



# مجلة كفة الميزان

دراسات قانونية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

نافذة معرفية في عالم القنون و السياسة تجمع  
بين التحليل الاكاديمي و الرؤية الواقعية

العدد الثالث - المجلد الاول - ذو القعدة ١٤٤٦ - نيسان ٢٠٢٥

توجه جميع المرسلات الى رئيس التحرير على العنوان التالي

مجلة كفة الميزان - اربيل - العراق  
تلفون : 009647738223277  
info@tip-scale.com

تتوفر نصوص و البحوث كاملة في الموقع التالي

[www.tip-scale.com](http://www.tip-scale.com)



ISBN : 978-9922-24-610-9

تصدر باللغتين  
العربية و الانكليزية



# كفة الميزان

رئيس التحرير

أ.د: سعد العطية

مدير التحرير

أ.د: محمد نعمان الداوودي

---

## هيئة التحرير

أ.م.د. رباح سليمان خليفة  
جامعة كركوك

كلية القانون والعلوم السياسية

د.عدنان عاجل عبيد

كلية القانون جامعة القادسية

أ.د. علي غني عباس

كلية القانون

جامعة المشرق

أ.د:احمد خلف حسين الدخيل  
جامعة تكريت كلية القانون

أ.م.د: معتز علي صبار

جامعة الأنبار

كلية القانون والعلوم السياسية

أ.د:صعب ناجي عبود

معهد العلمين للدراسات العليا

النجف

## سياسية النشر

عنى مجلة كفة الميزان بمشاركة الأبحاث الرصينة والدراسات والتعليقات على الأحكام القضائية وملخصات رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها باللغة العربية والإنكليزية، كما تدعوكم المجلة للتفاعل معها وإغناء الأعداد الصادرة عنها وفق سياسة النشر الخاصة بها والمتمثلة بالآتي:

- 1- مجلة كفة الميزان هي مجلة دورية تصدر شهرياً عن دار هاتريك للنشر والتوزيع في أربيل - العراق.
- 2- المجلة مختصة بنشر أبحاث العلوم الإجتماعية (القانونية والسياسية والاقتصادية)، أو عرض رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه، أو التعليقات على الأحكام القضائية، أو التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، أو عرض الكتب الجديدة ومراجعتها في العلوم القانونية والسياسية وباللغتين العربية والإنكليزية.
- 3- تحتفظ المجلة بحقوق النشر والطبع كافة، كما تعبر جميع آراء المؤلفين الواردة في البحث أو المادة العلمية عن وجهة نظرهم، ولا تُعدُّ المجلة مسؤولة عنها، استناداً لمبدأ استقلالية الرأي، وتلتزم المجلة بالحفاظ على حقوق الملكية الفكرية للمؤلفين..

- 4- المجلة غير ملزمة برد أصول البحوث أو التعليقات على الأحكام القضائية أو ملخصات الكتب ورسائل الماجستير أو أطاريح الدكتوراه سواء نشرت أم لم تنشر، مع خصم جميع المصاريف في حال عدم النشر.
- 5- تكون الأولوية بالنشر حسب الأسبقية بالحصول على قبول نشر للبحوث، وفي حال رغبة الباحث بالنشر المستعجل يستوفى مبلغ إضافي على أجور النشر النهائية للبحث، طبقاً لما متاح على موقع المجلة الإلكتروني.
- 6- يشترط بالمادة العلمية المراد نشرها بالمجلة، أن لا تكون قد سبق نشرها في مجلة أو دورية أو مؤتمر علمي، بتعهد يقدمه الباحث، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية كافة.
- 7- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه أو مادته العلمية إلى أي جهة أخرى لغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحيته ببحثه أو مادته العلمية للنشر من عدمه خلال مدة شهرين من تاريخ استلام المجلة للبحث أو المادة العلمية، وبخلافه تحتفظ المجلة بحقوقها القانونية والمالية كافة.
- 8- يتعين على الباحث أن يلتزم بشروط وأسلوب النشر المعتمد من المجلة والمتاح على موقع المجلة الإلكتروني ([https:// alkindijournal.com](https://alkindijournal.com))، وبخلافه لا تتحمل المجلة مسؤولية التأخر بقبول أو نشر البحث أو المادة العلمية.
- 9- يجب على الباحث مراعاة الأمانة العلمية في البحث العلمي والدراسة الأكاديمية وفي مقدماتها أخلاقيات البحث العلمي وبنود لجنة أخلاقيات النشر

(Committee On Publication Ethics) مثال ذلك، توثيق

المراجع والمصادر والنصوص القانونية والعلمية ومراعاة الموضوعية والمنهجية في الكتابة، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والإدارية والمالية الكاملة عن أي انتهاك أو تجاوز لهذه الأخلاقيات طبقاً للقوانين والتعليمات الوطنية أو الدولية.

10- تخضع جميع البحوث العلمية المراد نشرها بالمجلة لتدقيق نسبة الانتحال (turnitin) ضماناً لعدم نشر البحوث مسروقة النص جزئياً أو كلياً، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية والإدارية الكاملة.

11- تخضع المادة العلمية التي تنشرها المجلة للتحكيم الشفاف والمراجعة العلمية المتخصصة (Peer-reviewed process) فضلاً عن التدقيق اللغوي (لغة العربية واللغة الإنكليزية)، ويكون للمجلة صلاحية الموافقة على النشر فيها من عدمه استناداً إلى الآراء الأولية لهيئة تحرير المجلة أو آراء المحكمين المتخصصين.

13- يمنح كل باحث نسخة ورقية من العدد المنشور فيه بحثه، فضلاً عن نسخة مستلة عن بحثه، ولا تتحمل المجلة أجور إرسال النسخة الورقية للباحث.

14- تعمل المجلة وفق آلية وسياسة النشر المفتوح (Open Access).

15- تلتزم المجلة بمنح الباحث قبول النشر حين استكمال جميع المتطلبات على أن يذكر فيه المجلد والعدد وسنة النشر.

## Publication Policy

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

KAFEET\_ALMEZAN Journal focuses on contributions of rigorous research, studies, comments on judicial rulings, summaries of master's theses and doctoral dissertations, scientific reports on conferences, and book reviews in both Arabic and English. The journal invites you to interact with it and enrich the published issues according to its publication policy, as follows

1. KAFEET\_ALMEZAN Journal is a peer-reviewed monthly journal published by Hatrick Publishing and Distribution company in Erbil, Iraq.
2. The journal specializes in publishing research in the fields of social sciences (legal, political, and economic), presenting master's theses, doctoral dissertations, comments on judicial rules, scientific reports on conferences, and reviews of new books in both Arabic and English languages.
3. The journal reserves all rights of publication and printing. All opinions expressed in the research or scientific material are solely those of the authors, and the journal is not responsible for them, based on

the principle of independence of opinion, the journal is committed to preserving the intellectual property rights of authors.

4. The journal is not obliged to return the original research, comments on judicial rules, book summaries, master's theses, or doctoral dissertations, whether published or not, with all costs deducted in case of non-publication.

5. Priority for publication is based on the order of receiving research acceptance. In case the researcher wishes to expedite publication, an additional fee is applied on the final publication costs of the research, as available on the journal's website.

6. The scientific material intended for publication in the journal should not have been previously published in any magazine, periodical, or scientific conference, as per a commitment provided by the researcher. Otherwise, the researcher bears full legal and financial responsibility.

7. The researcher should not submit their research or scientific material to any other entity for the purpose of publication until they receive a decision on whether the journal accepts their research or scientific material for publication within two months from the date of the journal's receipt of the research or scientific material. Otherwise, the journal reserves all legal, financial, and administrative rights.

8. The researcher must adhere to the conditions and style of publication approved by the journal and available on the journal's website. Otherwise, the journal is not responsible for any delay in accepting or publishing the research or scientific material.

9. The researcher must observe scientific integrity in scientific research and academic study, including research ethics and the codes of the Committee on Publication Ethics. This includes proper citation of references, sources, legal texts, and scientific texts, as well as ensuring objectivity and methodology in

writing. Otherwise, the researcher is fully responsible for any violations or deviations from these ethics, in accordance with national or international laws and .regulations

10. All scientific research intended for publication in the journal is subject to plagiarism checking (Turnitin) to ensure that the research is not partially or entirely plagiarized. Otherwise, the researcher is fully responsible for any legal, financial, and .administrative liability

11. The scientific material published by the journal is subjected to transparent peer review and specialized scientific review, in addition to linguistic review (in Arabic and English). The journal has the right to approve or reject publication based on the preliminary opinions of the journal's editorial board or .specialized reviewers

12. Each researcher is granted a hard copy of the issue in which their research is published, as well as

a copy of their research. The journal does not cover  
.the costs of sending the hard copy to the researcher

The journal operates according to the Open .13  
.Access publication model

The journal is committed to providing the .14  
researcher with the acceptance of publication upon  
completing all the requirements, specifying the  
volume, issue, and year of publication, except for  
research extracted from master's theses and doctoral  
dissertations."

## الفهرس

## سياسية

- النشر.....
- الفهرس.....
- كلمة العدد.....
- عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات
- 2.....
- 2..... فرح طلال علي الحيايلى.....
- 48..... المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية.....
- 48..... ثامر بشير حسن.....
- 85..... المسؤولية الدولية في مواجهة الجرائم الارهابية.....
- 85..... سيف سعيد صبار.....
- " مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي
- 134.....
- 134..... حسن ماجد حسن بحر.....
- عقود الاستثمار الدولية التعريفات، الخصوصيات القانونية، والتحديات
- 156..... بسام عدنان محمد.....

## كلمة العدد الثاني

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

## مجلة كفة الميزان القانونية

حين أطلقنا العدد الأول من كفة الميزان، كنا نضع أقدامنا على طريق لم يُعبّد بعد، لكننا كنا مؤمنين أن الفكرة الصادقة تجد طريقها ولو ببطء. واليوم، مع صدور العدد الثاني، لا نحتفل فقط بالاستمرار، بل نؤكد أن مشروعنا لا يقوم على لحظة عابرة، بل على رؤية طويلة الأمد تسعى لصناعة أثر.

لقد تلقينا في أعقاب العدد الأول ردودًا ثمينة، من أساتذة وزملاء ومهنيين وطلاب، حملت لنا إشارات على أهمية ما بدأنا به، ودفعتنا إلى التوسع، والمراجعة، والتطوير. وهذا العدد الثاني يأتي كثمرة أولى لهذا التفاعل؛ حيث حرصنا أن يكون أكثر تنوعًا، أدقّ تحليلًا، وأعمق ارتباطًا بتفاصيل الواقع القانوني.

في هذا العدد، نتابع التزامنا بتقديم محتوى يركز على ثلاث دعائم: المعرفة القانونية الرصينة، والطرح التحليلي المتزن، والارتباط العملي بالواقع. ستجدون دراسات متخصصة في قضايا معاصرة، وقرارات ناقدة لنصوص قانونية، وتحليلات لاجتهادات قضائية هامة، إلى جانب ملفات تسلط الضوء على فجوات التشريع أو تحديات التطبيق التي يواجهها القانون في حياتنا اليومية.

نحن لا نبحث عن الإثارة الإعلامية، ولا نلهث خلف العناوين السريعة، بل نكتب للقارئ المهني والباحث الجاد والطالب الطموح. نكتب لمن يريد أن يفهم،

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

لا فقط أن يقرأ. نكتب لنقدّم صوتًا عقلانيًا متزنًا في زمن تتراجع فيه المساحات المحايدة لصالح الضجيج.

إن كفة الميزان، كاسم، تفرض علينا مسؤولية التوازن، لا بين الآراء فقط، بل بين الجراءة والمهنية، بين الطرح العلمي والانفتاح على الواقع، بين اللغة القانونية الصارمة، والأسلوب الذي يتيح للجميع الفهم والمشاركة.

ولأننا نؤمن أن أي مشروع فكري لا يكتمل من دون تفاعل حيّ، نعيد دعوتنا لكل من يملك رؤية، سؤالًا، أو تجربة: هذه المجلة منبركم. شاركونا إياها، ولتكن كفة الميزان أكثر اتزانًا بتنوع أصواتكم.

في كل عدد، نعيد تعريف أهدافنا ونرفع سقف طموحاتنا. ومع كل عدد، سنبقى أوفى لفكرتنا: أن نكون مرآة صادقة لما يحدث في عالم القانون، لا على الورق فقط، بل في وجدان المجتمع.

هيئة تحرير مجلة كفة الميزان



## عقود الامتياز النفطية

### العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

#### فرح طلال علي الحياي



## المستخلص

يتناول البحث تطور عقود الامتياز النفطية والعلاقات القانونية والمالية بينها وبين الشركات الأجنبية. منذ القرن العشرين، ساهمت هذه العقود في استغلال الثروات النفطية، لكنها واجهت تحديات تتعلق بحقوق الدول المنتجة. مع التغيرات السياسية والاقتصادية، ظهرت عقود جديدة مثل عقود المشاركة والمقاوله، مما ساعد في تحقيق توازن أكبر بين مصالح الأطراف. نتائج البحث تشير إلى تعزيز حقوق الدول وزيادة الإيرادات المالية. كما أوصى البحث بتطوير أطر قانونية مرنة وتعزيز التعاون بين الدول المنتجة لتحقيق التنمية المستدامة.

## The abstract

The research discusses the evolution of oil concession contracts and the legal and financial relationships between them and foreign companies. Since the twentieth century, these contracts have contributed to the exploitation of oil resources, but they have faced challenges regarding the rights of producing countries. With political and economic changes, new contracts emerged, such as participation and contracting agreements, which helped achieve a greater balance between the interests of the parties. The research results indicate an enhancement of the rights of countries and an increase in financial revenues. The research also recommends developing flexible legal frameworks and strengthening cooperation among producing countries to achieve sustainable development.

## المقدمة

تعتبر عقود الامتياز النفطية من أبرز الأنظمة القانونية التي شكلت العلاقة بين الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية منذ بداية القرن العشرين. وقد ساهمت هذه العقود في استغلال الثروات النفطية وتحقيق عوائد مالية كبيرة، إلا أنها كانت تعاني من العديد من التحديات والمشاكل، خاصة فيما يتعلق بحقوق الدول المنتجة. مع مرور الزمن، أدت التغيرات السياسية والاقتصادية إلى ظهور عقود جديدة، مثل عقود المشاركة والمقاولة، التي تهدف إلى تحقيق توازن أكبر بين مصالح الأطراف. يستعرض هذا البحث تطور عقود الامتياز النفطية، ويحلل الأنظمة القانونية والمالية المرتبطة بها، بالإضافة إلى التعديلات التي أدخلت عليها لتعزيز حقوق الدول المنتجة. كما يتناول البحث تأثير هذه التعديلات على الاستقرار والتنمية المستدامة في البلدان المنتجة للنفط.

## أهمية البحث

يكتسب هذا البحث أهمية كبيرة من كونه يسلط الضوء على التحديات التي تواجه قطاع النفط في الدول المنتجة، ويستعرض التغيرات القانونية والمالية التي طرأت على عقود الامتياز. كما يعزز فهم دور هذه العقود في تحقيق التنمية المستدامة واستغلال الثروات الطبيعية بشكل عادل، مما يسهم في تعزيز الاستقرار الاقتصادي والسياسي في المنطقة.

## إشكالية البحث

تتمثل إشكالية هذا البحث في كيفية تحقيق توازن عادل بين مصالح الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية، في ظل التحديات القانونية والمالية التي تواجه عقود الامتياز. إذ تبرز تساؤلات عديدة حول مدى قدرة هذه العقود على حماية حقوق الدول المنتجة وضمان استغلال ثرواتها بشكل مستدام. ويتفرع عنها الأسئلة التالية:

1. ما هي التحديات الرئيسية التي تواجه عقود الامتياز النفطية في الدول المنتجة؟
2. كيف أثرت التعديلات القانونية على حقوق الدول المنتجة في عقود الامتياز؟
3. ما الدور الذي تلعبه عقود المشاركة والمقاولة في تحسين العلاقة بين الدول والشركات النفطية؟

## منهج البحث

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي كوسيلة رئيسية لفهم وتحليل التغيرات القانونية والمالية في عقود الامتياز النفطية. من خلال دراسة النصوص القانونية والأدبيات السابقة، سيتم تحليل تأثير هذه التغيرات على حقوق الدول المنتجة، بالإضافة إلى تقييم فعالية الأنظمة الجديدة مثل عقود المشاركة والمقاولة.

### هيكلية البحث:

سوف يتم تقسيم عذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: عقود الإمتياز النفطية ونظامها القانوني والمالي

المبحث الثاني: انواع التعاقدات الجديدة ونظامها القانوني والمالي

## المبحث الأول

### عقود الإمتياز النفطية ونظامها القانوني والمالي

تعد هذه العقود اقدم نظام للإستثمار الإقتصادي والقانوني في مجال إستغلال الثروة النفطية، وظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن العشرين ، وانتشر بصفة خاصة في العشرينيات والثلاثينيات في اهم البلدان المنتجة للنفط في منطقة الشرق الأوسط مثل العراق وايران والسعودية وقطر واندونسيا<sup>(1)</sup>.

ولقد ظل هذا النوع من العقود هو السائد في تنظيم العلاقة بين الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية قبل فترة الحرب العالمية الثانية قي تلك الدول، ولكن ادخلت عليها بعض التغيرات نتيجة لتغيير الظروف السياسية والإقتصادية، واهم تعديل ادخل على هذه العقود ذلك التعديل الذي ادى الى زوال العقود الإمتياز في صورتها الأولى التي كانت عليها طوال النصف الأول من قرن العشرين، وهو اشراك الدولة في ادارة وإستغلال الثروات النفطية في اراضيها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها.

وكانت ذلك نتيجة لما كانت تحويه هذه العقود من بنود مجحفة في حق الدول المنتجة، لذلك سعت هذه الدول الى تعديل عقود الإمتياز المبرمة بينها وبين الشركات النفطية على اراضيها، عليه نستعرض في هذا المطلب وفي الفرعين

(1) احمد عبدالحميد عشوش وعمر ابوبكر باخشب، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون العربي، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1999، ص19.

الآتيين عقود الإمتياز النفطية التقليدية القديمة وعقود الإمتياز التقليدية المعدلة (الحديثة).

### المطلب الأول:- عقود الإمتياز النفطية التقليدية القديمة

هي عقود الإمتيازات النفطية الأولى التي سادت قبل فترة الحرب العالمية الثانية في بعض دول الشرق الأوسط مثل: العراق<sup>(1)</sup>، السعودية، الكويت، قطر، إيران و اندنوسيا. واستطاعت الشركات العالمية التي حصلت على هذه العقود إبان تلك الفترة تحقيق مزايا إقتصادية كبيرة نظراً للخصائص والشروط الإيجابية الموضوعة لصالحها في مضمون تلك العقود. ويتمثل مفهوم تلك العقود ونظامها القانوني والمالي فيما يلي:-

#### أولاً/ تعريف العقود الإمتياز النفطية التقليدية القديمة

يسمى هذا النوع من العقود ب(عقد الإمتياز البترولي)،وهناك اراء مختلفة حول تعريف محدد لهذه الإمتيازات في صورتها الأولى، حيث لجأ الفقه الى تعريفه بأنه:- (ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في اقليمها او في جزء منها ،

(1) عبد الاله الامير. العقود البترولية الإنتاجية. مطبعة الصور . بغداد. 2008. ص26.

والحق في إستغلال هذه الموارد والتصرف فيها ، وذلك خلال فترة زمنية معينة، مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ مالية معينة<sup>(1)</sup>.

كما عُرِف بأنه:- (عقد يبرم بين الدولة المنتجة للنفط وشركة نفط أجنبية، تعطى بموجبه هذه الأخيرة حق إستثمار النفط لحسابها الخاص مع حق التملك للنفط الذي تكتشفه، لقاء بعض الأموال التي يجب عليها دفعها للدولة)<sup>(2)</sup>. كما تُعرف عقود الإمتيازات النفطية بأنه:- (عقد يبرم بين الدولة المالكة لحقوق النفط والتي تسمى مانحة الإمتياز وشركة نفط أجنبية تسمى صاحبة الإمتياز، تمنح بموجبه لهذه الشركة حق حصري في البحث والتنقيب عن النفط في مساحات من الأراضي، والتي غالباً ما تكون شاسعة، للإستثمار خلال فترة زمنية طويلة الأمد، مقابل مبلغ معين من المال تدفع للدولة)<sup>(3)</sup>.

ومن خلال قراءتنا التعاريف السابقة يتبين لنا أن:-

1. تمنح هذه العقود لشركات الإمتياز حق البحث عن النفط في مساحات جغرافية كبيرة ولفترة طويلة بحيث بلغت (75) عاماً في بعض العقود.

(1) د. خلود خالد الصادق بيوض، عقد الإمتياز النفطي وتطبيقاته، ط1، المكتب الحامي الحديث، الاسكندرية، 2012، ص72.

(2) د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لإستغلال النفط في الأقطار العربية، دراسة في العقود الغقتصادية الدولية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص89.

(3) د.كاوه عمر محمد. النفط ومنازعات عقود إستغلاله. ط1. منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2015، ص62.

2. تقوم شركات النفط في حالة إكتشاف النفط وإنتاجه بتسويقه لحسابها، بالإضافة الى تحديد الأسعار دون تدخل من الدولة المضيفة.

3. تدفع الشركات المبالغ المعينة للدولة المضيفة في مقابل حصول على عقد الإمتياز.

ما يعني ان هذه العقود بالرغم من تباينها فيما بينها من حيث ما تتضمنه من أحكام وشروط، سواءاً أكانت شروطاً قانونية أم مالية أم فنية أم تجارية، إلا انها تتميز جميعها بخصائص وسمات مشتركة تتلخص في :- أنها أعطت الشركات الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب والإسغلال ولاسيما بالنسبة للنفط المستخرج والتصرف فيه، كما انها أبرمت لفترات طويلة الأمد تفوق المعقول و كانت منطقة الإمتياز تغطي مساحات شاسعة من إقليم الدولة المنتجة.

### ثانياً/ النظام القانوني لعقود الإمتيازات التقليدية القديمة

النظام القانوني، تعبير يستخدم لدلالة على المبادئ الأساسية التي يتضمنها عقد البترول، والإطار الذي يخضع له، ويستند عليه احكامه عند انشائه وتنفيذه وتفسيره، لتقريرها ماهيته ونطاق حقوق والتزامات اطراف هذا العقد.

فبالنسبة لحقوق الشركة الأجنبية، يتطلب أمر قيامها بإستغلال الثروات النفطية للدولة مانحة الإمتياز، ان يتضمن عقد الإمتياز مجموعة من الحقوق لها، والتي تتجسد فيما يلي:-

**1. حق البحث والإكتشاف والإنتاج:-** وهو على مرحلتين، فيخول لها في المرحلة الأولى الحق المطلق في إستكشاف والحفر لمدة قصيرة وفي مرحلة الثانية التي تبدأ منذ إكتشاف التجاري الى الإنتاج، الحق المطلق في إنتاج النفط في مساحة الإمتياز.

**2. حق التنازل عن الإتفاق وانهاؤه:-** تخول عقود الإمتياز الحق المطلق لصاحب الإمتياز في حرية اختيار الغاء العقد. مع التنازل عن كل او جزء من حقوقه الى طرف ثالث مع شرط موافقة الدولة المضيفة، كما ويمكن له التنازل عن حقوق لشركة او اكثر تابعة له دون الحصول على موافقة مسبقة من الدولة المضيفة ، ولم يكن البلد الذي يمنح الإمتياز يملك حق تغيير الإتفاقية ولا الغائها قبل موعد انهاؤها، عملياً كان هذا البلد بمثابة شريك دون حقوق، وتخضع كلياً للقرارات التي تتخذها الشركات صاحبة الإمتياز<sup>(1)</sup>.

**3. حق الضمان:-** قد تتضمن بعض من المعاهدات الدولية شرط ضمان عدم الإعتداء على الأموال الشركة المستثمرة، وهو يعمل على تأمين حقوق صاحب الإمتياز التقليدي ويقدم الحماية اللازمة لها، عليه تمارس المستثمر قدر معقول من السلطة الادارية.

(1)الكسندر بريماكوف، نفط الشرق الاوسط والإحتكارات الدولية، ترجمة بسام خليل، ط1، بيروت، 1984، ص5.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

#### 4. حق استخدام الأيدي العاملة الأجنبية من الفنيين والإداريين:- وقد

تحتوي الإتفاقيات النفطية على اشتراطات ما يسمح لصاحب الإمتياز الحق في استخدام العمالة الأجنبية. نجد ان العديد من هذه الإتفاقيات تقيد صاحب الإمتياز التقليدي بتعهده. بمنح الافضلية لمواطن الدولة المضيفة، لكن الواقع اثبتت عكس ذلك.

5. تنص غالبية عقود الإمتياز القديم صراحة حق الشركة الأجنبية في ملكية النفط المنتج والتصرف فيه وفق شروط العقد، الا انه توجد حالات نادرة، يلتزم صاحب الإمتياز بموجبها بدفع قيمة نقدية او عينية (النفط الخام) مقابل الإنتاج. ويترتب على هذا الحق معالجة الإنتاج واعداه للتجارة والإنتاج والتسويق.

#### ثالثاً/ النظام المالي لعقود الإمتيازات النفطية التقليدية القديمة

كانت الإيرادات المالية التي تحصل عليها الدولة المضيفة بمقتضى عقود الإمتياز ضئيلة جداً بالمقارنة بما حققته الشركات الأجنبية المتعاقدة من الأرباح، وبما حصلت عليه الدول التي تنتمي اليها هذه الشركات من الإيراد، ويمكن ان نوضح محتويات النظام المالي لعقد الإمتياز القديم كالآتي:-

#### 1. مكافآت الإمضاء او الإنتاج

أ. مكافئة الإمضاء (التوقيع): - وهي عبارة عن مبلغ من المال تحصل عليه الدولة من الشركة المتعاقدة بمجرد ابرام العقد، وذلك بغض النظر عن النتائج التي قد تسفر عنها عمليات البحث والتنقيب.

ب. مكافئة الإنتاج:- والتي قد تكون بدفعة واحدة او عددة دفعات مقدمة الى الحكومة المضيفة، بحسب تحقيق مستويات معينة من الإنتاج من الإكتشاف التجاري، الى ان يتم دفع مبالغ ثابتة<sup>(1)</sup>.

## 2. ضريبة الأراضي :- وهي على نوعين هما:-

أ. ضريبة اراضي الإستكشاف:- تدفع الشركة صاحبة الإمتياز سنوياً مبلغ من المال بغية استعمالها لقطع الارض التي يعطيها عقد الإمتياز، ويبدأ دفع الإيجار منذ تأريخ نفاذ العقد وينتهي بتأريخ بدأ الإنتاج او البدء في تصدير البترول حسبما ينص عليه العقد.

ب. ضريبة اراضي الإستغلال:- يجوز للحكومة المضيفة ان تطالب الشركة المرخصة يدفع ايجار سنوي يتناسب مع مساحة الإمتياز، خلال عملية إكتشاف التجاري

## 3. الأتاوة او الربح على الإنتاج:-

<sup>(1)</sup> هاني محمد كامل المنابلي، إتفاق التحكيم وعقود الإستثمار البترولية، ط1، دار الفكر الجامعي (الاسكندرية)، 2011، ص77 وما بعدها

تلتزم الشركة صاحبة الإمتياز بأداء مدفوعات نقدية او عينية الى الدولة عن كل وحدة إنتاج النفطى عليها من منطقة التي يغطيها عقد الإمتياز، ويكون على اساس مبلغ معين عن كل وحدة إنتاج او على اساس نسبة مئوية معينة من كمية الإنتاج،ويمكن اعتباره ضريبة مباشرة تناسب طردياً مع قيمة الإنتاج.

#### 4. الضريبة على الأرباح وتشمل ما يلي:-

أ.المحيط الحسابي:- يخضع حامل الإمتياز لضريبة مباشرة على الأرباح الناتجة عن عملياته في الدولة.

ب.قاعدة الضريبة للإيرادات والنفقات:- يعتمد حساب مداخيل حامل الإمتياز التقليدي على المنتجات المسوقة من المحروقات، ومداخيل تأجير المرافق للآخرين والمبيعات ذات صلة مثل كبريت.

ج.المعدل:- يكون في حالة إما تطبيق المعدل الثابت العام يحدده القانون للضرائب او المعدل الخاص بالعمليات النفطية.

5.ضرائب اضافية على الأرباح النفطية:- اصبحت مداخيل البترول مرضية للدول، فتم تحديد سعر النفط على اساس سعر مرجعي<sup>(1)</sup> و حسب مواصفات الحقول وذلك بعد ارتفاع اسعار في عامي 1973، 1979، وأدخلت تعديلات

(1). فهد محمد العفاسي،عقود الثروات الطبيعية في ظل إتفاقيات المشاركة الأجنبية-العقود النفطية نموذجاً-مكتبة الدار الأكاديمية للنشر،الكويت،2007،ص164.

على الضرائب النفطية بغية تشجيع الإستثمارات عند انخفاض الأسعار ابتداءً من سنة 1981.

6. الشركات النفطية هي التي تحدد اسعار النفط الخام في الاسواق العالمية وليس لدول المضيغة والمصدرة للنفط اي دخل في هذا الشأن

7. الشركات النفطية عي تقوم بتحديد حجم الإنتاج، وليس طبقاً لقانون العرض والطلب، وتحدد وفقاً لمصالحها الذاتية ومصصلحة الدول التي تنتمي اليها.

8. وكانت جميع العقود الإمتيازات التقليدية القديمة تنص على اعفاء الشركات حاملة الإمتيازات من دفع الرسوم الجمركية على الموارد والمعدات التي تستوردها.

ومن خلال ما عرضناه، يتبين لنا ان نظام الإمتياز التقليدي لم يسفح المجال بالمشاركة لأي جهة وطنية، سواء أكانت حكومية ام خاصة. كما انه لم يسمح لحكومات الدول المنتجة القيام بأي دور فعال في صناعة النفط. وظلت شركات البترول الأجنبية بمنأى عن اي نوع من الرقابة الحكومية من البلاد التي تملك الثروات البترولية.

## المطلب الثاني: عقود الإمتياز التقليدية الحديثة (المعدلة)

كانت عقود الإمتياز التقليدية القديمة وليدة تلك الظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية والقانونية التي كانت تخيم على الدول المنتجة في تلك الفترة وبذلك لما تغيرت هذه الظروف ولا سيما بعد الحرب العالمية الثانية وبعد ان اشتد الطلب العالمي على النفط، ادى ذلك الى تمكين الدول المنتجة تصحيح الترتيبات السابقة وتخفيف الغبن الذي ساد كثير من الدول المنتجة، وإدخال التعديلات اللازمة على عقود الإمتياز التي كانت مبرمة بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية لجعلها اكثر عدالة وتحقيق توازن بين المصالح الدول المنتجة والشركات الأجنبية ومن ثم اتاحة الفرصة لهذه الدول للإستغلال الأمثل لثرواتها الطبيعية وتسخيرها اداة للتنمية الإقتصادية الحقيقية لبلدانها.

وتعد هذه العقود افضل من العقود الإمتياز السابقة نسبياً، وذلك نظراً لوضوح بنودها وحصول الدول المضيفة على بعض المزايا لم يكن موجودة في العقود المبرمة من قبل ، ويمكن تعريف عقود الإمتيازات الحديثة بشكل عام بأنها:- (إمتيازات تقليدية أدخلت عليها بعض التعديلات لصالح الدول المضيفة)<sup>(1)</sup>. ومن اهم التعديلات التي طرأت على العقود الإمتيازات التقليدية القديمة هي:

(1)د. احمد المفتي المحامي، انواع عقود النفط (البترو)، بحث متاح على الموقع الإلكتروني:

[www.sudarees.com/sudnile/48806-](http://www.sudarees.com/sudnile/48806-)

## أولاً:- نظام التخلي عن المساحات غير المستغلة من طرف الشركات

### الأجنبية

حاولت الشركات الأجنبية ان تبقى اجزاء كثيرة من مناطق الإمتياز غير مستغلة ودون ان ترجعها الى الدول المضيفة، وذلك خوفاً من دخول شركات منافسة في تلك الأجزاء المتبقية غير المستغلة، عليه بدأت الدول المنتجة بالتفاوض مع الشركات المتعاقدة معها، و توصلت بالفعل الكثير من الدول كالعراق الى ابرام إتفاقيات مع الشركات العاملة في اراضيها تلزمها بالتخلي عن المناطق غير المستغلة وفقاً لسقف زمني محدد يوضح فيها المواعيد التي يتم التخلي فيها والمناطق التي يتم التخلي عنها.

### ثانياً:- نظام مناصفة الأرباح

من أهم وأبرز التعديلات التي طرأت على عقود الإمتياز التقليدية المبرمة بين الأقطار المنتجة والمصدرة للنفط والشركات الأجنبية ،هو الاخذ بنظام مناصفة الأرباح. ومن المزايا المالية التي حققها نظام مناصفة الأرباح للدول المنتجة للنفط، التزام الشركات الأجنبية بدفع ضريبة مقدرها 50% من صافي الأرباح التي تحققها الشركات ويدخل في هذه النسبة قيمة الأتاوة، اي يشترط ذلك ان لا تزيد قيمة ما تدفعه الشركة من اتاوة وضرائب عن 50% من صافي الأرباح، وهذا ما دفع الدول المنتجة الى ازدياد الإهتمام بكميات النفط المستخرجة من اراضيها، وبأسعار بيع النفط والأرباح التي تحصل عليها هذه الشركات.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

حيث دخل هذا النظام حيز التنفيذ لأول مرة عام 1948م من قبل فنزويلا حين اصدرت تشريعاً نصت بموجبه على فرض ضريبة على الشركات العاملة في اقليمها بمعدل 50% مكرسة بذلك ولأول مرة قاعدة مناصفة الأرباح في العلاقة بين الدول المنتجة وشركات النفط، وكذلك العقد الذي ابرمته شركة ارامكو السعودية في عام 1950م، كما اخذت بهذه القاعدة دولة الكويت في عام 1951م مع الشركات النفطية العاملة على اراضيها.

وفي العراق عقدت إتفاقية مناصفة الأرباح بين الحكومة العراقية وشركات النفط العاملة في العراق (شركة نفط العراق، الموصل، البصرة) في شباط عام 1952، وبموجب المادة الثالثة لهذا الإتفاق حصل العراق على 50% من الأرباح قبل اقتطاع الضرائب الواجب دفعها للدولة.

### ثالثاً/ مبدأ تنفيذ الأتاوة (الريع)

بعد الأخذ بنظام مناصفة الأرباح، ظهرت مشكلة حول طبيعة الأتاوة او الريع فيما إذا تعد هذه الأتاوة دفعة مقدّمة من نصيب الدولة في الأرباح اي لا يدخل ضمن نسبة 50% التي تحصل عليها الدول المنتجة طبقاً لنظام مناصفة الأرباح، أو انها نفقة تضاف الى تكاليف الإنتاج عند تحديد الأرباح وتخصم من الدخل، لذلك اطلق على هذا الاجراء مسمى (تنفيذ الأتاوة)، كما هو الحال في كثير من الدول المصدرة الرئيسية للبترول خارج منطقة العربية.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

وأذعنّت الشركات لمطالب الدول العربية المنتجة للبترول (الايوك) بعد مفاوضات طويلة في (جاكارتا تشرين الثاني عام 1964م) وقبلت بتعديل إتفاقيات الإمتياز وادخال الأتاوة ضمن عناصر نفقات تكلفة الإنتاج. وتخلت عن تمسكها بالنظر الى الأتاوة على ان تعد بمثابة جزء من حصة الحكومة من الأرباح يخصم من 50% التي تحصل عليه الدول، واشترطت مقابل ذلك ان تحصل على الأسعار المعلنة، كما اشترطت اللجوء الى التحكيم الإجباري في حالة نشوء اي نزاع بينها وبين الحكومة.

وكانت هذه التعديلات المالية هي التعديلات الوحيدة الهامة التي أدخلت على عقود الإمتياز التقليدية التي ذكرناه اعلاه ، غير ان هذه التعديلات لم تكن الا تحسیناً للجانب المالي فقط، وبقيت كافة الجوانب الأخرى في تلك العقود التقليدية على حالها.

#### رابعاً/ الأخذ بنظام المشاركة في العقود القائمة

اهم تعديل ادخل على عقود الإمتياز القديمة ذلك الذي ادى الى زوال عقود الإمتياز في صورتها الأولى التي كانت عليها طوال النصف الأول من القرن العشرين، وهو اشتراك الدولة في ادارة وإستغلال الثروات النفطية الكافة في اقليمها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها ويكون هنا للدولة صفتين هي صفة مانح العقد وصفة الشريك في المشروع.

وتبنت منظمة الدول المصدرة للنفط اوبك هذا التعديل ضمن قرار 95 الصادر عام 1986 وتم التأكد على ضرورة حصول البلدان المنتجة عن نسبة مشاركة مناسبة، كما أكدت ان تكون المشاركة فعالة، وان لا تكون المشاركة اقل من النسبة المنصوص عليها حيث تمثل هذه النسبة الحد الأدنى لنسبة المشاركة التي يجب ان تحصل عليها الدولة.

كما نص على حق الدول لاجزاء في المطالبة بالمشاركة اذا لم تكن العقود النافذة على ذلك استناداً الى مبدأ تغيير الظروف.

وبعد ان تحدثنا عن العقود والامتياز الذي كان سائداً في العلاقة بين الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية واهم وبرز التعديلات التي ادخلت عليها، وسنتناول فيما بعد انواع التعاقدات الجديدة التي ظهرت بعد عقود الامتياز.

## المبحث الثاني

### انواع التعاقدات الجديدة ونظامها القانوني والمالي

دعت البلدان المنتيجة والمصدرة للنفط منذ الأوائل من القرن العشرين الشركات الأجنبية الى تعديل تعاقدات الإمتياز التي عقدت معها.

وقد استندت هذه الدول الى قاعدة تغيير الظروف الجوهرية المقرر في القانون الدولي، وهو ما يعرف في القانون الداخلي باسم نظرية الظروف الطارئة القائمة على التوازن بين طرفي العقد، لذلك فإن لهذه النظرية اهمية كبرى في استقرار إتفاقيات البترول<sup>(1)</sup>، وكذلك نزعة الاستقلال للدول النامية ورغبتها في سيطرتها على ثرواتها والجهود المتواصلة للبلدان النامية لدى الأمم المتحدة الى قيام المنظمة الدولية باصدار مجموعة من القرارات بشأن ما يسمى بمسألة (السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية) والتي يمكن ان يسمى (ميثاقاً للحقوق الإقتصادية) مصادقاً عليه من اعلى منبر دولي، حيث شجعت تلك الدول لإدخال تحسينات على بنود وشروط إتفاقيات الإمتياز على ضوء متطلبات ومقتضيات السيادة الدائمة.

وإدى ذلك الى ظهور إختصاصات جديدة في إتفاقيات النفط وأثرت هذه الإتجاهات في استحداث تغيير عميق في الصناعة النفطية، كأدوات قانونية

(1) د. كاوان اسماعيل ابراهيم، عقود التنقيب النفط وإنتاجه (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، ط1، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، 2011، ص183.

مستخدمة في التعامل بين الحكومات والشركات الأجنبية وكبديل لنظام الإمتيازات، فضلاً عن ذلك كانت بعض الدول العربية المنتجة للنفط تصر على اللجوء الى التأميم الكلي او الجزئي للممارسة السيادة على مواردها الطبيعية<sup>(1)</sup>. عليه نخصص هذا المطلب للحديث عن التعاقدات الجديدة ونظامها القانوني والمالي وعلى النحو التالي:

### المطلب الأول:- مفهوم عقود المشاركة النفطية

على الرغم من وجود إختلافات بين الباحثين والخبراء في مجال النفط، حول التأريخ التي ظهرت فيه عقود المشاركة، إلا ان الجميع يتأكد على ظهور هذا النوع من العقود هي لتحقيق رغبة الحكومة في السيطرة على ثرواتها النفطية وتحقيق اكبر ايراد مالي منها، من ناحية، وظهور الشركات الصغيرة المستقلة عن الشركات الكبرى و تقديمها بعروض و شروط أفضل للدول المنتجة مما كانت تقدمها الشركات الكبرى ،والتي أدت الى أن تلجأ الدول الى هذا النمط من العقود رغبةً منها الحصول على أفضل الفرص لإستغلال ثرواتها النفطية<sup>(2)</sup>.

(1) د. بشار محمد الاسعد، عقود في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006، ص52.

(2) خلاف عبدالجابر خلاف . إحتكار أجهزة النفط التنظيمية والإدارية الراهنة. ط1، دار النهضة العربية، 1985، ص127.

وتبلورت فكرة استبدال عقود الإمتياز بعقود المشاركة بعد مطالبة زيادة الإيرادات المالية عن طريق فرض الضرائب على دخل الشركات، وكانت ايران سباقاً في هذا المجال في الشرق الأوسط. ويعد هذا النوع من العقد احد أهم الأدوات القانونية المستخدمة في التعامل بين الحكومات المنتجة والشركات الأجنبية ويتمثل مفهومها بنظامها القانوني والمالي فيما يلي:-

### اولاً- تعريف عقود المشاركة النفطية

يقصد بنظام المشاركة النفطية اشتراك الدولة المنتجة للنفط في الأنشطة البترولية التي تمارس على اقليمها في مجال عمليات الإكتشاف والإنتاج والإستغلال، وقد تتوسع المشاركة وتتضمن عمليات التسويق أيضاً، و بموجب هذا النوع من العقود فإن مسؤولية تكاليف الكشف عن البترول وضمان الإحتياجات المالية لهذه العمليات لحين الإكتشاف التجاري للبترول تتحملها الشركة الأجنبية، بحيث تقع الخسارة على الشركة فقط دون اي إلتزام على الدولة ولاسيما في حالة عدم إكتشاف البترول من قبل الشركة<sup>(1)</sup>، وتتحقق هذه المشاركة في احدى الصور الثلاثة الآتية:-

فاما ان يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركة الأجنبية على ان يتم تأسيس الشركة تساهم فيها الدولة او احدى مؤسساتها التابعة لها بحصة من

(1) أمجد صباح عبدالعالي، "عقود بديلة لإتفاقيات المشاركة بالإنتاج PSA لتطوير القطاع النفطي في العراق"، مجلة العلوم الإقتصادية، العدد 21 المجلد الخامس، حزيران 2008، ص20.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

رأسمالها وذلك بعد إكتشاف البترول بكميات تجارية<sup>(1)</sup>، وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين احدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية اخرى<sup>(2)</sup>، وقد يبرم عقد المشاركة بين احدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية.

وتحقق هذا النوع من العقود مجموعة من المزايا لطرفي العقد، والتي تتمثل في ممارسة الدولة سيادتها على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من الرقابة الحكومية على المشروع وايضاً اكتساب الخبرات الفنية في هذا المجال وتسهيل عمليات التسويق الخارجية دون ان تتحمل النفقات الباهظة التي تُنفق على المشروع والخاصة بالتنقيب، كما تؤمن نوع من الإستقرار والإطمئنان للشركات الأجنبية في علاقاتها مع الدول المنتجة، ذلك بأعتبار انها اصبحت شريكاً وليست مجرد صاحب إمتياز الأجنبي. وبما ان عقود المشاركة عسوية على أي شرح أو تعريف جامع لأنه لا يوجد لها تعريف او معنى مقبول لدى الجميع، ولاسيما ان أغلب التشريعات المقارنة تخلو من تعريف لهذه العقود، حيث تُرك أمر تعريفها للفقهاء.

عليه تُعرف عقد المشاركة النفطية بأنه:- (إتفاق يبرم بين الدولة المنتجة - المانحة للإمتياز - وحدى مؤسساتها النفطية كطرف، والشركة النفطية الأجنبية

(1) مثل العقد المشاركة المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية او كيراب عام 1965.

(2) مثل عقد المشاركة التي ابرمتها جمهورية مصر العربية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان امريكان وفيلبس عام 1963 - 1964.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

كطرف اخر، وذلك بهدف إنشاء شركة أو مشروع مشترك يسمى (الشركة المشتركة)، يمنح بمقتضاه الدولة للطرف الآخر حق إمتياز للبحث والتنقيب عن الثروات النفطية وإستغلالها في مساحة محددة من إقليم الدولة ولمدة زمنية معينة<sup>(1)</sup>.

كما عُرف بأنه:- ( ذلك النظام الذي يأخذ شكل العقد بين الدولة المنتجة للنفط او الشركة الوطنية التابعة لها من ناحية. وشركة النفط الأجنبية من ناحية اخرى، وذلك بهدف انشاء مشروع مشترك يطلق عليه عادة اسم شركة التشغيل او الشركة للعمليات، وتقوم بعمليات الإستثمار النفطي في الدولة المنتجة في منطقة معينة ولمدة محددة)<sup>(2)</sup>.

ما يعني أنه تكون للحكومة حصة في الملكية، بحيث تقوم الشركة بالعمليات النفطية من الإستكشاف والحفر وتحمل النفقات والمخاطر، وتصبح الدولة المضيفة بمثابة مالك اساساً بمجرد الحصول على احتياطات ومكامن بكميات تجارية، وتساهم في تمويل عملية إعداد الحقل المكتشف وتطوير الإنتاج على أن يحصل كل من طرفي العقد على حصته من الإنتاج وتشارك الدولة المنتجة بجزء من حق القرار والإدارة والرقابة عليها، حيث أن نظام المشاركة تقوم على

(1) د. مديحة الدغديغي ، إقتصاديات الطاقة في العالم ،دار الجيل ،بيروت- لبنان ،1992.ص99.

(2) د.محمد يوسف علوان،النظام القانوني لإستغلال النفط في الأقطار العربية(دراسة في العقود الإقتصادية الدولية )،مطبعة جامعة الكويت،الكويت،1982.ص 98 .

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

اساس اشتراك الدولة المنتجة للنفط او احدى المؤسسات التابعة لها مع شركة أجنبية في التنقيب عن النفط وإستغلاله بشكل متكافئ في الحقوق والإلتزامات، وتعد الدولة شريكاً في المشروع من ناحية، ومانحة الإمتياز والترخيص من ناحية اخرى.

كما نستخلص من هذه التعاريف ، بأن عقد المشاركة النفطية تعني بالنسبة الى الدولة المنتجة للنفط الإشتراك بجزء من رأسمال الشركة الحائزة على الإمتياز والتي تستثمر البترول، وهذا يعني ان تصبح الدولة مساهمة في هذه الشركة ولها ممارسة اعباء ومسؤوليات في الإدارة وتمتلك جزء في المؤسسة، يكون لها اثره الداخلي في ادارة وتوجيه المؤسسة.

### ثانياً/ خصائص عقود المشاركة النفطية

تتسم عقود المشاركة بمجموعة من المزايا وهي كالآتي:-

1. ان المساحات الممنوحة هي صغيرة، كما وان مدة الإمتياز هي قصيرة نسبياً حيث تتراوح بين (25- 45) سنة بعد الإكتشاف التجاري.
2. احتواء هذه العقود على شرط التخلي التدريجي عن المناطق الخاضعة للإمتيازات وغير مستثمرة وفق جدول زمني معين يحدده الإتفاقيات.
3. تكون ملكية النفط المنتج والتصرف فيه من حق كل الشركتين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد.

4. مشاركة الحكومة والشركات الوطنية مشاركة فعلية في ادارة الشركات

المشتركة الجديدة.

### ثالثاً/ مبادئ عقود المشاركة

ومن اهم المبادئ التي تستند عليها هذه العقود هي:-

**1) مبدأ السيادة العامة:-** وتدرج من هذا المبدأ مراعاة حقوق وواجبات الدول في

إطار العلاقات الإقتصادية الدولية، ويترتب على ذلك<sup>(1)</sup>:-

أ.حق الدولة في ابرام العقود الإقتصادية بالإرادة الكاملة،والذي ويترتب عليه حق الدولة في انهاء الإمتيازات غير المشروعة.

ب.حق الدولة في إعادة النظر في إتفاقيات الإمتياز القديمة غير المنصفة وتعديلها اذا لم تُحدد للدولة حقوقها المشروعة، لتتلائم مع الظروف المتغيرة، وان لم ينص العقد على ذلك.

**2) مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية:-** يتمثل هذا المبدأ في قواعد اساسية

اهمها:

(1) حسين زكريا،السيادة ومشاركة الدولة وضرورة إعادة النظر في نظام الإمتيازات ،في قانون البترول وسيادة البلدان المنتجة على ثرواتها الطبيعية،نصوص التقارير والدراسات المقدمة الى الملئقى الأول الذي عقد بالجزائر في 20 أكتوبر 1971،مطابع منيت برس،ط1،بيروت،1972،ص23.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

أ. أن حق الشعوب في سيادة الدائمة على ثرواتها ومواردها الطبيعية، يجب ان تُمارس بما يكفل مصلحة تنميتها الوطنية وخير الشعب في الدولة المعنية.

ب. حق التحري عن هذه الموارد وتطويرها والتصرف بها ، وكذلك استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض.

ج. ان التأميم ونزع الملكية والمصادرة يجب ان يستند الى المنفعة العامة مقابل دفع تعويض عادل، للمالك وفقاً للقوانين السارية المفعول في البلد الذي يتخذ هذه الإجراءات.

#### رابعاً/ النظام القانوني لعقود المشاركة

بموجب التوصيات التي صدرت من منظمة الدول المصدرة للنفط (الابوك) بصدد مبدأ المشاركة، والقواعد العامة التي يركز عليها هذا المبدأ من الناحية القانونية، تكون النظام القانوني في احدى الصور التالية:-

1. المشاركة في رأس المال:- يتميز هذا النظام بأنه لا يغير ولا يؤثر في نظام الشركة صاحبة الإمتياز وتدخل الدولة في هذا النظام بواسطة المساهمة فقط في رأس المال، وتتباين هذه العقود فيما بينها فيما يتعلق بمقدار حصة رأس المال، وتدفع الحكومة حصتها في رأس مال عقد المشاركة بأحد او اكثر من طرق الآتية:

أ. منح حقوق بحث وتنمية وإنتاج في مجال البترول.

ب. منح حق استخدام البنية الاساسية والتسهيلات التي تمتلكها الحكومة.

ت. اعطاء معلومات.

ث. منح التسهيلات المصرفية.

ج. تاجيل او اعفاءات الأتاوة والضرائب.

ح. منح حوافز استثمار فيما يتعلق بتحديد نسبة الإستهلاك او استرداد التكاليف.

خ. دفع المساهمة نقداً بعد تحديد الإكتشاف التجاري.

2. المشاركة في الإمتياز: - يعني هذا النوع، مساهمة الدولة بواسطة شركاتها الوطنية في الإمتياز ذاته، اي تباشر الدولة الانشطة النفطية في كافة مراحل الإنتاج.

### خامساً/ النظام المالي لعقود المشاركة

من خلال عرضنا اعلاه لإتفاقيات المشاركة النفطية نجد ان معظمها تنص على انشاء شركة قائمة بذاتها بحصص متساوية بين الشريكين، ويكون الطرفان

نائبين عن الدولة ،ومن هنا يمكننا تحديد الأسس العامة للنظام المالي،  
على النحو التالي<sup>(1)</sup>:-

1. تتحمل الشريك الأجنبي مخاطر البحث والإستكشاف بمعنى ان يقوم وحده بالإنفاق على تلك العمليات، ولا يسترد شيئاً مما ينفقه خلال مرحلة الإستكشاف اذا لم يكتشف النفط خلالها بكميات تجارية تسمح بإمتداد العقد ليصبح عقد تنمية وإنتاج، وتقوم بعض الشركات بمنح منح او عون إقتصادي اضافة الى ذلك.

2. تحصل الدولة من الشريك الأجنبي على اتاوة بنسبة معينة غير قابلة لإسترداد، وتعد الحد الأدنى لما تحصل عليه من نصيبه في جميع الأحوال، فإذا حقق بعد ذلك ربحاً فرضت عليه ضرائب دخل بحيث لا يتجاوز ماتحصل عليه الدولة من الأتاوة وضرائب بنسبة 50% من صافي دخله وبذلك كانت الدولة تحصل على 75% من الربح المحقق في ظل المشاركة، وذلك اضافة الى اشتراكها اشتراكاً فعلياً في ادارة مرفق النفط.

(1) سراج حسين محمد ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، اطروحة دكتورا، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص70 وما بعدها.

3. للدولة المضيفة الحق في شراء نسبة معينة من نصيب الشريك الأجنبي من النفط بسعر منخفض لمواجهة احتياجات السوق المحلية، وكذلك تتمتع الحكومة بأولوية شراء ما يزيد على تلك النسبة بشرط ان تدفع سعر السوق<sup>(1)</sup>.

4. يحتوي بعض هذه العقود على مبدأ يسمى ب(المرونة الضريبية)، بمعنى انه يسمح للدولة المضيفة برفع معدل الضريبة مستقبلاً بشرط ان يسري هذا المعدل على الشركات الأخرى.

5. تقدم الشركة الأجنبية في كثير من العقود التسهيلات الائتمانية للجانب الوطني لتمكينه من الوفاء بالإلتزامات المالية في المشاركة، فقد تدفع الحكومة منحة نقدية عند تعاقد او عند تحقق الإكتشاف التجاري او عند بلوغ الإنتاج مستوى معين ينص عليه العقد.

6. يقوم كل طرف في العقد بتسويق نصيبه من النفط المستخرج مع الإلتزام بدفع الضرائب والأتاوات الى الحكومة.

7. قد يلتزم الشريك الأجنبي بتسويق جانب من حصة الشريك الوطني مقابل عمولة معينة، وكان هذا الشرط مفيداً للدولة المضيفة التي تواجه صعوبة في تصريف نصيبها من النفط الخام المنتج.

(1) د.عبدالباسط جاسم الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي، التباين في الأنظمة الضريبية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص149.

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

لقد استطاعت عقود المشاركة ان تحقق نجاحاً ملموساً بالنسبة للدول النامية وان تحرك عجلة الإقتصاد نحو الأمام وتحقق جزءاً من اهدافها المرسومة خلال فترة ما بعد الستينيات، اى ما بعد إنشاء منظمة الأوبك.

### المطلب الثاني عقود المقاوله النفطية

المساويء والإجفاف التي اتصفت بها إتفاقيات الإمتيازات التقليدية القديمة والمعدلة، دفعت البلدان المنتجة للنفط الى بحث عن صيغ جديدة لمواجهة الأضرار التي لحقت بها جراء ذلك، لتستطيع بواسطتها مواجهة هذا الوضع و لتضمن لها الحفاظ على مصالحها وتحقيق طموحاتها وليحصل القطاع النفطي فيها جزء الإقتصاد الوطني ومندمجاً به.

لذلك سارعت معظم الأقطار المنتجة والمصدرة للنفط في اواسط عقد الستينات الى ابرام عقود المقاوله النفطية<sup>(1)</sup> مع الشركات النفطية، فعقدت العراق في عام 1986 عقداً مع (ايراب الفرنسية)، كما وعقدت ايران مع نفس الشركة عقداً من هذا النوع عام 1966. وقد سبق ان عرفته بلدان اخرى من العالم كالمكسيك عام (1948) والأرجنتين عام (1958) واندونوسيا عام (1962) حيث لم تستطع المؤسسات الوطنية في هذه البلدان التقدم بصناعة النفط بقدر يتناسب مع

(1) د.يوسف خليفة لليوسف ،مجلس التعاون الخليجي في مثلث الوراثة والنفط والقوى الأجنبية ط2،مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت ،2014،ص148 - 151.

احتياجات البلاد، فلجأت بعد ذلك الى الإستعانة بالأموال والخبرة الأجنبية  
مفضلة لذلك عقود المقاوله النفطية.

يذكر أن عقد المقاوله النفطية يقترب من عقد المشاركة النفطية من حيث  
تظل ملكية الموارد النفطية والسيطرة عليها خاضعاً لسيطرة الدولة، ويلتزم المتعاقد  
الأجنبي بتلبية الإحتياجات المطلوبة منه وفقاً للنصوص العقد، من تقديم  
التكنولوجيا ورأس المال وإدارة المشروع ، وقد يتم إدراج هذا العقد ضمن إتفاق  
شامل بين الحكومة والمشروع الأجنبي في مجال البحث واستخراج وتسويق  
البتروك (1).

وحيث ان عقود المقاوله النفطية يعد مرحلة متطورة من عقود المشاركة النفطية  
التي سبقتها وسادت فترة من الزمن، نحاول التعرف على هذا النوع من العقود  
من خلال النقاط الآتية:

#### اولاً- تعريف عقود المقاوله النفطية

بشكل عام ، عقد المقاوله هو إتفاق يتولى بموجبه احد الأشخاص تنفيذ عمل  
معين خلال فترة زمنية محددة ولقاء اجر معين، وتنتهي صلة المقاول بالمشروع،  
في حال تنفيذ العمل وحصول المقاول على اجره من صاحب العمل.

(1) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009،  
ص20.

أما بالنسبة لتعريف عقد المقاوله النفطية فإن أغلب التشريعات تخلو عنه ،لذلك لجأ الفقه الى تعريفه بشكل أو بآخر، حيث يُعرف بأنه:- (عقد تعهد الدولة المنتجة أو شركة النفط الوطنية بمقتضاه الى شركة أجنبية بمهمة تنفيذ العمليات النفطية لحسابها في منطقة معينة و لقاء أجر معين).

كما يُعرف بأنه:- (العقد الذي بواسطته تخول ،شركة وطنية لدولة منتجة للبترو ل،مشروعاً أجنبياً (عام أو خاص) القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن حقول البترول و إستغلالها وذلك لحساب الشركة الوطنية).

ونحن نرى بأنه إتفاق بين الدولة المنتجة او احدى المؤسسات التابعة لها، مع شركة أجنبية، تتولى بمقتضاه الأخيرة القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن البترول وإستغلاله، في موقع معين خلال فترة محددة، على ان تكون لحساب الدولة وبإشرافها،وان تسترد الشركة الأجنبية ما أنفقها، لقاء مقابل معين تكون جزء من الإنتاج عادة.

وعلى الرغم من ان عقود المقاوله النفطية قد تختلف فيما بينها من العقد لآخر سواء أكانت من حيث مدة البحث والتنقيب، ام مدة العقد نفسه، ام من حيث التكاليف المادية التي تتفقهها الشركة الأجنبية على عمليات البحث والتنقيب، ام من حيث الأجر الذي تحصل عليه الشركة الأجنبية ام من حيث ادارة العمليات،وعلى الرغم من وجود صيغ مختلفة لتعريف تلك العقود إلا ان مفهومها متشابه، وتتمتع بخصائص مشتركة ومزايا عامة.

## ثانياً: - خصائص عقود المقاوله النفطية

تتلخص خصائص عقود المقاوله النفطية فيما يلي:-

1. يحتفظ الحكومة بملكية النفط المكتشف والمستخرج بالإضافة الى سلطة التصرف فيه، وهذا ما يضمنها نصوص عقود المقاوله النفطية ، كالعقد المبرم بين شركة النفط الوطنية العراقية و مؤسسة الإستكشاف والنشاطات البترولية الفرنسية (إيراب)<sup>(1)</sup>.

2. توكل الحكومة امر البحث عن النفط وتتميته وإنتاجه الى الجهة التي تمتلك الرأس المال الكافي والخبرة الفنية اللازمة.

3. مدة عقد المقاوله النفطية تكون قصيرة مقارنة بالعقود السابقة الذكر، والتي لا تتجاوز 30 سنة<sup>(2)</sup>.

(1) تنص المادة (6/أولاً) من عقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية و (إيراب) الفرنسية بأن شركة الوطنية العراقية هي المالك الوحيد للنفط المنتج بموجب احكام هذا العقد ابتداء من فوهة البئر .

(2) تنص (المادة 4/أولاً و ثانياً) من العقد المبرم بين شركة النفط الوطنية مع إيراب الفرنسية، على ان:- (تبدأ فترة الإستغلال ومدتها عشرين سنة، من تأريخ بداية الإنتاج التجاري).

عقود الامتياز النفطية العلاقات القانونية والمالية بين الدول والشركات

4. قد تشترط عقود المقابولة على الشركة الأجنبية بأن تلتزم بمساعدة الدولة المضيفة في تسويق النفط المستخرج، بما ان الشركة لديها خبرة في مجال التسويق<sup>(1)</sup>.

5. اما فيما يتعلق بالإدارة وتنفيذ العمليات، فإن الشركة المتعاقدة هي التي تتمتع بحق ادارة وتسيير العمليات في فترة التحري والإستكشاف، اما بعد دخول مرحلة الإنتاج، فإن الشركة الأجنبية تقوم بدور منفذ العمليات طوال فترة العقد. وقد ادخل عقد الشركة الوطنية العراقية مع مؤسسة الإستكشاف والنشاطات البترولية الفرنسية (ايراب) بعض التحسينات في هذا المجال اذ تنص على أنه بعد مرور خمس سنوات من تأريخ الإنتاج التجاري، اذ كانت قروض التطوير قد سددت، فإن شركة الوطنية العراقية تتسلم الإدارة المباشرة للعمليات.

### ثالثاً/ النظام القانوني لعقود المقابولة النفطية

التطبيقات العملية لهذه العقود يؤدي بنا الى تلخيص نظامها القانوني كما يلي:-

1. الشركة الأجنبية بمقتضى عقد المقابولة النفطية ليست صاحبة الإمتياز، كما انها ليست شريكة حقيقية كما هو الحال في ظل الإتفاقيات السابقة، وإنما هي

(1) المادة (20/أولاً و ثانياً) من عقد الشركة الوطنية العراقية مع شركة ( ايراب) الفرنسية.

مجرد (مقاول) يعمل لحساب الشركة الوطنية التي عهدت اليه بأداء خدمات فنية ومالية وتجارية<sup>(1)</sup>.

2. الدولة المضيفة تمثلها شركتها الوطنية، تبقى قانوناً هي المالكة الحقيقية للنفط في باطن الأرض، وبعد استخراجه هي المالكة للأرض والموجودات الخاصة للعمليات المشمولة بالعقد.

3. رغم ان الشركة المتعاقدة هي بمثابة (مقاول) الا انها وفقاً لعقد المقاوله النفطية هي التي تتحمل المخاطر الذي تواجهها خلال مرحلة التحري والإستكشاف، وتستمر الشركة المتعاقدة بالإنفاق على عمليات التطوير والإستغلال بعد الإكتشاف التجاري، وتعد كل ذلك بمثابة قروض على الشركة الوطنية تسدد اما نقداً او عيناً خلال فترة محددة بعد البدء بالإنتاج التجاري.

4. حصلت تحسينات ضئيلة فيما يختص خضوع الشركات المتعاقدة للسيادة التشريعية للبلاد المضيف، ولكن ليس بمستوى المطلوب، وكذلك بالنسبة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد.

فالعقد العراقي مع مؤسسة الإستكشاف والنشاطات البترولية الفرنسية (إيراب) مثلاً، ينص على انه :- (لا ينفذ قرار التحكيم بصورة نهائية في العراق الا بعد

(1) يذكر أن الشركة الأجنبية مقاول من نوع خاص، فهو الذي يتحمل مخاطر الإنفاق لوحده فيما لو لم يؤدي البحث الى الإكتشاف، ولذلك لا يقتصر حقها على إسترداد ما انفقت وإنما يمتد الى حق ثابت في الإنتاج أو الأرباح.

المصادقة عليه من قبل محكمة عراقية مختصة<sup>(1)</sup>، حيث ان هذه العقود قد نصت على الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الاطراف.

#### رابعاً/ النظام المالي لعقود المقاوله النفطية

لهذه العقود جوانب مالية تختلف عن انماط التعاقدية السابقة ويمكن ذكرها كالآتي :-

1.تلتزم الشركة الوطنية بدلاً من الشركة الأجنبية تجاه حكومة الدولة المنتجة بدفع اية ايجارات او عوائد، ودفع اية ضرائب او رسوم باعتبارها المالك الوحيد للنفط المنتج، اي يقع على كاهل الشركة الوطنية دفع مستحقات الدولة من (الضرائب والرسوم والايجارات) وليست الشركة الأجنبية كون الأولى هي المالكة الوحيدة للنفط المنتج بموجب العقد. وخير مثال على ذلك العقد المبرم بين كلا من الشركة النفط الوطنية العراقية وشركة ايراب الفرنسية عام (1968)، والتي نصت على ان:- (تكون شركة النفط الوطنية مسؤلة عن دفع الضرائب التي تترتب عليها بموجب وضعها القانوني طبقاً للقوانين والانظمة المرعية وذلك بصفتها المالك الوحيد لجميع النفط المنتج بموجب العقد<sup>(2)</sup>).

(1) العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية وشركة ايراب الفرنسية.

(2) يُنظر:- : المادة (7) من العقد.

كما يُعفي من الضرائب والرسم الجمركية، وان العقد السالف الذكر استثنى بعض الفئات من اعفاء الجمركي والضريبي ولكن بقي المستخدمون الأجانب في الشركة الأجنبية (ايراب) او شركتها او مقاوليها وعوائلهم في العراق خاضعة للضرائب<sup>(1)</sup>.

2. بالنسبة لتمويل العمليات النفطية ، قد تلتزم الشركة المقاوله بدفع مبالغ معينة في مرحلتين، الأولى عند قيام الشركة الأجنبية بأعمال الإستكشاف والتنقيب، والثانية بعد إكتشاف التجاري لتنمية الإنتاج، وتعد هذه الأموال التي تقدمها الشركة المقاوله قروضاً تلتزم الدولة بسدادها وفق نظام معين يحدده العقد. اذن يقوم الشركة الأجنبية بنوعين من التمويل:-

أ. تمويل عمليات البحث والتنقيب والإستكشاف، والتي يكون استردادها معلقاً على إكتشاف النفط، وعند إكتشاف النفط بكميات تجارية، تتحمل الشركة الوطنية هذه النفقات وتقوم بسدادها بدون فوائد، اما اذا لم يتم إكتشاف النفط بكميات تجارية فإن الشركة الوطنية غير ملزمة بتعويض الشركة المقاوله عما لحق بها من خسائر نتيجة لهذه العمليات<sup>(2)</sup>. ب. تمويل عمليات التنمية والتطوير والإستغلال

(1) يُنظر :- المادة نفسها من نفس العقد.

(2) المادة ( 23 / أولاً وثانياً) من عقد مقاوله شركة نפט العراقية الوطنية مع شركة ايراب عام 1968، والتي نصت الفقرة 1 منها على ان تقوم شركة ايراب لغرض تنفيذ البرامج المشار اليها في المادة 13 من هذا العقد بتوفير الأموال الضرورية لتغطية تكاليف جميع عمليات التنقيب. اما الفقرة 2 فقد نصت فيها في حالة عدم تمكن شركة ايراب من إكتشاف اية منطقة إستثمار

والتي يأتي بعد إكتشاف النفط التجاري، وتعد هذه الإنفاق قروضاً بفائدة على عاتق الشركة الوطنية وتلتزم بسدادها نقداً او عيناً بفائدة معينة، خلال مدة تنص عليها العقد، بعد بدأ الإنتاج التجاري<sup>(١)</sup>.

3. قد تتضمن عقود المقاوله نصاً تلزم بموجبه الشركة الأجنبية بدفع العلاوات التي تسمى بعلاوة التوقيع وعلاوة الإنتاج، والتي غالباً ما تتجسد في صورة مبلغ معين عند الإستكشاف ثم تزداد تدريجياً بزيادة كميات الإنتاج. ومن العقود التي تتضمن نصاً توجب دفع مثل هذه العلاوات. عقد المقاوله النفطية المبرم بين شركة النفط الوطنية الايرانية وشركة كونتيننتال في عام 1969م.

ويجدر الاشارة الى ان هذا العقد انفرد بذكر هذه العلاوات التي لا يوجد لها مثل في عقود المقاوله النفطية الأخرى، الا اننا نجد ان بعض عقود المقاوله

خلال فترة التتقيب، فعليها ان تتحمل كافة نفقات التتقيب بدون ان يكون لها اي حق في المطالبة بالتعويض.

(١) المادة (25/أولاص وثانياً و ثالثاً) من عقد مقاوله شركة النفط الوطنية العراقية مع شركة ايراب لعام (1968)، والتي نصت على : تتحمل شركة ايراب نفقات هذه العمليات، طالما لم تكن الشركة الوطنية قادرة على تأمينها من صافي الإيراد النقدي، وتعد قروضاً تلتزم الشركة الوطنية العراقية بصدها بفائدة معينة.

النفطية تتضمن نصاً يفرض على الشركة الأجنبية دفع منح خلال فترات معينة بموجب العقد وتكون غير مقيدة على الدولة<sup>(1)</sup>.

4. تحصل الشركة الأجنبية مقابل الإلتزامات التي تتحملها قبل الإكتشاف التجاري على الحق في شراء كميات معينة من النفط المنتج وبأسعار الخاصة، ويضمن الشركة الوطنية بصفتها المالك الوحيد للنفط المنتج بيعها للشركة الأجنبية، وهذا ما يعرف بالمبيعات المضمونة، اذ انه من الطبيعي ان تتلقى الشركة الأجنبية عرضاً مقابل الإلتزامات التي تسبق الإكتشاف التجاري للنفط، ويتمثل هذا العرض في المبيعات المضمونة بسعر متفق عليه. وتعد المبيعات المضمونة في عقود المقاوله الميزة الأساسية التي تميزها عن الباقي العقود سالفه ذكر.

5. الحفاظ على الأحتياطي الوطني، الخصيصة الجوهريه التي تتميز بها عقود المقاوله النفطية من الناحية المالية هي المحافظة على الثروة النفطية من الاستنزاف غير المبرر، خاصة ان المورد النفطي في غالبية الدول النامية المنتجة للنفط يشكل المصدر الرئيسي لميزانية البلاد. ومثال على ذلك العقد المبرم بين العراق وشركة ايراب، ولذلك تعد من انماط العقود الجديدة في إستغلال الثروة النفطية وفوائد مالية كثيرة للدول النفطية.

(1) من هذه العقود، عقد المقاوله النفطية التي ابرمتها شركة النفط العراقية مع شركة ايراب الفرنسي عام 1968 والذي تنص المادة 30 فيها على: انه في حالة الإكتشاف التجاري تدفع ايراب منحة نقدية غير مقيدة تعادل خمسة عشر مليون دولار.

### الخاتمة

تعتبر عقود الامتياز النفطية، بما في ذلك الأنظمة القانونية والمالية المرتبطة بها، محوراً حيويًا في مجال استغلال الثروات النفطية. لقد شهدت هذه العقود تطورات ملحوظة عبر الزمن، بدءًا من العقود التقليدية القديمة التي كانت تهيمن عليها الشركات الأجنبية، وصولًا إلى عقود المشاركة والمقاولة التي تعكس رغبة الدول المنتجة في تحقيق توازن أكبر بين مصالحها ومصالح الشركات.

إن التعديلات التي أُدخلت على عقود الامتياز، مثل نظام مناصفة الأرباح واشتراك الدولة في الإدارة، قد ساهمت في تعزيز حقوق الدول المنتجة وزيادة إيراداتها. ومع ذلك، لا تزال هناك تحديات تتطلب مزيدًا من الجهود لضمان استدامة هذه الثروات وحمايتها من الاستنزاف.

## النتائج

- 1- أدت التعديلات على عقود الامتياز إلى تحقيق توازن أفضل بين مصالح الدول والشركات.
- 2- ساهم نظام مناصفة الأرباح في زيادة الإيرادات المالية للدول المنتجة.
- 3- عززت عقود المشاركة والمقاولة من سيادة الدول على مواردها الطبيعية.
- 4- ساهمت التعديلات في تعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الثروات النفطية.

## التوصيات

- 1- ينبغي على الدول المنتجة تطوير أطر قانونية أكثر مرونة وشفافية لضمان حقوقها وتعزيز قدرتها التنافسية.
- 2- يجب تعزيز التعاون بين الدول المنتجة لتبادل الخبرات وأفضل الممارسات في إدارة الثروات النفطية.
- 3- ينبغي استثمار العائدات النفطية في مشاريع تنموية مستدامة لضمان تحسين مستوى المعيشة وتعزيز التنمية الاقتصادية.

### قائمة المصادر والمراجع

- 1- احمد عبدالحميد عشوش وعمر ابوبكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون العربي، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1999.
- 2- عبد الاله الامير. العقود البترولية الإنتاجية. مطبعة الصور . بغداد. 2008.
- 3- خلود خالد الصادق بيوض، عقد الإمتياز النفطي وتطبيقاته، ط1، المكتب الحامي الحديث، الاسكندرية، 2012.
- 4- محمد يوسف علوان، النظام القانوني لإستغلال النفط في الأقطار العربية، دراسة في العقود الغقتصادية الدولية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- 5- كاوه عمر محمد. النفط ومنازعات عقود إستغلاله. ط1. منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2015.
- 6- الكسندر بريماكوف، نفط الشرق الاوسط والإحتكارات الدولية، ترجمة بسام خليل، ط1، بيروت، 1984.
- 7- هاني محمد كامل المنابلي، إتفاق التحكيم وعقود الإستثمار البترولية، ط1، دار الفكر الجامعي (الاسكندرية)، 2011.
- 8- فهد محمد العفاسي، عقود الثروات الطبيعية في ظل إتفاقيات المشاركة الأجنبية-العقود النفطية نموذجاً- مكتبة الدار الأكاديمية للنشر، الكويت، 2007.

- 9- احمد المفتي المحامي، انواع عقود النفط (البتترول)، بحث متاح على الموقع الإلكتروني: [48806www.sudarees.com/sudnile/](http://www.sudarees.com/sudnile/) -
- 10- كاوان اسماعيل ابراهيم، عقود التنقيب النفط وإنتاجه (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، ط1، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، 2011.
- 11- بشار محمد الاسعد، عقود في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006.
- 12- خلاف عبدالجابر خلاف .إحتكار أجهزة النفط التنظيمية والإدارية الراهنة. ط1، دار النهضة العربية، 1985.
- 13- أمجد صباح عبدالعالي، "عقود بديلة لإتفاقيات المشاركة بالإنتاج PSA لتطوير القطاع النفطي في العراق"، مجلة العلوم الإقتصادية، العدد 21 المجلد الخامس، حزيران 2008.
- 14- مديحة الدغديغي ، إقتصاديات الطاقة في العالم ،دار الجيل ،بيروت- لبنان ، 1992.
- 15- محمد يوسف علوان، النظام القانوني لإستغلال النفط في الأقطار العربية (دراسة في العقود الإقتصادية الدولية )، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- 16- حسين زكريا، السيادة ومشاركة الدولة وضرورة إعادة النظر في نظام الإمتيازات ،في قانون البترول وسيادة البلدان المنتجة على ثرواتها

- الطبيعية،نصوص التقارير والدراسات المقدمة الى الملتقى الأول الذي عقد بالجزائر في 20 أكتوبر 1971، مطابع منيت برس، ط1، بيروت، 1972.
- 17- سراج حسين محمد ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، اطروحة دكتورا، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998.
- 18- عبدالباسط جاسم الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي، التباين في الأنظمة الضريبية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 19- يوسف خليفة لليوسف، مجلس التعاون الخليجي في مثلث الوراثة والنفط والقوى الأجنبية، ط2، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2014.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

ثامر بشير حسن

thamer.bashir94@gmail.com



# Consumer Protection

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

**المخلص:**

تتطوي التعاقدات الإلكترونية على مجموعة من المخاطر التي قد تهدد حقوق المستهلك، خاصة في ظل التطور السريع للتجارة الرقمية. من أبرز هذه المخاطر الاحتيال الإلكتروني، حيث قد يتعرض المستهلك لخداع من مواقع وهمية أو منصات غير موثوقة، مما يؤدي إلى سرقة بياناته الشخصية أو المالية. كما يواجه المستهلك خطر انتهاك الخصوصية، إذ يمكن جمع بياناته واستخدامها دون إذن، سواء لأغراض تسويقية أو لبيعها لجهات أخرى. هناك أيضاً مخاطر تتعلق بعدم تطابق المنتج أو الخدمة المقدمة مع ما تم الإعلان عنه، ما يضع المستهلك في موقف صعب عند محاولة استرجاع أمواله أو استبدال المنتج. إضافة إلى ذلك، قد يصطدم المستهلك بعقود إلكترونية معقدة تتضمن شروطاً مجحفة مكتوبة بلغة قانونية يصعب فهمها، مما يجعله يوافق على بنود قد تضر بمصالحه دون وعي كامل. ويزيد غياب الثقة في بعض المنصات وضعف الضمانات القانونية عبر الحدود من صعوبة الدفاع عن حقوق المستهلك في حالة نشوء نزاع. كل هذه المخاطر تؤكد أهمية وعي المستهلك بحقوقه والتحقق من مصداقية المواقع والتأكد من وجود سياسات واضحة للضمان والإرجاع قبل إتمام أي عملية شراء إلكترونية.

**الكلمات المفتاحية:** المستهلك، الإلكتروني، الإعلانات، الشبكات، عيوب الإرادة.

## Risks Faced by Consumers in Electronic Transactions

Thamer basher hasan

thamer.bashir94@gmail.com

### Abstract

Electronic contracts involve a range of risks that may threaten consumer rights, especially in light of the rapid development of digital commerce. One of the most prominent risks is online fraud, where consumers may be deceived by fake websites or unreliable platforms, leading to the theft of their personal or financial data. Consumers also face the risk of privacy violations, as their data can be collected and used without permission, either for marketing purposes or sold to third parties. There are also risks related to the mismatch between the product or service provided and what was advertised, putting consumers in a difficult position when trying to get their money back or exchange the product. Additionally, consumers may encounter complex electronic contracts that include unfair terms written in legal language that is difficult to understand, leading them to agree to terms that may harm their interests without full awareness. The lack of trust in some platforms and the weak legal guarantees across borders further complicate the defense of consumer rights in the event of a dispute. All these risks highlight the importance of consumer awareness of their rights and the need to verify the credibility of websites, as well as ensuring

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

clear policies for guarantees and returns before  
completing any electronic purchase.

**Keywords:** Consumer, Electronic, Advertising,  
Networks, Defects of Will.



## المقدمة

إن التطور العلمي والتكنولوجي الحاصل والحديث سمح بإبرام العديد من العقود بسرعة وبسهولة تامة بين جميع الأشخاص عبر العالم والتي كان يصعب سابقاً إنجازها، ومن أخطر لمواضيع في ميدان العقود، إبرام العقود بغير الطرق المعروفة بين الحاضرين أو الغائبين، وهي التي تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة التي اخترعها الإنسان، والتي أضحت تجمع بين أطراف العالم بأسره، فاقتصرت المسافات والحوجز المكانية والزمانية، وسمحت بتضاعف المخاطر على المستهلكين، وأرغمت الدول على العمل على تأطير هذه المعاملات من الناحية التشريعية لمراقبتها وتخفيف المخاطر الناجمة عنها.

يعاني في غالب الأمر المتعاقد الإلكتروني من نقص خبرته في المجال الإلكتروني وعالم التعاملات الإلكترونية، لا سيما في ظل ظهور العديد من التقنيات والأدوات التي ساهمت في تطوير عالم الإنترنت مما جعلها من أحدث الخدمات التقنية التي تعتمد على تفاعل المستهلك مع جهاز الحاسوب، فمن خلالها يمكن الوصول إلى العديد من السلع والخدمات بطريقة سهلة، وبرغم أن التطور التقني في هذا الجانب يمثل واقعاً علمياً يأتي بتطورات مستمرة، مما ينبغي أن يقود إلى تحسين الروابط العقود المدنية الإلكترونية.

إلا أن المتعاقد الإلكتروني الذي يجهل بآليات التعامل مع الإنترنت ويفتقد الخبرة القانونية والفنية والعلمية التي تؤهله لإبرام هذه التعاقدات، تجعله غير مؤهلاً لإبرام مثل هذه التعاقدات، الأمر الذي يستدعي التدخل التشريعي لحمايته مما قد يتعرض له من مخاطر عند محاولة إبرامه لمثل تلك العقود.

### أولاً: أهمية البحث:

إن البحث في مخاطر المستهلك في التعاقد عبر الإنترنت يعد أمراً ضرورياً لما له من تأثير مباشر على حماية حقوق الأفراد وتعزيز الوعي القانوني. فمع التطور السريع للتجارة الإلكترونية، أصبح المستهلك معرضاً لعدة مخاطر، مثل

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

الاحتيال الإلكتروني، والتصيد، والتعامل مع منصات غير موثوقة، مما قد يؤدي إلى خسائر مالية أو تسريب بيانات شخصية. كما أن العقود الإلكترونية قد تتضمن شروطاً غير واضحة أو مجحفة، مما يستدعي فهماً عميقاً للالتزامات والحقوق قبل الموافقة عليها. البحث في هذا المجال يساعد على كشف هذه المخاطر، وتوعية المستهلكين بسبل الحماية.

ثانياً: إشكالية البحث.

بناءً على ما تقدم تثار معنى الإشكالية الآتية: ما مدى المخاطر التي تواجه المستهلك في التعامل الإلكترونية وكيف يمكن مواجهتها؟

ثالثاً: خطة البحث.

المطلب الأول: مخاطر الواقع العملي.

المطلب الثاني: مخاطر الواقع التقني.

### المطلب الأول

#### مخاطر الواقع العملي

إن حاجة المتعاقد عديم الخبرة الضرورية إلى الخدمات الإلكترونية، وهذه الحاجة تنبع من كونها توفر منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع الإلكترونية التجارية وزيادة المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك، بالإضافة إلى الخدمات الممتازة لعمليات ما بعد البيع فأهمية الخدمات الإلكترونية الموجودة على شبكة الإنترنت تزيد من إقبال المستهلكين فهي محور طلب للكثير من المستهلكين، ومن هنا كانت الحاجة

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

للبحث عن الحماية للمستهلك بشكل ملح وواضح<sup>(1)</sup>، ويمكن اعتبار المخاطر الأمنية من مخاطر العقود الإلكترونية الأكثر خطورة لمؤسستك. هذا لأن الانتهاكات الأمنية لعقودك غالباً ما تؤدي إلى مشكلات مالية وقانونية وبالعلامة تجارية إضافية.

عند إدارة العقود الخاصة بك، توجد مخاطر أمنية عن طريق تخزين العقود في مواقع غير آمنة، مما يسمح لكل شخص لديه حق الوصول إلى العقد بالحصول على نفس المستوى من الوصول إلى بيانات العقد الحساسة، وترك بيانات العقد السرية غير مشفرة، وباستخدام البريد الإلكتروني لتوصيل المعلومات الحساسة.

وبناءً عليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نبدأ في الفرع الأول بعنوان المخاطر المتعلقة بعيوب الإرادة، أما في الفرع الثاني فنسوق بتسليط الضوء على المخاطر المتعلقة بالإعلانات التجارية.

## الفرع الأول

### المخاطر المتعلقة بعيوب الإرادة

ويشترط لقيام هذا العقد ضرورة توافر أركانه، وهي رضا أطراف العقد، وكذا محل العقد ووجوب مشروعية السبب أيضاً. كما يشترط أن تكون إرادة أطراف العقد خالية من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن وحتى يكون العقد الإلكتروني سليماً مثل جميع العقود الأخرى يجب أيضاً أن يصدر عن متعاقدين تتوفر فيهم أهلية التعاقد، وإلا كان العقد مهدداً بالإبطال، والأهلية المقصودة هنا هي ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، ثم ثبوت كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون.

عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل (1) شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص31.

إن عيوب الرضى في العقد الإلكتروني، كعيوب الرضى في سائر العقود، وبما أن عيوب الرضى هي: الغلط والخداع والإكراه والغين الأهلية، قد استحوذت على مجال واسع في عالم القانون، تشريعاً وفقها وقضاء. فإننا لن نتطرق إلى بحث القواعد العامة في عيوب الرضى، بل نقصر بحثنا عليها في العقد الإلكتروني، في ضوء ما يتمتع به هذا العقد صفات وخصائص وميزات (1).

### أولاً: الغلط والخداع:

**1- الغلط** بما أنه في العقد الإلكتروني يحق للمشتري أن يقوم بإرجاع المنتج إلى البائع، استناداً إلى حق الإرجاع المقرر للمستهلك، من دون حاجة إلى إثبات وقوعه في الغلط، فإن هذا الحق المقرر للمستهلك، قد يخفف من وطأة الغلط عليه، إلا أنه لا يزيلها نهائياً، بل تظل مصلحته قائمة في طلب إبطال البيع لعلّة الغلط، وهذه المصلحة تتجلى في أنه في حالة إبطال العقد بسبب الوقوع في الغلط، فإن المشتري لا يتحمل نفقات نقل المبيع منه إلى البائع، بينما إذا طلب إرجاع المنتج فإنه يتحمل نفقات إرجاعه.

يعود لمحاكم الأساس تقدير وقوع الغلط في العقد أو عدم وقوعه. ومن أجل ذلك، فهي تأخذ بصفة عدم الخبرة أو عدم الاحتراف في المعاملات الإلكترونية، ولا سيما في التقنيات الفنية المتطورة، كبرامج الحاسوب، مثلاً، فإذا تبين للمحكمة، أن المتعاقد المستهلك متخصص وذو خبرة واحتراف في المجال الذي تم التعاقد بشأنه، اعتبرت أن مثله لا يقع في الغلط بالنسبة إلى ما هو مدعى به أمامها، أما إذا ثبت لديها أن المستهلك لا خبرة ولا تخصص له في مجال الإلكترونيات، فقد يشكل ذلك دليلاً أو قرينة على وقوعه في الغلط.

**2- الخداع:** اختلف الفقه في تعريف الخداع في العقد، ولكن مهما اختلفت التعاريف فإنها ترد إلى ضابط يجمع بينها، وهو أن يصدر عن شخص يقصد

(1) الياس ناصيف، أحكام العقد، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2019، ص

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

تضليل شخص آخر، توصلنا إلى انعقاد العقد، وأن يتجسد هذا التضليل بأعمال خارجية محسوسة. ويستعصي الخداع على تحديد واضح، لاتصاله بالإرادة، وبما يقع عليها من أثر يؤدي إلى تضليلها، وهذا التضليل هو حالة نفسية تختلف بين شخص وآخر. دائماً وثمة علاقة وثيقة بين الخداع والغلط. فالخداع لا يجعل العقد قابلاً للإبطال، إلا بسبب الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد.

هناك فرق بين الخداع والغلط، إذ أن الخداع يقوم على نية التضليل، ولا تشترط هذه النية، في الغلط. ومن الناحية العملية يسهل إثبات الخداع أكثر من إثبات الغلط، لأن الخداع يكون، دائماً مصحوباً بوقائع مادية، في حين أن الغلط يكون، في معظم الأحيان، حالة نفسية يصعب التثبت من وجودها<sup>(1)</sup>.

يختلف الخداع عن الغش أيضاً، في أن الأول يكون في أثناء تكوين العقد، أما الثاني فقد يقع بعد تكوين العقد، وحتى قد يكون خارجاً عن دائرة التعاقد. كما يختلف الخداع المدني عن الخداع الجزائي أو الاحتيال، في أن الطرق الاحتيالية، في الخداع الجزائي، تعتبر عنصراً مستقلاً قائماً بذاته، وعادة ما تكون أشد جسامة من الطرق الاحتيالية في الخداع المدني. ويكون الخداع على نوعين: أصلي وعارض. فالخداع الأصلي يتحقق عندما يكون هو الدافع إلى التعاقد، أي هو السبب الذي حمل الفريق المخدوع على التعاقد، وهذا الخداع يؤدي إلى إبطال العقد، لما يحدثه من تأثير في إرادة المخدوع، أما الخداع العارض فيتحقق عندما لا يكون هو العامل الدافع إلى إنشاء العقد، بل فقط عندما يفضي إلى تغيير بنود العقد أو بعضها.

## ثانياً: الإكراه، والغبن:

**1- الإكراه:** وفقاً للقواعد العامة، ضغط غير مشروع يوجه إلى إرادة شخص فتتأثر به، فيندفع صاحبها إلى التعاقد بسبب الرهبة، في تحمله على التعاقد. نفسه التي فالمكره لا يريد التعاقد، فيما لو توفر له، عنصراً الحرية والاختيار. ولكن

(1) الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 131.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

الخوف الذي يولده الإكراه، في نفسه، يؤدي إلى اضطراب إرادته الواعية، فتلجأ إلى التعاقد متأثرة بدوافع الرهبة والجزع، تخلصاً من شر قد ينزل بصاحبها، فيما لو رفض التعاقد، فتكون إرادته معيبة. ولا تتوارى إرادة المكره، بل تظل موجودة، ولكنها ليست حرة، إذ يتجاذب المتعاقد موقفان، فإما أن يقرر تحمل الأذى، أو يختار التعاقد، درءاً لهذا الأذى، الذي قد يلحق به أو بغيره، من أفراد عائلته، ولولا خوفه لما أقدم على التعاقد.

يقوم الإكراه على عنصرين، مادي ومعنوي، ويتمثل العنصر المعنوي باستعمال وسائل للإكراه، تقع على الجسم أو على النفس، فتهدد المكره بخطر جسيم على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير أو ماله. أما العنصر المعنوي فيتمثل بالرهبة التي تحدثها وسائل الإكراه في نفس المكره، وتدفع بإرادته إلى قبول التعاقد. ولا بد لتحقيق الإكراه المفسد للرضي من توفر الشروط الآتية: أن يتم استعمال وسائل الإكراه، وأن تكون هذه الوسائل غير مشروعة، وأن تتحقق الرهبة في نفس المكره، فتحمله على التعاقد.

**2- الغبن:** إن عيب الغبن، في العقد، بوجه عام، هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، في عقود المعاوضة. ونظراً لتقلبات الأسعار، وعدم استقرارها، ينظر إلى التعادل في الموجبات، وقت إتمام العقد، من أجل تقدير حصول الغبن، من دون أن يؤخذ بعين الاعتبار تغيير القيم فيما بعد. النواحي ويختلف الغبن عن الاستغلال في أنه المظهر المادي له، ينظر فيه إلى التفاوت في القيم المادية للموجبات المتبادلة، بينما الاستغلال هو حالة نفسية، تأخذ بحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، مبتغية التوصل إلى منافع، عن هذه الطريق، تتميز بالتفاوت غير المألوف في الموجبات. إلا أن الفقه الحديث طور نظرية الغبن المادية إلى نظرية الاستغلال، التي تعتمد النفسية.

وهذا ما أخذ به المشرع اللبناني في المادتين (213) و(214) من قانون الموجبات والعقود، حيث تعرف المادة (213) الغبن بأنه: "التفاوت وانتفاء

التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض<sup>(1)</sup>.

أما المادة (214) فتنص على: " أن الغبن لا يفسد في أساس رضى المغبون، ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للإبطال في الأحوال التالية:

1- إذا كان المغبون قاصراً.

2- إذا كان المغبون راشداً<sup>(2)</sup>.

لما كانت التعاقدات الإلكترونية تتم في الغالب على المستوى الدولي لذلك وجب العمل على وضع الوسائل القانونية المناسبة من أجل الحماية الدولية للمستهلك، ولذلك أصدر المجلس الأوروبي توجيهين في هذا الشأن، التوجيه الأول ونص فيه على أن من أجل الحماية الدولية للمستهلك يجب عمل المؤتمرات الدولية للمعاملات التجارية الإلكترونية وخاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية الإلكترونية التي تتم خارج أوروبا، كما صدر التوجيه الثاني بشأن القواعد التي تحدد ما هي المحكمة الأفضل للمستهلك وبصفة خاصة في ظل معاهدة روما الصادرة في 19 يولييه 1980.

صدر التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 5 أبريل 1993 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من جانب البائع المحترف كالشرط الذي يعفي البائع من ضمان العيوب الخفية، كما صدر التوجيه الأوروبي رقم 144/99 الصادر في 25 مايو 1999 بشأن حماية المستهلك في عمليات البيع و ضمانات الأموال الاستهلاكية<sup>(3)</sup>.

(1) المادة (213) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، لسنة 1932.

(2) المادة (214) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، لسنة 1932.

(3) سهام إمدالو، ليلي لحسن، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012، 2013، ص19.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

أشار المشرع اللبناني والعراقي على اشتراط وجود جهة موثوق بها، تقوم بربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع الإلكتروني، وبحيث يتم التأكد من شخصية وهوية هذا الشخص وسلامة إرادته من عيوب الأهلية، وتسمى هذه الجهة بجهات التوثيق، وهي الجهة المنوط بها إصدار شهادات التوثيق على النحو السابق، وتتعدد صور شهادات التوثيق، بحسب استخداماتها والغرض منها، فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي توجد شهادات أخرى مثل شهادة توثيق تاريخ الإصدار، التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي.

أما في حال السفه<sup>(1)</sup>، في الاصطلاح هو إضاعة المال وتبذيره على غير مقتضى العقل، فالسفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء<sup>(2)</sup>، وكما عرفه الفقه هو تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والحكمة حتى ولو كان الإنفاق في سبيل الخير، أما الغفلة فهي عدم الاهتمام إلى التصرفات الربحية، فذي الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف في معاملاته لسلامة نيته.

وقد بين المشرع العراقي حكم التصرفات التي تصدر من السفيه وذي الغفلة، فنص في المادة (110) من القانون المدني على أن ذي الغفلة يأخذ حكم السفيه، كما نص في القانون المدني على أن "السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجد ووصيهما حق الولاية عليه، أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه

(1) السفه لغة هو يعني الخفة والاضطراب والحركة، يقال: تسفهت الرياح الغصون، إذا حركتها، واستخفتها، وجعلتها تميل وتضطرب، ومن ذلك: زمام سفيه أي خفيف، انظر: لسان العرب: ابن منظور، (13/ 497)، مختار الصحاح: الرازي، ص302. عبد القادر عزيز أحمد الحياي، أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة (2) الإسلامية، العدد 1/26، ص218.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفية توقعاً للحجر.<sup>(1)</sup>

ومن هذا النص يتضح أن المشرع العراقي يفرق بين التصرفات – الكترونية أو تقليدية- التي تصدر من السفية أو المعتوه قبل قرار صدور قرار الحجر عليه والتصرفات التي ترد بعده:

## الفرع الثاني

### المخاطر المتعلقة بالإعلانات التجارية

لم ينل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الاهتمام والدراسة الوافية إلا منذ وقت قريب، على الرغم من قدم وجود هذا الالتزام<sup>(2)</sup> في الكثير من التنظيمات القانونية. فنتيجة لانتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات واستخدام التقنية الحديثة في عمليات الإنتاج وتطور أساليب الغش وتنوعها، وظهر ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية، وكذا تطور وسائل الدعاية والإعلام التي أصبحت تمارس تأثيراً نفسياً خطيراً على المستهلك وتدفعه إلى الإقدام على شراء السلعة أو الخدمة دون أن يكون في حاجة إليها، كل ذلك أدى إلى تعاظم الحاجة إلى حماية المستهلك في مواجهة الإخطار التي تحيط به خاصة في حالة غياب المعلومات والبيانات الهامة عن السلع والخدمات التي يريد التعاقد عليها.

### أولاً: الالتزام قبل التعاقد بالإعلان:

ذهب البعض من الفقه في تعريفه للالتزام قبل التعاقد بالإعلام إلى أنه: " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر

المادة (1/109) من القانون المدني العراقي.<sup>(1)</sup>

<sup>(2)</sup> عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقد، دراسة مقارنة، 1ط، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 2001، ص9.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد<sup>(1)</sup>.

عرف الالتزام قبل التعاقد: "التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبيني عليها رضاه بالعقد".

استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا على أن الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد تمليه اعتبارات ضمان الأمانة والنزاهة في المعاملات، فهو التزام بعدم غش أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر التزاماً يرتكز على مبدأ حسن النية وعدم كتمان الحقيقة عن المستهلك، لأن الكتمان يعد أحد وسائل التدليس التي تؤدي إلى تعيب رضاه المتعاقد وتتيح للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد

وفي ضوء ما سبق يمكن استنتاج ان الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه التزام قانوني يقع على عاتق المحترف أو المهني في المرحلة السابقة على إبرام العقد بالإدلاء بكافة البيانات والمعلومات الجوهرية المتعلقة بالخدمة أو السلعة محل التعاقد بهدف إيجاد رضا حر مستنير لدى المستهلك، والامتناع عن كل ما من شأنه أن يؤثر في تكوين رضاه، وقد خصصت المادة (1086) من قانون الموجبات والعقود اللبناني في موجب الإعلام أنه: " لا يحق للكفيل أن يرجع على المديون الاصيلي إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه في الدرجة الأخيرة بدون ان يعلم المديون، بشرط ان يثبت المديون أنه قد أوفى الدين او ان لديه اسباباً تثبت بطلان الدين أو سقوطه على أن هذه القاعدة لا تطبق عندما يستحيل على الكفيل اعلام الديون كما لو كان المديون غائباً"<sup>(2)</sup>.

(1) سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2001، ص41.

(2) المادة (1086) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، لسنة 1932.

ولإيضاح ماهية هذا الالتزام على الوجه الصحيح سوف نقوم بتوضيح المبررات لنشأة الالتزام وخصائصه.

1- إن الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات له أهمية كبيرة في عقود الاستهلاك وبخاصة تلك العقود التي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية، فقد أدى التطور الكبير في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات واستخدام التقنيات الحديثة في عمليات الإنتاج إلى تفاوت رهيب في المعرفة بين المحترف والمستهلك، فالأول يتمتع بالخبرة والدراية بكل ما ينتجه من سلع أو يقدمه من خدمات، كما أن لديه القدرة على الإفصاح والتبصير والتحذير، أما الثاني فلا تتوافر لديه الخبرة الفنية التي تؤهله لفحص المنتج ومعرفة ما به من عيوب أو الوقوف على طبيعة وظروف وملايسات الخدمة المقدم إليه (1).

2- خصائص الالتزام بالإعلام قبل التعاقد: يتميز الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد بعدد من المميزات والخصائص تميزه عن غيره من الالتزامات التي تتشابه معه، ومن هذه الخصائص بشيء من التفصيل على الشكل التالي:

أ- العمومية: يتميز الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه التزام عام سابق على إبرام جميع أنواع العقود، غير أن الواقع العملي أثبت أن هناك بعض العقود التي تزداد فيها أهمية الالتزام بالإعلام أكثر من البعض الآخر، كالعقود التي تنطوي على أشياء معقدة فنياً أو ذات طبيعة خطيرة أو القائمة على الثقة بين أطرافها كعقد التأمين.

ب- الاستقلالية: لم يعقد الفقه الفرنسي ينظر في دراسته للالتزام قبل التعاقد بالإعلام تلك النظرة القديمة التي كانت تدور في إطار نظرية عيوب الرضا على أساس أنه التزام غير مستقل، بل اتجه إلى القول بأن التزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام مستقل يقوم على عاتق كل طرف ينوي التعاقد مع غيره، وهو يقوم

(1) اسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص344.

لتحقيق التوازن بين الطرفين عند تحديد التزامات كل منهما تجاه الآخر في مرحلة المفاوضات.

نصت المادة (80) من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية: "2- اما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بهل وكل بيان آخر متعلق بعروض او بطلبات موجهة للجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك ايجاباً وانما يكون دعوى إلى التفاوض(1).

ثانياً: شروط قيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلان: إن عدم المساواة بين المحترفين والمستهلكين في العلم هو من الاسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، والتي تعد من أبرز الضرورات العملية التي املت على كل المعنيين بمعالجة المشاكل القانونية التي يعانها المتعاملون في مجال العقود ضرورة المناداة بتقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كالاتزام القانوني لتحقيق التوازن العقدي الذي كادت معالمه أن تتلاشى نتيجة للتطور السريع(2).

بناء على ذلك يتضح أن محل هذا الالتزام هو البيانات والمعلومات التي يقدمها أحد المتعاقدين للآخر قبل الشروع في إبرام العقد، والتي تعمل على تبصير إرادة المستهلك، ويقاس مدى وفاء المدين بهذا الالتزام بمدى كفاية المعلومات المقدمة للدائن واللازمة لتتوير رضائه في المرحلة قبل التعاقدية.

إن الهدف من تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو العمل على تنوير وتبصير إرادة المستهلك، ولكي يكون هذا التبصير حقيقياً ومنتجاً لأثره يجب أن يتضمن البيانات والمعلومات الجوهرية المتصلة بالشيء محل التعاقد والتي تكشف للمستهلك الوضع القانوني والمادي للشيء على حد سواء. وعلى ذلك يمكننا تقسيم هذه البيانات والمعلومات إلى بيانات ومعلومات تتعلق بالحالتين القانونية والمادية للشيء ثم المعلومات الخاصة بأحوال استعماله وذلك على النحو التالي:

(1) المادة (80) من القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951 وتعديلاته.

(2) اسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص351.

## 1- الالتزام بإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالحالة

**القانونية للشيء:** في إطار الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك يقع على عاتق المحترف أو المهني التزام بإعطاء معلومات وبيانات خاصة بالحالة القانونية للشيء المبيع للطرف الراغب في التعاقد حتى يستطيع أن يقف على ما عليه من أعباء وما قد يتعرض له بسببها من صور التعرض من قبل الغير في المستقبل، وعلى ذلك يجب على البائع أن يعلم المشتري بحقيقة الوضع القانوني للشيء المبيع وما إذا كان محملاً بحقوق لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>.

يمكن أن تتعدد الصياغات مع مبدأ الشفافية والوضوح وقد تكون غامضة في الكثير من الأحيان، إلا أنها تبقى قاصرة في ظل غياب الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في القانون المدني العراقي والليبياني، وهو ما ينبغي تداركه في قانون حماية المستهلك أو القانون المدني، لتدارك الفراغ القانوني الحاصل من عدم كفاية القواعد العامة في تحقيق الحماية الكافية للطرف الضعيف، مما يعطي الطرف الآخر فسحة من الوقت لدراسة تلك البنود وعدم التسرع في اتخاذ قرار في التعاقد<sup>(2)</sup>.

إن قيام المدين بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام بإحاطة الدائن بكافة البيانات التي تتعلق بالوضع القانوني للشيء محل العقد إنما هو أمر ينبغي به إعلامه بكل ما على هذا الشيء من أعباء أو التزامات أي مدى تحمله بأية حقوق عينية أو شخصية تحول دون انتفاعه بالشيء محل التعاقد على النحو المأمول.

## 2- الالتزام بإعلام المستهلك عن الحالة المادية للشيء:

تمثل الأوصاف المادية للشيء وجه الحث على التعاقد، فالمستهلك لا يقدم على التعاقد إلا إذا تطابقت الحالة المادية للشيء مع رغباته، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال إلزام المدين بإعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات اللازمة لبيان الأوصاف المادية للشيء محل

(1) اسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص370.

(2) محمد محمد السادات، آثار اكتساب المتعاقد صفة المستهلك على عقود الاستهلاك- دراسة مقارنة، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر قضايا معاصرة، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2015، ص13.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

التعاقد حتى يستطيع المستهلك الوقوف على مزايا العقد وخصائصه الذاتية ومدى جواء وملائمته في إشباع حاجته التي يسعى إليها، لما في ذلك من أهمية بالغة في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد.

إن المستهلك يجب أن يكون على علم كاف بالشيء المباع بالفقر الذي يكفل له الإحاطة بأوصاف الشيء وخصائصه الأساسية، وبهذا يوضح أن الخصائص الطبيعية عند الإعلان عن الشيء المباع حيث يكون المستهلك على بصيرة بكل ما يتعلق بالمنتج وحتى لا يقع في غلط أو خلط في حين نصت المادة 17 من اللائحة التنفيذية من القانون المشار إليه على أنه: "بعد إعلاننا خادعاً الإعلان الذي يتناول منتجاً ويتضمن عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً أو أي أمر آخر ينصب بصفة خاصة على عنصر أو أكثر من العناصر التالية متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل وأياً كانت وسيلة هذا الإعلان(1):

أ- طبيعة السلعة أو تركيبها أو صفتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منها هذه السلعة أو كميتها.

ب- خصائص المنتج والنتائج المتوقعة من استخدامه.

**3- الالتزام بإعلام المستهلك بطريقة استعمال الشيء:** أدى التطور العلمي والتقني الهائل في مجال الصناعة إلى ظهور العديد من المنتجات والخدمات الحديثة المعقدة والخطرة التي تشكل خطورة على المستهلكين عند الاستعمال الخاطئ أو غير الواعي.

فقد أصبح يتعذر على المستهلك الإحاطة بكل ما هو جديد في عالم التقنية بشتى صنوفها؛ وبالتالي أصبح يتعذر عليه الإلمام بالطرق الصحيحة للاستخدام الذي يحقق له الفائدة المرجوة من الشيء محل التعاقد، خاصة عندما يكون هذا الشيء من الأشياء المبتكرة حديثة الاستعمال. ونتيجة لذلك، يجب على المدين أن يوفر لجمهور المستهلكين القدر الكافي من التوعية والتبصير باستعمال الشيء محل

(1) المادة (17) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

التعاقد ومكامن خطورته وأبعادها وطرق تلافيها، خاصة في المنتجات المستحدثة.

ولا شك أن هذه التوعية لا يمكن أن تتحقق بصورة مرضية إلا من خلال فرض التزام قانون بالإعلام على عاتق منتجي وبائعي مثل هذه المنتجات، لذلك اتجه الفقه في كل من فرنسا ومصر إلى المناداة بضرورة التزام المحترفين بالإعلام في مواجهة المستهلكين وتبصيرهم بالأسلوب الأمثل في طريقة استعمال المنتجات وتحذيرهم من مخاطر الاستعمال الخاطى.

## المطلب الثاني

### مخاطر الواقع التقني

وإن المستهلك المتعاقد عبر الإنترنت هو المستهلك الذي يبرم عقداً مع مؤرد بشأن سلع وخدمات في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عبر الإنترنت من قبل المؤرد الذي يستعمل تقنية الاتصال عبر الإنترنت لغاية إبرام العقد بما في ذلك إنشاء العقد ذاته. والمستهلك في هذا الإطار أي في نطاق التعامل عن هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية لكنه فقط يتعامل عبر وسائط إلكترونية، أو يستفيد من الخدمات الإلكترونية.

إنّ ضرورات حماية المستهلك المتعاقد عبر الإنترنت تكون قبل التعاقد وأثناء إبرام العقد وخلال تنفيذه، فالمستهلك وبعد المفاوضات يقوم بإعلان إرادته في إبرام العقد بإرسال البيانات المطلوبة من طريق البريد الإلكتروني، وبذلك يكون ما صدر عنه هو إيجاب بالتعاقد، ويقوم المهني/ المحترف بإرسال قبوله، وبه ينعقد العقد الاستهلاكي عبر الإنترنت، أضو العكس فقد يكون المهني/ المحترف عارضاً لخدماته وسلعه في موقعه الإلكتروني بما يحقق مفهوم الإيجاب الموجه للجمهور أو عدد غير محدّد من العملاء، ويتقدم المستهلك ويطلب التزود بالسلعة أو الخدمة فيعد قابلاً فينعقد عقد الاستهلاك عبر الإنترنت.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

وبناءً عليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نبدأ في الفرع الأول بعنوان توفير الشبكة والخدمات الإلكترونية، أما في الفرع الثاني فسنقوم بتسليط الضوء على نقص خبرة المستهلك.

## الفرع الأول

### توفير الشبكة والخدمات الإلكترونية

إن حاجة المستهلك إلى السلع والخدمات الضرورية التي تقدم عبر شبكة الإنترنت (كالخدمات السياحية، والمصرفية، والتأمين، وبيع تذاكر الطيران والحجز في الفنادق، وبرامج الحاسب الآلي وغيرها)، تدفعه إلى الإقبال عليها وإبرام التصرفات من خلال شبكة الإنترنت، وغالباً ما يتفقد المستهلك إلى الخبرة والدراية والمعرفة في مجال تقنية تكنولوجيا المعلومات - لا سيما شبكة الإنترنت - الأمر الذي يدفعه إلى الدخول في علاقات من خلال مواقع إلكترونية وهمية وبالتالي تعرضه للاحتيال والخداع، خاصة أنه الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

إن للمستهلك حقاً عند استعماله سلعة أو خدمة يتمثل في ألا تكون ضارة بسلامته وصحته إذا ما كان استخدامها طبقاً لما هو محدد حسب طبيعة هذه السلعة أو الخدمة. وبالنسبة للخدمات فإن للمستهلك حقاً في هذه الحالة في أن تكون الخدمة محققة للأهداف التي يتطلع إليها من استخدامها. ويبرز ذلك مثلاً في حالة استهلاك خدمة الإنترنت، فالمستهلك يحق له استخدام هذه الخدمة دون أن يتعرض مثلاً لهجوم إلكتروني على بريده الإلكتروني الخاص عن طريق شبكة الإنترنت أو لعمليات احتيال تقنية على أرصده البنكية باستخدام هذه الشبكة، لأن الشركة المزودة لهذه الخدمة عليها واجب تأمين الخدمة ضد أي مخاطر تقنية، شرط ألا يكون المستهلك قد اخل بالتزاماته في هذا الخصوص كأن يقوم بدخول مواقع الكترونية مشبوهة، أو ألا يكون قد اخذ من الاحتياطات اللازمة ما هو ضروري تقنياً عبر وضع مكافحات تقنية للفيروسات وما شابه ذلك من احتياطات تقنية. والمقصود بجودة السلعة أو الخدمة في هذا الإطار أن تكون

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

السلعة أو الخدمة صالحة للاستعمال المعد لها، وأنها مصنعة حسب المقاييس المنصوص عنها في القوانين والأنظمة المرعية الأجراء.

ومن المعروف أيضاً أن المستهلك هو الطرف الأضعف في المعادلة الاقتصادية، وبالتالي كان لابد من تمكينه من الحصول على الفائدة المثلثة من موارده المالية وحمايته من كل ما من شأنه الإضرار بمصالحه الاقتصادية، التي تتأثر بشكل مباشر عند تخلف أي عنصر من عناصر السلعة المنوي حيازتها والانتفاع بها بشكل يوازي الثمن الذي قام بدفعه كمقابل لها.

وهناك أسباب تدعو أيضاً إلى حماية إرادة المستهلك من أية ضغوط قد تمارس عليه، وتدفعه إلى التعاقد من دون توافر رغبة حقيقية لديه للتعاقد وتدفعه إلى شراء السلعة أو الخدمة من دون أن يكون بحاجة فعلية لها، كالضغوط التي تمارس من خلال الإعلانات التجارية سواء تلك التي تتم بصورة تقليدية أو عبر شبكة الإنترنت، وبما تحتويه من وسائل حث على التعاقد وأساليب الإغراء والمبالغات التي تحتويها تلك الإعلانات، هذه الأسباب وغيرها هي التي دعت مختلف التشريعات المقارنة إلى وضع نصوص قانونية تهدف إلى حماية المستهلك سواء التقليدي أو الإلكتروني، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية<sup>(1)</sup>.

مما لا شك في إن ما يبرر إحاطة المستهلك بصورة عامة بالحماية القانونية ابتداءً هو ذات المبرر الذي يدعوا إلى إحاطة المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية بالحماية. ويتمثل هذا الأمر بصورة رئيسية بعدم التكافؤ في المراكز بين المستهلك والتاجر المحترف. فالأخير بالنظر لخبرته وتخصصه وملاءته يكون في مركز اقتصادي أقوى من مركز المستهلك، فالعلاقة بينهما غير متوازنة، وقد يؤدي عدم التوازن هذا إلى الإضرار بمصالح المستهلك إذا ما

(1) كميل، طارق، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية، 2015، ص68-69.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

تعسف التاجر واستغل مركزه الأقوى. فالحماية القانونية التي يحاط بها المستهلك إنما يراد منها إعادة التوازن إلى العلاقة بين المستهلك والتاجر.

وتجدر الإشارة هنا إلى إن الأنظمة القانونية المقارنة تسلك اتجاهين مختلفين لتحقيق الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية. فالاتجاه الأول ويمثله النظام القانوني الأمريكي يذهب إلى ضرورة عدم وضع قواعد تشريعية ملزمة لحماية المستهلك، إذ إن هذه القواعد من شأنها أن تعوق نمو التجارة الإلكترونية، وان حماية المستهلك ينبغي أن تترك إلى سوق التجارة الإلكترونية ذاته بما يضعه من قواعد اتفاقية. أما الاتجاه الثاني ويمثله النظام القانوني الفرنسي وكذلك اتجاه الاتحاد الأوروبي فيذهب إلى ضرورة فرض قواعد قانونية أمره تحقق حماية المستهلك، فضلاً عن إن هذه القواعد ينبغي أن تكون قواعد دولية تفر بقتها الإلزامية الدول على اختلافها. أما القانون العراقي فإنه لا يتبنى أيضاً من الاتجاهين، لخلوه من قواعد قانونية تحكم التجارة الإلكترونية أو تفر بضرورة حماية المستهلك في إطارها. ويعد ذلك نقصاً تشريعياً لا بد من تلافيه فشبكات المعلومات والمعاملات القانونية التي تتم في إطارها أضحت سمة العصر ووسيلة مهمة من وسائل التعامل، وهي غير قاصرة على دولة معينة فأهم ما يميزها إنها شبكة مفتوحة عالمياً، وان التعامل في إطارها متاح لأي شخص أياً كانت الدولة التي يقيم فيها. لذا فإننا إذ نعالج موضوع حماية المستهلك نرجح الاتجاه الثاني بضرورة وضع قواعد أمره تحقق حماية المستهلك وندعو المشرع العراقي إلى تبني هذا الاتجاه. ذلك إن ترك حماية المستهلك إلى القواعد الاتفاقية لا يعد أمراً مقبولاً، لا سيما وان العلاقة القانونية بين المستهلك وبين التاجر غير متوازنة ابتداءً ولا تكافؤ في مركزهما القانوني بالشكل الذي يمكن أن تكون فيه أحكام الاتفاق مجدية وفعالة بالنسبة للمستهلك. ويصدق ذلك حتى لو تم الاتفاق مع جمعيات أو اتحادات تمثل المستهلك.

عليه وفي ضوء غياب النص القانوني العراقي الخاص بحماية المستهلك فإننا سنعمد إلى القوانين المقارنة وما تقدمه من حلول في هذا الصدد ومحاولة إيجاد

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

أساس قانوني لها في نصوص القانون العراقي أو الدعوة إلى الأخذ بها إذا دعت الضرورة إلى وجود مثلها في إطار القانون العراقي<sup>(1)</sup>.

ولم يعرّف القانون اللبناني في شكل واضح بالمستهلك اللبناني وإنما أشار إلى العمليات التي يجريها الطرف الآخر لعقد الاستهلاك التي تتم في محل إقامة المستهلك أو عبر الهاتف أو الإنترنت، أو أية وسيلة أخرى معتمدة لذلك المادة 51 من قانون حماية المستهلك<sup>(2)</sup>.

وهناك مبررات أخرى لحماية المستهلك عبر الإنترنت، وهي كما يلي<sup>(3)</sup>:

**1. التطور الحديث في شبكة الإنترنت:** إن شبكة الإنترنت تعد من أحدث خدمات التقدم التقني التي تعتمد على تفاعل المستهلك مع جهاز الحاسب، فمن خلالها يمكن الوصول إلى العديد من السلع والخدمات بطريقة سهلة، ويمثل التطور التقني في هذا الجانب واقعاً علمياً يأتي كل لحظة بالجديد، مما ينبغي أن يقود إلى تحسين الروابط التجارية بين المزود والمستهلك بهدف الحصول على أفضل أداء للممارسات التجارية الإلكترونية. غير أن الجانب السلبي لهذا التطور التقني يتمثل في قهر المستهلك بطريقة تبدو عدائية، مما ينبغي أن يؤثر على الوصف القانوني لعقد التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت مقارنة بالبيع الذي يتم في موطن ومحل إقامة المستهلك ويتمثل ذلك في عدم قدرة المستهلك على معاينة المبيع بطريقة حقيقية، أو الالتقاء مع المزود في مجلس عقدي تقليدي.

**2. حاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية:** فحاجة المستهلك الضرورية إلى الخدمات الإلكترونية تنبع من كونها توفر منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع الإلكترونية التجارية، وبالتالي زيادة

(1) الااء يوسف يعقوب، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية. جامعة النهريين، كلية الحقوق، العراق، 2006، ص11-16.

(2) فداء متني، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونياً، كلية إدارة الأعمال، جامعة القديس يوسف، جريدة البناء، بيروت- لبنان، 2014. [www.al-binaa.com/archives/article/15836](http://www.al-binaa.com/archives/article/15836)

(3) أحمد السيد الكردي، حماية المستهلك في التسوق عبر الانترنت، شبكة الألوكة الثقافية، ثقافة ومعرفة، 2014، ص2-3.

المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك، بالإضافة إلى الخدمات الممتازة لعمليات ما بعد البيع، وفي هذا السياق فإنه لا توجد فروق جوهرية بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية، فأهمية الخدمات الإلكترونية الموجودة على شبكة الإنترنت تزيد من إقبال المستهلكين على هذه الخدمات، وتجعل من هذه الخدمات محور طلب للكثير من المستهلكين، ومن هنا كانت الحاجة للبحث عن حماية للمستهلك بشكل ملح وواضح.

### حماية المستهلك من الإعلانات التي تتم عبر شبكة الإنترنت

تعد شبكة الإنترنت فضاءً واسعاً للدعاية الإلكترونية عن السلع والخدمات، وهي تفوق بكثير ميدان الإعلان المتعارف عليه بالوسائل التقليدية، ويمكن تعريف الإعلان بأنه "كل وسيلة تهدف إلى الترويج لسلعة أو خدمة موجهة إلى الأشخاص من أجل تسويق تلك السلعة أو الخدمة"، الأمر الذي يجعل من الإعلان كل فعل أو تصرف له تأثير معنوي على نفسية المستهلك من أجل إقناعه بمزايا السلعة أو الخدمة المراد تسويقها وبصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة، وبالتالي الإعلان الذي يتم نشره عبر شبكة الإنترنت أو أية وسيلة إلكترونية أخرى لا يختلف عن الإعلان الذي يتم بوسائل تقليدية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة. مع العلم أن الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الإنترنت قد يعد إيجابياً، وذلك عندما يكون متضمناً بشكل واضح ومحدد للشروط الجوهرية والأساسية للتعاقد، وعند عدم احتوائه على الشروط الأساسية والجوهرية للتعاقد أو أنها كانت غير واضحة ومحددة، فإن الإعلان عبر شبكة الإنترنت لا يعد إيجابياً وإنما دعوة إلى التفاوض<sup>(1)</sup>.

وتتطلب حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت في مواجهة الإعلانات الإلكترونية وضوح الإعلان الإلكتروني، وألا يتضمن بيانات تضلل المستهلك بهدف غشه وخداعه، أي ألا يكون مضللاً له. واشتراط الوضوح في الإعلان الإلكتروني

(1) طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية، 2015، ص 69-70.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

يعني أن يكون لا لبس فيه، ويسمح للمستهلك إعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وادراك مستنيرين<sup>(1)</sup>.

الأمر، الذي تستوجب حمايته من الغش والتحايل. وهو ما يجعلنا بالضرورة نتعرض للمسائل التالية<sup>(2)</sup>:

**المسألة الأولى. الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي:** وهو كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته. فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها فيما يراد إدخال الغش عليه. أو بانقاص بعض المواد أو إضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله، وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر. حيث يتفنن الغشاشون في استنباطها لتحقيق أغراضهم بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة.

**المسألة الثانية. الحماية الجنائية من جريمة الاحتيال:** قد يلجأ المنتج أو الموزع عامداً لأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات علمية بهدف تحقيق قدر كبير من الربح على حساب المستهلك الذي تخدعه هذه الدعاية. لهذا نجد أن قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993م تضمن نصوصاً تحارب الغش والمخادعة، وذلك من أجل حماية المستهلك حيث تضم النصوص طائفتين من الأفعال. الأولى، تنظمها المواد 121 وما بعدها وهي تعاقب كل من يقوم بالدعاية الكاذبة أو تلك التي من شأنها الإيقاع في الغلط. أما الطائفة الثانية، فهي منظمة بالمواد 213 وما بعدها، وهي تعاقب على الغش والتدليس، وفي كلا الطائفتين فإن المخادع أو مرتكب الغش أو المدلس يعاقب بالحبس أو الغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين. كما يمكن أن تضاف إليهما عقوبات تكميلية أخرى.

(1) عبدالله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2002، ص 74-75.

(2) أحمد السيد طه كردي، حماية المستهلك في التسوق عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 60-61.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

**المسألة الثالثة. بعض صور الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية:** تمتاز هذه الصور باعتبارها حماية متكاملة للمستهلك في عقود البيع من خلال الإنترنت وبصفة خاصة في الأحوال التالية(1):

- تجريم فعل الدخول غير المشروع إلى مواقع التجارة الإلكترونية والحصول على بيانات المستهلك.
- إمكانية معاقبة الجاني عند إتلاف بيانات المستهلك بالعقوبة المقررة للإتلاف العمدي للمنقولات بعد التسليم للبيانات والمعلومات باعتبارها من الأموال المنقولة.
- حماية وسائل الدفع الإلكتروني من التعدي عليها إلى مجال التجارة الإلكترونية.
- التعدي على بيانات البطاقة الائتمانية التي تخص المستهلك.
- تزوير المحررات الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفاً فيها.

وقد أصبحت الإعلانات التجارية الإلكترونية أحد أهم المعالم البارزة لعصر ثورة التكنولوجيا والمعلومات وبحكم انتشارها وتنوع أساليبها وتطورها التقني تؤثر في سلوك المستهلك ويبني عليها قراره في الإقبال على التعاقد وحماية المستهلك في هذا المجال تقوم على ثلاث قواعد رئيسة هي:

**1. اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني:** أي تضمنه البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها خلق تفكير واع متبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد(2). والزم المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك على المعلن أن يتأكد من تثبيت البيانات

(1) احمد السيد طه كردي، حماية المستهلك في التسوق عبر الانترنت، مرجع سابق، ص60-61.

(2) علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، جامعة بغداد، كلية القانون، القانون الخاص، 2012، ص19-20.

والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج والالتزام بالمواصفات القياسية العراقية والعالمية<sup>(1)</sup>.

**2. تحريم الإعلان الإلكتروني المضلل:** وهو الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك، وهو لا يذكر بيانات كاذبة، ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع المتلقي، وعلى ذلك يقع الإعلان المضلل في منطقة وسطى بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب، فالفارق بين الإعلان الصادق والإعلان المضلل في الدرجة وليس في الطبيعة<sup>(2)</sup>. ويثير مفهوم الإعلان المضلل صعوبات في العراق وبل أغلب الدول العربية، ذلك لعدم وجود تنظيم قانوني متخصص في الإعلان التجاري بصورة عامة والإعلان المضلل بصورة خاصة لذا ندعو المشرع العراقي إلى وضع قانون خاص يحدد فيه الإعلان بصورته العامة والتطرق إلى موضوع الإعلان المضلل لما له من آثار مهمة على المستهلكين<sup>(3)</sup>. وعرفه القانون اللبناني بشأن حماية المستهلك من الإعلان المضلل في المادة (1/11) بأنه "الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة ويتضمن عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً أو انه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك"<sup>(4)</sup>.

**3. الرقابة على الإعلان المقارن:** أن التضليل في الإعلان التجاري لم يعد قاصراً على خداع المستهلك فقط، بل امتد لينال من قيمة سلع وخدمات المنشآت

(1) المادة (7) من قانون حماية المستهلك العراقي حيث تنص أن (يلزم المجهز والمعلن التأكيد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج وخاصة بدء وانتهاء الصلاحية وبلد المنشأ قبل طرحها في السوق أو قبل إجراء عملية البيع أو الشراء أو الإعلان عنها).

(2) عبد الله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2002، ص78.

(3) لا يوجد في التشريعات العراقية قانون معين خاص ينظم الاعلان بكل جوانبه فتتأثر أحكامه ببعض القوانين الخاصة، كالقانون المتعلق بتنظيم عمل مكاتب النشر والاعلان رقم (45) لسنة 1971م المعدل بالقانون رقم(35) لسنة 1988. وأشار المشرع الى بعض صور الاعلان المضلل كقانون المعاملات والبيانات التجارية رقم (21) لسنة 1979م والتي أكدت نصوصه الى حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، وحظر المشرع العراقي التضليل الاعلاني بالنص على عقوبات محددة في المواد (466) و (467) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (111) لسنة 1969م.

(4) المادة (659). من قانون حماية المستهلك اللبناني الصادر في 4 شباط 2005م.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

التجارية المنافسة، وذلك عن طريق ما يسمى بالإعلان المقارن الذي أصبح يلعب دور كبير في تشويه منتجات المنافسين وإذا كان هناك ضرورة وجود هامش معقول للمقارنة الصادقة لمصلحة المستهلك فلا بد أن تكون هذه المقارنة شريفة ليس من شأنها أن تشوه سمعة البضاعة المنافسة، أو أن تحصل لبس لدى المستهلك<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالإعلان التجاري المتضمن بيانات تضلل المستهلك وتهدف إلى غشه وخداعه، فقد حظرت مختلف التشريعات المقارنة استخدام أي وسيلة من شأنها أن تؤثر على إرادة المستهلك بشكل يؤدي إلى تكوين معلومات مغلوطة بعناصر وأوصاف جوهرية في السلعة أو الخدمة المقدمة. وهذا ما أكده المشرع اللبناني باعتباره الأكثر اهتماماً بمجال الرقابة على الإعلانات التجارية من باقي الدول الأخرى. ففي لبنان فإن الإعلانات هناك تخضع لنوعين من الرقابة وهما رقابة داخلية تقوم بها وكالات الدعاية والإعلان ورقابة الأمن العام من دائرة مراقبة المطبوعات والتسجيلات<sup>(2)</sup>.

حيث أنه رغم صدور قانون حماية المستهلك العراقي في سنة 2010م، نجد أن المواطنين في العراق لا يزالون يواجهون مشاكل كبيرة مع الشركات المنتجة والموزعة بأنواعها المختلفة سواء أكانت غذائية أو صحية أو السلع الاستهلاكية نتيجة الحملات الإعلانية الخادعة بشكل يومي وكثرة الذين يندفعون بها، ألنا لا نجد معاقبة المعلنين عن هذه الإعلانات الخادعة والضارة التي يقومون بها، والسبب يعود إلى عدم وجود آلية جيدة لمراقبتها ومنعها، وكذلك عدم وجود توعية كافية لدى المستهلكين أنفسهم. وهذا من أجل تخفيف العبء على عاتق المستهلك. وعليه ندعو المشرع العراقي إلى إضافة هكذا نص إلى قانون حماية

(1) ممدوح ابراهيم خالد، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2009، ص152.

(2) بختيار صابر بايز، الحماية الوقائية للمستهلك من الاعلانات التجارية الخادعة، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2012، ص8-61.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010م لغرض توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك العراقي من الإعلانات التجارية الخادعة.

وعليه لمعالجة الخلل في هذا المجال، ندعو إلى الإسراع في القيام بالأمر الآتية:

1. ضرورة وجود جهة رقابية متخصصة تتحقق من صحة الإعلانات التجارية قبل إقرارها والسماح بنشرها أو بثها أو عرضها، وذلك أما بتوسيع صلاحيات مركز بحوث السوق وحماية المستهلك، أو من الأفضل إنشاء مكتب خاص بفحص ومراجعة الإعلانات التجارية على غرار ما موجود في فرنسا، ويكون مركزها في بغداد وله فروع في جميع المحافظات ويتحقق من صحة وسلامة الإعلانات التجارية قبل وبعد صدورها وعلى ضوء إجراءات الفحص الوقائي للإعلان من قبل جهة إدارية متخصصة والتدليل على صحة الإعلان وتعقب الإعلان.
2. ضرورة انضمام جميع المكاتب العاملة في مجال الدعاية والإعلان في العراق إلى نقابة تمثلهم، على غرار ما موجود في لبنان، وفي هذا الشأن نتفق مع من اقترح أن يكون الانضمام إلى تلك النقابات انضماماً إلزامياً، كي لا يتمكن أي شخص خارج النقابة القيام بعمل الإعلانات التجارية دون أن يكون منتظماً إلى النقابة ومعروفاً لديها، ومن ثم تقوم النقابة برقابة ذاتية على إعلاناتهم، وأن تكون لديها عقوبات مشددة بحق المخالف منهم تصل إلى حد الغاء العضوية في النقابة في حالة تكرار المخالفة<sup>(1)</sup>.
3. تفعيل دور الجهاز المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك والمسمى بـ(مجلس حماية المستهلك) من أجل متابعة ومراقبة السوق العراقية وفي جميع الأوقات، سواء كانت أوقات الدوام

(1) انطوان ناشف الناشف، الاعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، دراسة تحليلية شاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، 1999، ص209.

## الفرع الثاني

### نقص خبرة المستهلك

إن نقص خبرة المستهلك يشير إلى عدم توفر المستهلكين على المعرفة أو الفهم الكافي بشأن منتجات أو خدمات معينة قبل اتخاذ قرار الشراء. هذا النقص في الخبرة قد يؤدي إلى اتخاذ قرارات غير مدروسة أو غير معلومة، وبالتالي قد يتعرض المستهلكون للخداع أو للشراء منتجات غير مناسبة لاحتياجاتهم.

يمكن أن يحدث نقص خبرة المستهلك لعدة أسباب، منها:

**1. افتقار المستهلك إلى التنوير المعلوماتي التكنولوجي:** تعتبر شبكة الإنترنت المنتشرة حول العالم نافذة مفتوحة أمام الملايين من الناس، فهذه الشبكة تمثل صالة عرض لكافة المنتجات والخدمات، فالبريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت والتفاعل المباشر تتلخص جميعها في هدف واحد ألا وهو عرض أنواع متباينة من المنتجات والخدمات للمستهلك، والتعاقد معه من خلالها. فقدرة المستهلك على التعامل مع جهاز الكمبيوتر وشبكة الإنترنت تسهل عليه الوصول إلى المنتجات والخدمات التي يريدها، وهنا يجب أن نفرق بين ما يسمى إعلام المستهلك والذي هو من حقوق المستهلك وبين معرفة المستهلك المعلوماتية بشبكة الإنترنت، والتي تمثل حد أدنى من أجل وصول المستهلك إلى معلومات عن الخدمات والمنتجات، فالحد الأدنى يعبر عن قدرة المستهلك عن التعامل مع جهاز الحاسب وشبكة الإنترنت، فافتقار المستهلك قد يمثل عدم معرفة كبيرة بشبكة الإنترنت، بالإضافة إلى المشاكل التي قد تواجه المستهلك عند التعمق في هذه الشبكة. ويتمثل ذلك من خلال ما يواجه المستهلك من عدم معرفته لما يحصل أمامه في الشاشة الصغيرة، بالإضافة لما سبق فإن عدم معرفته بشبكة الإنترنت قد يؤدي إلى وقوع المستهلك بحيل وخداع قرصنة الإنترنت من خلال المواقع الوهمية أو التعاقد الوهمي. لذا فإن حاجة المستهلك إلى الحماية في التسوق الإلكتروني تنبع أيضاً من كون المستهلك الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الإلكترونية، والأقل قوة في المعادلة الاقتصادية.

## المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

لقد أدى التطور في مجال الاتصالات وتبادل المعلومات إلى سهولة الولوج إلى شبكة الإنترنت والتصفح في مواقع الويب والكم الهائل من العروض اللامحدود للسلع والخدمات وإمكانية إبرام عقود غير مقيدة بحدود أو زمان، مما يجعل المستهلك عبر الإنترنت أكثر عرضة لمحاولات الغش والخداع والتلاعب بمصالحه التي يمارسها أصحاب الخبرة من المهنيين أو مقدمي الخدمة في الضغط لاستغلال المستهلك وجذبه وإفناعه بالتعاقد لشراء السلعة أو الخدمة إشباعاً لحاجاته ومن أي مكان بالعالم بأقل الجهد والتكاليف. لذا سنحاول أن نتناول مبررات حماية المستهلك المتعاقد عبر الإنترنت ومن الجوانب التالية (1):

**2. ضعف الخبرة والمهنية:** نظراً للخبرة والمهنية التي يتمتع بها الفرد أو المزود أو المجهز كطرف بالعقد قبل المستهلك بوجه عام، فإن أهمية حماية المستهلك عبر الإنترنت كطرف في التعاقد تصبح أكثر ضرورة في المعاملات الإلكترونية لخصوصية التعاقد فيها، وليس مبرراً دائماً فرض الحماية للمستهلك في مواجهة المزود أو المجهز بوصفه الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية.

إلا أن حالات ابتعاد المستهلكين من إبرام التعاقد الإلكتروني تأتي من ضعف الخبرة والمهنية في مواجهة المزود صاحب الخبرة والمهنية في نشاطه ومجاله وإن المستهلك من جانبه يجهل المعلومات الكافية والضرورية حول السلعة أو الخدمة المقدمة عبر شبكة الإنترنت، ومن هنا كان لا بد من وجود قواعد قانونية تعمل لحماية مصالح المستهلك من كل خداع أو غش أو ما يمكن أن يعيب رضاه، وهذا ما أفصحت عنه أهداف التشريعات المعنية بحماية المستهلك (2).

(1) محمد حازم عبد الستار ، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص75-78.

(2) جاء في خلاصة قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010: "بغية حماية المستهلك وإقرار مبدأ العدل والمساواة بين المجهزين ومستهلكي السلع ومتلقي الخدمات والحفاظ على صحتهم وسلامتهم وللحد من ممارسات الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما يندرج عليها من بيانات ومواصفات، شرع هذا القانون"، وبنفس الاتجاه ذهب المشرع اللبناني بالمادة الأولى من قانون حماية المستهلك لسنة 2005: "يهدف هذا القانون إلى: تحديد القواعد العامة التي ترعى حماية المستهلك وصحة وسلامة السلع والخدمات وجودتها. صون حقوق المستهلك وتأمين شفافية المعاملات

### 3. النزعة الاستهلاكية: في عقود التجارة الإلكترونية لا تكون السلعة

أو الخدمة محل التعاقد في متناول يد المستهلك، مما يعرض المتعاقد إلى مخاطر الوقوع ضحية الأغراء والتأثير الإعلاني السلبي الصادر من طرف المزود أو الجهاز لا يمكن حصر مثل تلك الممارسات الضاغطة على قرار المستهلك في التعاقد ورغبته في إشباع حاجاته عبر شبكة الإنترنت، ويذهب جانب من الفقه إلى أن المخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها، وبصفة خاصة في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

ولوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات، وحمایته من شر الوقوع ضحية النزعة الاستهلاكية، وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع الضرر والخطر عن المستهلك.

### 4. عدم كفاية الوسائل القانونية من حماية المستهلك عبر الإنترنت: إن حماية مصالح وحقوق المستهلك عبر الإنترنت غير كافية في إطار التعامل مع التجارة الإلكترونية في معظم التقنيات العربية، وترجع لأسباب حادثة التعامل مع التجارة الإلكترونية كونها في الغالب معاملات دولية تتم عبر شبكة الإنترنت، فتشكل تلك المعاملات المبرر والدافع للتشريعات الوطنية والدولية إلى توحيد جهودها الرامية إلى استخلاص قواعد قانونية معاصرة.

وفي الختام للتغلب على نقص خبرة المستهلك، يمكن للمستهلكين اتباع بعض الإجراءات مثل البحث والاستفسار عن المنتجات قبل الشراء، والاعتماد على مصادر موثوقة للمعلومات مثل المواقع الرسمية للشركات أو تقييمات المستخدمين، بالإضافة إلى التحلي بالحذر وعدم الاندفاع للشراء العاجل دون التفكير الجيد والتقييم الدقيق.

الاقتصادية التي يكون المستهلك احد اطرافها. حماية المستهلك من الغش والإعلان الخادع والحؤول دون استغلاله. ان احكام هذا القانون لا ترعى العلاقات التي تربط المحترفين فيما بينهم".

## الخاتمة

ختامًا، يعد البحث في مخاطر المستهلك في التعاقد عبر الإنترنت خطوة ضرورية لضمان حماية حقوق الأفراد وتعزيز الثقة في التعاملات الرقمية. فمع تزايد الاعتماد على التجارة الإلكترونية، تتضاعف التحديات التي تواجه المستهلك، سواء كانت تلك التحديات مرتبطة بالاحتيال الإلكتروني، أو العقود المضللة، أو إساءة استخدام البيانات الشخصية. ومن خلال دراسة هذه المخاطر وفهم أبعادها، يمكن للمستهلك أن يكون أكثر وعيًا وحذرًا عند إبرام العقود عبر الإنترنت، مما يقلل من فرص تعرضه للضرر. كما يساهم هذا البحث في لفت انتباه الجهات التشريعية لتطوير الأنظمة والقوانين التي تحمي حقوق المستهلكين في البيئة الرقمية. وبالتالي، فإن تعزيز الثقافة القانونية والتكنولوجية أصبح ضرورة ملحة لضمان تحقيق العدالة الرقمية وحماية المستهلك من أي استغلال.

## النتائج:

1. يُظهر البحث أن أكثر المخاطر التي يتعرض لها المستهلك عند التعاقد عبر الإنترنت تشمل الاحتيال الإلكتروني، وسرقة الهوية، وانتهاك الخصوصية، والعقود المضللة.
2. ضعف الوعي القانوني لدى العديد من المستهلكين يؤدي إلى قبولهم شروطًا غير عادلة أو غير واضحة في العقود الإلكترونية.
3. هناك قصور في بعض التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، مما يجعل المستهلك عرضة للاستغلال من بعض الجهات غير الموثوقة.
4. يؤكد البحث على أهمية وجود وسائل دفع آمنة، والتأكد من مصداقية المواقع والمنصات قبل إجراء أي تعاقد.

## التوصيات:

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

1. العمل على زيادة الوعي القانوني والتقني لدى المستهلكين عبر إطلاق حملات توعوية حول كيفية التعاقد الآمن عبر الإنترنت.
2. تطوير التشريعات والقوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية لتوفير حماية أكبر للمستهلكين، مع فرض عقوبات صارمة على الجهات التي تنتهك حقوقهم.
3. مطالبة المنصات الإلكترونية بإظهار شروط التعاقد بوضوح بلغة بسيطة ومفهومة، مع ضمان وجود خيار يسمح للمستهلك بمراجعة الشروط قبل الموافقة عليها.
4. إنشاء منصات رسمية لاستقبال شكاوى المستهلكين المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، وضمن سرعة الاستجابة وحل النزاعات بطريقة عادلة



## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب القانونية.

1. الاء يوسف يعقوب، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية. جامعة النهرين، كلية الحقوق، العراق، 2006.
2. أحمد السيد الكردي، حماية المستهلك في التسوق عبر الإنترنت، شبكة الألوكة الثقافية، ثقافة ومعرفة، 2014.
3. إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
4. انطوان ناشف الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، دراسة تحليلية شاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، 1999.
5. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2001.
6. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الإنترنت" دراسة مقارنة"، كلية الحقوق-الجامعة العربية الأمريكية، 2015، 2015.
7. عبد الله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2002.
8. عبدالله حسين علي، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2002.
9. علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، جامعة بغداد، كلية القانون، القانون الخاص، 2012.
10. كميل، طارق، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الإنترنت، "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق-الجامعة العربية الأمريكية، 2015.
11. ممدوح إبراهيم خالد، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2009.
12. الياس ناصيف، أحكام العقد، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2019.

### ثانياً: المجلات.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

1. بختيار صابر بايز، الحماية الوقائية للمستهلك من الإعلانات التجارية الخادعة، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2012.
2. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دراسة مقارنة، ط1، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 2001.
3. عبد القادر عزيز أحمد الحياي، أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 1/26.
4. محمد محمد السادات، آثار اكتساب المتعاقد صفة المستهلك على عقود الاستهلاك- دراسة مقارنة، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر قضايا معاصرة، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2015.

ثالثاً: الدراسات الجامعية.

1. سهام إمدالو، ليلي لحسن، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012، 2013.
2. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
3. محمد حازم عبد الستار، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2018.

رابعاً: القوانين.

1. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية 2012.
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
3. قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932
4. قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010.

المخاطر المواجهة للمستهلك في التعاملات الإلكترونية

5. قانون حماية المستهلك اللبناني الصادر في 4 شباط 2005.
6. قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018.



# المسؤولية الدولية في مواجهة الجرائم الإرهابية

سيف سعد صبار



### الملخص:

يتناول هذا البحث موضوع المسؤولية الدولية في سياق الجرائم الإرهابية، بوصفها إحدى الإشكاليات القانونية المعقدة في القانون الدولي المعاصر. وينطلق البحث من التأكيد على أن المسؤولية الدولية تشكل حجر الزاوية في النظام القانوني الدولي، حيث تفرض على الدول - وأحيانًا الأفراد - التزامات محددة تجاه احترام قواعد السلم والأمن الدوليين.

يعالج البحث في بدايته الخلاف الفقهي حول مدى قابلية تطبيق المسؤولية الدولية على الدول وحدها، أم أن الأفراد كذلك يمكن مساءلتهم عن الجرائم الإرهابية، مستعرضًا الاتجاهات المختلفة في الفقه والقضاء الدولي، وخاصة في ظل تطور قواعد القانون الدولي بعد الحرب العالمية الثانية، وظهور مفاهيم مثل المسؤولية الجنائية الفردية أمام المحاكم الدولية.

كما يناقش البحث الإشكاليات القانونية المترتبة على تحديد مفهوم "المستهلك القانوني" للالتزامات الدولية المتعلقة بالإرهاب، ويستعرض التحديات المرتبطة بتفعيل النصوص الدولية في البيئة الواقعية، لا سيما في ظل غياب اتفاق دولي موحد لتعريف الإرهاب.

ويخلص البحث إلى ضرورة تطوير قواعد المسؤولية الدولية بشكل يعكس توازنًا بين مقتضيات الأمن الدولي وحماية حقوق الإنسان، وتفعيل التعاون الدولي في مكافحة الإرهاب، مع التأكيد على أهمية التمييز بين المسؤوليات الجنائية والمدنية

للدولة والأفراد، في ظل معايير قانونية دقيقة ومنسجمة مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام.

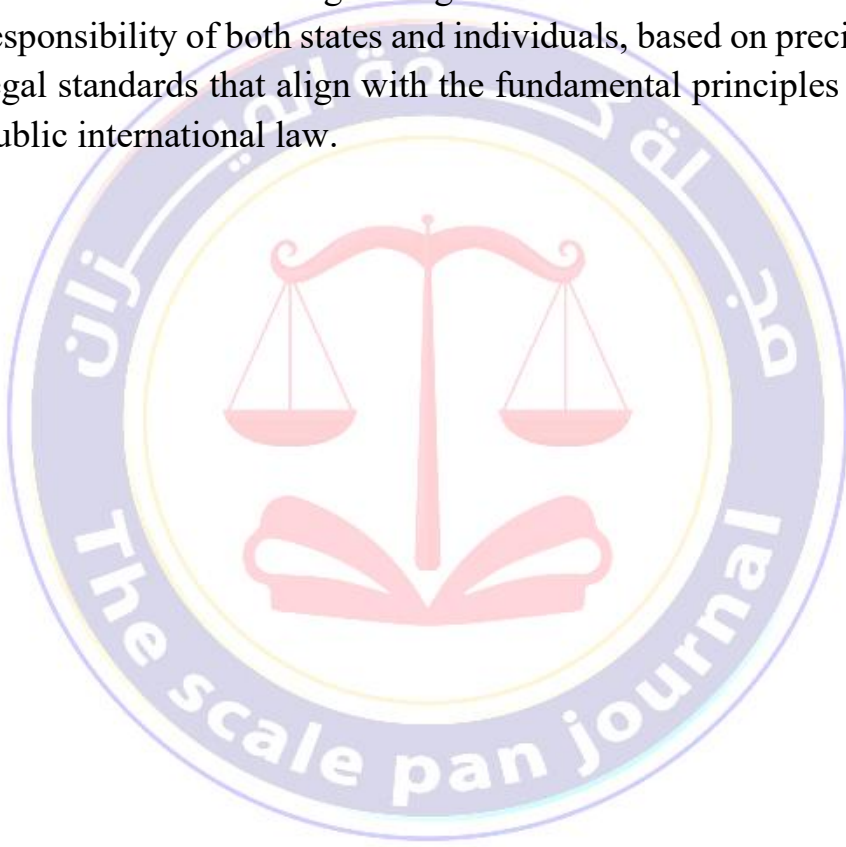
### Abstract:

This research examines the issue of international responsibility in the context of terrorist crimes, as one of the complex legal challenges in contemporary international law. It begins by emphasizing that international responsibility constitutes a cornerstone of the international legal system, as it imposes specific obligations on states—and at times on individuals—to respect the rules of peace and international security.

The study addresses, at its outset, the jurisprudential debate over whether international responsibility applies exclusively to states, or whether individuals can also be held accountable for terrorist crimes. It reviews various perspectives in legal doctrine and international jurisprudence, particularly in light of the evolution of international legal norms after World War II and the emergence of concepts such as individual criminal responsibility before international courts.

The research also explores the legal challenges arising from defining the “legal subject” of international obligations related to terrorism, and highlights the difficulties in implementing international provisions in real-world contexts—especially given the absence of a universally accepted definition of terrorism.

The study concludes by underscoring the necessity of developing international responsibility rules in a manner that balances the requirements of global security with the protection of human rights. It further stresses the importance of enhancing international cooperation in combating terrorism and of distinguishing between criminal and civil responsibility of both states and individuals, based on precise legal standards that align with the fundamental principles of public international law.



## مقدمة

تُعتبر المسؤولية الدولية حجر الزاوية في النظام القانوني الدولي، حيث تتجلى من خلالها التزامات الدول في احترام القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بينها. ومع تزايد ظاهرة الإرهاب، أصبح من الضروري تأكيد هذه المسؤولية، سواء على مستوى الأفراد أو الدول.

تبين الدراسات الفقهية أن هناك اتجاهات متباينة حول كيفية تطبيق المسؤولية الدولية، بين من يرى أن الدولة وحدها تتحمل هذه المسؤولية، وآخرين يرون أن الأفراد أيضًا يجب أن يتحملوا تبعات أفعالهم. تبرز هذه النقاشات بشكل خاص في سياق الجرائم الإرهابية، حيث تتفاعل القوانين الوطنية والدولية لتحديد المسؤوليات وتطبيق العقوبات.

## أهمية البحث

يعتبر هذا البحث مهمًا لفهم المسؤولية الدولية في سياق الجرائم الإرهابية، حيث يساهم في توضيح التحديات القانونية التي تواجه الدول. كما يعزز من الوعي بحقوق الإنسان ويبرز أهمية التعاون الدولي لمكافحة الإرهاب بفعالية. بالإضافة إلى ذلك، يوفر البحث إطارًا لتحليل الاتجاهات القانونية المختلفة، مما يساهم في تطوير السياسات القانونية اللازمة لمواجهة هذه الظاهرة.

## إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية الرئيسية في هذا البحث في كيفية تحقيق التوازن بين المسؤولية الدولية للدول والأفراد في مواجهة الجرائم الإرهابية، في ظل تعقيدات القانون الدولي والحقوق الإنسانية. يتساءل البحث عن مدى فعالية الأنظمة القانونية الحالية في محاسبة الدول والأفراد على أفعالهم الإرهابية، وكيف يمكن تعزيز التعاون الدولي لمكافحة هذه الظاهرة. ويتفرع عن هذه الإشكالية العديد من الأسئلة:

1. ما هو مفهوم المسؤولية الدولية وكيف يتجلى في سياق الجرائم الإرهابية؟
2. كيف تختلف الاتجاهات القانونية حول المسؤولية الدولية بين الدول والأفراد؟
3. ما هي التحديات التي تواجه الدول في تطبيق القوانين الدولية لمكافحة الإرهاب؟

#### منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي، حيث يتم تحليل النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمسؤولية الدولية والجرائم الإرهابية. يتم من خلال هذا المنهج دراسة الاتجاهات المختلفة والفروق القانونية بين الدول، بالإضافة إلى تقييم فعالية الأنظمة القانونية الحالية. كما يساهم في تقديم توصيات مبنية على التحليل العميق للمعطيات القانونية والواقعية.

## المبحث الأول

### مفهوم المسؤولية الدولية

تعد المسؤولية الدولية من أهم الوسائل القانونية لحل المنازعات بين أشخاص القانون الدولي، وهي دائماً ترتبط بوجود إلتزام، فلا معنى للإلتزام بدون تحمل المسؤولية من قبل الشخص الذي يلتزم به، فارتباط الإلتزام بالمسؤولية من الأمور التي استقر عليها العرف كما أكدته العديد من الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء، كما تعد المسؤولية الدولية حجر الزاوية في بناء القضاء الدولي، فبدون المسؤولية لا يمكن مقاضاة إحدى الدول على إخلالها بقواعد القانون الدولي<sup>(1)</sup>.

والمسؤولية في مفهومها العام هي عبارة عن الإلتزام باحترام المصلحة المشروعة وتحمل اثار انتهاك تلك المصلحة وإصلاح ما قد ينتج عنه ضرر<sup>(2)</sup>. وعلى هذا الأساس عرفت بأنها "النظام القانوني الذي يلتزم بمقتضاها شخص القانون الدولي الذي ينسب إليه القيام بفعل غير مشروع دولياً بتعويض الطرف الذي ارتكب في حقه هذا الفعل، وهي بذلك تهدف إلى تقرير مخالفة تصرفات

(1) أحمد أبين النفي، المسؤولية الدولية للدول واطعة الألغام في الأراضي المصرية، دراسة في إطار القواعد المنظمة للمسؤولية الدولية والألغام البرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 105.

(2) عصام محمد أحمد الزناتي، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر بدون سنة طباعة، ص 140.

أحد أشخاص القانون الدولي للقواعد القانونية الدولية، وبالتالي إلزامه بالتعريض عن الأضرار، فهي لا تهدف إلى تقرير بطلان هذا العمل، وإنما إصلاح الضرر الناتج عن التصرف غير المشروع، فدعوى المسؤولية الدولية بالنسبة للدولة ليست دعوى بطلان وإنما هي دعوى تعويض.

وشرح المسؤولية الدولية حسب جسامة الفعل، فقد تكون المخالفة بسيطة وفي هذه الحالة قد لا يترتب عليها جزاءات دولية، وقد تكون المخالفة جسيمة وتشكل إضراب في النظام العام، أو تؤثر على السلم والأمن الدولي مثل جرائم الحرب وفي هذه الحالة يجب محاسبة صاحب الفعل<sup>(1)</sup>.

## المطلب الأول

### الإتجاه المعارض للمسؤولية الدولية عن الجرائم الإرهابية

إن هذا الاتجاه يميل إلى فلسفة الفكر التقليدي والذي لا يسلم بوجود تميز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في القانون الدولي<sup>(2)</sup>، فالدول وحدها هي أشخاص القانون الدولي والالتزامات التي يفرضها تقع فقط على عاتق الدول،

(1) عبد الوهاب محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، مصر،

القاهرة، 1995، ص 11.

(2) جون تونكين، القانون الدولي العام قضايا نظرية، ترجمة: أحمد رضا، مراجعة عز الدين

فودة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1972، ص 20.

ولا يتصور محاكمة الدولة - وهي شخص اعتباري ليس له إرادة مستقلة عن إرادة القائمين على إدارته - محاكمة جنائية، أما الأفراد فإنهم أشخاص القانون الداخلي وهو الذي يحدد التزاماتهم ويقرر عقوبتهم، فإذا كان القانون الداخلي لا يعاقب على هذا الفعل أو لا توجد قاعده داخلية تحظر إتيانه فإنه لا يمكن مسائلة الفرد، فمسؤولية الفرد يحددها فقط القانون الداخلي، وهذا يعني أن الالتزامات التي يحددها القانون الدولي تقع فقط على عاتق الدول.

ولقد ظهر بعد الحرب العالمية الثانية اتجاه فكري وقانوني يأخذ بنظامين في المسؤولية الدولية. ويختلف النظامان عن بعضهما اختلافاً جوهرياً، والاتجاه الأول ينطبق على حالات خرق الدولة من الإلتزامات التي يكون احترامها محل اهتمام أساسي من جانب المجتمع الدولي، مثال ذلك الإلتزام بامتناع الأعمال التي تشكل جريمة مثل جرائم الحرب أو العدوان أو الإبادة الجماعية، أما النظام الثاني يطبق عند إخلال الدولة باحترام التزمات تنطوي على أهمية أقل شأناً وعمومية<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن المسؤولية الدولية الجنائية للدولة لم تقرر فعلياً إلا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث كان هناك تردد كبير بين فقهاء القانون الدولي حول ما إذا كانت الدولة تسأل جنائياً عما يرتكب من جرائم دولية باسمها، أم أن

(١) حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم الموقته إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 31.

المسؤولية الجنائية مقررة على الأثنين معا، علما بأن كل اتجاه من هذه الاتجاهات له حجيته وأدلته<sup>(1)</sup>.

لذا فإنه يوجد اتجاه في الفقه يرى مسؤولية الدولة جنائياً عن كل ما يرتكب من جرائم وانتهاكات دولية، ويستشهد بميثاق الأمم المتحدة للتدليل على هذه المسألة.

بينما يرى الاتجاه الثاني المعارض للمساءلة للدولة جنائياً عن كل عمل يشكل جريمة وفقاً لقواعد القانون الدولي على أن: المماثلة بين الجزاءات في القانون الدولي والقانون الوطني لغرض إثبات المسؤولية الدولية الجنائية هي مماثلة مصطنعة، فصعوبة تشبيه الجزاءات القانونية الدولية التي توقع على الدولة بالجزاءات الجنائية التي تقع على الأفراد ناجمة عن صعوبة تشبيه الدولة بالفرد، فالقانون الدولي له أشكال من الجزاءات خاصة به تطبق على كائنات سياسية ذات سيادة، وهي الدول.

ومن ثم نجد بأن المسؤولية الدولية الجنائية تقرر الفرد وحده عن الجرائم الدولية، فالشخص هو المحل الوحيد للمسؤولية الدولية الحية، "وهذا ما ذهب إليه العديد من شراح القانون الدولي"<sup>(2)</sup>.

(1) المرجع نفسه، ص 30.

(2) أحمد فوزي عبد المنعم، المسؤولية الدولية عن البحث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 51.

إن الفرد ليس مخاطباً بأحكام القانون الدولي، وليس شخصاً من أشخاصه، فلا يمكن مسأئلته دولياً حتى ولو كانت الأفعال التي أتى بها مخالفة لأحكام القانون الدولي، فجهة الإختصاص الوحيدة في محاكمة الأشخاص الطبيعيين هي القوانين الوطنية.

أما بالنسبة للتشريع العراقي قد أعتمد على نظام المسؤولية الدولية للجرائم الإرهابية وقد ذكر بعض صور الجرائم الإرهابية ومنها:

- تجريم العمل الإرهابي المرتبط بالتنظيمات غير المشروعة:

عرّف التنظيم بأنه: " كل مجموعة من الأفراد أو الزمر يلتقون حول أهداف معينة، ويسعون لتحقيقها من خلال نسق الحقوق والالتزامات أو الواجبات التي تربط بينهم"<sup>(1)</sup>. وينطبق هذا التعريف على أي تنظيم أيّاً كانت تسميته تبعاً للمصطلح المستخدم في كل من التشريعات الجنائية، فينطلق على ما يُسمّى "جمعية" أو منظمة، أو جماعة، أو عصابة<sup>(2)</sup>، أو عصابة... إلخ. ومن أبرز هذه الجرائم:

**1- جريمة إنشاء كيان أو تنظيم غير مشروع أو تأسيسه أو تنظيمه أو إدارته:**  
نصّت الفقرة (1) من المادة (204) من قانون العقوبات العراقي النافذ على هذه

(1) محمود صالح العادلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، ج2، السياسة الجنائية لمواجهة العنف الإرهابي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 101.

(2) المرجع نفسه، ص 102.

الجريمة بأنه: " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وبغرامة لا تزيد على ألف دينار: أ- كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار في العراق جمعية أو هيئة أو منظمة ترمي إلى ارتكاب الأفعال المذكورة في المواد (200) و(201) و(202). ب- كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار في العراق فرعاً لإحدى الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات المتقدم ذكرها ولو كان مقرها في الخارج. ج- كل أجنبي مقيم في العراق وكل عراقي ولو كان مقيماً في الخارج أنشأ أو أسس أو أدار فرعاً في الخارج لإحدى الجمعيات أو الهيئات أو المنظمات المتقدم ذكرها".

أ- الإنشاء: يُقصد بإنشاء التنظيم غير المشروع الدعوة إلى تكوينه بأية وسيلة، كالاتصال الشخصي بالأفراد العاديين أو مراسلتهم بالبريد العادي أو الإلكتروني، أو تسجيل ذلك على شرائط كاسيت أو أقراص مرنة وإذاعتها بين أفراد معينين، وتقع الجريمة بمجرد "الإنشاء وحده بغض النظر عن مصير التنظيم أو مصير علاقة الجاني بعد ذلك بالتنظيم، فلا يؤثر في قيام الجريمة انفصال الجاني عن التنظيم وابتعاده عنه، ما دام ثبت بحقه القيام أو المساهمة بإنشاء التنظيم"<sup>(1)</sup>.

ولا تهم الوسيلة التي على أساسها تم "الإنشاء" فقد تكون نتيجة علاقة وثيقة بين مجموعة من الأفراد تلاقت إرادتهم عن هذا الإنشاء، وقد تكون نتيجة الترويج

---

(1) أسامة محمد بدر، مواجهة الإرهاب، دراسة في التشريع المصري والمقارن، النسر الذهبي، القاهرة، 2000، ص 96-97.

لهذا الغرض عن طريق منشورات تم توزيعها على عامة الناس، ويستوي بعد ذلك أن يكون ذلك الترويج سرىاً أم على سبيل العلانية والاشهار<sup>(1)</sup>.

ويُعدّ مرتكباً لجريمة "إنشاء" أيضاً، من أعاد إلى الوجود أو أنشأ جمعية أو كياناً مما ورد في النص، بعد إنهاء الوجود السابق لتلك الجمعية أو ذلك الكيان عن طريق الحل أو غيره، سواء أكان قضائياً أم إدارياً<sup>(2)</sup>.

**ب- التأسيس:** ينصرف معنى التأسيس في اللغة إلى صنع قاعدة البناء التي يقام عليها، والأساس، أصل كل شيء ومبدؤه<sup>(3)</sup>.

فيُعدّ مرتكباً للسلوك المجرم بالنص كل من وضع الأصول العقائدية أو الفكرة للجمعية أو غيرها من الكيانات غير المشروعة، وذلك باعتبار أنّ العقائد والأفكار تمثل أصولاً معنوية لها. ويُعدّ مرتكباً لذلك السلوك أيضاً كل من رصد المال أو أقام البناء اللازم لظهورها في شكل كيان مادي، وذلك باعتبار أنّ المال والبناء أصولاً لا مادية لها.

وينصرف التأسيس إلى مرحلة لاحقة على الإنشاء، بوصفها مرحلة تكوين التنظيم المناهض للدولة، أو الشرعية، أو المجتمع، كوضع ملامحه الرئيسية

(1) إبراهيم عبد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1989، ص 62-63.

(2) محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 41.

(3) يراجع: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، باب الهمزة، الفعل (رأس)، ص 17

وتقسيمه إلى شعب، أو فروع، أو اعداد بأسماء أعضائه، أو تجديد وسائل تمويله، أو مكان اجتماعه، أو كيفية تزويده بالسلح، أو المهمات اللازمة لتحقيق أهدافه.

ويذهب البعض إلى أن التأسيس يُعدّ مرادفاً للإنشاء، في أنّ كلا منهما يعني إيجاداً لكيان لم يكن له وجود من قبل، وإن ذكر المشرع له كان القصد منه أن يأتي النص مانعاً جامعاً لكل صور السلوك الإجرامي الوارد بالنص، ذلك أن جوهرهما واحد ويعنيان قيام كيانات لم تكن موجودة من قبل، أو إيجادها مرة أخرى بعد زوالها.

في حين يذهب جانب من الفقه إلى أن التأسيس يُعدّ مرحلة لاحقة على الإنشاء، باعتبار الإنشاء هو مرحلة بناء فكري وعقائدي للتنظيم غير المشروع ومن ثم يكون التأسيس المرحلة الثانية للتنظيم المناهض للدولة أو الشرعية أو المجتمع بعد إدخاله في أطر مادية ملموسة - كما تمّ بيانه.

**ج- التنظيم:** التنظيم يدل على أن ذلك الكيان غير المشروع قد تأسس بالفعل، وأصبح له أعضاء وتوافر له المكان الذي يباشر نشاطه فيه، وأن لكل عضو نشاط محدد في ذلك الكيان، فضلاً عن الأدوات والوسائل اللازمة للقيام بذلك النشاط أو ممارسته.

والتنظيم في بعض الكيانات قد يكون محكماً ومحدداً، ولكنه لا ينفي قيام أحد الأعضاء بدور معيّن نيابة عن الآخر، فقد يحدد التنظيم قيام أحد الأعضاء

بمهمّة مراقبة الطريق المؤدي إلى مقرّ الجمعية أو المنظّمة وتأمين سلامة وصول بقيّة الأعضاء إلى ذلك المقر ويعطي - أي التنظيم - مهمّة الدعوة للانضمام لعضوية تلك الجمعية أو ذلك الكيان لفريق من الأعضاء فيما يكلف فريقاً آخر بالإشراف على الاجتماعات واللقاءات والندوات التي تعقدتها الجمعية لأعضائها.

وقد يكلف التنظيم فريق الأعضاء بطباعة منشورات أو مطبوعات تحتاجها المنظمة لتحقيق أغراضها، فيما يتم تكليف فريق آخر يتولى الاتصال بدول أو منظمات أجنبية أو بجماعات مماثلة في الداخل أو في الخارج، وسواءً أكانت تلك الجماعات سرّية أم غير سرّية من أجل التنسيق وتبادل المساعدات فيما بينها، وخاصة إذا كان هناك تقارب عقائدي أو تعبوي بينهما من حيث الأفكار والأهداف والوسائل، وقد يتّأسس التنظيم مع الإنشاء والتأسيس، وقد يتخلف عنهما زمنياً، بل قد لا يكون الكيان غير المشروع في حاجة إلى التنظيم، كما لو تم تشكيله من مجموعة أفراد محدودة العدد، بما لا يسمح بتنظيمهم في فروع، أو أقسام، أو جماعات أو أية مسمّيات أخرى.

د-الإدارة: المقصود بإدارة التنظيم غير المشروع، تسيير العمل التنفيذي وتوجيهه والإشراف عليه على نحو تتحقق فيه أهداف ذلك التنظيم، وتنفيذ به السياسات التي ترسمها لها قيادته العليا. مثل القيام بنقل التوجيهات من القيادات العليا في التنظيم والعمل على تنفيذ التعليمات الصادرة منها. وذلك كله يفترض أن القائم بأعمال الإدارة في التنظيم له دور رئيسي في تسيير أعماله يفوق دور

العضو العادي. لذلك فالقائم بأعمال الإدارة يتحمل مسؤولية هذه الأنشطة في حالة تعدد الأعضاء الموجودين في التنظيم من حيث النيابة عن الأعضاء وعن التنظيم في التمثيل والتعبير عن الإرادة.

وإذ يشترط النص لانطباقه أن يكون الإنشاء أو التأسيس أو التنظيم أو الإدارة قد جرى على خلاف أحكام القانون، فإن ذلك يعني بالنسبة إلى الإنشاء والتأسيس أن يتم ذلك دون الحصول على الترخيص، أو الإجازة، أو الموافقة اللازمة وفقاً للقانون على إنشاء، أو تأسيس ذلك الكيان. أما إذا حصل الإنشاء أو التأسيس وفقاً لأحكام القانون، ومن ثم انحرف القائمون على إدارة أو تنظيم ذلك الكيان عن الغرض الذي تم إنشاؤه على أساسه، فيسألون حينئذٍ عن تنظيم أو إدارة كيان مشروع بالمخالفة لأحكام القانون ويكون تطبيق النص في هذه الحالة له ما يبرره<sup>(1)</sup>.

وتضمّ هذه المسؤولية كل جانٍ قام بإدارة ذلك الكيان أو تنظيمه، على خلاف أحكام القانون، سواءً أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً، دون غيره من الأعضاء الذين دخلوا في عضوية ذلك الكيان، باعتباره كافياً قائماً وفقاً لأحكام القانون.

أما عندما تقرر السلطة الإدارية، أو القضائية حل كيان معين لسبب من الأسباب، فيفقد عندئذٍ شرعيته، فإن استمر كل أعضائه أو بعضهم، أو عاودوا

(1) نور الدين هنداوي، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة الإرهاب، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1993، ص 39.

إنشائه أو تأسيسه بعد حله، فيكون إنشأؤه وتأسيسه وتنظيمه وإدارته قد جاء على خلاف أحكام القانون، مما يعني خضوع أعضائه كافة للمسؤولية الجنائية وفقاً للنص.

## المطلب الثاني

### الاتجاه المؤيد للمسؤولية الدولية عن الجرائم الدولية

إن هذا الاتجاه يمثل غالبية الفقه القانوني الدولي، وهو يسلم بفكرة المسؤولية الجنائية الدولية كصورة جديدة للمسؤولية في نظام القانون الدولي، حيث إن القانون يذهب إلى أبعد من مجرد إصلاح الضرر الناتج عن مخالفة قواعده فيقرر المسؤولية الجنائية للأفراد عن الأفعال التي تمثل انتهاكا جسيماً للقيم والمصالح العليا للمجتمع الدولي<sup>(1)</sup>.

وقد انقسم أصحاب هذا الاتجاه فيما يتعلق بتحمل تبعة المسؤولية الجنائية الدولية هل هو الشخص الطبيعي أم الدولة، فظهرت ثلاثة اتجاهات.

**الاتجاه الأول:** ويرى أنصاره أن الدولة هي الشخص الوحيد الذي يرتكب جريمة دولية، لأن القانون الدولي لا يخاطب إلا الدول، وجرائمه لا يرتكبها إلا الدول المخاطبون بأحكامه، فإذا ما قامت الدولة بانتهاك تلك الأحكام قامت المسؤولية الجنائية تجاهها، أما الفرد فهو ليس من أشخاص القانون الدولي، ولا

(1) إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 121.

يتمتع بالشخصية الدولية، ومن ثم لا يتصور وجود مسؤولية دولية عن أفعاله حتى في الحالات التي يرتكب فيها الفرد عملا غير مشروع طبقا للقانون الدولي، فإن الدولة هي وحدها المسؤولة عن هذا الفعل، ولها بعد ذلك أن تقوم بتوقيع العقوبة الجنائية المناسبة على الفرد من خلال نظامها القانوني الداخلي، كما أن فكرة السيادة لا تتعارض مع تقرير المسؤولية الجنائية للدولة فإن الأفعال غير المشروعة للدولة والتي تضر بالصالح العام للمجتمع الدولي تعتبر جرائم دولية يجب العقاب عليها، كما أن إرادة الدولة هي إرادة مستقلة عن إرادة الأفراد المكونين لها، وتلك الإرادة هي التي تخاطب قواعد القانون الدولي، أما الأفراد فما هم إلا أدوات للتعبير عن تلك الإرادة وأعمالهم وتصرفاتهم تنسب إلى الدولة، وبناء عليه فإنه يمكن أن يكون للدولة إرادة إجرامية تتحمل المسؤولية الجنائية عليها.

وفي تقديرنا أن قصر المسؤولية الجنائية على الدولة وحدها يؤدي إلى إفلات الجناة "الأفراد الطبيعيين" من العقاب الأمر الذي تأباه مبادئ العدالة، لذلك فإننا نرى بأن هذا الرأي قد جانبه الصواب

**الإتجاه الثاني:** ويرى أنصار هذا الإتجاه أن المسؤولية الجزائية يجب أن تقتصر على الأفراد الطبيعيين دون الدولة، أما الدولة فتتحمّل المسؤولية المالية المدنية " فمسؤولية الدولة مسؤولية مدنية فحسب، فالدولة هي عبارة عن حيلة قانونية، وهي لا تستطيع أن تفعل شيئا بوصفها هذا وبما أنها لا تستطيع أن ترتكب جريمة فإنها لا تستطيع للسبب ذاته أن تدافع عن نفسها.

فالدولة المجرمة شيء لا يمكن تصويره، وعلى العكس من ذلك يمكن تصور الحكومة حقيقة قانونية وقد أخذت محكمة نورمبرج بهذا الاتجاه حيث أشارت في حكمها إلى أن الأشخاص الطبيعيين وحدهم هم الذين يرتكبون الجرائم وليست الكيانات النظرية، ولا يمكن كفالة تنفيذ واحترام نصوص القانون الدولي إلا بعقاب الأفراد الطبيعيين المرتكبين لهذه الجرائم ."

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه لم يأخذ في الاعتبار مكانة الفرد في التنظيم القانوني الدولي، حيث لم يتم الاعتراف بالفرد إلا على سبيل الاستثناء وفي بعض الحالات التي يخاطب فيها القانون الدولي الفرد مباشرة، في حين أن الدولة وحدها هي التي تتمتع بالشخصية الكاملة في القانون الدولي، وبالتالي فإنه من غير المقبول التسليم بفكرة تحمل الأشخاص الطبيعيين وحدهم فكرة المسؤولية الجزائية الدولية.

**الاتجاه الثالث:** يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تقرير المسؤولية الجزائية المزدوجة للدولة والفرد معاً، والدولة باعتبارها مخاطبة بأحكام القانون الدولي الواجب عليها احترامها، تتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة على فعلها الإجرامي، والفرد باعتباره مثلاً عن الدولة، ويتصرف باسمها ولحسابها يتعين محاسبته جزائياً نظراً لخطورته الإجرامية، فالدولة كشخص معنوي توقع عليها عقوبات تتوافق مع طبيعتها كالحصار البحري، والمقاطعة الاقتصادية والحجز على السفن، والفرد كشخص طبيعي توقع عليه عقوبات كالإعدام والسجن.

ويؤخذ على هذا الاتجاه أن العقوبات التي توقع على الدولة ليست في حقيقتها عقوبات جنائية، كما أنه لا يتماشى مع المبادئ العامة للقانون الجنائي القول بعقوبة شخصين عن جريمة واحدة لا تربط بينهما رابطة المساهمة، فالشخص المعنوي " الدولة " هو حيلة قانونية والمعبر الحقيقي عن إرادته هو الشخص الطبيعي، وبالتالي فإن الأخير هو الذي يجب أن يكون محلاً للمساءلة الجزائية خصوصاً وأنهم هم المصدر الحقيقي للفعل الإجرامي.

ومما تقدم يمكن القول بأن الدولة تتحمل المسؤولية المدنية المتمثلة في إصلاح الضرر الناتج عن الجرائم الدولية، كما تتحمل العقوبات الجزائية متمثلة في وسائل القصر طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة في حالة عدم امتثالها لقواعد القانون الدولي العام، كما يتحمل الفرد الطبيعي المسؤولية الجنائية جراء فعله الإجرامي ويتحمل العقوبات الجنائية المتمثلة في الإعدام أو السجن أو غيرها.

أما بالنسبة للتشريع اللبناني فتم بناء المسؤولية الدولية للتجريم بناءً على عدة نقاط:

أولاً: جريمة تأليف جمعية الأشرار.

يُقصد بجمعيات الأشرار مجموعة من المجرمين الذين يعيشون من جرائمهم واعتداءاتهم الواقعة على الأشخاص وعلى الممتلكات العامة والخاصة، الذين يزرعون الإرهاب ويقتمون المنازل ويقتلون السكان الأبرياء ويسلبون المساجد

والكنائس والمدارس والبيوت، ويحرقون المزارع بعد الاستيلاء على محاصيلها، وغيرها من الجرائم الشائنة التي تثير الاشمئزاز.

إنّ جمعيات الأشرار وعصاباتهم لا تشكّل مساساً بالأمن الداخلي للدولة فحسب، بل تشكّل بحدّ ذاتها اعتداءً على السلامة الاجتماعية العامة. لذلك، عمد المشرّع اللبناني إلى تجريم هذه الجمعيات بمجرد تأليفها لأهداف جرمية، من دون إقدامها بالضرورة على ارتكاب فعل جرمي، كما هي الحال في المادة (335) من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943.

وقد نصّت المادة المذكورة أعلاه على الآتي: " إذا أقدم شخصان أو أكثر على تأليف جمعية أو إجراء اتفاق خطّي أو شفهي بقصد ارتكاب الجنايات على الناس أو الأموال أو النيل من سلطة الدولة أو هيبتها أو التعرّض لمؤسساتها المدنية والعسكرية أو المالية أو الاقتصادية يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة ولا تنقص هذه العقوبة عن عشر سنوات إذا كانت غاية المجرمين الاعتداء على حياة الغير أو حياة الموظفين في المؤسسات والإدارات العامة. غير أنّه يعفى من العقوبة من باح بأمر الجمعية أو الاتفاق وأفضى بما لديه من معلومات عن سائر المجرمين".

كما نصّت المادة (336) منه، على الآتي: " كل جماعة من ثلاثة أشخاص أو أكثر يسيرون في الطرق العامة والأرياف عصابات مسلّحة بقصد سلب مادة والتعدّي على الأشخاص أو الأموال أو ارتكاب أي عمل آخر من أعمال اللصوصية يستحقون الأشغال الشاقة المؤبدّة المؤقتة مدة أقلها سبع سنوات

ويقضى عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة إذا اقترفوا أحد الأفعال السابق ذكرها، ويستوجب عقوبة الإعدام من أقدم منهم تنفيذاً للجناية عن القتل أو حاوله أو أنزل بالمجني عليهم التعذيب والأعمال البربرية".

كما تحدّث المشرّع اللبناني على الاشتراك أو الانضمام إلى مثل هذه الجمعيات غير المشروعية في المادة (335) من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943، والتي نصّت على الآتي: "إذا أقدم شخصان أو أكثر على تأليف جمعية أو إجراء اتفاق خطّي أو شفهي بقصد ارتكاب الجنايات. ....".

وهذه الجريمة تفترض قيام التنظيم، ووجوده، سواءً أكان بالإنشاء أم التأسيس أم التنظيم أم الإدارة، قبل انضمام الشخص أو مشاركته في أعمال ذلك التنظيم، ومن ثم فإن وجود التنظيم غير المشروع يعتبر ركناً مفترضاً في قيام هذه الجريمة. من خلال قراءة نص المادة المذكورة آنفاً، يتضح لنا أن الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق في صورتين هما: الانضمام والمشاركة. فالانضمام إلى تنظيم أو كيان غير مشروع يعني تلاقي إرادة شخص أجنبي عن التنظيم مع إرادة الأعضاء في التنظيم، أو إرادة من يمثلونهم من القائمين على شؤون التنظيم، على انخراط هذا الشخص وقبوله ضمن صفوف التنظيم، ولا يتحقق الانضمام بمجرد ابداء هذا الشخص أو غيره رغبته في الانضمام إلى عضوية التنظيم، بل يتعين أن يصادف هذا "الإيجاب" "قبولاً" ممن له سلطة الموافقة على الانضمام.

كما قد يتحقق الانضمام بسعي التنظيم ممثلاً في أحد أعضائه إلى ذلك الشخص عارضاً عليه العضوية في التنظيم ومن ثم يلاقي ذلك العرض قبولاً منه.

ويتحقق الانضمام، سواءً أكان الطلب صريحاً أم ضمنياً، وسواءً أكان شفاهةً أم كتابةً، وسواءً أن يتم تقديم الطلب إلى قائد أو زعيم أو مدير التنظيم، أو إلى أي شخص آخر عضواً فيه، هذا من جانب. ومن جانب آخر، يستوي أن يكون قبول التنظيم لطلب الانضمام صريحاً أم ضمنياً، شفاهةً أم كتابةً أيضاً، فقد يقوم التنظيم بتكليف الشخص الراغب في الانضمام إلى بعض الأعمال الداخلة في مخططات التنظيم وغير ذلك من الأمور التي يمكن اعتبارها قبولاً ضمنياً للدخول في عضوية التنظيم.

والعبرة في الانضمام بواقع الحال، فقد ينخرط الشخص في التنظيم ويقوم بأداء بعض أعماله دون طلب، مع إقرار التنظيم لذلك الأداء دون اعتراض، فذلك يُعدّ انضماماً للتنظيم، فالطلب يُعتبر مجرد إجراء شكلياً لا يرتب بذاته الانضمام أو الدخول في عضوية التنظيم، وذلك ما لم يتمخض عنه عمل مادي ملموس يصادف رضاً أو قبولاً صريحاً أو ضمنياً من ذلك التنظيم<sup>(1)</sup>.

(1) محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،

1994، ص 131.

## ثانياً: جريمة السعي أو التخابر لدى دولة أجنبية أو جهة أجنبية لتحقيق أغراض إرهابية.

لقد نصّت المادة (283) من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943 على أن: " من كان في حيازته بعض الوثائق أو المعلومات كالتي ذكرت في المادة (281) فأبلغه أو أفشاه دون سبب مشروع عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين. ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة خمس سنوات على الأقل إذا أبلغ ذلك لمنفعة دولة أجنبية، إذا كان المجرم يحتفظ بما ذكر من المعلومات والأشياء بصفة كونه موظفاً أو عاملاً أو مستخدماً في الدولة فعقوبته الاعتقال المؤقت في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى والأشغال الشاقة المؤبدة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، إذا لم يؤخذ على أحد الأشخاص السابق ذكرهم إلا خطأ غير مقصود كانت العقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين"<sup>(1)</sup>.

ويقصد بالإبلاغ أن يتمّ إيصال الأسرار إلى الغير بأية وسيلة كانت، كالاتصال أو الإرسال أو التسليم. أمّا الإفشاء، فهو البوح بالسر الخفي أو نشره أو إذاعته أو كشفه ليصل إلى علم الغير ممّن لا

<sup>(1)</sup> وقد نصّت المادة (281) من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943 على أن: " من دخل أو حاول الدخول إلى مكان محظور، قصد الحصول على أشياء أو وثائق أو معلومات يجب أن تبقى مكتومة حرصاً على سلامة الدولة عوقب بالحبس سنة على الأقل وإذا سعى بقصد التجسس فبالأشغال الشاقة المؤقتة".

يجوز له الاطلاع عليه. ويجب أن يحصل الإبلاغ والإفشاء للأسرار من دون سبب مشروع.

ويعود تقدير السبب المشروع للمحكمة الناظرة بالقضية بالاستناد إلى توجيهات وقرارات السلطة المختصة. فإذا قام أحد الأشخاص الذين يحوزون بعض الوثائق أو المعلومات السرية، بالإبلاغ أو الإفشاء بأمر مشروع من السلطة المختصة، لا يكون قد اقترف جريمة التجسس المنصوص عليها في المادة (283) عقوبات لانتفاء السبب غير المشروع. ومن الأمثلة على ذلك الإبلاغ عن قيام الوحدات العسكرية بمناورات لمنع وقوع الذعر لدى أبناء المنطقة المجاورة، حتى لو وصل ذلك الخبر إلى جيش العدو بواسطة أحد عملائه<sup>(1)</sup>.

وقد فرّقت المادة (282) من قانون العقوبات اللبناني النافذ، بين الأفعال الجرمية التي يرتكبها الأشخاص العاديون وبين تلك التي يرتكبها الموظفون أو العمال أو المستخدمون في الدولة. فإذا قام الشخص العادي غير الموظف أو العامل أو المستخدم في الدولة بإبلاغ أو إفشاء الأسرار التي في حوزته من دون سبب مشروع، عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين، وإذا كان الإبلاغ أو الإفشاء لمنفعة دولة أجنبية عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، سواءً أكان الفاعل وطنياً أم

(1) نادر عبد العزيز شافي، جرائم التجسس، مجلة الجيش اللبناني، العددان (230) و(231)،

آب/أغسطس، 2004، على الموقع الإلكتروني

الآتي: <https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/>

أجانبياً، ولا فرق إذا ارتكب الفعل الجرمي داخل الأراضي اللبنانية أو خارجها، وفي زمن السلم أو في زمن الحرب.

أمّا إذا قام بهذه الأفعال موظف أو عامل أو مستخدم في الدولة، فالعقوبة تصبح الاعتقال المؤقت إذا لم يكن قد حصل لمنفعة دولة أجنبية، والأشغال الشاقة المؤبدة إذا حصل لمنفعة دولة أجنبية. والموظف أو العامل أو المستخدم هو من يقوم بخدمة عامة في أحد مرافق الدولة، سواء كان ذلك بصورة دائمة أم مؤقتة. وإذا ارتكب الفعل الجرمي بالإفشاء أو الإبلاغ نتيجة خطأ غير مقصود ناجم عن إهمال أو قلة احتراز ومن دون قصد، تصبح العقوبة الحبس من شهرين الى سنتين.

وتجدر الإشارة إلى أنّ جرائم التجسس هي من صلاحية القضاء العسكري وفقاً للفقرة (2) من المادة (24) من قانون القضاء العسكري اللبناني رقم (24) لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم (306) لسنة 2001.

## المبحث الثاني

### أساس المسؤولية الدولية

يتكون النظام القانوني الدولي من مجموعة من القواعد القانونية والمبادئ، التي تحدد حقوق وواجبات الدول، وتنظم سلوكها.

وتلتزم كل دولة باحترام هذه القواعد والسير على مقتضياتها، ويترتب على الإخلال بأحد هذه الإلتزامات أو عدم تنفيذها من قبل أحد الدول بطريقة تؤدي إلى الإضرار بدولة أو بدول أخرى، تحريك قواعد المسؤولية الدولية للدولة المخالفة والالتزامات بتعويض الضرر الذي يقع منها.

### المطلب الأول

#### مخالفة الدولة لإلتزاماتها الدولية

أجمعت أغلب الدول على ضرورة تجريم الإرهاب وعض النظر عن محاولة تعريفه، وبذلك صنفت أعمال إجرامية بأنها إرهاب دولي.

إعتبرت الأمم المتحدة في مؤتمر دولي إنعقد سنة 1975 والذي أشار إلى مدى خطورة إرهاب الدولة والجريمة الإرهابية كونه أكثر الأعمال الإرهابية خطورة على الإطلاق وفي عام 1980 عقد في كراكاس بجنزويلا المؤتمر الدولي السادس للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين من 25 إلى 05 سبتمبر 1980.

وقد إهتمت الدراسات بمسألة تعسف السلطة كنوع من إرهاب الدولة والجرائم والمجرمين فوق القانون<sup>(1)</sup> وأجمع الفقه على ضرورة تجريم تعسف الدولة عموماً بنصوص واضحة بإعتبارها تصرفات مضادة للمجتمع قابلة للعقاب، وهذا التعسف قد يكون من السلطة السياسية أو الإدارية أو الإقتصادية بإستعمال وسائل غير مشروعة، وهو إرهاب الدولة كما كان الحال عليه في عهد روبيسبير، فالإعتداء الصارخ على حقوق الإنسان لم يعد أمراً مقبولاً في ظل الأعراف والمواثيق الدولية المتطورة، كما أنه هناك نوع آخر من إرهاب الدولة، وهو قيامها بعمل إرهابي خارج حدودها كغارة على هدف معين يتمثل في الترويع والتخويف لإجبار الآخرين على إتخاذ موقف معين ويسمى بالإرهاب الغير المباشر.

ويتمثل هذا الارهاب في تنشيط ومساعدة الدولة لعناصر أو مجموعات إرهابية قد تعمل لحسابها الخاص

أو لحساب دولة أخرى وعلى إثر ذلك إهتم المجتمع الدولي بهذا النوع من الإرهاب إذ جاء في مشروع تقنين الجرائم ضد السلام وأمن البشرية المقدم إلى الأمم المتحدة سنة 1954، ونصت الفقرة السادسة من مادته الثانية على أنه تكون الأفعال جرائم ضد السلام وأمن البشرية مباشرة أو بتشجيع من سلطات الدولة للنشاطات الإرهابية في دولة أخرى أو سماح سلطات الدولة لنشاطات

(1) محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب في القانون الجنائي على المستويين الوطني والدولي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1987، ص 540.

منظمة بقصد ارتكاب الأعمال الإرهابية في دولة أخرى، وبعدها إنعقد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية المنعقد في ستوكهولم في الفترة الممتدة ما بين 05 إلى 16 تموز 1972 إذ إزداد توجه المجتمع الدولي نحو قيام المسؤولية الدولية الجنائية عن الجرائم التي تقوم بها، ولقد نادى الفقه الدولي الحديث بعد نهاية الحرب العالمية الثانية بضرورة توقيع عقوبات دولية على الدول التي ترتكب المخالفات الدولية، إلا أنه وقع إختلاف بين الفقه حول نسب المسؤولية الجنائية للدولة، فهناك من يرفضها كونها تقتزن بالقصد وأنه من الصعب إيجاد قصد للدولة كونها شخص معنوي، ومن جهة أخرى رأي يأخذ بفكرة المسؤولية الجنائية للدولة والقصد الجنائي، ويرى الأستاذ مصطفى أحمد فؤاد أنه "يمكن إسناد المسؤولية الجنائية والقصد الجنائي للدولة أما عن العقوبات فينبغي قصرها فقط، على الأشخاص المسؤولة عنها دون الدولة ذاتها"<sup>(1)</sup>.

وبهذا أصبحت المسؤولية الجنائية للدولة عن أعمال الإرهاب التي تقوم بها شيء مسلم به، ولكن لكي تتحقق هذه المسؤولية الدولية لابد من توافر شروط وهي:

1. الفعل غير مشروع: وهنا يشترط قيام الدولة بعمل غير مشروع دولياً، ويفرق الفقه هنا بين نقطتين الأولى قيام الدولة بعمل غير مشروع بناء على

(1) سيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر

خطأ أساسه الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه،  
والثانية قد يكون عمدا (القصد العام أو الخاص).

2. الضرر: ويشترط في الضرر أن يكون جديا أي يكون إنتهاك فعليا  
لأحكام القانون الدولي الجنائي<sup>(1)</sup>.

3. لعلاقة السببية: وهي الرابطة السببية بين الفعل الضار والنتيجة الإجرامية  
المنصوص عليها في القانون الدولي الجنائي.

بالتالي فإن الإرهاب الذي تمارسه الدولة أو تدعمه رسميا، يحقق كل أركان  
الجريمة الدولية وبالتبعية عنها تطبق أحكام المسؤولية الدولية الجنائية بشكل  
عام، إلا أنه يخرج عن إطار المسؤولية الدولية بعض الحالات وفقا لأحكام  
القانون الدولي المعاصر وهي:

- حالة الدفاع عن النفس والإجراءات الوقائية.
- بتحويل من الجهاز الخاص من الأمم المتحدة.
- النضال من أجل تحرير الوطن وحق تقرير المصير.

(1) ثامر إبراهيم الجهماني، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي، دار الكتاب العربي، الجزائر  
ودار حوران سورية، طبعة 2002 ، ص 137

الأخلاق الدولية وقديسية المعاهدات، والذي وافقت ألمانيا على محاكمته أمام محكمة دولية<sup>(1)</sup> ولقد

تقررت المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم الدولية في لائحة المحاكم العسكرية لمحاكمة كبار

مجرمي الحرب) نورمبرج وطوكيو (وذلك من مادتها السادسة إلى الثامنة، ولقد أكد في المؤتمر الثالث والعشرين للاتحاد البرلماني الدولي الذي عقد بواشنطن 1925، هذا النوع من المسؤولية حينما قرر أنه إلى جانب مسؤولية الدولة المعتدية وهيئاتها العامة، فإنه يوجد أيضا المسؤولية الجنائية للأفراد العاديين حيث يعتبرون مسؤولين عن الجرائم التي ترتكب ضد النظام العام الدولي ولقد أكدت بعض الإتفاقيات الدولية هذا النوع من المسؤولية الدولية، من ذلك إتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية أو اذا ما ارتكب أحد رؤساء الدول أو المسؤولين السياسيين فيها إحدى الجرائم الإرهابية فإنه يمكن تحريك دعوى المسؤولية إزاء هذا الشخص ويترتب على ذلك توقيع الأحكام والعقوبات الدولية كآثار للمسؤولية الدولية.

وتثور فكرة المسؤولية على الصعيد الدولي عن الجرائم الإرهابية بشكل عام وخاصة أعمال العنف والأعمال الغير مشروعة، من خلال اخلال الدولة

(1) عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد عن الجريمة الدولية، دار. المطبوعات الجامعية،

بالتزاماتها، وتكون هذه الإلتزمات قد نشأت أما عن طريق إلتزمات تعاقدية أو تعاهدية أو عن طريق التزامات خارج نطاق الإتفاقيات الدولية.

**أولاً: إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية المتعلقة بقمع ومنع الجريمة الإرهابية.**

يترتب على انضمام دولة إلى اتفاقية دولية التزامها بالأحكام والقواعد الواردة فيها، وضرورة تنفيذها بحسن نية، ويترتب على الإخلال بهذه القواعد تحريك مسؤوليتها الدولية.

ولاتخرج الإلتزمات الدولية والإتفاقية بمكافحة الإرهاب والجريمة الإرهابية وقمعها عن الإطار العام، فانضمام دولة إلى الإتفاقية الخاصة بقمع الإستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة في لاهاي 16 ديسمبر 1970 مثلا، يؤدي إلى التزامها بتجريم هذه الأفعال في تشريعها الوطني، والعقاب عليها بعقوبات رادعة، وإتخاذ التدابير الضرورية لتأسيس اختصاص سلطتها بالنظر في هذه الجرائم في حالة وجود الفاعل فوق اقليمها، أو عندما لاتقوم بتسليمه إلى أي من الدول المشار إليها في الإتفاقية، واتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقية في مواجهة الخاطف، وإعادة السيطرة على الطائرة وحمولتها بدون تأخير لمن لهم الحق في حيازتها<sup>(1)</sup>.

(1) أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، طبعة ثانية، باريس، 2002، ص 231.

وكذلك تلتزم الدولة باعتبار جريمة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات احدى الجرائم القابلة لتطبيق الشروط إعمال المسؤولية الدولية فيها التي تتضمنها معاهدة تسليم مبرمة بين الدول المتعاقدة.

والإخلال بالتزامات السابقة يترتب مسؤولية الدولة، ويعرضها للجزاء الدولية التي قد توقعها الدول الأخرى المتعاقدة عليها لاخلالها بتنفيذ هذه الإلتزامات.

كما تلتزم الدولة المخالفة بدفع التعويضات المناسبة للدول الأخرى أو لرعاياها إذا ترتب على تقاعسها عن تنفيذ التزاماتها حدوث اضرار لتلك الدول أو رعاياها<sup>1</sup>.

ثانياً: المسؤولية الدولية عن الأعمال الإرهابية خارج إطار الاتفاقيات الدولية.

إذا كان تحريك المسؤولية الدولية في حال مخالفة الإلتزامات الدولية التعاقدية المتعلقة بمنع وقمع الارهاب لا تثير أية مشكلة، فإن الامر على خلاف ذلك في حالة غياب نصوص اتفاقية بهذا الخصوص

وهذا يدفعنا إلى التساؤل: هل تخضع الدولة للالتزام دولي عام بمنع وتجريم ومعاينة الأعمال الإرهابية خارج نطاق إطار القانون الدولي الإتفاقي؟

(1) المرجع نفسه، ص 232.

هناك مبادئ والتزامات عامة في القانون الدولي تفرض على الدولة احترام سيادة واستقلال وسلامة أراضي الدول الأخرى، كما تحظر عليها استخدام اقليمها أو السماح باستخدامه للإضرار بالدول الأخرى.

واستنادا الى هذا المبدأ العام، يمكن القول إن كل دولة تلتزم قانونا بعدم اللجوء إلى أعمال الإرهاب الموجه ضد أمن وسلامة واستقرار واستقلال الدول الأخرى، كما تلتزم بعدم مساعدة أو تشجيع أو تحريض الجماعات الإرهابية على ارتكاب مثل هذه الأعمال، أو السماح باستخدام أقاليمها للاعداد للعمليات الإرهابية أو التحضير لها أو لإيواء الإرهابيين أو منحهم حق الملجأ في إقليمها. وهذا المبدأ العام له وجهان:

- 1- وجه سلبي: يتمثل في التزام الدولة بالامتناع عن التحريض أو التشجيع على الأعمال الإرهابية الموجهة ضد دولة أخرى.
- 2- وجه ايجابي: يتضمن التزام الدولة باتخاذ كافة التدابير والاجراءات الازمة لمنع استخدام اقليمها للاعداد أو التحضير لأعمال إرهابية ترتكب ضد دولة أخرى.

ولقد تاكد هذا الإلتزام في مشروع تعنتين الجرائم الدولية الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي في 28 يوليو 1954 حيث نصت المادة الثانية من المشروع على أنه تعتبر جريمة ضد أمن وسلامة البشرية قيام سلطات الدولة بمباشرة

وتشجيع الأنشطة الإرهابية ضد دولة أخرى، أو قيامها بالتسامح تجاه الأنشطة الإرهابية التي تهدف إلى ارتكاب أفعال إرهابية في دولة أخرى.

ونجد نفس المعنى في الاعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 24 أكتوبر 1970 والمتعلق بمبادئ القانون الدولي التي تمس العلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقا لميثاق الأمم لمتحدة، فقد أكد الأعلان على واجب كل دولة بالإمتناع عن تنظيم أو تشجيع أعمال الحرب المدنية أو الأعمال الإرهابية على إقليم دولة أخرى، أو تقديم المساعدة لها أو الإشتراك فيها أو السماح على اقليمها بأنشطة إرهابية تهدف إلى ارتكاب هذه الأفعال.

مما تقدم يتضح أن الدول حتى في حال غياب نص خاص بمنع أو قمع الجريمة الإرهابية، تتحمل بالإلزام دولي عام يفرض عليها عدم القيام بأية أنشطة إرهابية موجهة ضد دول أخرى، وعدم السماح باستخدام اقليمها لارتكاب مثل هذه الأعمال، أو التحضير أو الأعداد لها، وعدم المساعدة أو التشجيع أو التحريض على ارتكابها.

كذلك تلتزم الدولة باتخاذ كافة التدابير والإجراءات الأمنية وغيرها لمنع الأفراد أو المجموعات من إستخدام اقليمها لارتكاب الجرائم الإرهابية الموجهة ضد الدول الأخرى أو رعاياها ومن خلال الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية، والقرارات التي وافقت عليها المنظمات الدولية، والإتفاقيات العامة والخاصة التي أبرمتها الدول، والتشريعات الوطنية التي وضعت خصيصا لهذا الغرض يمكن استخلاص بعض الإجراءات والتدابير الواجب اتخاذها من قبل الدول للوفاء

بالتزاماتها الدولية بمكافحة أعمال الإرهاب، وتتلخص التدابير التي يمكن من خلالها وضع الإلتزام موضع التنفيذ فيما يلي:

1- وجود تشريع وطني ملائم يجرم الافعال الإرهابية التي ترتكب داخل اقليم الدولة أو خارجها.

2- إحكام الرقابة على المنظمات والجماعات التي تشتهر بلجوتها إلى العنف والإرهاب.

3- وجود أجهزة قضائية وأمنية قادرة على تطبيق التشريعات المتعلقة بمكافحة الإرهاب وضبط ومحاكمة الإرهابيين.

4- احكام الرقابة على استخدام الأسلحة والمتفجرات أو تداولها على نحو يمنع وصولها إلى الإرهابيين أو المنظمات الإرهابية.

5- تبادل المعلومات مع الدول والمنظمات الدولية المعنية بمكافحة الإرهاب.

6- تشديد اجراءات الأمن في المطارات والموانئ ومنافذ الحدود بطريقة تحد أو تمنع من إنتقال الأسلحة والمتفجرات من دولة إلى أخرى، او تسرب المجموعات الإرهابية.

7- الامتناع عن الاشتراك أو المساعدة أو التشجيع أو التحريض على ارتكاب أعمال الإرهاب في دول أخرى.

8- حظر استخدام اقليم الدولة الوطني كملاد للإرهابيين، ومكانا للاعداد أو التحضير، أو لتوجيه الأنشطة الإرهابية ضد دولة أخرى.

9- تسلم مرتكبي الافعال الإرهابية الذين يتواجدون في إقليم الدولة إلى التي تطلب ذلك، أو إحالتهم إلى سلطاتها المختصة لمحاكمتهم عن الجرائم الإرهابية التي إرتكبوها.

10- إزالة الصفة السياسية عن الجرائم الإرهابية خاصة تلك التي ترتكب بوسائل عنيفة، أو بدون تمييز أو توجه ضد الأبرياء.

### المطلب الثاني

## إعتبار الأعمال الإرهابية تهديدا للسلم والأمن الدوليين وخرقاً

### لمبادئ حقوق الإنسان

إن وصف الأعمال الإرهابية بكونها تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين يتطلب تدخل مجلس الأمن باعتباره الجهاز التنفيذي الرئيسي للأمم المتحدة، وإن من يقوم بوصف تلك الأعمال بأنها تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين هو مجلس الأمن نفسه استنادا إلى صلاحياته وفق أحكام المادة (39) من الميثاق<sup>(1)</sup>.

(1) تص المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة على يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو اخلال به أو كان ما وقع علا من أعمال العدوان - ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير ليق الأحكام المادتين (41 - 42) لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه.

فإذا ما وصفت الأعمال الصادرة من أي دولة على انها تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين يتطلب على مجلس الأمن التدخل وفق أحكام المادة (41) أو (42) من الميثاق<sup>(1)</sup>. وبموجب هذه المادة فالمجلس الأمن أن يتخذ نوعين من التدابير منها ما لا يتطلب استخدام القوة العسكرية، ومنها ما يتطلب استخدام القوة العسكرية.

فيما يخص النوع الأول من التدابير الواردة في المادة (41) من الميثاق فقد استخدمها المجلس ضد كل من ليبيا، (بخصوص قضية لوكيربي<sup>(2)</sup>)، والسودان

(1) تنص المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة على الآتي: لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته - وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير - ويجوز أن يكون من بينها وقت الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبرية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيا أو كليا وقطع العلاقات الدبلوماسية. أما المادة (42) تنص على: إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة (41) لا تفي بالقرش أزشى أنها لم تقبه - جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لأعادته إلى نصابه، ويجوز أن نتناول هذه الأعمال المظاهرات والحر والعملات الأخرى بطرق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة".

(2) قرار مجلس الأمن المرقم (731) الصادر بتاريخ 21 كانون الثاني 1992 - والقرار (78) الصادر بتاريخ 31 آذار 1992 - والقرار (833) الصادر بتاريخ 11 تشرين الثاني 1993

في قضية محاولة اغتيال الرئيس المصري في أثيوبيا<sup>(1)</sup> ، وأفغانستان  
ضد حركة طالبان<sup>(2)</sup>.

أما النوع الآخر من التدابير التي يتطلب استخدام القوة العسكرية بموجب  
المادة (4) من الميثاق، فقد أصدر المجلس القرارات الخاصة بهذا الجانب بعد  
أحداث 11 أيلول 2001، والتي اعتبرت الأعمال الإرهابية التي ارتكبت في  
الولايات المتحدة الأمريكية تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، فضلا عن تأكيدها  
على حق الدول في الدفاع عن نفسها بموجب المادة (51) من الميثاق تجاه تلك  
الأعمال الإرهابية، وأن الولايات المتحدة الأمريكية استخدمت هذا الحق باستخدام  
القوة من تلقاء نفسها دون أن تنتظر ترخيصية من مجلس الامن وفي هذا الجانب

- والقرار (1992) الصادر بتاريخ 27 آب 1998؛ لتفاصيل أوسع عن هذه القرارات راجع:  
قرارات مجلس الأمن - الأمم المتحدة - الموقع الإلكتروني السابق.

(1) قرار مجلس الأمن المرقم (1044) الصادر بتاريخ 31 كانون الثاني 1996 - الذي  
يتزجية أذان الأحسن الإرهابية وخاصة محاولة اغتيال الرئيس المصري في أديس أبابا  
- في 26 حزيران 1995 حي العزم القرى الحكومة السودانية بتسليم المتهمين بهذه  
القضية إلى أثيوبيا كون العملية كانت تشكل خرقا لشيء الأسيوية فضلا عن انها عملية  
إرهابية ضد رئيس دولة. والقرار (1054) الصادر بتاريخ 24 نيسان الموقع الإلكتروني  
السابق.

(2) قرار مجلس الأمن المرقم (121) الصادر بتاريخ 8 كانون الأول 1998 - والقرار  
(1347) الصادر بتاريخ د 1 تشرين الأول 1999 - والقرار (1333) الصادر بتاريخ  
14 كانون الأول 2000.

نعتقد أن كون الأعمال الإرهابية تشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين وبقرار من مجلس الأمن يعد أساساً في توجيه المسؤولية تجاه الدول التي ترتكب أو تساعد على ارتكاب الأعمال الإرهابية والذي يتطلب اتخاذ التدابير الواردة في الميثاق، سواء كانت عسكرية أو غير عسكرية.

إلا أن من خلال الممارسات الدولية والحالات الإرهابية التي وقعت في أغلب دول العالم بحيث إن مجلس الأمن تعامل بأسلوب ازدواجي مع تلك الحالات، ففي العراق مثلاً على الرغم من وضوح دور بعض دول الجوار في دعم وتمويل الأعمال الإرهابية التي راح ضحيتها آلاف من المواطنين الأبرياء، إذ تعجز الكلمات على وصف الدمار والانتهاكات التي وقعت على الأبرياء جراء العمليات الإرهابية، فإن مجلس الأمن وباعتقادنا ففد فشل فشلاً ذريعاً تجاه هذه الأحداث إذ لم تجد قرارات تتخذ بوصفها تدابير ضد الدول التي ساهمت في دعم العمليات الإرهابية وتسبب في وقوع هذه الانتهاكات.

وتعد الأعمال الإرهابية من الجرائم التي تخلف عدد من الآثار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، تتمثل في التأثير السلبي على الثقة في كيان الدول وأجهزتها الأمنية، فضلاً عن أثرها في تعطيل التنمية الاقتصادية ومنع تمتع الإنسان بحقوقه الأساسية المنصوص عليها في المواثيق الدولية، وكما هو معلوم أن قضايا حقوق الإنسان أصبحت من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، حيث نص عليها العديد من المواثيق الدولية من أهمها الاعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948. بالتالي فإن حماية حقوق الإنسان أصبحت من الالتزامات

التي تقع على عاتق الدول، وبالتالي فإن أي انتهاك لتلك الحقوق من قبل الدول تجعلها أمام مسؤولية دولية، وبذلك تعد الأعمال الإرهابية خرق لمبادئ حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

ولا بد من القول بأن الأعمال الإرهابية وما ينتج عنها من آثار مدمرة تعد جرائم استنادا إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي جرمت تلك الأعمال فضلا عن ذلك فإن الأعمال الإرهابية تشكل خرقا للسلم والأمن الدوليين خاصة بعد التأكيد على ذلك في العديد من قرارات مجلس الأمن، وأخيرا فإن الإرهاب الدولي يشكل خطرا كبيرا على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان المنصوص عليها في العديد من المواثيق الدولية. وكل ذلك بعد أساسا قانونيا يحمل الدول التي ترتكب

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعد وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان صاغ ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم - واعتمدت الجمعية العامة هذا الاعلان في باريس في 10 كانون الأول 1948 بموجب القرار (217) - بوصفه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم - حيث حدد للمرة الاولى حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها وأثرت في دساتير العديد من الدول والعديد من الديمقراطيات في العالم ويشكل الاعلان العالمي لحقوق الإنسان جنبا إلى جنب مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبروتوكولية الاختيارين والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية - ما يسمى الشركة الدولية لحقوق الإنسان : التفاصيل أكثر راجع : قضايا حقوق الإنسان متاح على الموقع الالكتروني الرسمي للأمم المتحدة : <http://www.un.org/ar/sections/issues - depth / lunar - lights / index.html>

أو تسهيل القيام بالأعمال الإرهابية مسؤولية دولية تجاه المجتمع الدولي من جهة والدول المتضررة من جهة أخرى.

إن القانون الدولي الإنساني، المسمى أيضاً أحياناً قانون النزاعات المسلحة أو قانون الحرب، يحظر معظم الأعمال المرتكبة أثناء النزاعات المسلحة التي تسمى عادة "أعمالاً إرهابية" حين ترتكب في أوقات السلم. وينطبق القانون الدولي الإنساني في هذا السياق على القوات المسلحة النظامية وعلى الجماعات المسلحة غير التابعة للدول على حد سواء. ويمكن أن تخضع الأعمال الإرهابية في حالات أخرى لمجموعة قوانين مختلفة لاسيما القانون الجنائي الوطني.

وثمة مبدأ أساسي في القانون الدولي الإنساني يقضي بأن من واجب الذين يشاركون في نزاع مسلح أن يميزوا في كل الظروف بين المدنيين والمقاتلين وبين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية. وهذا يعني أن القانون الدولي الإنساني يحظر الهجمات المتعمدة أو المباشرة، والهجمات العشوائية ضد المدنيين أو المرافق المدنية.

كما يحظر القانون الدولي الإنساني استخدام دروع بشرية أو خطف رهائن. وحين ترقى حالة عنف إلى نزاع مسلح، فلا مغزى من تسمية هذه الأعمال "إرهاباً" لأنها تشكل جرائم حرب طبقاً للقانون الدولي الإنساني.

كما يحظر القانون الدولي تحديداً على الأطراف المشاركة في نزاع مسلح ارتكاب أعمال إرهابية ضد المدنيين الذين يقعون تحت سيطرة الخصم أو بثّ

الذعر بين السكان المدنيين وذلك أثناء العمليات العدائية. وتأتي هذه القواعد التي تحظر الأعمال التي لا طائل فيها إلى تخويف المدنيين، لتكمل القواعد سالفة الذكر التي تهدف إلى حماية حياة المدنيين والممتلكات المدنية بصورة عامة.

ويختلف القانون الدولي الإنساني بشكل كبير عن النظام القانوني الذي يحكم أعمال الإرهاب إذ يقوم على قاعدة أساسية هي عدم حظر أعمال عنف معينة ترتكب أثناء الحرب ضد الأهداف العسكرية وأفراد القوات العسكرية. إلا أن أي عمل "إرهاب" يبقى وفقاً للتعريف عملاً محظوراً وعملاً إجرامياً. ولا يحتمل الفرق بين هذين النظامين القانونيين أي إبهام لأن الاختلاف بينهما يتعلق بالمنطق والقواعد المنطبقة.

ويكتسب هذا العنصر أهمية خاصة في حالات النزاع المسلح غير الدولي حيث يمكن أن تشكل صفة "الإرهابي" عائناً إضافياً أمام احترام القانون الدولي الإنساني من قبل الجماعات المسلحة المنظمة (والتي يخضع أفرادها لملاحقة جنائية بموجب القانون الوطني)، وهذا ما يسمى "بالحرب الشاملة على الإرهاب" إن معظم التدابير التي تتخذها الدول وغيرها من الجهات من أجل تجنب أعمال الإرهاب أو وضع حد لها لا ترقى إلى النزاع المسلح لا بمفهومه العملي ولا بمفهومه القانوني.

وبالتالي يكون من الأنسب الحديث عن مكافحة الإرهاب وهي محاولات متعددة الأوجه قد تصل أحياناً إلى مستوى النزاع المسلح. وتسري، في تلك

الظروف، قواعد القانون الدولي الإنساني التي تنظم النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية وفقاً للحالة. وفي كلتا الحالتين، يجب أن تحترم جميع أطراف النزاع القانون الدولي الإنساني، وتطبق على الجميع القواعد التي تحكم سير العمليات العدائية ومعاملة الجرحى والأسرى والمدنيين<sup>(1)</sup>.

ولا ينطبق القانون الدولي الإنساني عند ارتكاب أعمال إرهابية أو احتجاز أشخاص مشتبه في ارتكابهم أعمال إرهابية خارج إطار نزاع مسلح. وتتبع اللجنة الدولية للصليب الأحمر النهج القائم على تناول كل حالة على حدة في التصنيف القانوني لحالات العنف، وتطبقه أيضاً في تحديد الوضع القانوني للأشخاص المحتجزين في إطار مكافحة الإرهاب وحقوقهم. فإذا احتجز هؤلاء الأشخاص خلال نزاع مسلح دولي، يجب أن تمنح اللجنة الدولية حق الوصول إليهم بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني ذات الصلة.

وحين تقع مكافحة الإرهاب في سياق نزاع مسلح غير دولي، تعرض اللجنة الدولية خدماتها الإنسانية على أطراف النزاع. وأما خارج حالات النزاع المسلح، فتمارس اللجنة الدولية حق المبادرة الإنسانية لطلب مقابلة المحتجزين.

(1) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تحديات أمام القانون الإنساني، مقال نشر في 29 تشرين

الاول لعام 2010، مدونات اللجنة الوطنية، من الموقع الإلكتروني :

<https://www.icrc.org/ar/document/challenges-ihl-terrorism>

## خاتمة

تتجلى أهمية المسؤولية الدولية في مواجهة الجرائم الإرهابية من خلال التزام الدول والأفراد بالقوانين والمعاهدات الدولية. لقد أظهر البحث أن هناك اتجاهات متباينة حول كيفية تطبيق هذه المسؤولية، مما يعكس تعقيد الظاهرة الإرهابية وتحدياتها القانونية. كما تم التأكيد على ضرورة تحقيق التوازن بين مكافحة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان، مما يستدعي تطوير السياسات القانونية وتعزيز التعاون الدولي.

### النتائج

- 1- يتضح من البحث أن هناك تبايناً في الآراء حول المسؤولية الدولية، سواء كانت تقع على عاتق الدول أو الأفراد، مما يعكس الحاجة إلى إطار قانوني أكثر وضوحاً.
- 2- تبرز التحديات التي تواجه الدول في تطبيق القوانين الدولية لمكافحة الإرهاب، مما يتطلب تعزيز الأنظمة القانونية وتطويرها.
- 3- يظهر البحث أهمية التعاون بين الدول لمواجهة ظاهرة الإرهاب، مما يستدعي تعزيز التنسيق الأمني والقانوني.

### التوصيات

- 1- ينبغي على الدول العمل على تطوير إطار قانوني شامل يحدد بوضوح المسؤوليات الدولية للأفراد والدول في سياق الجرائم الإرهابية.

المسؤولية الدولية في مواجهة الجرائم الارهابية

2- يجب تعزيز التعاون بين الدول من خلال تبادل المعلومات والتنسيق في تنفيذ السياسات الأمنية لمكافحة الإرهاب.

2- ينبغي تفعيل دور المنظمات الدولية في متابعة تنفيذ الالتزامات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب وضمان مسؤولية الدول عن أفعالها.



## المصادر والمراجع

### الكتب

- 1- إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
- 2- إبراهيم عبد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1989.
- 3- أحمد أبن النفي، المسؤولية الدولية للدول واطعة الألغام في الأراضى المصرية، دراسة في إطار القواعد المنظمة للمسؤولية الدولية والألغام البرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 4- أحمد فوزى عبد المنعم، المسؤولية الدولية عن البحث الإذاعي عبر الأقمار الصناعية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 5- أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، طبعة ثانية، باريس، 2002.
- 6- أسامة محمد بدر، مواجهة الإرهاب، دراسة في التشريع المصري والمقارن، النسر الذهبي، القاهرة، 2000.
- 7- ثامر إبراهيم الجهماني، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي، دار الكتاب العربي، الجزائر ودار حوران سورية، طبعة 2002

- 8- جون تونكين، القانون الدولي العام قضايا نظرية، ترجمة: أحمد رضا، مراجعة عز الدين فودة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1972.
- 9- حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم الموقته إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
- 10- سيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر 2001.
- 11- عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2002.
- 12- عبد الوهاب محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1995.
- 13- عصام محمد أحمد الزناتي، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر بدون سنة طباعة.
- 14- محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 15- محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
- 16- محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب في القانون الجنائي على المستويين الوطني والدولي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1987.

- 17- محمود صالح العادلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب،  
ج2، السياسة الجنائية لمواجهة العنف الإرهابي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،  
2002.
- 18- نور الدين هنداوي، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة  
الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

### المواقع الإلكترونية

- 1- قضايا حقوق الإنسان متاح على الموقع الإلكتروني الرسمي للأمم  
المتحدة - <http://www.un.org/ar/sections/issues>  
depth / lunar - lights / index.html :
- 2- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تحديات أمام القانون الإنساني، مقال  
نشر في 29 تشرين الاول لعام 2010، مدونات اللجنة الوطنية، من  
الموقع الإلكتروني :
- <https://www.icrc.org/ar/document/challenges-ihl-terrorism>
- 3- نادر عبد العزيز شافي، جرائم التجسس، مجلة الجيش اللبناني، العددان  
(230) و(231)، آب/أغسطس، 2004، على الموقع الإلكتروني الآتي  
:<https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content>

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

" دراسة مقارنة "

حسن ماجد حسن بحر



" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## مستخلص

في العديد من الأنظمة القانونية، يمكن أحياناً قبول الأدلة الجديدة التي لم تكن متاحة في بداية عملية التقاضي، ولكن هذا يختلف حسب القوانين والقواعد القانونية المعمول بها في كل نظام قانوني، فقد تكون هناك مهل زمنية محددة لتقديم الأدلة الجديدة. إذا كانت الأدلة تأتي بعد انقضاء المهلة الزمنية، فقد لا تكون قابلة للقبول، ويمكن أن تؤخذ في اعتبار القاضي النوايا والأغراض وراء تقديم الأدلة الجديدة. إذا كان ظهور هذه الأدلة يخدم العدالة ويساعد في تحقيق الحقيقة، فإنها قد تكون مرغوبة، وفي حالة تقصير أحد الطرفين في الكشف عن معلومات أو أدلة في بداية القضية، قد يكون من الممكن قبول الأدلة الجديدة لتعويض هذا التقصير.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## The extent to which new evidence not presented at the beginning of the litigation process can be accepted

**Hassan Majed Hassan**

hassan.bahar90@gmail.com

### **Abstract:**

In many legal systems, new evidence that was not available at the beginning of the litigation process can sometimes be admitted, but this varies depending on the laws and legal rules applicable in each legal system, and there may be specific time limits for submitting new evidence. If the evidence comes after the time limit has expired, it may not be admissible, and the intentions and purposes behind presenting new evidence may be taken into consideration by the judge. If the appearance of such evidence serves justice and helps establish the truth, it may be desirable, and if one party fails to disclose information or evidence at the outset of the case, it may be possible to admit new evidence to .make up for that failure

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## المقدمة

من أجل احقاق الحق ورجحان ميزان العدالة الى الطرف الذي يستحق لا بد من هيئة المحكمة أن تبذل قصارى جهدها في سبيل ذلك، ولا بد أيضاً للمتقاضين أن يسلكوا كل الطرق بما فيها طرق الطعن الابتدائية العادية والغير عادية في سبيل مبتغاهم.

ومن هذا المنطلق نج أن الدعوى قد تأتي عليها ظروف اثناء سيرها منها ظهور ادلة جديدة أو ابداءات طلبات ودفع لم يتمكن الخصوم من ابدائها امام محكمة الدرجة الأولى، وأمام ذلك نجد أن المشرع لإجرائي في قوانين المرافعات قد منح الحق للخصوم من ذلك، ولكن في حالات خاصة سوف نأتي على ذكرها اتباعاً.

فيعد الطعن الاستئنافي إجراء قانوني يهدف إلى استصحاب الحكم الصادر من محكمة البداية وإحالته إلى محكمة درجة أعلى لإعادة النظر فيه. يتيح هذا الطعن للأطراف المتنازعة إمكانية إعادة فتح القضية وإجراء محاكمة جديدة أمام محكمة أعلى درجة يمكن للطرف الخاسر في محكمة البداية (الدرجة الأولى) التقدم بالطعن الاستئنافي للمحكمة التي تأتي بعد محكمة البداية.

كما ان الطعن الاستئنافي طريق عادي للطعن بالأحكام القضائية المدنية، بل يكاد يكون الطريق الوحيد في بعض القوانين، بعد ان ضيقت التشريعات الحديثة الحالات التي يمكن الالتجاء فيها الى الاعتراض على الحكم الغيابي، كما ان لهذا الطريق من الطعن اهمية

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

خاصة تكمن في انه يحقق رقابة ذاتية من قبل القضاء، تتمثل بدور المحكمة الاعلى في الرقابة على المحكمة الادنى، مما يجعل الاخيرة ذات دقة عالية بدراسة موضوع الدعوى والتدقيق فيها للوصول الى العدالة الحقة.

اما الطلبات المطروحة على اول درجة ولم يبت فيها فلا يجوز طرحها لأول مرة امام الاستئناف<sup>(1)</sup> لان طرح هذه الطلبات امام الاستئناف يفوت احدي درجات التقاضي على الخصوم كما ان ذلك يؤدي الى طرح النزاع لأول مرة ومباشرة امام محكمة الاستئناف وهذا مخالف لقواعد النظام العام المنظمة لطرائق التداعي.

كما ان اباحة ذلك يؤدي الى صدور الحكم في مثل هذه الطلبات دائما نهائيا لذلك حظرت القاعدة العامة الاجرائية طرح الطلبات الجديدة لأول مرة امام الاستئناف فمن يريد طرح طلب جديد امام الاستئناف عليه رفع دعوى بدائية امام محاكم اول درجة وعند صدور الحكم فيها جاز الطعن بالحكم الصادر فيها استئنافا وحتى لو كان هناك طعن مرفوع بالفعل عن حكم ابتدائي وظهر لاحد الخصوم ادعاء اراد رفعه للقضاء فلا يقبل منه طرح هذا الادعاء لأول مرة امام محكمة الاستئناف بل لا بدله من العودة الى محاكم اول درجة وطرح ادعاءه عليها والحصول

(1) احمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012، ص 316-317.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

على حكم ثم يطعن فيه استثناءً فيما بعد وهذا كله وفقاً للتصور الفقهي التقليدي القديم المحافظ في نظريته لمفهوم الطعن بطريق الاستئناف.

وبما أن الاستئناف يهدف إلى تحقيق مبدأ التقاضي على درجتين وما يترتب على ذلك من أن الاستئناف يهدف إلى نظر ذات القضية المنظورة من محكمة الدرجة الأولى وما يترتب على ذلك من أن الطعن الاستئنافي ينقل موضوع النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية من جديد.

#### أولاً: أهمية البحث.

بالنظر إلى أهمية الطعن بالاستئناف في سبيل تحقيق هدفه المنشود وضمان حقوق المتقاضين في محاكم الدرجة الأولى، فإن قبول أي طلبات جديدة يعتبر انحرافاً عن الطبيعة القانونية الأساسية، باعتباره يرد على نفس القضية التي نظرت في أول درجة وعملاً لمبدأ التقاضي على درجتين، فهذه الأدلة الجديدة لم تعرض أمام محكمة الدرجة الأولى، ولم يصدر حكم أول بها، وللأهمية ذاتها قد أعطى المشرع حالات خاصة استثناءً عن القاعدة الأصلية في سبيل إقامة العدل، والتي تشكل محوراً أساسياً سوف نقوم ببيانه ضمن هذه الدراسة.

#### ثانياً: إشكالية البحث.

تكمن إشكالية الدراسة من خلال طرح التساؤلات التالية:

مجلة كفة الميزان دراسات قانونية علمية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

- ما هو مفهوم الأثر الناقل للدعوى من المحاكم الابتدائية الى محاكم الدرجة الثانية؟

- مدى جواز قبول أدلة جديدة امام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف)؟

- مدى جواز قبول أدلة جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض؟

**ثالثاً: منهج البحث.**

تم اعتماد المنهج المقارن في كتابة هذا البحث وذلك من خلال مقارنة الطعن الاستئنافي والطعن بالنقض في القانون الاماراتي مع بعض القوانين العربية.

كما اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها عند الاختلاف في مسألة ما، مع بيان أسباب الترجيح، فضلاً عن الاعتماد على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالدرجة الأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالقرارات القضائية وبيان مدى مطابقتها لتلك القرارات لهذه المواقف القانونية والفقهية.

### المطلب الأول

#### الأثر الناقل للدعوى للابتدائية امام محكمة الدرجة الثانية

يعد الاثر الناقل من اهم المؤثرات التي تنشأ على الاستئناف، ويعني أن رفع الاستئناف يؤدي الى اعادة إحالة النزاع الذي حكم فيه القرار

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

البدائي على محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف)، فتصبح في هذه المحكمة مختصة بالنظر في هذا النزاع والفصل فيه (1).

ويفهم مما تقدم ان قبول الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الاستئناف بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم البدائي بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط (2).

## الفرع الأول موقف المشرع الاماراتي

نصت المادة 165، البند 1 من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي على (أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف.....)، القاعدة المستقرة في فقه المرافعات المدنية وهي ان رفع الاستئناف يلزم محكمة الاستئناف الفصل في النزاع مجدداً وفي المواضيع التي رفع الاستئناف عنها على اساس ان محكمة الاستئناف محكمة درجة ثانية في التقاضي تتولى بحث الاعتراضات

(1) عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، جامعة الموصل، العراق، 2000، ص416.

(2) وهذا الاثر الناقل للاستئناف ليس مطلقاً وانما هو مقيد لما رفع عنه الاستئناف فقط، أي ان الاستئناف لا ينقل الى محكمة الاستئناف الا ما فصل فيه الحكم البدائي من طلبات موضوعية ويترتب على ذلك انه لا يجوز تقديم طلبات بدعاوى جديدة امام محكمة الاستئناف لأنها تكون غير حائزة.. ولارتباط ذلك مع المرافعة الاستئنافية ارتأينا بحثه ضمن المطلب الخاص بالمرافعة الاستئنافية.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

الواردة على الحكم الصادر عن محكمة البداء وذلك بإكمال  
النقص في ذلك الحكم او اصلاح الخطأ الذي وقعت فيه محكمة البداء  
(1) .

ومحكمة الاستئناف بالصفة المتقدمة، وبوصفها محكمة موضوع تملك  
الصلاحيات كافة المقررة لمحكمة البداء، فهي تبحث وقائع الدعوى  
وتقوم باتخاذ ما تراه من اجراءات الاثبات، وتعين تقدير الوقائع من واقع  
ما قدم اليها من مستندات ، ومن واقع دفوع الخصوم ، ثم هي اخيراً  
تطبق القواعد القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى(2)،  
فمرحلة الاستئناف تنقل الدعوى الى حالتها التي كانت عليها قبل  
صدور الحكم البدائي حيث تتولى محكمة الاستئناف بعد اكمال  
التحقيقات المقترضية اصدار الحكم الذي تراه موافقاً للقانون، على ان  
نقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية لا يتم تبعاً لرفع الاستئناف الا  
اذا كان هذا الطعن يتناول نقاطاً عرضت على محكمة الدرجة الاولى  
وفصلت فيها هذه المحكمة ورفع الاستئناف عنه ، فالطلبات التي  
عرضت امام محكمة الدرجة الاولى ولم تفصل فيها ولم تستنفذ ولايتها  
لا تنتقل الى محكمة الدرجة الثانية.

(1) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، دار الرافدين للطباعة والنشر،  
العراق، 2019، ص93.

(2) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، منشورات الدائرة القانونية، بغداد، 1990، ص405.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

ان الدعوى الاستئنافية بعد ان تصبح صحيحة وكان الاستئناف مقبولاً يترتب على ذلك نقل النزاع برتمته الى محكمة الاستئناف واعادة طرح موضوعه عليها مع اسانيده القانونية وادلته الواقعية مما يجعلها مختصة اختصاصاً كاملاً بكل ما يتعلق بالحكم من وقائع فصل فيها الحكم المستأنف (1).

إذا حكمت محكمة الدرجة الأولى يرفض الطلب الأصلي بعد بحثه وأجابت الطلب الاحتياطي كله أو في شق منه، فإن استئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي من المحكوم عليه يؤدي إلى اعتبار الحكم الصادر برفض الطلب الأصلي معروضاً على محكمة الدرجة الثانية بقوة القانون دون حاجة لرفع استئناف من المستأنف عليه المحكوم له (2).

لا تقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على مراقبة مدى سلامة الحكم المستأنف بل يتقرر على محكمة الدرجة الثانية نقل موضوع النزاع

(1) عبد الهادي مظهر احمد صالح، الاستئناف طريق من طرق الطعن غير العادية، بحث قانوني، المعهد القضائي العراقي، بغداد، 1998، ص35.

(2) تمييز دبي 4 حزيران/ يونيو 1994 مجلة القضاء والتشريع العدد الخامس شباط/ فبراير 1997، ص 453.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

بكامله وبكل ما كان قائماً فيه من عناصر لي طرح من جديد على محكمة الاستئناف، وهذا ما يسمى الأثر الناقل للاستئناف<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف القوانين المقارنة

اما عن موقف القوانين المقارنة من الاثر الناقل فقد تباينت تلك القوانين في النص عليها في تشريعاتها ، فقد نصت المادة (232) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ بأن " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط " ومفهوم الاثر الناقل في القانون المصري لا يختلف كثيراً عن مفهومه في القانون العراقي من حيث طرح النزاع على محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد ، وعدم السماح بإبداء طلبات جديدة في الاستئناف نظراً لأن ذلك يؤدي الى تقوية درجة من درجات النقاضي على الخصم<sup>(2)</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها والذي جاء فيه " ان الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية في حدود ما رفع الاستئناف عنه وشرطه التزام

(1) من المقرر وفقاً لما تقضي به المادة 165. م. أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة إلى ما رفع عنه الاستئناف فقط تمييزاً ديب، 19 شباط/ فبراير 2006 الطعن رقم 163 لسنة 2005 المجموعة السابق ذكرها ص 297؛ تمييزاً ديب، 16 نيسان/ أبريل 2006، الطعن رقم 45 لسنة 2004 المجموعة السابق ذكرها، ص 688.

(2) محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، مصر، 1998، ص 476-477.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

الحدود المقررة للأثر الناقل للاستئناف سواء من حيث الموضوع او من حيث الاطراف وما فصلت فيه محكمة الدرجة الاولى ورفع عنه الاستئناف فأن فصل محكمة الاستئناف في امر غير مطروح عليها يعد اساءة الى مركز المستأنف بالاستئناف وهو امرٌ غير حائز<sup>(1)</sup>.

اما فيما يتعلق بموقف القانون الاردني من فكرة الاثر الناقل فلم يتضمن قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ نصاً مشابهاً للنص الوارد في قانون المرافعات المصري ومع ذلك فأن عدم النص صراحة على قاعدة الاثر الناقل للاستئناف لا يعني التكرار لها من قبل المشرع الاردني<sup>(2)</sup>.

ويؤيد هذه النظرة ان فكرة الاثر الناقل اصبحت قاعدة تقليدية متبعة في جميع القوانين التي تأخذ بنظام التقاضي على درجتين بوصفها من أبرز مظاهر هذا النظام وبصرف النظر عن التصور القانوني الذي

(1) الطعن رقم 1196 لسنة 52ق، جلسة 1986/3/12، مشار اليه عند: عدلي امير خالد، الملاحظات القضائية في الدعاوى المرافعات، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص628.  
(2) ابراهيم حرب محسن، النتاج العملية لقاعدة الاثر الناقل للاستئناف، بحث منشور في مجلة دراسات الاردنية، المجلد 26، العدد 1، 1999، ص69.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

يأخذ به هذا المشرع او ذاك لفكرة الاستئناف<sup>(1)</sup>، وتطبيقات القضاء الاردني تسيير في هذا الاتجاه<sup>(2)</sup>.

اما عن قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ وموقفه بشأن الاثر الناقل للاستئناف فقد نصت المادة (659) من القانون اللبناني على ان " الاستئناف يطرح مجدداً القضية المحكوم بها امام محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد في الواقع والقانون "، ويفهم من هذه المادة ان المشرع اللبناني لا يبتعد كثيراً عن بقية القوانين المقارنة في مفهومه لفكرة الاثر الناقل للطعن بالاستئنافي.

في حين اجمعت القوانين العربية المقارنة الاخرى على عد الاثر الناقل من اهم الآثار المترتبة على رفع الاستئناف<sup>(3)</sup>، اما القانون الفرنسي فقد تضمن المادتين (561 و 562) واللذان تكلفنا بتنظيم الاثر الناقل، حيث تضمنت الاولى تعريفاً قريباً جداً من الاثر الناقل.

(1) انظر: محمد عبد الله الظاهر، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني تشريعاً، فقهاً، اجتهاداً، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1997، ص590 وما بعدها.  
(2) انظر حكم محكمة التمييز الاردنية المرقم 66/222 لسنة 1971، وايضاً قرارها المرقم 71/27 لسنة 1971. مشار اليهما عند ابراهيم حرب محسين، المرجع نفسه، ص69.  
(3) المادة (211) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني النافذ؛ والمادة (107) من قانون الاجراءات المدنية الجزائري النافذ.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## المطلب الثاني

### جواز تقديم أدلة جديدة في محاكم الدرجة الثانية

أقرت معظم التشريعات الإجرائية المدنية بجواز الإدلاء بوسائل إثبات جديدة أمام محاكم الدرجة الثانية، وهذا الحق مخول للمستأنف، وأيضاً للمستأنف ضده<sup>(1)</sup>، حيث نص المشرع الإماراتي في المادة 165 / 2 على أن لمحكمة الاستئناف أن تنظر إلى ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة ، بالإضافة الى ما قد قدم سابقاً الى المحكمة الابتدائية، وبالتالي منح الحرية للخصوم في إمكانية تقديم أدلة جديدة تدعم ادعاءاتهم وأوجه دفاعهم حتى لو لم تقدم تلك الأدلة أمام محكمة أول درجة، وهذا بخلاف الطلبات الجديدة - مثل ما نكرنا - التي نص المشرع في نفس المادة في البند الثالث منها على عدم قبولها، وأجاز تغيير سبب الطلب أو الإضافة إليه<sup>(2)</sup>.

(1) مصطفى صخري، موسوعة المرافعات، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص 958، حيث أجاز المشرع المصري تقديم أدلة جديدة في المادة 233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأيضاً المشرع اللبناني في المادة 661 من قانون أصول المحاكمات المدنية، حيث نص على أن " للخصوم أن يتذرعوا بالاستئناف تأييداً للمطالب المقدمة منهم أمام محكمة الدرجة الأولى بأسباب ودفع وأوجه دفاع جديدة وأن يقدموا مستندات وأدلة جديدة."

(2) نصت المادة من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي 2/165 على أنه "... تنظر المحكمة الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك للمحكمة الابتدائية."

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## الفرع الأول

### مدى إمكانية تقديم الدليل الجديد أمام محكمة الاستئناف

والأصل في عملية التقاضي أمام محكمة الاستئناف هو انتقال ملف الدعوى بكامله بما احتواه من بيانات وأدلة أمام محكمة الدرجة الأولى الى المحكمة الاستئنافية، وقد مكن المشرع الخصوم من إضافة أي دليل منتج ويضاف الى ما قد قدموه أمام محكمة أول درجة (1).

إذن فإنه يمكن للأدلة التي تكون معروضة على قاضي الاستئناف أن تكون أدلة كانت معروضة على قاضي محكمة أول درجة، وانتقلت - وفقاً للأثر الناقل للاستئناف - الى محكمة ثاني درجة، أو أن تكون تلك الأدلة أدلة جديدة لم تكن معروضة في المحكمة الابتدائية، أو فات الطرفين إبداءها، ولكن قام الخصم بتقديمها للمحكمة دعماً لدعواه، وتأييداً لدفعه، وإثباتاً لأوجه دفاعه.

ومن التطبيقات القضائية على جواز تقديم أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف لم تكن مقدمة أصلاً أمام المحكمة الابتدائية، ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 125 لسنة 12 القضائية، بتاريخ 1991/1/29، حيث قالت بأن " مقتضى الأثر الناقل للاستئناف التزام محكمة الاستئناف بمواجهة عناصر النزاع الواقعية

(1) بكر عبد الفتاح السرحان، قانون الاجراءات المدنية الاماراتي، مكتبة الجامعة، دولة الامارات، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 404.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

والقانونية وما استجد منها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة ذلك أن وظيفتها لا تقتصر على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق فحسب بل تمتد الى بحث كافة جوانب النزاع وما تعلق منها بالوقائع أو بالتطبيق القانوني في حدود طلبات المستأنف وهي غير ملزمة متى ألغت الحكم الابتدائي بالرد على ما ورد بذلك الحكم وحسبها أن تقييم قضاها على أسباب تكفي لحمله، لما كان ذلك ، وكان ما قرره وكيل المطعون ضدها أمام محكمة أول درجة بالاكتفاء بالأدلة الكتابية المقدمة لا يفيد حرمانها من التمسك أمام محكمة الاستئناف بإثبات دعواها بوسائل إثبات أخرى يجيزها القانون بعد رفض دعواها أمام محكمة أول درجة ولا يعتبر ما قرره وكيلها تنازلاً مطلقاً عن الحق في الإثبات ... " (١).

كما أجازت محكمة النقض المصرية استخلاص أدلة وقرائن من المستندات المقدمة في المحكمة الابتدائية، وتقديم هذه الأدلة والقرائن المستخلصة الى محكمة الاستئناف لأول مرة، وهذا ما قرره في الطعن (نقض 1981/11/24 طعن 351 س 48 ق مصري) حيث تكررت المحكمة أنه " يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود

(١) ذهبت محكمة التعقيب في تونس (ق ت عدد 19337 صادر بتاريخ 1 فيفري 1998) في قرار برأي مخالف حيث ورد بقرار تعقيبي أن مراد المشرع من نص الفصلين 147 و 148 المتعلق بالنظام العام هو عدم طرح وسائل اثبات نحوها وجديدة، وهذا القرار خالف قراراً آخر من نفس المحكمة (ق ت عدد 14502 مؤرخ في 1987/6/23) التي أجازت تقديم أدلة جديدة. نقلا عن / مصطفى صخري، موسوعة المرافعات، المرجع السابق، ص 959.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

طلبات المستأنف الى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .

وعلى ذلك فإن فحص الحكم المطعون فيه لمستندات الطاعن المقدمة أمام محكمة الدرجة الأولى واستخلاصه منها أدلة وقرائن - وإن لم تعرض لها الحكم الابتدائي - مؤيد للنتيجة التي انتهى إليها وبأسباب سائغة يكون إعمالاً منها لوظيفة محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup>.

وكذلك الادعاء بالتزوير يمكن إبدائه أمام محكمة الاستئناف لأول مرة وفقاً للطعن (نقض 1947/11/6 طعن 100 س 16 ق مصري) حيث قالت المحكمة بأن " الادعاء بتزوير الأوراق المقدمة في الدعوى يجوز إبدائه أثناء قيامها أمام محكمة الاستئناف إذ أن المادة 273 من قانون المرافعات تجيز الطعن بالتزوير بطلب عارض في أية حالة تكون عليها الدعوى الأصلية، وقيام الخصومة أمام محكمة الاستئناف إن هو إلا من الحالات التي تكون عليها الدعوى.

وليس في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي على أحد من أصحاب الشأن، إذ مسألة التزوير ليس في حقيقتها إلا دفاعاً موضوعياً منصبا على مستندات الدعوى وليست من قبيل الطلبات الجديدة التي

(١) أنور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، سنة 2003، ج 4، ص 665 - 666.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

يمنتع، بحكم المادة 368 من قانون المرافعات، تقديمها لأول مرة في الاستئناف<sup>(1)</sup>.

- شروط قبول محكمة الاستئناف للأدلة الجديدة:

وحتى تقبل محكمة الاستئناف الأدلة وأوجه الدفاع الجديدة، لا بد من توافر شرطين، هما<sup>(2)</sup>:

1) ألا يكون الحق في إبداء هذه الأدلة والدفاع قد سقط أمام محكمة أول درجة، فليس لمن ناقش موضوع المحرر كدليل مقدم أمام محكمة أول درجة، أن ينكر ما نسب إليه من خطأ أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو أن يتمسك بعدم علمه بأن شيئاً من ذلك قد صدر ممن تلقى عنه الحق<sup>(3)</sup>.

2) ألا ينطوي الدفاع الجديد على طلب جديد لا يجوز تقديمه أمام محكمة الاستئناف، فإذا كان الدفاع الجديد لم يسقط الحق فيه لأنه دفاع موضوعي أو شكلي يتعلق بالنظام العام، جاز تقديمه لمحكمة الاستئناف بشرط عدم انطوائه على طلب جديد، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الإدعاء بتزوير الأوراق المقدمة في الدعوى يجوز إبدائها أمام محكمة الاستئناف، لأن مسألة التزوير

(1) أنور طلبه، موسوعة المرافعات، ج 4، مرجع سابق، ص 717.

(2) أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 1109.

(3) وفقاً لنص المادة 2/11 من قانون اتحادي رقم 10 لسنة 1992 بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، تقابلها المادة 3/14 من قانون الإثبات المصري.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

ليست إ دفاعاً موضوعياً منصفاً على مستندات الدعوى ، وليس من قبيل الطلبات الجديدة<sup>(1)</sup>، وأيضاً قضت بأن الدفع بأن الشفيع لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، من الأدلة الجديدة التي يجوز للخصم الإدلاء بها في محكمة الاستئناف<sup>(2)</sup>.

### - انتقال كافة الأدلة حتى لو أغفلت محكمة أول درجة بعضها:

يمكن للمحكوم له ( المستأنف ضده ) أن يتمسك بكافة الأدلة والدفع وأوجه الدفاع التي تمسك بها أمام محكمة أول درجة ، سواء فصلت فيها لغير مصلحته، أو أغفلت المحكمة الفصل فيها، دون الحاجة الى رفع استئناف مقابل أو فرعي، إذ لا محل لرفع هذا الاستئناف طالما حكم لصالحه بكل طلباته، ما لم يثبت تنازله عن التمسك بأحدها، ومثال ذلك ، قيام المؤجر برفع دعوى على المستأجر لإخلاء العين المؤجرة، لأنه قام بتأجيله من الباطن دون موافقته ، وتأخره في سداد الأجرة ، وصدور قرار إزالة العين ، فيكون المدعي قد استمد حقه من كل هذه الأسباب ، فإذا قضت المحكمة بالإخلاء على أساس ثبوت واقعة التأجيل من الباطن دون إذن المالك ، وأفصح عن عدم جدوى التعرض لباقي الأسباب بعد أن أجيب المدعي لطلبه ، ثم قام المستأجر

(1) نقض مدني 6 نوفمبر 1947 طعن رقم 100 السنة 16 ق. مصري. نقلا عن / أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 1109.  
(2) نقض مدني 14 ديسمبر 1950 طعن رقم 73 السنة 19. مصري. أنظر أيضا / نقض مدني ديسمبر 1972 مجموعة النقض 23 ص 1398 ق 218. نقلا عن / أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 1110.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

بالاستئناف ، فإن الدعوى تنتقل الى محكمة الاستئناف بكل ما سبق أن أبداه المؤجر من أسباب ، وتعتبر مطروحة أمام محكمة الاستئناف<sup>(1)</sup>.

ولكن بالرغم من أن الأدلة التي كانت مقدمة لمحكمة أول درجة تنتقل - بقوة القانون - الى المحكمة الاستئنافية، إلا أن بعض تلك الأدلة تستهلك أمام المحكمة الابتدائية، ولا تعود للحياة مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف، مثال ذلك لا يجوز توجيه يمين الى خصم سبق توجيه اليمين إليه أمام محكمة أول درجة<sup>(2)</sup>.

سلطة محكمة الاستئناف أن تلزم الخصم بتقديم دليل:

لمحكمة الاستئناف السلطة في أن تلزم أو تأمر أحد الخصوم بتقديم ما تراه من أدلة الاثبات ووسائله، ولها ذات سلطات المحكمة الابتدائية، ولها أيضا أن تعيد نظر الدعوى مرة ثانية في حدود ما فصل فيه أو في حدود ما رفع عنه الطعن، ولها ألا تنقيد بالقضاء الصادر من محكمة أول درجة، فلها أن تلغيه أو أن تعدله كلياً أو جزئياً، وأيضاً لها أن تؤيد بعضه وتلغي بعضه وتعديل بعضه الآخر، لأن سلطاتها تشمل الواقع والقانون<sup>(3)</sup>.

(1) الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية 22 ديسمبر 1986 طعن رقم 1806 لسنة 51 ق. نقلاً عن / أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 1106 - 1108.

(2) نبيل اسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1997، ص 649.

(3) نبيل اسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 651.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## الفرع الثاني

مدى إمكانية تقديم الدليل الجديد أمام محكمة النقض نص المشرع الإماراتي على أن لمحكمة النقض أن تأذن للخصوم بتقديم بيانات جديدة لتأييد دفوعهم، وكذلك لها أن تتخذ كل إجراء يعينها على الفصل في الطعن<sup>(1)</sup>.

ولكن إن وُجّه الدفاع لمسألة موضوعية، فلا يمكن لمحكمة النقض التطرق اليها، حيث أن مسائل الموضوع من إختصاص قاضي الموضوع، ومحكمة النقض محكمة قانون، ومن المسائل الموضوعية مسألة تقدير الأدلة مثلا، والتي يستقل قاضي الموضوع بها، ولا تتطرق إلى تقديرها محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في الطعن ( نقض 1976/3/3 طعن 1 س 43 ق أحوال شخصية ) بقولها " لئن كانت المادة 20 من قانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 تجيز للخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الواردة فيها ، وأوجب المادة 21 منه أن يبين في الطلب الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الاثبات متروك لقاضي

(1) وفقا للمادة 180 من قانون الاجراءات المدنية، وهذه المادة تقابل المادة 12 من قانون اتحادي رقم 17 لسنة 1978 بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا.  
(2) التمييز بين مسائل الواقع والقانون ليس موضوع بحثنا هذا، للاستزادة أنظر موضوع (صعوبة التمييز بين مسائل الواقع والقانون) في / أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 1170 وما بعدها.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وله أن يكون عقيدته من الأدلة التي يطمئن إليها ، كما أن تقدير الدلائل والمبررات التي تجيز للخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده هو نظر موضوعي يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه<sup>(1)</sup>.

وقالت أنه لا يجوز أيضا التمسك أمام محكمة النقض بالعرف الساري ، حيث أنه دفاع موضوعي ، ففي الطعن ( نقض 1988/6/16 طعن 523 س 52 ق مصري ) ذهبت المحكمة إلى القول " إذ كان ما تثيره الطاعنة من أن العرف الساري في مجال التأمين لا يستلزم توقيع المؤمن له على ملحق الوثيقة للاحتجاج به عليه ، هو دفاع موضوعي يقوم على واقع لم يسبق لها التمسك به أمام محكمة الموضوع ، فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " ، وأيضا تمسك الخصم بمبرر تأخر المستأجر عن سداد الأجرة أمام محكمة النقض ، يعتبر دفاع موضوعي ، فذهب بالقول في ( نقض 1983/1/16 طعن 881 س 51 ق ) إلى أن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير المبرر وقبوله في تأخر المستأجر في سداد الأجرة أو امتناعه عن سدادها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ، ولما كانت أوراق الطعن قد خلت مما يدل على أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة

(1) أنور طلبه، موسوعة المرافعات، ج 5، المرجع السابق، ص 633.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

الموضوع بوجود المبرر المذكور لتأخره في سداد الأجرة ، فإنه لا يجوز له إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(1)</sup>.  
يتضح مما ذكرناه أنفاً من تطبيقات قضائية، كلها تدل على أن محكمة النقض لا تتدخل في تقدير الأدلة ولا مناقشتها، وتعتبر أن ذلك من مسائل الموضوع التي يختص بها قاضي الموضوع، وليس لمحكمة النقض الرقابة عليها.  
التمسك بالأدلة المستبعدة:

يمكن للخصم الذي قدم دفاعاً أو دليلاً استبعدته المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية ، أن يتمسك به ويظعن على قضائها أمام محكمة النقض ، وهذا ما نستخلصه من ( نقض 1957/11/21 طعن 355 س 23 ق ، مصري ) حيث ذهبت المحكمة إلى القول بأن " المقرر أن الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الاستئناف وفقاً لما تقضي به المادة 232 من قانون المرافعات بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ، وأن المذكرة التي استبعدتها محكمة الدرجة الأولى ، تعتبر بعد صدور الحكم من مستندات الدعوى التي تلتزم محكمة الاستئناف بالتصدي لما تضمنته في نطاق المادة سالفه البيان دون حاجة الى التمسك بها صراحة أمامها أو بصحيفة استئناف ، فإن كانت قد تضمنت دفاعاً أغفلته

(1) أنور طلبه، موسوعة المرافعات، ج 5، المرجع السابق، ص 630.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

محكمة الاستئناف ، كان ذلك رفضاً له ويجوز الطعن في قضائها بالنقض<sup>(١)</sup>.

### - الطعن بالتزوير أمام محكمة النقض:

حصر المشرع أوجه الطعن بالنقض جميعها وفقاً لقانون المعاملات المدنية، وهي تنحصر في مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، فمحكمة النقض لا تختص بالتصدي للأوجه الموضوعية إلا في حالة مساسها بمخالفة القانون، كما لو كان استخلاص الحكم لها غير سائب، أو كان النعي الموجه له غير منتج.

ويخرج عن نطاق الطعن بالنقض، الطعن بالتزوير الموجه لمستندات الدعوى، إذ كان يتعين اتخاذه أمام محكمة الموضوع لتعلقه بالموضوع، مما يتطلب خبيراً وسماع شهود، ولكن إذا تعلق التزوير بذات ورقة الحكم الصادر من محكمة الموضوع، فلا يمكن طرحه عليها مرة أخرى لاستنفاد ولايتها، ولا يمكن عمل شيء حيال ذلك سوى الإدعاء بالتزوير بصحيفة الطعن بالنقض، ومن أجل قبول هذا الطعن لا بد من أن يكون منتجاً، أي أن يتوقف على الفصل فيه الفصل في أحد أسباب الطعن.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا بني الطعن على وقوع بطلان جوهري في الحكم المطعون فيه وادعى بتزوير ورقته بعد النطق به

(١) أنور طلبه، موسوعة المرافعات، ج 5، المرجع السابق، ص 627.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

وتعلق الفصل في صحة سبب الطعن على ثبوت هذا التزوير من عدمه فإن الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض في هذه الحالة يكون جائزاً<sup>(1)</sup>.



(1) نقض 1982/4/29 طعن 926 س 46 ق، مصري. نقلا عن أنور طلبه، موسوعة المرافعات، ج 5، المرجع السابق، ص 645

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع البحث في مدى إمكانية تقديم أدلة جديدة أمام محكمة الدرجة الثانية الاستئناف ومحكمة الدرجة الثالثة النقض، تبين لدينا بأن المشرع فرق بين عدة مسائل من حيث موضوع كل محكمة، وعليه فإن تقديم ادلة وأوجه دفع وبيانات جديدة في الدعوى لم تكن قد قدمت من قبل أمام المحكمة الابتدائية أمر جائز، وهذا وفقاً لنص القانون، أما محكمة النقض فهي محكمة قانون ولا يجوز للخصوم تقديم أدلة جديدة أمامها، حيث أن الأدلة والاثباتات تعتبر من مسائل الموضوع ولا تخص محكمة القانون، وبالتالي لا يمكن تقديم تلك الأدلة أمام محكمة النقض لأول مرة، ويمكن استخلاص أبرز الاستنتاجات التي توصلنا إليها، وتقديم بعض التوصيات بخصوص موضوع البحث على الشكل التالي:

### أولاً: الاستنتاجات.

1. اتفقت القوانين المقارنة (قانون الاجراءات المدنية الاماراتي والقوانين الأخرى المقارنة) على إن الأصل عدم جواز إحداث طلبات جديدة تقدم لأول مرة في الدعوى الإستئنافية.

2- يمكن تقديم ادلة جديدة ولو لأول مرة أمام محاكم الدرجة الثانية في القانون الاماراتي والقوانين المقارنة.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

3- ان الدعوى تنتقل كما هي من الدرجة الأولى الى الدرجة الثانية وهذا ما يسمى بالأثر النقال للاستئناف.

### ثانياً: التوصيات.

- 1- نقترح أن يكون نص الفقرة بالصيغة التالية (الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ويجوز أن يضاف إلى الطلبات الأصلية طلب الحكم بالمقاصة والأجور والفوائد والمصاريف وسائر الملحقات الأخرى وما يُجد من التعويضات بعد حكم المحكمة الابتدائية).
- 2- نأمل على المشرع إيضاح الأدلة وتخصيصها في قانون الإجراءات المدنية بأدلة معينة قد ظهرت بعد الحكم بالدرجة الأولى فلا يمكن أحد الخصوم من ابداء دفعه ضده ولا اجراء ما يلزم اصولاً وهو أمر مخالف قانونياً ودستورياً.



" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

## قائمة المصادر والمراجع

1. احمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012.
2. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، جامعة الموصل، العراق، 2000.
3. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، دار الرافدين للطباعة والنشر، العراق، 2019.
4. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، منشورات الدائرة القانونية، بغداد، 1990.
5. عبد الهادي مظهر احمد صالح، الاستئناف طريق من طرق الطعن غير العادية، بحث قانوني، المعهد القضائي العراقي، بغداد، 1998.
6. تمييز دبي 4 حزيران/ يونيو 1994 مجلة القضاء والتشريع العدد الخامس شباط/ فبراير 1997.
7. تمييز دبي، 19 شباط/ فبراير 2006 الطعن رقم 163 لسنة 2005.
8. تمييز دبي، 16 نيسان/ أبريل 2006، الطعن رقم 45 لسنة 2004.
9. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، مصر، 1998، ص 476-477.
10. الطعن رقم 1196 لسنة 52ق، جلسة 1986/3/12.
11. عدلي امير خالد، الملاحظات القضائية في الدعاوى المرافعات، منشأة المعارف، مصر، 1998.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

12. ابراهيم حرب محسن، النتائج العملية لقاعدة الاثر الناقل للاستئناف، بحث منشور في مجلة دراسات الاردنية، المجلد 26، العدد 1، 1999.
13. محمد عبد الله الظاهر، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني تشريعاً، فقهاً، اجتهاداً، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1997.
14. حكم محكمة التمييز الاردنية المرقم 66/222 لسنة 1971، وايضاً قرارها المرقم 71/27 لسنة 1971.
15. قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني النافذ.
16. قانون الاجراءات المدنية الجزائري النافذ.
17. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 2005.
18. بكر عبد الفتاح السرحان، قانون الاجراءات المدنية الاماراتي، مكتبة الجامعة، دولة الامارات، الطبعة الأولى، سنة 2013.
19. أنور طلبه، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، سنة 2003، ج 4.
20. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، سنة 2011.
21. نقض مدني 6 نوفمبر 1947 طعن رقم 100 السنة 16 ق. مصري. نقلًا عن / أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية.

" مدى إمكانية قبول أدلة جديدة لم تقدم في بداية عملية التقاضي "

22. نقض مدني 14 ديسمبر 1950 طعن رقم 73 السنة 19.

مصري. أنظر أيضا / نقض مدني ديسمبر 1972 مجموعة النقض 23

ص 1398 ق 218.

23. الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية 22 ديسمبر 1986 طعن رقم

1806 لسنة 51 ق.

24. نبيل اسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية،

دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1997.



## عقود الاستثمار الدولية التعريفات، الخصومات

### القانونية، والتحديات

بسام عدنان محمد



## المستخلص

تتناول هذه الدراسة عقود الاستثمار الدولية كأداة حيوية لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول النامية. يستعرض البحث التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار ويشير إلى التحديات القانونية التي تواجهها، مثل عدم وضوح التشريعات الوطنية. كما يميز بين عقود الاستثمار والعقود الأخرى، موضحة الخصائص القانونية المرتبطة بها. توصلت الدراسة إلى أن هناك حاجة ملحة لتطوير التشريعات الوطنية وتعزيز الوعي القانوني لدى المستثمرين، بالإضافة إلى إنشاء مراكز تحكيم متخصصة لحل النزاعات. تهدف هذه التوصيات إلى تحسين بيئة الاستثمار وجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية.

### Abstract

This study addresses international investment contracts as a vital tool for achieving economic development in developing countries. The research reviews the various definitions of investment contracts and highlights the legal challenges they face, such as the lack of clarity in national legislation. It also distinguishes between investment contracts and other types of contracts, clarifying the legal peculiarities associated with them. The study concludes that there is an urgent need to develop national legislation and enhance legal awareness among investors, in addition to establishing specialized arbitration centers to resolve disputes. These recommendations aim to improve the investment environment and attract more foreign investments.

## مقدمة

تُعدُّ عقود الاستثمار الدولية من العناصر الأساسية التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية وتعزيز النمو في الدول، خاصةً النامية منها. فهي تمثل وسيلة فعالة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، مما يساهم في تنفيذ مشاريع تنموية كبيرة ويعزز من البنية التحتية والمرافق العامة. ومع ذلك، فإن فهم طبيعة هذه العقود وتعريفاتها القانونية والاقتصادية يُعتبر أمرًا معقدًا بسبب تداخل عدة عوامل، بما في ذلك الجوانب القانونية والسياسية والاقتصادية. يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار الدولية، وتمييزها عن العقود الأخرى، بالإضافة إلى استكشاف الخصوصيات القانونية المرتبطة بها.

### أهمية البحث

تتجلى أهمية هذا البحث في عدة جوانب:

1. تعزيز الفهم القانوني: يساعد البحث في توضيح المفاهيم القانونية المرتبطة بعقود الاستثمار، مما يسهم في تحسين الفهم لدى المستثمرين وصناع القرار.
2. تقديم رؤى عملية: يوفر البحث توصيات عملية لتحسين بيئة الاستثمار وجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية.
3. تحليل التحديات: يستعرض البحث التحديات التي تواجه عقود الاستثمار، مما يساعد في تطوير استراتيجيات فعالة للتعامل معها.

### إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في تحديد مدى وضوح التعريفات القانونية لعقود الاستثمار الدولية وكيفية تمييزها عن العقود الأخرى. هل يمكن اعتبار هذه العقود كعقود خاصة، أم أنها تخضع لمعايير قانونية عامة؟ وما هي التحديات التي تواجه الاستثمار الدولي في ظل القوانين الوطنية والدولية؟

### منهجية البحث

يتبنى هذا البحث منهجًا تحليليًا يستند إلى دراسة النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار. سيتم استخدام أسلوب المقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية لتسليط الضوء على التجارب الناجحة والتحديات التي تواجهها الدول في تطبيق عقود الاستثمار. كما سيتم تحليل الآراء الفقهية والدراسات السابقة لتقديم صورة شاملة عن الموضوع.

### هيكلية البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: التعريف بعقود الاستثمار الدولية

المبحث الثاني: التوصيف القانوني لعقود الاستثمار الدولية وخصوبيتها



## المبحث الأول

### التعريف بعقود الاستثمار الدولية

تُعَدُّ عقود الاستثمار مورداً مهماً، إذ تعود عقود الاستثمار بفوائد اقتصادية وتنموية قد تعجز عن تحقيقها موارد الدولة بقطاعها العام والخاص، لذلك فقد سعت الدول وخاصةً الدول النامية جاهدةً للحصول على أكبر قدر من الاستثمارات بما يخدم أهدافها الاقتصادية، إذ تقدم هذه الدول المزيد من الفرص والضمانات والمزايا والإعفاءات لجذب الاستثمارات<sup>(1)</sup>.

إنَّ الاستثمار من المصطلحات الشائعة لدى فقهاء القانون والاقتصاد عموماً، إلا أنه ثور العديد من الخلافات حول مفهوم هذا المصطلح وما يثيره مدلوله القانوني، لذلك لا بد من تحديد المفهوم القانوني الدقيق للمقصود من الاستثمار، مع التعرّيج على واقعه الاقتصادي، حيث تعددت التعريفات التي أرادت أن تعطي مدلولاً واضحاً لتعريف عقد الاستثمار.

### المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار الدولي

اختلفت الآراء حول تعريف عقد الاستثمار الدولي، إذ لا يوجد تعريف متفق عليه سواء على الصعيد القانوني أم الصعيد الاقتصادي، ويعود ذلك إلى التداخل بين الناحية الاقتصادية والقانونية من جهة، والناحية السياسية من جهة أخرى فيما يتعلق بعقود الاستثمار الدولي، إذ يدخل في عقد الاستثمار الدولي العديد من الاعتبارات التي لا بدّ من مراعاتها.

وبناءً عليه سنقوم في هذا الفرع بدراسة تعريف عقد الاستثمار الدولي من خلال تقسيمه إلى: التعريف الفقهي لعقود الاستثمار الدولي (أولاً)، والتعريف الدولي والوطني لعقود الاستثمار الأجنبية (ثانياً).

**أولاً: التعريف الفقهي لعقود الاستثمار الدولي:** لا يمكن النظر لعقد الاستثمار الدولي من الناحية القانونية الخالصة، وإنما لا بدّ من مراعاة الناحية الاقتصادية التي يتضمنها، ومن هذا المنطلق تعددت التعريفات التي تطرقت للاستثمار الدولي، إذ لم يتفق الفقهاء على تعريف جامع مانع لعقود الاستثمار الدولية، فقد عرّف البعض الاستثمار بأنه: "حركة انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة

(1) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص39.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

المضيفة للاستثمار، يهدف المستثمر الأجنبي من خلالها تحقيق الربح، بينما تسعى الدولة المضيفة للاستثمار لزيادة انتاجها وتحقيق تعزيز تنميتها الاقتصادية<sup>(1)</sup>.

وهناك من عرّف الاستثمار بأنه: "انتقال أحد عوامل الانتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستقلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويقصد تحقيق ربح نقدي متميز".

بينما عرّف آخرون الاستثمار بشكل واسع، إذ تمّ تعريفها بأنها: "جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول مع بعضها البعض، سواء كانت أموالاً قصيرة أم طويلة الأجل، ويغلب عليها طابع الاستمرار، ومصحوبة ببنية إعادة تحويل رأس المال مع عائدته في صورة (ربح أو فائدة أو حصص)، إلى موطنه الأصلي.

والجدير بالذكر أنّ عقد الاستثمار لم ترد له تسمية خاصة في القانون المدني، وبالتالي فإنّ عقد الاستثمار لا يعدو أن يكون اتفاقاً مبرماً بين طرفين أو أطراف نتيجة إرادة حره لهؤلاء الأطراف وعلى قدم المساواة وفقاً لشروط لا يجوز أن تخالف النظام العام أو الآداب العامة.

وبالتالي يقصد بعقد الاستثمار الدولي، العقد الذي يترتب عليه انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة، ويستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، من خلال انشاء المستثمر الأجنبي مشروعاً تجارياً في الدولة المضيفة للاستثمار، سواء بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني، وذلك وفقاً لما تقضي به التشريعات الوطنية.

كما عرّف عقد الاستثمار بأنه: "العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، أو العقود المبرمة من الدولة، أو الهيئات التابعة لها، مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار، أو مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية، أو مشروع أجنبي، بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساعدة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية، والاجتماعية للبلاد المضيف، الذي يلتزم بذوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية.

بينما اتجه آخرون إلى تعريف عقد الاستثمار الدولي بأنه: "عقد لتوظيف الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، أو بطريقة غير مباشرة كسواء الأسهم والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها".

وعرّف أيضاً بأنه: "عملية اقتصادية يتم دراستها من قبل صاحبها، والمتمثل بالشخص الطبيعي أو المعنوي أجنبي، إذ يقوم الاستثمار على دراسة علمية، يتم من خلالها توجيه أصول مادية أو مالية أو بشرية أو معلوماتية نحو تحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في المستقبل بتدفقات

(1) أحمد عبد اللاه المراغي، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص28.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

مستمرة، بحيث تحقق قيماً تتجاوز القيم الحقيقية الحالية للأصول الرأسمالية وفي ظروف تتصف بالأمان قدر المستطاع مع استبعاد هامش مقبول للمخاطر.

واتجه آخرون إلى تعريف عقود الاستثمار بأنها: "العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية للبلاد، أي أن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تكون الدولة التي تقوم بإبرامها مع شخص من الأشخاص التابعين للقانون الخاص سواء كانوا اشخصاً طبيعية او معنوية والتي ترتبط بالنشاطات التي تدخل ضمن البرامج التنموية للبلاد.

كما عُرِّفت بأنها: "اتفاق مكتوب تلزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة بإنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد المصنف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية، وكما تعتبر كل العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار<sup>(1)</sup>، أما القانون اللبناني رقم 360 في 16 آب 2001 يسمى قانون تشجيع الاستثمارات في لبنان ولم يتضمن بين نصوص مواد الأثنين والعشرين تعريفاً للاستثمار الأجنبي.

كما عرفت عقود الاستثمار بأنها: "عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارته خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية إذ انه الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومثناة لها طابع الدوام.

كما عرف عقود الاستثمار بأنها: "عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعاً من التعاون الطويل المدة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة"<sup>(2)</sup>.

ثانياً: **التعريف الدولي والوطني لعقود الاستثمار الدولية:** حاولت اتفاقيات الاستثمار وضع تعريف لعقود الاستثمار، بوصفها مصدراً من المصادر الأصلية للقانون الدولي، وذلك لأهميتها المتزايدة في العلاقات الدولية، ورغم ذلك نجد أن قواعد القانون الدولي العرفية وأحكام المحاكم الدولية، جاءت خالية من تعريف محدد، فمثلاً لم تُعرف محكمة العدل الدولية الاستثمار على الرغم من ذكره عدة

(1) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 12.

(2) هوشيار معروف كاكاملولا، الاستثمارات والأسواق المالية، الطبعة الأولى، دار صفاء عمان، الأردن، 2003، ص 17.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

مرات في قضايا مختلفة، إلا أن أحد قضاة المحكمة عرفه في رأيه الانفرادي، بقوله: "إنه تخصيص الأموال لنشاط إنتاجي.

هذا وتتفاوت الاتفاقيات الدولية في موقفها من تعريف الاستثمار، فبعضها لا يتبنى تعريفاً مباشراً، ومنها اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن **ICSID**، فص المادة (25) من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز الموضوعي، لم تتضمن تعريفاً للاستثمار.

ويفسر الإغفال المتعمد في عدم وضع تعريف للاستثمار بالطبيعة الاختيارية للاتفاقية التي تسمح بقدر كبير من حرية الاختيار للأطراف المتنازعة في تحديد أنواع المنازعات التي يرغبون في عرضها على المركز.

في حين تبنى بعض الاتفاقيات في نصوصها تعريفاً للاستثمار، مثل اتفاقية تأسيس الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وانتمان الصادرات، فقد تضمنت الأخيرة تعريفاً موسعاً للاستثمار، إذ جاء في مادتها الخامسة عشرة بالفقرة الأولى أن "الاستثمارات الصالحة للضمان تشمل كافة الاستثمارات، سواء الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات، وفروعها، ووكالاتها، وملكية الحصص والعقارات واستثمارات الحافظة، بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات، أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر مجلس المؤسسة على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين.

أما في الاتفاقيات الثنائية فيتم تحديد مفهوم الاستثمار عادة بطريقتين: الأولى طريقة الإحالة إلى قانون الدولة المضيفة، حيث تتضمن بعض المعاهدات الثنائية قائمة مطولة على سبيل المثال لا الحصر بالأصول الاقتصادية التي يمكن أن تشكل استثماراً وفق أحكام القانون الداخلي للدولة التي تستضيف هذه الأصول على أرضها.

ونلاحظ من هذه الطريقة أن تطبيق الاتفاقية لا يأتي من مجرد لاطلاع على نصوصها، بل يجب الإحاطة بالتشريعات الداخلية المتعلقة بالاستثمار في الدولة المضيفة، ومن الطبيعي أن تتباين مواقف التشريعات الوطنية في هذا الشأن تبعاً لاختلاف الأوضاع المساندة في كل دولة، ودرجة اعتمادها على الاستثمار. وتمتاز هذه الطريقة بأنها تعطي الدولة المضيفة حرية اختيار النوع المناسب والملائم من الاستثمار.

أما التشريعات العراقية بشأن الاستثمار فجاءت خالية من تعريف للاستثمار كما هو الحال في قانون الاستثمار العربية رقم (46) لسنة 1988 الملغى<sup>(1)</sup>، وقانون الاستثمار العربي رقم (62) لسنة 2002 الملغى، وبعد عام 2003 أصدرت سلطة الائتلاف المؤقتة الأمر رقم (39) في 12 سبتمبر 2003 بخصوص الاستثمار الأجنبي الذي اكتفى بإيراد تعريف للاستثمار الأجنبي فقط.

(1) جريدة الوقائع العراقية، العدد 3199 الصادر بتاريخ 25/4/1988، ص474.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

حيث جاء فيه: "تعني عبارة (الاستثمار الأجنبي) الاستثمار من قبل مستثمر أجنبي في أي من الأصول الموجودة في العراق، بما في ذلك الممتلكات المادية وغير المادية، وحقوق الملكية المتعلقة بها، والأسهم، وغيرها من أشكال وصكوك المشاركة في الكيان التجاري، كما تعني حقوق الملكية الفكرية، والمعرفة، والخبرة التقنية، باستثناء ما يحده النص الوارد في القسم الثامن (8) من هذا الأمر".

وبصدور قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 النافذ، أورد المشرع العراقي تعريفاً موسعاً للاستثمار، حيث عرفت المادة (1) الفقرة (ن) الاستثمار بأنه "توظيف رأس المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد".

## المطلب الثاني: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن العقود الأخرى

يمكن تمييز عقد الاستثمار الدولي عن بعض العقود المشابهة له، وبناءً عليه سنقسم هذا الفرع إلى: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الأشغال العامة (أولاً)، وتمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد التأجير التمويلي (ثانياً)، وتمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقود التوريد (ثالثاً)، وتمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الإيجار (رابعاً)، وتمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الإعارة (خامساً).

**أولاً: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الأشغال العامة:** عُرِفَ عقد الأشغال العامة بأنه: "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد (في الغالب مقاول أو شركة مقاولات) بقصد بناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية وتحقيقاً لمنفعة عامة (1)، كما عُرِفَ بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد أفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة بالعقد"، وعُرِفَ أيضاً بأنه العقد الذي تتفق فيه الإدارة مع أحد المقاولين على إنشاء أو ترميم أو صيانة منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص عن عقد المعنوية العامة.

وبناءً عليه يمكن القول بأن الاختلاف بين عقود الاستثمار الدولية وعقود الأشغال العامة، يتمثل بما يلي:

1. يتمحور موضوع عقد الأشغال العامة على القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مان في عقار لحساب الشخص المعنوي العام، وليس بالضرورة أن تقتصر الأشغال العامة على الإنشاءات الجديدة، بل تتعدى إلى القيام بأعمال الصيانة مثل التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وعلى خلاف ذلك

(1) مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص 125.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

يكون عقد الاستثمار التي يكون موضوعها توظيف المال المستثمر في إنشاء وتشبيد أو تطوير أحد المرافق العامة واستغلاله بعد ذلك بمدة محددة.

2. إنَّ المقابل في عقد الأشغال العامة ينفذ الأشغال موضوع العقد لحساب الجهة الإدارية طبقاً للمواصفات المتفق عليها، ولا يقدم أية خدمة للجمهور أو يستغل المشروع، الأمر الذي يظهر معه أنَّ عقود الأشغال العامة تفقد عنصرى المدة وتقديم خدمة عامة للجمهور المنتفعين من ذلك، أما المستثمر في عقد الاستثمار فيتولى إدارة المشروع بعد الانتهاء من إنشاء المرفق لمدة محددة من الزمن يتم تحديدها بعدد من السنين ، وتتوقف على جملة من العوامل مثل العمر التشغيلي للمرفق، والفترة التي تحتاجها شركة المشروع لتسديد ديونها واستهلاك استثماراتها الأولى.

وقد أخذ قضاء مجلس شورى الدولة اللبناني، عن التوجه الرافض للتحكيم في العقود الإدارية، وقضى بالموافقة على إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي في قضية تتعلق بتنفيذ عقد أشغال عامة وقته المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات مع تحالف بين شركتين إحداهما لبنانية والأخرى أجنبية، وقد تنازل التحالف عن العقد لشركة لبنانية تدعى "فينسا اير رنتا".

3. في عقد الأشغال العامة يقوم المقابل أو المتعهد بالتزاماته تجاه الإدارة وذلك مقابل الأجر المتفق عليه في العقد، حيث تكون الأخيرة ملزمة بالدفع له حال تنفيذ العمل بالشكل المطلوب وانقضاء فترة الضمان، ويمكن أن يكون المقابل مقابلاً غير نقدي من الممكن تقيمه بالمال، والصورة تختلف في عقد الاستثمار، حيث يتولى المستثمر إنشاء المرافق على حسابه دون أن يتقاضى أي أموال من الدولة المضيفة، ما يساهم في تعزيز التنمية الاقتصادية من خلال جذب الأموال من الخارج (1).

ثانياً: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الأشغال العامة: يمكن القول بأنَّ الاختلاف بين عقود الاستثمار الدولية وعقد الأشغال العامة، يتمثل بما يلي:

1. إنَّ المستأجر في عقد التأجير التمويلي يبرم العقد كنوع من أنواع تمويل المشروعات بقيمته، تحقيقاً لمصلحته الشخصية، بعكس الاستثمار، حيث يقوم المستثمر بإنشاء المشروع وإدارته خلال مدة كافية لأن يستهلك المستثمر ما أنفقه في سبيل إنشاء المرفق، وصيانته، وتحقيق فائض معقول من الربح

2. إنَّ شركة المشروع في نظام الاستثمار تقوم بتشبيد المرفق على مسؤوليتها، متحملة مخاطره المختلفة، ثم بعد اكتمال المرفق تقوم باستغلاله خلال فترة زمنية معينة متفق عليها في العقد، بحيث تكون كافية لتغطية نفقات المشروع، ثم تنتقل ملكية المشروع ممن قام بإنشائه إلى الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، أما في نظام التأجير التمويلي، فغالبا يكون الطرف الأول هو الذي ينشئ المشروع، ثم يقوم بتأجيره إلى المستأجر.

(1) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 297 وما يليها.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

**ثالثاً: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد التوريد:** يقصد بعقد التوريد هو "العقد الذي يبرم بين أحد أشخاص القانون العام وبين إحدى الشركات أو أحد الأفراد يطلق عليه اسم المورد، ويكون موضوعه توريد مواد منقولة من أي نوع مقابل جعل مادي"، وعقد التوريد يقابل عقد البيع في القانون الخاص، وينصّب إلى نوع من أنواع المنقولات، كمواد الوقود، وأدوات المكاتب، والمواد الغذائية، والآلات والمعدات، وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر، فيسري على كل من العقدين نظامه القانوني.

وبناءً عليه يمكن القول بأن الاختلاف بين عقود الاستثمار الدولية وعقد التوريد، يتمثل بما يلي:

1. إن عقد التوريد يقوم بموجبه المتعهد بتوريد منقولات، كالآلات والمعدات وغيرها، للشخص المعنوي مقابل ثمن معين، في حين يتضمن الاستثمار توظيف مال المستثمر في شراء الآلات والمعدات أو المواد الأولية دون أن تتحمل الدولة المضيفة تكاليف مالية

2. إن موضوع عقد التوريد يكون منصبا على الأشياء المنقولة، في حين ينصب عقد الاستثمار على أموال منقولة كتوظيف الأموال في الإنتاج بشراء الآلات والمعدات اللازمة للمشروع، كما يتضمن أموالاً غير منقولة كتشييد المطارات والموانئ وغيرها (1).

3. تنقضي عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها، وتنقضي عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد، ولا جديد في هذا الخصوص إلا فيما يتعلق بالنظام القانوني المقرر لاستلام البضائع الموردة، وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار، أما في عقد الاستثمار فلا يكون تسليم المشروع للدولة المضيفة عند جلب الآلات والمعدات الخاصة أو الانتهاء من إنشائه، بل تمنح للمستثمر الإدارة واستغلال هذا المرفق لمدة كافية لأن يستهلك المستثمر ما أنفقه في سبيل إنشاء المشروع وتحقيق فائض من الربح.

**رابعاً: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الإيجار:** عرّف القانون العراقي عقد الإيجار بأنه: "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"، وبناءً عليه يمكن تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الإيجار بما يلي:

في حال انصرف العقد إلى مال منقول متقوم وحده، وإن كان قد وضع هذا المال في عقار أو جزء منه فالعقد يكون هنا في الغالب عقد استثمار، لأن محله هو المال المنقول لا العقار ومن المثال على ذلك مدينة الألعاب حيث الألعاب المتنوعة الموضوعية في أرض فضاء مسورة فالعقد الذي ينصرف إليها يكون المقصود منه استثمار تلك الألعاب ومن ثم فالأرض الفضاء التي تحوي مدينة الألعاب تعد جزءاً يسيراً من أجزاء ذلك المال المستثمر (2).

(1) مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 128 .

(2) أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 43.

إلا أنّ الأمر ليس بهذه السهولة فقد يتوازن في العقد المال المنقول بالمال غير المنقول من حيث الأهمية، ولا يمكن التفريق بينهما، ولا يمكن حل هذا الأمر إلا من خلال خبرة القاضي وفننته الذي يميز بين العقار والمنقول ويحدد أهمية كل منهما في العقد، لأنه لا بد من التمييز بين ما إذا كان موضوع العقد عقاراً والعقار يعدّ مأجور ومن ثم يكون العقد عقد إيجار وإذا كان الموضوع متجراً أو مصنعاً فننظر إلى العقد فإذا رجحت العناصر المنقولة جميعها أو جزء منها أو حتى بعنصر واحد منها على العنصر المادي الذي هو المحل التجاري ( الموضوع ) كان العقد عقد استثمار.

أما من ناحية الأجرة، ففي عقد الإيجار لا بد من الأجرة التي يمكن أن تكون مبلغاً من النقود أو أي مال آخر، أما في عقد الاستثمار فالأمر يختلف، لأن المتعاقدين يسمون العائد المادي أجراً ولا تنصرف إليه نية المتعاقدين، فصاحب المحل التجاري الذي يضعه موضع الاستثمار عند شخص آخر يتقاضى مقابلاً، وهذا المقابل قد يكون مقطوعاً عن مدة التعاقد بكاملها وقد يكون نسبة معينة من أرباح المحل وقد يكون سنوياً أو شهرياً طوال مدة التعاقد، ويلاحظ أن هذا المقابل يكون مرتفعاً جداً إذ لا يتناسب مع قيمة العقار أي أن ذلك العائد المرتفع لا يمكن أن يكون أجراً لذلك العقار ولا يعقل بعد ذلك أن يكون العقد عقد إيجار عقار، والسبب في ارتفاع هذا المقابل أن صاحب المحل التجاري وضع محله ببضاعته وشهرته وعنوانه التجاري وسائر العناصر الأخرى موضع الاستثمار عند المتعاقد الآخر فارتفاع المقابل المادي الذي يتقاضاه المتعاقد صاحب المؤسسة التجارية يمكن أن ينهض دليلاً على أن العقد هو عقد استثمار.

ومن كل ما تقدم من مظاهر تدل على صفة العقد وفي مطلق الحالات السابقة يكون العقد عقد استثمار، هذا إذا لم يأخذ العقد صفة الشراكة ويتحول إلى عقد شركة بعد استكمال الشروط المنصوص عليها في قانون الشركات حتى يصبح شخصاً معنوياً ( شركة ).

**خامساً: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن عقد الإعارة:** الإعارة عقد به يسلم شخص إلى آخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمل بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال، وبالتالي فإن يمكن لعقد الإعارة أن يرد على مال منقول أو عقار فالمعير يمكن أن يعير سيارته للمستعير ليسافر فيها كما يمكن أن يعبر منزله للمستعير لينتفع من السكني فيه، كذلك عند الاستثمار يمكن أن يرد على عقار أو على مال منقول معاً من دون تفريق بينهما.

كما أن عقد الإعارة قد يكون محدد المدة أو بانتهاء الانتفاع من الشيء فيما أعير من أجله، أما عقد الاستثمار فيشترك مع عقد الإعارة في كونه محدد المدة وإذا لم تحدد له المدة وهذا أمر وارد فيكون إنهاؤه بإرادة المتعاقدين أو بإرادة أحدهما.

ويفترق عن عقد الإعارة في أن الأخير يقوم على التبرع بمنفعة الشيء (بلا عوض يتقاضاه المعير)، لأن العقد المذكور مقتضاه تملك منفعة فإذا اقترن العقد بعوض محدد مقطوع أو نسبي فقد صفة الإعارة، وأصبح له صفة أخرى قد يكون فيها عقد استثمار لأن الأخير يقوم على تمييز الأموال وجني الأرباح من وراء ذلك.

## المبحث الثاني

### التوصيف القانوني لعقود الاستثمار الدولية وخصوصيتها

ان الكشف عن التوصيف القانوني لعقد الاستثمار يوجب إظهار الملامح الأساسية له، التي يمكن إن تستخلص من القواعد العامة في القانون المدني، كما يمكن أن تستمد من الطبيعة الخاصة للعقد، كما يستوجب تمييز عقد الاستثمار من بعض العقود التي تشته به، حيث إن الملامح الأساسية لعقد الاستثمار تستخلص في جانب منها من القواعد العامة في القانون المدني، وتستمد في الجانب الآخر من الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار،

يعد عقد الاستثمار من العقود الرضائية التي يكفي في انعقادها تراضي المتعاقدين أي اقتتران الإيجاب بالقبول فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد ومن ثم يمكن القول ان التراضي في الأعم الأغلب من أشكال عقد الاستثمار هو ركن لهذا العقد، إن العلاقة التي تنشأ ما بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي في الأساس تحكمها وتنظمها التشريعات الخاصة بالاستثمار أي قانون الاستثمار، هذا بشكل عام على أساس أن هذا القانون يحتوي في ثناياه الضمانات والحوافز التي شجعت المستثمر الأجنبي على الاستثمار<sup>(1)</sup>، الذي في نفس الوقت هو يبحث عن الطمأنينة والحماية اللازمة للأموال المادية أو المعنوية التي يستثمرها، فلذلك يرتبط كل من الطرفين بعقد ينظم الكثير من الأمور والتي تعطي الحماية اللازمة لكلا الطرفين حيث غالباً ما نجد أن هذه العقود تحتوي من الشروط ما يضمن حقوق كلا الطرفين.

### المطلب الأول: التوصيف القانوني لعقود الاستثمار الدولية

إن عقد الاستثمار ملزم لجانبين لأنه يلقي بالتزامات متبادلة على كاهل أطرافه وغالباً ما يتم الاتفاق عليها في بنود العقد كان يتعهد المستثمر بأداء مبلغ من النقود إلى الطرف الآخر في مواعيد محددة في مقابل أن يمكن الطرف الآخر المستثمر من الأرض أو المكان الذي يستثمره الطرف الأول في مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي، ولهذا سنقوم بتوضيح الملامح الأساسية لعقد الاستثمار، ونستخلص منها الملامح الأساسية المستخلصة من القواعد العامة، بالإضافة من الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار.

(1) ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2018، ص31.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

**أولاً: الملامح الأساسية المستخلصة من القواعد العامة:** يلاحظ ان التزام المستثمر هو التزام محقق ويجب تنفيذه في الميعاد المتفق عليه في عقد الاستثمار كما هو حال التزام الطرف الآخر ونظراً لهذا التقابل في الالتزامات يكون التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، وعلى هذا الأساس إذا لم يقوم أحد طرفي العقد بالتزامه فيحق للطرف الآخر أن يمتنع عن القيام بتنفيذ التزامه كما يحق له المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى<sup>(1)</sup>.

ويعد عقد الاستثمار عقد معاوضة إذ إن كلا من طرفيه يحصل على مقابل لما أعطاه إلى الطرف الآخر ويتمثل العوض بالنسبة التي يحصل عليها كل من الطرفين من الربح الناتج من إدارة مال منقول في تجارة أو صناعة أو زراعة.

ويتميز عقد الاستثمار بأنه من العقود الاحتمالية نظراً لأن كل طرف من أطرافه لا يعرف مقدار العائد عليه من هذا العقد وقت إبرامه، كما ان الاتفاق على اقتسام الأرباح يتحقق في حالة تحقيق الربح ومن ثم لا يتوافر ربح لاقتسامه في حالة الخسارة، إذ ان المشروع يهدف إلى غاية تجارية هي تحقيق الربح، ولا يمكن القول بعد ذلك بتحقيقه في كل الأحوال والظروف فاحتمالات الكسب والخسارة واردة.

تأخذ الاستثمارات الدولية شكل الاستثمار في حافظة الأوراق المالية، ويقصد به "الاكتتاب في السندات أو الأسهم التي تصدره الدولة أو المشروعات التي تقام بها"، فالبلدان النامية تستطيع الحصول على رأسمال الأجنبي من خلال إصدار سندات ذات قيمة معينة، وبسعر فائدة معين، في أسواق رأسمال الدول المتقدمة، مع التزام الدولة المصدرة للسند بالوفاء بقيمته عند حلول أجل استحقاقه مع الفائدة المستحقة عليه، أو من خلال طرح الدول النامية نسبة من أسهم الشركات والمشروعات المزمع إنشاؤها للاكتتاب فيها، ويعلم الأفراد والمؤسسات الخاصة، من أجل الحصول على رأس المال الأجنبي<sup>(2)</sup>، وقد نصت المادة (12) من قانون شركات الاستثمار الخاص اللبناني في قواعد الاستثمار على:

" أولاً: يحدد الصك التأسيسي قواعد الاستثمار والالتزام بالنسبة للشركة، وذلك مع الالتزام بالقوانين والأنظمة الأمرة.

ثانياً: دون المساس بمضمون المادة الثانية من هذا القانون، ومع مراعاة الأحكام المرعية الإجراء في لبنان، يجوز أن تتضمن أصول الشركة استثمارات في شركات استثمار خاص أخرى لبنانية أو أي شركات أو هيئات أجنبية ذات موضوع مشابه لموضوع شركات الاستثمار الخاص اللبنانية".

(1) محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة في الالتزامات، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص21.

(2) نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 56.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

يتأثر الاستثمار بسياسة البلدان المضيفة وقواعدها العامة، وتتضمن هذه السياسة مجموعة من الحوافز والقيود المفروضة عليه وكذلك الأنظمة والقوانين المتعلقة بالملكية والتسهيلات الممنوحة، حيث أنها بالرغم من أن الحوافز ليست المحدد الرئيسي لقرارات موقع الاستثمار الأجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع التنافس بين البلدان وسعيها إلى جذب الاستثمار والمحافظة عليه من خلال الحوافز، التي أصبحت مع زيادتها ظاهرة منتشرة وقوية.

**ثانياً: الملاح الأساسية المستمدة من الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار:** إن أبرز الملامح الأساسية التي يختص بها عقد الاستثمار والمستمدة من الطبيعة الخاصة له هي الصفة الدولية لهذا العقد، وبغية إثبات تلك الصفة نقول ان فقه القانون الخاص درج على تعريف العقد الدولي بأنه: العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً.

يشير الفقه إلى انقسام العقود الخاصة إلى العقود الدولية والعقود الوطنية والعقود شبه الدولية، فالقاضي الوطني عندما ترفع الدعوى أمامه يحتاج للوصول إلى القانون الواجب التطبيق لتحديد طبيعة العقد موضوع الدعوى فإذا تبين انه من العقود الوطنية طبق القانون الوطني على الدعوى أما إذا كان من العقود الدولية فيطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، ويمكن له الاستعانة بالحلول المباشرة التي تقدمها القواعد القانونية التي يعرضها بعض الفقه التي تطبق على العقود الدولية وتوصف بأنها مباشرة وواجبة التطبيق التي تسمى القانون الدولي الخاص المادي وتوجد في الاتفاقيات الدولية والأعراف وتتميز بأنها تقدم حلولاً مباشرة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

ان الملاحظ في نطاق جهود القضاء الفرنسي، أن الأخير لم يكثر بتحديد ميزات العقود الدولية وخصائصها على النحو الذي يتناسب مع أهميتها الخاصة بل يقف عند الحد الذي يشير فيه إلى القانون الواجب التطبيق عليها فقط.

هناك جانبين لفكرة العقد الدولي، حيث يرى جانب ان من العسير الإلمام بمقصود العقد الدولي والخصائص التي تميزه إذ انه لا يمكن التوصل إلى تعريف مانع جامع لكل العقود الدولية أي ينطبق على العقود الدولية، اما الجانب الثاني، نجد ان الإلمام بالمقصود بالعقد الدولي يعتمد على معايير خاصة أهمها المعيار القانوني الذي يضيء الصفة الدولية على العقد إذا كان احد عناصره أجنبياً كأن يكون أطرافه أو محله أو مكان تنفيذه.

إن التعلق بالمصالح التجارية الدولية هو ما يوصف بالمعيار الاقتصادي لإضفاء الصفة الدولية للعقد، وتطور الأمر إلى الحد الذي قال به بعض من الفقه ان القضاء الفرنسي يكتفي بالمعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد والاستغناء بطبيعة الحال عن المعيار القانوني الذي يعتمد العنصر الأجنبي في العقد لإعطائه الصفة الدولية، ومن ثم نرى القضاء السابق يقرر عدم دولية بعض العقود بالرغم من احتوائها على العنصر الأجنبي مادامت لم تخرج من النطاق الوطني<sup>(1)</sup>.

(1) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص145.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

نستنتج أن دخول رؤوس الأموال المستثمرة وخروجها عبر الدول يؤكد ان العقد الذي انتقلت بموجبه يتضمن عنصراً أجنبياً ومن ثم يكون ذا صفة دولية اعتماداً على المزج بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ولا يشترط بعد ذلك اقتصار الصفة الأجنبية على أطراف العقد.

يمكن القول استناداً إلى الصفة الدولية للعقد أنه لا يمكن ان تعتمد على المعيار القانوني فقط بل تحتاج إلى المعيار الاقتصادي، إذ ان العنصر الأجنبي في العقد (المعيار القانوني)، قد ينصرف إلى عنصر قليل الأهمية في العقد، حيث انه لا يمكن التعويل عليه لإضفاء الصفة الدولية على العقد بل نحتاج إلى تعلقه بالتجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) لإتمام هذا الوصف، وهذا الأمر الذي يستوجب إدخال العقد إلى مختبر التحليل القانوني لتحديد نسبة أهمية كل جزء من أجزائه ومن ثم إذا كان هذا العنصر جوهرياً فيه وكان أجنبياً وصف العقد بالصفة الدولية تبعاً لذلك، لم يتعرض القانون العراقي للعقد الدولي، فالقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل لم يتطرق إلى تعريف العقد الدولي وكل ما جاء في هذا القانون هو نص المادة (25) التي نصت على:

" 1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه، 2- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه".

ومن المادة المذكورة أعلاه يتبين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان وهذا يعني ان المشرع العراقي قد ترك مسألة تحديد مفهوم العقد الدولي ومعيار دوليته لاجتهاد القضاء، والملاحظ في ظل تطبيقات القضاء العراقي في هذا المجال أنها نادرة أو تكاد تكون معدومة، وقد أصدرت المحكمة في القضية التي تتعلق بعقد دولي بين شركة سويسرية لإنتاج مكائن الطباعة ووزارة التربة العراقية ولما لم تقم الشركة المذكورة بالتجهيز في الموعد المحدد طالبت وزارة التربة بالفسخ مع التعويض.

وفي رأي أن المستثمر الوطني أو المستثمر الأجنبي هو من يبرم عقد الاستثمار، وبالتالي قد يقوم بين طرفين من جنسيات مختلفة أو بين الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها مع مستثمر أجنبي وهو تطبيق واضح للمعيار القانوني بتضمين العقد عنصراً أجنبياً وهو أحد أطرافه في الفرض السابق فضلاً عن المعيار الاقتصادي وهو عبور رؤوس الأموال المستثمرة إلى الدولة المضيفة للاستثمار.

يضاف إلى ذلك أن محل عقد الاستثمار وهو المال المستثمر ذو صفة دولية ومن ثم يكون عقد الاستثمار متضمناً عنصراً أجنبياً آخر ألا وهو المحل، وهنا نقول انه إذا كان من المستحب خلع الصفة الدولية على العقد إذا كان متضمناً عنصراً أجنبياً بشرط أن يكون هذا العنصر من الأهمية بما يتناسب وعلو صفته الأجنبية على الصفة الوطنية لعناصر العقد الأخرى يكون من الواجب إذن إعطاء الصفة الدولية لعقد الاستثمار لكونه يتضمن أكثر من عنصر أجنبي.

كما يتجه إلى إخضاع العقود الدولية إلى أحكام القانون الدولي، والعقود الوطنية إلى القانون الوطني، والعقود شبه الدولية إلى أحكام القانون الدولي أيضاً بما لها صفة شبه دولية، كما ان الفرد بوصفه من

أشخاص القانون الداخلي أصبح يتمتع بالشخصية الدولية على وفق التطور الحاصل في القانون الدولي العام.

وسنرى لاحقاً إمكانية المستثمر مطالبة الدولة المضيفة للاستثمار: بجميع الحقوق التي حرم منها بصورة جوهرية على استثماره نتيجة اتخاذ تلك الدول بعض الإجراءات بنفسها أو عن طريق الوساطة تؤدي إلى تلك النتيجة سواء أكانت تلك المطالبة عن طريق دولته التي ينتمي لها جنسيته أو عن طريق المطالبة الشخصية أمام محاكم تلك الدولة، ويضاف إلى ذلك (شرط الدولية) الذي يضمن في عقود الاستثمار في الأعم الأغلب من الحالات الذي يقضي بخضوع العقود (الاستثمار) إلى أحكام القانون الدولي وليس لأحكام القانون الداخلي.

ونعتقد مع الجانب الآخر من الفقه بإخراج العقود شبه الدولية من دائرة أحكام القانون الدولي وإخضاعها لأحكام القانون الداخلي. لان الفرد لا يمكن أن يكون من أشخاص القانون الدولي العام، إذ يبقى يدور في فلك الأشخاص القانونية الخاصة.

كما أن فكرة الحماية الدبلوماسية ليس من شأنها بحسب تصورنا ورأي راجح، إضفاء الصفة الدولية على هذه العقود، إذ إن تلك الفكرة ما هي إلا سلطة تقديرية تتمتع بها الدولة ولهذا فأنها لا تصلح ان تكون أساساً تبنى عليه المبادئ القانونية.

وندعم رأينا السابق باستقرار القضاء الدولي على عدم الاختصاص بفض المنازعات بشأن العقود المبرمة بين الدولة وأشخاص القانون الداخلي، كما أن مقتضى (شرط كالفو) في بعض عقود الاستثمار إخضاعها لأحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومن ثم نرى إخضاع عقد الاستثمار إلى القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، حيث يقوم التحكيم بفض النزاع في بعض الحالات التي نص عليها القانون، والتي يقتصر فيه دور المحكم على محاولة اجراء المصالحة بين المتخاصمين دون أن يتعدى ذلك الى اصدار قرار ملزم لهما، ففي لبنان نص قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة (762) على انه: "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري او المدني المبرم بينهم، بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم، جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره"

## المطلب الثاني : خصوصية الأحكام المتعلقة بأركان عقد الاستثمار

إن عقد الاستثمار محكوم بالقواعد الخاصة في القانون الذي ينظم الاستثمار إضافة إلى القواعد العامة في القانون المدني، ويفهم من تلك القواعد انه لايد لانعقاده من توافر تراض لطرفيه، ومن أن ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب الآثار القانونية عليه، ولما كانت تلك الإرادة لا تصدر الا لهدف ما لذا يكون ركنا آخر من أركان عقد الاستثمار (السبب)، لكن عقد الاستثمار يتميز بخصوصية من حيث الأركان تضاف إلى القواعد العامة.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

ومن هنا يكون لزاماً علينا توضيح تلك الخصوصية، من خلال التوضيح وتبسيط الضوء على الفقرات، نبحث في الأول التراضي في عقد الاستثمار، وناقش في الثاني المحل في عقد الاستثمار، ونحاول في الثالث الكشف عن السبب في عقد الاستثمار.

**أولاً: التراضي في عقد الاستثمار:** يعد التراضي ذا أهمية بالغة لأي عقد ولهذه الأهمية فقد نظم مفصلاً ووضع له من الشروط والقيود ما يضمن بها صدوره بشكل واع مختار صحيح غير معيب مشيد بذلك صرح نظرية متكاملة في عيوب الإرادة التي بمقتضاها يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيباً من تلك العيوب نقض هذا العقد.

المقصود بالرضا من الناحية القانونية، هو "اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني قد يكون هذا التراضي مشروطاً بأن يكون على صيغة معينة فتكون شكلية هنا ركناً في العقد<sup>(1)</sup>. ولكن يجب القول إن الرضا وحده لا يكفي لإنشاء العقد، بل يجب أن تكون هناك إرادة صحيحة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة وأن تتطابق هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر مطابقة تامة. ولا يكون هذا إلا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي يشتمل عليها العقد.

**ثانياً: المحل في عقد الاستثمار:** المحل يكون من حيث الأصل شيئاً والشئ هو كل ما لا يعد شخصاً وله كيان ذاتي منفصل عن الإنسان ويكون هذا الكيان مادياً يدرك بالحس أو معنوياً يدرك بالتصور وهكذا فإن الشئ إما مادي أو معنوي، والشئ في نظر القانون هو ما يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية، ومن ذلك نص المادة (61) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، حيث نصت المادة على أنه: "1- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

وضع المشروع بهذه المادة أساس التفريق بين الأشياء والأموال فبين أن الشئ غير المال، وأنه (أي الشئ) لا يعدو أن يكون محلاً للحقوق المالية بشرط ألا يكون خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون<sup>(2)</sup>.

وهكذا يمكن عد قابلية الشئ للتعامل فيه شرطاً في الشئ، كما يمكن عد هذه القابلية أساساً لتقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها وتكون هذه الأخيرة كغيرها من الأشياء إلا أنه لا يجوز أن تترتب عليها حقوق مالية.

(1) عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت، 1998، ص148.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022، ص7.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها متنوعة. فمنها الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق، ومنها الحقوق العينية التبعية كرهن التامين والرهن الحيازي وحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسلّم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه وحق المستأجر في تسلّم العين المؤجرة وتمكينه من الانتفاع بها، وحق المؤجر في استردادها وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية.

يتبين مما تقدم أن الأشياء تنقسم مبدئياً إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية والأصل في الأشياء أن تكون مادية كالأراضي والمباني والآليات والمواشي والمحاصيل، أما الأشياء غير المادية فهي نتاج العقل البشري من تأليف أدبي أو إنتاج فني ومن اختراعات قابلة للاستغلال الصناعي التي يحميها القانون بمنح براءات لها والأسماء والعناوين التجارية.

وتقول الفقرة الثانية من المادة (70) من القانون المدني العراقي بهذا الصدد: " 2- ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة"، وهكذا فإن التمييز بين الشيء وبين ما يرد عليه من حقوق هو التمييز نفسه الشيء والمال، فالمال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، والشيء هو محل هذا الحق.

وبهذه المثابة يكون محل عقد الاستثمار هو المال المستثمر الذي قد يختلط أحياناً بعملية الاستثمار كلها إذ إن مصطلح المال المستثمر يستعمل في التعبير الشائع للدلالة على معنيين:

الأول: طوائف المال المراد استثمارها (المال في حالة سكونه).

الثاني: ويقصد به الاستثمار عينه (المال في حالة حركة أي استخدامه الاستثماري). بوصفه الوعاء الاقتصادي الذي يجمع عناصر عدة لغرض تحقيق مردود اقتصادي فضلاً عن ان هذا الوعاء يعد مالا، في حين أن لمصطلح الاستثمار معنيين أيضاً:

1- وهو يجسد عملية معينة تقع على مال معين (كإنشاء مشروع جديد أو تملك مشروع قائم).

2- وينصرف إلى المال الناتج من هذه العملية.

وإذا كانت الأموال التي يقع عليها الاستثمار تمثل المحل الذي يقع عليه إلا انه عدم الخلط بينهما. (1) ينبغي مع ذلك، وتبدو الأهمية الخاصة لعدم الخلط هذه في أن المال المستثمر كركن من أركان عقد الاستثمار (المحل) قد يكون أجنبياً ومع ذلك يمكن للهيكل التنظيمي الذي يعمل على استثمار ذلك المال أن يكتسب الصفة الوطنية إذا ثبتت السلطة الفعلية عليه للمواطنين.

على ان القانون العراقي لم يتعرض لبيان ماهية المال المستثمر بخلاف القوانين المقارنة ولعله ترك تلك المهمة لجهود فقه القانون الخاص، ولا غبار في القول بعد ذلك بأن المال المستثمر في نطاق القانون العراقي هو ما يستثمره المستثمر من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في العراق

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

ولا يمثل القول السابق في الأعم الأغلب من الحالات خروجاً عن ماهية المال المستثمر في القوانين المقارنة.

**ثالثاً: السبب في عقد الاستثمار:** يؤكد الفقه أن الالتزام الناشئ عن العقد الملزم للجانبين يجب أن يكون له سبب، أي غاية يهدف إليها المتعاقد من وراء التزامه، وهذا هو السبب القصدي الذي أخذت به النظرية التقليدية في السبب. إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد فقد انتقد فريق من الفقهاء هذه النظرية محاولين أن يقيموا على أنقاض هذه النظرية نظرية ذاتية للسبب تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد<sup>(1)</sup>.

وإذا لم يكن هناك سبب للالتزام فلا يقوم الأخير، ومن ثم يكون العقد باطلاً، على أنه يجب التمييز في نطاق النظرية التقليدية في السبب بين السبب الإنشائي أو المنشئ والسبب الدافع والسبب القصدي، فالسبب المنشئ هو المصدر القانوني الذي نشأ عنه الالتزام ومصادر الالتزام كما هو معلوم العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون.

أما السبب الدافع فهو الباعث الذي دفع المدين إلى ترتيب الالتزام في ذمته، أي أنه الغرض غير المباشر والبعيد الذي يريد الملتزم أن يحققه بعد أن يتحقق السبب غير القصدي (الغرض المباشر).

يوجب القانون أن يكون لكل التزام سبب مشروع ولكنه لم يشترط أن يذكر في العقد، وإنما يفترض القانون وجوده ومشروعيته ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

**أ- النظرية التقليدية للسبب:** يرى أصحاب النظرية التقليدية أن السبب هو الغاية أو القصد المباشر. وبناءً على هذا الأمر ففي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد التحكيم نرى أن السبب في التزام كل من الطرفين هو التزام الطرف الآخر، وعليه فإن السبب وفق هذه النظرية في عقد التحكيم، هو امتناع كل طرف من الأطراف عن اللجوء إلى القضاء والالتزام بعرض النزاع على هيئة التحكيم، حيث يتميز السبب بأنه شيء داخلي في العقد ويعد عنصراً من عناصره كما أنه شيء موضوعي.

**ب- النظرية الحديثة للسبب:** أما النظرية الحديث فتتطرق إلى السبب على أنه الباعث والدافع إلى التعاقد. ولهذا فالسبب هنا يعدّ أمراً نفسياً يختلف من شخص إلى آخر، حيث يتحدد في الحصول على الربح فغاية ما يطمح المستثمر إلى تحقيقه هو الربح وكذلك الطرف الآخر في عقد الاستثمار حتى لو كان الدولة أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة فهي وإن كانت تسعى لدعم حركة التنمية الاقتصادية فلا يكون ذلك بمعزل عن الربح في بعض الأحوال، وبالرجوع إلى التشريع العراقي نجد أن المشرع العراقي قد ذكر السبب في القانون المدني دون أن يرجح إحدى النظريتين مما جعل بعض الفقه العراقي يذهب بالقول إلى أن ما اراده المشرع من خلال الصياغة المرنة لنص المادة (132) هو أن يشمل النظريتين معاً بغية أن يكون القضاء في حرية لتكوين موقفه على أي من النظريتين، إلا أنه

(1) احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني- الكتاب الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002، ص213.

عقود الاستثمار الدولية التعريفات و الخصومات الدولية و التحديات

على ما يبدو قد ظهر ما يدل على ميل القضاء إلى النظرية الحديثة من خلال ما أصدرته محكمة التمييز بقولها أن السبب في القانون هو الباعث على التعاقد.



## خاتمة

تُعتبر عقود الاستثمار الدولية أداة حيوية لتحقيق التنمية الاقتصادية وتعزيز النمو في الدول، خاصةً النامية منها. من خلال استعراض التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار، وتمييزها عن العقود الأخرى، وبيان الخصوصيات القانونية المرتبطة بها، يتضح أن هذه العقود ليست مجرد اتفاقات تجارية، بل تتضمن أبعادًا قانونية واقتصادية وسياسية معقدة.

### النتائج

- 1- يُظهر البحث أن التعريفات القانونية لعقود الاستثمار الدولية متعددة، ولا يوجد تعريف موحد يشمل جميع الجوانب، مما يعكس تعقيد هذا المجال.
- 2- تتميز عقود الاستثمار الدولية بخصائص قانونية فريدة، تجعلها تختلف عن العقود الأخرى مثل عقود الأشغال العامة وعقود الأيجار، مما يستدعي فهمًا عميقًا لطبيعتها.
- 3- تواجه عقود الاستثمار تحديات قانونية كبيرة، بما في ذلك عدم وضوح التشريعات الوطنية، مما يؤثر على ثقة المستثمرين ويعيق جذب الاستثمارات.

### التوصيات

- 1- يُوصى بتطوير التشريعات الوطنية المتعلقة بعقود الاستثمار لتكون أكثر وضوحًا وشفافية، مما يسهل على المستثمرين فهم حقوقهم والتزاماتهم.
- 2- يجب تعزيز الوعي القانوني لدى المستثمرين وصناع القرار حول أهمية عقود الاستثمار وخصائصها، من خلال ورش عمل ودورات تدريبية.
- 3- يُنصح بإنشاء مراكز تحكيم متخصصة في حل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار، مما يساهم في توفير بيئة قانونية مستقرة وجاذبة للاستثمار.

## المصادر

- 1- أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016
- 2- احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني- الكتاب الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.
- 3- أحمد عبد اللاه المراغي، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 4- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 5- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006
- 6- عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت، 1998.
- 7- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، 2022.
- 8- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016
- 9- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.
- 10- محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة في الالتزامات، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
- 11- ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2018.
- 12- نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- 13- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 14- هوشيار معروف كاكامولا، الاستثمارات والأسواق المالية، الطبعة الأولى، دار صفاء عمان، الأردن، 2003.

## Table of Contents

Publishing Policy .....	
Table of Contents .....	
Editorial .....	
<b>Oil Concession Contracts: Legal and Financial Relations Between States and Companies</b>	
.....	2
<i>Farah Talal Ali Al-Hayali</i> .....	2
<b>Risks Facing Consumers in Electronic Transactions</b> .....	
.....	48
<i>Thamer Basheer Hassan</i> .....	48
<b>International Responsibility in Confronting Terrorist Crimes</b> .....	85
<i>Saif Saeed Sabar</i> .....	85
<b>The Admissibility of New Evidence Not Presented at the Beginning of Litigation</b> .....	134
<i>Hassan Majid Hassan Bahr</i> .....	134
<b>International Investment Contracts: Definitions, Legal Specificities, and Challenges</b>	
.....	156
<i>Bassam Adnan Mohammed</i> .....	156



# Journal TIP OF SCALE

Legal and political studies with an analytical perspective

A knowledge window into the world of law and politics  
that combines academic analysis with a realistic vision

2025 April / 1446 Dhu al-Qi'dah - 3 .No ,1 .Vol

All correspondence should be addressed to the  
Editor-in-Chief at the following address

Kaf Al-Mizan Magazine – Erbil, Iraq  
phone: 009647738223277  
info@tip-scale.com

Full texts and research papers are available on the following website  
[www.tip-scale.com](http://www.tip-scale.com)



9 781234 567897

ISBN : 978-9922-24-610-9

Available languages  
Arabic - English



# TIP OF SCALE

**Editor**

**Pr.Dr:Saad Al-ateeya**

**Managing editor**

**Pr.Dr: Muhammad N. Aldaoudi**

---

## Editorial Board

Prof. Dr. Ahmed Kh. Hussein Al-Dakhil  
University of Tikrit  
College of Law

Asst. Prof. Dr. Rabah Suleiman Khalifa  
University of Kirkuk  
College of Law and Political Science

Asst. Prof. Dr. Moataz Ali Sabb r  
University of Anbar  
College of Law and Political Science

Prof. Dr. Adnan Ajeel Ubaid  
College of Law  
University of Al-Qadisiyah

Prof. Dr. Saeb Najj Aboud  
Al-Alamein Institute for Graduate Studies  
Najaf

Prof. Dr. Ali Ghani Abbas  
College of Law  
Al-Mashreq University