق البديلة التي يمكن اللجوء اليها في حال تقديم الموظف المتهم دليل متحصل عليه بطريق غير مشروع يثبت براءته به، دون ان يؤدي ذلك الى ادانة موظف بريء .
- ٣- الالمام بكافة التشريعات الحالية التي تنص على أدلة الاثبات التي يمكن استخدامها لبراءة الموظف أو ادانته.
- ٤- بيان الاساس القانوني لمشروعية الدليل المتحصل بطرق غير مشروع.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

٥- معرفة أوجه القصور في التشريعات العراقية والكشف عن أسباب ذلك النقص ومعالجته بما يضمن وجود نظام واضح يتميز بالعدالة والشفافية دون تجريم موظف بريء أو افلات موظف مدان من العقاب.

**ثانياً: اشكالية الدراسة:** تكمن اشكالية البحث في بيان مدى مشروعية الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة ومدى حجيتها في التحقيق الاداري؟ فضلاً عن الاشكالية التي يبرزها الموضوع في قلة الدراسات المتخصصة التي تنطوي تحت عنوان الدراسة.

**ثالثاً: منهجية الدراسة:** سيكون منهج الدراسة العلمية المتبع بإذن الله تعالى، وفق دراسة تحليلية وصفية ونقدية للنصوص القانونية الخاصة بالتشريع العراقي ومقارنتها بعدد من القوانين العربية والاجنبية المقارنة كلما دعت الحاجة الى ذلك.

**رابعاً: خطة الدراسة:** تتضمن خطة الدراسة بحثين، يختص الاول بمصادر مشروعية الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري، اما الثاني نتناول فيه المعالجة الفقهية لقاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، وستتضمن الدراسة كذلك خاتمة تحتوي على أهم الاستنتاجات التي سيتم التوصل إليها والمقترحات التي نرى من الضروري أن يأخذ بها المعنيون.

### المبحث الأول

#### مصادر مشروعية الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق

##### الاداري

ليس من اليسير تحديد مشروعية الدليل او نزاهته في التحقيق الاداري لان المفهوم ليس قانونياً بحتاً، ولا يستقى من مصدر واحد، ولا تحرص التشريعات الاجرائية على النص عليه بصورة مباشرة ودقيقة، ولا يجدي في تحديد مصادر المشروعية بصفة نهائية الاستعانة بمفاهيم قانونية أخرى أكثر تحديداً، مثل البطلان، وتجاوز السلطة الادارة ومسؤولية القضاة، فمثل هذه المؤشرات لا ترتبط دائماً بماهية الفكرة وإنما

بالجزاء الناجمة عن الاخلال بها، اي أنها تعد معالجة لاحقة للفكرة وليست كما ينبغي ان تكون معالجة مسبقة، ولكن هذا لا ينفي أهمية استعراض وتحديد مضمون تلك الفكرة، ومن أجل تحديد مفهوم مشروعية الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة من عدمه، لا بد ان يتحدد هذا الامر بالنظر الى النصوص القانونية والتطبيقات القضائية والاجتهادات الفقهية التي تعالج هذا الأمر، عن طريق تقسيم المبحث على ثلاثة مطالب وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الاول

#### النصوص القانونية

تعد النصوص القانونية أول مصدر يرد الى الذهن للتحقق من مدى مشروعية دليل معين من عدمه، ففي أي مجتمع متحضر يتوقع الفرد ان يجد في التشريعات القانونية ما يكفل احترام الحقوق والحريات الاساسية لأفراد المجتمع، ومن بينها تنظيم طرق الاثبات الاداري وبما يحول دون استبداد القائمين بالتحقيق الاداري أو القضاة، وثمة تطبيقات متناثرة لتلك النصوص القانونية نجدها في التشريعات الدولية والداستير والنصوص التشريعية الاجرائية، وللحديث أكثر عن تلك النصوص رأينا تقسيم المطلب على الفروع الآتية:

#### الفرع الاول: الاتفاقيات الدولية

توجد اتفاقيات دولية تحظر وبشكل صريح التجاء الدولة بمؤسساتها كافة الى وسائل وأساليب غير مشروعة في التعامل مع المتهمين اثناء التحقيق معهم وتقرر لهم ضمانات اجرائية هامة في مواجهة سلطات الدولة، ومن قبيل تلك الاتفاقيات:

١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان: ذلك الاعلان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨ والذي نص على أنه "يحظر اخضاع أي فرد للتعذيب ولا لعقوبات



## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

أو وسائل معاملة وحشية أو غير انسانية<sup>(١)</sup>، كذلك نص على "يحظر تعريض الفرد لتدخلات تحكيمية في حياته الخاصة، أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته..."<sup>(٢)</sup>، وبهذا لا يمكن للإدارة على سبيل المثال وهي تقوم بالتحقيق مع الموظف ان تحط من كرامته البشرية وهي بصدد تدوين افادته او انتزاع اعتراف منه بالإكراه، ان كانت الإدارة هي الملزمة بتقديم دليل لإدانة الموظف المتهم.

٢- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠: كرست هذه الاتفاقية المبادئ المشار اليها في الاعلان العالمي لحقوق الانسان وربتت اجراءات على مخالفتها وفتحت طرق الطعن بشأن تلك المخالفات أمام الدول والافراد<sup>(٣)</sup>.

٣- الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية: أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر عام ١٩٦٦ والتي قصد بها تكريس مبادئ الاعلان العالمي لحقوق الانسان وحسم الجدل الذي اثار حول مدى قوتها الالزامية من الناحية القانونية، إذ بينت هذه الاتفاقية على أنه يجب على المحاكم والجهات المختصة بالتحقيق اتخاذ الاجراءات المناسبة واتباع الطرق القانونية السليمة في جمع المعلومات حول مرتكبي الجرائم والمخالفات، بما يضمن سلامة التحقيق<sup>(٤)</sup>.

٤- الاتفاقية الدولية ضد التعذيب والمعاملة أو العقاب الوحشي أو غير الانساني أو الحط من الكرامة البشرية: تجرم هذه الاتفاقية التعذيب وتلزم الدولة بجميع مؤسساتها بمحاكمة مرتكبي الجرائم أو تسليمهم للمحاكمة في الخارج، كما تخول المجني عليهم حق

(١) المادة الخامسة من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨.

(٢) المادة الثانية عشرة من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨.

(٣) دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ ابتداءً من تاريخ ٣ سبتمبر ١٩٥٣ وامتنعت فرنسا عن التوقيع عليها في البداية لأسباب قانونية وقد اكتسبت هذه الاتفاقية في مواجهة الدول الموقعة عليها أهمية متزايدة في السنوات الاخيرة نظراً لكثرة الاحكام القضائية الصادرة عن اللجنة الأوروبية لحقوق الانسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان والتي اضفت الى تعديلات عديدة في التشريعات الوطنية حتى تستقيم مع الاتفاقية كما فسرتها تلك الاحكام.

(٤) الدكتور احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات التحقيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١١١.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

المطالبة بالتحقيق في شكاوهم والمطالبة بالتعويض العادل عن طريق قنوات مناسبة تنشئها الدولة وتحظر الاستناد الى الاعتراف المتحصل على أثر التعذيب كدليل للإثبات<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم يتبين لنا ان الاتفاقيات الدولية حرمت على الدولة بكافة مؤسساتها الجنائية والسلطات الادارية والجهات التنفيذية استخدام العنف والاكراه والتهديد والاساليب غير القانونية ضد الاشخاص من أجل الحصول على أدلة اثبات لإدانتهم في التهم الموجهة لهم، اما من ناحية قيام الموظف بتقديم دليل الى اللجنة التحقيقية حصل عليه بطريق غير مشروع، فإن الموضوع لم يشار اليه صراحة في تلك الاتفاقيات على الرغم من أهميته في التحقيق الاداري.

### الفرع الثاني: النصوص الدستورية

تعالج الكثير من الدساتير بعض الضمانات الاجرائية سواء الاجراءات الجنائية المتعلقة بقانون أصول المحاكمات الجزائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، أو الاجراءات الادارية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة، وهي بصدد تنظيمها للحقوق والحريات الاساسية للمواطنين والموظفين على حد سواء، ولا شك أن هذا التنظيم يخلع على الحق محل الحماية قيمة دستورية واضحة وبالتالي فان مخالفته تتسم بانعدام المشروعية بلا جدال.

فالدستور الفرنسي مثلاً يؤكد على التزامه بالمبادئ الاساسية التي يتضمنها اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وينص على استقلال المحاكم ويعتبرها حامية للحريات الفردية<sup>(٢)</sup>، والدستور الايطالي يقرر مبدأ حرمة الحرية الشخصية

(1) 3 C.L.Blakesley, C. CURTIS and B.Zagaris, Human Rights and Criminal Justice in the United States, Revue international de droit penal, 1992, p.402.

(٢) المواد ١/٦٤ و ٤/٦٥ و ٦٦ من اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

ويحظر المساس بها أو تقييدها ويكسر حرمة المسكن وسرية المراسلات بين الاشخاص وعدم استخدام ذلك كدليل لأثبات أدانة الشخص أو براءته<sup>(١)</sup>.

والدستور المصري نص بدوره على ضمانات اجرائية هامة لصيانة حقوق الافراد وحررياتهم الاساسية وبالتالي فإن تحصيل الدليل بالمخالفة لأي منها ينزع عن الدليل صفة المشروعية<sup>(٢)</sup>.

اما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فلا يقل أهمية عن الدساتير التي تم ذكرها فقد نص على أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية أو يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في الدستور، كذلك نص على ان لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الاخرين والآداب العامة وكذلك نص على حرمة المساكن ولا يجوز دخولها أو التعرض لها الا بقرار قضائي ووفقاً للقانون وبين ايضاً ان المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة اخرى بعد الافراج عنه الا اذا ظهرت أدلة جديدة، فضلاً عن ذلك فقد نص على ان لكل فرد الحق في ان يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية<sup>(٣)</sup>.

ومن أهم المبادئ التي جاء بها هذا الدستور عندما نص على ان حرية الانسان وكرامته مصونة ولا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي، كما نص على أنه يحرم جميع انواع التعذيب النفسي أو الجسدي والمعاملة غير الانسانية ولا عبرة بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي اصابه وفقاً للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة ١٣ من الدستور الايطالي.

(٢) راجع المواد ٧١، ٦٩، ٦٧، ٥٧، ٤٤، ٤٢، ٤١ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ المعدل.

(٣) المواد ١، ١٧، ١٩ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٤) المادة ٣٧ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

وكذلك بين الدستور موضوع الدراسة ان حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم كله نجد ان النصوص الدستورية تكتسب أهمية خاصة في تحديد ماهية الادلة التي يمكن استبعادها لتحصيلها بطرق غير دستورية، فدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص بدوره على عدة ضمانات اجرائية هامة لصيانة حقوق الأفراد بكافة مسمياتهم وبالتالي فإن تحصيل الدليل بالمخالفة لأي منها ينزع عن الدليل صفة المشروعية، وبالتالي فإن أي قانون أو قرارات قضائية أو إدارية أو تعليمات تنص على خلاف ذلك تعد باطلة ولا يمكن الأخذ بها.

ومن هذا المفهوم يتضح لنا عدم دستورية وشرعية الادلة التي تتحصل عليها الدولة من الموظف بهذه الطرق التي تهين من كرامته، وبالمقابل نرى ان الدستور العراقي لم يتطرق الى الوسائل غير المشروعة التي يمكن ان يستخدمها الموظف لتقديم دليل براءته، ونرى ان سكوت المشرع الدستوري عن ذلك كان لعدة اسباب من أهمها عدم الدخول في التفاصيل، خاصة وان هناك قواعد عامة يمكن اللجوء اليها لإثبات ادانة او براءة اي موظف، كذلك ان القوانين بينت الادلة المكتوبة وغير المكتوبة والقرائن التي يمكن الاعتداد بها في مشروعية الدليل من عدمه، وان أي دليل خلافاً لما هو منصوص عليه قانوناً يعد دليلاً غير مشروع، فضلاً عن منح الادارة سلطة في تحديد مشروعية الدليل وفقاً لصلاحيتها كون ان القانون الاداري قانون غير مقنن وهو من صنع القضاء، وهو من يقرر شرعية الدليل من عدمه.

(١) المادة ٤٠ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

### الفرع الثالث: النصوص التشريعية الإجرائية

من الطبيعي أن يولي الباحث وجهه شطر النصوص التشريعية الإجرائية سواء وردت في مدونة أم في تشريعات متفرقة، باحثًا فيها عن مؤشر جديد على ماهية مشروعية الدليل بعد استنفاد البحث في الاتفاقيات الدولية والنصوص الدستورية التي تم التطرق إليها سلفًا عن نصوص صريحة تشير الى استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة ، بيد ان التشريعات لا تحفل كقاعدة بوضع نظرية عامة لمشروعية الدليل ولا هي تحرص على ان تضع سلفًا هذه الفكرة ضمن المواد المخصصة للإثبات، غاية ما هناك ان الباحث يستهدي بتطبيقات متناثرة على الفكرة بشأن دليل أو أدلة محددة أو يسترشد بالقواعد العامة التي يضعها قانون الاجراءات بشأن بطلان الاجراءات بشكل عام أو ان يستعمل أدوات التفسير القانوني السائغة لاستخلاص ماهية المشروعية في الدليل الذي يمكن اعتماده في أدانة المخالف أو براءته.

ومن المسلم به أن القواعد الاجرائية التفصيلية ليست كلها على ذات القدر من الأهمية وبالتالي فأن الدليل المتحصل بالمخالفة لبعضها قد لا تنفي عنه صفة المشروعية رغم المخالفة، بينما قد تنزع عنه تلك الصفة في حالات أخرى وذلك تبعًا لفلسفة النظام الاجرائي محل البحث.

وإذا ما جئنا الى قوانين انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل نجد ان المخالفة الانضباطية تتحقق عن طريق فعل ايجابي أو سلبي يرتب أثر يضر بمصلحة المرفق العام أو بالمال العام، لذا يمكن أثبات وقوع الفعل المخالف بوسائل الاثبات كافة، إذا ان المبدأ السائد في القانون الاداري هو حرية السلطة الادارية في اثبات المخالفة بالوسائل المقررة بموجب القانون سواء كانت تلك الوسائل عبارة عن وثائق كتابية وخبرة وقرائن ومحاضر كشف ومعايينة وشهادة شهود واحكام قضائية.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

أما من جانب اثبات المخالفة الانضباطية وفقاً لما جاء به المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة المذكور نجده منح الصلاحية للجنة التحقيقية وهي في سبيل اداء مهامها على أتم وجه سماع وتدوين اقوال الموظف والشهود والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها<sup>(١)</sup>.

ومهما يكن فإن اطراف الدعوى الانضباطية هم من يتحملون عبء الاثبات وفقاً لمبدأ (إن المنازعة ملك لأصحابها) ولا يقع على القاضي الاداري اذا ما قدمت أمامه الدعوى الانضباطية عبء اثباتها لان دوره ينحصر في بيان مدى تطبيق القانون على القضية في ضوء ما يقدمه الموظف والادارة من ادلة اثبات ولا يتحمل عبء اثباتها، وهو في سبيل اداء وظيفته حول صحة الادلة من عدمها قد تعترضه صعوبات جمة فيما يخص قناعته ببعض الادلة دون غيرها فهو من يتحمل عبء صحة ذلك الدليل من عدمه عن طريق الرجوع الى مواد قانون الاثبات على الرغم من ان تلك القواعد تتصف بالشمولية في جميع الدعاوى المدنية منها والادارية<sup>(٢)</sup>.

وعن طريق ذلك نجد ان المشرع العراقي اعتمد الادلة القانونية المنصوص عليها في قانون الاثبات لبيان مدى ادانة المتهم أو براءته من الاتهام الموجه ضده، ولم ينص على أدلة تم الحصول عليها بطريق غير مشروع وان كانت تلك الادلة هي أدلة صحيحة من حيث الواقع.

وهكذا يبدو أنه من المتعذر تحديد ماهية مشروعية الدليل بالرجوع الى النصوص القانونية وحدها، سواء تمثلت في اتفاقيات دولية أم في نصوص دستورية أم في نصوص قوانين الاجراءات، فهذه وتلك لا تقدم في الغالب سوى مجرد ارشادات تعين الباحث في فروض وقد لا تجدي في أخرى، وقد انتقد هذا الوضع بحق لأنه وان كان

(١) المادة (١٠/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.  
(٢) اقبال نعمت درويش، دور وسائل الاثبات في الدعوى الانضباطية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠٢٣، ص ٢٥.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

يطلق الحرية للباحثين عن الادلة في مواجهة الموظفين المتهمين بارتكاب المخالفة ويلقي بالتالي ترحيبهم، يحرم النظام الاجرائي ككل من مزية الوضوح بشأن مدى مشروعية الادلة، في حين أن التحديد القانوني المسبق لمثل تلك الفكرة يقدم عوناً ثميناً للقائمين على تحصيل الادلة (لأنه يطمئنهم على ثمار أعمالهم) من ناحية، ويحقق للأفراد شعوراً بالأمان في مواجهة رئيس واعضاء اللجنة التحقيقية من ناحية أخرى<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### التطبيقات القضائية

ازاء نقص النصوص القانونية بشأن مدى مشروعية وحجية الدليل المتحصل بطرق غير مشروعة، كان على القضاء المساهمة في تحديد ملامح الفكرة محل البحث عن طريق الفصل في الدفوع التي تقدم اليه باستبعاد أدلة الاثبات المدعى تحصيلها بالطرق غير المشروعة، وقد تفاوت القضاء في هذا الشأن من نظام قانوني الى آخر وفي بعض الحالات تأرجح موقف القضاء بين التشدد والتساهل ويحدد موقفه بين هذا وذلك الفلسفة السائدة بشأن مدى التوازن بين الفعالية البحثية من ناحية واحترام الحقوق الفردية من ناحية أخرى.

ان القضاء المقارن كان يستهدي في تقدير مدى مشروعية الدليل بدليلين جوهريين هما: حماية حقوق الفرد من جانب واحترام نزاهة القضاء من جانب آخر<sup>(2)</sup>. وقد قاده الدليل الاول لتوضيح موقفه من الوسائل التي تمس بسلامة جسم الشخص أو بحياته الخاصة أو بحقوق دفاعه، وقاده الدليل الثاني لتقييم الوسائل التي قد يمثل استخدامها مساساً بهيبة الادارة والقضاء كالتحريض على ارتكاب المخالفات والجرائم واستعمال

(1) Bouzat, La loyauté, dans la recherche des preuves, in: problemes contemporains de procedure penale, Recueil de textes en hommage a m.L. Paris, Sirey, 1964 pp.155.

(2) Bouzat, La loyauté, op.cit. pp162.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

الخداع وسرقة الاوراق الثبوتية لتقديمها للقائمين بالتحقيق أو استخدام الاكراه في التحقيق.

وإذا ما جئنا الى القضاء العراقي لم نجد قراراً إدارياً لرئيس دائرة صادر بناءً على توصيات لجنة تحقيقية او قرار اداري قضائي يشير الى اعتماد او رفض أدلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة، الا أن الواقع العملي قد افرز العديد من الاشكالات التي أغفلت عنها معظم التشريعات سواء كانت اتفاقيات دولية أو نصوص دستورية أو تشريعات عادية، وبالتالي وجب على القضاء الاداري ايجاد حل لتلك الاشكالات والتي من أهمها تقديم الموظف تسجيل صوتي او تسجيل لمكالمة هاتفية لإثبات براءته، فهل اذا ما قدم مثل هذا الدليل يمكن الاخذ به من قبل القضاء او الادارة ام لا؟

لقد شاع في استعمال تسجيل المخاطبات والمكالمات الهاتفية بين الموظفين ومدرائهم او بين موظف وموظف آخر، وان هذه التسجيلات تعد من الوسائل الحديثة وصورة أخرى من ادلة الاثبات الالكترونية التي يمكن الاخذ بها وفق شروط معينة لإثبات البراءة او الادانة، فالتسجيل الصوتي هو "عملية ترجمة التغيرات المؤقتة لموجات صوتية خاصة بالكلام الى نوع اخر من الموجات الدائمة والذي يكون عادة عن طريق آلة تترجم تلك الموجات وتحولها الى اهتزازات خاصة وتسجيلها على شريط مستعمل في جهاز التسجيل الذي يجري على سلك ممغنط"<sup>(١)</sup>، وإذا ما اردنا الاجابة عن السؤال المذكور اعلاه نجد ان التسجيلات والمكالمات الصوتية يمكن ان تعد دليل اثبات مشروع اذا قدمه الموظف لإثبات براءته اذا تم وفق الشروط الاتية<sup>(٢)</sup>:

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل الاثبات المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٢، ص ٣٨.

(٢) زروق يوسف، حجية الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٩٢.



## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

- ١- حصول الموظف على التسجيل بشكل مشروع ويقصد بالشكل المشروع عدم حصوله على ذلك خفية او سرّاً او اكرهاً فلا يمكن تقديمه للإدارة او القضاء بهذا الشكل ولا يصح ان يكون دليلاً مشروعاً ولا بد من استبعاده.
  - ٢- أن لا يتضمن التسجيل أموراً سرية خاصة بالشخص الصادر عنه الكلام المسجل.
  - ٣- صدور أذن ورضا وموافقة بالتسجيل من الموظف الذي صدر عنه الكلام المسجل، كون سرية المكالمات من الحقوق التي كفلها الدستور ولا يجوز انتهاك الحياة الخاصة للأفراد.
- ولم نجد في التشريع القانوني سواء قانون الانضباط او قانون الاثبات نص يشير الى امكانية اعتماد الوسائل الالكترونية الحديثة في الاثبات، الا ان دستور جمهورية العراق النافذ اشار الى حرمة المكالمات الهاتفية وعدم انتهاكات او التنصت عليها الا للضرورات وبموجب نص قانوني والاحوال التي يبينها، فعلى الرغم من ان المشرع الدستوري قيد امكانية التنصت على المكالمات الهاتفية بوجود نص قانوني وعلى الرغم من عدم وجود هذا النص القانوني، الا انه نرى بالإمكان الاستعانة بتلك المكالمات وفقاً للسلطة التقديرية للجهات الادارية والقضائية ومدى قناعة تلك السلطات بالدليل وأهميته في كشف الحقيقة، وبالتالي فإنه يمكن للقضاء الاداري السير وفق هذا الاتجاه، وعدّ تلك التسجيلات الصوتية للمكالمات الهاتفية بمثابة الاقرار غير القضائي وترك المجال للقاضي الاداري تقدير مدى مشروعيتها، خاصة وان المحاكم الجنائية قد ذهبت الى الاعتراف بحجيتها في الاثبات الجنائي بشرط قد تمت وفق القانون.

### المطلب الثالث

### الاجتهادات الفقهية

يسهم الفقه بدوره في تحديد ماهية مشروعية الدليل المتحصل بطريق غير مشروع ومدى حجيته في الاثبات الاداري وساعده على ذلك ان الفكرة هي من تلك

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

الأفكار القابلة للاجتهد بطبيعتها وأنها تثير دائماً مشكلة متجددة مع بحث لا يتوقف عن وسائل مبتكرة لكشف الحقيقة تتطوي على خطر المساس بالحريات الفردية، في الوقت الذي تتصافر فيه الجهود لحماية هذه الأخيرة، بيد أن هذه المساهمة الفقهية يتعين الربط بينها وبين الجدل الفقهي العام الذي يرد على تقييم قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، فثمة تيار فقهي له وزنه ينادي بعكس ما تقضي به القاعدة وثمة من جانب آخر خلاف فقهي حول مدى تطبيق القاعدة بشأن أدلة دون غيرها أو بشأن الآثار المترتبة عليها أو بشأن بدائلها<sup>(١)</sup>، كما سوف يأتي في موضعه في المبحث الثاني.

ويكفي الإشارة هنا أيضاً إلى أن مساهمة الفقه في تحديد ماهية مشروعية الدليل تتبع من مصادر عدة أهمها: ادانة الوسائل القسرية للحصول على الاعتراف، الاجهزة الحديثة لكشف الكذب والوسائل التي تقوم على الخداع والكذب... الخ، والملاحظ بوجه عام ان موقف الفقه يقترب من تقدير القضاء، وان تميز عن الاول بترجيح الكفة لصالح الحريات الفردية، ولعل ذلك يرجع الى ان تقييمه يتم بعيداً عن تأثير الضغوط الواقعية التي يواجهها القضاء.

وفي محاولاته المتجددة لتحديد ماهية المشروعية موضوع الدراسة يستعين الفقه بأدوات التفسير القانوني ويستلهم المبادئ القانونية والأخلاقية العامة في المجتمع، والركائز التي تقوم عليها الخيارات الرئيسية للجماعة متمثلة في فكرتي النظام العام والآداب العامة وهي ذات الاعتبار التي يستلها القضاء في تطبيق النصوص الاجرائية في حالات غير قليلة، فكلما كان تحصيل الدليل بالمخالفة لأي من هذه الاعتبارات الجوهرية كلما كان ذلك مؤشراً على عدم مشروعيته والعكس صحيح<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٧٠.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

وأياً كان الحال فإن مرونة ضابط المشروعية ونسبته في الزمان والمكان وعدم اثبات مكوناته، كل ذلك يعمل كسلاح ذي حدين: فهو من ناحية إيجابية يفتح الباب أمام إعادة النظر في الفكرة على ضوء المتغيرات العلمية والاجتماعية والقانونية وهو من ناحية سلبية قد يحرم الفكرة من الثبات اللازم لاستقرار الحلول القانونية واحترام توقعات الافراد بل والقائمين على تحضير أدلة الاثبات.

وبناءً على ما تقدم يتضح لنا ان فكرة مشروعية دليل الاثبات أو عدم مشروعيته تتبين عن طريق نقطتين اساسيتين، الاولى: أن تحديد معالم الفكرة بوضوح لا تأتي الا عن طريق أمثلة محددة مستمدة من التطبيقات القضائية التي يمكن ان يواجهها القضاء والتي تغطي عددًا من الاحتمالات أكثر مما يبدو للوهلة الاولى في أعين الباحث الاكاديمي، والثانية: أن البحث في مدى حجية ومشروعية الدليل يمكن بوجه عام ان يتم في تقديرنا بالاستعانة بمعياريين أحدهما شكلي والاخر موضوعي: فبمقتضى الاول اذا كان الدليل قد تم تحصيله بطريقة يحظرها النص القانوني سواء كان النص في اتفاقية دولية او في دستور او تشريع عادي فحينئذ يكون الدليل وفقاً لهذا المعيار الشكلي او اللفظي قد تم تحصيله بطريق غير مشروع وبالتالي لا مفر من الذهاب بالاتجاه الاخر المؤدي للمعيار الموضوعي الذي يتعلق بطبيعة القناة التي تم عن طريقها استقاء الدليل ومدى توافقها مع الحقوق والحرات الرئيسية للأفراد والمبادئ القانونية العامة والقيم الاخلاقية والمعنوية السائدة ونسبة الفائدة التي يحققها تحصيل الدليل بكيفية معينة مقارنة بالأضرار الفردية والجماعية التي تنجم عن قبوله.

### المبحث الثاني

#### المعالجة الفقهية لقاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة

لقيت قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الفقه المقارن أهمية كبيرة، ففي الوقت الذي يؤكد فيه تيار فقهي على أهمية المشروعية والنزاهة في تحصيل

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

الدليل من حيث المبدأ، إلا أنه لا يتوقف كثيرًا عند المبررات النظرية والعملية التي تقف وراء الاستبعاد، ويذهب تيار فقهي آخر إلى تحديد موقفه من القاعدة على ضوء ما يعتقه من أفكار تدعم الاستبعاد أو تناهضه وذلك في إطار جدل فقهي خصب، وعلى ضوء ذلك يمكن استعراض المعالجة الفقهية للقاعدة محل البحث من زاويتين أولهما: الاتجاه المؤيد للقاعدة وثانيهما: الاتجاه المناهض للقاعدة ولكل واحد من هذين الاتجاهين نخصص مطلبًا وفقًا لما يأتي:

### المطلب الأول

#### الاتجاه المؤيد للقاعدة

ثمة اعتبارات عديدة يستند إليها انصار قاعدة الاستبعاد لتدعيم هذه الأخيرة والتأكيد على توافقها في السياسة التشريعية وفائدتها من الناحية العملية، وبالتالي يرون وفق وجهة نظرهم أنه لا يمكن أن يكون للدليل غير المشروع أية أهمية وأن استبعاده واجب على القضاء، فإذا نحينا جانبًا بعض الحجج المؤيدة ذات الوجه السلبي، يمكننا جمع أبرز الحجج الأخرى التي قدمها الفقه في هذا الصدد حول نقاط مهمة يمكن تلخيصها وفقًا للفروع الآتية:

#### الفرع الأول: حماية الحريات الفردية

مضمون هذه الحجة أن الضمانات الإجرائية التي تقررت لحماية حقوق الأفراد سوف تفقد سبيلها بغير الاستعانة بقاعدة الاستبعاد، فعلى حد قول أحد رجال القانون "لا سبيل لاحترام ما يضعه النظام الإجرائي من حريات و ضمانات إلا بتحويل القضاء سلطة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة عن طريق النشاط غير القانوني لرجال الضبط"<sup>(١)</sup>، لذلك لا يمكن قبول دليل موظف حصل عليه من تسجيله لمكالمة

(١) د. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دون ذكر اسم الناشر، ٢٠٠٩، ص ٤٠٦.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

هاتفية بينه وبين أحد زملائه الموظفين مثلاً لان ذلك سيفقد الحماية التي كفلها الدستور للأفراد عامة وسيؤدي الى انتهاك الحق في الخصوصية.

فاذا ما عمل بالقاعدة كوسيلة لحماية الحريات وليس كمجرد وسيلة لضبط سلوك الموظفين او الافراد العاديين المقدمين للشكوى ضد الموظف، فانه يترتب على ذلك عدم جواز الاحتجاج ضد الموظف بدليل تم تحصيله بالمخالفة لحقوقه وحرياته، فتلك نراها هي الوسيلة العملية لضمان احترام تلك الحقوق والحريات.

ومن جانبنا نرى أنه اذا سمح للجنة التحقيقية قبول دليل متحصل بطريق غير مشروع على نحو يهدر حقوق الموظف الخاصة، فإنه من المحتمل ان يصدر عن الموظف وكذا عن افراد الجمهور او الموظفين الاخرين الذين يحيطون علماً بمثل ذلك الاهدار، رد فعل ضد المرفق العام الذي فشل في تقرير الحماية.

ومع ذلك يلاحظ أنه اذا كان الغرض من القاعدة مجرد منع التجاوزات التي تقع على أيدي اعضاء اللجنة التحقيقية او رئيس الدائرة، فأن مساءلة الموظف المخالف سوف تتخذ أشكالا متباينة تبعاً لدرجة الأثم لديه، اما اذا تم تغليب غرض حماية الحقوق الفردية فأن قاعدة الاستبعاد قد تؤدي الى نتائج أبعد مدى مما هو لازم لتحقيق تلك الحماية.

### الفرع الثاني: الوظيفة التربوية والاخلاقية للقانون

تقوم هذه الحجة على النظر الى استبعاد الادلة غير المشروعة التي تستند اليها الادارة في معاقبة الموظف المخالف كواحدة من الوسائل الهامة التي تساعد في تحقيق المهام التربوية والاخلاقية التي يستهدفها اي نظام سواء أكان نظاماً جنائياً أم نظاماً ادارياً وذلك عن طريق احترام النظام بواسطة رجال السلطة العامة او اعضاء اللجنة التحقيقية ويتضح ذلك عن طريق اعتبارات عدة<sup>(١)</sup>:

(١) محمد علي محمد، الاثبات بالقرائن في القانون الاداري والشريعة الاسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٥٣.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

فمن جانب من شأن قاعدة الاستبعاد محاربة الوسائل المنطوية على انحطاط اخلاقي والتي قد تغري اعضاء اللجنة عند جمع الادلة بالالتجاء اليها من أجل الكشف عن المخالفات وتحديد مرتكبيها ومن ثم يتعين العمل عن طريقها على ضمان احترام القانون واخضاع نشاط اللجنة التحقيقية لرقابة قضائية لصيقة، ولا شك ان خير وسيلة لضبط سلوكهم هي استبعاد ما يتحصلون عليه من أدلة غير مشروعة.

ومن جانب ثانٍ فإن القاعدة تكفل مباشرة الاجراءات على نحو نزيه وتجبر الدولة على احترام القواعد الاصولية وتحول دون استفادتها من ثمار المخالفات التي يرتكبها الموظفون.

ومن جانب ثالث تعمل قاعدة الاستبعاد على الحفاظ على قيمة العدالة. فاذا كان نظام ادارة العدالة يستهدف اغراضًا اخرى خلاف الفصل بين المخالفين الحقيقيين من ناحية والاخرين الذين تشير قواعد الاثبات الى براءتهم من جانب آخر، فانه يمكن النظر الى العدالة بحسبانها معيار تحقيق تلك الاغراض، وهذا يستلزم استبعاد الادلة المتحصلة عن طريق نشاط غير مشروع للمحقق، اما اذا تم تقديم الدليل غير المشروع من قبل الموظف لإثبات براءته فأن ذلك ينفي الوظيفة التي يقوم عليها القانون المتمثلة بالجانب التربوي والاخلاقي وبالتالي لا بد من اهمال تلك الادلة للحفاظ على هدف القانون.

### الفرع الثالث: الحفاظ على نزاهة الادارة

ذهبت هذه الحجة الى ان قاعدة الاستبعاد تكفل الاحترام والهيبة اللازمين للإدارة المتمثلة باللجنة التحقيقية، بينما يفضي قبول هذه الاخيرة للأدلة غير المشروعة الى فقدان الثقة فيها وسقوط نزاهتها في أعين الموظفين، لان في مثل ذلك القبول تكريسًا للوسيلة المعيبة امام الادارة ومساهمة ضمنية من هذا الاخير في شيوعها<sup>(١)</sup>، وفوق

(١) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص ٤٧٥.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

ذلك نرى من جانبنا ان الاخذ بالقاعدة يوفر مناخًا للثقة في الادارة ويحقق الريادة الاخلاقية للقانون ويعمق تأثير القانون على الموظفين على حد سواء، وقد حظيت هذه الحجة بعناية الفقه والقضاء، فالفقه يرى بوجه عام ان المحاكم التي تعمل في ظل القانون، لا يقبل منها ان تساهم في انتهاك الحقوق الدستورية للأفراد، اما القضاء وضع في اعتباره منذ تكريسه لقاعدة الاستبعاد.

وقدم الفقه نوعين من الاسانيد لتدعيم هذه الحجة : فمن ناحية يذهب البعض الى ان تكريس القضاء للممارسات غير المشروعة للقائمين على تطبيق القانون من شأنه ان يجلب الاحتقار للقانون والقضاء، ومن ناحية ثانية قيل ان على المحاكم التزامًا بالإحجام عن التكريس القضائي للممارسات المخالفة للدستور وهو ما يقوم على ربط وثيق بين النزاهة القضائية واحترام الحقوق الدستورية<sup>(١)</sup>.

ومن جانبنا اذا ما اردنا ان نميل مع هذا الاتجاه الفقهي، نرى من زاوية أخرى ان تقديم دليل غير مشروع من الموظف المخالف يؤدي ايضًا الى التقليل من هيبه ونزاهة القضاء، إذ كيف يكون شكل القضاء أمام الافراد الذي يقبل من موظف متهم بارتكاب مخالفة دليل غير مشروع، فهذا الموظف يمكن ان يكون مذنبًا من ناحية وقدم دليلًا غير مشروع لتلافي الذنب وبهذا يكون قد ارتكب مخالفتين في آن واحد وبالتالي ان تبرئته لمجرد تقديمه ذلك الدليل غير المشروع يحط من كرامة وهيبه ونزاهة القضاء والادارة.

### الفرع الرابع: اعتبارات الردع

مضمون هذه الحجة ان قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة من شأنه ردع اعضاء اللجنة التحقيقية او المحاكم الادارية وصرافهم عن مخالفة القانون وهم يمارسون مهامهم في جمع الادلة من قبل اعضاء اللجنة التحقيقية أو اعتماد تلك

(١) د. احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥١.

الادلة من قبل المحاكم الادارية، فطالما كانوا يدركون ان تحصيل الدليل بطريق غير مشروع سوف يفضي في نهاية المطاف الى استبعاده، فان هذا من شأنه ان يحفزهم على التقيد بصحة الاجراءات وسلوك القنوات المقبولة قانوناً لتحصيل الادلة، اذا ما تم تقديم الدليل غير المشروع من قبل الادارة، اما اذا تم تقديم مثل هذا الدليل من قبل الموظف المتهم بارتكاب المخالفة فأن من شأن اعتبارات الردع أيضاً وخوفه من عدم قبول ذلك الدليل وخوفه من معاقبته بعقوبة أخرى نتيجة تقديمه دليل غير مشروع، يدفعه الى الامتناع الى تقديم مثل تلك الادلة التي لا تستند على نص قانوني.

ودار حول هذه الاعتبارات معظم الجدل القانوني في الولايات المتحدة الامريكية بين مؤيدي القاعدة ومعارضها انطلاقاً من ابحاث تجريبية متعارضة في نتائجها وشارك في الجدل رجال الشرطة والقضاء انفسهم ولكن الاعتبارات محل البحث ينظر اليها بوجه عام بوصفها التبرير الحديث للغالب للقاعدة في الولايات المتحدة. وهكذا فان غرض الردع سوف يؤدي الى احترام القائمين على التحقيق والموظفين على حد سواء لمتطلبات القانون على نحو اوضح مما كان سيصير اليه الحال في غياب القاعدة.

## المطلب الثاني

### الاتجاه المناهض للقاعدة

تتعالى منذ أمد بعيد الاصوات الفقهية والقضائية المقارنة التي تهاجم قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة ويكتسب هذا الاتجاه دعماً جديداً في مواجهة موجات اجرامية متلاحقة تجتاح معظم المجتمعات المعاصرة، وقد تعددت الحجج والاسانيد التي يتذرع بها المعارضون للقاعدة، فبعضها يقوم على تفنيد دعائم الاتجاه المؤيد بينما يقوم بعضها الاخر على اكتشاف عيوب ذاتية في القاعدة وما تفضي اليه من آثار، فيذهبون الى امكانية اعتماد الدليل غير المشروع المقدم من الادارة او من



## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

الموظف او من الجهة التي تتحمل عبء الاثبات، ما دام ذلك الدليل يؤدي الى احقاق الحق وعدم افلات المذنبين من التهم المنسوبة لهم. ويمكن جمع أبرز الانتقادات التي وجهت الى القاعدة تحت البنود الاتية: مناهضة وظيفة المحكمة، عدم منطقية القاعدة، اعاقه مكافحة الجريمة في المجتمع، الهبوط بقيمة القانون وهيبة العدالة، اعاقه ادارة مثلى للعدالة، ضآلة تأثيرها الرادع وذلك وفقاً للفروع الاتية:

### الفرع الاول: مناهضة وظيفة اللجنة التحقيقية

تقوم هذه الحجة على ان اعمال قاعدة الاستبعاد يناهض الاتجاه العيني الذي يقصر وظيفة اللجنة التحقيقية على اظهار الحقيقة ويتضح ذلك من وجهين: فمن ناحية تستهدف الاجراءات في القضايا الادارية غرضاً محدداً هو الفصل في مدى براءة الموظف او ادانته، وهكذا يستبعد الدليل اذا لم يكن له صلة بالواقعة المراد اثباتها او كان غير ذي جدوى في الاثبات او كان بحكم القانون غير جائز القبول، اما الدليل الذي لا يشوبه عيب ذاتي ويتمتع بطبيعته بقوة تدليلية فهو دليل مقبول ولكن قاعدة الاستبعاد تطرح جانباً مثل هذا الدليل لعيب شاب طريقة تحصيله بحجة ردع اعضاء اللجنة التحقيقية عن ارتكاب المخالفات، ومن ناحية ثانية فان دور قواعد الاثبات يتعين وفقاً لهذه الحجة أن ينحصر في تمكين اللجان التحقيقية من التوصل الى الفصل الصحيح في المسائل المتنازع عليها. والادلة المتحصلة عليها بطرق غير مشروعة تتمتع بقوة في الاقناع ويمكن التعويل عليها بذات الدرجة التي تتمتع بها الادلة المشروعة، وطالما كانت اللجنة التحقيقية في حاجة الى كافة الادلة التي يمكن التعويل عليها بشأن النقطة المثارة امامها اي الفصل في مدى اذئاب الموظف او براءته فانه لن يكون ثمة محل للنظر الى الطريقة التي تم عن طريقها تحيل الدليل<sup>(1)</sup>.

(1) محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، رسالة ماجستير بكلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٢٥.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

ومن زاوية أخرى ان تقديم الدليل الذي حصل عليه الموظف بطريق غير قانوني وفقاً لهذا الاتجاه وهذه الحجة يمكن قبوله في الدعوى الانضباطية، إذ ان اهماله يمكن ان يؤدي الى اغفال الغرض من تشكيل اللجنة التحقيقية وهي بصدد جمع الادلة لإحقاق الحق، فهدف اللجنة التحقيقية هو الوصول الى الحقيقة دون تحيز لصالح طرف دون طرف آخر، فالحق الذي يصعب على الموظف اثباته الا عن طريق صحيح لا يستطيع السير به يفقد قيمته ويصبح عدم، لا لشيء الا لان الدليل الذي قدمه الموظف البريء المتهم كان استحصاله بطريق غير مشروع وبالتالي فإن استبعاده هو استبعاد لقيمة القانون والقضاء معاً.

### الفرع الثاني: مجافة المنطق

يذهب معارضو القاعدة الى أن هذه الاخيرة تجافي المنطق السديد ويظهر ذلك في تقديرهم من عدة نواح، فمن ناحية يبدو مجافياً للمنطق جعل الموظف المذنب يفلت من العقاب لا لسبب الا لان دليل ادانته قد تم تحصيله عن طريق خطأ، وهكذا نوصل الى وضع شاذ، حيث يجد الرئيس الاداري او المحكمة نفسها في مواجهة خطأين: خطأ المتهم بارتكاب المخالفة الانضباطية وخطأ اللجنة التحقيقية الذي باشرت الاجراء المعيب ومع ذلك فأنها تدع كلاً منهما يفلت من المساءلة، هذا فضلاً عما يؤدي اليه تطبيق القاعدة من استفادة المذنبين دون الابرياء لان تطبيقها بحجة حماية الحريات الفردية يستفيد منه الموظفين المخالفين وحدهم ويعيق مكافحة المخالفات والجرائم<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية قيل ان قاعدة الاستبعاد تجافي المنطق عندما تقرر ذات المعاملة لكافة المخالفات على الرغم من تباين هذه الاخيرة من حيث طبائعها ومن حيث جسامتها الذاتية، وتوضيح ذلك ان تعبير التجاوز او اساءة التصرف من قبل اللجنة التحقيقية يعد من التعبيرات الغامضة ويشمل مجموعة واسعة من الافعال

(١) محمد فالح حسن، مصدر سابق، ص ٢٦.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

والامتناعات، فقد تتمثل المخالفة في احداث ضرر جسيم او في ضرر يسير وقد تتمثل المخالفة في مجرد سهو او في مجرد اهمال ففي كل هذه الحالات سوف يترتب على تطبيق قاعدة الاستبعاد مصير واحد يواجه الادلة المستمدة من الاجراءات السابقة وهو عدم الاعتداد بها، وفي هذا ما يخالف المنطق الذي يربط جسامه الجزاء بجسامه المخالفة الانضباطية<sup>(١)</sup>.

ونرى أيضاً أنه ليس من المنطق القانوني اهمال الادلة التي يتقدم بها الموظف المتهم والتي حصل عليها بطرق غير مشروعة او بطرق لم ينص على عدم شرعيتها اي قانون، لان ذلك سيجافي المنق ومبادئ العدل والانصاف، وعلى القاضي الاداري ان يستقضي الادلة كافة من حيث فحصها بحرية دون اي تقييد بما هو محدد قانوناً ومن ادلة اثبات وله الحرية في تقدير ادلة الاثبات المقدمة فهو غير ملزم بالآراء والمستندات التي تقدمها الادارة فقط وانما عليه تقصي واستماع طرفي الدعوى، والقول عكس ذلك يؤدي الى مجافاة المنطق وحصر مهمة القاضي وفقاً لأهواء طرف دون آخر<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول ان اللجان التحقيقية والمحاكم الادارية يمكن ان يكون لها صلاحية اعتماد ذلك الدليل، سواء كان اعتماده كدليل عادي أم قرينة تساعد القائمين على التحقيق في كشف الحقيقة.

### الفرع الثالث: اعاقه جهود المجتمع في مكافحة الاجرام

لعل أبرز الانتقادات التي تعرضت لها قاعدة الاستبعاد شعبية هو انها تمس بمصلحة الادارة في مكافحة المخالفات بما تؤدي اليه من افلات المخالفين من الادانة لمجرد خطأ ارتكبه اللجنة التحقيقية او الموظف اثناء جمعهم الادلة، ويذهب المنتقدون

(١) حنان محمد مطلق، الرقابة القضائية على الملائمة بين المخالفة والعقوبة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٤، ص ٧٩.

(٢) د. هشام عبد المنعم عكاشة، دور القاضي في الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٣٨.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

الى ان القاعدة تقضي الى الاضرار بخطة الدولة في مكافحة الاخطاء الادارية من عدة نواح<sup>(١)</sup>.

فمن جانب يؤدي تطبيق القاعدة الى الحاق ضرر جسيم بالمرفق العام كلما افضى ذلك الى براءة الموظف المخالف من المخالفة المنسوبة اليه وهذا يؤدي الى مواصلة مخالفاته الانضباطية او الجنائية والاستهانة بنظام ادارة العدالة التي يستهدفها المرفق العام. ويتحقق ذلك على وجه الخصوص عندما يكون الدليل المستبعد مادياً ملموساً أو عندما يخلى سبيل الموظف المخالف لأسباب شكلية بحثة تغليباً لجانب المخالف على جانب صاحب الحق (المرفق العام)، او ان تطبيق القاعدة يمكن ان يؤدي الى ادانة موظف بريء لان الادلة التي تقدمت بها الادارة هي أدلة يشوبها الاتهام لتغليب مصلحتها على مصلحة الموظف.

ففي قاعدة الاستبعاد كما يقول الفقيه Allen "ينبغي النظر ليس فقط الى الخطر الناجم عن ممارسات المحققين وانما كذلك الى الشعور بالأمن لدى الابرياء، لان عدم مساءلة الموظف المخالف من المخالفة المنسوبة اليه يهدد الامن العام وعدم مساءلته لا تعني حماية البراءة وانما خلق فرصة لإيجاد ضحية جديدة ومخالفة جديدة"<sup>(٢)</sup>.

ومن جانب ثانٍ فان استبعاد أدلة الاثبات المرتبطة باللجنة التحقيقية لا يمكن ان تبريره عن طريق منظور حماية الحقوق ولا يمكن من الجانب الدقيق عد الاستبعاد بمثابة علاج يحقق تلك الحماية، وهكذا فان الأخذ بمبدأ استبعاد الدليل لمجرد عيب عدم مشروعية تحصيله سوف لن تكون له سوى نتيجة مؤكدة وهي ان كلاً من الموظف المخالف ومن باشر الاجراء في مواجهته سوف يتم افلاتهم من العقوبة وسوف يتحمل المرفق العام تبعاً لذلك خطر عدم مساءلة الموظفين المخالفين من العقوبة التي يمكن ان توجه لهم.

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٩٩  
(٢) حنان محمد مطلق، مصدر سابق، ص ٨١.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

ومن جانبنا نرى أن تعقيدات الحياة المعاصرة قد ألفت بأعباء مركبة على عاتق اللجان التحقيقية والمحاكم الادارية، ففي ممارسة هؤلاء لمهامهم في منع المخالفات يتعين عليهم الامساك بزمام المبادرة وممارسة سلطات تقديرية واسعة في مواجهة المواقف العديدة والصعبة التي تصادفهم وهو ما يجب ان تفهمه الادارة وتتقبل ما تتعرض له من اجراءات يتخذها اعضاء اللجنة وهم يؤدون مهام عملهم.

### الفرع الرابع: الهبوط بقيمة القانون وقيمة العدالة

يقوم هذا النقد على ان تطبيق القاعدة يجلب الاحتقار للقانون ويهدم نزاهة القضاء ويفقد الموظفين الثقة في نظام العدالة الادارية وفي السلطة العامة، فمن ناحية يرى المنتقدون ان القاعدة تؤثر سلباً على ادارة العدالة التي تستهدف كشف المذنب وادانته، وهذا التأثير يهبط بنزاهة السلطة الادارية ويفضي بالجمهور الى افتقار الاحترام لمبدأ العدالة، وهذا يفضي بدوره الى افتقار الثقة في رئيس واعضاء اللجنة التحقيقية والمحاكم الادارية، فضلاً عن ذلك فأن تبرئة الموظف المخالف تطبيقاً للقاعدة من شأنه ان يمس بالوظيفة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ناحية ثانية يذهب المنتقدون الى ان القاعدة تقضي الى فقدان الثقة في نظام ادارة العدالة الادارية عندما يسمح هذا الاخير بإفلات المخالفين من العقاب بناء على أخطاء فنية بحتة<sup>(١)</sup>، اما اذا كان الدليل غير المشروع مقدم من الموظف المخالف وكان هذا الموظف بريء وتم استبعاده بحجة تطبيق نصوص القانون، فإن ذلك أيضاً يؤدي الى الهبوط بقيمة القانون وقيمة العدالة التي يجب ان تتحلى بها السلطات الادارية والقضائية على حد سواء.

وبناءً على ذلك عندما نقرأ ان موظفاً متهمًا بمخالفة واجباته الوظيفية لأكثر من مرة وقام بأعمال مضرّة بمصلحة المرفق العام قد أعفي عنه وأسقطت عنه كل التهم لان

(١) اقبال نعمت درويش، مصدر سابق، ص ١٥٥.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

دليل الادانة الوحيد غير مشروعاً، فلا نجد مفراً من التسليم بأن القانون فيه نقص وقصور في معالجة الجريمة الانضباطية وتقويضها.

### الفرع الخامس: ضآلة التأثير الرادع

لعل أوسع الحجج انتشاراً في الجدل حول تقييم قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة تدور حول التأثير الرادع لتلك القاعدة بما تتضمنه من جزء من شأنه صرف القائمين على التحقيق عن انتهاك الضمانات الاجرائية، اما الوجه الاخر فينفي ذلك التأثير مع تباين آخر في وجهات النظر حول مظاهر وعوامل عدم فاعلية القاعدة في تحقيق الردع المدعي تحقيقه تحت لوائها، فالمعارضون يرون ان القاعدة لا تحمل اي قوة ردع في مواجهة من تحدثهم انفسهم بمخالفة القانون ولا يوجد ما يؤكد ان القاعدة لها مثل ذلك الاثر، فضلاً عن ان الدراسات الحديثة تؤكد فشلها كرادع.

ويشير المنتقدون الى اعتبارات عدة تحدد في نظرهم النطاق الضئيل للأثر الرادع محل البحث، فمن جانب نلاحظ البعض ان اعضاء اللجان التحقيقية قد اضحوا أكثر تدريباً وأوسع تكويناً عن طريق الثقافة القانونية ولم يعد ثمة مبرر لإخضاعهم لوسائل رقابية عنيفة، ومن جانب ثانٍ أضحى من المعتذر تطبيق القاعدة على نطاق واسع مع تعدد القواعد الاجرائية التي تنظم عمل التحقيق، فاذا كان يراد للقواعد التي تنظم التحقيق مثلاً ان تكون رادعة، فلا أقل من ان تصاغ بطريقة مبسطة ومفهومة للقائمين على اجراء التحقيق. ومن جانب ثالث من الراجح ان يكون لقاعدة الاستبعاد أثر ضئيل في منع التجاوزات التي ترتكبها اللجان التحقيقية ورها الوظيف ويرجع ذلك بصفة اساسية الى ان اجراءات الاستجواب والتحقيق التي يباشرها اعضاء اللجان التحقيقية ضد الوظيف المتهم بالمخالفة تتأثر بالتصرفات السائدة بين اعضاء اللجان انفسهم أكثر مما تتأثر بأي

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

أحكام ادارية، ومن جانب رابع ان الموظف يعلم يقيناً بالطرق التي يمكن ان يسلكها وهو يدافع عن نفسه امام اللجنة الحقيقية<sup>(1)</sup>.  
وبذلك نجد ان تلك الآراء قوضت من قاعدة استبعاد الادلة وبالتالي يمكن الأخذ بالدليل غير المشروع وفقاً ولجهة نظرهم، الا اننا نرى ان هذا الامر يجب ان يترك للقاضي الاداري في قبول او استبعاد الدليل فهو أفهم من غيره في تقدير وقائع القضية المعروضة أمامه.

### الخاتمة

في ختام بحثنا (مدى حجية أدلة الإثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الإداري) وعن طريق ما تم ذكره من نقاط تم بحثها وتحليلها ، وجب علينا ان نختم البحث باستنتاجات وتوصيات ولا نريد من ذلك تكرار ما تم الحديث عنه وانما الهدف هو ابراز النقاط الاساس وبيان مواطن القوة والضعف بالتشريعات العراقية وذلك وفقاً لما يأتي:

#### أولاً: الاستنتاجات:

- ١- ان الاثبات في القانون الاداري يحتل مكانة مهمة لا تقل أهميته في القوانين الاخرى، خاصة وان الاثبات الاداري يعتمد بالدرجة الاساس على السوابق القضائية.
- ٢- نجد أن المشرع العراقي لم يبين بشكل صريح سواء في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام أو في قانون الاثبات مدى امكانية الاستناد الى الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في القانون العراقي من عدمه.
- ٣- ان عبء الاثبات لا يختلف في القانون الاداري عن القوانين الاخرى كونه يقع على عاتق المدعي لأنه يدعي خلاف الظاهر وان كان القضاء الاداري قد خرج على هذا الاصل وقرر ان الادارة لكونها طرفاً قوياً وتحفظ بكافة الاوراق والادلة التي تفيد في

(١) د. احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، مصدر سابق، ص ١٧٨.

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

- اثبات الحق او نفيه، فان امتنعت عد ذلك قرينة على نقل عبء الاثبات من المدعي الى الادارة.
- ٤- نرى ان اللجنة التحقيقية اثناء نظر المخالفة لم تتمتع بحرية في تكوين قناعتها من أي دليل، وهي دائماً ما تقييد بالدليل القانوني.
- ٥- حدد المشرع على وجه التفصيل والتحديد ادلة الاثبات التي يمكن ان تعتمدھا اللجان التحقيقية، من أجل اكمال المهام المكلفة بها.
- ٦- نجد ان المشرع العراقي اعتمد بشكل غير مباشر على الادلة القانونية المنصوص عليها في قانون الاثبات لبيان مدى ادانة المتهم أو براءته من الاتهام الموجه ضده، ولم ينص على الادلة التي يمكن تقديمها التي تم الحصول عليها بطريق غير مشروع وان كانت تلك الادلة هي أدلة صحيحة عن طريق الواقع، كذلك فإنه لم ينص صراحة على امكانية اعتماد الادلة الالكترونية كالتسجيل الصوتي وتسجيل المكالمات الهاتفية في بيان وكشف الحقائق.
- ٧- ان الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة يمكن ان تقدم عن طريق الموظف المتهم بالمخالفة الانضباطية كما في حالة حصوله على اوراق ومستندات سرية بطريق غير مشروع وتقديمها للجنة، ويمكن ان يكون الدليل غير المشروع مقدم من الادارة ضد الموظف كما هو الحال في بعض الدول التي تستخدم كرسي كشف الكذب، او التنويم المغناطيسي.
- ٨- لم نجد قرار اداري لرئيس دائرة صادر بناءً على توصيات لجنة تحقيقية او قرار اداري قضائي يشير الى اعتماد او رفض أدلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة.
- ٩- ثمة اعتبارات عديدة يستند اليها انصار قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة من أجل تدعيم هذه الاخيرة والتأكيد على توافقها في السياسة التشريعية وفائدتها من الناحية العملية.



## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

١٠- وبالمقابل تتعالى الاصوات الفقهية والقضائية المقارنة التي تهاجم قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، اذ تعددت الحجج والاسانيد التي يتذرع بها المعارضون للقاعدة، فبعضها يقوم على تنفيذ دعائم الاتجاه المؤيد بينما يقوم بعضها الاخر على اكتشاف عيوب ذاتية في القاعدة وما تقضي اليه من آثار تؤثر سلبًا على المرفق العام بصورة عامة.

### ثانيًا: المقترحات:

- ١- إعادة النظر في بعض النصوص الانضباطية وجعلها تتواءم الى حد ما مع النصوص الجزائية المتعلقة بأدلة الاثبات وخاصة بعد التطور الاقتصادي والسياسي والقانوني الذي شهده العراق في الوقت الحالي، بحيث تكون تلك النصوص متوائمة مع ذلك التطور.
- ٢- ضرورة تشريع قانون اجراءات ادارية على غرار قانون اصول المحاكمات الجزائية المتعلقة بالمسائل الجزائية لتشابه المخالفة الانضباطية مع الجريمة الجنائية.
- ٣- ضرورة الاهتمام من قبل فقهاء القانون بدراسة وسائل الاثبات في القانون الاداري وذلك بهدف الاسهام في وجود قانون اثبات اداري، خاصة وان هذه الوسائل متناثرة ولا يوجد ما يحصرها في عدد معين، الامر الذي يمكن ان يثير مشاكل امام اللجان التحقيقية وامام القضاء، بهدف تحديد ما يعتبر وسيلة اثبات مشروعة يمكن الاخذ بها وما لا يعد كذلك.
- ٤- منح اللجان التحقيقية سلطات واسعة عن مدى الاخذ ببعض ادلة الاثبات وان تم تحصيلها بطريق غير مشروع من أجل عدم افلات المخالف من التهمة المنسوبة له، بشرط عدم الاضرار بحقوق الاخرين أو المساس بحريتهم وكرامتهم الانسانية، مع منحها صلاحيات واسعة في اعتماد الادلة المتحصلة من التسجيلات الصوتية وتسجيل المكالمات الهاتفية على ان لا تمس الحقوق الشخصية للموظف.

٥- الزام اللجان التحقيقية بتطبيق قانون الاثبات وقانون اصول المحاكمات الجزائية في تقرير ادلة اثبات المخالفات التي يرتكبها الموظفين وبما يتناسب وصلاحياتها، بما يكفل تطبيق أدلة الاثبات المقررة في القانونين، مع منح تلك اللجان ومحاكم الطعن الادارية سلطات عن ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة بما يحقق العدالة ويمنع افلات المخالفين من العقوبة الانضباطية.

### قائمة المصادر

#### أولاً: الكتب:

- ١- د. احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات التحقيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧
- ٢- د. احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الادلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ٣- د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل الاثبات المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٢.
- ٤- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ٥- د. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري، دون ذكر اسم الناشر، ٢٠٠٩.
- ٦- محمد علي محمد، الاثبات بالقرائن في القانون الاداري والشريعة الاسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢.
- ٧- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٨- د. هشام عبد المنعم عكاشة، دور القاضي في الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

## مدى حجية ادلة الاثبات المتحصلة بطرق غير مشروعة في التحقيق الاداري

### ثانياً: الرسائل:

- ١- اقبال نعمت درويش، دور وسائل الاثبات في الدعوى الانضباطية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠٢٣.
- ٢- حنان محمد طلك، الرقابة القضائية على الملائمة بين المخالفة والعقوبة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٤.
- ٣- زروق يوسف، حجية الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣.
- ٤- محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، رسالة ماجستير بكلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

### ثالثاً: الدساتير:

- ١- الدستور الايطالي ١٩٩٥.
- ٢- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
- ٣- الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ المعدل.

### رابعاً: القوانين:

- ١- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

### خامساً: المواثيق الدولية:

- ١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨.
- ٢- اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

### سادساً: الكتب الاجنبية:

1- Bouzat, La loyauté, dans la recherché des preuves, in:  
problemes contemporains de procedure penale, Recueil detydes  
en homage a m.L paris, Sirey, 1964

## The Validity of the Evidence Obtained Illegally in the Administrative Investigation

2- C.L.Blakesley, C. CURTIS and B.Zagaris, Human Rights and Criminal Justice in the United States, Revue internationale de droit penal, 1992.

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

د. محمد فواز صباح الألوسي

كلية المعارف الجامعة - العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.14>

### الملخص

مما لا خلاف فيه فقهاً وقانوناً بأن الشريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، فله الحق باستعمالها واستغلالها والتصرف بها، ولا يحد من تلك السلطات سوى عدم الاضرار ببقية الشركاء، ومن أبرز صور استغلال الشريك لحصته الشائعة هو القيام بتأجيرها والحصول على غلتها، وقد أثير خلاف بهذا الشأن بين الفقہ القانوني وجانب من الفقہ الحنفي حول عدم جواز ايجار الشريك حصته لغير الشريك، في الوقت الذي أجاز ذلك جمهور العلماء وجانب آخر من الفقہ الحنفي، ويستند كل من فقهاء الشريعة والقانون في آرائهم على اسانيد و أدلة معينة يحاول الباحث جمعها محللاً إياها وبحث موائمتها مع الواقع العملي لأهمية ذلك الموضوع وارتباطه ارتباطاً وثيقاً بواقعنا المعاصر .

**الكلمات المفتاحية:** الشيوخ، الشريك، الحصة الشائعة، الفقہ القانوني، الفقہ الإسلامي.

## Partner Rent his Common Share

-A comparative study between positive law and Islamic jurisprudence-

## Partner Rent his Common Share

-A comparative study between positive law and Islamic jurisprudence-

Muhammad Fawaz Sabah

Almaarif University College-Iraq

There is no dispute over it in jurisprudence and law that the partner in common ownership owns his share completely, so he has the right to use it, exploit it and dispose of it, and those powers are limited only by not harming the rest of the partners. A disagreement in this regard between legal jurisprudence and a side of Hanafi jurisprudence about the inadmissibility of a partner renting his share to a non-partner, at a time when the majority of scholars permitted that and another aspect of Hanafi jurisprudence. And discussing its compatibility with the practical reality of the importance of that subject and its close connection with our contemporary reality.

**key words:** Common, partner, common share, Jurisprudence, Islamic Fiqh

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا ومعلمنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين وبعد:  
إن الشريك في الشيوع على الرأي السائد فقهاً وقانوناً يملك حصته ملكاً تاماً، وبذلك له الحق بالتصرف بها واستغلالها والانتفاع بها، ومن أبرز صور استغلال الشريك لحصته هو تأجيرها والانتفاع بعوائدها، وسواء كان الإيجار للشريك أم لغيره، وهذا الحق قد أقره جمهور علماء المسلمين وكذلك فقهاء القانون، وقد خالف هذا الرأي الفقه الحنفي بحكمه، بعدم جواز تأجير الشريك لحصته الشائعة لغير الشريك معلاً ذلك بتعذر تسليم هذه الحصة إذا كان الشريك أجنبياً عن الشيوع وبذلك يخل عقد الإيجار باختلال ركن التسليم فيه.

وإذا سلمنا بمخالفة الفقه الحنفي لرأي الجمهور وفقهاء القانون حول عدم جواز تأجير الحصة الشائعة لغير الشريك، ففي بعض الأحيان يصعب عملياً تسليم الحصة الشائعة للمستأجر إذا كان من الشركاء، كون هذه الحصة غير خالصة للشريك المتصرف ولا الشريك المستأجر، ولأن الحصة المستأجرة ترد عليها حقوق لبقية الشركاء الذين يملكون في كل ذرة من ذرات المال الشائع، وقد تكمن نفس الصعوبة إذا أصرَّ الشريك على تأجير حصته للغير، أو بوجود الخلاف بينه وبين شركائه الآخرين.

وإذا تماشنا مع نصوص القانون الموافقة لرأي الجمهور بجواز إيجار الشريك حصته الشائعة للشريك ولغيره، فقد يتعذر أيضاً تسليم الحصة الشائعة لأجنبي إذا لم يوافق الشركاء على ذلك، كأن يكون الإيجار يوقع عليهم بالضرر ولا سيما إذا فضلَّ الشريك المستأجر الغير على شركائه، فيكون الإفراز في هذه الحالة مخالفاً للقانون.

لذلك فإن حق الشريك في تأجير حصته الشائعة مُسلم به ولا خلاف عليه، لكن يبقى تنفيذ ذلك الحق محل جدل واسع حول إمكانية التسليم للشريك أم لغير الشريك ففي كلا

الحالتين فإن الأمر لا يخلو من المعوقات التي تعرقل التسليم ومن ثم تُجَل بتنفيذ عقد الإيجار.

ومن أجل دراسة جميع هذه المعوقات، واستعراض آراء فقهاء الشريعة والقانون بهذا الشأن، وكذلك دراسة النصوص القانونية، سيتم تقسيم هذا البحث على مبحثين، ندرس في المبحث الأول الى ماهية الشيوخ والتكييف القانوني لحق الشريك في الشيوخ، وفي المبحث الثاني ندرس حق إيجار الشريك حصته الشائعة بموجب الشريعة والقانون، نستخلص النتائج المستوحاة من ذلك، ثم نبين أهم التوصيات بهذا الشأن.

#### مشكلة البحث:

تبرز مشكلة البحث في أن إيجار الحصة الشائعة حق أقره القانون للشريك في الشيوخ سواء لشريكه أم لأجنبي، في الوقت الذي يعد جانب من الفقه بان عقد الإيجار هو تملك منفعة وهذا غير ممكن الا للشريك وبموافقة بقية الشركاء، وفي ظل هذا الاختلاف هناك الكثير من الآراء التي طرحها فقهاء الشريعة والقانون بخصوص هذا الموضوع، مما يتطلب بحث جميع الآراء ومدى موافقتها مع الواقع العملي بغية الوصول الى نتيجة تتلاءم مع هذا الواقع.

#### أهمية البحث:

تكمن أهمية الموضوع في حاجة أحد الشركاء أو بعضهم لتأجير حصته الشائعة في ظل انتشار حالة الشيوخ في المجتمع، وتحت تأثير هذه الحاجة تتنازع أكثر من نظرية حول صحة عقد الإيجار بين الشريك المؤجر والمستأجر الذي قد يكون من الشركاء أو من غيرهم، سيما وان القانون يبيح للشريك ذلك.

#### أهداف البحث:

يهدف البحث الى دراسة الموضوع من جميع جوانبه القانونية والفقهية ومحاولة ربط تلك الجوانب بالحياة العملية، اذ لا عبرة بالنصوص ان لم يكن لها ارتباط بالحياة العملية من



إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

حيث التطبيق ولا قيمة للنظريات من دون ان تواكب وتلاصق حياة الأفراد لحل مشكلاتهم في ظل مجتمع سليم وآمن.

**منهج البحث:**

سوف يتم إتباع المنهج الوصفي التحليلي في إعداد هذا البحث، عن طريق استقراء آراء فقهاء القانون والشريعة الإسلامية، ونصوص القانون الخاصة بموضوع البحث، وتحليل كل منها بما يواكب أهداف تلك النصوص وغاية ذلك التشريع بغية معالجة القصور أو الخلل ان وجد، بما يتفق مع واقعنا العملي وذلك بوساطة النتائج التي سيتم التوصل اليها في هذا البحث، وكذلك طرح بعض الآراء التي سوف نتوصل اليها في نهاية بحثنا عن طريق التوصيات.

**خطة البحث:**

سيتم تقسيم هذا البحث حسب الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم حق الشريك في الشيوع

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة ومصادر الشيوع

المطلب الثاني: التكييف القانوني لحق الشريك في الشيوع

المبحث الثاني: أحكام تأجير الشريك حصته الشائعة ما بين الفقه والقانون

المطلب الأول: حكم تأجير الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حكم تأجير الشريك حصته الشائعة في القانون الوضعي

**المبحث الأول**

**مفهوم حق الشريك في الشيوع**

إن الشيوع حالة قانونية تتحقق عندما يتعدد أصحاب الحق الواحد، فيصير المال مملوكًا لأكثر من شخص، فيكون كل شخص شريكًا على الشيوع ويصبح حقه عبارة عن حصة شائعة يرمز لها معنويًا بالربع أو النصف أو الثلث، ولا يكون لأي شريك جزء مادي

مفرز . وللشريك في الشيوع الحق في استعمال واستغلال والتصرف في حقه ولكن هذه الحقوق مقيدة بعدم الاضرار ببقية الشركاء كونه لا يملك هذا الشيء منفردًا وإنما يشاركه فيه بقية الشركاء، وبالنظر لعدم تحديد الحصص المفردة لكل مالك، فإن ممارسة حق الشريك لسلطاته المقررة بموجب القانون، تكون مقيدة بشكل دائم بعدم الإضرار بحقوق بقية الشركاء. وهذه القيود مقررة على الجميع عند ممارسة حقهم في استيفائهم لمنافع الشيء الذي ترد عليه حقوقهم. وفي هذا المبحث سنتعرض للتعريف بالملكية الشائعة ومصادر الشيوع وهو عنوان المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتعرض الى التكييف القانوني لحق الشريك في الشيوع.

### المطلب الأول

#### تعريف الملكية الشائعة ومصادر الشيوع

الملكية الشائعة هي صورة من صور الملكية العادية، عندما يكون المال مملوكا لأكثر من شخص، ولا يكون لأي شخص جزء أو نصيب مادي معين من هذا المال، فيتحدد نصيب كل منهم بحصة شائعة يرمز لها رمزاً معنوياً بحسب مقدارها في الشيوع. وسنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتعرض في الفرع الأول منه الى التعريف بالملكية الشائعة بوجه عام، وفي الفرع الثاني نبين مصادر الشيوع وكالاتي:

#### الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة

أولاً: التعريف القانوني للشيوع: الملكية الشائعة بوجه عام تعني تعدد أصحاب الحق العيني<sup>(١)</sup>، وقد نصت المادة (١٠٦٠) من مجلة الأحكام العدلية على: (ان شركة الملك عندما يكون الشيء مشتركاً بين اثنين أو أكثر..)، كما انها قد تكون شركة عين أو

(١) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ص٧.

## إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

شركة دين<sup>(١)</sup>. وقد عرّف القانون المدني المصري في المادة (٨٢٥) الملكية الشائعة بأنها (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصص كل منهم فهم شركاء على الشيوع). وقد جاء القانون المدني العراقي تعريفاً مقارِباً من تعريف القانون المدني المصري إذ نص في المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على خلاف ذلك). ويتضح من التعاريف السابقة بأن الملكية الشائعة هي حق مقرر لأكثر من شخص خلافاً للملكية المفرزة التي تكون مقررة لمالك واحد، فينتج عن ذلك بأن أصحاب هذه الملكية لا يستطيعون الاستئثار بمنافع ملكيتهم إلا وفق قيود حددها القانون، فلا يكون لأي من أصحاب المرفزة من المال الشائع وإن كان ذلك الجزء يوازي حصته في الشيوع، ولا يكون لأي من الانتفاع إلا بحدود حصته<sup>(٢)</sup>، وهذه الملكية هي وضع استثنائي<sup>(٣)</sup> مصيره إلى الملكية المفرزة وهي الحالة المثلى للملكية، لأن حالة الشيوع حالة غير مرغوب بها من الجانب الاقتصادي لأن تعدد الملاك على مال معين يجعل استغلاله أكثر تعقيداً كما لو كان لشخص واحد إذ تتعدد وجهات النظر للمالكين وتحدث الخلافات إلى الحد الذي قد يصل إلى تعطيل الاستغلال لذلك المال مما يؤثر سلباً على الجانب الاقتصادي<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: الملكية الشائعة والأوضاع المشابهة لها: تختلف الملكية الشائعة عن كل من الملكية المفرزة والملكية المشتركة<sup>(٥)</sup>، فالملكية المفرزة تكون عادةً لمالك واحد بينما

(١) نصت المادة (١٠٦٧) من مجلة الأحكام العدلية على (ان شركة العين هي الاشتراك في مال معين)، ونصت المادة (١٠٦٨) من المجلة أيضاً على (ان شركة الدين هي اشتراك في مبلغ الدين بذمة شخص معين).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٨، حق الملكية، القاهرة ١٩٦٧، ص١١٩.

(٣) الوضع الاستثنائي: يعني ان الملكية الشائعة وضع طارئ سيؤول حتماً إلى الملكية المفرزة، د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٨٦.

(٤) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٦٥، ص١٢٢.

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص٨٩.

الملكية الشائعة تكون لأثنين أو أكثر من الملاك، والملكية المفترزة يكون فيها الحق محدد تحديداً مادياً، أما الملكية الشائعة فيكون محل الحق محددًا تحديداً معنوياً (الربع أو الثلث.. الخ)، ويستطيع المالك في الملكية المفترزة أن ينتفع بحقه ويتصرف به بجميع التصرفات الجائزة قانوناً، لكن المالك المشتاع لا يستطيع أن ينتفع إلا بقيود خاصة. أما الملكية المشتركة، فهي ملكية تخص جماعة من الناس لا يملك أي أحد منهم الحق ولا أي حصة منه، وتكون ملكيتهم جماعية على ذلك الشيء<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: مصادر الشيوخ وسلطات الملاك المشتاعين

يقسم هذا الفرع للبحث في مصادر الشيوخ أولاً، من ثم سلطات الملاك المشتاعين ثانياً، وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: مصادر الشيوخ:

تنشأ الملكية الشائعة لأسباب عدة، منها التصرف القانوني وما يحمل في طياته كالبيع والوصية والحيازة والاتصاق والاستيلاء. وينشأ الشيوخ بالبيع عندما يشتري شخصين أو أكثر مالاً معيناً فيكونان شركاء في هذا المال، وقد تنشأ بالوصية، كأن يوصي شخص معين لأثنين أو أكثر من المال الذي يملكه، وكذلك تنشأ بالحيازة عندما يقوم أكثر من شخص بحيازة مال معين فإذا توافرت الشروط القانونية لحيازتهم ومن ثم مضت مدة التقادم سوف تؤدي هذه الحيازة الى كسب ذلك المال<sup>(٢)</sup>، وتنشأ بالاتصاق والاستيلاء والشفعة، فجميع الأسباب التي تؤدي الى كسب الملكية العادية تصلح لأن تكون سبباً من أسباب كسب الملكية الشائعة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٩٤.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(٣) د. محمد طه البشير، و د. عن حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون سنة نشر، ص ٩٨.

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي-

وكما ينشأ الشيوع بالواقعة المادية (الوفاة) الذي يترتب عليه الميراث، والذي يُعد أهم سبب من أسباب كسب الملكية الشائعة، فإذا توفي شخص وترك أموالاً فإن هذه الأموال تنتقل الى ورثته، فيكون الورثة شركاء على الشيوع لحين إجراء القسمة فيما بينهم.

**ثانياً: سلطات الملاك المشتاعين:**

بعد نشوء الملكية الشائعة بأحد الأسباب التي سبق ذكرها يكون للملاك المشتاعين السلطات التالية على المال الشائع:

١. الانتفاع بالمال الشائع: وهو حق لجميع الشركاء بالقيام بتنظيم الانتفاع بالمال الشائع وإدارته وهو ما بينته المادة (١/١٠٦٣) من القانون المدني العراقي بنصها: (يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً)، فللشركاء أن ينتفعوا بالمال الشائع ولهم الحق بتحديد طريقة الانتفاع ولهم ايضاً أن يأذنوا لأحدهم بالانتفاع بجزء من المال الشائع أو جميعه. وإذا تعذر على الشركاء استعمال المال الشائع ولم تنزل لديهم الرغبة بالبقاء على حالة الشيوع، فلهم في هذه الحالة الحق بتنظيم ذلك الانتفاع عن طريق المهابة الزمانية أو المكانية، وهي قسمة منافع ما بين الشركاء وهذا ما بينته المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي.

٢. التصرف بالمال الشائع: للشركاء ان يتصرفوا بالمال الشائع تصرفاً مادياً أو قانونياً شرط ان يجتمعوا جميعهم على ذلك التصرف<sup>(١)</sup>، ولهم الحق في بيع أي جزء من المال الشائع، مثلما لهم الحق ببيعه جميعه واقتسام ثمنه حسب حصصهم، كما لهم أن يرهنوا ذلك المال أو يتصرفوا بأي جزء منه لان التصرف الصادر من جميع الشركاء هو تصرف ممن يملكه<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة ١٠٦٤ و المادة ١٠٦٥ من القانون المدني العراقي.

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ١١٢-١١٣.

٣. إدارة المال الشائع: نصت المادة (١٠٦٤) من القانون المدني العراقي على: (تكون إدارة المال الشائع من حق جميع الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، كما نصت المادة (٨٢٧) من القانون المدني المصري على: (تكون إدارة المال الشائع من حق جميع الشركاء ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك). فبموجب النصوص آنفاً فإن إدارة جميع المال الشائع تكون من حق جميع الشركاء على أن يتفقوا على اعمال تلك الإدارة، واعمال الإدارة اما ان تكون معتادة أم غير معتادة، وإذا لم يجتمع جميع الشركاء على إدارة المال الشائع، فللشركاء أصحاب القدر الأكبر من الحصص تولي اعمال هذه الإدارة، وراي الأغلبية في هذه الحالة يكون نافذاً بحق جميع الشركاء بما فيهم الأقلية الذين لم يكونوا حاضرين أو كانوا غير راغبين بأعمال تلك الإدارة، وهذه ما نصت عليه الفقرة (٢) من نفس المادة آنفاً والتي جاء فيها: (.. ما يستقر عليه رأي الأغلبية أصحاب القدر الأكبر من الحصص في اعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع حتى الأقلية التي خالفت رأيهم، فان لم يكن هناك أغلبية فيكون للمحكمة بناء على طلب من أحد الشركاء أن تتخذ من الإجراءات الضرورية ولها ان تعين من يدير المال الشائع وله ايضاً اختيار مديراً عنهم وان تحدد مدى سلطة ادارته)<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### التكييف القانوني لحق الشريك في الشيوخ

اختلف الفقه على أكثر من رأي حول طبيعة حق الشريك في الشيوخ<sup>(٢)</sup>، فمنهم من وصفه بأنه حق شخصي لا حق عيني<sup>(٣)</sup>، لأن الحق العيني هو سلطة لشخص على

(١) المادة (٢/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية ومصادرها، مرجع سابق، ص ٨٨-٨٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

## إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي-

شيء معين وهذا الشيء غير معين في الملكية الشائعة. ومنهم من وصفه بأنه حق عيني<sup>(١)</sup>، حيث تكون لكل شريك سلطة على حصته الشائعة. ومنهم من قال بأنه حق عيني ولكن من نوع خاص<sup>(٢)</sup> كونه يختلف عن الحقوق العينية التقليدية. لكن الرأي السائد هو ان حق الشريك في الشيوع حق ملكية تام<sup>(٣)</sup>.

وبضوء ما تقدم فقد نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير اذنهم). كما نصت المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء).

وبموجب النصوص آنفاً، ولطالما إن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، فله أن يتصرف بهذه الحصة بجميع التصرفات التي أجازها القانون، شأنه في ذلك شأن أي مالك، وتصرفه على هذا النحو يكون صحيحاً وناظراً تجاه بقية الشركاء دون الحاجة إلى اعلامهم او إبداء موافقتهم.

كما ان تصرف الشريك لا يقتصر على نوع معين من التصرفات، فله أن يتصرف في حصته كافة التصرفات، كأن يقرر حقوقاً عينية أصلية أو تبعية، بعوض أو بدون عوض، طالما ان تصرفه لا يضر ببقية الشركاء ولا يمس من حقوقهم في المال الشائع.

كما ان للشريك حرية التصرف في حقه الشائع كلاً أو بعضاً، سواء كان التصرف معاوضةً أو تبرعاً، وسواء كان المتصرف إليه شريكاً في المال الشائع أم أجنبياً عنه.

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٢) محمد طه البشير وغني حسون طه، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٨٠.

وللشريك تلك الحرية في التصرف حتى ولو كان قد سبق له الاتفاق مع بقية شركائه على البقاء في الشيوخ مدة معينة لم تنقض بعد، لأن الاتفاق يقتصر على منع طلب القسمة ولا يمتد إلى تقييد حرية الشريك في التصرف<sup>(١)</sup>.

فإذا تصرف الشريك على هذا النحو وقع تصرفه صحيحاً ونافاً بحق جميع الشركاء، لأنه لا ينطوي على أي مساس بحقوقهم. وفي حالة ما إذا كان التصرف بيعاً صدر لأجنبي فإن المشرع يخول الشركاء الحق في الحل محل المشتري وذلك عن طريق الشفعة<sup>(٢)</sup>.

وقد أتاح المشرع هذا الحق للشركاء لأنهم قد يتضررون من دخول الأجنبي بينهم فحولهم هذه الوسيلة للتخلص من الضرر الذي قد يلحقهم نتيجة تصرف شريكهم على النحو السابق<sup>(٣)</sup>.

ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له محل المشتري، وليس محل الشريك المتصرف في حصته الشائعة، ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلاً عن الشريك المتصرف، مع وجوب تسجيل ذلك التصرف في الدائرة المختصة<sup>(٤)</sup>.

وللشريك أيضاً أن يرتب على حصته الشائعة، رهناً تأمينياً أو حيازياً، ويكون الرهن الذي يرتبه صحيحاً ونافاً في مواجهة جميع الشركاء، وللدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة المرهونة إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، فتباع الحصة بالمزاد العلني ويحل الراسي عليه محل الشريك الراهن ويصبح شريكاً في الشيوخ<sup>(٥)</sup>. وللشريك أيضاً أن يرتب على حصته الشائعة أي حق عيني آخر كحق المنفعة، ويصبح الحق في ثمار

(١) د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار، الأحكام العامة في الايجار منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٣٤.

(٢) المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص ٣٧-٣٨.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص ٨٤٤.

(٥) د. محمد طه البشير، و د. عن حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون سنة نشر، ص ١٠١-١٠٢.



إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

الشيء للمنتفع بقدر الحصة الوارد عليها حقه، وتكون جميع هذه التصرفات صحيحة وناذرة بحق جميع الشركاء ولو بدون موافقتهم<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### أحكام تأجير الشريك حصته الشائعة ما بين الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي

ذكرنا فيما سبق بأن طبيعة حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، فكل شريك في الشيوع يُعد مالكاً لحصته ملكاً تاماً، وكون الشريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً فمن البديهي أن يكون له الحق في ممارسة سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف، فيكون بذلك له الحق في تأجير تلك الحصة كون التأجير هو أحد صور الاستغلال المقرر لكل مالك، ونلاحظ بدايةً ان فقهاء المسلمون قد أقروا هذا الحق للشريك أسوة بما أقره فقهاء القانون المدني، ألا انهم اختلفوا في حدود هذا الحق، ما بين الشريك أو الأجنبي، ففي الوقت الذي أقر فقهاء القانون المدني بهذا الحق سواءً للأجنبي أم للشريك على حدٍ سواء، أثار جانب من الفقہ الإسلامي عدم أحقية ذلك لغير الشريك، لذلك سنبين في هذا المبحث هذه الأحكام في مطلبين نتعرض في الأول الى موقف الفقہ القانوني وفي الثاني الى موقف الفقہ الإسلامي.

### المطلب الأول

#### حكم تأجير الشريك حصته الشائعة في القانون

إن من القواعد المعروفة في الملكية الشائعة، ان كل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، فيما يُعد أجنبياً عن باقي الحصص، وفي نفس الوقت ان كل شريك يملك في كل ذرة من ذرات المال الشائع، في الوقت الذي تتزاحم فيه ذرات هذا الشريك مع الذرات التي يملكها بقية الشركاء في نفس الحصص<sup>(٢)</sup>، لذلك لا يجوز لأي شريك أن يتصرف فيما زاد عن حصته في هذا المال، وهذه الأحكام قد أقرها كل من فقهاء الشريعة

(١) المرجع ذاته، ص ١٠١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٩٧-٧٩٨.

والقانون دون أي خلاف يُذكر، والقانون قد أقرّ للشريك بملكية حصته الشائعة لذلك فإن حقه باستغلال هذه الحصة لا جدال عليه ولكن هل يكون هذا الحق مقصوراً على الشريك دون غيره، أم يتعداه للغير؟ وإذا كان من حقه تأجير حصته الشائعة للأجنبي كيف يتم تسليم هذه الحصة وكيف يتم انتفاع المستأجر بها؟ ومن أجل دراسة هذه التساؤلات سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتعرض في الأول الى كيفية تسليم الحصة الشائعة المؤجرة إذا كان المستأجر من الشركاء، وفي المطلب الثاني كيفية تسليم الحصة الشائعة إذا كان المستأجر أجنبياً عن الشيوع.

### الفرع الأول: تسليم الحصة المؤجرة الى الشريك

أبدى جانب من الفقه معارضته حول تأجير الشريك المال الشائع لأجنبي باعتبار إن نصيبه يتداخل مع انصبة بقية الشركاء<sup>(١)</sup>، وبموجب الرأي آنفاً فإنه لا يجوز للشريك أن يؤجر المال الشائع جميعه أو جزء منه لغير الشريك، لكن يصح الإيجار إذا كان لشريكه في الشيوع، فيكون الشريك المستأجر مالكاً لنصيبه ومستأجراً لنصيب شريكه. لكنه إذا أجر الى شخص أجنبي من خارج الشيوع فإن الإيجار سيكون منصباً على ما يملكه المستأجر وما لا يملك حتى لو كان الإيجار قاصراً على الحصة الشائعة للشريك المؤجر لأنه في هذه الحالة لن يتمكن من تنفيذ التزامه بتسليم المأجور الى المستأجر<sup>(٢)</sup>.

يتضح مما تقدم بأن لا غبار على حق الشريك في تأجير حصته الشائعة، لكن هذا الحق مقيد للشريك دون غيره، كون الحصة الشائعة ليست خالصة للشريك المؤجر طالما إن جميع الحصص محددة تحديداً معنوياً وإن جميع الشركاء يملكون من الذرات

(١) د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢) د. أيمن سعد عبد المحيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤٩.

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي-

الشائعة في عموم المال الشائع<sup>(١)</sup>، ولهذا السبب يصعب تسليم الحصة المؤجرة للمستأجر إذا كان اجنبياً عن الشيوع، ولهذا فهم أجازوا إيجار الشريك لحصته الى شريك آخر.

ولما تقدم فإن للشركاء الاتفاق فيما بينهم على المهايأة بنوعيتها المكانية أو الزمانية والتي تتمثل باختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في الشيوع، فإذا كانت المهايأة مكانية فيكون للشريك جزء معين من المال الشائع مثلما يكون لبقية الشركاء يقابل حصة كل منهم في الشيوع، وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء على الجزء المفرز مدة من الزمن توازي نصيبه في المال الشائع<sup>(٢)</sup>، وبالتالي يتقاضى الشركاء على منافع المال الشائع وهذه المقايضة تكون بحكم الإيجار و المهايأة ليست بقسمة نهائية إنما هي قسمة منافع تخضع لأحكام عقد الإيجار<sup>(٣)</sup>.

وهناك جانب من الفقه يُجيز للشريك تأجير جميع المال الشائع أو جزء مفرز منه أو حصة شائعة سواء كان الإيجار للشريك أو لأجنبي عن الشيوع ويشترط لصحة ذلك أن يكون بعلم الشركاء وعدم اعتراضهم وأن لا تزيد مدة الإيجار عن ثلاثة سنوات<sup>(٤)</sup>، وخلاف ذلك فإن الإيجار يعتبر من غير ذي صفة، ويستند الفقهاء في رأيهم هذا الى عدم إمكانية الشريك المؤجر تسليم حصته المؤجرة مفرزة لغير الشريك، ونفس الحكم يُطبق لو أجر الشريك جزءاً مفرزاً معادلاً لحصته في الشيوع فيتعذر على الشريك

(١) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ٩٧.  
(٢) د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥٣.  
(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجز الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠٨٧-١٠٨٨.  
(٤) د. أيمن سعد عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

تسليمه في حال اعتراض بقية الشركاء ويكون الإيجار معلقاً على نتيجة القسمة ومن ثم وقوع ذلك الجزء في نصيب الشريك المتصرف<sup>(١)</sup>.

إن ما سبق ذكره من آراء الفقهاء يستند الى المادة (٣/٨٢٨) من القانون المدني المصري والتي تنص على: (للشريك الحق في إدارة الأعمال المعتادة شريطة عدم حصول اعتراض من سائر الشركاء الآخرين)، وكذلك نص المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرّاً بأي وجه دون رضاه، وإذا تصرف الشريك بجزء من المال الشائع فلا يكون لتصرفه أثر إلا إذا وقع هذا الجزء من نصيبه بعد القسمة).

**ويرى الباحث:** بأن الآراء المتقدمة هي موافقة لرأي جانب من فقهاء الشريعة والتي تم التطرق إليها في المبحث الأول، لكنها تتعارض مع ما أقرته النصوص القانونية الخاصة بحق التصرف للشريك في الشيوخ، ومن هذه النصوص، ما أورده المشرع المصري أو العراقي بحق الشريك بالتصرف بحصته الشائعة واستغلالها والانتفاع بها، حيث نصت المادة (٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ويستولي على ثمارها ويستعملها...)، وكذلك ما نصت عليه المادة (١/١٠٦١) من القانون المدني العراقي بنصها على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها..) وكذلك ما نصت عليه الفقرة ٣ من نفس المادة بأن: (يجوز للشريك في الشيوخ أن يؤجر حصته لشريكه أو لغيره)، وقد نصت أغلب القوانين العربية الحديثة بنصوص مشابهة لهذا المعنى<sup>(٢)</sup> كالقانون المدني الأردني والسوداني والكويتي واللبناني وغيرها، فمن غير المعقول أن يناقض المشرع نفسه بنفسه حين ينص على حق ثم يقيّد ذلك الحق، ولو

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء في الإيجار والعارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٧.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ١٠٥٣-١٠٥٤.

كان الأمر كذلك لجاہ التقييد واضحاً بيئاً وفي نص المادة التي تقيّد ذلك الحق، وخير دليل على ذلك بأن مشرعنا الوطني قد أكد وحسم حق الشريك في الشيوع بنص المادة (٣/١٠٦١) أنفة الذكر عندما أعطى للشريك في الشيوع الحق في تأجير حصته الشائعة سواءً للشريك أو لغيره.

### الفرع الثاني: تسليم الحصّة المؤجّرة لأجنبي

نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على ان (لكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف بها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير اذنهم). والمشرع العراقي لم يكتف بما أورده من نص لتقرير سلطة الشريك على حصته الشائعة في الإدارة والاستغلال بغية الحصول على المنافع، وإنما أورد نصاً آخرًا صريحًا وقاطعًا في الدلالة والحكم، حول حق الشريك في تأجير حصته الشائعة، فقد نصت المادة (٣/١٠٦١) على: (ويجوز للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه).

ويرى الباحث: إن المشرع العراقي وغيره من بقية التشريعات، لم يبين الضرر المقصود في المادة (٢/١٠٦١)، فبعد أن بين حق الشريك بالانتفاع واستغلال حصته، قيد ذلك بعدم الإضرار، لكنه لم يحدد ماهية ذلك الضرر وحجمه، مما فتح الباب للفقہ والقضاء للاختلاف في تفسير المادة المذكورة آنفًا. مما حدى بالمشرع العراقي الى الانتباه لذلك فأراد التأكيد على حق الشريك بإيجار حصته على الرغم من ان الايجار يدخل ضمن صور الاستغلال المنصوص عليها في المادة آنفًا، بل هو الصورة الأبرز من صور الاستغلال التي اقرها المشرع للشريك في حصته الشائعة، وقد أضاف جانب من الفقہ المدني العراقي حول تأكيد المشرع لحق الشريك في نص المادة (٣/١٠٦١)، بقوله: "وعندي أن السبب الذي جعل واضعي القانون يتبنون هذه الفقرة هو أنهم أرادوا بها قطع

كل شك وريبة حول حق الشريك في إجارة حصته الشائعة وبيان هذا أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يذهبون الى أنه لا يجوز للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لغير الشريك وقد أراد المشرع العراقي بالنص المتقدم قطع كل شك في حق الشريك في إجارة حصته للشريك أو لغير الشريك<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن النص المذكور قد انفرد به المشرع العراقي عن النصوص القانونية الأخرى، حيث لا وجود لمثل هذا النص في القوانين المدنية الأخرى موضع المقارنة.

كما وقد أورد المشرع العراقي تأكيده على هذا الحق ضمن أحكام عقد الإيجار حيث نص في المادة (٧٣١) من القانون المدني العراقي على: (يجوز إيجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره)، وبهذا يكون المشرع العراقي قد حسم الأمر في الاعتراف للشريك بحق تأجير حصته الشائعة للشريك أو لأجنبي عن الشيوع، وبهذا الرأي يكون قد اتفق مع رأي جمهور الفقهاء المسلمين، وعزف عن رأي الأمام أبو حنيفة الذي أعطى الحق للشريك في تأجير حصته للشريك الآخر دون الأجنبي.

وقد أقر القضاء العراقي حق الشريك على الشيوع في الإدارة والانتفاع، وكذلك حقه في التأجير، وأختلف في مدى هذا الحق بين ما إذا كان محل العقد في المال الشائع كله أو حصة معينة منه، فاذا ثبت للمحكمة أن الإيجار واقع على عموم العقار، فللشركاء الآخرين حق طلب منع المعارضة على حصصهم من المال المأجور، أما إذا ثبت أن الإيجار كان قاصراً على حصة الشريك المؤجر فأن ايجاره يكون صحيحاً، لأن الشريك

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر مكان وسنة الطبع، ص ٦٨، فقرة (٦٤).

## إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

في الشيوع له حق الانتفاع بحصته بشرط عدم الأضرار بشركائه وله إيجارها لشريكه أو لغيره<sup>(١)</sup>.

**ويرى الباحث:** ان لا مبرر لأي شريك في منع شريكه من التصرف أو استغلال حصته طالما انه يملكها ملكاً تاماً، وطالما ان لكل شريك هذا الحق، فإذا كان الشريك يرغب بتأجير حصة شريكه ليس هناك ثمة مانع بشرط عدم بخس الأجرة، وبالعكس ذلك فإن الضرر المنصوص عليه بالمادة (٢/١٠٦١) متحقق من قبل الشريك الآخر بحق الشريك المستأجر وليس العكس. وبصدد ذرات المال الشائع المشتركة ما بين الشركاء، فإن الشريك المستأجر تنازل عن ماله من تلك الذرات في الأجزاء الأخرى مقابل تنازل الشركاء عن مالهم من ذرات في حصة شريكه، "ولا نرى ثمة فارق بين هذا التنازل بالذرات عن المهايأة"، وبذلك تخلص حصة الشريك المستأجر ويسهل تسليمها للمؤجر، سيما إن الإيجار عقد مؤقت بمدة معينة يعود الحال الى ما كان عليه بعد انتهاء تلك المدة كما في المهايأة.

أما كيفية تسليم الحصة المؤجرة لأجنبي، فيمكن ان تكون حصة الشريك بينة لا تقبل الشك أو التأويل كان يكون له النصف أو الربع من المال الشائع وفي هذه الحالة يسهل تسليم الحصة الشائعة كجزء مفرز وفي هذه الحالة لا يستطيع بقية الشركاء الاعتراض على ذلك كونهم يملكون نفس الحق المقرر لشريكهم، وفي حالة إجراء قسمة المهايأة بين الشركاء سواء كانت مهايأة مكانية أو زمانية يستطيع الشريك بعد وضعه اليد على الحصة المفرزة التي آلت اليه من قسمة المهايأة أن يقوم بتسليمها الى الأجنبي

(١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٤٢ / مدنية ثالثة عقار / ٧١ في ١٠/٦/١٩٧١، النشرة القضائية، ع ٤، س ٦، ايلول، ١٩٧٣، ص ٦٥. نقض مدني مصري، جلسة ١٩٥٠/٦/٩ اشار الية أنور طلبية، المواد في شرح القانون الجزء (٧) المدني الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

المستأجر، وإذا لم يوافق الشركاء على ذلك فللشريك الحق في طلب اجراء القسمة والخروج من حالة الشروع<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### حكم تأجير الشريك حصته الشائعة في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم تأجير الشريك حصته الشائعة بين من يُجيز هذا الحق للشريك أو لغيره وبين عدم جواز ذلك لغير الشريك، وسبب هذا الاختلاف هو إمكانية استيفاء المنفعة من عدمها إذا كان المستأجر من غير الشركاء، وكذلك إمكانية تسليم الحصة الشائعة من عدمها، ولا سيما أن عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أو هو تملك منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة<sup>(٢)</sup>. ففي فقه الإمام أبي حنيفة يشترط لصحة عقد الإيجار بأن يكون المحل معلوماً؛ لأنه متعلق بالمنفعة التي يجب أن تكون معلومة علماً نافياً للجهالة، فإذا كانت المنفعة مجهولة سيؤدي ذلك الى النزاع الذي يخل بالتسليم، فإذا اختلف التسليم تلاشى المقصود من العقد، ومن ثم يكون العقد بلا فائدة<sup>(٣)</sup>. ولهذا السبب لا يجوز تأجير المال الشائع لغير الشريك لأنه يتعذر على المستأجر الانتفاع بالحصة المؤجرة مع وجود حالة الشروع. أما الإجارة للشريك فهي جائزة لأن المعقود عليه مقدور الاستيفاء، لأن منفعة كل الدار على سبيل المثال، تتحقق للمستأجر أما بسبب الإجارة وأما بسبب الملك<sup>(٤)</sup>. لذلك لا يجوز تأجير المال الشائع سواء كان المأجور حصة شائعة أم كان جزءاً مفرزاً

(١) المادة (١٠٧٠)، من القانون المدني العراقي، والمادة (٨٣٤) من القانون المدني المصري.

(٢) المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي.

(٣) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٦٤-٢٦٥.

(٤) د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء (٥) العقود، الطبعة الثامنة، دار الفكر المعاصر، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٣٨١٤.



## إيجار الشريك حصته الشائعة -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

كالثالث أو الربع أو النصف، إذا كان هذا التأجير لأجنبي من خارج الشيوخ، وسواء كان المأجور قابلاً للقسمة أم لم يكن كذلك<sup>(١)</sup>.

وقد ذهب الفقهاء من الفقہ الحنفي وهما (أبو يوسف ومحمد)، إلى جواز تأجير الحصة الشائعة التي يملكها الشريك لشريك آخر أو لأجنبي سواء كان المال المشاع قابلاً للقسمة أم لا، شرط أن يبين الشريك مقدار الحصة المراد تأجيرها، وذلك لأن الإيجار هو في حكم بيع للمنفعة، وفي عقد الإيجار تقوم المنفعة مقام العين، ومن ثم يكون الإيجار في حكم البيع من جانب الجواز، فالإيجار نوع من التمليك وبالتالي يكون كالبيع، أما التسليم فيكون بالتخلية أو بالتهاؤ كما يجوز ذلك في البيع<sup>(٢)</sup>.

والرأي آنفاً يتطابق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، إذ قالوا بجواز إجارة الحصة الشائعة سواء كان الإيجار لشريك أو لأجنبي، ودليلهم على ذلك عموم أدلة الإجارة، وإن الشركة والإشاعة لا يصلحان للمنع لعدم المنافاة، وإمكانية الانتفاع بالحصة المشاعة، كما أن المشاع يصح بيعه كالمفرز ولذلك تجوز إجارته ولا فرق بين البيع والإيجار في العين المفرزة والمشاعة. ولهذا فهم يعللون صحة إجارة الحصة الشائعة وليس هناك ثمة ما يمنع من استيفاء المنفعة من الحصة المستأجرة، ولا فرق في صحة الإيجار بين أن توجر الحصة الشائعة إلى شريكه أو إلى غيره<sup>(٣)</sup>.

(١) إبراهيم بن محمد الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١، ص ٤٢٠.

(٢) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد - ونهاية المقتصد، المجلد الخامس، الطبعة الثانية، بيروت، ١٤٢٤ هـ، ص ١٤٦. د. وهبة الزحيلي، الفقہ الإسلامي وأدلتها، الجزء (٥) العقود، الطبعة الثامنة، دار الفكر المعاصر، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٣٨١٥.

(٣) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء (١٥) الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦، ص ٣١٩.

وذهب جانب آخر من الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> الى جواز إيجار الحصة الشائعة لغير الشريك، لكن يشترط لصحة ذلك بأن يكون الإيجار بأذن الشركاء الآخرين، لأن المال هنا مشترك ويجب الحصول على إذنه في إجراء مثل هذا التصرف، ولم يعارض أصحاب هذا الرأي الإيجار سواء للحصة الشائعة أو لجزء مفرز من المال الشائع إذا كان بإذن الشركاء لأن التسليم سيكون مقدورا عليه في هذه الحالة<sup>(٢)</sup> الى المستأجر.

**ويرى الباحث:** بأن هذا الرأي هو أقرب في وجهته من الرأي الأول، فطالما حصل الإيجار بموافقة الشركاء تكون هذه الموافقة بمثابة الإعلان عن عدم رغبتهم بإيجار حصة شريكهم وعدم ممانعتهم من تأجير هذه الحصة أو ذلك الجزء لأجنبي.

أما رأي جمهور العلماء المسلمين، فقد أجازوا للشريك أن يقوم بتأجير حصته الشائعة لأجنبي وعللوا ذلك بان حكم جواز الإجارة عامًا لم يأت ما يخصصه فيبقى الحكم عامًا، ولما لم يرد ما يخصص ذلك العموم، يظل حكم تأجير الحصة الشائعة صحيحًا للشريك أم لأجنبي<sup>(٣)</sup>. كما برر الجمهور، بان الحصة الشائعة هي جزء معلوم من جميع المال الشائع، وأن الشريك المؤجر يشارك بقية الشركاء في هذا المال الذي يجوز بيعه، وطالما جاز له البيع فكذلك يحق له التأجير، وكذلك ان الشريك المؤجر عندما قام بإيجار حصته الشائعة انما وقع الإيجار على ما يملك، وطالما أُجيز ذلك العقد مع الشريك فإنه يكون جائزًا أيضًا مع الأجنبي، فإذا قاما الشريكين بتأجير المال اللذان يشتركان به لأجنبي جاز الإيجار، فيجوز أيضًا ذلك إذا فعله أحدهما في نصيبه منفردًا<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الثالث، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٩٣.

(٢) د. أيمن سعد عبد المجيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤٩، أشار إليه د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ١٣٦-١٣٧.

(٤) كشاف القناع، ج ٣، ص ٥٦٤، المغني والشرح الكبير، ج ٦، مرجع سابق، ص ١٣٦-١٣٧.

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي-

وان من المعلوم بأن للحصة الشائعة منفعة، ويمكن للشريك المؤجر أن يقوم بتسليم حصته للأجنبي المستأجر وذلك إما بالمطالبة بالقسمة أو بالتخلية، فيكون استيفاء المنفعة بذلك ممكناً ومن ثم تصح الإجارة، فكما إن إجارة الشريك لحصته الشائعة لشريكه جائزة فتكون أيضاً لغيره جائزة إذ لا فرق بين الشريك والأجنبي في ذلك الحكم<sup>(١)</sup>.

**ويرى الباحث:** إن رأي الجمهور على الرغم من وجاهته وموافقته لرأي فقهاء القانون، ألا إن ما ورد بصدد تسليم الحصة الشائعة للمستأجر بالمطالبة بالقسمة، يبدو غير موافقا لسياق موضوع البحث، لأن الشريك بعد القسمة سيحصل على حصة مفرزة ومن ثم يخرج من دائرة الشراكة بعد حصوله على الجزء المادي الذي آل إليه بعد القسمة.

**الخلاصة:** بعد استعراض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء بشأن حكم تأجير الشريك حصته الشائعة، يتبين بأن جمهور الفقهاء وهم كل من المالكية والشافعية وأحمد في الرواية المشهورة عنه ومعهم الصحابان من الأحناف، والظاهرية يرون بأنه يجوز تأجير الحصة الشائعة لأجنبي، بينما يرى الإمام أبو حنيفة وزفر والحنابلة في إحدى الروايتين بأنه لا يجوز تأجير الحصة الشائعة لأجنبي.

**ويرى الباحث:** رجحان مذهب الجمهور القائلين بجواز تأجير الشريك حصته الشائعة لأجنبي وذلك للأسباب التالية:

١. قوة أدلة جمهور العلماء، وموافقة آرائهم وقربها من المنطق والعقل.
٢. رأي جمهور العلماء بجواز تأجير الحصة الشائعة لأجنبي ينسجم مع حرية الشخص في التصرف فيما يملكه، طالما أن المتصرف يمارس حقه الشرعي والقانوني.
٣. إن رأي الجمهور يتفق مع التكييف القانوني لحق الشريك على الشيوع على أنه حق ملكية تام.

(١) فخر الدين عثمان الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، بدون دار نشر، ص ١٢٦.

٤. إن الشريك في الشيوع إذا علم بأن شريكه لا يستطيع التصرف بحصته وأنها ممنوعة على سواه، يكون ذلك مدعاةً لاستغلاله فيحرمه من التصرف بها أو يقوم ببخس ثمنها إذا أراد شرائها، وبهذا يلحق الشريك ضرر وتعدٍ على حقه مما يتنافى مع حق الانسان الذي تقره الشريعة السمحاء.

#### الخاتمة

في نهاية البحث نحمد الله سبحانه وتعالى الى إتمام هذا العمل الذي لا يخلوا من القصور كونه جهد بشري حاولنا عن طريقه التوصل الى بعض النتائج والتوصيات التالية:

#### أولاً: النتائج:

١. يملك الشريك في كل ذرة من ذرات المال الشائع، وان الاعتراف بحق الشريك في الشيوع يقره القانون لكنه في ذات الوقت يُعد أجنبياً لبقية حصص الشركاء، وقد أثرت هذه الحالة في مشروعية ايجار الشريك لحصته الشائعة.
٢. يجيز جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وهم كل من، المالكية والشافعية وأحمد في الرواية المشهورة عنه ومعهم صاحبان من الأحناف، والظاهرية حق الشريك في تأجير حصته الشائعة.
٣. أقرت التشريعات الحديثة ومنها المشرع العراقي في المادة (١٠٦١/١)، والمشرع المصري في المادة (٨٢٦)، بأن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله الحق باستغلالها والتصرف بها بشرط عدم الاضرار ببقية الشركاء، وان الإيجار يُعد من أبرز صور الاستغلال المذكور في المواد آتفة الذكر.
٤. أكد المشرع العراقي حق الشريك تأجير حصته الشائعة للشريك أو لغيره في نص المادة (٣/١٠٦١)، وكذلك في نص المادة (٧٣١) من القانون المدني العراقي.

إيجار الشريك حصته الشائعة  
-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-

٥. أكدت محكمة التمييز العراقية ومحكمة النقض المصرية على حق الشريك في التصرف وتأجير حصته الشائعة للغير كونه يملك حصته ملكًا تامًا.
٦. يكون تسليم الحصّة الشائعة للمستأجر كجزء مفرز إذا كانت بيّنة واضحة كالربع أو النصف، وإلا فتكون عن طريق تنازل كل شريك بذراته للشريك المؤجر مقابل تنازله بذراته لهم بما يشبه المهاية.
٧. لم يجز كل من الإمام أبو حنيفة وزفر والحنابلة في أحد الروايتين، بأنه لا يجوز تأجير الحصّة الشائعة لأجنبي، وذلك لتعذر تسليم الحصّة الشائعة، فلا يكون استيفاء المنفعة متحققًا بالنسبة للمستأجر لأن استيفائها لا يتحقق الا بالتسليم.
٨. قيد جانب من الفقہ القانوني حق الشريك في تأجير حصته الشائعة بموافقة الشركاء واشترط ألا تتجاوز مدة الايجار ثلاث سنوات، بينما أيد جانب آخر رأي أبو حنيفة بعدم جواز ذلك لغير الشريك على اعتبار إن الشريك يتداخل حقه مع حقوق بقية الشركاء كونهم جميعًا يملكون في كل ذرة من ذرات المال الشائع.

### ثانيًا: التوصيات

١. نوصي المشرع العربي أن يحذوا الى ما سلكه المشرع العراقي بنص المادة (٣/١٠٦١) والتأكيد على حق الشريك بتأجير حصته الشائعة للشريك أو لغيره.
٢. نوصي المشرع العراقي أن يبين ماهية الضرر المقصود في المادة (٢/١٠٦١) وأن يحدد حجم ذلك الضرر، فقد يكون الضرر واقعًا على الشريك المؤجر في حال تقييد حريته باستغلال حصته الشائعة.
٣. نوصي المشرع العراقي بإضافة عبارة على نص المادة (٣/١٠٦١)، وهي: (من حق الشريك تأجير حصته الشائعة لغير الشركاء في حال عدم رغبتهم

بذلك، وفي حال ابداء الرغبة يصار الى تقدير أجر المثل). من أجل منع الشركاء من استغلال حاجة شريكهم الراغب في تأجير حصته.

### قائمة المراجع:

#### أولاً: المعاجم اللغوية

١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي، لسان العرب، بدون دار نشر، ط ١، ج ٣، ١٩٩٧.
٢. مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، القاموس المحيط، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

#### ثانياً: كتب الفقه الإسلامي

١. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد ٥، ط ٢، بيروت، ٢٠٠٤.
٢. أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج ١٥، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦.
٣. إبراهيم بن محمد الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١.
٤. ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ط ٢، ج ٦، مطبعة المنار، بيروت، ١٩٢٨.
٥. فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، بدون دار وسنة نشر.

٦. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.
٧. منصور يوسف البهوتي، كشاف القناع على الاقتناع، ج٣، ط٢، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٨.
٨. د. وهبه الزحيلي، الفقہ الإسلامي وأدلته، ج٥ العقود، الطبعة الثامنة، دار الفكر المعاصر، دمشق، ٢٠٠٥.

### ثالثاً: المراجع القانونية

١. د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقہ والقضاء والتشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢. د. أيمن سعد عبد المجيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر مكان وسنة الطبع.
٤. د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار، الأحكام العامة في الايجار منشأة، المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٥. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء٦، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء في الايجار والعارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

٧. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨.
٨. د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون سنة نشر.
٩. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٦٥.
١٠. د. منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ٢ و ٣، بغداد ١٩٤٨.
١١. د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

#### رابعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٤. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤.

#### خامساً: قرارات المحاكم

١. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٤٢، النشرة القضائية، ع ٤، س ٦ ايلول، ١٩٧٣.
٢. قرار محكمة النقض المصرية، جلسة ١٩٥٠/٦/٩.
٣. قرار محكمة النقض المصرية، جلسة ١٩٩٣/١/٢٧.



## منح الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم

م. إخلاص مخلص إبراهيم

مدرس القانون الدولي الخاص

جامعة الأنبار-كلية القانون والعلوم السياسية - العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.16>

### الملخص

تعد الجنسية من اهم موضوعات القانون الدولي الخاص من حيث منحها ومن له حق اكتسابها والتمتع بها، ونتيجة لذلك سارعت دول العالم في تنظيم منح الجنسية على وفق أسس ومعايير معينة من أهمها وأكثرها انتشاراً هو معيار منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأب أو الأم، وعلى الرغم من الاختلاف حول أحقية دم الأم بنقل الجنسية للأبناء إلا إن الموقف القانوني والفقهي ساند ذلك واصبح حق الدم المنحدر من الأم له القوة ذاتها التي لدم الأب في منح الجنسية، وجاء هذا الموقف مدعوماً من الاتفاقيات الدولية، لذا اصبح دور الأم مساوي لدور الأب من حيث قابليتها على نقل جنسيتها لأبنائها بشكل مباشر وبنص القانون.

الكلمات المفتاحية: الجنسية، حق الدم، دم الأم، منح الجنسية، جنسية الأبناء

## Granting Iraqi Citizenship On The Basis Of The Right Of Blood Descended From The Mother

Lecturer. Ekhlas Mokhles Ibrahim  
Private Law Lecturer /University of Anbar  
College of Law and Political Science - Iraq

### Abstract

Citizenship is one of the most important subjects of private international law in terms of granting it and who has the right to acquire and enjoy it. Therefore, many countries regulated granting the citizenship according to bases and certain criteria including granting it on the basis of right of blood. Despite the argument about the right of the children for having citizenship basing on mother's blood, the legal and jurisprudential position supported this right, and the right of the blood descended from the mother has the same power as that of the father's blood in granting the citizenship, and this position was supported by international conventions. So, the role of the mother has become equal to the role of the father in terms of her qualification to pass on citizenship to her children directly and by law.

**Keywords:** citizenship, right of blood, mother's blood, granting citizenship, children's citizenship.

## المقدمة

الجنسية هي رابطة قانونية سياسية وروحية بين الفرد والدولة، يتم من خلالها معرفة انتساب الفرد لدولة، ومن خلالها يتصف بصفة المواطن فيها، وتنشأ عنها حقوق وواجبات متبادلة. وإن الجنسية هي المعيار الضابط لشعب الدولة والمحدد له. ولا تقف أهمية الجنسية عند تحديد ركن الشعب، ويقتضي القول بأنها أداة معرفة وتمييز حامل جنسية الدولة من الشخص الأجنبي، ويتمتع الوطنيون بحقوق أوسع من الأجانب، بيد أنهم وفي الوقت ذاته ومقابل ذلك يتحملون أعباء أشد. وتؤدي الجنسية دوراً بالغ الأثر في حياة الأفراد في الوقت الحاضر بشكل يفوق أي وقت مضى، وذلك لما تمثله مسألة الجنسية من أهمية حيوية لحياة الفرد.

ويشكل الدم المنحدر من الأم واحد من الأسس التي على أساسها يتم منح الجنسية، إلا إن مثل هذا الأساس كان محل نقاش بين الفقه بين من يؤيد منح الجنسية على أساس حق دم الأم مباشرة وبين من يرفض ذلك، وهناك من يمنح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم لكن على وفق شروط تعزز من وجود الدم المنحدر من الأم، لهذا فإن موقف الفقه والقانون من هذا الأساس مر بعدة تقلبات بين من يثدد على عدم الأخذ وبين من يبرر موقف الأخذ به على أسس ومبررات اجتماعية واقتصادية وسياسية، وكذلك حال المتشددين، ولكل منهم من الحجج والأسانيد والمبررات ما يحتاج للبحث والتحليل والمقاربة والوقوف عند موقف التشريع العراقي والمقارن من هذه الاتجاهات وتحديد الأنسب والأصلح منها للتطبيق، وهو ما دفعنا لاختيار البحث في هذا الموضوع.

## أهمية البحث

نظراً لأهمية الجنسية في حياة الفرد وما يترتب عليها من آثار ولا سيما فيما يتعلق باكتساب الحقوق وتأثر ذلك بطريقة كسب الجنسية إن كانت جنسية أصلية أم

جنسية مكتسبة، تتبع أهمية هذه الدراسة من كونها تسعى لتسليط الضوء على مشكلة هامة من مشاكل الجنسية وهي جنسية الأبناء وما لها من أثر على الحقوق التي يمكن ان يتمتع بها الأفراد وأبنائهم سواء أكانت فردية أم جماعية، وأن هدف الدراسة في هذا الموضوع هو إيجاد حلول قانونية لمشكلة التمييز بين المرأة والرجل في مسألة نقل الجنسية للمولود والموقف منها على مستوى التشريع والفقهاء، والعمل على الحد من التمييز بين الأم والأب في مسألة نقل الجنسية للأبناء والذي يتعارض مع أحد المبادئ الدستورية وهو مبدأ عدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس.

### مشكلة البحث

اصبح موضوع منح الجنسية الأصلية للأبناء عن طريق الأم مشكلة تؤرق الفقهاء القانوني فظهر اتجاه يؤيد ذلك واتجاه يرفضه، ولكل منهما حججه ومبرراته، وتأرجحت التشريعات بالأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك على وفق المبررات والحجج المستند إليها ومنها المشرع العراقي الذي غير موقفه في قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، عندما أعطى للام الحق في نقل جنسيتها بشكل مباشر وبحكم القانون بعد أن كان القانون السابق يشترط تعزيز دم الأم بشروط معينة، وأن مشكلة منح الجنسية للأبناء على أساس الدم المنحدر من الأم يرتب عليها آثار قانونية فردية واجتماعية قد تختلف عن تلك التي يرتبها بالمقابل منح الجنسية على أساس حق الدم المنحدر من الأب وهو الحق الأصيل في منح الجنسية، واختلاف النظرة لتلك الجنسية الممنوحة على أساس حق الدم المنحدر من الأم، من حيث إن هناك من يرفض منحها وآخر يؤيد هذا المنح، فضلاً عن حالات منحها فقد يكون لدم الأم دور مباشر في منح الجنسية، وقد لا يكون كذلك ما لم تكن هناك متطلبات وشروط معززة لهذا الدم ليكون قادراً على نقل جنسية الأم لأبنائها، ومن هنا لابد من بيان الدم المنحدر من الأم ومتى يكون له أثر في منح الجنسية أو في عدم منحها،

وكذلك التعرف على الآثار التي تترتب على الجنسية الممنوحة عن طريق الدم المنحدر من الأم سواء أكانت فردية أم جماعية.

### منهجية البحث

إن البحث في ما قد يمنحه دم الأم من حق في اكتساب جنسيتها يفترض منا من حيث الأصل بيان حق الدم المنحدر من الأم وعده كأساس لمنح الجنسية وتحديد المبررات والحجج التي تعطي هذا الدم القدرة على منح الجنسية، وللوقوف عند الأحكام الخاصة بمنح الجنسية على أساس دم الأم وكذلك الآثار المترتبة على ذلك فقد ارتئنا اتباع المنهج التحليلي المقارن عن طريق تحليل النصوص القانونية المقارنة في كل من العراق ومصر وفرنسا وبعض الدول العربي كلما كان ذلك مفيداً لتحقيق غاية البحث وهدفه، فضلاً عن تحليل مواقف الفقه القانوني من خلال مناقشة الآراء التي قيلت بشأن منح الجنسية على أساس حق الدم سواء كان ذلك بالرفض أو القبول المطلق أو المشروط على وفق منهج بحثي متكامل ومتربط من حيث المضمون والمبنى وصولاً للخروج بنتائج ومقترحات تعطي الحلول لما قد يثور من مشاكل في نطاق هذا الموضوع.

### خطة البحث

لأجل الإحاطة بموضوع البحث والوقوف عند مفهومه وأثره على الجنسية الممنوحة للأبناء فقد اعتمدنا على تقسيم البحث تم تقسيم إلى ثلاث مطالب، جاء المطلب الأول تحت عنوان مفهوم منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم، بينما خصصنا المطلب الثاني للبحث في الموقف القانوني والفقهية من منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم، بينما عقدنا المطلب الثالث للبحث بآثار حق الدم المنحدر من الأم على الجنسية العراقية، وانتهينا البحث بخاتمة تضمنت أبرز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها آمليين أن تقدم شيئاً وإضافة جديدة لهذا الموضوع.

## المطلب الأول

### مفهوم منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم

من المعلوم أن الجنسية هي رابطة بين شخص ودولة معينة يكتسب على إثرها العديد من الحقوق ويتحمل بالمقابل العديد من الالتزامات والواجبات، ويعد حق الدم من أكثر الأسس فاعلية في منح جنسية الدولة، بل يعد هو الأساس الأقوى في منح الجنسية، وحق الدم كأساس لمنح الجنسية ينعقد بوجود رابطة تثبت بين الأب والأبناء، وإلى جانب هذا الأصل يكون للدم المنحدر من الأم حق أيضاً في منح جنسية الأم لأبنائها، وهذا الحق قد يكون مباشر وقد يكون معززاً بشروط، ولتحديد مفهوم الجنسية الممنوحة على أساس الدم المنحدر من الأم وبيان هذا الأساس ومتى يكون فاعلاً في منح الجنسية لأبناء الأم، ينبغي بيان الجنسية الممنوحة على أساس دم الأم من خلال تعريف الجنسية بشكل عام وحق الدم المنحدر من الأب كأساس لمنح تلك الجنسية، وتمييز هذا الأساس من منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأب، وعلى النحو الآتي: -

### الفرع الأول: تعريف الجنسية الممنوحة على أساس حق الدم

إن الجنسية هي الوسيلة التي يتحدد بمقتضاها ركن الشعب في الدولة، ولذلك فهي تتميز في كافة التشريعات الداخلية بأهمية بالغة، بالرغم من أن هناك اختلافات فقهية حول مفهومها. لذلك سنتناول الجنسية لغة واصطلاحاً ولدى فقهاء القانون الدولي الخاص وعلى النحو التالي: -

### أولاً: تعريف الجنسية لغة واصطلاحاً:

الجنسية عند اللغويين مشتقة من الجنس، والجنس في اللغة هو الضرب من الشيء وهو أعم من النوع، حيث إن ماهيته تعم أنواعاً متعددة<sup>(١)</sup>.

(١) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، مطبعة الحلبي، بيروت، بدون سنة نشر، ص ١١٣ مادة جنس، باب الجيم مع النون والسين.

وعلى ذلك فالجنسية حالة أو ماهية الجنس، كالجنسية الجزائرية مثلاً، وهي الصفة التي تلحق الشخص من انتسابه لشعب أو أمة.

أما اصطلاحاً، فهي علاقة قانونية تربط فرداً معيناً بدولة معينة وقد تكون أصلية أو مكتسبة. ورابطة الجنسية هي ترجمة اصطلاحية للكلمة الفرنسية nationalité المشتقة من كلمة nation ومعناها أمة، وهذه الكلمة بدورها مشتقة من الكلمة اللاتينية nation ومعناها المنحدر من جنس واحد، أي سكان البلد عموماً. وإذا ما تابعنا الاشتقاق اللغوي من كلمة nation كانت الصفة منها national، أي منتمي إلى أمة ما، وكان الاسم منها nationalité أي الانتماء إلى أمة لا إلى دولة، ولكن بالرغم من ذلك فإن هذه الكلمة الأخيرة تطلق على الانتماء إلى دولة، ويكون هذا الإطلاق إذن إطلاقاً اصطلاحياً. وهي أيضاً ترجمة اصطلاحية للكلمة الإنجليزية nationality<sup>(١)</sup>، وتعني القومية أو الشعور القومي أو الانتماء إلى أمة وليس الانتماء إلى دولة، إلا أن الاصطلاح جرى على أن معناها الانتماء إلى دولة وليس الانتماء إلى أمة. فصارت تلك الكلمة ترجمة اصطلاحية لتلك الرابطة السياسية والقانونية المستمرة التي تربط الفرد بدولته، وتفرض عليه نحوها واجبات معنوية كالطاعة والولاء، وواجبات مادية كدفع الضرائب المختلفة وأداء بعض الخدمات كما تفرض عليها واجب حمايته ورعاية شؤونه<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف الجنسية لدى فقهاء القانون الدولي الخاص

اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص أن الجنسية رابطة بين الفرد والدولة بيد أنهم اختلفوا حول تعريف هذه الرابطة، هل هي رابطة قانونية أم رابطة سياسية أم رابطة اجتماعية أم مزيج من هذه الروابط. فقسم منهم ذهب إلى الخلط بين فكرة الجنسية

1 - Munir Ball Baki, AI MAWRIDE, diton 22 year, Beirut 1988.P. 605.

(٢) ينظر: مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون المقارن والفقهاء الإسلامي وفقاً لأحكام محكمة النقض والقضاء دراسة انتقادية لموقف المشرع المصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠١، ص ٢٦-٢٧

والأمة، وتعدُّ الجنسية وصفًا في الشخص يفيد كونه عضوًا في أمة معينة، أو هي علاقة الشخص بأمة معينة ، فالجنسية إذن تعني الصلة التي تربط الأشخاص بأمة معينة<sup>(١)</sup>.

فجاء تركيز هذا الاتجاه على الجانب الاجتماعي في الجنسية، فيذهب إلى أن الجنسية ما هي إلا تلك الرابطة التي تربط الشخص بأمة معينة ، فأصبح هناك خلط بين القومية والجنسية فهذا غير مقبول من جانب كبير من الفقه، ولا سيما مع وضوح فكرة الجنسية<sup>(٢)</sup>.

أما القسم الآخر من الفقه فذهب إلى أن الجنسية ما هي "إلا رابطة بين الفرد والدولة وليست وصفا في الشخص"، ويعرف هذا الاتجاه الجنسية بأنها عبارة عن الرابطة التي تربط الأشخاص القانونية الفردية أو الجماعية، بنظام قانوني لدولة يخضعون لنظامها، ومن خلالها يتصل الفرد بدولة معينة، تجعله ينتمي إليها، وعنصرًا أساسيا فيها. ويكتفي هذا الرأي بذكر أن الجنسية رابطة بين الفرد والدولة دون أن يبين ماهية هذه الرابطة، فهل هي رابطة اجتماعية، أم سياسية، أم قانونية، وهذا أمر لا يمكن إغفاله، بينما كان تركيز جانب آخر من الفقه على الجانب السياسي في رابطة الجنسية، ويعرف الجنسية بعدة تعاريف منها أن الجنسية عبارة عن الرابطة السياسية التي تربط الفرد بدولة معينة، وأنه أغفل النص على كل من الجانبين الاجتماعي والقانوني في رابطة الجنسية<sup>(٣)</sup>.

وهناك من الفقه من عرفها على أنها الجانب القانوني في رابطة الجنسية حيث تعتبر علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصبح الفرد بمقتضاها عضوًا في شعب

1 - Poulet ,Manuelde Droit international prive , Belge, Edition 3 ,1947, page 48

(٢) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ص ١٨، وما بعده.

(٣) ينظر: مصطفى محمد مصطفى الباز، المصدر السابق، ص ٣٥.



الدولة<sup>(١)</sup>، فالجنسية بهذا المعنى هي تبعية الشخص قانوناً لشعب معين مكون لدولة ما، فهي الانتماء القانوني للشخص إلى الشعب المكون للدولة. وفي هذا ذهب محكمة العدل الدولية إلى تعريفها على أنها "رابط قانوني يستند إلى واقع اجتماعي، إلى جانب وجود حقوق وواجبات متبادلة"<sup>(٢)</sup>، ويمكن أن يقال إنها تمثل التعبير القانوني عن كون الفرد الذي تسبغ عليه مباشرة بواسطة القانون، هو في الواقع أوثق ارتباطاً بالدولة التي تمنحه جنسيتها<sup>(٣)</sup>.

أما القسم الأخير منهم فقد عرفها على أنها تركز على كل من الجانبين السياسي والقانوني في رابطة الجنسية فالجنسية عبارة عن رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بإرادتها، تجعل الفرد رعاياها أي عضواً فيها، وعنصر من عناصرها التكوينية فهي تبعية قانونية وسياسية تحدها الدولة فتخلع بها الصفة الوطنية على الفرد في هذه الدولة، أو هي رابطة قانونية سياسية تربط فرداً معيناً بدولة معينة يصبح الفرد بموجبها عضواً في الشعب المكون للدولة<sup>(٤)</sup>. وهي إقرار سياسي وقانوني من الدولة بارتباط مجموعة من الأفراد بها بصلات اجتماعية معينة تؤهلهم للانتماء إليها<sup>(٥)</sup>. وقد عرّف أحد الفقهاء الجنسية بأنها عبارة عن صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصرها التكوينية<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، دار السنهوري، بيروت ٢٠١٥ ص ٣٨.

(٢) ينظر: حكمها الصادر في ٦ ابريل ١٩٥٥، وهي بصدد نظر قضية نوتبوم الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السابعة والأربعون، الملحق رقم ١٠ ص ٤٨ تقرير لجنة القانون الدولي مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، الصادرة ٦ ابريل ١٩٥٥، مشار إليه لدى، مصطفى محمد مصطفى الباز، المصدر السابق، ص ٣٨ هامش ١.

(٣) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، ص ١٠.

(٤) ينظر: د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، سنة ١٩٧٧، بدون دار نشر، ص ٤٠.

(٥) ينظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١.

## Granting Iraqi Citizenship On The Basis Of The Right Of Blood Descended From The Mother

فهي بهذا المفهوم صفة يحوزها الشخص ليعبر من خلالها عن انتمائه إلى مجموعة سياسية وإقليمية باعتراف قانوني من إحدى الدول، إذ تمنح هذه الرابطة للشخص التمتع بالحقوق المعترف بها والالتزام بالواجبات المفروضة في نطاق إقليمي محدد، وهي رابطة تنظيمية أولاً ورابطة ذات بعد سياسي ثانياً<sup>(١)</sup>.

ويرى رأي في الفقه العراقي بأن للجنسية جانبين أحدهما شكلي والآخر موضوعي، فهي من منظور الجانب الشكلي عبارة عن وثيقة منظمة بصيغة فنية من قبل السلطة المختصة في الدولة تمنحها لعدد من الأفراد لغرض إسباغ الصفة الوطنية عليهم وعدمهم من رعاياها، وهي بهذا الوصف قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس وهذا الجانب يشكل المظهر الخارجي للجنسية ويكون ذا أثر كاشف في إطار الجنسية الأصلية بينما يكون له أثر منشئ في نطاق الجنسية المكتسبة، أما الجانب الموضوعي للجنسية فيعكس الدور الداخلي والخارجي لها، فالنسبة لدورها الخارجي فهي تعد ضابطاً أو معياراً عالمياً لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول يمكن بواسطته للدولة أن تحدد حصتها من العنصر البشري من مجموع الأفراد المتواجدين على سطح الأرض، بينما يعكس الجانب الداخلي الرابطة أو العلاقة القانونية والسياسية والروحية بين الفرد ودولته التي ينتمي إليها ويترتب على تلك الرابطة مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، ويتم تنظيم شروط منحها وفقدانها واستردادها واكتسابها بقانون<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر استاذنا د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد ٢٠١٦، ص ١٩٥.

(٢) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٨، ص ٢٤.

## الفرع الثاني: تعريف الدم المنحدر من الأم وتميزه من غيره

للقوف عند مفهوم الدم المنحدر من الأم، نبحت التعريف بحق المنحدر من الأم كأساس لمنح الجنسية من ثم تمييزه من الدم المنحدر من الأب، تبعاً وعلى النحو الآتي:

### أولاً: تعريف حق الدم المنحدر من الأم كأساس في منح الجنسية

يقصد بحق الدم عموماً، حق الفرد في أن تثبت له الجنسية الأصلية استناداً إلى رابطة النسب وارتباطه بالإباء عن طريق وحدة الدم، أي حقه في أن يأخذ جنسية الدولة التي ينتمي إليها أباه بمجرد الميلاد، فهذه الجنسية أساسها رابطة النسب، ولذلك تسمى بجنسية النسب أو البنوة<sup>(١)</sup>.

والأصل أن يعتد بالنسب من جهة الأم وجهة الأب، لكن غالبية التشريعات في الدول العربية تعتد بحق الدم للأب بصفة أساسية، وتعتد بحق الدم للأم بصفة احتياطية، بهدف تقادي انعدام الجنسية بالنسبة للطفل، وهو ما يتحقق في حالة ما لم يثبت نسب الطفل إلى أبيه قانوناً أو كان عديم أو مجهول الجنسية، بحيث ينتفي تأثير جنسية الأب. وعادة لا تكتفي هذه التشريعات بالنسب للأم وحده، وإنما تتطلب إلى جانبه ضرورة الميلاد في إقليم الدولة؛ بينما يتطلب البعض الآخر من التشريعات أن يكون الوالدان أو أحدهما متوطناً في هذا الإقليم<sup>(٢)</sup>، وقد استند جانب من الفقه إلى عدة حجج للدفاع عن حق الدم كأساس لمنح الجنسية الأصلية أهمها:

١. أن الاعتماد على حق الدم من شأنه أن يحقق استمرارية التجانس بين أفراد الشعب في الدولة، ولا سيما أن الجنسية علاقة روحية بين الفرد والدولة، ولذلك يجب أن تشمل كل من ينحدر من أصل وطني.

(١) ينظر: د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٢) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٣، ١٩٨٧، ص ٨٧.

٢. التعويل على حق الدم من شأنه أن يحول دون دخول أجنب لا يرتبطون بباقي أفراد الشعب بالرابطة الروحية، وذلك عكس ما إذا أخذنا بحق الإقليم، إذ ستفرض الجنسية على الأجنب المقيمين على إقليم الدولة، وإذ تفعل ذلك فهي تقضي على رابطة التجانس بين سكانها الذين تظل مشاعرهم عالقة بدولتهم الأصلية.
٣. الأخذ بحق الدم كأساس لبناء الجنسية الأصلية جليل الفائدة بالنسبة للدول المصدرة لسكان حيث سيسمح الأخذ بهذا الأساس لأبناء رعايا هذه الدول الذين نزحوا للخارج أن يحصلوا على جنسيتها وفي ذلك فائدة مزدوجة، فمن ناحية سوف يظل أبناء هذه الدولة المصدرة للسكان على اتصال بدولتهم، ومن ناحية أخرى فإن هذا الاتصال والارتباط من شأنه أن يزيد من النفوذ السياسي والاقتصادي للدول المصدرة للسكان<sup>(١)</sup>.
- وحق الدم المنحدر من الأم، هو أن تعطى جنسية الدولة لكل من يولد من أم تنتمي لدولة معينة بغض النظر عن مكان الميلاد، فهذا الحق يجعل جنسية الدولة تنتقل عبر الأجيال بشكل متتابع بحفظ استمرارها من الأصول إلى الفروع لوحدة الأصل<sup>(٢)</sup>.

فحق الدم المنحدر من الأم بهذا المعنى المتقدم هو الحق المكتسب من قدرة الدم المنحدر من الأم على نقل جنسيتها لأبنائها متى كانت الأم تتمتع بجنسية الدولة التابعة لها أو المقيمة فيها، وقد دأب الفقه على استعمال العديد من المصطلحات للدلالة على هذا الأساس في منح الجنسية، فيطلق عليه حيناً حق الدم الثانوي، لأن هذا الأساس مفروض على سبيل الاستثناء، فدم الأب هو الأساس الأصيل في منح الجنسية، وحيناً حق الدم المنحدر من الأم، لأنه حق مستمد من الأم لا الأب، يسمى في أحيان أخرى بحق الدم الوقائي أو الاحتياطي، وجاءت هذه التسمية؛ لأن منح

(١) ينظر: د. أحمد قسمت الجداوي، حرية الدولة في مجال الجنسية دراسة تأصيلية، بدون دار نشر، ١٩٧٩، ص ١٠.

٢ ينظر: د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الاجانب، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٦٠، ص ٩٢.

## منح الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم

الجنسية على أساس هذا الدم القصد منها وقاية المولود من الوقوع في حالة انعدام الجنسية، وهذا الأساس يأتي على سبيل الاحتياط واستثناءً من القاعدة العامة التي تعطي الحق في منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأب<sup>(١)</sup>.

من المعلوم أن منح الجنسية لا يقتصر على أساس صلة النسب بين الأب والابن، وإنما يكون للام دور في منح جنسيتها لأبنائها، ومن هذا المنطلق اتجه الفقه والتشريع إلى مناقشة مدى إمكانية منح الأم لجنسيتها لأبنائها على أساس حق الدم، فكان نتيجة لذلك أن وجد اتجاهين الأول منهما يعطي للام دورًا استثنائيًا في نقل جنسيتها لأبنائها، إلا أن هذا الدور لا يكون فاعلاً إلا على سبيل الاستثناء وفي حال كون دم الأب معطل ولا يمكن أن يعتد به كأساس لمنح الجنسية، كما في حالة كون الأب مجهول أو لا جنسية له، والضابط في هذا الاتجاه هو ضرورة منح الطفل لجنسية أمه ليعيش بها وتعد ضمانته بالنسبة له توفر له الحماية اللازمة في المجتمع، فحق الدم المنحدر من الأم على وفق هذا الاتجاه يعد البديل الأمثل لدم الأب في منح الجنسية للأبناء، بينما يتجه الرأي الآخر وهو ما سار عليه الفقه الحديث والذي يقر للام بدور مساوٍ للاب في منح الجنسية ونقل الأم جنسيتها لأطفالها حالها حال الأب<sup>(٢)</sup>، وهذا التوجه أقرته الاتفاقيات والمواثيق الدولية، فجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ ليقر في المادة (٧) منه بمبدأ المساواة أمام القانون للناس جميعاً، فجميع الأشخاص متساوون أمام القانون ولهم الحق بالتمتع بالحماية دون أي تمييز<sup>(٣)</sup>، وكذلك ما أقرته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن القضاء على كل أنواع التمييز

(١) ينظر: د. حسن الياسري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية – دراسة مقارنة، مجلة اهل البيت عليهم السلام، المجلد (١) العدد الثاني عشر، السنة ٢٠١٢، ص ٥١-٥٢.  
 (٢) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ في ضوء المعايير الدولية، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد (١٥) العدد (٢) السنة ٢٠٠٦، ص ٤٦٤.  
 (٣) ينظر: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، حيث اعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨ بموجب القرار ٢١٧، نص المادة (٧) منه والتي تنص على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز..."

ضد المرأة (سيداو) الموقعة عام ١٩٧٩<sup>(١)</sup>، والتي أكدت في المادة (٢/٩) منها على أن تمنح الدول الأعضاء للمرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها<sup>(٢)</sup>، ومن هذا المنطلق جاء النص على مبدأ المساواة في غالبية الدساتير في العالم، وقد أقر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حق المساواة بين الأشخاص أمام القانون في اكتساب الحقوق والحماية في المادة (١٤) منه<sup>(٣)</sup>.

ونتيجة لهذا التوجه العالمي بشأن القبول بحق الدم المنحدر من الأم كأساس لمنح الجنسية فقد استجابت العديد من التشريعات على مستوى العالم والوطن العربي بالاعتراف بدور الأم المباشر في نقل جنسيتها لأبنائها، كما أن المشرع العراقي تبنى هذا الاتجاه واقره في قانون الجنسية الحالي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، فمنح كل من الأب والأم المرتبة ذاتها من التأثير على منح الجنسية للأبناء، فجاء نص المادة (٣) من القانون لتتص على أنه: "يعتبر عراقياً: أ- من ولد لآب عراقي أو ام عراقية"، والملاحظ إن هذا النص جاء صريحاً بأن يكون لدم الأم اثر في منح جنسيتها لأبنائها، ولم يفرق بين حصول الولادة في العراق أو خارجه، فتكون نتيجة لحكم النص أعلاه جنسية المولد من أم عراقية جنسية أصلية فور ميلاده دون أي شروط أخرى.

(١) ومن الجدير بالذكر ان العراق صادق على اتفاقية سيداو وانضم اليها حسب قانون (٦٦) عام ١٩٨٦، وقبل مصادقة العراق على الاتفاقية وضع تحفظاته على بعض نصوصها. ينظر الموقع الالكتروني:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Iraq-CedawR.html>

تمت الزيارة بتاريخ ١٢/٥/٢٠٢٣ م، س ١٦:٢٥ م، بتوقيت مكة المكرمة.

(٢) ينظر: اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية (سيداو) الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمعتمدة في ١٨ كانون الاول/ديسمبر ١٩٧٩، إذ نصت المادة (٢/٩) منها على ان: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها".

(٣) ينظر: الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، المادة (١٤) منه والتي تنص على أن: "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

ثانياً: تميز الدم المنحدر من الأم من الدم المنحدر من الأب في منح الجنسية  
بيننا أن الجنسية الأصلية تمنح قديماً عن طريق حق الدم المنحدر من الأب  
حصراً كما هو الحال في معظم التشريعات، وقد تطور هذا الموقف بمرور الوقت  
وأصبحت الدساتير والتشريعات الخاصة بالجنسية تعطي لدم الأم دوراً مساوياً للأب  
في منح الجنسية. استناداً إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والذي يعتبر من  
المبادئ الأساسية التي نصت عليها معظم دول العالم. فقد أشارت لهذا المبدأ العديد  
من الدساتير والقوانين ومنها القانون العراقي حديثاً، ومبدأ المساواة بين الأب والأم في  
موضوع نقل الجنسية يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية رداً على القول بأن الأب هو  
المسؤول عن الأسرة وأن الابن ينسب إلى الأب دون الأم، وأن انتقال الجنسية عن  
طريق الأب يفيد وجود صلات شرعية تربط الأبناء بالإباء وهو ما يعكس تحقيق قدرًا  
من الاستقرار العائلي الذي ينعكس بدوره على استقرار النظام القانوني للأسرة وتقوية  
الأواصر العائلية بين أفرادها<sup>(١)</sup>، فحق الدم المنحدر من الأم، هو الحق الذي تنتقل  
فيه الجنسية من الأم إلى الأبناء بغض النظر عن جنسية الأب إن كان معلوماً أو  
كانت الولادة داخل العراق أم خارجه، وأيضاً ممكن أن تنتقل إلى الأولاد في حالة  
ولادتهم خارج العراق من أب مجهول أو عديم الجنسية، لكن بعد بلوغ سن الرشد  
وتوفر الشروط اللازمة التي يتطلبها القانون، ويمكن أيضاً أن يحصل على الجنسية  
العراقية إذا ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول في حالة إذا كانت الولادة  
حصلت داخل العراق<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٥٢.  
(٢) ينظر: د. رعد مقداد محمود، جنسية أبناء لام العراقية دراسة في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ بالمقارنة مع بعض قوانين الجنسية العربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١) العدد (١) السنة ٢٠٠٩، ص ٧٠.

أما حق الدم الأبوي فيعني انتقال الجنسية من الأب إلى الأبناء بغض النظر عن جنسية الأم سواء كانت الولادة داخل العراق أم خارجه<sup>(١)</sup>.

والاعتداد بحق الدم الأبوي مبناه الأخذ بفكرة التربية العائلية في مادة الجنسية إذ يتلقى الفرد من والديه وبالتحديد من الأب الشعور بالانتماء والولاء والارتباط بتلك الدولة التي يحمل الأب جنسيتها، لذا فإن الاعتداد بحق الدم يكون دائماً من ناحية الأب، وما اللجوء للدم المنحدر من الأم إلا في حالة استثنائية تلجأ إليها الدول في حالات خاصة كجهالة الأب أو جهالة جنسيته<sup>(٢)</sup>.

وقد أخذت اغلب التشريعات العربية المقارنة بهذا الأساس، ويعزو بعض القانونيين أن الدافع للأخذ بهذا الأساس هو رغبة المشرع في الدول العربية بالمحافظة على التقاليد والعادات المتوارثة في المجتمع العربي والتي تهدف لتحقيق الوحدة العربية من خلال وحدة الجنسية المستمدة من الأب، وهناك من يرى أن تلك النظرة لم تعد حاکمة في منح الجنسية، فأصبحت تتنافى مع التوجه الحديث في منح الجنسية، إذ لم تعد الجنسية هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على وحدة الجنس والعرق داخل المجتمع<sup>(٣)</sup>.

وقد كان موقف المشرع العراقي ضمن هذه الاتجاه في قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤، واستمر على هذا لموقف في قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣، إذ نصت المادة ( ١/٤ ) على أن: "يعتبر عراقي كل من يولد لاب عراقي سواء داخل العراق أو خارجه".

(١) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية ومركز الاجانب، الجزء الاول - احكام الجنسية - الدار الجامعة للطباعة، بيروت ١٩٩٠ ص ٩٩ - ١٠٠.

(٢) ينظر: ينظر استاذنا الدكتور. عصام الدين القسبي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث - الجنسية ومركز الاجانب-، مطبوعات كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٣٢.

(٣) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي...، المصدر السابق، ص ٥٣.



وبذلك يكون المشرع العراقي قد حقق المساواة النسبية بين الأب والأم، من ناحية منح الجنسية، فالمولود لآب عراقي في داخل العراق أو خارجه يعتبر عراقي بحكم القانون، ودون الحاجة لأي شرط أو متطلب آخر وهذا هو الحق الأصيل في منح الجنسية، بينما المولود لام عراقية في داخل العراق فقط يعد عراقياً بحكم القانون، فاذا حصلت ولادة الطفل من أم عراقية خارج العراق فلا يعدُّ عراقياً بحكم القانون فور الميلاد، إنما لا بد من تحقق بعض الشروط منها أن يختار الجنسية العراقية بعد بلوغه خلال سنة وكان يقيم في العراق في هذا الوقت وكان مجهول الأب أو عديم الجنسية. هذا يعني اذا كان الأب معلوم تكون جنسيته عراقية فور الميلاد في الخارج، وإذا لم يكن كذلك كان من الممكن الاستعانة بدم الأم إذا كانت عراقية ومقيمة في الخارج بتوافر ما تم ذكره من شروط<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الموقف من منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم

على الرغم من أن التوجه العام في اغلب التشريعات القانونية يميل نحو المساواة بين الرجل والمرأة في حق كل منهما في منح الجنسية لأبنائه على أساس الدم المنحدر منهما، إلا إن هناك تفاوت في المواقف القانونية والفقهيّة بين من يؤيد منح الجنسية مطلقاً وبشكل مباشر وبين من يشترط شروط يعزز من خلالها موقف الدم المنحدر من الأم في منح الجنسية للأبناء من جهة الأم، فضلاً عن أن هناك من الفقه من يعارض المساواة بين الأم والأب في منح الجنسية على أساس الدم المنحدر منهما وبين من يؤيد تلك المساواة، وهذه المواقف نبهتها تباعاً مع بيان الموقف

(١) ينظر في موقف الدول العربية د. هشام علي صادق و د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠٠٠، ص ٦٠. وينظر في موقف القانون العراقي د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي ...، المصدر السابق، ص ٥٦، ود. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٥٤.

القانوني حول كل منهما والمبررات والحجج التي تدعم تلك التوجهات وعلى النحو الآتي:

**الفرع الأول: الموقف الفقهي من المساواة بين الأب والأم في منح الجنسية للأبناء**  
انقسم الفقه القانوني بين من يناهض فكرة إعطاء دور لأم في منح الجنسية لأبنائها على أساس الدم المنحدر منها، وبين من يعارض إعطائها ذلك الدور وبقاء موضوع الدم المنحدر من الأم مجرد استثناء لا يعمل به إلا في حالات محددة وحصرية، ولكل من الموقفين حجج ومبررات تؤيد ما يذهب إليه، ولبيان تلك المواقف نبحثها تباعاً على النحو الآتي: -

**أولاً: الاتجاه الرافض لفكرة المساواة بين الأب والأم في منح الجنسية للأبناء**

يقوم هذا الموقف على فكرة التفرقة بين الأب والأم ودور كل منهما في نقل الجنسية إلى الأبناء، ويتبنى هذا الاتجاه فكرة إن الأب وحده هو الذي ينقل جنسيته بشكل مباشر وأساس إلى الأبناء دون أن يكون ذلك جائزاً للام، فيحصر هذا الاتجاه منح الجنسية على أساس حق الدم الأبوي والذي يعد بالنسبة لانصار هذا الاتجاه هو الأصل والأساس الوحيد في منح الجنسية<sup>(١)</sup>، ويرتكز هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج التي تغلب دور الأب على الأم، ومن بين تلك الحجج ما نوجزه بالآتي:

١- انتساب الابن لأبيه، تقوم هذه الحجة على مبدأ تقليدي وهو نسبة الابن لأبيه وتغلب دور الأب على دور الأم، على اعتبار أن الأب هو رب الأسرة وهو الأصل الذي ينسب إليه نسب الأبناء وهو ما يتفق مع موقف الشريعة الإسلامية التي تجعل من الأب هو الولي الشرعي للمولود، فتنسب الشريعة الإسلامية الأبناء للاب وليس للام تصديقاً لقوله تعالى: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ"<sup>(٢)</sup>، وكذلك ما روي عن النبي -

(١) ينظر: د. حسن الباسري، المصدر السابق، ص ٦٩.

(٢) سورة الاحزاب الآية (٥)

صلى الله عليه وسلم- من أنه قال: "مَنْ أَدَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّه غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ"<sup>(١)</sup>، وبحسب وجه نظر هذا الاتجاه فالأبناء بما انهم ينسبون للاب فمن باب أولى أن تكون جنسيتهم تتبع جنسية الأب الذي ينسبون إليه، فيجب بموجب تلك الرابطة أن يتمتع الأبن وهو الفرع بجنسية الأصل الذي ينسب إليه وهو الأب<sup>(٢)</sup>. وهذا يؤدي من جهة أخرى إلى وحدة الجنسية داخل الأسرة الواحدة بدلا من تعددها إذا ما منحت على أساس الدم المنحدر من الأم، وهو ما يكفل تحقق الانسجام والانتماء للأسرة<sup>(٣)</sup>.

٢- الاعتبارات الاجتماعية، جوهر هذه الحجة أن الأب هو الأقرن والأصلح من الأم على تنشئة المولود تنشئة وطنية تغرس وتعزز فيه الشعور بالانتماء والولاء للوطن، هذا الولاء الذي يمثل العنصر الروحي في رابطة الجنسية، كما أن الأب بدوره في تربية الطفل هو الذي يحدد طريقة تلك التربية بما له من ولاية على الابن، إذ يتولى مهمة التوجيه والإرشاد وصولاً لتنشئة صالحة تحقق ولاءه للمجتمع الذي ينتمي إليه بجنسيته ويعيش في كنفه<sup>(٤)</sup>.

٣- تلافي ازدواج الجنسية، إن القول بإعطاء الجنسية عن طريق الدم المنحدر من الأم والتسوية بينها وبين الأب في ذلك، سيؤدي كما يقول انصار هذا المذهب إلى تعدد أو ازدواج الجنسية، فزواج الأم من زوج غير عراقي سيؤدي بالضرورة إلى حصول المولود على جنسيتين أحدهما من جهة الأب والأخرى من جهة الأم، وسيكون مزدوج الجنسية استناداً لحق الدم المنحدر من جهة الأب وجهة الأم، والحد من إمكانية نقل الأم لجنسيتها لأبنائها يقلل من حالات ازدواج

(١) ينظر: صحيح البخاري، رقم الحديث: (٤٣٢٦)، واللفظ له، وصحيح مسلم: رقم الحديث: (٦٣).

(٢) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٦٧.

(٣) ينظر: د. طلعت محمد دويدا، القانون الدولي الخاص السعودي منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٥٣٢-٥٥.

(٤) ينظر: حفيظة السيد الحداد، مدخل إلى الجنسية ومركز الاجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠٠٧، ص ١٠٦-١٠٨.

الجنسية التي تعد من الظواهر غير المرغوب فيها في المجتمع الدولي، والتي يعمل المجتمع الدولي على منعها والحد منها<sup>(١)</sup>.

٤- الحجة الاقتصادية، مدار هذه الحجة ترتبط بالسكان والوضع الاقتصادي لهم، فالدول التي تعاني من كثافة سكانية تعد بالضرورة دولاً طاردة للجنسية والتجنس، وبناءً على هذا فإعطاء الأم الإمكانية لنقل جنسيتها لأبنائها سيرتب زيادة في أعداد السكان وهو أمر يتنافى مع السياسة التشريعية التي تنتهجها تلك الدول التي تعاني من الكثافة السكانية، والحد من إمكانية الأم من نقل جنسيتها لأبنائها سيسهم بالنتيجة من تقليل معدلات الزيادة الخاصة في السكان لتلك الدول<sup>(٢)</sup>.

٥- الحجة الأخلاقية، يذهب أنصار عدم منح الأم القدرة على نقل جنسيتها يبني على جانب أخلاقي، أساسه هو أن المنع سيقضي بالنتيجة على ظاهرة الأولاد غير الشرعيين، فالسماح للام بنقل جنسيتها لأولادها المولدين في الداخل والخارج سيزيد من ظاهرة الأولاد غير الشرعيين وهي ظاهرة غير أخلاقية، ستؤدي وبكل بساطة لتفكيك أواصر المجتمع وتزيد من أعباءه الاجتماعية والأمنية<sup>(٣)</sup>.

٦- حجة أن فرض الجنسية لا علاقة لها بالمساواة، يستند أنصار هذا المذهب إلى حقيقة مفادها أن مسألة فرض الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم لا علاقة له بالمساواة بين الرجل والمرأة، فمسألة منح الجنسية من عدمها هي مسألة سياسية وسيادية يعود تقديرها للنظام السياسي في الدولة، ولا شأن لها بتوزيع الحقوق والواجبات بين الأفراد، فالدول لها الحرية الكاملة في تنظيم أمور جنسيتها تبعاً لسياساتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية، كما أن المراكز القانونية بين الرجل والمرأة فيها نوع من التباين من حيث بعض الحقوق

(١) ينظر: د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٠.

(٢) ينظر: د. احمد عيد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، مصر ١٩٩٣، ص ٤٢١-٤٢٤.

(٣) ينظر: د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٠.

والواجبات، فقد يختص الرجل في بعض الحقوق دون المرأة ومن تلك الحقوق الحق في نقل الجنسية للأبناء بشكل مباشر<sup>(١)</sup>.

من اللافت أن تلك الحجج التي قال بها أنصار هذا الاتجاه المناهض للمساواة بين الأب والأم في منح الجنسية تقوم على أسس منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي والأسري الذي يجعل من الأب هو المسؤول عن الأسرة وهو المرشد التربوي لها وهذا ما يجعل من نقل جنسيته لأبنائه من بين تلك الحقوق التي منحها أيها تلك السلطة، فضلاً على إن الجنسية التي تنقل من الأب للأبناء تعزز روح الوحدة والانتماء للعائلة من ثم للدولة وتعزز الولاء لها، وتمنع وجود ازدواج بالجنسية فيما لو تم منح أكثر من جنسية للمولود على أساس دم الأب من جهة ودم الأم من جهة أخرى.

#### ثانياً: الاتجاه المؤيد للمساواة بين دم الأم والأب في منح الجنسية

يقوم هذا الاتجاه على ضرورة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، فيعطي للام دور أصيل ومباشر في نقل جنسيته لأبنائها حالها في ذلك حال الأب، فيكون دم الأم هو الأساس في منح جنسيته لأولادها على حد سواء مع ما لدم الأم من قدرة على ذلك، دون أن يقتصر ذلك على كون هذا الحق هو مجرد دور ثانوي أو ما يعرف بحق الدم الثانوي، وبالنتيجة فإن هذا الاتجاه يتعارض مع مواقف بعض التشريعات العربية المقارنة التي تعطي للام دوراً ثانوياً في نقل جنسيته للأبناء على خلاف الدور الأساسي والمباشر الذي تمنحه للأب بناء على حق الدم المطلق في منح الجنسية بناء على رابطة الأبوة<sup>(٢)</sup>.

وجاء رد أنصار هذا الاتجاه على ما قيل من حجج تمنع المرأة من نقل جنسيته لأبنائها من خلال الآتي:

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٦٨.

(٢) ينظر: د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٢.

١- فيما يخص الانتساب للاب ودوره الاجتماعي في زرع الانتماء والولاء للدولة في أبنائه، فالانتساب للاب بعده هو الأصل فهذه مسألة خاصة بالعلاقات الأسرية ولا صلة لها بمادة الجنسية التي تعد رابطة سياسية بين الفرد والدولة، ويكون للدولة وحدها مطلق الحرية في تنظيمها بما يحقق مصالحها، كما أن هذا الدور في زرع روح الانتماء في الأبناء لا يقتصر على الأب، بل يمكن أن تؤدي الأم الدور نفسه أو اكبر مما يقوم به الأب، إذ يمكن للأم أن تزرع وتنمي في أولادها الشعور بحب الوطن وتربي أبنائها على القيم والمثل الوطنية<sup>(١)</sup>.

٢- تلافياً لازواج الجنسية، يرد أنصار هذا الاتجاه على أن ظاهرة الجنسية أصبحت من الأمور الشائعة التي تعج بها العديد من التشريعات، وأن الحد منها لا يتوقف عند منع الأم من نقل جنسيتها لأبنائها، فانتشار هذه الظاهرة يعكس إن هناك تسامحاً من التشريعات الوطنية في العديد من الدول بنمو هذه الظاهرة ولو بصورة غير مباشرة، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإن الحد من انتشار هذه الظاهرة لا يكون عبر تشريع الجنسية في دولة ما فقط، بل يحتاج لتضافر الجهود الدولية بين الدول بغية إيجاد الحلول الفعالة لمكافحتها والحد منها، كما إن ظاهرة الأزواج التي يقول بها انصار المذهب الرافض لحق الأم بنقل جنسيتها يمكن تلافيتها عن طريق إعطاء الخيار للأولاد عند بلوغهم سن الرشد الحق في اختيار بين جنسية الأم أو جنسية الأب<sup>(٢)</sup>.

٣- أما فيما يخص الحجة الاقتصادية، فإن انصار هذا الاتجاه يذهبون إلى أن معالجة موضوع الكثافة السكانية التي تعاني منها بعض الدول لا يكون علاجها من خلال اللجوء إلى حرمان الأم من نقل جنسيتها لأبنائها، وإنما يكون حل مثل هذه المشكلة بواسطة معالجات اقتصادية تعتمد فيها الدولة على برامج معينة ومخطط

(١) ينظر: د. هشام علي صادق و د. حفيظة الحداد، المصدر السابق، ص ٧٩-٨٢.

(٢) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية، المصدر السابق، ص ٣٥٤-٣٥٦.

لها، ويمكن أن يكون من بين الحلول الخاصة بهذه المعالجات هو تنظيم النسل والحد من الإنجاب كما معمول به في بعض الدول<sup>(١)</sup>.

٤- ضرورة مواكبة تشريعات الجنسية للتطورات الاجتماعية والاقتصادية، من المعلوم إن القانون ينشأ ويزدهر ويعيش مع ما يحدث من تطورات سواء اقتصادية أم اجتماعية، ولا بد من مواكبة التشريع لتلك التطورات الانفتاح الحضاري والثقافي الذي أدى إلى حدوث الكثير من الزيجات المختلطة، وينبغي مع اتساع هذه الحالات أن تعالج التشريعات ما ينتج عن هذه الزيجات، من خلال السماح لأولاد الأم الوطنية من اكتساب جنسية أمهم المتزوجة من شخص غير وطني، بصرف النظر عن مكان الولادة، وان المشكلة تتفاقم في حال ما تم الطلاق وعادت الأم إلى وطنها، من دون أن يحصل أبنائها الصغار على الجنسية، مما يؤدي إلى ظهور حالات من انعدام الجنسية للأولاد الذين هم ثمرة لهذا الزواج الذي انتهى من دون حصول الأولاد على جنسية والدهم<sup>(٢)</sup>.

٥- وأخير جاء الرد بضرورة احترام القيم المثالية المتبعة في الجنسية، إذ إن هناك أصول وأعراف مثالية لا بد من اتباعها في موضوع الجنسية، ومن هذه الأصول ضرورة أن يكون لكل إنسان الحق في الجنسية، كما ينبغي أن يكون للطفل الحق في الحصول على الجنسية لإحدى الدول، وهذا الحق يقابله التزام يقع على عاتق الدولة بضرورة منح الجنسية لكل من يرتبط معها برابطة الدم أو الإقليم<sup>(٣)</sup>، ومثل هذه المبادئ نصت عليها الاتفاقيات الدولية والدساتير الوطنية لغالبية الدول، حيث أشار لذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في أن لكل إنسان الحق في الحصول

(١) ينظر: د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٣.

(٢) ينظر: د. عباس زيون العبودي، شرح احكام قانون الجنسية، المصدر السابق، ص ٧٠.

(٣) ينظر: د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٤.

على جنسية دولة ما<sup>(١)</sup>، وكذلك ما أكده العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>، وكذلك ما نصت عليه أغلب الدساتير من المساواة في الحقوق الاجتماعية والمدنية والسياسية وضرورة تمتع كل طفل بالحماية اللازمة التي يوفرها القانون والمجتمع والدولة<sup>(٣)</sup>.

ونميل إلى ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه من منح الأم حق نقل جنسيتها إلى أبنائها ومساواتها مع الرجل في هذا الحق، وأدلى على ذلك ما أورده الفقه المقارن من تلك الحجج التي تعطي للزوجة مثل هذا الحق، فضلاً عن أن هناك العديد من الرؤى والدلائل التي يمكن التثبت منها لدعم هذا القول كما يراه جانب من الفقه العراقي، فالدستور العراقي ساوى بين الرجل والمرأة أمام القانون سواء في مسألة الحقوق أم الحماية، وذلك ما بينته المادة (١٤) من الدستور العراقي ويأتي منع الأم من نقل جنسيتها لأبنائها بمثابة الخرق لهذا المبدأ الدستوري، فضلاً عن أن المادة (٢٩/أولاً-ب) من الدستور العراقي ألزمت الدولة بكفالة الأمومة والطفولة وحمايتهما وكذلك رعاية الشباب والنشء، ويدخل في نطاق هذه الحماية والرعاية حماية الأم وطفلها من جهة حصول الأبناء على جنسية الأم متى كان الطفل مولود من اب مجهول أو عديم الجنسية، كما إن الدستور العراقي لم يجعل الأب وحده هو المسؤول عن التربية ورعاية الأولاد، كما يزعم أنصار المذهب الرافض للمساواة، بل جاء الدستور العراقي صراحة بالمساواة بين الأب والأم في مسألة الرعاية فجاءت المادة (٢٩/ثانياً) ببيان أن للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم، فالأم العراقية بموجب الدستور أصبحت ملزمة برعاية الأطفال وتربيتهم حالها حال الأب،

(١) ينظر: المادة (١٥) منه والتي تنص على أنه: "(١) لكل فرد حق التمتع بجنسية ما. (٢) لا يجوز، تعسفاً، حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته".

(٢) ينظر: المادة (٣/٢٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٦/كانون الاول/١٩٦٦، والتي تنص على أنه: "٣- لكل طفل الحق في اكتساب الجنسية"

(٣) ينظر: في ذلك نص المواد (١٤ و ٢٩ و ٣٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.



ولم يعد ذلك محصوراً على الأب كامتياز، لذا أصبح من الجواز إمكانية نقل الأم جنسيتها لأبنائها، ولم يعد موضوع ازدواج الجنسية مانعاً من عدم المساواة فيما يخص الدستور العراقي، إذ إن الدستور أجاز للعراقي التعدد في الجنسية، على أن يلزم من يتولى منصباً سيادياً أو أمنياً أن يتخلى عن أية جنسية أخرى غير الجنسية العراقية، وهذا الحكم أكدته المادة (١٨) من الدستور العراقي، وأخيراً إن المساواة بين الأب والأم في نقل جنسيتها لأبنائهم ليس قاصراً على موقف الدستور أو قانون الجنسية العراقي، بل هو موقف اغلب الدول العربية، فقد صرح قانون الجنسية المصري رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤ صراحة بالمساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، وكذلك حال كل من قانون الجنسية المغربية رقم (٦٢٠٦) لسنة ٢٠٠٧، وقانون الجنسية الجزائرية رقم (١/٥) لسنة ٢٠٠٥، إذ لم يقتصر الأمر في هذه التشريعات على حصر حق نقل الجنسية من الأب للأبناء فقط بل أجازت ذلك للام أيضاً<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: الموقف التشريعي من منح الأم جنسيتها لأبنائها

لم يختلف الموقف التشريعي عن الموقف الفقهي بشأن حق الأم بنقل جنسيتها لأبنائها إلا في أن الموقف التشريعي جعل من حق الأم في ذلك، أما حقاً مطلقاً وأصيلاً وساوياً بينها وبين الأب، أو إن حق الأم مجرد حق استثنائي أو ثانوي أو وقائي كما سبق وبيّنا، ونتيجة لذلك انقسمت التشريعات بين هذا الموقف وذلك، وهو ما نبجته تباعاً على النحو الآتي:

### أولاً: حق الأم في نقل جنسيتها لأبنائها حق أصيل

ينهض هذا الموقف على الاعتماد على الدم المنحدر من الأم كأساس في منح الجنسية بصرف النظر عن مكان الولادة وجنسية الأب، ويكون للام في هذه الحالة حق نقل جنسيتها لأبنائها دون أي إجراء أو شرط معين، وقد اخذ المشرع العراقي

(١) ينظر هذا الموقف د. عباس زيون العبودي، المصدر السابق، ص ٧٠-٧٢، وكذلك د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٧٠-٧٣، ود. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٧٤-٧٦.

صراحة بهذا الموقف فنص في المادة (٣/أ) من قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ على أنه: يعتبر عراقياً: أ- من ولد لأب عراقي أو أم عراقية"، فيكون للدم المنحدر من الأم دور في منح الجنسية لأبنائها، وهذا الموقف على خلاف ما أقرته المادة (٤) من ذات القانون والتي تتطلب توافر بعض الشروط لإمكانية نقل الأم جنسيتها لأبنائها -كما سنرى لاحقاً- وسار على هذا الموقف كل من المشرع المصري بالقانون رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتعديل قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥<sup>(١)</sup>، وكذلك ما فعله المشرع المغربي بالقانون رقم (٦٢-٠٦) لسنة ٢٠٠٧، المعدل لقانون الجنسية المغربية رقم (٢٥٠-٥٨-١) لسنة ١٩٥٨.

واللافت في هذا الموقف هو أنه مكن الدم المنحدر من الأم نقل الجنسية للأبناء من دون أن يعزز ذلك بأي شرط آخر، على خلاف موقف المشرع العراقي في حال الدم المنحدر من الأب والذي يشكل أساس أصيل في منح الجنسية، بينما يشكل دم الأم ساساً استثنائياً يعمل به متى ما تخلف دم الأب، ومع ذلك فإن تطبيق هذا الموقف في التشريع العراقي يتطلب توافر شروط معينة من جهة الأم لتتمكن من نقل جنسيتها لأبنائها، وهذه الشروط هي:

**الشرط الأول: تتمتع الأم بالجنسية العراقية وقت الولادة، ولا يؤثر فقدان الأم لتلك الجنسية بعد الولادة وأصبحت تتمتع بجنسية اجنبيه أخرى فالنص يطبق في هذه الحالة، ولا يؤثر على منح الجنسية أن يكون الأب غير عراقي أو كان عديم الجنسية أو مجهول النسب، فالجنسية العراقية في هذه الحالة تثبت للمولود بحكم القانون، ويستوى كذلك كون جنسية الأم أصلية أم مكتسبة، ولا يؤثر على منح الجنسية كون الرابطة الزوجية بين الأبوين منقطعة أو أن الأم العراقية ارتبطت بعد الانفصال بزواج**

(١) ينظر: نص المادة الثانية من قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥، والتي تنص على أنه: "يكون مصرياً: أ-

من ولد لأب مصري، أو لأم مصرية" وهذه المادة وردت في تعديل القانون المرقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤.

آخر، ولا عبرة أيضا بكون الأم تحمل الجنسية العراقية وحدها أم كانت تحمل أكثر من جنسية<sup>(١)</sup>.

**الشرط الثاني:** هو نسب الابن لأمه العراقية وقت الولادة، إذ اشترط القانون ثبوت نسب الابن لأمه العراقية وقت والولادة وأن يكون هذا النسب شرعياً، ويتم الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بالنسبة لإثبات تلك البنوة، وعند الرجوع إلى أحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وبالخصوص المادة (٤/١٩) منه نجده يطبق قانون جنسية الأب فيما يخص إثبات النسب، ووجوب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها النظام العام الذي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي اذا خالف ذلك القانون أحكامها المنصوص عليها في القانون، وثبوت النسب شرعا بالفراش حال قيام الزوجية أو بعد انتهائها، ويثبت النسب بالبينة أي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بالإقرار أي أن تقر الأم بأموتها للابن، وجاء موقف المشرع العراقي استجابة للمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي ظهرت بعد عام ٢٠٠٣، فضلاً عن تأثيره بالتشريعات الحديثة في هذا المجال لاسيما القانون رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون الجنسية المصرية<sup>(٢)</sup>.

وللمحكمة التحقق من إثبات نسب الطفل بكافة الوسائل والقرائن القانونية التي تؤيد أو تنفي وجود رابطة النسب بين الأم والابن ومنها اللجوء للبصمة الوراثية، إذ اعتمدت محكمة التمييز العراقية في العديد من أحكامها إثبات نسب الطفل للام أو للاب أو لكلا الزوجين من خلال اللجوء للمستندات والسجلات الرسمية وكذلك لفحص البصمة الوراثية أو القرائن القضائية<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٧٤-٧٥.

(٢) ينظر: د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٣) ينظر: حكم محكمة التمييز والذي قضت فيه محكمة بثبوت نسبة الابن لوالديه بعد عدم اعتراف الأب بنسب الطفل إليه، حكم محكمة التمييز العراقية العدد (١٨) الهيئة العامة ٢٠٢٢، حكم غير منشور، وفي حكم آخر اكتفت المحكمة بثبوت النسب بالاعتماد على تسجيل المولد باسم الأب والأم حتى لو نفى الأب وجود النسب ما دام الإنجاب قد تم ضمن مدة الزواج وقبل الطلاق، وأن الفحص الطبي عن طريق البصمة

ثانيًا: حق الأم في نقل جنسيتها لأبنائها حق ثانوي -حق معزز ببعض الشروط- على خلاف الموقف الأول تذهب بعض التشريعات إلى إعطاء دم الأم القدرة على منح الجنسية للمولود منها لكن بشكل ثانوي أو استثنائي أو وقائي، بمعنى أن الأصل في منح الجنسية يكون لدم الأب، ودم الأم يعد احتياطيًا متى توافرت مجموعة من الشروط أو الأسس المعززة له، وهذا ما يعني أن دم الأم لا يعد كافيًا لوحده لتمتلك الأم من نقل جنسيتها لأبنائها، وإنما لابد من ظروف وحالات يتم من خلالها تعزيز دم الأم ليكون قادرًا على منح الجنسية للأبناء، وهذا الموقف يعد استثناءً على الأصل والمعروف أن كل استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، لذا فإن منح الجنسية على أساس دم الأم يتطلب تحقق شروط معينة أو تعزيز هذا الدم بأواصر أخرى كما في حال الإقليم أو في حالة مجهولية الأب أو جنسيته، وقد أخذت بهذا الموقف العديد من الدول العربية، فقانون الجنسية العراقية أعطى للوزير جواز منح الجنسية على خلاف نص المادة (٢/أ) منه وذلك في المادة (٤) منه والتي تطلبت توافر شروط معينة إلى جانب الدم المنحدر من الأم العراقية، فبينت المادة المذكورة بأنه يكون للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها بعد سنة من بلوغه سن الرشد ما لم تكن هناك ظروف تمنعه من ذلك مع اشتراط أقامته في العراق وقت تقديمه طلب الجنسية، وجاء التشريع السعودي بحكم انفرد به نظام الجنسية السعودية رقم (٤) لسنة ١٣٧٤هـ باشتراط منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم أن يكون الابن ناتجًا عن علاقة شرعية، أي أن يكون الولد شرعيًا، وبذلك يكون سعوديًّا من ولد داخل المملكة العربية السعودية أو خارجها لأب سعودي أو لأم سعودية وأب مجهول الجنسية أو لا

الوراثية لا يعد دليلاً قاطعاً بل قرينة قانونية يمكن نفيها بما هو مسجل في سجلات الأحوال الشخصية والتي هي حجة على الكافة، وبذلك حكمت بثبوت نسبة الطفل ولوالديه رغم إنكار الأب ذلك، حكم محكمة التمييز العراقية العدد (١٣) الهيئة العامة ٢٠١٦، غير منشور.

جنسية له، بينما تجسد موقف كل من القانون الإماراتي بقانون الجنسية رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢ وقانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ المعدل لعام ١٩٨٠، حيث تم منح جنسية الدولتين لمن يولد في الدولة أو خارجها من أم تحمل جنسية الدولة وكان الأب مجهولاً أو لم يثبت نسبة المولود لأبيه، والملاحظ أن القانونين تطلبا أن يكون المولد من أم تحمل الجنسية الإماراتية وتعد مواطنة بحكم القانون وكذلك تطلب القانون الكويتي، وإضافة لذلك لا بد من مجهولية الأب وعدم ثبوت نسب المولود للأب، لتمنح بذلك الجنسية لكل من يولد من أم تحمل جنسية الدولة سواء أكانت هذه الجنسية أصلية أم مكتسبة<sup>(١)</sup>.

ولا يختلف موقف القانون العرقي عن غيره من الدول العربية التي أخذت بتعديل تشريعاتها لتسمح بنقل جنسية الأم لأبنائها بناء على الدم المنحدر من الأم<sup>(٢)</sup>.

وفيما يخص نص المادة (٤) في قانون الجنسية العراقي النافذ فقد اشترط لإمكانية منح الجنسية للمولود من أم عراقية خارج العراق ولأب مجهول أو لا جنسية له بعض الشروط للمعززة لدم الأم لإمكانية نقل جنسيتها لأبنائها وهذه الشروط نجملها بإيجاز على النحو الآتي: -

١- أن تكون الولادة خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له، فلا بد من تحقق الولادة بموجب هذا الشرط خارج العراق ومن أم عراقية، ولا يهم أن تكون جنسية الأم أصلية أم مكتسبة، ومتمتع بها أثناء الولادة واعتباراً من نفاذ قانون الجنسية بتاريخ ٧/٣/٢٠٠٦، ولا بد لتحقيق النص أن يكون الأب مجهول

(١) ينظر: بهذا الموقف د. حسن الياسري، المصدر السابق، ص ٥٣-٥٦.  
(٢) ينظر موقف القانون التونسي حيث جاءت مجلة الجنسية التونسية رقم (٦) لعام ١٩٦٣ المعدلة لعام ٢٠٢١ بالفصل (٤) منه بالنص على يصبح تونسياً من ولد من أم تونسية واب اجنبي والذي بلغ سن الرشد في تاريخ نفاذ القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٠، وهذا النص جاء ليعالج ما كان سائداً في مجلة الجنسية التونسية إذ لم تعالج موضوع الولادة من أم تونسية خارج تونس، وبالتعديل اصبح بإمكان المولود من أم تونسية واب اجنبي وان تكون الولادة خارج تونس ويصبح المولود البالغ سن الرشد بنفاذ القانون في عام ٢٠١٠ تونسياً بحكم القانون بهذا الموقف.

ولم يثبت نسب الطفل إليه، أو عديم الجنسية أي لا جنسية له رغم انه معلوم وثابت إليه نسب الطفل (١).

٢- إن يعلن المولود رغبته باكتساب الجنسية العراقية بعد سنة من بلوغه سن الرشد وهذا يتطلب تقديمه طلب بذلك إلى وزير الداخلية ما لم تحول ظروف دون ذلك، وأن يكون وقت تقديمه للطلب مقيماً في العراق، وهناك من ينتقد موقف المشرع العراقي من حيث انه لم يبين المدة التي يتم فيها تقديم الطلب بعد زوال الظروف التي أحالت دون إمكانية تقديم الطلب، فالمشرع العراقي لم يحدد الجهة التي يكون لها تقدير تلك الظروف لتعد مانعاً من تقديم الطلب، كما إنه يكون قد خالف ما منصوص ومستقر عليه من حكم دستوري في نص المادة (٢/١٨)، وكذلك نص المادة (٣/أ) من قانون الجنسية والذان يوكدان على ثبوت الجنسية العراقية الأصلية لكل ابن يولد من أم عراقية دون أن يكون منح الجنسية مرتبط بإرادة المولود.

٣- أن يكون المولود مقيماً في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية، ومع أن النص لم يحدد المدة اللازمة للإقامة لأجل تقديم الطلب إلا أن النص يدل على أن الإقامة تتحقق قبل تقديم الطلب والإعلان عن رغبته بذلك وخلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، ومبرر هذا الشرط يرجع فيه للتأكد من مدى اندماج المولود طوال مدة الإقامة في المجتمع العراقي، فالإقامة في العراق تعد بمثابة القرينة على الولاء والاندماج بالمجتمع العراقي (٢).

ونجد أن تحقق الإقامة فقط من أجل التعرف لواء الشخص من عدمه غير كافية لمنح الجنسية، إنما لا بد من تحقق رابطة أوثق من الإقامة للتعرف على مدى ارتباط الشخص بالمجتمع العراقي، فقد تكون الإقامة لغرض ممارسة العمل

(١) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٨٢.  
(٢) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٧٩-٨١.

أو الدراسة، فهذا النوع من الإقامة لا يتحقق معه افتراض الولاء، لذا نجد أن يترك تقدير تحقق الولاء من عدمه لسلطة القضاء يتحقق منها عن طريق دلائل موضوعية ومادية.

٤- موافقة السلطة المختصة على منح الجنسية، فلا يكفي مجرد الإقامة وتقديم الطلب باختيار الجنسية العراقية ولا يكفي كذلك دم الأم في هذه الحالة، بل لا بد من موافقة وزير الداخلية، فتكون السلطة التقديرية لوزير الداخلية بمنح الجنسية من عدمها، فلا أهمية لباقي الشروط ما لم تقترن بموافقة الوزير، وفي حال رفض الطلب يكون للمولود الطعن به أمام المحكمة الإدارية، وهذا يوجب على الوزير أن يسبب ويبرر بشكل قانوني سبب رفض الطلب بمنح الجنسية<sup>(١)</sup>. وما نخلص إليه من هذه المواقف أن التشريعات أخذت بمنح جنسية الأم لأبنائها على أساس الدم مع ضرورة توافر عناصر أخرى تدعم الدم المنحدر من الأم ومنها أن تكون الأم متمتعة بجنسية الدولة التي تنتمي إليها وقت الولادة، وأن تتحقق الولادة داخل أو خارج الدولة من أب مجهول أو لا جنسية له أو لم يثبت نسب المولود له، ومتى ما تحققت تلك الأمور فإن جنسية الأم تنتقل بحكم القانون لابنها المولود منها ولا يهم أن تكون الولادة داخل أو خارج الدولة، ولا يهم كذلك أن تكون جنسية الأم أصلية أم مكتسبة، فالمهم هنا أن يكون تكون الأم مواطنة لتلك الدولة بحكم القانون.

### المطلب الثالث

#### آثار منح الجنسية العراقية على أساس الدم المنحدر من الأم

بيّننا أن هناك توجهاً نحو إعطاء الدم المنحدر من الأم ذات القيمة القانونية والمكانة في منح الجنسية حالها في ذلك حال الأب، وهذا ما جعل من الدم المنحدر من الأم أساس أصيل في منح الجنسية، وهذا ما اخذ به قانون الجنسية العراقية النافذ،

(١) ينظر: المادة (١٩) من قانون الجنسية العراقية التي اعطت للمحاكم الادارية النظر في الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون، فيكون لمقدم الطلب بناء على ذلك من الطعن ادارياً برفض طلبه.

وبما أن الموقف أصبح يميل نحو المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية لأبنائهم فإن هناك آثار وتبعات واعتبارات لا بد أن يؤخذ بها بالحسبان<sup>(١)</sup>. وهذه الآثار تم تفصيلها على أساس أنها آثار فردية وأخرى جماعية تنتج عن حق الأم في نقل جنسيتها لأبنائها، والملاحظ أن هذه الآثار لا تختلف عن الآثار التي ترتبها الجنسية عموماً سواء كانت أصلية أم مكتسبة، وهذه الآثار نبحثها بإيجاز تجنباً للتكرار غير المبرر، وعلى النحو الآتي: -

### الفرع الأول: الآثار الفردية لمنح الجنسية على أساس دم الأم

هناك آثار فردية للشخص الذي تمنح له الجنسية الأصلية بالاعتماد على قانون منح الجنسية الأصلية عن طريق الأم وتم انطباق شروط منح الجنسية عليه، والموقف من الآثار يختلف بحسب ما إذا كانت الجنسية الممنوحة للمولود أصلية وليست مكتسبة أو معززة ببعض الشروط، فإذا كانت الجنسية أصلية تثبت للمولود مباشرة بمجرد الولادة من أم عراقية استناداً لنص المادة (٣) من قانون الجنسية النافذ، إذ يتمتع من منحت له الجنسية نتيجة لذلك بكل الحقوق والميزات التي لا تختلف عن أي مواطن آخر، ويعد كمواطن عراقي بالميلاد ويتمتع بكافة الحقوق المنصوص عليها في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، دون الحاجة لأي نص خاص يشير إلى ذلك ولا يمكن حرمانه من هذه الحقوق بأي حال ما لم تقيد أو تحدد بموجب القانون من دون أن يمس ذلك بوجود الحق وجوهره وما ينشأ عنه<sup>(٢)</sup>.

أما ما يخص آثار اكتساب الجنسية بموجب المادة (٤) من قانون الجنسية النافذ، فإن مكتسب الجنسية بعد منحه الجنسية يصبح بأثر الاكتساب مواطن طارئ ويتمتع بجملة من الحقوق ويلتزم بجملة من الالتزامات لا تكون بمستوى ومقدار

(١) د. احمد ضامن السمدان، الجنسية الكويتية الاصلية، مجلة الحقوق السنة العشرون، العدد الثالث، الكويت، سبتمبر ١٩٩٦، ص ٣٢.

(٢) ينظر: نص المادة (٤٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥. وهذا الموقف مطابق لموقف التشريع المصري والمغربي.



الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمواطن الأصلي أو المولود من أم عراقية - كما في الفرض السابق-، ويمكن أن يتساوى المواطن الطارئ مع المواطن الأصلي فور الاكتساب في إطار الحقوق المدنية دون السياسية، والأخيرة لا يتمتع بها المواطن الطارئ إلا بانقضاء مدة معينة. ففي السابق وبحسب قانون الجنسية السابق الملغى في المادة (١٠) لا يحق للمتنسب بالجنسية العراقية التوظيف في وظائف الدولة قبل مضي خمس سنوات على اكتسابه للجنسية والحكم نفسه نجده في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل وقد تم تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٧٤ إذ أصبح من حق المتنسب أن يتمتع بحق التوظيف في دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية فور اكتساب الجنسية العراقية.

وقد سمح قانون الجنسية العراقية النافذ للمتنسب ضمناً بالتوظيف في دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية فور تجنسه، وهذا ما تشير إليه ضمناً المادة (١/٩) التي تنص على (يتمنع غير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية بطريق التجنيس وفقاً للأحكام المواد (٤، ٥، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون بالحقوق التي يتمتع بها العراقي الا ما استثنى منها بقانون خاص، فمفهوم هذه الفقرة يشير إلى حق التوظيف من الحقوق التي يتساوى فيها المواطن الأصلي والمواطن الطارئ<sup>(١)</sup>).

أما في إطار الحقوق السياسية وأشغال الوظائف والمناصب العليا في الدولة فلم يسمح القانون السابق للمتنسب بحق الترشيح والتعيين عضو في هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات وبالمقابل سمح له بمباشرة حق الانتخاب، أما قانون الجنسية النافذ فقد حضر عليه تولي بعض المناصب في الدولة ومنها منصب وزير أو عضو برلماني الا بعد انقضاء عشر سنوات على اكتسابه للجنسية العراقية وهذا يعني أنه لا يجوز له الترشيح لهذه المناصب ويحق له الانتخاب، وهذا ما نصت عليه المادة (٩)

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٢/ أي لا يجوز لغير العراقي الذي حصل على الجنسية العراقية بطريق التجنس على وفق أحكام المواد (٤، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون أن يكون وزيراً أو عضواً في حياة برلمانية قبل مضي عشر سنوات على تاريخ اكتسابه الجنسية العراقية، وقد استثنى النص من هذا الحكم المتجنس بالجنسية العراقية بطريق الولادة المضاعفة وحسب نص المادة (٥) أن يحق للأخير تولي هذه المناصب قبل انقضاء عشر سنوات، والعلّة وراء ذلك أن المدة اللاحقة للتجنس هي مدة ريبية ثانية تؤهل المتجنس على نحو أفضل المشاركة في الحياة العامة وتولي المناصب إذ ينمو فيه الحس السياسي اتجاه الدولة المانحة والشعور بالمسؤولية اتجاهها، وهذا متحقق في من تحققت فيه شروط الولادة المضاعفة لأنه يتصل بالعراق بالصلة الأوثق والأقوى عن طريقين تتمثل بولادة والده وولادته. ومن ثم تنتفي العلة لديه. إذ تنص المادة (٥) من قانون الجنسية النافذ على أن: "للوزير أن يعتبر عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية".

وبإزاء ما منحه المشرع العراقي سواء فور التجنس أم بعده للمتجنس فإنه حظر على الأخير إشغال بعض المناصب العليا في الدولة مثل منصب رئيس الجمهورية ونائبيه وهذا ما نصت عليه المادة (٩ / ٣) «لا يجوز لغير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية وفقاً لإحكام المواد (٤، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون أن يشغل منصب رئيس جمهورية العراق ونائبه»، والحكم نفسه السابق استثنى من حصل على الجنسية العراقية على أساس المادة (٥) من المنع أكد الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ هذا الحكم في المادة ٦٨ إذ حصر حق تولي منصب رئيس الجمهورية بالعراقي بالولادة من أبوين عراقيين بالولادة<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٨٥.

كما حظر دستور العراق على العراقيين بالتجنس أن يشغلوا منصب رئيس الوزراء لأن ما يسري من حكم على رئيس الجمهورية ونائبه يجري على منصب رئيس الوزراء وبحسب المادة ٧٧ من الدستور.

وبالمقابل أجاز قانون الجنسية النافذ في المادة (١٠) منه والمادة (١٨) من الدستور العراقي تعدد الجنسية، إلا أنه حظر على متعدد الجنسية تولي منصب أمني أو سيادي رفيع إلا إذا تخطى عن الجنسية الأجنبية، وهذا ما نصت عليه المادة (٩/٤) بالنص على أنه: "لا يجوز للعراقي الذي يحمل جنسية أخرى مكتسبة أن يتولى منصباً سيادياً أو أمنياً رفيعاً إلا إذا تخطى عن تلك الجنسية"، ومن المفروض بموجب هذا النص الدستوري أن يصدر قانون ينظم وضع متعدد الجنسية بالنسبة لتوليه المناصب الأمنية والسيادية وتخليه عن الجنسية الأجنبية في حالة توليه تلك المناصب، وبالمقارنة مع الموقف في مصر نجد أن موقف القضاء الإداري في مصر متردد في مسألة تولي المزدوج الجنسية لعضوية مجلس الشعب المصري بين مؤيد ومعارض<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: الآثار الجماعية لمنح الجنسية على أساس دم الأم

هناك آثار جماعية وعامة للذي تمنح له الجنسية الأصلية أو المكتسبة، فتمتد هذه الآثار بمفعولها إلى أسرة حصل صاحبها على الجنسية من زوجة وأولاد ويتفاوت بينهم مفعول هذه الآثار. فبالنسبة للزوجة بحسب الاتجاه التقليدي كانت تتأثر بجنسية الزوج في الاكتساب والفقدان والاسترداد. إذ تلحق تلقائياً بجنسية زوجها بمجرد الزواج في كل ما يتعلق بشؤون جنسيته تحقيقاً لمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، ومن ثم لا دور لإرادة الزوجة في أمر جنسيتها، أما الاتجاه الحديث فقد ذهب إلى التخفيف من

(١) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر رقم ٥٥١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٥٠/١١/١٤ فقد جاء فيه اثر الجنسية في الحقوق يتناول الحقوق العامة والسياسية كما يتناول الحقوق الخاصة ولعل اثرها في الحقوق الأولى ابلغ واخطر) أشار إليه حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٣.

حدة هذا التأثير فمُنح الزوجة استقلالية في أمر جنسيتها فلا يؤثر اكتساب الزوج جنسيه جديدة في جنسية زوجته وقد أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لعام ١٩٧٩، وقد كان في هذا الاتجاه اتفاقية جنسية النساء المتزوجات لعام ١٩٥٧ وبعد أن كان المشرع العراقي يأخذ بالاتجاه التقليدي في قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٢٤ انتقل للأخذ بالاتجاه الحديث في قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ إلا أن الممارسة العملية وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ومنها القرار رقم ١٨٠ لسنة ١٩٨٠ تميل للإبقاء على الاتجاه التقليدي وبعد صدور قانون الجنسية الجديد رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ اعترف المشرع العراقي للمرأة باستقلالية وحرية في أمر جنسيتها.

لا خلاف من الناحية القانونية على الآثار الجماعية المترتبة على منح الأم جنسيتها لأبنائها، سواء كانت الجنسية أصلية ثبتت للأبناء من أم عراقية تطبيقاً لحكم المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية النافذ، أم كانت تلك الجنسية مكتسبة طبقاً لأحكام المادة (٤) من ذات القانون، إلا إن هناك بعض الآثار تتعلق بزوجة ابن الأم العراقية وأخرى تتعلق بأبناء ابن الأم العراقية، ففيما يتعلق بزوجة ابن الأم العراقية وما قد تتأثر به نتيجة لمنح الأم جنسيتها لابنها، فلا اثر لجنسية الزوج من الأم العراقية على جنسية زوجته، بل أعطت المادة (١١) من قانون الجنسية لها الحق في اكتساب جنسية زوجها متى توافرت الشروط المطلوبة لذلك، فاذا ما رغبت زوجة ابن الأم العراقية اكتساب جنسية زوجها حينئذ يكون لها ذلك بشروط منها أن تكون تلك الزوجة غير عراقية عند تقديمها لطلب اكتساب جنسية زوجها، ولا فرق بين كونها اجنبية أم عربية أو كانت مجهولة أو عديمة الجنسية، ولا بد أيضاً من تمتع الزوج بالجنسية العراقية ويستوي فذلك أن تكون الجنسية العراقية منحت له بناءً

على الدم المنحدر من الأم العراقية على وفق المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية أو أن يكون قد اكتسبها بناءً على نص المادة (٤) من ذات القانون<sup>(١)</sup>. ولا يعد طلب اكتساب الجنسية صحيحاً وناظراً ما لم يكن الزواج شرعياً وصحيحاً وفقاً لما تنص عليه قواعد قانون الأحوال الشخصية العراقي<sup>(٢)</sup>، إذ لا بد أن يكون احد الزوجين عراقياً ليتمكن الآخر من اكتساب جنسيته وليطبق على وفق هذا الأساس القانون العراقي على اعتبار أن أحد الزوجين متمتع عند أبرام عقد الزواج بالجنسية العراقية، على وفق ما تقضي به المادة (١٩) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup>.

كما ينبغي أن تمضي مدة خمس سنوات على الزواج وأن تكون الزوجة الأجنبية مقيمة في العراق للمدة نفسها وبصورة مشروعة بناءً على ما يتطلبه قانون إقامة الجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧، وتعد الغاية من تحقق هذه المدة هي للوقوف على جدية الزواج وديمومته والاشتياق من عدم التحايل على القانون بشأن الحصول على الجنسية العراقية فحسب، كما أن المدة مطلوبة للتأكد من مدى

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٨٥. وينظر نص المادة (٣/أ) والمادة (٤) والمادة (١١) من قانون الجنسية العراقية.

(٢) ينظر: نص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والذي يبين في المادة الثالثة منه ان "١- الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل. و اكد في المادة الثانية منه على سريان احكام القانوني المدني في المسائل التي يكون فيها تنازع للقوانين فجاها النص بالاتي: " ١- تسري احكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص. ٢- تطبق احكام المواد ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان".

(٣) ينظر: نص المادة (١٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: " ١ - يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين. ٢ - ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال. ٣ - ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى. ٤ - المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الاب. ٥ - في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

انسجام الزوجة مع المجتمع العراقي وعاداته ولغرض التعرف على ولاء الأجنبية لبلد زوجها الذي اكتسبت جنسيته، ولا يشترط في المدة أن تكون مستمرة دون انقطاع، فيجوز أن تتخللها فترات انقطاع مؤقتة لأغراض العلاج والسياحة وزيارة الأهل طالما كانت لدى الزوجة نية بالعودة للعراق، وهذا ما يعني استمرار العلاقة الزوجية عند تقديم الزوجة طلب اكتساب الجنسية العراقية وخلال مدة الخمس السنوات، وتستثنى المرأة الأجنبية لأغراض الحصول على جنسية زوجها العراقي من شرط استمرار علاقة الزوجية مدة خمسة سنوات في حالة انتهاء الزواج بسبب طلاقها أو وفاة زوجها وكان لها منه ولد والحكمة من هذا الاستثناء هو الاعتبارات إنسانية رأفة بالزوجة الأم وبولدها وذلك لكي تتمكن من تربيته، وهو عراقي في المجتمع العراقي بدلاً من أن تذهب به بعيداً إلى مجتمعها الأجنبي، ولا سيما أن الدولة حريصة على توفير المقومات الأساسية للأسرة للعيش في حياة حرة كريمة طالما أنها تعد أساس المجتمع ومن واجب الدولة الحفاظ على كيانها وقيمها الوطنية.

ولا بد أخيراً لاكتساب الزوجة لجنسية زوجها \_ابن الأم العراقية\_ أن تفصح عن رغبتها بذلك من خلال طلب تحريري تقدمه إلى وزير الداخلية، وهذا يستوجب ضمناً أن تكون الزوجة أهلاً لممارسة هذا الحق، فلا بد أن تكون كاملة الأهلية وبالغة سن الرشد القانوني، ولا يكتمل حصولها على الجنسية إلا بعد موافقة وزير الداخلية على منح الجنسية، وتعد بذلك عراقية من تاريخ أدائها يمين الإخلاص والولاء للعراق، وفي حال عدم موافقة وزير الداخلية على طلب اكتساب الجنسية لا بد أن يكون رفضه لذلك مسبباً وإلا كان عرضة للطعن أمام المحاكم الإدارية استناداً لنص المادة (١٩) من قانون الجنسية العراقية.

أما فيما يتعلق بالآثار القانونية المتعلقة بزواج ابنة الأم العراقية، فلا تتأثر جنسيته بجنسية زوجته \_ابنه الأم العراقية\_، على أنه يحق له طلب اكتساب جنسية

زوجته العراقية بموجب المادة (٧) من قانون الجنسية العراقية، متى ما توافرت ذات الشروط المطلوبة لاكتساب زوجة ابن الأم العراقية، على أن يتمتع الزوج بحسن السيرة والسلوك والسمعة الحسنة، وأن لا يكون محكوماً عليه بجنحة مخلة بالشرف أو بجناية، وأن يمتلك وسيلة مشروعة لكسب العيش، وسالماً من الأمراض المعدية والانتقالية<sup>(١)</sup>.

وبهذا الموقف يكون المشرع العراقي قد ساوى بين ابن وابنة الأم العراقية في نقل جنسيتها العراقية للزوج الأجنبي، على خلاف ما ذهبت إليه غالبية التشريعات العربية المقارنة التي لم تأخذ بالمساواة بينهما.

وفيما يتعلق بالآثار القانونية المتعلقة بأولاد ابن الأم العراقية، فإن موقف تأثر الأبناء يتأثر بجنسية ابن الأم العراقية فيما إذا كانت أصلية منحت له بموجب المادة (٣/أ) أو كانت مكتسبة بموجب المادة (٤) من قانون الجنسية العراقية، فإذا كانت جنسية الأب أصلية وثبتت له بناءً على نص المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية فإن جميع أبنائه يعدون عراقيين بالميلاد بحكم القانون.

أما إذا كانت جنسية الأب -ابن الأم العراقية- مكتسبة وقد منحت له بموجب المادة (٤) من قانون الجنسية كونه ابناً لأم عراقية، مع تعزيز الرابطة بالأم ببعض الشروط التي تطلبها المادة أعلاه، فإن أولاده غير البالغين سن الرشد يلحقون مباشرة بأبيهم بشرط إقامتهم معه في العراق، أما البالغون منهم والذين أتموا سن الرشد فلا أثر لجنسية أبيهم عليهم، إنما يحق لهم اكتسابها إذا رغبوا بذلك عن طريق التجنس<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٨٩.

(٢) ينظر: نص المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية المشار إليها أعلاه. والحكم ذاته يسري بالنسبة لقانوني الجنسية المصرية والمغربية، ولا يسري ماسبق بالنسبة لباقي قوانين الجنسية العربية المقارنة ذلك إنها لا تعد أولاد ابن الأم الوطنية وطينيين لأنها لم تعترف أساساً بوطنية أبيهم باعتباره ابناً لأم وطنية لعدم إقرارهم بمبدأ حق الدم المنحدر من الأم وحده كميّار لمنح الجنسية الوطنية. أشار لموقف التشريعات العربية د. رعد مقداد محمود، المصدر السابق، ص ٩٠.

ونخلص من خلال ذلك أن هناك آثارًا تترتب على منح الأم لجنسيتها لأبنائها بناءً على الدم المنحدر منها، وهذه الآثار بطبيعتها قد تكون آثارًا فردية وأخرى جماعية، قد يتأثر بها الأبناء وحدهم وقد تسري تلك الآثار تجاه الزوج أو الزوجة لابن أو لبنت الأم العراقية، وبحسب ما تم بيانه والوقوف عنده أنفًا.

#### الخاتمة:

من خلال البحث في دراسة منح الجنسية على أساس حق الدم ومعرفة الموقف القانوني والدستوري منها للدول التي أخذت بها، ومن ضمنها العراق، أمكننا ذلك أن ندرك مدى الحاجة الى أن تكون حقوق الجنسية مستندة إلى المساواة بين الرجل والمرأة من خلال تمكين المرأة من نقل جنسيتها الى أطفالها، وعليه فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات التي ندرجها تباعًا على النحو الآتي: -

#### النتائج:

1. ثبت لنا أن الجنسية هي رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة تنسب وترد كل فرد للدولة التي ينتمي إليها وتسبغ عليه صفة المواطن فيها وتنشأ عنها حقوق وواجبات متبادلة. وإن الجنسية هي المعيار الضابط لشعب الدولة والمحدد لشعب كل دولة، وإن الجنسية هي المعيار الضابط لشعب الدولة والمحدد له .
2. بيّننا أن حق الدم هو المعيار الأسمى الذي تثبت من خلاله للفرد الجنسية الأصلية استنادًا إلى رابطة النسب، أي حقه في أن يأخذ جنسية الدولة التي ينتمي إليها أباه بمجرد الميلاد، فهذه الجنسية أساسها رابطة النسب، ولذلك تسمى بجنسية النسب.
3. بيّننا أن حق الدم المنحدر من الأم هو أن تعطى جنسية الدولة لكل من يولد من أم تنتمي وتنحدر من هذه الدولة بغض النظر عن مكان الميلاد ونوع الجنسية التي تحملها، فهذا الحق يجعل جنسية الدولة تنتقل عبر الأجيال بشكل متتابع ويحفظ استمرار انتقالها من الأصول إلى الفروع وهذا ما يحافظ على وحدة الأصل.



## منح الجنسية العراقية على أساس حق الدم المنحدر من الأم

٤. إن نسب الأبناء لا يقتصر على الأب فقط إنما يمتد أيضًا إلى الأم، ورغم ذلك فقد اتجه الفقهاء وكذلك المشرعون إلى اتجاهين الأول يجعل للام دورًا استثنائيًا في نقل الجنسية للأبناء فلا يتحرك دم الأم في هذا النقل إلا إذا كان دم الأب معطلًا في ذلك. وهو يتعطل في ظل كونه مجهولًا أو لا جنسية له، ومقابل ذلك يكون للام دور فاعل في نقل الجنسية للأبناء مباشرة بعد الدم المنحدر منها أساس أصيل في نقل الجنسية، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي.
٥. أعطى المشرع العراقي للمرأة حقوقها الدستورية تماشيًا مع الاتفاقيات الدولية للحد من أنواع التمييز العنصري ولمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فنص المشرع العراقي في المادة ( ٣/أ ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، على المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق السياسية والمدنية وبحقها في نقل جنسيتها لأبنائها دون تمييز بينها وبين الرجل، وإن هذا التوجه جدير بالتأييد. إذ حسنًا فعل المشرع بإعطاء الأم هذا الدور الاستثنائي، إذ حدد حالات ثابتة لمنح الجنسية للأبناء عن طريق الأم، ولا يصح منح الجنسية بدون شروط فتصبح متاحة لكل من يرغب.
٦. اعتمد المشرع العراقي في منح الجنسية العراقية الأصلية عن طريق الأم إذا كان الأب معلوم الجنسية سواء كانت الولادة داخل العراق أم خارجه.
٧. اعتمد المشرع العراقي في منح الجنسية العراقية المكتسبة عن طريق الأم إذا كان الأب مجهول الهوية أو عديم النسب وكانت الولادة خارج إقليم الدولة، إذ تمنح له بعد بلوغه سن الرشد وذلك بتقديم طلب للوزير المختص والموافقة على ذلك.
٨. اشترط المشرع العراقي تقديم طلب مستقل من قبل طالب الجنسية خلال سنة من بلوغه سن الرشد مالم يمنعه من ذلك ظرف صعب، ومن الطبيعي أن يتطلب

الحصول على الجنسية موافقة وزير الداخلية على الطلب، وهذه هي الشروط الشكلية الواردة في التشريع العراقي.

#### ثانيًا: المقترحات:

١. نوصي المشرع العراقي بالبقاء على منح الجنسية للأبناء عن طريق حق الدم المنحدر من الأم وإعطاء دور لدم الأم كاستثناء للحالات المحددة المذكورة في البحث، إذ تقتضي منح الجنسية للأبناء عن طريق الأم.

٢. يفضل إضافة عبارة ( وقت ولادة الشخص) إلى نص المادة ( ٣/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل ليكون النص كالآتي: ( يعتبر عراقيًا: أ. من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية وقت الولادة).

٣. نوصي المشرع بتنظيم حالة المولود من أم عراقية وأب غير عراقي قبل نفاذ القانون الحالي من خلال النص الآتي:

أولًا: للمولود من أم عراقية وأب غير عراقي قبل نفاذ القانون الحالي، تقديم طلب الحصول على الجنسية العراقية بشرط إقامته مدة لا تقل عن سنة في العراق وقت تقديم الطلب، وتتبع حصوله على الجنسية العراقية حصول أولاده القاصرين عليها بشرط إقامتهم معه في العراق خلال المدة المذكورة، أما الأولاد البالغون فلهم الحق بتقديم طلبات مستقلة من أجل ذلك.

ثانيًا: لأولاد ولد الأم العراقية المتوفى تقديم طلب للحصول على الجنسية العراقية وفق الشروط الواردة في البند (أولاً) من هذه المادة.

ثالثًا: يتم تقديم الطلبات نيابة عن أولاد الأم العراقية القاصرين وأولادهم في حال وفاتهم من قبل الممثل القانوني أو الأم.

رابعًا: يعد سكوت الوزير لمدة سنة من تاريخ تقديم الطلب قبولًا ضمنيًا لطلب منح الجنسية، وفي حالة رفض الطلب يجب أن يكون الرفض مسببًا بشكل قانوني.

## المصادر والمراجع

### القران الكريم

### أولاً: المراجع اللغوية

١- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، مطبعة الحلبي، بيروت بدون سنة نشر.

### ثانياً: الكتب القانونية

٢- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.

٤- د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، مصر ١٩٩٣.

٥- د. أحمد قسمت الجداوي، حرية الدولة في مجال الجنسية دراسة تأصيلية بدون دار نشر، ١٩٧٩.

٦- حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥.

٧- د. حفيظة السيد الحداد، مدخل إلى الجنسية ومركز الاجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠٠٧.

٨- د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الاجانب، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٦٠.

٩- د. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.

- ١٠- د. عباس زبون العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٥.
- ١١- د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت ٢٠١٨.
- ١٢- د. عصام الدين القسبي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث -الجنسية ومركز الاجانب-، مطبوعات كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ١٣- د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية ومركز الاجانب، الجزء الاول - احكام الجنسية - الدار الجامعة للطباعة، بيروت ١٩٩٠.
- ١٤- د. فؤاد عبد المنعم رياض، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤.
- ١٥- د. مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون المقارن والفقہ الاسلامي وفقا لأحكام محكمة النقض والقضاء دراسة انتقادية لموقف المشرع المصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠١.
- ١٦- د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد ٢٠١٦.
- ١٧- د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، بدون دار نشر، ١٩٧٧.
- ١٨- د. هشام علي صادق و د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠٠٠.

### ثالثاً: الابحاث المنشورة

- ١- د. حسن الياسري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الاولاد في التشريعات العربية والعراقية -دراسة مقارنة-، مجلة اهل البت عليهم السلام، المجلد (١) العدد الثاني عشر، السنة ٢٠١٢.
- ٢- د. رعد مقداد محمود، جنسية أبناء لام العراقية دراسة في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ بالمقارنة مع بعض قوانين الجنسية العربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١) العدد (١) السنة ٢٠٠٩.
- ٣- د. عبد الرسول عبد الرضا، قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ في ضوء المعايير الدولية، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد (١٥) العدد (٢) السنة ٢٠٠٦.
- ٤- د. فؤاد عبد المنعم رياض، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، المجلة المصرية القانون الدولي المجلد ٤٣، ١٩٨٧.

### رابعاً: المصادر الاجنبية

- ١- Poulet ,Manuelde Droit international prive , Belge, -  
Edition 3 ,1947.
- ٢- Munir Ball Baki, Al MAWRIDE, diton 22 year, Beirut -٢  
1988.

### خامساً: المواقع الالكترونية

- ١- الحديث وتفسيره، منشور على موقع جامع الكتب الاسلامية، على شبكة الانترنت على الرابط الالكتروني:

<https://ketabonline.com/ar/books/6350/read?part=6&page=3718&index=583736/583843>

## Granting Iraqi Citizenship On The Basis Of The Right Of Blood Descended From The Mother

### سادساً: المتون القانونية

- ١- قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لعام ١٩٢٤.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٣- قانون الجنسية المغربية رقم (٢٥٠-٥٨-١) لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم (٦٢-٠٦) لسنة ٢٠٠٧،
- ٤- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ السنة ١٩٥٩
- ٥- قانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ المعدل لعام ١٩٨٠.
- ٦- قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣.
- ٧- قانون الجنسية الإماراتي رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢
- ٨- نظام الجنسية السعودية رقم (٤) لسنة ١٣٧٤ هـ.
- ٩- قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤.
- ١٠- دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
- ١١- قانون الجنسية الجزائرية رقم (١/٥) لسنة ٢٠٠٥.
- ١٢- قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٦.
- ١٣- قانون إقامة الجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧.
- ١٤- مجلة الجنسية التونسية رقم (٦) لعام ١٩٦٣ المعدلة لعام ٢٠٢١.

## الحقوق الفكرية للغائب وحمايتها - دراسة قانونية وفقهية

م. ثائر حامد عواد

كلية القانون / جامعة الفلوجة - العراق

Doi:<https://doi.org/10.37940/JRLS.2023.4.1.17>

### الخلاصة:

قد سعيئ في هذه الدراسة، لإقامة الحقوق الفكرية لشريحة قد غُيبت أو غابت طوعاً أو غير ذلك، من ركام الفوضى والغياب التشريع والفقهي التام، لتنظيم هذا الحقوق، فلم تنظم في قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، ولا في قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، ولا حتى في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ، ولا في غيرها من القوانين التي لم تذكر بسبب الاختصار وتركيز الفكرة، وهذا كله كان دافعاً وبقوة لإتاحة الفرصة من جديد للغائب المؤلف او المخترع أن يتمتع بالحقوق الفكرية عموماً وفرض الحماية المقررة لها قانوناً، وفق آليات وطرق جديدة قد استعملت لإنتاج هذه الأحكام، مع مراعاة أحكام القانون والخاص لتلك الحقوق والظروف المؤاتية لإنشائها.

الكلمات المفتاحية: المؤلف، المخترع، الغائب، الحقوق، الحماية، المال

## The Intellectual Rights Of The Absent And Their Protection, Alegal And Juridical Study

Lecturer. THAEIR HAMID AWAD  
College of Law / University of Fallujah - Iraq

### Abstract

This article explored to establish the intellectual rights of the missing and absent people in order to regulate such these rights, especially they are not regulated in the Iraqi copyright law -Nu 3- 1971 and in the patent and Industrial Models Law -Nu 65- 1970, not even in the Minors Care Law -Nu 78- 1980, and all this was the motivation to make the opportunity available again to the missing author and inventor to enjoy intellectual rights in general and provide the legal protection for them, according to new mechanisms and methods that have been used to establish these provisions, taking into account the provisions of the law related to those rights and the conditions for establishing them.

**keywords:** author, inventor, absent, rights, protection, money



## المقدمة

### أولاً: أهمية الموضوع:

إنَّ السبب الرئيس في ارتقاء الأمم علمياً وحضارياً وثقافياً، يكمن في تقديس وتخليد وتمجيد أهل العلم، فلا يمكن الادعاء بهذا الكلام نظرياً، وإنما يجب أن يترجم على أرض الواقع، فلا يمكن بأي حال من الأحوال حرمان الأديب او المخترع او المفكر عمومًا، بحجج واهية وليس لها أي سند قانوني أو شرعي، فالجميع يحتمي تحت مظلة القانون الذي يراعي الحقوق دون تفريق بين جميع الفئات سواء كانت الحاضرة أم الغائبة و من يندرج تحتها أو ربما كانت مُغَيَّبَةً قسراً أو بإرادتها أو حالت ظروف والاوضاع كرهًا أن تبتعد عن منازلها ومتابعة أموالها وحقوقها المادية وغير المادية بنفسها، لهذا لا يصح الادعاء بالنهوض العلمي في شتى المجالات والاصعدة، من دون أن تحفظ وتسان الحقوق عمومًا و لجميع فئات الشعب على حد سواء ودون تمييز، وهذا ما جعل لهذا الموضوع صدق مهم و واسع، إذا علمنا أنه قد اهتم به فقهاء المسلمين القدامى و المعاصرين اهتمامًا بالغ الأهمية في اثبات حقوقه والتزاماته، وكذلك أهل القانون عن طريق التشريعات القانونية، فكيف بمن يسعى لتطوير المجالات العلمية ورفدها بالبحوث الأدبية والعلمية، أن لا يبحث في الحقوق الفكرية للغائب على منحى الشرعي والقانوني والعمل على حمايتها ومعالجتها حقيقية.

### ثانياً: أهداف الموضوع:

أسعى في هذا الموضوع إلى إيجاد معالجة حقيقية و واقعية لمسألة الغياب التشريعي للحقوق الفكرية للغائب اضافة إلى حمايتها، وسوف تكون هذا المعالجة في طرق قانونية اصولية مراعية ذلك الحدود والضوابط المعمول بها، لكي يتنعم بعد ذلك المؤلف او المخترع الغائب بالحقوق الفكرية والحماية لها، أو من يكون في نفس الحكم الغائب:

كالسجين أو الأسير أو المفقود قبل ثبوت وفاته أو المُغيب قسراً، وإن سبب اختياري للفظ الغائب على صفة العموم وليس التخصص، فالعبرة بعموم اللفظ لا بتخصصه.

### ثالثاً: اشكالية الموضوع:

الاشكالية التي أطرها وأعمل بجهد لحلها ومعالجتها قانوناً وعلى نمط الاسئلة وهي، أنّ الغائب إذا غادر منزله أو مكان عمله فإنه سوف يخلف عنه وكيلًا، أو قيمًا بأمر من المحكمة، عند عدم قيامه باستخلاف الوكيل، فهل يستطيع الوكيل أو القيم مباشرة ومتابعة الحقوق الفكرية للغائب؟ وهل يتطلب في ذلك تخويلًا؟ خصوصًا أنّ الوكيل أو القيم هو من يكون في المواجهة فضلًا عن دائرة رعاية القاصرين اشرافًا، فلو فرضنا أنّ القيم أو الوكيل قد كان له تخويل في ممارسة ومتابعة هذه الحقوق، فالسؤال أي حقوق تخضع لهذا التحويل المعنوية ام المالية؟ ونحن نعلم أنّ الحق المعنوي لا يخضع للتنازل أو التحويل أو التاقيت أو الانتقال إلا للورثة أو الموصى لهم وفي حدود ضيقة جدًا، فهل الحق المعنوي أيضًا يستطيع القيم او الوكيل متابعته؟ أم فقط الحق المالي؟ وهل إذا فقد قبل وضع التحويل تضيع هذه الحقوق لكون صاحبها غير موجود أو القيم لا يملك تخويلًا؟ وماذا عن المؤلفات او المخترعات التي قد أعدها وأكملها نهائيًا قبل غيبته؟ وإذا علمنا أنه ليس متوفى، حتى يستطيع الورثة أو من يوصي لهم القيام بذلك؟ وفي ظل الغياب التشريعي كما اسلفنا تبقى هذه الاشكالات وغيره دافع لبحث هذا الموضوع وبأسلوب تأصيلي جديد.

### رابعاً: منهجية الموضوع:

سأعتمد في هذه الدراسة على الاسلوب التأصيلي للفقهاء الإسلاميين المقارن مع تأصيل القانون العراقي: وخصوصًا قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، وقانون براءة الاختراع للنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ، وغيرها من القوانين في مجالات محددة، وإن

كانت هناك تشريعات أخرى مختصة في ذات الشأن، وكذلك اختيار الموضوعات أو المحاور الفقهية أو القانونية في هذه الدراسة ستكون محددة فيما يخص روح البحث وجوهره، لأن الغاية ليست الكثرة وإنما تعميق وتجزير فكرة أساس مهمة وهي مدى تمتع الغائب ومن يندرج تحته في ظل الحقوق الفكرية والحماية الممنوحة لها.

**خامساً: خطة الموضوع:** سيكون تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

**المبحث الاول: الغائب تعريفاً وحقوقاً،** ويقسم هذا المبحث إلى مطلبين: **المطلب الاول:**

تعريف الغائب وأقسامه. **المطلب الثاني:** الحقوق المالية المترتبة للغائب.

**المبحث الثاني:** امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية وحمايتها، ويقسم إلى مطلبين:

**المطلب الاول:** امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية. **المطلب الثاني:** امكانية حماية

الحقوق الفكرية للغائب.

## المبحث الاول

### الغائب تعريفاً وحقوقاً

سأركز في هذا المبحث عن التأسيس الخاص بالغايب وبيان الحقوق المترتبة له في ضوء النصوص الشرعية والقانونية التي تؤكد تمتعه بالحقوق عمومًا من عدمها وبحسب الأدلة والقوانين السائدة التي توضح ذلك، وسأقسم هذا المبحث على مطلبين: **المطلب الاول:** تعريف الغائب وأقسامه، **والمطلب الثاني:** الحقوق المالية المترتبة للغائب.

## المطلب الاول

### تعريف الغائب وأقسامه

للتوضيح أكثر فيما يخص تعريف الغائب وأقسامه وفق التأسيس اللغوي والاصطلاحي (الفقهي والقانوني) لكل منهما اقتضى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: **الفرع الاول:** تعريف الغائب لغويًا واصطلاحيًا، **والفرع الثاني:** أقسام الغائب تأسيسيًا.

### الفرع الاول: تعريف الغائب لغويًا واصطلاحيًا

**الغائب لغة:** (( غبَّ فلانٌ عندنا غبًا، وَاغْبَبَ: بات ومنه سمي اللحم البائت : الغائب ومنه قولهم: رويدَ الشعر يُغَبِّ ولا يكونُ يُغَبُّ: معناه: دعه يمكث يومًا او يومين))<sup>(١)</sup>. وقيل ايضًا : (( وامرأةٌ : مُغِيبٌ ومُغِيبَةٌ: غاب عنها بعلمها أو واحد من أهلها وفي الحديث [ امهلوا حتى تمشط الشعثة وتستجدّ ] والمُغِيبَةُ: هي التي غاب عنها زوجها))<sup>(٢)</sup>. وكذلك قيل : (( الغيبُ ما غاب عنك تقول غاب عنه من باب باع وغيبه ايضًا وغيبوبةٌ وغيوبًا وغيابًا بالفتح))<sup>(٣)</sup>

**والغائب في اصطلاح الفقه الاسلامي،** عند الاحناف بأنه : (( الغائب عن المجلس أو عن البلد بحيث لم يدر موضعهما))<sup>(٤)</sup> .

وعرفه الحنابلة أنه: (( هو الذي يكون على مسافة القصر أو أكثر لعدّ الشارع لها في مواضع متعددة فإن كان على مسافة دون مسافة القصر وكان غير ممتنع عن الحضور لم تسمع الدعوى عليه لأمكن حضوره حتى يحضر))<sup>(٥)</sup> . وعرف جمهور الفقهاء الغائب بأنه (( من غاب عن النظر، سواء أعلم موضعه وخبره وأتى كتابه، أم فقد و انقطع خبره ولم يعلم موضعه))<sup>(٦)</sup>.

(١) الشيخ محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، ج٣، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٩، ص٦٣٥.

(٢) الشيخ محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٣، دار الهداية، بيروت، ص٥٠١.

(٣) الامام زين الدين أبو عبد الله محمد الرازي، مختار الصحاح، ج١، ط٥، الدار النموذجية، بيروت-صيدا، ١٩٩٩، ص٢٣١.

(٤) الامام محمد بن حسين القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، ط١، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٩٧، ص١٨.

(٥) الامام منصور بن يوسف البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج٦، عالم الكتب-بيروت، ١٩٨٣.

(٦) الامام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ١٩٨٦، ص٣٢٣ ؛ محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٦، ط٣، المكتب الاسلامي-بيروت، ١٩٩١، ص٣٧٧.

**والغائب في اصطلاح أهل القانون:** أنه (( هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف على مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره))<sup>(١)</sup>

وعرّفته المادة (٨٥) من (قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل)<sup>(٢)</sup> ونصها: (( الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره)).

وعرف قانوناً ايضاً في (القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ)<sup>(٣)</sup> في نص المادة (١/٣٦) أنه: (( من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن))، وإن كان المشرع هنا قد خلط بين الغائب والمفقود والفرق بينهما واضح وثابت في جميع الأحكام وسنأتي لذلك، لكن هذه هي رؤية المشرع يخالف مشرع قانون رعاية القاصرين فقد افرد لكل منهما تعريف خاص واحكام تختلف عن بعضها البعض. وفي ضوء ما تقدم بيانه من التعريفات اللغوية والاصطلاحية فقهاً وقانوناً، يتبين أن الغائب هو المنقطع عن أهله لمدة معلومة أو غير معلومة مع العلم اليقيني بحياته عن طريق رسائله التي تصل منه أو تصل اليه او العلم بوجوده حياً دون امكان التوصل مع ذويه، ولكن يتعذر عليه ادارة امواله أو تدبر شؤونه الخاصة والاشراف عليها سواء كانت حياته واخباره معلومة او مجهولة، وبهذا يدخل تحت مفهوم الغائب العام انواع اخرى : كالمفقود و المغيبين قسراً و الاسرى والسجين ظلماً سياسياً كان أم لجريمة لم يقترفها ، وهذا يحصل نتيجة الحروب والازمات لدولته التي يعيش بها، وذلك

(١) د.عبد المجيد الحكيم، وآخرون، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٧٣.

(٢) نشر في الوقائع العراقية في العدد رقم (٢٧٧٢) بتاريخ العدد ١٩٨٠/٥/٥.

(٣) نشر في الوقائع العراقية في العدد (٤٠) بتاريخ ١٩٥١/٩/٨.

لأن كل منهم له حياة محققة ولم تثبت قطعاً الوفاة ولكن تعذر مباشرة شؤونه بنفسه كما اسلفنا نظراً لبعده عن وطنه أو مكان عمله<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: أقسام الغائب تأصيلياً

وبعد هذه التعريفات وبعض من الايضاحات قد اعطت بعض الشيء عن الغائب، لهذا سوف ننتقل إلى رافد فيه توضيح أكثر، ألا وهو تقسيمات الغائب، وان كان الفقه الاسلامي ليست فيه من هذا القبيل، تقسيم واضح وصريح ومجمع عليه، لكن سنختار بعض منها قد وردت في مسائل فقهية للأهل العلم وعلى النحو الآتي: فعند الحنابلة الغائب يقسم إلى: (١- غائب غيبية غير منقطعة: وهو الشخص الذي يعرف خبره ويأتي كتابه. ٢- غائب غيبية منقطعة: وهو الشخص الذي يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع)<sup>(٢)</sup>. واتفق الشافعية مع هذا الرأي: (لكنهم لم يشترطوا جهل الموضع، وانما توقفوا على جهل حاله حتى لا يتوهم احد موته)<sup>(٣)</sup>. اما المالكية: فذهبوا في تقسيم الغائب إلى: (١- غائب قريب الغيبية على مسيرة اليوم و اليومين والثلاثة: فهذا يكتب اليه ويعذر في كل حق، فأما أن يوكل وإما أن يقدم، فإن لم يفعل حكم عليه. ٢- غائب بعيد الغيبية على مسيرة عشرة ايام وشبهها وهذا متوسط الغيبية. ٣- غائب منقطع الغيبية وبعيدها كمسافة أربعة أشهر، مثل: مكة من افريقيا و المدينة من الاندلس، وقريب الغيبية ومتوسط الغيبية كالبعيد المنقطع الغيبية اذا كان الطريق مخوفة يتعذر حضوره)<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: عبد المنعم فارس سقا، احكام الغائب والمفقود في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة دمشق- كلية الشريعة، لسنة ٢٠٠٣، ص٤٠.  
(٢) الامام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامه، المغني في فقه الامام احمد بن حنبل، ج٨، ط١، دار الفكر- بيروت، ١٩٨٥، ص١٠٥، ١٠٦.  
(٣) الامام محي الدين النووي: المصدر السابق، ٨/ ص٤٠٠.  
(٤) الامام شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٦، دار إحياء الكتب العربية- مصر، دون سنة نشر، ص١٤٣؛ الامام محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٩٩٤، ص١٤٣.

اما في الجانب القانوني فلا توجد مثل تلك التقسيمات لا صراحة ولا دلالة ولا ضمناً، ولكن هناك مسألة سبق وان اشرنا لها سلفاً، وهي تتعلق في ذات السياق وهي الفرق بين المفقود والغائب قانوناً لما لهذا المسألة من اهمية في هذه الدراسة في كثير من الاحكام، إذ عرفت المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين اعلاه، المفقود أنه ((المفقود هو الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته)) بينما الغائب وكما مر في المادة (٨٥)<sup>(١)</sup> منه والمشروحة، وأن الغائب معلوم الحياة لعدم انقطاع اخباره، فهو قد كون معلوم المكان وقد يكون مجهول المكان، سواء داخل البلد أو خارجه، لكن المفقود يكون مجهول الحياة أو الوفاة مع عدم اشتراط الجهل في المكان، وعلى هذا فإن الغائب معلوم الحياة لكن قد يكون مجهول المكان او بعيد عن ادارة شؤونه الخاصة، ولكن بعض من اهل العلم القانونيين من اذاب الفارق بين الغائب والمفقود، وعدّهما في حكم واحد من حيث أن كلاهما لا يعرف حياته ومماته مستنداً في ذلك للشرعية الاسلامية، وأن فكرة الفقد التي اعتبرت في الوقت الحاضر من الغيبة فهذا فكر تشريعي جديد وليس له اصل اسلامي<sup>(٢)</sup>.

والرد على ذلك أنّ الفقه الاسلامي وعن طريق الفقه الحنفي قد ميز وفرّق بين الغائب والمفقود وعدّ الاخير صورة من صور الغيبة يعني انه اخص مطلقاً من الغائب، ثم أن للغائب احكاماً كثيرة تدخل في معظم ابواب الفقه كالنفقة والتفريق وغيرها سنأتي لبيانها وتفصيلها في وقتها، لكن يتأتى من ذلك أن المفقود يشترك مع الغائب في الغيبة عن

(١) ونصها: (( الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره )) .

(٢) ينظر: د. جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، الكتاب الثاني في نظرية الحق، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٦٦، ص ٧٤.

اهله، ويختلف عنه بالأحكام تمامًا في مسألة التيقن من حياته، وهكذا يكون الحكم بينهما واضح جدًا<sup>(١)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أنّ الغائب لا يخلو أن يكون احد الشخصين هما: الاول: اذا كان قد غادر العراق مدة تزيد عن سنة مع بقاء اخباره دون ان تنقطع، لكنه تعطلت مصالحه في نفس الوقت او ربما مصالح غيره، وذلك لعدم استطاعته لإدارة شؤونه بنفسه، كأن يكون قد سافر خارج العراق وحالت الظروف بينه وبين ادارة ماله واستثماره بنفسه والاشراف عليه، مما ادى إلى تعطيل مصالحه، والثاني: أن يكون مجهول الموطن او مقامه الذي يسكن فيه، لكنه في داخل العراق، وترتب على ذلك أن مصالحه ومصالح غيره معرضة هي الاخرى للتعطيل كما حصل في الصنف الاول، وخير مثال على الصنف الثاني هو من يفر من الاجراءات التي تكون قد صدرت بحقه جزائياً، مما يكون قد يسهم في تعطيل تلك المصالح والحاجيات للناس ولذويه فبالتالي لا يستطيع القيام بأي عمل من شأنه ان يصون حقوقه فضلاً على ان يستثمرها او يدفع الاعتداء عليها<sup>(٢)</sup>.

ويعد الغائب في حكم القاصر كما نصت على ذلك المادة (٣/ ثانياً) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل، ونصها: ((...ثانياً - يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك))، ويخضع لذات الاحكام التي تقع على القاصر مالم ينص القانون بخلاف ذلك، ولعل الحكمة من اثبات الغيبة، هو أن الغائب في حقيقة الامر يعد كامل الاهلية لكن المشرع العراقي قد رأى من اقامة الوكيل له لرعاية امواله وادارتها والمحافظة عليها اثناء غيبته امر لا حرج فيه، في حالة قام هو الغائب بتتصيبه قبل خروجه وفق الشروط المنصوص عليها والواجب توافرها في الوصي

(١) ينظر: هادي محمد عبدالله ، أحكام المفقود- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد-كلية القانون، ١٩٨٧، ص٢٩، ٢٨.  
(٢) ينظر: محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ج١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٦، ص٢٧٨.



او في الوكيل المختار، أما اذا لم يكن للغائب وكيل، فيجري تعيين قيماً عنه بوساطة المحكمة<sup>(١)</sup>، وجاء في نص المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين العراقي ما يؤكد هذا، ونصها: ((اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه))، إلا أن هذا القانون لم يبين مهام الوكيل المناطة عليه في حال غياب او فقدان الموكل، وابقى الباب مفتوح على مصراعيه، إذ جاء في المادة (٩٠/ثانياً) منه، ونصها: ((ثانياً - اذا عينت المحكمة قيماً لإدارة اموال الغائب او المفقود فيكون القيم تحت اشراف مديرية رعاية القاصرين))، ما يدل على أن مسؤولية الاشراف على القيم عند ادارة هذه الاموال تقع على عاتق دائرة رعاية القاصرين فيما يخص اعماله بصوره عامة في حدود غيبة صاحبها، لكن هذه المادة قد سكتت عن بيان حق الرقابة على الوكيل، وهل يستطيع الوكيل مباشرة جميع التصرفات القانونية أو أنه يكون محدد ببعض الاعمال دون غيرها، فضلاً عن أنه يمتلك الحق بالتصرف دون الرجوع إلى الدائرة المذكورة، أم انه مقيد بما جاءت المادة (٤٣)(٢)، لكن الواقع على خلاف ذلك، فقانون رعاية القاصرين وعبر مواده (٨٨، ٨٩، ٩٠)(٣)، فلم تعط حق الاشراف والرقابة على الوكيل وهذا يعني أن الاخير

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، الاحكام القانونية لرعاية القاصرين، مطبوع لصالح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، بلا سنة نشر، ص٦٦.

(٢) ونصها: ((لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك. اولاً - جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة. ثانياً - التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية. ثالثاً - الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر. رابعاً - حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين. خامساً - ايجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللاراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على ان لا تمتد مدة الايجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد. سادساً - قبول التبرعات المقترنة بعوض. سابغاً - التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام. ثامناً - القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيها. تاسعاً - الامور الاخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها، بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض)).

(٣) إذ قضت المادة (٨٨): ((اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه)) ونصت المادة (٨٩): ((يسري على القيم ما يسري على الوصي من احكام الا ما يستثنى بنص خاص)) ونصت

مخوّل مطلقاً بكافة التصرفات القانونية، وكذا انه لا يوجد للدائرة اعلاه من دور تمارسه عليه، وكان القانون لن يخشى ابداً من انفراد الوكيل بهذه التصرفات للغائب والمفقود على حد سواء<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الحقوق المالية المترتبة للغائب

لبيان هذا الحقوق وما يتعلق بها وتفصيلاتها اكثر، يتطلب تأصيلها عند فقهاء المسلمين واهل القانون، وذلك في فرعين: الفرع الاول: تأصيل الحقوق المالية فقهيًا للغائب، والفرع الثاني: تأصيل الحقوق المالية قانونًا للغائب.

### الفرع الاول: تأصيل الحقوق المالية فقهيًا للغائب

وجاء في لفظ الحق لغة : (( الامر حقًا وحقه وحقوقًا صحَّ وثبت وصدق، وفي التنزيل العزيز { لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ }<sup>(٢)</sup> [حق] فلان قال حقًا وادعاه فثبت له الامر يقال أحق عليه القضاء واحق حرزه وظنه وأحقه على الحق واثبته عليه والشيء حكمه وصححه<sup>(٣)</sup>)). وقيل ايضًا: (( وكذلك الحق إذا اتضح يقال: الحقُّ أبلجٌ والباطل لجلجٌ، وكل شيء وضح: فقد ابلاجٌ ابليجاجًا، والحقُّ ابليج: لا تخفى معالمُهُ.. كالشمس تظهر نور وابلج ))<sup>(٤)</sup>.

المادة(٩٠) : ((اولاً – تحرر اموال المفقود، او الغائب عند تعيين قيم عليه، وتدار اموالهما على غرار اموال الصغير. ثانياً – اذا عينت المحكمة قيمةً لإدارة اموال الغائب او المفقود فيكون القيم تحت اشراف مديرية رعاية القاصرين. ثالثاً – عند عدم وجود قيم على المفقود فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بادارة امواله وفقاً لأحكام هذا القانون)).

(١) ينظر: القاضي عبد الهادي العلق، الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين العراقي، ط٢، مكتبة صباح-بغداد، ص٤٥٥.

(٢) سورة يس: الآية (٧٠)

(٣) ابراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج ١، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، بلا سنة نشر، ص١٨٧.

(٤) محمد بن مكرم ابن منظور: المصدر السابق، ٢/ص٣١٦.

وجاء في الحق أنه : (( المال، والملك ، والموجود الثابت ويطلق كذلك على الأمر الذي وجب وقوعه بلا شك لذا عرفه الجرجاني: بأنه : هو الثابت الذي لا يسوغ انكاره ))<sup>(١)</sup> .  
 اما اصطلاحاً في الفقه الاسلامي، فعرف الحق عند البعض أنه : ((الحكم الثابت شرعاً))<sup>(٢)</sup> . وعرفه كذلك الاستاذ مصطفى الزرقا بأنه : (( اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً))<sup>(٣)</sup> .

وذهب الاصوليين في تقسيم الحق إلى اربعة اقسام هي: ( القسم الاول: حقوق الله الخالصة، وما يتعلق بأمره ونهيه وهو عبادته قال تعالى: { وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ }<sup>(٤)</sup> فيكون تكليف يمثل حق الله تعالى، القسم الثاني: حقوق العباد الخالصة: مثل الحقوق المالية، القسم الثالث: ما اجتمع فيه الحقان، وكان الحق العائد لله سبحانه وتعالى هو الغالب فيها، مثلاً: حد القذف وهذا ما ذهب اليه الأحناف، القسم الرابع: ما اجتمع فيه الحقان، وتغلب فيه حق العبد وهو الغالب فيها، مثلاً: القصاص من القاتل عمداً)<sup>(٥)</sup> . ولكن الشاطبي في استدراك اخر قد حصر الحقوق في ثلاث تقسيمات فقط، نافياً منها حق العبد الخالص، معللاً ذلك أنه كل حكم شرعي يجب ان ينضوي تحت مسمى حق لله تعالى، وعندها لا يوجد حق فردي خالص لوحده، وهذا يتأكد منه المعنى الاجتماعي<sup>(٦)</sup> . وتعامل فقهاء المسلمين حقوق الغائب على ضربين: احدهما: هو استحصال حقوق الغائب من الغير، والآخر: هو استحصال حقوق الغير من الغائب.

(١) علي الجرجاني: كتاب التعريفات، ط١، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٠، ص٩٤.  
 (٢) د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ط٣، دار الفكر، دمشق، سورية، ص٨.  
 (٣) بدران أبو العينين ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ( ط١، دار النهضة العربية، لبنان، بيروت، ص٢٩٥.  
 (٤) سورة الذاريات: الآية (٥٦).  
 (٥) العلامة ابي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات ، ج٢، دار بن عفان، السعودية، ص٣١٦.  
 (٦) ينظر: المصدر نفسه: ٣/ ص٣١٨، نقلاً عن : د علي محي الدين القره داغي، الحقوق المعنوية والتصرف فيها وزكاتها- دراسة فقهية تأصيلية، بحث منشور في جامعة قطر – كلية الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، ص٥.

أولاً:- استحصال اموال الغائب من الغير: فذهب الحنفية أنه: (إذا كان للغائب دين ثابت مقر به، وخيف عليه من الفوت، ولم يكن هنالك وكيل يقوم بإدارته وقبض حقوقه، فإن القاضي هو من يتولى شؤون الغائب بنفسه، أما إذا لم يكن للغائب دين ثابت، فإن هذه الحالة تدخل في مسألة القضاء للغائب، و اختلف الحنفية فيها بقولين: فذهب الامام ابو حنيفة إلى عدم جواز ذلك لأنه ينوب عنه خصم حاضر، وخالفه في ذلك صاحباة إلى القول بجوازه<sup>(١)</sup>). فما يكون للغائب من قبض للغلات والثمار الناتجة من كذلك ما تدره تلك الاموال من دخل وارباح وما ينتج من مكسب ونماء، وايضاً قبض الديون التي للغائب في ذمة الغير وما للغير في ذمته وهكذا، وأن مسألة الحفاظ على هذه الاموال موكلة على القاضي او وكيله، لأنه لا بد من استيفاء لهذه الحقوق للغائب مهما طال غيبته عن بيته او بلده او نحو ذلك فتعذر بالتالي متابعة هذه الحقوق، إلى ان يتم الاشراف على هذا المال لمنع ضياعه او هلاكه<sup>(٢)</sup>. وذهب الشافعية والحنابلة: (أن القاضي ملزم بالمحافظة على مال الغائب عند الخوف عليه من الضياع والتلف فإذا غاب الرجل دون ان يترك وكيلاً عنه، واخبر القاضي بانه ربما لا يعود أو غائباً وان ماله ضائع، كان لزاماً على القاضي ان يقوم بتنصيب قيماً له بتعهده، اما اذا كان وكل قبل غيابه، فعلى الوكيل القيام بهذه المهمة للحفاظ على المال)<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: استحصال حقوق الغير من الغائب: ويراد به هو قضاء الدين الذي بذمة الغائب ويسلم للغير مما يثبت له من عين او غيرها وبما يحفظ له من حقوق. فقد ذهب الحنفية والشافعية والمالكية أنه: ( اذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغائب لاستيفاء حقوق

(١) ابن عابدين محمد أمين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ط٢، دار الفكر، بيروت ١٩٩٢م، ص٢٩٣.

(٢) ينظر: محمد بن حسين القادري، المصدر السابق، ٦/ ص٢٩٦. ؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨، ط اخيرة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤، ص٢٧٨.

(٣) منصور بن يوسف البهوتي، المصدر السابق، ٤/ ص٧٢. ؛ محمد الشريبي الخطيب، مُغني المُحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج، ج٦، مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر، ١٩٥٨، ص٣١١.

ثبت عليه كان للقاضي القيام بذلك، فله مثلاً: أن يبيع مال الغائب اذا كان ديناً ثابتاً<sup>(١)</sup> . وقد ذهب ايضاً الحنابلة لنفس الرأي، إذ منحوا المحاكم الولاية على مال الغائب، ولا ادل من ذلك ما نهى عنه اصحاب المذهب في مسألة المشتري الهارب حيث قالوا ( إن المشتري اذا كان موسراً وهرب قبل دفع الثمن قضاه الحاكم من ماله وإن وجد له مالاً، وإلا باع المبيع وقضى ثمنه وحفظ الباقي) وهذا ما تم تأكيده وبيانه لما اسلف من قول المذاهب الاخرى<sup>(٢)</sup>. اما إن كانت حقوق الغير واموالهم غير ثابتة في ذمة الغير، فإنه في هذه الحالة نحتاج إلى ادعاء من صاحب الحق أو وكيله، ولا بد هنا من اثبات الحق في الوسائل الخاصة للأثبات، مع استبعاد البيئة لمعرفة صدق حديثه في هذا المجال<sup>(٣)</sup>.

#### الفرع الثاني: تأصيل الحقوق المالية قانوناً للغائب

وعرف الحق قانوناً بانه: (( مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ))<sup>(٤)</sup>. وعرفه مشروع القانون المدني العراقي في المادة (٨٨) أنه: (( الحق ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية )) . وعرفت المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ، المال أنه: (( كل حق له قيمة مادية )) ولأن الحقوق المالية اما تكون عينية او شخصية كما جاء ذلك في نص المادة (٦٦/ع.م) ونصها: ((الحقوق المالية تكون اما عينية او شخصية))، فأما الحق العيني فيمثل سلطة مباشرة على شي معين يعطيها القانون، كما وضحت ذلك المادة (٦٧/ع.م) ونصها: (( ١) - الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين. ٢ - وهو اما اصلي او تبعي)).

(١) سخنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ج٤، دار الكتب العلمية- بيروت، ص١١٥.

(٢) ينظر: منصور البهوتي، المصدر السابق، ٣/ ص٢٣٩.

(٣) ينظر: محمد حسين القادري، المصدر السابق، ٦/ ص٢٩٧. ؛ عبد المنعم فارس، المصدر السابق، ص٢٣٨.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ص١٢.

ثم قسمت الحقوق المالية عند القانونيين إلى ثلاثة أقسام: ( ١- الحق العيني: وهو يمثل سلطة لشخص تنصب على شيء مادي مثلاً: حق الملكية، ٢- الحق الشخصي او الالتزام: وهو حق يتحقق في رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يقوم احدهما يسمى المدين قبل الاخر وهو الدائن بإداء مالي معين كحق المستأجر قبل المؤجر، فيلتزم الأخير بتهيئة وتمكين الانتفاع بالعين المؤجرة للمستأجر، ٣- الحق المعنوي: وهو ما يمثل سلطة الشخص على شيء غير مادي كالأفكار والمخترعات ولم تنظم التشريعات مثل هكذا نوع من الحق<sup>(١)</sup>، وهذا القسم الاخير من هذه الحقوق هو محل دراستنا، من حيث تأصيله وتحديده نطاقه وغير ذلك من المنطلقات التي سنأتي لها لاحقاً ، اما الان سنعرج على الحقوق المالية المادية فحسب دون المعنوية التي سنتناولها في المبحث الثاني.

وما تقدم شرحه من بيان تقسيمات الحقوق المالية، فالذي يهمنا هي الحقوق العينية، لذا فقد عرف الحق العيني بأنه: (( سلطة يعطيها القانون لشخص معين وبموجبها يستطيع الشخص ان يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية ))، ولعل من اهم ما ينبثق من هذه الحقوق هو حق الملكية، فهي تمثل شيء معنوي لا شيء مادي، أي أن حق الملكية يقع على ذات الشيء المادي الذي يقع عليه الحق، وبالتالي وكما صح أنه كغيره من الحقوق العينية يمثل شيء معنوي<sup>(٢)</sup> . وبهذا يكون قد انتهت مسألة التخيير وايهما يقدم لمحل الدراسة بين الحقوق الشخصية والعينية، وخصوصاً بعدما ثبتت فعالية وارتباط البحث بالأخيرة من الحقوق، وتعلقها بالملكية دون انفكاك او معزل بينهما، وكذا لكونها تقع على الاموال سواء كانت مادية كالعقارات والمنقولات، او معنوية(والتي سنأتي لها لاحقاً): كالحقوق الفكرية( الادبية والفنية والصناعية) و التي تمثل النتاج الذهني وعصارة الجهد المعنوي لصاحبها وغيرها.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ١/ص ١٠٣.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ص ١٩٥.

وعلى هذا فالمعاملات المالية التي اجراها قبل فقده وكذا المتوقفة، تبقى سارية المفعول، وهذا الكلام قد تم تأكيده وفرض حكمه على المفقود الذي لا يعلم حياته من مماته وقبل وفاته، وقد تم ضرب مثلاً: على عقد الايجار الذي تم قبل فقده اذا لم تقض اجارته عملاً وتطبيقاً لقاعدة الاستصحاب، فتبقى هذه العقود، كالأخير مثلاً وغيره من الوديعة والاعارة والقرض استثناء من ذلك هو ان يباشر هذه الاعمال هو الوكيل او القيم، لذا فقد ذهب الأحناف<sup>(١)</sup>. وقد ايده القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ، في المادة (٧٨٣)<sup>(٢)</sup> هذا الرأي، فكان خير قياس يمكن العمل به وتوجيه في بقية المعاملات المالية وغير المالية (لاحقاً)، ويتأسس على ما تقدم، أنّ المفقود ليس حياته حقيقية، وانما حكمية وقد حفظت حقوقه ورُعيّت وتأمين وجودها عبر المعاملات المالية التي اجريت قبل الفقد، ولا يمكن باي حال من الاحوال المساس بها كما تعزز ذلك لا شرعاً ولا قانوناً، فكيف بالغائب المعروف حقيقية والمبلغة حياته دون شك وبمنزلة اليقين؟ أليس من باب أولى أن تراعى وتُحفظ الاموال والمعاملات المالية وغير المالية الخاص به وما يترتب على ذلك من مصالح وحقوق للأفراد والجماعات والتي تعود حتماً للغائب على الوجه الخصوص.

وإذا علمنا أن المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل وفي المادة (٤١) والتي نصها : ((على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من

(١) ينظر: السيد سابق، فقه السنة، مج ١، ط ١، الناشر دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ١٩٧١، ص ١٩٩. ؛ مالك بن انس، المدونة الكبرى، ج ٥، ط ١، المطبعة الخيرية، مصر، ١٩٠٢، ص ١٣٦-١٣٨.

(٢) ونصها: (١) - لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر. ٢ - ومع ذلك اذا مات المستأجر، جاز لورثته ان يطلبوا فسخ العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم اصبحت اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم او اصبحت الايجار مجاوزاً لحدود حاجتهم ، وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء في المادة ٧٤١ وان يكون طلب الفسخ في مدة ستة اشهر على الاكثر من وقت موت المستأجر)

الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني))، فهذا النص فيه دلالة واضحة على حث الوصي او من يقوم مقامه بالاهتمام الكافي واللازم في المحافظة على اموال القاصر وان لا يدخر جهدا في تحقيق ذلك، ولأن القاصر هنا في حكم الصغير؛ الذي غرار ادارة امواله تدار اموال الغائب فالأحكام واحدة هنا ومتشابهة في الاحكام والوظيفة، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/ ثانياً) من القانون اعلاه، ونصها: ((ثانياً - يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك))، وكذا نص المادة (٩٠/ أولاً) منه، ((أولاً - تحرر اموال المفقود، او الغائب عند تعيين قيم عليه، وتدار اموالهما على غرار اموال الصغير))، وهذا لا يخرج جميع التصرفات التي تجرى لصاحب المصلحة ممن تقدم تحديده، من متابعة دائرة رعاية القاصرين من حيث حدود وطبيعة ادارة هذه الاموال والكيفية المحددة سلفاً، مع مراعاة الضوابط والتعليمات المعمول بها، وهذا اكدته الفقرة (ثانياً) من المادة (٩٠) من ذات القانون، حيث نصت أنه : ((ثانياً - اذا عينت المحكمة قيماً لإدارة اموال الغائب او المفقود فيكون القيم تحت اشراف مديرية رعاية القاصرين))، وهنا يجعل القيم تحت طائلة المتابعة والاشراف المباشر من هذه الدائرة، في تقديمه حساباً سنوياً معززاً بالوثائق الرسمية يشرح ويوضح كيف كانت ادارته لهذه الاموال وتحصيل الحقوق من وإلى من هو تحت وصايته او قيمومته وقد نصت المادة (٦٦) من قانون رعاية القاصرين على ذلك، ونصها: ((أولاً - على الولي او الوصي او القيم ان يقدم الحساب السنوي الى مديرية رعاية القاصرين خلال مدة اقصاها نهاية شهر كانون الثاني من كل سنة او في أي تاريخ آخر يحدده مجلس رعاية القاصرين . ثانياً - يجب ان تكون الواردات معززة بالوثائق والمستندات وكذلك المصروفات التي جرى العرف على اعطاء وصولات بها))، وبخلاف عدم تواجد القيم او من يقوم مقامه او عدم قيامه بالمهام الموكلة اليه على الوجه الصحيح، فإن ولايته تتوقف



عن العمل وتسحب يده وصلاحيته على الوجه الدقة، وهذا ما قضت به المادة (٣٣) من القانون اعلاه (( تقرر المحكمة ايقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائبًا او كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة)) ، او ربما يذهب الامر إلى ابعاد من ذلك بحق الولي او الوصي او القيم، وهو اذا ارتكب جريمة تخل بالنفس والمال و تكون خطورتها مهددة لسلامة المجتمع، فيكون سببًا كافيًا لأسقاط الولاية كما جاء ذلك في نص المادة (١١١) من (قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ)<sup>(١)</sup> ونصها : (( إسقاط الولاية او الوصاية او القوامة عن المحكوم عليه هو حرمانه من ممارسة هذه السلطة على غيره سواء تعلقت بالنفس أو المال ))، وهذا تعدى الموضوع إلى غير ذلك من سلب للولاية فيكون هنا من اختصاص المحكمة ووفقًا لما جاء به قانون رعاية القاصرين العراقي كما نصت عليه المادة (٣٢) : ((للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه)) ، لكن ليس مطلقًا ودون تحديد ولكن إلا اذا ثبت للمحكمة سوء التصرف من قبل المكلف بالولاية او من يقوم في ذات مقامه، أي انه لم يعد اهلاً لممارسة شؤون الوصاية، او كانت لجنة المحاسبة قد اوصت بعدم قابليته لتلك الادارة وفيما يحقق مصلحة القاصر ومن يدخل في حكمه كالغائب وهو محل البحث<sup>(٢)</sup>. ولا ادل من ذلك ما نصت عليه المادة (٣٨) منه، على ذلك : ((يعزل الوصي في الحالات التالية : اولًا - اذا لم يعد اهلاً لممارسة شؤون الوصاية ووفقًا لأحكام هذا القانون. ثانيًا - اذا اوصت لجنة المحاسبة في مديرية رعاية القاصرين بعزله ووفقًا للفقرة (رابعًا) من المادة ٦٨ من هذا القانون)).

(١) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٧٧٨) وتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٩ .  
(٢) ينظر: القاضي عبد الباسط مسعود احمد، التصرفات القانونية للصغير المميز في ضوء القانون العراقي والمقارن واحكام الشريعة الاسلامية، ط١، مركز ابحاث القانون المقارن، العراق، اربيل، ٢٠١٠، ص٥٦، ٥٥.

وكما أنّ مسألة إدارة اموال الغائب لا تزال مقيدة بقيدين وضعهما المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين في نص المادة(٩١) منه: (( أولاً- لا يباع من الاموال المنقولة العائدة للغائب او للمفقود الا ما هو قابل للتلف او يستوجب الصرف او المؤونة. ثانياً- لا يجوز شراء مال باسم الغائب او المفقود الا ما يقتضي لادامة امواله او لادراستها)) و القيدان هما: الاول: مسألة التصرف في اموال الغائب، وخصوصاً البيع، فالأصل انه لا يتم هذا البيع مطلقاً، إلا، استثناءً في حالة كون هذا الاموال قابلة للتلف بحسب طبيعتها او كانت تحتاج إلى الصرف او المؤونة، وهنا يصبح هذا المال عبئاً على القيم ودائرة رعاية القاصرين معاً او الاخيرة عند فقد القيم، والثاني: وهو لا يجوز ان تتم عملية شراء المال لحساب او باسم الغائب قطعاً وهذا ايضاً اصل في الحكم، إلا انه استثناءً يجوز الخروج عنه في سبيل ادامة وصيانة اموال الغائب التي تتطلب الانفاق عليها لحفظها وحسن رعايتها. وما زلنا في ذات السياق في متابعة حسن ادارة اموال الغائب وحفظ الحقوق المترتبة عليها، إذ يختم في نهاية مسيرة الادارة لتلك الاموال والتي قام بها القيم او الوصي او الوكيل وتحت اشراف دائرة رعاية القاصرين، وعند ثبوت الوفاة للغائب او عودته حياً، أن تعود هذه الاموال وما نتج عنها من نماء وقيمة ومحصول وقوام من دون نقص او تلف بعد تعهد القيم و بموافقة المحكمة بإدائها، و عند فقده او عزله او اي سبب اخر، فسوف تتناط المهمة لدائرة رعاية القاصرين بذلك، وهذا كله يحصل عند عودته حياً، اما إذا ثبتت وفاته حقيقة بالسماع او المشاهدة او ربما كانت حكماً من تأريخ الحكم عليه بالوفاة، فإن هذه الاموال وحقوقها تنتقل إلى الورثة وبموجب القسم الشرعي، وخير دليل على ما تقدم هو نص المادة(٩٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي ونصها: ((تعاد اموال الغائب او المفقود اليه عند حضوره او تسلم الي ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة او حكماً وتسري عليه احكام المادة (٥٩) من هذا القانون))

وما اشارة اليه في نص المادة(٥٩)<sup>(١)</sup> من الالتزام في عملية تسليم الاموال وتصفية الحسابات النهائية وبصورة مفصلة عند حضور الغائب او للورثة عند ثبوت موته، وايضا مراعاة المواعيد المحددة في الحضور، وهذا ان دل علي شيء فإنما يدل على الصرامة الواضحة في كيفية المحافظة على هذه الاموال عند حضور او فقد الغائب سواء.

**ونخلص مما تقدم جميعاً:** أنّ الحقوق المالية للغائب محفوظة ومصانة بقيادة الوكيل الذي يعينه الغائب كما جاء في نص المادة(٨٨)<sup>(٢)</sup> من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ، أو عند عدم تعيينه وتناط المهمة للقيم بقرار من المحكمة، كما نصت عليه نفس المادة، فإن هذه المهمة ليست باليسيرة، وانما مهمة كبيرة ومحفوفة بالمخاطر والمسؤوليات القانونية التي تقع على متوليها، من حيث الحقوق الالتزامات الكثيرة والتي مرت علينا سلفاً، والمراقبة الشديدة من قبل دائرة رعاية القاصرين عبر وسيلة الاشراف المباشر للقيم او من يقوم مقامه، لذا فالأمر يتطلب ان تكون مسألة رعاية وتحرير اموال الغائب ومن على حكمه، تدار على بصورة صحيحة، وفقاً لصلاحيات الممنوحة لكلا منهما (القيم، ودائرة رعاية القاصرين)، وهذا الكلام يقودنا إلى القول انه لا خوف بعد اليوم على اموال الغائب وحقوقه في حال غيابه، وكذلك عند انتهاء غيبته بالعودة او ثبوت الوفاة حقيقة او حكماً، وهذا الكلام يسحبنا إلى القول أن هذه الاموال تدار بصورة سليمة كما لو كان الغائب ذاته يديرها، وهذا لمسناه فعلاً في القواعد القانونية الخاصة او العامة، ويضاف إلى ذلك تطوير ونماء هذا الاموال طيلة مدة الغياب،

(١) (إذ قضت: ((أولاً - على مديريات رعاية القاصرين والاولياء والوصياء عند بلوغ الصغير سن الرشد القيام بما يلي- : أ - تسليمه امواله التي هي تحت الادارة مع مراعاة ما ورد في الفقرة (ثالثاً) من المادة (٥٢)

ب - تسليمه حسابات نهائية مفصلة عن نتائج ادارة امواله، واذا كانت الادارة بيد الولي او الوصي فعليه تسليم نسخة من تلك الحسابات الى مديرية رعاية القاصرين. ثانياً - اذا تخلف ذوو الشأن عن تسليم الاموال بعد ثلاثين يوماً من تبلغهم بذلك فلمديرية رعاية القاصرين ان تتقاضى ٧٪ (سبعة من المئة) من صافي عائد استثمار الاموال نظير قيامها بالادارة ويسجل ذلك ايراداً في الحساب المستقل لدائرة رعاية القاصرين).

(٢) ونصها : ((اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه)).

فأحكام الغائب تختلف عن المفقود ( الثابت وفاته بقرار من القاضي) او الميت حقيقة فكلاهما قد حسم امره في انتقال امواله او اموالهما إلى الخلف العام او الورثة، وفقاً للقسام الشرعي ولا اشكال في هذا تماماً، لكن الغائب او من يدخل في حكمه، ليس ميتاً فهناك احكام وضوابط قانونية قد حفظت حقوقه أيّاً كانت طبيعتها كأن موجوداً فعلاً لحين عودته او ثبوت الوفاة، وأن مسألة وجود القيود او التزامات مشددة على القيم، فهذه بالضرورة لن تصب في مصلحة الغائب والحفاظ على حقوقه من الضياع وديمومتها وصيانتها وعدم التعرض عليها ودفع الاعتداء أيّاً كان مصدره ونوعه<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية وحمايتها

ستكون الوجة في هذا المبحث، عن كيفية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية من عدمها، بعدما جرى اثبات الحقوق المالية للغائب ومن يندرج تحته فيما تقدم في الدراسة، وذلك في مطلبين: المطلب الاول: امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية، والمطلب الثاني: امكانية حماية الحقوق الفكرية للغائب.

#### المطلب الاول

##### امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية

بدايةً يجب معرفة أن الحقوق الذهنية هي ذاتها تسمى بالحقوق الفكرية واصطلاح على تسميتها اكثر: ( بالملكية الادبية والفنية)، وأما ما اصطلح على تسميته بحق الاختراع وملكية الرسائل فهذا يطلق عليه ( بالملكية الصناعية) والجامع بين هاتين الملكيتين ( الادبية والفنية والصناعية) هو نتاج الذهن وخلقه وابتكاره، فهي تمثل كل ما يدور في خلد المؤلف او المبتكر وافكاره العقلية وتنتقل بالصميم من نفسه، وتذوب فيها شخصيته وكيانه وتمعناته العلمية والموضوعية لذا فهي تكون اولى بالحماية من الملكية

(١) ينظر: د. احمد محمد صالح، الوجيز في الحماية القانونية لعديمي وناقصي الاهلية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، القاهرة، ٢٠١٨، ص١٢٧.

المادية<sup>(١)</sup>. وبعد هذه التقديم الموجز، سيكون محور البحث هنا عن الملكية الفكرية (الأدبية والفنية والصناعية) بصورة عامة محددة وضيقة دون الدخول في شروحات وتشققات متعددة، تكون بعيدة عن الموضوع الأساس، و هو تحديد مدى تمتع الغائب بالحقوق الفكرية من عدمه، سنبدأ وكما هي الطريقة المتبعة في المبحث الأول، وهو التأصيل الفقهي ثم القانوني، ثم اسقاط هذه الجوانب وبكافة تأصيلها على الغائب لبيان ومعرفة تمتعه بهذه الحقوق من عدمها في نهاية المطب، وذلك في فرعين: الفرع الأول: التأصيل الفقهي للحقوق الفكرية للغائب، والفرع الثاني: التأصيل القانوني للحقوق الفكرية للغائب.

### الفرع الأول: التأصيل الفقهي للحقوق الفكرية للغائب

سنرى في هذا الفرع كيف تعامل الفقه الاسلامي في هذا الجانب، فقد ذهب جمهور الفقهاء في تعريف المال<sup>(٢)</sup> أنه: (( كل ماله قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار ))<sup>(٣)</sup> ولكي يتحقق هنا وجود المال حقاً يجب ان تتوافر فيه شرطان هما: الشرط الأول: ان تكون له قيمة سواء أكان عيناً أم منفعة مادياً او معنوياً، والشرط الثاني: ان يكون الانتفاع به مباحاً.

وذهب الأحناف في تحديد المال أنه: (( كل ما صح احرازه على قصد التمول ))<sup>(٤)</sup>، وهنا الأحناف قد خالفوا الجمهور عندما اشترطوا العينية والتمول، إذ انّ الاخير قالوا بجريان المنافع مجرى الاعيان، وهذا يعني أن العينية من الممكن ان تكون شيئاً مادياً له جرم و

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ ص ٢٧٧.

(٢) للتوضيح فقط: إن مسألة المال وان كان قد عرجنا عليها تفصيلاً في المبحث السابق، لكن هناك ضرورة فرضت نفسها في المرور على توضيح المال تأصيلياً، بسبب أن فقهاء المسلمين لم يكونوا على معرفة تامة وواضحة عن المسائل غير المالية اي الحقوق الفكرية او المعنوية كما هو الحال اليوم من الفقهاء المعاصرين، وهذا استلزم ان تكون الدراسة تكون مبدؤه من المال عموماً ثم القياس والتأسيس الفقهي عليه في الحقوق الفكرية.

(٣) د. وهبة الزحيلي: المصدر السابق، ٤/ ص ٤٢.

(٤) الامام شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٥، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٩٩٣، ص ٧١.

وجود خارجي، ويتحقق احرازه وحيازته، ام التمؤل التنافس وبذل العوض، فإن الناس يتنافسون على هذه العين وحيازتها، وبهذا يكون مفهوم الجمهور او سع وأعم وافضل للتعامل عند تحديد الحقوق المعنوية وما يترتب عنها للمالك، وهذا يقودنا أن الحقوق الذهنية والفكرية والعلمية والمنافع ليست مالا عن الأحناف بخلاف الجمهور، وانما عند الحنفية هي ملك، وذلك بسبب عدم توافر شرط العينية الذي تقدم فجمهور الفقهاء يشترط العينية لتحقق المال ويكون المال المعنوي قد اندرج تلقائيا لذا المفهوم والاساس، وأنه تترتب عليه منافع معنوية لها قيمة يرغب بها الناس وتجري عليها المنافسة وبذل العوض مادامت انها اموال وجاز فيها حق التصرف وهذا ما ذهب اليه اهل القانون (١).

ويتأسس على ذلك مبدأ الاستثناء الذي يتحلّى به المالك، لكن ليس معناه أن يحتوى هذا المال من قبل المالك فحسب، وانما يختص به صاحبه دون غيره فلا يعترض في التصرف فيه احد، والتصرف يكون هنا في الاشياء ويحسب طبيعتها، لذا ترى الشريعة الاسلامية لا تشترط التأييد لتحقيق معنى الملك، فمن الممكن ان تكون المنفعة مؤقتة كما هو الحال في العين المستأجرة، فإذا كان ولا بد أن يتأقت الحق المعنوي بمدة معينة، بحجة ان صاحب الحق المعنوي قد استفاد من جهة غيره، فهو بالتالي ليس جهداً خالصاً له، لذا فإن الجهد الفكري ضروري لرقى البشرية وتقدمها، وبمقتضى ذلك أن لا يكون حقه مؤبداً، مما يعني أنه لا يخرج عن دائرة الملك في الشريعة الاسلامية (٢).

ويتبين من ذلك أن الشريعة الاسلامية ليست بالضد من استثمار واستثناء المال المعنوي، والاستفادة منه، رعاية لحقوق المفكرين وضمان لهم، وسواء تعلق هذا الامر بالتأقيت أو

(١) ينظر: الامام عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٨١، ص٥١٨. ؛ محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج١، مكتبة الكليات الازهرية- مصر، ١٩٦٦، ص١١٢٩.

(٢) ينظر: د. علي محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصر، ط١، دار البشائر الاسلامية، لبنان، بيروت، ص٣٩٥-٤٠١. ؛ نقلاً عن: د. ناصر بن محمد الغامدي، حماية الملكية الفكرية، في الفقه الاسلامي والاثار الاقتصادية المترتبة عليها، طبعة تمهيدية، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة، ص٣١.

التأبيد، فالانتفاع هنا مشروعٌ وجائزٌ وهذا ما اُفتى وتكلم به الفقهاء القدامى والمتأخرين، لكونه اشدّ التعلق بالمال وكيفية الانتفاع منه، ولقد اثبت مسألة الانتفاع والاباحة لحقوق المؤلف والمخترع سوية، عن طريق وصف هذا النتاج الفكري والذهني، أنه عُدّ من كسب يد المؤلف او المبتكر وكده وهو يمثل ثمرة جهده العقلي وعنصرًا أساسًا، ليكون خير تشجيعًا للأبداع الانساني وتكريمًا منه للمبدعين عن طريق الاعتراف بهم وبأعمالهم وبمكافأتهم مكافأة عادلة، حيث جاء في الحديث النبوي الذي يرويه المقدم ( رضي الله عنه) أن رسول الله ( صلى الله عليه وسلم) قال: { ما أكل أحد طعامًا قطُّ، خيرًا من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عليه السلام كأن يأكل من عمل يده} (١) . ولا شك أن النتاج الفكري هو حاصل جهود متواصلة فهو من عمل الانسان الذي يستحق عليه الثواب، ولهذا ذهب جمهور الفقهاء قديمًا وما عليه المعاصرون، إلى ثبوت الحق فما يحصل عليه المؤلف او المخترع من قيمة مالية تمثل ثمرة لإنتاجه وأن هذه المنافع المتولدة من هذا الجهد يجوز امتلاكها حيث انها تجري مجرى الاعيان في الملك والتوريث (٢). وعند الدخول في اجزاء الملكية الفكرية، تجد أيضًا حق المخترع مثلًا، عند اهل الشريعة الاسلامية، يتمتع بالحقوق فهؤلاء المخترعين يبذلون اموالهم وأوقاتهم في البحث والتجريب والتصميم والرسم، ويضمنون ما ينتج عن ذلك من خطأ وتصويبه واصلاح ما يمكن اصلاحه او القيام بتجارب واختبارات اخرى وهكذا فعلية الجهد بالوقت والمال والصحة مستمرة إلى حين اتمام المهمة المكلفين بها، وهذا يعني كله أن يكون لهم بالمقابل من جراء تلك المخاطر والعقبات والتضحيات، من جزاء لهذه الثمرة ماديًا

( ١ ) الامام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج٣، دار صادر، بيروت. رقم الحديث (٢٠٧٢)، ص٥٧.

( ٢ ) ينظر: الامام عبد الرحمن السيوطي، المصدر السابق، ص٢٠٨. نقلًا عن: د. محمد الشلش، حقوق الملكية الفكرية بين الفقه والقانون، بحث منشور في جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، بلا عدد، لسنة ٢٠٠٦، ص٣٥.

ومعنيًا، وحيث جاء في الحديث الذي ترويهِ السيدة عائشة (رضي الله عنها) أنّ رسول الله ( صلى الله عليه وسلم) : { قضى أنّ الخراج بالضمن }<sup>(١)</sup>.  
فالحاصل وباختصار أنّ الفقه الاسلامي قد ضمن وحدد الحقوق الفكرية لصاحبها بصورة عامة، إن كان حيًا فهو يتمتع بها ولا حرج في ذلك، وإن كان ميتًا حقيقة او حكمًا فهي تنتقل وكما اسلفنا إلى وراثته، بقية مسألة من كان على قيد الحياة ولكن منعه او حدث طارئ منعه استخدمها او ممارستها مباشرة، فإن الوكيل أو القيم الذي سوف يتولى ادارة هذه الاموال المعنوية وحقوقها ولمصلحة الغائب ومن يدخل في حكمه لحين عودته او ثبوت وفاته قضائيًا، ولا يوجد وكما مر علينا مانع شرعي او قانوني مؤداه حرمان صاحب العلاقة من حقه اذا لم يمارسه مباشرة بل بالعكس الحقوق محفوظة ومصانته عند الشريعة الاسلامية للأموال فكيف بالأحياء؟ ولأنّ الامر يخص شريحة واسعة من الاحياء حالت بينهم الظروف في استخدام مصنفاتهم الفكرية بصورة تلقائية ومباشرة، لأسباب مختلفة ومتنوعة لا نريد الخوض فيها الان، إذن فالوكيل او من ينصب لمصلحة الغائب ماهي وظيفته؟ اذا لم تكن واهم الحقوق واقومها واتعبها جهدا وفكرًا ومالًا و وقتًا تدخل في اختصاصاته في المتابعة والرعاية والحفظ والنماء.

وخير دليل عن الاموال وما يترتب عليها الحقوق مصانته، ما جاء به القرار الصادر من المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر في دروته الخامسة بالكويت لسنة ١٩٨٨ الموافق ١٤٠٩ هـ حيث عدّ الحقوق المعنوية مصانة ماليًا ويرد عليها التصرفات الشرعية التي وردت على الملكية نص القرار هو (( أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية والتأليف، والاختراع، والابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، اصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعًا فلا يجوز الاعتداء عليها. ثانيًا: يجوز التصرف في الاسم التجاري او العنوان التجاري او العلامة

(١) الامام محمد بن عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح لسنن الترمذي، ج٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٥٧٣.



التجارية ونقل اي منها بعبوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار ان ذلك اصبح حقًا ماليًا. ثالثًا: حقوق التأليف والاختراع او الابتكار مصنونة شرعًا ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها))، وفيما تقدم فإن الحقوق الفكرية محفوظة للغائب وعند جمهور الفقهاء لاشتراطه على كونها اعيان مادية او معنوية فحسب وبخلاف الأحناف<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: التأصيل القانوني للحقوق الفكرية للغائب

ففي هذا الجانب<sup>(٢)</sup> سيكون عدة محطات تفصيلية سنقف عليها لتوضيحه بصورة صحيحة وسلسة. حيث جاء في لفظ المال المعنوي بصيغته الحالية المادة (١/٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ إذ نصت: (( ١- الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان))، اذن فهو يمثل نتاج العقل البشري وما يتبلور عنه من أفكار يتم ترجمتها إلى اشياء ملموسة يدخل في نطاقها الحقوق الآتية: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، والملكية الصناعية وتشمل براءات الاختراع و الرسوم والنماذج الصناعية وغيرها<sup>(٣)</sup>.

وعُرف الحق المعنوي ايضًا أنه: (( سلطة لشخص على شيء غير مادي كالأفكار والمخترعات))<sup>(٤)</sup> وعرف ايضًا: بأنه (( سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره، أو خياله، أو نشاطه كحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري، والعلامة التجارية وثقة العملاء، وقد يعبرون عنها، أو عن بعضها بالحقوق الذهنية،

(١) ينظر: د. علي القره داغي، المصدر السابق، ص ١٠.

(٢) هذا الجانب سيكون اكثر قرباً وصلة بالدراسة لكون الحقوق المعنوية قد نظمت احكامها قانوناً وعلى وجه الخصوص القانون العراقي محل البحث، ولكن بشيء مختصر وموجز و واضح يصب في لب الموضوع.

(٣) ينظر: الدكتور اكرم فاضل سعيد، انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية في الأشياء غير المادية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٣٨٢. ؛ تقرأ عن: ثائر حامد عواد، انتقال الاموال المعنوية بالوصية والميراث، بحث منشور جامعة الفلوجة- كلية القانون، العدد الثاني، ٢٠٢٠، ص ٧.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ١/ ص ١٠٣.

والحقوق الادبية، والحقوق الفكرية، وحقوق الابتكار، والملكية الادبية والفنية والصناعية والاسم التجاري، وحق الاختراع وحقوق التأليف<sup>(١)</sup>. على هذا فالحقوق المعنوية بوصفها مجموعة من الحقو الذهنية والفكرية كحقوق المؤلفين والمبدعين والمخترعين، تندرج تحت انواع الحقوق الشخصية فهي ملازمة لها ولصيقة بها، فهي من الناحية الادبية ترتبط ارتباطاً وثيقاً، واما من الناحية المالية فهي تمثل ريع وثمار للمؤلف او المخترع، فما يكون مرتبطاً بشخصهما يعد لصيقاً بهما غير مالياً ولا يقوّم بالمال وعن طريقه تتجسد الحماية الشخصية، لهذا عُدت حقوقاً شخصية؛ فهي تخوّل صاحبها سلطة تقرير نشر نتاج ذهنه او عدم نشره وله وحده هذا الحق يتجسد، فله حصر ينسب هذا النتاج لا لغيره وعلى سبيل الديمومة والتأبيد، وايضاً له الحق في سحب هذا المصنف من التداول بعد نشره او الحصوص على براءة الاختراع فيه<sup>(٢)</sup>. وبعد هذا الايجاز القانوني عن الحقوق المعنوية غير المالية، سنشرع الان في الدخول المحدد لبعض الجوانب التي تخصها، من جهة خصائص حق المؤلف، المتشابه كثيراً مع حق المخترع، إذ تنتشر عناصرها إلى اثنتين: (الحق الادبي، والحق المالي)، فأما الحق الادبي فيمثل الخصائص التالية:

١- أنه حق لصيق بشخص المؤلف: اي انه يمثل امتداد لشخصية المؤلف ونتاجه الفكري فهو جزء من وجوده وكيانه أي، وانه يمثل عصاره فكره وخلاصة مواقفه وآرائه، لذا لا يجوز للغير ان يستعمل هذا الحق وكذا لا يمكن التنازل عنه سواء كان بموافقة المؤلف أو عدمها في حياته او بعد وفاته، وكما جاء في الشطر الاخير من نص المادة (٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ (النافذ)<sup>(٣)</sup> ونصها:

(١) د. علي القره داغي، المصدر السابق، ص ٤٦١.

(٢) ينظر: د. محمد محيي الدين عوض وآخرون، حقوق الملكية الفكرية، ط١، جامعة نايف مركز الدراسات والبحوث، السعودية، الرياض، ص ١٣.

(٣) نشر في جريدة الوقائع بالعدد (١٩٥٧)، وبتأريخ (١٩٧١/١/٢١).

((... ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن سابق منه او ممن يؤول اليه هذا الحق))،

٢- انه حق مطلق: فالمؤلف وحده وبموجب هذا الخصيصة من يقرر نشر مصنفة من عدمه وهذا التقرير بحد ذاته لا يخضع لسلطة القاضي، ويضاف أن صاحبه وحده مكلف بوضع التعديلات عليه فحسب، وخير دليل الشطر الاول من نص المادة اعلاه: ((للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفة وفي تعيين طريقة هذا النشر وله ايضاً الحق في الانتفاع من مصنفة بأية طريقة مشروعة يختارها...)) ، وكذلك المادة (١٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ النافذ، ونصها: ((للمؤلف وحده الحق في ان ينسب اليه مصنفة وله او لمن يقوم مقامه ان يدفع أي اعتداء على هذا الحق، وله كذلك ان يمنع أي حذف او تغيير في المصنف. على انه اذا حصل الحذف او التغيير في ترجمة المصنف مع ذكر ذلك فلا يكون للمؤلف الحق في منعه الا اذا اغفل المترجم الاشارة الى مواطن الحذف او التغيير او ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الثقافية او الفنية))،

٣- عدم قابلية هذا الحق للتصرف فيه: فهو مرتبط بشخصية المؤلف كما اسلفنا، لهذا السبب فلا يجوز ان يكون محلاً للتعامل بالحوالة فيه كأداة للتصرف، ولان التصرف يمثل نقل الشيء للغير فهذا النقل يكون غير جائز<sup>(١)</sup>. ونصت المادة(٣٩) منه على ذلك، ونصها: ((يعتبر باطلاً تصرف المؤلف في مجموع انتاجه الفكري المستقبلي))، وكذا المادة(٤٠) منه: ((يعتبر باطلاً كل تصرف من غير المؤلف في الحقوق المنصوص عليها في المواد السابعة والثامنة والعاشرة من هذا القانون))،

٤- عدم قابلية انتقال الحق الادبي للورثة: ومفاد ذلك أن هذا الحق مرتبط بشخص المؤلف حصراً، وأن سبب اختفاء هذا الشخص (صاحب المؤلف) سيكون سبباً في اختفاء

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، ط١، بيت الحكمة، العراق، بغداد، ٢٠٠١، ص١٠٨، ١٠٧.

هذا الحق من غير شك، وكذلك ما يتطلب في الواقع العملي من ضرورة الحفاظ على سمعة المؤلف الأدبية عند تركه للمصنفات التي تمثل شخصيته وافكاره وآراءه فهي بحاجة الى من يحافظ عليها ولا يتصور بين الورثة من يملك او يستطيع التحمل والقيام بهذه المسؤولية، وهذا يعني حتمًا أن الورثة لا يملكون حق التعديل ولا الحذف للمصنف ولا سحبه من التداول، إلا اذا كان قد اوصى بذلك، وهذا ما رأيناه في نص المادة (١٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي، ونصها: ((لورثة المؤلف وحدهم الحق في تقرير نشر مؤلفاته التي لم تنشر في حياته ما لم يوص المؤلف بما يخالف ذلك على انه اذا حدد المؤلف موعدًا للنشر فلا يجوز نشر المصنف قبل انقضاء الموعد المذكور)). ٥-: وأن حق دائم: بمعنى أنه يبقى طوال حياة المؤلف وغير مؤقت بمدة معينة وعدد سنوات، ويأتي هذا بخلاف ما عليه الحق المالي المحدد المدة في حياة المؤلف وكذا لا يجوز حجز المصنفات التي مات صاحبها قبل نشرها خصوصًا اذا يتبين انه اراد نشرها قبل وفاته وبصورة قاطعة<sup>(١)</sup>، وقد نصت المادة (١١) من القانون اعلاه على ما أُشير اليه في الفقرة الاخيرة من الكلام، ونصها: ((لا يجوز الحجز على حق المؤلف. ويجوز حجز نسخ المصنف الذي تم نشره ولا يجوز الحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة انه استهدف نشرها قبل وفاته)).

أما الحق المالي: فتكون خصائصه كالاتي:

١- أنه حق ينطوي على عقد تبادلي: أي بموجبه يتم الاتفاق بين المؤلف والناشر عند تحديد الالتزامات المتبادلة بينهما، فهو اذن يتحلى بالرضائية في طبيعته الخاصة ويجب ان تكون خالية من العيوب المبطله لها: كالغلط والتدليس والاكراه، وتوافر اهلية التعاقد اصالة او من ينوب عليه اذا كان قاصرًا او غائبًا او غير ذلك، وهذا كله يتوقف على تقدير صاحب المصنف او من يمثله في تلك الصلاحيات عند النشر، ولا ننسى الشكلية

(١) ينظر: د. نواف كنعان، حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف و وسائل حمايته، ط٢، مكتب دار الثقافة، الاردن، عمان، ١٩٩٢، ص٧٦-٧٨.

فهي ضرورية لهكذا تعاقدات فالكتابة شرط لصحة هذا التصرف، لذا لا يعتد بعقد النشر الخالي من الشكلية ولا يعتبر صحيحًا، مالم يكن مكتوبًا، فإذا كان شفهيًا عُذَّ باطلاً، وهذه ميزة لعقد النشر، وكذا قابليته للحجز: أي انه يجوز الحجز على المصنفات التي تم نشرها العائدة للمؤلف، إلا المصنفات التي توفى عنها صاحبها فلا يجوز حجزها، مالم يتبين ان اوصى بذلك<sup>(١)</sup>. وجاء في نص المادة (٣٨) منه، ما يؤيد هذا الكلام كله، ونصها: ((للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع المنصوص عليها في هذا القانون الا ان نقل احد الحقوق لا يترتب عليه اعطاء الحق في مباشرة حق آخر ويشترط لصحة التصرف ان يكون مكتوبًا وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلًا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وعلى المؤلف ان يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف به)).

٢- حق مؤقت: يُعدُّ الحق المالي بأنه حق مؤقت وغير مؤبد، وهذا ما يخالف به الحق الادبي، لكون الاخير حقًا مؤبدًا، وهذا يعني انَّ للحق المالي مدة وينتهي بها، ويتحول بعد انتهائه إلى التراث الفكري مسخرًا لمنفعة المجتمع باسره عبر العصور والاجيال<sup>(٢)</sup> وجاء هذا في نص المادة (٢٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي، ونصها: ((مع عدم الاخلال بحكم المادة التاسعة من هذا القانون تنقضي حقوق الانتفاع المالي المنصوص عليها في المواد السابعة والثامنة والعاشرة منه بمضي خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف على ان لا تقل مدة الحماية في مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ نشر المصنف على انه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلًا أليًا تنقضي هذه الحقوق بمضي خمس سنوات تبدأ من تاريخ اول نشر للمصنف. وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة

(١) ينظر: د. نواف كنعان، المصدر نفسه، ص ١٢٠-١٢٢.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، د. صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٤٠، ١٤١.

آخر من بقي حياً من المشتركين. فإذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً او خاصاً انقضت حقوق الانتفاع المالي بمضي ثلاثين سنة من تاريخ اول نشر للمصنف)).

٣- قابليته للانتقال للورثة: فيمتاز هذا الحق أن ينتقل للورثة بعد وفاة المؤلف، وهذا يعني أنه لا ينقضي بوفاة صاحب التأليف، ولكن هذا الحق إذا دام طوال حياة المؤلف، فإنه لا يدوم بعد موته، اي اذا استنفد مدة الحماية الخاصة به قبل موت صاحبه فلا يستفاد الورثة أو الموصى لهم منه، وفي حال انه انتقل إلى الورثة ولم تستوف مدة الحماية كاملة فإنه ينتقل إلى الخلف العام من الورثة كلاً بحسب نصيبه من حصته من ميراث المتوفى او بحسب الحصة المقررة له اذا كان موصى له في حدود الثلث<sup>(١)</sup> على الغالب والزيادة مرهونة بموافقة الورثة، مع مراعاة الشروط والضوابط المحددة في القانون العراقي، ولا يمنع طبيعة هذا الحق من انتقاله إلى الورثة، ابداً فهو حق له قيمة مالية مقدرة بالنقود او الاعيان او غير ذلك تنتقل كأسهم لذوي المتوفى كلا بنصيبه لا ظلم ولا منع لأحد الا ما منعه الشرع الحنيف وبموجب القانون المختص<sup>(٢)</sup>، وهذا ما حددته المادة(١٨)<sup>(٣)</sup> منه، المشروحة سلفاً، وكذا المادة(١٩) منه، ونصها: ((لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الانتفاع المالي الواردة في المواد السابعة والثامنة والعاشر من هذا القانون، واذا كان المصنف مشتركاً ومات احد المؤلفين دون ان يترك وارثاً او موصى له فان نصيبه يؤول الى شركائه في التأليف او خلفهم ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)). وبهذا نكون قد انتهينا من عنصري حقوق المؤلف(الادبي والمالي) وخصائصهما

(١) كما جاء في نص المادة(٧٠) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع بالعدد(٢٨٠) وبتاريخ ١٩٥٩/١٢/٣٠، ونصها: (( لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له)).

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(٣) حيث قضت: ((لورثة المؤلف وحدهم الحق في تقرير نشر مؤلفاته التي لم تنشر في حياته ما لم يوص المؤلف بما يخالف ذلك على انه اذا حدد المؤلف موعداً للنشر فلا يجوز نشر المصنف قبل انقضاء الموعد المذكور))

والتي تتشابه كما اسلفنا مع خصائص حق المخترع، ومع ذلك سنقوم بتحديد شروط الواجب توافرها بالمخترع، وذلك على النحو الآتي:

**الشرط الاول:** أن يكون ينطوي حق المخترع على ابتكار: وهذا يعني أنه لا وجود لأي اختراع مهما كان إذا لم يكن في ابتكارا، والّا فلا يستحق الحماية، فحق المخترع انما هو ثمرة من ثمار فكر الانسان وابتكاراته، وعلى هذا يجب ان يكون لهذا الابتكار قيمة وغير معهود من قبل: كاختراع آلة جديدة او مادة كيميائية جديدة للقضاء على مرض معين او غير ذلك من الابتكارات، وجاء ما يؤكد هذا في نص المادة (٢) (من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل)<sup>(١)</sup> ونصها: (( تمنح براءات الاختراع استناداً إلى احكام هذا القانون لكل اختراع قابل للتطبيق صناعياً، حديث يساهم في خطوة مبتكرة، يتعلق بمنتج صناعياً جديد، او طرق صناعية جديدة، او تطبيق جديد لطرق صناعية معروفة))<sup>(٢)</sup>،

**الشرط الثاني:** أن يكون هذا الابتكار جديد: بمعنى انه ليس مجرد تكراراً للابتكار قد سبقته، فيه استخدامات جديدة غير معروفة من قبل، فيكون بهذا صاحب الاختراع قد سبق غيره بها عند التعريف به، وقد حدد شطر من المادة اعلاه هذا مفاد هذا الكلام، ويطلق على هذا الشرط تسمية اكثر دقة تناولتها كتب متنوعة بتفصيل اكثر، الآ وهي ( الجدة)، ومعناه باختصار جداً، أن لا يكون هذا الاختراع قد تم استخدامه بفترة تقدر (٥٠) سنة، أو اكثر على تأريخ تقديم طلب اصدار البراءة، فيكون الابتكار جديداً في اصله ووصفه وعمله<sup>(٣)</sup>.

**الشرط الثالث:** ان يكون الابتكار قابلاً للتطبيق الصناعي: وهذا شرط استلزمته كثير من التشريعات الاخرى، مضافة للتشريع العراقي وايضاً في ذات النص المادة(٢) المشروحة

(١) نشر في جريدة الوقائع بالعدد (١٨٦٥) وبتأريخ ١٩٧٠/٤/٦.

(٢) تم تعديل هذا المادة بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ وبموجب قانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٩

(٣) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ ص ٤٥٢، ٤٥٣.

في اعلاه، في جزء منها، وسبب وجود الصناعية على المبتكر، وذلك لأنه سوف يخرج من عالم التجريد إلى عالم التطبيق الصناعي الملموس المادي، و هذا يعني ان لا يكون الاختراع مجرد نظرية، بل يجب ان تكون صالحة لتجسيدها عملياً ويستثمر وجودها استغلالاً واستعمالاً في شتى المجالات الصناعية حتى تعم الفائدة المرجوة منه، وعندئذ يصبح مستحق الحماية ويمنح براءة الاختراع على اثرها، وعلى هذا يجد صده في مهام التي وضع من اجلها هذا القانون، وهو تحقيق مصلحة صناعية تلبية بدورها حاجات الانسان وتطلعاته<sup>(١)</sup>.

**الشرط الرابع:** ان لا يكون المبتكر مخالف للنظام العام والآداب العامة: و مفاد هذا الشرط ان يكون الاختراع موافقاً لما جاء به النظام العام والآداب العامة الموجودة في بلد صاحب الاختراع وإلا فهذا الشرط يختلف عند تطبيقه من بلد إلى آخر ويخضع للأعراف والتقاليد الموجودة في الدول، وحتى يتحقق هذا القيد يستلزم هنا حظر جميع الاختراعات التي تؤدي في حال تم منحها البراءة الاختراع، التناقض والمخالفة الصريح مع الاخلاق والاعراف والقوانين السائدة وخذش الحياء، مثلاً: آلة لتزييف النقود، او لعب القمار او غير ذلك، ولكن هذا القيد لا يمنع من الاختراعات التي تحمل منحى ايجابي وسلبي : كالأسلحة والأدوية وغير ذلك، فالأصل ان يتم منح براءة الاختراع وليس فيها ضرراً بالمجتمع ولا مخالفة واضحة وصريحة للنظام العام وإلا سوف تلغى هذا البراءة<sup>(٢)</sup>، وقد نصت المادة (٣/ ١) من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل، على ذلك ونصها : (( لا تمنح البراءة في الحالات التالية: - ١ - الاختراعات

(١) ينظر: د. هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٤٤؛  
نقلا عن: عائشة بوعر عور، حماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة محمد  
خضير بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، لسنة ٢٠١٥/٢٠١٦، ص٧٦،٧٥.  
(٢) ينظر: د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ط٢، دار الثقافة للتوزيع والنشر،  
الاردن، عمان، ٢٠١٠، ص٤٣؛ د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط٩، دار النهضة العربية،  
مصر، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٣٨.



التي ينشأ من استغلالها اخلال بالآداب العامة او النظام العام او التي تتعارض والمصلحة العامة...))

ويضاف إلى الشروط التي تقدمت، أن لصاحب براءة الاختراع، بعد حصوله عليها، ان يستغل الاختراع الخاص به في جميع الطرق المحددة قانوناً ونصت المادة (١٧) منه، على ذلك، ونصها : (( ليس للطالب الحق في استغلال اختراعه إلا من تأريخ صدور البراءة))، فيحق للمخترع التمتع باختراعه او اختراعاته بعد الموافقة على منحه البراءة وصدور كتاب رسمي بها، وله الحق في تجديد البراءة ولو مرة واحدة، على ان يثبت اهمية هذا الاختراع وخصوصاً اذا كان لم يجن ثمرة تتناسب مه جهوده ونفقاته، وفي ذات السياق فإن الحجز على براءة جائر من قبل دائني المخترع، كما جاء في نص المادة (٢٦) منه، إذ قضت : (( للدائن حق الحجز على البراءة الخاصة بمدينه بموجب قرار يصدر من قبل المحاكم المختصة...)) و كذا انه تنتقل إلى الخلف العام كما حددت ذلك المادة (٢٥) منه، حيث نصت : (( يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنتقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث ولا يكون التصرف بالبراءة حجة على الغير إلا من تأريخ تأشير ذلك في السجل...))، ولها ايضاً مدة حماية تنتهي بها وسنأتي لها لاحقاً، والتنازل عنها وارد كذلك من قبل صاحبها وحتى قبل انقضاء مدة حمايتها عند صدور حكم ببطلان البراءة<sup>(١)</sup>، ونصت المادة (٢/٣١) منه، على هذا حيث نصت: (( تنتفي البراءة في الاحوال التالية: - ٢... - صدور حكم مكتسب الدرجة القطعية ببطلان البراءة...)).

وبالعودة للموضوع الاساس الخاص بدراستنا وهو امكانية تمتع الغائب بالحقوق الفكرية، لهذا المطلب خصوصاً، وبعد التأصيل الفقهي الاسلامي والقانون العراقي لكلا الفرعين الذي مر بنا، سنعرض الآن مسألة مدى تمتع الغائب بالحقوق المعنوية او عدمها وعلى

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري/ المصدر السابق، ٨/ ص ٤٥٩، ٤٦٠.

نحو تفصلي و وافٍ، والمعالجة هنا ستكون على اربعة محاور، وكالاتي: **المحور الاول:** إن الحق الادبي الذي يمثل أحد الركائز الأساسية في الملكية الفكرية، وعلى صعيد خاص الخصائص سالفة البيان والتوضيح، لا يتعارض مطلقاً مع الغيبة وأياً كانت صورها، فلا يفقد الغائب حق الابوة لكونه لصيق بشخصه حياً كان أم ميتاً وليس بالمكان او التواجد حتى يفقد بفقدها، وكذا الحال بحق تقرير النشر فلأحد يستطيع ان يملأ مكان المؤلف، فضلاً على أن يقوم بتعديل المصنف او حذفه او منعه من النشر، وقد نصت المادة (٧) من قانون حماية حق المؤلف المشروحة سلفاً، كيفية منع استخدامه الا من قبل صاحب التأليف او من يوصي اليه، وإذا علمنا انّ الغائب لم يتوفى حتى يوصي، إذن يبقى هذا الحق معلقاً وثابتاً لصاحبه لحين العودة او ثبوت الوفاة، أو ربما كان تعاقده على نشره قبل غيبته او جاهز للنشر، ففي كلتا الحالتين لا داعي لتواجد المؤلف حقيقة، وكذا عدم قابلية انتقال هذا الحق للورثة، فطبيعة هذا الحق وكون أن الغائب ليس متوفى يجتمعان سوية لثبوت وتحقيق هذا الحق للغائب، فلا يتأثر مركز الاخير ايضاً لكون أن الحق غير مؤقت ولا يتم الحجز عليه، فهذه تصب مباشرة في مسألة الحفاظ على هذا امواله وحقوقه عند غيبته وقد مر بنا كيف تدار وتُحفظ اموال الغائب بموجب قانون رعاية القاصرين العراقي في المادة (٩٠)<sup>(١)</sup> ، ولا يوجد اي اختلاف في المضمون إذا كانت المحافظة على هذا الحقوق قد تضمنت لأموال مادية او معنوية، اذن فالحق الادبي مصان ومتحقق تماماً كما رأينا بشخص المؤلف او المخترع الغائب.

اما الحق المالي: الذي يندرج تحته المردود المالي واستغلال المصنف بعد ابرام عقد نشره، فالمهم أنّ هذا الحق لا يضيع او يلغى بسبب غياب صاحبه، وإلا واصبح مهمة

(١) حيث نصت: ((اولاً - تحرر اموال المفقود، او الغائب عند تعيين قيم عليه، وتدار اموالهما على غرار اموال الصغير.

ثانياً - اذا عينت المحكمة قيماً لإدارة اموال الغائب او المفقود فيكون القيم تحت اشراف مديرية رعاية القاصرين. ثالثاً - عند عدم وجود قيم على المفقود فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بإدارة امواله وفقاً لأحكام هذا القانون))

القيم و دائرة رعاية القاصرين في مهب الريح ولا دور لهم!! وهذا لم يقل به أحد، فالمادة اعلاه وخصوصاً في الفقرة (ثانياً) قد اناطت وبصراحة مهمة ادارة اموال الغائب للقيم وبإشراف دائرة رعاية القاصرين، وكان نصاً عاماً لجميع اموال الغائب ولم تحد مالا عن آخر ولم تحدد ايضاً طبيعته، فالعموم هنا هو الشاهد في احقية الغائب في حقوقه المالية المتحصلة من نشاطه ونتاجه الفكري واستغلاله، وعلى هذا فان الحق المالي لا يفقده الغائب مهما طالت فترة غيبته مالم يتوفى فينتقل إلى ورثته، بسبب كونه يتعلق بحقوق مالية صرفة، وتأثير مباشر ايضاً لشروط الاختراع على وجود المخترع من عدمه، فجميع تلك الشروط التي مرت قد ركزت على طبيعة الشيء المبتكر كونه ابتكاراً، وجديداً، ويدخل في المجالات الصناعية، ولا يخالف النظام العام والآداب، فلم تؤسس من وجود المخترع يشغل حيزاً او ضابطاً بخلافه ينتفي الابتكار، ابداً فوجود المخترع حياً ( حقيقة أو حكماً) او ميتاً لا يؤثر تماماً حقوق الغائب المخترع.

**المحور الثاني:** الموقف القانوني الداعم لوجود الحقوق الفكرية للغائب: سنبدأ بأول اساس قانوني في هذا المضمار هو الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ حيث نصت المادة (١٥): ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحريّة، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الاً وفقاً، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)) وهذا يعني من دون تأويل مخالف، أنّ الحقوق والحريات التي يتمتع ابناء الشعب الواحد، لا يجوز حرمانهم بأي شكل من الاشكال وتحت اي ذريعة كانت، وايّاً كانت طبيعتها ونوعها ومسمياتها، وكذلك نصت المادة (٢٣/ اولاً) من ذات الدستور، نصها: (( أولاً:- الملكية الخاصة مصنونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون...))، وهنا ايضاً في هذا النص اشارة واضحة إلى أنّ ملكية أيّا كان نوعها وجنسها وطبيعتها، فهي محفوظة ومصانة، وكذا نص المادة (٤٢) منه: (( لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة)) ، وهذا يعني من النصوص الثلاثة: أنّ المواطن العراقي متمتع تماماً بالحقوق

والحريات مهما كان وضعه وحالته ومركزه القانوني، سواء كان موجودًا ام مغيبًا طرأ عليها طارئ فغيّبه، ومع ذلك وفي اسوء الاحتمالات، فالنص الثاني، يؤكد على أنّ ملكيته تبقى محتفظة بوجودها قيمتها سواء كان صاحبها حيًا- حقيقة ام حكمًا او كان ميتًا، فلا غياب او ضياع لحقوق الغائب عامة، والنص الثالث يخص بوضوح حرية الفكر مصانة في ظل الدستور العراقي وهو اعلى قانون في الدولة، ولعل الفكر هو محل الشاهد، في هذه المحور، اي أنّ الغائب لا يمنع من حقوقه جميعًا والملكية المترتبة في ضوء هذه الحقوق وخصوصًا ملكية الفكر وما ينتج عنها فالجميع تحت الحفظ والرعاية.

**المحور الثالث:** المعقول واثره في تحديد الحقوق الفكرية للغائب: هنا في هذا المحور يدور سؤال يفرض نفسه ما هو الاشكال في قيام الوكيل او القيم المكلف بإدارة شؤون الغائب من متابعة حقوقه الفكرية؟ والاجابة عن هذا السؤال ستستغرق جميع ما يتضمنه هذا المحور: ونبدأ بما جاء في نص المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ، ما يعرف عقد الوكالة، ونصها: (( الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ))، فلابأس هنا من أن تكون نيابة اتقاقية هي من تحل محل الغائب تتمثل في شخص القيم او الوكيل لممارسة والحفاظ على جميع الحقوق ومنها الفكرية، ولكن هذا الكلام قد لا يستقيم مطلقًا، فهناك من يشكل على الوكيل في تحديد الجهة المخولة في مراقبته وتقديم الحساب اليها او دفع اجرة له، فالأمر متروك دون نصوص تحده، وكذا لو كانت الوكالة خاصة قد حددها الغائب قبل فقده في اوجه محددة للاستغلال الفكري مثلًا في نشر المصنف فقط، فهل يحق استعمال الحقوق الاخرى لذات الوكالة، كاستعمال سحب المصنف او غيرها، وخصوصًا اذا كان هذا الامر يسيء لسمعة المؤلف او المخترع ولا يسري على الوكيل؟ هذا وغيره من الاحتمالات التي تشكل عمل الوكيل او القيم<sup>(١)</sup>. ومازلنا في

(١) ينظر: انتصار خضير عباس، احكام المؤلف القاصر- دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، من جامعة الفلوجة- كلية القانون، لسنة ٢٠٢٢، ص ٦٥.

ذات السياق، فالمادة (٩٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ، ونصها: ((على المحكمة في جميع الاحوال ان تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول الى معرفة ما اذا كان حياً او ميتاً قبل ان تحكم بموته))، قد رفعت الاشكال ووضعت اجابة يطمئن لها العقل. حيث تحدثت عن وجوب التحري وبكل الوسائل المتاحة والطرق الممكنة للتأكد من حياة او وفاة الغائب، وهذا يعني ضمناً، وان لم تصرح بذلك، أنّ المشرع العراقي قد جعل من مهمة القيم او الوكيل في المحافظة على اموال وحقوق الغائب، مهمة كاملة الصلاحيات والالتزامات الملقاة على عاتقها، وعدم التفريط في الاجراءات والقرارات المتخذة من قبله في مسألة الحفاظ والرعاية الكاملة لشؤون الغائب، وحُدد مسبقاً طبيعة الادارة المعتمدة من قبل القيم وفق المواد (٤٠) / ثالثاً<sup>(١)</sup> و (٤١)<sup>(٢)</sup> منه، وهذا يعني ان المشرع كان حريصاً في اختيار من يمثل الغائب عند غيبته وتحصيل الحقوق والمحافظة عليها دون الخوض فيما يدخل او يخرج من الاختصاص لأن هذه من الجزئيات المعرّقة للعمل والاجراءات التي تخص مهمة الوكيل او القيم، لحين عودة الغائب حيا او ثبوت وفاته، وبخلاف ذلك في مزيد من التعقيد دون الاهتمام المباشر في حقوقه سيجعلنا ندور في حلقة مفرغة وربما تضيق كثير من الحقوق المادية والمعنوية على الوجه الخصوص، وخلاصة ذلك أن المادة (٩٤) كأنه قد اشترت إلى اهمية محددة وهي التحري من حياة او وفاة الغائب او من يدخل في حكمه، دون الالتفات إلى مسائل اخرى تعرقل عمل القيم او الوكيل في ادارة شؤون الغائب في حقوقه المعرّقة والضائعة إذا لم تجد من يرعاها حقاً وبصلاحيات واجراءات كاملة ولعل الاهم هنا هي الحقوق الفكرية.

(١) حيث نصت: ((... ثالثاً - اعمال الادارة المعتادة وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين اذا لم يكن للقاصر ولي او وصي او قيم تناط به الاعمال المذكورة.))  
(٢) حيث قضت: ((على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المجاور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني))

**المحور الرابع:** اثبات الحقوق الفكرية اصولياً: فهناك قاعدة عند علماء اصول الفقه الاسلامي وهي ( **المطلق يجري على اطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة** ) وهذا يعني أنه لا يجوز للقاضي او المجتهد أن يقيد نصاً ما لم يثبت دليل شرعي او قانوني على تقييده، فالأذن في الشيء إذن في ما يقتضي ذلك الشيء في ايجابه، فمثلاً الوكيل المناطة له مهمة البيع، يبيع بصورة مطلقة، فله قبض الثمن من توابع البيع و مقتضياته وله ايضاً أن يسلم المبيع بعد استيفاء الثمن، فالوكيل اذن له مطلق البيع فيما وكله به موكله وبالثمن الذي يراه مناسباً، لكن ليس ان يبيع بأنقص الثمن<sup>(١)</sup>، وهذه القاعدة الاصولية وشرحها، يدل وجودها هنا على أن القوامة او الوصاية او الوكالة التي انيطت مهمتها إلى من ينوب عن الغائب في التصرفات المالية وغير المالية وما تمثله من حقوق له، لا يوجد نص صريح في قانون رعاية القاصرين العراقي (المشروحة نصوصه الخاصة سلفاً) ما يقيد القيم او الوكيل فضلاً عن تحديد نوع وطبيعة التصرفات المسموح له اجراءها، فالأمر مطلق ويبقى على اطلاقه لعدم وجود ما يقيد كما قلنا، ولا ادل على ذلك من نص المادة(٥٩/ اولاً) من القانون اعلاه، حيث جاء فيها: ((**اولاً - على مديريات رعاية القاصرين والاولياء والاصياء عند بلوغ الصغير سن الرشد القيام بما يلي :** أ - تسليمه امواله التي هي تحت الادارة مع مراعاة ما ورد في الفقرة (ثالثاً) من المادة (٥٢). ب - تسليمه حسابات نهائية مفصلة عن نتائج ادارة امواله، واذا كانت الادارة بيد الولي او الوصي فعليه تسليم نسخة من تلك الحسابات الى مديرية رعاية القاصرين (...)) فهذه المادة اكدت على ضرورة تسليم الاموال التي تحت إدارة القيم او الوصي إلى صاحب العلاقة (الغائب) عند عودته، او ذويه عند ثبوت وفاته، فالشاهد هنا كيف تعاد هذه الاموال مع ثمارها واستغلالها ونمائها واستعماله على النحو الصحيح، والقيم كان مقيداً ومحددًا بالتصرفات عمومًا المالية والمعنوية؟ اذن فلا يمكن وفي جميع الاحوال

(١) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسجه الجديد، ط ١، شركة الخنساء للطباعة- بغداد، ٢٠٠٢، ص ٣١٧، ٣١٨.

اغلال يد القيم او الوكيل او الوصي، بعد ان سمح له المشرع مطلقاً دون اي اشارة للرقابة ومتابعة سير عمله، وكذا دلالة القاعدة الاصولية في اعلاه، من ممارسة كل التصرفات العائدة للغائب المادية والمعنوية لحين عودته او ثبوت وفاته، وحسب شكل ونوع التصرف انطلاقاً من المطلق يجري على اطلاقه. والحاصل فيما تقدم من المحاور الاربعة: أنّ للغائب حقوقاً تولدت من اموال مالية وغير مالية، تعهد القانون العراقي رعاية القاصرين، بالمحافظة عليها ورعايتها ونمائها وتطويرها وكل ما يتطلب في حسن إدارتها، ولا توجد نصوص بعينها تحدد او تقلل من الدور الذي يلعبه القيم او الوصي او الوكيل وبإشراف دائرة رعاية القاصرين، من ممارسة مهامه فالصلاحيات واسعة والحقوق في تحصيلها ومطلقة، وتدخل فيها جميع ما تركه الغائب عند فقده سواء كانت حقوقاً مالية او معنوية.

## المطلب الثاني

### امكانية حماية الحقوق الفكرية للغائب

لكي يستقيم البناء التأصيلي للحقوق الفكرية للغائب وينعم بالمحافظة وعدم المساس به، لا بد من توافر حماية خاصة به، لا تخرج عن الاصول والقواعد المعتمدة في منهاج الحماية الفكرية السائد، حتى إنّ الذي يشاهد ما تمر به الاسواق العالمية الآن وللأسف من اعتداءات واضحة قد استشرت كثيراً في واقعا اليوم على الحقوق الفكرية وجشع واضح المعالم بحجج واهية واكاذيب باطلة ومزورة، فلم تسلم العلامات التجارية والمؤلفات والابتكارات والانتاجات العلمية والتجارية من تلك الاعتداءات، حتى أنه وُلد حالة من الفوضى في عدم التطابق بين المنتج او المؤلف او المخترع الاصلي والتقليد، وتطور الامر إلى أن وصل إلى الابحاث وكثير من المؤلفات والمبتكرات وغير ذلك، للحصوص على مكسباً مادياً او ترفيحاً او شهادات علمية، وهذا كله وغيره استلزم وبقوة أن تكون

هناك حماية لهذا المؤلفات والمخترعات<sup>(١)</sup> على حد سواء، وفيما يخص دراستنا فسنقوم بوضع تأصيل فقهي اسلامي مع القانون العراقي لحماية الحقوق الفكرية، وفي محطات وحالات معينة، ثم بيان مدى انطباقها على الغائب في نهاية المطب، الذي يقسم إلى فرعين: الفرع الاول: حماية الحقوق الفكرية للغائب فقهاً، والفرع الثاني: حماية الحقوق الفكرية للغائب قانوناً.

### الفرع الاول: حماية الحقوق الفكرية للغائب فقهاً

فقد حددت الشريعة الاسلامية اسس معينة لحماية ودفع الاعتداءات عن الحقوق الفكرية، وعلى الترتيب الآتي: **الاساس الاول:** إن مسألة قضية الحماية الفكرية ترتبط بالله تعالى واليوم الآخر، وإن المرء سوف يحاسب يوم القيامة على ما قدمته يده من فعل حسن و قبيح قال تعالى: { وَوَضَعَ الْكِتَابَ فِئْرِ الْمُجْرِمِينَ مُشْفِقِينَ مِمَّا فِيهِ وَيَقُولُونَ يَا وَيْلَتَنَا مَالِ هَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا }<sup>(٢)</sup>، **الاساس الثاني:** يجد جدواه في مسألة التأكيد على عدم الاخلال المؤدي إلى تضييع الحقوق الفكرية واهدارها، لأن ذلك سوف يؤدي إلى الغش والغرر والخداع والتدليس والكذب والسرقة مع الاضرار بالآخرين وفي نهاية المطاف<sup>(٣)</sup>. حتى أن لكل انسان الحق في الانتفاع بثمرة إنتاجه العلمي أو الادبي أو الفني أو التقني، وله الحق في حماية مصالحه الادبية والمالية الناشئة عنه، بشرط ان يكون هذا النتاج غير مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية<sup>(٤)</sup>.

**الاساس الثالث:** يتجسد هذا الاساس في تحديد أن الاعتداء على الحقوق الفكرية لا يصح إلا بدليل من الكتاب والسنة والعرف والمصلحة والمعقول.

(١) ينظر: د. ناصر بن محمد الغامدي، المصدر السابق، ص ٤٣.

(٢) سورة الكهف: الآية (٤٩).

(٣) ينظر: الامام موفق الدين بن قدامه، المصدر السابق، ٦/ ص ٢٠٣-٢٢٣.

(٤) ينظر: د. محمد الزحيلي، حقوق الانسان في الاسلام، ط ٢، دار الكلم الطيب، سوريا، دمشق، ٢٠٠٦، ص ٣١٨.



أولاً: الكتاب: قال تعالى: { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْنُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ }<sup>(١)</sup> فلا شك أن الاعتداء على حقوق الفكرية، يُعدُّ بحد ذاته أكلًا لأموال الناس بالباطل وكذلك قوله تعالى: { وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى }<sup>(٢)</sup>، فهذا الآية تكلمت عن سعي الانسان سواء كان مادياً ام معنوياً وجهده وحيازته للحق وملكيته، وكذلك قال ابن تيمية عن هذه الآية: ( وهذا حق فإنه يستحق سعيه فهو الذي يملكه ويستحقه، كما أنه إنما يملك من المكاسب ما اكتسبه هو، وأما سعي غيره فهو حق وملك لذلك الغير )<sup>(٣)</sup> .

ثانياً: السنة: عن ابن عباس ( رضي الله عنهما ) قال: [ أن رسول الله ( صلى الله عليه وسلم ) خطب الناس يوم النحر فقال: يا ايها الناس اي يوم هذا؟ قالوا: يوم حرام، قال: فأي بلد هذا؟، قالوا: بلد حرام، قال: فأأي شهر هذا؟، قالوا: شهر حرام هذا، قال: فإن دماءكم و اموالكم واعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا، وشهركم هذا، فأعادها مراراً... ]<sup>(٤)</sup> ، و وجه الاستدلال بهذا الحديث أن حق المسلم في حيازة او التصرف فيما سبق اليه يديه وهو أولى به من غيره، ونفس الحال ما سبق اليه فكره و ذهنه بالقياس على الحقوق الفكرية<sup>(٥)</sup> وقال الماوردي على هذا : ( السابق إلى المنزل أحق بجلوله فيه من المسبوق يرتحل )<sup>(٦)</sup>.

ثالثاً: العرف: حيث جرت العادة بين الناس أن يحتفظوا بإنجازاتهم العلمية والفكرية وغيرها ولهم الحق أن يستأثروا بمنافعها وايراداتها المالية، وايضاً جرت العادة بهم ان

( ١ ) سورة البقرة: الآية (١٨٨).

( ٢ ) سورة النجم: الآية (٣٩).

( ٣ ) الامام احمد بن عبد الحليم ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، (تحقيق حسنين مخلوف) ج٣، ط١، دار المعرفة، لبنان بيروت، ١٩٦٤، ص٢٧.

( ٤ ) الامام محمد بن اسماعيل البخاري، المصدر السابق، ١/ رقم الحديث (١٩٥٨)، ص١٥٢.

( ٥ ) ينظر: د. محمد الشلش، المصدر السابق، ص٢٨.

( ٦ ) الامام ابو الحسن علي بن محمد الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، ط١، المكتب الاسلامي، لبنان، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٨٨.

يكتنوا اسرار صنائعهم والتفرد بهذه الاسرار وحجبها عن الآخرين خوفاً من الاعتداء عليها او ضياعها او سرقتها تحسباً لأية طارئ، ولا تعارض في هذه العادات على ما جاء به الشرع الحنيف، حيث أن الاسلام لا يقبل الاعتداء مطلقاً على الحقوق الفكرية احت اي مسمى كانت مالم تخالف الشريعة الاسلامية، ويقوي من التأكيد على حرمة هذا التعدي عن طريق قواعد فقهية على ذلك ونصها: ( الثابت بالعرف كالثابت بالنص) و( الثابت عادة كالمعتقن به) وغيرها، فالمسار الذي يحكم به العرف والشرع واحداً وخصوصاً في مسألة حرمة على التعدي على النتاج الفكري أياً كان شكله وصنفة ونوعه وتقديسه كحق معتبر امتداده من حرمة الانسان وخصوصيته وفكره<sup>(١)</sup> .

**رابعاً: المصلحة:** إن مصلحة الناس تقتضي الحفاظ والحماية لحقوقهم جميعاً مادية كانت أم معنوية، و حفظ مصالح العباد في المعاش والمعاد ودرء المفساد عنهم، وهذه الاجراء هو حماية لمصالح العباد التي تُعد من ضمن مقاصد الشريعة من الاعتداءات التي تطلها ومن اهمها، هو استتساخ الكتاب من دون موافقة صاحبه، او سرقت برامج الحاسوب، او تقليد العلامات التجارية او غير ذلك من الوسائل المُفضية إلى السرقة أو الغش او التحايل في ذلك، وقد نهى عزو جل عن ذلك بقوله تعالى: **لَوَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**<sup>(٢)</sup>، والسارق هنا جاءت مطلقة سواء كانت اموال مادية او معنوية بكافة انواعها واشكالها، وجاء في تعظيم الغش ما رواه ابي هريرة (رضي الله عنه)، أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: **[من غشنا فليس منا]**<sup>(٣)</sup>، ودل هذا الحديث على وجوب تعظيم امر الغش وفاعله، وعده مخالفة

(١) ينظر: الامام محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥، ط٤، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت، ١٩٨٦، ص١٠٧. ؛ محمد صدقي بن احمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج٤، ط١، مكتبة التوبة، السعودية، الرياض، ١٩٩٧، ص٥٣٧.

(٢) سورة المائدة: الآية (٣٨).

(٣) ( أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ج ٢، مؤسسة الرسالة ناشرون- بيروت، ٢٠١٣، رقم الحديث(١٠١)، ص٢٨٢.

وضحة وصريحة للشريعة الاسلامية<sup>(١)</sup>، ثم إن ضمان حق الملكية يكون خير دافع للناس ويشجعهم على التأليف والاختراع والتطوير في ظل منافسة شريفة ونظيفة، وبهذا ينشر العلم والمعرفة وتتحقق مصلحة الفرد والمجتمع طبقاً لقاعدة ( الغرم بالغنم)، ولأن المكسب المالي للمؤلف والمخترع قد دفع ضريبته وغرامته، جراء صبره في مشقة وعناء، لهذا فقد أقرت كثير من التشريعات وعلى رأسها الشريعة الاسلامية تلك الحماية الخاصة<sup>(٢)</sup>.

**الاساس الرابع:** يؤكد هذا الاساس أنّ المسلمين القدامى قد رسخوا حفظ وحماية الحقوق الفكرية، وذلك عن طريق توثيق النصوص بالأسناد، وهذا واضح ويتجلى في كتب السنة والأثر من حيث قبول الاحاديث ورفضها صحة وضعفها باطلاً ومكذوباً وغير ذلك من علل الاحاديث المعروف بعلم الرجال وهو علم رصين لا يختلف على قوته وصلابته اثنان، و وضعت كتب كثير تؤسس وتحدد معالم هذا العلم ليكون خير سبيل لحفظ احاديث الرسول(عليه الصلاة والسلام)، وهذا ان دل على شيء فإنما يدل منع الاعتداء والتدليس وغيرها من الصور، من ان تنال من هذا العلم وحفظ حقوقه جيلاً بعد جيل، وهو محل الشاهد<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثاني: حماية الحقوق الفكرية للغائب قانوناً

ففي هذا المضممار قد حددت عدة مواطن لبيان التأصيل القانوني حول حماية حقوق المؤلف ثم بعدها حماية حقوق المخترع في براءة الاختراع، وعلى النحو الآتي:

**الموطن الاول: النطاق الشخصي لحماية المؤلف:** وحتى يتمتع المؤلف بالحماية، يتوجب ان يكون المصنف منسوباً اليه سواء كان بذكر اسمه عليه، او كان بطريقة اخرى، الآ اذا قام دليل بخلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة (١ / ٢) من قانون حماية حق المؤلف

(١) ينظر: الامام محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، مصر، القاهرة، ص٥.  
 (٢) ينظر: د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ٤/ ص٤٢.  
 (٣) ينظر: د. بكر بن عبد الله ابو زيد، فقه النوازل، ج٢، ط١، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ١٩٩٦، ص١٢٨. ؛ ناصر الغامدي، المصدر السابق، ص٤٧.

العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ النافذ، ونصها: ((...-2 يعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً اليه سواء ذلك بذكر اسمه على المصنف او بأية طريقة اخرى الا اذا قام الدليل على عكس ذلك ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط الا يقوم ادنى شك في حقيقة شخصية المؤلف)) لتوضيح هذا النطاق بصور اكثر دقة يقتضي تقسيمه إلى شرطين:

**الشرط الاول:** أن يكون المصنف مبتكراً، فالابتكار وحده ينشأ للمؤلف حقاً يستحق الحماية، فهو يخلع للمؤلف على مصنفه اضافة مميزة من طابعه الخاص، وتبرز شخصيته في مقومات الفكرة بشكل واضح وجلي في اسلوبه الذي عرضه وتتوافر فيه جهده وعبقريته ولا اهمية إن كانت فكرة قديمة او حديثة، وقد نصت المادة (٣) من القانون اعلاه، على ذلك ونصها: ((تشمل الحماية عنوان المصنف اذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ولم يكن دالاً على موضوع المصنف)).

**الشرط الثاني:** أن يرى المصنف النور، فالأفكار التي تدور في خلد المؤلف، وتدون على اساس انها خواطر او مقترحات مواضيع او مذكرات لم تطبع، فهذه كلها ليست واقعا ملموساً مادياً يتمتع بالحماية، لذا يجب ان يخرج المصنف علنياً إلى الجمهور كي ينتفعوا به وينال حقه الفكرية والحماية المكرسة له<sup>(١)</sup>، وجاء في نص المادة (٥) من القانون اعلاه، نصها: ((يتمتع المؤدي بالحماية ويعتبر مؤدياً كل من ينفذ او ينقل الى الجمهور عملاً فنياً من وضع غيره سواء كان هذا الاداء بالغناء او العزف او الايقاع او الالقاء او التصوير او الرسم او الحركات او الخطوات او بأية طريقة اخرى مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الاصلي)). وفي ذات السياق فيما يخص النطاق الشخصي، فإن المؤلف قد يكلف بوضع المصنف اما بعقد مقاوله او عقد عمل، ففي عقد المقاوله وبحسب طبيعة هذا العقد لرسم صورة او عمل تمثال او غير ذلك، وقد كون رب

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، د صبري خاطر حمد، المصدر السابق، ص ١٩.

العمل شخصاً طبيعياً او معنوياً، ولكن في كل الاحوال على المؤلف ان يحفظ على صفته كمؤلف ولا يخرج عنها أيأ كانت طبيعة الاتفاق الذي جرى بينهما، وفي حدود الاستغلال المالي طيلة مدة الحماية، او ربما يقتصر لرب العمل في مدة معينة عقد او عقدين من الزمن بحسب الاتفاق، وهذا بخلاف الحق الادبي فلا يجري فيه اتفاق<sup>(١)</sup>، اما في عقد العمل فلا يختلف كثيراً عن المقالة، فالمؤلف قد يبرم عقد مع صحيفة او مجلة مع ادباء ومفكرين لكتابة قصص او خواطر او غير ذلك، مقابل ذلك اجر شهري يعطى له من رب العمل فلا يتنازل المؤلف عن الحق الادبي وانما عن الحق المالي فقط وبحسب طبيعة العقد، ويكون في حالتين:

**الحالة الاولى:** اذا كان النتاج الذي يقدمه، موظف وضمن اطار عمله ولم يتم التعاقد عليه، فهنا حقوقه المالية مصادرة، وبخلاف ذلك اذا كان النتاج من شخص خارج نطاق العمل، فالمؤلف يحتفظ في هذه الحالة بحقوقه المالية دون رب العمل، **والحالة الثانية:** اذا كان العمل الفكري يدخل في صميم وجزئيات عمله الوظيفي، فهنا الموظف لا يمتلك حقوقاً مالية ولا ادبية، لأن طبيعة عمله تقتضي ذلك، منشئ القرارات القضائية التي ينجزها مستشارون والقضاة وغير ذلك<sup>(٢)</sup>.

وكذلك مسألة أن ينشر المؤلف اسمه تحت اسم مستعار او اغفال اسمه، وبتقديرات وحالات مختلفة، فإن ذلك لا يحرمه من صفته الاصلية وحقوقه تامة، فالاسم المستعار الذي يختاره المؤلف من ابتكاره فيغطي به اسمه واسم أسرته لكي يخفي شخصيته الحقيقية عن الجمهور، كما نصت المادة (٢١) من قانون حماية حق المؤلف العراقي، إذ نصت: ((لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التي تنشر غفلاً من اسم المؤلف او أي اسم مستعار له على انه اذا كشف المؤلف او ورثته عن شخصيته فتبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا الكشف))، اما الاسم المستعار يجب ان

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ ص ٣٢٨.

(٢) ينظر: د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

تكون الاستعارة لا توجي ادنى شكل انه لا يعود لصاحبه الاصلي كما نصت المادة (٢/١)<sup>(١)</sup> من القانون اعلاه، المشروحة سلفاً، وعلى هذا فإن الاستعارة تكون في حالتين: **الحالة الاولى**: وهو ان يبقى اسم المؤلف الحقيقي مخفياً او مكتوم، وهنا يكون المؤلف قد فوض الناشر للمصنف مباشرة الحقوق المعترف بها، وقد نصت المادة (٢٨) منه: **((في المصنفات التي تحمل اسماً مستعاراً يفترض ان المؤلف قد فوض الناشر لها في مباشرة الحقوق المعترف بها في هذا القانون وذلك الى ان يعلن المؤلف شخصيته ويثبت صفته ويجوز ان يتم هذا الاعلان بطريق الوصية))**، من دون ان يعلن عن شخصية المؤلف وصفته وقد يكون ذلك بطريق الوصية<sup>(٢)</sup>.

**الحالة الثانية**: وفيها أن المؤلف يستطيع الكشف عن شخصيته في اي وقت شاء فهو حر في هذا فالأمر موكول به في الاخر، وبخلاف ذلك ان لم يكشف عن شخصيته فلا يجوز للورثة الكشف عنها، إذا لم يأذن لهم بذلك، وبهذا يكون الشخص الظاهر هو من تولى مهمة الظهور ومتابعة الحقوق الفكرية، ولكن دوره ينتهي حتماً اذا كشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته او مارس المهام بنفسه<sup>(٣)</sup>. وكذا مسألة اغفال الاسم، فالأصل ان مثل هكذا مصنفات لا تحمي حقوقها، إلا اذا كشف المؤلف او الورثة بعد موته، وتكون الحماية من تأريخ الكشف، ونصت المادة (٢١) منه، **((لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التي تنشر غفلاً من اسم المؤلف او أي اسم مستعار له على انه اذا كشف المؤلف او ورثته عن شخصيته فتبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا الكشف))**، وقد جاء في المذكرة الايضاحية في القانون المصري، **((أن المصنفات التي تكون غافلاً عنها اسم المؤلف الحقيقي، تكون ملكاً للناشر، وينطلقون في ذلك من**

(١) حيث نصت: ((... - يعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً اليه سواء ذلك بذكر اسمه على المصنف او بأية طريقة اخرى الا اذا قام الدليل على عكس ذلك ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط الا يقوم ادنى شك في حقيقة شخصية المؤلف))  
(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، د صبري خاطر، المصدر السابق، ص ٢٥.  
(٣) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٣٣٤/٨.

قرينة مفترضة ان المؤلف قد فوض الناشر بتلك الحقوق المالية إلى ان يتم الكشف عن شخصية المؤلف)) وهكذا يتفق هذا الرأي يتوافق مع النص المادة سالفة الذكر<sup>(١)</sup> .

**الموطن الثاني: النطاق الزمني للحماية:** إن الحقبة الزمنية التي تحسب لحماية المؤلف وان كانت تنطوي على خلاف حول تحديدها، إلا أن ما هو سائد ومشهور أنها تدوم طيلة حياة المؤلف مهما طال عمره، وهذا يعني ان الحقوق تبقى متلازمة معه ايضاً، وحتى الاعمال الفنية التي تؤول بعد انتهائها زمنياً إلى الملك العام، لا يترتب على ذلك انتهاء الحق ادبي كذلك، وانما فقط الحق المالي، فالأدبي لا يجري عليه التأقيت كما بينا ذلك مسبقاً ولا يسقط بالتقادم وهذا كله بخلاف الحق المالي، وانبرى على هذا التأسيس للحماية الزمنية اتجاهين: - **الاتجاه الاول:** فيرى انصار هذا الاتجاه ان تكون الحقوق الادبية مؤقتة، وأن للمؤلف أن يستأثر لفترة معينة بالزمن بمصنعه كأن يكون جيل او جيلين، ثم بعد ذلك يعود إلى المجتمع بحرية، **والاتجاه الثاني:** فيذهب اصحاب هذا الاتجاه ان حقوق المؤلف مؤبدة ولا يطرأ عليها التأقيت لكونها حقوقاً طبيعية، واذا افتراضنا وجود تقييد زمني، فلا يجوز ان يخرج عن الاسباب العلمية او الثقافية، والسبب في هذا التوجه، يعود أن طبيعة هذا الحقوق تعكس شخصية المؤلف، فلا تتغير على مر السنين، لذلك يجب ان تنتقل من جيل إلى جيل في نحو يحفظ انتشارها دون عوائق ولمصلحة الجماعة وأثرائها ثقافياً<sup>(٢)</sup>.

اما كيفية احتساب المدد الاصلية للحماية للمصنفات بصورة عامة في ضوء النطاق الزمني للمؤلفات، فهي على النحو الآتي:

١- مدة حماية المؤلف قد تصل إلى (٢٥) سنة، وهذا ما جاءت به الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف في المادة (الرابعة) منها: (( لا يجوز ان تقل الاعمال المشمولة بالحماية

(١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، د. صبري خاطر، المصدر السابق، ص ٢٧.

(٢) ينظر: د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص ٣١٥، ٣١٦.

بمقتضى هذه الاتفاقية عن فترة حياة المؤلف والسنوات الخمس والعشرين التالية لوفاته)) وقد اخذت قوانين أخرى بهذه المدة للحماية.

٢- مدة الحماية هي (٥٠) سنة على تأريخ وفاة المؤلف، وقد اخذت قوانين عدة دول بهذا المدة.

٣- مدة الحماية هي (٢٥) سنة على وفاة المؤلف، على ان لا تقل مدة الحماية عن (٥٠) سنة من تأريخ نشر المصنف، كما نصت على هذا المادة (٢٠)<sup>(١)</sup> من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١

٤- وهناك أيضاً مدة حماية قد تصل إلى (٣٠) سنة بعد وفاة المؤلف واخذت به القانون الاردني لسنة ١٩٩٢ وغيرها من القوانين<sup>(٢)</sup>. وهناك مدد اخرى للحماية لا يسع الوقت والمقال لسردها. اما كيفية احتساب هذه المدة الخاصة بحماية حق المؤلف، فقد نصت المادة (٢١)<sup>(٣)</sup> عليها من قانون حماية حق المؤلف العراقي، وبعد انتهاء مدة الحماية الزمنية المقررة للمصنفات، ستؤول إلى للملك العام<sup>(٤)</sup>، لئتم الانتفاع به، على ان لا يخل هذا الانتفاع الذي اصبح مباحاً للتراث الفكري، بالحق الشخصي المتعلق

(١) ونصها: ((مع عدم الاخلال بحكم المادة التاسعة من هذا القانون تنقضي حقوق الانتفاع المالي المنصوص عليها في المواد السابعة والثامنة والعاشرة منه بمضي خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف على ان لا تقل مدة الحماية في مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ نشر المصنف على انه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلاً ألياً تنقضي هذه الحقوق بمضي خمس سنوات تبدأ من تاريخ اول نشر للمصنف. وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من المشتركين. فإذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً او خاصاً انقضت حقوق الانتفاع المالي بمضي ثلاثين سنة من تاريخ اول نشر للمصنف))

(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، د. صبري خاطر، المصدر السابق، ص ٦٤، ٦٥.  
(٣) ونصها: ((لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التي تنشر غفلاً من اسم المؤلف او أي اسم مستعار له على انه اذا كشف المؤلف او ورثته عن شخصيته فتبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا الكشف))

(٤) وقد جاء في تأييد ذلك، ما نصت عليه الاتفاقية العربية في المادة (٥/ج) ونصها: ((تعمل الدول الاعضاء على حماية الفولكلور الوطني بكل السبب والوسائل القانونية وتمارس السلطة الوطنية المختصة صلاحيات المؤلف او التحوير او الاستغلال التجاري))



بشخصية المؤلف في مسألة احترام رأيه ومعتقداته، بعدّه نتاجاً فكرياً بغض النظر عن المؤلف، حتى يبقى الخلود مكتوب على المصنف ويطمئن على ذلك المؤلف، لهذا تجد ان الحق الادبي اسمى من الحق المالي، حيث أن الاخير يروم صاحب التأليف عن طريقه الحصول على منافع مادية دنيوية، بخلاف ما يعطيه الادبي لصاحبه من تخليد ذكره وشهرته حتى بعد زوال الحماية لهذا المصنف<sup>(١)</sup>.

اما في فيما يخص الحماية القانونية للمخترعات، سنقتصرها على بعض محدد دون توسعة في ذلك لضيق المقال في هذا، إذ تحقق الحماية القانونية لبراءة الاختراع مثلاً، عن طريق دعوى مدنية او جزائية يقوم بها صاحب البراءة، للحجز على البراءة المقلدة بعد اكتشاف ذلك والتيقن منه، وتحصل اجراءات قيام الدعوى عبر القنوات الرسمية المخصصة لذلك الشأن، لوقفها مباشرة او لحيلولة دون تجددتها مرة اخرى، وتبدأ هذه الاجراءات عبر طلب مشفوع بشهادة رسمية وكفالة مالية تدل بوضوح على تسجيل الاختراع او الرسم او النموذج الصناعي او التقني او غير ذلك، وربما يتطلب الامر في بعض الاحيان ندب خبير للمعاونة في تحديد متطلبات ومقتضيات المحضر وبشكل دقيق و واضح، وهذا يسمى عند بعض القوانين ومنها المصري بالإجراء التحفظي، وتكون مدته لا تتجاوز (٨) ايام قبل اقامة الدعوى مباشرة<sup>(٢)</sup> ، وذهبت المادة (٢٠٣/٤٥) من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧١ المعدل، لنفس المضمون، ونصها: ((٢ - ويجوز لمالك حق الاختراع او النموذج الصناعي قبل اقامة الدعوى الحقوقية او الجزائية ان يستصدر قراراً بالحجز وفق الفقرة ١ من هذه المادة بشرط ان يقيم الدعوى او يقدم الشكوى خلال ثمانية ايام من تأريخ وضع الحجز الاحتياطي والآ فتلغى اجراءات الحجز بقرار من القضاء المختص.٣- ويجوز عند اقتضاء القرار الصادر بوضع الحجز الاحتياطي ندب خبير او اكثر للمعاونة عند تنفيذ

(١) ينظر: د. نواف كنعان، المصدر السابق، ٣٣٥.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ٨/ ص ٤٦٠.

القرار))، وبعد هذا الاجراء المتقدم، يرتب اما العقاب او التعويض، وذلك عن طريق دعوى مدنية والدعوى الجزائية، ففي الشق او الجزء المدني منه، يرتب على المعتدي على حقوق صاحب البراءة بالتعويض ويحكم عليه بمصادرة الاشياء المحجوزة او التي تحجز فيما بعد، وذلك لخصم هذه من ثمن الغرامات او التعويضات، او ربما كانت هناك طريقة اخرى تستخدم وتكون مناسبة تراها المحكمة وحسب تقديراتها في الموضوع المعروض عليها في الاول والآخر، أن تأمر بأتلاف الاشياء عند الاقتضاء، وهذا لا يتعارض مع الحكم الجنائي فهو بمعزل ومنأى عنه، فإذا حكم بكل ما تقدم وتمت براءته من الجزاء الجنائي، فهذا لا يحدث خللاً او اشكالاً او لبساً في الاجراءات لكل واحد منهما يعمل بمعزل<sup>(١)</sup>.

وجاءت المادة (٤٤/ح) من القانون اعلاه، ما يؤيد هذا ونصها: (( ... ح - للمحكمة ان تأمر بمصادرة المنتجات التي كانت محل الاعتداء وكذلك كل الادوات والمواد المستخدمة بصورة فعلية في الاعتداء على البراءة. وللمحكم ان تأمر بإتلافها او ايداعها لاغراض غير تجارية))، اما بعض الدول فقد جعلت من الظروف المشددة سببا لحكم بعقوبة اكبر والامر في كل هذا متروك للقاضي وحسب صلاحيته، ومر بنا في النص اعلاه كيف ان المحكمة تحكم بصرامة على هكذا مسائل وبحسب سلطتها التقديرية في كل الاحوال<sup>(٢)</sup>.

والحاصل فيما تقدم توضيحه من التأصيل الفقهي والقانوني للحماية القانونية للحقوق الفكرية لكلا الفرعين، وكما هو متفق عليه في بداية المطالب، نشرع الان في بيان مدى اسباب هذا الحماية للغائب المؤلف او المخترع، وفي عدة جوانب هي:

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ٨/ص ٤٦١.  
(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، د صبري خاطر، المصدر السابق، ص ٢١٦، ٢١٨.

**الجانب الاول:** وهو جانب قانوني حيث كرس قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، وعن طريق المواد (١٨)<sup>(١)</sup> ، (١٩)<sup>(٢)</sup> منه، و قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، وعبر المادة(٢٥)<sup>(٣)</sup> منه، على احكام ثابتة وهي انتقال الحقيقي للمال المعنوي للخلف العام، بل ذهب المادة(١٨) في اعلاه، الى ابعاد من انتقال الحق المالي، إذ فرضت انتقال الحق الادبي( تقرير النشر)، إلى الورثة او الموصى لهم ، فإذا لم يقم المؤلف بنشر مصنفه بنفسه، فمن الممكن ان يتولى الوارث او موصى له جميعاً نشر المصنف، مالم يتصل او يتخلف الموصى لهم او الورثة عن هذه المهمة وخلال ثلاثة اشهر، وبعده تقوم وزارة الاعلام بهذا الامر ولما فيه من مصلحة وخدمة للمجتمع، وهذا ما اكدته المادة(٢٣)<sup>(٤)</sup> من قانون حماية حق المؤلف العراقي، وكذا الحال في نفس الحكم، عند مراعاة مصلحة الخلف العام، وذلك بانتقال الحق المالي واستغلاله في المادة(٢٥) في اعلاه، والشاهد من هذا الكلام الذي نريد استخلاصه، هو أنّ الحقوق المعنوية المترتبة عن المجهود الذهني والفكرية للمؤلف والمخترع المتوفى او الموصي، محفوظة ومصانة وهذا ما اسسه القانون والشرع معاً في شروحات وتفصيلات لا يسع الوقت على ذكرها وعلى اساس مال ويتقوم بالنقود او

- (١) حيث قضت : ((لورثة المؤلف وحدهم الحق في تقرير نشر مؤلفاته التي لم تنشر في حياته ما لم يوص المؤلف بما يخالف ذلك على انه اذا حدد المؤلف موعداً للنشر فلا يجوز نشر المصنف قبل انقضاء الموعد المذكور)).
- (٢) حيث نصت : ((لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الانتفاع المالي الواردة في المواد السابعة والثامنة والعاشرة من هذا القانون، واذا كان المصنف مشتركاً ومات احد المؤلفين دون ان يترك وارثاً او موصى له فان نصيبه يؤول الى شركائه في التأليف او خلفهم ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)).
- (٣) إذ نصت : (( يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنتقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث ولا يكون التصرف بالبراءة حجة على الغير الا من تأريخ تأشير ذلك في السجل المعد في الجهاز ويعلن عن التصرف بالبراءة وعن رهنها ونقل ملكيتها حسب الاصول)).
- (٤) ونصها : ((اذا لم يباشر الورثة او الخلف الحقوق المنصوص عليها في المادتين الثامنة عشرة والتاسعة عشرة من هذا القانون ورأى وزير الاعلام ان المصلحة العامة تقتضي نشر المصنف حق له ان يطلب اليهم نشره بكتاب مسجل فاذا انقضت ثلاثة اشهر من تاريخ التبليغ ولم يباشروا النشر فللوزير نشر المصنف مع عدم الاخلال بحق الورثة او الخلق في التعويض العادل)).

المنافع المالية، و فيما يخص عمومًا الحق المالي وبعض الحالات المحدودة الضيقة كما ذكرناه انقًا الحق الادبي، ولهذا ولقوة الحجة القانونية لحماية هذا الحقوق الفكرية والتي لا يمكن الاستهانة بها. فالأسئلة التي تفرض نفسها وهي فحوى هذا الجانب، الا يمكن للغائب المعلوم حياته دون شك أن يحظى بحماية كافية لحقوقه الفكرية؟ أليس الحيّ اولى واجدر بالحماية من الميت؟ ثم اليس الميت هو من ينقطع عن الدنيا تمامًا من عمل وعلم ومال وتتوقف جميع مصالحه ورعايته وغير ذلك؟ الجواب // نعم يجب ان يحظى الغائب المؤلف او المخترع بالحماية الكاملة له لسببين: الاول: لكون القانون وبموجب المادة(١)<sup>(١)</sup> من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، قد حدد وبصفة العموم ان المؤلف يتمتع بالحماية مطلقًا ودون تخصيص او تحديد انه موجود حقيقة او حكمًا، وأيًا كان شكل المصنف وطبيعته، فالذي يمكن ان يُشكّل عليه المشرع مثلًا إذا اراد هو شكل المصنف لأنه كما يبدو من ظاهر مصدر الاهتمام وضابط الحكم، لكنه مع ذلك لم يحصل مثل هذا، وجود المؤلف فالحماية متوفرة للجميع المؤلفين على حد سواء، والثاني: إنّ من لديه اسم مستعار او اي طريقة اخرى في التعبير عن الاسم، المهم حكمًا عودة المصنف لصاحبه المؤلف او المخترع(وان كان هذا امر نادرًا في الاختراع)، لذا يستطيع الغائب عند غيبته سواء كان بإرادته عند تعيينه للوكيل او كان قيمًا بأمر من المحكمة كما جاء في نص المادة(٨٨)<sup>(٢)</sup> من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ، ان يقوم بمهمة متابعة الحقوق الفكرية سواء باسم المؤلف صراحة او اي طريقة وبموجب عقد نشر الذي تم ابرامه قبل فقده او بموجب

(١) ونصها: ((١- يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم اياً كان نوع هذه المصنفات او طريقة التعبير عنها او اهميتها والغرض من تصنيفها. ٢- يعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً اليه سواء ذلك بذكر اسمه على المصنف او بأية طريقة اخرى الا اذا قام الدليل على عكس ذلك ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط الا يقوم ادنى شك في حقيقة شخصية المؤلف))

(٢) حيث قضت: ((اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيمًا عليه))

الصلاحيات التي اسسنا لها في المطلب الاول، على ان تكون واسعة للمحافظة ومتابعة اموال الغائب دونما تردد وعراقيل كي نحافظ ونصون هذا الاموال من الضياع وتसान هذه الحقوق المترتبة عليها، وعلى هذا كله فإن الحقوق الفكرية الغائب يمكن ان تحمي الحماية المقررة لها قانوناً ولا حرج في ذلك.

**الجانب الثاني: الحماية وفق المنظور الاصولي:** ففي هذا الجانب سنرى كيف يستدل على وجود الحماية القانونية للحقوق الفكرية للغائب اصولياً، وفق عبارات الالفاظ ودلالاتها على المعاني وعلى وجه الخصوص (**مفهوم المخالفة**)، فهذا المفهوم يراد به وباختصار، (دلالة اللفظ على انتفاء الحكم المنطوق عن الامر المسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم المنطوق به)<sup>(١)</sup>، وهذا يعني أن الامر المسكوت عنه في النص يكون لزمًا مختلفًا عن الامر المنطوق به، ولهذا يطلق عليه مفهوم المخالفة وبما يدل عليه دليل الخطاب، ولأن الخطاب هو المقصود في الامر المنطوق به وضرورة دلالاته عليه<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا لا يمكن ان يجتمع مفهوم المخالفة مع مفهوم الموافقة اطلاقاً لأنهما متضادان ولا يجتمعان سوية في حكم واحد حقوق، وآية ذلك إذا كان احدهما يفيد الجواز فإن الآخر دون أدنى شك يفيد المنع، وإذا احدهما يفيد بطلاناً فإن الآخر يكون صحة وهكذا<sup>(٣)</sup>.

وبعد هذا الايجاز عن مفهوم المخالفة الشاهد منه، أنه لا يوجد نص مباشر او غير مباشر، صراحة او ضمناً، يفيد بضرورة تواجد المؤلف او المخترع في بلده او قريباً من مصنعه او مخترعه حتى يتمتع بالحقوق بالإضافة الى حماية، بل أن المشرع العراقي وفي المادة (٤٩)<sup>(٤)</sup> من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، وكذا

(١) الشيخ ابي بكر بن احمد السرخسي، اصول السرخسي، ج ١، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ص ٢٥٥.

(٢) ينظر: د. حميد سلطان، الوافي في اصول الفقه - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط ١، مكتبة السيسبان، العراق، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤٠.

(٣) ينظر، د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ٣٢٥-٣٢٦.

(٤) حيث نصت: ((تسري احكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر او

المادة(السابعة/٣،٢،١)<sup>(١)</sup> من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية، رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، أنّ المصنفات والمخترعات الاجنبية والعراقية، تمتع جميعها بالحماية التي يقرها القانون العراقي وحتى التي تنشر للعراقي في الخارج بنفس الحماية، اما الاجنبي عربياً او غير عربي لا يتمتع بالحماية بداخل العراق، مالم يتحقق مبدأ المعاملة بالمثل، وعودة لذات الموضوع ، الآ ترى أنّ الحماية هنا قد اعطت ومنحت للمصنف او المخترع على حد سواء دون النظر او الاهتمام في منحها من عدمه على حساب تواجد المؤلف او المخترع من عدمه؟ وهذا يدل وفق المفهوم المخالفة انه لا توجد ضرورة ملحة ترتبها عليها الحماية القانونية في الزام وجود المؤلف او المبتكر حقيقة اثناء نشر المؤلف او البراءة، لعدم وجود نص عليها، مما يعني في معنى الامر المخالف له، الاباحة في منح الحماية القانونية للمؤلف او المبتكر الغائب دونما عراقيل او اشكالات لعدم وجود نص صريح يمنع ذلك وفق المفهوم اعلاه والنصوص ادناه التي تؤيد ذلك وضوحاً.

### الخاتمة

في ضوء ما تقدم في الدراسة، أتوصل الآن في نهاية المطاف إلى تقسيم هذه الخاتمة إلى النتائج والمقترحات وكالاتي:  
**أولاً: النتائج:** أوجز ما توصلت اليه في هذا البحث إلى نقاط متعددة تمثل نتائج الدراسة، وعلى النحو الاتي:

تمثل او تعرض لأول مرة في بلد اجنبي. اما مصنفات المؤلفين الاجانب التي تنشر لأول مرة في بلد اجنبي فلا يحميها هذا القانون الا اذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة او الممثلة او المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية وان تمتد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الاجنبي))

(١) حيث قضت: (( للأشخاص الاتي ذكرهم حق طلب براءة الاختراع :- ١- العراقيين والمواطنين العرب. ٢- الاجانب المقيمين في العراق ولهم فيه محل عمل حقيقي. ٣- الدول الاطراف في اتفاقية دولية ذات صلة والتي يكون العراق طرفاً فيها))

- ١- أنّ الغائب فقهاً وقانوناً هو منقطع عن اهله لمدة معلومة او غير معلومة مع العلم اليقيني بوجوده وعن طريق الرسائل التي تصل منه واليه.
  - ٢- لا توجد تقسيمات محددة فقهاً وقانوناً للغائب، سوى ما وجد في بعض النصوص الفقهية عند بعض المذاهب الفقهية، على أنه: غائب غيبة قريبة، او غيبة بعيدة او غيبة منقطعة، جميعها لا تنفي الحياة .
  - ٣-المحافظة على اموال الغائب، ماله وما عليه تكون ثابتة شرعاً وقانوناً، لذلك تدار هذه الاموال بواسطة الوكيل اذا عينه قبل وفاته، او القيم بأمر من المحكمة وبأشراف من دائرة رعاية القاصرين، لكي تتم ادامة حقوقه وصيانتها ونمائها واستغلالها وحفظها من الضياع والهلاك.
  - ٤- لا توجد نصوص فقهية او قانونية، تؤكد صراحة على احكام الملكية الفكرية للغائب فضلاً عن حمايتها.
  - ٥-بمعالجات حقيقية وعقلية واصولية غير مخالفة للشرع والقانون، تم اعتمدها في هذه الدراسة، لتكون خير سنداً واساساً لمنح الغائب حقوقاً فكرية على غرار المؤلفين او المبتكرين الموجودين حقيقة، لأنه لا يوجد نص يمنع او يحرم من ذلك، فما هو الضير أو الحرج أو من منح اقل ما يكون من حقوق له.
  - ٦- وعند الخوض في جميع التشريعات الخاصة بهذه الدراسة او غيرها، لم نجد نصاً مباشراً صريحاً يحتج به، يتطلب وجود المؤلف او المخترع حقيقة وعدم تركه لمنزله كمتطلب حتى يمنح الحماية، بل العكس من ذلك فالحماية فرضت للأموال والاجانب وهؤلاء وغيرهم قد يكونوا غير موجودين فضلاً عن عدهم تمتعهم بالحياة ، افلا يكون للغائب المفكر او المبتكر حماية قانونية يرتكز عليها بعد منحه الحقوق المقررة.
- ثانياً: المقترحات:**

بعد نهاية هذه الدراسة نقترح اضافة ثلاثة نصوص قانونية، لتعديل القوانين التالية:

- ١- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ النافذ، والنص المقترح هو:  
( ( يتمتع المؤلف الغائب بالحقوق الادبية والفنية كاملة اسوة ببقية المؤلفين، على ان يتولى الوكيل او القيم وبأشراف دائرة رعاية القاصرين، متابعة ورعاية تلك الحقوق وما ينتج عنها وما تتطلبه من الحماية المقررة قانوناً))
- ٢- قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، والنص المقترح هو:  
( ( يتمتع المخترع الغائب بجميع الحقوق الصناعية ومنها براءة الاختراع، لا ينقص منه شيء، على ان يتولى الوكيل او القيم مهمة متابعة ورعاية تلك الحقوق عمومًا، وما ينتج عنها وما تتطلبه من الحماية المقررة قانوناً)) .
- ٣- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ، والنص المقترح يضاف للمادة (٩٠) كفقرة رابعة وكالاتي: ( ( رابعًا- تدار الاموال غير المادية بنفس الالية التي اعتمدت في ادارة اموال الغائب بالفقرتين(ثانيا، ثالثا)، مع مراعاة ما ورد في قانون حماية حق المؤلف العراقي، وقانون براءة الاختراع العراقي لذات الخصوص وفي جميع الاحوال)).

#### قائمة المصادر

اولاً: الكتب:

- ١- ابراهيم مصطفى واخرون: المعجم الوسيط ، دار الدعوة ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، بلا سنة نشر،
- ٢- ابن عابدين محمد أمين الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار ، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢.
- ٣- ابو الحسن علي بن محمد الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، الطبعة الاولى، المكتب الاسلامي، لبنان، بيروت، ١٩٩٦.



- ٤- أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مؤسسة الرسالة ناشرون- بيروت، ٢٠١٣.
- ٥- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ١٩٨٦.
- ٦- ابي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات ، دار بن عفان، السعودية، بلاسنة.
- ٧- ابي بكر بن احمد السرخسي، اصول السرخسي، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، بلا سنة.
- ٨- احمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، (تحقيق حسنين مخلوف) طبعة الاولى، دار المعرفة، لبنان بيروت، ١٩٦٤.
- ٩- اكرم فاضل سعيد، انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية في الأشياء غير المادية، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.
- ١٠- بدران أبو العينين ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، لبنان، بيروت.
- ١١- جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، الكتاب الثاني في نظرية الحق، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٦٦.
- ١٢- حميد سلطان، الوافي في اصول الفقه - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الاولى، مكتبة السيسبان، العراق، بغداد، ٢٠١٥.
- ١٣- زين الدين محمد الرازي ، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، الدار النموذجية، بيروت-صيدا، ١٩٩٩.
- ١٤- سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية- بيروت، بلا سنة.

- ١٥- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٦- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الاولى، الناشر دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ١٩٧١.
- ١٧- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٩٩٣.
- ١٨- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية-مصر، دون سنة نشر.
- ١٩- شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤.
- ٢٠- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الاردن.
- ٢١- عبد الباسط مسعود احمد، التصرفات القانونية للصغير المميز في ضوء القانون العراقي والمقارن واحكام الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، مركز ابحاث القانون المقارن، العراق، اربيل، ٢٠١٠.
- ٢٢- عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٨١.
- ٢٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت.
- ٢٤- عبد المجيد الحكيم، وآخرون، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة. بلا سنة.
- ٢٥- عبد الهادي العلق، الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين العراقي، الطبعة الثانية، مكتبة صباح-بغداد، بلا سنة.

- ٢٦- عصمت عبد المجيد بكر، الاحكام القانونية لرعاية القاصرين، مطبوع لصالح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، بلا سنة نشر.
- ٢٧- عصمت عبد المجيد بكر، د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، الطبعة الاولى، بيت الحكمة، العراق، بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٨- علي الجرجاني: كتاب التعريفات، الطبعة الاولى، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٠.
- ٢٩- علي محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصر، الطبعة الاولى، دار البشائر الاسلامية، لبنان، بيروت.
- ٣٠- مالك بن انس، المدونة الكبرى، الطبعة الاولى، المطبعة الخيرية، مصر، ١٩٠٢.
- ٣١- محمد الزحيلي، حقوق الانسان في الاسلام، دار الكلم الطيب، سوريا، دمشق، ٢٠٠٦.
- ٣٢- محمد الشربيني الخطيب، مُغني المُحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي-مصر، ١٩٥٨.
- ٣٣- محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، مصر، القاهرة، بلا سنة.
- ٣٤- محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة الرابعة عشر، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت، ١٩٨٦.
- ٣٥- محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الازهرية- مصر، ١٩٦٦.
- ٣٦- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار صادر، بيروت. بلا سنة.
- ٣٧- محمد بن حسين القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٩٩٧.

- ٣٨- محمد بن عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح لسنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٩- محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، بيروت،
- ٤٠- محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٩٩٩.
- ٤١- محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٩٩٤.
- ٤٢- محمد صدقي بن احمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة الاولى، مكتبة التوبة، السعودية، الرياض، ١٩٩٧.
- ٤٣- محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٤٤- محمد محيي الدين عوض وآخرون، حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الاولى، جامعة نايف مركز الدراسات والبحوث، السعودية، الرياض، بلا سنة.
- ٤٥- محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي-بيروت، ١٩٩١.
- ٤٦- مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الطبعة الحادية عشر، شركة الخنساء للطباعة-بغداد، ٢٠٠٢.
- ٤٧- منصور بن يوسف البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب-بيروت، ١٩٨٣.
- ٤٨- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامه، المغني في فقه الامام احمد بن حنبل، الطبعة الاولى، دار الفكر-بيروت، ١٩٨٥.

- ٤٩- ناصر بن محمد الغامدي ، حماية الملكية الفكرية، في الفقه الاسلامي والاثار الاقتصادية المترتبة عليها، طبعة تمهيدية، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة.
- ٥٠- نواف كنعان، حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف و وسائل حمايته، ط٢، مكتب دار الثقافة، الاردن، عمان، ١٩٩٢.
- ٥١- هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨.
- ٥٢- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سورية، بلا سنة نشر .

#### ثانياً: الرسائل والاطاريح والبحوث:

- ٥٣- انتصار خضير عباس، احكام المؤلف الفاصر - دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، من جامعة الفلوجة- كلية القانون، لسنة ٢٠٢٢.
- ٥٤- ثائر حامد عواد، انتقال الاموال المعنوية بالوصية والميراث، بحث منشور جامعة الفلوجة- كلية القانون، رقم العدد الثاني لسنة ٢٠٢٠.
- ٥٥- عائشة بوعر عور، حماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، لسنة ٢٠١٦/٢٠١٥.
- ٥٦- عبد المنعم فارس سقا، احكام الغائب والمفقود في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة دمشق - كلية الشريعة، لسنة ٢٠٠٣.
- ٥٧- علي محي الدين القره داغي، الحقوق المعنوية والتصرف فيها وزكاتها- دراسة فقهية تأصيلية، بحث منشور في جامعة قطر - كلية الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية.
- ٥٨- محمد الشلش، حقوق الملكية الفكرية بين الفقه والقانون، بحث منشور في جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، بلا عدد، لسنة ٢٠٠٦.

- ٥٩- هادي محمد عبدالله ، أحكام المفقود- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد-كلية القانون، ١٩٨٧.
- ثالثاً: المتون القانونية:
- ٦٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.
- ٦١- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل
- ٦٢- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ.
- ٦٣- قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته.
- ٦٤- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ النافذ
- ٦٥- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ.
- ٦٦- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .



**University of Fallujah  
Collage of Law**



**JOURNAL OF RESEARCHER FOR  
LEGAL SCIENCES**

**Volume: 4 Issue: 1- Part (2)-August- Year: 2023**

**ISSN: 2706-5960**

**E-ISSN: 2706-5979**

**Deposit Number (2409)**