

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 45 . العدد 14

1445 هـ - 2023 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
 - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
 - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
 - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
 - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
 - 2- هدف البحث
 - 3- مواد وطرق البحث
 - 4- النتائج ومناقشتها .
 - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
 - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

- أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
 - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
 - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
 - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (-) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة . وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة . مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News , Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
34-11	ايمان دواره	الشيك الالكتروني كوسيلة حديثة للوفاء
50- 35	داليا اسكاف د. عبد القادر زعل	التصرفات الواقعة على الأسهم (الرهن والحجز)
80-51	عبد الرحمن قبياني د. محمود جلال	إساءة الائتمان المعلوماتي
102-81	مجد الدين عيد د. احمد عبد الدايم	نظرية الضمان كأساس لمسؤولية عديم التمييز
128-103	مجد الدين عيد د. احمد عبد الدايم	أسباب انعدام التمييز بين الفقه والقانون
162-129	د. بسام الزلمي	السرية المصرفية ضرورتها ومخاطرها

الشبكة الالكترونية كوسيلة حديثة للوفاء

الباحثة: ايمان دوارة

جامعة: حلب

كلية: الحقوق

الملخص

يقوم هذا البحث على بيان الأسلوب التقني في الدفع عن بُعد من خلال الشبكة الالكترونية كوسيلة حديثة للوفاء، حيث ظهر الشبكة الالكترونية بظهور التجارة الالكترونية كأحد وسائل الدفع الالكترونية المتطورة، لذلك جاء هذا البحث لرفع الستار وبيان ماهية الشبكة الالكترونية والمراحل التي يتم من خلالها تكوين هذا الشبكة، ومن ثم توضيح أهم نقاط التشابه والاختلاف بينه وبين الشبكة التقليدية، ذلك أن الشبكة الالكترونية مكافئ للشبكة التقليدية ويشتمل على ذات البيانات التي يحتويها الشبكة التقليدية و نقطة الخلاف الجوهرية بينهما هي أن الشبكة الالكترونية يقوم بشكل أساسي على الوسيلة الالكترونية مما سيؤدي إلى تسهيل حركة التجارة الالكترونية، لذلك تناولنا في هذا البحث النصوص القانونية الخاصة في الشبكة الالكترونية ومقارنتها بالنصوص القانونية التي عالجت الشبكة التقليدية في قانون التجارة ، واسقاط أحكام الشبكة التقليدية على الشبكة الالكترونية حيث أمكن.

Abstract

This research is based on the statement of the technical method of remote payment through the electronic check as a modern means of fulfillment, where the electronic check appeared with the emergence of electronic commerce as one of the advanced electronic payment methods, so this research came to raise the curtain and indicate what the electronic check is and the stages through which this check is formed And then clarifying the most important points of similarity and difference between it and the traditional check, so that the electronic check is equivalent to the traditional check and includes the same data that the traditional check contains, and the fundamental point of disagreement between them is that the electronic check is based primarily on the electronic means, which will facilitate the movement of electronic commerce In this research, we also dealt with the legal texts related to the electronic check and compared them with the legal texts that dealt with the traditional check in the Trade Law.

المقدمة

إن التطور التكنولوجي الذي نعيشه اليوم أدى إلى إحداث تغييرات واضحة في حياتنا اليومية، فلم يعد من الصعب على الشخص العادي القيام بشراء حاجياته من أي دولة في العالم بوقت قياسي من خلال شبكة الانترنت التي يستطيع الإنسان أن يربط نفسه مع العالم ويقوم بإبرام العديد من التصرفات القانونية.

ولعل من أهم مظاهر التغييرات التي أحدثتها الثورة التكنولوجية في حياتنا تلك المتعلقة في المجال التجاري، فالنشاط التجاري قد تغير بشكل جذري.

ومع التطور التكنولوجي ظهر عالم جديد من التجارة لم يكن معروف بالوقت السابق، وهو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، وبسبب هذا التطور الهائل في المجال التكنولوجي أدركت البنوك تمام الإدراك أن استخدامها لوسائل التكنولوجيا الحديثة في مجالها البنكي سيساعدها على تقديم الخدمات البنكية لأكثر عدد ممكن من العملاء وبأقل التكاليف الممكنة مما سيدفعها للمنافسة الناجمة في السوق، فأخذت تطور خدماتها البنكية فأظهرت إلى حيز الوجود العديد من وسائل الوفاء التقليدية التي تتم الكترونياً وهي ما تسمى بوسائل الدفع الإلكتروني.

ولعل من أهم وسائل الدفع الإلكتروني الشيك الإلكتروني، ذلك أنه يحقق السرعة في إنجاز المعاملات الإلكترونية ويدعم الثقة بين المتعاملين، كما أنه يتفق مع عالمية التجارة الإلكترونية من حيث تداوله عبر الأنترنت، وما تحتاجه تلك التجارة من سرعة في إنجاز العمل التجاري، من حيث سهولة استخدامها بالنسبة للمتعاملين بها، فهي توفر كلاً من الوقت والجهد.

وسوف نتعرض في هذا البحث للشيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء.

ولقد نظم المشرع السوري الشيك التقليدي في الباب الثالث من قانون التجارة رقم (33) لعام (2007) في المواد (351-404) ونظم المعاملات الإلكترونية (بقانون المعاملات الإلكترونية رقم (3) لعام 2014، ونظراً للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها الشيك الإلكتروني وللميزات المتنوعة التي يحققها الشيك الإلكتروني فإنني ارتأيت أن يكون الشيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء موضوعاً لبحثي.

وتتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيسي ما هو الشيك الالكتروني؟

ويتفرع عن هذا السؤال عدة تساؤلات لعل أهمها؟

ما لفرق بين الشيك الالكتروني والشيك الخطي التقليدي، وهل يحقق أماناً للدائن أكثر من الشيك الخطي، وإلى أي مدى يسمح القانون التجاري السوري بالأخذ بمثل هذا الشيك كوسيلة حديثة للوفاء، وما هي آلية التعامل بالشيك الالكتروني، وماهي أهم المزايا والمخاطر التي تحيط بالتعامل به، وما ماهي الحلول المقترحة لتجنب المخاطر المحيطة به كوسيلة حديثة للوفاء؟

ومن أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار الموضوع ما يأتي:

التطور الواقعي والقانوني لسوق التحويلات النقدية عبر الانترنت ولأحكام المنظمة للشيكات والمعاملات التجارية مما يقتضي الاستزادة القانونية للمتخصصين. افتقار معظم الدراسات العربية للبحث في موضوع الشيك الالكتروني من الجوانب القانونية بشكل مفصل ومستقل.

اثراء المكتبة القانونية من خلال بحث موضوع جديد نادراً ما تتناوله الدراسات

العلمية من الناحية القانونية.

أما عن منهج البحث:

اتبعت منهج العلم التحليلي والواقعي والوصفي والمقارن- ما أمكن- لكتابة البحث بالاستناد إلى نصوص القانون كلما كان ذلك ممكناً، وبالاستعانة بأبحاث سابقة قدمت للجامعات أو المعاهد العلمية، مع اقتراح الحلول لتلك المشاكل.

المطلب الأول: مفهوم الشيك الالكتروني

مع التغيرات التي طرأت في الحقبة الأخيرة على الحياة التجارية ومع ظهور التجارة الالكترونية، لم تعد الأسناد التجارية محصورة بنوع معين بل ظهر إلى الوجود ما يعرف بالشيك الالكتروني، الذي يعد من أبرز أشكال النقود الالكترونية ومن أهم وسائل الدفع الالكتروني التي تتناسب مع الخصائص المميزة للتجارة الالكترونية، من حيث السرعة والثقة في انجاز معاملات التجارة الإلكترونية بين المتعاملين، كما أنه يتفق مع عالمية التجارة الالكترونية إذ يتم تداوله عبر الانترنت، إلا أنه بالرغم من ذلك فهو يشبه إلى حد

كبير الشيك التقليدي، وعلى هذا سوف نتناول في هذا المطلب تعريف الشيك الالكتروني في (الفرع الأول)، ومن ثم نميز بينه وبين الشيك التقليدي في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الشيك الالكتروني

أولاً- التعريف التشريعي

قبل الخوض في محاولة تعريف الشيك الالكتروني لابد لنا من تعريف الشيك التقليدي "الخطي" كونه يشكل المفهوم الأساسي للشيك الالكتروني، وقليلة هي التشريعات التي أخذت مبادرة وضع تعريف صريح ومحدد للشيك الخطي نذكر منها المشرع الفرنسي، حيث عرف القانون الفرنسي الصادر في 14/حزيران/1895م والذي يعتبر من أوائل القوانين المتعاملة مع الشيك - الشيك بأنه "صك مكتوب على شكل وكالة بالوفاء يتمكن الساحب بمقتضاه أن يسحب لمصلحته أو لمصلحة الغير كل أو بعض الأموال الجاهزة المقيدة لأمره لدى المسحوب عليه".

أما عن المشرع السوري فلم يعرف الشيك التقليدي واكتفى بتحديد البيانات الإلزامية لإنشاء الشيك في المادة 351 من قانون التجارة رقم 33 لعام 2007 التي نصت على أنه: (يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

- 1- كلمة شيك مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها
- 2- أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود
- 3- اسم من يلزمه الأداء (المسحوب عليه)
- 4- مكان الأداء
- 5- تاريخ إنشاء الشيك ومكان انشائه
- 6- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب)".

وبما يتوافق مع البيانات المنصوص عليها في المادة السابقة ومع القواعد العامة المقررة في قانون التجارة السوري يمكن تعريف الشيك التقليدي بأنه: محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون

مصرفاً وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو للحامل وهو المستفيد مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك¹.

وكما هو الحال في الشيك الخطي لم تنشأ أغلبية التشريعات ومنها التشريع السوري تعريف للشيك الإلكتروني على وجه الخصوص شأنه شأن سائر الأسناد التجارية الخطية إنما أحالت بشأنها إلى القواعد العامة في قانون التجارة على خلاف بعض التشريعات التي عرفت الشيك الإلكتروني بشكل صريح نذكر منها على سبيل المثال: التشريع الأردني واليميني والسوداني، فقد عرفه الأخير بأنه ورقة مالية أو تجارية قابلة للتداول إلكترونياً.

وإذا كانت اغلبية التشريعات لم تعرف الشيك الإلكتروني فإنها بذلك فتحت المجال لاجتهادات الفقهاء في محاولة لوضع تعريفات للأسناد التجارية الإلكترونية تتناسب وطبيعتها الإلكترونية اللامادية مع مراعاة أحكام القواعد العامة في قانون التجارة، ولعل السبب في ذلك حداثة وسائل الدفع الإلكتروني وخاصة في الدول النامية، وأخص بالذكر بلدي سورية، وعدم انتشار التعامل بها على الصعيد الوطني، ذلك أن المشرع السوري تأخر في وضع القوانين التي تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، حيث بدأ المشرع السوري وللمرة الأولى بوضع تشريعات تتعلق بالمعاملات الإلكترونية في عام 2014، وفي حينها لم تكن التجارة الإلكترونية منتشرة بشكل ملحوظ في سورية، ولم تنشط وسائل الدفع الإلكتروني إلا في مطلع العام 2022².

ونحن مع عدم وضع تعريف محدد للشيك الإلكتروني لأن العرف كفيلاً بتحديد الضوابط اللازمة لأداء الشيك الإلكتروني لوظيفته، وبيان مقوماته وشروطه، كي يواكب التطورات في المعاملات بعكس التعريف التشريعي الذي يتميز بالبطء والجمود مما يجعل الشيك غير مواكب للتطور الحالي.

¹ د. زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك، دار مكتبة التريبية، بيروت، 1966، ص16، نقلاً عن د. علاء الدين الحسيني، د. حسين شحادة الحسين، الأسناد التجارية والعمليات المصرفية، كلية الحقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008، ص 169.

² أطلق مصرف سورية المركزي منظومة الدفع الإلكتروني عبر القطاع المصرفي بتاريخ 2022/1/30 وتمثلت المرحلة الأولى بربط منظومات الدفع الإلكتروني بأربعة مصارف خاصة هي بنك " سورية الدولي الإسلامي - الشام- سورية والخليج- البركة" نقلاً عن الموقع <https://t.me/Syrian Arab news Agency>.

ثانياً-التعريف الفقهي:

في محاولة إيجاد تعريف جامع مانع للشيك الالكتروني، سنقوم بعرض بعض التعريفات الفقهية للشيك الالكتروني، وسنقوم بتحليلها في ظل أحكام القواعد الخاصة في الشيك التقليدي الخطي الواردة في قانون التجارة السوري رقم (33) لعام 2007، لعلنا نصل إلى تعريف موفق للشيك الالكتروني يتناسب والطبيعة الالكترونية ولا يخرج عن الأحكام الخاصة بالشيك والواردة في قانون التجارة.

وعلى ذلك عرف بعض الفقهاء الشيك الالكتروني بأنه: محرر ثلاثي الأطراف معالج الكترونياً بشكل كلي أو جزئي يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد³. يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن الشيك الالكتروني مكافئ للشيك الخطي من حيث مفهوم الدفع، إلا أنه يقبل المعالجة الالكترونية كلياً أو جزئياً⁴.

كما عرفه البعض الآخر بأنه نظام الكتروني يتضمن ثلاثة أطراف هم كل من الساحب والمسحوب عليه والمستفيد والمبلغ الثابت دفعه، فضلاً عن البيانات التي فرضها القانون في المحرر مع توقيع الساحب بطريقة الكترونية عبر شبكة الانترنت⁵.

وعرفه البعض الآخر من الفقهاء بأنه: رسالة تحتوي على جميع البيانات التي يمكن أن توجد بالشيك التقليدي إذ يقوم المشتري بتحرير شيك الكتروني عبر أي وسيلة الكترونية⁶.

وعرفه البعض الآخر من الفقهاء أيضاً بأنه: التزام قانوني محله مبلغ من المال يكون في تاريخ معين لمصلحة شخص معين ويتم عن طريقة أداة الكترونية ويتضمن توقيع

³ أ. كردي نبيلة، الشيك الالكتروني، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تيسة، العدد الثالث عشر، بدون تاريخ نشر، ص250.

⁴ والمقصود بالمعالجة الالكترونية هو تناول المعلومات في شكل الكتروني عن طريق الحواسيب، فحين يوثق المشتري الشيك ويرسله الكترونياً إلى المستفيد الذي يرسله بدوره إلى البنك الذي يعمل الكترونياً عبر الانترنت ليقيم بتحويل قيمته من حساب المشتري إلى حساب المستفيد تكون أمام المعالجة الالكترونية الكلية، أما إذا تقدم المستفيد شخصياً إلى البنك لتقديم الشيك إلى الوفاء حيث يحمل الشيك في هذه الحالة شريطاً ممغنطاً يتم تمريره عبر جهاز قارئ تمهيداً لتحويله إلى نظام المقاصة الالكترونية قبل صرفه، المرجع نفسه، ص251.

⁵ مجيد أحمد، صكبان خليل، الأوراق التجارية الالكترونية وحجيتها في الإثبات، مجلة تكريت للحقوق، مجلد 2، الجزء الأول، العراق، تكريت 2019، ص146.

⁶ مها عطا الله عجلان السلطاني العنزي، نحو تنظيم قانوني للتعامل بالشيك الالكتروني في دولة قطر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2021، ص15.

الالكتروني وله ذات القوة التي يمتلكها الشيك التقليدي بحيث يتمثل الفارق الجوهرى بينهما في الوسيلة الالكترونية المستخدمة في تحرير الشيك الالكتروني⁷.

وعرفه جانب آخر من الفقهاء بأنه: رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك "حامله" يعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت⁸.

من التعاريف التي سبق ذكرها نجد أن الفقه أعطى عدة تعريفات للشيك الالكتروني وهي تدور حول أنه شبيه بالشيك التقليدي، ولكنه يحرر بطريقة الكترونية ويسلك ذات المسار الذي يسلكه الشيك التقليدي منذ إصداره مروراً بتداوله ومن ثم التحصيل والقيود في الحساب، حيث انه ينتقل من مصدره الساحب إلى المستفيد (حامله) عن طريق البريد الالكتروني ليتم تقديمه إلى البنك الذي يقوم بدوره بتحويل المبلغ إلى المستفيد ومن ثم إلغاء الشيك وإعادة إرساله إليه كإثبات على صرف الشيك بالفعل.

ومما يلاحظ على التعريفات السابقة بصورة مجملة ما يأتي:

1- التركيز على الشكل الخارجى للشيك الالكتروني من خلال المعالجة الالكترونية، ولم تتعمق التعريفات في خصوصية الشيك الالكتروني.

2- التشبيه بالشيك التقليدي الخطي والفارق الوحيد في الشكل من خلال المعالجة الالكترونية، ولم تبين الأوجه المميزة للشيك الالكتروني.

3- عدم التعمق في تحديد ماهية الشيك ودوره كأداة وفاء الكترونية.

4- قصور تلك التعريفات عن بيان وظيفة الشيك الالكتروني.

ومن خلاصة ما سبق وفي محاولة لتلافي الملاحظات السابقة الواردة على التعريفات الفقهية، يمكننا تعريف الشيك الالكتروني بأنه أداة وفاء عن بُعد متداولة عن طريق رسالة الكترونية محلها مبلغ معين من النقود موقعة وموثقة الكترونياً يتم تبادلها بين الساحب والمستفيد بوسائل الكترونية وبوساطة أحد المصارف الالكترونية.

⁷ محمد غسان يوسف الشيك الالكتروني "تداوله- حجيته"، مجلة البعث، المجلد 38، العدد 20/2016، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سورية، ص71.

⁸ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2014، ص81.

الفرع الثاني: التمييز بين الشيك الإلكتروني والشيك التقليدي

يتشابه الشيك الإلكتروني مع الشيك التقليدي في شروطه وإجراءاته وأطرافه (الساحب - المستفيد - المسحوب عليه) إلا أنه يتميز عن الشيك التقليدي بأنه يتم من خلال الوسائط الإلكترونية، ويتضح الشبه والاختلاف بينهما كما يأتي:

أولاً- من حيث الشكل:

إن أهم ما يميز الشيك الإلكتروني أن إجراءاته تتم بشكل إلكتروني عن طريق وسائل إلكترونية وهذا ما لا نجده في الشيك التقليدي الذي يشترط أن يكون مكتوباً وموقعاً بشكل يدوي لكي تكون له الحجية القانونية المقررة.

ويتضح التشابه بين الشيك التقليدي والشيك الإلكتروني من حيث الشكل، فالشيك التقليدي لا بد أن يكون له شكل معين حيث يقوم المصرف عادة بتحرير هذه الشيكات لتأخذ شكلاً يصعب تقليده ويتم ترقيم الشيكات بأرقام متسلسلة، وقد يشترط المصرف على عميله عدم التزامه بدفع الشيكات التي لا تحرر على النموذج المعتمد من قبله، فإذا سحب العميل شيكاً فلا بد أن يتضمن هذا الشيك رقماً متسلسلاً من قبل المصرف بالإضافة إلى اسم الساحب ورقم حسابه لدى المصرف المسحوب عليه وتوقيعه وكذلك اسم المستفيد ومبلغ الشيك وتاريخ السحب.

وبناء على ذلك يمكننا القول بأن الشيك الإلكتروني يتضمن نفس شروط وإجراءات الشيك التقليدي إلا أنه يتم بوسيلة إلكترونية، فكما أن الشيك التقليدي هو سند يطلب فيه شخص هو الساحب إلى مصرف هو المسحوب عليه دفع مبلغ معين -عبر وسائل الكترونية- إلى شخص آخر هو المستفيد لدى الاطلاع⁹، فكذلك بالنسبة للشيك الإلكتروني الذي يكون له نفس الأطراف ويتضمن التزام قانوني من قبل الساحب يؤديه إلى المستفيد عن طريق المصرف المسحوب عليه¹⁰.

ثانياً- من حيث الوظيفة:

إن التشابه بين الشيك الإلكتروني والشيك الخطي لا يقتصر فقط على الشكل بل يتعدى ذلك ليصل إلى الوظيفة الرئيسية للشيك ألا وهي أداة وفاء وليس أداة ائتمان، حيث نصت المادة

⁹ د- جاك يوسف الحكيم - الحقوق التجارية - الطبعة الرابعة - منشورات جامعة دمشق - 1996 - ص 257+258 .

¹⁰ الشيكات الإلكترونية-المحامىة الأستاذة حنان مليكة-منشورات فرع دمشق عبر الانترنت.

368 من قانون التجارة السوري رقم (33) لعام 2007 على أنه: الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأنه لم يكن".

من تحليل نص هذه المادة نجد أنه، بما أن الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع فهذا يعني أنه أداة وفاء فقط وليس أداة ائتمان¹¹، فالشيك يعني عن استعمال النقود بما فيها النقود الإلكترونية فبدلاً من أن يدفع المدين مبلغ من النقود لدائنه وفاء لدينه، فإن المدين يحرر شيكاً لصالح دائنه وفاء للدين، وهذه الوظيفة تظهر أهميتها بكثرة في الانترنت لوجود متعاملين في دول مختلفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فرغم إن الأصل في الشيكات عامة أنها أداة وفاء وعلى من يدعي خلاف الأصل الظاهر إقامة دليل على ما يدعيه، فإن مجرد قبول الدائن شيكا من المدين استيفاء لدينه لا يعتبر وفاء للدين إنما هو وفاء معلق على شرط تحصيل قيمة الشيك من المصرف المسحوب عليه¹².

ونحن نرى بأن النظرة التقليدية للشيك الخطي يجب ألا تتسحب بكل ما فيها على الشيك الإلكتروني، حيث أنه لا يوجد ما يمنع من اعتبار الشيك الإلكتروني أداة ائتمان أيضاً، بمعنى أن يدون الكترونياً تاريخ معين يكون الشيك فيه مستحق الأداء وذلك طالما وجد اتفاق بين الأطراف، فصحيح أنه يوجد نص في قانون التجارة السوري يمنع أن يكون الشيك الخطي أداة ائتمان إلا أنه لم يوجد بعد نص في قانون المعاملات الإلكترونية السوري يمنع أن يكون الشيك الإلكتروني أداة ائتمان.

ثالثاً- من حيث الوقت المستغرق:

إن تسوية المدفوعات عن طريق الشيك الإلكتروني يستغرق وقت أقل من الشيك التقليدي الذي قد تستغرق تسويته وقت طويل من خلال غرف المقاصة كذلك الحال بالنسبة لتدقيق صحة الشيك فإن الشيك الإلكتروني يكون تدقيقه أسرع من الشيك الخطي، حيث أن الموظف المختص يفحص صحة الشيك الإلكتروني عن طريق جهاز آلي يقوم بفك الرموز، ومن الطبيعي أن يكون الوقت الذي يستغرقه الجهاز الآلي أقل من الوقت اللازم لفحص التوقيع اليدوي.

¹¹ نصت محكمة النقض السورية في القرار رقم 552 تاريخ 1969/6/38 على أنه "يعتبر الشيك أداة وفاء، ومن ثم يقع على عاتق الساحب إثبات ما يخالف هذه القرينة"
¹² د. شريفة هنية، الشيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء، كلية الحقوق، جامعة العفر، الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص123.

رابعاً- من حيث الأمان:

إن الشيك الإلكتروني أكثر أماناً من الشيك الخطي بسبب صعوبة تزويره وتوفير العديد من وسائل الحماية الإلكترونية ومن أهمها برتوكول الصفقات الإلكترونية الآمنة الذي يوفر شهادات الكترونية تتضمن الشخصية الإلكترونية للمدين والبنك المشترك به وحسابه البنكي¹³.

خامساً- من حيث طريقة كتابة الشيك:

الشيك الإلكتروني يكتب بشكل الكتروني بينما الشيك الخطي فإنه يشترط فيه أن يكون مكتوباً بخط اليد وموقعاً من قبل الساحب لكي يكون قانوني صالح للاستخدام¹⁴.

كما يختلف الشيك الخطي عن الشيك الإلكتروني فيما يخص البيانات التي تعد الزامية في هذا الأخير إذ يتعين على المشرع السوري تبنيها واعتبارها إلزامية لصحة الشيك الإلكتروني، ولعل أهم هذه البيانات مايلي¹⁵:

- الرقم التسلسلي للشيك فكل شيك يجب أن يحتوي على رقم مخالف للشيك الآخر مستقل وقائم بذاته، لذلك فإن الشيك الإلكتروني يستخدم مرة واحدة فقط، بمعنى أحادية الشيك الإلكتروني ونحن نرى ان هذا البيان ضروري لأنه يعطي الأمان للتعامل بالشيك الإلكتروني.
- ذكر رقم حساب الساحب واسم البنك وتاريخ صلاحية الشيك.
- إدراج البيان المتعلق برقم إصدار الشيك الذي لا بد أن يستوفيه الشيك الإلكتروني الذي يكون مطبوعاً أصلاً على نموذج الشيك الخطي المسلم من البنك لعميله.
- تحديد اسم المستفيد تحديداً دقيقاً بالإضافة إلى رقم حسابه واسم البنك الذي يتعامل معه، وإلا استحال على البنك الذي يتعامل معه الساحب دفع المبلغ والوفاء بالشيك، وذلك لأن المستفيد عندما يستلم الشيك الإلكتروني ويريد خصمه من المصرف المسحوب عليه، يجب أن يوقع الشيك بتوقيعه الإلكتروني على أنه هو المستفيد الذي قصده الساحب، ومن ثم يرسل الشيك إلى المصرف الذي لديه تسجيل للتوقيع الإلكتروني الخاص بالمستفيد ضمن قاعدة

¹³ نظم الدفع المعتمدة في الدفع الإلكتروني، بحث منشور على الموقع الإلكتروني le-commerce-og

www.article9.com ، ص9.

¹⁴ أ. خرباش جميلة، الشيك الإلكتروني أداة وفاء عن بعد في التجارة الإلكترونية، جامعة محمد البشير

الإبراهيمي، برج بوعريبيج، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس ص151.

¹⁵ المرجع نفسه، ص152.

بياناته فيؤكد من أنه هو صاحب الحق به¹⁶، وذلك على خلاف الشيك التقليدي الذي يعتبر فيه اسم المستفيد من البيانات الاختيارية لأنه يجوز أن يحرر الشيك التقليدي لحامله¹⁷.

المطلب الثاني: التعامل بالشيك الإلكتروني

بعد أن بينا في المطلب الأول من هذا البحث مفهوم الشيك الإلكتروني كوسيلة من وسائل الدفع الإلكترونية، كان لابد لنا من أن نبين ما هو الجانب العملي لتلك الوسيلة الإلكترونية الفعالة في الوفاء، وكما هو معروف في الأسناد التجارية بشكل عام أنها تمر بعدة مراحل قبل أن تؤدي وظيفتها كأداة وفاء فهي تبدأ بمرحلة الانشاء وهي مرحلة التكوين، ثم يتم طرح السند التجاري إلى المستفيد وهو ما يطلق عليه الإصدار، ومن ثم فإن هذا الإصدار قد يقتصر على شخص واحد وهو المستفيد الأول من السند أو قد يكون متاحاً لهذا الأخير أن يعيد الإصدار لغيره من المستفيدين وهو ما يطلق عليه تداول السند التجاري.

وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين بحثنا في (الفرع الأول) مراحل تكوين الشيك الإلكتروني، ومن ثم بحثنا في (الفرع الثاني) تقييم التعامل بالشيك الإلكتروني.

الفرع الأول: مراحل تكوين الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني وسيلة دفع هدفها تسوية المعاملات المالية التي تتم عن بعد، ويتم الوفاء وفقاً لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين أطراف الاتفاق، ومن أجل أن يؤدي الشيك الإلكتروني وظيفته الأساسية كأداة وفاء، لابد أن يمر بثلاثة مراحل من الإنشاء وصولاً للإصدار، ومن ثم التداول.

أولاً-إنشاء الشيك الإلكتروني:

تقوم فكرة الشيك الإلكتروني على إجراء عملية تحويل مصرفية من حساب الساحب إلى حساب المستفيد، وذلك من خلال إصدار أمر من جهاز الحاسب الخاص بالساحب عبر شبكة الانترنت دون الحاجة إلى مراجعة المصرف، بحيث يمكن وصف العملية المصرفية بجعل مبلغ من المال، وهو عبارة عن مبلغ مودع في المصرف المسحوب عليه لحساب

Chirsreed and Gavin sutter,e- commerce,computer law,fifth edition, oxford ¹⁶
. university press ,uk,2003,p132.

¹⁷ د. إلياس حداد، القانون التجاري، الأسناد التجارية، منشورا جامعة دمشق 2008-2009،ص 435.

الساحب ويحق له التصرف به بموجب شيكات في جهاز الحاسب وانفاقه والتصرف به عبر شبكة الانترنت 18.

ومن أجل انشاء الشيك لا بد لنا من نبين أطرافه وهم المصرف مصدر الشيك، والعميل الذي لديه حساب في هذا المصرف، والمستفيد وهو البائع الذي يريد الحصول على الثمن لقاء ما قدمه من سلعة أو خدمة، والمصرف الذي يكون للمستفيد حساب فيه، والذي يمكن أن يكون المصرف المسحوب عليه ذاته، فيقوم الساحب بتحرير الشيك لدى المصرف الذي لديه حساب فيه وذلك من خلال ملء الشيك بالبيانات الإلزامية المطلوبة في الشيك الالكتروني والتي سبق بيانها في المطلب الأول من هذا البحث، ومن ثم يقوم بتوقيعه توقيعا إلكترونياً وعندئذ يرسله إلكترونياً إلى المستفيد الذي يقوم باستلام الشيك وإرساله إلى المصرف الذي لديه حساب فيه، والذي بدوره يقوم بتبادل الشيك بينه وبين المصرف المسحوب عليه، حيث يقوم بخصم قيمة الشيك من حساب عميله لينقلها إلى المستفيد عن طريق المصرف الذي يملك حساباً فيه 19.

ولا بد من الإشارة إلى أن انشاء الشيك يختلف عن إصداره فالإنشاء يتم بإرادة الساحب المنفردة، أما الإصدار فلا تكفي فيه إرادة الساحب، إنما يجب أن تقترن بإرادة المستفيد بقبوله للشيك المحرر لصالحه²⁰، وكما هو الحال في الشيك التقليدي فإن الساحب هو الملتزم بإيجاد مقابل الوفاء عند المصرف المسحوب عليه في تاريخ الإصدار، ومن هنا ميز المشرع بين فعل الانشاء، وفعل الإصدار حيث منح القانون الحماية الجزائية لفعل إصدار الشيك من دون رصيد، بينما لم يرتب أي أثر على فعل الانشاء للشيك الذي لا يقابله رصيد²¹.

¹⁸ حيث اشترط قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 على الساحب عند إصداره للشيكات أن يكون لديه حساب لدى بنك مسحوب عليه وفيه رصيد (مقابل وفاء) نقدي يعادل قيمة الشيك كحد أدنى، إذ نصت المادة 354 على أنه " لا يجوز إصدار شيك مالم يكن للساحب لدى المسحوب عليه في وقت انشائه نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيكات طبقاً لاتفاق صريح أو ضمنى بينهما"
¹⁹ د. بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، التجارة الالكترونية، كلية الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 91.

²⁰ عامر بسام مطر، الشيك الالكتروني، عمان، دار الجنان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عام 2013، ص 78.
²¹ حيث نصت المادة 652 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949 على أنه " كل من أقدم عن سوء نية على سحب شيك بدون مقابل سابق ومعد للدفع أو بمقابل غير كاف أو على استرجاع كل المقابل أو بعض بعد سحب الشيك أو على إصدار منع عن الدفع للمسحوب عليه، يقضى عليه بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 641" وبالرجوع إلى نص المادة 641 نجد أن العقوبة هي الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائة ليرة إلى خمسمائة ليرة سورية.

ثانياً إصدار الشيك الإلكتروني:

إن إصدار الشيك هو طرحه إلى حيز التداول (أي إعطائه من الساحب إلى المستفيد)، ويتم الإصدار بأكثر من صورة،

ففي الشيك التقليدي يكون الإصدار إما بالتسليم الفعلي أو التسليم الحكمي.

ويكون التسليم الفعلي بنقل حيازة الشيك من شخص إلى آخر نقلاً فعلياً كتسليم المستفيد الشيك المحرر لصالحه باليد، وقد يتم الإصدار من خلال التسليم الحكمي الذي يتم بمجرد قصد التسليم والتسلم، فإذا حرر الساحب شيكا مستوفياً لكافة الشروط القانونية لصالح شخص آخر ومن ثم أخطر المستفيد بذلك، وبأنه يحوز الشيك لحسابه وقبل المستفيد ذلك كان هذا تسليمياً حكماً يتم به الإصدار²².

أما عن الشيك الإلكتروني فيتم إصداره عن طريق إرساله من الساحب إلى المستفيد بالطرق الإلكترونية (كالبريد الإلكتروني)، ويرى الباحث أن هذه الطريقة الإلكترونية بالإصدار طريقة قانونية وفعالة طالما أن الشيك الإلكتروني مستوفياً لجميع الشروط والبيانات الإلزامية المطلوبة قانوناً، وترتب ذات الآثار القانونية المترتبة على الطرق التقليدية من حيث الحقوق والالتزامات المترتبة على أطراف العلاقة القانونية، حيث نصت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية السوري لعام 2014 على أنه "يعد أطراف العلاقة في السند التجاري الإلكتروني مخولين بجميع الحقوق والدفع التي يتمتع بها الأطراف في الأسناد التجارية الخطية وفقاً لأحكام قانون التجارة، إذا كان السند مستوفياً لجميع شروطه المذكورة في هذا القانون"

وهذا ما أبدته محكمة النقض السورية في حكم نقض سوري-جناية 163 قرار 174 تاريخ 1969/3/10. "تحقق جريمة إعطاء شيك بدون رصيد لمجرد إصدار الساحب للشيك عن سوء نية أي وهو يعلم حين تحريره أنه ليس له مقابل وفاء، أو له مقابل وفاء غير كاف، ولا عبء في قيام هذه الجريمة لسبب أو غرض تحرير الشيك من بعض مشتملاته حتى الأساسية منها، إذا ثبت أن الطرفين تعاقدوا على أساس الشيك فسحبه المدين كشيك وقبله الدائن بهذه الصيغة"

²² عامر بسام مطر، مرجع سابق، ص79، نقلاً عن علي جمال الدين عوض، انقضاء الشيك في القانون الكويتي واتفاقية جنيف، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، 1975، ص102.

ثالثاً- تداول الشيك الالكتروني

نظراً لعدم وجود أحكام خاصة بالشيك الالكتروني وكيفية تداوله، سوف نقوم بإسقاط أحكام الشيك التقليدي على الشيك الالكتروني لمعرفة مدى وملاءمتها له أم لا.

1- أحكام تداول الشيك التقليدي

يستطيع المستفيد من الشيك أن يتقدم به إلى المصرف المسحوب عليه لاستيفاء قيمة الشيك وله أن ينقله إلى أي شخص آخر وهذا النقل يتوقف على شكل تحرير الشيك الذي يكون كالآتي:

أ- الشيك لأمر: وهو الشيك المشروط دفعه لأمر شخص أو باسم شخص معين ولو لم يذكر صراحة عبارة لأمر وهذا الشيك يتم تداوله عن طريق التطهير (مادة 263) من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007، بحيث يكون لحامل الشيك مجرد التوقيع على الشيك حتى ينتقل الحق الثابت له²³.

ب- الشيك الاسمي مع ذكر عبارة ليس لأمر: وهو الشيك المشروط دفعه إلى شخص معين ويتضمن عبارة ليس لأمر وهذا الشيك لا يجوز تداوله إلا باتباع إجراءات حوالة الحق المنصوص عليها في القانون المدني²⁴ (م 2/362) من قانون التجارة السوري.

ت- الشيك لحامله: وهو الشيك الذي يتضمن عبارة لحامله، سواء ذكر فيه المستفيد أم لم يذكر، وهذا الشيك يتم تداوله بالتسليم أو المناولة، أما التطهير المكتوب على الشيك لحامله، بتوقيع هذا الأخير على هذا الشيك قبل أن يقوم بتسليمه لمن يرغب في نقل الشيك إليه، يجعل من الحامل مظهراً ويلتزم تبعاً لذلك بضمان الوفاء، إلا أن هذا التطهير لا يغير الوصف القانوني للشيك من شيك لحامله إلى شيك لأمر وإنما يبقى شيكاً لحامله يتم تداوله بالتسليم²⁵.

²³ عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، 2010، ص 247.

²⁴ المرجع نفسه، ص 513.

²⁵ د. علاء الدين الحسيني، مرجع سابق، ص 187.

2- الأحكام الخاصة بتداول الشيك الالكتروني:

بعد أن تعرفنا على أحكام تداول الشيك التقليدي وبإسقاط هذه الأحكام على الشيك الالكتروني سنجد أنه لا مجال لتظهير الشيك الالكتروني إلا في حالة الشيك الاسمي وذلك على اعتبار أن اسم المستفيد وتوقيه ضروريان في الشيكات الالكترونية وبالتالي لا وجو للشيك لحامله، حيث أن ما يميز به الشيك الالكتروني عن الأسناد التجارية التقليدية القابلة للتداول بالطرق الالكترونية، وإذا كان الشيك الالكتروني يقوم مقام النقود في المعاملات الالكترونية باعتباره وسيلة وفاء، إلا أن هذا الدور لا يتم بطريق المناولة أو التسليم كما هو الحال في الشيكات التقليدية الخطية، ذلك أن الشيك الالكتروني تتم عملية التداول فيه إلكترونياً بطريقة الانترنت، وذلك عن طريق قيام الساحب بملء الشيك إلكترونياً وتوقيعه إلكترونياً وإرساله إلى المستفيد الذي يقوم بدوره بالتوقيع عليه بمفتاحه الخاص ومن ثم إرساله إلى البنك الذي عليه أن يتأكد من صحة الشيك ثم يصرفه له.

الفرع الثاني: تقييم التعامل في الشيك الالكتروني

الشيك الالكتروني هو أحد أهم مظاهر التجارة الالكترونية ونخص بالذكر الدفع الالكتروني، وسورية لازالت من الدول المتأخرة في تطبيق التجارة الالكترونية خاصة مع عدم تكييف النظام المصرفي السوري مع متطلبات السوق والتكنولوجيا الحديثة فضلا عن تأخر التشريعات والقوانين المتعلقة بالتجارة الالكترونية، حيث أنه صدر لأول مرة قانون المعاملات الإلكترونية رقم (3) في العام 2014.

غير أن نشاط التجارة الالكترونية عرف تطوراً طفيفاً في مطلع العام 2021 عندما تم تطبيق الدفع الالكتروني بشكل فعلي، حيث أطلق مصرف سورية المركزي منظومة الدفع الالكتروني عبر القطاع المصرفي بتاريخ 2021/1/30.

وعلى هذا سوف نبحت في هذا الفرع واقع الشيك الالكتروني في سورية (أولاً) وتقييم التعامل بالشيك الالكتروني (ثانياً)

أولاً- واقع الشيك الالكتروني في سورية

لم يأخذ المشرع السوري بصفة صريحة بالشيك الالكتروني، ولكنه تبين لنا بصفة ضمنية إمكانية اعتماده وتبنيه للشيكات الالكترونية وذلك بعد اطلاعنا على قانون المعاملات الالكتروني رقم (3) لعام 2014 حيث أفرد الفصل الخامس من هذا القانون للأسناد التجارية

الالكترونية وما الشيك الالكتروني إلا سند من الأسناد التجارية الالكترونية، حيث عرفت المادة الأولى من القانون الأخير السند التجاري الالكتروني بأنه: " هو السند التجاري أو غيره من الأسناد القابلة للتداول المنصوص عليها في قانون التجارة إذا تم إنشاؤه أو تداوله بطريقة الكترونية "

من تحليل هذه المادة نجد أن المشرع السوري اعترف بالشيك الالكتروني متى ما تم إنشاؤه أو تداوله بطريقة الكترونية وأحال بأحكامه التي لم يفصل فيها إلى أحكام الشيك التقليدي المنصوص عليها في قانون التجارة السوري.

كما نص في المادة 15 من قانون المعاملات الالكترونية السابق ذكره على القوة الثبوتية للشيك الالكتروني " يعد حامل السند التجاري الالكتروني مخولاً باستعمال الحقوق المتعلقة بذلك السند إذا كان نظام المعلومات الالكتروني المستخدم لإنشاء السند وتداوله مؤهلاً لإثبات تحويل الحق في ذلك السند والتحقق من أطراف السند"

من تحليل هذه المادة نجد أن المشرع السوري منح الشيك الالكتروني قوة الشيك العادي في الاستعمال والاثبات شريطة إمكانية حفظ وتحويل رسالة البيانات (الشيك) وإمكانية التعرف على أطرافها.

ثانياً-مزايا ومخاطر الشيك الالكتروني

يتضح من خلال ما تم بحثه أعلاه أن ما يميز الشيك الالكتروني عن الشيك التقليدي هو أنه لا يشترط أن يكون مكتوباً وموقعاً من الساحب بالشكل التقليدي لكي يكون قانوني وصالحاً للتعامل فيه، وبهذا سوف يحقق الشيك الالكتروني عدة إيجابيات وبالمقابل تهدده عدة مخاطر وعلى ذلك سنبن كل من المزايا والمخاطر تباعاً كما يأتي:

1- مزايا التعامل بالشيك الإلكتروني:

- يؤدي الشيك الالكتروني إلى التقليل من عمليات النصب والاحتيال تجاه البنوك والمستفيدين وغيرهم من خلال التأكد من كافة بيانات الشيك لدى نقاط التعامل به، كما أنه يحمي الأطراف المتعاملة من التحايل باستخدام شيكات مزورة أو بدون رصيد أو عدم كفاية

الرصيد، كما يوفر الشبكة الإلكترونية الثقة والسرعة والسهولة في التعامل والاستمرارية على مدار الساعة²⁶.

- كما أن استخدام الشبكات الإلكترونية يعزز الثقة بين المتعاملين من خلال تضمين هذه الشبكات البيانات الأساسية التي تبعث على الاطمئنان لدى المتعاملين، ذلك أن البنك يقوم بالتحقق من البيانات المدونة في الشبكة وبعد التأكد منها يقوم بعملية المقاصة " اقتطاع قيمة الشبكة من حساب عمليه ونقلها إلى حساب المستفيد"²⁷.

- تخضع الشبكات الإلكترونية إلى الإطار القانوني نفسه المقرر في الشبكات العادية، كما تقلل من كلفة الآليات الخاصة بالوفاء وتحل المشاكل المتعلقة بالشبكات الخطية كالتزوير والنقل والطبع، حيث أنه يمكن للشبكة الإلكترونية أن يحقق ما لم يحققه الشبكة الخطية ذلك أنه يمكن للمرسل أن يحمي نفسه من الغش بتشفير رقم حسابه بالمفتاح العام للبنك ومن ثم لا يكشف رقم حساب التاجر، كما أنه يمكن استعمال الشهادات الرقمية في التصديق وتوثيق هوية العميل والبنك.

- يحقق الشبكة الإلكترونية أرباحاً للبنوك، حيث أن نظام الشبكات الإلكترونية يمثل في حد ذاته إشهار للبنوك التي تتعامل به مما يعمل على زيادة عملائه سواء أكانوا تجار أو أفراد عاديين، وبالتالي زيادة ائتمان البنك بالإضافة إلى زيادة ضمان زبائن البنك قبول التجار لشبكاتهم الإلكترونية كوسيلة لتسوية معاملاتهم المالية معهم²⁸.

- كما يعتبر من مزايا التعامل بالشبكة الإلكترونية أنه يشتمل على كافة المعاملات المالية للأفراد، حيث يستخدم لتسوية كافة المعاملات المالية لأفراد دون استثناء فهو يصلح لأداء كافة الخدمات المالية على اعتبار أنه يحل محل النقود في الوفاء بالمعاملات المالية، فهو يشمل البيع والشراء وكافة الخدمات المالية فهو وسيلة سريعة وفعالة في إبرام كافة أنواع الصفقات.²⁹

²⁶ أ. خرباش جميلة، مرجع سابق، ص158.

²⁷ د. بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، مرجع سابق، ص 94.

²⁸ أ. كردي نبيلة، مرجع سابق، ص 257.

²⁹ المرجع نفسه، ص258.

2- مخاطر التعامل بالشيك الالكتروني:

إذا كانت الشيكات الالكترونية تتناسب مع التطور الحاصل للنقود والأعمال التجارية الإلكترونية بالشكل الذي يواكب التطور الهائل لأساليب التجارة الحديثة فإنها تواجه العديد من المخاطر لعل من أبرزها:

- ضرورة إيجاد الصيغة المناسبة للتطور التكنولوجي والتقني لإمكانية استخدام هذه الشيكات ذلك أن العديد من الدول النامية ومنها سورية تفقد البنية التحتية المناسبة لمسايرة هذا التطور، فاستخدام الشيكات الالكترونية يحتاج إلى أنظمة حاسوبية متطورة ذات تقنية عالية، وثقافة معلوماتية عالية لدى المتعاملين بها، وهو ما لا نجده في العديد حتى الآن من الدول³⁰.

- تعرّض هذه الشيكات كأى رسالة بيانات إلى الاختراق والوصول إلى بياناتها الأمر الذي يؤدي إلى فقدان المتعاملين بهذه الشيكات إلى الحماية والأمن اللازمين لازدهارها.

- إمكانية تعطيل الأعمال نتيجة فشل الأجهزة والبرامج ذلك أن فشل أي منها قد يؤدي إلى تعطيل النظام ككل وهذه المكونات تكون مجمعة في مكان واحد عامة مما يزيد من تعرضها للحوادث نتيجة لزرع فيروسات تدميرية ممكن أن تصيب النظام المعلوماتي بالشلل، وعند تعطل نظام الحاسوب الآلي تكون تأثيرات العطل في الوقت الحقيقي للخدمات المصرفية للزبائن فورية متزايدة بطريقة سريعة وتتراكم الأعمال المتأخرة بصورة سريعة، وبعد عطل لساعات قليلة يتطلب الأمر أياماً عديدة للمعالجة ويكون التأخير في حالة الشيكات الإلكترونية ونظم الحوالات هو التخريب، خاصة تلك التي تقدم خدمة ضمان التسوية في نفس اليوم³¹.

- إن هذه الشيكات تحتاج من أجل إتمام إجراءاتها إلى البنوك الإلكترونية إلا أننا لا نرى في بلادنا مثل هذه البنوك وهذا ما يعرقل العمل بهذه الشيكات.

³⁰ د. بسام شيخ العشرة، د. حنان مليكة، مرجع سابق، ص94.

³¹ مصطفى كمال طه، وائل أو بندق الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2009، ص33، نقلاً عن أ. خرباش جميلة، مرجع سابق، ص159.

- إن استخدام هذه الشبكات يرتبط بوجود تشريع قانوني ناظم للتجارة الالكترونية بشكل عام، ولكل ما يتعلق بها بشكل خاص، ذلك أن الاعتراف القانوني بهذه الشبكات يجعل لها حجية مما يشجع على التعامل بها ' إلا أننا نرى أن هنالك العديد من الدول لم تصل حتى يومنا هذا إلى تشريع ناظم للتجارة الالكترونية يحمي المتعاملين بها، ويلبس معاملاتهم الثوب القانوني.
- التعامل بالشبيك الالكتروني يثير المخاوف لدى أطراف التعامل من خلال مدى إمكانية تحديد الاختصاص القضائي الذي يلجؤون إليه في حال المنازعات التي تثور بينهم وكيفية تسويتها في حال غياب النصوص القانونية وانعدام التنظيم القانوني.

ويرى الباحث أنه بغض النظر عن العيوب والمزايا السالفة الذكر يجب علينا ألا ننكر حقيقة لا بد منها وهي أن التعامل بالشبيك الالكتروني كوسيلة يستتبع نشوء مخاطر محتملة متعلقة بمسألة القرصنة المعلوماتية المحتملة للأرقام السرية التي تتجول داخل شبكة الانترنت، لكن ومع ذلك تبقى وسيلة مثلى لمعالجة الكثير من المنازعات والمخاطر التي تحيط باستخدام الشبيك العادي والذي يعتبر أداة وفاء قلت ثقة الناس في التعامل بها لما يصاحبه من عدم وجود رصيد لقيمته أو عدم اشتماله على البيانات الإلزامية التي يجب أن يشتمل عليها.

كما يرى الباحث انه من أجل الحد من هذه المخاطر لا بد من تدخل المشرع بسن قوانين رادعة للجرائم المعلوماتية التي تستهدف المساس بأنظمة الدفع الالكتروني وبالتالي تأمين الضمانات التي من شأنها حماية التعامل بوسائل الدفع الالكتروني ومنها الشبيك الالكتروني.

الخاتمة:

إن طبيعة التجارة الإلكترونية تقتضي أساليب متطورة لضمان السير الجيد للمعاملات ولقد جاءت وسائل الدفع الإلكتروني لتتماشى مع هذه الطبيعة، ومن أهم وسائل الدفع الإلكتروني الشيك الإلكتروني والذي يستخدم كأداة وفاء حديثة كبديل عن الشيك التقليدي، ومن أهم النتائج التي وصلنا إليها ما يأتي:

- 1- وسائل الدفع الإلكتروني بشكل عام والشيك الإلكتروني بشكل خاص ما هو إلا نتيجة حتمية للتطور التكنولوجي
- 2- الشيك الإلكتروني هو أداة وفاء عن بعد متداولة عن طريق رسالة الكترونية محلها مبلغ معين من النقود موقعة وموثقة الكترونياً يتم تبادلها بين الساحب والمستفيد بوسائل الكترونية وبوساطة أحد المصارف الإلكترونية.
- 3- الشيك الإلكتروني يتشابه مع الشيك التقليدي ويخضع إلى التنظيم القانوني ذاته المقرر للشيك التقليدي من حيث الشروط والإجراءات والأطراف، وما الفارق الجوهرى بينهما إلا أن الشيك الإلكتروني يتم تحريره والتعامل به عبر شبكة الانترنت، بينما الشيك التقليدي يتم تحريره والتعامل به يدوياً.
- 4- يعتبر الشيك الإلكتروني أكثر أماناً للقيام بعمليات البيع والشراء عبر شبكة الانترنت بدلا من الشيك التقليدي من حيث ما يحققه من سرعة في التعامل وتوفير في الجهد والوقت، إلا أن هذا الأمان في التعامل لن يكون متوافراً إلا ضمن ضوابط تشريعية صارمة وتقنية متطورة.

التوصيات

بعد أن تناولنا موضوع البحث وأهم النتائج المترتبة عليه يمكننا أن نضع بعض التوصيات والتي نأمل من المشرع السوري والجهات المختصة أن يأخذ بها لنمضي قدماً مع التطور الذي تتطلبه وسائل الدفع الإلكتروني بما فيها الشبيك الإلكتروني، نذكرها كما يأتي:

- 1- من الجانب القانوني على المشرع السوري أن يتفق مع التطور التكنولوجي ومع عالمية التجارة الإلكترونية ويخصص فصلاً في قانون المعاملات الإلكترونية للشبيك الإلكتروني، فلا يكفي أن يقتصر الاعتراف على مجرد مادة في ذات القانون بل لا بد من وجود بنية تشريعية متكاملة ملائمة لتنظيم أحكام الدفع الإلكتروني ونخص بالذكر الشبيك الإلكتروني.
- 2- من الجانب التقني لا بد من توفير إمكانيات فنية لتسهيل هذه العمليات بوجود أجهزة تقوم بإدارة ذلك، خاصة أن الاقتصاد العالمي يمر في الوقت الراهن بمرحلة انتقالية من التعامل الورقي إلى التعامل الإلكتروني مما يفرض عدم اصطدام هذا الأخير بالأوضاع القانونية التقليدية للمضي قدماً نحو الأمام.
- 3- دعم الدفع الإلكتروني بمجموعة من الوسائل الإلكترونية واستخدام أدوات وآليات متطورة للرقابة والإشراف بما يضمن كفاءة وسلامة نظم المدفوعات واستدامة عملها بشكل يتلائم مع احتياجات الاقتصاد وبأقل قدر من المخاطر وبكلفة معقولة.
- 4- ضرورة توافر شبكة اتصالات قوية جداً وسريعة وخالية من الأعطال، وقبول المصارف بنظم الدفع الإلكتروني عبر الانترنت، وحث التجار على الاشتراك في نظام بطاقات الائتمان المصرف أو أي نظام آخر يسمح بالدفع الإلكتروني.
- 5- تعزيز الثقة بالشبيك الإلكتروني بين التجار من خلال توافر ضمانات قوية في حال التعامل بهذا الشبيك.

قائمة المراجع

المصادر والمراجع المعتمدة في البحث

1- المصادر

قانون التجارة السوري رقم (33) لعام 2007.

قانون المعاملات الالكترونية رقم (3) لعام 2014.

قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949 .

2- المراجع باللغة العربية

أولاً- الكتب العامة والخاصة

1- د. إلياس حداد، القانون التجاري، الأسناد التجارية، منشورا جامعة دمشق 2008-2009.

2- د. بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، التجارة الالكترونية، كلية الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية.

3- د- جاك يوسف الحكيم - الحقوق التجارية - الطبعة الرابعة - منشورات جامعة دمشق للعام 1996

4- عامر بسام مطر، الشيك الالكتروني، عمان، دار الجنان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عام 2013.

5- عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، 2010.

6- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2014.

7- د. علاء الدين الحسيني ، د. حسين شحادة الحسين، الأسناد التجارية والعمليات المصرفية، كلية الحقوق ، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008.

ثانياً - الأبحاث والمقالات

1-أ. خرباش جميلة، الشيك الإلكتروني أداة وفاء عن بعد في التجارة الإلكترونية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس.

2-د. شريفة هنية، الشيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء، كلية الحقوق، جامعة العفرون، الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية.

3- . كردي نبيلة، الشيك الإلكتروني، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، العدد الثالث عشر، بدون تاريخ نشر.

4-مجيد أحمد، صكبان خليل، الأوراق التجارية الإلكترونية وحجبتها في الإثبات، مجلة تكريت للحقوق، مجلد 2، الجزء الأول، العراق، تكريت 2019

5-محمد غسان يوسف الشيك الإلكتروني " تداوله - حجته"، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سورية، مجلة البعث ، المجلد 38، العدد 2016/20

ثالثاً - الرسائل العلمية

مها عطا الله عجلان السلطاني العنزري، نحو تنظيم قانوني للتعامل بالشيك الإلكتروني في دولة قطر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2021.

المواقع الإلكترونية

1. <https://t.me/Syrian Arab news Agency>.
2. e- commerce-og www.article1 ،

المراجع باللغة الأجنبية

Chirsreed and Gavin sutter,e- commerce,computer law,fifth edition, oxford university press ,uk,2003.

التصرفات الواقعة على الأسهم (الرهن والحجز)

طالبة الدكتوراه: داليا اسكاف

قسم القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة حلب

اشراف الدكتور: عبد القادر برغل

المخلص

إن المساهم يفضل أن يرهن أسهمه بدلاً من التنازل عنها، فيظل محتفظاً بصفته وبعلاقته مع الشركة وذلك وفق إجراءات معينة نظراً لما للسهم من طبيعة خاصة، فيبقى المساهم الراهن مالكاً للسهم فيترتب على الدائن المرتهن حق التقدم استيفاء دينه على الدائنين العاديين، وهو حبس الأسهم بالإضافة إلى حق التنفيذ عليها.

إن قاعدة الضمان العام تقوم على أن جميع أموال المدين صافية للوفاء بديونه فأن الدائن له الحق في الحجز على أموال المدين والتنفيذ عليها وبيعها في المزاد العلني.

كلمات مفتاحية:

شركة مساهمة_ الرهن_ الأسهم_ المدين الراهن_ الدائن المرتهن_ المساهم

Actions Incident on Stock (Mortgage and Reservation)

Abstract

A shareholder in a joint_stock company may prefer mortgaging his shares instead of relinquishing them. Ordinarily, creditors have the right to seize shares in addition to the right to enforce them.

The general guarantee rule is that all the debtor's Properties must guarantee the fulfillment of his debts, and that the creditor has the right to seize the debtor's properties and dispose of them by selling them by auction.

Key words: Joint stock company_ mortgage shares_ debtor present_ creditor_ mortgagee shareholder.

مقدمة:

يتكون رأس مال الشركة المساهمة المغفلة من أجزاء متساوية القيمة يطلق على محل جزء تسمية (السهم) وتكون هذه الأسهم أسمية حيث نص عليها المشروع صراحة في الفقرة الثانية من المادة /91/ من المرسوم التشريعي رقم /29/ لعام 2011. وتمثل كلمة (سهم) حق الشريك في الشركة والسند الثابت لهذا الحق⁽¹⁾ ولفظ سهم يعني حق المساهم في رأس مال الشركة المساهمة المغفلة وهو ما يقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص كما قد يمثل الصك الذي يمثل هذا الحق ويثبتته⁽²⁾ وقد صنف الفقهاء الأسهم التي تصدرها الشركة المساهمة المغفلة إلى تصنيفات متعددة، لا تختلف من حيث الجوهر، ولكن من حيث الزاوية التي ينظر إليها السهم من خلالها⁽³⁾ حيث تقسم من حيث حقوق الحامل للسهم إلى:

1. أسهم عادية: وهي التي اعتادت الشركة على إصدارها
2. أسهم ممتازة: وهي تمنح حاملها حق امتياز على حملة الأسهم العادية
3. أسهم تمتع: يتمتع أصحابها بنصيب من الأرباح التي تحققها الشركة بعد استهلاكها أسهمهم.

كما أنها تقسم من حيث طريقة تداولها حيث تصدر الشركة المساهمة المغفلة أسهماً قابلة للتداول، وتختلف طريقة تداولها باختلاف الصيغة التي حرر بها السهم وتقسم إلى:

أ_ أسهم أسمية ب_ أسهم للحامل ج_ أسهم لأمر

ولكن المشرع السوري نص صراحة على أن تكون أسهم الشركة المساهمة المغفلة أسمية حكماً من المادة /91/ من قانون الشركات كما إنها تقسم من حيث الحصة التي يقدمها المساهم في رأس مال الشركة المساهمة المغفلة فهي:

1. أسهم نقدية: وهي الأسهم التي تقابل الحصص النقدية ويوجب القانون دفع قيمتها نقداً دفعة واحدة أو على أقساط عند الاكتتاب

¹ حبيب- رضوان- الشركات التجارية- ط2019- منشورات جامعة حلب ص181

² حميدة- نادية- 2022- رهن أسهم شركات المساهمة- مجلة القانون العقاري والبيئة المجلد 10، العدد 51، ص69

³ فرعون- هشام- القانون التجاري البري- ط1997- مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ص303

2. الأسهم العينية: في الأسهم التي تعطى مقابل المقدمات العينية السلمة للشركة، وهي تعطى لقاء أموال وحقوق مقومة بالنقد⁽¹⁾

وسوف ندرس في هذا البحث عن بعض الوقوعات التي ترد على الأسهم ومنها الرهن والحجز حيث نبحت في رهن الأسهم في (مطلب أول) والحجز على الأسهم في (مطلب ثان)

أهمية البحث:

تعتبر أسهم الشركة المساهمة المغفلة من الأوراق المالية البارزة والأهم على الإطلاق لأنها تمثل رأس مال الشركة الذي لا تقوم الشركة بدونه، ولأنها تمثل حق المساهمة في الشركة المساهمة المغفلة والصك الذي يثبت له هذا الحق، وللمساهم في الشركة المساهمة المغفلة حق التصرف في أسهمه بجميع أشكال التصرفات القانونية الناتجة عن حق الملكية، سواء عن طريق البيع أو الهبة أو الوصية.

لذلك كان لابد من البحث في أداة الضمان والائتمان على اعتبار إنها تشكل قيم مالية وذلك عن طريق رهنها ضماناً للوفاء بدين معين، والحجز عليها في حال عدم سداد هذا الدين في المدة المحددة للوفاء.

إشكالية البحث:

بما أن الأسهم تعتبر من أبرز الأوراق المالية على الإطلاق فهي عبارة عن الصكوك الصادرة عن الشركة التي تمنح للمساهم نتيجة اكتتابه فيها، وبما ان الرهن والحجز على الأسهم لا تعتبر من التصرفات النادرة وهي بمثابة الضمان للدائن المرتهن والمشرع السوري لم يسلط الضوء في قانون الشركات على إجراءات الرهن والحجز وكانت نصوصه مقتضبة حول هذين الموضوعين كان لابد من تسليط الضوء على كيفية رهن الأسهم وحجزها ومدى حرية المساهم في رهن أسهمه والتصرف فيها وتحديد حقوق الدائن المرتهن وصلاحياته في هذه الحالي كما كان لابد من تسليط الضوء على عملية الحجز على السهم ذاته والحجز عللا إيراداته وبماذا تنتهي عملية الحجز على الأسهم.

¹ برغل- عبد القادر- القانون التجاري- 2020- ط 2020- مديرية الكتب والمطبوعات- جامعة حلب ص 348

حيث لا غنى عم الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم هذه المسألة واسقاطها على رهن الأسهم وحجزها لتحديد فيما إذا كانت هذه الأحكام تتسجم مع الطبيعة القانونية لأسهم الشركات أم هناك بعض القصور في ذلك مما يستدعي إعادة تعظيم هذه المسألة بشكل خاص.

منهج البحث:

أعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي والتحليلي في بعض المرات من خلال استقراء النصوص في قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011 وتحليلها.

التصرفات الواقعة على الأسهم

(الرهن والحجز)

مخطط البحث:

مقدمة:

البحث الأول: رهن الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة

المطلب الأول: حرية المساهم في رهن أسهمه

المطلب الثاني: آثار رهن الأسهم

البحث الثاني: الحجز على الأسهم في الشركة المساهم المغفلة

المطلب الأول: الحجز الواقع على عين السهم

المطلب الثاني: الحجز الواقع على إيرادات السهم

الخاتمة:

المبحث الأول: رهن الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة يمكن تعريف عقد رهن السهم بأنه تعهد المدين تسليم الدائن أو أي شخص متفق عليه شيئاً، بحبسه حتى وفاء الدين الأصلي⁽¹⁾ وبالرجوع إلى الأحكام العامة فبموجب هذا العقد يكون للدائن المرتهن حق الامتياز على ثمن السهم المرهون حيث يستطيع الدائن المرتهن استيفاء حقه من ثمن السهم المرهون بعد بيعه جبراً دون مزاحمة سائر الدائنين وذلك عندما يتأخر المدين الراهن

¹ الخريسات، محمود احمد، 2016 - بحث قانوني ودراسة حول أثر رهن السهم على حقوق مالكيه- محاماة نت،

من تسديد الدين وسوف نبحت في هذا المبحث في حرية المساهم في رهن أسهمه في

المطلب الأول وآثار رهن السهم في مطلب ثان

المطلب الأول: حرية المساهم في رهن أسهمه

يعتبر الرهن من بين العمليات القانونية التي ترد على الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة ويشكل بدوره حقاً من الحقوق المعنوية المعترف بها للمساهم ففي بعض الحالات يلجأ المساهم في الشركة المساهمة إلى رهن أسهمه بدلاً من التنازل عن ملكيتها عن طريق بيع السهم، فيبقى بذلك متصلاً في علاقته مع الشركة وله فيها حق التصويت وحضور اجتماعاتها، وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري حيث أخذ بمبدأ حرية المساهم بالتصرف بأسهمه بيعاً وهبة ورهنًا ويكون مجلي الإدارة مسؤولاً عن صحة البيانات المتعلقة بهذه التصرفات والتي تحتفظ بها الشركة المساهمة المغفلة في سجل خاص⁽¹⁾ كما إن المشرع الفرنسي بمبدأ حق المساهم في رهن أسهمه ونص على ذلك في المادة 163/3 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1969.

ونحن نرى أن المشرع حسناً فعل بالأخذ بهذا المبدأ وذلك بفرض توفير الأموال التي يحتاج إليها حاملو السهم والتغلب على مشكلة السيولة المالية دون اللجوء إلى بيع السهم وخسارته وذلك من خلال جعل الأسهم أداة لتأمين ديونهم.

إن سند الرهن ينشأ ضماناً اتفاقياً، تفرض طبيعته التعاقدية ضرورة احترام الشروط العامة لإنشاء أي عقد⁽²⁾ فإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالالتزام جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى وهذا ما نصت عليه المادة 158/ من القانون المدني السوري.

أما عن إجراءات الرهن فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 118/ لقانون الشركات السوري رقم 29/ لعام 2011 على ما يلي:

" يحدد النظام الأساسي للشركة الإجراءات الواجب اتباعها للتصرف بالأسهم ولوضع إشارات الرهن والحجز عليها".

¹ قانون الشركات السوري رقم 29/ لعام 2011 المادة 117/ الفقرة الثانية والثالثة

² حميدة- نادية- مرجع سابق- ص 70

أما المشروع الفرنسي والذي تعتبر أحكامه أقل مرونة من بعض التشريعات حيث إنه لم يشترط إفراغ الرهن في عقد رسمي، فمنذ إصدار القانون رقم (99-597) المؤرخ في جويليه 1996 والمتعلق بتجديد النشاطات المالية أصبح الرهن يرد على حساب يسمى حساب الأوراق المالية، وليس على القيم المنقولة وقد حصر المشرع الفرنسي (1) إجراءات انشاء الرهن في الأمر رقم 200-1223 المتضمن قانون النقد والمالية على النحو الآتي ببيانه:

1. تحويل الأسهم في حساب خاص يفتح باسم المدين الراهن، يتولى مسكه الوسيط المؤهل، أو مودع لديه مركزي وعند الاقتضاء، الشركة المصدرة للسهم على إنه يمكن القيام بهذا الإجراء بالطريق الإلكتروني، إن مثل هذا الحساب يسمح بحصر العناصر المراد رهنها.

2. وضع تصريح موقع من طرف المدين الراهن، يحتوي هذا الأخير على مجموعة من البيانات المتعلقة بمالك الحساب المرهون والدائن المرتهن إضافة إلى طبيعة وعدد الأوراق المالية المسجلة في الحساب موضع الرهن، ويعتبر هذا التصريح كافيًا لتحقيق عملية الرهن وجعلها نافذة في مواجهة الشركة والغير. (2)

وفي التشريع السوري فلم يعد المشرع السوري عملية الرهن نافذة تجاه الشركة المساهمة المغفلة أو المساهمين في الشركة أو الغير مالم يتم قيده في سجل الشركة وهذا ما تصت عليه الفقرة 4/ من المادة /117/ لقانون الشركات بنصها:

" لا يعتبر أي تصرف أو حجز أو رهن نافذاً تجاه الشركة أو المساهمين أو الغير مالم يتم قيده في السجل الشركة، ولا تعتبر حيازة السهم قرينة على وجود حق للحائز فيه مالم يكن هذا الحق مدوناً في سجلات الشركة".

وبموجب هذه المادة فإن الدائن المرتهن لا يعتبر حائزاً للسهم مالم يكن سند الرهن مسجلاً في سجلات الشركة.

¹ v.art.l.431-4c.mom.ET Fin fr

² فادية، حميدة، مرجع سابق - ص 77

المطلب الثاني: آثار رهن الأسهم

يعتبر الرهن وسيلة شائعة في المنقولات والعقارات على حد سواء لأنه من أبرز وسائل الائتمان، وتزداد أهميته كلما ازدادت الأسهم في سوق الأوراق المالية، ولقد أجاز المشروع رهن الأسهم على أن تسجل موقفاً لأحكام بيعها، وهذا وقد نظم المشرع السوري آثار رهن الأسهم في المادة /117/ من قانون الشركات وبموجب هذه المادة لا بعد أي تصرف أو حجز أو رهن نافذاً تجاه الشركة أو المساهمين أو الغير مالم يتم قيده في سجل الشركة، ولا تعد حيازة السهم قرينة على وجود حق للحائز فيه مالم يكن هذا الحق مدوناً في سجلات الشركة التي يحتفظ بها مجلس الإدارة ويكون مسؤولاً عن صحتها. (1)

وقد ذهبت بعض التشريعات المختلفة بشأن الحقوق المرتبطة بالأسهم المرهونة إلى أنه خلال فترة سريان الرهن يكون من حق الدائن المرتهن الحصول على نصيب الأسهم المرهونة (2).

في أرباح الشركة، وهذا ما أقره المشرع المصري بصرف العوائد الناشئة عن السهم للدائن المرتهن طوال فترة الرهن في حين أن المشرع السوري ينص على ضرورة تحديد مصير الأرباح المستحقة فنص المشرع السوري على أن تدفع الأرباح المستحقة للأسهم المرهونة أو المحجوزة لمالك السهم المسجل في سجلات الشركة حيث نصت الفقرة السادسة من المادة /117/ على مايلي:

"تدفع الأرباح المستحقة للأسهم المرهونة أو المحجوزة لمالك السهم مالم ينص سند الرهن أو قرار الحجز على خلاف ذلك".

كما أن المشرع الفرنسي أبقى الحق في الأرباح لمصلحة المدين الراهن (3) وأمام هذه التشريعات نستطيع القول أن المدين الراهن لا يفقد حصوه المتصلة بأسهمه ولا سيما الحق في الأرباح الناتجة عن هذه الأسهم، بالرغم من عدم حيازته لها، لكن ليس هناك ما يمنع

¹ قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011 المادة/117/ الفقرة /4/

² مخلوف مخوف، 2021، أثر رهن أسهم شركة المساهمة على حقوق مالكيها، مجلة صوت القانون، المجلد 7 العدد 3 ص 29

³ مخلوف مخوف - مرجع سابق ص 29

من الاتفاق بين المساهم الراهن والدائن المرتهن يستطيع بمقتضاه الدائن المرتهن أن يتقاضى الأرباح وذلك حسب ما ينص عليه سند الرهن.

أما من ناحية الحقوق غير المالية او الحقوق الغير خاضعة للتقويم المالي أو الحقوق المعنوية فهي حق المساهم في حضور اجتماعات الهيئة العامة والتصويت فيها وتجسيدا لهذه القوق فقد أقر المشرع السوري في الفقرة السابعة من المادة /117/ على أنه:

" يبقى حق التصويت بالنسبة للأسهم المرهونة أو المحجوزة لمالك السهم المسجل في سجلات الشركة".

ويعتبر هذا التصويت من أهم الحقوق للصفة بالسهم إذ يرتبط به ارتباطاً وثيقاً، هذا الحق الذي يعتبره غالبية الفقه من الحقوق الأساسية التي يجوز حرمان المساهم فيها إلا برضاه⁽¹⁾.

لأنه يعبر عن مشاركته في الشركة ومراقبته لحسن استغلال أسهمه والدفاع عن حقوقه المالية.

كما إن المشرع الفرنسي نص في قانون الشركات الفرنسي بموجب نص المادة 3/163 حيث أعطى الحق في التصويت لمالك الأسهم المرهونة وحده دون غيره، ويجب على الدائن المرتهن بناء على طلب مدينة إيداع السهم التي يجوزها فعلى سبيل الرهن لتمكنه من ممارسة حق في التصويت وقصد الموازنة بين المصالح ومراعاة لمصلحة الدائن المرتهن، كما ألزم من جهة أخرى المدين الراهن على أن يمتنع عن الأعمال التي من شأنها لإضرار بمصالح الدائن المرتهن خلال حضوره اجتماعات ومناقشات الجمعية العامة، ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتماك السهم المرهونة بمجرد عدم الوفاء بالدين، عندنا يحل أجل الدين أو أن يبيع هذه الأسهم دون مراعاة الإجراءات التي يقررها القانون سواء كان هذا الرهن مدنياً أو تجارياً⁽²⁾.

¹ مخلوف مخلوف - مرجع سابق ص 33

² فادية، حميدة، مرجع سابق، ص 84

المبحث الثاني: حجز الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة نصت المادة /235/ من القانون المدني السوري على ما يلي:

" أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

وبالتالي فإذا أراد الدائن الحجز على أموال المدين فإنه يتبع الطريق الذي يمكنه من الوصول إلى هذه الأموال.

وبما أن الأوراق المالية الأسمية يمكن حجزها عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير سواء أكان الحجز على الورقة المالية ذاتها وهذا في حالة الأسهم والسندات وصكوك الاستثمار وحصص التأسيس، أو على الإيرادات المستحقة لأصحاب الأوراق المالية المستحقة في ذمة الشركة المصدرة لها⁽¹⁾ وسوف نبين عن هذا البحث الحجز على الواقع عين السهم في مطلب أول والحجز الواقع على إيرادات السهم في مطلب ثان.

المطلب الأول: الحجز الواقع على عين السهم تعد الأسهم من الأوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة المغفلة وبما ان قاعدة الضمان العام تقوم على أن جميع أموال المدين تكون ضامنة للوفاء بديونه، فإذا كانت لدى الغير والذي يعرف على إنه:

الحجز الذي يوقعه الدائن على حقوق مدينه أو منقولاته التي في ذمة أو في حيازته، يقصد منع الغير من الوفاء للمدين، أو تسليمه افي حيازته من منقولاته، وذلك تمهيداً لاقتضاء حق الحاجز من المال المحجوز، أو من ثمنه بعد بيعه⁽¹⁾ ونشير هنا إلى أن الحجز قد يؤدي إلى التنفيذ على الأسهم وبيعها ضمن إجراءات معينة.

وكما ذكرنا سابقاً بأن الأوراق المالية تتعلق بحقوق مالية لمالكها وإنما قابلة للتقويم بالنقود وبالتالي فإنها حق قابل للحيازة والانتفاع والتعامل والتداول وفق طبيعتها وبحكم القانون، وهذا يعني ان الأوراق المالية تمثل حقوق مالية شخصية لصاحبها ومالكها يجوز الحجز عليها⁽²⁾ وبناء على ذلك يكون للدان أن يوقع الحجز على ما يكون لمدينه من أموال لدى

¹ عتوم، سيف الدين- الجوزانه، محمد راکز، 2021/2020، النظام القانوني لحجز الأسهم والسندات الأسمية وبيعها في المزاد العلني

² Dr. Rema، 2022، التنفيذ على الأوراق المالية في القانون الأردني، بحث في موسوعة حماة الحق،

الغير، وكذلك يجوز له أن يوقع الحجز على الأموال المنقولات التي تقع تحت يد المدين وتخصه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة /12/ للنظام الأساسية للشركة الساهمة المغفلة حيث نصت على ما يلي:

" تطبق الأحكام والقواعد والإجراءات المعمول لها في سوق الأوراق المالية المدرجة فيها اسم الشركة المساهمة المغفلة العامة على تداولات أسهمها وتكون لهذه الأحكام والقواعد والإجراءات أولية التطبيق على أحكام نقل ملكية أسهم الشركة المنصوص عليها في هذا النظام ربما لا يتعارض مع أحكام قانون الشركات الصادر في المرسوم التشريعي رقم /29/ لعام 2011.

من خلال هذه الدراسة نستطيع القول إن الدائن المرتهن له الحق في إيقاع الحجز على الأسهم المرهونة في حال عدم سداد الدين وبيعها كمن إجراءات معينة يحددها القانون ولا يجوز مخالفة هذه الإجراءات.

المطلب الثاني: الحجز الواقع على إيرادات السهم.

لا يجوز حجز أموال الشركة من أجل استيفاء الديون المترتبة في ذمة أحد المساهمين، وإنما يجوز حجز أسهم المدين وأرباحهن وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من قانون الشركات رقم /29/ لعام 2011 هذا وقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على إمكانية حجز هذه الإيرادات بطريقة حجز ما للمدين لدى الغير في المادة /299/ بنصها على ما يلي:

"الإيرادات المترتبة والأسهم الأسمية وحصص الأرباح المستحقة في ذمة الأشخاص المعنوية وحقوق الموصين تحجز بالأوضاع المقررة لحجز ما للمدين لدى الغير" ويترتب على هذا الحجز حجز الإيرادات من وقت توقيع الحجز إلى وقت البيع.

كما إنه من المقرر في مصر " يجوز لدائن المساهم توقيع الحجز على الأسهم المملوكة له وكذلك الأرباح الناتجة عنها.. بناء على أمر المحكمة وإعلان قضائي " على أن يؤشر الحجز على الأسهم في كل من سجل الأسهم وعلى ذات الأسهم المحجوز عليها⁽¹⁾ حيث

¹ القليوبي - سميحة- 1993- الشركات التجارية- ط 1993 - القاهرة- الجزء الثاني بند 326/ب/6 ص 268

توضع إشارة الحجز على قيد الأسهم في سجلها وتباع الأسهم المحجوزة في سوق الأوراق المالية وفي حال عدم وجود سوق أوراق مالية تباع هذه الأسهم في المزاد العلني.

إن المرحلة التي تلي إيقاع الحاجز لحجزه على الأوراق المالية سواء تلك التي تكون لدى مركز الإيداع أو التي تكون لدى الشركة المصدرة لها وقيام المحجوز لديه بتقديم إقراره بوجود هذه الأسهم والسندات في ذمته، فيقوم الحاجز بالانتقال إلى مرحلة بيع هذه الأسهم والسندات من أجل تحصيل حقه (1) إن حجز القيم المنقولة ينتهي دائماً إلى بيع هذه الأموال، وذلك حتى يقبض الدائن حقه من ثمنها (2) ويتم ذلك بعد الانتهاء من الإجراءات المهددة للبيع الجبري وبالمقابل فإن الإجراءات الممهدة للبيع في المزاد العلني، تتمثل بطلب إجراء البيع وتحديد يوم بيع الأوراق المحجوزة والإعلان عن بيع الأوراق المالية، ونصل بالنتيجة إلى أن عملية بيع الأوراق المالية بالتنفيذ الجبري عليها لا يتم من خلال الطريقة التقليدية للمزاد من حضور لمأمور التنفيذ أو بالمناداة على المزيدين وإنما تتم من خلال عملية محاسبية تقنية يباشرها وسيط مختص بهذه العملية. (3)

¹ عتوم - سيف الدين - مرجع سابق - ص 43

² عزمي - عبد الفتاح - 1984، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، بدون دار نشر، بدون مكان نشر 1984

ص 710

³ عتوم، سيف الدين سامي - الجوزانة، محمد راكز - مرجع سابق - ص 46

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث يمكننا القول: إن رهن المساهم لأسهمه هو نتيجة طبيعية لحرية تداول الأسهم في الشركة المساهمة المغفلة فضلاً عن ذلك فإن الأرباح المستحقة للأسهم المرهونة تدفع لمالك السهم مالم ينص سند الرهن على غير ذلك، ويبقى حق التصويت بالنسبة للأسهم المرهونة لمالك السهم المسجل في سجل الشركة.

كما توضع إشارة الحجز على الأسهم ويشار إلى ذلك في سجب الأسهم الموجودة لدى الشركة بناء على تبليغ صادر من مرجع مختص حيث لا يعتبر أي تصرف على سهم مرهون أو محجوز أو محبوس نافذاً إلا بعد ترقيين إشارة الحبس أو استيفاء الحقوق التي تضمنها الإشارة، لا يجوز تداول الأسهم المرهونة أو المحجوزة أو المحبوسة.

النتائج:

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج أهمها:

1. لا يحق للدائن المرتهن تملك الأسهم المرهونة بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله_ ولا أن يبيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية.
2. يحق للدائن المرتهن من خلال عدم تسديد المساهم للدين في الميعاد المتفق عليه أن يلجأ للقضاء للتريخيص له ببيع الأسهم في المزاد العلني.
3. عدم جواز تداول الأسهم المرهونة أو المحجوزة أو المحبوسة.
4. يبقى مالك السهم المسجل في سجل الشركة مالكاً للسهم وصاحب الحق في التصويت كما أن الأرباح المستحقة من الأسهم المرهونة تدفع له مالم ينص سند الرهن على غير ذلك.

التوصيات:

نتمنى على المشرع أن ينظم مسألة رهن الأسهم وحجزها بموجب نظام قانوني خاص متكامل يضمنه قانون الشركات لعام 2011 بغية عدم تشتت النصوص القانونية في مواقع متفرقة.

_ وكان كذلك حرياً بالمشرع أن يمنح هيئة الأوراق المالية دوراً أكثر أهمية في الإشراف على هذه المسألة باعتبارها صاحبة السلطة في سوق الأوراق المالية.

1. لو أن المشرع نص في قانون الشركات ضمن الإجراءات الخاصة المتعلقة برهن الأسهم.

2. لو أن المشرع قد نص على الإجراءات الممهدة لبيع هذه الأوراق في حال الحجز عليه وعدم السداد لما تتمتع به هذه الأوراق من خصوصية.

لو حذا المشرع السوري حذو والمشرع الفرنسي في تحويل الأسهم في حساب خاص يفتح باسم المدين الراهن لأن مثل هذا الحساب يسمح بحصر العناصر المراج رهنها.

قائمة المراجع:

القوانين:

1. قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011
2. القانون الفرنسي الصادر في 24 يولييه عام 1969
3. القانون المدني السوري
4. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986

الكتب:

1. حبيب، رضوان، 2019، الشركات التجارية، ط 2019، منشورات جامعة حلب، ص 181
2. فرعون - هشام، 1997، القانون التجاري البري، ط 1997، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الجزء الأول ص 303
3. يرغل، عبد القادر، 2020، قانون الشركات، ط 2020، مديرية الكتب والمطبوعات، جامعة حلب ص 348
4. القليوبي، سميحة، 1993، الشركات التجارية، ط 1993، القاهرة، الجزء الثاني ص 268
5. عزمي، عبد الفتاح - 1984، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، بدون دار نشر، بدون مكان نشر - ص 710

الرسائل والأبحاث:

1. حميدة- نادية- 2022، رهن أسهم شركات المساهمة، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 51 ص 69.
2. الخريسات، محمود أحمد، 2016، بحث قانوني ودراسة حول أثر رهن السهم على حقوق مالكة، محاماة نت، 2016/9/6.

3. مخلوف-مخلوف-2021- أثر رهن أسهم شركة المساهمة على حقوق مالكيها- مجلة صوت القانون- المجلد 7 العدد 3 ص 29.
4. مجيد- سلوان تركي، 2020، بالتنفيذ بطريقة الحجز على الأوراق المالية الأسمية الصادرة عن الشركات المساهمة، المجلد 22 العدد 1 كلية الحقوق، جامعة النهريين ص10.
5. عتوم، سيف الدين سامي- الجوزانة، محمد راکز، 2020 /2021/ النظام القانوني لحجز الأسهم والسندات الأسمية وبيعها في المزاد العلني ص 38.
6. Dr. Rema، 2022، التنفيذ على الأوراق المالية في القانون الأردني، بحث في موسوعة حماة الحق، 13/نوفمبر/2022.

إساءة الائتمان المعلوماتي

طالب الدراسات العليا: عبد الرحمن قباني

الدكتور المشرف: محمود جلال

كلية: الحقوق - جامعة: حلب

الملخص

يتناول هذا البحث بالدراسة أحكام جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي المنصوص عليها في المادة 20 من قانون الجريمة المعلوماتية السوري رقم 20 لعام 2022، كونها من الجرائم المستحدثة وذلك بتسليط الضوء بشكل أساسي على محل هذه الجريمة وهو المال المعلوماتي ومدى انطباق وصف المال وفقاً للقواعد العامة على البرامج والمعطيات المعالجة إلكترونياً. وبيان الأركان المادية والمعنوية المكونة لهذه الجريمة. ويتألف البحث من محورين أساسيين، يبحث المحور الأول منه محل هذه الجريمة، في حين يتناول المحور الثاني أركان جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي.

وقد توصلنا في نهاية هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها: أن البرمجيات والمعلومات تعتبر أموالاً وتصلح محلاً لقيام الجريمة بالنظر لقابليتها للاستغلال المالي، إذ أن بعض البرامج والتطبيقات قد تفوق في قيمتها الأشياء المنقولة. يعتبر عقد الوكالة وعقد العمل والخدمات المجانية وعارية الاستعمال من أشهر عقود الأمانة انتشاراً في الوسط المعلوماتي. وقد اقترحنا في صدد ذلك مجموعة من التوصيات أهمها: ضرورة العمل على رفع مستوى الوعي لدى المحامين والقضاة بالنسبة لهذه الجريمة المستحدثة من خلال دورات تدريبية وندوات تعريفية في مجال النظام المعلوماتي لفهم التعامل مع الجرائم المعلوماتية بما يساعد على التكيف المناسب للجرم وتقرير العقاب عليه.

الكلمات المفتاحية: ائتمان - مال - معلوماتي - عقود

Informational Credit Abuse

abstract

This research deals with the provisions of the crime of abuse of information credit stipulated in Article 20 of the Syrian Information Crime Law No. 20 of 2022, being one of the new crimes, by highlighting mainly the place of this crime, which is information money, and the extent to which the description of money applies according to the general rules on programs and data. processing electronically. And a statement of the material and moral components of this crime. The research consists of two main axes, the first axis discusses the location of this crime, while the second axis deals with the elements of information misuse of credit.

At the end of this research, we reached a set of results and recommendations, the most important of which are: that software and information are considered money and are suitable for committing crimes in view of their susceptibility to financial exploitation, as some programs and applications may exceed the value of movable objects. The agency contract, the work contract, and free and unused services are among the most popular trust contracts in the information milieu. In this regard, we have proposed a set of recommendations, the most important of which are: the need to work to raise the level of awareness among lawyers and judges regarding this new crime through training courses and introductory seminars in the field of the information system to understand dealing with information crimes in a way that helps to appropriately adapt the crime and decide the punishment for it.

key words: credit - money - information – contracts

المقدمة:

لمّا كان القرن المنصرم قد شهد ثورة تكنولوجية هائلة على مستوى تقانة المعلومات والإنترنت، ولعل أبرزها ظهور الحاسب الآلي ببرمجياته وتطبيقاته التي تدعى عموماً بالنظام المعلوماتي، فقد أصبح هذا النظام مفصلاً من مفاصل الحياة وضرورة من ضروراتها بما يحققه من فائدة كبيرة على جميع الأصعدة العامة والخاصة، لكن بالإضافة إلى هذه الفوائد والمزايا، لا يخفى أن كل تطور على المستوى التقني والمعلوماتي تكون له انعكاساته على المستوى القانوني، فهذه المفزرات الحديثة للثورة المعلوماتية قد أبرزت بعض المصالح والحقوق التي تحتاج لتدخل القانون لحمايتها سواء بالنصوص التقليدية أو باستحداث نصوص تلائم طبيعتها. ومن بين هذه المصالح والحقوق الواجب حمايتها "الأموال"، حيث زادت معدلات ارتكاب الجرائم الواقعة على الأموال في نطاق النظام المعلوماتي متناسبة طردياً مع هذا التطور، ومن هذه الجرائم السرقة المعلوماتية، والاحتيال المعلوماتي، وإساءة الائتمان المعلوماتي. وما يهمنا في هذا الصدد هو جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي.

حيث هذا المشرع السوري لمواكبة هذا النهج الجديد في توفير الحماية للعلاقة الائتمانية عبر القانون رقم 20 لعام 2022 الخاص بالجرائم المعلوماتية، فعالج جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي في صريح نص المادة /20/ من هذا القانون، بالنص على أنه:

" أ- يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من (300,000) ل.س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (500,000) ل.س خمسمئة ألف ليرة سورية كل من ائتمن على معلومات أو برمجيات نقلت إليه على سبيل الحيازة الناقصة بواسطة وسائل تقانة المعلومات إذا قام بتغيير حيازته إلى حيازة كاملة. ب- يُعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (200,000) ل.س مئتي ألف ليرة سورية إلى (400,000) ل.س أربعمئة ألف ليرة سورية كل من رفض إعادة معلومات أو برمجيات دخلت في حيازته غلطاً أو بصورة طارئة أو بقوة قاهرة بواسطة وسائل تقانة المعلومات، وتشدّد العقوبة

لتصبح الحبس من سنة إلى سنتين وغرامة من (500,000) ل.س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل.س مليون ليرة سورية في حال استخدام تلك المعلومات أو البرمجيات".

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في كون جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي من المواضيع الحديثة لما قد تسببه من أضرار جسيمة بالنسبة للأشخاص التي ترتبط مصالحهم في بيئة المعالجة الآلية للمعلومات والبيانات وما ينتج عنها من جراء الاستخدام الغير المشروع لأنظمة الحاسوب، ومن ناحية أخرى تتمثل أهمية البحث أيضاً في معرفة الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي محل هذه الجريمة فيما إذا كان ينطبق عليه وصف المال طبقاً للقواعد العامة، إضافةً إلى تحديد أنماط السلوك الإجرامي التي ترتكب بها هذه الجريمة فيما إذا كانت تتم بذات الأفعال التي تقوم بها جريمة إساءة الائتمان التقليدية.

إشكالية البحث

نظراً لحدثة هذا الموضوع، تطرح جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي عدداً من الإشكاليات تتجلى في التساؤلات التالية: ما هو مدى اعتبار المعلومات مالاً؟ وإذا أمكن اعتبارها كذلك، فهل لهذا المال المعلوماتي ذات المفهوم طبقاً للقواعد العامة، بمعنى أنه هل يمكن وصف المعلومات والبيانات أنها من قبيل المنقولات المادية أم أنها تعتبر في حكم القوى المحرزة؟

ما هي أوجه الأمانة في نطاق هذه الجريمة، وهل للتسليم مدلوله ذاته لما هو عليه طبقاً لإساءة الأمانة التقليدية؟ وما هو مدلول تغيير الحياة، وهل تتحقق الجريمة بذات الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة تقليدية من كتم واختلاس وإتلاف أو تمزيق أو تصرف؟

أهداف البحث

يتحدد الهدف من البحث بالتعرض لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي بالدراسة والتحليل باعتبارها نمطاً مستحدثاً من الجرائم، ويهدف الباحث كذلك إلى تسليط الضوء على وسائل ارتكاب هذه الجريمة فيما إذا كانت تتخذ ذات صور الأفعال التي ترتكب بها الجريمة التقليدية فيغتال الجاني الذمة المالية للشخص من خلال الاعتداء على ماله المعلوماتي. كما يهدف البحث إلى تحديد الطبيعة القانونية لمفهوم "المال المعلوماتي" وبيان مدى انطباق وصف "المال" وفقاً للقواعد العامة على البيانات والمعلومات ومدى صحة اعتبارها مالاً.

منهج وخطة البحث

آثر الباحث مناقشة هذا الموضوع على ضوء المنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص ذات الصلة في الموضوع وذلك في مطلبين، بحيث يتناول **المطلب الأول** محل جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي. أما **المطلب الثاني** من هذا البحث فيتعرض لبيان أركان جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي، وكل مطلب ينقسم إلى فرعين على الشكل التالي:

المطلب الأول: محل جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

الفرع الأول: مفهوم المال في القواعد العامة

الفرع الثاني: مفهوم المال المعلوماتي

المطلب الثاني: أركان جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

المطلب الأول

محل جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

يتمثل محل جريمة إساءة الائتمان بشكل عام في المال الذي وثق المجني عليه في الجاني وائتمنه عليه، وهذا المال يشترط فيه طبقاً للقواعد العامة أن يكون مادياً ومنقولاً ومملوكاً للغير. ولكن الإشكالية التي تبرز لنا في هذا الصدد هي في مدى اعتبار المعلومات والبيانات من قبيل الأموال، وبعبارة أخرى هل ينطبق وصف المال وفقاً للقواعد العامة على المعلومات وبرامج الحاسوب؟ لذا آثرنا في معالجة ذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول منه عن مفهوم المال في القواعد العامة، في حين نخصص الفرع الثاني للتعرض لمفهوم المال المعلوماتي.

الفرع الأول

مفهوم المال في القواعد العامة

يعرف المال في الفقه بأنه كل شيء مادي قابل للتملك وتكون له قيمة ومن ثم يدخل في عناصر الذمة المالية للشخص⁽¹⁾. ويراد "بالمال" أيضاً كل شيء يصلح لأن يكون محلاً لحق عيني وعلى وجه التحديد حق الملكية، والأصل أن كل شيء نافع للإنسان ويشبع له حاجة يصلح أن يكون هدفاً لاستئثار بعض الناس به وإنشاء الحقوق عليه⁽²⁾. ويقصد بالمال كما نصت عليه المادة /83/ من القانون المدني السوري: "1- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. 2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد

(1) الجندي، حسني، جريمة خيانة الأمانة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص14.

(2) حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص30.

ان يستأثر بحيازتها، وأما الأشياء الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

والمحل في جريمة إساءة الائتمان التقليدية هو المال المنقول بدلالة نص المادة /656/ عقوبات حيث نصت المادة "سند يتضمن تعهداً أو إبراء، أو شيء منقول آخر..."، وهذا المال يجب أن تتوفر فيه عدة شروط طبقاً للقواعد العامة وهو كون هذا المال مادياً ومنقولاً ومملوكاً للغير .

أولاً: كون المال مادياً: لا تتحقق جريمة إساءة الائتمان إلا إذا كان محلها مالاً ذا صفة مادية، أي شيء ذو كيان مادي ملموس وصالحاً للتملك قانوناً، كالنقود والمجوهرات والحيوانات والمحاصيل، ويترتب على ذلك أن جريمة إساءة الائتمان لا تتحقق إذا كان محلها الآراء أو الأفكار أو الأسرار ولا على الحقوق الشخصية، فإذا ما أوُتمن شخص على سر ذو أهمية علمية فأفشاه فلا يعد مسيئاً للأمانة، إلا إذا أُرُفت هذه الأفكار أو الحقوق في محررات تحتويها ككتاب أو ورقة أو عقد فتعتبر هذه الأشياء من المنقولات وتصلح محلاً للجريمة⁽¹⁾.

وإذا ثبت للمال الصفة المادية فيستوي فيه صور مادة الشيء وعليه فإن المواد الصلبة والسائلة تصلح محلاً لجريمة إساءة الائتمان، على أن التقدم العلمي أدى إلى توسيع مجال فكرة الشيء المادي بحيث يشمل ذلك المواد الغازية وبالتالي فإن هذه المواد من الممكن حيازتها وتسليمها بحيازة الأنابيب والقوارير التي تحتويها⁽²⁾، كما أن القوى والطاقة تصلح محلاً للجريمة وبصفة خاصة القوة الكهربائية، فمن أودعت لديه بطارية

(1) نمور، محمد سعيد، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني، منشورات جامعة مؤتة، طبعة أولى 1997، ص492

(2) الصيفي، عبد الفتاح، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص627.

مشحونة بالكهرباء فاستهلك جزءاً منها دون أن يكون مصرحاً له بذلك فهو يرتكب خيانة الأمانة.

ثانياً: كون المال منقولاً: حتى تتحقق الجريمة ويلاحق الفاعل بجريمة إساءة الائتمان لا بد أن يكون المال الذي أوتمن عليه الجاني منقولاً، ويعتبر منقولاً الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر بدون أن يصيبه تلف، سواء كان هذا الانتقال انتقالاً ذاتياً، كالحيوانات، أو كان بفعل قوة خارجية تدفعه وتحركه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض السورية أنه: "إن جريمة إساءة الائتمان لا تتناول العقارات ولا تطبق إلا على الأشياء المنقولة بصراحة المادة /656/ عقوبات"⁽¹⁾.

ولم يعرف القانون المدني المنقول تعريفاً مباشراً، وإنما عرفه بطرق الاستبعاد عندما عرف العقار في المادة /84/ من القانون المدني السوري: "1- كل شيء مستقر في حيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. 2- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضع صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله". ولعل الغاية من إحجام المشرع عن تعريف المنقول هو اتساع مفهومه، إذ أن للمنقول في نطاق القانون الجزائي مدلولاً أوسع من مدلوله في القانون المدني، فيدخل في المنقول⁽²⁾: المنقولات المادية: كالحيوانات والعروض والملابس وأثاث المنزل والنقود، والعقارات بالتخصيص: والعقار بالتخصيص هو المنقول بطبيعته الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه لخدمة هذا العقار واستغلاله، كأدوات الزراعة والبذور وآلات المصنع. وأجزاء العقار بالاتصال إذا نزع عن أصلها

(1) جنة 2383 قرار رقم 581 تاريخ 1982/3/31. انظر في: دركزلي، ياسين، المجموعة الجزائية، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1981، قاعدة 4022.

(2) السعيد، كامل، شرح قانون العقوبات الأردني الجرائم الواقعة على الأموال دراسة تحليلية مقارنة، طبعة ثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص530.

الثابت فيه: كالنوافذ والأبواب والأحجار والأشجار، فمستأجر الدار الذي يرفض الخروج منها على الرغم من انتهاء عقده ويصر على البقاء فيه ويرفض دفع الأجرة بل ويدعي ملكيتها أو يحاول التصرف فيها بالبيع فإنه لا يعد مرتكباً لجريمة إساءة الائتمان، إلا أن هذه الجريمة تتحقق وبعد الفاعل مرتكباً لها إذا انتزع من الدار تمثلاً وضعه المالك فيه لتجويله وادعى ملكيته، أو قام بانتزاع الأبواب والنوافذ وادعاها لنفسه أو تصرف بها.

ثالثاً: كون المال مملوك للغير: يجب لقيام جريمة إساءة الائتمان ان يكون

المال مملوكاً لغير الأمين، لأن القانون يستهدف حق الملكية من الاعتداء عليه وهذا الاعتداء لا يقع إلا على مال الغير، فإذا تصرف الأمين بماله فلا تتحقق الجريمة، كما لو سلم شخص للأمين كتاباً على سبيل الأمانة ثم ظهر أن هذا الكتاب يعود للأمين وليس للمودع، وبالتالي إذا امتنع الأمين عن الرد لا تتحقق جريمة إساءة الائتمان⁽¹⁾. وقضت محكمة النقض السورية تطبيقاً لذلك: "إن جريمة إساءة الأمانة تستهدف الاعتداء على حق الملكية إضراراً بالمالك وطمعاً في أمواله وتتم بكل فعل يدل على ان الأمين اعتبر المال الذي أوتمن عليه مملوكاً له يتصرف به تصرف المالك في ملكه ويتم اختلاس الأمانة متى أضاف الأمين إلى ملكه الشيء الذي سلم إليه وتصرف به على أنه ملكه أو أنكره على صاحبه"⁽²⁾.

ولا يشترط في المال أن يكون مملوكاً ملكية كاملة للمدعى عليه، فالشريك على الشيوخ الذي يتولى إدارة المال الشائع فيقوم بالتصرف بجزء منه يعتبر مسيئاً للائتمان ولو أنه يملك جزءاً من هذا المال، طالما أن هناك أجزاء من هذا المال مملوكة لغيره⁽³⁾.

(1) الكيلاني، فاروق، جرائم الأموال، طبعة أولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004، ص 494.

(2) قرار 4595 / 2007، أساس 19051، محكمة النقض، الدوائر الجزائية، سوري، قاعدة 658، مجلة المحامون 2008، اصدار 9 و 10.

(3) الكيلاني، فاروق، جرائم الأموال، مرجع سابق، ص 494.

كما لا يشترط أن يكون مالك المال المنقول معيناً بالذات أو بالاسم، بل يكفي أن يكون معيناً بصفته، كمن يجمع تبرعات لمنكوبي كارثة معينة كفيضان أو زلزال، ثم يقوم بالتصرف فيها، يعتبر مسيئاً للائتمان⁽¹⁾.

وإذا كان القانون المدني ينفي صفة المال عن عما لا يجوز التعامل فيه بين الأفراد فإن القانون الجزائي يضع حدوداً أوسع لمعنى المال، وبالتالي لا تنتفي صفة المال عن الأشياء التي تكون حيازتها محرمة أو غير مشروعة باتفاق أغلب الفقهاء⁽²⁾، فالمشرع الجزائي يحمي حق الملكية لذاته، فإن كان الشيء يمكن تملكه وله قيمة، فإنه لا ينظر فيما إذا كانت حيازته مباحة أو محرمة، أو كان الحائز قد حصل عليه بطريقة مشروعة أم غير مشروعة⁽³⁾.

ولكي يعتبر الشيء مالاً يجب أن تكون له قيمة، فالمال هو كل شيء يمكن تقييمه، ومع ذلك لا يشترط في المال محل جريمة إساءة الائتمان قيمة معينة، ففاهة المال لا تأثير لها على قيام الجريمة، لكنها يمكن أن تلعب دوراً في تخفيف العقوبة فتكون عذراً مخففاً يترك للقاضي تقديره، ولكن لا يشترط أن تكون القيمة مادية، بل يمكن أن كون معنوية كصورة تذكارية أو خطاب عائلي.

ولكن من التطور ازدادت الأشياء المعنوية عدداً وأهمية حتى أصبحت تتفوق على الأشياء المادية في القيمة، ومن الأشياء المعنوية ذات القيمة الاقتصادية العالية "برامج الحاسوب أو المعلومات"، وقد اختلفت الآراء في اعتبار المعلومات من قبيل

(1) البغال، سيد حسن، إساءة الائتمان أو جريمة خيانة الأمانة في التشريعات فقهاً وقضاً دراسة وضعية ومقارنة، عالم الكتب، القاهرة، 1979، ص 63.

(2) السعيد، كامل، شرح قانون العقوبات الأردني الجرائم الواقعة على الأموال دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 56. الصيفي، عبد الفتاح، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 604. حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 31.

(3) نمور، محمد سعيد، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق، ص 54.

الأموال بين من يضي عليها هذه الصفة وبين من ينكر عليها ذلك، وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني من خلال فكرة المال المعلوماتي.

الفرع الثاني

مفهوم المال المعلوماتي

لا جدال في أن البرنامج المستقل عن الدعامة التي تحتويه لا ينطبق عليه وصف المال طبقاً للمفهوم التقليدي الذي يشترط فيه أن يكون مادياً، فإذا ما سُجِّل البرنامج على دعامة مادية كشريط أو قرص مضغوط، فإن هذه الدعامة تصلح محلاً لقيام الجريمة، بالرغم من كون الدعامة التي تحتوي البرنامج تعتبر ذات قيمة ضئيلة إذا ما قيست بقيمة البرنامج المسجل عليها، وبالرغم ذلك أن الاعتداء لا يستهدف الدعامة ذاتها، وإنما الباعث هو البرنامج المسجل عليها، ويعتبر الاعتداء في هذه الحالة قد وقع على الدعامة باعتبارها شيء مادي، ويكون تكيفه حسب النشاط الجرمي الذي يتطابق مع أحد جرائم الأموال⁽¹⁾. فهذه الدعامات شأنها شأن أي منقول آخر تصح أن يرد عليها الاعتداء.

إلا أن الصعوبة والعقبة الرئيسية تكمن في إمكانية قيام جريمة إساءة الائتمان على المعلومات المعالجة إلكترونياً بمعزل عن المكونات المادية، أي أن يقع الاعتداء على البرنامج المستقل عن الدعامة، فيكون قد وقع على شيء معنوي، وهذا الشيء المعنوي لا بد أن تثبت له صفة المال. ولما كانت جريمة إساءة الائتمان لا تقع إلا على شيء يدخل في عداد الأموال، وهذه الأموال يشترط فيها أن تكون مادية ومنقولة ومملوكة

⁽¹⁾ قهوجي، علي عبد القادر، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 47.

للغير في الحدود التي سبق أن بينها، وأن طبيعة هذه الجريمة تقتض أن يكون محلها شيئاً مادياً الأمر الذي يترتب عليه نقل حيازته من الجاني إلى المجني عليه، وقلنا إن الأفكار والآراء والحقوق الشخصية والابتكارات أو المنافع، لا تصلح لأن تكون محلاً للجريمة لتجردها من الكيان المادي، إلا إذا أفرغت في كيان مادي يحتويها. وهنا تبرز الإشكالية التي تتعلق بصلاحية اعتبار "المعلومات والبرمجيات" أموالاً في الحدود السابقة الذكر.

يتمثل محل جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي المنصوص عليها في المادة 20/ من قانون الجريمة المعلوماتية "بالمعلومات والبرمجيات"، وهي إما بذاتها أو بما تمثله هذه المعلومات التي تكون مخزنة داخل نظام أو على أحد وسائط التخزين، أو في طور النقل والتبادل ضمن وسائل الاتصال في النظام المعلوماتي، ويقصد بالمعلومات في معرض هذا النص العلامات أو الإشارات أو النصوص أو الرسائل أو الأصوات أو الصور الثابتة أو المتحركة الرقمية التي تتم معالجتها لتصبح ذات معنى أو مغزى معين وترتبط بسياق محدد. أما البيانات فتختلف عن المعلومات، فالمعلومات عي بيانات تمت معالجتها وتصنيفها وترتيبها وفق آلية معينة لتصبح قابلة للفهم والاستفادة منها⁽¹⁾. أما البرمجيات فهي مجموعة من التعليمات يعبر عنها بلغة أو رمز أو أي شكل من أشكال التعبير الإلكتروني وتمكن وسائل تقانة المعلومات من تنفيذ وظائفها⁽²⁾، ومن أمثلة هذه البرمجيات نظم التشغيل (ويندوز - لينوكس - أندرويد) أو برامج معالجة الصوت والفيديو.

ولعل السبب في الاتجاه لاستبعاد المعلومات من نطاق الأموال أنه الفقه التقليدي اعتمد على انتفاء الصفة المادية للمعلومات، بعبارة أخرى أن عدم مادية

(1) التعليمات التنفيذية للقانون رقم 20 لعام 2022، المادة 1.

(2) التعليمات التنفيذية للقانون رقم 20 لعام 2022، المادة 1.

المعلومات هو الذي أدى إلى عدم إضفاء صفة المال عليها، فالوقت والظروف التي وضعت فيها النصوص الخاصة بجرائم الأموال، كانت فيها الأموال المعنوية قليلة العدد والأهمية، وكانت الحماية الجزائية آنذاك تقتصر على الأموال المادية المنقولة التي كانت ذا قيمة كبيرة، فإن الفقه الحديث يرى العكس، فالمعيار باعتبار الشيء مالاً ليس ما يكون له من كيان مادي، بل ماله من قيمة اقتصادية قابلة للاستغلال المالي، والقابلية للاستغلال المالي لا تعني أنها ترد على شيء يعتبر مالاً في ذاته، ذلك أن مقومات الجانب غير المادي من النظام الآلي لمعالجة المعلومات يمكن أن تترجم إلى قيم مالية، وهذا ما يمكن من القول لأنها مال، حيث ازدادت مع التطور الأشياء المعنوية وازدادت قيمتها الاقتصادية حتى فاقت بالقيمة الأموال المادية المنقولة⁽¹⁾. وإزاء ذلك انقسمت الآراء التي تعتبر أن المعلوماتية مالاً، وبين تلك التي لا تعتبرها كذلك: فمن الاتجاهات التي ذهبت لاعتبار أن المعلوماتية ليست بمال، ذهب رأي في الفقه إلى القول⁽²⁾، بأن مقومات الجانب غير المادي من النظام الآلي لمعالجة المعلومات لا يتحقق فيه وصف المال بالمعنى المتداول، وإن تسمية هذا الجانب "بالأموال المعلوماتية" يتعين فهمها على أنها القابلية للاستغلال المالي لهذه المقوم، وبالتالي فإن البرنامج أو المعلومة ليس لأي منهما قوام مادي مستقل بذاته، إلا أنه يمكن تحييزه في دعامة، كقرص مضغوط أو شريط، ومن ثم فإن هذه الدعامة هي التي يمكن وقوع الجريمة عليها، بغض النظر عن قيمتها وذلك لتحقق صفة المنقول فيها، فضلاً عن أنها تعتبر مالاً بذاتها، وأن البرنامج هو ابتكار فكري وذهني قابل للاستغلال المالي، وحقيقة دوره أنه أسلوب لمعالجة المعلومات، وعلى ذلك فإن الاعتداء على البرنامج أو نسخه هو اعتداء على حقوق المؤلف في استغلال مصنّفه استغلالاً مالياً ومن ثم يرد عليه أحكام حماية حق المؤلف.

(1) قهوجي، علي عبد القادر، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص 52.

(2) الحسيني، عمر الفاروق، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، طبعة ثانية،

[د.م.]، 1995، ص 95-102.

أما بالنسبة للمعلومة، فقد تكون سرية بمعنى أن يكون الاطلاع عليها أو حيازتها، محظور على غير ذي الصفة، وبالتالي فإن الحصول عليها ممن لا صفة له في ذلك يشكل انتهاكاً لسرية المعلومة.

ويرى آخر⁽¹⁾، أن المعلوماتية لا تكون مالاً أو محلاً للجريمة إلا إذا اقترنت بالمادية، وعلى ذلك فإن البرامج المعلوماتية التي تكبد خسائر فادحة نتيجة الاعتداء عليها، لا يعتد بها إلا في حال وجودها مسجلة على دعامة أو أسطوانات، فهي بذلك تصبح أموالاً وتصلح محلاً للجريمة.

أما الآراء التي ذهبت لاعتبار أن المعلوماتية هي من قبيل الأموال: فقد ذهب الفقه الفرنسي للاعتراف بأن المعلوماتية تعتبر من قبيل الأموال بأن لها قيمة مالية، ذلك أن المعلومات هي مجموعة من الأفكار التي تتضمن رسائل يمكن إدراكها بطريق النقل أو الحفظ أو المعالجة، وبذلك تعتبر المعلومة أو البرنامج نتاجاً فكرياً لمبتكرها يترتب عليه علاقة بين المالك والشئ الذي يملكه، فيمكنه ذلك من نقل حيازتها أو تأجيرها أو إيداعها وحتى بيعها، كونها ذا قيمة اقتصادية قابلة للتداول والاستغلال. ويضيف هذا الفقه ممثلاً بالأستاذين (فيفات وكاتالا)، أن المعلومة هي مجموعة مستحدثة من القيم، حيث تعد المعلومة وفقاً للفقيه (كاتالا) مستقلة عن دعامتها المادية وقابلة للاستحواذ وتقدر بقيمة سوقها، بصرف النظر عن دعامتها المادية. في حين يرى الفقيه (فيفات) أن المعلومة تندرج تحت قسمين: فإما أن تكون قيمة معنوية فتكون جديرة بحماية القانون

(1) تمام، أحمد حسام طه، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 453.

كونها ذات طابع اقتصادي، وإما أن تكون مادية تصلح محلاً للحق إذ لا توجد ملكية معنوية دون إقرار بالقيمة المعلوماتية⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر ان المعلوماتية تعتبر أموالاً بالنظر إلى الإستراتيجية التعاقدية والحق في المنافسة تبعاً للقيمة الاقتصادية، وهناك من يرى بأن المعلوماتية مال من خلال الربط بين طبيعتها المالية وبين كيانها المادي، فيرون أن المال المعلوماتي المعنوي لا يمكن ان يكون ملموساً أو محسوساً، لكن هذا لا يعني ألا يكون له كيان مادي يمكن رؤيته على الشاشة منتقلاً عبر الأسلاك من خلال رموز أو نبضات أو شفرات، وبالتالي يتمتع بالكيان المادي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بتسليم (المال المعلوماتي) فحتى تتحقق الجريمة التي نحن بصددها يلزم أن يقوم المجني عليه بسبق تسليم البرمجيات أو المعلومات إلى الجاني، وقد نصت المادة /20/ من قانون الجريمة المعلوماتية على طريقة التسليم بأنها "النقل على سبيل الحيازة الناقصة بواسطة وسائل تقانة المعلومات". ويلاحظ أن المشرع في المادة /20/ قد استخدم مصطلح "النقل"، خلافاً للمادة /656/⁽³⁾ عقوبات التي نص المشرع فيها على مصطلح "التسليم"، وبالرجوع إلى الأصل اللغوي لكل من المصطلحين يتبين لنا أن "النقل" من فعل نَقَلَ يَنْقُلُ نَقْلاً، وَنَقَلَ الشَّيْءَ نَقْلاً، أي تحويله من موضع إلى موضع آخر. أما "التسليم" فهو من الفعل سَلَّمَ يُسَلِّمُ تَسْلِيماً، وتسلم الشيء أي أخذه

(1) الملط، أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 239.

(2) المرجع السابق ذاته، ص 240.

(3) نصت المادة /656/: (كل من أقدم قصداً على كتم أو اختلاس أو إتلاف أو تمزيق سند يتضمن تعهداً أو إبراء، أو شيء منقول آخر سلم إليه على وجه الوديعة أو الوكالة أو الإجارة أو على سبيل العارية أو الرهن، أو لإجراء عمل لقاء أجره أو بدون أجره شرط أن يعيده أو يقدمه أو يستعمله في أمر معين يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة تتراوح بين ربع قيمة الردود والعطل والضرر وبين نصفها على أن لا تنقص عن ألفي ليرة).

وقبضه⁽¹⁾.

ويتبين من ذلك أن "التسليم" قد يقع بالمناولة أو بحركة مادية تنتقل بها حيازة الشيء من المسلم (المجني عليه) إلى المستلم (الجاني)، وقد يقع التسليم من غير المجني عليه مباشرة كالتسليم الحاصل من الوكيل لحساب الموكل، والأصل بالتسليم والاستلام أن يكون مادياً يقع بالمناولة، ويمكن أن يكون اعتبارياً أو حكماً عندما يكون الشيء في حيازة الجاني بشكل مسبق، كالمشتري الذي يشتري مالاً منقولاً ويبقيه تحت يد البائع على سبيل الوديعة⁽²⁾. أما "النقل" فقد حدد المشرع في المادة 20/ الطريقة التي تنتقل عبرها البرمجيات والمعلومات المؤتمنة بواسطة "وسائل تقانة المعلومات"، ويقصد بوسائل تقانة المعلومات؛ الأدوات التي تستخدم في معالجة المعلومات وتوليدها ونقلها وتبادلها وحفظها، من خلال أي جهاز إلكتروني قادر على توليد المعلومات ومعالجتها أو تخزينها أو إرسالها واستقبالها أو الوصول إليها أو التعامل معها مثل: الحواسيب والمخدمات والهواتف الذكية والأجهزة اللوحية⁽³⁾. إذن يتضح لنا أنه ثمة فارق بين مصطلحي "التسليم" و "النقل"، فالتسليم يكون في أغلب حالاته بالمناولة المادية لشيء مادي، الذي لا ينطبق على المعلومات التي هي من الأشياء المعنوية، فهذه الأخير تقبل النقل لا التسليم، ويتم نقلها بطريقة محددة وهي وسائل تقانة المعلومات.

وأياً كان الأمر سواء بالتسليم أو بالنقل، فكلاهما يفترضان تمكين الجاني الحيازة الناقصة على الشيء بمقتضى سند أو عقد دون أن يخوله ذلك أي حق في الملكية. ووفقاً للقواعد العامة فقد حدد المشرع في المادة 656/ عقوبات العقود التي يتم

(1) أنيس، إبراهيم، منتصر، عبد الحليم، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مجمع اللغة العربية - مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 446-949.

(2) الجبور، محمد عودة، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، 2010، ص 387.

(3) التعليمات التنفيذية للقانون رقم 20 لعام 2022، المادة 1.

التسليم بمقتضاها بأنها " الوديعة أو الوكالة أو الإجارة أو على سبيل العارية أو الرهن، أو لإجراء عمل لقاء أجره أو بدون أجره" في حين نصت المادة /657/ من ذات القانون على أن التسليم لكون لعمل معين. وفي المجال المعلوماتي ونقل البيانات والمعلومات نجد أن أكثر العقود انتشاراً وأهمية هي عقد الوكالة وعقد الخدمات المجانية والعمل وعارية الاستعمال، فالعديد من أفعال المكونة للسلوك الجرمي التي تقع ضمن المؤسسات على أموالها المعلوماتية، تقع من قبل العاملين المعهود إليهم بهذه الأموال بموجب عقد وكالة كما لو بدد مندوب شركة أو اختلس برنامجاً معهود به إليه تسويقه، وفي مجال عارية الاستعمال نجد مثلاً له كما لو أضاف شخص بطاقة الائتمان الخاصة به إلى ملكه وامتنع عن ردها إلى البنك المصدر لها في حال طلبها بعد انتهاء صلاحيتها أو قيام البنك بإلغائها⁽¹⁾. أما في مجال عقد العمل سواء كان بأجر أو بلا أجر، فإن هذا العقد يبيح تجريم حالات قيام شخص بعمل على النظام المعلوماتي بحكم وظيفته في الحصول على المعلومات والتلاعب بها متى كانت تقع في نطاق حيازته الناقصة⁽²⁾.

المطلب الثاني

أركان جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

تتألف الجريمة عموماً ككيان قانوني وفقاً للرأي السائد من ركنين: ركن مادي وركن معنوي، فأما الركن المادي فيتمثل بإضافة الجاني المال المسلم إليه على سبيل الأمانة لملكه الشخصي جاحداً على المالك الأصلي حقه فيه باتخاذ إحدى صور الأفعال التي نص عليها القانون، أما الركن المعنوي فيتمثل في القصد الجرمي. وعلى

(1) عفيفي، عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص196.

(2) الملط، أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص359.

هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول بالبحث الركن المادي في الفرع الأول، والركن المعنوي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

عبر المشرع عن الركن المادي الذي تقوم به جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي في نص المادة /20/ من قانون الجريمة المعلوماتية بأنه "تغيير الحيازة إلى حيازة كاملة". وبالنظر إلى نص المادة /656/ عقوبات فقد حددت الصور التي يتكون منها الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان بأنها: "الكتم والاختلاس والإتلاف والتمزيق"، في حين نصت المادة /657/ عقوبات على صورة "التصرف في المثليات" كصورة من صور الركن المادي. ومهما كانت الصورة التي يتخذها الركن المادي فإنها تنطوي في جوهرها على تغيير الحيازة من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة.

أولاً: صور السلوك الجرمي

يمكن أن يتخذ الفعل الجرمي في جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي ذات الصور التي يتكون منها الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان التقليدية أو غير ذلك من هذه الصور طالما أن المشرع في نص المادة /20/ من قانون الجريمة المعلوماتية لم يحدد السلوك الجرمي بصور معينة، واكتفى بتحديد الهدف أو النتيجة وهي "تغيير الحيازة إلى حيازة كاملة". وتتمثل هذه الصور التي يتخذها الركن المادي في:

1. الكتم

الكتم هو إنكار الجاني وجود الشيء في حيازته توصلاً منه للتخلص من الالتزام برده والاحتفاظ به لنفسه، ذلك أن التخلص من الالتزام بالرد يعني جحوداً لحق المالك

على الشيء، وفيه دلالة واضحة على إرادة تغيير الحياة⁽¹⁾. ويدخل فإنكار الأمين وجود المال لديه أو الادعاء بفقده أو هلاكه⁽²⁾. ويكون الكتم في جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي بإنكار وجود البرنامج أو التطبيق الذي نُقِلَ إليه، إما إذا تعلق الأمر بإنكار الجاني لوجود الدعامة المسجل عليها البرنامج أو المعلومات (كالشريط الممغنط أو flash memory)، فلا خلاف في انطباق النصوص التقليدية لجريمة إساءة الائتمان على هذه الحالة كونها تعلقت بمال مادي منقول، إلا أن الإشكالية التي يثيرها فعل الكتم تكون في إنكار الجاني استلام المعلومات والبرمجيات المعالجة إلكترونياً، إذ أن التسليم عمل مادي ينقل حياة الشيء من يد إلى أخرى⁽³⁾.

2. الاختلاس

يُعرّف الاختلاس بأنه كل فعل يباشر به الجاني سلطات على الشيء كتلك التي لا تدخل إلا في سلطات المالك، فهو السلوك إزاء الشيء مسلك المالك، بما يكشف عن تغيير نية الحياة لدى الجاني، ويكشف عن اتجاه نية الجاني لإضافة المال المسلم إليه إلى ملكه والحيلولة دون تمكين مالكة الأصلي منه⁽⁴⁾. ومما لا شك فيه أن الاختلاس كالكتم من حيث اختلاس المعلومة أو البرنامج المستقل عن الدعامة المسجل عليها، والذي يؤدي إلى الاصطدام بالمفهوم التقليدي الذي يقرر أن الاختلاس هو اغتصاب للحياة يجب أن يكون منصباً على شيء مادي، ولكن الاتجاه الذي يؤيد اختلاس المال المعلوماتي غير المادي يرى أنه بالإمكان اختلاس المعلومة أو البرنامج، ذلك أن البرنامج أو المعلومة هو نتاج فكري لمخترعه، وبالتالي فإن الاختلاس يكون من نفس طبيعة الشيء، أي بالاستحواذ الفكري على المعلومة أو البرنامج، ولكن يذهب البعض

(1) حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 418.

(2) الكيلاني، فاروق، جرائم الأموال، مرجع سابق، ص 539.

(3) الغفاري، محمد سليمان، جريمة إساءة الأمانة المعلوماتية ومدى كفاية النصوص العمانية لحمايتها، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2010، ص 50.

(4) حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 418.

في دعم هذا الرأي بالقول بضرورة توفر نشاط مادي يدل على الاختلاس كبيع البرنامج⁽¹⁾.

وفي مثال على حالة قيام فعل الاختلاس في جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي، امتناع الأمين عن رد بطاقة الائتمان في حال طلبها من جانب البنك، لانتهاج صلاحيتها أو إلغائها أثناء مدة الصلاحية نظراً لسوء استعمالها من قبل الأمين ذلك أن البنك هو المالك لهذه البطاقة وموجودة لدى العميل على سبيل عارية الاستعمال، ويمكن أن يتمثل فعل اختلاس البرامج والمعلومات في الجريمة محل الدراسة في أفعال الغش المحاسبية، ويستخدم الحاسب الآلي في إخفائها، فيستخدم الشيء المؤتمن عليه في غاية أخرى مخالفة للمقصود من التسليم⁽²⁾.

3. الاستعمال

لم يأتِ المشرع السوري على ذكر "الاستعمال" كصورة من صور الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان التقليدية والمعلوماتية على حدٍ سواء. ويثير لفظ الاستعمال عموماً بعض اللبس، فيما إذا كان المقصود به الاستعمال المجرد من نية التملك، حينئذٍ تختلط هذه الجريمة بمجرد الإخلال بتنفيذ العقد، أم يقصد به الاستعمال المصحوب بنية التملك الذي لا يعدو أن يكون اختلاصاً، والواقع من الأمر أن تحديد معنى الاستعمال يكون على ضوء مدلول الركن المادي وهو تغيير الحياة من ناقصة إلى كاملة، فلا يجب الوقوف عند مجرد الإخلال المدني بتنفيذ العقد، وإنما يجب أن يثبت أن هذا الإخلال قد تحقق على النحو الذي ظهر فيه الجاني بمظهر المالك للشيء، فالعقاب على الجريمة لا يكون

(1) قشقوش، هدى حامد، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 62.

(2) لمقدم، حمر العين، جريمة خيانة الأمانة المعلوماتية، مقالة منشورة في مجلة دراسات وأبحاث جامعة الجلفة، الجزائر، 2009، ص 362.

على مجرد إساءة استعمال الشيء، وإنما على الاستعمال الذي لا يصدر إلا عن المالك⁽¹⁾.

أما تطبيقات الاستعمال في نطاق جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي فإنها تتمثل إما في التعسف في استعمال الشيء المسلم للأمين بشكل يتنافى مع الغرض المحدد في العقد، ويذهب البعض برأيه أن هناك قيدان لعدم العقاب على فعل الاستعمال⁽²⁾: الأول عندما يكون الاستعمال مخالف لاختصاص الشيء المتفق عليه، والثاني عندما يكون استعمال الشيء على نحو يخالف الغاية من الحق كمن يمارس سلطات وظيفية لمصلحته الشخصية. ومثاله العامل الذي يستعمل البرامج والبيانات المسجلة على بطاقات أو شرائط مغنطة خاصة بعمله وذلك بإعطائها للغير لنسخ المعلومات والبيانات المسجلة عليها تمهيداً لإذاعتها مخالفاً شروط التعاقد.

ومن تطبيقات الاستعمال في مجال جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي "استعمال الآلة" أو اغتصاب جهد الآلة، فيذهب جانب من الفقه ويحق إلى أن اغتصاب العامل لجهد جهاز الحاسب الآلي لا يقع تحت طائلة العقاب بجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي، لأن الأمين لم يغير حيازته على الجهاز ونظامه من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، وطالما لم يؤد استعمال الجهاز أو نظامه إلى تلفه كلياً أو جزئياً ولم ينقص من قيمته فلا تتحقق بذلك جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي⁽³⁾. ويذهب رأي آخر إلى أن الانتفاع بالبرنامج أو النظام المعلوماتي انتفاعاً لا يسلبه قيمته الفعلية ولا يتلفه ولو كان مصحوباً بالغش الذي يتحقق بعلم الأمين والذي يتحقق بعلم الأمين والذي يجعل رد الشيء بحالته صعباً أو مستحيلاً لا تقوم به الجريمة⁽⁴⁾.

(1) سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، طبعة ثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 991.

(2) عفيفي، عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 188.

(3) الصغير، جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 129.

(4) الملط، أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، 403.

أما فيما يخص الاستعمال التعسفي لبطاقات الائتمان البنكي، فنثار الخلاف في الفقه حول تجريم هذا التصرف⁽¹⁾، فيرى البعض أن هذا الفعل يؤلف جريمة، ويبرر ذلك أن البنك المبرم بين البنك والعميل فيه شرط مقتضاه وجود رصيد كافي في الحساب وقت السحب، وبالتالي إذا استمر العميل في سحب أمواله رغم انتهاء رصيده، يكون متعسفاً في استخدامها وخالفاً شروط العقد ومستحقاً العقاب. ولكن الراجح فقهاً أن مثل هذا الفعل لا يؤلف جريمة، لأن العميل لم يبدد بطاقة الائتمان التي تسلمها من البنك على سبيل عارية الاستعمال، وإنما أساء فقط استخدامها بسحب مبالغ أكثر من رصيده ويعتبر العميل في هذه الحالة مخالفاً بالتزام تعاقدي. بيد أن هذه الجريمة تتوفر في حال إلغاء بطاقة الائتمان وإخطار العميل بذلك ولكنه لم يقرها.

4. التصرف

التصرف أو التبيد هو فعل يخرج الأمين به الشيء من حيازته على نحو يفقد المجني عليه الأمل في استرداده، أو يضعف إلى حد بعيد هذا الأمل، ويكشف عن نية تغيير الحيازة لدى الأمين⁽²⁾. وفي نطاق الجريمة محل البحث، يمكن تطبيق فعل التصرف على البرامج من شرائط وأسطوانات ومعدات الأجهزة بما تحتويه من ذاكرة تحتوي على المعلوماتية وتكون مسلمة للجاني بناءً على عقد لاستعمالها أو بحيازتها ثم يقوم باستعمالها استعمالاً يتسبب في تبديدها⁽³⁾. ويكون ذلك في حال كان الملف المعلوماتي محمياً، وليس من حق الأمين التصرف فيه، فيقوم بنسخه أو بتسليم النسخة إلى شخص آخر، ففي هذه الحالة تُنتهك الحماية القانونية المقررة، وقد المالك لهذا المصنف حقه في الاستغلال المال له بسبب واقعة النسخ غير المشروع⁽⁴⁾.

(1) لمقدم، حمر العين، جريمة خيانة الأمانة المعلوماتية، مرجع سابق، ص 364.

(2) حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 419.

(3) تمام، أحمد حسام طه، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 566.

(4) لمقدم، حمر العين، جريمة خيانة الأمانة المعلوماتية، مرجع سابق، ص 363. نقلا عن: الحجازي، عبد الفتاح

بيومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، [د.م.]، 2007، ص 516.

ثانياً: الضرر

يعتبر الضرر عنصراً في الركن المادي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي، وهو النتيجة المترتبة على إتيان الجاني للسلوك الإجرامي، فيشترط لتمام وقوع الركن المادي بالإضافة للفعل الجرمي أن يلحق المجني عليه ضرر من جراء الاعتداء على المعلومات أو البيانات المعالجة، فإذا لم تترتب هذه النتيجة فلا جريمة⁽¹⁾.

وعليه لا يشترط في الضرر أن يبلغ حداً معيناً من الجسامة، فالضرر الجسيم واليسير سواء، فقد لا يفقد الجاني الشيء نهائياً، بل يكفي أنه لا يستطيع أن يمارس حقوقه عليه بسبب الاعتداء، ولا يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع بل يكفي أن يكون محتملاً، كما يمكن أن يكون المتضرر هو المالك نفسه أو غيره كواضع اليد، أي يستوي أن يكون الضرر مباشراً أو غير مباشر، ويستوي أن يكون المضرور شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، أو يكون ضرر مادي أو ضرر معنوي⁽²⁾، ومن أمثلة الضرر المعنوي في مجال المعلوماتية أن يختلس موظف بطاقة العملاء قبل أن يستخدمها في الاستيلاء على أموالهم⁽³⁾. ولكن تبقى مسألة تقدير وجود الضرر من عدمه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع في ضوء ظروف الواقعة وملابساتها.

(1) عفيفي، عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 197.

(2) الغفاري، محمد سليمان، جريمة إساءة الأمانة المعلوماتية ومدى كفاية النصوص العمانية لحمايتها، مرجع سابق، ص 85.

(3) الملط، أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 407.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي

لا يكفي لقيام جريمة إساءة الائتمان المعلوماتي توفر الركن المادي فحسب، بل لا بد أن يصاحب النشاط الإجرامي إرادة جرمية تسيطر على ماديات الجريمة وتبعثها إلى الوجود مع علم صاحبها بالعناصر المكونة للجريمة، وهو ما يسمى بالركن المعنوي.

ويتخذ الركن المعنوي لجريمة إساءة الائتمان المعلوماتي صورة القصر الجرمية بعنصريه، العلم والإرادة، أي علم بالفعل وعلم بالنتيجة، وإرادة الفعل وإرادة النتيجة، ويعبر المشرع السوري عن معنى القصد بـ(النية)، وهي حسب تعريف المادة /187/ من قانون العقوبات السوري: (إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون). ويذهب الفقه والقضاء إلى القول بأنه لا يكفي لتحقق الجريمة وقيام المسؤولية عنها توفر القصد الجرمي العام، بل لا بد من أن يتوفر بالإضافة إلى ذلك صد خاص يعبر عنه بـ"نية التملك". وعلى هذا الأساس نستعرض في هذا الفرع عناصر القصد الجرمي العام، وتوفر القصد الخاص أو نية التملك.

أولاً: عناصر القصد الجرمي العام

1- العلم: يعتبر العلم وفقاً للقواعد العامة عنصراً من عناصر القصد الجرمي، ويجب توفره لتحقق الجريمة، وينصرف العلم على العناصر المكونة للواقعة الإجرامية، فيجب أن يكون الجاني عالماً بأن المعلومة أو البرنامج قد نُقِلَ إليه بواسطة إحدى وسائل تقانة المعلومات، كما يجب أن يعلم بأنه يحوز هذه البرمجيات أو المعلومات على سبيل الحياة الناقصة بناءً على عقد من العقود، أما إذا كان يعتقد بأن البرنامج قد نقل إليه على سبيل الحياة الكاملة فلا يتوفر بحقه القصد الجرمي⁽¹⁾. كما يجب أن يعلم الجاني أن من شأن الفعل الذي يأتيه أن يلحق الضرر بالمجني عليه محققاً كان هذا الضرر أو

(1) قهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، 2002، ص 405.

محتماً، فمن يستعمل شيئاً دون أن يدرك أن من شأن هذا الاستعمال الإضرار بصاحبه ويكون هذا الاستعمال بدون إذن ويتعرض الشيء لظروف شاذة تؤدي إلى هلاكه لا يسأل عن هذه الجريمة، كم يستعمل النظام المعلوماتي، ويحدث ارتفاع مفاجئ في التيار الكهربائي يؤدي لتلف النظام⁽¹⁾.

2- الإرادة: تعتبر الإرادة العنصر الثاني من عناصر القصد الجرمي ويكتمل بها، وتمثل هذه الإرادة في اتجاه نية الجاني لتغيير حيازة على الشيء من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، كما تتجه لترتيب ضرر محقق أو محتمل الوقوع، فيجب أن تتجه الإرادة إلى السلوك الجرمي أي إلى الكتم أو الاختلاس أو الاستعمال أو التصرف في البرمجيات المؤتمن عليها الجاني. ويتوجب على المحكمة أن تستظهر هذه الإرادة في حكمها وإلا كان قاصراً⁽²⁾.

والخلاصة أن القصد الجرمي العام يتوفر في الجانب المعلوماتي فيما لو أوتمن الجاني على البرمجيات أو المعلومات المعالجة إلكترونياً فأقدم على التلاعب فيها وغير حيازته الناقصة إلى حيازة كاملة مؤدياً بفعله إلى إلحاق الضرر بالمجني عليه، بمعنى أن الأمين لا بد أن تتصرف إرادته إلى التصرف في البرمجيات أو المعلومات المؤتمن عليها والمسلمة إليه بموجب عقد من عقود الأمانة تصرفاً لا يصدر إلا عن المالك، وهو عالم بأنه يتصرف فيه وهو ملك لغيره، وأن من شأن هذا التصرف إلحاق ضرر أكيد أو محتمل بالمالك⁽³⁾.

ثانياً: نية التملك

استقرت في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض السوري على أنه: "الإساءة الائتمان ركن مادي وهو الحيازة، وركن معنوي وهو العمل على تغيير الحيازة من ناقصة

(1) تمام، أحمد حسام طه، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 586.

(2) قهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 408.

(3) الغفاري، محمد سليمان، جريمة إساءة الأمانة المعلوماتية ومدى كفاية النصوص العمانية لحمايتها، مرجع

سابق، ص 91.

لحساب الغير إلى حيازة كاملة لحساب من يسيء الائتمان، مع توفر القصد الجرمي الخاص وهو تملك المال موضوع البحث، فإذا انتفى أحد الركنين لم يعد للجرم وجود⁽¹⁾. وتعتبر نية التملك بناءً على ذلك عنصراً آخر يضاف إلى عناصر القصد الجرمي العام (العلم والإرادة)، فبالإضافة إلى اتجاه إرادة الجاني لاختلاس الشيء المعلوماتي (البرنامج أو المعلومة)، مع علمه لأنه يختلس شيئاً مملوكاً للغير يضاف إليهما نية الاستحواذ على الشيء والاستئثار به، والمجرم المعلوماتي الذي يسيء الائتمان على البرنامج أو المعلومة يسعى بإرادته إلى الاستحواذ عليها بتشغيله للجهاز ويعلم أنها ملك لآخر ويقصد تملك هذا الشيء⁽²⁾.

ويتطبيق ذلك في المحال المعلوماتي فإن القصد الجرمي يكون متوفراً بحق الجاني الذي يعطي الغير الأسطوانات المسجل عليها البرنامج أو المعلومة لنسخها وإعادةتها، فيحتفظ بها لنفسه ويحول حيازته عليها من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، ذلك أن هذه الأشياء قد سلمت إلى الجاني لممارسة نشاط محدد لحساب صاحب المشروع، وكذلك يتوفر القصد بحق الجاني الذي يعلم بالضرر الذي يمكن أن ينتج عن تلاعبه في البرامج والمعطيات التي يكون له حق الولوج إليها والتعامل معها بحكم عمله الخاص فيما يتعلق بإنشاء المعلومة السرية أو في حالة الاستيلاء على أموال الغير⁽³⁾.

(1) نقض سوري، جنة 4374 قرار 1588 تاريخ 1985/1/2 وأيضاً: نقض سوري جنة قرار 426 أساس 1963 تاريخ 1974/4/23 أنظر في: دركزلي، ياسين، المجموعة الجزائية، مرجع سابق، قاعدة 493.

(2) قشقوش، هدى حامد، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، مرجع سابق، ص 63.

(3) الغفاري، محمد سليمان، جريمة إساءة الأمانة المعلوماتية ومدى كفاية النصوص العمانية لحمايتها، مرجع سابق، ص 94. انظر أيضاً: الصغير، جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص

الخاتمة

يتبين لنا من خلال ما تم طرحه في هذا البحث أن المشرع السوري قد عالج إشكالية هامة بإصداره تشريعاً مستقلاً وامتكاملاً يعالج فيه الجرائم المعلوماتية، وخاصة تلك الجرائم التي تقع على الأموال ومن بينها الجريمة محل البحث وذلك ببيان أركانها وعناصرها، وقد توصلنا من خلال ما تم بحثه لنتائج أهمها: أن المشرع السوري قد وفر الحماية الجزائية للبرامج والمعلومات ذات القيمة الاقتصادية العالية، فقلّص بذلك المشكلات التي تعترض توفير هذه الحماية من خلال النصوص التقليدية، توصلنا أيضاً إلى أن البرمجيات والمعلومات تعتبر أموالاً وتصلح محلاً لقيام الجريمة بالنظر لقابليتها للاستغلال المالي، إذ أن بعض البرامج والتطبيقات قد تفوق في قيمتها الأشياء المنقولة. وأن أهم عقود الأمانة في معرض هذه الجريمة هي عقد الوكالة وعقد العمل والخدمات المجانية وعارية الاستعمال. وعلى ضوء هذه النتائج نقترح ضرورة العمل على رفع مستوى الوعي لدى المحامين والقضاة بالنسبة لهذه الجريمة المستحدثة من خلال دورات تدريبية وندوات تعريفية في مجال النظام المعلوماتي لفهم التعامل مع الجرائم المعلوماتية بما يساعد على التكيف المناسب للجرم وتقرير العقاب عليه.

المصادر والمراجع

المصادر:

1. قانون الجريمة المعلوماتية السوري رقم 20 لعام 2022.
2. قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949 وتعديلاته بالقانون رقم 15 لعام 2022.

المراجع:

1. السعيد، كامل، شرح قانون العقوبات الأردني الجرائم الواقعة على الأموال دراسة تحليلية مقارنة،
2. الكيلاني، فاروق، جرائم الأموال، طبعة أولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004
3. البغال، سيد حسن، إساءة الائتمان أو جريمة خيانة الأمانة في التشريعات فقهاً وقضاً دراسة وضعية ومقارنة، عالم الكتب، القاهرة، 1979
4. الصيفي، عبد الفتاح، شرح قانون العقوبات القسم الخاص،
5. حسني، محمود نجيب، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني (دراسة مقارنة)،
6. نمور، محمد سعيد، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني،
7. قهوجي، علي عبد القادر، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997
8. الحسيني، عمر الفاروق، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، طبعة ثانية، [د.م.]، 1995

9. تمام، أحمد حسام طه، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
10. الملط، أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
11. أنيس، إبراهيم، منتصر، عبد الحليم، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مجمع اللغة العربية - مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.
12. الجبور، محمد عودة، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، 2010.
13. عفيفي، عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
14. الغفاري، محمد سليمان، جريمة إساءة الأمانة المعلوماتية ومدى كفاية النصوص العمانية لحمايتها، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2010.
15. لمقدم، حمر العين، جريمة خيانة الأمانة المعلوماتية، مقالة منشورة في مجلة دراسات وأبحاث جامعة الجلفة، الجزائر، 2009.
16. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، طبعة ثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
17. الصغير، جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

18. قهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
19. دركزلي، ياسين، المجموعة الجزائية، طبعة أولى، دار الأنوار، دمشق، 1981.

نظرية الضمان كأساس لمسؤولية عديم التمييز

مجد الدين عيد

* دراسات عليا (ماجستير)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلب

الدكتور المشرف: احمد عبد الدايم

الملخص

إن نظام المسؤولية المدنية في سورية معقد نتيجة عدم تنظيمه تنظيمياً دقيقاً والاعتماد فقط على مساطر القوانين الوضعية وفي مقدمتها القانون المدني المصري. فإن نظرية الخطأ التقليدية لم تعد كافية بحد ذاتها لحماية المضررين نتيجة صعوبة إثبات الخطأ أو استحالته في بعض الأحيان كما في حالة إتيان عديم التمييز عملاً ضاراً، كما أن الشخص لا يُعدّ دائماً غانم من كافة الأنشطة الصادرة منه حتى نعتد نظرية تحمل التبعة، فلا بد لنا من اللجوء إلى نظام قانوني يحمي حق المضرور بتعويضه عما لحقه من ضرر بشكلٍ عادل عن كافة الأضرار التي يكون له صلةٌ بها. وإن نظرية الضمان هي المقصودة، فهي نظرية هدفها ضمان تعويض الأضرار بغض النظر عن الأخطاء، لكن ذلك يجب أن يتم بالتزامن مع تحاشي الانتقادات التي وجهت لنظرية الضمان الموجودة في الفقه القانوني خاصةً الغربي، واقتباس الحلول من نظيرتها في الفقه الإسلامي. وذلك لا يعني قيامها بمفردها وإنما لا بد لها من الاستعانة بالنظريات سالفات الذكر وبخاصة التقليدية، فيتم التعويض الموضوعي للمضرور (نظرية الضمان) بشكلٍ أولي، وكون أن التعويض قد يكون أقل من مقدار الضرر، فنلجأ بشكلٍ ثانوي إلى النظرية التقليدية ليتم فرض تعويض إضافي نظراً لظروف الخطأ كعقوبة مادية مالية أو التلويح للفاعل من أجل تنبيهه على تصرفاته الضارة أو موقف عدم تصرفه.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية، النظرية الموضوعية، نظرية الضمان، النظرية الشخصية (التقليدية)، تحمل التبعة، عديم التمييز، الضرر، الخطأ، الفقه الإسلامي.

The guarantee as a basis for non-discrimination liability

*** Graduate student (MSc), Dept. civil, Faculty of law,
University OF Aleppo**

Abstract

The civil liability system in Syria is complicated as a result of not being organized accurately and relying only on the procedures of positive laws, and foremost of which is the Egyptian civil law.

the traditional theory of error is no longer sufficient by itself to protect those affected as a result of proving error at times, as in the case of doing non-discrimination a harmful act, also, a person is not always considered a winner from all the activities emanating from him in order to adopt the theory of bearing the responsibility, so we must resort to a legal system the protects the right of the injured person by compensating him for the damage in a fair manner for all the damage that he is related to.

And the guarantee theory is the intended, as it is a theory whose aim is to guarantee compensation for damages regardless of error, but this must be done in conjunction with avoiding the criticisms directed at the guarantee theory found in legal jurisprudence, especially in western and borrowing solutions from its counterpart in Islamic jurisprudence.

this does not mean that it is done on its own, but rather it must seek the help of the aforementioned theories, especially the traditional ones, so we do work the objective compensation (the guarantee theory) is done in the first place, And since the compensation may be less than the amount of damage, we resort secondarily to the traditional theory to impose additional compensation in view of the circumstances of the error, such as a financial penalty or waving to the perpetrator in order to warn him of his harmful behavior or the situation of his non- behavior.

المقدمة

بعد قيام الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، تبعها الكثير من المستجدات العملية والتطور الصناعي واكتساح الآلات مما أثار حتى على صياغة قانونية جديدة، خاصة في مجال المسؤولية المدنية وعلى وجه التحديد التقصيرية التي سارعت بتعديل موقفها من النظرية الشخصية نحو النظرية الموضوعية والتي تحوي في طياتها نظرية تحمل التبعة أو نظرية المخاطر، وعلى ما يبدو أن ذلك لم يفي بالغرض فأخذ التطور يسלט الضوء على نظرية الضمان، وكان من رواد هذا التطور الفقهي القانوني الأستاذ ستارك، والذي حاول جاهداً لقاء ذلك تفادي مساوئ النظريات السابقة لها حيث كان مجمل تركيزها على سلوك الشخص المسؤول ودونما التفات لضرر المضرور، فالنظرية الشخصية كانت تبحث في الخطأ الواقع من المتسبب بالضرر، وكما كانت النظرية الموضوعية تهتم بنشاط المسؤول وغنمه جراء هذا النشاط، بينما كان تسليط الضوء في نظرية الضمان على أن الضرر يجب أن يعوّض أياً كان الحال، وبطبيعة الحال كان من حق أصحاب هذه النظرية أن يبرروا موقفهم منها، وكمثيالاتها من النظريات وجّه إليها بعض العيوب، كل هذا ما سنعرفه في هذا البحث لنكوّن رأيي سليم عن هذه النظرية وقدرتها على محاكاة واقعنا اليوم، وخاصة فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية حينما تقوم في ذمة عديم التمييز.

أهمية البحث:

يُعدُّ موضوع نظرية الضمان كأساس لمسؤولية عديم التمييز من الموضوعات ذات الأهمية الكبرى في القانونين الوضعي والفقهِ الإسلامي، وذلك لتكرار انتهاك الأفراد ببعضهم يوماً ومنهم عديمي التمييز، حيث إن هذا الموضوع يتداخل مع تطورات نظرية المسؤولية، وذلك ما يؤثر على المسؤولين العقديّة والتقصيرية وعلى مسؤولية عديم التمييز عن أضرار الأفعال الشخصية التي يأتيها دونما العقديّة كون تصرفاته هي باطلة أصلاً.

إشكالية البحث:

إن المشرع السوري أقام وأسس المسؤولية المدنية لعديم التمييز بناءً على استثناءات وحين أقامها في بعض الحالات فذلك كان على أساس تحمل التبعة، على عكس الحال بالنسبة لفقهاء الإسلام الذي اعتد بالنسبة لهذا الموضوع بنظرية الضمان، وهذا ما يدفع القانوني الفضولي إلى التعرف على نظرية الضمان في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كنظرية في هذه المذاهب، ومما يجعل السؤال يدور حول مدى إمكانية الأخذ بهذه النظرية قانوناً، وبالتالي تطبيقها على كافة أنواع المسؤولية إذا أثبتت جدارتها من خلال البحث.

أهداف البحث:

إن الغاية من بحثنا هو التوصل إلى أفضل المبررات التي تدعو للأخذ بنظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية عليها وبشكل خاص مسؤولية عديم التمييز، كذلك لفت نظر المشرع إلى آراء من نقد هذه النظرية وكل المطاعن التي من الممكن ورودها عليها لعلنا نساعد في بناء تشريع حديث يتجنب تلك المساوئ من جهة وبواكب تطورات العصر القانونية والاقتصادية من جهة أخرى.

نطاق الدراسة:

كنا دائماً في هذا البحث نحاول تسليط الضوء على تطورات نظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية بشكل عام، ومسؤولية عديم التمييز تحديداً كونها أحد أهم تطبيقات المسؤولية التقصيرية، ففصلنا منذ تطورها مع مبرراتها وصولاً لرأي من قام بنقدها.

منهج البحث:

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج النظري التحليلي الاستنباطي، عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية، وذلك مع الاستئناس بالمنهج الاستقرائي وذلك لدراسة بعض الأبحاث القريبة من موضوع هذا البحث، واللجوء للمنهج المقارن بعض الشيء وذلك للإفادة من آراء فقهاء الإسلام ومذاهبه بالقدر اللازم لتحقيق أهداف هذا البحث.

صعوبة البحث:

غالباً كانت يواجهنا عائق قلة المراجع المتخصصة في مكاتبتنا، وما كان موجوداً لم يكن يبحث في الجوانب الفقهية والأسس القانونية لنظرية الضمان بشكلٍ مفصل وإنما يقومون بسرد ما يعرفه أغلب رجال القانون عنها بشكلٍ عام، كذلك واجهتنا مشكلة أن المواقع الإلكترونية التي كان من الممكن استخراج مراجع هامة منها، فهي إما كانت محظورة لدينا، أو كان التحميل منها باهظاً.

خطة البحث:

نقسم بحثنا هذا إلى فصلين أساسيين، نسلط الضوء في الأول منهما على المفهوم العام لنظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية المدنية وخاصة التصيرية وعلى وجه التحديد مسؤولية عديمي التمييز، وخصصنا الفصل الثاني لتقييم هذه النظرية الحديثة في القوانين الوضعية والقديمة في الفقه الإسلامي مبينين مبررات من دعا إليها وحججهم، وكذلك مساوئها على لسان من انتقدها.

المبحث الأول: مفهوم النظرية

إن هذه النظرية كانت نتاج تطوراتٍ لما سبقتها من نظريات تُوصلنا لماهية هذه النظرية وكَم التطور الدارج حتى وصلت إلى ما هي عليه (مطلب أول)، وكذلك يجب الاطلاع على علاقتها بالنظريات السالفة وفروقاتها عنهن وبعض الأمور الشبيهة لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ماهية النظرية

لوقوف على ماهية هذه النظرية كان يجب المرور بكيفية وجودها والتطورات التي دعت لظهورها (فرع أول)، وطبيعة هذه النظرية والوصول لمقتضاها أخيراً من حيث النتيجة (فرع ثاني).

الفرع الأول: ظهور النظرية

لقد ظلت المشاكل القانونية فيما يخص المسؤولية المدنية وبخاصة التقصيرية تتوالى وتتضخم فلم يقف الفقه القانوني مكتوف اليدين بل ظل يراقب ومن ثم يطور بنظرياته الفلسفية، فكانت أولاً النظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ سواء كان واجب الإثبات أو مفروض بشكلٍ قطعي غير قابل لإثبات العكس أو قابل لإثبات العكس أي غير قطعي الافتراض.

حتى برزت فكرة تحمل التبعة في صورتين أولاًهما عامة مطلقة، والثانية خاصة مقيدة، ويذكر أن أول من قام بها هو العلامة لاييه والذي ظل متمسكاً بفكرة الخطأ حتى عام 1890م، ثم تحول في تلك السنة إلى فكرة تحمل التبعة مكتفياً بها أساساً للمسؤولية المدنية⁽¹⁾، أي كان ذلك فعلياً بعد الثورة الصناعية 1884م بسبب سنوات.

إلا أن النظريات المطروحة في هذا الصدد - وهي الخطأ وتحمل التبعة - هي نظريات شخصية، لأنها لا تبحث عن أسباب الإدانة إلا في جانب الشخص الذي تسبب في حدوث الضرر، فيكون هناك التزام بالتعويض لأن الفاعل ارتكب خطأ كما يقول البعض، أو لأنه أنشأ مخاطراً أو جنى فائدة من نشاطه كما يقول البعض الآخر، غير أن هذه

¹ ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، 1979 - 1980، ص 177.

الطريقة في التعليل خاطئة ويعتريها القصور لأنها تهمل جانب المضرور، فكل شخص في الواقع له الحق في الحياة وفي التكامل الجسدي والمادي، ويضيف الأستاذ ستارك أنه في مواجهة حق المضرور بالسلامة فإنه يجب أن نراعي أيضاً الحق في التصرف، أي لا النظر إلى المشكلة من جانب واحد فقط، فمن وجهة نظره أن المسؤولية المدنية تكمن في وجود نزاع بين حقين شخصيين وهما الحق في السلامة من جهة، والحق في التصرف من جهة أخرى، فكيف يمكن التوفيق بين هذين الحقين⁽¹⁾.

وفعلاً إن النظرية الأولى (الشخصية) تبحث في سلوك الشخص والتحقق من وقوع خطأ في جانبه أم لا ومدى ارتباط ذلك بالضرر وصعوبة إثبات ذلك الخطأ وبالتالي عدم إسعاف المتضرر لجهة حصوله على التعويض المناسب، والثانية (الموضوعية) تهتم بسلوك الشخص ونشاطاته والتحقق من غنمه من هذا السلوك وتلك النشاطات وبالتالي قدرته على تعويض المضرور عما تضرر، إلا أن نظرية الضمان أيضاً تبحث فقط في الضرر دونما كيف سبب.

وعلى ما يبدو أن نظرية الضمان كانت معروفة منذ القدم لدى فقهاء الشرع الإسلامي، فقد تأثرت بعض القوانين العربية بمصطلح الضمان الوارد في الفقه الإسلامي، وتسمى بقاعدة الإلتلاف، ويشير بعض فقهاء القانون الفرنسي إلى أن فكرة الضمان كانت توأم القانون الفرنسي حيث أنها ولدت مع ولادته، فهي ليست بالفكرة الجديدة أو المستحدثة، وبعض الفقهاء يرى أن نظرية الضمان القانوني ما هي إلا صورة مخففة من نظرية تحمل التبعة⁽²⁾.

¹ د. أيمن إبراهيم العشاوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 187 - ص 188.

² أ.د. الخفاجي عزيز كاظم جبر، نظرية الضمان القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد 40، العراق، 2018، ص 12.

الفرع الثاني: خلاصة النظرية

أصبح من الواضح الدرجة التي وصلت إليها نظرية الضمان فهو نظام قانوني يقيم التعويض على فكرة ضمان الأضرار بحد ذاتها لا الخطأ الشخصي واجب الإثبات أو غيره ولا حتى النشاط الفردي.

بل إن أساس المسؤولية هنا هو الضمان المقرر للحقوق أو المساس بالحقوق المضمون، كما يجب التحقق أولاً من أن هذا المساس قد وقع دون وجه حق، وبالتالي ترتب عليه ضرراً غير مشروع بغض النظر عن الحالة النفسية لفاعله، وبمجرد التحقق من كون الفاعل غير مخول في إحداث الضرر بالغير⁽¹⁾.

ومن حيث أن ستارك يرى أن الأضرار على نوعين: بالنسبة للفئة الأولى من الأضرار الجسمانية والمادية فإنها تعطي الحق في الحصول على التعويض دون استلزام إقامة الدليل على خطأ المسؤول، أما بالنسبة للفئة الثانية وهي الأضرار الاقتصادية أو الأدبية البحتة فإن القانون لا يضمنها من حيث المبدأ لأنها نتيجة طبيعية بل وضرورية لممارسة الحق في التصرف فهي تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية والتي تقضي بضرورة إثبات الخطأ من أجل الحصول على التعويض، فحق الضرر في السلامة هو الذي يجب أن يُرجح مُبرراً مسؤولية الفاعل⁽²⁾.

ونتيجة لذلك يمكن قيام مسؤولية الشخص على أساس نظرية الضمان بمجرد تعديه على حقوق غيره وخاصة الحق في السلامة الجسدية والمادية بمجرد وقوع الضرر وبغض النظر عن الخطأ، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص ولو كان عديم تمييز وإدراك متجاهلين قيامه بخطأ أو لا، ومركزين الأنظار فقط على وقوع الضرر والعلاقة السببية بين هذا الفعل الذي لا يهمننا تخطيئه من تصويبه وبين الضرر المائل.

¹ ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 192.

² د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 190.

المطلب الثاني: تمييزها عن غيرها

إن هذه النظرية لا بد من أنها تختلف عن النظريات الأخرى التي سبقتها وكذلك عن الضمان في الشريعة الإسلامية ولذلك نفرد فرعاً لكل ما يلتبس أمره.

الفرع الأول: تمييزها عن النظرية الشخصية

تقوم النظرية الشخصية أو الذاتية على أساس أن جوهر الالتزام هو الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين وليس محل هذه العلاقة أو ما يُمثله هذا المحل من قيمة مالية، وبناءً على ذلك وفيما يخص المسؤولية التقصيرية كوننا بصدد مسؤولية عديم التمييز، فإنها تقوم على فكرة الخطأ وهذا يستلزم وجود إرادة عاقلة وحرّة، والبحث في شخصية الفاعل نفسيته، سواءً كان هذا الخطأ واجب الإثبات كالمسؤولية عن الفعل الشخصي، أو مفترضاً كالمسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن الأشياء وسواءً كان هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابلٍ له⁽¹⁾.

وتأسيساً من هذا المنطلق فإنه لا يمكن تغاضي طرفي المسؤولية أو الالتزام ويجب الاعتداد بكل ما يصدر عنهما وبالأخص خطأ المسؤول وبالتالي إدراكه، وبناءً على هذه النظرية لا يمكن مساءلة عديم التمييز عن فعل صدر عنه لأنه لا يمكن أن نصفه بأنه غير مشروع كما نص المشرع⁽²⁾: "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز"، أما إذا قمنا بوصف هذا الفعل على أنه فعل ضار بالتركيز فقط على فكرة أن ضرراً ما وقع وله علاقة بسلوك الشخص المسؤول دون النظر إلى قدرته على التمييز من عدمها و لخطئه كان يمكن مسألته كنا أما فكر نظرية الضمان، وذلك فعلاً هو ما عبر عنه المشرع بنص الفقرة الثانية من المادة السابقة حينما جنح نحو مسؤولية لا خطئية بالنسبة لعديم التمييز: "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز..."، ولم يقل وقع الفعل غير المشروع، لأن عديم التمييز لا يدرك المشروع من غير المشروع.

¹ د. عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في حلب، 2007، ص 21 - ص 257.

² القانون المدني السوري، المادة 165/، الفقرة الأولى منها.

الفرع الثاني: تمييزها عن نظرية تحمل التبعة

إن كلتا النظريتين يعتبران ضرباً من المسؤولية الموضوعية (النظرية الموضوعية للمسؤولية)، فلا يقيمان وزناً للخطأ المرتكب من جانب المتسبب في حصول الضرر. إلا أن نظرية تحمل التبعة يندرج ضمنها نظرية المخاطر كصورة عامة مطلقة للنظرية الأم في أن من يدخل في المجتمع لفائدته الشخصية شيئاً من شأنه أن يضاعف المخاطر التي يتعرض لها الناس، يتعين عليه، إما أن يستغني عن فائدة هذا الشيء، أو يعرض الآخرين عما يصيبهم⁽¹⁾.

أما الصورة المقيدة المخففة لنظرية تحمل التبعة فهي نظرية العُرمُ مقابل العُنْمُ على أساس أن الشخص أنشأ نشاطاً (مشروعاً)، ثم أصيب أحد الأشخاص بضرر منه يوجب مسؤوليته، فهنا يجب على صاحب المشروع أن يتحمل تبعة أخطار المشروع الذي يستفيد منه⁽²⁾، أي يُعْرَمُ بما يَعْغَمُ مِنْهُ.

أما نظرية الضمان لم تعتمد على سلوك الفاعل من مخاطر أوجدها هو أو أخف من ذلك على أساس نشاطٍ يغنم منه، فلم تلقِ اهتماماً بجانب الفاعل أو خطئه أو نشاطاته، وإنما سلطت الضوء على الضرر بعينه، فحين ارتكاب غير المميز عملاً أدى لضرر المضرور لا ننظر للشخص أخطأ أم لا، أدخل مخاطر شيء أم لا، أيغنم من نشاطه أم لا، وإنما يكفي أنه تسبب في الضرر الواقع لِيُلْزَمَ بالتعويض.

الفرع الثالث: تمييزها عن نظرية المساعدة

تقوم هذه النظرية على أساس مساعدة المضرور، لكن يؤخذ عليها أنه لا يمكن أن تتم مساعدة بالإجبار، فكيف للتعويض هنا قد تخلى عن صفة الإلزام، وهذا ما دعا الفقيه الفرنسي ريبير للقول بأن هذا المبلغ لا يعد بمثابة تعويض إذ لا مسؤولية، كما أنه لا مجال للكلام عن كونه يُقابل تعويضاً كاملاً أم لا، كذلك فإن واجب المساعدة قد لا يقوم في كل الحالات، فقد لا تسمح الذمة المالية لعديم التمييز بالقيام بهذا الواجب متى كان

¹ ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 178.

² د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 122 - ص 316.

هو نفسه بحاجة للمساعدة⁽¹⁾، أما نظرية الضمان كما نعرف توجب التعويض إلزاماً حتى يمكن تتبع الأموال.

الفرع الرابع: تمييزها عن الضمان في الفقه الإسلامي

يرى بعض الفقهاء أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بما يُعرف في القوانين الحديثة بالنزعة الموضوعية أو المادية للمسؤولية، وأمانة ذلك هو ذهاب جمهور الفقهاء على مختلف المذاهب - الحنفية والراجح عند المالكية وإجماع كل من الشافعية والحنابلة والزيدية والامامية والإباضية - إلى القول بتضمين عديم التمييز متى كان مُباشراً، لأن ضمانه هنا يترتب بمجرد تحقق الضرر - أي نزعة مادية موضوعية - ولا يُلزم أن يكون الفاعل متعمداً أو متعمداً، وذلك سواءً كان هذا الضرر حالاً بنفس الغير أو بجسده أو واقعاً على أمواله حتى⁽²⁾.

إذ يرون أن مسؤوليته هي من قبيل خطاب الوضع لا خطاب التكليف، حيث يُشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على الفعل وكونه من كسبه، أما خطاب الوضع فلا يشترط فيه تكليف ولا علم ولا قدرة، وهذا الفرق هو الذي جعل الأصل في خطاب الوضع أن يكون بمنزلة الواقعة التي تكون مصدراً للالتزام⁽³⁾.

وقد قرر المشرع الأردني أيضاً الضمان على المُباشر، ويتبين ذلك من نص المادة 257/ من القانون المدني الأردني رقم 34/ لعام 1976/ م، والتي جاء فيها أنه:

"1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

2 - فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، وإذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

¹ د. أحمد محمد عبد الرحيم، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز "دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري"، المجلد السادس، العدد الثاني والثلاثين، لحولية مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، 2016، ص 239.

² د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 28 وما بعد.

³ انظر مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص 50.

ونظراً لذلك فإن مسؤولية عديم التمييز عن كل فعل ضار صادر منه مقررة عند جمهور فقهاء الإسلام إلا القلة القلائل منهم، كما تبين لنا أن غالبية الفقهاء تنفي وجود مسؤولية المكلف بالرقابة عن الفعل الصادر عن عديم التمييز في الشريعة الإسلامية حتى القانون المدني الأردني الذي استقى الغالب الأعم من أحكامه من الفقه الإسلامي، فقد عدّ الإضرار هو أساس المسؤولية، وبالتالي فقد أقر في هذا الصدد مسؤولية عديم التمييز، ونص على ذلك صراحةً في المادة (256) مدني على أن:

"كل إضرار بالغير يُلزم فاعله، ولو غير مُميز، بضمان الضرر".

وكذلك نص على أنه: "إذا أُلّف صبيٌّ مميّز أو غير مميّز أو من في حكمهما مال غيره، لزمه الضمان من ماله"⁽¹⁾.

ويتبين من النصين السابقين أن المشرع الأردني يُقر كقاعدة عامة قيام مسؤولية عديم التمييز، حيث يجب التضمين عندهم على ما يبدو حتى على من لم يصدر منه فعل أحدث الضرر كالتلف الذي يحدث في مال تحت يد ضمان نتيجة فعل لا يد لصاحب اليد فيه، أما الأفكار الغربية الحديثة بالنسبة لتأسيس المسؤولية على الضرر (النظرية الموضوعية) أو تأسيسها على فكرة الضمان فهي محاولات فيها خلط بين فقهيّن يختلفان في المصدر والنظر، وفي الأساس والغاية⁽²⁾.

أما نحن فنرى أن الفقه الإسلامي يرى أن التعويض - وهو ذاته الضمان عندهم - نظامٌ يضمن جبر الأضرار الواقعة على الأفراد دون النظر للظروف الداخلية للفاعلين سواءً أكانوا مكلفين أو غير مكلفين، عقلاء أو لا، فهو يقترب بشكل كبير من نظرية الضمان في الفقه القانوني والتي تقوم أيضاً على مجرد تعدي الشخص على حقوق غيره وخاصة الحق في السلامة وذلك بمجرد وقوع الضرر غير المرخص بإحداثه وبغض النظر عن الخطأ (فمثلاً دفع الدية هو ضرر للذمة المالية للواقع عليه واجب الدية ولكن هو مرخص

¹ القانون المدني الأردني، رقم /34/ لعام /1976/، المادة /278/.

² د. التلتي محمود، النظري العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،

1989، ص 41.

بإحداثه)، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص ولو كان عديم تمييز وإدراك متجاهلين قيامه بخطأ أو لا في كل من الفقهين والنظريتين.

ولكن الفارق بينهما نظري فهو وكما يرى الأستاذ ستارك أن وظيفة المسؤولية المدنية لا تقتصر على ضمان الحقوق، بل أن لها وظيفة أخرى هي إيقاع الجزاء على الشخص المخطئ، فالحقوق تكون مضمونة سواء أكان الفاعل مخطئاً أم لم يكن، ولكن السلوك الخاطئ للفاعل يستوجب جزاءً خاصاً هو تشديد المسؤولية وزيادة التعويض الذي يُحكم عليه به⁽¹⁾.

وإن أكبر آية على ذلك أن الفقيه سانتيليت قد اتجه مباشرةً إلى أساس المسؤولية المدنية وأطلق ندائه بوجوب إقامة المسؤولية على فكرة الضمان ولعل مقصد هذا الفقيه الكبير من هذا النداء هو لفت نظر الفقهاء تلميحاً إلى فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية والتي تقوم مقام فكرة المسؤولية في الفقه الغربي⁽²⁾.

ومن حيث النتيجة فالخلاف بينهما هو أن ضمان الأضرار في الضمان بالفقه الإسلامي يتم أياً كان سبب تلك الأضرار إذا كان مباشرةً وبالتعدي إن كان تسبباً أي اللجوء في بعض الأحيان لنظرية الخطأ، بينما ضمان الأضرار تبعاً لنظرية الضمان بالفقه القانوني يتم إذا كان الفاعل غير مرخص له إحداث ذلك الضرر، فلم يختلف كثيراً عما كان عليه الوضع في نظرية الخطأ.

¹ ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 192.

² د. التلتي محمود، النظري العامة للإلتزام بضمن سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989، ص 40.

المبحث الثاني: تقييم النظرية

وإن لهذه النظرية بعض التبريرات التي لجأ إليها أصحابها للدفاع عن وجودها وتسيدها لنظام المسؤولية المدنية (مطلب أول)، وكما لها محاربيين لا يرون بها العلاج الناجع فيوجهون إليها ما يوجهون من مطاعن وعيوب (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مبررات النظرية

إن من المبررات التي دعت بعض الفقهاء الشرعيين أو القانونيون لاعتناق هذه النظرية - الضمان حسب النظامين القانوني والشرعي - هي مبررات قريبة من بعضها البعض في كل من الفقهين المذكورين ولذلك سنتحدث عنهما معاً لقرب النظريتين من بعضهما:

الفرع الأول: الضمان لا يتعارض مع رفع الإثم الشرعي

حيث وكما شرح أحد الفقهاء في معرض مسؤولية عديم التمييز، إن رفع الإثم الشرعي عن عديم التمييز، لا يستلزم سقوط ضمانه لحقوق العباد، وذلك بحسب أن الإثم الشرعي قابل للعفو عنه بخلاف حقوق العباد إذ هي معصومة من الضياع وبالتالي فهي غير قابلة للسقوط، ومتى بقى المحل معصوماً من الضياع، فإن الضمان يقع على من ألحق الضرر بصرف النظر عن كونه مميزاً أو غير مميز، وبالتالي فإنه لا وجه للقول بأن وجوب الضمان أو التعويض في تلك الحالة يتعارض مع رفع الإثم الشرعي عن عديم التمييز، لما أشرنا إليه من أن الضمان ما شرّع إلا لجبر ما تحقق من ضرر وهو فوات الحق في المال المعصوم والدم المعصوم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البحث في الضرر عوضاً عن الخطأ

أن نظريات المسؤولية المدنية المعهودة وهنّ الخطأ وتحمل التبعية هي نظريات شخصية، لأنها لا تبحث عن أسباب التعويض إلا في ما يتعلق بالشخص المتسبب في حدوث الضرر الواقع، ونتيجة لذلك يترتب التزام بالتعويض لأن الفاعل أقدم على خطأ كما يقول أصحاب نظرية الخطأ التقليدية، أو لأنه جنى فائدة من نشاطه أو أنشأ مخاطراً كما

¹ د. عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخیر، التعویض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 40.

يدعي أنصار نظرية تحمل التبعة الموضوعية، غير أن هذه الطريقة يعترها القصور ومجافاة العدالة لأنها تهمل جانب المضرور.

الفرع الثالث: لا بد من قيام المسؤولية أحياناً على نظرية الضمان

يبدو واضحاً أن الاختيار بين الخطأ والمخاطر من وجهة نظر ستارك ما هو إلا مأزق كاذب ومزيف، فالتوفيق بين هذه الأفكار لا يمكن أن ينتهي إلا إلى إخفاق، أما تجاوزها عن طريق أخذ حقوق ومصالح المضرور غير المذنب في الاعتبار بدلاً من التوقف عند حقوق الفاعل وحدها وتركيز الأضواء عليها، فهو الذي ينجح في نظر المشكلة بطريقة جديدة ومبتكرة، ونظرية الضمان تُعلل في الوقت نفسه وجود مسؤولية بلا خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية والمادية، ومسؤولية أخرى تقوم على الخطأ بالنسبة للأضرار ذات الطابع الاقتصادي أو الأدبي البحث، وبناءً على ذلك فقد سلم ستارك بوجود حالات للمسؤولية في القانون الوضعي بسبب الخطأ وحالات أخرى للمسؤولية بلا خطأ، ولكنه أنكر دائماً أن المسؤولية تقوم تارةً على الخطأ وتارةً أخرى على المخاطر وذلك لأن الأساس الوحيد للمسؤولية من وجهة نظره هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة، وفي هذا الصدد يعد موقفه فريداً بلا شك⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الضمان من قبيل خطاب الوضع لا التكليف

من المسلم به إجمالاً أن تضمين الأضرار التي تصيب الغير إنما هو من قبيل خطاب الوضع، وبالتالي فإنه يستوي إزاء الخطاب الشرعي بهذا الضمان أن يكون محدث الضرر عالماً أو جاهلاً، عاقلاً أو مجنوناً، مميزاً أو غير مميز، عامداً كان أو مخطئاً ناسياً أو غير ناسٍ، حيث لا اعتبار لإمكان تحقق القصد من عدمه إزاء هذا النوع من الخطاب، وذلك هو ما يفضي إلى القول بحتمية ضمان الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز لكونه أهل لخطاب الوضع فضلاً عن أنه قد صدر منه السبب الذي جعله

¹ د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 191.

الشارع موجباً لهذا الضمان وهو الإلتلاف، أي أن الضمان في تلك الحالة إنما هو من قبيل بناء الأحكام على أسبابها وضعاً لا تكليفاً⁽¹⁾.

الفرع الخامس: تدعيم نظام المسؤولية بافتراضها نظراً لصعوبة إثبات الخطأ

إن نظام المسؤولية المدنية بأكمله يقوم على أساس الإثبات وهذا هو السبب الرئيسي في قصور قواعد المسؤولية الأدبية وعجزها عن تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فالمجتمع - ذلك يعني القاضي الذي يطبق القانون - لا يمكنه فحص القلوب والضمائر، فهو لا يستطيع أن يقرر خطأ شخص ما إلا من خلال أدلة ثابتة أمامه (إثبات بواسطة الشهود على سبيل المثال أو دليل كتابي أو قرائن مختلفة)، وهكذا فإنه ليس هناك مسؤولية دون إثبات، فإذا كانت المسؤولية تقوم على الخطأ فإنها لا توجد بدون إثبات هذا الخطأ، وهنا مكنم الخطورة الذي يهدد نظرية الخطأ التقليدية، فالمضروور لن يحصل على تعويض إذا لم ينجح في إثبات خطأ الفاعل ويتعرض بالتالي لمخاطر ضياع حقوقه إذا لم يقم المجتمع بتدعيم نظام المسؤولية المدنية عن طريق افتراض الخطأ وافتراض المسؤولية، وفي الواقع فإنه إذا دلت التجربة على أن أنواعاً معينة من الأضرار ترجع في الغالبية العظيمة من الحالات إلا التهور أو عدم التبصر أو إهمال يصعب إقامة الدليل عليه، فإن الفن القانوني الجيد يقتضي في مثل هذه الحالات عدم تطلب إثبات هذا التهور أو عدم التبصر أو الإهمال فصعوبة الإثبات تحول دون تحقيق قاعدة العدالة التوزيعية⁽²⁾.

الفرع السادس: الضمان يعني لا ضرر ولا ضرار

إن القول بضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز يتفق وما تقضي به القواعد العامة في الفقه الإسلامي من وجوب رفع الضرر مُطلقاً أيّاً كان سببه أو مصدره أو

¹ د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني 'دراسة مقارنة'، مرجع سابق، ص 38 - ص 39.

² د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 197 - ص 198.

الوسيلة التي أفضت إليه وذلك هو ما يُنبئ عنه عموم قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، حيث لم يستثنِ الرسول ﷺ مكلفاً أو غير مكلف⁽¹⁾.

المطلب الثاني: عيوب النظرية

إن هنالك بعض العيوب التي بدأ المناهضين لهذه النظرية توجيهها إليها، وسنقوم بسرد تلك العيوب والرد عليها إن استطعنا كوننا نرى في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي أسوةً تُحتذى:

الفرع الأول: إن أساس الضمان هو ذاته أساس الخطأ

إن ما تقرره النظرية من أن أساس المسؤولية هو المساس بحق الغير دون حق، هو ذات الأساس الذي اعتمده كثير من فقهاء النظرية التقليدية في تعريفهم للخطأ، وإن كل ما جاءت به النظرية هو إضفاء اسم جديد فحسب على أساس المسؤولية، هو الضمان بدلاً عن الخطأ⁽²⁾، فالخطأ وفقاً للنظرية التقليدية يمكن تعريفه على لسان الفقيه بلانيول على أنه: "الاخلال بالتزام سابق وهو عدم الإضرار بالغير"⁽³⁾، فلا يوجد فارق جوهري بين تسبب الضرر للغير دونما وجه حق كما يشترط ستارك وأتباع نظرية الضمان وبين الاخلال بواجب عدم الإضرار بالغير، إلا أننا نرى في نظرية أو نظام الضمان المفروض في الشريعة الإسلامية حلاً ورداً لهذا الانتقاد فضمن الأضرار في الشرع الإسلامي وكما ذكرنا يتم أيضاً كان سبب تلك الأضرار مرخصة الوقوع أو غير مرخصة الوقوع، على نقيض ضمان الأضرار تبعاً لنظرية الضمان بالفقه القانوني والذي لا يتم إلا إذا كان الفاعل غير مُرخص له بإحداث ذلك الضرر وهو ما وجّه النقد إليه.

¹ د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 42 - ص 43.

² ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 193.

³ د. عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 266.

الفرع الثاني: عدم ضمان الأضرار على الإطلاق

كما ذكرنا⁽¹⁾، ما من داعٍ للتفريق الذي أطلقه ستارك على الأضرار أنها على نوعين، الأضرار الجسمانية والمادية وهي التي تعطي الحق في الحصول على التعويض دونما لزوم إثبات خطأ المسؤول، وبين الأضرار الأدبية أو الاقتصادية كما أطلق عليها فإن المشرع لا يضمنها من حيث نظرية الضمان لأنها نتيجة عادية ولا بد منها لممارسة الحق في التصرف حيث أخضعها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية أي ضرورة إثبات خطأ المسؤول من أجل الاستحصال على التعويض ولأن النوع الأول على ما يبدو هو أكثر ضرورةً بالحماية الضمانية، إلا أن ذلك لا يجد تبرير منطقي، فالفقه الإسلامي مثلاً لم يُعاني من إشكالية جراء تغطية ضمان كل الحقوق دونما فرقة، هذا بمعرضٍ عن أن الفارق بين الضرر المادي من جهة والضرر الاقتصادي من جهةٍ أخرى هو فارق غامض يحتاج للتوضيح.

وهذه التفرقة لا تؤدي في النهاية إلا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة في الحالة الأولى ونظرية الخطأ المادي في الحالة الثانية، وذلك يعني أن النظرية لم تأت بأساسٍ جديد للمسؤولية⁽²⁾.

الفرع الثالث: عدم كفاية التعويض الموضوعي

ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأن: "نظرية الضمان التي يقول بها ستارك تحمل في طياتها تناقضاً واضحاً، فهو ينتقد النظرية الشخصية للمسؤولية ونظرية التبعة لأنهما تُركزان اهتمامهما على المسئول، بخطئه أو بنشاطه، مع تجاهل حقوق المضرور وحقوقه التي تكفل القانون بحمايتها، ومع ذلك فإن تعويض الضمان في نظره هو التعويض الموضوعي الذي يستبعد أي تقدير ذاتي للضرر، ومعنى ذلك أن تعويض الضمان يُحقق للمضرور في الواقع تعويضاً يقل عن مقدار الضرر الذي لحقه فعلاً، وهو لن يحصل على التعويض الكامل المقدر تقديراً ذاتياً إلا في حالة الخطأ الثابت المتميز من المسئول بصفة عقوبة بينما هذا التعويض الكامل يقدمه له القانون - عدا حالة الاتفاق أو النص

¹ انظر بحثنا، ص 6.

² ملوكي إباد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق،

الخاص - وفقاً للنظرية التقليدية القائمة على الخطأ أو التبعة كحق أصيل مستقل عن فكرة العقوبة⁽¹⁾.

ونحن نرى في هذا الانتقاد الحل نفسه فمن الممكن تعديل هذه النظرية فيتم التعويض الموضوعي للمضروب بناءً على نظرية الضمان بشكلٍ مبدئي، وكون أن التعويض قد يكون قليل مقارنةً بمقدار الضرر الواقع حقاً فيتم اللجوء بشكلٍ ثانوي إلى نظرية الخطأ (التقليدية) ليصار إلى التعويض بشكلٍ إضافي نظراً لظروف الخطأ كعقاب مادي مالي أو تنبيه للمخطئ يصحبه على تصرفاته وسلوكه.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم تبين لنا أن المسؤولية المدنية كنظام قانوني معقدة وعاجزة عن تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وفيها من الإشكاليات ما فيها بسبب تداخل النظريات الفلسفية المؤسسة عليها المسؤولية، وهذه في حد ذاتها ليست المعضلة حيث من الممكن مساهمة النظريات - وعلى رأسهم نظرية الضمان لا نظرية الخطأ - بقيام هذه المسؤولية سواءً عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء، لكن ذلك يحتاج لتنظيم أدق من الدقة بعينها، فمثلاً صعوبة أو استحالة إثبات الخطأ في بعض الأحيان كفيلاً بأن يجعلنا نفضل الخروج من مضمار نظرية الخطأ التقليدية لأن غاية المسؤولية المدنية هي التعويض المدني أي تعويض الأضرار الواقعة دون الالتفات للخطأ وقد عرفت بنظرية التعويض لا نظرية الخطأ كما المسؤولية الجنائية، كما أن الاعتماد فقط على الأنشطة التي يستفيد منها الفرد ويغنم منها فقط دونما تلك الأنشطة التي قد تصدر منه دونما إفادة ضامن لنا بأن نسلك سلوك نظرية الضمان عوضاً عن تحمل التبعة، وذلك مع تحاشي الانتقادات التي وجهت لنظرية الضمان الموجودة في الفقه القانون سيماء الغربي، واقتباس الحلول من نظيرتها في الفقه الإسلامي.

¹ د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 195 - ص 196.

توصيات:

1- يجب على المشرع السوري إعادة النظر بأسس قيام المسؤولية المدنية بشكل عام، فقيمها على أساس نظرية الضمان نظراً لمزاياها العادلة التي رأيناها في هذا البحث وذلك بشكل أساسي أولي كما في حالة مسائله عديم التمييز، ولكن ذلك يجب أن يتم بشكل أساسي غير استثنائي، وجعل مسؤولية متولي الرقابة وعديم التمييز مسؤوليتين أصليتين على التضامن لتشديد رقابة متولي الرقابة على عديم التمييز من جهة ولبناء ماهية الخطأ لدى عديم التمييز من جهة أخرى، وحتى لا يكون التعويض موضوعي فقط أي أقل من مقدار الضرر، فيجب على المشرع أيضاً إدخال نظرية الخطأ التقليدية أو نظرية تحمل التبعة كمكملٍ للتعويض الموضوعي المطروح في نظرية الضمان فيُصار إلى دراسة زيادة التعويض إلى درجة مساوية تماماً لمقدار الضرر على ضوء ظروف الخطأ أو علاقة الفاعل.

2- ما من داعٍ لتفريق الأضرار التي يجب على القانون حمايتها، فيجب أن تتم حماية كافة الأضرار الجسدية والمادية والاقتصادية والأدبية على حدٍ سواء، وكذلك يجب حماية الأضرار كما في الفقه الإسلامي - وخاصةً في حالة المباشرة للفعل المؤدي للضرر - عن كافة الأفعال سواءً ما كان منها مرخصاً في حدوثه أو غير مرخص، وإلا عدنا إلى فكرة الخطأ المعهودة في ظل المسؤولية التقليدية.

3- لضمان حصول المضرور على حقه الموضوعي على الأقل يجب تعميم نظام التأمين على عدة أنواع من المسؤولية وتأميمه، وكل زيادة في صندوق التأمين أو كل نقص فيه من الممكن تدويره للعام القادم، وبذلك لا نكون أمام عملية تجارية تنمي الربا في المجتمع وهو ما حرّمه الإسلام بكونه مصدر مادي لقانوننا الوضعي أي قبل أن يُقنن، ومصدر احتياطي رسمي أي بعد تقنينه.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- 1- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949.
- 2- القانون المدني الأردني، رقم /34/ لعام 1976.

ثانياً: المراجع

- 1- ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، 1979 - 1980.
- 2- د. العشماوي أيمن إبراهيم، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.
- 3- أ.د. الخفاجي عزيز كاظم جبر، نظرية الضمان القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد 40، العراق، 2018.
- 4- د. عبد الرحيم أحمد محمد، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز "دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري"، المجلد السادس، العدد الثاني والثلاثين، لحولية مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، 2016.
- 5- عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 2003، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية.
- 6- الزرقا مصطفى، الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الأولى، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1988.

- 7- د. التلتي محمود، النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989.
- 8- د. أبو الخير عبد السميع عبد الوهاب، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.

أسباب انعدام التمييز بين الفقه والقانون

مجد الدين عيد

* دراسات عليا (ماجستير)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلب

الدكتور المشرف: احمد عبد الدايم

الملخص

إن أسباب انعدام التمييز هي بعض ما يُطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية عوارض الأهلية، لكننا فضلنا استعمال عبارة "أسباب انعدام التمييز"، لأنها أدق بالمعنى الذي نريد وهو الحديث عن عوارض الأهلية التي تُعدم الإدراك وبالتالي تعدم أهلية أداء الإنسان، أما عبارة عوارض الأهلية بشكل عام فتعني العوارض المنقصة والمُعذمة للأهلية على حدٍ سواء، وقد نص القانون على ثلاثة أسباب فقط هي الصغر في السن والجنون والعتة، أما الأسباب الأخرى التي سكت عنها كالسكر والإكراه والنوم فبينها الفقهاء، وخاصةً الفقه الإسلامي والذي يمكن الاستناد إليه في ذلك كونه مصدر لقانوننا المدني.

وتكمن أهمية تبيان أسباب انعدام التمييز في أن الفقه الإسلامي وتبعه القانون الوضعي قد رتبا عدة آثار هامة على ذلك، وهذه الآثار لها دورها الفعال سواءً في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فبعد انعدام تمييز الشخص إن تصرفاته القانونية تصبح غير صحيحة.

كما أن الشخص عديم التمييز وطبقاً للفقه الإسلامي يكون مسؤولاً عن كل ضرر ينتج عن الفعل الصادر منه، أما في القانون الوضعي فالأصل هو عدم مسألته والاستثناء هو المسائلة.

الكلمات المفتاحية: أسباب انعدام التمييز، عوارض الأهلية، صغر في السن، جنون، مرض، عته، سكر، إكراه، مانع، نوم، إغماء، يقظة نومية، تنويم مغناطيسي.

Reasons for non-discrimination between juripudence and law

* Graduate student (MSc), Dept. civil, Faculty of law, University OF Aleppo

Abstract

The reasons for non-discrimination they are some of symptoms of incapacity as the jurists of Islamic name, but we preferred to use the phrase "reasons for non-discrimination" because it is more accurate in the sense that we want, which is to talk about symptoms of incapacity that are non-discrimination and thus the incapacity of a persons performance, as for the phrase symptoms of incapacity in general, it means the symptoms deficient and the disenfranchised alike, and the law stipulated only three reasons: young age, madness, and dementia, As for the other reasons that were silent about such as drunkenness, coercion, and sleep, they were explained by the jurists, especially Islamic jurisprudence, which can be referred to in that being a source of our civil law.

The importance of clarifying The reasons for non-discrimination lies in the fact the Islamic jurisprudence and its positive law has arranged several important effects role, whether in the scope of contractual or tort liability, after the lack of discernment of a person, his legal actions become incorrect.

In addaiton, the person without discrimination is responsible for all damage resulng from the act according to Islamic jurists, whereas he is not responsible, and he is not responsible, but responsibility are exception award according to law.

المقدمة

إن التمييز حين يكتسبه الشخص يعني ثبوت نوع من أهلية الأداء له يتناسب ونوع التمييز الذي وصل إليه، فهناك علاقة وثيقة بين التمييز والأهلية، حيث ربط القانون والفقهاء الإسلامي بينهما بعد أن جعلاً مناط أهلية الأداء هو العقل والإدراك وقدرة التمييز بهما، فمن كان فقط مميزاً ثبتت له أهلية أداء ناقصة فتصح كل تصرفاته المالية إذا كانت ناعمة نفعاً محضاً وتبطل إذا كانت ضارةً ضرراً محضاً وقابلةً للإبطال لمصلحة المميز قانوناً وموقوفةً على إذن وليه شرعاً إذا كانت دائرةً بين النفع والضرر، وذلك بعد ثبوت أهلية الوجوب الكاملة له أصلاً أي أنه يكون أهلاً للإلزام فقط أما الإلتزام فله تفصيل معين في موضعه، أما من كان مميزاً لدرجة بلوغه سن الرشد وهي ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة في القانون المدني السوري⁽¹⁾، كذلك لدى جمهور الفقهاء فهي ببلوغ سن الخامسة عشر وبرأيهم أخذت مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، أما الحنفية فحدوها ب /18/ سنة للذكر و /17/ للفتاة وتبعهم وأخذ برأيهم المالكية، كما أنه قد يكون الشخص رشيداً ببلوغه الفعلي من احتلام وحيض وإنزال⁽³⁾، فإذا كان كذلك ثبتت له أهلية الأداء الكاملة فيكون بذلك صالحاً وأهلاً للقيام بكافة التصرفات القانونية على نحو قانوني صحيح يُعتد به، إلا أن حياة الإنسان متقلبة الظروف فمن الممكن أن يطرأ على الإنسان أسباب تتعدم فيها أهلية أداءه بعد أن اكتملت أو قبل أن تكتمل أصلاً وهذه الأسباب منها ما هو إرادي ومنها ما يأتي رغماً عن إرادة الشخص ولكن لا فرق هنا في هذا التفريق وإنما التفريق الأهم بالنسبة لبحثنا هو ما يشترك فيه القانون مع الفقه الإسلامي من أسباب ينعدم فيها التمييز، وما لا يشتركان فيه من أسباب فينفرد بها فقط الشرع الإسلامي وهذا ما سنعرض إليه في بحثنا.

وللوقوف على أسباب انعدام التمييز التي أخذ بها المشرع السوري لا بد وأن نعرض للمادة /12/ من القانون المدني السوري والتي نصت على أنه: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، فكل سوري يسري عليه في

¹ الفقرة الثانية من المادة /46/ من القانون المدني السوري.

² المادة /986/ من مجلة الأحكام العدلية.

³ النجادة ممدوح يوسف سليمان، 1999، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص 16 - 17.

شأن أحكام أهليته القانون السوري لا فرق بعد ذلك إن كان قانون مدني أو قانون الأحوال الشخصية، وكذلك نصت المادة /49/ من ذات القانون المذكور على أنه: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط وفقاً للقواعد المقررة بالقانون"، وبما أن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /59/ لعام 1953 هو القانون المختص بأمور الأهلية والولاية والوصاية والقوامة وكما نعتقد أنه يجب سريان أسباب انعدام التمييز التي ينفرد بها الفقه الإسلامي على القانون الوضعي وذلك لأن القانون لم يذكر إلا ثلاثة أسباب نحن مقبلون على ذكرها، بالمقابل هنالك عدة أسباب لم يذكرها، ولا نرى في ذلك عدلاً فهل يُعقل أن نُسائل من هو في حالة تخدير طبي مثلاً فوقع منه بعض الشتائم للطاقم الطبي المشرف على عملياته فيطالبونه بالتعويض المعنوي عن تلك الشتائم ويتم الحكم عليه فعلاً بالتعويض لمجرد أن القانون المدني لم ينص على (التخدير) وهو من صور السكر كعارض يُعَدُّ أهلية الشخص، فترى في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني حلاً لذلك وقد نصت على ما يلي: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... العرف... مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ففي مثالنا السابق لا يوجد في القانون المدني ما يشير إلى أن السكر أو المخدر هو من عوارض الأهلية المُعدمة لها، لكن في الشريعة الإسلامية ومبادئها والقانون الطبيعي وقواعد العدالة يُعدُّ المخدر من أسباب انعدام التمييز، وتطبيقاً لنص الفقرة سالفة الذكر ولمبدأ أن القانون الخاص يُقيد العام فيُعدُّ التخدير وكافة الأسباب المُعدمة للأهلية شرعاً هي كذلك قانوناً عادمة للأهلية ولو لم يذكرها المشرع السوري صراحةً، وهي تُعَدُّ الأهلية بشكلٍ عام أي أهلية المعاملات المالية من بيع وشراء وأهلية التصرف بالحقوق اللصيقة بالشخصية كالزواج لأن قانون الأحوال الشخصية يُنظم الأهلية بشكل عام لا فقط عن الأمور الشرعية.

أهمية البحث:

يُعدُّ موضوع أسباب انعدام التمييز من الموضوعات القانونية المهمة، وذلك لملاسته نشاطات الأفراد اليومية، حيث إن هذا الموضوع يتعلق بفتة لها وضعها الخاص في المجتمع (الأشخاص عديمي التمييز)، وما يترتب على ذلك من آثار هامة

سواءً في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فبعد انعدام تمييز الشخص نجد أن تصرفاته القانونية ليست بصحيحة وإنما تقع باطلاً بشكلٍ مطلق، كما أنه يكون مسؤولاً بالمال عن كل ضرر ينتج عن الفعل الصادر منه في الشريعة الإسلامية، أما في القانون الوضعي فالأصل هو عدم مسائلته والاستثناء هو المسائلة.

إشكالية البحث:

على ما يبدو أن أسباب انعدام التمييز التي ذكرها المشرع السوري صراحةً في القانون المدني لا تُشكل عُقْدَةً ولا يتبع ذلك عموم فوضى فقهية أو حتى تشريعية، على عكس الحال بالنسبة لأسباب انعدام التمييز التي لم يذكرها المشرع في القانون المدني ولكن اعتمدها الفقه الإسلامي، مما يجعل السؤال يدور حول مدى إمكانية الأخذ بهذه الأسباب قانوناً، وبالتالي إعدام تمييز وأهلية من انطبقت عليه.

أهداف البحث:

إن الهدف من هذا البحث هو الوصول إلى أفضل النظريات التي تأخذ بأسباب منطقية ينعلم من خلالها تمييز الشخص مما يُعدم أهلية أداءه، كذلك لفت نظر المشرع إلى أفضل ما تم التوصل إليه من أفكار وحلول ومقترحات لعنا نساهم في بناء تشريع وطني جديد يضمم الثغرات الموجودة في التشريع الحالي.

نطاق الدراسة:

كنا دائماً في هذا البحث نحاول تسليط الضوء على واقعات تؤثر على تمييز الشخص وأهليته انعداماً، ففصلنا ما ذكره المشرع السوري وما لم يذكره مسندين ذلك للفقه الإسلامي.

منهج البحث:

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج النظري التحليلي الاستنباطي، عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية، وذلك مع الاستئناس بالمنهج الاستقرائي وذلك لدراسة بعض الأبحاث القريبة من موضوع هذا البحث، واللجوء للمنهج المقارن بعض الشيء وذلك للاستفادة من آراء رجال الفقه الإسلامي بالقدر اللازم لتحقيق أهداف هذا البحث.

صعوبة البحث:

أغلب الصعوبات التي واجهتنا هي قلة المراجع المختصة في مكتباتا الوطنية، وما كان متوفراً لم يعالج جميع الجوانب الفقهية والأسس القانونية للأسباب التي تُعَدُّ التمييز، كذلك واجهنا مشكلة في المواقع الإلكترونية التي كان يُمكن استخراج مراجع مهمة منها، فهي إما كانت محظورة لدينا، أو كان التحميل منها مُكلف.

خطة البحث:

نقسم بحثنا إلى فصلين أساسيين، نسلط الضوء في الأول منهما على أسباب انعدام التمييز التي نص عليها المشرع السوري صراحةً في القانون المدني مقارنةً ذلك بالفقه الإسلامي ما أمكن، وخصصنا الفصل الثاني لبحث الأسباب التي تُعَدُّ التمييز لكن لم ينص عليها المشرع وإنما نص عليها الشرع والفقه الإسلامي وهو مصدر مادي لقانوننا المدني قبل تقنينه، ومصدر رسمي احتياطي له بعد التقنين إذا سكت القانون.

المبحث الأول: الأسباب المشتركة بين الفقه والقانون

في حياة الإنسان تتعدد الأسباب التي غالباً لا يكون للإنسان علاقةً في تسببها، ومنها ما قد يُنقص من أهليته كالرق ووجود عاهة مزدوجة (مانع طبيعي)، ومنها ما قد يؤثر فقط في أهليته عن حقوق الله تعالى دون حقوق العباد المالية كالنسيان والحيض والنفاس، ومنها ما قد يغير في بعض أحكام أهليته كمرض الموت والفقدان أو الغياب (مانع مادي)، ومنها التي قد تعدم تلك الأهلية مما يجعل تصرفاته المادية باطلة بطلاناً مطلقاً أي أن مسؤوليته العقدية باطلة، وكذلك فإن مسؤوليته التصديرية في القانون مُنعمة من حيث الأصل وموجودة من حيث الاستثناء قانوناً حيث نصت الفقرة الثانية من المادة /164/ من القانون المدني السوري على أنه: "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكون هنالك من مسؤول عنه، أو تعذر الحصول من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم"، وهو ما يُطلق عليه الفقه الإسلامي نظرية الضمان وقد أقام فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسؤولية في ذمة عديم التمييز تأسيساً على هذه النظرية، ويشترك في

وضع هذه الأسباب المُعدِّمة للتمييز أغلب القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي وقد تعرض المشرع السوري لهذه الأسباب في صدد المادة /47/ من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، ونعرض هنا لهذا النوع الأخير من هذه الأسباب، حيث أن الإنسان يكون فاقداً للتمييز في طفولته الأولى، كما أنه قد يفقد تمييزه بعد ذلك بسبب عارضٍ أو طارئٍ يطرأ على أهليته فيُفقد التمييز بعد أن أكتمل أو بعد أن ميّز بشكلٍ عام حتى لو كان تمييزه ناقصاً.

1- الصغر في السن.

2- الجنون.

3- العته.

المطلب الأول: الصغر في السن

إن أهلية الإنسان والتي هي صفة يقدرها الشارع أو المشرع في الشخص فيكون بذلك أهلاً للخطاب الشرعي أو لا، تبدأ بالإنسان منذ أن ينعد نطفةً في رحم أمه فيكون علقةً ثم جنيناً، ثم يولد طفلاً وهكذا في كل مراحل حياته حتى يتوفاه الله إلا أن هذه الأهلية تمر عبر مراحل حياة الإنسان تلك بعدة أطوار ويكون للإنسان في كل طورٍ من أطوار الأهلية تلك أحكام معينة في مرحلتها والاجتئان والطفولة يكون له أهلية وجوب - أي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات - وهي تنقص في طور الاجتئان وتكتمل في طور الطفولة وهذا الطور هو الذي نعول عليه حين نورد (الصغر في السن) كسبب من أسباب انعدام التمييز، حيث يبدأ هذا الطور من ولادة الجنين حياً حقيقةً أو حكماً فإذا ولد الجنين أكثره حياً ثم مات كان حكمه حكم من ولد كله حياً أما نهاية هذا الطور فتكون ببلوغ الطفل سن التمييز، وهو سن السابعة أيضاً لدى جمهور الفقهاء أخذاً

من حديث النبي ﷺ: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع"¹.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة /943/ منها الصبي غير المميز حيث جاء فيها: "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء أي لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يُميز الغبن الفاحش الظاهر مثل أن يُغبن في العشرة بخمسة، من الغبن اليسير والطفل الذي يُميز هذه المذكورات يُقال له صبي مميز".

كذلك فقد نص المشرع السوري في الفقرة الثانية من المادة /47/ من القانون المدني على أنه: "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز" فوفقاً لهذا النص يجب إتمام السابعة من عمر الإنسان حتى يُعد مميزاً.

كذلك الفقه القانوني فإنه يُجمع على أن عديم التمييز من الأطفال هو من لم يبلغ السابعة من عمره، ومع أن جمهور الفقه المصري يتفق على ارتباط عدم التمييز للصغر في السن بعدم بلوغ الطفل للسابعة من عمره إلا أنه قد برز في هذا الصدد اتجاهات فقهية كان أحدها يرى أن ما جاء به المشرع من تحديد لسن التمييز لا ينطبق في مجال المسؤولية التقصيرية بإطلاق سواء بالنسبة لمن لم يبلغ هذه السن أو بالنسبة لمن بلغها، ومن ثم فإنه يجوز وفقاً لهذا الرأي إثبات تمييز من لم يبلغ هذه السن كما أنه يجوز إثبات عدم تمييز من بلغها².

وتُعرف أهلية الأداء والتي لا تثبت للطفل في هذا السن على أنها: "صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به قانوناً"³.

فجميع تصرفاته القانونية هنا باطلة بشكل مطلق قانوناً حسب المادة /47/ من القانون المدني السوري وكذلك حسب الفقه الإسلامي حتى أن هنالك جانب من الفقهاء أنزلوا

¹ الكردي أحمد الحجي، 2009، الأحوال الشخصية الأهلية - والنيابة - الشرعية - والوصية - والوقف -

والتركات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية، ص 12 - 16.

² أبو الخير عبد السميع عبد الوهاب، 1994، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص 6 - 11.

³ غزال حمود وظلام عبد الكريم، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية، ص 370.

عديم التمييز منزلة الحيوان في عدم المسؤولية عن فعله حتى¹، كما نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة /966/ على ما يلي: "لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وإن أذن له وليه".

إلا أن الصغير في هذه السن إن ما يضمنه من تلف أو مبيع اشترى له أو أجرة مأجور استأجره له وليه فإن الطفل يكون أهلاً لها لأن الضمان هنا يأخذ صفة التعويض².
وكون أن المادة /47/ من القانون المدني السوري - والتي تُنظم أهلية الأشخاص - تنص على عبارة "مباشرة الحقوق المدنية" أي أن يباشرها الشخص بإرادته أي الحقوق المدنية التي تكون مصادر الالتزام فيها إرادية فقط، أما ما كان مصدره غير إرادي كالمسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو القانون فلا علاقة بين سن الشخص من جهة وبين التزامه من جهة أخرى.

المطلب الثاني: الجنون

إن الجنون عارضٌ سماوي قد يطرأ على الشخص لسببٍ ما فيُفقد عقله، وإن القانون المدني السوري لم يُعرف الجنون كذلك مجلة الأحكام العدلية والسبب في ذلك اعتبار أن الجنون حالة فنية يتولى أصحاب الاختصاص من الأطباء تحديدها، ومع ذلك عرفه بعض فقهاء القانون على أنه: اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة والمدركة للعواقب وهو يعتري الإنسان فيؤدي إلى زوال العقل³.
كما يُعرف في الاصطلاح الشرعي بأنه: "اختلال القوة العقلية لدى الإنسان بحيث يؤدي هذا الاختلال إلى عدم جريان الأقوال والأفعال على ضوء نهج العقل السليم"⁴.
والجنون يُقسم إلى نوعين رئيسيتين كما له عدة صور شبيهة.

¹ أبو الخير عبد السميع عبد الوهاب، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 29.

² الكردي أحمد الحجي، 2009، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17.

³ جعار عمار محمد جميل، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2017، جامعة القدس، فلسطين، ص 26.

⁴ النجادا ممدوح يوسف سليمان، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 19.

نوعا الجنون:

جنون مطبق، وجنون غير مطبق أو منقطع.

فالجنون المطبق: هو الجنون المستديم الذي لا ينفك عن الإنسان وهو أغلب أنواع الجنون انتشاراً بين المجانين، أما الجنون المنقطع: وهو الجنون الذي يصيب الإنسان في وقت ويغيب عنه في وقت ثم يعود إليه ثم يغيب عنه وهكذا... وسواءً أن يكون حضوره وغيابه في مواعيد منتظمة كأن يغيب يوماً ويحضر يوماً أو كان ذلك في مواعيد غير منتظمة كأن يحضر يوماً ويغيب يومين ثم يحضر أسبوعاً ويغيب شهراً وهكذا، كما أنه من الممكن أن يكون الجنون جزئياً أي خاصاً بناحية معينة أعني أن الشخص فيما عدا ناحية خاصة من تفكيره نجد سليم القوى العقلية تتملكه فكرة خاطئة أو اعتقاد باطل فيرتب عليه نتائج عديدة وذلك كمن يعتقد أن له حقاً في العرش أو أن جسمه من زجاج أو أن هناك عدواً خفياً يطارده وقد يُصطحب هذا الجنون بهذيان شديد ويتوهم المجنون سماع أصوات ورؤية أشباح غريبة وقد يؤدي هذا التفكير المختل إلى ارتكاب جرائم¹.

وتطبيقاً لذلك فإن الجنون إذا كان مُطبقاً أعدم الأهلية بشكلٍ كاملٍ فإذا كان الإنسان كامل الأهلية أُرجم معدمها وإذا لم تكتمل أهليته بعد لسبب صغر سنه أُوقف هذا الاكتمال ليس إلى حد النقصان فقط بل أعيد للانعدام في أهليته ونقصد هنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تبقى كاملة له كالصغير غير المميز لأن هذه الأهلية مناطها الحياة لا العقل والإدراك.

أما إن لم يكن الجنون مطبقاً وإنما منقطعاً فيكون الشخص المصاب بهذا المرض عديم تمييز وبالتالي عديم أهلية إذا كان فترة إتيان حالة الجنون وحضورها، أما إذا كان في الفترة التي ينقطع بها الجنون ويغيب فتتطبق عليه أحكام الأهلية التي يستحقها أصلاً دون الاعتداد بحالته المرضية فيكون كامل الأهلية إذا كان بالغ راشد ويكون ناقصها إذا كان مميزاً بالأصل وعديمها إذا كان غير مميز وذلك لصغر سنه مثلاً، وهنا تكمن أهمية الاثبات بشكلٍ كبيرٍ بينما إذا وقع الفعل من المريض في فترة إتيان المرض إليه أم لا

¹ مهنا فخري رشيد، 1974، أساس المسؤولية التصيرية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة

الإسلامية والقوانين الإنكلوسكسونية والعربية، مطبعة الشعب، بغداد، العراق، ص 4.

ويقع عبء إثبات توافر الآفة العقلية عند إثبات المريض للفعل الضار أو التصرف القانوني على عاتق من يدعيه أي المريض أو القيم عليه ويجوز إثبات ذلك بكل طرق الإثبات كونها وقائع مادية.

صور الجنون: حيث تعمق بعض فقهاء القانون في إيضاح صور للجنون وجعل العته والبله أحدها إلا أننا لن نورد العته كصورة للجنون فنخصص له مطلباً فالمشرع ذكر كل منهما على حدة¹.

1- الجنون الجزئي: وهو نمط من المرض العقلي يسمى بالهوس الأحادي فالجنون لدى الشخص المصاب ليس كلياً فهو لا يصيب العقل بأكمله بل ينصب على أجزاء محددة منه كجنون السرقة والذي قد يصاحبه جرائم قتل، أو جنون الحريق (رغبة ملحة في إشعال الحرائق).

2- الصرع (الهستيريا): وهو اضطراب دوري في الإيقاع الأساسي للمخ ويتخذ صورة نوبات يفقد المصاب خلالها وعيه وذاكرته فيفقد السيطرة على جسمه وقد يسقط على الأرض صامتاً ويتصلب وينقطع نفسه ويزرق جلده ويظل بعدها غائباً عن وعيه لدقائق ثم يستيقظ دون أن يتذكر شيئاً.

3- الأمراض العقلية الوظيفية: وهي الأمراض التي لم يثبت حتى الآن اعتمادها على سبب مادي عضوي ومنها ما يلي:

أ- الفصام العقلي أو الشيزوفرينيا (ازدواج الشخصية): ويميل المريض به إلى العزلة والسلوك العدواني ويتميز الفصاميون بتكوين زائد الحساسية فهم من الأشخاص سريعى الاهتياج بوجه عام يميلون إلى الانزواء والانفصال التدريجي عن الواقع حتى ينتهي بهم الأمر إلى تشييد عالم خاص بهم تملأه الأوهام والخيالات، وبالتالي غياب الإدراك السليم.

¹ بنات سمير اسحق، الجنون كمانع من موانع المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، 2014، جامعة القدس، فلسطين،

ب- ذهان الهوس والاكثئاب: ذهان انفعالي أي أن استجابته انفعالية مصدرها اضطراب الحالة المزاجية للمريض فيكثر هياجه ويسرع غضبه، وتزيد احتمالات الانتحار.

ت- ذهان الهذاء (البارانويا): حالة يحتفظ بها المريض بقوة تفكيره وإرادته ولا تعتريه هلوسات ولكن تأتيه هذات منتظمة لا تتغير ومنه هذاء العظمة.

4- الأمراض النفسية: هو ارتباك في حالة المريض الذهنية أو العاطفية أو المعرفية أو الإدراكية أو إحساسه بأي تكدر في مشاعره وأحاسيسه يطلب من أجلها ذلك الشخص نوعاً من علاجٍ ما، وقد يطال المرض النفسي العمليات العقلية كالإدراك في بعض الحالات المزمنة أو الشديدة.

5- الضعف العقلي: حالة وقوف أو عدم اكتمال نمو الملكات الذهنية لا ترقى إلى الدونية الشديدة (الجنون)، ومنهم من أطلق عليه العته.

وكانت قد نصت المادة /115/ من القانون المدني السوري على ما يلي:

"1- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر،
2- أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها".
وتطبيقاً لهذا النص فإن المريض بمرض من هذين المرضين التي أشارت إليهما المادة سألفة الذكر يحتاج لشهر قرار يقضي بحجره لكي تُعد تصرفاته باطلة أما إذا لم يصدر هذا القرار ولم يُشهر فتكون تصرفاته صحيحة باستثناء إذا كان مرضه شائعاً في الوسط الذي جرى فيه التصرف أو كان الطرف الآخر بالتصرف القانوني على علم بحال هذا المجنون أو المعتوه.

ولما كانت هذه المادة من مواد القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي /84/ تاريخ 18/أيار/1949م، فقد نُسخت بالقانون الأحدث وهو قانون الأحوال الشخصية الصادر

بالمرسوم التشريعي رقم /59/ لعام 1953م وتم ذلك تحديداً بنص المادة /200/ منه والتي تنص على أنه:

"1- المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما، ويُقام على كل منهما قيم بوثيقة، 2- السفية والمغفل يُحجران قضاءً وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ويُقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة"، ودليل نسخها هو أن المشرع لم ينص في بطلان تصرفات المجنون والمعتوه أن ذلك يتم قضاءً بل قال لذاتهما أي دونما قرار حجر كما في السفية والمغفل ولكن إذا تم إيقاف معاملاتهم المالية وتصرفاتهم نظراً لشيوع حالهما فيحتاجان حينئذ للمضي بأمورهما إلى قيم يعين على كل منهما يكون بمثابة مسير لأمورهما أما القيم على السفية والمغفل فيعين القيم عليهما في قرار حجرهما نفسه لا بوثيقة عادية.

وهذا ما يتوافق مع مجلة الأحكام العدلية في هذا الصدد في مادتها رقم /957/ والتي تنص على ما يلي: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً لذاتهم".

المطلب الثالث: العته

أيضاً العته عارض سماوي لا يد للإنسان به والعلماء قد اختلفوا كثيراً في وضع تعريف اصطلاحى للمعتوه وأخيراً فقالوا إن أحسن ما قيل فيه هو: خللٌ إذا اعترى العقل جعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون (فلا يصل إلى مرتبته)، فينقصه الفهم الكافي لإدارة أعماله¹.

وقد عرفته المادة /945/ من المجلة على أنه: "هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً كلامه مختلطاً تدبيره فاسداً" وهو تعريف الحنفية.

فتعد أهلية وجوب المعتوه كاملةً حيث مناطها الحياة أما أهلية أداءه والتي مناطها العقل والإدراك فتعد منعدمة بالنسبة له فتقع كل تصرفاته باطلة بطلان مطلق وكما ذكرنا دون حاجة لشهر قرار الحجر وإنما يصدر فقط قرار يُعين فيه قيم عليه دونما ارتباط فقط تاريخ صدور أو شهر هذا القرار بسريان البطلان على تصرفات المعتوه.

¹ عسقلان فضل ماهر محمد، 2008، المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص 25.

وهذا لا يعني أن صدور قرار الحجر بالنسبة للمعتوه أو حتى المجنون هو أمر غير وارد أو أنه أمر لا أهمية له، فمن الممكن طلب الحجر من ذوي المريض فإذا صدر قرار الحجر فإنه وكما تبين من نص المادة /200/ من قانون الأحوال الشخصية السوري هو قرار كاشف لحالة الجنون والعته لا منشىء لها، ولكن له أهمية عملية فإذا حُجر على معتوه أو مجنون لم نعد بحاجة لشيوع حالة مرضه أو علم الطرف الآخر بها ليتم بطلان تصرفاتهما القانونية، لأن هذين الشرطين خاصين بالفترة الواقعة قبل شهر قرار الحجر، وأما بعد صدور هذا القرار وشهره فيُدون ذلك في سجل المحكمة المخصص لكل من شُهر حجره بسبب مرضه ويعتبر قرينة على المرض تعد بمثابة شيوع لحالة المريض، ولكن المشكلة أنه لا يتم إرسال نسخة عن ذلك القرار لمديرية الأحوال المدنية حتى يُصار لتعميم ذلك على شبكة الحاسب الآلي فيها حيث أنه من اليسير لأي شخص الاستحصال على بيان قيد فردي من المديرية المذكورة أعلاه لأي شخص كان ومن ثمة الاطلاع على حالته القانونية، وعلى النقيض من ذلك فمن العسير أن يطّلع كل شخص يريد أن يبيع ويشترى من شخص آخر على سجلات المحكمة غير المؤتمتة إذا كان من المحجورين أم لا.

هذا مما دفع بعض الأشخاص لاستغلال هذه الصعوبة وامتهن بيع ذات المبيع لعدة أشخاص بعد شهر قرار حجره متصنعاً المرض العقلي مستغلاً بطلان بيوعه قانوناً، وهذا ما كان له أمثلة عملية على أرض الواقع تصدت لها محاكم من الدرجة الأولى ومحكمة النقض السورية مصدقةً تلك الأحكام، حيث حكمت الأولى وصدقت النقض قرارها بإبطال وثيقة حجر صادرة عن قاضي شرعي مع إلغاء جميع آثارها القانونية واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بعد طلب ذلك من أحد الخصوم وبعد قرار المحكمة الأولى بإعادة إجراء الخبرة وتهرب المحجور عليه من الحضور ومن أقسام الشرطة، وحيث أنه قد تبين من البيئة الشخصية المستمعة أن المحجور عليه يتردد على المكاتب العقارية وهو يقود سيارته الخاصة ولا يشكو من أي مرض وأنه قام ببيع منزله لأكثر من شخص بالسعر

الحقيقي ويُستشف من كل ذلك أن المحجور عليه يقوم بالاحتتيال فهو كامل الأهلية مما يتعين معه الحكم بإبطال وثيقة الحجر¹.

وللعتة نوعين:²

- 1- عدم تكامل النمو بسبب وراثي خلقي، أي أن الشخص تنقصه ملكة ذهنية معينة من يوم ميلاده، أما باقي مداركه فتتمو كما تنمو لدى باقي الناس.
- 2- وقوف نمو المدارك، وهذا هو العته بمعنى خاص أي أن الشخص تبدأ مداركه في النمو ولكن يقف نموها بعد سن معين، فيظل تمييزه مختلط وتقديره كتقدير الأطفال صغار السن.

التفرقة بين العته والجنون:³

- كل من الجنون والعته يفقد العقل ويعدم التمييز.
- إلا أن موضع الاختلاف هو أن الجنون يصاحبه هيجان واضطراب، بينما العته يلازمه الهدوء.

¹ قرار صادر عن محكمة النقض، الغرفة الشرعية الثانية، رقم أساس 51/، رقم قرار 3015/، تاريخ 2011/12/21 م.

² مهنا فخري رشيد، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 5.

³ النجادا ممدوح يوسف سليمان، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 26.

المبحث الثاني: الأسباب غير المشتركة بين الفقه والقانون

كما أن هنالك عدة أسباب في حياة الشخص غالباً لا يكون للإنسان شأنٌ في إيجادها وينتج عن هذه الأسباب انعدام تمييزه، فإن هنالك عدة أسباب غالباً ما يكون الإنسان هو من تسبب في إيجادها أيضاً لعدم تمييزه، ولا نعرض هنا لتلك الأسباب التي قد تنقص الأهلية كالفقه والغفلة والرق ولا تلك التي تؤثر على أهلية الإنسان تجاه حقوق ربه دون حقوق العبيد كالسفر والخطأ والنسيان، ولا تلك التي تغير في بعض أحكامها كالجهل والهزل والردة، وإنما سنعرض للأسباب التي لعدم أهلية الأداء من أساسها:

1- السكر.

2- الإكراه.

3- المانع القانوني (الحكم بعقوبة جنائية).

4- النوم.

المطلب الأول: السكر

1- تعريفه:

يقول الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفه له أنه: "حالة تعرض لإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبیحة"، وهو على نوعان: سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج، أو حالة الاضطراب والاكراه، وسكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر حتى البيرة، والسكر بنوعيه لا يذهب العقل بل يعطله فترة من الزمن ويزيل الإرادة والقصد¹.

¹ عسقلان فضل ماهر محمد، المسؤولية التصويرية لعدم التمييز دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 37.

2- حكمه:

السكر بحدده المتقدم يسقط أهلية الأداء كلية مدة قيامه، إذا كان المسكر حلالاً، فإذا زال السكر عادت الأهلية تامة، لأن مناط أهلية الأداء العقل والوعي والإدراك، وبذلك يكون حال السكران هنا كحال النائم والمغمى عليه، ولا فارق بينهما إلا من حيث الشكل فالإغماء أو النوم عارضين سماويين والسكر عارض مكتسب.

أما إذا كان السكر بشراب محرم كالخمر والنبيذ وما إليها من المتخمرات المحرمة، لم تتأثر الأهلية به مطلقاً عقاباً له فنكون كل تصرفاته المبنية على أهلية الأداء صحيحة ولا يستثنى من ذلك إلا بعض الأحكام، لدليل خاص كالطلاق مثلاً فإنه لا يقع من السكران عند بعض الفقهاء لفقدان الوعي خلافاً لجمهورهم¹.

وما يهمننا هنا هو انعدام التمييز بصورة غير إرادية²، فتبطل تصرفاته القانونية الآتية لعيب شاب إرادته سواء أكان بطريقٍ مباح أم لا، ويشترط الفقه القانوني لانعدام المسؤولية في نطاق الفعل الضار في القوانين التي تشترط التمييز كقاعدة عامة ألا يكون تعاطي السكر والمخدرات بخطأ الفاعل كأن تناولها مختاراً أو بقصد ارتكاب الفعل وإلا يُعد مسؤولاً عن فعله الضار، ويُلاحظ أن هذا الفقه الذي يشترط الخطأ في تعاطي هذه الأسباب للقول بالمسؤولية عن الفعل الضار أنه يُقَم المسؤولية على الخطأ السابق على انعدام التمييز، ويبدو لنا أن وجهة النظر هذه تشابه تقسيم الفقه الإسلامي للسكر المُباح والسكر المحظور في المسؤولية العقدية والتقصيرية

¹ الكردي أحمد الحجي، 2009، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 35.

² مهنا فخري رشيد، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 6.

مع اختلاف في أن الفقه الإسلامي يُضَمِّن الفاعل كل أضراره بالغير سواءً كان السكر مباح أو محظور¹.

المطلب الثاني: الإكراه

1- تعريفه:

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإكراه في المادة /948/ منها على أنه: "هو اجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويُقال له (المكروه) بفتح الراء، ويُقال لمن أجبره مجبر ولذلك العمل مجبر عليه وللشيء الموجب للخوف مكروه به".

2- أنواعه:

في هذا الصدد تقول المادة /949/ من المجلة: "الإكراه على قسمين الأول الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد"، يتبين من النص الماضي أن الإكراه قد يكون مادي (تام) يُعدم إرادة المكروه أصلاً، وقد يكون إكراه معنوي (ناقص) فلا يعدم إرادة من دفع إليه وإنما يقتصر أثره على إفساد الإرادة فالإكراه هنا لا يمنع من انعقاد العقد².

أ- تمييزه عن الإكراه كعيب رضائي:

هنالك فارق بين إرادة (مكروهة) غير موجودة وإرادة (مكروهة) موجودة لكنها معيبة لأن عدم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقد الإرادة،

¹ النجادا ممدوح يوسف سليمان، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 60.

² عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 2003، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية، ص 102.

أو أن إرادته لم تنتج نحو إحداث أثر قانوني، وفي كلتا الحالتين يتخلف ركن التصرف فيقع باطلاً، أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة ولكنها لم تصدر عن بينة واختيار ولذلك فهي لا تحول دون وجود التصرف إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف¹.

3- حكمه:

سبق وأن تحدثنا في الفقرة السابقة عن أثر الإكراه بنوعيه على التصرفات القانونية، أما بالنسبة للتصرفات الفعلية فتقع على قسمين:

1- تصرفات يصح أن يعتبر المكره فيها آلة للمكره كالإكراه على قتل إنسان أو إتلاف ماله فإنه يمكن للمكره أن يحمل الإنسان المكره ويضرب به آخر فيقتله أو يتلف ماله وهذه التصرفات تعتبر صحيحة في حق المكره لا المكره فيجب القصاص والضمان على المكره ولا شيء على المكره.

2- تصرفات لا يصح أن يعتبر المكره فيها آلة بيد المكره كالزنا مثلاً وهذه تعتبر نافذة على الفاعل المكره فيضمن المهر ولكن لا يجب عليه الحد للشبهة.

هذا مع الإشارة إلى أن الإكراه المؤثر في الأفعال هو الإكراه الملجئ، أما الإكراه غير الملجئ فلا أثر له فيها مطلقاً².

المطلب الثالث: المانع القانوني

إن المانع القانوني يعني الحكم بعقوبة جنائية، فقد قضت المادة/50/ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته بحالة الحجر وكل عمل أو إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه، ما عدا الأعمال المتعلقة لحقوقه الملازمة لشخصه يعتبر باطلاً بطلائعاً مطلقاً، فالحكم بعقوبة جنائية يمنع المحكوم

¹ بو كرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، 2013، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر، ص 39.

² الكردي أحمد الحجي، 2009، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 40.

عليه خلال تنفيذ عقوبته من إجراء أي نوع من أنواع التصرفات القانونية وإذا أجرى شيئاً منها تُعتبر تصرفاته باطلة، ويُستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصه كالطلاق مثلاً، يتولى أعمال الإدارة والتصرف عن المحكوم عليه وصي يُعين وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم¹.

المطلب الرابع: النوم

1- تعريفه

هو فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل، بل يمنع عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضاً عن العمل²، وعرف في نظر فقيه آخر على أنه: "فترة أصلية تعرض مع العقل فتتمنع استعماله وتتفي القدرة على إدراك المحسوسات وعلى الأفعال الاختيارية"³.

2- حكمه

وتبعاً لذلك يكون حكم النوم أن قد جعله الفقهاء معدماً مؤقتاً لأهلية الأداء أصلاً كاملة كانت أم ناقصة، فتصرفات النائم الشرعية كلها باطلة كبيعها وطلاقه وإجارتها، لأن مبنى هذه الأحكام على العقل والإدراك ولا إدراك هنا أصلاً، إلا أن الإعدام للأهلية هنا موقوت بمدة النوم فبمجرد انتهاء النوم تعود الأهلية للإنسان المكلف كما كانت عليه قبل النوم مثله في ذلك مثل الجنون المتقطع، وعلى ذلك يكون للنائم وقت النوم من الأهلية مثل ما للمجنون والطفل غير المميز تماماً من حيث أحكام أهلية الأداء⁴.

¹ غزال حمود وظلام عبد الكريم، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 384.

² عسقلان فضل ماهر محمد، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 37.

³ النجادا ممدوح يوسف سليمان، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 60.

⁴ الكردي أحمد الحجبي، 2009، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 27.

3- ملحقاته

أ- الإغماء:

هو تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرضٍ يُعرض للدماغ أو القلب، وهو يُشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي بينما الإغماء غير طبيعي، وبذلك يتبين لنا أن النوم والإغماء يتشابهان بأمور ويختلفان بأخرى، أما المتشابهات فهي أنهما عارضان لا يُزيلان العقل حقيقة، وإنما يمنعان من استعماله أو يُعجزان العقل عن الاستعمال، وأنهما أمور وقتية تُعرض للإنسان لفترة زمنية معينة قصيرة عادة وتزول وأنهما لا اختيار للإنسان بهما، ولذلك عدّهما الفقه الإسلامي من عوارض الأهلية السماوية، والأمور التي يختلفان فيها هي أن النوم فترة طبيعية يمر بها كل إنسان فيما الإغماء أمر غير طبيعي والإغماء أشد من النوم في تفويت الاختيار والقدرة لأن النوم فترة طبيعية أصلية ولا تُزيل أصل القدرة وأن اوجب العجز عن استعماله ويمكن إزالته بالتبنيه بخلاف الإغماء فإنه مُزيل للقوى وإن لم يُزل أصل العقل كإزالة المجنون، والأمر المهم في هذا السياق هو أن النوم والإغماء يعطلان العقل عن أداء وظائفه ويُضعفان قوى العقل ولذلك يُدّمان التمييز¹.

وبناءً على ذلك يكون حكم المغمى عليه أثناء النوم حكم النائم تماماً لا فارق بين هذا وذاك، وذلك تبعاً لانعدام العقل والإدراك أيضاً في المغمى عليه كما في حالة النائم، وذلك أيضاً يكون فقط حال إغماءه فقط وموقوف

¹ النجادا ممدوح يوسف سليمان، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 28.

على صحوته من إغماء فمهما صحى من ذلك تلقائياً تعود له أهليته التي هو كان متمتعاً بها أصلاً قبل حالة الإغماء.

ب- اليقظة النومية (المشي أثناء النوم):

هو مرض يقوم فيه النائم ببعض الأفعال والحركات المختلفة أثناء النوم وبعد يقظته من نومه لا يذكر منها شيئاً إلا استثناءً يتذكرها كالحم وهو إذ يقوم بهذه الأفعال فإنه يقوم بها بلا وعي ولا إدراك وهذه الحركات والأفعال غالباً ما تكون ترديداً لحركات إعتاد القيام بها أثناء اليقظة وتتسبب حالة اليقظة النومية إلى حالة التفارق في الشخص والتي بدورها تتسبب إلى نقص السكر في الدم أو الصرع الليلي كما أنها قد تتجم عن علة في الدماغ أو عرض هستيري، ويعلل هذا المرض علمياً في أن بعض مراكز العقل التي تنظم حركات الجسد أو ملكات الإنسان لا تتوقف أثناء النوم بل تبقى تمارس نشاطها، لذلك يمكننا اعتبار هذا الشخص من عديمي التمييز أثناء نومه فقط¹، و تطبق بحقه أحكام النائم.

ت- التتويم المغناطيسي:

هو حالة من النوم الصناعي يقع فيها الشخص بتأثير آخر بحيث يُصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة وينفذ النائم هذه الأمور بشكل آلي فلا يشعر بها، تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ولا يستطيع مقاومة إحاء الأمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة، ويعتبر من أوجد نفسه بإرادته في حال فقدته التمييز مرتكباً خطأ يجعله مسؤولاً عن فقدته التمييز وبالتالي عما ارتكبه من أفعال ضارة في أثناء ذلك، ويُفترض في المنوم أنه أوجد نفسه في هذه الحالة ما

¹ النجادا ممدوح يوسف سليمان، المرجع سابق، ص 58.

لم يثبت هو أنه وجد فيها دون خطأ منه ودون أن يريد ذلك فإذا أتى الشخص بالفعل بمحض إرادته وكان على علم فيكون مسئولاً عن الفعل الذي ارتكبه¹، وإلا فإن تطبيق بحق ذات الأحكام المطبقة بحق النائب، كما نرى أنه يمكن تطبيق أحكام المنوم مغناطيسياً بحق المسحور كون أن السحر والتنويم المغناطيسي لهما نفس الآثار من تأثير شخص بآخر ويفعل ما يأمره به ولا يستطيع مقاومة إيجاءه.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم تبين لنا أنه، لئن كان المشرع قد أتى بثلاثة أسباب معدمة للتمييز وهي الصغر في السن والجنون والعتة، وتلك هي في الغالب الأسباب السماوية المعدمة للتمييز وبالتالي المعدمة للأهلية ويشترك المشرع السوري في اتخاذها كأسباب لانعدام التمييز مع الفقه الإسلامي إلا أن الأمر لم يكتمل في ذهن المشرع وكراسته، فكان من الواجب الالتفات إلى بقية الأسباب المعدمة للتمييز فقهاً والنص عليها صراحةً وبشكلٍ مُمنهج في القانون.

نحن نعتقد أن قلم المشرع لم يخطّ هذه الأسباب، كونها أسباب آنية أي تُعدم الأهلية في لحظتها فقط ولكن ذلك لا يعني عدم تسليط الضوء عليها لأن المشرع وإن كان يهتم بالأسباب الأكثر دوماً والأكثر عموميةً في المجتمع إلا أنه يجب عليه دراسة كافة أحوال الأشخاص ما أمكن ذلك ولو كانت آنية ومتعلقة بفترة محدودة إلا أنها من عموميات الأمور ولا تعد حالات خاصة حتى نبرر عدم تعرض المشرع لها، ونحن حين نحض على ذلك فإن الدافع من ذلك هو على الأقل ضماناً لبطلان تصرفات عديم التمييز التي يأتيها خلال فترة انعدام تمييزه.

وبشكلٍ أوسع فإن الفقه الإسلامي وهو بصدد المسؤولية عن عمل الغير أي "الضمان" لا فرق عنده بين عديم تمييز أو ناقص التمييز أو كامل التمييز فهو يحمل الشخص مباشر

¹ الرشيدى مشاري سعد صالح الطويل، مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، 2010، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ص 54.

الضرر أو المتسبب في إيقاعه قيمة تضمين الضرر كما ذكرنا، أما القانون وكونه جعل الأصل عدم مسؤولية عديم التمييز عن ضرر الفعل الشخصي الواقع منه واستثناءً من ذلك مسؤوليته، فنرى أن تفصيل انعدام التمييز لدى المشرع الوضعي أكثر ضرورةً من تفصيلها في الفقه الإسلامي فكيف نعدم مسؤولية المجنون الذي أتى فعل ضار أثناء جنونه ولا نعدم مسؤولية الشخص المخدر طبيياً أو المكره على القيام بأمرٍ أو المنوم مغناطيسياً.

توصيات

ومن هذا المُنتلق نوصي ونقترح على المشرع أن يبادر إلى ما يلي:

- 1- إلى ذكر هذه الأسباب المعدمة للتمييز بشكلٍ دقيقٍ ومُمنهَجٍ وصریحٍ في موادٍ مخصصة بذاتها لشرح أسباب انعدام التمييز.
- 2- يتم إرسال نسخة عن قرار الحجر لمديرية الأحوال المدنية حتى يُصار لتعميم ذلك على شبكة الحاسب الآلي فيها حيث أنه من اليسير لأي شخص الاستحصال على بيان قيد فردي من المديرية المذكورة أعلاه لأي شخص كان ومن ثمة الاطلاع على حالته القانونية، وعلى النقيض من ذلك فمن العسير أن يطلع كل شخص يريد أن يبيع ويشترى من شخص آخر على سجلات المحكمة غير المؤتمنة إذا كان من المحجورين أم لا.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- 1- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949.
- 2- مجلة الأحكام العدلية العثمانية لعام 1876.

ثانياً: المراجع

- 1- النجادا ممدوح يوسف سليمان، 1999، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- 2- الكردي أحمد الحجي، 2009، الأحوال الشخصية الأهلية - والنيابة - الشرعية - والوصية - والوقف - والتركات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية.
- 3- أبو الخير عبد السميع عبد الوهاب، 1994، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.
- 4- غزال حمود وظلام عبد الكريم ، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية.
- 5- جعار عمار محمد جميل، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 2017، جامعة القدس، فلسطين.
- 6- مهنا فخري رشيد، 1974، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الإنكلوسكسونية والعربية، مطبعة الشعب، بغداد، العراق.

- 7- بنات سمير اسحق، الجنون كمانع من موانع المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، 2014، جامعة القدس، فلسطين.
- 8- عسقلان فضل ماهر محمد، 2008، المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
- 9- عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 2003، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية.
- 10- بو كرززة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، 2013، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر.
- 11- الرشيدى مشاري سعد صالح الطويل، مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، 2010، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

السرية المصرفية ضرورتها ومخاطرها

الباحث: د. بسام أحمد الزلمي

كلية الحقوق - جامعة تشرين

الملخص

يُعدُّ الالتزام بالسرية المصرفية مفهوم اقتصادي بحث لا نجده خارج المصارف. فهو أحد أهم عوامل نجاح النشاط المصرفي من جهة، وهو عبء يتقل كاهل المصرف من جهة أخرى، لذلك فإنه يُصنّف ضمن نطاق الدراسات الاقتصادية، وإن كان ذا صلة وثيقة بالمسائل الجزائية، فخرق هذا الالتزام هو جريمة جزائية تُعرف بجريمة خرق السر المصرفي لها قانونها الخاص الذي ينظمها، ويحدد أركانها. لذلك ليس مستغرباً من المختص بالقضايا الجزائية أن يبحث في هذا الالتزام.

شُرِعَ الالتزام بالسرية المصرفية بغية تحقيق ثلاث مصالح هي: مصلحة العميل في حفظ أسرارها التي يطلع عليها المصرف بسبب تعامله معه، ومصلحة المصرف في زيادة عدد زبائنه، وزيادة حجم نشاطه ومعدلات أرباحه، ومصلحة الاقتصاد القومي من خلال زيادة حجم النشاط المصرفي الذي هو جزء هام من النشاط الاقتصادي ككل. ومن المعروف أن صاحب المصلحة يستطيع أن يتخلى طوعاً عن مصلحته هذه متى يشاء، وكيفما يشاء. فهل يصح هذا بالنسبة للالتزام بالسرية المصرفية؟

إن المصرف وإن قرّر - تجاوزاً - خرق السرية المصرفية، وعدم مراعاة مصلحته بالالتزام بها، فهو لا يستطيع الخروج على هذا الالتزام طالما تتعلق به مصلحة أخرى، هي مصلحة العميل، وإن فعل ذلك فسيكون عرضة للمسؤوليتين المدنية والجزائية.

على الرغم من أهمية السرية المصرفية التي لا يمكن نكرانها، فهي العامل الأهم في ضمان نجاح العمل المصرفي من جهة، وفي تأمين مصالح العميل المتمثلة في حفظ أسرار تعاملاته المالية والمصرفية من جهة أخرى. لكن هذه الحقيقة يجب ألا تجعلنا نغض أعيننا عن حقيقة أخرى وهي أن هذا الالتزام كغيره من الالتزامات لا يمكن أن

يكون جيد بالمطلق، بل له جوانب سلبية تتمثل في المخاطر التي يحملها في طياته سواء من حيث الحاق الضرر بالقطاع المصرفي في حال التشدد في تطبيقه، أو من حيث الدور الذي يلعبه في انتشار الجرائم.

وتعد الاستثناءات الواردة على السرية المصرفية بمثابة حدود لهذه السرية، ومحاولة من قبل المشرع لمواجهة هذه المخاطر والتقليل منها ما أمكن، فُرضت لحماية المصلحة العامة من جهة، والمصالح الخاصة من جهة أخرى. وبالتالي فإنها تتبع إما من القانون الذي يفرض صراحة على المصرف إعطاء المعلومات، أو من المصلحة العامة التي تحل المصرف من الالتزام بالسرية.

هذه المواضيع هي التي تعرضت لها في بحثي هذا الذي قسمته إلى مبحثين: الأول تحدثت فيه عن ماهية السرية المصرفية، والذي قسمته إلى مطلبين: الأول: تعريف السرية المصرفية، والثاني: أطراف السرية المصرفية. وناقشت في المبحث الثاني: مخاطر السرية المصرفية، والذي قسمته أيضا إلى مطلبين: الأول: الاستثناءات المرتبطة بمصلحة المصرف. والثاني: الاستثناءات المرتبطة بكشف الجرائم.

الكلمات المفتاحية: السرية المصرفية - خرق السر المصرفي - غسل الأموال - كشف الجرائم.

Banking Secrecy Necessity and dangers

Banking Secrecy- Necessity and dangers

Commitment to banking secrecy is considered only an economic concept you can't find outside banks. It is of the factors of success of the banking activity from one side, and it is a burden on the bank from the other side. so, it is classified as an economic study, even it had a relation with penal matters. The breaking of this commitment is a criminal offence and known as breaking secrecy crime. Which has its own law that organist. It is not surprised that the one who is concerned with penal matters to investigate in this commitment.

Commitment to banking secrecy was put to achieve three interests. Which one: the interest of the customer to keep his secrets which the banks know only. Second the interest of the bank which increases its customers the volume of its activities and earnings and the interest of National economy through increasing of banking activity which is a part of the whole economic activity and as it known that anyone can give up his interests at any time and as he wants but Is that true for the banking secrecy?

The bank if it decided that and didn't know its benefits to commit it , it can't break that commitment because it is related to other interest, the interest of the customer or it will face criminal and civil responsibilities.

Although, we can't deny the importance of banking secrecy, it is the most important factor to the success of banking work and keeping the interests of the customer by keeping his banking and financial secrets. But we shouldn't forget that this commitment as other commitments is not completely good, but it has negative sides that it damages banking sector when we adopt it strongly or its role in considered limits to this secrecy and an attempt of the legislator to face the dangers and reduce them as possible .It was adopted save

general interest on one side and private interests from the other side . As a result, it follows either the low which is adopted by the bank to give information or general interest which allows the bank to leave the banking secrecy.

These topics which I explained in my research were divided in to two parts . The first I talked about the features of banking secrecy which I divided into first the definition of banking secrecy and the second the elements of banking secrecy, I discussed in the second research, dangers of banking secrecy which I divided into two demands ,Exceptions connected to the interest of the bank and the second exceptions connected with solving crimes.

المقدمة:

ظهرت السرية المصرفية منذ ظهور المصارف وممارستها لنشاطها، ولكن ليس بالشكل الذي نعرفه اليوم، فقد بدأت مرتبطة بالحياة الدينية كالتزام أخلاقي يقع على عاتق المصرف، ويمنعه من البوح بما وصل إلى علمه عن العميل ونشاطه، ومن دون أن يترتب على خرقه أية آثار قانونية. ومع مرور الزمن وتطور العمل المصرفي أصبح هذا الالتزام من القواعد المستقرة وللصيقة بعمل المصارف، وأصبحت المصارف ملزمة به تحت طائلة المسؤولية في حال خرقه في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون هذا الخرق. فباعتبار المصارف مشاريع تجارية ومالية، فإنها تؤمن للعملاء خدمات متعددة ومتنوعة في جميع مجالات نشاطهم أهمها:

- تأمين المدفوعات - تأمين المقبوضات - تأمين خدمات لمالكي القيم المنقولة ومنها الاحتفاظ المادي بسنداتهم - تأمين خدمات للمودعين من جميع الفئات حيث لا يقتصر تقديم الخدمة على رجال المال والأعمال فقط. بل يشمل جميع المودعين¹. وتُعد الثقة المتبادلة بين المصرف والعميل شرطا "أساسيا" لنجاح العمل المصرفي، وإمكانية تقديمه لهذه الخدمات، وبشكلٍ خاص ثقة العميل بالمصرف التي تجعله يقبل التعامل مع هذا المصرف. وتقوم هذه الثقة على عدة اعتبارات أهمها: التزام المصرف بالسرية المصرفية، فالنشاط الاقتصادي بشكلٍ عام والمالي بشكلٍ خاص لا يمكن أن يحقق النجاح من دون وجود السرية في التعامل.

ومن جهة أخرى لا يمكن للمصرف أن يمارس نشاطه، وأن يقدم للعميل الخدمات التي يرغب بها من دون أن يطلع على كثير من المعلومات المتعلقة بشخص العميل ونشاطه التي من المفترض أن تبقى طي الكتمان. وأكثر من ذلك لا يستطيع العميل أن يمنع المصرف من الاطلاع عليها، لأنه إن فعل ذلك لن يكون بإمكانه ممارسة نشاطه، وسيحرم نفسه من الخدمات التي يقدمها المصرف لعملائه. إذا "يعد العميل مضطرا" للسماح للمصرف بالاطلاع على أسراره، ولكنه من جانب آخر مطمأن أن المصرف لن

¹ - د. ناصيف، إلياس (1983) الكامل في قانون التجارة، الجزء الثالث، عمليات المصارف، الطبعة الأولى، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات - بيروت، ص 263.

يبوح بهذه الأسرار، لأنه يعرف سلفاً" أن المصرف يقع تحت وطأة التزام يمنعه من ذلك، هو الالتزام بالسرية المصرفية.

ولكن عندما ننظر إلى الأمر من زاوية أخرى نجد أن هذا الالتزام وعلى الرغم من أهميته التي لا نستطيع نكرانها، إلا أن التقيد الشديد به ربما يكون له مخاطر متعددة، تتمثل بالدرجة الأولى بإلحاق الضرر بالمصرف الذي يتقيد بها من جهة، وبالدور الكبير الذي تلعبه في انتشار الجرائم بصورة عام، وبشكل خاص ريمة غسل الأموال التي انتشرت في أيامنا هذه إلى درجة تهدد الاقتصاد القومي كاملاً". مما استدعى من المشرع أن يبرر الخروج على السرية المصرفية في حالات متعددة من ضمنها ما ذكرنا آنفاً.

هذه المعادلة الصعبة التي يجب أن تتحقق بين ضرورة السرية المصرفية وما يمكن أن يترتب عليها من مخاطر هي مدار بحثنا.

أهمية البحث وأهدافه:

يستمد بحثي هذا أهميته من أهمية السرية المصرفية ذاتها، بما تحقّقه من فوائد متعددة للمصرف والعميل والاقتصاد الوطني، لذلك لا بد لكل مهتم من التعرف عليها وفق ما قرره قانون السرية المصرفية في سورية التي نعد بحثنا فيها. ويمكن تحديد أهداف البحث في النقاط التالية:

- 1- تحديد مفهوم السرية المصرفية.
- 2- تحديد أطراف السرية المصرفية.
- 3- البحث في موضوع السرية المصرفية.
- 4- التعرّض لمخاطر السرية المصرفية.
- 5- كيفية الاستفادة من السرية المصرفية وتجنّب مخاطرها.

منهجية البحث:

في سبيل تحقيق الأهداف سابقة الذكر فقد اعتمدنا في بحثنا هذا المنهج الوصفي التحليلي، حيث قمنا بإيراد المعلومة كما وردت في نصوص القانون وتحليلها والتعليق عليها وإظهار موقفنا منها.

اشكالية البحث:

يُعتبر الالتزام بالسرية المصرفية من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المصرف، والذي من شأنه أن يُحقّق مصلحة المصرف بالدرجة الأولى، كما أنه يُحقّق مصلحة العميل كنتيجة طبيعية لذلك. ولكن على الرغم من ذلك فإن التقيد التام بهذا الالتزام ربما ينتج عنه مخاطر متعددة، واشكالية البحث تتمثل بكيفية تجنب هذه المخاطر.

خطة البحث:

و في سبيل إيصال فكرة واضحة وكاملة عن هذا الالتزام قسمت هذا البحث إلى المبحثين التاليين: تعرّضت في الأول منهما إلى ماهية السرية المصرفية، والذي قسمته إلى مطلبين: تحدثت في المطلب الأول عن تعرف السرية، بينما خصّصت الثاني لتحديد أطراف السرية المصرفية. أمّا المبحث الثاني فجاء تحت عنوان مخاطر السرية المصرفية، الذي قسمته بدوره إلى مطلبين، الأول تحدثت فيه عن خطر السرية المصرفية على وحدة الجهاز المصرفي، وبحثت في الثاني عن دور هذه السرية في انتشار الجرائم. **الكلمات المفتاحية:** السرية المصرفية - خرق السر المصرفي - غسل الأموال - كشف الجرائم.

المبحث الأول ماهية السرية المصرفية

تمهيد وتقسيم:

أصبحت السرية المصرفية- خاصة في أيامنا هذه - من أهم الالتزامات التي يتحملها المصرف. ومن البديهي أن يُصرَّ العميل على التمسك بها، ويسعى لملاحقة المصرف الذي يتخلى عن هذا الالتزام تحت أي مسمى أو مبرر. لذلك لا بد لنا من معرفة المقصود بهذا الالتزام. قد يتبادر إلى الذهن أن هذا المصطلح واضحاً بما فيه الكفاية، فهو كتمٌ لأسرار العميل، لكن الحقيقة غير ذلك، فهذا المعنى البسيط لا يفي بالغرض في مجال دراستنا، ويتطلب منا التوسُّع فيه وتحديد بدقه، وهذا لا يتحقق إلا من خلال وضع تعريف واضح وصريح له، وتحديد أطراف هذا الالتزام. وانطلاقاً من ذلك فقد قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: أتحدث في المطلب الأول عن تعريف السرية المصرفية، وأنقل في المطلب الثاني للبحث في أطراف السرية المصرفية.

المطلب الأول: تعريف السرية المصرفية

لا توجد أية مشكلة في تحديد معنى السرية من الناحية اللغوية، فالسرية لغة مشتقة من سرر (السرّ) الذي يُكتم وجمعه أسرار.² أمّا من الناحية القانونية والمصرفية لم يتفق القانونيون والاقتصاديون على تعريف واحد للسرية المصرفية، فظهرت عدة تعاريف حسب الزاوية التي يُنظر منها إلى مهنة الصيرفة، فالبعض يعتبرها مهنة كباقي المهن، وتشارك معها في القواعد الناظمة لعملها، بينما يعتبرها البعض الآخر مهنة مستقلة لها خصوصيتها وأسلوب عمل خاص بها. وانطلاقاً من ذلك يمكن التمييز بين معنيين للسرية المصرفية معنى "واسع ومعنى" ضيق، تأخذ في كلٍ منهما تعريف خاص بها. وسألقي الضوء على هذين المعنيين في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

² - المعجم اللغوي - مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - باب السنين - فصل الرأء - ص258 .

الفرع الأول: المعنى الواسع للسرية المصرفية.

الفرع الثاني: المعنى الضيق للسرية المصرفية.

الفرع الأول: المعنى الواسع

تعد الصيرفة وفقاً لهذا المعنى: مهنة كباقي المهن التي تتيح لأصحابها الاطلاع على أسرار المتعاملين معهم، وتتطلب تبعاً لذلك واجب عدم البوح بأسرارهم، حرصاً على مصلحتهم المادية والمعنوية وحفاظاً على سمعة المهنة ذاتها. فمثلاً مهنة المحاماة تفرض على المحامي عدم البوح بأسرار الموكل التي اطلع عليها بحكم مهنته، ويرضى الموكل الذي أطلع عليه عليها من أجل الدفاع عنه، خشية أن تصل هذه الأسرار إلى الخصم فيضعف موقف موكله بالدعوى. ومهنة الطب التي تتيح للطبيب الاطلاع على أدق تفاصيل الوضع الصحي للمريض، والتي يجب عليه عدم البوح بها حفاظاً على صحة المريض ووضعها الاجتماعي. وقد تنبه المشرع في معظم دول العالم إلى خصوصية مثل هذه المهن، فوضع نصوصاً قانونية عامة تلزم جميع أصحاب المهن - ومنها مهنة الصيرفة - بوجوب المحافظة على أسرار زبائنهم التي اطلعوا عليها بحكم عملهم، ومن يخالف هذا الواجب يكون عرضة لتحمل المسؤولية المدنية والجزائية.

لقد كان المعنى الواسع لمهنة الصيرفة مُعتمداً في السابق، في الوقت الذي لم يوجد فيه قانون خاص بالسرية المصرفية، وقانون خاص ينظم عمل المصارف بحيث تعتبر هذه المهنة مستقلة، فكان لا بدّ من الرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم عمل المهن بشكل عام عندما يبوح الصيرفي بأسرار عميله.

وتعرّف السرية المصرفية استناداً لهذا المعنى بأنها:

«الموجب الملقى على عاتق المصرف بعدم إفشاء الأسرار المصرفية التي آلت إليه بحكم وظيفته، أو في معرض هذه الوظيفة والمتعلقة بزبائنه، وهذا الموجب فرضته نصوص عامة بالإضافة إلى تقاليد وأعراف عامة»³.

³ - د. رزق، روكس (بدون تاريخ نشر) السر المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص10.

ويتضح من هذا التعريف: إن السرية المصرفية بهذا المعنى الواسع تقع ضمن إطار سر المهنة الذي يقتضي عدم إنشاء صاحب أي مهنة مهما كانت - ومنها مهنة الصيرفة - بالأسرار التي وصلت إليه بحكم وظيفته، أو بمعرض قيامه بهذه الوظيفة والمتعلقة بالزيائن الذين يتعامل معهم تحت طائلة المسؤولية والعقوبة التي تحددها نصوص قوانين العقوبات.⁴

وزيادة في إيضاح هذا التعريف الذي ينطلق من المفهوم العام لمهنة الصيرفة، فإنني سأقدم مثالا" عليه ما أورده المشرع السوري في قانون العقوبات، حيث توجد في هذا القانون ثلاث مواد تلزم أصحاب المهن - منها مهنة الصيرفة - بحفظ الأسرار، وتقرض عقوبة على من يخالف هذا الالتزام وهذه المواد هي:

« من كان بحكم وضعه أو وظيفته أو مهنته أو فنه على علمٍ بسرٍ وأفشاء دون سبب مشروع أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعةٍ أخرى عوقبإذا كان الفعل من شأنه أن يسبب ضررا" ولو معنويا"»⁵.

« 1- يعاقب كل شخص ملحق بمصلحة البريد والبرق يسيء استعمال صفته هذه بأن يطلع على رسالة مختومة أو يتلف أو يختلس إحدى الرسائل أو يفض بمضمونها إلى غير المرسل إليه.

2- وتترزل العقوبة نفسها بمن كان ملحقا" بمصلحة الهاتف وأفشى مخابرة هاتفية اطلع عليها بحكم وظيفته أو عمله»⁶.

« 1- كل شخص آخر يتلف أو يفض قصدا" رسالة أو برقية غير مرسله إليه أو يطلع بالخدعة على مخابرة هاتفية يعاقب

2 - ويُقضى بالعقوبة نفسها على من اطلع على رسالة أو مخابرة هاتفية أو برقية في إذاعتها إلحاق الضرر بآخر فأعلم بها غير من أرسلت إليه»⁷.

4 - أ.د. الحاجي، محمد عمر (2005) غسيل الأموال - جريمة بيضاء لكنها خطيرة جدا" - الطبعة الأولى، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ص131.

⁵ - قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 22/6/1949 - المادة 565.

⁶ - قانون العقوبات السوري - مرجع سابق - المادة 566.

⁷ - قانون العقوبات السوري - مرجع سابق - المادة 567.

وأعتقد أن هذا المعنى الواسع للسرية المصرفية على الرغم من أهميته التي لا نستطيع تجاهلها كان صالحاً فيما مضى عندما كان العمل المصرفي محدوداً، سواء من الناحية الجغرافية أو من ناحية النشاط الذي تمارسه المصارف، وعندما لم يكن يوجد قانون خاص بالسرية المصرفية. أما اليوم، ومع الانتشار الواسع للمصارف، وتنوع الأنشطة التي تمارسها دون أن تأخذ بعين الاعتبار الحدود الجغرافية للدول، وظهور المصارف الضخمة التي تمارس نشاطها على مستوى العالم من خلال فروعها المنتشرة في جميع الدول، ظهرت حاجة ملحة لإيجاد مفهوم جديد للسرية المصرفية يميّز مهنة الصيرفة عن غيرها من المهن التي تستلزم السرية، وذلك من خلال إصدار قانون خاص ينظم هذه السرية، وهذا هو المفهوم الضيق للسرية المصرفية. فماذا نقصد به؟

الفرع الثاني: المعنى الضيق

تُعد الصيرفة وفقاً لهذا المعنى مهنة قائمة بذاتها لها خصوصيتها التي تميزها عن باقي المهن، وإن كانت تتفق معها بأنها تستلزم السرية في تعاملها مع زبائنها، إلا أن هذه الخصوصية جعلت للسرية المصرفية وضعاً خاصاً" ألزم إصدار قانون خاص بها ينظمها بشكل مستقل عن بقية المهن. ومع بدايات العمل المصرفي والحاجة إلى تطوير هذا العمل أتبع أسلوب التشدد في تطبيق السرية المصرفية بقصد تعزيز الثقة بالمصارف، وجذب الرساميل الوطنية والأجنبية إليها، ومنع هروب رأس المال الوطني خارج حدود الدولة، وتشجيع الادخار الوطني، ولكن مع مرور الزمن بدأت تظهر مساوئ السرية المصرفية المفرطة، خاصة في الآونة الأخيرة حيث استغلها بعض المجرمين لارتكاب جرائمهم، وخير مثال على ذلك مرتكبي جرائم غسل الأموال. ولذلك بدأ التفكير جدياً بضرورة تنظيم السرية المصرفية من خلال وضع قانون خاص بها يحدد مفهومها، وينظم العلاقة بين المصرف وعملائه، ويبيح للمصرف إفشاء أسرار العميل في حالات معينة، من دون أن يترتب على هذا الإفشاء أية مسؤولية يتحملها المصرف، لأن الإفشاء تم بالاستناد إلى نص قانوني يبيح ذلك. ووفقاً لذلك فإن المعنى الضيق للسرية المصرفية يعني باختصار النظر إلى مهنة الصيرفة بشكل مستقل عن بقية المهن، وتنظيم السرية

المصرفية اللازمة لنجاح هذه المهنة بشكلٍ مستقلٍ أيضاً" من خلال إصدار قانونٍ خاصٍ بها.

فما هو إذاً تعريف السرية المصرفية وفقاً للمفهوم الضيق؟ ظهرت تعاريف متعددة للسرية المصرفية وفقاً لهذا المعنى، وجميعها تتفق من حيث المضمون، وإن اختلفت فيما بينها من حيث الشكل والصياغة ومن هذه التعاريف: يعرفها البعض كما يلي: « يتمثل السر المصرفي بكل أمرٍ أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك من خلال عملية مصرفية أو بسببها، وتستند السرية المصرفية على المسؤولية التي تقع على عاتق البنوك بأجهزتها وموظفيها، وكل من له علاقة معها بلزوم التكتّم على كل الأعمال الاقتصادية والشخصية المتعلقة بعملائهم. ولهذا فإن السرية المصرفية تقتضي بأن لا يعلم أحد عن أسرار عملاء البنك سوى الأشخاص الذين تحتم طبيعة عملهم ذلك، بحيث تحاط كافة المعلومات المقدمة منهم بالكتمان في غير علانية بعيداً عن كل شخص لا علاقة له بها »⁸.

ويعرفها البعض الآخر بأنها: « التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم، وعدم الإفشاء بها للغير باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته، خاصة" وإن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية »⁹.

وأعتقد أن المفهوم الضيق للسرية المصرفية هو الأفضل باعتباره يتعامل مع مهنة الصيرفة بشكلٍ مستقلٍ عن بقية المهن، ويفرد لها قواعد خاصة بها، بما يكفل الاستفادة من مزاياها والتخفيف من مساوئها قدر المستطاع، وذلك من خلال النص صراحةً على

⁸ - العموري، عصام ماجد زايد، السرية المصرفية بين الحماية القانونية وعمليات غسل الأموال، دراسة مقارنة،

متاح على شبكة الإنترنت:

www. Arablawinfo. Com/researches- AR/ 85.doc

⁹ - بالي، سمير فرنان (2002) السرية المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص12 .

بعض الاستثناءات التي يجوز فيها تجاوز السرية المصرفية من دون أن يتحمل المصرف أية مسؤولية. واعتماد المفهوم الواسع السابق ذكره لا يمكن أن يساعد في تحقيق هذا الهدف، لأنه يتعامل مع الصيرفة على أنها مهنة كباقي المهن فلا يفرد قواعد خاصة للسرية المصرفية بحد ذاتها بل تخضع للقواعد الناظمة لسر المهنة بشكل عام. لقد اعتمدت غالبية الدول المفهوم الضيق للسرية المصرفية إيماناً منها أنه المفهوم الأكثر صحة. ومثال ذلك سورية التي صدر فيها قانون خاص ينظم السرية المصرفية¹⁰. و انطلاقاً من تأييدي للمفهوم الضيق للسرية المصرفية، فإنني أقترح لها التعريف التالي: « التزام العاملين في المصرف بكتمان جميع المعلومات التي تصل إلى علمهم عن العمل أثناء ممارستهم لعملهم أو بسببه، وعدم البوح بها لأي جهة أو شخص إلا في الحالات التي يجيزها القانون المنظم لهذا الالتزام ».

المطلب الثاني: أطراف السرية المصرفية

تُعد السرية المصرفية التزاماً مفروضاً بنص القانون، ويُعرّف الالتزام بصورة عامة بأنه: « سلطة لشخص على آخر محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد»¹¹. نلاحظ من هذا التعريف: إن الالتزام بشكل عام يستلزم وجود طرفين أحدهما يتحمل عبء الالتزام، والثاني يستفيد منه، والالتزام بالسرية المصرفية لا يخرج عن هذه القاعدة، فله طرفين هما: المصرف والعميل، فالمصرف وبحكم العمل الذي يقوم به يطلع على أسرار عميله سواء كانت شخصية أو متعلقة بنشاطه الاقتصادي والمالي ومهما كانت أهمية هذه الأسرار. والعميل الذي شرعت السرية لمصلحته مضطراً لكشف الكثير من أسرار المصرف الذي يتعامل معه، وهو إن لم يفعل ذلك لن يكون بمقدوره ممارسة نشاطه الاقتصادي والمالي بالشكل الصحيح، وتبعاً لذلك يجب أن يكون مطمئناً إن هذه

¹⁰ - المرسوم التشريعي رقم 34/ تاريخ 2005/5/1.

¹¹ - شبكة الإنترنت:

www.Startimes2.com/F.aspx?T=7211544 .

الأسرار ستبقى ضمن حدود المصرف فقط، ولا تتعداها إلا في الحالات التي يحددها القانون والتي تكون معروفة بشكل مسبق من قبل العميل. وبناءً على ذلك فإنني سألقي الضوء في هذا المطلب على طرفي الالتزام بالسرية المصرفية من خلال تقسيمه إلى الفرعين التاليين: الفرع الأول: المصرف، والفرع الثاني: العميل.

الفرع الأول: المصرف

المصرف لغةً: صيغة مشتقة من الصرف، وهو بيع الذهب بالفضة، لأنه ينصرف به عن جوهر إلى جوهر والصراف والصرير والصرير مشتقة من التصرف والجمع صيارف وصيارفة¹².

وأما اصطلاحاً. فإن كلمة بنك تُرجع إلى أصل الكلمة الفرنسية *banque* وإلى أصل الكلمة الإيطالية *banca* وتعني هاتين الكلمتين صندوق متين لحفظ النقود. ويرجع الأصل التاريخي لظهور البنوك إلى استحداث النقود الورقية كوسيلة للتبادل بين الأفراد، ومع تطور وتوسع عملية التبادل سواءً على المستوى المحلي أو المستوى الدولي تطورت أنشطة البنوك، وتنوعت لتتلاءم مع هذا التطور والتوسع ولتغطي الاحتياجات المستجدة لمثل هذه الأنشطة، حيث تعتبر وسيلة من وسائل تسهيل عملية التبادل. وكغيره من المصطلحات لم يتفق القانونيون والاقتصاديون على تعريف موحد للمصرف، فظهرت عدة تعاريف له في القوانين المختلفة وفي السوابق القضائية حسب الزاوية التي نُظر إليه منها. ومن هذه التعاريف:

¹² - شبكة الإنترنت:

المعجم الوسيط عرّف المصرف بأنه:

« مؤسسة تقوم بعمليات الائتمان بالاقتراض والإقراض ».

قانون الكمبيالات البريطاني لسنة 1882 عرّفه بأنه:

« أي شخص يقوم بممارسة الأعمال المصرفية »¹³.

وبعد هذه اللمحة الموجزة عن المقصود بالمصرف بالمعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.

ما هو المقصود به بالنسبة لموضوع السرية المصرفية التي هي موضوع دراستنا؟

أي ما هو المقصود بالمصرف كطرف من طرفي الالتزام بالسرية المصرفية؟

يعرّف المصرف بهذا المعنى بأنه:

«الشخص المعنوي الذي يمثله رئيس مجلس الإدارة، والذي يشمل مديري الفروع

والموظفين والعمال والمستخدمين، وكل من له اطلاع بحكم صفته أو وظيفته وبأية طريقة

كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية»¹⁴.

والالتزام بالسرية المصرفية بهذا المعنى يشمل الأشخاص الذين يقومون بالمراقبة

الخارجية. مثل مدققي الحسابات، وموظفي البنك المركزي، وكذلك أي شخص لا يعمل

بالبنك، ولكن وصل إلى علمه سرٌّ من أسرار العملاء خلال ممارسته لعمله، مثل كُتّاب

العدل والمحامين وأعضاء المحاكم والدوائر العقارية. وهذا ما نص عليه مثلاً قانون

السرية المصرفية في سورية :

« إن العاملين في المصارف المشار إليها في المادة الأولى من هذا المرسوم التشريعي ،

وكل من كان على اطلاع بحكم صفته أو وظيفته بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر

¹³ - شبكة الإنترنت:

www.Sondico.maktoobblog.

Com

¹⁴ - د. عيد، إدوارد (1968) العقود التجارية وعمليات المصارف، مطبعة النجوى، بيروت/ص487

والسجلات والمعاملات والمراسلات وشهادات الاستثمار مُلزَمون بكتّمان سر هذه القيود
«.....»¹⁵

وتجدر الإشارة أيضا " إلى أن الالتزام بالسرية المصرفية ليس مفروضا" فقط على
المصارف الوطنية الموجودة ضمن الحدود الجغرافية للدولة، لكنه يشمل كذلك المصارف
الأجنبية العاملة في الدولة، وفروع المصارف الوطنية الموجودة في الخارج. وقد تنبّه
المشرع السوري مثلا" لهذه الناحية ونص عليها صراحة:

« تخضع لأحكام سر المهنة المصرفية كل المصارف العاملة في الجمهورية العربية
السورية بما فيها المصارف العاملة في المناطق الحرة السورية»¹⁶
ولهذا التحديد الدقيق لمعنى المصرف فيما يتعلق بموضوع السرية المصرفية ما يبرره، فقد
ألزم المشرع في غالبية الدول المصارف بالسرية المصرفية، ورتّب على خرقها آثارا"
قانونية معينة تتمثل بالعقوبة الجزائية والتعويض المدني ومن دون هذا التحديد لا يمكن
تحديد من يتحمل العقوبة ومن سيدفع التعويض.

الفرع الثاني: العميل

لم يتفق المختصّون على تحديد المقصود بالعميل، ومتى يكتسب الشخص هذه الصفة،
وما هي الشروط الواجب توافرها فيه لاكتسابها؟ فظهر مفهومان: المفهوم الواسع
والمفهوم الضيق فما هو المقصود بكلٍ منهما؟

أولا": المفهوم الواسع:

يكتسب الشخص صفة العميل بموجب هذا المفهوم بمجرد أن يتعامل مع المصرف، ولا
فرق في ذلك أكان التعامل بشكلٍ دائمٍ أو لمرة واحدة، وسواء اختار التعامل مع هذا
المصرف بنفسه أم لا، وسواء تحقق المصرف من الهوية الحقيقية للمتعامل أم لا. فطالما

¹⁵ - قانون السرية المصرفية في سورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /34/ تاريخ 2005/5/1 -

المادة /3/ .

¹⁶ - قانون السرية المصرفية في سورية - مرجع سابق - المادة /1/ .

أن الشخص تعامل مع المصرف أياً كان هذا التعامل، واطلع المصرف على أسراره أثناء هذا التعامل أو بسببه فإنه مُلزم بحفظ هذه الأسرار تحت طائلة المساءلة. وبناءً على ذلك فإن الشخص الذي يحوز شيكاً¹⁷، ويقدمه للمصرف من أجل الحصول على قيمته، والشخص الذي يقوم بعملية تحويل أو إيداع لمرة واحدة فقط يكتسب صفة العميل، ويصبح من حقه الاستفادة من السرية المصرفية. وإنني لا أؤيد هذا المعنى للعميل. لأنه واسع جداً وله مخاطر كثيرة على صعيد العمل المصرفي، على اعتبار أن الشخص بمجرد أن يلجأ إلى المصرف، ويتعامل معه ولو لمرة واحدة وأياً كان هذا التعامل، وحتى لو لم يفصح عن شخصيته الحقيقية يكتسب صفة العميل، ويصبح له الحق بالسرية المصرفية، فيلزم المصرف بكنم أسراره تحت طائلة المسؤولية.

ثانياً: المفهوم الضيق:

يرى أصحاب هذا المفهوم أن مجرد تعامل الشخص مع المصرف لمرة واحدة أو بصورة عرضية لا يكفي لاكتساب صفة العميل، ولكن يُشترط حتى يكتسب هذه الصفة أن يجمع عدداً من الشروط أثناء تعامله مع المصرف، وإذا فقد إحداها فقد صفة العميل، ولم تعد السرية المصرفية حقاً له، ويصبح بإمكان المصرف البوح بأسراره التي اطلع عليها من دون أن تترتب على ذلك أية مسؤولية. وهذه الشروط هي:

- أن يختار المصرف بنفسه.

- أن يتحقق المصرف من الهوية الحقيقية للزبون.

أن تتصف العلاقة بين المصرف والزبون بالاستمرارية، فلا يكفي القيام بعملية مصرفية واحدة لاكتساب هذه الصفة¹⁸.

¹⁷ - الشيك هو: صك يأمر بموجبه شخص، هو المحرر أو الساحب، شخصاً آخر، هو المسحوب عليه ويكون عادة صيرفياً، بأن يدفع مبلغاً محدداً لأمره أو لأمر شخص ثالث، هو المستفيد. انظر: د - فرعون، هشام (1992) القانون التجاري البري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، ص 199.

¹⁸ - د. طاهر، مصطفى (2002) المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، الطبعة الأولى، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ص 419.

ويفهم من هذه الشروط. إن الشخص يجب أن يختار بنفسه مصرفاً "معيناً" يتعامل معه لا أن يُفرض عليه مصرف بعينه كأن يأخذ شخص شيكاً من شخص آخر مسحوباً على مصرف معين، ففي هذه الحالة فإن الشخص الذي أخذ الشيك لم يختار المصرف بنفسه، ويجب على المصرف أن يتأكد من الهوية الحقيقية لمن يتعامل معه لا أن يقبل البيانات الشخصية التي يقدمها هذا الشخص كما هي، ويكتشف المصرف بعد ذلك أن هذه البيانات غير صحيحة، وتبعاً لذلك يجب على الشخص الذي يتعامل مع المصرف أن يقدم جميع الوثائق الرسمية التي تبين هويته الحقيقية، ويجب أيضاً أن تتعدد العمليات التي يجريها ذلك الشخص من خلال المصرف، ولا يكفي أن يقوم بعملية واحدة فقط. لأنه بذلك يفقد صفة الاستمرارية.

وبناءً على ذلك فإن كل من لا تتوافر فيه هذه الشروط، ويتعامل مع المصرف فإنه لا يكتسب صفة العميل رغم هذا التعامل، وبالتالي فإن إقضاء المصرف لأسرار هذا الشخص لا يعتبر خرقاً للالتزام بالسرية المصرفية، ولا يتحمل المصرف تبعاً لذلك أية مسؤولية.

واعتقد إنه من غير المناسب اعتماد هذا المفهوم الضيق للعميل، لأن اعتماده يؤدي بلا شك إلى حرمان عدد لا بأس به من الأشخاص الذين يتعاملون مع المصرف من اكتساب صفة العميل إذا لم يحققوا جميع الشروط المطلوبة، وبالتالي حرمانهم من حقهم بالسرية المصرفية، وتصبح أسرارهم التي اطلع المصرف عليها مباحة يستطيع المصرف اطلاع الغير عليها من دون أن يتحمل أية مسؤولية عن ذلك مع كل ما يترتب على هذا الأمر من أضرار تلحق بهؤلاء الأشخاص، فيجتمون عن التعامل مع المصرف فيلحق الضرر بالمصرف نفسه، وبالتالي بالاقتصاد الوطني ككل.

واعتقد أن تحديد المعنى الصحيح للعميل يستلزم موقفاً وسطاً بين المفهومين معاً: الواسع والضيق والتوفيق بينهما، وذلك من أجل تحقيق الغاية الحقيقية من الالتزام بالسرية

المصرفية ألا وهي: تحقيق مصلحة يمكن أن نصفها بأنها ثلاثية الأبعاد مصلحة الزبون ومصلحة المصرف نفسه والمصلحة العامة.

وتبعاً لذلك أرى: إن العميل هو الشخص الذي يتعامل مع المصرف ولو لمرة واحدة فقط، وإن لم يختار المصرف بنفسه، بشرط أن يتحقق المصرف من هويته الحقيقية وفق القواعد والأنظمة المعمول بها في هذا المجال. لأنه حتى العملية الواحدة تمكن المصرف من الاطلاع على بعض أسرار العميل سواء المتعلقة بهذه العملية بالذات أو غيرها أو بشخص العميل، ومن حق العميل أن يحتفظ بهذه الأسرار حفاظاً على مصالحه التي قد تتضرر من جراء البوح بها، ومن واجب المصرف عدم البوح بها إلا في الحالات التي يُجيزها القانون، وفي ذلك مصلحة المصرف نفسه من خلال المحافظة على هذا العميل. وأعتقد إنه بهذا الموقف يتم إدخال العدد الأكبر من الأشخاص الذين يتعاملون مع المصرف ضمن مفهوم العميل، فيستفيدوا من مزايا السرية المصرفية من دون أن يؤثر ذلك على سلامة العمل المصرفي.

وأرى أيضاً: إن صفة العميل تتعلّق بالشخص الذي يتعامل مع المصرف فقط، ولا تمتد هذه الصفة إلى غيره من الأشخاص حتى لو كان من أقرب الناس إليه مثل زوجته أو أولاده، أو كان من الإدارات والجهات العامة مثل دوائر المالية وموظفيها والسلطة القضائية والجهات الأمنية المكلفة بقمع الجرائم، فهؤلاء جميعاً يعتبرون من الغير بالنسبة للمصرف ولا يجوز له اطلاعهم على أسرار العميل، ولا يستطيعون إلزام المصرف باطلاعهم عليها، وإن خالف المصرف ذلك، وأفشى بأسرار العميل إلى أحد هؤلاء في غير الحالات الاستثنائية التي يُجيز القانون فيها ذلك وفق شروط دقيقة ومحددة فإنه يكون قد ارتكب جريمة خرق السرية المصرفية.

المبحث الثاني مخاطر السرية المصرفية

تمهيد وتقسيم:

على الرغم من أهمية السرية المصرفية التي لا يمكن نكرانها، فهي العامل الأهم في ضمان نجاح العمل المصرفي من جهة، وفي تأمين مصالح العميل المتمثلة في حفظ أسرار تعاملاته المالية والمصرفية من جهة أخرى. لكن هذه الحقيقة يجب ألا تجعلنا نغض أعيننا عن حقيقة أخرى وهي أن هذا الالتزام كغيره من الالتزامات لا يمكن أن يكون جيد بالمطلق، بل له جوانب سلبية تتمثل في المخاطر التي يحملها في طياته سواء من حيث الحاق الضرر بالقطاع المصرفي في حال التشدد في تطبيقه، أو من حيث الدور الذي يلعبه في انتشار الجرائم.

وتعد الاستثناءات الواردة على السرية المصرفية بمثابة حدود لهذه السرية، ومحاولة من قبل المشرع لمواجهة هذه المخاطر والتقليل منها ما أمكن، فُرضت لحماية النظام العام والمصلحة العامة من جهة، والمصالح الخاصة من جهة أخرى، وبالتالي فإنها تتبع إما من القانون الذي يفرض صراحة على المصرف إعطاء المعلومات، أو من المصلحة العامة التي تحل المصرف من الالتزام بالسرية¹⁹.

وهذا ما سنبينه في هذا المبحث من خلال تقسيمه الى المطالبين التاليين: المطالب الأول: وحدة الجهاز المصرفي. المطالب الثاني انتشار الجرائم.

¹⁹ - سركيس، أنطوان جورج(2008)، السرية المصرفية في ظل العولمة، الطبعة الأولى، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 54.

المطلب الأول

وحدة الجهاز المصرفي

تُعد وحدة الجهاز المصرفي والتكامل بين مكوناته من العوامل الرئيسية لنجاح العمل المصرفي ككل، ولا يُمكن أن تتحقق هذه الوحدة إذا كان كل مصرف يعمل لوحده وبمعزلة عن بقية المصارف التي لا يعرف عن عملها شيئاً". وتستلزم هذه الوحدة أن يحصل تبادل للمعلومات بين المصارف حول الأنشطة التي تقوم بها، فهل يجوز للمصارف أن تتبادل المعلومات فيما بينها؟ وهل يعتبر هذا التبادل خرقاً للسرية المصرفية؟ أم أنه جائز قانوناً²⁰؟

إذا أخذنا قانون السرية المصرفية السوري كمثال على هذه الحالة، نجد أن المشرع السوري²¹ قد اعتبر تبادل المعلومات بين المصارف من جملة الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية المصرفية، حيث سمح للمؤسسات المالية أن تتبادل فيما بينها المعلومات المتعلقة بالحسابات المدينة للمتعاملين معها تحت طابع السرية الكاملة، وأن يكون هذا التبادل بهدف صيانة توظيف أموالها. كما أن المشرعين اللبنانيين²² والمصريين²³ سارا على نفس النهج ونصاً على هذا الاستثناء أيضاً.

وإننا نؤيد هذا الاستثناء، ونعتقد أنه يلعب دوراً كبيراً في نجاح العمل المصرفي، ويمكن أن يؤدي إلى التقليل من وطأة الالتزام بالسرية المصرفية، وأن يساهم إلى حد ما في منع ارتكاب جريمة غسل الأموال من خلال الجهاز المصرفي، فهذا التبادل للمعلومات يؤدي إلى استفادة المصارف من خبرات بعضها البعض في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال، كما أنه يضيق الخناق على غاسل الأموال فيحرمه من إمكانية فتح عدة حسابات في عدة مصارف، والقيام بعملية الغسل من خلالها، لأن تبادل المعلومات كفيل بكشف هذه الحالة. ولكننا نرى أن تبادل المعلومات يجب أن لا يكون عاماً بحيث تكون

²⁰ - إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 344.

²¹ - المرسوم التشريعي رقم 30/، المادة السادسة.

²² - القانون رقم 6 /، المادة السادسة.

²³ - القانون رقم 205 /، المادة الرابعة.

المصارف مفتوحة على بعضها البعض بشكل كامل مما يؤدي إلى تسرب بعض المعلومات للآخرين، وإلى إلحاق أضرار بالعملاء. لذلك نقترح أن يتم تبادل المعلومات وفق الشروط التالية:

يجب أن يتم تبادل المعلومات بين المصارف بسرية تامة، بحيث لا تخرج المعلومات التي يتم تبادلها خارج المصارف، ولا تصل إلى أية جهة أخرى. أن يكون هذا التبادل بالقدر الكافي فقط الذي يساعد المصارف على ممارسة نشاطها، وأن لا يمتد ليشمل جميع المعلومات المتعلقة بالعملاء.

وبهذين الشرطين يمكن القول أن السرية المصرفية مازالت محترمة، ولكن توسع نطاقها من إطار مصرف واحد إلى مجموعة من المصارف، وبهذه الطريقة لن يلحق الضرر بالعملاء، فجميع المصارف ملتزمة بالسرية المصرفية، لذلك لا يستطيع أي مصرف أن يبوح بالمعلومات التي وصلت إليه عن عميل لدى مصرف آخر.

والملاحظ أن هذا الاستثناء يستند بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحة المصرف، إلا أن هذه المصلحة ليست الوحيدة المعتبرة في هذا المجال، فهناك المصلحة العامة التي يجب مراعاتها و احترامها عند إصدار أي قانون، وتتجلى هذه المراعاة في هذه الحالة بتحقيق إمكانية خرق السرية المصرفية لكشف الجرائم، وهذا ما تحقق فعلاً، والذي سنتطرق إليه في الفرع التالي.

المطلب الثاني

انتشار الجرائم

يشكل المصرف الطرف الثاني للالتزام بالسرية المصرفية والذي شرع لمصلحته إلى جانب مصلحة العميل، وبكل الأحوال فإن تحقيق هاتين المصلحتين يجب أن لا يكون على حساب وذلك من أجل تحقيق الطمأنينة والأمان في المجتمع. ويقصد بالاستثناءات الموضوعية تلك التي لا علاقة للعميل بها. فهي لا تنبثق من إرادته، ولا ترتبط بأعماله، لكن بعضها يتعلق بتحقيق مصلحة المصرف، وبعضها الآخر تستلزمه مواجهة الجرائم

بشكل عام وجريمة غسل الأموال بشكل خاص. وسنبحث هذه الاستثناءات من خلال الفرعين التاليين:

على الرغم من أن الالتزام بالسرية المصرفية يحقق مصلحة العميل، ومصلحة المصرف، وفي النهاية المصلحة العامة، باعتبارها تتكوّن من مجموع المصالح، إلا أن تحقيق النمو الاقتصادي في المجتمع بالمستوى المطلوب يتطلب توفر الأمان والاستقرار الذي لا يعكّر صفوهما انتشار الجرائم في المجتمع، وبشكل خاص جريمة غسل الأموال، حيث يعد المصرف في ظل وجود السرية المصرفية المسرح الرئيسي لارتكابها بما تتركه من آثار سيئة على جميع مجالات الحياة. وبناءً على ذلك لا بد من إيجاد نوع من التوازن والتنسيق بين ضرورة السرية المصرفية من جهة، وتأمين متطلبات مواجهة بعض الجرائم التي تستلزم الاطلاع على الحسابات والعمليات المصرفية من جهة أخرى، فهل يمكن خرق السرية المصرفية إذا استلزم ذلك كشف الجرائم؟

سنسلط الضوء على هذا الموضوع من زاويتين:

الأولى فيما يتعلق بالجرائم بصورة عامة (الفرع الأول)، والثانية فيما يتعلق بجريمة غسل الأموال على وجه التحديد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كشف الجرائم بصورة عامة:

يعد الأمان والاستقرار على جميع الصعد هدفاً جوهرياً يسعى المشرعون في جميع الدول إلى تحقيقه مهما كانت التكاليف، لذلك فإنهم لا يتوانون لحظة واحدة عن إصدار القوانين والتشريعات اللازمة التي تكفل تحقيق هذا الهدف. وباعتبار أن السرية المصرفية التزام يقع على عاتق المصرف يمنع حتى السلطات المكلفة بقمع الجرائم من الاطلاع على العمليات التي تحصل داخل المصرف، وجميع المعلومات المتعلقة بالعميل، فإذا استلزم الكشف عن جريمة ما رفع السرية المصرفية، والبوح بأسرار العملاء، والاطلاع على أرصدتهم، فأيهما الأولى بالتقدير والاحترام؟ هل الالتزام بالسرية المصرفية؟ أم كشف الجريمة وقمعها؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب منا أن نقوم بعملية موازنة من حيث الأهمية بين أمرين، وذلك من خلال الإجابة على السؤال التالي:

هل يعد الحفاظ على الالتزام بالسرية المصرفية هو الأهم من أجل ضمان نجاح النشاط المصرفي؟ أم أن الأهم هو تلبية متطلبات كشف الجريمة صيانة" لأمن المجتمع وسلامته؟

إذا أخذنا القانون المصري مثالا" على هذه الحالة نجد أن قانون السرية المصرفية المصري قد أجاب إجابة" قاطعة" على هذا السؤال عندما أجاز رفع السرية المصرفية عن الحسابات المصرفية إذا كان ذلك ضروريا" لكشف الحقيقة في جناية، أو جنحة قامت دلائل جديّة على وقوعها²⁴.

أما المشرّع السوري فإنه لم يأخذ بهذا الاتجاه على إطلاقه حيث يجيز رفع السرية المصرفية بالنسبة للكشف عن جريمة غسل الأموال، والجرائم الأصلية التي ينتج عنها أموال غير مشروعة الوارد ذكرها في القوانين النازمة لمكافحة غسل الأموال، وكذلك الجرائم المتعلقة بتمويل الإرهاب²⁵. وأمّا المشرّع اللبناني²⁶ أجاز رفع السرية المصرفية في حالة الكشف عن جريمة الإثراء غير المشروع فقط²⁷.

وإننا نؤيد ما ذهب إليه المشرّع المصري، ونرى أنه الأسلوب الأصح، وكان من الأفضل لو أن المشرّع السوري أخذ بنفس المنهج، فعلى الرغم من أن تأمين نجاح العمل المصرفي من خلال احترام الالتزام بالسرية المصرفية يعد أمرا" هاما" وضروريا" لتحقيق نجاح النشاط الاقتصادي ككل، إلا أن حماية أمن وسلامة المجتمع، وتحقيق الاستقرار

²⁴ - قانون سرية الحسابات في البنوك المصري الصادر بالقانون رقم/ 205/ تاريخ 1990/10/2. المادة الثالثة.

²⁵ - قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في سورية رقم /33/ تاريخ 2005/5/1، المادة الخامسة، ثانيا"، فقرة هـ.

²⁶ - د. سفر، أحمد(2001) المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ص155.

²⁷ - و أضيف لاحقا" جريمة غسل الأموال بموجب قانون مكافحة تبييض الأموال، والتي سنشير إليها لاحقا".

فيه من خلال قمع الجرائم هو الأكثر أهمية، فما أهمية الرخاء الاقتصادي في مجتمع تنتشر فيه الجريمة، ولا يأمن فيه الإنسان على حياته وماله. ورغم ذلك نعتقد أن رفع السرية المصرفية بداعي الكشف عن الجرائم يجب ألا يكون أمراً "اعتباطياً" وعشوائياً" دون أي قيود أو ضوابط، بحيث يتم خرق السرية المصرفية أكثر مما يتم احترامها، ويتحول هذا الالتزام إلى مجرد التزام شكلي لا فائدة منه.

الفرع الثاني: غسل الأموال:

إذا ألزمت المصارف بتطبيق السرية المصرفية بشكلٍ مطلق، وحجبنا الاستثناءات التي تجيز خرقها، أو ضيقناها إلى أبعد الحدود، سينتفش القطاع المصرفي، ويتحسن نشاطه، وتزداد معدلات أرباحه، وترتفع تبعاً لذلك نسبة مساهمته في الدخل القومي، وهذه دون شك تعتبر آثاراً إيجابية لهذه الحالة. ولكن من ناحيةٍ أخرى تزداد جرائم غسل الأموال²⁸ خاصةً التي ترتكب من خلال المصارف، لأن السرية المصرفية تتحول في هذه الحالة من وسيلة لحماية مصالح العملاء والمصارف إلى وسيلة آمنة لارتكاب جريمة غسل الأموال، باعتبارها ستاراً "كثيراً" يحجب كل ما يحصل داخل المصرف عن محيطه الخارجي، ويمنع السلطات المختصة بملاحقة عمليات غسل الأموال من كشف العمليات المصرفية التي تكون غايتها غسل الأموال. وهكذا فإننا نعود إلى نقطة الصفر، فالآثار الإيجابية التي تحققت من خلال التشدد في تطبيق السرية المصرفية ستبتلعها الآثار السلبية لعمليات غسل الأموال، وفي المحصلة ستكون الخسارة أكبر من الربح.

ومن جهةٍ أخرى إذا تساهلنا في تطبيق السرية المصرفية، وجعلناها شكلية فقط يصبح النشاط المصرفي مكشوفاً للجميع، ويمتتع أصحاب رؤوس الأموال المشروعة وغير المشروعة على حد سواء عن اللجوء إلى المصارف لوضع أموالهم فيها، والقيام بالعمليات

²⁸ - « كل سلوك يُرتكب قصداً لإخفاء أو تغيير حقيقة الأموال غير المشروعة - المتحصلة أو الناتجة عن أية جريمة بشكل مباشر أو غير مباشر - لإظهارها وكأنها أموال مشروعة ».

انظر: د. الزلمي، بسام أحمد (2010) غسل الأموال والسرية المصرفية، بحث أعد لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة دمشق، ص 30.

المالية والمصرفية من خلالها، لأنهم يعرفون سلفاً أن أموالهم ونشاطهم المصرفي ستكون مكشوفة للجميع، ويستطيع كل من يشاء الاطلاع عليها، وسيتضرر بالمحصلة النشاط المصرفي الذي سينعكس سلباً على النشاط الاقتصادي ككل. ولكن سيكون من الصعب جداً - إن لم نقل من المستحيل - ارتكاب جريمة غسل الأموال من خلال الجهاز المصرفي، لأن نشاط العملاء داخل المصرف لم يُعدّ سرّياً، وتستطيع السلطات المختصة مراقبته، والتدخل فوراً لمنعهم من ارتكاب جريمة غسل الأموال.

وهكذا نجد أن السرية المصرفية شرطاً لا يُبدّ منه لضمان نجاح النشاط المصرفي الذي أصبح رُكناً أساسياً من أركان النشاط الاقتصادي في أية دولة، وأن قمع ومنع جريمة غسل الأموال أمر لا يقل أهمية عن السرية المصرفية نظراً لما تُخلفه من آثار سلبية تطال جميع جوانب الحياة. فكيف يمكن التوفيق بين هذين المطلبين بحيث نحافظ على السرية المصرفية دون أن يُؤثر ذلك على تأمين متطلبات مكافحة جريمة غسل الأموال؟ إن هذا التوفيق يمكن الوصول إليه من خلال تحقيق إمكانية رفع السرية المصرفية عن حساب أي عميل إذا كان ذلك ضرورياً لمنع أو قمع عملية غسل أموال سُرّكتب، أو ارتُكبت فعلاً من خلال المصرف، أي من خلال جعل تأمين متطلبات مكافحة جريمة غسل الأموال إحدى الاستثناءات التي ترد على الالتزام بالسرية المصرفية. ويعطي هذا الاستثناء صورة عكسية عن العلاقة بين غسل الأموال والسرية المصرفية، فالقاعدة أن السرية المصرفية هي التي تُشجّع، وتُسهّل ارتكاب جريمة غسل الأموال، ولكن مع وجود هذا الاستثناء تُصبح جريمة غسل الأموال هي التي تؤثر على الالتزام بالسرية المصرفية من خلال الخروج عليه لمواجهة هذه الجريمة.

ويفرض هذا الاستثناء على المصرف الذي تتوفر لديه دلائل جديّة على أن أحد عملائه يستغل الالتزام بالسرية المصرفية لارتكاب جريمة غسل الأموال من خلاله، أن يُخبر الجهات المختصة بمكافحة هذه الجريمة عن ذلك تلافياً لتورطه بعمليات غسل أموال. وبهذه الحالة يكون المصرف قد خرق الالتزام بالسرية المصرفية مستنداً بذلك إلى نص القانون، فهو خرق مباح لا تترتب عليه أية مسؤولية.

ولو أخذنا ما ورد في التشريعات السورية كمثالٍ على هذا الاستثناء لوجدنا: أنّ المشرع السوري قد تبنى نفس الفكرة التي تمّ التحدث عنها ونجح - حسب اعتقادنا - في إيجاد التوازن المطلوب بين ضرورة الالتزام بالسرية المصرفية لنجاح العمل المصرفي، وبين ضرورة تأمين متطلبات مكافحة جريمة غسل الأموال، حيث نصّ صراحةً في قانون السرية المصرفية على اعتبار متطلبات كشف ومواجهة جريمة غسل الأموال استثناءً "يرد على السرية المصرفية، وفرض ضرورة خرق هذه السرية إذا اقتضى ذلك مكافحة هذه الجريمة"²⁹.

ولم يكتف المشرع السوري بهذا النص، لكنه أكد على هذا الاستثناء أيضاً في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب³⁰. وقد اتبع المشرع اللبناني³¹ والمصري³² ذات المنحى حيث اعتبراً أن مواجهة جريمة غسل الأموال من الاستثناءات التي تجيز خرق السرية المصرفية.

وإننا نؤيد هذا الاستثناء على الالتزام بالسرية المصرفية، ونرى أنه وسيلة مناسبة لتحقيق التوازن المطلوب بين السرية المصرفية من جهة، ومواجهة جريمة غسل الأموال من جهة أخرى، لكننا نرى أن تطبيقه يجب أن يتم بدقة متناهية بحيث يتم خلق توازن جاد وفعلي بين هذين المطلبين دون أن يكون لأحدهما تقديم على الآخر.

²⁹- « لا تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي، ولا يجوز الاحتجاج بها بأي حال من الأحوال في الحالات التالية:.....ب- في معرض تطبيق القوانين والأنظمة النافذة المتعلقة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب. ج- في معرض ممارسة مهام الجهة المكلفة لدى المؤسسات المالية بالتحقق من الالتزام بإجراءات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب».

- المرسوم التشريعي رقم/33، المادة الخامسة.

³⁰- « لا يعتد بأحكام المرسوم التشريعي الخاص بسرية المصارف الصادر بتاريخ 2005/5/1 بأي حال من الأحوال عند تطبيق أحكام هذا المرسوم التشريعي وعند طلب الهيئة أو المكلفين بأعمال من قبلها لأي معلومات » .

- المرسوم التشريعي رقم / 33 /، المادة الثامنة، الفقرة /ه/.

³¹- القانون رقم /318/، المواد الخامسة والسابعة والثامنة والسادسة عشرة.

³²- القانون رقم / 205 /، المادة الثالثة. والقانون رقم / 80 /، المادة الخامسة.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث تبين لنا أن الالتزام بالسرية المصرفية يُعدُّ من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المصرف، ويتميز بطبيعة مزدوجة، فهو شرط لا بد منه لضمان نجاح العمل المصرفي، وهو كذلك يشكل خطرا "محتملا" من الممكن أن يتعرَّض له المصرف عندما يُساء استخدام هذا الالتزام لتحقيق مآرب غير مشروعة. لذلك يجب أن يكون المصرف حذرا " بدرجة كافية في تعامله مع هذا الالتزام بحيث يستفيد من مزاياه من دون أن يتحمل مخاطره.

وفي نهاية بحثي هذا فقد توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

- 1- السرية المصرفية هي: التزام مفروض على المصرف يتمتع عليه بموجبه البوح بكل ما يعرفه عن العميل أثناء تعامله معه أو بسبب هذا التعامل، سواء تعلَّقت هذه المعلومات بأعمال العميل أو شخصه. إلا أن هذا الالتزام سرعان ما تحول عن تحقيق هذا الهدف ليصبح عاملا "مساعدًا" ومشجعا" على ارتكاب الجرائم.
- 2- أصبحت المصارف في ظل الاستخدام السيء للالتزام بالسرية المصرفية مسرحا "أمنا" لارتكاب الجرائم، وبشكل خاص جريمة غسل الأموال بدلا" من أن تكون مكانا "مناسبا" لممارسة النشاط المصرفي والمالي.
- 3- تقوم العلاقة بين السرية المصرفية والجريمة بشكل عام وفقا" لما يلي: إن التشدُّد في تطبيق الالتزام بالسرية المصرفية من شأنه تشجيع وتطوير العمل المصرفي من جهة، وتشجيع وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة أخرى.
- 4- يعد التشدُّد في إلزام المصارف بالسرية المصرفية عامل من أهم عوامل تشجيع وتسهيل ارتكاب جريمة غسل الأموال من خلال المصارف، وتُعد من أهم العقوبات التي تقف في وجه مكافحتها.

5- يعد الاستثناء على الالتزام بالسرية المصرفية المتمثل بجواز خرقه في حال وجود شبهة غسل أموال من أهم وسائل ضبط التأثير السلبي لهذا الالتزام على عمليات غسل الأموال، ومن أهم الوسائل اللازمة لمنع وقمع جريمة غسل الأموال التي تُرتكب من خلال المصارف، ولكن يجب تطبيق هذا الاستثناء بحرص شديد حتى لا نصل إلى مرحلة التضحية الكاملة بهذا الالتزام، وما ينتج عنه من أضرار تلحق بالنشاط المصرفي بشكل عام.

6- لعب تجريم خرق السر المصرفي دوراً هاماً في زيادة السلبية في العلاقة القائمة بين الجريمة والالتزام بالسرية المصرفية، لأن المصرف أصبح شديد الحرص عند خرقه لهذا الالتزام خشية أن يرتكب جريمة خرق السر المصرفي وما يترتب على ذلك من تحمله للتبعات الجزائية والمدنية.

التوصيات:

- 1- أن يجيز المشرع السوري رفع السرية المصرفية عن الحسابات المصرفية إذا كان ذلك ضرورياً لكشف الحقيقة في جنائية، أو جنحة قامت دلائل جديّة على وقوعها.
- 2- أن يُعتبر كل شخص يتعامل مع المصرف ولو لمرة واحدة فقط عميلاً، وإن لم يختر المصرف بنفسه، بشرط أن يتحقق المصرف من هويته الحقيقية وفق القواعد المعمول بها في هذا المجال، وذلك بهدف منح صفة العميل لشريحة واسعة ممن يتعاملون مع المصرف لتمكينهم من الاستفادة من مزايا السرية المصرفية، وبنفس الوقت القضاء على ظاهرة فتح الحساب باسم وهمي أو من دون اسم خشية أن تكون الغاية منه القيام بعمليات غسل الأموال.
- 3- عدم التشدد كثيراً في ملاحقة المصرف بجريمة خرق السر المصرفي، لأن هذا التشدد سيجعل المصرف أكثر حرصاً عند تطبيق الاستثناء على السرية المصرفية في حال وجود شبهة ارتكاب جريمة بما يجعله أقل قدرة على القيام بدوره في كشف الجرائم والإبلاغ عنها.

4- لذلك أقترح أن يكون رفع السرية المصرفية في هذه الحالة مقيدا" بالشروط التالية:

- أ- أن يكون خرق السرية المصرفية في حال ارتكاب جنائية أو جنحة على اعتبار أن المخالفة ليست على مستوى من الخطورة يبرر التضحية بالسرية المصرفية.
 - ب- أن تقوم أدلة جديّة ومقنعة على ثبوت هذه الجريمة.
 - ت- تُرفع السرية المصرفية بطلبٍ من السلطة القضائية التي تضع يدها على الدعوى.
 - ث- أن يتم رفع السرية المصرفية في الحدود اللازمة فقط لكشف الجريمة دون أن تتعداها إلى البوح بجميع المعلومات الخاصة بالعميل.
- فتطبيق هذه الشروط يضمن سلامة أعمال هذا الاستثناء، فلا يتم اللجوء إلى أسلوب التحايل لخرق السرية المصرفية، كأن تُقام دعوى وهمية وغير مثبتة أصلا" تكون الغاية منها فقط رفع السرية المصرفية والإضرار بالعميل.

5- نقترح أن يكون رفع السرية المصرفية في حال اقتضت مواجهة غسل الأموال ذلك خاضعا" للشروط التالية:

- أ- أن يكون رفع السرية المصرفية بقرار من جهة مختصة بمراقبة عمليات غسل الأموال ومحدثة لهذه الغاية، لا أن يكون ذلك مُباحا" لأية سلطة إدارية أو تنفيذية.
- ب- أن يكون رفع السرية المصرفية بالقدر الكافي فقط لمواجهة جريمة غسل الأموال سواء" من حيث المعلومات التي يتم رفع السرية عنها، أو من حيث الأشخاص الذين تُرفع السرية عن حساباتهم وأعمالهم.
- ت- أن توجد دلائل جديّة وحقيقية على وجود شُبْهة لعملية غسل أموال تتم من خلال المصرف تبرر رفع السرية المصرفية عن الحساب المشبوه.
- ث- أن يكون رفع السرية المصرفية محددًا" من حيث الزمان، بحيث تُرفع هذه السرية لمدة محددة يتم خلالها التحقيق بالأمر للتأكد من وجود عملية غسل أموال فعلا"، واتخاذ القرار المناسب على ضوء هذا التحقيق.

المراجع:

الكتب:

- 1- د. ناصيف، إلياس (1983) الكامل في قانون التجارة، الجزء الثالث، عمليات المصارف، الطبعة الأولى، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات - بيروت.
- 2- أ.د. الحاجي، محمد عمر (2005) غسيل الأموال - جريمة بيضاء لكنها خطيرة جدا" - الطبعة الأولى، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.
- 3- بالي، سمير فرنان (2002) السرية المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 4- د. عيد، إدوارد (1968) العقود التجارية وعمليات المصارف، مطبعة النجوى، بيروت.
- 5- د- فرعون، هشام (1992) القانون التجاري البري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق.
- 6- د. طاهر، مصطفى (2002) المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، الطبعة الأولى، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.
- 7- سركيس، أنطوان جورج(2008)، السرية المصرفية في ظل العولمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 8- د. سفر، أحمد(2001) المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، اتحاد المصارف العربية، بيروت.
- 9- د. عبد الحميد، رضا السيد (2002) سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم /205/لسنة 1990 وقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة.

- 10- د. رزق، روكس (بدون تاريخ نشر) السر المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.
- 11- الحلبي، عباس - مرقص، بول (203) السرية المصرفية في لبنان مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، دراسة قانونية ومصرفية، بنك بيروت والبلاد العربية، بيروت.
- 12- د. مغبغب، نعيم (1996) السرية المصرفية، دراسة في القانون المقارن، بدون دار نشر، بيروت .
- 13- د. صرخوه، يعقوب يوسف (1989) سر المهنة المصرفية في القانون الكويتي، دراسة مقارن، بدون دار نشر، الكويت.
- 14- المعجم اللغوي - مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي.

- شبكة الإنترنت:

- 1- العموري، عصام ماجد زايد، السرية المصرفية بين الحماية القانونية وعمليات غسل الأموال، دراسة مقارنة، متاح على شبكة الانترنت:
[www.Arablawinfo. Com/researches- AR/ 85.doc](http://www.Arablawinfo.Com/researches-AR/85.doc)
- 2- [www.Lifenetextra .com/index/ . php ? option = com content & task = view & id = 12& Item id= 9](http://www.Lifenetextra.com/index/.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=9)
- 3- www.Arablawinfo. Com/researches- AR/ 85.doc
- 4- [www.Startimes2. com/F.aspx?T=7211544](http://www.Startimes2.com/F.aspx?T=7211544)
- 5- www.Sondico.maktoobblog. Com

القوانين:

- 1 - قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في سورية رقم /33/ تاريخ 2005/5/1 .
- 2 - قانون سرية المصارف في سورية رقم /34/ تاريخ 2005/5/1 .
- 3- قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949 /6/22
- 4 - قانون المخدرات في سورية رقم /2/ تاريخ 1993/3/31 .
- 5- قانون العقوبات الاقتصادي في سورية صدر بالمرسوم التشريعي رقم /37/ تاريخ 1966/5/6. المعدل بالقانون 3 لعام 2013
- 6 - قانون تبييض الأموال في لبنان رقم /318/ تاريخ 2001/4/20.
- 7- قانون سرية المصارف في لبنان الصادر بتاريخ 3 أيلول 1956.
- 8 - قانون مكافحة غسل الأموال في جمهورية مصر العربية رقم /80/ تاريخ 2002/5/22.
- 9- قانون سرية الحسابات في البنوك المصري الصادر بالقانون رقم /205/ تاريخ 1990/10/2.
- 10- قانون مكافحة غسل الأموال في اليمن رقم /35/ تاريخ 2003/4/5.
- 11- نظام مكافحة غسل الأموال في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم 39 بتاريخ 1424/6/25هـ و بقرار مجلس الوزراء رقم 167 تاريخ 1424/6/20هـ و بتعميم وزير العدل رقم 13 تاريخ 1424/7/9هـ .

الرسائل:

د. الزلمي، بسام أحمد (2010) غسيل الأموال والسرية المصرفية، بحث أعد لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة دمشق.

1- بو كساوي، البشير عبد القادر البشير(2015) أثر تطبيق واجب السرية المصرفية في مكافحة غسيل الاموال في المصارف: دراسة عينة من المصارف العاملة في السودان، رسالة اعدت لنيل درجة الماجستير- الخرطوم :جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، الدراسات التجارية.

2- السعدي (2005) حمد سلمان السعدي، الالتزام التعاقدى بالسرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهرين/ كلية الحقوق.

3- د. سلامة (1980) أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

4- الشمري (2007) بدر تراك سليمان الشمري، الجوانب القانونية المتعلقة بسر المهنة المصرفية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الاردنية، كلية الدراسات العليا.

5- شبل، جابر مهنا (1984) الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، كلية القانون.