



كلية الشريعة والقانون و غرفة تجارة وصناعة دبي

بحوث

هوتها

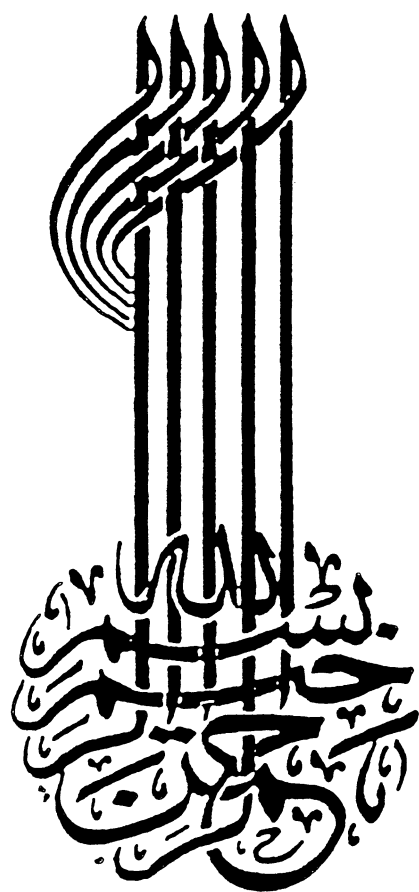
الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون

٩ - ١١ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م
غرفة تجارة وصناعة دبي

المجلد الرابع

بالتعاون مع





بحوث الجزء الرابع

م	اسم المؤلف	اسم البحث	الصفحات
٣٥	د. أشرف توفيق شمس الدين	مدى ملاءمة تجريم غسل الأموال للقواعد المصرفية	١٤١٣-١٥٠٤
٣٦	د. محمد عبد السلام سلامه	جرائم غسل الأموال إلكترونياً في ظل النظام العالمي الجديد للتجارة الحرة	١٥٢٨-١٥٠٥
٣٧	د. صفوت عبد السلام عوض الله	الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات	١٥٢٩-١٥٧٤
٣٨	د. أحمد شرف الدين	الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها	١٥٧٥-١٦٠٩
٣٩	أ.د. عصام الدين القصبي	تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية	١٦١١-١٦٤٤
٤٠	د. أحمد الهواري	عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص	١٦٤٥-١٦٦٤
٤١	د. / عزت محمد علي البحيري	القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية- نظرة عامة	١٦٦٥-١٦٧٨
٤٢	د. اسامه عبد الله قايد	المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة	١٦٧٩-١٧١٦

١٧٢٦-١٧١٧	إفشاء سر المهنة المصرفي	د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك	٤٣
١٧٤٩-١٧٢٧	إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية	د. فوزي أوصديق	٤٤
١٧٨١-١٧٥١	التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي	أ.د. عزيزة الشريف	٤٥
١٧٩٦-١٧٨٣	تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا	أ.د. جاسم على سالم الشامسي	٤٦
١٨٣٨-١٧٩٧	مسئولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية	د. نوري حمد خاطر	٤٧

مدى ملائمة تجريم غسل الأموال للقواعد المصرفية
دراسة لقانون مكافحة غسل الأموال المصرى والمقارن
الدكتور
أشرف توفيق شمس الدين
أستاذ القانون الجنائى المساعد بكلية الحقوق بجامعة حلوان

مقدمة

١- تمهيد: غسل الأموال هي عملية تستهدف إضفاء الشرعية على أموال متحصلة من مصدر غير شرعى^(١)، وتنطوي على إخفاء لمصدر مال متحصل عليه من أنشطة إجرامية وجعله يبدو في صورة مشروعة، مما يمكن الجناة من الاستفادة من حصيلة جرائمهم علانية^(٢). والجاني في غسل الأموال يقوم بإجراء عمليات مالية متداخلة هدفها إدخال هذه الأموال غير المشروعة إلى حركة التداول المشروع لرأس المال، وهو ما يؤدي إلى إدماج هذه الأموال في النظام المالى في الدولة ويصبح من الصعب اقتفاء أثرها أو الوقوف على مصدرها^(٣).

- صعوبة مكافحة غسل الأموال: على الرغم من الجهود الدولية والوطنية التى بذلت لمكافحة غسل الأموال؛ فإن هذه الجهود لم تؤد -مع ذلك- الغرض منها. وترجع هذه الصعوبة إلى عدة

(١) MOEBIUS (Gerald): *Le blanchiment de fonds, Revue internationale de police criminelle*, (1993), p. 2.

(٢) REID (Sue Titus): *Crime and criminology*, (1994), p.426. SCHUCK (Jason) & ENTERLACK (Mathew E.): *Money laundering, American criminal law review*, (1996), vol.33, p.881.

(٣) MANACORDA (Stefano): *La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système, Revue de scien. criminelle et de droit pénal comparé*, (1999), p. 251.

الدكتور محمد محى الدين عوض: غسيل الأموال - تاريخه وتطوره وأسباب تجريمه وطرق مكافحته، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التى يصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الفضى لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، إبريل ١٩٩٩، ص ١٥٠؛ الدكتور سعيد سيف النصر: المواجهة المصرفية لظاهرة غسل الأموال، مجلة الأمن العام، العدد ١٦٢، يوليه ١٩٩٨، ص ١٢٣.

اعتبارات: فمن ناحية فإن هذه الجرائم تنسم بالطابع الدولي حيث تختلف السياسة التشريعية لكل دولة وتعلو سيادتها الوطنية وتختلف وجهتها في تجريم غسل الأموال والإجراءات التي تقرها له ، فضلاً عن ضعف صور التعاون الدولي بين الدول في مكافحة الجريمة والحد منها ، الأمر الذي يجعل من الصعوبة ملاحقة مرتكبيها والتوصل إلى عقابهم^(١). وقد أفضى تشدد بعض التشريعات - كالتشريع الأمريكي - في الوقوف على مصادر الأموال عند التعامل مع البنوك ، فضلاً عن الإجراءات الصارمة لشرطة الضرائب في فحص مظاهر الثروة ومصادر الدخل إلى قيام عصابات الجريمة المنظمة بغسل الأموال في الخارج حتى تعود ثانية داخل البلاد وهي بمأمن من الملاحقة ، وهو ما أدى إلى أن يصبح غسل الأموال جريمة عابرة للحدود الأمر الذي صعب من مكافحتها^(٢). وقد ساهمت التجارة الدولية للمخدرات وامتدادها عبر الحدود الدولية في انتشار عمليات غسل الأموال واتخذت هذه التجارة شكل الأوراق المالية حتى يمكن تداولها عبر الحدود^(٣). ومن ناحية أخرى فإن أسلوب تنفيذ هذه الجريمة يجعل من الصعب الوقوف عليها ، فقد لا يستغرق تنفيذها سوى برهة يسيرة ، هي المدة اللازمة لإجراء التحويل البنكي للأموال غير المشروعة ، كما أن الأصول المالية يمكن نقلها من مكان إلى آخر في فترة زمنية قصيرة^(٤).

(١) CRANSTON (Ross): *Principles of banking law*, (1997), p.75; Cranston, p.75-76; PICCA (George): *Le "blanchiment" des produits du crime: vers de nouvelles stratégies internationales?*, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, no.4, (1992), p.483, p.484.

(٢) الدكتور إسماعيل صبرى عبد الله: الكوكبة ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٤٧ ، ص ٨٨ ، يولييه ١٩٩٧ ، ص ٣٩٨.

(٣) MADINGER (John) & ZALOPANY (Sydney A.): *A guide for criminal investigators*, (1999), p.3.

(٤) Madinger & Zalopany : p.3.

وقد ساعد التطور الذي لحق بحركة تداول المال والتجارة الدولية والاتصالات على سهولة القيام بعمليات غسل الأموال^(١) ، فقد تعددت سبل تداول المال وازدادت سرعته وتنوعت صورته بما لا يدخل تحت حصر ، فأصبح في متناول الجناة الكثير من الوسائل التي تسهل له إخفاء مصدر الأموال غير المشروعة^(٢). وقد تمثل هذا التطور في انتشار شركات الصرافة والمصارف الوطنية والأجنبية ووجود أسواق مالية عالمية لتداول الأسهم والسندات المالية وسهولة استخدام الأموال في تمويل حركة الشراء من الخارج ، فضلاً عن وجود مؤسسات مالية أجنبية تقوم بتوظيف ما يتوافر تحت يديها من إيداعات وتحويلات في إعادة استخدام هذه الأموال في عمليات استثمار وإقراض^(٣). وهذا التطور في عمليات تداول المال يجعل من الصعوبة تحديد ما إذا كانت هذه الأموال ناتجة عن مصدر مشروع أم أنها حصيلة أنشطة إجرامية^(٤).

ومن وجهة أخرى فقد أدت حرية الانتقال بين الدول والدعوة إلى حرية التجارة وما يسمى بالنظام العالمي الجديد الذي لا يعرف حدوداً إلى التخفيف من القيود والحواجز على انتقال الأشخاص والأموال وإلى إلغاء الجمارك والرقابة على الصرف وهو ما أدى في النهاية إلى سهولة إتمام عمليات غسل الأموال^(٥).

وقد أفضى تراجع الأفكار الاشتراكية وتقلص دور الدولة في الحياة الاقتصادية إلى زيادة دور النشاط الخاص وامتداده ليشمل غالبية الأنشطة الاقتصادية وإلى تنوع صور هذا النشاط بما لا

^(١)Madinger & Zalopany: p.3.

^(٢)Moebius , p.4.

^(٣)الدكتورة سهير إبراهيم: غسل الأموال القذرة في الأوعية المصرفية ، ندوة الجرائم الاقتصادية المستحدثة ٢٠-٢١ إبريل سنة ١٩٩٣ ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، ج٢ ، القاهرة (١٩٩٤) ص ٦٦٣-٦٦٤.

^(٤)الدكتور محمود كبيش: السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال (٢٠٠١) رقم ٢ ، ص ١٣.

^(٥)الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٧٦ ؛ الدكتور محمد مصباح القاضي: ظاهرة غسل الأموال ودور القانون الجنائي في الحد منها ، دار النهضة العربية (٢٠٠٠) ، ص ٧.

يدخل تحت حصر ، وهو ما أفضى بدوره إلى سهولة القيام بعمليات غسل الأموال وإلى زيادة حجمها^(١).

ومما زاد صعوبة مكافحة غسل الأموال أن المجرم فيها يتسم بالذكاء والخبرة وسعة الحيلة: فعمليات غسل الأموال تتطلب جان يتوافر له الخبرة بالقواعد والأصول المالية والمصرفية والقانونية وله من المهارة في نقل الأموال ما يتوافر لأى خبير متخصص فى ذلك ، ويتخذ واجهة مشروعة ستاراً لعملياته ، ويرتبط بصلات وثيقة مع أصحاب السلطة والنفوذ والإعلام فى المجتمع ، كما أنه يقف من وراءه تنظيم إجرامى يتعدى حدود الدولة إلى خارجها ، وهو ما يصعب جهود مكافحة غسل الأموال^(٢).

- تجريم غسل الأموال بين الموافقة والرفض: انقسم الرأى فى السياسة الجنائية حول تجريم غسل الأموال إلى اتجاهين: الأول يرى وجوب إفراد تجريم خاص لغسل الأموال ، والاتجاه الثانى يرى أنه لا حاجة إلى تجريم غسل الأموال بنصوص خاصة وإنما يكتفى بما ورد فى النصوص العامة.

- الاتجاه الأول: وجوب تجريم غسيل الأموال استقلالاً: يرى أنصار هذا الرأى أن الحاجة تبدو ملحة إلى إصدار تشريع مستقل لمكافحة عمليات غسيل الأموال ، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج يمكن تأصيلها بردها إلى طائفتين: الأولى هى ما لغسل الأموال من آثار ضارة على المجتمع ، والثانية تستند إلى عدم كفاية التشريعات الوطنية النافذة فى مواجهة أفعال غسل الأموال. فىرى هذا الاتجاه أن غسل الأموال يلحق أشد الضرر بالمجتمع: فمن الناحية الاجتماعية فغسل الأموال يؤدى إلى حدوث خلل فى البنيان الاجتماعى ، إذ يزيد من الفجوة بين الأغنياء وبين الفقراء لما يتضمنه من سوء توزيع الدخل القومى وتعميق الفوارق بين الطبقات بدون سبب مشروع. كما أن غسل الأموال من شأنه أن يشيع انتشار جرائم الفساد الوظيفى لما يرتبط به من

(١) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق: الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال ، دار النهضة العربية (١٩٩٧-١٩٩٨) ، ص ٧ ؛ الأستاذ عمرو بن منصور: الجريمة المنظمة عبر الحدود العربية ، بحث مقدم إلى الندوة التى عقدت بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية فى ٢-٣ نوفمبر سنة (١٩٩٨) ، ص ٣.

(٢) Madinger & Zalopany: p.4.

أنشطة غير مشروعة تبحث عن واجهة وستار مشروعين ، وهو ما يرتبط بمخالفة التشريعات واللوائح النافذة في سبيل تحقيق هذا الغرض. ويرى البعض أن غسل الأموال يؤدي إلى تفاقم مشاكل البطالة ، ذلك أن هذه الأموال تبحث عن الربح السريع وليس الاستثمار الإنتاجي الذي يعطى الاقتصاد الوطني قيمة إنتاجية مضافة^(١). ويؤدي غسل الأموال إلى المساس بالتقييم الاجتماعية الإيجابية ، مثل قيمة العمل والكسب المشروع والانتماء للوطن ، وإلى سيادة قيم سلبية على الحياة الاجتماعية مثل الرغبة في الثراء السريع بأية وسيلة ولو كانت غير مشروعة ، وضعف الولاء والانتماء للوطن^(٢).

وكانت أحد الأسباب الهامة لتجريم غسل الأموال هو أنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالجريمة ، فهذه الأموال هي حصيلة أنشطة غير مشروعة ، وقد يتم استخدامها مرة ثانية في ارتكاب الجرائم وخاصة الجرائم المنظمة كالالتجار في المخدرات والإرهاب وغيرها^(٣) ، ويمثل تجريم غسل الأموال في هذه الحالة مكافحة للجريمة المنظمة من خلال قطع المورد الذي يمد مرتكبيها بالمسال الذي يمكنهم من تحقيق مآربهم. كما يمثل هذا التجريم أيضاً حرمان الجناة من الربح غير المشروع الناتج

(١) الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: تجريم غسل الأموال في مصر والأنظمة المقارنة ، مجلة بحوث الشرطة ، العدد ١٣ ، يناير ١٩٩٨ ص ٢٤٧.

(٢) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق ، ص ٣٨.

(٣) الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٦٨ ؛ الدكتور عمر حسن عدس: الإجرام المنظم وغسل الأموال ، مجلة بحوث الشرطة ، العدد التاسع ، يناير ١٩٩٦ ، ص ٦ ، ٩.

من ارتكاب الجرائم^(١). والصلة بين غسل الأموال وبين الجريمة المنظمة واضحة: فقد يكون غسل الأموال هو الغرض من هذه الجريمة أو وسيلة لارتكاب جرائم أخرى^(٢).

ومن الناحية الاقتصادية فإن البعض رأى أن غسل الأموال يؤدي إلى منافسة غير متكافئة مع المستثمرين الجادين في المجتمع ، فالشركات التي يتم تأسيسها بأموال مغسولة تكون قادرة على عرض سلعها وخدماتها بأسعار أقل من الشركات المنافسة وهو ما يصعب عليهم مواجهة هذه الأموال وتنهار بالتالي استثماراتهم ويمكنهم في النهاية من التحكم في الأسواق بلا منافس^(٣). كما أثار البعض خطورة أن يؤدي غسل الأموال إلى إحداث تضخم في الأسعار: وتفسير ذلك أن غسل الأموال يستهدف تحويل هذه الأموال إلى صورة مشروعة ، ويتم ذلك عن طريق شراء أصول وأشياء ذات قيمة مالية ، وهو ما يؤدي إلى زيادة السيولة النقدية ورفع سعر هذه الأصول عن المستوى المعتاد الذي يتناسب مع الزيادة الطبيعية في إنتاج السلع والخدمات كما أن ذلك يتضمن مضاربة في أسعار وقيم هذه الأصول ، ويؤدي إلى تدهور القوة الشرائية للنقود^(٤).

(١) انظر في فكرة الحرمان من عوائد الجريمة باعتبارها من وسائل السياسة الجنائية في مكافحة غسل الأموال تفصيلاً الفقيه الألماني جوتتر كايزر *KAISER (Günther)*:

Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung , wistra (Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht) , 2000 , S.122.

(٢) الدكتور طارق سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، (٢٠٠٠) ، رقم ٨٤ ، ص ١٢٣ .

(٣) الدكتور حسنين توفيق إبراهيم: الجريمة المنظمة: دراسة في مفهومها وأماطها وآثارها وسبل مواجهتها ، مجلة الفكر الشرطي ، المجلد التاسع العدد الرابع يناير (٢٠٠١) ، ص ١٥٩؛ الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٦٩ ؛ الدكتور السيد أحمد عبد الخالق ، ص ٢٣ .

(٤) الدكتور عبد المطلب عبد الحميد: العولمة واقتصاديات البنوك ، الدار الجامعية ، الإسكندرية (٢٠٠١) ، ص ٢٥٢ ؛ الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: تجريم غسل الأموال في مصر والأنظمة المقارنة ، مجلة بحوث الشرطة ، العدد ١٣ ، يناير ١٩٩٨ ، ٢٤٧-٢٤٨

ومن ناحية أخرى فإن شراء أصول ذات القيمة ونقلها وبيعها في الخارج مثل الذهب والمجوهرات يضعف من المركز المالي للدولة الأمر الذي يؤثر على قيمة عملتها الوطنية^(١)، كما يؤدي غسل الأموال إلى زيادة الطلب على العملة الأجنبية بهدف تهربها إلى الخارج وهو ما يؤدي إلى تذبذب سعر الصرف وإلى عدم استقرار الأسواق المالية مما يقلل من ثقة المتعاملين فيها كما أنه يؤدي إلى تدهور العملة الوطنية وإلى إساءة استخدام النقد الأجنبي^(٢). ويؤدي غسل الأموال إلى حرمان الدولة المحول منها المال الذي يجرى تبييضه إلى دولة أخرى من الاستفادة من هذا المال، كما أنه لا يتم غالباً دفع ضرائب عنه الأمر الذي يعنى حرمان خزانة الدولة من موارد مالية كان يمكن الاستفادة منها^(٣). وقد تلجأ الدولة في سبيل تعويض نقص الدخل القومي الناتج من عمليات غسل الأموال إلى زيادة معدلات الضرائب، وفرض ضرائب جديدة لمواجهة نقص الحصيلة^(٤).

ولغسل الأموال خطورة على النظام المالي والمصرفي، فمن ناحية فإن المضاربات وإجراء التحويلات المالية المفاجئة بمبالغ كبيرة إلى الخارج من شأنه أن يؤثر في وضع المؤسسات والأسواق المالية ومدى ما تتمتع به من ثقة مما يهدد استقرار النظام المالي والمصرفي^(٥). وقد يدفع الاعتقاد بوفرة السيولة النقدية إلى اتباع سياسة مالية وائتمانية معينة، ثم يحدث تحول عكسي مفاجئ في حركة رؤوس الأموال مما يؤثر على السياسة المالية للدولة^(٦). ومن ناحية أخرى فإن تجمع أموال

(١) الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٦٩؛ الدكتور حسنين توفيق إبراهيم: ص ١٥٨-١٥٩؛ الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: ص ٢٤٧.

(٢) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، ص ٣٠.

(٣) الدكتور حسنين توفيق إبراهيم: ص ١٥٨؛ الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، ص ٣٠؛ الدكتور عبد المطلب عبد الحميد: ص ٢٥٢.

(٤) الدكتور سعيد عبد اللطيف حسن: جرائم غسل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (١٩٩٧)، ص ٩٣؛ الدكتور عبد المطلب عبد الحميد: ص ٢٥٢.

(٥) CRANSTON, p.75.

(٦) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، ص ٣٤.

ضخمة في أيدى مجموعة من المجرمين من شأنه أن يجعل قطاعات اقتصادية مهمة مثل البنوك والمؤسسات المالية المختلفة تحت تصرف هذه العصابات^(١).

ولغسل الأموال آثار سياسية هامة: فهذه الأموال ترتبط على نحو وثيق بالفساد والخروج على القانون ، إذ تسعى دائما إلى اختراق أجهزة الدولة السياسية والمالية والإدارية والنفوذ إلى مراكز اتخاذ القرار في الدولة والتأثير عليها مستغلة ما يوفره المال من نفوذ و سطوة ، وهو ما يضعف هذه الأجهزة ويجعل من الصعب عليها أن تؤدي دورها في مكافحتها^(٢). كما أن هذه الأموال قد تستخدم من أجل دعم وتمويل أنشطة المنظمات الإرهابية التي تستهدف تغيير نظام الحكم بالقوة ومقاومة السلطات. ومن ناحية أخرى فإن هذه الأموال قد تستخدم في الدعاية الانتخابية والتأثير على عملية الاقتراع مما قد يجعل من أصحاب هذه الأموال نواباً في المجالس النيابية الذين يمثلون الشعب ويراقبون الحكومة ويضعون التشريعات^(٣). كما أن تأثير هذه الأموال يبدو بصفة خاصة على وسائل الإعلام المختلفة ، فبمقدور أصحابها شراء الصحف والقنوات التلفزيونية والفضائية وتجنيد الأقلام ، مع ما لهذه الوسائل من تأثير بالغ الأهمية على وعي الشعوب ومستقبل المجتمعات.

ولغسل الأموال آثار على المستوى الدولي ، ذلك أنه يؤدي إلى إحداث خلل في الأسواق المالية العالمية وإلى المضاربة فيها ويؤثر على اقتصاد الدول ، وهو ما يؤدي إلى التهديد باستخدام عقوبات اقتصادية على الدولة التي تسمح بعمليات غسل الأموال منها تجميد أرصدها أو فرض قيود على صادراتها أو وارداتها أو الاستثمارات فيها^(٤).

(١) الدكتور محمود كبيش: السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال (٢٠٠١) رقم ٢، ص ١٩.

(٢) الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٥٠ ؛ الدكتور حسنين توفيق إبراهيم: ص ١٦٠ ؛ الدكتور محمود كبيش: رقم ٢ ، ص ١٨ ؛ الدكتور السيد أحمد عبد الخالق ، ص ١٠.

(٣) الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: ص ٢٤٨.

(٤) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق ، ص ٣٠.

والطائفة الثانية من حجج هذا الاتجاه تتصل بمدى كفاية التشريعات الوطنية السارية لمواجهة أفعال غسل الأموال. ففي نظر هذا الرأي فإن التشريعات السارية لا تعتبر غسل الأموال جريمة ؛ وإنما يقتصر التجريم فقط على الأفعال غير المشروعة مصدر هذا المال^(١).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن عمليات غسل الأموال تتسم بالتعقد وتتعدد مراحل ارتكابها وتدخل العديد من الأشخاص فيها ويتصف الجناة في كثير من صورها بالثقافة والدراية بالعمليات المصرفية ، وقد ترتكب من أشخاص محل ثقة ويتمتعون بمركز اجتماعي مرموق ، كما أنه يصعب إثباتها ، وهو ما يقتضى وضع تنظيم تشريعى يكفل مواجهة هذه الاعتبارات. وأن من شأن وضع تشريع لمكافحة غسيل الأموال أن يساعد على ضبط هذه الجرائم ، لما يضمنه من إلزام المؤسسات المصرفية بواجب إبلاغ أجهزة الرقابة عن التعاملات المالية التي تشبه في كونها تخفى غسيلاً للأموال. كما أنه يكفل عقاباً رادعاً على كل من يساهم في هذه العمليات غير المشروعة سواء من العاملين في البنوك أو أسواق المال والنقد والصرافة والجهات المسئولة عن ترخيص المشروعات والشهر العقاري وغيرها.

ويرى أنصار هذا الرأي أيضاً إن الاستناد إلى النصوص الحالية التي تجعل لجهاز المدعى العام الاشتراكى الدور الأكبر في مواجهة غسيل الأموال هي وجهة محل نظر ذلك أن إمكانيات هذا الجهاز تقصر عن تعقب وتحرى عمليات غسيل الأموال وإجراء التعاون مع جهات خارجية والذي تقتضيه طبيعة هذه العمليات ، فضلاً عن أنه على المستوى الدولى يعد جهازاً غير مألوف ، بخلاف أجهزة الضبط العادية. وأن الاكتفاء بالدلائل وليس الأدلة للحكم بفرض الحراسة والتحفظ على أموال المشتبه فيهم يؤدي إلى عزوف كثير من الشرفاء عن التعامل مع البنوك خشية

(١) وقد زارت بعثة من منظمة FATF القاهرة في أكتوبر سنة ١٩٩٥ لمناقشة موضوع غسيل الأموال وإجراءات مكافحته ، ووضعت تقريراً أشار إلى إنه رغم إدراك السلطات المعنية لخطر غسيل الأموال ، فإن الإجراءات التي اتخذتها تعتبر محدودة ، وحثت البعثة على تأسيس لجنة تأسيس تضم في عضويتها الوزارات والهيئات المختصة تكون مهمة هذه اللجنة وضع سياسة عامة لمكافحة غسيل الأموال وإعداد مشروع قانون لتجريمه. الدكتور عصام أحمد: ص ٥٦.

وقوعهم تحت الحراسة ومصادرة أموالهم^(١). وأن من شأن إباحة غسيل الأموال أن يؤدي إلى زعزعة الثقة في البنوك والمؤسسات المالية ، وأن يهدر المعايير القانونية والأخلاقية للعمل المصرفي ، وأن تجريم غسيل الأموال ليس مقتضاه التجاوز التام عن مبدأ المحافظة على سرية الحسابات^(٢). ويستند هذا الرأي إلى حجة أخرى مفادها أن مصر قد صدقت على الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية في فيينا لسنة ١٩٨٨ ، وأيضاً الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات في تونس لسنة ١٩٩٤ ، وهاتان الاتفاقيتان أوجبتا على كل طرف أن يتخذ ما يلزم من تدابير في إطار قانونه الداخلي لتجريم مجموعة من الأفعال يمثل جوهر غسيل الأموال. كما أوجبتا أن يتخذ كل طرف ما يلزم من تدابير للتمكن من مصادرة الأموال المتحصلة من غسيل الأموال^(٣). ومن ثم فإن وضع تشريع مستقل لتجريم غسيل الأموال يتضمن النواحي الموضوعية والإجرائية والمالية يكون استجابة لهذه الاتفاقيات الدولية التي التزمت مصر بها^(٤). وأن التدابير المالية والإدارية لا تكفي لمواجهة عمليات غسيل الأموال ؛ بل إن الجزء الجنائي وحده هو الذي له فعالية في مواجهتها^(٥). وأنه يجب أن يمتد التجريم ليشمل معاملات البورصة وشركات السمسرة المالية ، بحسابها البديل الأكثر أمناً لأصحاب الدخول غير المشروعة مقارنة بالبنوك^(٦). ويضيف أنصار هذا الرأي حجة أخرى وهي صعوبة تطبيق جريمة إخفاء أشياء مسروقة أو متحصلة عن جنابة أو جنحة على عمليات غسيل الأموال ، ومن ثم تبدو

(١) الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: تجريم غسيل الأموال ، ص ٢٧٣-٢٧٥ ؛ الأستاذ مصطفى طاهر: جرائم غسيل أموال المخدرات ، مجلة الأمن العام ، العدد ١٥٩ ، السنة ٣٩ ، أكتوبر ١٩٩٧ ، ص ٩٣ ؛ الدكتور إبراهيم عيد نايل: رقم ٣٥ ، ص ٦٢-٦٣.

(٢) الدكتور عصام أحمد: ص ٩.

(٣) المادة ٣ ، ٥ من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٨ ؛ المادة ٢ ، ٥ من اتفاقية تونس لسنة ١٩٩٤.

(٤) المستشار سمير ناجي: ص ٢٦٥ ؛ الدكتور إبراهيم عيد نايل: رقم ٦٢ ، ص ٩٨-٩٩.

(٥) الدكتور إبراهيم عيد نايل: ص ١٧٠.

(٦) الدكتور حمدي عبد العظيم: جرائم البورصة ص ٢٠٤-٢٠٥.

الحاجة في نظرهم ملحة للتدخل التشريعي لتحريم غسل الأموال على نحو مستقل ، وأن من شأن هذا التجريم أن يحسم الخلافات التي قد تنشأ عن تطبيق النصوص التقليدية والتي لم توضع لمواجهة ظاهرة غسل الأموال ومصادرتها^(١).

-الاتجاه الثاني: الاكتفاء بنصوص التشريعات السارية: في نظر هذا الرأي أنه لا تبدو هناك حاجة ملحة لإفراد غسل الأموال بتجريم مستقل ، وأن في نصوص التشريعات القائمة ما يكفي لمواجهة عمليات غسل الأموال. ويستند هذا الرأي مجموعة من الحجج أهمها: أن ظاهرة غسل الأموال في مصر ليست بالخطورة التي تحتاج معها إلى تجريم مستقل. وأن النصوص الحالية تميز فرض الحراسة على المال غير المشروع بمجرد توافر الدلائل وليست الأدلة على كون هذا المال متحصل من أنشطة غير مشروعة ، وهو ما يسهل من تعقب الثروات غير المشروعة اكتفاء بتوافر هذه الدلائل. وأن من شأن تجريم غسل الأموال أن تخضع هذه الجريمة للقواعد العامة في الإثبات التي تقضى بوجود توافر أدلة على قيامها وليست دلائل ، وهو ما يؤدي من الناحية العملية إلى التشدد في إثبات مصدر المال غير المشروع وإلى إفلات الكثير من الجناة الذين كانت تكفى النصوص الحالية لملاحقتهم^(٢).

(١) الدكتور سليمان عبد المنعم: مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - ظاهرة غسل الأموال ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، رقم ٤٦ ، ص ٧٩ ، وأيضاً رقم ٤٧ ، ص ٨١ ؛ الدكتور غنام محمد غنام: مكافحة ظاهرة غسل الأموال في عصر العولمة ، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١ ، المجلد الثاني ، ص ٤٢ .

(٢) التقارير الصادرة عن اجتماعات خبراء اللجنة المالية لمكافحة غسل الأموال ، البنك المركزي المصري ، الإدارة العامة للبحوث الاقتصادية ، يناير سنة ١٩٩٦ ، ص ٢٢ ، مشار إليه لدى الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج: ص ٢٧٢ ؛ وأيضاً لنفس المؤلف نحو استراتيجية وطنية للسيطرة على غسل الأموال ، الخور التشريعي ، مجلة كلية التدريب والتنمية ، العدد الثالث ، ٢٠٠٠ ، ص ١٦٠-١٦١ ؛ الدكتور سعيد سيف النصر: ص ١٣٣-١٣٢ .

وفي نظر هذا الاتجاه فإن تجريم غسل الأموال يثير عددا من المشكلات التي تتصل بحماية سرية الحسابات المصرفية واستثمارات الأفراد: إذ تعتبر سرية الحسابات هي القاعدة الأساسية التي يستند عليها العمل المصرفي^(١). ومن وجهة أخرى فإن تشجيع الاستثمارات وإشاعة الاطمئنان الاقتصادي يقتضى عدم تدخل الدولة في نشاط الأفراد إلا في أضيق نطاق ممكن، وهو ما يقتضى بتمتعهم بالحق في سرية حساباتهم وعدم التنقيب عن أنشطتهم ومصدر تحويلاتهم المالية، وإلا أدى هذا إلى إلحاق الضرر بالنشاط الاقتصادي وأن لا يأمن الأفراد على أنفسهم وأموالهم من ملاحقة السلطات لهم والتنقيب عن أسرارهم. ولا شك في أن مكافحة غسل الأموال ترتبط على نحو وثيق بتحويل سلطات التحقيق والاتهام الحق في الكشف عن سرية الحسابات المصرفية والوقوف على مصدر الأموال التي يجوزها الفرد، وهو ما يقتضى تحقيق التوازن بين اعتبارات الإباحة والتجريم. ومن ناحية أخرى فإن الدولة قد تنتهج سياسة اقتصادية مبنية على عدم وضع قيود شديدة على عملية الصرف وأسواق المال، لما لهذه القيود من أثر على حركة تداول الأموال، كما قد تلجأ الدولة إلى تيسير إجراءات إنشاء الشركات الجديدة وإزالة القيود على مزاولة نشاطها، وتيسير وسائل الاتصال الحديثة وسهولة الدخول والإقامة فيها، وذلك بهدف تشجيع الاستثمارات. وتسمح كثير من الدول - وخاصة النامية منها - باستغلال الأموال بصرف النظر عن مصدرها، كما أنها تلجأ في سبيل جلب هذه الأموال إلى عدم فرض ضرائب أو رسوم على استثمار هذه الأموال وإلى تقرير العديد من المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز لهذه الأموال، وهو ما يؤدي إلى أن تكون هذه الدول محلاً لعمليات غسل الأموال^(٢). وقد ثارت صعوبة أخرى

(١) الأستاذ على نجم: فلسفة السرية المصرفية والقوانين التي تحكمها في جمهورية مصر العربية، ندوة اتحاد المصارف العربية المنعقدة في القاهرة في الفترة من ١٠ إلى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٩٢، ص ١ وما بعدها.

(٢) الدكتور نائل عبد الرحمن صالح: جرائم تبييض الأموال وواقعها في القوانين الأردنية، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١، ص ١٢؛ الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، ص ١١.

تتصل بأصول المحاكمات الجنائية ، ذلك أن جريمة غسل الأموال تقتضى أن يكون المال موضوع الجريمة متحصلاً من فعل يشكل جريمة وهو ما يثير التساؤل عن مدى مساس هذا التجريم بقاعدة عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد مرتين^(١). ومما يزيد من صعوبة مكافحة جرائم غسل الأموال هو أن الأدلة والقرائن على توافرها تتسم بكونها ظنية وغير مؤكدة في كثير من الصور، فكثير من عمليات غسل الأموال تجد تبريراً مشروعاً لها^(٢). وحتى التشريعات التي ألزمت المصارف بالإبلاغ عن التعاملات المالية المشبوهة ، فإن الصعوبة تثور بشأن الضوابط التي يمكن أن يعيها المصرف للقول بأن تعاملات ما مشبوهاً وآخر لا تتوافر له هذا الوصف.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه سوف يترتب على تجريم غسل الأموال فرض القيود على تداول الأموال وإقامة المشروعات وإهدار مبدأ سرية الحسابات وملاحقة أصحاب الأموال وهو ما يؤدي إلى عزوف المستثمرين عن مشروعاتهم داخل الدولة ، وإلى التأثير في حجم الأموال المستثمرة اللازمة للعملية الاقتصادية ، كما انه يتعارض مع التحرير الاقتصادي. وأن من شأن تجريم غسل الأموال أن يخل بالثقة في المؤسسات المالية والمصرفية ويضر بالوضع التنافسي للبنوك^(٣).

ويتساءل أنصار هذا الرأي عن ماهية الضرر الناتج عن غسل الأموال؟ ، وهل من الأوفى التضحية بالأموال التي تتطلبها عملية التنمية؟ ، وهل من الأوفى إصدار المزيد من التشريعات في المجال الاقتصادي؟ ، أليس هناك احتمال لأن يدير المجرمون أعمالاً مشروعة^(٤) ولماذا نجح أعمالهم ، رغم أنها لم تلحق ضرراً بالمجتمع؟.

(١)BERNSMANN (Klaus): *Geldwäsche (§ 261 StGB) und ratkonkretisierung*, Strafrecht (1998), S.47.

(٢)Moebius , p.2.

(٣) انظر في هذه الحجج دون تأييدها: الدكتور عبد المطلب عبد الحميد: ص ٢٦٢ ؛ الدكتور عصام أحمد: مكافحة غسل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي ، (١٩٩٨) ، دراسة غير منشورة - مكتبة المركز القومي للدراسات القضائية ، ص ٢-٣.

(٤) انظر دون تأييد لهذه الوجهة: الدكتور عصام أحمد: ص ٣-٤.

وقد أثار أنصار هذا الاتجاه بعض الاعتراضات المتصلة بسياسة التجريم: ذلك أنه في حالة تجريم غسل الأموال فيما أن تتطلب ركناً معنوياً وذلك على نحو ما نص عليه الشارع الفرنسي في قانون ١٣ مايو سنة ١٩٩٦ وفي هذه الحالة فإن هذا التجريم يفقد أهميته ، ذلك أن إثبات القصد في هذه الجريمة هو أمر يتسم بالصعوبة. وإما أن لا تتطلب توافر مثل هذا القصد ، وهو ما يتعارض مع القواعد المقررة في القانون الجنائي من أنه لا مسؤلية بدون خطيئة ، وأن لا عقاب على الأفعال المادية المجردة. كما أن هناك إفراطاً في التجريم يشهد به نصوص قانون العقوبات والقوانين الخاصة بما لا يبدو معه حاجة إلى تخصيص تجريم مستقل لغسيل الأموال ، وأن من شأن هذا التجريم أن يلقى عبئاً على القضاء. وأن هناك اتجاهاً متزايداً نحو الإقلال من التجريم واتخاذ جزاءات غير جنائية وأن هذه السياسة هي الأجدر بالاتباع في مواجهة غسل الأموال. وأنه لا يجب اللجوء إلى القانون الجنائي إلا بعد استنفاد كافة الوسائل غير العقابية في مواجهة غسل الأموال(١).

وقد ثارت صعوبة أخرى تتعلق بضبط عمليات غسل الأموال ، ذلك أن صور غسل الأموال تتعدد وتتنوع بما لا يمكن معه حصرها ، ويرجع هذا التنوع إلى التطور في أساليب هذه العمليات: فبعد استخدام الأساليب التقليدية التي تعتمد على النقود السائلة ، اتجه الجناة إلى الاعتماد على النظام المصرفي والمؤسسات المالية وإلى انتهاج أساليب الشركات ورجال الأعمال(٢) ، ثم تطورت هذه الأساليب فأصبحت تعتمد على تداول الأموال وتبادل الدفع عن طريق شبكات المعلومات الدولية واستخدام أدوات غير نقدية(٣).

(١) وقد ساد هذا الاتجاه في الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين عن موضوع "المواجهة الجنائية لغسيل الأموال" ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ديسمبر ١٩٩٧؛ وانظر في عرض هذه الحجج دون تأييدها الدكتور إبراهيم عيد نايل: رقم ٦٢ ، ص ٩٧.

(٢) الدكتور إسماعيل صبرى عبد الله: الكوكبة ص ٣٩٨.

(٣) الدكتور أحمد بدیع بليح: غسل الأموال من منظور الآثار الاجتماعية والاقتصادية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، العدد الرابع والعشرين ، أكتوبر سنة ١٩٩٨ ، ص ٢٢٣.

وقد أدى تزايد استخدام بطاقات صرف النقود الإلكترونية^(١) سواء باستعمال "البطاقات الذكية"^(٢) ، أو من خلال شبكة الإنترنت ، وما يتوقع لها البعض من انتشار في التعامل كبديل للنقود الورقية إلى إثارة العديد من المشكلات وخاصة ما يتعلق منها بغسل الأموال^(٣) ذلك أن التعامل المالى باستخدام هذه البطاقات لا يكون من المستطاع تعقبه أو الوقوف على أثره ، وهو ما يجعل المبدأ السائد في التعامل البنكى "اعرف عميلك" مبدأ يصعب تطبيقه والأخذ به ، فضلاً عن أن التعامل بهذه البطاقات يتم مباشرة بين شخصين ولا يقتضى تدخلاً من المؤسسة المالية فى كل مرة يتم فيها إجراء مثل هذا التعامل^(٤). كما أن هذه التعاملات تتسم بالسهولة ، إذ تكفل تحويلاً فورياً للمال من وإلى أى مكان فى العالم ويكون التعامل فيها مجهول الشخصية ، الأمر الذى يجعلها لا تخضع لأساليب الرقابة والتدقيق التى تخضع لها التعاملات التقليدية. وتتسم هذه التعاملات كذلك بالسرعة فى إجراءاتها ، فنقل الأموال من خلالها يكون فى لحظات معدودة ودون حواجز أو قيود قانونية^(٥). وليس لدى سلطات الرقابة والتحقيق سوى فرصة ضئيلة للتوصل إلى حقيقة التعاملات التى أجريت باستخدام هذه البطاقات ، إذ لن يتسنى استخدام الأساليب التقليدية للرقابة والتحليل المالى للمستندات^(٦).

- موقف الشارع المصرى:

لم يكن الشارع المصرى يجرم أفعال غسل الأموال بنصوص خاصة ، وذلك استناداً إلى الحجج التى ساقها الاتجاه الذى يرى عدم الحاجة إلى مثل هذا التجريم ، وأن فى نصوص التشريعات النافذة ما يكفى لمواجهة هذه الأفعال. غير إنه إثر مطالبة هيئات ومنظمات دولية للحكومة

(١) "Electronic Money".

(٢) "Smarts Cards".

(٣) DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA: *Electronic Money Laundering: An Environmental scan, Solicitor General Canada, October 1998, p.3.*

(٤) *Electronic Money Laundering: p.10.*

(٥) *Electronic Money Laundering: p.3 , 10.*

(٦) *Electronic Money Laundering: p.13.*

المصرية إصدار تشريع يجرم غسل الأموال^(١)، قامت الحكومة بإعداد مشروع بقانون لمكافحة غسل الأموال من عشرين مادة أحالته إلى مجلس الشعب وتبنت مذكرته الإيضاحية غالبية حجج الاتجاه المؤيد لتجريم غسل الأموال، وبعد استيفاء الأوضاع الدستورية والتشريعية وافق مجلس الشعب نهائياً على مشروع القانون بجلسة ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٢، وصدر ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ وذلك بتاريخ ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢^(٢).

– **دقة البحث وأهميته:** يثير قانون مكافحة غسل الأموال الكثير من التساؤلات: فما هي السياسة التشريعية التي اختطتها الشارع المصري في مكافحة غسل الأموال؟، وإلى أى مدى نجح الشارع في الإحاطة بالأفعال التي تشكل غسلًا للمال؟، وما هي خطته في النص على أركان جرائم غسل المال؟، وهل يتفق نصه على هذه الأركان مع الأصول العامة للتجريم، أم أن الشارع قد خرج على هذه القواعد؟ وهل جاءت نصوص التجريم متنسقة مع بعضها البعض

(١) ورد في كلمة السيد المستشار وزير العدل في عرضه لمشروع القانون أمام مجلس الشعب بجلسة ١٨ مايو سنة ٢٠٠٢ "..... ومما ينبغي ذكره أن هذه اللجنة لجنة FATF ليست منظمة دولية ولكن نظراً لظروفها وأوضاعها والدول الأعضاء فيها كانت لتقاريرها وتوصياتها أهمية قصوى في توجيه سياسات تعامل الدول. إن هذه اللجنة أصدرت مؤخراً توصيات بشأن مكافحة تمويل الإرهاب، وطالبت الدول بإجراء تقييم ذاتي لمسدى التزامها بهذه التوصيات وإصدارها لتشريعات مكافحة الغسل في موعد أقصاه أول مايو سنة ٢٠٠٢،.....". مضبطة جلسة ١٨ مايو سنة ٢٠٠٢ الجلسة الرابعة والسبعين – الفصل التشريعي الثامن بدور الانعقاد العادى الثانى لمجلس الشعب، ص ١١. وقال محافظ البنك المركزى الدكتور محمود أبو العيون في تصريح صحفى له أن وفداً من "الفاتف" سوف يصل إلى مصر خلال الفترة المقبلة لمراجعة ما تضمنته اللائحة التنفيذية لقانون غسل الأموال المصرى وأن اجتماع "الفاتف" السابق والذى عقد في باريس الشهر الماضى خصص لمناقشة القانون المصرى لغسل الأموال. وأشار محافظ البنك المركزى إلى أن هناك خطوات كان من الضرورى الانتهاء منها قبل إقرار رفع اسم مصر من القائمة الدولية لغسيل الأموال منها صدور اللائحة التنفيذية للقانون والذى يجب أن تتضمن جميع الملاحظات التى يمكن أن يكون للعالم الخارجى رأى فيها". صحيفة أخبار اليوم، السبت ٩ نوفمبر سنة ٢٠٠٢، العدد رقم ٣٠٢٧، السنة ٥٨، ص ٣.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٢٠ مكرر في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢.

ومنسجمة مع المنطق القانوني أم أنه قد شابها التنافر وعدم الانسجام؟ ، وهل اتسقت خطته في العقاب على جرائم غسل المال مع أحكام الدستور؟ ، وهل نجح الشارع في التنسيق بين ما نص عليه من جرائم وما قرره من عقوبات وبين ما هو منصوص عليه في التشريعات الأخرى؟. ويشير البحث تساؤلات مهمة عن الجانب الإجرائي في القانون نظراً لاتصال هذا الجانب بالحقوق والحريات وأصول العمل المصرفي: فما هي الإجراءات التي نص عليها لضبط هذه الجرائم؟ وهل تتعارض هذه الإجراءات مع حقوق الفرد وحرياته المكفولة في الدستور والقانون؟ ، وإلى أي مدى تمس هذه الإجراءات بحق الفرد في سرية حساباته المصرفية؟ ، وهل أفرغ قانون مكافحة غسل الأموال قانون سرية الحسابات من مضمونه؟ ، وما هي السلطات المخولة لرجال الضبط في الاطلاع على أسرار العمليات المالية للأفراد؟ ، وهل أصاب الشارع بنصه على إلزام العاملين بالمؤسسات المالية بواجب الإخطار عن العمليات المالية المشتبه بها؟ وما هو مضمون ضابط "الشبهة" الذي يأخذ به القانون؟ ، وهل يعد الإخطار في حالة الشبهة سبب إباحة أم مانع من موانع المسؤولية أم العقاب؟ ، وهل تنطوي خطة الشارع في تبادل المعلومات مع جهات الضبط الوطنية والأجنبية في مجال غسل الأموال على تهديد خطير بحقوق الأفراد؟ ، وهل حقق الشارع بالفعل لوحدة مكافحة غسل الأموال الاستقلال الذي نص عليه؟ ، ثم يثور التساؤل عن مدى ملائمة السياسة الجنائية في تجريم غسل الأموال؟ .

- منهج البحث وخطته: سلك البحث منهجاً قوامه نقد نصوص قانون مكافحة غسل الأموال. وتتسم الدراسة النقدية بصفة عامة ، وبالنسبة لقانون غسل الأموال بصفة خاصة بالدقة وبعض الصعوبة: فمن ناحية فإن التشريع موضوع الدراسة -نظراً لأهميته- أعد من قبل متخصصين في القانون والمال والاقتصاد والسياسة والأمن وغيرهم ، وساهمت في المشاركة فيه جهات مختلفة ، كما أنه خضع للفحص والدراسة من اللجان البرلمانية المختلفة ونال عنايته في المناقشة المستفيضة في مجلس الشعب ، ومن ثم فإن توجيه النقد إلى حصيلة هذا الجهد التشريعي هو أمر يتسم بالصعوبة.

ومن ناحية ثانية فإنه لم يعض على صدور القانون سوى فترة وجيزة ولم تتح الفرصة للفقهاء أن يتناول أحكامه بالتعليق عليها وبيان علتها ومدى اتساقها ، كما أنه لم يتسن بعد أن يعرض على القضاء أى تطبيق له ، ولم يكشف النقاب عن ثغراته ومدى ما يسفر عنه التطبيق من مشكلات ، وهو الأمر الذى يجعل موضوع الدراسة بالغ الدقة.

وإذا كانت الدراسة تحتط منهاجاً نقدياً فإن ذلك يعنى البعد عن الدراسة الوصفية للنصوص ، فليست غاية الدراسة هى شرح هذه النصوص أو الوقوف على معانيها واستجلاء مراميها ؛ ولا يكون ذلك إلا بقدر اتصالها بمنهج الدراسة وغاياتها.

وقد جمعت الدراسة بين النظرة النقدية والتأصيلية معاً ، فلم تتجه إلى التعليق على نصوص القانون على نحو ما نص الشارع عليه ؛ وإنما أصلت الدراسة الأحكام التى أتى بها القانون بردها إلى طائفتين رئيسيتين الأولى تتصل بجانب التجريم والعقاب ، والثانية تتصل بجانب الإجراءات.

وأخيراً فإنه على الرغم من أن موضوع الدراسة يقتصر على قانون مكافحة غسل الأموال المصرى ؛ فإن الدراسة أشارت بإيجاز فى غالبية المواضع إلى خطة بعض التشريعات المقارنة التى جرمت غسل الأموال وأهمها القانون الأمريكى والألماني والفرنسى وإلى نصوص بعض الاتفاقيات الدولية ، لما تمثله هذه التشريعات من أهمية فى الوقوف على ما نص عليه الشارع المصرى من أحكام ومن استباق لما قد يسفر عنه التطبيق من مشكلات^(١).

- تقسيم: نقسم الدراسة إلى فصلين: تناول الأول ما يتصل بالجانب الموضوعى وهو جانب التجريم والعقاب ، بينما خصص الثانى لبحث بعض الجوانب الإجرائية التى نص عليها القانون.

(١) ونحيل فى شأن تفصيلات خطة التشريعات المقارنة إلى مؤلفنا الصادر قبل صدور قانون مكافحة غسل الأموال : تجريم غسل الأموال فى التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

الفصل الأول

التجريم والعقاب

- تمهيد: تفترض جريمة غسل الأموال: توافر جريمة سابقة ، وأن يتمخض عن هذه الجريمة مال ، وأن يقوم الجاني بارتكاب فعل يتحقق به غسل هذا المال ، مع توافر القصد الجنائي لديه. وسوف نتناول تقدير خطة الشارع في نصه على هذه الأركان والعناصر ، ثم نتناول خطته في النص على عقوبة الجريمة ووجهته في تقرير مسئولية الشخص الاعتباري عن جرائم غسل المال.

§ ١- الجريمة الأصلية مصدر المال

- خطة التشريعات المقارنة في النص الجريمة مصدر المال:

تسلك التشريعات المقارنة في النص على الجريمة مصدر المال إحدى خطتين: الأولى أن تلجأ إلى النص على هذه الجرائم بصفة عامة ودون تحديد كأن تذكر تعبير "الجناية أو الجنحة" ؛ والثانية أن تلجأ إلى الجمع بين أسلوب النص العام في بعض الجرائم وأسلوب النص الحصري في جرائم أخرى، كأن تنص على اعتبار كافة الجنايات مصدراً للمال، ثم تذكر بعض الجناح على سبيل الحصر. وقد تبني الاتجاه الأول الشارع الفرنسي - إذ اكتفى أن تكون الجريمة الأصلية جناية أو جنحة أياً كان نوعها ، وقد خرج الشارع الفرنسي بذلك على خطة كثير من التشريعات المقارنة التي تجرم غسل الأموال ، كما أنه خرج على خطته السابقة التي كان يحصر بمقتضاها غسل الأموال في نطاق جرائم المخدرات^(١). وقد كان السبب الذي دعا الشارع الفرنسي إلى مخالفة خطته السابقة هو ما كانت تثيره هذه الخطة من صعوبات في إثبات مصدر هذه الأموال ، وفي إثبات علم الجاني بأن هذا المال متحصل على وجه التحديد من جريمة أبتجار في المخدرات دون غيرها. أما في ظل التنظيم التشريعي الحالي فإنه لا يشترط علم الجاني في غسل الأموال - مثله في جريمة الإخفاء- على وجه التحديد بماهية الجريمة التي تحصل منها المال ؛ وإنما يكفي فحسب أن يعلم بأن المال متحصل من جناية أو جنحة^(٢).

^(١) Culioli , Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.10, p.2.

^(٢) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.10, p.3.

وأما الوجهة الثانية من التشريعات ومفادها أن ينص الشارع على نوع معين من الجرائم على سبيل العموم مثل تحديد الجنايات بصفة مطلقة ، ثم ينص بعد ذلك على جرائم محددة على سبيل الحصر. وقد أخذ بهذه الوجهة الشارع الأمريكي^(١) والألماني^(٢). وفي نظر هذين التشريعين فإنه

(١) تطلب الشارع الأمريكي في جرائم غسل الأموال أن تكون التعاملات المالية التي يجريها الجاني موضوعها قد تحصل من "نشاط محدد غير مشروع" *Specified unlawful activity*. وقد حدد الشارع الأمريكي مدلول النشاط غير المشروع بأنه يشمل "الجنايات" بجميع أنواعها سواء أكان مصدر تجريمها القانون الاتحادي أم تشريعات الولايات. وبالإضافة إلى الجنايات فقد نص الشارع الأمريكي في المادة ١٩٥٦ ج في بندها السابع على بيان بالجرائم التي تعد "أنشطة محددة غير المشروعة" ، والتي حددها على سبيل الحصر. وهذه الجرائم تنتمي بحسب الأصل إلى الجرائم التي نص عليها قانون استغلال النفوذ والفساد المنظم ، كما تتضمن غالبية جرائم الاتجار في المخدرات التي نص عليها القانون الاتحادي. وتتسع هذه الجرائم لتشمل كذلك: التنظيمات الإجرامية المستمرة ؛ التدليس المالى ضد الدولة مثل قيام الجاني ببيع غير مشروع للأسلحة ؛ جرائم التدليس المتعلقة بالأسهم المالية ؛ بعض جرائم العمل ؛ بعض الجرائم المتعلقة بسرية حسابات البنوك. ; Schuck & Enterlack , p.889 ; Androphy , § 22.02 , p.722.

(٢) جرم الشارع الألماني غسل المال المتحصل من جنابة من الجنايات أيًا كان نوعها ، أما إذا كان متحصلاً من جنحة فيجب أن تكون من الجنح التي نص عليها الشارع على سبيل الحصر. ومثال لهذه الجنح: التجارة في الرقيق الأبيض (المادة ١٨٠ ب) ؛ القوادة (المادة ١٨١ أ) ؛ السرقة (المادة ٢٤٢) ؛ الابتزاز (المادة ٢٥٣) إخفاء المسروقات (المادة ٢٥٩) ؛ النصب باستخدام الكمبيوتر (المادة ٢٦٣ أ) ؛ تزوير التواريخ التي لها أهمية في الإثبات (المادة ٢٦٩) ؛ النصب عن طريق طلب الإعانات المالية (المادة ٢٦٤) ؛ خيانة الأمانة (المادة ٢٦٦) ؛ تزوير المستندات (المادة ٢٦٧) ؛ بعض صور القمار غير المصرح بها (المادة ٢٨٤) ؛ نقل النفايات المهددة للبيئة والتي ترتكب بطريق العمد (المادة ٣٢٦ في فقرتها الأولى والثانية) ؛ الأفعال العمدية المهددة للبيئة والتي تنطوي على التعريض للمواد المشعة وغيرها من المواد أو الأشياء الخطرة (٣٢٨ في فقرتها الأولى والثانية) ؛ إدخال الأجانب (المادة ٩٢ أ من قانون الأجانب) ؛ الدفع على استغلال مركز مقدم طلب اللجوء السياسى (المادة ٨٤ من قانون إجراءات اللجوء) ؛ المساهمة في تنظيمات عصابية في ارتكاب الجرائم المنظمة أو احتراف ذلك. جرائم الرشوة والفساد (المادة ٣٣٢ الفقرة الأولى والثالثة من قانون العقوبات) ؛ الجنح التي نصت عليها المادة ٢٩ من قانون المواد المخدرة وبصفة خاصة تصدير واستيراد وحيارة والتعامل في بعض المواد المخدرة..... .

لا يشترط أن تكون هذه الجناية من نوع معين أو أن تتصف بجسامة معينة ، فهذه الجسامة قد افترضها الشارع^(١).

- الجريمة السابقة في خطة الشارع المصرى:

أخذ الشارع المصرى بالوجهة التى تحصر الجريمة السابقة مصدر المال فى جرائم معينة فنص فى المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "يحظر غسل الأموال المتحصلة من جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجليها وتصديرها والاتجار فيها ، وجرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص والجرائم التى يكون الإرهاب -بالتعريف السوارى فى المادة ٨٦ من قانون العقوبات^(٢) - أو تمويله من بين أغراضها أو من وسائل تنفيذها ، وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص ، والجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الأولى والثانى والثالث والرابع والخامس عشر من الكتاب الثانى من قانون العقوبات وجرائم سرقة الأموال واغتصابها ، وجرائم الفجور والدعارة ، والجرائم الواقعة على الآثار ، والجرائم البيئية المتعلقة بالمواد والنفايات الخطرة ، والجرائم المنظمة التى يشار إليها فى الاتفاقيات الدولية التى تكون مصر طرفاً فيها.....".

Maurach / Schroeder / Maiwald : § 101 III , S.440-442 ; Kress , S.123 ; Maurach / Schroeder / Maiwald : § 101 III , S.442.

^(١)*Bernsmann , S.47.*

^(٢) والتعريف الوارد فى المادة ٨٦ من قانون العقوبات هو "استخدام القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع لتنفيذ نشاط إجرامى فردى أو جماعى يهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر وإلحاق أضرار بالبيئة أو الاتصالات أو المواصلات أو الأموال أو المباني العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح".

وقد قيل في تبرير هذه الخطة أن القانون قد عني باختيار الجرائم الخطيرة وعلى وجه الخصوص جرائم الإرهاب وتمويل الإرهاب والجرائم المنظمة العابرة للحدود الإقليمية والتي يشار إليها في الاتفاقيات الدولية^(١).

- تقدير خطة الشارع المصرى من حيث تحديده للجريمة السابقة: سبق أن ذكرنا أن الشارع المصرى تبني الاتجاه التشريعى الذى يحدد الجريمة السابقة فى أنشطة إجرامية محددة ؛ غير أن هذه الخطة جاءت محل نظر للأسباب الآتية:

- أولاً: من حيث اختيار الشارع المصرى للأسلوب الحصرى:

تبني الشارع المصرى اتجاهاً تشريعياً هو أصلاً محل نقد فى الفقه المقارن ، وعلى سبيل المثال فإن الفقه الألمانى قد انتقد خطة شارع ما تثيره من التساؤل عن وجود جرائم أخرى أغفل الشارع النص عليها على الرغم من اتحادها فى العلة معها^(٢). وهذا النقد يوجه إلى خطة الشارع المصرى: فمفاد هذه الخطة أنه بخلاف الجرائم المنصوص عليها على سبيل الحصر فلا يجوز أن تكون سواها مصدراً للمال محل جريمة غسل الأموال. ويعنى ذلك أن جرائم التهرب الضريبى والجمركى وجرائم غش الأغذية وجرائم الغش التجارى وجرائم الاتجار غير المشروع فى العملة وجرائم البورصة بالتدليس وجرائم الشركات وغيرها لا تصلح - فى خطة الشارع المصرى - لأن يكون المال المتحصل منها موضوعاً لجريمة غسل الأموال. فهل يرى الشارع المصرى أن المال المتحصل من استيراد السلاح أو المخدرات أخطر من المال المتحصل فى استيراد الأغذية الفاسدة وغير الصالحة للاستهلاك الأدمى؟ ، وهل الموافقة على استيراد مواد عضوية ومبيدات وأسمدة تسبب أضراراً كبيرة بصحة الإنسان لا تساوى من حيث الأهمية استيراد المواد المخدرة؟.

وبلاحظ من جهة أخرى أن خطة الشارع المصرى تتسم فى تحديده للجريمة السابقة بالتناقض: فهو على سبيل المثال قد نص على جرائم سرقة الأموال واغتصابها ، وأغفل النص على جرائم

(١) المستشار سرى محمود صيام: التشريع المصرى لمكافحة غسل الأموال وآليات تفعيله ، وزارة العدل - الإدارة العامة للتشريع ، بدون تاريخ ، ص ٦-٧.

(٢) Maiwald , S. 634.

النصب والتفالس ، على الرغم من اتحادها في العلة مع السرقة. وسوف يفضى ذلك إلى نتائج غير مقبولة: فغسل المال المتحصل من السرقة يشكل جريمة غسل الأموال ؛ بينما غسل المال المتحصل من جريمة النصب لا يصلح -في نظر الشارع المصرى- أن يشكل موضوعاً لجريمة غسل الأموال ، وفي تقديرنا أن وجهة الشارع سألقة الذكر تخل بالمساواة بين الجناة على الرغم من اتحاد علة التجريم في جرميتى السرقة والنصب ووقوع الفعل الإجرامى فيهما على حق واحد. وسوف تؤدى الخطة التى تبناها الشارع المصرى إلى الحاجة الدائمة إلى إدراج جرائم جديدة كمصدر للمال موضوع جريمة غسل الأموال ، وهو ما سوف يجعل نطاق جريمة غسل المال عرضة للتعديل والتوسع فيها.

- ثانياً: من حيث نطاق الجرائم التى نص عليها: ذكرنا أن الشارع قد حدد بعض الجرائم التى يكون المال المتحصل منها وحدها موضوعاً لجريمة غسل الأموال ؛ غير أن كيفية نص الشارع على هذه الجرائم يدعو إلى التأمل: فعلى سبيل المثال فإن الشارع نص على جرائم "زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة" ، بينما لم ينص على جرائم إنتاج هذه النباتات والمواد أو استخراجها ، على الرغم من أن هناك فرقاً بين مدلول الصنع من ناحية والإنتاج والاستخراج من ناحية أخرى. كذلك فإن الشارع نص على جرائم "الاتجار فى النباتات والجواهر والمواد المخدرة" بينما أغفل جرائم أخرى لا تقل خطورة عنها مثل: جرائم نقل وحيازة المخدرات بغير قصد من القصد ؛ جرائم إدارة وهيئة مكان للتعاطى.

وخطة الشارع المصرى ستفضى إلى انتفاء جريمة غسل الأموال بالنسبة للشخص الذى يقتصر فعله على تخزين المواد المخدرة لحساب الغير ويحصل على مقابل من وراء ذلك ، وكذلك بالنسبة لمن يدير مكاناً لتعاطى المخدرات بمقابل ، فلا يشمل نص المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال هذه الأفعال على الرغم من أنها قد تتماثل فى خطورتها أو تقارب الجرائم التى اقتصر على النص عليها.

-ثالثاً: اقتصر الشارع على الجرائم التى ترتبط بالمال على الرغم من تصور ارتباط غيرها به: باستقراء خطة الشارع المصرى فى اختياره للجرائم مصدر المال يلاحظ أنه قد حاول اختيار

الجرائم التي ترتبط بالمال على نحو واضح ، سواء أكان المال عنصراً فيها مثل جرائم الرشوة والاختلاس والاستيلاء والسرقة ؛ أو كان المال وثيق الصلة بها - وإن لم يكن من عناصرها- كجرائم جلب المخدرات وتصديرها والتجسس ومحاولة تغيير نظام الحكم بالقوة. ففى نظر الشارع فإن هذه الجرائم ترتبط بشكل أو بآخر بمال ينتج عنها ، حتى ولو لم يكن هذا المال داخلاً في الركن المادى لها. وهذه الخطة تصدق على الكثير من الصور التي تتصل فيها الجريمة بمال غير مشروع ؛ غير أن هناك جرائم أخرى لا يكون المال عنصراً فيها أو وثيق الصلة بها ؛ إلا أن ظروف ارتكابهما تجعله مرتبطاً به. وعلى سبيل المثال فإن الشارع لم ينص على جرائم القتل العمد والضرب المفضى إلى عاهة من بين الجرائم التي تصلح أن تكون مصدراً للمال. وأساس نظرية الشارع في ذلك أنه لا يتصور في هذه الجرائم أن ينتج عنها مال. وهو تصور غير صحيح : فمن المتصور أن ينتج عن هذه الجرائم مال ومثال ذلك أن يتحصل الجاني في القتل على مال لقتل المجنى عليه. ولا يعد هذا المال -في خطة الشارع- محلاً لغسله ، وكذلك الشأن في العصابات التي تتحرر في الأعضاء البشرية فتأتى أفعال القتل وإحداث العاهة وتقوم بالحصول على مال مقابل تجارتها ، فلا يصلح هذا المال -في نظر الشارع المصرى - لأن يكون محلاً لجريمة غسل الأموال. وخطة الشارع المصرى تفضى إلى مفارقة غير منطقية: فإذا قام الجاني في بالتصرف في مال نتج من سرقة كان هذا المال موضوعاً لجريمة غسل الأموال ؛ بينما لو قام بالتصرف في عضو بشرى بالبيع لما شكل مقابل هذا البيع محلاً لجريمة غسل الأموال.

- رابعاً: مخالفة اتجاهات التشريعات المقارنة الساندة في تحديد الجريمة السابقة: سبق القول بأن التشريعات المقارنة إما أن تحدد الجريمة السابقة بأنها كل جنابة أو جنحة ودون تحديد كالقانون الفرنسى ؛ وإما أن تجعل من كل جنابة أياً كان نوعها مصدراً للمال ثم تقوم بتحديد بعض الجناح على سبيل الحصر كالقانون الأمريكى والألماني. والشارع المصرى قد طرح تماماً الاتجاه الأول ، كما أنه من وجهة ثانية لم يأخذ بالاتجاه الثانى فلم يعتبر كل جنابة صالحة لأن تشكل مصدراً لغسل الأموال. وعلى الرغم من النقد الذى قد يوجه إلى خطة التشريعات التي تبنت الاتجاه الثانى ، فإنها -في تقديرنا- تفضل خطة الشارع المصرى ، فالجنابة في نظر القانون المصرى هو وصف

مقرر لأخطر الجرائم وأشدّها جسامة ولذلك يخصصها الشارع بإجراءات خاصة في التحقيق والاختصاص القضائي والمحاكمة والظعن ، ويكون أمراً منطقياً إذا نص الشارع على اعتبار الجنايات -ودون تحديد- مصدراً للمال موضوع الغسل.

- خامساً: عدم تحديد مدلول الجرائم المنظمة المشار إليها في الاتفاقيات الدولية: نص الشارع في بيانه للجرائم السابقة على "الجرائم المنظمة التي يشار إليها في الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها". والنص على هذا النحو يخالف مبدأ الشرعية ، ذلك أنه يحيل في عنصر أساسي لجريمة غسل الأموال إلى "ما يشار إليه في الاتفاقيات الدولية من جرائم منظمة" ، وهي عبارة تنصف بالعموم وعدم التحديد وتعارض مع مبدأ الشرعية الذي كفله الدستور. فإذا كان تعبير "الجريمة المنظمة" في نظر الفقه والتشريع الجنائي المقارن هو تعبير مختلف على تفسيره وتحديد نطاقه^(١) ، فإنه لا يجوز أن يحيل الشارع المصرى في بيان عنصر في جريمة ينص عليها إلى تعبير ليس له معنى محدد. ومن ناحية أخرى فإن الشارع المصرى ذاته لم يستخدم في الجرائم التي ينص عليها تعبير الجريمة المنظمة ، فكيف يمكن أن يحيل إلى اصطلاح لم يعطه هو ذاته مدلولاً محدداً؟. بل إن التعريف الذي نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة لم ينجح في وضع ضابط لهذه الجريمة يميزها عن غيرها من الجرائم^(٢).

(١) انظر في صعوبة تعريف الجريمة المنظمة والاختلاف على ضوابطه: الدكتور علاء إسماعيل محمد: نظرية الجريمة المنظمة في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة حلوان ٢٠٠١ ، ص ٢٨ وما بعدها .
(٢) انظر المادة الثانية (أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على أنه "يقصد بتعبير جماعة إجرامية منظمة جماعة محددة البنية مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر ، موجودة لفترة من الزمن وتقوم معاً بفعل مدبر بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الجرائم المقررة وفقاً لهذه الاتفاقية ، من أجل الحصول -بشكل مباشر أو غير مباشر- على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى".
ويلاحظ أن هذا التعريف يكاد يسرى على أغلب الجماعات الإجرامية في كل المجتمعات ، وخطورة الجريمة هو ضابط تختلف فيه المجتمعات وتباين بشأنه السياسة التشريعية التي يأخذ بها كل نظام تشريعي.

وقد نص الشارع على أن تكون هذه الجرائم "مشاراً إليها في الاتفاقيات الدولية" ، وهو نص محل نظر: فمن ناحية فإن تعبير "الإشارة" يفيد أن الجرائم التي تشير إليها الاتفاقية قد لا يكون منصوص عليها على نحو أصلي ، ويعنى ذلك أن مجرد إشارة عارضة في اتفاقية إلى جرائم تكفى في نظر الشارع المصرى لأن تكون جريمة سابقة ، وهى خطة تفتقر إلى التحديد وتجعل النص معيياً. ومن ناحية ثانية فإن كثيراً من الاتفاقيات الدولية تتسم -في مجال التجريم- بعدم الدقة: فقد نص على بعض الجرائم دون تحديد لمضمونها أو عناصرها ، وترك للدول الموقعة عليها تحديد ذلك ؛ وقد تستخدم عبارات ومصطلحات سائدة في تشريعات دول دون أخرى ؛ وقد تفتقر نصوص الكثير من الاتفاقيات إلى الغموض وعدم التحديد ؛ وقد تغلب الاعتبارات الدولية والمصالح السياسية على نصوصها دون مراعاة للاعتبارات والأصول القانونية. وهذه الاعتبارات جميعاً كانت توجب على الشارع ألا يجيل في بيان عنصر من عناصر جريمة غسل الأموال إلى ما يشار إليه في هذه الاتفاقيات.

وأخيراً فإن إحالة الشارع إلى الاتفاقيات الدولية لتكون مصدراً للتجريم هو تنازل منه عن سيادته الوطنية التشريعية وينطوى على مساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يقتضى حصر مصادر التجريم في النصوص التشريعية الوطنية

- سادساً: الخروج على كافة قواعد الاختصاص المكاني لقانون العقوبات: نص الشارع في نهاية المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال والتي أورد فيها الجرائم التي نتج عنها المال على أنه ".....، وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو الخارج بشرط أن يكون معاقباً عليها في كلا القانونين المصرى والأجيبى".

وقد قيل في تبرير وجهة الشارع المصرى أن "القانون المصرى يكون بذلك قد تجاوز النطاق المحلى في مجال المواجهة ، وامتد ليشمل النطاق الدولى مع الحفاظ على قاعدة ازدواجية التجريم احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، بحيث يتعين أن تكون الجريمة معاقباً عليها في كلا القانونين

المصرى والأجنبي ، وذلك الاتساع يحقق مقصود التوصية الرابعة للجنة العمل المالي (FATF)^(١).

وأول ما يلاحظ -في تقديرنا- على خطة الشارع المصرى أنه قرر اختصاصاً جديداً لم ينص عليه فى قانون العقوبات ، فمن المقرر أن سرعان القانون الوطنى على جرائم ارتكبت بالخارج يحكمه - بحسب الأصل- مبدأ: الأول مبدأ العينية والذى يمتد بمقتضاه سرعان القانون الوطنى ليسرى على جرائم محددة على سبيل الحصر ارتكبت بالخارج وبصرف النظر عن عودة الجاني أو جنسيته أو ما إذا كان القانون الأجنبي يعاقب على هذه الأفعال. والثاني هو مبدأ شخصية النص الجنائي ، وبموجبه يسرى القانون الوطنى على الجرائم التى ترتكب من مصرى فى الخارج بشرط أن تكون معاقباً عليها فى القانونين المصرى والأجنبي وبشرط عودة الجاني. وأما مبدأ العالمية الذى يمتد اختصاص القانون الوطنى بمقتضاه إلى جرائم ارتكبت بالخارج بصرف النظر عن مدى تجريمها أو جنسية مرتكبها أو عودته فلا يأخذ به الشارع المصرى بحسب الأصل ، إلا إذا كانت هناك اتفاقية دولية تقرر اختصاصاً بهذه الجرائم وافقت عليها مصر.

وما نص عليه الشارع المصرى فى المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال فهو اختصاص يخرج على كافة المبادئ التى نص عليها فى قانون العقوبات: فمن ناحية فإن مبدأ العينية لا يطبق على ما نص عليه الشارع ، ذلك أنه تطلب أن تكون الجريمة معاقباً عليها فى القانون الأجنبي ، وهو ما يخالف مبدأ العينية الذى يفترض أن الجريمة المرتكبة بالخارج قد وقعت على المصالح الأساسية للوطن ، ومن ثم لا يشترط أن يكون الفعل مجرمًا فى مكان ارتكابه. ومن ناحية ثانية فإن مبدأ شخصية قانون العقوبات لا يسرى هو الآخر ، ذلك أن الشارع لم يوجب أن يكون مرتكب الجريمة مصرى الجنسية كما أنه لم يوجب عودته إلى الوطن ، ومن ثم فلا يعد ما نص عليه الشارع تطبيقاً لهذا المبدأ. ويخالف ما نص عليه الشارع المصرى أيضاً مبدأ عالمية نصوص قانون العقوبات ، ذلك أن الفرض فى هذا المبدأ هو امتداد القانون الوطنى إلى بعض الجرائم التى

(١) المستشار سرى صيام : ص ٧.

ترتكب بالخارج والتي تتصف بالجسامة ومساسها بمصلحة الإنسانية والمجتمع الدولى ، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت هذه الأفعال مجرمة فى مكان ارتكابها أم لا ، ومثالها جرائم الحرب وإبادة الجنس. أما ما نص عليه الشارع المصرى من وجوب أن يكون الفعل مجرمًا بالخارج فهو أمر يخرج عن نطاق تطبيق مبدأ العالمية.

وفى تقديرنا فإن خطة الشارع المصرى تستعصى على التبرير: فهو يمد تطبيق قانون غسل الأموال إلى أفعال على الرغم من وقوعها بالخارج ولا تتصل بالمصالح الوطنية أو بإقليم الدولة اتصالاً وثيقاً ؛ بل أنها قد ترتكب من أشخاص أجانب. وهذه الخطة تؤدي إلى توسع غير مقبول فى اختصاص القانون المصرى لا يقتضيه مصلحة ولا يستلزمه ضرورة ، وهو ما يثير التساؤل عن العلة من ذلك؟.

ومن وجهة أخرى فإنه على الرغم من الاختصاص الفضايف الذى نص عليه الشارع ، فإنه قيده بوجود أن يكون غسل المال أو الجريمة مصدر المال معاقباً عليها فى القانونين المصرى والأجنى. وهذا القيد من شأنه أن يحول دون تطبيق القانون المصرى على أفعال تشكل غسلًا للمال وتمس الإقليم الوطنى ولكنها غير مجرمة فى القانون الأجنى ، ومثال ذلك أن يتم تحويل مبالغ مالية من دولة لا يجرم قانونها غسل الأموال إلى داخل مصر وتكون متحصلة من الاتجار فى المخدرات. فطبقاً لنص المادة الثانية فإنه يجب أن تكون جريمة غسل الأموال معاقباً عليها فى القانون الأجنى ، ومن ثم يخرج هذا التحويل عن نطاق التجريم طبقاً لقانون مكافحة غسل الأموال. بل إن القانون يفرغ من مضمونه تماماً إذا قام الجناة باتخاذ دولة لا تجرم غسل الأموال محطة لها لإدخال هذه الأموال إلى مصر ، وهو ما يجعل الخطة التشريعية التى تبناها الشارع المصرى تتسم بالغموض.

– إثبات الجريمة السابقة التى تحصل منها المال:

أثار إثبات الجريمة مصدر المال غير المشروع بعض الصعوبات واختلفت وجهة القضاء المقارن فى الحل الذى تأخذ به. وتثور مشكلة إثبات الجريمة السابقة إذا لم تحرك الدعوى الجنائية عنها أصلاً أو قامت النيابة العامة بحفظها لعدم توافر الأدلة أو لغياب ركن أو عنصر فى الواقعة ، أو فى حالة

القضاء بالبراءة في الجريمة الأصلية مصدر المال ، فهل يجوز مع ذلك إثبات توافر هذه الجريمة ، ومن ثم توافر جريمة غسل الأموال إذا استكملت باقى أركانها؟.

ذهب الفقه والقضاء الألمانيان إلى أن توافر سبب من الأسباب السابقة يعتبر ذلك بمثابة "عقبة واقعية"^(١) تحول دون تطبيق نص تجريم غسل الأموال. ومفاد ذلك أن مجرد توافر الاحتمال بوقوع الجريمة مصدر المال غير كاف ، كما أنه لا يكفي أيضاً توافر الدلائل الكافية للإحالة في هذه الجرائم إلى القضاء^(٢). وإذا كانت بعض هذه الجرائم يسهل إثباتها ؛ فإن البعض الآخر قد يكون من الصعب إقامة الدليل عليها ، وهو ما يؤدي من الناحية الواقعية إلى صعوبة توافر أركان جريمة غسل الأموال^(٣). ومما يبرر خطة الشارع الألماني في التشدد في إثبات الجريمة مصدر المال ، أن من التخفيف من هذا الإثبات أن ينال من حق المتهم في افتراض براءته ، وهو مبدأ دستوري أقره الدستور الألماني ولا يجوز التضحية به ، وقد تبنت هذا التفسير المحكمة الاتحادية الألمانية^(٤).

ويتوسع القضاء الأمريكي في إثبات الجريمة السابقة إذ يكفي بمجرد توافر علم المتهم بأن المال متحصل عن نشاط إجرامي. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كانت المعلومات المسجلة عن الجاني والتي تم استخلاصها من شبكة المعلومات قد أظهرت عدم كفاية دخله المشروع لتمويل نفقات باهظة نقداً ، فإن هذه المعلومات يمكن أن تشكل دليلاً على أن الشاحنة التي اشتراها المتهم إنما كانت بمال هو حصيلة بيع المخدرات^(٥).

ويكتفى القضاء الفرنسي بأن يتم تحديد الجريمة السابقة استناداً إلى الوقائع الكافية^(٦). وهو ما يعنى قيام الأدلة أو القرائن على أن هذه الأموال ناتجة من جنابة أو جنحة^(٧). وتتماثل جريمة

(١) "faktische Anwendungsblockade".

(٢) HERZER (Wolfgang): *Finanzbehörden im Kampf gegen Geldwäsche und organisierte Kriminalität, Juristische Rundschau (1999) , S.142 .*

(٣) Herzer , S.142.

(٤) BGHSt 40, 371 , 373.

(٥) U.S.v Cruz (1993) , *Mudinger & Zalopany : p.47.*

(٦) RIFFAULT (Jacqueline): *Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé , (1999) , p.236.*

غسل الأموال مع إخفاء الأشياء في أنه لا يلزم أن يقضى بالإدانة على الفاعل في الجريمة الأصلية أو أن لا يمكن تحريك الدعوى الجنائية ضده. وتطبيقاً لذلك فإنه لا يحول دون توافر جريمة غسل الأموال أن يقضى ببراءة الجاني في الجريمة الأصلية ، ويستوى في هذه البراءة أن تكون مؤسسة على امتناع المسؤولية كالإكراه أو صغر السن أو تقادم الدعوى ، أو توافر مانع من موانع العقاب^(٢). كما أنه لا ينال من قيام الجريمة التي تحصل منها المال أن لا تتم إحالتها إلى القضاء أصلاً لعدم معرفة فاعلها أو وفاته أو عدم تقديم الشكوى^(٣). وإذا أسست البراءة في الجريمة الأصلية على أسباب تتصل بنفى ارتكاب الجاني لها كعدم توافر الأدلة على ارتكابها أو عدم كفايتها ، فإن ذلك ليس مؤداه عدم وقوع الجريمة الأصلية ، إذ قد يقوم شخص آخر بارتكابها ويقوم بغسل الأموال شخص ثالث ، فلا يلزم لتوافر شرط الجريمة السابقة أن يصدر حكم بالإدانة على شخص معين في الجريمة الأصلية^(٤).

وفي تقديرنا فإن سكوت الشارع المصري في قانون مكافحة غسل الأموال عن تحديد كيفية إثبات الجريمة السابقة قد يؤدي إلى التخفيف في درجة الدليل المتطلب لإثباتها وإلى الاكتفاء بمجرد الدلائل ، وهو أمر سيؤدي إلى المساس بالحرية الفردية ، وينطوي على مكافأة سلطات الضبط والتحقيق عن عجزها في إثبات الجريمة الأصلية.

– مدى جواز اتحاد الجاني في الجريمة السابقة وجريمة غسل الأموال؟ –خطة التشريعات المقارنة: ثار التساؤل عن مدى جواز اتحاد الجاني في الجريمة السابقة التي أنتجت المال وجريمة غسل هذا المال؟.

ذهبت وجهة من التشريعات المقارنة إلى إجازة ذلك ؛ بينما لم تر وجهة أخرى الأخذ بهذه الوجهة. وقد تبنت الوجهة الأولى اتفاقية استراسبورج لسنة ١٩٩٠ ، إذ أجازت أن يكون

(١)الدكتور غنام محمد غنام: ص ٣١.

(٢)Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.14-16.

(٣)Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.14 , 16.

(٤)الدكتور غنام محمد غنام: ص ٣٢.

الجاني في جريمة غسل الأموال هو ذاته في الجريمة الأصلية التي تحصل منها المال (المادة السادسة في فقرتها الثانية ب^(١)). ولم يكن الشارع الألماني يميز أن يكون مرتكب الجريمة الأصلية وغسل الأموال شخصاً واحداً ؛ غير أن أنه بموجب تعديل نص المادة ٢٦١ سالف الذكر بقانون إبريل ١٩٩٨ ، أصبح من الجائز أن يتحد الجاني في الجريمتين ، وعلى ذلك يكفي أن يكون الجاني واحداً في الجريمة التي تحصل منها المال وفي جريمة غسل الأموال معاً^(٢). وتتفق هذه الخطة مع خطة القانون البلجيكي الذي أدخل تعديلاً على جريمة غسل الأموال بقانون ٧ إبريل سنة ١٩٩٥ عدل بمقتضاه نص الفقرة الثانية من المادة ٥٠٥ من قانون العقوبات على نحو يجوز معه اعتبار الفاعل الأصلي أو مع غيره أو الشريك في الجريمة الأصلية التي تحصل منها العائد غير المشروع ، فاعلاً في جريمة غسل الأموال^(٣).

وقد ثار الأمر أمام القضاء الأمريكي بمناسبة واقعة اتم فيها شخص بتهمتي الاستيلاء وغسل الأموال المتحصل عن فعل الاستيلاء ، إذ دفع المتهم بأن إدانته عن التهمتين ينطوي على تعدد في العقوبات الموقعة عليه من أجل جريمة واحدة ، ذلك أن فعل الاستيلاء يشكل عنصراً ضرورياً في الركن المادي لجريمة غسل الأموال ، غير أنه قضى برفض هذا الدفع تأسيساً على الاستقلال بين الجريمتين ، وأن إدانة المتهم عن تهمة غسل الأموال لا تتضمن مخالفة قاعدة عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد مرتين^(٤).

وعلى العكس من الوجهة السابقة فإن الفقه والقضاء الفرنسيين يميلان إلى تبني وجهة مغايرة ، وذلك أخذاً بالقاعدة التي قررها القضاء في جريمة إخفاء الأشياء والتي تقضى بعدم جواز أن يتحد الجاني في الجريمة الأصلية والجاني في جريمة الإخفاء ، إذ لا يعدو نشاط الجاني في هذه الحالة أن يكون امتداداً للجريمة الأصلية. ويستند الفقه الفرنسي إلى حجة أخرى مفادها أن أفعال "المساعدة والمساهمة" التي نص الشارع الفرنسي على اعتبارها من أفعال غسل الأموال تقتضي أن يكون

^(١) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.7.

^(٢) Maurach / Schroeder / Maiwald : § 101 III , S.440 ; Kress , S.125.

^(٣) Riffault ,p.245.

^(٤) United States v. Edgmon (10th Cir. 1991) Schuck & Enterlack , p.890.

الجاني فيها شخصاً آخر بخلاف الجاني في الجريمة الأصلية^(١). ويلاحظ أن الشارع الفرنسي قد أجاز في جريمة غسل الأموال المتحصلة من جريمة من جرائم الجمارك والتي نص عليها في المادة ٤١٥ من قانون الجمارك أن يتحد الجاني في الجريمتين^(٢).

وجريمة الإخفاء في نظر الفقه والقضاء المصريين هي جريمة مستقلة بذاتها عن الجريمة التي تحصل الشيء منها ، ولا يعتبر الإخفاء اشتراكاً في هذه الجريمة أو مساهمة فيها ، ولا يتصور وقوعهما من شخص واحد^(٣) ، لأن فعل الإخفاء في ذاته إذا وقع من الجاني في الجريمة الأصلية يعتبر نشاطاً مكماً لنشاطه الأصلي ، ولا يعد جريمة مستقلة ، فمن يقيم ببيع شيء سرقه ، لا يعتبر فعله إخفاءً.

- سكوت الشارع المصري عن بيان مدى جواز اتحاد الجاني في الجريمتين: لم يواجه الشارع في قانون غسل الأموال فرض اتحاد الجاني في الجريمتين ، ومن ثم فإن التشريع خلا من حكم يطبق في حالة قيام الجاني في الجريمة الأصلية بغسل المال الذي حصل عليه منها. وسوف يؤدي سكوت الشارع عن معالجته إلى أن يصبح كافة المساهمين في الجرائم التي نصت عليها المادة الثانية جناة في نفس الوقت بغسل الأموال ، لأنه يندر ألا يقوم الجاني في هذه الجرائم بالتصرف أو التعامل في المال الذي تحصل من الجريمة الأصلية ، وهو ما يؤدي إلى جعل جريمة غسل الأموال القاسم المشترك في هذه الجرائم. والأخذ بعموم نصوص قانون مكافحة غسل الأموال سوف يؤدي إلى اتساع في نطاق تطبيق هذا القانون اتساعاً قد لا يلتقي مع قصد الشارع نفسه.

(١) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.6.

(٢) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.7.

(٣) نقض ٢٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٣ ، رقم ١٠٩ ، ص ٤٩٢ .

الدكتور عبد العظيم مرسى وزير: المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال ، (١٩٨٧) ، رقم ١٨-١٩ ، ص ٤١-٤٢.

وهذه الخطة معينة من وجهة أخرى هو أن الجناة في غير الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية سوف يكون بوسعهم التصرف في المال المتحصل عن جرائمهم دون أن يخشوا خطر محاكمتهم بتهمة غسل المال.

ويلاحظ أنه لا يجوز القول بان الشارع قد سكت عن هذا الفرض نظراً لأن الوجهة السائدة في الفقه والقضاء المصرين هي النظر إلى جريمة إخفاء الأشياء باعتبار أنها جريمة مستقلة تتطلب أن يكون الجاني فيها غير الذى ارتكب الجريمة الأصلية ، ذلك أنه كما سبق الذكر فإن وجهة التشريع والقضاء المقارن في غسل الأموال تميل إلى جواز اتحاد الجاني في الجريمتين.

وفي تقديرنا أنه كان يجدر بالشارع المصرى صراحة على عدم جواز اتحاد الجاني في الجريمتين ، ذلك أن مقتضى مساءلة الجاني فيهما أن يؤدي إلى إهدار مبدأ عدم جواز محاكمة متهم عن فعل واحد مرتين. ولا يسوغ القول - كما قرر القضاء الأمريكى - بأن النشاط الإجرامى في الجريمتين مختلف ، ومن ثم يجوز إدانة الجاني في الجريمتين. ذلك أنه في تقديرنا أن نشاط غسل الأموال إذا ارتكبه الفاعل في الجريمة السابقة ينطوى على تكملة للنشاط الأصلي الذى تحصل منه المال ، فكلاهما مشروع إجرامى واحد ، فالجاني في السرقة أو الاختلاس لا يصح اعتباره فاعلاً في جريمة غسل الأموال إذا قام بالتصرف في هذا المال على أى وجه.

٢٥ - مدلول المال موضوع جريمة غسل الأموال:

- خطة الشارع المصرى: حدد الشارع المقصود بالمال في البند (أ) من المادة الأولى من قانون مكافحة غسل الأموال بأنها "العملة الوطنية والعملات الأجنبية والأوراق المالية والأوراق التجارية ، وكل ذى قيمة من عقار أو منقول مادي أو معنوي ، وجميع الحقوق المتعلقة بأى منها ، والصكوك والمحركات المثبتة لكل ما تقدم".

- خطة التشريعات المقارنة في تحديد مدلول المال:

جعل الشارع الأمريكى محل الجريمة "العائدات والأموال" فقد نص في المادة ١٩٥٦ من تقنين الولايات المتحدة على تجريم التعامل المتضمن "عائدات متحصلة من نشاط معين غير مشروع". ولم يعرف الشارع الأمريكى تعبير "العائدات" ، وهو ما دعا بعض الفقه إلى القول بأن من شأن

غياب هذا التعريف أن يصم نص التجريم بالغموض^(١). غير أن القضاء الأمريكي لم يؤيد هذه الواجهة ، إذ قضى بأن تعبير "العائدات" في تطبيق تشريع غسل الأموال يتسم بالوضوح^(٢). وأن إغفال المحكمة تعريف العائد في جرائم غسل الأموال لا يجعل الحكم مشوباً بعيب الغموض^(٣)(٤). كما استخدم الشارع الأمريكي أيضاً تعبير "المال المتحصل من جريمة"^(٥) (المادة ١٩٥٧).

ومن المتفق عليه في نظر الفقه والقضاء الألمانيين أن موضوع الجريمة لا يقتصر فحسب على المال ؛ وإنما يتسع ليشمل كل "شيء"^(٦) ذو قيمة مالية مصدره فعل غير المشروع صدر من الغير^(٧). وهو ما حدا بالشارع الألماني إلى النص على "الشيء" وليس "المال" كموضوع للجريمة. وترجع هذه التوسعة في مدلول المال إلى ما قام به الشارع الألماني من تعديل لنص المادة ٢٦١ من قانون العقوبات بموجب قانون مكافحة الجرائم الصادر في سنة ١٩٩٤^(٨) ، على نحو صار معه "الشيء" هو المحل الذي تنصب عليه جريمة غسل الأموال.

وقد استخدم الشارع الفرنسي تعبيرى "أموال" أو "دخول" . وهذان التعبيران يتسعان ليشملا كل شيء له قيمة ويمكن أن يكون محلاً للحكم بالمصادرة. وقد كان الشارع الفرنسي يستخدم تعبير "مصادر" ، ثم استبدل هذا التعبير بقانون ١٣ مايو سنة ١٩٩٠ وأحل محله تعبير "دخول" ، وعلّة هذا التعديل أن الشارع قد أراد أن يشمل هذا التعبير الأخير المزايا والفوائد غير المباشرة التي يتحصل عليها الجاني من الجريمة الأصلية ولا يمكن اعتبارها من قبيل الأموال أو المصادر في التعبير

(١) *Androphy* , § 22.02 , p.720.

(٢) *United States v. Mainieri* , *Androphy* , § 22.02 , p.721.

(٣) "void for vagueness".

(٤) *United States v. McLamb* (4th Cir.1993) , *Schuck & Enterlack* , p.895.

(٥) "criminally derived property".

(٦) "Gegenstand".

(٧) *CEBULLA (Mario): Gegenstand der Geldwäsche* ,(Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht) , (1999) , S.281 ; *Bernsmann* , S.46 ; *Barton* , S.159

(٨) *Krey*, Rn.605 a , S. 320.

الدقيق لهذين التعبيرين^(١). ثم نص صراحة في المادة ٣٢٤-١ من قانون العقوبات الحالي على تجريم غسل "الأموال أو الدخول" الناتجة من الجريمة مباشرة أو غير مباشرة. ومن المستقر عليه في نظر الفقه والقضاء المقارنين إعطاء مدلول متسع للمال يلتقى مع علة التجريم: وتطبيقاً لذلك قضى القضاء الأمريكى أن "للعائدات المتحصلة عن الجريمة معنى يتجاوز مجرد النقود السائلة"، وكانت وجهة بعض هذه المحاكم في ذلك هي اتباع وجهة الشريعة العامة الإنجليزية والتي تعطى مدلولاً واسعاً للعائد على نحو يشمل معه الشيء المالى ولو لم يتم بعد شراؤه بالمال المتحصل من نشاط غير مشروع^(٢).

وقد استقر الفقه والقضاء الألمانيان على إعطاء مدلول لتعبير "الشيء" أوسع من المدلول الذى يقرره القانون المدنى له، على نحو صار معه يشمل معه كل شيء منقول أو غير منقول له قيمة مالية معتبرة، ويدخل في مدلول الشيء الحقوق؛ بل وحتى الديون يمكن أن تكون موضوعاً للجريمة^(٣). ويتسع مدلول المال ليشمل النقود والأوراق المالية والأسهم والسندات وحصص الشركات وغيرها^(٤). ويدخل في مدلول المال: مقايضة سيارة بأسهم مزيفة^(٥)؛ الحصول على ائتمان ناتج من التضخيم المصطنع للرصيد البنكى^(٦). كما يدخل في مدلول المال "الحقوق المالية"، ويتسع مدلول "الحق" الذى يصلح موضوعاً للجريمة ليشمل كل مركز مالى يمكن تقويمه ويقبل النقل إلى الغير على وجه الاستقلال، ويصلح أن يكون محلاً لاقتضاء الحقوق بطريق الحجز عليه طبقاً لأحكام التنفيذ الجبرى^(٧).

نخلص مما تقدم إلى أن خطة التشريعات المقارنة الرئيسية التى تجرم غسل الأموال لا تنطوى على تحديد المقصود بالمال محل الجريمة تاركة الفقه والقضاء استخلاص هذا المدلول.

^(١) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.45.

^(٢) United States v. Werber (1992) , Schuck & Enterlack , p.895.

^(٣) Krey, Rn.605 a , S. 320 ; Cebulla , S.281 ; Barton , S.159 .

^(٤) Maurach / Schroeder / Maiwald : § 101 III , S.443.

^(٥) United States v. Weber (1992), Madinger & Zalopany : p.47.

^(٦) Madinger & Zalopany : p.47.

^(٧) Cebulla , S.282.

- تقدير خطة الشارع المصرى في تحديده لمدلول المال : في تقديرنا أن الشارع لم يكن بحاجة إلى تحديد مدلول المال: فمن المقرر أن تعبير "المال" يشمل النقود سواء أكانت وطنية أم أجنبية ، ويشمل أيضاً العقار والمنقول مادياً أو معنوياً ، كما يشمل جميع الحقوق المتعلقة بأى منها ، والصكوك والمحركات المثبتة لها. وقد كان من الأجدد بالشارع المصرى أن ينص على تعبير "المال" ويترك للفقه والقضاء استخلاص مدلول هذا التعبير على النحو الذى يتفق مع علة التجريم وهى خطة الكثير من التشريعات المقارنة كما سبق الذكر. والشارع المصرى ذاته قد اتبع هذه الخطة في عدد كبير من الجرائم مثل جرائم السرقة والنصب. إذا كان الشارع المصرى قد لجأ إلى تحديد مدلول المال تحديداً حصرياً ، وقصده في ذلك التوسع في مدلول المال على نحو يؤدي إلى استيعاب نطاق التجريم للعديد من صور غسل الأموال^(١)؛ غير أن هذه الخطة مع ذلك لم تحقق علتها ، بل إنها على العكس قد أدت إلى التضييق من نطاق الجريمة. وتفسير ذلك أن التحديد التشريعي لمدلول المال يضع قيوداً على القاضى لا يستطيع بمقتضاه أن يتجاوزه وأن يمد تعبير المال لصور لم ترد بالنص ، وإلا خالف ذلك مبدأ الشرعية. وقد أدت خطة الشارع المصرى إلى خروج بعض الصور من نطاق الجريمة ومن ذلك على سبيل المثال المعلومات الناتجة عن التجسس الصناعى والتجارى والمعلومات التكنولوجية والبرمجيات^(٢).

وقد كان بمقدور الشارع المصرى أن يتجنب تحديد مدلول المال محل الجريمة بأن ينص على صور للأفعال التى تشكل غسلاً للمال تنطوى بطريق اللزوم على مدلول المال الذى يريد الشارع النص عليه ، من ذلك على سبيل المثال ما نص عليه الشارع الأمريكى في المادة ١٩٥٦ من تجريم "التعامل المالى" الذى يشمل كل عمل تجارى يتضمن تحويلاً أو تداولاً للمال باعتباره وسيلة نقدية. وتعبير "الوسيلة النقدية" يشمل العملات النقدية الوطنية والأجنبية ، كما يشمل الشيكات

(١) انظر في هذه العلة: المستشار سرى محمود صيام: التشريع المصرى لمكافحة غسل الأموال وآليات تفعيله ، ص ٣.

(٢) Cebulla , S.281-282.

الشخصية والسياحية والبنكية ، والأوامر المالية المتضمنة تكليفاً بالدفع ، والأسهم والسندات القابلة للتداول^(١).

§ ٣- الأفعال المشككة لغسل المال

- خطة الشارع المصرى فى النص على هذه الأفعال:

نص الشارع فى المادة الأولى (ب) من قانون مكافحة غسل الأموال على أن "غسل الأموال هو كل سلوك ينطوى على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمائها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب فى قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ،".

ويبدو من خطة الشارع المصرى أنه تأثر بعدد من التشريعات المقارنة والاتفاقيات والتوصيات الدولية ، فجمع من نصوصها أكبر عدد ممكن من الأفعال التى تشكل الركن المادى فى غسل الأموال^(٢) ؛ غير أن لكل تشريع من هذه التشريعات خطة مستقلة عن غيره من التشريعات: فقد يستخدم تشريع تعبيراً يستوعب أفعالاً نص عليها تشريع آخر ، وفى هذه الحالة يجب الوقوف على مدلول هذا التعبير فى نظر التشريع الذى نص عليه. أما أخذ تعبير ما من تشريع وآخر يشتمل على ذات المعنى من تشريع آخر فإن ذلك من شأنه أن يؤدى إلى التزيد الذى يجب أن يتزه عنه التشريع كما أنه قد يضيف غموضاً على المعنى الذى قصده الشارع. ونشير فى إيجاز إلى خطة التشريعات المقارنة ، ثم نبين تقدير خطة الشارع.

- خطة التشريعات المقارنة فى تحديد أفعال غسل الأموال:

تأثر الشارع المصرى بما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية فيينا والمادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع فى المخدرات من نصهما على أفعال "تحويل ونقل الأموال وإخفاء

(١) *Androphy* , § 22.02 , p. 721.

(٢) انظر فى ذلك: المستشار سرى محمود صيام: ص ٤.

أو تمويه حقيقة هذه الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها ، أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها واكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال" (١).
و يجرم الشارع الأمريكي في المادة ١٩٥٦ على طائفتين من أفعال غسل الأموال هما : "التعامل ونقل مال متحصل من جريمة" . كما أنه أضفى الشرعية على أفعال التحريض الصوري لضبط هذه الجرائم. وقد اعتبر الشارع الأمريكي "التعامل المالى" (٢) صورة من صور الركن المادى فى جرائم غسل الأموال. ومدلول التعامل المالى ليس مقصوراً على التعامل البنكى أو غيره من المؤسسات المالية ؛ وإنما يفسر تفسيراً واسعاً على نحو يشمل معه من الناحية الواقعية أى تبادل للمال بين شخصين (٣). ويتسع مدلول التعامل ليشمل التسليم المادى للمال ، فمجرد نقل المال وتسليمه لآخر يكفى لتوافر التعامل (٤). وإذا كان التعامل المالى يجرى من خلال مؤسسة مالية ؛ فإن مدلوله يتسع ليشمل كل عملية تجارية يمكن أن يتصور القيام بها من خلال المؤسسة ، مثال ذلك البيع أو الشراء أو الهبة أو الرهن أو التحويل أو الإيداع وغيرها من الصور (٥). ويتسع مدلول تعبير التعامل النقدي ليشمل الإيداع والسحب والتحويل والاستبدال للأدوات النقدية والمالية (٦)

(١) انظر فى بيان هذين النصين الدكتور على عبد القادر القهوجى: مدلول الإجرام الدولى ، مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة فى عصر العولمة الذى نظمتة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١ ، المجلد الثانى ، ص ١٠ ؛ الدكتور هدى حامد قشقوش: جريمة غسل الأموال فى نطاق التعاون الدولى ، دار النهضة العربية ، (١٩٩٨) ، ص ٥-٦ .

(٢) "Financial Transaction".

(٣) Strafer , p.193.

(٤) والتعامل المالى المقصود يتضمن نقلاً لحق مالى على وجه المقايضة ، وتطبيقاً لذلك يعد تعاملًا مالياً: بيع سيارة ؛ تحرير شيك سواء لسداد الثمن للبايع الذى قدم الخدمة ؛ توزيع عائدات المخدرات ؛ تحويل الشيكات التى يجررها البنك على نفسه "Cashier's Check". السداد عن طريق إصدار أوامر دفع إلى أحد البنوك ؛ إيداع عائدات نقدية فى أحد صناديق الإيداع الآمنة

Strafer , p.194; Schuck & Enterlack , p.892.

(٥) Androphy , § 22.02 , p.722 .

(٦) Androphy , § 22.02 , p.727.

وقد نص الشارع الأمريكي في الطائفة الثانية لجرائم غسل الأموال المنصوص عليها في المادة ١٩٥٦ على ثلاث جرائم منفصلة تتعلق بنقل أو إرسال أو تحويل الأموال المتحصلة من جريمة. وتتحد هذه الجرائم في ركنها المادى فهو "نقل أو إرسال أو تحويل وسائل مالية إلى داخل أو خارج الولايات المتحدة الأمريكية أو الشروع في ذلك"^(١). وعلى خلاف المادة ١٩٥٦ فإن الشارع الأمريكي نص في المادة ١٩٥٧ على معاقبة كل من "يساهم في تعامل ينطوى على مال متحصل من جريمة"^(٢) تبلغ قيمته أكبر من عشرة آلاف دولار أمريكي وناتج من نشاط إجرامى معين. ولا تتطلب هذه الصورة من جرائم غسل الأموال أن يقوم متلقى المال بتحويله أو بغسله ، ولا أن تتوافر لديه أية نية لارتكاب فعل آخر أو أن يقوم بإخفائه وبهذا يختلف مدلول التعامل في هذه الصورة عن جريمة التعامل المنصوص عليها في المادة ١٩٥٦ والتي تتطلب قصداً خاصاً لدى الجاني ، وهو ما يعنى أن نطاق جريمة التعامل طبقاً للمادة ١٩٥٧ يتسم بالاتساع^(٣).

وقد نص الشارع الألماني في المادة ٢٦١ من قانون العقوبات على طائفتين من الأفعال التي تشكل غسلاً للمال. وفي الطائفة الأولى جرم الشارع الألماني قيام الجاني بإخفاء مصدر المال المتحصل من نشاط إجرامى ، غير أنه قد أوجب أن يتم ذلك الإخفاء بعدة وسائل هي: حجب مصدر هذا المال أو إعاقة أو التعريض للخطر كشف حقيقة هذا المال أو العثور عليه أو الاهتداء إليه أو مصادرته أو ضبطه. وقد جرم الشارع الألماني كذلك تعطيل كشف مصدر المال كلية أو تعريض العثور على هذا المال للخطر^(٤). والتعريض للخطر يتطلب ضابطاً قوامه توافر "التهديد الجسدى" بإعاقة التوصل إلى الشئ موضوع الجريمة ، ويكفى لتوافره إبعاده عن سيطرة فاعل الجريمة الأصلية التي تحصل منها^(٥). وفي الطائفة الثانية جرم الشارع الألماني "كل من حصل لنفسه أو

(١) *Androphy* , § 22.02 , p.725 ; *Strafer* , p.162.

(٢) "engage in a transaction involving criminally-derived property".

(٣) *Schuck & Enterlack* , p.886.

(٤) *Maurach / Schroeder / Maiwald* : § 101 III , S.445.

(٥) *LAMPE (Ernst-Joachim): Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)* , *Juristische Zeitung* , 1994 , S.128.

للغير وكل من قام بحفظ شيء متحصل عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند الأول من المادة المذكورة أو استخدمه لنفسه أو للغير^(١).

وقد نص الشارع الفرنسي في القسم الأول من المادة ٣٢٤-١ من قانون العقوبات على أن : "غسل الأموال هو واقعة تسهيل التبرير الكاذب ، بأى وسيلة كانت ، لمصدر مال أو دخل للجاني في جنابة أو جنحة ، تحصل منها على فائدة مباشرة أو غير مباشرة. كما يشكل غسلاً للمال أيضاً فعل تقديم مساعدة في عملية توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجنابة أو جنحة^(٢). وقد نص الشارع الفرنسي على طائفتين من الأفعال يتبلور فيهما الركن المادى لجريمة غسل الأموال في صورتها العامة: الأولى هي "تسهيل التبرير الكاذب لمصدر المال" ، والثانية هي "المساهمة في توظيف أو إخفاء أو تحويل هذا المال". ولا يتطلب تسهيل التبرير الكاذب أن يكون الجاني قد استعمل طرقاً احتيالية ؛ وإنما يكفي لقيامه أن يكون التبرير كاذباً ، أيا كانت مقدار حسامة هذا الكذب ، ذلك أن الشارع الفرنسي لم يتطلب وسيلة معينة لحصول هذا التبرير^(٣). وقد جرم الشارع الفرنسي المساهمة في أفعال "التوظيف أو الإخفاء أو التحويل"^(٤).

وإلى جانب الجريمة العامة لغسل الأموال فإن الشارع الفرنسي نص على صور متفرقة للجريمة إذا كانت متحصلة من نشاط إجرامي معين ، ومثال ذلك تجريم غسل الأموال المتحصلة من جرائم

(١) Lampe, S.128.

(٢) Art. 324-1. " Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit"

(٣) Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.20, no.37.

(٤) Riffault , p.234.

المخدرات المادة ٢٢٢-٣٨ من قانون العقوبات^(١) ؛ التعامل في أموال متحصلة عن جريمة من جرائم الجمارك المادة ٤١٥ من قانون الجمارك^(٢) ؛ غسل الأموال المتحصلة عن جرائم الدعارة أو القوادة^(٣).

- تقدير خطة الشارع المصرى فى نصه على الأفعال المشكلة لغسل الأموال: يؤخذ على صياغة الشارع المصرى للمادة الأولى (ب) نصها على تعريف غسل الأموال بأنه كل سلوك ينطوى على اكتساب أموال أو حيازتها أو". وعبارة "كل سلوك ينطوى" الواردة

(١) بموجب هذا النص عاقب الشارع الفرنسى على واقعة التسهيل ، بأية وسيلة كانت ، للتبرير الكاذب لمصدر المال أو دخل الجاني لجريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٢٢٢-٣٤ إلى ٢٢٢-٣٧ أو تقديم مساعدة فى عملية توظيف أو إخفاء أو تمويل العائد لواحدة من هذه الجرائم. "وعلة احتفاظ الشارع الفرنسى بتجريم هذه الصورة الخاصة رغم إنشائه لجريمة عامة لغسل الأموال هو الرغبة فى احترام اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٨ أنه أراد تطبيق القواعد الإجرائية الخاصة التى قررها لمكافحة جرائم المخدرات فى الاتهام والتحقيق والمحاكمة على جرائم غسل الأموال المتحصلة من الاتجار فى المخدرات ومن أمثلة هذه الإجراءات الخاصة بإجراءات: القبض ؛ التفتيش ؛ التحفظ ؛ الحجز ؛ الإجراءات التحفظية ؛ انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة ؛ الإكراه البدن ؛ إعفاء مأمورى الضبط القضائى من المسؤولية. Culioli , art.324-1 à 324-9 , fasc.10, no.4 , p.7.

(٢) وبموجب هذا النص عاقب الشارع على أفعال "التصدير أو الاستيراد أو التحويل أو المقاصة لعملية مالية بين فرنسا والخارج أو الشروع فى ذلك ، وذلك إذا انصبت هذه العملية على أصول يعلم الشخص بكونها متحصلة مباشرة أو غير مباشرة عن إحدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون الجمارك أو عن إحدى الجرائم التى تقع بالمخالفة للنصوص المتعلقة بالمواد أو النباتات المخدرة" وانظر فى هذه أحكام هذه المادة قبل تعديلها بقانون غسل الأموال لسنة ١٩٩٦.

- JEANDIDIER (Wilfrid): *Droit pénal des affaires* , 2 édition , Dalloz , Paris , (1996) , np.182 , p.207.

(٣) نص الشارع الفرنسى على صورتين من غسل الأموال المتحصلة عن جرائم الدعارة أو القوادة : الأولى هى تسهيل التبرير الكاذب لدخول وهمية لأحد القوادين ، والثانية العجز عن تبرير دخول تزيد عن تلك الناتجة من حياته المألوفة مع معاشته لشخص اعتاد على ممارسة الدعارة أو ارتباطه بصفة معنادة بشخص أو أكثر يمارس الدعارة (المادتان ٢٢٥-٦ ، ٢٢٥-٧ من قانون العقوبات).

في النص هي عبارة لا محل لها وتنطوي على تزييد واضح ، لأن غسل الأموال يتطلب توافر أفعال يتحقق بها الركن المادى ، أو أن تشكل هذه الأفعال بدءاً في التنفيذ إن توافرت شروطه ، وفي الحالتين كان يكفى النص على ماهية الأفعال المشككة لغسل الأموال دون حاجة إلى إيراد عبارة "كل سلوك ينطوي". والعبارة السالفة الذكر لا تضيف للأفعال التي يتشكل منها غسل الأموال معنى جديداً ، وإذا تم حذفها فلن يتغير هذا المعنى ، فلا شك في أن الأفعال التي تشكل غسلًا للمال تنطوي على سلوك مادي ، وهو الشأن في كافة الجرائم ، فلا قيام لجريمة ما بغير سلوك مادي ، ولذلك فإن النص -في تقديرنا- على أن غسل الأموال هو اكتساب المال أو حيازته أو التصرف فيه" ، يحقق ذات المعنى التي نص الشارع عليه بقوله أن غسل المال هو كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها

وقد حاول واضعو النص تبرير استخدام هذا التعبير بقولهم "أن القانون قد عمد إلى استخدام تعبير سلوك" وهو شائع الاستخدام في الفقه الجنائي ليستوعب جميع الأنشطة التي يراد تأميمها إيجابية كانت أم سلبية وهي متمثلة في الفعل والامتناع. إذ أن الركن المادى لأية جريمة من الجرائم هو السلوك الإنساني، والفعل هو الشكل الإيجابي لهذا السلوك ، والامتناع هو الشكل السلبي له ، ويتحقق الأول عند مخالفة نص قانوني ينهى عن تحقيق فعل أو حدث معين ، ويقوم الثاني عند مخالفة نص قانوني يأمر بالإتيان بفعل معين"^(١).

وفي تقديرنا أن هذا التبرير محل نظر ، ذلك أن شيوع استخدام تعبير "سلوك" في الفقه الجنائي إنما استلزمته مقتضيات شرح وبيان النصوص التشريعية ولا يجوز إيرادها في كل نص تشريعي لأنه من البديهيات التي لا تحتاج إلى النص عليها ، ومن ناحية أخرى فإن شيوع هذا التعبير لم يؤد إلى أن يستعمله الشارع في كافة النصوص الجنائية ، فهو لم يستعمل إلا في أحوال نادرة. ويؤخذ على هذا التبرير من جهة ثالثة القول بأن تعبير السلوك يستوعب النشاط الإيجابي والسلبي ، وهو أمر موضع تأمل إذ أنه لا صلة بين تعبير "السلوك" وبين صورة النشاط الذي يتخذه الركن المادى ،

(١) انظر في تبرير خطة الشارع المصري المستشار سرى محمود صيام: ص ٤ .

والربط بينهما غير صحيح ، وبيان ذلك أن هناك الكثير من جرائم الامتناع لم يستخدم الشارع في النص عليها تعبير السلوك.

ومن ناحية ثانية أورد الشارع المصرى عدة تعبيرات تشكل الأفعال التي يقوم بها الركن المادى في غسل الأموال ، غير أن أكثر هذه الأفعال يمكن أن تندرج في مدلول أفعال أخرى: فالشارع نص على أفعال "الاكتساب والحيازة والتصرف والإدارة والحفظ والاستبدال والإيداع والضمان والاستثمار والنقل والتحويل" ، وفي تقديرنا أنه كان يجدر بالشارع أن يكتفى بالنص على صورتين من الركن المادى لجريمة غسل الأموال فحسب هما "الحيازة والتعامل". وتعبير الحيازة قد فسره القضاء المصرى وأيده الفقه في الكثير من الجرائم مثل جرائم حيازة المواد المخدرة وإخفاء أشياء متحصلة من جريمة ، تفسيراً واسعاً يلتقى مع علة التجريم وقصد الشارع. فالحيازة في نظر القضاء تعنى الاستئثار بالشئ على سبيل الملك والاختصاص ، دون حاجة إلى الاستيلاء المادى عليه ، فيعتبر الشخص حائزاً ولو كان محرز الشئ شخصاً آخر نائباً عنه. ويكفى لاعتبار المتهم حائزاً أن يكون سلطانه مبسوطاً على الشئ ، ولو لم يكن في حيازته المادية(١).

وإذا كانت هذه وجهة القضاء فإن مدلول أفعال اكتساب المال والتصرف فيه وإدارته وإيداعه وحفظه ونقله تدخل جميعاً في مدلول الحيازة ، ويصبح النص على هذه الأفعال تكراراً وتزييداً لا محل له ، وكان الأجدر بالشارع أن يقتصر على إيرادها في المذكرة الإيضاحية للقانون ، فهى أقرب للشرح منها إلى نص محكم يتصف بالإيجاز وهى سمة النصوص التشريعية. وإذا كان الشارع حريصاً على شمول النص لكافة أفعال غسل الأموال ، فإنه كان بمقدوره أن يضيف إلى فعل الحيازة فعل "التعامل" ، وهو كما سبق في خطة التشريع الأمريكى وما فسره القضاء يؤدي إلى استيعاب الكثير من الصور التي نص عليها الشارع المصرى مثل أفعال "الاستبدال والإيداع

(١) انظر مؤلفنا: جرائم المخدرات في التشريع المصرى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، رقم ١١١ ، ص ١٠٩ ، وانظر أمثلة في جرائم حيازة المواد المخدرة: نقض ٨ نوفمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١ ، رقم ١٥ ، ص ٤٣ ؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٧١ ، س ٢٢ رقم ٣٦ ، ص ١٥١ ؛ نقض ١١ فبراير ١٩٧٤ س ١٥ ، رقم ٧٧ ص ٣٩٨ ؛ نقض ١٨ يناير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ١٢ ص ٦٥.

والاستثمار والتحويل والاستثمار" فكل هذه الأفعال يصدق عليها مدلول التعامل المالى ، وما كان الشارع بحاجة إلى هذا التكرار الذى لا محل له .
وهناك بعض التعبيرات التى استخدمها الشارع تتصف بالغموض مثل "التلاعب فى قيمتها" ، فما المقصود بالتلاعب؟ ، وبفرض تحديد مدلول التلاعب ، ألا يعد التلاعب حيازة أو تصرفاً أو استبدالاً أو تحويلاً للمال؟ ، -وهى الأفعال التى نص عليها الشارع- وفى هذه الحالة يكون النص على التلاعب بمجرد تكرار كان يجب أن يتزه الشارع عنه .
وخطة الشارع المصرى من العسير تبريرها إلا فى ضوء تأثره بعدد من التشريعات المقارنة والسبب تختلف خططها التشريعية فى النص على هذه الأفعال مما أدى إلى جمعه بين أكبر عدد ممكن من الأفعال على الرغم من عدم توافر الحاجة التشريعية لذلك .

٤- الركن المعنوى

- خطة الشارع فى النص على الركن المعنوى:

نصت المادة الأولى (ب) من قانون مكافحة غسل الأموال على تعريف غسل الأموال بأنه "كل سلوك ينطوى على إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال".
ومفاد خطة الشارع المصرى أنه أخذ فى تحديده للركن المعنوى بصورة العمد خلافاً لخطة بعض التشريعات التى قد نصت على صورة الخطأ إلى جوار العمد^(١) ؛ غير أن الشارع المصرى لم

(١) نص الشارع الألمانى على صورتين للركن المعنوى المتطلب فى جرائم غسل الأموال: الأولى هى "العمد" ، والثانية هى "الرعونة" *Leichtfertigkeit* . ومدلول الرعونة فى نظر الشارع الألمانى هو أن الجاني كان بمقدوره وباستطاعته هذا العلم ، والرعونة بذلك المدلول صورة من صور الخطأ . وتدلل الأعمال التحضيرية للمادة ٢٦١ من قانون العقوبات على أن الشارع الألمانى قد أراد بنصه على هذه الصورة من صور الركن المعنوى أن

يكتف بالقصد العام ؛ وإنما تطلب توافر نية خاصة لدى الجاني بأن يكون قصده من السلوك أمر من الأمور السابق ذكرها.

– خطة التشريعات المقارنة من حيث النص على القصد الجنائي: تذهب غالبية التشريعات المقارنة إلى الاكتفاء بالقصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة. ومن أمثلة التشريعات التي تبنت هذه الوجهة : التشريع الفرنسي والألماني . ويقتضى توافر هذا العلم أن يعلم الجاني بأن المال موضوع الجريمة متحصل عن نشاط إجرامي معين ، وأن من شأن ما يقوم به من أفعال أن يخفي مصدر هذا المال أو ينطوي على تعامل فيه وإرادة ذلك. ويلاحظ أن مجرد العلم بكون المال متحصلاً من مصدر غير مشروع قد لا يكفي لتوافر القصد ؛ وإنما يجب أن يثبت العلم بأن هذا المال مصدره أحد الأنشطة الإجرامية التي نص الشارع عليها ، ذلك أن مصدر المال قد يكون غير مشروع أو مناف للأخلاق ؛ لكنه مع ذلك لا يشكل جريمة غسل الأموال^(١).

غير أن بعض التشريعات الأخرى لا تكتفى بالقصد العام ؛ وإنما توجب انصراف قصد الجاني إلى غايات معينة ، بحيث ينتفى القصد إذا لم تتجه نية الجاني إليها ، ومن أمثلة هذه الواجهة الأخيرة التشريع الأمريكي إذ أوجب أن ينصرف قصد الجاني في التعامل أو النقل إلى أحد أمور أربعة: الأول إجراء معاملة مالية بنية تشجيع نشاط معين غير مشروع^(٢). والثاني: إجراء معاملة مالية

يتجنب الصعوبات المحيطة بإثبات القصد الجنائي ، وأن يحيط بالحالات التي ينتفى فيها هذا القصد ؛ إلا أنه يبدو فيها خطأ الجاني في الوقوف على حقيقة مصدر المال رغم استطاعته ذلك **Maurach / Schroeder** . **Maiwald : § 101 III , S.446**

وقد أخذ الشارع السويسري بصورتى الركن المعنوي ، فنصت المادة ٣٠٥ مكرراً ثانياً من قانون العقوبات على تجريم غسل الأموال المرتكب عمداً ؛ بينما عاقبت المادة ٣٠٥ مكرراً ثالثاً على الجريمة إذا اتخذت صورة الخطأ. الدكتور محمد محي الدين عوض: ص ١٧٣.

وقد تبنت هذه الواجهة اتفاقية استراسبورج ، إذ أجازت المادة السادسة منها في فقرتها الثانية أن يتخذ الركن المعنوي في الجريمة صورة الخطأ^(٣) *Culioli , art. 324-1 à 324-9 , fasc.20, no.76*.

^(١) *Culioli , art. 324-1 à 324-9 , fasc.20, no.90.*

^(٢) *“with intent to promote the carrying on of specified unlawful activity”.*

بنية التهرب من الضرائب بالمخالفة لنص المادتين ٧٢٠١ ، ٧٢٠٦ من قانون الضرائب على الدخل. وتعلق هاتان المادتان بالتهرب من الضرائب أو تقديم إقرارات غير صحيحة عن الدخل الضريبي^(١). والثالث إجراء معاملة مالية بقصد إخفاء أو ستر طبيعة أو مكان أو مصدر أو مالك في عائدات نشاط معين غير مشروع أو الرقابة عليها^(٢). والرابع: إجراء تعامل مالى بهدف تجنب الإخطار القانوني المتطلب سواء أكان إخطاراً اتحادياً أو بالولاية^(٣). ويلاحظ أن جريمة التعامل الذى يزيد على عشرة آلاف دولار والتي نص عليها الشارع الأمريكى فى المادة ١٩٥٧ سالفه الذكر ، لا تتطلب توافر أى قصد خاص.

وقد أدت صعوبة إثبات القصد الجنائى إلى توسع القضاء الأمريكى فى قبول الأدلة التى تثبت توافر العلم بأن المال متحصل عن جريمة إذ استخلص توافر هذا العلم من مجرد أدلة ظرفية منها وصول شائعات لدى الجاني بأن المال الذى تلقاه من آخر هو حصيلة تجاره فى المخدرات^(٤)، أو توافر قرابة بين الجاني فى غسل الأموال والجاني فى الجريمة مصدر المال ، ومثال ذلك ما قضى به من أن مجرد قيام قرابة الأخوة بين تاجر مخدرات وشقيقته دليل على توافر العلم لديها بأن المال الذى اشترت به عقار هو متحصل من تجارة المخدرات^(٥). ومن الأمثلة أيضاً على توافر الجهل المتعمد أن يتلقى الجاني عمولة تزيد كثيراً عن العمولة السائدة فى السوق دون مبرر ظاهر^(٦). وقد أخذ القضاء الأمريكى بفكرة "الجهل المتعمد"^(٧) أو "التجنب الواعى"^(٨) للقول بتوافر العلم لدى الجاني^(٩). وعلى الرغم من أن مشروع قانون مكافحة غسل الأموال الأمريكى لم يتضمن

(١) أضيفت هذه الصورة من غسل الأموال بموجب قانون ١٨ نوفمبر سنة ١٩٨٨.

Androphy , § 22.02 , p.724.

(٢) "to conceal or disguise the nature, the location , the source , the ownership, or control of the proceeds of specified unlawful activity".

(٣) *Schuck & Enterlack* , p.884 ; *Androphy* , § 22.02 , p.720 ; *Strafer* , p.162.

(٤) *United States v. Antzoulatos (7 th Cir. 1992)* , *Schuck & Enterlack* , p.888.

(٥) *United States v. Cota (2d Cir.1992)* , *Schuck & Enterlack* , note 50 , p.888.

(٦) *Androphy* , § 22.02 , p.721.

(٧) "willful blindness".

(٨) "conscious avoidance or deliberate ignorance".

(٩) *Androphy* , § 22.02 , p.721.

النص على هذه الصورة ، فإن الكونجرس الأمريكى قد قرر أثناء مناقشة هذا المشروع أن ينص على حالة الجهل المتعمد ضمن تعريف العلم في جرائم غسل الأموال ، غير أن النص لم يشمل ، وبقي حكمه قائماً^(١).

- تقدير خطة الشارع المصرى في نضه على القصد الجنائى فى جرائم غسل الأموال: فى تقديرنا أن خطة الشارع المصرى فى نضه على القصد الجنائى فى جرائم غسل الأموال هى خطة محل نظر ، وسوف تفضى إلى الكثير من الصعوبات فى التطبيق ولا سيما فى إثبات توافر هذا القصد: فالشارع لم يكتف بالقصد العام الذى أخذت به الكثير من التشريعات المقارنة ؛ وإنما نص على وجوب توافر قصد خاص قوامه انصراف هذا القصد إلى "إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال".

وإذا كان الشارع المصرى يجرم اكتساب المال أو حيازته أو التصرف فيه أو إدارته أو حفظه أو استبداله أو إيداعه أو ضمانه أو استثماره أو نقله أو تحويله فإن مجرد العلم بأن المال متحصل من جريمة من الجرائم التى نص الشارع عليها فى المادة الثانية من قانون غسل الأموال لا يكفى - وفقاً للقانون المصرى - لتوافر الجريمة ؛ بل يلزم أن تثبت سلطة الاتهام أن الجاني قصد إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى مرتكب الجريمة المتحصل منها المال ، وتنتفى الجريمة إذا عجزت سلطة الاتهام عن إثبات ذلك. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا قام أحد الأشخاص بإهداء زوجته سيارة مشتراة من حصيلة تجاره فى المخدرات وكانت تعلم بذلك ، فإن مجرد توافر هذا العلم لا كفى لتوافر جريمة غسل المال ؛ ويستطيعان أن ينفيا القصد الخاص الذى تطلبه الشارع ، ذلك لأن مجرد ادعاء سلطة الاتهام أن قصد الجاني كان إخفاء المال أو تمويه مصدره لا يكفى لتوافره ؛ بل يجب عليها أن تبرهن على تحقق هذا القصد وقيامه فى حق المتهمين.

(١) Schuck & Enterlack , p.888.

وسوف تفضى خطة الشارع المصرى إلى التضييق من نطاق تطبيق جريمة غسل الأموال ، وذلك على خلاف قصده فى النص عليها ومحاولته الإحاطة بمختلف صور ارتكابها ، فمن المقرر أن التضييق فى نطاق الركن المعنوى يؤدى إلى صعوبة إثبات عناصره ، وهو ما يؤدى إلى الإقلال من فرص تطبيق نص التجريم ولا يجدى فى هذا التطبيق أن يكون الركن المادى متسعاً ، ذلك أن الشارع لا يعاقب على أفعال مادية فحسب.

§ ٥- العقوبة

- مخالفة العقوبة المقررة لجريمة غسل الأموال للدستور:

نص الشارع فى الفقرة الأولى من المادة ١٤ من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلى الأموال محل الجريمة ، كل من ارتكب أو شرع فى ارتكاب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها فى المادة (٢) من هذا القانون".

وفى تقديرنا أن هذا النص ينطوى على مخالفة واضحة للدستور ، ذلك أن الشارع قدر عقوبة لجريمة غسل المال قد تزيد كثيراً عن العقوبة المقررة للجريمة الأصلية التى تحصل منها المال. فالشارع نص فى المادة الثانية على مجموعة من الجرائم التى تحصل منها المال موضوع جريمة غسل الأموال ، ومن هذه الجرائم جرائم "سرقه الأموال واغتصابها وجرائم الفجور والدعارة والجرائم الواقعة على الآثار" وهذه الجرائم قد تقل عقوبتها فى كثير من صورها عن عقوبة جريمة غسل الأموال. فعلى سبيل المثال فإن جرائم السرقه تتضمن عدداً كبيراً من الجنح والجنح المشددة ، كما أن جرائم الفجور والدعارة غالبيتها جنح ، ويعنى ذلك أن من تحصل على مال من جنحة سرقه وقام بالتصرف فيه إلى أحد من الغير الذى كان يعلم بمصدر المال ، فإن الجنح فى السرقه يعاقب بعقوبة الجنحة بينما هذا الغير يعاقب من أجل جناية غسل المال المتحصل من هذه الجنحة ، وهو أمر يخالف الدستور من ناحية ، ويخالف أصول التجريم والعقاب من ناحية أخرى.

فمن الناحية الأولى فإنه من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن عدم تناسب العقوبة مع إثم الجنح يصم هذه العقوبة بعيب مخالفة الدستور. وقد طبقت المحكمة هذه القاعدة حال قضائها

بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات والتي كانت تجرم الاتفاق الجنائي ، إذ بنت حكمها على عدم تناسب العقوبة المقررة للجريمة الاتفاق مع إثم الجاني ، "ذلك أن الجريمة المتفق على ارتكابها قد تقل عقوبتها عن جريمة الاتفاق ذاتها ، مما يدل على مبالغة الشارع في العقاب وعدم تناسبه"^(١). ولا شك في أن عقوبة الجريمة التي تحصل منها المال قد تقل عقوبتها عن جريمة غسل الأموال ذاتها الأمر الذي يدل-بحسب قضاء المحكمة الدستورية العليا- على مبالغة الشارع في العقاب وعدم تناسبه.

ومن ناحية ثانية فإن أصول التجريم والعقاب يقتضى ألا تكون العقوبة المقررة للنشاط الإجرامى التكميلى أشد من تلك المقررة للنشاط الإجرامى الأصلى. ولا يجوز في المنطق القانونى أن يقرر الشارع عقوبة للنشاط التبعى يفوق العقوبة التى قررها للنشاط الرئيسى. وقد سبق أن اقترحنا تعديلاً تشريعياً يشدد عقوبة غسل الأموال إذا كان الجاني يعلم أن المال الذى قام بغسله متحصل من جريمة أشد^(٢).

- عدم التنسيق في نطاق التجريم والعقاب بين جريمة غسل الأموال وجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جنابة أو جنحة:

نص الشارع في المادة ٤٤ مكرراً من قانون العقوبات على أن: "كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جنابة أو جنحة مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تزيد عن سنتين. وإذا كان الجاني يعلم أن الأشياء التى يخفيها تحصلت من جريمة عقوبتها أشد ، حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة".

ونطاق تطبيق هذا النص من الناحية الواقعية من حيث تحديد الجرائم مصدر المال موضوع الإخفاء يتداخل على نحو كبير مع نطاق جريمة غسل الأموال. ويترتب على ذلك أن الشارع قد عطّل

(١) المحكمة الدستورية العليا ٢ يونيو سنة ٢٠٠١ ، القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية ، مجلة القضاة الفصلية ، السنة ٣٢ ، ٢٠٠٠ ، العدد الأول ، ص ١٣٣-١٤٠.

(٢) انظر مؤلفنا: تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة ، رقم ١٢٧ ص ١٦٠.

جزئياً تطبيق المادة ٤٤ مكرراً سالفه الذكر ، فمن يجوز مالاً متحصلاً من سرقة بقصد إخفاء مصدره فإن فعله يشكل غسلًا لهذا المال ويعاقب بالعقوبة المقررة له ، ولا مجال لتطبيق المادة ٤٤ مكرر ، إلا إذا كانت عقوبة الجريمة التي تحصل منها المال أشد من العقوبة المقررة للجريمة غسل الأموال ففي هذه الحالة تطبق المادة ٤٤ مكرر عملاً بالمادة ١٣ من قانون غسل الأموال التي تقضى بعدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر. وسوف يفضى عدم التنسيق بين حكم المادة ٤٤ مكرر وبين جريمة غسل الأموال إلى اعتبار أفعال الإخفاء البسيطة الناتجة من جرائم ضئيلة الأهمية مشكلة لجناية غسل المال.

§ ٦- مسئولية الشخص الاعتباري

- تقرير المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري عن غسل الأموال ومدى اتفاهه مع الدستور: نص الشارع في المادة ١٦ من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بما وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته".
يثير هذا التحريم البحث في أمرين: الأول ماهية الركن المادى الذى تطلبه الشارع لهذه الجريمة ، والثانى ما صورة الركن المعنوى لها.

وفي شأن تحديد الركن المادى لهذه الجريمة فإن النص في تقديرنا محل نظر من ناحيتين: الأولى أنه أوجب لتوافر الجريمة أن ترتكب بواسطة شخص اعتباري ، وهى خطة محل نظر ، ذلك أن غالبية جرائم غسل الأموال ترتكب بواسطة شخص اعتباري ، وهو ما سوف يؤدي إلى اتساع في نطاق المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية دون مبرر. ويلاحظ أن الشارع لم يقتصر على جريمة غسل الأموال بمعناها الدقيق ؛ وإنما وسع من نطاق الجرائم التي ترتكب بواسطة الشخص الاعتباري لتشمل كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة غسل الأموال.

والثانية هي أن الركن المادى الذى تطلبه الشارع يتألف من فعلين: الأول هو فعل يشكل جريمة فى قانون غسل الأموال ، والثانى إخلال المسئول عن الإدارة الفعلية بواجبات وظيفته . وهذا النص يتصف بالغموض وعدم التحديد ، ذلك أن تعبير "الإخلال بواجبات الوظيفة" هو تعبير سائد فى نطاق المسئولية التأديبية ، غير أنه لا يصلح دون شك لأن يكون هو قوام الركن المادى فى جريمة من الجرائم. فمن المقرر أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحول دون أن يكون النص غامضاً أو غير محدد أو مترامياً فى نطاقه ، وإنما يجب تحديد الفعل الإجرامى تحديداً واضحاً لا لبس فيه .

وأما صورة الركن المعنوى التى تطلبها الشارع فهى تثير اللبس أيضاً ، ذلك أن الشارع تطلب ثبوت علم الموظف ووقوع الجريمة بسبب إخلاله بواجبات وظيفته ، وهنا يثور التساؤل عن صورة الركن المعنوى ، فهل يتطلب الشارع لوقوعها صورة العمد أم يكتفى بالإهمال؟. فإذا قلنا بأن الشارع يتطلب توافر القصد ، وهو التفسير الأقرب لتعبير "الإخلال" الذى يقتضى تحقق تعمده ، فإن ذلك مقتضاه تجاوب فعل الموظف مع نشاط الجاني فى الجريمة المرتكبة وانصراف إرادته إلى ارتكابها مع علمه بها ، وفى هذه الحالة فإن القواعد العامة تقضى باعتباره شريكاً فى الجريمة بطريق المساعدة ، ويكون التجريم على هذا النحو لا فائدة منه. وإذا كان الشارع يتطلب صورة الخطأ ، فإنه لا يكون من المناسب أن نقرر لجريمة الموظف التى تقع بطريق الإهمال عقوبة تماثل الجريمة الأصلية التى تأخذ صورة العمد ، كما أنه لا يكون من المناسب فى هذه الحالة أيضاً أن نقرر مسئولية الشخص الاعتبارى عن فعل ارتكب خطأ من أحد موظفيه .

– تقدير مدى ملائمة تقرير المسئولية التضامنية للشخص الاعتبارى فى الوفاء بالعقوبات المالية والتعويضات :

نص الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ١٦ سائلة الذكر على أنه "ويكون الشخص الاعتبارى مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التى وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه".

والأصل السائد في القانون الجنائي المصرى هو شخصية الجريمة والعقوبة ، فلا يأخذ الشارع المصرى بمسئولية الشخص المعنوى إلا على سبيل الاستثناء. والنص الذى يقرر مسئولية الشخص الاعتبارى عن الجرائم التى ترتكب بالمخالفة لأحد أحكام قانون مكافحة غسل الأموال هو من النصوص القليلة التى خرج بها الشارع المصرى على القاعدة العامة.

وفى تقديرنا فإنه يجب دائما عدم التوسع فى تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى والنظر إليها بحسبانها استثناء على أصل. وفى تقديرنا أن خطة الشارع قد خرجت على هذه النظرة: فالشارع استخدم أولاً تعبير "المسئولية بالتضامن" وهو تعبير يستخدم فى نطاق القانون المدنى الذى يقرر أنواعاً مختلفة من المسئولية المدنية يجوز أن يكون سببها "التضامن" ، ولذلك يمكن قبول ما نص عليه الشارع بالاستناد إلى فكرة التضامن بالنسبة لما يحكم به من تعويضات ؛ أما فى نطاق القانون الجنائى فإن تعبير التضامن فى العقوبة يبدو غريباً وغير مألوف ، وكان الأجدد بالشارع أن يقصره على التعويضات المدنية المحكوم بها. ومن ناحية أخرى فإن هذه العقوبات المالية التى تتصف بالجسامة وتصل فى الجريمة الأصلية إلى الحكم بالغرامة التى تعادل مثلى الأموال محل الجريمة والمصادرة أو بالغرامة الإضافية التى تعادل قيمتها فى حالة تعذر ضبطها (المادة ١٤ من القانون) ، فإن هذه العقوبات ستنتال فى واقع الأمر إما أموال الدولة ، وذلك إذا ارتكبت الجريمة من شخص معنوى تساهم فيه الدولة بأى صفة ؛ وإما أن تنال من أموال المساهمين وأصحاب الأسهم فى المؤسسة المالية والذين لا صلة لهم بالجريمة ولا علاقة لهم بإدارتها ، بل ولا يملكون حتى ذلك ، وهو أمر إن تحقق لأدى إلى إلحاق الأذى بهم وإلى أن تنصرف آثار العقوبة إلى غير من ارتكب الجريمة وهو أمر يخل بمبدأ شخصية العقوبة.

وأخيراً فإن الشارع تطلب أن تكون الجريمة قد ارتكبت من أحد العاملين بالشخص الاعتبارى باسمه ولصالحه ، وهذا الشرط قد يثير صعوبات فى التطبيق ، فمتى نكون بصدد جريمة ارتكبت باسم الشخص الاعتبارى ولصالحه؟ ، وعلى سبيل المثال فإن جريمة عدم قيام مدير فى أحد البنوك بواجب الإخطار عن العمليات المشتبها بها ، هل تعتبر فى هذه الحالة مرتكبة باسم البنك؟.

الفصل الثاني

الإجراءات

- تشكيل وحدة مكافحة غسل الأموال:

نصت المادة الثالثة من قانون مكافحة غسل الأموال على أن "تنشأ بالبنك المركزى وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية ، وتتولى الاختصاصات المنصوص عليها في هذا القانون. ويلحق بها عدد كاف من الخبراء والمتخصصين بتطبيق أحكام هذا القانون ، وتزود بمن يلزم من العاملين المؤهلين والمدربين. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل الوحدة ونظام إدارتها. دون التقيد بالنظم والقواعد المعمول بها في الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام".

وقد أصدر رئيس الجمهورية القرار الجمهورى رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن وحدة مكافحة غسل الأموال (١) نص فى مادته الثانية على أن يشكل للوحدة مجلس أمناء يضم خمسة أعضاء ، ثلاثة بحكم وظائفهم واثنين من أهل الخبرة على الوجه الآتى: ١- مساعد وزير العدل يختاره الوزير (رئيساً). ٢- أقدم نائب لمحافظة البنك المركزى. ٣- رئيس هيئة سوق المال. ٤- ممثل لاتحاد بنوك مصر يرشحه اتحاد البنوك. ٥- خبير فى الشؤون المالية والمصرفية يختاره رئيس مجلس الوزراء. يصدر هذا التشكيل بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

ونصت المادة الرابعة من هذا القرار على أن مدة عضوية مجلس الأمناء سنتان ويجتمع المجلس بالمقر الرئيسى للبنك المركزى بالقاهرة ، وذلك بدعوة من رئيسه مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر ، وتكون اجتماعاته صحيحة بحضور أغلبية أعضائه

- تقدير خطة الشارع المصرى فى تنظيمه لوحدة مكافحة غسل الأموال: نبحت فيما يلى تقدير خطة الشارع المصرى من حيث نصه على استقلال وحدة مكافحة غسل الأموال ومدى اختصاصها الضبطى فى الجرائم المرتكبة بالمخالفة للقانون ،

(١) الجريدة الرسمية- العدد ٢٥ (مكرر) فى ٢٤ يونيه سنة ٢٠٠٢.

- أولاً: مدى استقلالية وحدة مكافحة غسل الأموال:

ذهب رأى إلى أن وحدة مكافحة غسل الأموال هي بصريح نص القانون وقرار رئيس الجمهورية وحدة مستقلة بكيانها وإدارتها الذاتية ، ويدلل هذا الرأى على وجهته كذلك بنص القرار الجمهورى فى مادته الثالثة على اختصاص مجلس الأمناء بتصريف شئونها ووضع سياستها العامة وأن قراراته تكون نافذة بغير حاجة إلى تصديق. ويضيف هذا الرأى كذلك بأن حرص القرار الجمهورى سالف الذكر على إسناد رئاسة وحدة مكافحة غسل الأموال إلى مساعد وزير العدل ما يبرز الحرص على استقلال الوحدة ، ذلك أن مساعد الوزير هو أحد رجال القضاء يتمتع باستقلال وعدم القابلية للعزل ويظل محتفظاً بمنصبه القضائى وبكافة ضماناته وحصاناته ويحق له العودة بإرادته لمباشرة عمله القضائى وهو ما يكفل للوحدة استقلالاً حقيقياً إذ تمارس الوحدة اختصاصاتها بعيداً عن أى تأثير أو توجيه^(١).

وفى تقديرنا أن استقلال وحدة مكافحة غسل الأموال الذى نص عليه الشارع وكذلك القرار الجمهورى سالف الذكر هو استقلال شكلى: فتشكيل مجلس أمناء الوحدة يصدر بقرار من رئيس مجلس الوزراء أى من السلطة التنفيذية التى تملك حق الاعتراض على عضوية بعض الشخصيات التى لا تعين بحكم وظائفها وأهمها رئيس الوحدة ذاته الذى يختاره وزير العدل من بين مساعديه. ويعنى ذلك أن تعيين رئيس الوحدة يصبح اختياراً خالصاً للسلطة التنفيذية ودون توافر أية ضوابط لهذا الاختيار مما يفقد رئيس الوحدة استقلالته. ومما ينال من هذا الاستقلال كذلك أن مدة عضوية هذا المجلس سنتان وهى فترة قصيرة نسبياً ويعنى ذلك أن رئيس الوحدة سيكون عرضة لترك منصبه كل سنتين. ويؤخذ بتأزوه فى رئاسة الوحدة على اعتبارات ملاءمة قد تتسم بعدم الموضوعية وموكل تقديرها للسلطة التنفيذية ، الأمر الذى يجعله فى مركز التابع الذى لا يتوافر له استقلالية اتخاذ القرار.

(١) انظر فى هذا الرأى المستشار سرى صيام: ص ١٩ - ٢٠.

ويلاحظ كذلك أنه من غير الدقيق القول باحتفاظ رئيس الوحدة بمنصبه القضائي ، ويتمتع به في عمله بالحصانات التي يكفلها له هذا العمل ، ذلك أن هذه الحصانات إنما قررها القانون لمباشرة العمل القضائي وليس التنفيذى ، ومن المقرر قانوناً أنه لا يجوز الجمع بين المناصب التنفيذية العامة وبين تولى الوظائف القضائية. ومن ناحية أخرى فإنه لا يوجد في نصوص القرار الجمهورى سالف الذكر ما يحول دون إقالة رئيس الوحدة من عمله كرئيس لها طبقاً للقواعد العامة ، كما أن هذه الحصانة لن تحول دون عدم تجديد تعيينه بعد انقضاء مدة السنتين التي نص عليها القرار. وأما غالبية أعضاء مجلس الأمناء فهم إما يختارون بشكل مباشر من السلطة التنفيذية مثل خبير الشؤون المالية والمصرفية الذى يختاره رئيس مجلس الوزراء ؛ وإما أن يتم اختيارهم على نحو غير مباشر مثل نائب محافظ البنك المركزى ورئيس هيئة سوق المال ، وهؤلاء يتم تعيينهم في وظائفهم الأصلية من قبل السلطة التنفيذية وللاعتبارات التى تراها. ويعنى ذلك أن هذا المجلس لن يقر إلا السياسة التى تتفق مع السلطة التى يتبعها وسوف يتأثر بها ويتلقى التوجيه منها.

وقد يرد على النقد الذى نبديه من انتفاء استقلال وحدة مكافحة غسل الأموال من أنه لا تتوافر الحاجة إلى استقلال يماثل استقلال السلطة القضائية ، ولا سيما وأن من اختصاصات الوحدة ما هو مالى وإدارى ودولى وضبطى.

وفي تقديرنا أن الاختصاصات الواسعة والخطيرة التى أناط الشارع الوحدة بها ومساسها الجسيم بحقوق الأفراد وحررياتهم مجرد الشبهة وحقها فى الاطلاع على كافة الحسابات والسجلات المصرفية وحقها فى إنشاء قاعدة بيانات للمعلومات التى تصل إليها وحقها فى تبادل هذه المعلومات مع الأجهزة الرقابة فى الدولة وخارجها ، هذه الاختصاصات جميعاً تترر وجود ضمانات فى تشكيل هذه الوحدة وفى تجديد عضويتها ، ولا سيما مع غياب أية رقابة قضائية على عمل الوحدة ، ذلك أنه من المقرر أن ضمانات حماية الحرية يجب أن تكون بمقدار حسامة المساس بهذه الحرية.

- ثانياً: غموض النص فى تحديد من له الحق فى اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجنائية وإخطار النيابة العامة للتحقيق:

جاء القرار الجمهوري الخاص بتشكيل وحدة مكافحة غسل الأموال واختصاصاتها خالياً من تحديد من له الحق في اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجنائية في حالة ما إذا أسفر الفحص والتحرى عن وجود دلائل على ارتكاب جريمة من الجرائم التي نص عليها القانون. ويلاحظ أن المادة الثالثة من القرار الجمهوري سالف الذكر تنص في بندها الثالث على أن يختص مجلس الأمناء بالتأكد من تزويد السلطات القضائية وغيرها من الجهات المختصة بتطبيق أحكام قانون مكافحة غسل الأموال بالمعلومات التي تطلبها ، غير أن هذا القرار لم يتطرق إلى تحديد من له الحق في تحريك الدعوى الجنائية وإبلاغ النيابة العامة للتحقيق. ويعني ذلك أن القرار الجمهوري قد أغفل بذلك النص على ما كلفه الشارع به في المادة الثالثة من القانون ، والتي أوجبت أن يتضمن القرار الجمهوري تحديد نظام إدارة الوحدة ونظام العمل والعاملين بها.

وظاهر نصوص القرار الجمهوري تجعل هذا الحق لمجلس الأمناء غير أن هذه النصوص مع ذلك لا تسلب مأموري الضبط القضائي العاملين بالوحدة هذا الحق دون الرجوع إلى مجلس الأمناء. وفي تقديرنا أن كلا الفرضين سيثير مشكلات في العمل: فمجلس الأمناء هو مجلس غير متفرغ ، فكل أعضائه يعملون في جهات أخرى ، وقد تمضى عدة أشهر قبل اجتماعهم وقد لا يتسنى لهم دراسة الدعاوى الجنائية المعروضة عليهم واتخاذ ما يلزم بشأنها ، وهو ما يؤدي إلى تعطيل العمل بالوحدة وإلى التأخر في اتخاذ القرارات. والفرض الثاني الذي يجعل لمأموري الضبط القضائي المعينين الحق في اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجنائية من شأنه أن يجرّد الأفراد من أية ضمانات ، ذلك أن تقدير مدى كفاية الدلائل في هذه الحالة سيكون بيد هؤلاء. ويلاحظ أن نص المادة الخامسة من القرار الجمهوري سالف الذكر والذي يجعل رئيس مجلس الأمناء مشرفاً على الوحدة وله إدارة شئونها قد لا يخول له الحق بمفرده في تقدير الدلائل عن توافر جريمة من جرائم غسل الأموال، لأن مدلول الإدارة لا يتسع إلى التصرف في الوقائع التي تشكل جرائم^(١). ومن جهة أخرى فإن

(١) وقد حددت المادة الخامسة من القرار الجمهوري سالف الذكر المقصود بتولي رئيس مجلس الأمناء الإشراف على الوحدة وإدارة شئونها بأمرين الأول: التأكد من تنفيذ الوحدة للمهام المحددة لها. والثاني: إجراء الاتصالات والترتيبات المتعلقة بعمل الوحدة في المحافل الدولية وتبادل المعلومات مع الجهات المختصة بالدول الأخرى

اللجوء إلى أسلوب الإدارة الجماعية من خلال ما نص عليه القرار الجمهوري سوف يفضي إلى كثير من المشكلات من الناحية الواقعية ، وإلى تعارض بين اختصاص مجلس الأمناء وبين رئسها. وفي تقديرنا أنه كان الأجدى بالشارع أن ينص على أن يكون تعيين مجلس الأمناء من الأعضاء المتفرغين للعمل بالوحدة ، وأن يستفاد من خبرات الأعضاء الذين كانوا يشغلون وظائف قضائية ومالية ومصرفية وإدارية وضبطية سابقة ، على نحو يحقق للوحدة فاعليتها. كما كان يجدر بالشارع أن ينص على أن ينيط برئيس الوحدة أو من ينيبه حق اتخاذ القرار بتحريك الدعوى الجنائية ، ولا سيما وأنه أقدر أعضاء مجلس الأمناء على تولى هذه المهمة ؛ غير أن جمع رئيس الوحدة بين هذا الاختصاص وبين منصبه التنفيذي كمساعد للوزير سيؤدي إلى عدم تفرغه للعمل المنوط به.

– مدلول الشبهة التي تلزم للإخطار عن عمليات غسل الأموال:

نص الشارع في المادة الثامنة من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال". ولم يحدد الشارع ما المقصود بالشبهة التي تكفي للإخطار ، ولم تتضمن المذكرة الإيضاحية تحديداً أو أمثلة لهذه الشبهة.

والصعوبة التي تتور بشأن تحديد الشبهة المتوافرة في جريمة غسل الأموال تزيد عن غيرها من الجرائم ، خاصة وأن الشارع ألقى التزاماً على عاتق المؤسسات المالية بالإخطار عن العمليات التي يتوافر فيها هذه الشبهة. وهو ما يثير التساؤل عن مضمون هذه الشبهة وكيفية استخلاصها وماهية العناصر الواقعية التي تدل عليها؟. وسوف يثير تحديد مدلول الشبهة الكثير من الصعوبات في التطبيق ، وهو أمر له خطورته على حقوق الأفراد وحياتهم ، فالقول بتوافر هذه الشبهة يؤدي إلى المساس بسرية حسابات الشخص والتحرى عن أمواله وعملياته المالية وحياته المهنية والوقوف

وبالمنظمات الدولية تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية". ويعني ذلك أن التصرف في الإخطارات السي ترد إلى الوحدة في حالة الشبهة لا يدخل ضمن مدلول الإشراف وإدارة شؤون الوحدة المحددة مهامها في المادة السابقة.

على أسرارها وقد يمتد إلى التحقيق معه استناداً لهذه الشبهة ، وهو أمر له آثار بالغة الخطورة على مركز الشخص الاجتماعي والعائلي والمهني.

ولا يخفف من ذلك أن الشارع نص في المادة الثامنة سالفه الذكر بعد ذكره لواجب الإخطار أن على المؤسسات المالية أن "تضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف. ولا يجوز لها فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية".

وهذه الالتزامات التي نص الشارع عليها على الرغم من أهميتها ؛ إلا أنها لا تكفي أن تكون ضابطاً لتوافر الشبهة: فالعمليات المصرفية تتم في الصورة الغالبة بين أشخاص لهم وجود حقيقي ، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين ، ولن يضيف الوقوف على هويتهم جديداً بشأن توافر الشبهة ، أما ما يقف وراء هذه التعاملات والمستفيدون الحقيقيون منها، فلن يكون بمقدور المؤسسات المالية أن تقف عليها أو أن تتوصل إليها.

- إهدار سرية الحسابات المصرفية لجرد توافر الشبهة: من الأمور المقررة أن سرية الحسابات تعتبر هي القاعدة الأساسية التي يستند عليها العمل المصرفي ، فلا يجوز الاطلاع على حسابات العملاء وتعاملاتهم إلا لجهتين فقط هما القضاء والضرائب ، ذلك أنه إذا كان من المقرر أنه إذا كان للمرء حق في المحافظة على سرية حساباته ؛ فإنه ليس له الحق في إخفاء الحقيقة عن القضاء أو التهرب من الضرائب^(١).

وقد أقر الشارع المصري قاعدة سرية الحسابات وذلك بموجب قانون سرية الحسابات بالبنوك رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠. فنص في المادة الأولى منه على أن "تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنتهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ، ولا يجوز الاطلاع

(١) الأستاذ على نجم: فلسفة السرية المصرفية والقوانين التي تحكمها في جمهورية مصر العربية ، ندوة اتحاد المصارف العربية المعقدة في القاهرة في الفترة من ١٠ إلى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٩٢ ، ص ١ وما بعدها.

عليه أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر". وأجاز الشارع المصرى فتح حسابات مرقمة ، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسؤولين بالبنك السذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس إدارته (المادة الثانية من قانون سرية الحسابات بالبنوك). وقد خرج الشارع المصرى فى قانون مكافحة غسل الأموال على هذه القواعد فنص فى المادة الثامنة على إلزام المؤسسات المالية بإخطار وحدة مكافحة غسل المال عن العمليات المالية التى يشتبه فى أنها تتضمن غسلًا للمال ، وجعل فى المادة العاشرة من حسن نية الموظف سبباً نافياً للمسئولية الجنائية بالنسبة إلى كل من قام -بحسن نية- بواجب الإخطار عن أى من العمليات المشتبه فيها الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها.

والشارع بنصه على واجب الإخطار فى حالة الشبهة وإباحته تقديم معلومات وبيانات بالمخالفة للقواعد المفروضة لسريتها ودون خوف من المسئولية إنما يكون قد أهدر قانون سرية الحسابات وأفرغه من مضمونه ، وسوف يكون من أفشى سرية هذه المعلومات بمنأى عن المساءلة الجنائية حتى ولو لم يتوافر لديه السبب المعقول لذلك ، متى حسنت نيته ، ويعنى ذلك أن مجرد توافر حسن النية كاف بذاته لنفى المسئولية ، حتى ولو كانت الشبهة التى دفعته لهذا الإفشاء تفتقر إلى أى أساس. ويلاحظ أن إثبات سوء نية الجاني فى الإفشاء مسألة بالغة الصعوبة ، وقد تعجز سلطات التحقيق عن إثباتها لعدم قيام أدلة أو قرائن عليها ، ولما يحيط هذا الإفشاء من شبهة التواطؤ مع رجال الضبط أنفسهم. وخطة الشارع المصرى تؤدى إلى تهديد الأفراد والتنقيب فى حياتهم الخاصة والوقوف على أسرارهم التى يحرصون على عدم إطلاع الغير عليها ، ويكون من قام بإفشاء هذه المعلومات بمنأى عن المساءلة حتى ولو لم تتوافر الشبهة لديه أصلاً ، متى زعم أنه حسن النية لا مأرب خاص له ، وهو ما يجعل قانون سرية الحسابات مجرد نصوص نزع عنها الشارع الحماية المقررة لها.

وقد كان المشروع المقدم من الحكومة -كما سيلي ذكره تفصيلاً- يتطلب للإعفاء من المسئولية الجنائية والمدنية توافر حسن النية وأن يكون الاعتقاد بقيام الاشتباه مبنياً على أسباب

معقولة. غير أنه أثناء المناقشات البرلمانية أفردت حسن النية لنفى المسؤولية الجنائية والأسباب المعقولة لنفى المسؤولية المدنية ، وتم تعديل نص المادة على ضوء هذا التعديل ، وقد كان النص كما ورد بمشروع الحكومة يحقق ضمانات أكبر للأفراد ، ذلك أنه لم يكن يكتف بمجرد توافر حسن النية لنفى مسؤولية الموظف الجنائية ؛ بل كانت تستلزم أن يكون قد بنى اعتقاده بقيام الشبهة على أسباب معقولة ، وذلك تأسيساً على أن حسن النية في ذاته ينفي المسؤولية الجنائية ولو كانت هناك أسباب معقولة^(١).

وهناك مفارقة بين خطة الشارع في شأن نفي المسؤولية الجنائية وبين خطته في نفي المسؤولية المدنية عن الموظف المفشى للمعلومات ، ففي حين اكتفى الشارع في نفي المسؤولية الجنائية بمجرد توافر حسن النية ، فإنه تطلب لنفى المسؤولية المدنية أن يقوم الاعتقاد بقيام الشبهة على أسباب معقولة ، وهي خطة محل نظر ، وكان الأجدر بالشارع أن يساوى بينهما وأن يقرر وجوب أن يكون الموظف حسن النية وأن يثبت أن اعتقاده بقيام الشبهة مبني على أسباب معقولة.

– إهدار ضمانات سرية الحسابات المصرفية بإجازة إطلاع جهات الضبط على الحسابات في حالة الشبهة دون إذن من القضاء أو النيابة العامة:

أناط الشارع في قانون سرية الحسابات سالف الذكر بالقضاء أن يصدر حكماً بالاطلاع على الحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بالعميل^(٢)(١). كما أجاز للنائب العام أو من

(١) انظر مضبطة الجلسة السابعة والسبعين لمجلس الشعب – الأحد ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ ، الفصل التشريعي

الثامن – دور الانعقاد العادى الثانى (الجلسة المسائية) ، ص ١٣-١٤ ، وعلى الأخص ص ١٥ .

(٢) نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابى من صاحب الحساب أو من أحد ورثته أو أحد =الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانونى أو الوكيل المفوض فى ذلك أو بناء على حكم قضائى أو حكم محكمين. ويسرى الحظر المنصوص عليه فى الفقرة السابقة على جميع الأشخاص والجهات بما فى ذلك الجهات التى يخولها القانون سلطة

يفوضه من المحامين العامين من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع أو الحصول على بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات والودائع فى أى من الحالتين الآتيتين: الأولى: إذا اقتضى ذلك كشف جنابة أو جنحة قامت الدلائل الجديدة على وقوعها. والثانية: التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون. ولم يكن هذا القانون يخول للنائب العام حق الاطلاع على الحساب من تلقاء نفسه؛ بل أنه قيد ذلك بوجود أن يصدر الأمر فى الحالتين سالفى الذكر من محكمة استئناف القاهرة. غير أن الشارع قام بموجب القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بتعديل قانون سرية الحسابات بالبنوك سالف الذكر، على نحو أحاز فيه للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بحسابات أو ودائع أو أمانات أو خزائن العملاء أو المعاملات المتعلقة بها، إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الداخل^(٢).

وقد سبق أن ذكرنا أن الشارع قد ألزم فى المادة الثامنة من القانون المؤسسات المالية بإخطار وحدة مكافحة غسل الأموال عن العمليات المالية المشبوهة. وقرر فى المادة العاشرة انتفاء مسئولية من قام بالإخطار عن هذه العمليات أو أفشى معلومات أو بيانات بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها. ووحدة مكافحة غسل الأموال التى سيتم إفشاء هذه الأسرار إليها هى وحدة يغلب عليها الطابع الضبطى، ويتم تشكيلها وتعيين أعضائها بموجب قرارات تنفيذية، وتحدد مهمتها الأساسية فى الفحص والتحرى عن عمليات غسل الأموال. ويعنى ذلك أن إفشاء المعلومات والبيانات المصرفية سيكون فى حقيقة الأمر لجهة من جهات الضبط، ودون أى قيد

الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور إفشاء سريتها طبقاً لأحكام هذا القانون ويظل الحظر قائماً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأى سبب من الأسباب".

(١) انظر فى شرح هذه الحالات: الدكتور أحمد محمد بدوى: جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكنمان المصرفى، (١٩٩٩)، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

أو إذن من أية جهة قضائية ، فلم يقرر الشارع في قانون غسل الأموال أى رقابة من القضاء أو النيابة العامة على إفشاء هذه المعلومات والمساس بسرية الحسابات المصرفية. و يترتب على خروج الشارع على القواعد العامة في قانون سرية الحسابات نتيجة أخرى لها أهميتها هي أنه لا يتوافر أى قيد يمكن بمقتضاه الحد من عمليات الإفشاء وأسرار العملاء بالبنوك. وتفسير ذلك أن الشارع جعل من مجرد الشبهة سندا لإفشاء هذه الأسرار وأباح للمطلع عليها كشفها وتقديم معلومات عنها لجهات الضبط دون أية رقابة سابقة ، وهو ما يمكن معه القول أن قانون مكافحة غسل الأموال قد انطوى ضمناً على إلغاء قانون سرية الحسابات المصرفية^(١).

- إجازة تبادل المعلومات وإفشاء سرية الحسابات لجهات رقابية وطنية وأجنبية: لم يقتصر الشارع في قانون مكافحة غسل الأموال على أن يكون الاطلاع على المعلومات والبيانات المالية والمصرفية مقصوراً على وحدة مكافحة غسل الأموال ؛ بل إنه أجاز لهذه الوحدة أن تتيح "تبادل هذه المعلومات والتنسيق مع جهات الرقابة في الدولة" (المادة الرابعة من القانون). وقد أخذ الشارع هذا النص من التوصية الثالثة والعشرين من توصيات لجنة العمل المالي^(٢). ويعنى ذلك أن ما يصل إلى علم الوحدة من معلومات بالمخالفة لواجب السرية يكون بمقدور كافة الأجهزة الرقابية في الدولة الاطلاع عليها عليه ودون أية ضوابط وبغير أية رقابة قضائية. ويزداد الأمر خطورة في أن هذا الإفشاء قد يتم لجهات أجنبية ودون رقابة من القضاء ، فالمادة الرابعة من قانون غسل الأموال في فقرتها الأخيرة أوجبت على وحدة مكافحة غسل الأموال أن تنشئ قاعدة بيانات لما يتوافر لديها من معلومات وأن تتيح تبادل هذه المعلومات مع الجهات المختصة في الدول الأجنبية تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات التي تكون مصر طرفاً فيها أو تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

(١) وقد اقترح أحد أعضاء مجلس الشعب أثناء المناقشات البرلمانية أن يوضع قيد على المادة العاشرة التي تنص على واجب الإخطار عن العمليات المشتبه فيها بأن ينص على مراعاة قانون سرية الحسابات. غير أن الحكومة رفضت هذا الاقتراح. مضبطة جلسة ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ (الجلسة المسائية) ، ص ١٥-١٦.

(٢) المستشار سري صيام: ص ٨.

ويعنى ذلك أنه سيكون بمقدور الجهات الأجنبية من الوقوف على أسرار العملاء بالبنوك والمؤسسات المالية في مصر والتعرف على العمليات المالية التي يجريها ، وهو أمر ترك الشارع تقديره لوحدة مكافحة غسل الأموال ووفقاً لما تراه ، ودون أدنى رقابة عليها. وهو أمر يهدد الاستقرار المالي ويعرض المصلحة الوطنية لمخاطر عديدة تنجم من وقوف الأجهزة الأجنبية على أدق الأسرار المالية والمصرفية التي تتصل بالاقتصاد الوطني.

- الشارع قد خلط في قانون غسل الأموال بين تبادل معلومات التحرى وبين كشف سرية الحسابات: خلط الشارع المصرى بين تبادل المعلومات بين الجهات الضبطية وبين كشف سرية الحسابات ، وهناك فارق كبير بين الأمرين: فتبادل المعلومات يتضمن تبادل تحريات من رجال الضبط لم تتأكد أو ترق إلى مستوى الدليل ، فقد لا تعدو أن تكون رأياً لمجريها أو لاستنادها إلى شهادة سماعية وروايات غير مؤكدة ، ولا يترتب على توافرها توافر حالة التلبس أو اتخاذ إجراءات ماسة بالحرية الشخصية ، ولا تصلح دليلاً للإدانة ؛ بل أنه لا يترتب على إجرائها تحريك الدعوى الجنائية. أما المعلومات المتحصلة عن كشف سرية الحسابات فهي تنصب على وقائع محددة لها قيمتها في الإثبات وتتصل على نحو القطع بأشخاص معينين وتنطوي على مساس بجانب مهم من حياتهم الشخصية والمهنية والاجتماعية يحرصون عليها كل الحرص ولا يرضون بكشفها أو اطلاع الغير عليها ، ونظراً لأهميتها فقد جعلها الشارع مشمولة بحماية في قانون سرية الحسابات تفوق الحماية المقررة لغيرها من الوقائع ، فلا يجوز المساس بها - بحسب الأصل - إلا من محكمة ذات تشكيل رفيع وبعد تحقيقات تجريها النيابة العامة وطلب مقدمه النائب العام. وقد أدى الخلط الذى وقع فيه الشارع المصرى في قانون غسل الأموال إلى إهدار هذه الضمانات جميعاً. فالشارع لم يميز بين المعلومات التي هي مجرد تحريات وبين أسرار تمثل حقائق مودعة لدى جهات مؤتمنة على الحفاظ عليها.

- أحقية جهة الضبط في الاطلاع على السجلات والمستندات في مرحلة الفحص والتحرى وجمع الاستدلالات: أوجب الشارع في المادة التاسعة من قانون مكافحة غسل الأموال على المؤسسات المالية إمساك سجلات ومستندات لقيدها ما تجريه من عمليات مالية محلية أو دولية

تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات ، وعليها أن تضعها تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحرى وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أى من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام. وفي تقديرنا أن الشارع المصرى بهذا النص قد أهدر تماماً حقوق الأفراد وسرية معاملاتهم ، ذلك أن الأمر لا يتعلق في هذا الفرض بمعلومات تتضمن شبهة غسل الأموال ؛ وإنما يتعلق بسجلات وبيانات ومستندات يحرص العملاء كل الحرص في ألا تصل إلى علم أحد أو تكشف سريتها. وقد يكون الأمر مقبولاً في حالة طلب سلطات المحاكمة والتحقيق هذه السجلات والمستندات بمناسبة قضية معروضة عليها ؛ غير أن إباحة طلبها في مرحلة جمع الاستدلالات ومن "الجهات المختصة بتطبيق أحكام القانون" دون أية ضمانات ولو من سلطة التحقيق يفتح الباب أما التعسف والتحكم والاعتداء على حقوق الأفراد. وقد كان بمقدور الشارع أن ينص على الحصول على موافقة من قاض أو حتى من النيابة العامة على طلب هذه السجلات والمستندات والاطلاع عليها في من هذه الجهات في هذه المرحلة.

- الشارع قد خلط بين أسباب الإباحة وانتفاء المسؤولية الجنائية في حالة الإخطار بحسن نية: أولاً: التناقض بين المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة البرلمانية المشتركة: ساد التناقض في تحديد الطبيعة القانونية للإخطار كل من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون وتقرير اللجنة البرلمانية المشتركة فبينما اعتبرته الأولى مانع عقاب ؛ فإن الثانى اعتد به كسبب إباحة: فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية أنه "وعملاً على تشجيع الكشف عن عمليات غسل الأموال فقد نصت المادة (١٠) من مشروع القانون على إعفاء كل من قام بالإخطار أو بتقديم معلومات أو بيانات عن أى من العمليات المالية المشتبه فيها من العقاب"^(١). بينما أشار تقرير لجنى الشئون الدستورية والاقتصادية إلى أن "الإخطار عن المعاملات المالية المشتبه فيها ألقى واجباً على العاملين بهذه الجهات ، ومن ثم تعد سبباً لإباحة الجريمة المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون ٢٠٥

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون مكافحة غسل الأموال كما أحيل إلى مجلس الشعب.

لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات" (١). ثم ثار أثناء المناقشات البرلمانية تكييف ثالث ، إذ اعتبر سبباً لانتفاء المسؤولية الجنائية. بل وامتد هذا الخلط إلى ما بعد صدور القانون إذ اعتبر البعض أن ما نص عليه الشارع في المادة العاشرة "هو تطبيق للقواعد العامة في القانون الجنائي والتي تقضى بأن أداء الواجب يعتبر سبباً لانتفاء المسؤولية الجنائية" (٢).

ثانياً: المناقشات البرلمانية بشأن المادة العاشرة من القانون:

كان نص المادة العاشرة وفقاً للمشروع المقدم من الحكومة ينص على أنه "يعفى من المسؤولية الجنائية والمدنية كل من قام بحسن نية بواجب الإخطار عن أى من العمليات متى كان الاعتقاد بقيام هذا الاشتباه مبنياً على أسباب معقولة". وقد ذكر السيد وزير العدل في المناقشات البرلمانية التي جرت بشأن هذه المادة أنها "تؤكد حكم القواعد العامة في القانون الجنائي والتي تقضى بأن أداء الواجب يعتبر سبباً عاماً للإباحة طبقاً للمادة ٦٣ من قانون العقوبات في شأن أداء الواجب- والتي تنص على شرطين: حسن النية وأسباب معقولة" (٣). ويستفاد من ذلك أن مشروع القانون كان يتجه إلى اعتبار الإخطار عن العمليات المشتبه بها ممن حسنت نيته وكان اعتقاده بسبب معقول سبباً للإباحة بالتطبيق للقواعد العامة التي نصت عليها المادة ٦٣ من قانون العقوبات. غير أنه أثناء المناقشات البرلمانية ثار التساؤل عما إذا كان الإخطار -وعلى ما نص عليه المشروع- يعد سبباً للإباحة أم مانعاً للمسؤولية؟ (٤)، وكان سبب هذا الخلاف أن المشروع استخدم عبارة "ويعفى من المسؤولية الجنائية والمدنية" ؛ بل واتجه الرأي إلى إلغاء هذه

(١) تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشؤون المالية والتشريعية والشؤون الاقتصادية ، مجلس الشعب -الفصل التشريعي الثامن- دور الانعقاد العادى الثانى (٢٠٠٢) ، ص ٤ .

(٢) المستشار سرى صيام : التشريع المصرى لمكافحة غسل الأموال ، ص ١٢ .

(٣) انظر مضبطة الجلسة السابعة والسبعين لمجلس الشعب - الأحد ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ ، الفصل التشريعي الثامن - دور الانعقاد العادى الثانى (الجلسة المسائية) ، ص ٨ .

(٤) أثار هذا التساؤل الدكتورة آمال عثمان عضو المجلس ، انظر مضبطة الجلسة السابعة والسبعين لمجلس الشعب - الأحد ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ (الجلسة المسائية) ، - ص ١٠-١١ .

المادة كلية على سند من القول أنها لا تأتي بجديد ، وإنما هي تطبيق للقواعد العامة ، فضلاً عن أنها جمعت بين المسئوليتين الجنائية والمدنية في شروط واحدة^(١). ثم تمت الموافقة على اقتراح يقضى بنفى المسئولية العمدية لمن قام بالإخطار متى كان حسن النية ، فإذا ثبت أن اعتقاده كان بناء على أسباب معقولة انتفت مسئوليته المدنية كذلك ، وصدر النص الحالي بناء على هذا التعديل^(٢).

- تقدير المبررات البرلمانية لتعديل نص المادة العاشرة: سبق أن ذكرنا أن المشروع المقدم من وزارة العدل كان يعتبر الإخطار سبباً للإباحة باعتباره من تطبيقات أداء الواجب ، بينما اتجه الرأي أثناء المناقشات البرلمانية إلى أن النص بذلك يعد تطبيقاً للقواعد العامة بما لا تبدو معه الحاجة إليه ، ثم انتهى الرأي أخيراً إلى اعتبار حسن النية فقط كاف لنفى القصد الجنائي وانتفاء المسئولية الجنائية.

وفي تقديرنا أن القول بأن نص المادة العاشرة من المشروع كان مجرد تطبيق للقواعد العامة لأداء الواجب كسبب للإباحة طبقاً للمادة ٦٣ من قانون العقوبات ومن ثم فلا حاجة للنص عليها من جديد هو قول محل نظر ، ذلك أن نطاق المادة ٦٣ سالف الذكر يقتصر فقط على الموظف العام دون غيره ، وهنا تبدو أهمية نص المادة العاشرة من مشروع الحكومة في أنها تأخذ سبب إباحة خاص بالموظف العام وتمد تطبيقه ليشمل الموظف وغير الموظف العام. وهذا الحكم الجديد له

(١) قال الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور رئيس المجلس أثناء مناقشة نص المادة العاشرة من مشروع الحكومة "أولاً: إبنى اتفاق مع الدكتورة آمال عثمان بأنه يجب حذف هذه المادة ، وهذه المادة ستؤدى إلى مزلق فى التطبيق. وأن هذه المادة مستقاة من المادة ٦٣ عقوبات والمادة ٦٣ صياغتها خاطئة ثانياً المادة ١٠ أيضاً جمعت بين امتناع المسئولية الجنائية وامتناع المسئولية المدنية بشروط واحدة وهذا خطأ لأن المسئولية المدنية فقط هى التى تمتنع إذا كان حسن النية لأسباب معقولة ، أما مجرد حسن النية ولو لغير أسباب معقولة فننفي القصد الجنائي ، وبالتالي فالمادة فيها جمع المسئولية الجنائية مع المسئولية المدنية فى شروط واحدة ولا تأتى بحكم قانونى جديد ، وإنما هى تطبيق للقواعد العامة". مضبطة جلسة ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ ، سالفه الذكر ص ١١-١٢.

(٢) مضبطة جلسة ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ (الجلسة المسائية) ، ص ١٤-١٥

أهميته لأن غالبية العاملين في المؤسسات المالية الذين يقع عليهم واجب الإخطار عن العمليات المشتبه فيها ليسو من الموظفين العموميين ، فإذا ترك الأمر للقواعد العامة لما أمكن تطبيق المادة ٦٣ من قانون العقوبات عليهم. ولذلك فإن القول بأن المادة العاشرة من المشروع مجرد ترداد للمادة ٦٣ من قانون العقوبات ، وأنها لا تأتي بجديد هو قول موضع تأمل في ضوء ما سبق ذكره. ومن ناحية ثانية فإنه إذا اعتبرنا حسن النية سبباً لانتفاء العمد ، فإن هذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بل إن القضاء يطبقه في جميع الدعاوى الجنائية دون حاجة إلى نص. ويلاحظ أن حسن النية ليس هو سبب نفي العمد ، فحسن النية لا أثر له بحسب الأصل في انتفاء القصد ، إذ أنه يتعلق بالبواعث التي لا تؤثر على توافر القصد ؛ غير أن حسن النية أى اعتقاد الفاعل بمشروعية فعله يكون له أثره في نفي القصد إذا كان وليد جهل أو غلط في الوقائع أو في قانون غير عقابي وذلك تطبيقاً للقواعد العامة ، ودون حاجة لأى نص. ومن ثم يكون نص المادة العاشرة من القانون بعد تعديلها منطوياً على تزايد وترداد لقاعدة عامة لا تحتاج أصلاً إلى نص. ومن ناحية ثالثة فإنه ليس صحيحاً القول على إطلاقه بأن حسن النية ينفي القصد الجنائي ، فكثير من الجرائم التي يتوافر فيها حسن النية لدى الجاني ولا يؤثر توافره على قيام القصد الجنائي لديه ، وإنما يجب للقول بتوافر حسن النية أن يتوافر ما أوجبه القضاء من أن يقيم المتهم "الدليل القاطع على أنه تحمى تحمياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة^(١).

وخطه الشارع في عدم استلزام توافر السبب المعقول لتوافر حسن النية تخالف المستقر عليه في أحكام القضاء. وسوف تفضى هذه الخطة إلى تجرد حسن النية من المعيار الذي يكفل ضبطه ، وهو ما سيؤدي إلى عدم تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم وبين أداء الموظف لواجبه.

(١) نقض ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧ ؛ نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٣ ، رقم ٣٤٧ ، ص ٤٤٧.

وأخيراً فإن السبب المعقول الذى يبرر الاعتقاد بشرعية العمل هى فكرة لا تقتصر على القانون المدنى ، بل تسود مختلف فروع القانون ؛ ولا تقتصر على القانون الوطنى ؛ بل إن لها تطبيقات قضائية واسعة ولا سيما فى النظام الجنائى القانون الأنجلو أمريكى . كما يلاحظ أن لها تطبيقات فى القانون الجنائى الموضوعى والإجرائى على حد سواء. ولا يوجد ما يحول دون أن يتضمن نص واحد القواعد الخاصة بنفى المسئوليتين الجنائية والمدنية ، فمن المقرر أن هناك نطاقاً مشترك فيه المسئوليات الثلاث : الجنائية والمدنية والتأديبية عن الفعل المشكل جريمة ، ومن الجائز منطقياً أن يحوى النص الواحد أحكاماً تتعلق بهذه المسئوليات.

-حظر الإفصاح للمشتبه به عن إجراءات الإخطار أو الفحص:

نصت المادة ١١ من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "يحظر الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أى إجراء من إجراءات الإخطار أو التحرى أو الفحص التى تتخذ فى شأن المعاملات المالية المشتبه فى أنها تتضمن غسل أموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها". والالتزام بحظر الإفصاح الوارد فى النص هو التزام على عاتق العاملين فى المؤسسات أو من تسنى له بسبب وظيفته الوقوف على ما يتخذ من إجراءات الإخطار والفحص والتحرى. وإذا كانت علة النص تبدو واضحة إلا أن صياغة النص تبدو محل نظر: ذلك أن الشارع حصر الأشخاص والجهات التى يمتنع الإفصاح لهم بأنهم "العميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون" ، ومفهوم المخالفة للنص يبيح أن يكون الإفصاح لغير هؤلاء ، فيحوز مثلاً الإفصاح لأحد أقارب المستفيد أو العاملين لديه أو أصدقائه دون أن يكون هناك مخالفة للنص المذكور ، فلو قام موظف البنك بالإفصاح لأحد من هؤلاء لما أمكن مؤاخذته بمخالفة النص ، ولا شك فى أن هذه النتيجة قد تغاير ما قصده الشارع ، ولكن الصياغة غير الموقفة للنص تؤدي إلى تحقق هذه النتيجة. ويلاحظ أنه لا يجوز مد حكم النص ليشمل غير ما ذكر به ، ذلك أنه لا يجوز أن نحمل النص ما لم يرد به. وقد كان الأجدر بالشارع أن يقوم بحذف هذه العبارة كلها اكتفاء بواجب عدم الإفصاح

على نحو تكون صياغة النص كالنحو التالي "يحظر الإفصاح عن أى إجراء من إجراءات الإخطار أو التحرى أو الفحص....".

- عدم وضوح السياسة التشريعية في تجريم مخالفة واجب الإخطار وإمساك السجلات: جرم الشارع المصرى فى المادة ١٥ من قانون مكافحة غسل الأموال مخالفة العاملين فى المؤسسات المالية عن الالتزام بالإخطار عن العمليات التى يشتبه فى أنها تتضمن غسلًا للمال^(١). وفى تقديرنا أن هذا التجريم محل نظر ذلك أن الجريمة التى نص عليها الشارع تتطلب أمرين الأول : أن تكون العملية المالية التى لا يخطر عنها الموظف تتصف بأنها "مشتبه بها" ، والثانى أن يكون الموظف قد قصد عدم الإخطار.

وقد سبق القول بأن تحديد ضابط للاشتباه فى العملية المالية التى تتضمن غسلًا للمال هو أمر بالغ الصعوبة ، وأن المذكرة الإيضاحية لم تذكر مثالاً واحداً لهذه العمليات ، فكيف يمكن تجريم فعل عدم الإخطار عنها ، على الرغم من عدم تحديدها وكون العملية المالية الواحدة تحمل دلالات مزدوجة.

وإذا كانت هذه الجريمة هى جريمة عمدية ولا يكفى لتوافرها مجرد خطأ الموظف ، فكيف لسلطة الاتهام أن تثبت قيام هذا العمد ، وأن تقيم الدليل على أن الموظف قد امتنع عن القيام بواجب الإخطار رغم علمه بأن العملية التى تمت هى عملية مشبوهة . وإثارة الموظف الشك فى علمه بالعملية أو أنه لم يتسن له تحديد أنها مشتبه فى تضمنها غسلًا للمال من شأنه أن ينفى قيام الجريمة ؛ بل إن الجريمة تنتفى إذا كان عدم الإخطار وليد إهمال الموظف فى أداء عمله. ويضاف إلى ذلك أن من شأن هذا التجريم أن يجعل سيف العقاب مسلطاً على الموظف الذى لا يقبل التعاون من جهة الضبط والتحرى ، فسوف يكون بمقدورها فى جميع الأحوال أن تعتبر أن عملية ما مشبوهة

(١) تناولنا دراسة تجريم مخالفة واجب الإخطار فى هذا الفصل المخصص للإجراءات نظراً لاتصاله بمدلول الإخطار وحالاته.

وأن الموظف لم يقيم بالإخطار عنها ، ولا يخفى ما في ذلك من إخلال بالقواعد والنظم المصرفية والمالية وما تتضمنه من إشاعة عدم الثقة فيها .

وأخيراً فإن الشارع المصرى كان بمقدوره أن يكتفى بمجموعة من الجزاءات التأديبية التى يمكنه بها مواجهة هذه الأفعال وكان عليه أن يستفيد من التجربة التى مر بها الشارع الفرنسى الذى كان ينص على تجريم الإخلال بواجب التبليغ عن التعاملات المالية المريبة والتى قد تخفى وراءها غسلاً للمال ؛ غير أنه بموجب قانون ٢ يوليه سنة ١٩٩٨ قام بالنص على إلغاء العقوبات الجنائية ، وأصبح الشارع الفرنسى يكتفى بالمساءلة التأديبية عن هذا الإخلال(١) .

- إخطار المسافر عما يجازته من نقد أجنبى : نص الشارع فى المادة ١٢ من قانون مكافحة غسل الأموال على أن "إدخال النقد الأجنبى أو إخرجه منها مكفول لجميع المسافرين وفقاً للقانون ، على أن يتم الإفصاح عن مقداره عند الدخول إذا جاوز عشرين ألف دولار أمريكى أو ما يعادله ، وذلك على نموذج تعده الوحدة وفقاً للقواعد التى تضعها" .

وفى تقديرنا أن هناك عدة انتقادات إلى هذا النص: فمن ناحية فإن الشارع اعتد فى قيمة العملة التى يجوزها القادم من الخارج بالدولار الأمريكى أو ما يعادله ، وقد كان الأجدد بالشارع أن يعتد بقيمة العملة الوطنية لا بعملة أجنبية ، لأن العملة الوطنية هى مظهر من مظاهر سيادة الدولة واستقلالها . كما يظهر النص على العملة الأمريكية وكأن الارتباط بهذه العملة سيظل قائماً ، وهو أمر يناقى الدعوة إلى عدم الاعتماد فى تحديد قيمة العملة الوطنية على عملة أجنبية واحدة . وبالإضافة إلى ذلك فإن الشارع قد افترض أن العملة الأجنبية التى نص عليها لن تكون عرضة لتقلبات السوق العالمية وأنها ستحتفظ بقيمتها على المدى البعيد وأن العملة الوطنية ستظل قيمتها الحالية فى هذه الفترة وهو تصور يبعد عن الحقيقة ، فالسوق العالمية تشهد تقلبات فى سعر صرف هذه العملة من وقت إلى آخر وبحسب الظروف الدولية والسياسية العالمية ، كما أن العملة الوطنية قد ترتفع قيمتها بما لا يحسن معه اتخاذ العملة الأجنبية التى نص الشارع عليها أساساً

(١) انظر فى خطة الشارع الفرنسى الدكتور غنام محمد غنام: ص ١٩ .

لتقدير القيمة النقدية لما يجوزه المسافر. واتخاذ هذه العملة مقياساً لهذه القيمة يثير في التطبيق الكثير من الصعوبات في العلاقة بين هذه العملة وغيرها من العملات الأجنبية التي تكون بحوزة المسافر ، فيجب على السلطات المختصة في منافذ الدخول معرفة سعر صرف كافة العملات الأجنبية بالنسبة للدولار الأمريكي للوقوف على ما إذا ما بحوزة القادم من عملة أجنبية يساوي قيمة ما حدده الشارع في النص سالف الذكر.

ومن ناحية ثانية فإن موضع النص على مقدار ما يجب الإفصاح عنه في دخول وخروج المسافرين ليس موضعه قانون مكافحة غسل الأموال ، بل التشريعات النقدية والجمركية التي تتضمن حدود هذه المبالغ والقيود الواردة على حيازتها. ومن ناحية ثالثة فإن النص تضمن وضع قيد على الدخول داخل البلاد بمبلغ يجاوز العشرين ألف دولار فأوجب الإفصاح عنه ، بينما هناك كثير من الصور التي يكون بمقدور الشخص حيازة هذا القدر من العملة الأجنبية وهو داخل البلاد دون أى قيد يوجب عليه الإفصاح لأى جهة. وعلى سبيل المثال فإنه يمكن للشخص أن يقوم باستخدام بطاقات الائتمان وتجزئة عمليات السحب بما يجاوز هذا المبلغ ؛ أو استخدام البطاقات الذكية من خلال شبكة المعلومات الدولية وتحويل مبالغ من الخارج يقوم بتسلمها داخل البلاد من فرع المؤسسة المالية التي تعامل معها.

ومن ناحية رابعة فإن تعبير "النقد الأجنبي" قد فسره الحكومة حال مناقشة مشروع القانون بأنه يقتصر على النقود السائلة ، بينما يلاحظ أن هناك العديد من الأدوات النقدية التي تماثل النقود السائلة ، مثل الشيكات السياحية وأوامر الدفع^(١). ومن ناحية خامسة فإن النص اقتصر على وضع قيد الإفصاح على القادم من الخارج ، وليس على المسافر من داخل البلاد ، وهو ما يترتب عليه غموض علة تقرير القيد ، فإذا أقر القادم بأن ما بحوزته من النقد الأجنبي يجاوز العشرين ألف دولار ، ثم قام بعملية غسل هذه الأموال داخل البلاد ، فإن الشارع لم يتطلب منه أن يفصح عما بحوزته من نقد أجنبي سفره إلى الخارج والنص بذلك يثير التساؤل عن العلة التي يتبناها الشارع

(١) نأ هذا التساؤل حال مناقشة المشروع . انظر مضبطة جلسة ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ ، ص ١٩ .

من وراء حكمه^(١). وأخيراً فإن الشارع لم يقرر أى جزاء على مخالفة حكمه ، فمخالفة هذا الواجب لا يترتب عليه توقيع أى جزاء^(٢)، وهو ما يثير التساؤل عن علة النص عليه.

- تقدير خطة الشارع في نصه على اتخاذ الإجراءات التحفظية المطلوبة من جهات قضائية أجنبية: نص الشارع في المادة ١٩ من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه "يكون للجهات المشار إليها في المادة ١٨ من هذا القانون أن تطلب -على وجه الخصوص- اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجميد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداً لها أو الحجز عليها ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية".

وفي تقديرنا أن هذا نص المادة ١٩ سالف الذكر محل نظر من وجهتين الأولى من حيث غموض عبارته والثانية من حيث علة تقريره .

فمن الوجهة الأولى فإن النص ذكر أنه يكون للجهات المشار إليها في المادة ١٨ من هذا القانون أن تطلب ولم يحدد الشارع ما المقصود بهذه الجهات هل هي الجهات الوطنية أم الأجنبية ، فالمادة ١٨ تنص على أن "تبادل الجهات القضائية المصرية مع الجهات القضائية الأجنبية التعاون القضائي في مجال غسل الأموال". ويعني ظاهر النص أن من حق الجهات القضائية الأجنبية أن تطلب تعقب المال والتحفظ عليه أو تجميده ، ولا سيما وأن الشارع إن كان يقصد

(١) وقد قدم أحد أعضاء مجلس الشعب (الأستاذ على سيد فتح الباب) طلباً لإعادة المداولة في المادة ١٢ من مشروع القانون، وكان سبب هذا الطلب أن المشروع اكتفى أن يكون الإفصاح في الدخول إلى داخل البلاد وليس في الخروج منها وأن خروج الأموال من داخل مصر قد ينطوي =على غسل لها. غير أن صاحب الطلب تنازل عن عرضه تعديله المقترح. انظر مضبطة جلسة ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٢ - الجلسة الثامنة والسبعين ، الجلسة الصباحية ، دور الانعقاد التشريعي العادي الثاني بالفصل التشريعي الثامن لمجلس الشعب ، ص ٦.

(٢) قال السيد المستشار وزير العدل أثناء عرضه مناقشة المادة ١٢ من مشروع القانون "ما جاءت به المادة هو عبارة عن التزام بالإفصاح عند الدخول ، وليست هناك عقوبة في هذا النص ، ولعل من حسنات هذا النص أنه لم يورد عقوبة على عدم الإخطار".

انظر مضبطة جلسة ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢ (الجلسة المسائية) ، سالف الذكر ، ص ١٩.

الجهات الوطنية لكان نص على أن تكون هذه الأموال بالخارج. وقد كان على الشارع أن يحدد صراحة أى من هذه الجهات ، وهل ينصرف النص إلى الجهات الوطنية والأجنبية على حد سواء؟.

ومن الوجهة الثانية فإنه إذا أخذنا بظاهر النص وأنه يشمل الجهات القضائية الأجنبية ، فإن التساؤل يثور عن مدى ملائمة هذا النص ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن مكافحة غسل الأموال تقتضى تعاوناً دولياً ؛ فإن هذا التعاون لا يجوز أن يمتد إلى المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم ، سواء أكانوا مواطنين أم أجانب يقيمون في الوطن. ويجب النظر دائماً إلى طلبات التحفظ وتحميد الأموال المطلوبة من جهات أجنبية بقدر كبير من الحذر. فمن ناحية فإن الاعتبارات السياسية ومصالح الدولة مقدمة الطلب قد تقف وراء مثل هذه الطلبات ، وعلى سبيل المثال فإن التساؤل يثور في حالة ما إذا استندت دولة أجنبية إلى هذا النص وطلبت تحميم أموال في مصر بدعوى أنها تخص إحدى الجماعات بالخارج والتي تصفها بالإرهابية ، على الرغم من أن هذا الوصف قد يكون غير صحيح؟ ، فلماذا يجعل الشارع لمثل هذه الطلبات سنداً قانونياً؟ (١) ،

(١) أثار عضو مجلس الشعب الأستاذ عادل عبد المقصود حال بيانه لسبب امتناعه عن التصويت على مشروع قانون مكافحة غسل الأموال أن المادة ٢٠ من مشروع القانون تجيز للجهات القضائية المصرية أن تأمر بتنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأموال من أن هذه المادة تفتح الباب أما تنفيذ أحكام صادرة من المحاكم الأمريكية بالذات لمصادرة الأموال التي تعتبر في نظر القانون الأمريكي متحصلة من جريمة الإرهاب ، وأن القاضى الوطنى عندما يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى -طبقاً للمادة ٢٩٨ من قانون المرافعات يكون دوره شكلياً ولا يمتد إلى فحص موضوع الحكم والتحقق من أنه صدر مطابقاً للقانون المصرى. انظر مضبطة جلسات مجلس الشعب ، الجلسة الثامنة والسبعين في ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٢ ، ص ١٢-١٣. وفي تقديرنا أن الذى يخفف من هذا النقد أن المادة ٢٠ من القانون تجعل الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية أمر جوازى للقاضى ، ومن ناحية ثانية فإن النص انطوى على قيد مهم هو أن يكون الأمر بالتنفيذ وفق القواعد والإجراءات التى تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التى تكون مصر طرفاً فيها. غير أنه يلاحظ من جهة أخرى أن طلب الجهة القضائية الأجنبية تعقب المال أو التحفظ عليه لم يقده الشارع بهذا القيد فيمكن أن يكون بصرف النظر عن وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون مصر طرفاً فيها.

ويلاحظ أن استجابة السلطات الأجنبية للطلب المقدم من الجهات القضائية المصرية قد لا يلقى قبولاً لتعارضه مع مصالحها. ومن ناحية ثانية فإن مثل هذه الطلبات قد يؤدي الاستجابة إليها إلى "تعقب أو تجميد أو الحجز على أموال مشروعة أو عائداتها" وهو أمر قد يلحق أشد الضرر بمشروعات قائمة وبأشخاص أبرياء. ومن ناحية ثالثة فإن تحقيق مثل هذه الطلبات من السلطات الوطنية قد لا يسفر في كثير من الحالات عن إثبات أو نفي ما تدعيه السلطات الأجنبية التي تتولى هي التحقيق في الدعوى.

وأخيراً فإن تعبير "الجهة القضائية" التي تطلب اتخاذ الإجراء هو تعبير غير محدد وينقصه الإلمام بخطة التشريعات المقارنة في تحديد المقصود بالجهة القضائية، فعلى سبيل المثال فإن النيابة العامة في القانون الفرنسي والألماني والإنجليزي والأمريكي لا تعتبر من الجهات القضائية، وذلك على خلاف الوضع في مصر، فهل إذا طلبت النيابة العامة في هذه الدول من السلطات المصرية اتخاذ هذه الإجراءات تعد من الجهات القضائية التي يشملها النص؟. وفي تقديرنا أنه كان يجب على الشارع أن يبعد عن التعبيرات التي قد تثير لبساً أو تتصف بعدم التحديد، وأن ينص صراحة على أن يكون مثل هذا الطلب صادراً من القضاء بمعناه الدقيق؛ لأن تجميد الأموال والتحفيز عليها هو إجراء يتسم بالخطورة وسد مساسه بحقوق الأفراد.

ولهذه الاعتبارات فإنه كان حرياً بالشارع أن ينص صراحة على أن الاستجابة للطلبات التي تقدمها الجهات الأجنبية بشأن تجميد أموال أو التحفظ عليها تكون جوازية من جانب السلطات المصرية، خاصة أن الشارع لم يتطلب فيها وجود اتفاقية أو المعاملة بالمثل، خلافاً لما نص عليه في المادتين ١٨، ٢٠ من القانون والخاصتين بالتعاون الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. كما أنه كان يجب النص على أن يكون الطلب المقدم من الجهة الأجنبية صادراً من القضاء.

خاتمة الدراسة

تناول في خاتمة الدراسة بحث أمرين: الأول هو مدى ملائمة السياسة التشريعية التي اختطتها الشارع المصرى في تجريم غسل الأموال. والثاني هو مدى ملائمة تجريم غسل من زاوية السياسة الجنائية ، وذلك في ضوء ما أسفرت عنه الدراسة من نتائج.

- أولاً: مدى ملائمة السياسة التشريعية التي اختطتها الشارع المصرى في تجريم غسل الأموال:

كشفت الدراسة عن أن خطة الشارع المصرى في تجريم غسل الأموال وما نص عليه من إجراءات لضبط الجريمة هي خطة محل نظر في الكثير من جوانبها: فخطته في النص على الجريمة السابقة التي تحصل المال منها لا تسلم من النقد: ذلك أن الشارع قد أغفل النص على جرائم تتمثل في خطورتها - إن لم تزد - مع الجرائم التي حددها مثل جرائم التهرب الضريبى والجمركى وغش الأغذية وجرائم الغش التجارى وجرائم الاتجار غير المشروع في العملة وجرائم البورصة بالتدليس وجرائم الشركات ، وأنه حتى بالنسبة للجرائم التي نص عليها فإن خطته قد شابها التناقض والنقص إذ نص على جرائم سرقة الأموال واغتصابها ، وأغفل النص على جرائم النصب وخيانة الأمانة والتفالس ، وأغفاله العديد من جرائم المخدرات التي تتمثل مع الجرائم التي اقتصر على النص عليها على الرغم من اتحادها معها في العلة.

والشارع في تحديده للجريمة السابقة لم يستفد من خطة التشريعات المقارنة التي إما أن تجعل من الجريمة السابقة كل جناية أو جنحة دون تحديد ؛ وإما أن تجعل من كل جناية أياً كان نوعها مصدرراً للمال ثم تحدد بعض الجنح على سبيل الحصر ، أما الشارع المصرى فقد طرح الاتجاهين معاً ، وقد كان من الملائم - في تقديرنا - اعتبار كل جناية صالحة لأن تشكل جريمة سابقة تحصل منها المأل. وإذا كان الشارع قد نص على اعتبار "الجرائم المنظمة التي يشار إليها في الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها" من الجرائم السابقة هو نص يتصف بالغموض وعدم التحديد ويتعارض مع مبدأ الشرعية الذي كفله الدستور. وقد خرج الشارع في تحديده للجريمة

السابقة على كافة قواعد الاختصاص المكاني لقانون العقوبات دون ضرورة. وعلى الرغم من الاختصاص الفضفاض الذى تبناه ، فإنه قيده بوجوب أن يكون غسل المال أو الجريمة مصدر المال معاقباً عليهما فى القانونين المصرى والأجنبى. وهذا القيد من شأنه أن يحول دون تطبيق القانون المصرى على أفعال تشكل غسلًا للمال وتمس الإقليم الوطنى ولكنها غير مجرمة فى القانون الأجنبى ، وأن خطة الشارع فى التجريم تفرغ من مضمونها تماماً إذا قام الجناة باتخاذ دولة لا تجرم غسل الأموال محطة لإدخال هذه الأموال إلى مصر.

وقد أظهرت الدراسة أن الشارع قد سكت عن بيان مدى جواز اتحاد الجاني فى الجريمة السابقة وفى غسل الأموال وهو ما قد يثير خلاف فى التطبيق إذ ساهم الجاني فى الجريمتين. وإذا كانت الوجهة السائدة فى الفقه والقضاء المصرين فى جريمة إخفاء الأشياء هو النظر إليها باعتبارها جريمة مستقلة تتطلب أن يكون الجاني فيها غير الذى ارتكب الجريمة الأصلية ، فإن وجهة التشريعات والقضاء المقارن فى غسل الأموال تميل -مع ذلك- إلى جواز اتحاد الجاني فى الجريمتين. وأنه كان يجدر بالشارع النص صراحة على عدم جواز اتحاد الجاني فى الجريمتين.

وقد أبانت الدراسة عن أن خطة الشارع فى تحديد مدلول المال موضوع الجريمة هى خطة محل نظر ، ذلك أن الشارع لم يكن بحاجة إلى تحديد هذا المدلول وكان عليه أن يترك للفقه والقضاء استخلاص مدلول المال على النحو الذى يتفق مع علة التجريم وهى وجهة الكثير من التشريعات المقارنة. وهذه الخطة قد تؤدي -على العكس من قصد الشارع- إلى التضييق من نطاق الجريمة ، ذلك أن التحديد التشريعى للمال يضع قيلاً على القاضى لا يستطيع بمقتضاه أن يتجاوزَه وأن يمدّه لصور لم ترد بالنص. وقد أدت خطة الشارع المصرى بذلك إلى خروج بعض الصور من نطاق الجريمة مثل المعلومات الناتجة عن التجسس الصناعى والتجارى والمعلومات التكنولوجية والبرمجيات.

وقد أوضحت الدراسة أن خطة الشارع فى نصه على الأفعال المشكّلة لغسل الأموال هى خطة محل نظر ذلك أن أكثر هذه الأفعال يمكن أن تدرج فى مدلول أفعال أخرى ويصبح النص على هذه الأفعال تكراراً وتزييداً لا محل له ، فهى أقرب للشرح منها إلى نص محكم يتصف بالإيجاز

وهي سمة النصوص التشريعية. كما أن الشارع استخدم بعض التعبيرات التي تتصف بالغموض مثل "التلاعب" ، والتي قد تثير خلافاً في تحديد مدلولها.

وقد كشفت الدراسة عن أن خطة الشارع في نصه على القصد الجنائي في جرائم غسل الأموال هي خطة محل نظر ، وسوف تفضى إلى الكثير من الصعوبات في التطبيق ولا سيما في إثبات توافر هذا القصد: ذلك أن الشارع لم يكتف بالقصد العام الذي أخذت به الكثير من التشريعات المقارنة ؛ وإنما نص على وجوب توافر نية خاصة يتعذر إثباتها والوقوف عليها في كثير من الأحيان. وذلك على الرغم من نصه على أفعال مادية على نحو مفصل مما يكفي معه انصراف القصد العام إليها. وسوف تفضى خطة الشارع المصرى إلى التضييق من نطاق تطبيق جريمة غسل الأموال.

وقد كشفت الدراسة عن مخالفة عقوبة جريمة غسل الأموال والمنصوص عليها بالمادة

١٤ من القانون للدستور ، ذلك أن الشارع قدر عقوبة لجريمة غسل المال قد تزيد كثيراً عن العقوبة المقررة للجريمة الأصلية التي تحصل منها المال. فالعقوبة المقررة للكثير من الجرائم التي تحصل منها المال مثل "سرقه الأموال واغتصابها وجرائم الفجور والدعارة والآثار" والتي نص الشارع عليها في المادة الثانية ، تقل عقوبتها في عن العقوبة التي قررها الشارع لجريمة غسل الأموال. ومن شأن خطة الشارع أن تجعل عقوبة غسل المال أشد من عقوبة الجريمة التي تحصل منها المال ، وهو ما يصم هذه العقوبة بعيب مخالفة الدستور لأن العقوبة في هذه الحالة لا تتناسب مع إثم الجاني وتنطوى على مبالغة من الشارع في العقاب. كما أن هذه العقوبة تخالف من وجهة أخرى أصول التجريم والعقاب التي تقتضى ألا تكون العقوبة المقررة للنشاط الإجرامى التكميلى أشد من تلك المقررة للنشاط الإجرامى الأصيلى.

وقد أظهرت الدراسة أن خطة الشارع في تقرير المسئولية الجنائية للشخص

الاعتبارى عن غسل الأموال هي محل نظر ذلك أن الشارع اعتبر من فعل "الإخلال بواجبات الوظيفة" هو الركن المادى الذى تقوم عليه هذه مسئولية المدير الفعلى ، على الرغم مما يتصف به

هذا الفعل من غموض وعدم تحديد ومن نطاق مترام. ذلك أن هذا التعبير يسود في نطاق المسؤولية التأديبية لاعتبارات تقتضيها طبيعة هذه المسؤولية ، غير أنه لا يصلح أن يكون بمفرده فعلاً مادياً مجرمًا وهو ما ينال من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وأثارت الدراسة التساؤل عن صورة الركن المعنوي التي تطلبها الشارع في نصه على مسؤولية مدير الشخص الاعتباري وما إذا كان الشارع يتطلب لوقوعها صورة العمد أم يكفي بالإهمال؟. وقد أظهرت الدراسة عدم ملائمة تقرير الشارع للمسؤولية التضامنية للشخص

الاعتباري في الوفاء بالعقوبات المالية والتعويضات فالمسؤولية التضامنية هو تعبير سائد في القانون المدني ، ويمكن الأخذ بها فيما نص عليه الشارع من تعويضات مدنية ؛ أما في نطاق القانون الجنائي فإن تعبير التضامن في العقوبة يبدو غريباً وغير مألوف ، وكان الأجدر بالشارع أن يقصره على التعويضات المدنية المحكوم بها. كما إن العقوبات المالية الجسيمة التي نص عليها الشارع ستنال في واقع الأمر إما أموال الدولة ؛ وإما أموال المساهمين وأصحاب الأسهم في المؤسسة المالية والذين لا صلة لهم بالجريمة وهو ما سوف يؤدي إلى انصراف آثار العقوبة إلى غير من ارتكب الجريمة.

وقد بينت الدراسة أن استقلال وحدة مكافحة غسل الأموال الذي نص عليه الشارع هو استقلال شكلي: فتشكيل مجلس أمناء الوحدة يصدر بقرار من رئيس مجلس الوزراء أى من السلطة التنفيذية التي تملك حق الاعتراض على عضوية بعض الشخصيات التي لا تعين بحكم وظائفها وأهمها رئيس الوحدة ذاته الذي يختاره وزير العدل من بين مساعديه. وأن مدة عضوية هذا المجلس سنتان وهي فترة قصيرة نسبياً ويعنى ذلك أن بعض أعضاء المجلس ستوقف عضويتهم على اعتبارات ملاءمة قد تتسم بعدم الموضوعية وموكل تقديرها للسلطة التنفيذية ، وأنه من غير الدقيق القول باحتفاظ رئيس الوحدة بمنصبه القضائي ، ويتمتع في عمله بالحصانات التي يكفلها له هذا العمل ، ذلك أن هذه الحصانات إنما قررها القانون لمباشرة العمل القضائي وليس التنفيذي.

وقد انتقدت الدراسة خطة الشارع في نصه على إلزام العاملين في المؤسسات المالية بالإخطار عن العمليات المشتبه أنها تخفى غسلاً للمال. وأثارت الدراسة التساؤل عن مضمون هذه الشبهة وكيفية استخلاصها والعناصر الواقعية التي تدل عليها؟. وما سوف يثيره تحديدها من صعوبات في التطبيق ، وسوف تؤدي خطة الشارع المصري إلى تهديد حقوق الأفراد وحررياتهم ، وإلى أن تؤدي مجرد الشبهة إلى المساس بسرية حسابات الشخص والتحرى عن أمواله وعملياته المالية وحياته المهنية والوقوف على أسراره وقد يمتد إلى التحقيق معه استناداً لهذه الشبهة. وقد كشفت الدراسة عن أن الشارع في قانون غسل الأموال قد أهدر تماماً قاعدة سرية الحسابات ، وأفرغ القانون الذى ينص عليها من مضمونه ، وذلك بتقريره واجب الإخطار في حالة الشبهة وجعله من حسن النية سبباً نافياً للمسئولية الجنائية بالنسبة لكل من قام -بحسن نية- بواجب الإخطار عن أى من العمليات المشتبه فيها أو قدم معلومات أو بيانات عنها بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها. وسوف تسفر خطة الشارع إلى أن يصبح المفشى لسرية هذه المعلومات بمنأى عن المساءلة الجنائية حتى ولو لم يتوافر لديه السبب المعقول لذلك ، متى حسنت نيته ، ويعنى ذلك أن مجرد توافر حسن النية كاف بذاته لنفى المسئولية الجنائية ، حتى ولو كانت الشبهة التى دفعته لهذا الإفشاء تفتقر إلى أى أساس.

وكشفت الدراسة عن أن الشارع قد أهدر ضمانات سرية الحسابات المصرفية بإجازة إطلاع جهات الضبط على الحسابات في حالة الشبهة دون إذن من القضاء أو النيابة العامة. ذلك أن تطبيق أحكام قانون غسل الأموال يؤدي إلى نتيجة مؤداها أن إفشاء المعلومات والبيانات المصرفية في حالة الشبهة سيكون في حقيقة الأمر لجهة من جهات الضبط ، ودون أى قيد أو إذن من أية جهة قضائية ، فلم يقرر الشارع في قانون غسل الأموال أى رقابة من القضاء أو النيابة العامة على إفشاء هذه المعلومات والمساس بسرية الحسابات المصرفية. كما أن تطبيق ما نص الشارع عليه سيؤدي إلى انتفاء أى قيد يمكن بمقتضاه الحد من عمليات الإفشاء وأسرار العملاء بالبنوك.

وقد كشفت الدراسة عن أن إجازة الشارع تبادل المعلومات وإفشاء سرية الحسابات لجهات رقابية وطنية وأجنبية هى وجهة محل نظر ، ذلك أن خطة الشارع تعنى أن ما يصل إلى علم

الوحدة من معلومات بالمخالفة لواجب السرية يكون بمقدور كافة الأجهزة الرقابية في الدولة الاطلاع عليها ودون أية ضوابط وبغير أية رقابة قضائية. ويزداد الأمر خطورة في أن هذا الإفشاء قد يتم لجهات أجنبية ودون أية رقابة من القضاء ، وتطبيق خطة الشارع تؤدي إلى أنه سيكون بمقدور الجهات الأجنبية الوقوف على أسرار العملاء بالبنوك والمؤسسات المالية في مصر والتعرف على العمليات المالية التي يجريها ، وهو أمر ترك الشارع تقديره لوحدة مكافحة غسل الأموال ووفقاً لما تراه ، ودون أدنى رقابة عليها. وهو أمر يهدد الاستقرار المالي ويعرض المصلحة الوطنية لمخاطر عديدة تنجم من وقوف الأجهزة الأجنبية على أدق الأسرار المالية والمصرفية التي تتصل بالاقتصاد الوطنى.

وقد كشفت الدراسة عن أن الشارع قد خلط بين تبادل المعلومات بين الجهات الضبطية وبين كشف سرية الحسابات ، ولم يميز بين المعلومات التي هي مجرد تحريات وبين أسرار تمثل حقائق مودعة لدى جهات مؤتمنة على الحفاظ عليها. وقد أظهرت الدراسة أن الشارع قد قرر أحقية جهة الضبط الاطلاع على السجلات والمستندات في مرحلة الفحص والتحري وجمع الاستدلالات وهو ما يهدر تماماً حقوق الأفراد وسرية معاملاتهم ، ذلك أن الأمر لا يتعلق في هذا الفرض بمعلومات تتضمن شبهة غسل الأموال ؛ وإنما يتعلق بسجلات وبيانات ومستندات يحرص العملاء كل الحرص في ألا تصل إلى علم أحد أو تكشف سريتها. وأنه إذا كان الأمر مقبولاً في حالة طلب سلطات المحاكمة والتحقيق هذه السجلات والمستندات بمناسبة قضية معروضة عليها ؛ فإن إباحة طلبها في مرحلة جمع الاستدلالات ودون أية ضمانات يفتح الباب أما التعسف.

وقد تصدت الدراسة للمناقشات البرلمانية التي دارت حول المادة العاشرة من القانون والسذى يعفى الموظف من المسؤولية الجنائية في حالة إخطاره عن العمليات المشتبه فيها بحسن نية . وتناولت الحجج التي أبديت في المناقشات والتي أدت في النهاية إلى اعتباره مانعاً للمسؤولية والاكتفاء بحسن النية خلافاً لوجهة المشروع الذى كان يعتبره سبباً للإباحة ويوجب أن تقتصر حسن النية بوجوب أسباب معقولة للاعتقاد بشرعية العمل ، وبينت الدراسة أن هذه الحجج محل

نظر وأن التعديل لم يكن له ما يبرره ، ذلك أن ما ورد بالمشروع لم يكن تردداً للقواعد العامة في أداء الواجب المنصوص عليها في المادة ٦٣ من قانون العقوبات إذ يقتصر سريان هذه الأخيرة فقط على الموظف العام دون غيره ، بينما كانت المادة العاشرة من المشروع تجعل منه سبباً يطبق على الموظف العام ومن دونه ، وأن ما خلصت إليه المناقشات وما تضمنه النص من اعتبار حسن النية سبباً لانتفاء العمد ، لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة يطبقه القضاء دون حاجة إلى نص . كما أنه ليس صحيحاً القول على إطلاقه بأن حسن النية ينفي القصد الجنائي ، فكثير من الجرائم التي يتوافر فيها حسن النية لدى الجاني ولا يؤثر توافره على قيام القصد لديه ، وإنما يجب للقول بتوافر حسن النية أن يتوافر ما أوجبه القضاء من أن يقيم المتهم "الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة".

وخطة الشارع في عدم استلزام توافر السبب المعقول لتوافر حسن النية تخالف المستقر عليه في أحكام القضاء. وسوف تفضي هذه الخطة إلى تجرد حسن النية من المعيار الذي يكفل ضبطه ، وهو ما سيؤدي إلى عدم تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحريةهم وبين أداء الموظف لواجبه. وأن السبب المعقول الذي يبرر الاعتقاد بشرعية العمل هي فكرة لا تقتصر على القانون المدني ، بل تسود مختلف فروع القانون ؛ ولا تقتصر على القانون الوطني ؛ بل إن لها تطبيقات قضائية واسعة في القانون المقارن.

وقد أظهرت الدراسة عدم وضوح السياسة التشريعية في تجريم مخالفة واجب الإخطار وإمساك السجلات لأن تحديد ضابط الاشتباه في العملية المالية التي تتضمن غسلًا للمال هو أمر بالغ الصعوبة ، وأنه لن يكون بمقدور سلطة الإتهام أن تثبت توافر القصد على ارتكابها. وأن من شأن هذا التجريم أن يجعل سيف العقاب مسلطاً على الموظف الذي لا يقبل التعاون من جهة الضبط والتحري ، فسوف يكون بمقدورها في جميع الأحوال أن تعتبر أن عملية ما مشبوهة وأن الموظف لم يقم بالإخطار عنها ، ولا يخفى ما في ذلك من إخلال بالقواعد والنظم المصرفية والمالية وما تتضمنه من إشاعة عدم الثقة فيها. وأن الشارع المصري كان بمقدوره أن يكتفى بمجموعة من

الجزاءات التأديبية التي يمكنه بها مواجهة هذه الأفعال وكان عليه أن يستفيد تطور بعض التشريعات المقارنة في ذلك.

- ثانياً: مدى ملائمة تجريم غسل الأموال من زاوية السياسة الجنائية: من الأصول المسلم بها أن القانون يجب ألا يتدخل إلا لمنع الأفعال الضارة بالمجتمع، ولا يجب عليه استخدام سلطة الجبر قبل أي من أفرادها إلا لتحقيق غرض أساسي هو دفع الأذى عن الآخرين، وأنه باستثناء هذا المبدأ فلا يوجد مبرر يعطى الدولة الحق في التدخل في نطاق الحرية الفردية للأفراد^(١)، ذلك أن النفع الذي يعود على المجتمع من التدخل في الحياة الخاصة للأفراد يفوقه الضرر الناجم عن مثل هذا التدخل. وأن الحرية الشخصية ضرورة لتحقيق الذات الإنسانية وأنه كلما قلت القيود المفروضة على هذه الحرية من تدخل القانون في الحياة الخاصة للأفراد كلما أدى ذلك إلى صيانة الحرية وتحقيق سعادة الأفراد وتقدم المجتمع^(٢).

وإذا ترتب على تدخل القانون ضرر يزيد على الضرر الناجم عن الفعل أو يساويه فلا يجب عليه في هذه الحالة أن يتدخل بتجريمه، ذلك أن تدخل الدولة بالعقاب في هذه الحالة قد يؤدي إلى إحداث ضرر يفوق الفائدة الناتجة من العقاب عليه أو قد يفوق الضرر الناتج من الفعل ذاته.

وفي تقديرنا أن الدراسة قد أسفرت عن أن التجريم الذي نص عليه الشارع المصري لغسل الأموال وما ينطوي عليه من توسع في أفعال مجرمة، وما نص الشارع عليه من تساهل في إثباتها ومن عدم وجود أية رقابة قضائية في حالة الاطلاع على أسرار الأفراد، من شأنه أن يؤدي إلى المساس

(١) MILL (John Stuart): *On liberty*, Penguin English Library, London, 1983, P.68 ; HARRIS, (J.W); *Legal philosophies*, Ed.Butter Worth, London, (1978) , P. 117 - 118..

(٢) GOLDING (Martin) *Philosophy of law*, Ed. Rentic-Hall Inc., New Jersey, 1975, P.56.

بمحقوق الأفراد وتهديد حرقاتهم والتنقيب فى أسرار حياتهم. وفى تقديرنا إن التجريم على النحو الذى أخذ به الشارع المصرى لن يقتصر على إلحاق الضرر بمحقوق الأفراد فحسب ، بل سيمتد إلى الاستثمارات الأجنبية ، بل والوطنية وإلى حركة التداول المالى ، كما أن من شأن هذا التجريم أن يهدر تماماً مبدأ سرية الحسابات وأن يخل بأصول التجريم والعقاب ، كما أنه ينطوى فى صور منه على المساس بقواعد دستورية مستقرة.

وللاعتبارات سالفة الذكر تنتهى الدراسة إلى أن الضرر الذى سينجم عن تجريم غسل الأموال سيفوق بكثير الفائدة المرجوة منه ، وأنه كان يمكن التوصل إلى مكافحة غسل المال عن طريق إجراء بعض التعديلات على بعض نصوص التجريم السارية بما لا ينطوى على مساس جسيم بمحقوق الأفراد وحرقاتهم.

ثبت بالمراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية

الدكتور إبراهيم عيد نايل

- المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال فى القانون الجنائى الوطنى والدولى ، دار النهضة العربية . ١٩٩٩ .

الدكتور أحمد بديع بليح

- غسل الأموال من منظور الآثار الاجتماعية والاقتصادية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، العدد الرابع والعشرين ، أكتوبر سنة ١٩٩٨ ، ص ٢٠٩-٢٣٤ .

الدكتور أحمد محمد بدوى

جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفى ، سعد ستمك للطبع والنشر ، القاهرة . ١٩٩٩ .

الدكتور إسماعيل صبرى عبد الله

- الكوكبة ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٤٧ ، س ٨٨ ، يوليه ١٩٩٧ ، ص ٣٦٤-٤٢١ .

الدكتور السيد أحمد عبد الخالق

- الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسل الأموال ، دار النهضة العربية ١٩٩٧-١٩٩٨ وأيضاً منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق بجامعة المنصورة العدد الثاني والعشرون أكتوبر سنة ١٩٩٧ ص ١-٤٥ .

الدكتور أشرف توفيق شمس الدين

- ماهية الفعل محل التجريم في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دراسة مقارنة ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان في موضوع دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري ، والذي عقد بقاعة المؤتمرات بمدينة نصر في يومي ٣٠-٣١ مارس ١٩٩٨ ، أبحاث المؤتمر ص ٦٤٩ وما بعدها .

- تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

الدكتور جلال وفاء محمددين

- دور البنوك في مكافحة غسل الأموال ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ٢٠٠١ .

الدكتور حسن صادق المرصفاوي

- قانون الكسب غير المشروع ، منشأة المعارف بالإسكندرية .

الدكتور حسنين توفيق إبراهيم

- الجريمة المنظمة: دراسة في مفهومها وأثارها وسبل مواجهتها ، مجلة الفكر الشرطي ، المجلد التاسع العدد الرابع يناير ٢٠٠١ ، ص ١٤٧ وما بعدها .

الدكتور حمدي عبد العظيم

- غسل الأموال في مصر والعالم ، الطبعة الأولى ، القاهرة ١٩٩٧ .

- جرائم البورصة ، مجلة مركز بحوث الشرطة ، ع يولييه ١٩٩٨ ، ص ١٨٠-٢٠٨ .

المستشار سري محمود صيام

- التشريع المصري لمكافحة غسل الأموال وآليات تفعيله ، وزارة العدل - الإدارة العامة للتشريع ، بدون تاريخ .

المستشار سمير ناجي

- محاضرات في التعاون الدولي في مكافحة ومنع الجريمة المنظمة العابرة للحدود وغسل الأموال
المستمدة من الإجرام المنظم وتمويهها، المركز القومي للدراسات القضائية ١٩٩٦.

الدكتورة سهير إبراهيم

- غسل الأموال القذرة في الأوعية المصرفية ، ندوة الجرائم الاقتصادية المستحدثة ٢٠-٢١ إبريل
سنة ١٩٩٣ ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنايئة-قسم بحوث الجريمة ، إشراف
الدكتورة سهير لطفي ، الجزء الثاني ، القاهرة ١٩٩٤ ، ص ٦٦٣ وما بعدها.

الدكتور سليمان عبد المنعم

- مسؤولية المصرف الجنايئة عن الأموال غير النظيفة - ظاهرة غسل الأموال ، دار الجامعة
الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٩.

الدكتور سعيد عبد اللطيف حسن

- جرائم غسل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى
، ١٩٩٧.

الدكتور سعيد سيف النصر

- المواجهة المصرفية لظاهرة غسل الأموال ، مجلة الأمن العام ، العدد ١٦٢ ، يولييه ١٩٩٨ ، ص
١٢٣-١٣٣.

الدكتور طارق سرور

- الجماعة الإجرامية المنظمة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

الدكتور عبد المطلب عبد الحميد

- العولمة واقتصاديات البنوك ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠١ .

الدكتور عبد العظيم مرسى وزير

- المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال ، دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء
العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.

الدكتور عصام أحمد

- مكافحة غسل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي ، ١٩٩٨ ، دراسة غير منشورة - مكتبة المركز القومي للدراسات القضائية.

الدكتور علاء إسماعيل محمد

- نظرية الجريمة المنظمة في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة حلوان . ٢٠٠١ .

الدكتور على عبد القادر القهوجي

- مدلول الإجماع الدولي ، مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١ ، المجلد الثاني.

الأستاذ على نجم

- فلسفة السرية المصرفية والقوانين التي تحكمها في جمهورية مصر العربية ، ندوة اتحاد المصارف العربية المنعقدة في القاهرة في الفترة من ١٠ إلى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٩٢ .

الدكتور عمر حسن عدس

الإجماع المنظم وغسل الأموال ، مجلة بحوث الشرطة ، العدد التاسع ، يناير ١٩٩٦ .

الأستاذ عمرو بن منصور

- الجريمة المنظمة عبر الحدود العربية ، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدت بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في ١-٢ نوفمبر سنة ١٩٩٨ .

الدكتور غنام محمد غنام

- مكافحة ظاهرة غسل الأموال في عصر العولمة ، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١ ، المجلد الثاني.

الأستاذ محمد عبد اللطيف فرج

- تجريم غسل الأموال في مصر والأنظمة المقارنة ، مجلة بحوث الشرطة ، العدد ١٣ ، يناير ١٩٩٨ ، ص ٢٣٧ وما بعدها.

- نحو استراتيجية وطنية للسيطرة على غسل الأموال ، المحور التشريعي ، مجلة كلية التدريب والتنمية ، العدد الثالث ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥٣-١٧٥.

الدكتور محمد محمد مصباح القاضي

- ظاهرة غسل الأموال ودور القانون الجنائي في الحد منها دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

الدكتور محمد محي الدين عوض

- غسيل الأموال - تاريخه وتطوره وأسباب تجريمه وطرق مكافحته ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي يصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الفضي لكلية الحقوق بجامعة المنصورة ، إبريل ١٩٩٩ ، ص ١٤٨-٢١٩.

الدكتور محمود كبيش

- السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.

الأستاذ مصطفى طاهر

جرائم غسل أموال المخدرات ، مجلة الأمن العام ، العدد ١٥٩ ، السنة ٣٩ ، أكتوبر ١٩٩٧ ، ص ٨٩-٩٣.

الدكتور نائل عبد الرحمن صالح

- جرائم تبيض الأموال واقعا في القوانين الأردنية ، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة الذي نظمته كلية الحقوق والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية خلال الفترة من ٦-٨ مايو ٢٠٠١ ، المجلد الأول.

الدكتورة هدى حامد قشقوش

- جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨.

قوانين وتقارير ومجموعات الأحكام ودوريات

- قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ مكرر في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢ .
- قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن وحدة مكافحة غسل الأموال ، الجريدة الرسمية- العدد ٢٥ (مكرر) في ٢٤ يونيه سنة ٢٠٠٢ .
- تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشؤون المالية والتشريعية والشؤون الاقتصادية ، مجلس الشعب -الفصل التشريعي الثامن- دور الانعقاد العادي الثاني ٢٠٠٢ .
- مضابط جلسات مجلس الشعب الجلسات من ٧٤ إلى ٨٧ الفصل التشريعي الثامن - دور الانعقاد العادي الثاني- طبعة مؤقتة قسم مجلس الشعب ٢٠٠٢ .
- المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .
- تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية وهيئة مكنتي لجنة الشؤون المالية والاقتصادية ولجنة الشؤون العربية والخارجية والأمن القومي عن قرار رئيس الجمهورية بشأن مشروع قانون بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال - مجلس الشورى في ١١ مايو ٢٠٠٢ .
- مجموعة أحكام محكمة النقض ، يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ، إعداد المستشار الصاوي يوسف القباني ، طبعة نادى القضاة ، ج ١ ١٩٨٨ .
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة المنصورة .
- مجلة القضاة الفصلية التي يصدرها نادى القضاة بمصر .
- مجلة بحوث الشرطة ، يصدرها مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة بمصر .
- مجلة الأمن العام ، يصدرها مصلحة الأمن العام بمصر .
- مجلة كلية التدريب والتنمية ، يصدرها كلية التدريب والتنمية بأكاديمية مبارك للأمن .
- مجلة الفكر الشرطي ، يصدرها الإدارة العامة لشرطة الشارقة .

ثانياً : مراجع بلغات أجنبية

١- مراجع باللغة الإنجليزية:

- **ANDROPHY (Joel M.)**
- *White collar crime* , Shepard's /McGraw-Hill, Colorado , 1992.
- **ARBITRAL TRIBUNALS UNDER THE LAUNDERING CONVENTION** , Council of Europe Press , Strasbourg , 1992.
- **CRANSTON (Ross)**
- *Principles of banking law* , Clarendon Press Oxford, New York , 1997.
- **DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA: Electronic Money Laundering: An Environmental Scan** , Solicitor General Canada, October 1998.
- **HARRIS, (J.W);**
- *Legal philosophies*, Ed.Butter Worth, London, (1978) .
- **MADINGER (John) & ZALOPANY (Sydney A.)**
- *A guide for criminal investigators*, CRC Press LLC , Florida , 1999.
- **MILL (John Stuart):**
- *On liberty*, Penguin English Library, London, 1983.
- **REID (Sue Titus)**
- *Crime and criminology* , Harcourt brace college pub. New York , 1994
- **SCHUCK (Jason) / ENTERLACK (Mathew E.)**
- *Money laundering* , *American criminal law review* , 1996 , vol.33 , p.881-902.
- **STARFER (Richard G.)**
- *Money Laundering: the crime of the "90" S* , *American Criminal Law Review* , 1989 , Vol.27, p.149.

٢- مراجع باللغة الألمانية

- **BARTON (Stephan)**
 - Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her , *Neue Zeitschrift für Strafrecht* , 1993 , S.159 ff.
- **BERNSMANN (Klaus)**
 - Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung , *Strafverteidiger* (1998) , S.46 ff.
- **BURGER (Armin) / PEGLAU (Jens)**
 - Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Gelds als Verteidigerhonorar , *Wistra (Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht)* , Mai 2000 , S.161-164.
- **CEBULLA (Mario)**
 - Gegenstand der Geldwäsche , *Wistra (Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht)* , 1999 , S.281-286.
- **GEERDS (Friedrich)**
 - Über Änderungen der Bekämpfung krimineller Korruption , *Juristische Rundschau* , 1996 , S.309.
- **HERZER (Wolfgang)**
 - Finanzbehörden im Kampf gegen Geldwäsche und organisierte Kriminalität, *Juristische Rundschau* 1999 , S.141 ff.
- **KAISER (Günther)**
 - Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung , *wistra (Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht)* , 2000 , S.121 ff.
- **KÖNIG (Peter)**
 - Neues Strafrecht gegen die Korruption , *Juristische Rundschau* , 1997 , S. 397.
- **KRESS (Claus)**
 - Das neue Recht der Geldwäschebekämpfung , *Wistra (Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht)* , 1998 , S.121 ff.
- **KREY (Volker)**
 - *Strafrecht Besonderer Teil , Band 2 , Vermögensdelikte* . Verlag W. Kohlhammer , Stuttgart 1977

• **LAMPE (Ernst-Joachim)**

-Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) , *Juristische Zeitung* , 1994 , S.123-132.

• **MAURACH (Reinhart) / SCHROEDER (Friedrich-Christian) / MAIWALD (Manfred)**

Strafrecht , Besonderer Teil , Teilband 2 Straftaten gegen Gemeinschaftswerte , C.F.Müller Verlag , Heidelberg , 1999.

• **MAIWALD (Manfred)**

- *Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche* , Festschrift von Hans Joachim Hirsch , 1999.

٣- مراجع باللغة الفرنسية

• **CULIOLI (Marcel)**

- *Infraction générale de blanchiment* , art. 324-1 à 324-9 , *Juris-Classeur* , 1997.

• **HÉRAIL (Jean-Louis) & RAMEAL (Patrick)**

- *Blanchiment d'argent et crime organisé* , *criminalité internationale* , Puf. Paris , 1996.

• **JEANDIDIER (Wilfrid)**

- *Droit pénal des affaires* , 2 édition , Dalloz , Paris , 1996.

• **LOI no 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime**

<http://www.droit.org/jo/19960514/JUSX9400059L.html>

• **MANACORDA (Stefano)**

- *La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système* , *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* , 1999 , pp. 251-285.

• **MOEBIUS (Gerald)**

- *Le blanchiment de fonds* , *Revue internationale de police criminelle* , 1993 , pp. 1-8 .

- **PICCA (George)**
 - *Le "blanchiment" des produits du crime: vers de nouvelles stratégies internationales?*, *Revue internationale de criminologie et de police technique* , no.4 , 1992 , p.483-485.
- **Rapport: La lutte contre le blanchiment de capitaux , rapport demandé par les Chefs d'Etat lors du sommet de l'Arche, la documentation française , Paris (1990) , p.141 s.**
- **RIFFAULT (Jacqueline)**
 - *Le blanchiment de capitaux illicites, le blanchiment de capitaux en droit comparé* , *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* , 1999, pp. 231-249.

جرائم غسيل الأموال إلكترونياً

في

ظل النظام العالمي الجديد

للتجارة الحرة (العولمة)

إعداد

الدكتور محمد عبد السلام سلامه

أستاذ التحكيم التجاري الدولي

المستشار القانوني

زاد استخدام لفظ العولمة وشاع في الفترة الأخيرة خصوصاً بعد سقوط الاتحاد السوفيتي ، خاصة بعد أن تبلورت عناصرها والتي من أبرزها العلاقات المتبادلة بين الأمم سواء المتمثلة منها في تبادل السلع والخدمات ، أو انتقال رؤوس الأموال بسهولة ويسر ، أو في انتشار المعلومات والأفكار بسرعة البرق ، وكل ذلك بالطبع مرجعه إلى التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل خصوصاً في وسائل الاتصالات والمواصلات في الفترة الأخيرة، مما يجب معه تعزيز دور الأمن الداخلي والدولي لمواجهة الأخطار الأمنية الناتجة عن الانفتاح و التواصل الكبيرين بين بلدان العالم وللمواجهة التقدم الهائل في نوعية الجريمة والذي كان نتيجة طبيعة لهذا التقدم العلمي والتكنولوجي المذهلين.

وكانت نتيجة طبيعية لبلورة فكرة العولمة وعناصرها على النحو السابق أن أصبح العالم كله قرية صغيرة من أقصاه إلى أقصاه ، وكان من الطبيعي أن تكون التجارة العالمية هي من أول الأنشطة التي تأثرت بذلك حيث بدأ هذا التأثير باتفاقية تم توقيعها في جنيف عام ١٩٤٧ عرفت باتفاقية الجات ولعل السبب في ذلك يرجع إلى العوامل التالية :-

١. انهيار الأسواق العالمية التي كانت تعيش فيها بعض الأمم بمعزل عن العالم ومتغيراته خصوصاً في المجالات الاقتصادية موضوع دراستنا ، ومن ثم أكتسح تيار العولمة مناطق مهمة من العالم كانت معزولة عن نطاق التجارة العالمية وخصوصاً أوروبا الشرقية والصين .

٢. ازدياد نسبة السكان في العالم بدرجة كبيرة جداً خاصة بعد زيادة الوعي الصحي وبانتهاء الحربين العالميتين وزيادة الحاجة لأبناء هذه الشعوب للانفتاح على العالم والسير في مناكب الأرض للبحث عن الرزق والذي يتركز محوره الأكبر في التجارة.

٣. الزيادة الكبيرة في درجة تنوع السلع والخدمات التي يجري تبادلها بين الأمم ، وكذلك تنوع مجالات الاستثمار التي تتجه إليها رعوس الأموال من بلد لآخر مما زاد الحاجة إلى انفتاح تجارة العالم واتصالها بعضها ببعض لآخر .

ازدهرت التجارة العالمية نتيجة لهذه العوامل ازدهارا ملموساً خلال النصف الثاني من القرن العشرين مما أدى إلى زيادة التبادل التجاري خاصة بين الدول الصناعية الكبرى ، إلا أن الكساد الاقتصادي الذي أصاب العالم في حقبة الثلاثينات من القرن الماضي (العشرين) دفع الكثير من الدول الصناعية إلى تبني سياسات وقائية واسعة من بينها التحكم في العملة - وعقد اتفاقيات تجارية ثنائية ، وفرض قيود على تبادل السلع وكذلك زيادة التعريفات الجمركية .

لذلك فقد سعت تلك الدول الصناعية وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية خصوصاً بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية من أجل قيام منظمة للتجارة العالمية والتي تكون مهمتها الأساسية هي تنظيم السياسات التجارية بين دول العالم تنظيماً دولياً يسهل تبادل التجارة العالمية ويغني عن اتخاذ الإجراءات والسياسات الوقائية التي برزت في حقبة الثلاثينات ، والتي كانت أحد الأسباب الرئيسية في عدم الاستقرار الاقتصادي العالمي والسياسي وكانت أحد أسباب نشوب الحرب العالمية الثانية .

وقد شهدت اتفاقية التجارة العالمية (الجات) منذ توقيعها في جنيف عام ١٩٤٧ شهدت وحتى عام ١٩٩٣ ثمان جولات رئيسية للتفاوض ، والتي كانت تهدف جميعها إلى تحرير التجارة العالمية من القيود الجمركية ، وقد حققت بالفعل تقدماً ملموساً لإزالة الكثير من القيود مما أدى إلى مزيد من التدفقات السلعية والسيولة للتجارة العالمية، وهذا يتطلب بالطبع جهود أمنية عالية الكفاءة والتقنية واتخاذ كافة الإجراءات الوقائية لمنع وقوع الجرائم الحديثة والتي لم تكن معروفة من قبل وذلك قبل وقوعها، وسرعة الكشف عنها إذا وقعت وذلك يتم بتضام كافة الأجهزة الأمنية على الصعيد الداخلي وذلك بالتنسيق مع أجهزة الأمن الدولية وعلى رأسها الأنتربول، وذلك لتحقيق الأمن على كافة الأصعدة سواء أمن الدولة وأمن المواطن والأمن الاقتصادي والأمن الاجتماعي داخلياً وخارجياً.

وتعتبر أهم مفاوضات وجولات تلك الاتفاقية والتي خرجت بها إلى حيز النور منذ توقيعها في عام ١٩٤٧ تلك المفاوضات التي تمت في أورغواي في عام ١٩٩٥ والتي ترتب عليها قيام كيان منظمة التجارة العالمية والتي تحل محل (الجات) التي وقعت عام ١٩٤٧ ، ويتكامل دور المنظمة الجديدة مع أدوار المنظمات الدولية الأخرى في المجال الاقتصادي كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، وبذلك تحقق منظمة التجارة العالمية انفتاحاً في مجال تحرير التجارة الدولية في مجالات الصناعة والزراعة والمنسوجات والملابس ، علاوة على قطاعات أخرى لم تكن تحت مظلة التجارة العالمية كتجارة الخدمات والاستثمارات الأجنبية الكبيرة وحقوق الملكية الفكرية .

وهكذا أصبح لمنظمة التجارة العالمية دوراً كبيراً وبارزاً في التأثير في حجم التجارة الدولية ونموها نمواً كبيراً خصوصاً بعد ظهور النور الآسيوية العملاقة في مجالات الصناعة والتجارة الدولية ، كذلك ما وصلت إليه اليابان ولعبته من دور خطير في هذا المجال ، بالإضافة إلى دول أوروبا متمثلة في السوق الأوروبية المشتركة.

فقد أدى ذلك كله إلى وجوب أخذ منظمة التجارة العالمية لدورها البارز في مجال تحرير التجارة الدولية بما يتناسب مع فكرة العولمة الجديدة وما حدث من تقدم علمي وتكنولوجي

مذهل خلال الحقبة الزمنية الأخيرة، تزامن معه تقدم كبير في أجهزة الأمن المحلية والدولية وأساليب عملها وتعملها مع تلك المستجدات في نوعية الجريمة والمجرم نتيجة لكل تلك المتغيرات لكل تلك المتغيرات الاقتصادية والتجارية العالمية الأخيرة . ولعل من أبرز الجرائم التي يمكن أن تتم في ظل هذه التجارة العالمية الحرة هي جريمة غسيل الأموال المتحصلة من بعض الجرائم الخطيرة على المجتمع المحلي أو الدولي.

والآن نتقل بالبحث لدراسة جريمة غسيل الأموال من الناحية القانونية من توضيح تعريفها والمقصود بها، والإطار القانوني لها وهل هي جريمة وقتية أم جريمة مستمرة، والضوابط القانونية للعقاب عليها، وأخيراً انعكاساتها على الاستثمارات الأجنبية ومدى خطورتها من هذه الناحية ودور الأمن والقضاء لمواجهة هذا الخطر الجديد موضحين بصدد ذلك موقف قانون غسيل الأموال الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في هذا الشأن ثم نعالج بعد ذلك وضع هذه الجريمة إلكترونياً.

وسوف نتعرض لتلك المحاور بالدراسة والبحث على النحو التالي:-

- أولاً : المقصود بجريمة غسيل الأموال وتعريفها القانوني :

إننا نرى من وجهة نظرنا أن التعريف الأمثل لتلك الجريمة من خلال تحليلنا لأركانها القانونية هي بأنها : ((القيام بمجموعة من أعمال الاستثمار المشروعة في ظاهرها لأموال متحصلة من أعمال غير مشروعة في مصدرها وذلك لكونها ناتجة عن نشاط إجرامي يجرمه القانون وتضر بأمن المجتمع أو اقتصاده))، وذلك مثل استثمار الأموال المتحصلة عن أنشطة الاتجار عن المخدرات مثلاً أو السلاح أو تنظيفاً لتلك الأموال القذرة بما يخدم المجتمع ويجعل استثماراته الاقتصادية في يد مجموع من محترفي الإجرام يعيشون بتلك الأموال كالشرفاء بهذا الستار الاستثماري المشروع مما يزيد من خطورتهم على أمن المجتمع واقتصادياته في حين أن أصل متحصل هذه الأموال من أنشطة إجرامية تقوض بنيان المجتمع وتهدم أركانه وتدمر أبنائه كما في حالة الاتجار في المخدرات مثلاً أو السلاح أو القرصنة الدولية.

أما عن الإطار القانوني لجريمة غسيل الأموال :-

فهي كأي جريمة لها ركنين أحدهما مادي يتمثل في العمل المادي للجريمة والذي هو في ظاهرة مشروع - ثم الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي والعلم بمصدر تلك الأموال الغير مشروع والظهور بها كاستثمار مشروع واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الفعل الآثم.

ولكن السؤال الذي يثور هل جريمة غسيل الأموال هي جريمة وقتية أي تتم بفعل واحد وتنتهي أم هي جريمة مستمرة متتالية ومتتابعة الأفعال الإجرامية والإجابة هي بأنها جريمة مستمرة باستمرار قيام مرتكبها بهذا الاستثمار للأموال المتحصلة من مصادر غير مشروعة

أما عن الضوابط القانونية للعقاب على جريمة غسيل الأموال :

وهو موضوع العقاب على جريمة غسيل الأموال فقد أثار حولها بعض الجدل والخلاف القانوني بما أثاره البعض بأن الفعل الإجرامي الأصلي والمتحصل منه الأموال الغير مشروعة والتي يتم ارتكاب جريمة غسلها قد سبق العقاب عليها كجريمة الاتجار في المخدرات وبالتالي يرون عدم العقاب على جريمة غسيل الأموال المتحصلة منها حتى لا يكون هناك ازدواج في العقوبة وهو الأمر الممنوع قانوناً. ولكن القائلين بهذا الرأي قد جانبهم الصواب تماماً في فهم هذا الأمر وأخطأوا في تفسيره القانوني، لأنه في حالة غسيل الأموال توجد جريمتين مستقلتين تماماً في أركانها القانونية وبالتالي في وجوب العقاب على كل منهما استقلالاً عن الأخرى . حيث أن جريمة الاتجار في المخدرات في المثل الذي نحن بصدده لها أركانها القانونية والعقوبة الخاصة بها المنصوص عليها من قانون العقوبات، وكذلك جريمة غسيل تلك الأموال المتحصلة عن تجارة المخدرات لها أركانها القانونية كجريمة مستقلة والعقوبة الخاصة بها و المنصوص عليها أيضاً وذلك بالطبع أعمالاً للمبدأ القانوني القائل لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص لتجريم الفعل الإجرامي ونص لتحديد العقاب عليها.

وبذلك يتضح جلياً دحض حجج القائلين بكفاية العقاب على الفعل الإجرامي للجريمة الأولى المتحصلة عنه الأموال التي يراد غسلها إعمالاً لمبدأ عدم ازدواج العقاب ذلك لأن عملية

غسيل الأموال القذرة هي تعتبر في ذاتها جريمة مستقلة حسبما أشرنا من قبل و أوضحنا ركنيها المادي و المعنوي المنصوص عليها في القانون المنظم لها وكذلك العقوبة المحددة لمرتكبها.

وفيما يتعلق بانعكاسات جريمة غسيل الأموال وآثارها على الاستثمارات

الأجنبية بالدولة :

فإنه مما شك فيه بأن جريمة غسيل الأموال تكون لها آثار خطيرة على استثمارات الدولة سواء المحلية أو الأجنبية، نظراً لما تشكله تلك الجريمة من ظهور المجرمين في شكل مستثمرين شرفاء ورجال أعمال مرموقين يعاملهم المجتمع باحترام ويفتح لهم أبواب الاستثمار لينتهي الأمر إلى ضرب اقتصاد المجتمع في مقتل بما يؤدي إلى تدميره بالإضافة إلى تخوف المستثمرين الشرفاء من جلب أموالهم إلى تلك الدول التي يعرف عنها بأنها تسمح أو تغض النظر عن المستثمرين من النوع الأول والذين تأخذ استثماراتهم شكل غسيل للأموال المتحصلة عن جرائم لما تشكله من ضرر بالغ بسلامة واقتصاد المجتمعات.

ومن ناحية أخرى لا بد أن نبحت هذا الموضوع من زاوية أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها، وهي تلك التي تتمثل في تخوف المستثمرين الشرفاء سواء بالداخل الأجانب من نقطة خطيرة وهي تلك المتمثلة في مدى الضمانات القانونية والقضائية والأمنية بالدولة لتحديد الأموال النظيفة المصدر من الأموال الغير نظيفة والمتحصلة من جرائم، وذلك حتى يزول هذا التخوف يجب أن تؤدي أجهزة الأمن بالدولة دورها في التحري والاستقصاء الدقيق عن مصدر الأموال المستثمرة بها قبل أن تعتبر استثمارها جريمة غسيل أموال، كذلك الحال بالنسبة للجان وجهات التحقيق التي تشرف على تقارير الجهات الأمنية والمصرفية التي تقول بالاشتباه من مصدر الأموال المراد استثمارها، حيث يجب أن تكون تلك اللجان التحقيقية والقضائية مشكلة على أعلى مستوى من الكفاءة والنزاهة والحيدة قبل أن تنتهي إلى إتهام المستثمر بعدم نظافة أمواله.

وبالتالي إتهامه بارتكاب جريمة غسل أموال والتي تكون العقوبات فيها خطيرة وشديدة كمصادرة الأموال والسجن لمدد طويلة وضياع الاستثمارات والسمعة مما يجب معه دقة التحري وعدالة القرار بالإدانة في تلك الجريمة الخطيرة.

وذلك حتى يتشجع الشرفاء على جلب استثماراتهم وأموالهم إلى الدولة وهم مطمئنون لقوة الضمانات القانونية والقضائية التي تحمي استثماراتهم. بما يعود على الدولة بالفائدة المزدوجة المرجوة من الناحية الأولى حماية الأمن والاقتصاد للدولة من العابثين به من عتاه المجرمين الذين يريدون غسل أموالهم، ومن جهة ثانية تشجيع المستثمرين الحقيقيين والشرفاء على المساهمة الفعالة من إثناء اقتصاد الدولة بما يؤدي إلى رخائها وخير أبنائها.

نتنقل بعد ذلك لبحث موقف قانون غسل الأموال الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية المتحدة وكيفية تفعيل نصوصه ودورها الهام في المساهمة لمحاربة هذه الجريمة وذلك على النحو التالي :-

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة (١٢) منه نجدها تأمر جميع الجهات التي تتعامل بخصوص المعلومات المتعلقة بهذا الأمر أي بموضوع غسل الأموال بأن تلتزم السرية التامة ولا تكشف سريتها إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً لسير التحقيقات، وهذا يكفل حسن السيرة في مواجهة هذه الجرائم الخطيرة كذلك عدم إثارة الشائعات حول أموال الاستثمار والتي قد تكون أموالاً نظيفة فتكون السرية ضرورة هامة لعدم الأضرار بتلك الاستثمارات في هذه الحالة، كذلك لضمان الوصول لكافة الحقائق في الحالة التي تكون فيها الأموال غير نظيفة ويراد ارتكاب جريمة غسلها.

أيضاً نجد المادة (١٧) من ذات القانون تكفل ضمانه هامة للمستثمرين الجادين والشرفاء وحتى لا يكونوا عرضة للكيد لهم باقحامهم زوراً بارتكاب جريمة غسل الأموال وذلك بالنص على العقوبة بالحد الأقصى لجريمة البلاغ الكاذب لمن يتقدم بسوء نية ببلاغ للجهات المختصة بارتكاب شخص أو جهة لجريمة غسل الأموال بقصد الأضرار بالآخرين،

وهذا أيضاً مما يشجع المستثمرين الشرفاء على التقدم للاستثمار دون الخوف من العبث أو التعرض لخطر اتهامهم زوراً بهذه الجريمة الخطيرة ذلك على صعيد الضمانات التي كفلها القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن جريمة غسل الأموال.

أما على صعيد التعاون الدولي الذي كفله هذا القانون لمحاربة جريمة غسل الأموال نجد أن نصوصه قد عاجلت ذلك على النحو التالي :

حيث تعرض نص المادة (٢١) من القانون المشار إليه لتعاون السلطات القضائية بدولة الإمارات مع كافة السلطات القضائية بالدول الأخرى والتي تربطها معها اتفاقية مصدقة أو بشرط المعاملة بالمثل إذا كان الفعل الإجرامي معاقباً عليه في الدولة، كذلك أن تأمر السلطات القضائية الإماراتية بتعقب أو تجميد أو توقيف الحجز التحفظي على الأموال أو المتحصلات الناتجة عن جريمة غسل الأموال.

وأخيراً :

وفي مجال النصوص القانونية التي تدل على فعالية قانون غسل الأموال الإماراتي في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال نجد إن نص المادة (٢٢) منه تقرر الاعتراف بأي حكم أو أمر قضائي يقرر مصادرة أموال أو متحصلات من جريمة غسل الأموال طالما كان هذا الحكم أو الأمر القضائي صادراً عن محكمة أو سلطة قضائية مختصة بدولة أخرى تربطها بدولة الإمارات اتفاقية مصدق عليها.

الغش كجريمة اقتصادية

زادت التطورات الاقتصادية والاجتماعية المتسارعة التي تشهدها دول العالم بصورة خاصة في ظل النظام العالمي الجديد للتجارة الحرة في الوقت الحاضر وما ترتب على ذلك من آثار مختلفة على جميع الأنشطة الاقتصادية فقد برزت مؤخراً بعض الجرائم الاقتصادية والتي في مقدمتها جريمة الغش التجاري والتقليد الأمر الذي تطلب بحثها ومناقشتها وتحليلها من الناحية

القانونية بهدف إيجاد الوسائل والسياسات الاقتصادية الكفيلة بالتغلب عليها للحد من آثارها السلبية على الاقتصاديات الوطنية للدول ونتيجة لذلك تأتي هذه الدراسة القانونية لموضوع الغش التجاري والتقليد وآثارها على التدفقات الاستثمارية والعلاقات الاقتصادية بين الدول والمجموعات الدولية بشكل عام مع إشارة خاصة لدول مجلس التعاون الخليجي ودولة الإمارات العربية المتحدة وسوف نقدم عرضاً لهذا الموضوع من خلال خمسة محاور رئيسية هي:

١. المقصود بالغش التجاري والتقليد.
٢. أهم آثار الغش التجاري والتقليد على الإنتاج الصناعي والتجارة الداخلية للدول.
٣. أهم آثار الغش التجاري والتقليد على الاستثمارات الوطنية والأجنبية ونقل التكنولوجيا والمعلومات بين الدول.
٤. آثار الغش التجاري والتقليد على العلاقات التجارية الإقليمية والدولية في ظل العولمة.
٥. موقف القوانين والتشريعات القانونية بدولة الإمارات العربية المتحدة في التصدي للغش التجاري والتقليد.

أولاً: المقصود بالغش التجاري والتقليد:

توجد عدة تعاريف للغش التجاري والتقليد ورغم اختلافها في المباني تبقى مضامينها متقاربة جداً في المعاني حيث تعكس مفاهيم ومعاني واحدة.

حيث يعتبر في حكم الغش والتدليس كل من خداع أو شروع فيه موجه إلى أن يخدع المتعاقدين بأنه طريقة من الطرق وذلك في أحد الأمور التالية:

١. في نوع البضاعة أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي تكون فيها تلك العناصر موضع اعتبار لدى المتعاقد.

٢. الغش أو الخداع في عرض حقيقة البضاعة وطبيعتها أو صفتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها المادية.
٣. الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو نوعها أو عيارها أو قوتها.
٤. الإيهام بعمل تخفيضات وهمية في أسعار السلع والبضائع المعروضة للبيع في التصفيات.
٥. الغش في وصف ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد بشأنه.

وعلى ذلك يمكن تعريف الغش التجاري بأنه "كل فعل عمدي إيجابي ينصب على سلعة قابلة للتداول في الأسواق ويكون هذا الفعل مخالفاً للقواعد المقررة في التشريع أو لأصول الصناعة للسلعة أو خواصها أو فائدتها أو ثمنها بشرط عدم علم المتعامل أو المستهلك بذلك. وإجمالاً يمكن أن يعرف الغش التجاري بأنه "أي عمل تجاري يتم بشكل مناف للقوانين واللوائح المعمول بها وينجم عنه ضرر للغير بحيث يلزم من ارتكبه بالتعويض عنه"

وأخيراً يجب التنويه إلى أن الغش التجاري لا يقتصر على غش السلع والبضائع فقط بل يتعداهما إلى الغش في الخدمات أيضاً بكل أصنافها سواء كانت خدمات صحية أو تعليمية أو تجارية أو مالية أو سياحية أو اتصالات أو نقل أو تخزين أو تأمين وغيرها من أنواع الخدمات الأخرى التي تؤدي إلى أفراد المجتمع.

كما يتسع مفهوم الغش التجاري ليشمل أيضاً التعدي على حقوق الملكية الفكرية مثل العلامات التجارية وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية وحقوق المؤلف وبرامج الكمبيوتر أي بتقليد أنواعها وصفاتها وجوهرها أو العناصر الداخلة فيها أو طريقة تصنيعها أو تركيبها الأمر الذي يؤدي إلى الأضرار بحقوق المستهلك ويؤدي إلى إحجام المستثمر الوطني والمستثمر

الأجنبي بشكل خاص ويوجد للغش التجاري والتقليد شكلان رئيسيان هما الغش المحلي والغش الدولي.

والنوع الأول يقتصر على ما يقترفه بعض رجال الأعمال والتجار والصناعيين أو غيرهم من غش وتدليس تجاري في الأسواق المحلية.

أما الثاني فهو الذي يمارس من خلال أعمال الغش التجاري والتقليد في الأسواق الخارجية الإقليمية والدولية من قبل رجال الأعمال والتجار والصناعيين الأجانب وهو ما زاد خطره واستفحل ضرره مع انتشار ظاهرة العولمة والتجارة العالمية الحرة في الآونة الأخيرة.

وفيما يتعلق بأسباب الغش التجاري بكل أشكاله السابقة فيمكن تلخيص أهمها بما يلي:

١. الانفتاح الاقتصادي العالمي والحرية التجارية في ظل العولمة وعدم مواكبة التشريعات والقوانين التجارية للتطورات الاقتصادية المتسارعة والمتلاحقة في العصر الحديث.
٢. ضعف الوعي الاستهلاكي وعدم إلمامهم بحقوقهم وبمواصفات السلع والخدمات وأنواعها المتعددة.
٣. ضعف الوعي والخبرة لدى المستوردين والتجار في حالة التجارة الدولية للحد من الغش التجاري الدولي.
٤. عدم تطبيق القوانين والتشريعات الخاصة بالرقابة التجارية التي تحد من الغش التجاري والتقليد وعدم التنسيق بينهما.
٥. زيادة الطلب في الأسواق المحلية على السلع والخدمات نتيجة لتزايد الدخول وارتفاع الرعة الاستهلاكية بصورة عامة لدى المستهلكين.

٦. الرغبة في تحقيق الأرباح غير المشروعة بشكل كبير وبالتالي تحقيق الثراء السريع بغض النظر عن الطرق الشرعية أو غير الشرعية التي تؤدي إلى ذلك.
٧. عدم قدرة الأنظمة المالية والنقدية على حماية المعاملات التجارية في بعض الدول من عمليات الغش التجاري الدولي بمختلف أشكاله بل عدم وجود تلك الأنظمة بشكل كامل يواكب التجارة العالمية الحرة وما تتطلبه من أنظمة مالية ونقدية قوية.

ثانياً: أهم آثار الغش التجاري والتقليد على الإنتاج الصناعي المحلي

والتجارة الداخلية للدول:

بالإضافة إلى الأضرار المتمثلة في تراجع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر وعرقلة التطور التكنولوجي الذي يشكله الغش التجاري والتقليد حيث يعتبر حاجزاً كبيراً أمام تطور ونماء الصناعات المحلية والتجارة الداخلية. فنمو أسواق البضائع المغشوشة ومنتجات التقليد يدفع المصانع المقلدة إلى تعزيز نشاطها وتطوير نصيبها من السوق المحلية مما يلحق الضرر بفروع الإنتاج الوطني من السلع المحلية. كما أن زعزعة الثقة في الأسواق المحلية نتيجة لتفشي الغش والتقليد وضعف مستوى الإنتاج المحلي تؤثر سلباً على بيئة الاستثمار المحلي وسمعة الصناعات المحلية الأمر الذي لا يشجع الاستثمار المحلي ويعرقل بالتالي نمو مصانع السلع الوطنية.

ويترتب على ذلك تدهور الصناعات الوطنية للسلع المحلية وتراجع المستثمرين المحليين مما يلحق بهذه القطاعات أضراراً كبيرة تؤثر على التجارة الداخلية بحيث تصبح أسواق السلع المغشوشة والمقلدة تشكل الجزء الأكبر منها. الأمر الذي يؤدي إلى حلقة مفرغة ينتج عنها تراجع النشاط التجاري الداخلي الذي يعتمد أساساً على السلع الوطنية.

ثالثاً: أهم آثار الغش التجاري والتقليد على الاستثمارات الوطنية والأجنبية ونقل التكنولوجيا والمعلومات بين الدول:

يجب أن يتزايد وعي الحكومات تجاه دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية وقد ركزت توجهات الدول على توفير الإطارين القانوني والتنظيمي لذلك، ودخلت غالبيتها في منافسة لجذب الاستثمار الأجنبي وأصبح قاسمها المشترك هو توفير الإطار التشريعي والتنظيمي العام الملائم ومنح تشجيعات مختلفة للمستثمرين الأجانب.

وأمام هذه المنافسة الدولية الكبيرة لجذب الاستثمار وتراجع القيود التقليدية أمام الاستثمارات الأجنبية أصبحت الشركات الأجنبية تنظر إلى جوانب المنافسة المشروعة وحماية حقوق الملكية الفكرية كعوامل أساسية تؤثر في اتخاذ قراراتها وتشكل الفيصل في اختيار مكان الاستثمار.

وبسبب عولمة الاقتصاد الدولي وارتفاع حدة المنافسة تسعى الشركات الدولية الكبرى إلى تخفيض تكلفة الإنتاج والتوزيع وتقليص عدد المصانع وشركات التوزيع عبر العالم، الأمر الذي ينتج عنه حسابات دقيقة في اختيار أماكن استثماراتها النهائية وبعيداً عن البلدان التي ينتعش فيها الغش والتقليد التجاري حيث لا تجد لها مكاناً في المنافسة لجذب الاستثمار الأجنبي إذ تصبح ترقية الأجواء من الغش والتقليد شرطاً أساسياً في جذب المستثمرين والتأثير على قرارات الشركات الأجنبية الكبرى في اختيار أماكن استثمارها والتطلع إلى جذب نصيب أكبر من الاستثمارات الأجنبية.

كذلك يؤدي الغش التجاري والتقليد إلى زعزعة الثقة في الأسواق المحلية مما يؤدي بالشركات الأجنبية التي تهتم ضمن إستراتيجياتها الاستثمارية بالأسواق المحلية أو الإقليمية إلى العدول عن قراراتها الاستثمارية في البلدان التي يتفشى فيها الغش والتقليد خوفاً من عدم التمكن من تسويق منتجاتها الأصلية إلى جانب السلع المغشوشة أو المقلدة التي تغزو الأسواق بأسعار منخفضة.

كذلك فإن تفضي الغش والتقليد التجاري يشكل خطراً كبيراً بالنسبة للشركات الأجنبية بحيث يحول دون الدخول إلى أسواق يغلب عليها الغش والتقليد وعدم الشفافية وقد تكلفها متابعة قضايا الغش أمام القضاء تكاليف باهظة لإثبات حقها الذي يلقي حماية دون عناء في أسواق أخرى تخلو من ظاهرة الغش التجاري.

ونتيجة لانخفاض الرسوم الجمركية وتراجع الحواجز الكمية أمام التجارة الدولية في ظل قواعد منظمة للتجارة العالمية، أصبحت المعايير والمواصفات والأنظمة الفنية تلعب دوراً أساسياً في نفاذ السلع والخدمات إلى الأسواق، بل أصبحت تؤثر إلى حد كبير في القدرة التنافسية لصادرات مختلف بلدان العام.

رابعاً: آثار الغش التجاري والتقليد على العلاقات التجارية الإقليمية والدولية في

ظل العوامة:

تسارع دول العالم في إطار الانفتاح الاقتصادي وتحرير التجارة الدولية إلى دفع معدلات النمو الاقتصادي ومستوى الرخاء الاجتماعي من خلال تطوير المبادلات التجارية الإقليمية والدولية

ويتوقف حجم المبادلات التجارية للدول مع الخارج بشكل كبير على تركيبة صادرات الدول من السلع الوطنية وتنوعها.

ومع توجهات انفتاح الاقتصاد الدولي الحالية وتحرير التجارة الدولية وإزالة الحواجز الجمركية والقيود أمام الصادرات والواردات أصبح لا بد من حد أدنى من المعايير اللازمة في مجالات مختلفة كالجودة والصحة والسلامة وحماية حقوق الملكية الفكرية لتنظيم هذه العلاقات التجارية الدولية. ومع تراجع القيود الجمركية على التجارة الدولية أصبحت هذه المعايير تلعب دوراً كبيراً في سير المبادلات التجارية الإقليمية والدولية.

وبخصوص مجال تمويل الاستيراد والتصدير عادة ما يسعى المصدرون والمستوردون إلى تحويل أكبر قدر من الأخطار التجارية ومنها الناتجة عن الغش والتقليد إلى الطرف الآخر من خلال اختيار وسائل التمويل المختلفة والمتعارف عليها في إطار المعاملات التجارية والمالية الدولية. ومن هذه الوسائل (تحصيل الدفع مقابل وثائق التصدير) أو (خطاب الاعتماد بضمنا المصرف) أو (الدفع عند الوصول) أو (الدفع عند الطلب) حين تكون الأخطار عالية. وتعد هاتان الوسيلتان الأخيرتان من الوسائل المالية التي يفرضها التاجر الأجنبي حين يتعامل مع بلدان أو أسواق ذات سمعة مشبوهة، إذ يكون مجرماً لاتخاذ جميع احتياطاته لعدم ثقته بهذه الأسواق لما يشوبها من غش وتقليد ولكي يطمئن على جودة وقت تسليم السلع وحجمها ومصدرها يتخذ التاجر الأجنبي عدداً من الإجراءات في عملية تمويل التجارة مما يعرقل في أغلب الحالات عمليات الاستيراد والتصدير وبالتالي يحدث تراجعاً في حجم المبادلات التجارية مع الخارج وغالباً ما يتم ذلك مع دول العالم الثالث.

الجرائم الاقتصادية عبر التجارة الإلكترونية

١- تنقل وتطور أسلوب التجارة العالمية نقلة كبيرة ومذهلة بتطور فكرة الحاسب الآلي وأجهزة الكمبيوتر حيث ظهرت ما تعرف الآن بالتجارة الإلكترونية (e.commerce) وهي تعني عقد الصفقات التجارية العالمية عن طريق الكمبيوتر والإنترنت حيث تطور نظام الإنترنت والهدف منه من مجرد إرسال البريد الإلكتروني إلى وسيلة نظام جديد للتجارة العالمية، حيث يمكن الآن عن طريق الإنترنت إبرام عقود تجارة إلكترونية بين شركات عالمية يتم التعاقد بينهما في نفس اللحظة في شرق الكرة الأرضية وغربها ولا يخفي ما ينطوي عليه هذا الأمر من فوائد كبيرة لانتعاش التجارة العالمية نظراً لما يتم به هذا النظام من سرعة مذهلة وسهولة حيث لا يتكلف الأطراف السفر والانتقال إلى دول أخرى لتوقيع تلك العقود الإلكترونية بالإضافة إلى قلة التكاليف التي تتم بها والتي تكاد لا تذكر، ولكن هناك أمر خطير وتحفظ كبير على هذا الأسلوب الجديد للتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية. حيث أصبح بمقدور أي شخص الآن الاتصال بغيره إلكترونياً في أي مكان في العالم عن طريق أجهزة الكمبيوتر نتيجة لما قامت

به وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاجون) وشركة com3 بتطبيق مفهوم إرسال حزم بيانات إلكترونية صغيرة من الحاسب الآلي إلى حاسب آلي آخر وقد تم ذلك عن طريق بروتوكول دولي تم توقيفه في هذا الشأن ساهمت بالتعاون فيه عدة شركات أخرى مثل شركة (Microsoft) العالمية والتي أضافت إلى هذا المفهوم الإلكتروني أنظمة جديدة للتشغيل الحديث، حيث قفز بعملية الاتصال الإلكترونية قفزة كبيرة وسريعة في الآونة الأخيرة على النحو التي هي عليه الآن.

لم يقف الأمر عند مجرد عقد الصفقات عن طريق العقود الإلكترونية بل تطور الأمر ووصل إلى حد إنشاء شركات إلكترونية بين شخصين أو أشخاص أو شركتين أو أكثر لم يلتقيا من قبل على أرض الواقع ولم يتصافحا يوماً ما وهي ما عرفت حديثاً بالشركات الإلكترونية بل تطور الأمر ووصل إلى حد إنشاء الشركات الإلكترونية الافتراضية ولكن ما مدى قانونية هذه الشركات وكيانها القانوني المحلي والدولي؟ وما مدى خطورتها على التجارة العالمية والاستثمارات الدولية؟

هذا ما نعكف على دراسته وبحته الآن من الناحية القانونية التخصصية وحينما نصل فيه إلى نتائج حاسمة إن شاء الله سوف نقوم بنشرها والإعلان عنها في حينها.

ولا يوفر الإنترنت مكاسب كبيرة نتيجة قدرتها على الاتصال عبر أمريكا الشمالية فحسب بل يوفر فرصاً ذات نفع كبير وذلك نظراً لطبيعتها العالمية (الكونية) حيث أصبحت البلاد والحكومات والشركات والأفراد في جميع أنحاء العالم متصلين بشيء كان يعتقد أنه مقصور على أمريكا وحدها. أصبح الإنترنت شبكة عالمية قادرة على الاتصال بما يزيد عن ١٠٠ مليون شخص وكانت لهذه العالمية عدة فوائد ليس فقط كون الإنترنت أصبح ذات قيمة أكبر كبرنامج خدمات، بل لجعلها أكثر قيمة كأداة معلوماتية وأصبح الآن بمقدور أي شخص في أية دولة استخدام هذه الآلية العالمية للاتصال من أجل تحقيق أغراض شخصية أو لأسباب تتعلق بالأعمال التجارية وتم استكمال هذه المقدرة على الاتصال الفوري عن طريق خدمات النقل المتاحة إلى جميع أنحاء العالم وذلك لشحن أي منتج الأمر الذي جعل مفهوم الشركة

العالمية سهل المنال ولعل من أهم فوائد التجارة الإلكترونية الوصول إلى سوق متنامي بخطوات حثيثة، يضم ما يزيد عن مائة مليون شخص والوصول كذلك إلى أحدث التقنيات التي تزودك بطرق جديدة لبث الرسائل. ومن بين تلك المكاسب أيضاً الاتصال الفوري بجميع أنحاء العالم دون تحمل تكاليف المكالمات الدولية والقدرة الطائلة على التعامل مع المستخدمين في منازلهم دون أية تكلفة.

أصدرت **Amazon.Com** في عام ١٩٩٩ تقريراً سنوياً عن السنة العاملة ١٩٩٨ وكان إجمالي القيمة السوقية المبين في التقرير يتجاوز ١١ مليار دولار أمريكي.

وبدأت هذه الشركة من الصفر عام ١٩٩٥ ويعد هذا النمو ضخماً حيث كانت **Amazon** على رأس موجة (التجار الإلكترونيين) وهم الباعة عبر شبكة الإنترنت ودائماً ما يطلق عليهم **e-Tailers** الذين ظهروا على قمة السوق عام ١٩٩٧ برغم أنها بدأت كموزع للكتب عبر الإنترنت أصبحت الآن تبيع الإلكترونيات وتدير المزادات على الشبكة وتبيع الكتب والفيديو والموسيقى. وبالرغم من ذلك فقدت **Amazon.com** ما يزيد عن ١٢٤ مليون دولار ويعد ذلك مبلغاً كبيراً كخسارة ولكن ما زالت القيمة السوقية لها فلكية.

أما عن الأسهم الإلكترونية فالسهم هو الورقة التي تتسلمها عند شراء حصة في شركة ما فعندما تقرر شركة ما أنها بحاجة إلى بعض الأموال لتزيد من حجمها وذلك ببناء فروع جديدة لمصانعها ومخازنها أو إنشاء مواقع ويب خاصة. فقد تلجأ إلى الاقتراض من المصارف أو يمكنها أن تصدر أسهماً ويقوم المستثمرون بشراء الأسهم متوقعين الحصول على عائد يزيد عما يحصلون عليه من إيداع أموالهم في المصرف، وفي حالة إصدار الشركة للأسهم فإنها تخوض في عملية معقدة وتفي بسلسلة من المتطلبات التي يتعين تنفيذها قبل طرح الأسهم للبيع. وعند هذه النقطة تحصل الشركة على إدارج بسوق البورصة (وتحصل على رمز يعطى لها الحق في بيع الأسهم) ثم طرح كميات محددة من الأسهم في السوق بسعر محدد للسهم ويقوم المستثمرون بشراء الأسهم وحسب الطلب يتم ارتفاع سعر السهم أو هبوطه عن سعر إصداره

الأصلي والمكتوبون هم أكبر شركات الوساطة المالية والمصارف التي تدير عملية إصدار السهم في معظم الحالات وعلى وجه الحصر تقوم بإصدار الأسهم لكبار مستثمري المؤسسات أولاً. يعتمد أعلى سعر أو قيمة للسهم على عدة عوامل ولكن من الناحية النظرية يجب أننعكس صافي قيمة أصول الشركة منها مستوى صافي دخل الشركة الحالي ومستويات صافي الدخل المتوقعة والمتنبأ بها "مما يوفر أساساً للعائد القائم على حساب الاستثمار" والنمو المستقبلي المحتمل كما تم قياسه بواسطة كل من قيمة الشركة الصافية المحتملة وتدفع العائد المحتمل وكل ذلك يتم الآن إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت العالمية وبسرعة البرق وهو مظهر كبير من مظاهر التجارة الإلكترونية الحديثة.

حيث أن موجة طرح الأوراق المالية المرتبطة بأية بورصة مرتفعة وقد تؤدي إلى ظهور دائرة من القيمة التي تضيف المزيد من الضغط على قيم أسهم الإنترنت وقد سجلت صحيفة **Wall street journal** إجمالي ٣٨٠ مرة طرح الأوراق المالية في عام ١٩٩٨ وولدت تلك الأعداد إجمالي يقدر ٣٥ مليار دولار في رأس مال جديد لتلك الشركات وهذا العام يقوم ما يزيد عن نصف عدد الإصدارات الجديدة طبقاً لصحيفة **USA Today** على أساس الإنترنت.

ما هو المفهوم العلمي للتجارة الإلكترونية؟

تم اشتقاق كلمة **e-commerce** باللغة الإنجليزية من الكلمتين **electronic commerce** أي (التجارة الإلكترونية) أما **I-commerce** فمشتقة من **Internet commerce** أي (التجارة عبر الإنترنت) واليوم اعتاد العالم على استخدام اللفظين بطريقة تبادلية ومن الناحية العملية فإن التجارة عبر الإنترنت هي جزء من التجارة الإلكترونية فعلى سبيل المثال إذا أدخلت أمر توريد طلبية للعميل في حاسبه الآلي فسوف يولد تلقائياً فاتورة إلكترونية وقيد يومية إلكتروني جديد في دفتر الأستاذ العام (السجل العام) هذا هو ما يعد تجارة إلكترونية وإذا أرسلت هذه الفاتورة بالبريد الإلكتروني إلى عميل عبر

الإنترنت فإن ذلك يعد تجارة إلكترونية وتجارة عبر الإنترنت في آن واحد وعاده ما تركز اليوم التغطية الصحفية العامة على التجارة عبر الإنترنت أو القيام بالأعمال **wide World web** وبالرغم من ذلك فإن معظم الصحافة الخاصة بالصناعة (في هذا المجال) تركز على مفهوم التجارة الإلكترونية الأشمل والأعم . على الأمر يساعد على الحفاظ على الأشياء في ترتيب سليم إذا اعتبرنا أن التجارة الإلكترونية هي " عمل تجاري يتم على وجه السرعة من خلال تنسيق إلكتروني" والتجارة عبر الإنترنت " هي عمل إلكتروني يتم من خلال تنسيق إلكتروني على الإنترنت" ويعد كل من العنصرين أمراً حيوياً من اجل بقاء أية شركة في هذه الألفية الجديدة حيث وصل إجمالي عدد مستخدمي شبكة الإنترنت في الخامس والعشرين من يوليو عام ١٩٩٩ إلى (٧٢٠٠٠٠٠٠٠).

والآن يمكن ان نتعرض بالبحث لتعريف ما هو المقصود بالشركة الافتراضية؟

إن الاختلاف الرئيسي بين هذا النوع من الشركات والشركة المعتادة هو مدى إنجاز الشركة لعملياتها إلكترونياً والشركة الافتراضية بحق ليس لديها أي دفاتر وليس بها فريق موظفين ولكنها لا تزال تدر عائداً . كيف ذلك ؟

تكمّن الإجابة في أن هذا يتم عن طريق استخدام قوة الأنظمة الجديدة والإنترنت وتعد شركة **Amazon.Com** واحدة من تلك الشركات التي تدفع عمولة في مقابل المبيعات التي تعود على موقعها بهذه الطريقة وفي هذا المثال لا يوجد لدى الشركة الافتراضية أي مخزون ولا تستخدم أي فريق عمل وبرغم ذلك تقوم بتحقيق عائد كبير وذلك الأمر يتطلب ترويجاً لموقع الويب وإمساك دفاتر لجمع العائد أو تقديم إقرار بإيراد الضرائب فمثل هاتين المهمتين قد يتطلب فريق عمل وموارد مادية أخرى ومستقبله.

ونختتم حديثنا عن الشركات الافتراضية بذكر فوائدها العشر وهي:

(١) عائدات أعلى.

(٢) تكلفة عمالة منخفضة.

(٣) نفقات مخزون منخفضة

وصول العناصر الخارجية إلى المعلومات الداخلية بصورة أسرع.

مميزات خدمة العميل ٢٤×٧ (أي ٢٤ ساعة يومياً، ٧ أيام أسبوعياً).

انتشار أسرع للمعلومات. (٧) تكلفة اتصالات منخفضة

سمعة تجارية طيبة أكثر قيمة ، قيمة أعلى لحاملي الأسهم.

جمع المعلومات الخارجية بصورة أفضل.

تكاليف تشغيل منخفضة من خلال خفض التوريد.

وأهم التكاليف الخمس للتجارة الإلكترونية هي:

مرتبات أعلى لكل موظف بفريق العمل الأكثر كفاءة.

تكاليف تقنية أعلى.

تكاليف تحسين الأنظمة المستمر.

ترويج للشركات التي تقوم بتوسيع نطاق عملها.

تكاليف نثرية.

والآن نتقل للحديث عن كيفية تداول الأموال إلكترونياً عبر شركات الإنترنت العالمية ومدى خطورة هذا الأمر في ظل النظام العالمي للتجارة الحرة وما يمكن أن يترتب عليه من جريمة غسيل الأموال في ظل هذا النظام الجديد والخطير.

وسوف نبدأ في هذا المجال بإلقاء الضوء على بعض طرق السداد الإلكترونية الحديثة للأموال وذلك على النحو التالي:

بطاقات الائتمان:

تتميز بطاقات الائتمان بأنه لم يعد يتعين على المستخدمين حمل الأموال النقدية معهم لسداد قيمة أي منتج.

وقد أصدر مصرف أمريكا في عام ١٩٥٨ بطاقة باسم Bank Americard بالألوان الأزرق والذهبي والأبيض في كاليفورنيا حيث كان يسمح لمجموعة محددة من المستخدمين بسداد قيمة المنتجات عند التجار المشتركين دون دفع نقدية. ثم يدفع المستخدمون بسداد القيمة للمصرف في تاريخ لاحق مقابل السلع المشتراة. وفي عام ١٩٧٦ غير المصرفان اللذان يقومان بتوزيع هذه البطاقات اسمهما إلى Visa USA - Visa International

وتوفر بعض الشركات مثل Cybercash برامج معالجة السداد عبر الإنترنت حيث يمكنها أن تقبل معلومات بطاقة الائتمان ومعالجتها من أجل استلام توثيقات عبر الإنترنت ويمكنهم أيضاً توفير برنامج من أجل الاتصالات بالمؤسسات المالية من أجل عمل إبداعات إلكترونية لبطاقة الائتمان.

السداد عبر الإنترنت (حافطة النقود الإلكترونية):

هو نظام السداد النقدي والذي يتم كنتيجة لاستخدام هذه الخدمة على الإنترنت والتي تتم أيضاً بين شركتين أو أكثر تعمل على الإنترنت من أجل المساعدة على جذب الزائرين من خلال الاتصالات والطريقة التي يتم بها هذا النوع من السداد هي بأن تقوم الشركة بقيد

نفسها عند أية شركة تعمل في هذا المجال وتعد تقارير عن مستويات الزيارات بين الموقعين وبعد ذلك يتم حساب أي مبلغ مدفوع صغير جداً لمكمل رابط وعندما تصل المبالغ إلى نسبة محددة يتم السداد إما من الحساب المصرفي الفعلي أو الافتراضي الخاص بالعميل إلى حساب التاجر ويتم استخدام هذا النوع من السداد ليقوم الزائرون إلى مواقع الويب بالسداد ويتم استخدامه كذلك بين شركات الإنترنت لنقل المبالغ المسددة من شركة إلى الأخرى من أجل جذب الزائرين إلى موقع الويب من خلال استخدام الروابط.

الشيكات الإلكترونية (Cheeks):

تستخدم هذه الشيكات لإتمام عمليات السداد الإلكترونية بين طرفين من خلال وسيط ولا يختلف ذلك كثيراً عن نظام معالجة الشيكات الحالي فيما عدا أنه يتم توليد الشيكات الإلكترونية وتبادلها عبر الإنترنت وسيقوم الوسيط بالخصم من حساب العميل ويضيف إلى حساب التاجر.

كيف يتم محاكاة المواقع؟

هو بتقليد موقع ويب حقيقي بما في ذلك تخطيطه وتحديد الوظيفة من أجل الحصول على معلومات بطاقة الائتمان أما في الحالة التي يتم فيها سرقة عمل تجاري فإن هذه الطريقة تتم بتسجيل اسم وثيق الشبه بموقع مبيعات سليم قانونياً وربما تختلف في حرف واحد مثل Amazin.com وبعد ذلك يقوم موقع الويب غير القانوني بنسخ نص رسومات الموقع القانوني وينشئ بعض الوظائف بغرض تقليد الإحساس بالروابط المحتواه في الموقع والخطوة التالية هي تقديم منتج عام بسعر مغري جداً لحث الناس على إرسال معلوماتهم الائتمانية ولكن بالطبع ليست كل المواقع المقلدة التي تستخدم أسلوب اختلاف حروف الهجاء سيئة فبعضهم يحاول جذب الشركات إلى موقعهم القانوني والبعض الآخر يحاول جمع الأموال باستخدام العبارات الشهيرة.

تأمين عملية السداد ضد المجرمين:

هناك عدة طرق سيحاول بها بعض المجرمين سرقة أو تبديل معلومات السداد والغرض هو الاستيلاء على معلومات مالية شخصية مثل أرقام الائتمان والاسم الموجود على البطاقة وتاريخ الاستحقاق ثم يقومون باستخدام هذه المعلومات فيما بعد لشراء سلع أخرى عبر الإنترنت للتسليم إلى عنوان مؤقت وبمرور الوقت يتم اكتشاف عملية الغش وبالتالي تختفي هذه العملية الإجرامية ومن هذه الأساليب أيضاً محاكاة المواقع والتلصص على المعلومات وتبديل المحتوى.

تأمين استخدام الشيكات ضد المجرمين:

هناك عدد من الطرق لمكافحة أساليب الغش باستخدام المنتجات الحالية والتقنية المتوفرة والهدف هو توفير وسائل أمنية كافية للشبكة من أجل حمايتها دون القيد على تحرك المستخدمين بحيث يكونوا فعالين في إتمام المهام وهناك أمر آخر يجب الاهتمام به هو التكلفة الباهظة لوظيفة الأمن أو التكلفة العالية للاستعانة بشركة أخرى للقيام بهذه المهمة خاصة في مجال تأمين استخدام الشيكات إلكترونياً ضد التلاعب الذي يمكن أن يتم بشأنها من جانب بعض المجرمين سواء بسرقة قيمتها لصالحهم أو التلاعب في قيمتها وتغيير قيمة المبلغ المستحق في تلك الشيكات..

المراجع

- ١- كتاب العولمة والدولة - أ، جلال أمين
- ٢- كتاب *Business guide to the uruguay Round* .
- ٣- كتاب منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول الن د / عبد الناصر العبادي
- ٤- قانون كتاب القصد الجنائي د/ محمود نجيب حسني.
- ٥- غسيل الأموال الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.
- ٦- كتاب التجارة الإلكترونية (روب سيمس)
- ٧- Thw coplete samarts juid to- dr-mark speaker
- ٨- كتاب مرشد الأذكاء - مارك تومسون.

الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات

د. صفوت عبد السلام عوض الله

أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس

أستاذ زائر بكلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

تعد مشكلة غسيل الأموال من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي فرضت نفسها حديثاً في السنوات القليلة الماضية وبصفة خاصة في عقد التسعينات ، وذلك في المحافل الدولية والإقليمية والمحلية المهتمة بالأمن الاقتصادي والأمن الاجتماعي والجريمة المنظمة بصفة عامة ، وذلك باعتبار أن عمليات غسيل الأموال ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمتحصلات من الأنشطة غير المشروعة والتي تجد طريقها إلى الخارج عبر القنوات المصرفية والمؤسسات المالية لإجراء عمليات الغسيل لها ، ثم تحاول العودة مرة أخرى بصفة شرعية معترفاً بها من القوانين التي كانت تجرمها داخل الدولة التي خرجت منها تلك الأموال^(١). وعلى الرغم من أن نشاط غسيل الأموال ليس جديداً، بوصفه يمثل نوعاً من التحايل على القوانين والنظم المعمول بها في مجال اكتساب الأموال والدخول وانتقالها بطرق مشروعة ، فإن الاهتمام بهذه العمليات لم يتزايد إلا في الآونة الأخيرة فقط ، وربما يرجع السبب الرئيسي لهذا الاهتمام إلى القلق المتزايد من النسب الكبيرة والمتزايدة للدخول المتحصلة من الأنشطة غير المشروعة مثل تجارة المخدرات والفساد السياسي والإداري وغيرها والتي يتم غسلها سنوياً .

(١) Quirk J.Peter, Money Laundering : Muddying the Macroeconomy , Finance and Development , 1997 , March , p. 8.

ويقدر حجم الأموال غير المشروعة التي يتم غسلها حوالي ما بين ٨٠٠ مليار إلى واحد ونصف تريليون دولار سنوياً ، كما تشير بعض التقديرات الأخرى إلى أن قيمة هذه العمليات بلغت ، ٢ تريليون دولار في عام ١٩٩٩ ، أي حوالي ٥,٢% من إجمالي قيمة الناتج العالمي^(١) . ويتحصل جوهر عمليات غسل الأموال في قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن أنشطة غير مشروعة وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع ، بحيث تبدو تلك الأموال وكأنها متحصلة من مصدر مشروع وقانوني . فالهدف الأساسي من غسل الأموال هو إضفاء الشرعية على أموال هي في الأصل متحصلة من مصادر غير مشروعة ، ويؤدي نجاح هذه العمليات إلى إعادة تدوير هذه الأموال في الاقتصاد الوطني دون خشية المطاردة أو الملاحقة ودون أن تتعرض هذه الأموال للمصادرة .

وتعد التطورات الاقتصادية الحديثة المصاحبة لظاهرة العولمة وبخاصة العولمة المالية، من أهم العوامل التي تساعد على زيادة وتنامي أنشطة غسل الأموال القذرة ، وبالتالي زيادة خطورتها . فمع إلغاء الرقابة على الصرف وتحرير حسابات رأس المال ومن ثم حرية دخول وخروج الأموال عبر الحدود الوطنية وافتتاح السوق المحلي أمام المستثمرين الأجانب ، فقد أدى ذلك إلى فتح قنوات إضافية لغسيل الأموال .

ومن العوامل الهامة أيضاً التي تساعد على زيادة وانتشار أنشطة غسل الأموال في الوقت الراهن هو التطور الكبير في الوسائل التكنولوجية الحديثة ، وما أدى إليه من ظهور العديد من الوسائل الفنية والإلكترونية الحديثة لنقل الأموال وتداولها ، والتي تسمح بالتعامل مع الأوراق النقدية وانتقال الأرصدة المالية من شخص إلى آخر عبر الحدود الجغرافية والإقليمية على مستوى العالم من خلال شبكات الكمبيوتر والإنترنت المنتشرة في أرجاء العالم دون حاجة إلى المرور عبر القنوات المصرفية التقليدية ، هذا فضلاً عن انتشار أنظمة الدفع الحديثة المصاحبة لعمليات التجارة الإلكترونية مثل نظام بطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية ، وبنوك الإنترنت

(١) Scott Sultzer : Money Laundering , The Scope of the Problem and Attempt to Combat it , Tennessee Law Review , Volume 63, 1995 , P.P. 140 -145

وغيرها من وسائل وأدوات الدفع الحديثة ، وهو الأمر الذي يتيح لعصابات الجريمة المنظمة فرصة كبيرة لاستغلال هذه التكنولوجيا المتقدمة في إتمام عمليات غسيل الأموال غير المشروعة . وعلى ضوء ما تقدم ، ولخطورة الآثار الاقتصادية السلبية التي يمكن أن تحدثها عمليات غسيل الأموال في الاقتصادات التي تنتشر فيها ، وخاصة الأثر على المستوى العام للأسعار ، حيث تساهم هذه العمليات في إحداث ضغوط تضخمية كبيرة في المجتمعات التي تنتشر فيها ، وهو ما يضر بالمصالح الاقتصادية لتلك المجتمعات ، ويلحق أضرارا بالغة بمشروعات وخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية . فلذلك ولأهمية الدور الذي تقوم به البنوك في هذه العمليات ، ولتزايد احتمالات استخدام البنوك والمؤسسات المالية كقنوات لغسيل الأموال غير المشروعة على ضوء التطورات التكنولوجية الحديثة ، كان اختيار هذا الموضوع للبحث حول " الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال ودور البنوك في مواجهة هذه الأنشطة .

والهدف من هذا البحث ، هو تحليل ودراسة الآثار الاقتصادية التي تنجم عن عمليات غسيل الأموال ، ومحاولة التعرف على دور البنوك والجهاز المصرفي في مكافحة هذه العمليات والأنشطة .

وتحقيقاً للهدف المنشود من الدراسة ، وجدنا من المناسب تقسيم خطة البحث إلى سبعة مباحث وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: التعريف بعمليات غسيل الأموال وخصائصها وأسبابها .

المبحث الثاني: العلاقة بين غسيل الأموال والاقتصاد الخفي .

المبحث الثالث: مراحل وأساليب غسيل الأموال .

المبحث الرابع: تقدير حجم عمليات غسيل الأموال .

المبحث الخامس: الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال .

المبحث السادس: دور البنوك في مواجهة عمليات غسيل الأموال .

المبحث السابع: المواجهة التشريعية لعمليات غسيل الأموال .

خاتمة: ونتائج الدراسة .

المبحث الأول

التعريف بعمليات غسيل الأموال وأسبابها وخصائصها

أولاً : التعريف بعمليات غسيل الأموال :

على الرغم من نمو واتساع أنشطة غسيل الأموال في الآونة الراهنة ، بحيث أنها أصبحت تمثل مشكلة عالمية ، إذ يقدر حجم الأموال غير النظيفة التي يتم غسلها حوالى ٨٠٠ مليار دولار إلى واحد ونصف تريليون دولار سنوياً ، ورغم ذلك لا يوجد تعريف قانوني متفق عليه دولياً لعمليات غسيل الأموال ، والتي أصبحت تستحوذ على اهتمام كل من صانعي السياسات الاقتصادية وبالتحديد القائمين على السياسات النقدية والمصرفية سواء محلياً أو إقليمياً أو عالمياً . إلا أن هناك العديد من التعريفات الاجرائية أو الوظيفية التي يعد وجودها أمراً ضرورياً لتحديد مفهوم هذه العمليات ، ومن ثم يمكن عرضها نظراً لأهميتها الكبيرة في إيضاح هذا المفهوم لعمليات غسيل الأموال .

فهناك من يعرف " غسيل الأموال " بأنها العملية أو العمليات التي يتم عن طريقها إعطاء أو إضفاء صفة المشروعية على تلك الأموال غير المشروعة في الأصل ، وعدم مشروعية هذه الأموال ترجع لمصدرها ، على سبيل المثال تهريب المخدرات ، أنشطة الإرهاب ، أو أي جريمة ما . فإذا ما تم إنهاء عملية غسيل الأموال ، فإنه يصبح بإمكان المجرمون الاستمرار في مواصلة النشاط الإجرامي بعد ذلك ، وتقديم ما يثبت دخلهم المشروع عند الضرورة^(١) .

(١) The US Customs Services defines money Laundering as" The process whereby proceeds, reasonably believed to have been derived from criminal activity, are transported, transferred, transformed, converted, or intermingled with legitimate funds , for the purpose of concealing or disguising the true nature, source , disposition , movement or ownership of those proceeds . The goal of the money laundering process is to make funds derived from , or associated with illicit activity appear legitimate " .See, Financial Action Task Force(FA.T.F.) on=

وهناك تعريف آخر أكثر تفصيلاً لعمليات غسل الأموال يوصفها بأنها " مجموعة العمليات المتداخلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع أو إخفاء وتمويه الطبيعة الحقيقية للأموال المكتسبة من الأنشطة غير المشروعة أو مصدرها أو ملكيتها ، في محاولة لتغيير هوية الأموال غير المشروعة وجعلها تبدو في صورة مشروعة بحيث يصبح من الصعب التعرف على المصادر الأصلية لهذه الأموال ، ومن ثم يمكن انفاقها واستثمارها في أغراض أخرى مشروعة ^(١) .

وقد عرفها صندوق النقد الدولي (IMF) في أحد تقاريره بأن عمليات غسل الأموال تعنى إعادة ضخ وتدوير أموال غير مشروعة في الاقتصاد وفي المشروعات المالية والقانونية .

كما عرفها برنامج الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات UNDCP بأنها عملية يلجا إليها من يعمل في تجارة المخدرات لإخفاء المصدر الحقيقي للدخل أو المورد غير المشروع ، والقيام بأعمال أخرى للتمويه لكي يبدو الدخل وكأنه تحقق من مصدر مشروع ^(٢) .

وهناك من يعرف غسل الأموال بأنها كل الإجراءات التي تتبع لتغيير صفة أموال تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة لتظهر كما لو كانت نشأت أصلاً من مصدر مشروع ^(٣) .

ويمكن تعريف غسل الأموال بأنها عملية أو مجموعة عمليات مالية متتابعة ومستمرة تهدف إلى نقل وتحويل الأموال القذرة التي تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة من خلال ما يعرف بالاقتصاد الخفي أو المتحصلة من جرائم أو المتهربة من سداد الالتزامات القانونية وإدخالها بطريقة

=money laundering, The forty Recommendations on Money Laundering , 1990

(١) أنظر د. محمد ماجد محمود ، الجهود الدولية لمكافحة غسل الأموال ، مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، جامعة الكويت - كلية الحقوق ، أكتوبر ١٩٩٩ ، ص ٧٧٢ .

(٢) لواء عصام الترساوي ، بحث بعنوان " الجديد في موضوع غسل الأموال " مقدم لمؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة عام ١٩٩٥ .

(٣) د. فؤاد شاكر ، غسل الأموال وأثره على الاقتصاد القومي ، محاضرات معهد الدراسات المصرفية ، البنك المركزي المصري ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

متعمدة في دورة النشاط الاقتصادي للاقتصاد الرسمي أو الظاهر من أجل التغطية على مصدرها أو إخفاؤه ومن ثم إكسابها صفة شرعية عبر الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية الأخرى . ومن الواضح أن عمليات غسيل الأموال تهدف أساساً إلى التمويه على مصدر هذه الأموال وطبيعتها لإخفاء المصدر الحقيقي للدخل أو المورد غير المشروع ، مع القيام بأعمال أخرى للتمويه لكي يبدو الدخل وكأنه تحقق من مصدر مشروع ، بحيث يصبح صاحب هذه الأموال حراً في استخدامها بعد ذلك دون خشية المطاردة القانونية . ويمتاز هذا التعريف السابق بالشمول النسبي، حيث أنه يشير بوضوح إلى أن تلك الأموال التي يجري غسلها تشمل بالإضافة إلى الأموال المتحصلة من أنشطة غير مشروعة من خلال الاقتصاد الخفي، تلك المتحصلة من أنشطة تتم وفقاً للقانون ولكن يهدف أصحابها إلى التهرب من الالتزامات القانونية المفروضة عليها، فيقومون بتحويلها إلى الخارج بقصد غسلها، أي إكسابها صفة المشروعية^(١) . وتعدد صور وأشكال نقل وتحويل الأموال بقصد غسلها ، والتي يجري تنفيذها في معظم الأحيان باستخدام القنوات المصرفية والمؤسسات المالية المختلفة ، وذلك من خلال العمليات المالية والتحويلات المصرفية للأموال الناتجة عن أنشطة غير مشروعة أو مشروعة تهرباً من الالتزامات القانونية المفروضة عليها .

(١) وتسمى الأموال محل القسم الأول بالأموال القذرة ، بينما يطلق على الأموال محل القسم الثاني الأموال السوداء . والأولى أموال يتم الحصول عليها بوسائل غير مشروعة تماماً ، أي عن طريق أنشطة غير قانونية كالمخدرات والرشوة والسرقة والدعارة وغيرها ، أما الثانية فهي أموال يتم الحصول عليها بطرق مشروعة، ولكن يتم الاحتفاظ بها سراً وغسلها تهرباً من الالتزامات القانونية المفروضة عليها كالضرائب والرسوم وغيرها - أنظر بحث اللواء طلعت منصور " غسيل الأموال اللعبة القذرة " الأهرام الاقتصادي بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٩٤ ، ص ٣ .

ثانياً : خصائص عمليات غسيل الأموال :

توضح لنا التعريفات السابقة لعمليات غسيل الأموال أن هناك عدداً من الخصائص التي تميز عمليات غسيل الأموال عن غيرها من الأنشطة المالية الأخرى ، والتي تؤثر على طبيعة تحركاتها وأهدافها، ومن أهم هذه الخصائص ما يلي :

١- أن عمليات غسيل الأموال تعد أنشطة مكتملة لنشاط رئيسي سابق أسفر عنه تحصيل كمية من الأموال غير المشروعة غالباً ، تجرى عليها عمليات الغسيل^(١).

٢- تتسم عمليات غسيل الأموال بسرعة الانتشار المكاني والجغرافي ، فبعد أن تظل متركزة ليس فقط في عدد محدود من الدول التي تنتشر فيها الأنشطة الخفية غير المشروعة مثل تجارة المخدرات والفساد والرشوة ، بل أيضاً وفي أيدي عدد محدود من الأفراد المحترفين لها داخل الدولة الواحدة ، نجد أنها تبدأ في الانتشار جغرافياً بشكل كبير لتضم عدداً أكبر من الدول والأفراد.

٣- أصبحت عمليات غسيل تمتد أفقياً عبر حدود الدول النامية ، وساعد على ذلك مناخ التحرر الاقتصادي والمالي ، وبالتالي فأت هذه العمليات لم تعد أحادية الجانب في تحركاتها بل أصبحت تعمل في الاتجاهين في آن واحد مع الاختلاف في الأهمية النسبية لهذه التحركات والتي تتطور مع الزمن ويعنى ذلك أن عمليات غسيل الأموال التي كانت بدايتها محلياً امتدت وأصبحت تكتسب أبعاداً دولية وعالمية مما يضيف على المشكلة تعقيداً وصعوبات كبيرة خاصة عند محاولة تعقبها ومواجهتها .

٤- تتواكب عمليات غسيل الأموال مع الثورة التكنولوجية والمعلوماتية ، وخاصة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في البنوك ، حيث تشهد هذه العمليات تطوراً كبيراً في فنونها مدفوعة في ذلك بالتزايد الكبير في حجم الأموال والمتحصلات الناتجة عن الأنشطة غير المشروعة،

(١) د. سعيد عبد الخالق محمود ، الاقتصاد الخفي وظاهرة غسيل الأموال ، ندوة مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٩٩ ، ص ٣٢ .

وكذلك بالتطور الكبير في الوسائل التكنولوجية التي تستخدم في نقل الأموال وتحويلها عبر الحدود الجغرافية والإقليمية^(١).

٥- ترتبط عمليات غسيل الأموال بعلاقة طردية مع عمليات التحرير الاقتصادي والمالي ، ومن ثم نمو القطاع الخاص ، حيث تزيد هذه العمليات مع تزايد النشاط الخاص وتحرير المعاملات الاقتصادية والمالية على اختلاف أنواعها.

٦- يزداد الاتجاه نحو عمليات غسيل الأموال دولياً مع إزدياد الاتجاه لتحرير التجارة العالمية، حيث يستغل محترفو عمليات غسيل الأموال فتح الحدود وإزالة القيود في نقل الأموال غير المشروعة عبر الحدود لتكون أكثر أماناً في دول أخرى غير تلك التي تمت على أراضيها الأنشطة غير المشروعة .

٧- أن عمليات غسيل الأموال تتم عادة بواسطة خبراء متخصصين فيها وعلى علم تام بقواعد الرقابة والإشراف في الدول المختلفة وما يوجد بها من ثغرات يمكن النفاذ منها .

ثالثاً : الأسباب الرئيسية لعمليات غسيل الأموال :

تندرج عمليات غسيل الأموال في إطار ما يعرف بالجرائم الاقتصادية والمالية ، ومن ثم فإن الدوافع الرئيسية التي تكمن وراء هذه العمليات تتمثل في البحث عن مأوى أو ملجأ بقصد تطهيرها والإفلات من المطاردة القانونية. وتتمثل أهم الأسباب والدوافع وراء التحركات الرأسمالية بقصد الغسيل فيما يلي^(٢):

١- البحث عن الأمان واكتساب المشروعية خشية المطاردة القانونية .

٢- اشتداد حدة المنافسة بين البنوك التجارية لجذب المزيد من العملاء وزيادة معدلات الأرباح من خلال فروق أسعار الفائدة، وكذلك العمولات المختلفة.

٣- انتشار الفساد في مختلف الدول وخاصة الفساد السياسي والإداري والمالي .

(١) Quirk J. Peter: Money Laundering: Muddying the Macroeconomy, op. Cit., p. 8 .

(٢) Tanzi (Vito) , The Under-ground Economy, Finance and Development, December , 1983 , p. p. 10 -11 .

- ٤- انتشار التهرب الضريبي والتوسع في القروض بدون ضمانات كافية .
- ٥- اختلاف وتباين التشريعات وقواعد الإشراف والرقابة بين الدول المختلفة مما يفتح المجال لوجود بعض الثغرات التي تنفذ من خلالها الأموال القذرة بقصد الغسيل .
- ٦- تباطؤ وتردد بعض الدول في وضع التشريعات والضوابط اللازمة لمواجهة عمليات غسيل الأموال .
- ٧- ومن أسباب انتشار عمليات غسيل الأموال أيضاً هو ضعف الرقابة والإشراف من البنوك المركزية على البنوك التجارية وشركات الصرافة وغيرها من المؤسسات المالية .

المبحث الثاني

العلاقة بين غسيل الأموال والاقتصاد الخفي

مفهوم الاقتصاد الخفي

يعرف الاقتصاد الخفي Under - ground Economy بأنه عبارة عن مجموعة من الأنشطة المشروعة وغير المشروعة التي تحقق دخلاً لا يتم تسجيله رسمياً ضمن حسابات الناتج القومي للدولة ، إما لتعمد إخفاؤه تهرباً من الالتزامات القانونية المرتبطة بالكشف عن هذه الأنشطة (كالضرائب) ، وإما بسبب أن هذه الأنشطة المولدة للدخل ، بحكم طبيعتها ، تعد مخالفة للقوانين السائدة في البلاد . ووفقاً لهذا التعريف فإن أنشطة الاقتصاد الخفي تشمل الدخول المحققة بطرق شرعية ، ولكن لا يتم الإعلان عنها للإدارات الضريبية ، مثل الإنتاج غير المعلن في القطاعات الاقتصادية المختلفة العامة والخاصة ، والدخول الناتجة عن أعمال إضافية لبعض الوقت بدون موافقات رسمية من جهة العمل ، ودخول أولئك الذين يعملون أكثر من عمل أو يجمعون بين وظيفتين في وقت واحد أو خارج ساعات العمل الرسمية لحسابهم الخاص . كما تشمل أنشطة الاقتصاد الخفي كذلك الدخول غير المشروعة المحققة من

الأنشطة الإجرامية التقليدية مثل إنتاج المخدرات والاتجار فيها ، وأنشطة التهريب السلمي والمقامرات والدعارة وأنشطة الفساد والرشوة وتزييف النقود وغيرها^(١).
والتأمل في ظاهرة الاقتصاد الخفي ، لا سمياً في علاقتها بعمليات غسيل الأموال يكشف عن وجود علاقة طردية بين الأموال القذرة التي يسعى المتعاملين فيها إلى غسلها وبين نمو وتزايد الأنشطة الخفية التي تمارس في إطار الاقتصاد الخفي ، ولذلك تدعو الحاجة إلى ضرورة التحديد الدقيق لخريطة الأنشطة الخفية ، وكذلك الأبعاد المختلفة للعلاقة بين الإقتصاد الخفي وغسيل الأموال ، وعلاقة الأثنين بالاقتصاد الظاهر أو المعلن ، وذلك حتى يمكن صياغة استراتيجية فعالة لمواجهة ظاهرة غسيل الأموال والحد من انتشارها ، وهو ما سوف نبهته من خلال العناصر التالية .

العلاقة بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الظاهر :

يتعايش الاقتصاد الخفي جنباً إلى جنب مع الاقتصاد الظاهر أو المعلن الذي يكون له صفة القانونية والعلمية ، فالاقتصاد الخفي يعد موازياً للاقتصاد الظاهر ، فأنشطته موازية ونابعة في الغالب من الأنشطة الظاهرة في الاقتصاد المعلن ، وأسواقه موازية للأسواق الظاهرة ، وبالتالي فليس من المستغرب أن نلاحظ أن القائمين على إدارة الاقتصاد الخفي يسعون بكل وسيلة لإقامة علاقة بين الأنشطة الاقتصادية الخفية التي يمارسونها ، وبين الأنشطة الاقتصادية الظاهرة أو المعلنة ، وذلك بهدف إضفاء صفة الشرعية على الأنشطة والمجالات غير القانونية التي يشملها الاقتصاد الخفي^(٢) ، وذلك من خلال نقل وإظهار تلك الأنشطة إلى الاقتصاد الظاهر في صور مختلفة

(١) أنظر د. محمود عبد الفضيل ود. جيهان دياب ، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي في إطار نظام متطور

للهسابات القومية ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد (٤٠٠) أبريل ١٩٨٥ ، ص ٦ - ٧ .

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد ، العولمة واقتصاديات البنوك ، السدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١

ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .

للاحتماء ورائها ، بل ومحاولة استيعاب الإقتصاد الظاهر والسيطرة عليه من أجل إخضاعه أو إخضاع جزء كبير منه لتوجهات وأهداف القائمين على إدارة الإقتصاد الخفي^(١).

العلاقة بين الإقتصاد الخفي وغسيل الأموال والإقتصاد الظاهر :

يكشف لنا التحليل المتقدم عن وجود علاقة دائرية بين الدخول المحققة من الأنشطة الخفية التي تتم في إطار الإقتصاد الخفي ، وغسيل الأموال والإقتصاد الظاهر أو المعلن ، وان هذه العلاقة بين الإقتصاد الخفي والإقتصاد الظاهر يتم تنميتها وتعميقها من خلال عمليات غسيل الأموال التي تتم عبر الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية الأخرى المختلفة .

وتظهر هذه العلاقة الدائرية أهمية وخطورة ظاهرة غسيل الأموال ، والتي تتمثل في محاولة استخدام القنوات المصرفية والمؤسسات المالية في تنفيذ بعض العمليات المالية والتحويلات المصرفية للأموال الناتجة عن دخول غير مشروعة يتم تحقيقها في إطار الإقتصاد الخفي ثم يتم إيداعها في البنوك والمؤسسات المالية بغرض تغيير الصفة غير المشروعة للأموال ، ووضع صعوبات كبيرة في تعقبها بواسطة السلطات الأمنية ، ثم إعادة الأموال غير المشروعة بعد ذلك إلى البلاد القادمة منها مرة أخرى بصفة جديدة ، وذلك بعد أن تم تطهيرها — من الناحية الشكلية — وأصبحت مغايرة لحقيقتها الأولى، لكي يتم إعادة ضخ هذه الأموال المغسولة في دورة النشاط الاقتصادي في المجتمع^(٢).

وهكذا فقد أصبحت عمليات غسيل الأموال بمثابة وسيلة هامة ورئيسية لتعميق العلاقة بين الإقتصاد الخفي والإقتصاد الظاهر . وتستمر عمليات غسيل الأموال طالما أستمرو النشاط الاقتصادي الخفي والمعلن ، حيث يتم الدفع بجزء كبير من الدخول غير المشروعة عن طريق عمليات غسيل الأموال إلى دورة النشاط الاقتصادي للإقتصاد الظاهر ، من خلال القطاع المصرفي والمالي .

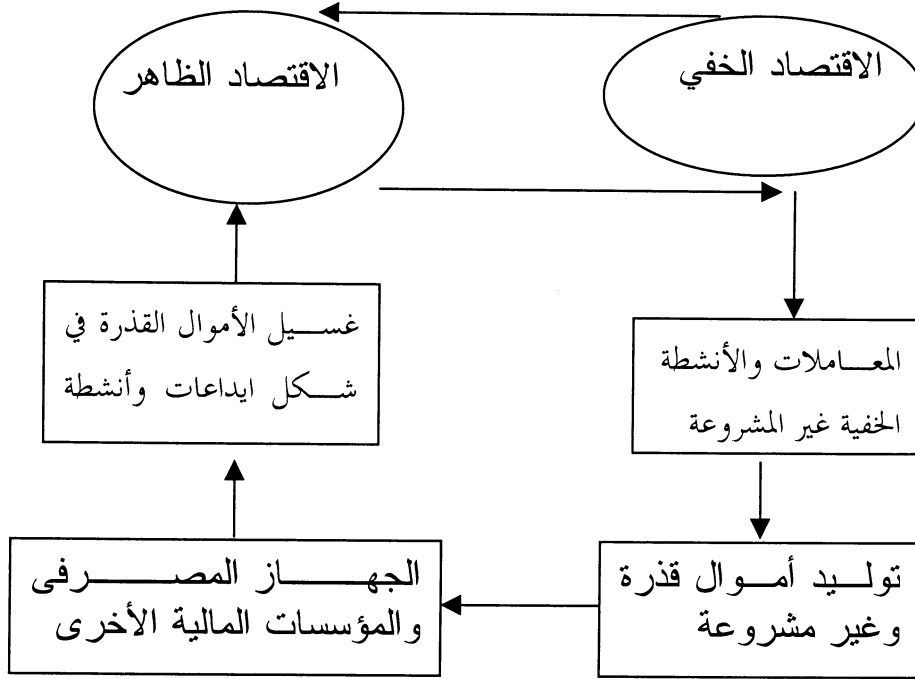
(١) Tanzi (Vito) , the Underground Economy , Op. Cit., P.P. 11 - 12 .

(٢) Quirk J. Peter: Money Laundering : Mudifying the Macroeconomy , op.Cit., P. P . 7 - 8 .

ويمكن التعبير عن العلاقة الدائرية بين الاقتصاد الخفي وغسيل الأموال والاقتصاد الظاهر من خلال الشكل البياني التالي :

شكل بياني رقم (١)

العلاقة بين الاقتصاد الخفي وغسيل الأموال والاقتصاد الظاهر



ويوضح الشكل البياني السابق العلاقة بين الاقتصاد الخفي وما يتولد عنه من دخول غير مشروعة تجد طريقها إلى الإيداع في البنوك المختلفة ليتم غسلها بحيث تصبح بعد ذلك دخولاً مشروعة يعاد تدويرها في الاقتصاد الرسمي للدولة . كما يتضح لنا من هذا الشكل البياني أنه في إطار العلاقة التبادلية بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الظاهر ، يقوم الاقتصاد الخفي بالمعاملات والأنشطة الخفية غير المشروعة ، والتي ينتج عنها أموالاً قدرة وغير مشروعة ، وبالتالي تصبح

هناك حاجة ملحة لغسيل تلك الأموال ، ومن ثم تتجه الأموال القذرة إلى الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية الأخرى ، حيث تجرى عليها عمليات الغسيل بطرق معقدة جداً . وكلما زاد حجم الاقتصاد الخفي وزادت بالتالي الدخول والأموال القذرة المتولدة عنه كلما زادت عمليات غسيل الأموال . وكلما زادت هذه العمليات الأخيرة كلما شجع ذلك على نمو وازدهار الأنشطة الخفية في الاقتصاد الخفي فنتج المزيد من الدخول والأموال القذرة التي تجد طريقها إلى الغسيل وهكذا تستمر الدورة .

المبحث الثالث

مراحل وأساليب غسيل الأموال

أولاً: مراحل عملية غسيل الأموال :

تمر عملية غسيل الأموال عادة بثلاث مراحل رئيسية^(١): وهي مرحلة الإيداع أو التوظيف، ومرحلة التعتيم ، ومرحلة الإدماج . وقد تتداخل وتتشابك هذه المراحل الثلاث في احيان كثيرة بحيث يصبح الفصل بينها على نحو قاطع أمراً في غاية الدقة والصعوبة .

١ - مرحلة الإيداع أو التوظيف : Placement :

وفي هذه المرحلة يقوم صاحب الأموال غير المشروعة بتوظيف أمواله عن طريق إيداعها في أحد البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى سواء في الداخل أو في الخارج ، وسواء بطريق فتح الحسابات أو الودائع أو شراء الأسهم وغيرها من الأوراق المالية الأخرى . الخ . ويقوم هؤلاء الأشخاص بعد ذلك بنقل الأموال أو تحويلها إلى شكل آخر من أشكال الثروة أو توظيفها في مجال آخر ، وذلك بالحصول على القروض بضمان الوديعة أو شراء الأوراق المالية أو

(١) أنظر د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ٣٤ - ٣٥ ، ود. ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٨٧ -

الاكتتاب في أسهم المشروعات التجارية والصناعية ، أو شراء الذهب والمجوهرات والسيارات تمهيداً لإعادة بيعها ، أو مقايضة وسائل النقل والأجهزة بالسلع والخدمات المحظورة وبشكل مباشر تمهيداً لبيع وتسويق هذه الأجهزة على أنها عمليات اقتصادية سليمة .

٢ — مرحلة التعتيم أو التمويه : Layering :

ويتم في هذه المرحلة القيام بمجموعة معقدة من العمليات المالية بغرض التمويه والتعتيم على أصل ومصدر الأموال . وهكذا يقوم أصحاب الأموال غير المشروعة بإجراء العديد من العمليات المصرفية على ودائعهم للفصل بين مصدرها الأصلي وحصيلة الأموال وذلك باستخدام عمليات مالية متعددة ومعقدة تؤدي إلى التعتيم على المصدر غير المشروع للأموال ، مع تدعيم ذلك بالمستندات التي تساعد على تضليل أي محاولة للكشف عن المصدر الحقيقي للأموال بواسطة السلطات الأمنية والأجهزة الرقابية .

ومن الأساليب المستخدمة في التعتيم على مصدر الأموال خلال هذه المرحلة ما يعرف بعملية " الدفع من خلال الحساب " . Payable Through account ، حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى أحد البنوك المحلية مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبي لإدارة نشاطهم غير المشروع بسحب شيكات عليه ، أو إيداع أموال فيه ، ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج . ومن هذه الأساليب أيضاً أن يقوم أصحاب الأموال غير المشروعة بإيداع تلك الأموال في حساب بنكي خارج البلاد ، ويقومون في نفس الوقت باستخدام قيمة الحساب نفسه كضمان للحصول على قرض في بلد آخر^(١) .

ويؤدي تشعب وتعقد عمليات التمويه والتعتيم والتي تتم خلال هذه المرحلة إلى صعوبات كبيرة في كشف وتعقب مصادر الأموال غير المشروعة التي تبدو وكأنها متولدة عن أنشطة مشروعة ، خاصة وأن هذه العمليات تتم بالاستعانة بمجموعة من أمهر الكوادر المتوافرة في المجتمع ، ومع تجنيد عدد كبير من الأعوان والاستعانة ببعض ذوى النفوذ في المؤسسات الحيوية

(١) See, Scott Sultzer, Money Laundering , The Scope of The Problem , op. cit., P.

في الدولة مع إشراك عدد كبير من ذوى العلاقة باتخاذ القرار حتى يتم تشتيت المسؤولية إذا ما تم الكشف عن حالة الفساد^(١).

٣ — مرحلة التكامل أو الإدماج : Integration :

ويتحقق في هذه المرحلة تمام إدماج الأموال غير المشروعة في النظام المالي والمصرفي المشروع واختلاطها بالأموال المشروعة ، بحيث تبدو وكأنها أموالاً مشروعة تماماً معلومة المصدر ، ومنبتة الصلة بالأنشطة غير المشروعة التي تولدت عنها ، وتصبح كأنها متولدة عن أنشطة اقتصادية مشروعة ، وذلك بعد أن تم غسلها أو تطهيرها بالمعنى الاقتصادي وليس بالمعنى الأخلاقي أو القانوني .

ويتضح من هذه المراحل الثلاث ، أن غسل الأموال يبدأ بإيداع الأموال غير المشروعة في البنوك مباشرة أو بعد تحويلها إلى بعض العملات الأجنبية المختلفة، ثم يلي ذلك القيام بمجموعة من العمليات المالية المعقدة للتمويه والتعقيم على مصدر هذه الأموال ، بحيث يتم فصل هذه الأموال غير المشروعة عن مصدرها ، وتأتي بعد ذلك مرحلة الإدماج وفيها يستغل غاسلو الأموال البنوك والمؤسسات المالية كقنوات لكي يتم تدوير الأموال غير المشروعة من خلالها في النظام المالي والمصرفي ، وبحيث لا يتشكك أحد في شرعية هذه الأموال . فهذه المرحلة تأتي كمرحلة نهائية بعد أن تكون الأموال قد انفصلت تماماً عن مصدرها غير المشروع وأصبحت لا تنتمي إليه ، حيث يتم بعد ذلك إكساب شكل مشروع للثروة ، وتدخل الأموال التي تم غسلها في الاقتصاد مرة أخرى كأموال مشروعة .

ثانياً : وسائل وأساليب عمليات غسل الأموال :

تتعدد في الواقع الطرق والوسائل التي يسلكها رأس المال في هروبه إلى الخارج بقصد الاختفاء بعيداً عن متناول القانون وسلطاته حتى يتم غسله وتطهيره مما يشوبه من عدم مشروعية . وهكذا تتم عمليات غسل الأموال بأساليب ووسائل عديدة تدرج من البساطة الشديدة إلى

(١) د. سعيد عبد الخالق ، الاقتصاد الخفي وظاهرة غسل الأموال ، ندوة غسل الأموال بمركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، يوليو ١٩٩٩ ، ص ٤٤ — ٤٥ .

التعقيد الكبير ، بحسب ظروف وطبيعة كل عملية . ويعكس تنوع هذه الوسائل والأساليب مدى التقدم التكنولوجي في الوسائل المستخدمة ، ومدى توافرها لدى القائمين بهذه العمليات ، حيث أصبح للتكنولوجيا دور هام وخطير في تطوير الأساليب التي تستخدم لغسيل الأموال . ويعد التهريب هو أبسط وأقدم الطرق التي تستخدم في غسيل الأموال ، كما استخدمت أساليب أخرى أكثر تطوراً مثل الايداعات المصرفية في البنوك ، والاستثمار في الأوراق المالية واستحداث بعض الأنظمة التكنولوجية الحديثة الأخرى وغيرها . وسوف نعرض فيما يلي باختصار لأهم تلك الوسائل والأساليب المستخدمة في غسيل الأموال^(١).

١ - البنوك :

وهي أهم الوسائل المستخدمة التي تتم من خلالها عمليات غسيل الأموال ، ويتحقق ذلك بأن يقوم المنظفون بوضع ودائعهم في البنوك كخطوة أولى لعمليات غسيل الأموال عن طريق فتح المنطف حساباً جارياً في البنك والحصول على عدد كبير من الشيكات أو الحوالات المصرفية مقبولة الدفع لحامله (أي دون تحديد أسم المحول إليه) ، ويتم بعد ذلك تداول هذه الشيكات أو الحوالات بسهولة في عمليات وهمية أو مشروعات داخلية أو خارجية ، ثم يقوم بإقراض هذه الودائع النقدية أو توظيفها والحصول على عائد منها . وتوجد وسائل وأساليب أخرى متعددة ومتطورة يتم اللجوء إليها من قبل غاسلي الأموال عند استخدامهم البنوك وسيلة لعمليات غسيل الأموال ، ومن أهمها ما يلي^(٢) :

(١) أنظر Quirk J. Peter, Money Laundering: Muddlying the Macroeconomy , Op. Cit., P. 8 .

(٢) أنظر د. محمد ماجد محمود ، الجهود الدولية لمكافحة غسيل الأموال ، مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، جامعة الكويت - كلية الحقوق ، أكتوبر ١٩٩٩ ، د. خالد زغلول ، ظاهرة غسيل الأموال وآثارها على الاقتصاد الوطني ، مؤتمر القانون وتحديات المستقبل ، جامعة الكويت - كلية الحقوق ، ١٩٩٩ ، ص ٧١٦ .

— فتح اعتمادات مستندية بواسطة منظفي الأموال ، وبالتالي استخدام الأموال غير المشروعة في عمليات خاصة بالتجارة الدولية .

— وهناك أيضاً العمليات الخاصة بالتحويلات الرأسمالية والتدفقات الخاصة بالاستثمار الأجنبي من خلال إيداع مبلغ كبير في بلد معين بحجة عمل مشروع استثماري كبير ، ثم سحب وتحويل هذا المبلغ وإيداعه في بلده الأصلي على أنه متحصل من نشاط اقتصادي وتجاري في بلد آخر ، على الرغم من أنه لم يتم بأي عملية تجارية^(١).

— وقد يقوم المنظفون بتزويد عدد من الأفراد بمبالغ نقدية ويتوجه كل منهم إلى بنوك مختلفة ويقوم بشراء شيكات مصرفية ذات قيمة تقل عن حد المساءلة ، وبذلك يتهرب من الالتزام بالإبلاغ ، وعقب ذلك يقوم هؤلاء الأفراد بتسليم تلك الشيكات إلى فرد آخر ينسق عمليات تصريفها^(٢).

— ومن هذه الوسائل أيضاً استبدال العملات الأجنبية بالعملات الوطنية ، والمضاربة على العملات الأجنبية عن طريق استبدال العملات القوية بالعملات الضعيفة .

ويمكن توقع أن تزداد أهمية آلية البنوك كوسيلة لإجراء عمليات غسيل الأموال ، في الدول النامية لا سيما مع إزدياد الاتجاه لتحرير التجارة العالمية في إطار منظمة التجارة العالمية (WTO) وخاصة تحرير التجارة في الخدمات المالية ، حيث تعاني أغلب هذه الدول من ندرة شديدة في النقد الأجنبي ، ومن ثم تحتدم المنافسة بين هذه الدول من أجل جذب المزيد من العملاء والودائع ومن ثم زيادة معدلات الأرباح من خلال فروق أسعار الفائدة دون التحقق من مصدر هذه الأموال .

٢ — التصرفات العينية :

يقوم بعض أصحاب الدخول غير المشروعة بإجراء بعض التصرفات العينية كوسيلة للتعقيم والتمويه على المصدر غير المشروع لأموالهم ومن ثم إجراء عمليات الغسيل لها . ويتحقق ذلك

(١) د. عبد المطلب عبد الحميد ، العولمة وأقتصاديات البنوك ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨ — ٢٥٩ .

(٢) Quirk J. Peter , Money Laundering , op. cit, P.8.

من خلال ثلاث خطوات^(١)، الخطوة الأولى هي شراء بعض الأشياء العينية ذات القيمة المرتفعة مثل الذهب والمجوهرات والعقارات والقصور أو غيرها من الأموال ذات القيمة. والخطوة الثانية هي قيام هؤلاء الأشخاص بتحويل الأصول العينية إلى أصول سائلة وذلك ببيع ما تم شراؤه من هذه الأصول في مقابل الحصول على شيكات مصرفية بقيمة الأشياء المباعة. وفي الخطوة الثالثة تستخدم هذه الشيكات المصرفية في فتح حسابات مصرفية للقائمين بغسيل الأموال في البنوك المختلفة المسحوب عليها هذه الشيكات وفروعها. وبعد ذلك يقوم أصحاب هذه الحسابات بإجراء العديد من التحويلات المصرفية عن طريق تلك البنوك المسحوب عليها الشيكات بقصد التعطيم على المصادر غير المشروعة للأموال، بحيث يصعب بعد ذلك التعرف على المصدر الحقيقي لهذه الأموال.

٣ - التحويل البرقي للنقود : Wire Transfer :

ظهرت التحويلات البرقية للنقود باعتبارها الطريقة المثلى التي يغلب أن يلجأ إليها غاسلو الأموال ذات الأحجام الكبيرة وذلك نظراً لصعوبة تتبع المسار النقدي للأموال غير المشروعة إذا ما تم إرسالها خارج البلاد عن طريق التحويلات البرقية، هذا فضلاً عن الثغرات التي تعترى هذا النظام.

وتوجد ثلاثة نظم أساسية للتحويل البرقي : الأول هو نظام الفيد واير Fedwire، والثاني هو نظام التشيسيس Chips وهو اختصار لعبارة "Clearing House for Payment System International وهو عبارة عن غرفة مقاصة تسوية في نهاية اليوم. والثالث هو نظام السويفت Swift وهو اختصار لعبارة جمعية الاتصالات السلوكية واللاسلكية المالية الدولية عبر العالم^(٢).

(١) د. حمدى عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، المرجع السابق، ص ٣٦ - ٣٧.

(٢) Duncan E. Alford: Anti - Money laundering Regulations , A Burden on Financial Institutions , Journal of International and commercial Regulations , 1994 , Volume 19, P. P. 465 - 466 .

وتتمثل الثغرات التي يستغلها غاسلو الأموال في نظام التحويل البرقي للأموال في أن كثيراً من البنوك ليست أعضاء في نظام Fedwire ، وان عدداً قليلاً نسبياً منها عضو في نظام Chips ، وعلى هذا فإنه يتعين على الكثير من البنوك أن تستخدم نظام البنوك المراسلة لاتمام عملية التحويل . ووفقاً لنظام السويفت فإن البنك الذي يقوم بالتحويل لا يعلم شيئاً عن الغرض التجاري من التحويل ، إذ أن البنك المصرح وحده هو الذي تقع عليه مسئولية فهم غرض العميل من هذا الاستخدام .

ويستغل غاسلو الأموال هذا النظام عادة في القيام بعمليات الغسيل عن طريق إيداع النقود لدى البنوك في الخارج دون الحاجة إلى الإعلان عن أسمائهم . وبعد ذلك يقوم هؤلاء الأشخاص بتحويلها برقياً إلى حساب شركة من شركات الواجهة خارج البلاد في بلد يأخذ بنظام السرية التامة للعمليات المصرفية . وتتم عمليات غسيل الأموال عن طريق قيام هذه الشركات المستترة بالاقتراض من أحد البنوك بضمان ما سبق إيداعه بحسابها ، وذلك بغرض إعادة الأموال مرة أخرى إلى المهربين^(١) .

٤ - التكنولوجيا الحديثة وعمليات غسيل الأموال :

تشهد عمليات غسيل الأموال في الوقت الراهن تطوراً كبيراً في فنونها وتنوعاً في وسائلها وقنواتها، ومما ساعد على ذلك التطور الكبير في الوسائل التكنولوجية الحديثة وما أدى إليه من ظهور العديد من الوسائل الفنية والإلكترونية التي تسمح بالتعامل مع الأوراق النقدية وانتقال الأرصدة المالية من شخص إلى آخر عبر الدول على مستوى العالم من خلال شبكات الإنترنت دون حاجة إلى المرور عبر القنوات المصرفية التقليدية . ومن أهم الوسائل التكنولوجية الحديثة التي يستغلها غاسلو الأموال في نقل وتحويل النقود ، هي بنوك الإنترنت ونظام بطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية .

(١) راجع د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ٣٨ - ٣٩ .

أ — بنوك الإنترنت : Cyberbanking :

تعتبر بنوك الإنترنت من أحدث الطرق المتبعة لغسيل الأموال غير المشروعة . وهذه البنوك هي ليست بنوكاً في الواقع بالمعنى الفني المألوف والمتعارف عليه ، فهي لا تقبل الودائع مثلاً ولا تقدم القروض والتسهيلات المصرفية الأخرى ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع . إذ يقوم المتعامل مع هذا النظام Cyberbanking بإدخال الشفرة السرية من أرقام الحسابات وخلافه والضغط على المفاتيح الملائمة في لوحة الكمبيوتر ، ومن ثم يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يختارها عبر الجهاز إلى أي مكان في العالم^(١) .

وتعد هذه الوسيلة أحدث طرق غسيل الأموال غير المشروعة ، هذا فضلاً عن كونها أسهل استخداماً وأيسر في التعامل مع البنوك . وتتيح هذه الوسيلة لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان كبيرين . فهذه البنوك تعمل في إطار من السرية الكاملة ، إذ لا يكون المتعاملين فيها معلومي الهوية ، هذا فضلاً عن عدم خضوع هذه البنوك لأية لوائح أو قوانين .

ب — نظام بطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية :

من الوسائل الحديثة والتي يمكن استعمالها كوسيلة لغسيل الأموال ما يعرف ببطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية ، وهي التي يتم صرف الأموال بواسطتها من خلال ماكينات الصرف الآلية (ATM) والمنتشرة في جميع أنحاء العالم ، نظراً لأنها تسهل عمليات نقل الأموال من بلد إلى آخر دون خضوعها لإجراءات وقيود التحويل التي قد تكون مفروضة في بعض البلدان . ويقوم غاسل الأموال في هذه الحالة بشراء بضائع وبيعها في بلد آخر باستخدام البطاقة الائتمانية ، فيقوم فرع البنك المحلي الذي تمت في بلده عملية الشراء بطلب تحويل القيمة من فرع البنك الذي أصدر البطاقة ، فيقوم هذا الأخير بالتحويل تلقائياً ويخصم القيمة على حساب عميله، الذي يقوم بعد ذلك ببيع البضائع والسلع التي سبق واشتراها بالبطاقة الائتمانية ويحصل

(١) Scott Sultzer : Money Laundering , The Scope of the Problem , and Attempt to combat it , op. cit, P. P. 195 - 196 .

على المبلغ اللازم تلقائياً دون مروره بقنوات وقيود التحويل ، ثم يقوم بإيداعه في أحد البنوك ، وبذلك يصعب معرفة مصدر هذا المال.

ج - الكارت الذكي :

من الأساليب التكنولوجية الحديثة والتي قد تستخدم في غسيل الأموال ، أسلوب آخر يعرف بالكارت الذكي Smart Card^(١) . ويتشابه الكارت الذكي إلى حد كبير مع كارت الدين Debit Card ، والفارق بينهما هو أن الكارت الذكي يقوم بصرف النقود التي كان قد سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القرض المغناطيسي عن طريق ماكينة تحويل آلية (ATM) Automate Transfer Machine ، أو أي تليفون معد لهذا الغرض .

ومما يزيد من خطورة هذه الوسيلة في عمليات غسيل الأموال أن الكارت الذكي له خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة على القرص الخاص به ، ثم يمكن بعد ذلك بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون المعد لذلك ، وبدون تدخل أي بنك من البنوك ، وبهذا يكون الكارت الذكي بمنأى عن ملاحقة أو إشراف أي جهة .

المبحث الرابع

تقدير حجم الاقتصاد الخفي وعمليات غسيل الأموال

على الرغم من أهمية تقدير حجم أنشطة الاقتصاد الخفي وحصر الأنشطة التي تتم عليها عمليات غسيل الأموال ، لا سيما في وضع سبل العلاج لهذه المشاكل الاقتصادية ، فإن مسألة تقدير حجم الاقتصاد الخفي وعمليات غسيل الأموال تواجهها العديد من الصعوبات . وترجع هذه الصعوبات إلى الطبيعة الخاصة للأموال التي تجرى عليها عمليات الغسيل ، وهي أنها

Ibid : p.p. 196 - 197 .

(١)

متحصلة من أنشطة إجرامية ، أو فساد مالى أو سياسى أو إدارى ، ولذلك فهى تحاط بسرية تامة وحذر كبير في تحركاتها ، بل ويتم التمويه المتعمد على هذه التحركات .

وبالرغم من هذه الصعوبات وجدت بعض المحاولات والاجتهادات التقريبية لتقدير حجم الاقتصاد الخفي وعمليات غسل الأموال . ومن الطبيعي أن تختلف هذه التقديرات من مصدر لآخر حسب مفهومه لغسيل الأموال ، وكذلك حسب الأسس التي يبنى عليها التقدير ومدى شموله لكافة الأنشطة الإجرامية أو أنشطة الاقتصاد الخفي التي تعد مصدراً أساسياً للأموال التي تجرى عليها عمليات الغسيل . وسوف نعرض فيما يلي لتقديرات حجم الاقتصاد الخفي وعمليات غسل الأموال حسب البيانات المتاحة .

تشير بعض التقديرات^(١) في هذا المجال إلى أن حجم المعاملات الخفية كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي (GDP) تتفاوت بدرجة كبيرة بحسب الدول ، إذ تتراوح النسبة في استراليا من ٤ - ١٢ في المائة ، وفي ألمانيا من ٢ - ١١ في المائة ، وفي إيطاليا ١٠ - ٣٣ في المائة ، وفي اليابان ٤ - ١٥ في المائة ، وفي المملكة المتحدة ١ - ١٥ في المائة ، وفي الولايات المتحدة الأمريكية ٤ - ٣٣ في المائة .

وتشير إحصاءات وتقديرات الأمم المتحدة^(٢) إلى أن حجم الاقتصاد الخفي على مستوى العالم ، في الشق الخاص بالمعاملات والدخول غير المشروعة ، في فترة التسعينات تراوح سنويا في المتوسط ما بين ٥٠٠ مليار دولار و ٧١٥ مليار دولار ، وان تجارة المخدرات على مختلف أنواعها تمثل حوالى ٥٠٠ مليار دولار . وعلى الرغم من التفاوت الكبير بين البلدان المختلفة فيما يتعلق بحجم المعاملات التي تتم في الاقتصاد الخفي ، إلا أنه من الواضح على ضوء الإحصائيات المتاحة أنه أكثر أهمية في البلدان النامية ، وأكثر تزايداً في مكوناته ، إذ يزيد حجم هذا الاقتصاد

(١) بيتر ج كويرك ، غسل الأموال يثير التشوش في الاقتصاد الكلى ، مجلة التمويل والتنمية ، مارس ١٩٩٧ ،

(٢) Campbell Andrew , The Global Challenge of the control and Prevention of Money Laundering , Kuwait University , Faculty of Law , 1999 , p.p. 887 - 888 .

عن نصف الناتج القومي الإجمالي في بعض الدول النامية . ومن العوامل التي تساعد على انتشار المعاملات الخفية في الدول النامية أن نسبة كبيرة من معاملات الأفراد في هذه الدول تتم بصورة نقدية ، ومن ثم يقل حجم التعامل مع الجهاز المصرفي في هذه الدول بالمقارنة بما هو عليه الحال في الدول المتقدمة وهو ما يرتبط بدرجة الوعي المصرفي .

أما عن حجم عمليات غسيل الأموال على مستوى العالم ، فقد قدرت سنوياً بحوالي ٧٠% من حجم الدخول المتولدة من الاقتصاد الخفي في الشق الخاص بالدخول غير المشروعة ، وبالتالي يتراوح حجم الدخول التي تجرى عليها عمليات غسيل الأموال ما بين ٣٥٠ مليار دولار و ٥٠٠ مليار دولار سنوياً في المتوسط خلال فترة التسعينات^(١) .

وتشير بعض التقديرات الحديثة في هذا المجال إلى أن الحجم الحالي لعمليات غسيل الأموال يتراوح ما بين ٢ — ٥ % من الناتج المحلي الإجمالي العالمي . وقدرت الأمم المتحدة وفريق العمل المالي لمكافحة غسيل الأموال في تقرير لها أن حجم الأموال التي يتم غسلها سنوياً يبلغ نحو ٥٠٠ مليار دولار أمريكي على مستوى الدول الصناعية^(٢) .

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن نشاط تجارة المخدرات على اختلاف أنواعها، تعتبر أهم الأنشطة الخفية التي تجرى عليها عمليات غسيل الأموال ، حيث تقدر قيمة المخدرات المتداولة عالمياً بنحو ٥٠٠ مليار دولار ، منها حوالي ٣٥٠ مليار دولار (ما يعادل ٧٠%) تخضع لعمليات الغسيل سنوياً في المتوسط خلال فترة التسعينات . أما عن تقدير حجم الاقتصاد الخفي في مصر ، فقد أشارت بعض التقديرات الحديثة^(٣) في هذا المجال إلى أن حجم الاقتصاد الخفي في مصر (خلال الفترة من ١٩٨٤ — ١٩٩٤) يتراوح بين ٥٥ مليار جنيه و ٣٢,٧ مليار جنيه (نشاط مشروع وغير مشروع) .

(١) Finsincial Action task Force on Money Laundering FATF, Annual Report , OECD, Paris , 1997 , p. 30 .

(٢) صندوق النقد الدولي ، مجلة التمويل والتنمية ، العدد يونيو ١٩٩٨ ، ص ٢٨ .

(٣) د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ١١٠ — ١١١ .

وقد رت الدراسة أيضاً أن حجم الاقتصاد الخفي في شقة غير المشروع بلغ حوالي ١٦,٤ مليار جنيه في عام ١٩٩٤ ، وأما حجم الدخل غير المشروع في مصر يمثل حوالي ١١,٣ في المائة في المتوسط من الناتج المحلي الإجمالي .

وبالنسبة لتقدير حجم عمليات غسل الأموال في مصر ، فقد أشارت الدراسة السابقة إلى أن حجم عمليات غسل الأموال في مصر بلغ حوالي ٩,٨ مليار جنيه مصري في عام ١٩٩٤ ، وأن حجم عمليات غسل الأموال في مصر تمثل حوالي ٦,٨ في المائة من الناتج المحلي الإجمالي ، وحوالي ٣٠ في المائة من حجم الاقتصاد الخفي في مصر بشقيه المشروع وغير المشروع ، وحوالي ٥٠% في المائة من حجم الاقتصاد الخفي في شقة غير المشروع ^(١) .

وبالنسبة لغسيل أموال المخدرات ، والتي تعتبر المصدر الأول للدخول غير المشروعة في مصر والتي ترتبط بها عمليات غسل الأموال ، فتقدر قيمة المخدرات المتداولة في السوق المصرية بحوالي ٣ مليار جنيه سنوياً ، وتتم عليها عمليات غسل أموال بنسبة ٧٠% ، وان هذا يعني أن حجم عمليات الغسيل التي تجرى على هذه الأموال تقدر بحوالي ٢,١ مليار جنيه سنوياً ^(٢) .

المبحث الخامس

الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال

يكون من المناسب أن نعرض في هذا المبحث لبعض الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال على الاقتصاد الرسمي أو الظاهر ، لا سيما بعد أن أتضح من دراستنا في المباحث السابقة زيادة أهمية هذه العمليات على مستوى العالم ، وأنها تقدر سنوياً بحوالي ٧٠% من حجم الدخل المتولدة من الاقتصاد الخفي في الشق الخاص بالدخول غير المشروعة ، وكذلك مدى العلاقة الدائرية التي تربط بين الاقتصاد الخفي وغسيل الأموال والاقتصاد الظاهر ، حيث اتضح

(١) د. حمدي عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص ١١٣ .

(٢) د. السيد أحمد عبد الخالق ، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال ، المرجع السابق ، ص ١٨ — ٢٠ .

أن عمليات غسيل الأموال تؤدي دوراً محورياً في هذه العلاقة ، وذلك باعتبار أن جانباً هاماً في الاقتصاد الخفي يتمثل في دخول غير مشروعة يتجه بعضها إلى خارج البلاد لإجراء عمليات الغسيل لها ، كما تعود إلى البلاد بصفة مشروعة^(١).

وفيما يلي سوف نوضح أهم الآثار الاقتصادية السلبية لعمليات غسيل الأموال^(٢) :

أولاً : آثار عمليات غسيل الأموال على الدخل القومي وتوزيعه :

تؤثر عمليات غسيل الأموال سلباً على حجم الدخل القومي وذلك لأن هذه العمليات تقوم أساساً على تهريب رؤوس أموال وطنية وإيداعها في البنوك التجارية الأجنبية ، مما يشكل استقطاعاً لجزء من الدخل القومي للدولة المهرب منها المال إلى الخارج ، وخاصة مع إتمام عمليات غسيل الأموال خارج البلاد ، ويتم ذلك على حساب بقية أصحاب الدخول المشروعة في المجتمع . فحصول بعض الأشخاص على رشوة أو عمولة أو قروض بدون ضمانات من البنوك ... الخ فهؤلاء إنما يحصلون على جزء من الدخل القومي الحقيقي في الدولة ثم يقومون بعد ذلك بتحويل هذه الأموال إلى البنوك الأجنبية في الدول الأخرى ، والتي تقوم باستثمار هذه الأموال لمصلحتها ولمصلحة الدول الكائنة بها مما يؤثر سلباً على حجم الدخل القومي في الدول المهرب منها المال، ويحرم الاقتصاد القومي في تلك الدولة من الاستفادة من جانب هام من دخله القومي ، ومن استثمار هذه الأموال في المشروعات الانتاجية ، ومن ثم حرمان تلك الدول من العوائد الايجابية التي يمكن أن تحصل عليها والتي تتمثل في القيمة المضافة إلى الدخل القومي وما يرتبط بذلك من زيادة فرص العمالة وحل مشكلة البطالة وزيادة المعروض السلعي واستقرار الأسعار المحلية .

(١) Quirk J. Peter , Money Laundering , op. cit, p. 8.

(٢) أنظر د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ وما بعدها .

ثانياً : أثر عمليات غسيل الأموال على الادخار المحلى والاستثمار :

تؤثر عمليات غسيل الأموال سلباً على الادخار والاستثمار وذلك من عدة وجوه . فمن ناحية، تؤدي هذه العمليات إلى هروب رأس المال الوطنى إلى الخارج عن طريق التحويلات النقدية بين البنوك المحلية والخارجية ، ويعد هذا تسرباً لجزء من الدخل القومى يؤثر سلباً على الإدخار المحلى مما يؤدي إلى عجز المدخرات المحلية عن الوفاء باحتياجات الاستثمار ، وتتسع من ثم الفجوة التمويلية ويزداد العجز في الميزانية.

وفي حالة الغسيل العيى للأموال ، عن طريق شراء الذهب والمجوهرات والقصور والتحف الفنية وبعض السلع المعمرة ، وهو ما يعرف بالادخار السلبى ، فإن ذلك يؤدي إلى نقص الجزء من الدخل الموجه للادخار المحلى ، وقد تلجأ الدولة في سبيل تعويض هذا النقص في المدخرات المحلية عن احتياجات الاستثمار الإجمالى إلى الاستعانة بالموارد الأجنبية سواء في صورة قروض أجنبية أو استثمارات مباشرة ، وفي الحالتين يؤدي ذلك إلى زيادة مديونية الدولة ومن ثم تبعيتها للعالم الخارجى^(١). وعلى ذلك يمكن القول بوجود علاقة عكسية بين عمليات غسيل الأموال والادخار المحلى ، وتزداد خطورة هذا الأثر في حالة الدول النامية والتي تعاني بالفعل من نقص في الموارد المتاحة من النقد الأجنبى ، ومن ثم فإن عمليات غسيل الأموال تهدد برامج التنمية الاقتصادية في الدول النامية .

ثالثاً: أثر عمليات غسيل الأموال على معدل التضخم :

تؤثر عمليات غسيل الأموال سلباً على معدلات التضخم ، فهذه العمليات سواء تمت في صورة نقدية عبر البنوك والقنوات المصرفية ، أو في صورة عينية عن طريق شراء الذهب والعقارات والسلع المعمرة ، فهى تؤدي في جميع الحالات إلى رفع معدلات التضخم في الاقتصادات التي تنتشر فيها ، ويرجع ذلك إلى ان هذه العمليات تفرق السوق بكميات كبيرة من الأموال التي تجدد طريقها إلى تيار الانفاق الاستهلاكى من خلال شراء السلع المعمرة والعقارات ، ويؤدي ذلك إلى الضغط على المعروض السلعى بواسطة أصحاب الأموال المغسولة ،

(١) د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ — ١٨٩.

وهي فئات تتسم في الغالب بعدم الرشد والعشوائية في الانفاق مما يؤدي إلى زيادة جانب الطلب الكلي في المجتمع ، ومن ثم زيادة المستوى العام للأسعار مع ما يترتب عليه ذلك من آثار سلبية أخرى تتمثل في تدهور القوة الشرائية للنقود .

رابعاً : اثر عمليات غسل الأموال على قيمة العملة الوطنية :

تؤثر عمليات غسل الأموال سلباً على قيمة العملة الوطنية نظراً للأرتباط الوثيق بين هذه العمليات وتهريب الأموال إلى الخارج ، كما ان عمليات غسل الأموال تؤدي إلى زيادة الطلب على النقد الأجنبي الذي يتم تحويل الأموال المهربة إليه ، بقصد إيداعها في البنوك الخارجية أو بقصد الاستثمار في شراء الأوراق المالية في الخارج وغيرها . وتؤدي زيادة الطلب على النقد الأجنبي ، وما يعنيه ذلك من زيادة المعروض من العملة الوطنية إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية في سوق الصرف الأجنبي. وعند عودة الأموال المغسولة إلى الدولة فإنها تؤدي إلى إحداث ضغوط تضخمية داخل الاقتصاد الوطني ، مما يؤدي إلى تدهور القوة الشرائية للنقود وانخفاض قيمة العملة الوطنية بالمقارنة بالعملات الأجنبية . وفي حالة الغسيل العيني للأموال من خلال شراء الذهب والسيارات والسلع المعمرة وغيرها فإن ذلك يؤدي إلى زيادة حجم الواردات من الدول الأجنبية ، ومن ثم زيادة المعروض من عملة الدولة مقابل العملات الأجنبية الأخرى ، وهو ما يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية مقابل العملات الأجنبية التي يزداد الطلب عليها لتمويل الزيادة في الطلب على الواردات .

خامساً : أثر عمليات غسل الأموال على معدلات البطالة :

تؤدي عمليات غسل الأموال إلى زيادة معدلات البطالة سواء في الدول المتقدمة أو في الدول النامية . فهذه العمليات تؤدي إلى هروب الأموال إلى الخارج من خلال البنوك والقنوات المصرفية مما يؤدي إلى نقل جزء من الدخل القومي إلى دول خارجية، ومن ثم تعجز الدول التي هرب منها رأس المال عن الانفاق على الاستثمارات اللازمة لتوفير فرص العمل للمواطنين ، مما

يؤدى إلى انتشار البطالة خاصة في ظل زيادة السكان وتنامي أعداد الخريجين من المعاهد والجامعات والراغبين في العمل مما يؤدى إلى تفاقم مشكلة البطالة^(١) .
ويترتب على ذلك أنه لا يمكن قبول بعض الآراء التي ترى أن عودة الأموال المغسولة إلى موطنها الأصلي في صورة مشروعة ، بعد إجراء عمليات الغسيل لها ، يمكن أن يساهم بدوره في علاج مشكلة البطالة وخفض معدلاتها . ذلك أن نمط الانفاق للأموال المغسولة (وغير المشروعة أصلاً) لا يمكن أن يتساوى أو يتشابه مع نمط الأموال المشروعة ، حيث توصف الأموال في النمط الأول بأنها أموال ساخنة (Hot money) تجرى وراء الربح السريع وليس وراء القيمة المضافة التي ترتبط بالاستثمارات المنتجة والتي يمكن أن تساهم بفاعلية في خلق فرص عمل جديدة للمواطنين .

سادساً : الآثار الاجتماعية لعمليات غسيل الأموال :

تؤدى عمليات غسيل الأموال إلى حدوث اختلال في هيكل وتوزيع الدخل القومى في المجتمعات التي تنتشر فيها . فهذه العمليات تقوم أساساً على نهب المال العام وتهريبه للخارج أو سلب الدخول من بعض الفئات الاجتماعية لصالح البعض الآخر ، أو التهرب من بعض الالتزامات القانونية . وفي كل هذه الحالات نلاحظ أنه كلما إزداد حجم عمليات غسيل الأموال كلما أدى ذلك إلى تعميق الاختلال في هيكل وتوزيع الدخل القومى عن طريق صعود بعض الفئات إلى أعلى درجات السلم الاجتماعى على حساب الفئات الأخرى مما يضر

(١) وتشير بعض الدراسات الاقتصادية إلى ان خلق فرص عمل جديدة يتطلب استثمارات كبيرة من المدخرات المحلية . إذ تبلغ هذه التكلفة حوالى ٢٥٠ ألف دولار في الولايات المتحدة الأمريكية ، وفي اليابان تبلغ تكلفة فرصة العمل الواحدة ثلاثة امثال تكلفة الاستثمار في أمريكا ، وضعف مثلتها في أوروبا . أنظر لستر ثارو - الصراع على القمة ، ترجمة أحمد فؤاد بليغ ، سلسلة عالم المعرفة ، الكويت ، ديسمبر ١٩٩٦ ، ص ٢٥٠ - ٢٥٥ .

باعتبارات العدالة الاجتماعية ويؤدي إلى إهدار قيمة العمل ، حيث غالباً ما تكون الفئات الأولى من محترفي الاجرام والتزوير والتزييف والتهريب والرشوة وغيرها^(١).
ومن ناحية أخرى ، تؤثر عمليات غسيل الأموال سلباً على أفراد المجتمع من ناحية ارتباطها بالجرائم الإجتماعية والاقتصادية . حيث توجد تغذية مرتجعه Feed Back أو علاقة دائرية تعمل في الاتجاهين على نحو متضاعف بين الأنشطة الإجرامية وغسيل الأموال^(٢). فالأنشطة الإجرامية كالاتجار في المخدرات والرشوة والتهريب وغيرها تمثل المصدر الأساسي للأموال والدخول غير المشروعة التي تخضع للغسيل والتي تجد طريقها للاستثمار والتوظيف في الاقتصاد الرسمي، وقد تعود هذه الأموال والدخول المغسولة مرة أخرى لتمويل أنشطة إجرامية جديدة ، وهكذا تنتشر الجريمة ويتوغل الفساد في المجتمع . كما أن نجاح أصحاب الدخول غير المشروعة في الإفلات من ملاحقة السلطات العامة واستخدام الأموال غير المشروعة في تصرفات نقدية وعينية ، يشجع غيرهم على الانطلاق نحو النشاط الإجرامي ، وهكذا يساعد غسيل الأموال على زيادة معدل الجريمة في المجتمع ، كما أنه يؤدي إلى انتشار الفساد والرشوة والإفساد^(٣).

المبحث السادس

دور البنوك في مواجهة عمليات غسيل الأموال

يعد دور القطاع المصرفي في مكافحة عمليات غسيل الأموال هام وحيوي ، إذ لا يتسنى لغاسلي الأموال القيام بهذه العمليات دون استخدام الخدمات التي يقدمها الجهاز المصرفي . وإذا كان للبنوك مصلحة في جذب العملاء والودائع لديها باعتبارها تمثل المصدر الأساسي الذي يعتمد عليه البنك في ممارسة نشاطه ، فإن لها مصلحة كبرى أيضاً في كشف عمليات غسيل

(١) أنظر د. السيد أحمد عبد الخالق ، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الاموال ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(٢) د. سعيد عبد الخالق محمود ، الاقتصاد الخفي وظاهرة غسيل الأموال ، المرجع السابق ، ص ٢٨ — ٣٠ .

(٣) د. سعيد عبد اللطيف ، جرائم غسيل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني ، المرجع السابق ، ص

الأموال ومكافحتها وذلك محافظة على سمعتها الائتمانية والمصرفية من التعرض للإلتهام في حالة إتمام هذه العمليات من خلالها^(١). كما أن للبنك المركزي دور هام ورائد في السيطرة على عمليات غسيل الأموال والحد منها ومكافحتها وذلك باعتباره " بنك البنوك " والذي تخضع لرقابته جميع البنوك المحلية وصناديق الاستثمار وغيرها من المؤسسات المالية الأخرى ، كما أنه البنك المسئول عن وضع وتنفيذ السياسة الاقتصادية والائتمانية والنقدية للدولة ، ومن ثم تقع عليه مسئولية كبرى في الحد من عمليات غسيل الأموال وما تخلفه من آثار سلبية على المحددات الاقتصادية الكلية على مستوى الاقتصاد القومي ككل كسعر الفائدة وسعر الصرف وغيرها . ونظراً للارتباط الوثيق بين سرية الحسابات المصرفية وعمليات غسيل الأموال غير المشروعة ، فسوف نبحت فيما يلي العلاقة بين سرية الحسابات المصرفية وعمليات غسيل الأموال ، ثم نتبع ذلك بدراسة الدور الذي يمكن أن تقوم به البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال .

أولاً : العلاقة بين سرية الحسابات المصرفية وعمليات غسيل الأموال :

تحرص كافة البنوك في الوقت الحاضر على تحقيق قدر من السرية للعمل المصرفي وعدم تقديم المعلومات عن العملاء إلا لمن تحددهم القوانين واللوائح بحكم طبيعة أعمالهم . وهكذا تلتزم البنوك بموجب القواعد العامة في القانون والأعراف المصرفية بحفظ أسرار العملاء وعملياتهم المصرفية ، ما لم يكن هناك نص في القانون أو في الاتفاق يقضى بغير ذلك^(٢) . وتستند الآراء المؤيدة للسرية المصرفية إلى مبدأ هام وهو حماية الحق في الخصوصية للعميل ، إذ لكل شخص الحق في حماية حرمة حياته الخاصة بما فيها شئونه المالية والاقتصادية كعاملاته مع البنوك . كما أن سرية الحسابات المصرفية تعود بالنفع على الاقتصاد القومي ككل نظراً لما يترتب عليها من

(١) د. سيد شوريجي ، المتغيرات المحلية والدولية وتنامي عمليات غسيل الأموال ، مؤتمر كلية الحقوق جامعة المنصورة السنوي السادس ، القاهرة ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢ ، ص ٤٢ - ٤٣ ، د. ماجد عمار ،

السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٧٢ - ٧٥ .

(٢) د. ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، المرجع السابق ، ص ٨٢ - ٨٣ .

جذب لروؤس الأموال المحلية والأجنبية وتدعيم للثقة في الاقتصاد وفي الجهاز المصرفي، وفي توفير مناخ الاستقرار الاقتصادي اللازم للتنمية والإصلاح الاقتصادي .

في حين تستند الآراء المعارضة لنظام سرية الحسابات المصرفية إلى أن السرية المطلقة تؤدي إلى صعوبة كشف الحسابات إلا بشروط دقيقة ومعقدة ، وهو ما يجد من قدرة البنوك على كشف حسابات أصحاب الدخول غير المشروعة ومن ثم يساعد على انتشار عمليات غسيل الأموال .

وإذا كانت السرية المصرفية هي مبدأ مستقر في المعاملات المصرفية ، بحيث انه لا يجوز إفشاء أسرار العميل إلا في حالات محددة بنص القانون ، فإنه يثور التساؤل في هذا المجال حول مدى جواز استبعاد مبدأ السرية المصرفية في حالات الاشتباه بوجود غسيل أموال ؟ وهل ترتفع المسؤولية عن البنوك في حالة إبلاغها عن العمليات المشبوهة إلى السلطات المختصة أم لا ؟ . ويلاحظ أن التشريعات الوطنية تختلف فيما بينها في الإجابة على هذه التساؤلات ، حيث تتباين اتجاهات التشريعات فيما يتعلق بمبدأ سرية الحسابات المصرفية . فهناك تشريعات تأخذ بنظام " السرية المطلقة للحسابات المصرفية " ومن ثم فهي ترفض الخروج على مبدأ السرية المصرفية حتى في حالات غسيل الأموال ، ومن الأمثلة على هذه الدول سويسرا ولوكسمبورج ولبنان . وعلى الجانب الآخر ، هناك تشريعات أخرى حديثة بدأت تخفف من هذا المبدأ وتسمح للبنوك بالافصاح عن المعلومات البنكية عن العملاء وحساباتهم ومعاملاتهم في ظروف معينة أو عند توافر شروط قانونية محددة ، وذلك تحقيقاً للصالح العام للمجتمع . ومن الأمثلة على هذه التشريعات التشريعات الأمريكية والتشريع الإنجليزي والتشريع المصري^(١) .

ثانياً : دور البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال :

سوف نعرض فيما يلي باختصار لبعض المقترحات والتوصيات والتوجهات المختلفة التي تبرز الدور المنوط للجهاز المصرفي في مكافحة غسيل الأموال . ويتحدد هذا الدور من خلال الأطر الأساسية التالية :

(١) أنظر القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن سرية الحسابات بالبنوك.

أولاً : مقترحات اتحاد بنوك مصر لمكافحة عمليات غسيل الأموال :

شكل اتحاد بنوك مصر لجنة لدراسة الأبعاد المختلفة لمشكلة غسيل الأموال وسبل مكافحتها، وقد توصلت اللجنة بعد الدراسة والبحث إلى إصدار تسع توصيات نورد أهمها فيما يلي^(١):

١- عدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية أو لحسابات بأسماء وهمية.

٢- اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على المعلومات الخاصة بالعميل الذي يفتح له الحساب لدى البنك أو يتم تنفيذ عملية حسابه .

٣- حفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلي أو الدولي لتكون حاضرة وجاهزة إذا ما طلبتها السلطات المختصة لمدة كافية وفقاً للقانون .

٤- متابعة سلوكيات العمليات المصرفية المثيرة للشكوك لتتخذ إدارة البنك قراراً بشأنها .

٥- تدريب وتنمية قدرات الموظفين بالبنوك المختلفة على طريقة التعرف على الصفقات المشكوك فيها والإجراءات والسياسات الخاصة لمجافحتها ، وكذلك الإجراءات القانونية الخاصة بعمليات غسيل الأموال .

٦- يقوم اتحاد بنوك مصر من خلال اللجنة المشكلة به لدراسة غسيل الأموال بإعداد برنامج تدريبي للعاملين بالبنوك .

٧- تطبيق إجراءات مجافهة غسيل الأموال على المنتجات المختلفة من نقود بلاستيكية وعمليات إعادة الإقراض وذلك من خلال التحرى والحصول على البيانات اللازمة عن العميل طالب الاقتراض بضمان ودائعه في بلد أجنبي .

ثانياً : ضرورة التزام العاملين بالبنوك بالمبادئ المصرفية الأساسية لمكافحة عمليات غسيل الأموال:

(١) أنظر د. محمد ماجد محمود ، المرجع السابق ، ص ٨٣٢ - ٨٣٣ .

فمن الضروري أن تقوم البنوك بتدريب العاملين بها من خلال تنمية الحس المصرفي لديهم وتدريبهم على التعرف على طبيعة المال المقدم لهم من العملاء ، وذلك من خلال المبادئ الأربعة الأساسية التالية^(١).

١- التعرف على العميل : وذلك من خلال أدلة إيجابية تحدد هوية العميل وطبيعته عند بدء التعامل معه أو فتح الحساب فيما يعرف "بمبدأ أعرف عميلك" وهو ما يتحقق من خلال الأسئلة التي قد يسألها موظف البنك للعميل عند بدء التعامل ومن خلال البيانات اللازم توافرها في استمارات التعامل سواء كانت فتح حساب أو غيره .

٢- حفظ القيود : والمقصود بذلك ضرورة أن يحتفظ البنك بسجلات وملفات تشمل على جميع البيانات والمعلومات المتوفرة للتعرف على الأشخاص وهويتهم ووثائقهم حتى يرجع إليها البنك في أي وقت تثار فيه عن ذلك العميل أي شكوك .

٣- معرفة طبيعة ومكان العمل : إذ يجب أن يتعرف البنك على المناطق الجغرافية التي ينسبغى توخى الحذر في التعامل معها ، نظراً لما قد تتضمنه هذه المعاملات من احتمالات وجود مخاطر لغسيل الأموال ، كالدول التي تعبرها شحنات المخدرات، والدول التي تشتهر بزراعة المخدرات وهكذا ، كما يجب أن يتعرف البنك على نوع العمل ، حيث أن هناك أعمالاً معينة درج غاسلو الأموال على التستر خلفها مثل التحويلات المصرفية ووسائل الدفع الإلكتروني وغيرها .

٤- التقارير المتبادلة والإبلاغ : ويتحقق ذلك عن طريق تحديد شخص معين في البنك تكون مهمته تلقي التقارير عن العمليات أو العملاء أو الجهات التي قد يشتهر في قيامها بعمليات غسيل أموال ، ويقوم بإبلاغ الإدارات المختصة بالبنك . وتلتزم البنوك في بعض الدول بموافاة البنك المركزي بالتقارير الخاصة بالعمليات أو العملاء الذين رفض البنك التعامل معهم لما يثار

(١) أنظر د. سعيد عبد الخالق محمود ، غسيل الأموال والاقتصاد الخفي ، كتاب الأهرام الاقتصادي ، العدد ١٤ ، القاهرة ، سبتمبر ١٩٩٩ ، ص ٣٦ — ٣٨ .

حولهم من شكوك لها مبرراتها، ويقوم البنك المركزي في هذه الحالة بتعميم هذه التقارير على باقي البنوك لتكون محل اعتبارها عند التعامل .

ثالثاً : اتباع سياسات وإجراءات الضبط الداخلي المتعلقة بغسيل الأموال في المؤسسات المصرفية:

وردت عدة عناصر لسياسات وإجراءات " الضبط الداخلي " ضمن إرشادات بنك إنجلترا المركزي الصادرة في فبراير ١٩٩٥ ويمكن للبنوك الاعتداد بما لأهميتها وهي^(١):

١- ضرورة قيام البنوك بوضع حدود واضحة للمسئوليات والاختصاصات والضوابط التي تحدد من إمكانية استخدام المجرمين للتسهيلات التي تقدمها البنوك واستغلالها في عمليات غسيل الأموال .

٢- ضرورة قيام البنوك بإنشاء أو تحديد وحدة مركزية للاتصال بجهات تنفيذ القانون لتلقى تقارير العاملين بما حول الشكوك في عمليات غسيل الأموال .

٣- على البنوك أن تقوم بوضع إجراءات للمصادقة الدقيقة على التقارير التي ترفع إلى الجهات المختصة بشأن الأعمال المشبوهة .

٤- من المفضل قيام البنوك بوضع ترتيبات للتحقق - بصفة دورية - من الالتزام بالسياسات والإجراءات والضوابط المتعلقة بأنشطة غسيل الأموال .

المبحث السابع

المواجهة التشريعية لعمليات غسيل الأموال

إعمالاً لأحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ وتوصيات لجنة بازل وتوصيات اللجنة المنبثقة عن قمة الدول الصناعية السبع في باريس ١٩٨٩ (FATF) وغيرها من الجهود الدولية في هذا المجال، وإدراكاً لخطورة الآثار السلبية التي تخلفها عمليات غسيل الأموال على الاقتصادات الوطنية وعلى

(١) د. عبد المطلب عبد الحميد ، العولمة واقتصاديات البنوك ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

المجتمع الدولي ، لذلك عمدت بعض الدول إلى إدخال تعديلات على تشريعاتها واصدار قرارات وتدابير لمكافحة عمليات غسيل الأموال ، كما قام المشرعون في كثير من الدول بتجريم غسيل الأموال . وهكذا أصبح نشاط غسيل الأموال جريمة قائمة بذاتها لها أركانها وعقوبتها في كثير من الدول . ومن أمثلة الدول التي قامت بإصدار تشريعات لمكافحة غسيل الأموال : الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا ، إنجلترا ، استراليا ، اليابان ، هونج كونج ، ألمانيا ، النمسا ، سنغافورة^(١) . ومن الدول العربية الكويت ومصر . وعلى الجانب الآخر ، عارضت بعض الدول التي تتبنى نظام السرية المطلقة للحسابات المصرفية سن أية تشريعات خاصة للعقاب على نشاط غسيل الأموال في ذاته . ومن أمثلة تلك الدول التي لم تصدر أي قوانين لتجريم نشاط غسيل الأموال في ذاته : سويسرا ، لوكسمبورج ، جزر الكايمان ، باكستان ٠٠٠ وغيرها من الدول التي تعتنق مبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية .

وسوف نعرض فيما يلي لتجارب بعض الدول في مجال المواجهة التشريعية لعمليات غسيل الأموال ، لما لذلك من أهمية كبيرة في مكافحة هذه الأنشطة والحد من آثارها السلبية .

١- القانون الأمريكي :

تعد الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الرائدة في مجال المواجهة التشريعية لعمليات غسيل الأموال ، إذ أصدرت في عام ١٩٧٠ قانون سرية الحسابات المصرفية (BSA) Bank Secrecy Act ، وتعديلاته المختلفة . ويهدف هذا القانون إلى تعقب العمليات المالية لمنع عمليات غسيل الأموال السانحة عن الأعمال غير المشروعة مثل تجارة المخدرات ، وأعمال التهريب والتهرب الضريبي والقمار وغيرها . وهذا القانون ينطبق على المؤسسات المالية فقط ويلزمها بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي تبلغ مقدارها عشرة آلاف دولار فأكثر .

(١) د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ - ٢٢٩ .

وفي عام ١٩٨٦ قام الكونجرس بإصدار قانون مستقل لتجريم ومكافحة غسيل الأموال ، وهو ما يعرف بقانون الرقابة على غسيل الأموال (MLCA) Money Laundering Control Act لعام ١٩٨٦^(١). وقد جرم هذا القانون بعض أنواع من السلوك وهي :
أولاً : القيام أو الاشتراك في أية عملية تتضمن أو تنطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع .

ثانياً : منع النقل أو التحويل الدولي للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع . وهذا السلوك يتسع ليشمل المساعدة التي تقدم من الغير إلى غاسلي الأموال ، طالما أن الغير كان يعلم بعدم مشروعية المصدر لتلك الأموال^(٢).

كما جرم قانون MLCA ما يعرف بعملية هيكلية الإيداعات The Restructuring of deposits . ذلك أن غاسلي الأموال عادة ما يقومون بتجزئة إيداعاتهم للتعطيم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تزيد عن مبالغ معينة ، مما يؤدي إلى تعطيل تنفيذ السياسة التشريعية للسيطرة على عمليات غسيل الأموال^(٣).

وفي عام ١٩٨٨ تم إصدار قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال ، والذي أضاف مسؤوليات على المساهمين في غسيل الأموال من موظفي البنوك ، إذ أخضعهم لعقوبة الغرامة في حالة عدم الالتزام باستيفاء تقرير الإقرار النقدي إذا كان ذلك عن عمد أو إهمال جسيم^(٤).
وفي عام ١٩٩٢ تم إصدار قانون آخر لمكافحة غسيل الأموال والمعروف بـ Anti Money Laundering Act . - وقد تبني هذا القانون في نصوصه العديد من التوصيات التي أصدرتها مجموعة العمل المعروفة بمجموعة السبعة G7 Task Force .

(١) Duncan E. Alford, Anti Money Laundering regulations , A burden on Financial Institutions, op. cit, p.p. 456 - 457 .

(٢) Duncan E. EAlford , op. cit, p.p. 457 - 458 .

(٣) Ibid ; p.p. 457 - 458 .

(٤) Ibid ; p.p. 459 - 460 .

وطبقاً لهذا القانون تتعرض البنوك للإغلاق في حالة ممارسة عمليات غسيل الأموال أو التورط فيها . وعلى ذلك يتعين على بنك الاحتياطي الفيدرالي القيام بإجراءات إنهاء أعمال وإغلاق أي فرع لبنك أجنبي يتم إدانته في عملية من عمليات غسيل الأموال . كما يفقد هذا البنك الأجنبي أيضاً رخصة القيام بالأعمال المصرفية في الولايات المتحدة عن طريق أي فرع آخر . وبالإضافة إلى ذلك فإنه في حالة إدانة أحد البنوك الأمريكية بجريمة غسيل الأموال ، فإنه يفقد الترخيص لمزاولة الأعمال المصرفية ، كما يخسر كذلك الوديعة التأمينية التي يلتزم البنك بإيداعها لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي . وتهدف هذه العقوبات إلى ردع البنوك من التورط في عمليات غسيل الأموال . ولكي يتمكن البنك من الاحتفاظ بترخيصه وعدم فقدان وديعته التأمينية يجب عليه إثبات أنه قد بذل أقصى درجات العناية اللازمة لمنع غسيل الأموال^(١) .

٢- القانون الفرنسي :

تعد فرنسا من الدول الرائدة في مجال المواجهة التشريعية لظاهرة غسيل الأموال . ويعد القانون رقم ٨٧ - ١١٥٧ لعام ١٩٨٧ أول قانون يصدر في فرنسا للعقاب على جريمة غسيل الأموال كجريمة قائمة بذاتها . وقد نص هذا القانون على معاقبة كل من اشترك أو ساهم عن علم ووعي كاملين في غسيل العوائد الناتجة من جرائم المخدرات . وعليه فقد تم تجريم سلوك أولئك الأشخاص الذين يساهمون في عملية غسيل الأموال وأن لم يرتكبوا أو يساهموا في الجرائم الأولية الناتجة عنها تلك الأموال^(٢) .

وفي عام ١٩٩٠ أصدرت فرنسا القانون رقم ٩٠ - ٦١٤ والمتعلق أساساً باشتراك المؤسسات المالية والبنوك على وجه خاص في غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات . وقد الزم هذا القانون المؤسسات المالية والبنوك بالإبلاغ عن العمليات المالية والمصرفية التي تثور حولها الشبهات إلى إدارة خاصة تابعة لوزارة الإقتصاد والمالية . كما الزم القانون البنك بالتعرف

(١) Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem , op. cit, p.p. 216 - 217 .

(٢) د. جلال وفاء محمدين ، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال ، المرجع السابق ، ص ٧٤ - ٧٥ .

على هوية العميل عند فتح أي نوع من أنواع الحسابات ، وينطبق ذلك بصفة خاصة على العميل غير الدائم Occasional Custmor وذلك في حالة قيامه بعملية مصرفية تزيد عن مبلغ قدره ٥٠,٠٠٠ فرنك ، أو في حالة استجاره إحدى الخزائن الحديدية بالبنك .

٣ - القانون الإنجليزي :

تميز موقف المشرع الإنجليزي بالصرامة في مواجهة عمليات غسيل الأموال ، ففضلاً عن التصديق على معاهدة فيينا لعام ١٩٨٨ ، والاتفاقية الدولية لمكافحة غسيل الأموال ، أصدرت إنجلترا عدة قوانين لمكافحة غسيل الأموال . وأهم تشريع في هذا الخصوص هو قانون مكافحة غسيل الأموال الناتجة من تجارة المخدرات لعام ١٩٨٦ (DTOA) Drug Trafficking offense Act وقد تضمن هذا القانون نصوماً تلزم بالتحقيق في الأنشطة غير المشروعة التي تتعلق بجرائم المخدرات، وذلك قبل اتخاذ إجراءات تجميد الأصول أو العوائد المتحصلة من الجرائم أو مصادرتها . وقد جرم هذا القانون المساعدة في هذه الجريمة بأي طريقة كانت كإخفاء عوائدها أو ثمارها ، وتصل العقوبة على المساعدة إلى السجن لمدة قد تصل إلى أربعة عشر عاماً أو غرامة أو كليهما^(١) .

كما أوجب قانون DTOA على البنوك ضرورة إبلاغ السلطات المختصة بالعمليات المشبوهة حتى لا يؤخذ تقاعسها عن القيام بذلك على أنه مساهمة منها في النشاط غير المشروع . وفي نفس الوقت منح القانون البنوك حصانة Immunity من المسؤولية عند إبلاغها عن العمليات المشبوهة لعملائها ، وبجيت لا يعامل هذا الإبلاغ وكأنه إهدار للثقة أو لواجب الالتزام بالسرية تجاه العملاء . وفضلاً عن ذلك ، يتطلب القانون الإنجليزي من البنوك تطبيق سياسة " أعرف عميلك بصرامة ، والاحتفاظ بسجلات عن العمليات النقدية ، والتعاون مع السلطات المختصة في الحدود المسموح بها ، وعدم خرق علاقة الثقة مع العميل .

(١) د. ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، المرجع السابق ، ص ٨٨ - ٩٠

٤ - القانون المصري :

وقعت مصر على اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات لعام ١٩٨٨ ، والاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية في تونس ١٩٩٤ ، كما وافقت على مقررات لجنة بازل لسنة ١٩٨٨ ، وإعمالاً لأحكام هذه الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية حول مكافحة غسيل الأموال ، وإدراكاً لخطورة الآثار السلبية التي تحدثها هذه العمليات على المجتمع المصري ، وإزاء عدم كفاية النصوص التشريعية القائمة لمواجهة هذه العمليات ، لذلك تدخل المشرع المصري وجرم عمليات غسيل الأموال في حد ذاتها ، حيث أصدر القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال^(١).

وقد عرف المشرع غسل الأموال في (المادة الأولى /ب) من هذا القانون بأنه كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة {٢} من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كانت القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويله طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من أرتكب الجريمة المتحصل منها المال .

وفي المادة الثانية نص المشرع على حظر غسل الأموال المتحصلة من جرائم عديدة والتي من بينها جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها ، وجرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص والجرائم التي يكون الإرهاب أو تمويله من بين أغراضها أو من وسائل تنفيذها ، وجرائم الفجور والدعارة ، والجرائم الواقعة على الآثار ، والجرائم البيئية المتعلقة بالمواد والنفايات الخطرة ، الخ وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل

(١) أنظر الجريدة الرسمية العدد ٢٠ (مكرر في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢ م .

الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو الخارج بشرط أن يكون معاقباً عليها في كلا القانونين المصري والأجنبي .

ونص المشرع في هذا القانون على أن تنشأ بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية ، وتتولى الاختصاصات المنصوص عليها في هذا القانون^(١) . وتختص وحدة مكافحة غسل الأموال بتلقي الاخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن العمليات التي يشتهب في أنها تتضمن غسل الأموال . وحدد المشرع العقوبات المقررة على جريمة غسل الأموال وذلك في المواد {١٤} ، {١٥} ، {١٦} ، {١٧} من هذا القانون . وفي المواد من {١٨} – {٢٠} حدد المشرع أحكام التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم وتنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن .

٥ – القانون الكويتي :

قطعت دولة الكويت خطوات هامة في مجال مكافحة عمليات غسل الأموال ، وكان أهم هذه الخطوات هو إصدار القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال ، وذلك بهدف حماية المجتمع الكويتي من الآثار السلبية والخطيرة التي تحدثها هذه الأنشطة على مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية في المجتمع . وقد ضم هذا القانون أربعة فصول : الأول وخصص لتعريف عمليات غسل الأموال وتجريمها ، والثاني لتحديد التزامات المؤسسات المصرفية والمالية والجهات الحكومية ، والثالث للعقوبات ، والرابع للتعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم وتنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن^(٢) .

وقد عرف المشرع الكويتي في المادة الأولى من هذا القانون غسل الأموال بأنه عملية أو مجموعة عمليات مالية ، أو غير مالية تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال ، ومحاولة إظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع على خلاف حقيقتها .

(١) أنظر المادة {٣} من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال .

ونظراً لأن غسيل الأموال عادة ما يتم من خلال المؤسسات المالية كالبنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات الصرافة وشركات التأمين ، فقد فرضت المادة { ٣ } العديد من الالتزامات على تلك المؤسسات مما يساعد على منع وقوع تلك الجرائم أو الحد منها ، والمساهمة في كشفها فور الشروع فيها أو إتمامها .

وأوجبت المادة { ١٤ } من القانون على الأشخاص الذين يدخلون البلاد عبر المنافذ الجمركية إبلاغ السلطات الجمركية عما بحوزتهم من عملات وطنية أو أجنبية أو سبائك ذهبية أو أي أشياء ثمينة وفقاً للأحكام والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير المالية .

خاتمة

إن عمليات غسيل الأموال في الوقت الراهن تأتي في مقدمة الجرائم الاقتصادية المنظمة ، حيث تتزايد هذه العمليات وتتنوع صورها بدرجة كبيرة في داخل الاقتصادات المختلفة وفيما بين بعضها البعض مما يؤدي إلى زيادة حجم الأموال التي تعبر حدود الدول من أجل الغسيل . وتحدث هذه العمليات آثاراً اقتصادية واجتماعية سلبية وخطيرة على المجتمعات التي تنتشر فيها ، ويتعاظم تأثير هذه العمليات بصفة خاصة على اقتصاديات الدول النامية . فهذه العمليات يكون لها آثار سلبية على حجم الدخل القومي وهيكله وتوزيعه ، وعلى معدلات الادخار والاستثمار ، وعلى معدلات البطالة ، ولذلك فإن الأثر الصافي لتحركات رؤوس الأموال بقصد الغسيل يكون سالباً بالنسبة للدول النامية. كما تمارس هذه العمليات تأثيراً سلبياً على هيكل ومناخ الاستثمار وتخصيص الموارد ، والجهاز المصرفي وسوق الأوراق المالية وغيرها ، ولذلك فإنه ينبغي تكثيف الجهود من أجل مكافحة هذه العمليات والحد منها لتجنب تلك الآثار السلبية بقدر الإمكان .

وللبنوك والجهاز المصرفي عموماً دور هام وفعال في هذه العمليات ، إذ لا يتسنى لغاسلي الأموال القيام بهذه العمليات دون استخدام الخدمات التي يقدمها الجهاز المصرفي في هذا المجال ، ومن ثم فإنه يقع على عاتق البنوك والجهاز المصرفي مسؤولية كبيرة في مكافحة هذه العمليات والحد منها والحيلولة دون انتشارها . كما أن للبنوك مصلحة كبرى في كشف هذه العمليات

ومكافحتها وذلك محافظة على سمعتها الائتمانية والمصرفية . وفيما يلي بعض النتائج والتوصيات لتفعيل دور البنوك والجهاز المصرفي في مكافحة عمليات غسيل الأموال .

١- ضرورة تدعيم سبل التعاون الدولي والإقليمي في مجال مكافحة الجرائم الاقتصادية وغسيل الأموال . ذلك أن غياب التعاون الدولي والإقليمي في هذا المجال يؤدي إلى ضعف كفاءة وفعالية إجراءات تعقب ومكافحة عمليات غسيل الأموال والقضاء عليها في الوقت المناسب . وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى ضرورة متابعة تنفيذ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة الاقتصادية وعمليات غسيل الأموال .

٢- ضرورة الإسراع بتحريم عمليات غسيل الأموال في تشريعات مختلف الدول، مع ضرورة التنسيق بين هذه التشريعات وبعضها تحقيقاً للفعالية المنشودة في هذا المجال ، مع ضرورة الحد من تطبيق مبدأ السرية المصرفية بصورة مطلقة ووضع استثناءات على هذا المبدأ في حالة قيام شبهات قوية ودلائل تستند إلى أسباب معقولة على وجود عمليات غسيل أموال ، وذلك حتى يتسنى إقامة التوازن بين الحق الشخصي للعميل في المحافظة على سرية الوديعة وبين الوظيفة الاقتصادية لها .

٣- وإزاء التطورات الحديثة التي تشهدها عمليات غسيل الأموال في الوقت الراهن ، والتنوع في فنونها وأساليبها من خلال الاستفادة من الثورة التكنولوجية والتطور الكبير في الوسائل التكنولوجية والإلكترونية الحديثة ، فلا بد من تقوية البنوك المركزية ودعمها لتقوم بدورها الفاعل في وضع وتنفيذ السياسة النقدية والائتمانية ، وفي الإشراف والرقابة على الجهاز المصرفي وتطوير كوادره، ووضع الأطر التشريعية والتنظيمية التي تسمح بتطوير نشاطه وخدماته المصرفية.

٤- ينبغي العمل على الاستفادة من تجارب بعض الدول المتقدمة في مكافحة عمليات غسيل الأموال . ويمكن على سبيل المثال ، إلزام المؤسسات المصرفية والمالية بالإبلاغ عن كل معاملة تزيد عن مبلغ معين (عشرون ألف دولار مثلا) يقوم بها فرد أو مودع في اليوم الواحد . كما يمكن إلزام المؤسسات المصرفية والمالية بأن تقوم بالإبلاغ عن العمليات المتكررة بمقادير تزيد

على مبلغ معين ، وكذلك الإبلاغ عن الودائع أو العمليات المتكررة من أفراد مختلفين في نفس اليوم أو في خلال فترة قصيرة وتعلق بحساب واحد .

٥- كما يتعين على البنوك أن تحرص على الفحص الدقيق للعمليات المالية والمصرفية التي يترأى للبنوك عدم قيامها على أغراض أو مبررات اقتصادية أو قانونية مشروعة . كما ينبغي على البنوك الاحتفاظ لمدة ملائمة بكافة الأوراق والمستندات المتعلقة بالمعاملات المالية التي تتجاوز مبالغ معينة ، وذلك من أجل تيسير حصول السلطات المحلية المختصة على ما يلزمها من معلومات لإجراء التحقيقات حول العمليات المشبوهة أو التي تنطوي على غسيل أموال .

٦- ويجب أن تتبنى البنوك سياسات داخلية واضحة لمكافحة عمليات غسيل الأموال ، مثل العمل على إنشاء نظام مركزي للمعلومات داخل كل بنك ، لتبادل التقارير والمعلومات مع البنوك الأخرى والبنك المركزي حول الشكوك في عمليات غسيل الأموال . وضرورة تدريب العاملين في البنوك على التعامل مع العمليات المالية المشتبه فيها ، وتقصى حقيقة هذه العمليات .

٧- وينبغي أخيراً تشديد الرقابة والمتابعة المستمرة للأنشطة ومصادر الدخل وثيقة الصلة بغسيل الأموال مثل تجارة المخدرات والرشوة والفساد السياسي والإداري والمالي وغيرها ، وذلك بهدف الحد من هذه الأنشطة الخفية التي تشكل المصدر الأساسي للأموال والدخول التي تخضع للغسيل .

* * * * *

تم بحمد الله

المراجع

أولاً: المراجع العربية :

- ١ — د. السيد أحمد عبد الخالق ، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٢ — بيتر ج كويرك ، غسيل الأموال يثير التشوش في الاقتصاد الكلى ، مجلة التمويل والتنمية ، مارس ١٩٩٧ .
- ٣ — د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٤ — د. خالد زغلول ، ظاهرة غسيل الأموال وآثارها على الاقتصاد الوطني ، مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، جامعة الكويت — كلية الحقوق ، أكتوبر ١٩٩٩ .
- ٥ — د. جلال وفاء محمددين ، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، الإسكندرية، ٢٠٠١ .
- ٦ — د. سعيد عبد الخالق محمود ، الاقتصاد الخفي وظاهرة غسيل الأموال ، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق — جامعة عين شمس ، يوليو ١٩٩٩ .
- ٧ — د. سعيد عبد اللطيف حسن ، جرائم غسيل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٨ — د. سيد شوربجي ، المتغيرات المحلية والدولية وتنامى عمليات غسيل الأموال ، مؤتمر كلية الحقوق جامعة المنصورة السنوى السادس ، مارس ٢٠٠٢ .
- ٩ — د. صفوت عبد السلام ، الاقتصاد السرى ، دراسة في آليات الاقتصاد الخفي وطرق علاجه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
- ١٠ — د. عبد المطلب عبد الحميد ، العولمة واقتصاديات البنوك ، الدار الجامعية الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

- ١١ - د. عزيزة الشريف ، ظاهرة غسل الأموال واثرها على الاقتصاد الوطني، مؤتمر كلية الحقوق جامعة المنصورة السنوي السادس ، مارس ٢٠٠٢ .
- ١٢ - د. ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسل الأموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
- ١٣ - د. محمد ماجد محمود ، الجهود الدولية لمكافحة غسل الأموال ، مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، جامعة الكويت كلية الحقوق ، أكتوبر ١٩٩٩ .
- ١٤ - د. محمود الفضيل ، وجيهان دياب ، أبعاد مكونات الاقتصاد الخفي في إطار نظام متطور للحسابات القومية ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد (٤٠٠) إبريل ١٩٨٥ .
- ١٥ - د. محمود عبد الفضيل ، مصر والعالم على أعتاب ألفية جديدة ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ١٦ - مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، جامعة الكويت كلية الحقوق ومركز البحوث العربية ، أكتوبر ١٩٩٩ .
- ١٧ ، د. محمد إبراهيم طه السقا ، الاقتصاد الخفي في مصر ، دار النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
- ثانياً : باللغة الإنجليزية :

1 - Campbell Andrew, The Global Challenge of the Control and Prevention of Money Laundering , Conferense of Law and Future Challenges in Arab World , Kuwait University , Faculty of Law , October , 1999.

2 - Duncan E. Alford , Anti - Money Laundering Regulations , A burden on Financial Institutions , Journal of International and commercial Regulations , (Summer 1994) , Volume 19 .

3 - Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) , Annual Report , 1998 /99 .

4 - -
1994 , Volume 21 .

5 - Quirk J. Peter , Money Laundering : Muddying the Macroeconomy , Finance and Development , IMF, March , 1997 .

- 6 - Scott Sultzer, Money Laundering, The Scope of the Problem and Attempt to Combat it , Tennesse Law Review , Volume 63 , 1995 .
- 7 - Tanzi (Vito) , The Under - Ground Economy , The Causes and Consequences of the Worldwide Phenomenon , Finance and Development , Vol 20 , No 4 , December 1983 .
- 8 - World Bank , World Development Report , 1996 , 1997 , 1998 .

الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها

إعداد

دكتور احمد شرف الدين

أستاذ بحقوق عين شمس

وزميل مجمع لندن للمحكمين المعتمدين

(١) موضوع البحث وتقسيمه

بعد أن أصبحت التجارة الإلكترونية حقيقة واقعية فإنه ليس بمقدور العاملين في مجال المبادلات الاقتصادية تجاهلها ، وكما جاء في أحد تقارير البنك الدولي أن بعض المنظمات لن تقبل موردين جدد إلا إذا برهنوا على أن لديهم القدرة على التعامل بطريق التبادل الإلكتروني للبيانات ، وبعد أن اتخذت السوق القرار بالنسبة للجميع فإن مسألة المشاركة في التجارة الإلكترونية أصبحت مسألة وقت ، ومن ثم فإن الدول مطالبة ، كما جاء في أحد دراسات منظمة الاونكتاد بتوفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الإلكترونية وإلا فإنها سوف تكون على الهامش في ذلك الاقتصاد الرقمي أو الشبكي . والسؤال الآن هل يتطلب اندماجنا في الاقتصاد العالمي إصدار قانون خاص منظم للتجارة الإلكترونية أم انه يكفي مجرد إدخال عدة تعديلات على التشريعات ذات الصلة . قد يكون من المفيد أن نذكر في هذا الشأن أن التنظيم القانوني للظواهر الاقتصادية لن يكون سليما إلا إذا استند إلى دراسات معمقة تبين المواطن التي تتطلب تدخل القانون بأدواته المتنوعة ، وهذا هو تماما أحد موضوعات الدراسات العليا بحقوق عين شمس .

وسوف نتناول في هذه الدراسة بعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية التي تتعلق من ناحية بالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية ومن ناحية أخرى بآليات تسوية منازعاتها سواء أمام المحاكم أو بدائلها . ومن المفيد أن نعرض أيضاً لبعض المسائل التي يثيرها استخدام تقنيات الاتصال في إدارة عملية التحكيم .

الفصل الأول

التنظيم القانوني لأعمال التجارة الإلكترونية

(٢)- مدى الحاجة إلى تدخل القانون لتنظيم التجارة الإلكترونية

رغم تعدد الإمكانيات التي يتيحها استخدام شبكات الاتصال الإلكتروني في مجالات التبادل إلا أن المشاكل أو المسائل القانونية التي يثيرها هذا الاستخدام لم تحظ بالاهتمام الكافي . ويتعين أن يكون واضحاً أن ازدهار التجارة الإلكترونية يتوقف علي جرياتها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحرريات أطرافها ويحيط المصالح المتعلقة بالنظام العام ، سواء الداخلي أو الدولي، بسياس متين من الحماية . وتظهر الحاجة أكثر ما تظهر إلى شكل من أشكال الإجراءات الأمنية عند استخدام نظم الاتصال عبر الشبكات المفتوحة مثل الإنترنت التي تفتح المجال لممارسات غير قانونية مثل تزوير بيانات رسائل المعاملات أو تحريفها .

غير أن الحاجة إلى تأمين شبكات الاتصال بإجراءات تقنية لا تستتبع بالضرورة إحداث تغيير جذري في النظم القانونية القائمة . صحيح أن التقدم التقني المحرز علي مستوى الاقتصاد الشبكي كشف ، بالإمكانيات التي يتيحها علي مستوى تكوين العقود وإبائها وتنفيذها ، عن نوع من الفراغ التشريعي الذي يمكن أن تعاني منه معاملات التجارة الإلكترونية من جراء تخلف القانون عن ملاحقة ذلك التقدم ، إلا أنه ليس من الحكمة التسرع بسن تشريعات جديدة أو استحداث تنظيمات إدارية هدفها مجرد التقييد أو المنع، في مجال جديد هو مجال التجارة الإلكترونية ، وذلك قبل استيعاب أبعادها والتأكد من عدم وفاء التنظيمات القانونية القائمة بمطلباتها .

ومع ذلك فثمة مجالات تحتاج إلى تنظيم قانوني سريع ، قائم على دراسة علمية لمدي التدخل التشريعي المطلوب ، مثل إنشاء المواقع علي شبكات الاتصال (تماما مثل إنشاء المحلات التجارية) ووسائل تأمين المعاملات عليها وحماية حقوق وحریات مستخدميها ، خصوصا في مجال الاستهلاك . فمما لا شك فيه أن التجارة عبر شبكات الاتصال تحتاج إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو استلاب فوائدها أو اتخاذها وسيلة لسلب الحقوق والاعتداء علي الحريات ، كما أنها تحتاج إلى ضوابط قانونية تبث الثقة فيها وتؤكد نفاذها الجبري عند اللزوم. ولذلك فسوف تبقى مخاوف من ذلك ، الوليد الجديد طالما شعر محبي استلاب الحقوق والنصب علي أصحابها ، عبر الفضاء الإلكتروني ، أن هذا المجال مفتوح لجرائمهم دون رادع وطالما اكتشف أصحاب المصالح أنه بمقدورهم الإخلال بالتزاماتهم القانونية دون جزاء . وبالمثل فإن عامة الناس سيحجمون عن استخدام قنوات الاتصال الإلكترونية، في إنجاز معاملاتهم ، خصوصا في مجال المواد الاستهلاكية من عقود واتفاقيات ومفاوضات وإعلانات، إذا عرفوا ن قواعد القانون القائم لا تقدم لهم حماية كافية وفعالة لحقوقهم وحرياتهم. وهكذا فإن التشريع أو التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج ، قبل إصداره ، دراسة أبعادها وانعكاساتها القانونية ، خصوصا فيما يتعلق بتكوين العقود وإثباتها وحماية حقوق وحریات أطرافها ، في ضوء القواعد القانونية القائمة وتحديد المواقع التي ينبغي تطوير قواعدها لتصبح أكثر استجابة لمقتضيات الاستفادة من التقدم التقني في مجال المبادلات أو المعاملات الاقتصادية . لذلك فإن البحث يجب أن يتجه أول ما يتجه إلى الكشف عن الصعوبات والعقبات والمخاطر التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية علي الصعيد القانوني ، ومن ثم البحث عن إطار قانوني يكفل الاستفادة من الإمكانيات التقنية الحديثة في إبرام الصفقات وحماية حقوق أطرافها ويث الثقة في مصداقيتها. ويأتي في هذا السياق بحث مدي إمكانية الاعتراف القانوني بتبادل التعبير عن الإرادات عبر شبكات الحواسيب الآلية ومدي الحجية

القانونية لحوامل أو دعامات البيانات (مثل مخرجات الكمبيوتر والأقراص المدمجة) في مجال الإثبات. وهذا هو تماما النهج الذي اتبعه المشرع الفرنسي في قطاع من القطاعات القانونية للتجارة الإلكترونية، هو تحديداً قطاع الإثبات خصوصاً فيما يتعلق بحجية الكتابة والتوقيعات الإلكترونية. فبعد أن لوحظ شيوع استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز العديد من المعاملات القانونية، ومن ثم ظهور الحاجة عملياً إلى تقنين طرق إثباتها، تدخل المشرع ليكرس من ناحية مبدأ الاعتراف بالحجية القانونية للكتابة والتوقيع الإلكترونيين وليضع من ناحية أخرى شروط اعتبارها دليلاً كتابياً في الإثبات. لذلك أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً⁽¹⁾ على المواد 1316 وما بعدها من التقنين المدني⁽²⁾ ليوسع من ناحية في نطاق الإثبات الكتابي ويعترف من ناحية أخرى بمصادقية التوقيع الإلكترونية. ومن هنا أصبح الدليل الكتابي يشمل، فضلاً عن الكتابة الخطية، الإشارات والرموز المفهومة بصرف النظر عن طريقة نقلها أو خزنها وأياً كانت طبيعة الحوامل أو الدعامات التي تقع عليها مادامت الكتابة قد حفظت بطريقة تكفل سلامتها. وبذلك أصبح القانون الفرنسي يعرف نوعين من الكتابة الموقعة النوع الأول يفترض استخدام الورق وهذه هي الكتابة الورقية الموقعة خطياً، أما النوع الثاني فهو الكتابة غير الملموسة مادياً الموقع عليها إلكترونياً.

ورغم أن تدخل المشرع الفرنسي اقتصر، في التعديل الذي أدخله على التقنين المدني، في معالجة الكتابة الإلكترونية على ناحية الإثبات، أي الكتابة كدليل إثبات وليس كركن في العمل القانوني، إلا أنه أوجد بهذا التعديل مكاناً للعقود الإلكترونية بين دفتي التقنين المدني الفرنسي العتيق. ومن الواضح أن المشرع الفرنسي لم يكن يجرؤ على تعديل هذا العتيق إلا بعد أن دلته التجارب والدراسات على أن عقود التجارة الإلكترونية جديرة بأن تجد لها مكاناً فيه بعد أن استوفت البيئة التي سوف يجرى فيها هذه العقود متطلبات إنجازها. وهذه الملاحظة الأخيرة

(1) بموجب القانون رقم 230/2000 في 13 مارس 2000، مجلة دالوز 2000 - قسم التشريعات ص

1067.

(2) في المكان المخصص للإثبات الكتابي.

تشكل في الواقع درساً يجب أن نستوعبه جيداً قبل تنظيم الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية . فالمسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين كيفما اتفق وإنما المسألة هي مسألة ترتيب أولويات بحيث لا يأتي التدخل التشريعي المرتقب إلا بعد استيفاء المرحلة البحثية لتحديد القطاعات التي تحتاج إلى هذا التدخل ، وهذا هو أحد أهداف بحثنا المائل .

ولاشك أن التوصل إلى نتائج مفيدة من هذا البحث تقتضي أولاً الوقوف على الخلفية الفنية لقنوات التجارة الإلكترونية، التي من خلالها يجري تبادل التعبير عن الإرادات التعاقدية وإثباتها، وثانياً الاطلاع على تجارب التنظيم التشريعي لجوانب التجارة الإلكترونية في القانون المقارن . ومن المفيد لهذا الغرض استعراض المحاولات التي حرت في هذا الشأن ، سواء علي مستوى منظمات الأعمال أو التكتلات الاقتصادية الإقليمية وأيضاً علي مستوى اللجان المتخصصة للأمم المتحدة خصوصاً لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنسترال) .

ومما له دلالة خاصة في هذا الصدد أن نذكر أن نتائج تلك الأعمال لم تكن وليدة لحظتها وإنما احتاج التوصل إليها إلي العديد من الأبحاث والمؤتمرات واللقاءات والتجارب التي انتهت ، في مجال تطويع الاشتراطات التقليدية لإبرام العقود وطرق إثباتها ، إلي مبادئ عامة قابلة للتطبيق في أي بيئة قانونية استجمعت الحد الأدنى من مقومات التجارة الإلكترونية .

(٣) - الأدوات القانونية لتطبيق التجارة الإلكترونية :

تحتاج معاملات التجارة الإلكترونية إلى إطارات قانونية تفرغ فيها العلاقة بين أطرافها وإلى أدوات قانونية يجرى بمقتضاها تنفيذ الالتزامات والحقوق المتولدة تلك المعاملات . صحيح أنه قد لا يوجد في القانون ما يمنع أطراف المعاملات التجارية من تنظيم جوانب علاقتهم بما لا يخالفه فيه للنظام العام والآداب ، غير أن التنظيم القانوني الشامل لجوانب التجارة القانونية يحتاج إلى تدخل أجهزة الدولة المختصة ذات العلاقة بهذه الجوانب في حدود ما يقتضيه إنفاذ معاملات التجارة الإلكترونية والاعتراف بآثارها لدى الجهات الرسمية مثل المحاكم . ولا تقتصر فائدة التدخل التشريعي على مجرد تقديم نماذج أو أدوات قانونية لضبط علاقات التجارة الإلكترونية

وتوثيقها ومن ثم منحها المصادقية لدى الجهات الرسمية ولكنها تظهر أيضاً على مستوى إزالة العوائق المرتبطة بالاشتراطات التقليدية لإنفاذ الحقوق والالتزامات المتولدة عن تلك العلاقات ، ونخص بالذكر في هذا المجال الاشتراطات المتعلقة بالكتابة والتوقيع . فقواعد الإثبات وضعت على أساس التصور التقليدي للمستند الورقي الذي يتضمن كتابة خطية وتوقيعات تعتمد على حركات اليد ، هذا في حين أن استخدام الوسائل الإلكترونية في إنجاز معاملات التجارة يجرى بصفة أساسية خارج الأشكال الورقية للمستندات . ومن ثم فإن إنفاذ المعاملات الإلكترونية جبراً لدى الجهات الرسمية يقتضي الاعتراف القانوني بصحة المستندات والتوقيعات الإلكترونية وهو ما يتطلب تنظيم التعاقدات الإلكترونية بوضع شروط صحتها والاعتراف بحجيتها لدى جهات الدولة الرسمية .

وإذا كنا قد ذكرنا الاشتراطات المتعلقة بكتابة المستندات والتوقيع عليها باعتبارها نموذجاً للعوائق التي تحول دون ازدهار التجارة الإلكترونية، فإن هذا لا يعني أن قواعد التشريعات الأخرى السارية التي لها تعلق بالتجارة الإلكترونية تستجيب لمتطلباتها ، إذ أن مجرد مراجعة هذه القواعد أو على الأقل بعضها يفيد أنها لا تقدم بيئة قانونية صالحة لاحتواء المعاملات التي تجرى عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، كما أن هذه القواعد غير كافية لتنظيم الجوانب التعاقدية والتجارية التي استحدثتها معاملات التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، مثل عقود الدخول على الشبكات وعقود خدمات الانترنت وأساليب إنشاء المواقع التجارية وتسمية حقولها . ومن المفترض أن أحد أهداف دراستنا الماثلة ، التي تقع على عدة قطاعات مختارة في عقود التجارة الإلكترونية ،

(١) نذكر من ذلك مثلاً أن قانون المناقصات والمزايدات المصري (رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨)، رغم أنه أخضع المناقصات العامة لمبادئ تكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة والعلانية عن طريق الإعلان عنها في الصحف اليومية ، وهي مبادئ تدخل في صميم التجارة الإلكترونية وتعكس خصائصها ، إلا أن هذا القانون نص على وجوب تقديم العطاءات في مظروفين مغلفين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، وهو ما ينبئ عن أن مشتريات القطاع الحكومي بالتطبيق لمثل هذه النصوص لا يمكن إجراؤها بوسائل الاتصال الإلكترونية .

هو بيان مدى الحاجة إلى تطوير القواعد القانونية السـارية. بما يفـي بمتطلبات ازدهارها والمحافظة على حقوق أطرافها . ولذلك فسوف نقتصر هنا على عرض إشارات موجزة عن أهم القطاعات المتصلة بالتجارة الإلكترونية و التي يفترض حاجتها إلى تنظيم قانوني سواء اتفاقي أو تشريعي. وبالنسبة للتنظيم التشريعي لمعاملات التجارة الإلكترونية فهو قد يتوفر إما بأسلوب إدخال تعديلات على التشريعات القائمة ، كالقانون المدني وقانون الإثبات وقوانين التجارة مثل تشريعات البنوك والائتمان وسوق المال وقوانين الضرائب والجمارك ، بما يجعلها أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الإلكترونية ، وقد يجرى التدخل التشريعي بأسلوب إصدار تشريعات متخصصة لتنظيم جوانب التجارة الإلكترونية مثل إنشاء المواقع على شبكات الاتصال الإلكترونية وتسميتها وأيضاً التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾ .

(٤) موضوعات التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية

لا يمكن لمعاملات التجارة الإلكترونية أن تقوم في فراغ أي دون ضبطها أو خضوعها لتنظيم قانوني يبين قواعد إبرامها وإثباتها وتنفيذها والمسئولية المترتبة عليها وجهات القضاء المختصة بنظر منازعاتها. وكما سبقت الإشارة فإننا سوف نتناول بالتفصيل في فصول هذا الكتاب مدى استجابة القواعد القانونية القائمة لمتطلبات عقود التجارة الإلكترونية ، ولذلك فإن الذي يعنينا هنا هو مجرد استعراض جوانب هذه العقود التي تحتاج إلى تنظيم قانوني معين بصرف النظر عن مصدره أو أسلوب وضعه . وفيما يلي نعرض لرؤوس موضوعات التنظيم القانوني متبعين في عرضها التسلسل المنطقي لإنجاز المعاملات التجارية على شبكات الاتصال الإلكترونية.

(١) وقد حظى التوقيع الإلكتروني باهتمام المشرعين فصدرت بشأنه تشريعات خاصة نذكر منها القانون الألماني (١٩٩٧) وقوانين بعض الولايات الأمريكية ، ثم القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني في التجارة الداخلية الذي دخل حيز النفاذ في الأول من أكتوبر عام ٢٠٠٠ ، وقد اعترف هذا القانون بالتوقيع الإلكتروني وقرن عملية حفظ الوثائق الإلكترونية الدالة على التعاملات التجارية وحدد السجلات الإلكترونية التي تـمسكها الجهات الحكومية إنفاذاً للقانون وأورد العديد من الأحكام التي تكفل حماية خاصة للمستهلك في مثل هذه التعاملات .

- ١ - إنشاء المواقع التجارية على الانترنت وتسجيل عناوينها وأسماء النطاق أو حقول الإنترنت .
- ٢ - نظم التعاقد الإلكتروني وإثباته وأساليب التوقيع الإلكتروني وحجيتها وإجراءات تأمينها.
- ٣ - إيداع الوثائق الإلكترونية وتسجيلها والتصديق عليها ومدد حفظها.
- ٤ - نظم سداد المدفوعات على شبكات الاتصال الإلكترونية وقواعد مشاركة البنوك في هذا الشأن .
- ٥ - ضمانات تنفيذ التعاقدات الإلكترونية وحماية حقوق الغير وشروط المسؤولية عنها .
- ٦ - حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية عن بعد وحماية البيانات الشخصية.
- ٧ - حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالمعاملات على شبكات الاتصال.
- ٨ - المعاملة الضريبية والجمركية للمعاملات الإلكترونية .
- ٩ - الاختصاص التشريعي والقضائي بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية.
- ١٠ - تنظيمات خاصة ببعض قطاعات التجارة مثل تداول الأوراق المالية عن طريق الانترنت والمعاملات المصرفية بما فيها إنشاء المواقع البنكية على شبكة الانترنت

ويراعى أن ذكر هذه الموضوعات لا يعنى أن غيرها مما له علاقة بالتجارة الإلكترونية ليس في حاجة إلى تنظيم قانوني ، إذ أن الجوانب العديدة لاستخدام شبكات الاتصال الإلكتروني في إنجاز المعاملات التجارية يثير تدخل العديد من فروع القانون مما لا يمكن حصره حصراً جامعاً مانعاً. لذلك فإنه ليس من المستبعد إزاء التطور السريع والتطبيقات المستحدثة للتجارة الإلكترونية ، خصوصاً التوجه الحديث نحو التحام وسائط الاتصال والمعلومات^(١)، ليس من المستبعد أن تظهر موضوعات أخرى تحتاج إلى تنظيم قانوني يستجيب إلى خلفياتها التقنية .

(٥) عقود خدمات الانترنت وعنوانين المواقع :

(١) مثل استخدام الوسائط المتعددة في نقل الرسائل إلكترونياً سواء في شكل نصوص أو صور أو أصوات ، وكذلك استخدام تقنيات الاتصال اللاسلكي بين التليفونات المحمولة وشبكات الحواسيب الآلية خصوصاً المحمولة منها .

تتطلب مباشرة معاملات التجارة الإلكترونية إمكانية النفاذ إلى شبكات الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي خدمات النفاذ إلى الشبكة ، وهو ما يتطلب بدوره إبرام عقد النفاذ إلى شبكات الاتصال وغيره من عقود تقديم خدمات الانترنت المتنوعة . وقد ترتب على ربط شبكات الاتصال أن النفاذ إلى إحداها يعني إمكانية النفاذ إلى الشبكة العالمية للاتصالات وتسمى الإنترنت .

وقد جرى وضع نظام لعناوين المواقع على شبكة الانترنت ونظام مقابل لأسماء النطاق أو المجالات التي يقع فيها العنوان على الشبكة ، بحيث يمكن تحديد المجال الذي سيقع فيه النشاط الذي يمارسه صاحب الموقع ، وهو ما يقتضي تصنيف الموقع داخل المجالات العامة والفرعية العديدة المنتشرة على شبكة الانترنت . و يترتب على تحديد عنوان للموقع على الشبكة منع الخلط بين المواقع، كما يترتب على تحديد المجال لعنوان الموقع تسهيل مهمة مستخدميه في البحث عنه دون معرفة دقيقة بالأرقام المعبرة عن العنوان . ولهذا الغرض فإن الشخص الذي يرغب في إنشاء موقع على الإنترنت يطلب من أحد موردي خدمات النفاذ تخصيص عنوان أو عدة عناوين بقدر عدد الحواسيب الآلية التي يرغب في النفاذ منها إلى الشبكة . ولما كان عنوان الموقع على الإنترنت يتركب من أرقام كثيرة مما يصعب تذكرها ، فقد تم التوصل إلى نظام لتسمية حقول أو مجالات الإنترنت، بحيث يكون لكل عنوان حق محدد ، ويتولى خادم هذا النظام مهمة التنسيق بين العناوين والحقول عن طريق عمل خريطة لبروتوكول الإنترنت وما عليه من عناوين بحيث يحولها إلى أسماء ، يتم تخزينها بشكل منظم داخل حوامل مخصصة تحتوي كل واحد منها على عدد من الأسماء المعطاه للماكينات أو الأجهزة المتصلة بالشبكة ، وبذلك تتحدد هوية الموقع باسم الحقل المخصص له . وينطوي اسم الحقل عادة على بيان يحدد المستوى ، وأيضا المجال أو النطاق الذي يسمح فيه لصاحب الاسم بمباشرة نشاطه . وكما أن العناوين يتم تسجيلها بشكل مركزي فإن الحقول أيضا ، سواء المحلية أو العالمية ، يجرى تسجيلها من خلال جداول نظام أسماء الحقول .

ولما كانت أسماء الحقول تميز صاحب الموقع أو منتجاته أو خدماته عن غيره فقد أصبح لها في ذاتها قيمة مالية ناتجة عن جذب العملاء إلى الموقع الذي يحمل العلامة المميزة التي يدل عليها اسم الحقل . ولذلك فإن أصحاب العلامات التجارية الشهيرة يستخدمونها عادة في تكوين اسم الحقل الخاص بهم على شبكة الإنترنت .

يبين مما تقدم أن اتخاذ شبكات الاتصال ، خصوصا الإنترنت ، منبرا لإنجاز الصفقات والمعاملات التجارية المتنوعة فتح المجال لظهور علاقات عقدية متنوعة الغرض منها تسيير شئون شبكة الاتصالات ، وأن بعض هذه العلاقات نشأت بين أرباب المهنة المتخصصين في خدمات الإنترنت وبعضها الآخر برز في العلاقة بينهم وبين عملائهم من راغبي إنشاء مواقع تجارية على الشبكة . وإذا كنا قد ذكرنا من بين عقود خدمات الإنترنت عقود النفاذ إلى الشبكة ، إلا أنه توجد طوائف أخرى من عقود الخدمات المذكورة نذكر منها العقد الذي يتعهد بمقتضاه مورد الخدمة ليس فقط بتمكين العميل من النفاذ إلى الشبكة ولكن أيضا إدارة الموقع لحساب العميل ، سواء فيما يتعلق بتصميمه أو فيما يتعلق بالمحتوى المعروض عليه . وقد فتحت الإمكانيات التجارية التي تتيحها شبكة الإنترنت المجال لظهور نوعيات أخرى من العقود مثل عقود تأجير المواقع أو الانضمام إلى المواقع ذائعة الصيت لأغراض تجارية . وتثير هذه العقود العديد من المسائل المتعلقة بإبرامها وطبيعتها وآثارها خصوصا فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار المترتبة على تنفيذ الأعمال على الشبكة .

وعلى جانب آخر فإن تخصيص أسماء الحقول على شبكة الإنترنت يثير العديد من المسائل القانونية ونخص بالذكر منها أولا المنازعات بين أصحاب أسماء الحقول بعضهم البعض ، وثانيا كيفية حماية حقوق الملكية الفكرية في الحالات التي تتشابه فيها أسماء الحقول مع علامات أو أسماء تجارية . فقد يدخل في تركيب اسم الحقل الذي اكتسبه صاحب موقع معين علامة أو إشارة أو اسم أو الحروف الأولى المميزة لمنتجات يتولى تصنيعها أو توزيعها شخص آخر مما يترتب عليه احتلاط الأمر على المستهلكين الذين يتعاملون مع الموقع المذكور . وإذا كانت حماية العلامات والأسماء التجارية تجرى بأسلوب منح حق ملكية صناعية عليها بمجرد إبداعها أو

تسجيلها ، فإن أسماء الحقوق لم تصل في مستوى حمايتها إلى جعل الحقوق الواردة عليها من قبيل الحقوق الملكية الفكرية . ولذلك فإن حماية هذا الوليد الجديد في الفضاء الإلكتروني (أسماء الحقوق) لن تتأني إلا من خلال قواعد المسؤولية المدنية أو قواعد المنافسة غير المشروعة . ومن الواضح أن التنازع بين أسماء الحقوق والعلامات التجارية الذي يمكن أن يترتب عليه الإضرار بأصحاب الحقوق يفترض اتخاذ اسم الحقل للدلالة على نفس المنتجات أو النشاط أو الذي تتخذ العلامة التجارية لتمييزه عن غيره ، وهناك صور عديدة للحلول التي قدمها القانون المقارن لتسوية المنازعات بين أصحاب المواقع أو مديريها وأصحاب حقوق الملكية الفكرية بشأن الأعمال المطروحة عبر هذه المواقع ، فالقضاء الفرنسي مثلا يتجه في حل أو تسوية التنازع بين أصحاب أسماء الحقوق والعلامات والأسماء التجارية إلى إعطاء الأولوية لأصحاب العلامة المودعة أو المسجلة قانونا في تاريخ سابق على استخدامها ، وبدون إذن أصحابها ، في تكوين اسم الحقل أو المجال ، والعكس صحيح في حالة إيداع العلامة بعد حجز اسم الحقل . ولكن يجب أن نذكر هنا أن الحماية التي تسبغها القوانين الوطنية على حقوق الملكية الفكرية ، خصوصا الصناعية مثل تلك الواقعة على العلامات والأسماء التجارية ، تتميز بطابعها الإقليمي أي أنها حماية لا تتعدى حدود الدولة التي جرى فيها إيداعها أو تسجيلها ، وهو ما يجعل تلك الحماية قاصرة إزاء الطابع العالمي لشبكة الإنترنت . ولذلك فإن التجارب تدل على أن قواعد القوانين المحلية غير كافية لتسوية التنازع المحتمل فيما بين أسماء الحقوق وغيرها من العلامات التجارية المميزة للأنشطة التجارية .

الفصل الثاني

جهات الاختصاص القضائي

منازعات التجارة الإلكترونية

(٦) آليات تسوية المنازعات :

يثير استخدام شبكات الاتصال الإلكتروني في إنجاز معاملات التجارة عدة مسائل مرتبطة بالاختصاص القضائي بمنازعاتها من حيث اختيار المنبر الذي يجرى من خلاله تسوية النزاع وأيضاً تحديد معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من بين محاكم الدول التي تتنازع الاختصاص . ومن المتوقع أن تزداد أهمية معالجة مثل هذه المسائل في ظل ظروف تدل على أن التجارة الإلكترونية سوف تكون مصدراً لمنازعات بين أطراف ذات صلة بها بسبب كثرة وتنوع التعامل على شبكات الاتصال الإلكترونية . ومن الواضح أن التوسع في إنجاز معاملات التجارة، سواء فيما يتعلق بإبرامها أو تنفيذها ، عبر قنوات اتصال إلكترونية ، يفترض اختراقها الحواجز الإقليمية بين الدول ، الأمر الذي يجعلها مجالاً خصباً لتنازع الاختصاص القضائي بمنازعاتها . وإذا أضفنا إلى ذلك أن المعايير التقليدية لفض النزاع القضائي ، وهي معايير مادية إقليمية تقوم على روابط مكانية ، لا تستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية من حيث قيامها على معطيات غير محسوسة ، فإن تلك المعايير سوف تكون في حاجة إلى إعادة نظر عند تطبيقها على منازعات التجارة الإلكترونية .

وإذا كانت صعوبة فض النزاع القضائي حول منازعات التجارة الإلكترونية واردة مرجع أساساً إلى طبيعة البيئة الإلكترونية ، التي يجرى من خلالها إنجاز التعامل محل النزاع ، إلا أن ثمة أسباباً أخرى تزيد من هذه الصعوبة ، ترجع بعضها إلى طبيعة الحقوق المتنازع عليها، مثل حقوق الملكية الفكرية المتصلة بأسماء الحقول المسجلة على مستوى الأول لمواقع الإنترنت ، بينما يتصل بعضها الآخر بطبيعة أو بمدى اختصاص المحاكم الوطنية الذي ينحصر في حدود الدولة التي

تتبعها، وهو ما يبرز التناقض بين نطاق الحماية الإقليمية لحقوق الملكية الفكرية وبين الطابع العالمي للشبكات المطروح عليها التعامل في تلك الحقوق .

ومفاد ذلك أن الآليات التقليدية لتسوية المنازعات ، المتمثلة في طرح النزاع على المحاكم الوطنية ذات الاختصاص الإقليمي ، سوف تفتح المجال لبروز مسائل عديدة عند استخدام هذه الآليات في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية ، سواء فيما يتعلق بأعمال معايير تحديد المحكمة المختصة أو فيما يتصل بحدود سلطتها ومدى فاعلية ما توفره أحكامها أو أوامرها من حماية للحقوق المتنازع عليها .

إزاء الصعوبات والمشاكل التي يحتمل أن يفرزها اختصاص محاكم الدول بمنازعات المعاملات على شبكات الاتصال الإلكترونية ، اتجه الفكر والعمل سوياً نحو إيجاد آليات بديلة لتسوية تلك المنازعات ، تتفادى الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لمعايير فض النزاع القضائي وتكفل تسوية غير مكلفة وسريعة وفعالة دولياً ، وهو ما توفره بعض الآليات المتداولة في العمل مثل التحكيم وغيره من الآليات التي تقوم على الاختيار الحر لأطراف النزاع . وقد ابتدع العمل أيضاً آليات لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية خارج المحاكم بجرى اتخاذ إجراءاتها على قنوات من نفس طبيعة القنوات الإلكترونية التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع ، وهذه هي آليات التسوية على الخط المباشر^(١) . وبالتوازي لهذا التطور ، وربما أيضاً من خلاله ، اعتنت بعض المؤسسات الدولية ، ذات الاختصاص بحماية جانب من الحقوق محل النزاع على شبكات الاتصال الإلكترونية مثل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو) بوضع أنظمة تشريعية وقضائية توفر حماية عالمية لحقوق الملكية الفكرية المطروح التعامل عليها على تلك الشبكات ، وهو ما يتغلب على القصور الذي يشوب عمل القوانين والمحاكم الوطنية فيما يتعلق بالخصار

On - line dispute resolution procedure (١)

الحماية التي توفرها في الحدود الإقليمية للدول وأيضاً فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع والمحكمة المختصة بنظره^(١).

وعلى هذا الأساس فبعد أن نبحت في المسائل التي يثيرها اختصاص محاكم الدول بمنازعات التجارة الإلكترونية نعالج الوسائل البديلة لتسوية هذه المنازعات عبر قنوات الاتصال الإلكترونية.

المبحث الأول

اختصاص المحاكم بمنازعات

التجارة الإلكترونية

(٧) طبيعة ضوابط الاختصاص القضائي الدولي :

فيما عدا حالة وجود بند خاص في العقد يحدد المحاكم أو الجهة المختصة بنظر منازعاته فإن غالبية الأنظمة القانونية تتطلب لاختصاص محاكم دولة معينة بالنزاع وجود ارتباط . أو نقاط اتصال ، بين العقد وهذه الدولة ، كأن يجرى إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها أو أن يكون لأحد أطرافه وجود قانوني (الموطن مثلاً)، على هذا الإقليم. فالمبدأ السائد فيما يتعلق بتحديد اختصاص المحاكم يقوم على الوجود المادي للأشخاص أو الأشياء في دائرة اختصاص المحكمة . وعلى الجانب الآخر فإنه في حالة انتفاء الوجود المادي المذكور، وأيضاً غياب قبول أطراف النزاع لاختصاص محكمة معينة ، فقد درجت أنظمة التقاضي أمام المحاكم على اشتراط وجود صلة مقبولة بين المعاملة والمكان الذي تمارس فيه اختصاصها^(٢).

(7) E. Casey lide, the role of alternative dispute resolution in online commerce, interlectual property and defamation, the Arbitration and dispute resolution law journal, part 1, march 1998, p 36, 39.

(8) M.Lokerby, Non contractual legal problem, International Business lawyer, June 1999, p.244

ومفاد ذلك أن تحديد المحكمة المختصة بنظر نزاع معين ، في حالة تنازع الاختصاص بين محاكم دول عديدة ، يتطلب قيام صلة بين المعاملة أو النزاع وبين الدولة التي تمارس فيها المحكمة اختصاصها ، وتستمد هذه الصلة غالباً من ضوابط إقليمية . من هنا كان الأصل في ولاية القضاء الإقليمية ، أي أن اختصاص المحاكم ، في حالة التنازع عليه بين أكثر من دولة ، يقوم على ضوابط إقليمية أكثرها موضوعي (مثل محل نشوء الالتزام ومحل تنفيذ وموقع المال محل النزاع) وبعضها شخصي مثل موطن المدعى عليه^(١). فعلى سبيل المثال تشتق الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي للدول ، وفقاً للقانون المصري (م ٢/٣٠ قانون المرافعات) ، من عناصر موضوعية للعلاقة محل المنازعة مثل مكان نشوء الالتزام (مصدره) أو محل تنفيذه أو موقع المال. وبالتطبيق لذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى متى كان موضوعها التزاماً ناشئاً عن تصرف قانوني أبرم أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في مصر^(٢) وبالنسبة لمكان انعقاد العقد بين غائبين فإنه يتحدد بمكان علم الموجب بالقبول (م ٩٧ مديني)^(٣) وتجري القوانين الوطنية أيضاً على اختصاص محاكم الدولة التي يطلب منها تطبيق قوانين الأمن المدني أو اتخاذ الإجراءات

-
- (١) وهذا هو الحال في القانون المصري ، عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ج ٢ (١٩٧٧) بند ١٧٢ ص ٦٥٣ ، وقد يقوم الاختصاص على أساس ضابط شخصي هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنياً بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته : عز الدين بند ١٧٠ ص ١٦٤ ، بند ١٧٨ ص ٦٧٠ .
- (٢) ومتى ثبت الاختصاص القضائي المصري بناءً على المعايير المكانية المنصوص عليها في القانون (م ٢/٣٠ مرافعات) فلا يعمل بأي اتفاق يعقد الاختصاص لمحكمة أخرى : نقض ١٩٧٥/٢/٣٠ س ٢٦ ص ٨٧٣ .
- (٣) ولذلك قضى بعدم اختصاص المحاكم المصرية بمنازعات عقد صدر قبول الإيجاب فيه في مصر ولكن الموجب علم به في فرنسا : القاهرة الابتدائية ١٩٥٣/١٢/٢٩ - المحاماة س ٣٥ عدد ٣ ص ٥٦١ . ويخضع تحديد مكان إبرام العقد لقانون القاضي إما باعتبار أن هذا التحديد يدخل في نطاق التكييف (عز الدين عبد الله بند ١٨٧ ص ٧١٥) وإما لأن يعتبر تفسيراً لأحد قواعد قانون القاضي (عنایت ثابت ، أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بمنازعات الأفراد ذات الطابع الدولي ، بند ١٤٧ مثلث ص ١٣٠) .

الوقتية أو التحفظية والتنفيذ الجبري مادام تنفيذها يجري على إقليم دولة القاضي (م ٣٤٣ مرافعات).

وكما هو واضح فإن هذه الضوابط تشكل في الواقع من روابط مكانية مما يفترض ارتباط النزاع ، في أحد عناصره الموضوعية أو الشخصية ، بمكان معين . فهنا أيضاً ، كما هو الحال في الاختصاص التشريعي ، يتطلب تحديد الاختصاص القضائي تركيز العلاقة تركيزاً مكانياً.

(٨) صعوبة أعمال معايير الاختصاص التقليدية بالنسبة للتجارة الإلكترونية :

إزاء الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية يثور التساؤل عن كيفية تطبيق هذا الأساس وضوابطه على منازعات التجارة الإلكترونية التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجرى من خلالها المعاملة بتركيزها تركيزاً مكانياً^(١)، إلا على سبيل الافتراض ، أي اعتبار مكان معين ، من بين أماكن عديدة ، هو المكان الذي ترتبط به المعاملة أو العلاقة برابطة مادية . والسؤال الآن كيف يتحدد هذا المكان في حالة التعامل من خلال موقع جرى إنشاؤه على شبكة الإنترنت ؟ .

من الواضح أن إنشاء موقع ، في الفضاء الإلكتروني ، يمكن النفاذ إليه من أي دولة في العالم قد يبرر اختصاص محاكم العديد من الدول بنظر منازعات المعاملات التي جرى إنجازها من خلال هذا الموقع ، وهو ما يتطلب وفقاً للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام التعامل أو تنفيذه أو موطن أطرافه في المواد العقدية وتحديد مكان العمل غير المشروع في المواد غير العقدية ، وهذه مسائل يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات ، ومن ثم كانت محلاً للخلاف أيضاً بالنسبة لتحديد الاختصاص التشريعي . ونذكر هنا ، تمثيلاً لاختلاف وجهات النظر في مثل هذه المسائل ، القضية التي نظرتها أحد محاكم نيويورك والتي استندت في تحديد الاختصاص بنظر منازعة من منازعات التعامل على شبكة الإنترنت إلى ضابط مادي شخصي .

(١) برنارد هوسر ، معاملات المستهلكين في الفضاء الإلكتروني ، مدونة البيع الدولي ١٩٩٧ ص ٦ .

تتلخص وقائع القضية المذكورة في قيام إحدى المنشآت الواقعة في ولاية ميسوري بالولايات المتحدة الأمريكية بإنشاء موقع لها على الإنترنت استخدمت في التعامل من خلاله علامة تجارية لشركة يقع موطن أعمالها في ولاية نيويورك والتي طرحت المنازعة على أحد محاكم هذه الولاية. قضت المحكمة بعدم اختصاصها على أساس أن طرح منتج على موقع على الإنترنت يجعله متاحا في كل مكان على وجه البسيطة وهو ما يجعل الادعاء بتركيزه مكانيا في ولاية نيويورك غير مقبول ، ومن ثم أحالت محكمة نيويورك القضية إلى المحكمة المختصة في ولاية ميسوري التي يقع بها موطن الشركة المدعى عليها ^(١) . وإذا كانت الإحالة إلى محاكم موطن المدعى عليه تجدد ما يبررها في متطلبات معايير الاختصاص الإقليمية ، فيما يتعلق بموضوع النزاع ، إلا أن متطلبات الاستعجال ، كما هو الشأن في التدابير التحفظية المطلوب من المحاكم إصدار الأمر باتخاذها ، قد يبرر التجاوز عن المعايير ذات الطابع الإقليمي ، وهو ما تختلف في تقديره محاكم الدول .

(٩) الحلول المقررة لتنازع الاختصاص القضائي بين محاكم دول الاتحاد الأوروبي :

أصدرت أجهزة الاتحاد الأوروبي (البرلمان ومجلس أوربا) توجيهها بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في الأسواق الداخلية ^(٢) ، ويستهدف هذا التوجيه من ناحية توفير الظروف التي تكفل حرية انسياب المعلومات بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ^(٣) ومن ناحية أخرى توفير مستوى عال من التكامل أو الاندماج القانوني بين الدول الأعضاء لغرض إنشاء منطقة حقيقية لخدمات مجتمع المعلومات بدون حدود

(١) باتيسيت ، إنشاء واستغلال التجارة الإلكترونية (باللغة الفرنسية) ، باريس ، ١٩٩٨ بند ٢٧ ص ٣٣ .

(٢) التوجيه رقم (EC/٦١/٢٠٠٠) في ٨ يونيو ٢٠٠٠ ، الجريدة الرسمية - قوانين - رقم ١٧٨ بتاريخ ١٧/٧/٢٠٠٠ ص ١ ، وقد الزم هذا التوجيه الدول الأعضاء بتطوير القوانين والأنظمة المحلية بما يتفق مع أحكامه وذلك قبل ١٧/١/٢٠٠٢ ، وتشمل خدمات المعلومات كل خدمة يطلبها شخص مقابل اجر حين يجرى تقديمها عن بعد من خلال وسائل إلكترونية لمعالجة البيانات وتخزينها (الحثية رقم ١٧ مسن المذكرة الشارحة للتوجيه) .

(٣) م ١/٢ من التوجيه الإداري باستثناء ما يقتضيه حماية النظام العام وحماية المستهلكين (م ٣) .

جغرافية^(١) . وكان من الطبيعي أن تنور مسألة تحديد الجهات المختصة بحسم منازعات عقود وأعمال خدمات المعلومات شاملة معاملات التجارة الإلكترونية . وفي هذا الصدد أورد التوجيه الأوروبي المذكور حكيمين فيما يتعلق بآليات تسوية المنازعات المذكورة ، فمن ناحية نص التوجيه^(٢) على أنه لا يستهدف وضع قواعد إضافية بشأن تنازع القوانين أو اختصاص المحاكم ، إذ أن هذه المسائل تظل محكومة بقواعد القانون الدولي الخاص^(٣) ، ومن ناحية أخرى يلزم التوجيه الأوروبي^(٤) الدول الأعضاء بإزالة العوائق التشريعية التي تحول دون استخدام بدائل تسوية المنازعات (بين موردي خدمات المعلومات والمستفيدين منها) خارج المحاكم والمتاحة وفقاً للقانون المحلي شاملة الوسائل أو القنوات الإلكترونية . ويتعين على الدول الأعضاء تشجيع أجهزة تسوية المنازعات خارج المحاكم ، خصوصاً منازعات المستهلكين ، على نحو يكفل الضمانات الإجرائية لأطراف النزاع^(٥) .

غير أن حرية انسياب المعلومات في الأسواق الداخلية عبر الحدود لا يعني عدم تمكين المتضررين من اللجوء إلى آلية سريعة لوقف الاعتداد على مصالحهم أو حقوقهم . ولما كانت

(١) حيثيات التوجيه رقمي ١ ، ٣ ، ولذلك نص التوجيه (م٢/٣) على أنه لا يجوز للدول الأعضاء تقييد حرية انسياب خدمات المعلومات من دولة عضو إلى أخرى .

(٢) م ٤/١ .

(٣) وهو ما تناولته اتفاقية روما (١٩٨٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية واتفاقيتي بروكسل (١٩٦٨) ولوجانو (١٩٨٨) في شأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية . وتشترط المذكرة الشارحة للتوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ (الحثية رقم ٢٣) ألا يترتب على تطبيق القانون ، المعين وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ، تقييد حرية انسياب المعلومات .

G- De foegstraets, E-commerce : a New European framework, International Business lawyer, oct 2000 p390

(١٩) م١/١٧ .

(٥) التوجيه الأوروبي م٢/١٧ ، وتشير المذكرة الشارحة للتوجيه (الحثية رقم ٥١) إلى أن تعديل تشريعات الدول الأعضاء يجب أن يجرى على نحو يتيح إمكانية تسوية النزاع عبر القنوات أو النظم الإلكترونية ، قانوناً وعملاً ، عبر حدود الدول .

الأضرار المترتبة على توريد خدمات المعلومات تتميز بسرعة حدوثها واتساع نطاقها ، فإن التوجيه الأوروبي ^(١) يلزم الدول الأعضاء بتيسير اللجوء إلى المحاكم لإصدار الأوامر والتدابير التحفظية ضد موردي الخدمات الذين يتخذون من دولة عضواً مقرأً لمزاولة نشاطهم الموجهة لدولة عضو أخرى ^(٢) ، وذلك إذا كان القصد من مزاولة النشاط في دولة المقر ^(٣) هو التهرب من تطبيق قانون الدولة الموجه إليها النشاط ، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص لمحكمة الدولة الأخيرة بإصدار التدابير التحفظية لغرض وقف الاعتداءات على مصالح ذوى الشأن . وعلى هذا الأساس فإنه يحق للمحاكم المحلية، فيما يتعلق بمنازعات القانون الخاص ، اتخاذ التدابير المقيدة لحرية انسياب خدمات المعلومات وتوريدها وذلك طبقاً للشروط الواردة في التوجيه ^(٤) . بل أن عدم مسئولية مورد خدمات المعلومات ، الذي تسبب نشاطه في إحداث الضرر ، لا يحول دون سلطة المحاكم في إصدار أوامر لوقف الاعتداءات ^(٥) . كما أن تأسيس الموقع الشبكي ، والذي يجرى من خلاله بث الأعمال الضارة في بلد معين ، لا يحول دون قيام السلطات المختصة في البلد الذي يمكن للمقيمين فيه النفاذ إلى هذا الموقع باتخاذ ما يلزم من إجراءات ^(٦) .

(١) م ١٨ / ١ .

(٢) الهيئيات ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٧ .

(٣) ووفقاً للتوجيه (م ٢ / ج) يعتبر موطناً (مكان التأسيس) لمورد الخدمات المكان الذي يمارس فيه بالفعل نشاطاً اقتصادياً من خلال منشأة ثابتة لمدة غير محددة بصرف النظر عن الوجود المادي للوسائل التقنية المستخدمة في أداء الخدمة .

(٤) الهيئية رقم ٢٥ . بل إن المذكرة الشارحة للتوجيه (الهيئية رقم ٢٦) تجيز للدول الأعضاء ، في إطار الشروط التي وضعها التوجيه ، أن تطبق قواعد الوارداة في القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية ، لأغراض البحث والتحرى واتخاذ أي تدابير ضرورية لملاحقة الجرائم ، وذلك دون حاجة لإبلاغ المفوضية الأوروبية بهذه التدابير .

(٥) الهيئية رقم ٤٥ .

(٦) انظر في تطبيق ذلك في الدنمارك بالنسبة لرقابة السلطات الدنمركية لمعاملات التسويق على الإنترنت طبقاً لقانون ممارسات التسويق

وإذا كان التوجيه الأوروبي قد أجاز اللجوء إلى المحاكم لغرض إضفاء حماية سريعة على الحقوق والمصالح ، التي تمسها الأعمال التي يزاولها موردي خدمات المعلومات ، عن طريق إصدار أوامر أو تدابير تحفظية لوقف الاعتداءات ، فإن ذات التوجيه ^(١) ، تأكيداً لاتجاهه إلى إجازة تسوية المنازعات عبر القنوات الإلكترونية ، يطلب من الدول الأعضاء بحث إمكانية التعامل مع المحاكم بالوسائل الإلكترونية .

وبالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي بالمنازعات الذي يخضع لاتفاقيتي بروكسل ولوجانو ، اللتين تتضمنان قواعد تحديد الاختصاص القضائي للدول الأوربية الأطراف فيها، فإن القاعدة الأساسية التي يتحدد بها هذا الاختصاص ، في حالة عدم وجود اتفاق بين المتنازعين على تحديد المحكمة المختصة ^(٢) ، هي انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقع فيها موطن المدعى عليه ^(٣) . وثمة قاعدة خاصة واستثناءات على القاعدة العامة أوردتها الاتفاقيتين يكون للمدعى بمقتضاها الاختيار بين محاكم موطن المدعى عليه أو محاكم مكان آخر ، ويعيننا من هذه الاستثناءات ما يتعلق منها بالعمود مع المستهلكين ، ففي المواد العقدية عامة ^(٤) يكون للمدعى الاختيار بين محاكم موطن المدعى عليه أو محاكم المكان الذي جرى تنفيذ الالتزام على التزام أو كان واجبا تنفيذه فيه .

C. Thorup, Consumer protection in E. commerce, a European perspective, International sales Quarterly, June 1999 p 30.

(١) الحثية رقم ٥٢ .

(٢) م ١٧ ، ١٨ من اتفاقية بروكسل .

(٣) م ١/٢ من اتفاقية بروكسل ، هذا إذا كان المدعى عليه مقيماً في أحد الدول المتعاقدة ، أما إذا كان يقيم في دولة غير متعاقدة فإن تحديد المحكمة المختصة يخضع للقوانين الداخلية للمحاكم المطروح عليها النزاع . ويراعى أن الاختصاص بإصدار التدابير التحفظية لا يتقيد بقاعدة الإسناد المذكورة في المتن حيث يجوز لمحاكم أي دولة متعاقدة ، التي يتوجه إلى إقليمها النشاط الضار إصدار مثل هذه الأوامر ولو كان الاختصاص بنظر موضوع النزاع ينعقد لمحاكم دولة أخرى .

(٤) م ١/٥ اتفاقية بروكسل .

وقد جرى إدخال تعديل على اتفاقية بروكسل (في ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٠) بحيث يتحدد مكان تنفيذ الالتزام ، في عقود البيع والوكالة والتوزيع ، بالمكان الذي يجري فيه (أو كان واجبا أن يجري فيه) تسليم المبيع أو أداء الخدمات ، وذلك أيا كان موضوع الالتزام محل الادعاء ، وبالتالي تختص بنظر النزاع محاكم مكان تسليم المبيع أو أداء الخدمات ، هذا كله ما لم يتفق أطراف العقد على غيره . وبهذا التحديد لمكان التنفيذ لن تحتاج المحكمة المطروح عليها النزاع البحث ، طبقا لقواعد تنازع القوانين ، عن القانون الواجب التطبيق على العقد على عكس ما هو مقرر في المواد العقدية عامة .

ويراعى أن القاعدة الخاصة بتحديد المحكمة المختصة تفترض أن طرفي العقد قد حدا في العقد مكان تسليم المبيع أو أداء الخدمات ، فإن لم يحدث ذلك فإن مكان تنفيذ الالتزام محل النزاع تحدد طبقا للقانون الواجب التطبيق على العقد . وقد تثار التساؤل حول تحديد مكان أداء الخدمات في عقود الخدمات مثل الوكالة والتوزيع ، والظاهر أن الاتجاه الغالب يذهب ، اخذ بالتفسير الذي اعتمده محكمة العدل الأوروبية لمصطلح الخدمات ، إلى اعتبار المكان الذي يمارس فيه الوكيل أو الموزع نشاطهما هو المكان الواجب أداء الخدمات فيه ، هذا ما لم يرد في العقد أو في الظروف المحيطة به ما يفيد غير ذلك .

أما بالنسبة لبعض العقود مع المستهلكين^(١) فإنه يكون للمستهلك ، بمقتضى اتفاقيتي بروكسل ولوجانو ، أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيها موطن التعاقد معه أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطنه (محل إقامة المستهلك)^(٢) . غير انه يشترط لانطباق قواعد

(١) من البيع بالتقسيط لمنتجات المادية وعميات ثمن شراءها بعمود . في خدمات والنقولات المادية .

(٢) م ١٤ اتفاقية لوجانو ، أما بالنسبة لتعاقد مع المستهلك الذي يرغب في رفع الدعوى عنه فان المحكمة

المختصة بها هي محكمة موطن المستهلك . باتبست بند ٢٩ ص ٣٤

T. Brown, A.hamer, Jurisdiction and the internet, the EC perspective, international Bus. lawyer, Nov. 2000 p439 .

الاختصاص القضائي. بمنازعات العقود مع المستهلكين أن يجرى اتخاذ خطوات التعاقد في البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك وأن يسبق التعاقد إعلان بدعوته إليه^(١).

وإذا كانت الأحكام المذكورة بشأن تحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات العقود يمكن أن تسرى في حالة إبرام العقود عبر شبكات الاتصال الإلكترونية حين يجرى تنفيذها ماديا ، أي بطريق التسليم أو المناولة المادية^(٢) ، إلا أن ثمة صعوبة تعترض تطبيق تلك الأحكام في حالة المعاملات التي يجرى إنجازها كليا بالطرق الإلكترونية ، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحواسيب الآلية عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي للمستهلك^(٣) ، ففي هذه الحالة يكتنف تحديد مكان التنفيذ صعوبة . هل هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري أم المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات التابع للبائع ؟ وكيف يتحدد موطن البائع إذا كان نظام المعلومات الذي يستخدمه يقع في مكان مختلف عن المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله ؟ .

ولتفادي هذه الصعوبات فإن أصحاب الشأن مدعون إلى تحديد مكان التنفيذ في اتفاقهم أو ، وهذا هو الأفضل ، تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع بينهم . وفي هذا السياق بذلت عدة محاولات على المستويين الدولي والأوروبي لتذليل الصعوبات التي تكتنف تطبيق معايير الاختصاص القضائي ذات الطابع الإقليمي . ونذكر من هذه المحاولات بشأن الاختصاص

(١) آلان وهارت التجارة الإلكترونية — دليل قانون ص ١٧ ، المرجع مطروح على الإنترنت:

01 . apec/www . barkerinf . com /ukeuapec

(٢) لذلك يذهب البعض الى ان انسب مكان لتسوية منازعات العقود الإلكترونية هو المكان الذي يوجه فيه مركز أعمال البائع أو مؤدى الخدمة (المتعاقد) أو المكان الكائن به نظام المعلومات الذي يتعامل المتعاقد من خلاله ، هذا بافتراض انه يمكن معرفة هذا المكان الأخير:

B . Meyer, Hauser, Consumer transaction in cyberspace, International sale quarterly, June 1997 , p6 .

(٣) ومثال آخر تجده في حالة شراء الأوراق المالية الذي يتم عبر النظام الآلي الخادم للبائع : انظر في هذه المسألة وثيقة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايو) بشأن البداية في مسائل التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية (٢٠٠٠) بند ٥٧ ص ١٤ .

والأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية (١٩٩٧) ومقترحات المفوضية الأوروبية بشأن نفس الموضوع (١٩٩٩). وقد لوحظ أن كل من المشروع والمقترحات المذكورة يعترف بحق طرفي العلاقة في تحديد المحكمة المختصة^(١)، كما أن كلاهما يعترف بصحة الاتفاقات الإلكترونية إذا استوفت الحد الأدنى من اشتراطات المصادقية. وقد أجاز مشروع اتفاقية لاهاي والمقترحات الأوروبية للمستهلك رفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتاد^(٢)، وذلك إذا كانت الدعوى تتصل بتجارة المدعى عليه أو نشاطه المهني في تلك الدولة أو قام بتوجيهه إليها خصوصا عبر وسائل الإعلان. وقد أشارت المذكرة التفسيرية لمقترحات الاتحاد الأوروبي^(٣) إلى صعوبة تطبيق هذا الحكم ومتطلباته بالنسبة للتجارة الإلكترونية فقالت انه يصعب تحديد المكان الذي اتخذ فيه المستهلك خطوات التعاقد، هذا بالإضافة إلى أن هذه الخطوات قد لا يكون من شأنها إيجاد رابطة بين العقد ودولة المستهلك. ومن هنا فإنه يلزم التركيز على صلة النشاط التجاري أو المهني بالدولة العضو في الاتحاد الأوروبي مثل توجيه النشاط إلى إقليمها أو إلى المقيمين فيها. على أن هذا المعيار التخيير قد يتسبب في وضع عوائق أمام المعاملات الإلكترونية ويزيد من صعوبة مسألة تحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات هذه المعاملات ما دام الطابع العالمي لوسائل الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إنجاز المعاملات يفترض إمكان النفاذ إلى موقع التاجر أو المورد أو المهني من أي مكان في العالم، هذا ما لم يفصح هؤلاء عن أن النشاط الذي يمارسونه عبر الموقع الشبكي الخاص بهم ليس موجها إلى المستهلكين في دول محددة، وفي هذه الحالة الأخيرة يتحمل المستهلك مخاطر التعاقد مع موردي خدمات أو سلع حالة إنكارهم خضوع النزاع لاختصاص محاكم دولة المستهلك. ومع ذلك فقد أدخلت المفوضية الأوروبية تطورا على

(١) مع بعض القيود فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية المسجلة: الوايو، المرجع السابق، بند ٥٩ ص ١٥،

كما يجوز لأطراف النزاع، بعد نشوبه، الاتفاق على تحديد محكمة أخرى تختص بنظره.

(٢) ولكن يجوز للمستهلك اختيار رفع دعواه أمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة المورد أو موطن أعماله.

(٣) الوايو، المرجع السابق، بند ٦ ص ١٥.

مقترحاتها بشأن الاختصاص القضائي. منازعات التجارة الإلكترونية بحيث يكون للمستهلك رفع دعواه أمام محاكم موطنه حتى ولو كان الموقع الإلكتروني الذي جرى التعامل عن طريقه لا يستهدف على وجه الخصوص البلد الذي يقيم فيه موطن المستهلك المتضرر^(١).

المبحث الثاني

تسوية المنازعات إلكترونياً

(١٠) الحسم الفوري لمنازعات التجارة الإلكترونية :

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود (وتنفيذها أحياناً) اتجه التفكير إلى تسوية منازعاتها باستخدام نفس تلك التقنيات لتكون التسوية هكذا إلكترونية. بمعنى أن إجراءاتها تجرى عبر شبكات الاتصال الإلكترونية (على الخط المباشر - on line) ، دون حاجة لتواجد أطراف عملية التسوية (التحكيم مثلاً) في مكان واحد وهو ما يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية . ويجد هذا التفكير أساسه في أن طبيعة شبكات الاتصال الإلكترونية التي يجرى من خلالها التعامل والتي تتجاوز الحدود الجغرافية للدول ، تأبي الخضوع الكامل للتعامل للقواعد التقليدية سواء فيما يتعلق بتكوينه أو فيما يتصل بتسوية منازعاته . فالضمان العالمي للفتنات الإلكترونية ، التي يجرى من خلالها إنجاز التعامل ، يجعل تركيزه في مكان محدد أمر صعباً إن لم يكن مستحيلًا ، الأمر الذي يستبعد معه صلاحية القواعد المنسوبة إلى اختصاص الشريعة والقضاء لحكم منازعات معاملات التجارة الإلكترونية . وهذا هو ما وجد صداه في قرارات التنظيمات الإقليمية والمبادرات الخاصة التي تناول بعض الجوانب القانونية لتجارة الإلكترونية . فهذا هو الاتحاد الأوروبي يصدر

(١) جريدة عالم اليوم ١٨/١٢/٢٠٠٠ ص ٦ .

توجيهها^(١) ورد النص فيه على أن تسمح الدول الأعضاء ، في حالة النزاع أو الخلاف بين موردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم ، بتسوية خارج المحاكم وباستخدام الآليات أو الوسائل الإلكترونية^(٢) ، وهو ما يسمح لذوى الشأن تطوير نظم خاصة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين مقدمي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم^(٣) .

والواقع أن ازدهار التجارة عبر القنوات الإلكترونية يتطلب الاستفادة من نفس هذه القنوات في تطوير أساليب لتسوية منازعاتها بين أطراف متباعدة مكانيا مما يسمح بحسمها سريعا وبأقل النفقات ، هذا مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي خصوصا حقوق الدفاع وتسببت قرارات التسوية . وإذ تحتاج التجارة الإلكترونية نماذج جديدة لتسوية منازعاتها ، تجرى عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، فإن نطاق عملها لابد أن يتجاوز الحدود الجغرافية للدول مما يجعل قواعد وإجراءات الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات غير ملائمة لطبيعة التجارة الإلكترونية ولما كان تطوير مثل هذه الاتفاقيات في الاتجاه الذي يتطلبه ازدهار التجارة الإلكترونية يحتاج إلى وقت طويل ويخضع لإجراءات معقدة ، فقد بادر أصحاب الشأن ، من أطراف معاملات التجارة الإلكترونية والمؤسسات المعنية بشئونها ، إلى وضع تنظيمات ذاتية تحكم تسوية منازعاتها .

(١١) تطبيقات الحسم الفوري للمنازعات :

اتجه التفكير ، استفادة من الإمكانيات التي تتيحها شبكات الاتصال الإلكترونية ، إلى إنجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم ،

(١) المادة (١٧) من التوجيه الأوربي رقم ٣١/٢٠٠٠ بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات خصوصا التجارة الإلكترونية .

(٢) وقد جاء في المذكرة الشارحة للتوجيه الأوربي المذكور انه قد قصد من هذا الحكم الاستجابة لحاجة نوعيات من المنازعات ، قليلة القيمة غالبا ، إلى نظام سريع وقليل التكلفة لتسويتها .

(٣) الحثية ٤٠ من المذكرة الشارحة للتوجيه الأوربي رقم ٣١/٢٠٠٠ .

من خلال هذه الشبكات ، بل لقد جرى ما بحث إمكانية استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز إجراءات التقاضي أمام المحاكم^(١) . وقد وجدت تسوية المنازعات عبر شبكات الحواسب الآلية تطبيقات فعلية ومتنوعة من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض التنظيمات الاقتصادية الإقليمية والاتحادات المهنية . فهذه هي جمعية المحكمين الأمريكية قد طورت نظام القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate) الذي يتيح جريان التحكيم ، أو بعض أجزائه، على شبكات الحواسب الآلية. كما انخرطت المنظمة العالمية للملكية الفكرية في هذا الاتجاه حيث وضعت نظاما لتسوية منازعات أسماء الحقول (الدومين) (Domain names) عبر شبكات الحواسب الآلية ، كما أنها وضعت نظاما للتحكيم السريع (WIPO Expedited Arbitration Rules) .

على أن أهم التنظيمات الذاتية لتسوية المنازعات إلكترونيا تجده في نظام المحكمة الفضائية (CyberTribunal) الذي يتجه إلى تقديم خدمات الوساطة والتحكيم عبر قنوات ووسائل إلكترونية. ووفقا لهذا النظام تجرى الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للمحكمة بداية من ملأ نموذج إلكتروني لطلب التسوية ومرورا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال إلكترونية لو انتهاء بإصدار الحكم ومن ثم قيده على الموقع الشبكي للقضية.

ويستهدف نظام المحكمة الفضائية ، وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصادقية الإجراءات الإلكترونية وينضم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدية من ناحية أخرى . وبنا للثقة في النظام تصدر المحكمة الفضائية شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة ، وهي شهادات تفيد التزام أصحاب المواقع أو مديريها بتسوية منازعاتهم مع المتعاملين معهم وفقا لللائحة إجراءات المحكمة . ويرتبط منح هذه الشهادة بالالتزام بقواعد سلوك تتضمن المبادئ التي يتوجب احترامها من قبل المتعاملين على المواقع الشبكية

(١) وهو ما دعا إليه التوجيه الأوربي رقم ٣١/٢٠٠٠ في الخيئة رقم ٥٢ من مذكرته الشارحة .

المطلوب إصدار شهادة تصديق عليها . وتتطلب تسوية النزاع عبر المحكمة القضائية صدور رضا صريح من أطرافه بطرحه على هيئتها .

وعلى عكس الوساطة الإلكترونية ، التي ترك نظام المحكمة القضائية للوسيط حرية وضع إجراءاتها ، فإن هذا النظام وضع قواعد إجراءات التحكيم الإلكتروني ، وهي قواعد استمدت أساسا من القانون النموذجي للاونسترال بشأن التحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، مع إدخال تعديلات عليها مما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية التي يجرى من خلالها التحكيم . غير أن سرعان إجراءات التحكيم ، بموجب نظام المحكمة القضائية ، سوف يصادفه تحدى صعب رغم قبول أطراف النزاع تطبيقه ، إذ أن النظام المذكور يعتمد في تشغيله على أدوات ، سواء فيما يتعلق بالكتابة أو التوقيع أو نقل المستندات أو إصدار الحكم ، تختلف عن تلك التي تقوم عليها قواعد التحكيم التقليدية . ومن هنا فثمة احتمال أن يواجه الاعتراف بالحكم وتنفيذه في الدول التي لم تعتمد النظام صعوبات ، ذلك أن محاكم الدول لا تطبق إلا قوانينها الوطنية والاتفاقيات الدولية الملزمة لدولها ، وهي غير ملزمة بانفاذ أحكام التحكيم التي تصدر بناء على اتفاقات خاصة بين أطراف النزاع أو بناء على أنظمة انضموا إليه إذا لم تستوف هذه الاتفاقات أو الأنظمة الأشكال المنصوص عليها في المرجعية الملزمة لمحاكم الدول .

من هنا جاءت الدعوة ، إزاء انتشار تقنيات المعلومات الاتصال في إنجاز المبادلات التجارية، إلى توسيع المرجعية الملزمة لمحاكم الدول بحيث تغطي هذه المرجعية عمليات التحكيم وغيرها من أساليب التسوية التي تتخذ إجراءاتها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، ويشمل ذلك تطوير الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم في اتجاه اعتماد هذه الشبكات كمنبر تجرى عليه إجراءات التسوية وإصدار القرارات والأحكام .

وقد أعطت أجهزة الاتحاد الأوروبي الضوء الأخضر للدول الأعضاء لتطوير تشريعاتها في اتجاه اعتماد آليات تسوية المنازعات من خلال القنوات الإلكترونية خارج المحاكم وبالتالي كفاءة آدائها لمهامها على نحو إيجابي وفعال سواء على صعيد القانون أو على المستوى العملي (١) .

وهذا هو الاتجاه الذي تبنته بعض المنظمات والهيئات المعنية بشئون التحكيم مثل الاونسترال ومجمع لندن المعتمد للمحكّمين . فقد تضمنت قائمة الملاحظات التي أصدرتها الاونسترال بشأن تنظيم إجراءات التحكيم (١٩٩٦) توصيات بشأن استخدام القنوات الإلكترونية في نقل المستندات وتبادلها وححتها في الإثبات . كما اعتمد مجمع لندن المعتمد للمحكّمين بروتوكول استخدام تقنيات المعلومات في إدارة عملية التحكيم . بموجب اتفاق المحكّمين وأطراف النزاع . ويستهدف البروتوكول ضبط مناهج استخدام تقنيات المعلومات في تبادل المستندات وغيرها من المعلومات فيما بين أطراف النزاع والمحكّمين وفيما بين أطراف النزاع أنفسهم ، وذلك بموجب قواعد يمكن إدخال تعديلات عليها ، باتفاق المحكّمين وأطراف النزاع ، بما يلاءم احتياجات العملية التحكيمية .

(١٢) مشاكل التحكيم الإلكتروني مع القواعد التقليدية :

تثير طرق الحسم الفوري (الإلكتروني) للمنازعات خصوصاً التحكيم الشبكي (٢) عدة مسائل ترجع في الأساس إلى أن النظم القانونية القائمة لإجراءات التحكيم تفترض استخدام المستندات الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع (أو وكلائهم) وربما أيضاً شهودهم وخبرائهم أمام هيئة التحكيم بحيث تجرى الإجراءات في المواجهة المادية أو بالحضور الشخصي . من هنا فقد ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية التي تجرى من خلال وسائل إلكترونية وبالتالي مدى استيفاء قرار التسوية مقومات تنفيذه ، وذلك في ضوء القواعد القائمة للتحكيم وغيره من بدائل تسوية المنازعات . هل يمكن أن تستوعب هذه القواعد ، بوضعها القائم ،

(١) المذكرة الشارحة للتوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ الحثية رقم ٥١ .

(٢) Cyber Arbitration

تطبيقات التسوية الإلكترونية (على الخط المباشر on line) أم انه يلزم تطويرها لكي تستجيب لطبيعة طرق الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إنجاز إجراءات التسوية ؟ .

الواقع أن انتشار تطبيقات التجارة الإلكترونية ، وبصفة خاصة شيوع استخدام تقنيات الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني في نقل الرسائل والمستندات ، يعطى للمسائل التي يثيرها استخدام هذه التقنيات في إدارة عملية التحكيم أهمية خاصة من جهة أن الاعتراف بالحكم الصادر في هذه العملية سوف يواجه عقبة في تنفيذه في الدول التي لا يوجد ما يلزم محاكمها بالاعتراف بالأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي جرت إجراءات النظر وإصدار الحكم فيها على الخط المباشر ، وأيضاً أحكام التحكيم التي تبني على بنود تحكيمه واردة في عقود إلكترونية . وإذا كانت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تلزم محاكم الدول الأطراف فيها بالاعتراف باتفاقات التحكيم والأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إلا أن هذا الالتزام مشروط بعدة شروط مثل أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من أطرافه وان يكون حكم التحكيم موقعاً ، وهي شروط يحتاج التحقق من توافرها مقتضياتها في الطرق الإلكترونية لتسوية المنازعات النظر في توسيع مفهومي الكتابة والتوقيع ليستوعب التطور الذي لحقهما في عصر ثورة المعلومات والاتصالات .

يضاف إلى قائمة العقبات التي تواجه الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة بناء على إجراءات جرى إنجازها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية أن بعض قواعد نظم التحكيم القائمة يرتبط تطبيقها بتركيز التحكيم تركيزاً مكانياً ، فيما يتعلق بمكان التحكيم ذاته أو فيما يتصل بمكان صدور حكم التحكيم (١) . وعلى هذا الأساس فإن الآثار التي ترتبها القواعد المذكورة

(١) نص قانون التحكيم الإنجليزي _ (القسم ٥٣) على ان مكان إصدار الحكم يتحدد بمكان التحكيم إذا كان واقعاً في بريطانيا بصرف النظر عن المكان الذي جرى توقيعه فيه او المكان الذي أرسل منه او سلم الى أطراف التحكيم . وقد أوردت اتفاقية نيويورك عدة أسباب تجيز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ينطوي تحتها صدوره بناء على اتفاق تحكيم غير صحيح وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم (٥/أ)

على تحديد مكان التحكيم (^١) تتطلب بحث كيفية تحديده في حالة جريان التحكيم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية (^٢). وبالمثل فإن طبيعة هذه الشبكات تثير التساؤل حول المكان والوقت اللذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما . وعلى العموم فإن الاستخدام الآمن والفعال لشبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز إجراءات التحكيم سوف يحتاج إلى دراسة ، ومن ثم تنظيم ، الجوانب المرتبطة بإجراءات المرافعات والإثبات خصوصا تقديم المستندات وتبادلها من حيث سلامتها وتوثيقها وحجتها (^٣) . وسوف نجتري من هذا الجوانب الجانب الذي آثار جدلا واسعا ، ونعني به صلاحية الكتابة الإلكترونية لأداء وظائفها ، سواء فيما يتعلق بإبرام العقد واثباتها أو فيما يتصل بتسوية منازعاتها .

(١٤) حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير اتفاق التحكيم :

كما أن بعض القوانين الوطنية تشترط لصحة نوعيات معينة من العقود إفراغها في شكل كتابي فإن ثمة تنظيمات قانونية أخرى تشترط نفس الشكل بالنسبة لبند تسوية منازعات العقود مثل بنود التحكيم . ذلك أن بعض القوانين الوطنية (^٤) والاتفاقيات الدولية (^٥) تشترط

ونفس الحكم أيضا في القانون النموذجي (م/٣٦ - أ/١) ، ومن هذه الأسباب أيضا صدور حكم ببطلان من المحكمة المختصة في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم (اتفاقية نيويورك م/٥ هـ).

(^١) مثل تلك المنصوص عليها في اتفاق نيويورك (م/٥ - د) وقد حدد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (م/٢) نطاق تطبيقه بان يكون مكان التحكيم واقعا في الدولة التي تبنى أحكامه .

(^٢) J.Arsic, International Commercial Arbitration on the Internet, 14 Journal of International Arbitration (1997) p219.

(^٣) W.Fagan, over coming impass : are there limits to online mediation, In WIPO international conference on dispute resolution in electronic commerce Geneva , nov : 6 - 7, 2000

(^٤) م ١٢ قانون التحكيم المصري .

(^٥) اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها (١٩٥٨) - م/٢ حيث ورد ان شرط كتابة التحكيم يتحقق إذا ورد في عقد أو في اتفاق تحكيم موقع عليه من أطرافه أو تضمنته خطابات أو برقيات متبادلة .

الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم كشرط لصحته . وإذا كان لا خلاف على أن مصطلح الكتابة يشمل الكتابة الخطية لبند عقد أو اتفاق التحكيم موقعا عليه من الطرفين أو إذا ورد الاتفاق في رسائل أو بقرات متبادلة^(١) ، إلا أن استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني في إبرام العقود والاتفاقيات آثار من جديد التساؤل عن معنى الكتابة المطلوبة في تحرير بنود التحكيم عندما يستخدم طرفا المعاملة الوارد فيها هذه البنود تلك الوسائل ، أو عندما يستعمل الطرفان وسائل اتصال إلكترونية للاتفاق على التحكيم . ورغم أن ثمة اتجاهات فقهيها غالبا يذهب ، في تفسير الشرط الكتابي لاتفاق التحكيم، إلى انطباقه في حالة التلكس والفاكس (٢) إلا انه لوحظ أن العديد من المعاهدات أو الاتفاقيات بشأن التجارة الدولية لا تأخذ في اعتبارها الواقع الذي فرضه انتشار التجارة الإلكترونية ، وبالتالي فإنها لم تعتبر الرسائل الإلكترونية كأسلوب كتابي معترف به قانونا^(٣) . ولا شك أن اختلاف القوانين الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات في حالة طلب تنفيذ حكم التحكيم في بلد لا يأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة . وتشير وثائق الأونسترال^(٤) إلى أن بعض المحاكم الداخلية ، التي تأخذ بالتفسير الضيق لشرط الكتابة لاتفاق التحكيم ، تذهب إلى أن مقتضى الشرط لا يتحقق الا في عدة حالات هي توقيع الطرفين على الوثيقة الكتابية وتبادل الرسائل بين الطرفين أي الرد على رسالة برسالة كتابية أخرى.

^(١) رغم أن الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك تشير إلى أن واضعيها استبعدوا الحالة التي يجري فيها قبول عرض التحكيم سفاهة أو ضمنا إلا أن بعض المحاكم الإنجليزية ذهبت إلى تحقق شرط الكتابة في هذه الحالات :

A. Redfern, M.Hunter, Law and practice of international commercial arbitration, second edition (1991) P,134.

F.Fouchard, E.Gailard, B.Goldman, traite de l'arbitrage commercial international^(٢)
(1996) no 818 p 392 .

^(٣) وثيقة الأونسترال بشأن اشتراط كتابة بند التحكيم والتدابير التحفظية (٢٠٠٠/١/٢٦) النسخة العربية ص ١٤ .

^(٤) وثيقة الأونسترال (٢٠٠٠/١/٢٦) ص ٦ .

ولحسن الحظ أن صياغة نصوص بعض نماذج القوانين جاءت على نحو يعتبر الشكل الكتابي متحققا في تبادل البيانات إلكترونيا عبر شبكات الحواسب الآلية مثلا ، فالقانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) بشأن التحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) ينص صراحة^(١) على أن شرط الكتابة يتحقق في اي وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي ، ما دامت توفر تدوينا أو تسجيلا للاتفاق (مثل الاسطوانات المدججة والشرائط المغنطة) ، فالنص يتيح بهذه الصياغة تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونيا أو في البريد الإلكتروني أو الفاكس مثلا . وقد اتجهت بعض المحاكم إلى تفسير شرط كتابة بند أو اتفاق التحكيم المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك في ضوء القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية باعتبار أن ذلك يكفل جعل الاتفاقية أكثر استجابة للتطورات التقنية المستخدمة في إنجاز المعاملات وبالتالي جعلها مواءمة للاحتياجات الراهنة^(٢)، ولذلك فقد كان من بين التوجيهات التي أصدرتها اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة^(٣) ضرورة أعمال التكافؤ الكامل في القانون بين التجارة اليدوية والتجارة الإلكترونية ، وهو ما دعا هذه اللجنة إلى توصية الأونسترال بالنظر في إجراءات تسمح بجعل الإشارة إلى مصطلحات مثل الكتابة والتوقيع والمستندات في الاتفاقيات الدولية تشمل نظائرها الإلكترونية^(٤) . وفي هذا السياق كانت لجنة

(١) م ٢/٧

(٢) المحكمة الاتحادية في سويسرا (١٦ يناير ١٩٩٥) مشار إليه في وثيقة الاونسترال السابق الإشارة إليها ص ١٤ وايضا وثيقة الأونسترال المؤرخة ١٩٩٩/٤/٦ بشأن التحكيم التجاري الدولي (النسخة العربية) ص ٣٥٨ ، وفي نفس هذا المعنى دليل القانون النموذجي بند ٥ ص ١٧ .

(٣) ويدخل في مسئوليتها تطوير قواعد الأمم المتحدة الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات لأغراض الإدارة والتجارة والنقل .

(٤) توصيات فبراير ١٩٩٩ - وثيقة الأونسترال السابق الإشارة إليها ص ١٥ ، كما طالبت مجموعة العمل المشكلة في إطار لجنة اليونسسترال لبحث مسائل التحكيم الدورة ٣٢ فيينا ٢٠ - ٣١ مارس ٢٠٠٠ مطبوعات اليونسسترال ٢٠٠٠/٤/١٠ بند ١٠٦ ص ٢٣ باللغة الانجليزية) من سكرتارية اللجنة إعداد

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد أصدرت ملاحظات حول تنظيم إجراءات التحكيم تضمنت قواعد قبول المستندات المرسله بوسائل الاتصال الحديثة (مثل البريد الإلكتروني والقرص المغنطيسي أو الضوئي) خلال مدة التحكيم فأجازت الاتفاق على تبادل المستندات في شكل إلكتروني ، واوصت الملاحظات بتنظيم عدة مسائل ، عن طريق التشاور بين هيئة التحكيم وأطراف التحكيم ، مثل تحديد حوامل البيانات المقبولة والاحتفاظ بسجلات وقائع وسجلات احتياطية للمراسلات الصادرة والواردة ^(١) .

وكما هو واضح فإنه نظرا لأهمية اتفاقية نيويورك ، لتعلقها بموضوع أساسي في التحكيم الدولي وهو تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في بلد آخر غير البلد الذي صدرت فيه ، فلقد ظهرت محاولات ، مثل تلك المشار إليها سابقا ^(٢) ، لتجاوز عقبة الشرط الكتابي ، مفهومها بالمعنى الخطي التقليدي ، ومن ثم استيعاب الرسائل إلكترونيا لهذا الشرط . فبالإضافة إلى الدعوة للأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة ، على نحو يشمل الكتابة الإلكترونية ^(٣) ، اقترح البعض

وثيقة تؤكد أن المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك يجب أن تفسر على نحو يشمل الاتصالات الإلكترونية كما ورد تعريفها في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية .

^(١) وأيضا الإجراءات الواجب إتباعها عند فقد رسالة إلكترونية أو حدوث خلل في نظام الاتصالات : الأونسترال ، ملاحظات عن تنظيم إجراءات التحكيم (١٩٩٦) النسخة العربية بند ٣٧ ص ١٥ ، ١٦ .

^(٢) ومن هذه المحاولات أيضا ما ذهب إليه محكمة استئناف بازل في سويسرا من ان شرط الكتابة يتحقق ، وفقا لاتفاقية نيويورك، ليس فقط في حالة وجود رسائل موقعة تتضمن بند التحكيم ولكن أيضا في حالة تقديم الدليل الكتابي على الاتفاق عليه ، وسأقت المحكمة سندا لقضائها ان الاتفاقية وان اشترطت التوقيع على العقد المتضمن بند التحكيم إلا أنها لم تشترط التوقيع في حالة وجود بند التحكيم في رسائل متبادلة بين طرفي التحكيم . وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة العليا في إيطاليا إلى أن تبادل رسائل لا تحمل توقيعات ذى ذوى الشأن يكفي لتحقيق شرط الكتابة ما دام يمكن التحقيق من نسبة الرسائل إلى اصحابها بأى وسيلة - رد فيرن وهانتر ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

^(٣) رد فيرن وهانتر ص ١٤٩ .

تعديل اتفاقية نيويورك أو أعداد اتفاقية أخرى تحقيقاً لهذا الغرض^(١) ، وهي حلول لم تحظ بتأييد كاف من ذوى الشأن خوفاً من تأثيرها على استقرار الاتفاقية . لذلك استقر الرأي على أن قانون الأونسترال النموذجي بشأن التحكيم الدولي يتيح الأخذ بالحكم الأصلح أو الأنسب في القوانين الوطنية في البلد الذي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيه .

ولا شك أن هذا الاتجاه الأخير سوف يكون له مردود إيجابي في مساندة التعاقد عبر شبكات الاتصال ، وبالتالي ازدهار التجارة الإلكترونية ، إذا أخذت به القوانين الوطنية، وأنزلت بالتالي الكتابة الإلكترونية منزلة الكتابة اليدوية ، وهو ما ييسر تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المستندة إلى اتفاق تحكيم تضمنينه رسائل بيانات إلكترونية في الدول مصدره مثل هذه القوانين وذلك وفقاً لاتفاقية نيويورك^(٢) .

وقد يكون مفيداً استكمالاً لسياق نقطة البحث الراهنة ، أي اشتراط كتابة اتفاق التحكيم ، القول بأن القوانين الحديثة للتحكيم في بعض الدول استجابت للتطور الحادث في مجال التعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، فنصت صراحة على تحقق مقتضى شرط الكتابة في بنود التحكيم التي تحملها رسائل البيانات الإلكترونية. فهذا هو قانون التحكيم الألماني

^(١) وفي هذا السياق جرى اقتراح إصدار قانون نموذجي بشأن اتفاق التحكيم على غرار المادة ٧ من اتفاقية فينا (١٩٨٠) والمادة ٣ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، بحيث يجرى تفسير المصطلحات الواردة في اتفاقيات التحكيم وفقاً للمبادئ المقبولة دولياً أو وفقاً للمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون النموذجي : وثيقة الأونسترال ص ٧ ، ٩ .

^(٢) رد فيرن وهانتر ص ١٣٤ . وقد لوحظ أن تجاوز عقبة اشتراط الكتابة الناتجة عن صياغة اتفاقية نيويورك لا يعنى أن باقي أحكامها تستجيب لمقتضيات التجارة الإلكترونية عامة أو أنها تشجع استخدام وسائل الاتصال الحديثة في تحرير مستندات التحكيم شاملة حكم التحكيم ذاته خاصة ، ولذلك فقد جرى اقتراح مراجعة أحكام أخرى في تلك الاتفاقية لا تستجيب للتطور التقني الحديث في وسائل الاتصال : مطبوعات الأونسترال السابق الإشارة إليها ص ٦١ . ولذلك دعت مجموعة العمل بشأن التحكيم سكرتارية الأونسترال إلى دراسة الاشتراطات الشكلية الأخرى في اتفاقية نيويورك : وثيقة الأونسترال (بالإنجليزية) في ٢٠٠٠/٢/١٠ بند ١٦ ص ٢٣ .

(١٩٩٧) ينص أولا على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون واردا في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل أو فاكسات أو بقرقيات أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي توفر تدوينا لاتفاق ، وينص ثانيا على أن الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم يتوفر إذا ورد في وثيقة مرسله من طرف إلى آخر ما دام لا يوجد اعتراض من المرسل إليه وذلك إذا اعتبرت الوثيقة جزء من العقد الأساسي^(١). ومن جهته اعتبر التشريع الاتحادي للقانون الدولي الخاص في سويسرا العام ١٩٨٧ (١٧٨م) اتفاق بند التحكيم مستوفيا لشرط الكتابة إذا ورد في رسائل البرق أو الفاكس أو التلكس أو أي في أي وسيلة اتصال أخرى متى كان يمكن إثباتها بالكتابة^(٢) . كما جاء قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ معدلا الصياغة الواردة في قانون ١٩٧٥ - التي كانت تشترط كتابة اتفاق التحكيم - مكتفيا بأن يكون الاتفاق مدونا أي وسيلة^(٣) .

^(١) يستثنى القانون الألماني للتحكيم من قاعدته العامة المبينة في المتن اتفاقيات التحكيم التي يكون المستهلك طرفا فيها ، فهذه الاتفاقيات يجب إدراجها في وثيقة موقعة شخصيا منه : وثيقة الأونسترال (٢٦/١/٢٠٠٠ ص ٦١) . وتشير إحدى وثائق الأونسترال (٦/٤/١٩٩٦ ص ١٠) إلى اقتراح كان قد قدم أثناء إعداد المادة ٧ من القانون النموذجي ، ومفاده أن اتفاق التحكيم يكون موجودا أيضا عندما يشير أحد طرفي العقد في عرضه المكتوب أو عرضه المقابل أو تأكيده للعقد إلى الشروط العامة (أو يستخدم عقد نموذجي) مما يحتوي على شرط تحكيمي ولا يعترض الطرف الآخر على ذلك ، شريطة أن يعترف القانون المطبق بإمكانية تكوين العقود على هذا النحو .

^(٢) وفي نفس هذا المعنى المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها أن اتفاق التحكيم يكون مكتوبا إذا ضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة .

^(٣) القسم ٦/٥ و ٢/٠٠ قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ .

تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية

أ.د. عصام الدين القصي
رئيس قسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

مقدمة :

(١) يتميز عالمنا المعاصر بأننا لا نسير على طرقه ونلج دروبه فحسب بل هو يسير أيضا تحتنا وبسرعة أكبر مدفوعا بأحداث جسام وعلوموا واكتشافات مدوية. أن خطانا لا تتحدد سرعتها بما نريده لها وإنما تتحدد بما فرض علينا من إيقاع لهذه الخطى. نحن نتحرك على طرق هي أيضا متحركة، كمن يسير على ممشى متحرك Tapis Roulant يجب عليه أن يسير بقدر سرعة هذا الممشى فان أبطأ أو توقف أختل توازنه أو انكفأ على وجهه وداسته أقدام من يليه.

لقد أهدت الألفية الثانية في رواحها الى الأهلية الثالثة في مقدمها تقنيات هائلة في سبيلها الى تغيير وجه الحياة على كوكبنا الأرضي. فهذا الإلكتروني العظيم الذي يسبح في كل ذرة تحيط بنا ولا نراها، صار يؤدي لنا من الخدمات ما كان يعجز عن تصوره أى عقل بشرى.

فالتلفزيون، الحاسوب، الناسوخ، المحمول... الخ نهاية بشبكة المعلومات الدولية، هذه التقنيات وآخرها على وجه الخصوص، ولكن لن يكون بأخرها حيث يظل التقدم العلمي في إنجازاته واعجازاته الى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لم تجعل العالم فقط بمثابة قرية كونية واحدة وإنما وضعت العالم بأسره في صندوق صغير نطل من نافذته على كل مناحى الحياة والمعرفة بكل دقائقها وبسرعة فائقة.

(٢) وإذا كان القانون في تعريفه التقليدي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الرامية لتنظيم سلوك الإنسان داخل المجتمع، فيتعين إذن على هذا القانون أن يواكب إيقاع الحياة حتى لا يتصف

بالجمود أو التخلف. وإذا كانت التقنيات الحديثة من حاسوب وشبكة معلومات واستخداماتها تمثل نقطة انطلاق جديدة في مسيرة الإنسان نحو افاق من الصعوبة تصور أبعادها وتأثيراتها الموجية المتعاقبة على كافة مناحى الحياة من اقتصادية واجتماعية وربما سياسية أيضا، لذلك يتعين علينا ان نعد العدة لهذا القادم وتداعياته فنضع من الأطر والقواعد ما يتناسب مع طبيعة هذه التقنيات والتي لم يعد لنا خيار في استخدامها وقد لا يكون لنا في المستقبل -منفردين- خيار تنظيمها أيضا.

(٣) ربما للوهلة الأولى قد يبدو أن هناك بونا شاسعا بين العلم ومعادلاته الباردة الجامدة والقانون وارتباطه بالسلوك الإنساني ونوازعه ودوافعه ومشاعره الدافئة المتغيرة. ومع التسليم بهذا التباعد في النطاق المجرد فإننا أمام تقنية فرضت اللقاء بينها في النطاق المحسوس.

فالعلم وقد قدم لنا الحاسوب - وهو لم يكن سوى نتاج لعقل بشرى - طرح مادي شقان مختلفان مرتبطان: الاول ويطلق عليه الـ Hardware ويقصد به المكونات العلمية للحاسوب التي تتمثل في وحدة مركزية Central Unit تتكون من ذاكرة وكتلة حساب ودوائر للأوامر وأجهزة متصلة بهذه الوحدة المركزية، كلها مجتمعة تسمح باطلاق أمر التشغيل واستخراج النتائج كما تسمح بإدخال معطيات أهمها ما يطلق عليه البرنامج.

أما الشق الثاني وهو البرمجة The programation فهو يمثل العنصر الأساسي في نظام شبكات المعلومات التي تعنينا بصفة أساسية باعتبارها مسرح العمليات للموضوع محل الدراسة.

هذا الشق الثاني، وهو ما يطلق عليه Software، تغلب عليه سمة النشاط الذهني الرامى لحل مشكلة أو أنواع من المشاكل وفق معطيات محددة وباستخدام ملفات الحاسوب نفسه.

هذه البرامج مضافا إليها تقنيات أكثر حداثة أخصها تقنية الاستخدام أو المعالجة عن بعد والتي يطلق عليها Tele processing والتي بددت مخاوف البعد المكاني، ثم تقنية المشاركة في الوقت The Time sharing التي تسمح بتعدد المستخدمين للبرنامج الواحد والتي بددت مخاوف عائدة هذه الخدمة، كل ذلك ساعد على الوصول الى منتج جديد أطلق عليه شبكات المعلومات الدولية او يطلق عليه الانترنت Interconnexion of Networks^(١).

(١) هذه الشبكة هي ثمرة جهود وكالة ARPA الى أنشأتها وزارة الدفاع الأمريكية عام ١٩٦٩ وقامت بتنفيذها جامعتي مينسونا وماكجيل عام ١٩٩٢.

لاشك أن هذه التقنيات المتقدمة يقف ورائها بطريقة أو بأخرى جهد بشري، سلوك أنساني، كما أنها وجدت لخير الإنسان وتيسير سبل حياته ومن ثم كانت بحاجة للتنظيم تفعيلًا لدورها في خدمة الإنسان وقضاياها وطموحاته المختلفة وصونا لما يفسر عن استخداماتها من حقوق.

٤) إذن هناك علاقة قائمة بين القانون وبين شبكات ونظم المعلومات يعنينا منها في هذا المقام ليس ما تؤديه هذه التقنية من خدمات جمة للقانون سواء في مجال تجميع وتقية التشريعات أو في مجال المساهمة في تيسير العمل القضائي أو حتى في تدريس هذا العلم السامى وإنما ما نعنيه هنا هو معالجة الدور الذى يؤديه القانون نفسه لهذه التقنية العظيمة خاصة من منظور واحد من أهم وأخطر استخداماتها ألا وهي التجارة الإلكترونية E-Commerce .

فالتجارة الدولية لم يكن من الممكن لها أن تغض الطرف عن هذه الثورة العلمية الهائلة، فهذه التجارة، التى تتحكم في مقدرات الشعوب وثرواتها ومستوى دخول أفرادها، تجد دعماؤها الأساسية في سرعة إنجاز الصفقات وتقليل النفقات وتعظيم الربح في إطار جو من الثقة الأمان. لذلك كان طبيعيا أن يكون لهذه التجارة مواقعها على شبكات المعلومات حيث تعرض السلع والخدمات بدء من شرائط الكاسيت والأقراص المغنطة الى عرض التحف والانتيكات الى الاشتراك في صالات المزاد العالمية الى الدخول الى ساحات تداول الأوراق المالية الى عروض المقاولات وتقديم الخدمات الاستشارية من قانونية ومحاسبية وضريبية ... الخ.^(١)

٥) البحث في هذه الآلية الجديدة المسماة بالتجارة الإلكترونية ليس مجرد استشراف للمستقبل وإنما هو وصف لحاضر قائم ومتنامى.

فأهمية التجارة الإلكترونية أصبحت لا تقبل المناقشة، وهو ما حدا بالجمعية العامة للأمم المتحدة في دياحة قرارها رقم ١٦٢/٥١ الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ بإصدار قانون اليونسترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية - الى الإشارة الى "أن عددا متزايدا من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال ،

(١) لقد أعلنت شركة يابانية مؤخرا على شبكة الانترنت خدماتها في مجال الخياطة والتطريز كما أعلنت انها في سبيلها الى إنجاز آلة جديدة سيتم تسويقها عالميا هذه الآلة قادرة على استقبال ما يرسل إليها من موديلات وأشكال حياكة مباشرة على هذه الشبكة.

يشار إليها بأسم التجارة الإلكترونية E-Commerce التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات".

هذه الأهمية المتنامية للتجارة الإلكترونية قد دفعت أيضا المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية (WIPO (World Intellectual Property Organization) إلى عقد مؤتمر في سبتمبر ١٩٩٩ خاص بحماية حقوق الملكية الفنية والأدبية في مجال هذه التجارة، كما دفعت أيضا بمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD: United Nations Conference on Trade And Development)، في تعليق له على تقرير للبنك الدولي في هذا الصدد إلى التأكيد على أن الكيانات التي لا تتوافر لها مكنة التبادل الإلكتروني للمعلومات (EDI (Electronic Data Interchange) سيكون الإخفاق والخروج من مجال التجارة الدولية هو مصيرها المحتوم.^(١)

لامرية في أن آلية التجارة الإلكترونية تتوافق مع تحرير تجارة السلع والخدمات التي تقودها منظمة التجارة العالمية (WTO (World Trade Organization)، كما يعزز من انتشارها زيوع استخدام وسائل الدفع أو تحويل الأموال الكترونيا (E.F.T (Electronic Funds Transfer)^(٢).

٦) أمام هذه الأهمية المتزايدة للتجارة الإلكترونية كان لزاما علينا العمل على سير أغوار جوانبها القانونية وبيان ما يحيط بها من مشكلات وما يمكن أن يقدم لها من حلول.

ومع ذلك، وبغية توفير العمق اللازم و الضروري للبحث العلمي فإن هذه الدراسة ستقتصر على النظر إلى علاقات التجارة الإلكترونية من منظور القانون الدولي الخاص وخاصة في إطار مشكلتي تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين.

(١) طبقا لتقرير أعدته المراقبة الأوروبية لتقنية المعلومات EITO (European Inform Technology observatory) فإن حجم التجارة على الانترنت قد بلغ في عام ١٩٩٧: ٢٠٠ مليار دولار أمريكي، منشور في Magazine PC Expert Sept. 2003.

(٢) أمام هذه الأهمية وذلك الاهتمام المشهود للتجارة الإلكترونية فليس بمستغرب إذن أن تعلن كبرى شركات صناعة السيارات (جنرال موتورز، كيريلر، فورد) في إعلان مشترك لها بان توزيع قطع غيار سياراتها وكذلك مكونات تجميعها سيتم فقط عن طريق التجارة الإلكترونية.

(٣) أنظر التقرير الذي أعدته اللجنة الاستشارية القانونية لدول آسيا وأفريقيا وتقدمت به سكرتارية اللجنة لدى اجتماعها السنوي في القاهرة عا. ٢٠٠٠

Doc. N. AALCC/XXXIX/Cairo/2000 Sp.-1 "Asian -African Legal consultative committee"
Electronic commerce: Legal Issues and impact on developing countries.

المبحث الأول

تنازع الاختصاص القانوني الدولي

في مجال التجارة الإلكترونية

(٧) يقول الأستاذ الفرنسي Louis Lucas "لو أن منهج ما لا يعدو أن يكون نظرية توقفت عن التطور فهو أكثر من طريقة عمياء"^(١).

وبداية التطوير هو الانتقاد وبيان القصور وتقديم العلاج وإيجاد الحلول هكذا إذا كان المنهج التقليدي لفض مشكلة تنازع القوانين يدور حول آلية مقتضاها أن القاضى عندما يواجه نزاعا مشتملا على عنصر أجنبي فإنه يرجع الى قاعدة التنازع الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق، وطنيا كان هذا القانون أو أجنبيا. هذا المنهج وتلك الآلية لا ينكر أمر المصلحة المحققة من ورائها ودورها القيم الذى تلعبه فى البنيان القانونى لهذا الفرع القانونى المتميز ألا وهو القانون الدولى الخاص.

هذا المنهج الذى يعظم فيه أعمال العقل وتقدر فى تطبيقاته الأذهان تكمنه فى طيات جوانبه الإيجابية تلك مواطن الضعف الأساسية.

كيف يمكن للقضاة من غير المتخصصين الذين ليسوا على دراية كاملة بأغوار مشاكل القانون الدولى الخاص وتعقيدات الحياة الدولية المعاصرة، كيف يمكن لهم أن يطبقوا تطبيقا صحيحا نظرية تنازع القوانين خاصة فى ظل تباين النظم القانونية على مستوى العالم وتباعدها الصارخ لكونها نتاج تاريخ وحضارات وقيم وعادات مختلفة؟

كيف يمكن الوصول الى مضمون القانون الاجنبى - إذا كان هو الواجب التطبيق - وفهم هذا المضمون إذا كنا نؤمن بأن القانون روح لا نص، وكيف يمكن تطبيق هذا القانون وتفسير غوامض نصوصه.

(١) راجع:

Louis Lucas "Conflits de methods en matiere de conflits de lois" Clunet 1956 p.776

الأكثر من هذا أن قواعد التنازع في غالبية الدول هي قواعد قضائية ومؤدى ذلك أن حلول التنازع الوطنية لا تتسم بالثبات والتوقعية وهما وجهها الأمان القانوني المنشود.

٨) والأمر لا يتوقف عند انتقاد آلية قاعدة التنازع وأسلوب تطبيقها، فالأزمة الحقيقية الراهنة التي يعيشها هذا المنهج هي أنه لا يفى بموجبات الحياة الدولية المعاصرة وخاصة في مجال التجارة الدولية وبصفة أخص في مجال التجارة الإلكترونية.

فالتجارة الدولية تقوم أساساً على فكرة العقد الدولي الذي يرتبط منذ القدم بقاعدة قانون الإرادة، بمعنى أنه مثلما يكون لأطراف العقد مكنة وضع الشروط الخاصة بهذا العقد من مبيع وثمان وموعد للتسليم وشروط جزائية في حالة عدم التنفيذ... الخ ففي استطاعتهم أيضاً الاتفاق على القانون الذي يحكم هذا العقد ويتعين أن تفضى كافة المنازعات التي يمكن أن تثار بمناسبة تنفيذه وفق أحكامه.^(١)

في هذا الإطار تواجه التجارة الإلكترونية صعوبة مزدوجة حيث يتعذر بدءاً تحديد هذا القانون بالإضافة إلى أن هذا القانون على فرض الوصول إليه لا بد أن يستجيب لمقتضيات هذه التجارة ودواعيها وكونها تقوم على أدوات غير ورقية ولا تمثل فيها الكتابة ركناً ركيناً كما هو الحال في العقود عامة.

٩) فيما يتعلق بتعذر تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية فالمشكلة تنحصر في حالة ما إذا كان هذا القانون هو قانون محل إبرام العقد^(١)، إذ يرتبط التعرف على هذا القانون بفكرة تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين أو كما يطلق عليه الآن التعاقد عن بعد.

(١) وقاعدة أن العقد يخضع لقانون محل إبرامه Locus Regit Actum تعد من أقدم قواعد الإسناد على الإطلاق وأن قصرها فقه المدرسة الإيطالية القديمة على الشكل الخارجي للعقد، كما أنها ظلت قائمة بالرغم من فقه ديمولان الذي نادى بمبدأ سلطان الإرادة وجعل القانون الذي يحكم موضوع العقد هو القانون الذي اراده المتعاقدان طرحة أو الذي يمكن تبينه من ظروف التعاقد، انظر مؤلفنا في القانون الدولي الخاص، طبعة ٢٠٠٢ صفحة ٥٧٢ وما بعدها.

هذه المشكلة لن نواجهها - في إطار آلية تنازع القوانين - إلا إذا كانت قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانون دولة القاضى المختص بنظر النزاع نشير بتطبيق هذا القانون سواء بطريقة مباشرة كما هو الحال بالنسبة للشروط الشكلية للعقد، أو بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال التعرف على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا أو من خلال الدلائل التي وضعها المشرع أو قدرها القاضى وصولا لتحديد الإرادة المفترضة للمتعاقدين في هذا الصدد.^(١)

إن تحديد محل إبرام العقد ليس بالمشكلة المستحدثة كما أتما في حد ذاتها ليست من مشاكل القانون الدولى الخاص. ففى جميع الحالات التي لا يتوافر فيها ما نطلق عليه مجلس العقد الذى يتم فيه تبادل الإيجاب والقبول تنور هذه المشكلة.

١٠) وعلى الرغم من أن العقد يرتبط وجوده بتلقى إرادة الموجب والقابل، إلا أن النظم القانونية قد اختلفت في تحديد الوقت الذى يمكن القول فيه أن العقد قد انعقد بالفعل، فمنها من يأخذ بنظرية صدور القبول L'emission أى أن العقد يتم إبرامه لحظة إرسال القابل لرسالة قبول الإيجاب، ومنها من يأخذ بنظرية La reception أى أن العقد لا انعقد إلا باستقبال الموجب لرسالة القابل.^(٢)

(١) وقد تبني المشرع المصرى هذا المسلك بأن حدد للقاضى هذه الدلائل في المادة ١/١٩ من القانون المدنى والى تنص على أنه "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد (إرادة مفترضة)، هذا ما لم يتفق المتعاقدان (إرادة صريحة) أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه (إرادة ضمنية).

(٢) يلاحظ أن القضاء الفرنسى لم يستقر بعد على أى من النظريتين ومع ذلك نلاحظ أن هذا القضاء يميل حاليا الى الأخذ بنظام صدور القبول وأن ترك في النهاية الأمر لتقدير قاضى الموضوع أنظر الحكم الصادر عن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في ٧ يناير ١٩٨١ راجع Gazpal 1981.1.146 كما يلاحظ أن التشريع الألماني قد أخذ على العكس بنظرية إستقبال الموجب للقبول وهو ما أخذت به اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع (٢١٣)، واحيرا ننوه الى نظرية الحدث الاخير The Last Shot التي يتبناها القانون الأمريكى والى ترك الامر برمته لقاضى الموضوع، راجع Ludouic Bernardeau "Internet et le Droit des Contrats" Uniform Law Review , vol.3 , 1998.1.p32

في الواقع أن تحديد لحظة ومكان إبرام العقد بدقة هي مسألة لها خصوصيتها في مجال العقود التي ترم على شبكة الإنترنت وذلك لصعوبة تحديد الوقت الذي يتم فيه إرسال القبول أو استقباله. قد يكون من الملائم القول أن تطبيق نظرية إرسال القبول كأساس لتحديد لحظة ومكان إبرام العقد يعني أن العقد ينقذ فور الضغط على موضع الإرسال الذي ينطلق من البريد الإلكتروني للحاسوب بحيث تنطلق هذه الرسالة على الشبكة ويكون من المتعذر إلغائها أو الرجوع فيها أو حتى تعديلها.

مع ذلك تظل مشكلة الوقت المشار إليه على البريد الإلكتروني قائمة إذ مازال - تقنيا - من الممكن حدوث تلاعب في تاريخ الإرسال إذ أن ذلك مرتبط بالتاريخ الذي ضبط عليه الحاسوب نفسه. بالطبع هذه المشكلة غير مطروحة في حالة ما إذا كانت رسالة القبول يتم نقلها بطريق غير مباشر أى بواسطة كيان ثالث يقدم هذه الخدمة Fournisseur D'occes إذ أنه في هذه الحالة لا يلتقى مرسل القبول أو مستقبله مباشرة.

في الواقع أن مشكلة الحقيقية تكمن في حالة تطبيق نظرية الاستقبال، ففي الوقت الذي يتم فيه إرسال البريد الإلكتروني بسرعة فائقة فانه من المتصور عدم تواجد المستقبل على الشبكة بصفة دائمة. ونعتقد أن الحل الأمثل - فيما عدا حالة وجود مورد للخدمة وهو بمثابة الوسيط بين طرفي التعاقد - يتمثل في الاخذ بنظرية العلم الحكيم وليس العلم الحقيقي.

بعبارة أخرى يعد علما بمضمون رسالة القابل دخولها في حيز سلطة العلم Spher de pouvoir لهذا المستقبل، فالبريد الإلكتروني لن يختلف في ذلك عن صندوق البريد العادي، ولو لم يعلم يقينا وفعلا بمضمونها.^(١)

(١) حقيقة الأمر أنه مازال في مكنة أطراف العقد المبرم على الانترنت اختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون الإرادة وذلك بالنسبة للشروط الموضوعية لهذا العقد أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشكل فلا نعتقد في حقيقة هذه المشكلة ذلك أن مثل هذه العقود لا يمكن أن تكون - بحسب طبيعتها الخاصة - عقودا شكلية بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح.

(١) انظر 97 92 p. "Droit prive Allemand , Actes Juridiques Droit subj:ctifs" Lites 1992, p.92 C. witz

من جماع ما تقدم نجد أن المشكلة الحقيقية لا تكمن في آلية تنازع القوانين أو أسلوب وطريقة تطبيق قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية على شبكة الانترنت ، الأزمة الحقيقية التي يعيشها هذا المنهج هي عدم إيفائه بموجبات الحياة الدولية المعاصرة وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية الأمر الذي يدعونا الى البحث عن ضاللتنا المنشودة في منهج القواعد المادية الدولية.

١٢) منهج القواعد المادية الدولية :

كثير الحديث في الآونة الأخيرة - كما بينا - عن ما يسمى بأزمة قاعدة التنازع وينطلق هذا الحديث من منظور انتقادي يكشف عن عدم توافق هذا المنهج مع موجبات الحياة الدولية وعدم كفايته لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية ، علاوة على ما يؤدي إليه تطبيقه من عدم الاستقرار في المراكز القانونية الناشئة عن هذه العلاقات.

فمنهج قاعدة التنازع لا يأخذ بالسممة الدولية إلا في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق ، أى أن السمة الدولية ينظر إليها هنا كعنصر في العلاقة يدفع بها لدائرة القانون الدولي الخاص في حين ان هذه السمة يجب ان تستحثنا على إيجاد أنماط من الحلول - من القواعد الموضوعية - تتفق وخصوصية العلاقات الخاصة الدولية وهو أمر نحن في حاجة ماسة له فيما يتعلق بالتجارة الدولية عامة والتجارة الإلكترونية خاصة.

ومن ناحية أخرى، فأمام اختلاف قواعد التنازع من دولة الى أخرى وكون تطبيق قاعدة تنازع معينة في شأن مسألة ما هو رهن بعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي تعد هذه القاعدة جزء من نظامها القانوني، هذا من شأنه الوصول الى حلول لا تتفق وتوقعات الأطراف او بعضهم.

وقد وجد الفقه في منهج التوحيد الدولي خاصة على صعيد القواعد المادية الموضوعية خير علاج لهذه المثالب الجوهرية.

التوحيد الدولي للقانون الخاص المادى على الصعيد الدولي سبيله الأساسي - في الواقع - هو الاتفاقيات الدولية. ففي مقدرة دولتين أو أكثر الاتفاق على الأخذ بقواعد موحدة بخصوص مسألة قانونية معينة، هنا إذا كان على القاضى التصدى لتزاع يتعلق بمضمون الاتفاقية وكان أطراف هذا النزاع ينتمون لدول موقعة عليها فانه لا يوجد - من حيث الظاهر - أى تنازع بين

قوانين هذه الدول، فهذا التنازع لا يثور في الواقع إلا إذا كان هناك اختلافا بين القواعد المادية التي تتضمنها القوانين المتنازعة.

١٣) ومع ذلك فيجب إلا نغالي في قيمة هذا الاستنتاج، فاتفاقيتي جنيف (٧ يونيو ١٩٣٠ الخاصة بالكيميالة والسند الاذن، ١٩ مارس ١٩٣١ الخاصة بالشيك)، وهما نموذجان للاتفاقيات التي تنشأ التوحيد القانوني الدولي، لا تفرقة فيهما بين المنازعات الناشئة عن علاقات وطنية محضة وتلك الناشئة عن علاقات ذات عنصر اجنبي (علاقات خاصة دولية) رغم خصوصية الأخيرة.^(١) حتى الاتفاقيات الدولية التي قصد بها وضع قواعد موحدة واجبة التطبيق فقط على المنازعات الدولية كاتفاقيتي لاهاي ١٩٦٤، فيينا ١٩٨٠ اللتان يقتصر موضوعهما على البيع الدولي للمنقولات المادية مازال يحف بتطبيقهما الكثير من الصعاب. فعندما تضع مثل هذه المعاهدات قانونا موحدا فان هذا القانون يصبح جزء من النظام القانوني للدول الموقعة، ولكنه لن يعد كذلك بالنسبة للدول الاخرى ومن ثم فان تطبيق هذه القواعد المادية التي يتضمنها هذا القانون يفترض ان النزاع مطروح على احدى محاكم دولة من الدول المتعاهدة، الأمر الذي يفقد هذه القواعد صفة العالمية.^(٢)

بصفة عامة فان الاتفاقيات الدولية الرامية الى التوحيد الدولي تفتقد عادة لمعيار يحدد مجال تطبيقها (كما هو الحال في اتفاقية بروكسل ٢٩ ابريل ١٩٦١ الخاصة بنقل الأشخاص بطريق البحر) بالإضافة الى احتمالية خضوع مثل هذه الاتفاقيات - في التطبيق - لتفسيرات متعارضة لنصوصها (كما هو الحال في اتفاقية فارسوفي الخاصة بالنقل الجوي).

بالرغم مما تقدم فاننا لا نستطيع ان ننكر الدور الذي تلعبه هذه الاتفاقيات في تطوير العلاقات التجارية الدولية ومحاوله تغلبها على عقبة اختلاف القواعد المادية الوضعية من دولة الى أخرى.

(١) انظر : P.Mayer "Droit International prive"ed Montchretien, 1987, 94 ,p.61

(٢) انظر :

Y. Loussouarn & P. Bourel "Droit International prive", 3e ed. 1988 ,69 p. 75; Abert H. Kritzeru "Guide to practical applications of the United Nations convention on contracts for international sale of goods" ed. Kluwer Law & Taxation publisher 1989

هذه الآلية الدولية بالإضافة الى محاولتها تخطى مشكلة تنازع القوانين فانها تسعى الى إقامة قانون مشترك حقيقى مستمد من الأعراف الدولية. ونعتقد من جانبنا ان هذه الاتفاقيات ستشكل فى المستقبل القريب قانونا عالميا تنكمش أمامه السيادة التشريعية الوطنية للدول والسق سيقصر نطاقها على القوانين العقابية وقوانين الأحوال الشخصية.

هذا لا يقلل - على الأقل فى الوقت الراهن - من أهمية دعوة المشرع الوطنى لتعديل القوانين الوطنية بحيث تكون صالحة للتطبيق على العلاقات القانونية الخاصة فى مجال التجارة الإلكترونية.

١٤) منهج قواعد القانون الدولى الخاص المادى: فيما يتعلق بهذا النهج من مناهج حل مشكلة تنازع الاختصاص القانونى فيتلخص فى ان المشرع الوطنى -واحيانا القضاء الوطنى- بخصوص بعض المسائل التى تعد بطبيعتها ذات سمة دولية (كمسائل التحكيم) او لكثرة توافر العنصر الاجنبى فيها (كمسائل التجارة الدولية) نجده يعنى بوضع مجموعة من القواعد المادية تختص بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية لقناعتته باختلافها وتميزها عن العلاقات الوطنية البحثه (مثال ذلك التقنين التجارى الدولى لتشيكوسلوفاكيا - السابقة - الصادر فى ديسمبر ١٩٦٣، القانون البلجيكى الصادر فى ابريل ١٩٦٥)^(١).

فى الواقع ان قواعد القانون الدولى الخاص المادى هى قواعد وطنية قصد بها وضع احكام تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية وجد أنها أكثر وفاء بمتطلبات المعاملات الدولية من تلك القواعد التى اريد بها تنظيم العلاقات الوطنية البحثه.

حقيقة الامر أن المشكلة الاساسية التى تعيشها العلاقات الخاصة الدولية هى ان القوانين الوطنية لم تعد تفى بحاجة التجارة الدولية بصفة عامة او طموحات الاوساط المهنية بصفة خاصة. هذه التجارة وتلك الاوساط المهنية لها عاداتها واعرافها ونظمها التى تعد من وجهه نظر المشتغلين أو المعنيين بها هى قانونهم الحقيقى والذى اطلق عليه الفقه مصطلح Lex Mercatoria.^(٢)

(١) انظر: Francois Rigaux "Droit International prive", 1968 ed. A. pedon, 75 p. 103 et s.

(٢) انظر: B. Goldman : "Frontieres du droit et lex mercatoria" , Archives de philosophie du droit, 1964, vol. Ix p. 177.

لا شك ان العادات والأعراف المستقرة في مجال التجارة الدولية ، والتي تجسدها في النهاية مجموعة من القوانين والعقود النموذجية، أصبحت تشكل عاملا هاما في استقرار وتطوير العلاقات القانونية الدائرة في فلكها، كما ساعدت على تضيق مجالات تنازع القوانين التي تنور بشأنها الى الحد الذي جعل البعض يعتقد أننا امام ميلاد قانون خاص مشترك (دولي) او نوع من قانون الشعوب الحديث Jus gentium moderne.

هذا التطور نجد واضحا مشهودا إذا ما استعرضنا المصادر القانونية الدولية للتجارة الإلكترونية، وكذا قانون اليونسترال (القانون النموذجي) الذي تم وضعه في شأن هذه التجارة لكي يكون مرشدا وهاديا للمشرع الوطني عند اضطراره بأمر تنظيمها.

١٥) المصادر القانونية الدولية للتجارة الإلكترونية :

منذ نهاية السبعينات والمنظمات الدولية الاساسية المعنية بمسائل التجارة الدولية تسعى حثيثا لتشجيع الدول على الغاء مجموعة من القيود القانونية الخاصة بالتجارة بواسطة الحاسوب والاعتراف بالقيمة القانونية للتسجيل المعلوماتي Informatic Registration. في تلك الآونة ونظرا لان هذا التسجيل المعلوماتي لم يكن محاطا بالضمانات التقنية الكافية ضد أعمال التزييف والتحريف للبيانات Falsification فقد ترددت المحاكم وهيئات التحكيم في غالبية الدول - وخاصة دول الـ Common Law - في قبول البيانات المستمدة من الحاسوب كدليل للاثبات. ربما نجد اللبنة الاولى للافكار القانونية الرامية لتبسيط التجارة الدولية عبر شبكات المعلومات في التوصيات التي صدرت عن لجنة الامم المتحدة الاقتصادية لأوروبا في عام ١٩٧٩ والخاصة بوثيقة الشحن البحري حيث تضمنت اقتراح باستخدام المعالجة الإلكترونية للمعلومة في اطار القواعد الضرورية والاجراءات الخاصة بالنقل البحري الذي يتميز بانتشاره مع تطور التجارة الدولية بالاضافة الى تكلفة مستنداته الورقية التي تصل الى ١٠% من قيمة البضائع.

(١) أنظر:

A. Kopelmanas (International conventions and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law in "The source of the law of international trade") ed clive M. schmitthoff , Londres , 1964 p.118

هكذا ففي غياب اتفاقية دولية خاصة بالتجارة الدولية فأنا نجد ان المطروح الآن من تنظيمات حتى على مستوى المنظمات الدولية الحكومية لا يعدو ان يكون تقنيا دوليا اختياريا وهو ما يطلق عليه الـ Soft Law مقابلة بالقوانين الملزمة التي تصدر عن المشرع الوطنى او نابعة من اتفاقية دولية ملزمة وهو ما يطلق عليه Hard Law مع اختلاف المدلولات بين القانون ولغة الحاسوب. وهذا الـ Soft Law هو مجموعة من الأحكام الغير ملزمة تعتمد في مصدرها على العادات والأعراف التجارية.

في هذا السياق نجد ان بروتوكول مونتريال (٢٥ ابريل ١٩٧٥) المعدل لاتفاقية فارسوفي (١٢ اكتوبر ١٩٢٩) الخاص بالنقل البحرى نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على ان "استخدام اى وسيلة ثبوتية اخرى خاصة بالنقل يمكن - وبناء على ارادة المرسل - ان تحل محل خطاب النقل البحرى".

كذلك فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من اتفاقية هامبورج (٣١ مارس ١٩٧٨) على ان التوقيع على البوليصة يمكن ان يكون فى شكل رمزى Symbolic أو باى طريقة اخرى ميكانيكية او الإلكترونية "إلا إذا كان هذا الإجراء لا يتوافق مع قانون دولة إصدار وثيقة الشحن" وهو ما أخذت به اتفاقية جنيف - الخاصة بالنقل الدولى للبضائع (٢٤ مايو ١٩٨٠).

وتفاعلا مع مقتضيات التجارة الإلكترونية اصدر المجلس الأوروبي فى عام ١٩٨١ توصياته فى هذا الشأن مؤكدا على ضرورة التنسيق بين التشريعات المعنية والتي تستلزم الكتابة فى الإثبات بحيث يمكن تطوير هذه التشريعات ودفعها الى قبول واعادة إخراج الوثائق والتسجيل المعلوماتى. ولم تكن التوصية بالإيعاز للدول الأوروبية بالاهتمام بهذه الآلية المستخدمة بل إنها انتقلت الى وضع بعض التفصيلات الموضوعية كضرورة مراجعة المعلومات المسجلة إلكترونيا كل خمس سنوات على الأقل بالإضافة الى ضرورة الحفظ الإلزامى لهذه المعلومات لمدة عشر سنوات على الأقل.

١٦ دور لجنة الامم المتحدة للتجارة الدولية United Nation Commission for
La Commission des Nations ، بالفرنسية International Trade Law (UNCITRAL)
Unis pour le Droit Commercial International (CNUDCI)

هذه اللجنة انشئت في ١٧ ديسمبر ١٩٦٦ بقرار من الجمعية العامة بناء على اقتراح من ممثل الحكومة المغربية بالأمم المتحدة وذلك في سبتمبر ١٩٦٤. يهمننا منه المذكرة الشارحة لهذا المقترح والتي ورد فيها ما نصه "من المستغرب ان التجارة الدولية التي تنحو نحو العالمية تظل محكومة بتشريعات داخلية تتباين فيما بينها وبصورة متزايدة، إن تغيير المضمون او الجوهر الاقتصادي يتطلب بالضرورة تغيير الهيكل او الاطار القانوني حتى لا يصبح عائقا يحول دون التطور مستقبلا".

هذه اللجنة بعد ان ناقشت المسائل القانونية الخاصة بالنقل الالكتروني للاموال Electronic Fund Transfer ، وذلك خلال دورتها الخامسة عشر في عام ١٩٨٢، قررت ان تدرج في جدول أعمال دورتها السابعة عشر المشاكل القانونية الخاصة باستخدام المعالجة الالكترونية لمعطيات التجارة الدولية. هذه الدورة الاخيرة والتي عقدت مع مجلس التعاون الجمركي اقتصر الامر فيها على معالجة مدى قبول الاقرارات الجمركية عن البضائع القائمة على معلومات الكترونية.

وفي خطوة حاسمة اقتربت بها لجنة الامم المتحدة للتجارة الدولية من المشاكل الحقيقية للتجارة الالكترونية التحدت اللجنة في دورتها الثامنة عشر في عام ١٩٨٥ توصية ادرجت في قرار الجمعية العامة في ١١ نوفمبر ١٩٨٥ مفادها اعادة النظر في القواعد القانونية الوطنية التي تشكل عائقا امام استخدام نظم المعلومات في الصفقات التجارية وذلك بالسماح من ناحية بالتسجيل المعلوماتي للبيانات التي تمثل مستندات الصفقة كما تسمح من ناحية اخرى بتداول هذه البيانات بمساعدة نظم المعلومات وبطريقة الرسائل الالكترونية.

في الحقيقة هناك متطلبات قانونية تشكل عائقا حقيقيا امام تطوير التجارة بواسطة الحاسوب تدعونا الى الاعتراف بالقيمة القاطعة للتسجيل الإلكتروني بدلا من المستندات المكتوبة والسماح

(١) انظر تقرير الأمم المتحدة :

United Nations Conference on : Trade and development "legal Dimensions of Electronic commerce" TD/B/com.3/EM.8/2/4 May 1999.

انظر ايضا تقرير اللجنة الاستشارية القانونية لدول اسيا وافريقيا، سابق الاشارة اليه، من صفحة ٩ الى ١٣.

بالتوقيع بالوسائل الإلكترونية وامكان تقديمها بعد استخراجها من الحاسوب الى الإدارات العامة في الدولة (كالضرائب والجمارك).

لذلك كان حريا باللجنة ان تضع نموذجا لقانون "يسر استخدام التجارة الإلكترونية ويكون مقبولا لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة بحيث يمكن أن يساهم على نحو هام في تنمية علاقات اقتصادية دولية منسجمة".

وقد أسفرت الدورة التاسعة والعشرون عن اعتماد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لمشروع قانون نموذجي بالتجارة الإلكترونية صدر به قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٢/٥١ في جلستها الخامسة والثمانين في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦.^(١)

١٦م) قانون اليونسفرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

حصر قرار الجمعية العامة رقم ١٦٢/٥١ في شأن إصدار القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المشكلة او الدافع لإصدار هذا القانون في الفقرة الثانية من ديباجته حيث نص كما أسلفنا على انه "واذ تلاحظ ان عددا متزايدا من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال ، يشار إليها عادة باسم (التجارة الإلكترونية) التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات".

هذا القانون النموذجي بالإضافة الى طابعة الاسترشادى الغير الملزم وكونه مجرد مجموعة من القواعد وضعت لكي تسير قوانين الدول الوطنية على هديها، هذا القانون لا يعد في الواقع سوى إطار قانوني تضمن أحكام عامة دون الدخول في تفصيلات فرعية موضوعية أو فنية هذه الأحكام العامة، والتي يمكن للقوانين الوطنية النص على استثناءات عليها، يمكن تفصيلها فيما يلي:

(١) هناك العديد من النظم القانونية التي اخذت بهذا القانون النموذجي في تشريعها الوطنية: سنجاور (قانون ١٩٩٨ الخاص بالمعاملات الإلكترونية) ، قانون ولاية الينوى الامريكية (قانون ١٩٩٨ الخاص بأمن التجارة الإلكترونية) قانون جمهورية كوريا (الجنوبية) (قانون ١٩٩٩ الخاص بالتجارة الإلكترونية التوقيع الإلكتروني)، هناك أنظمة اخرى اخذت هذا القانون النموذجي في الإعتبار: استراليا ١٩٩٩ قانون المعاملات الإلكترونية، كندا (مشروع القانون الموحد للتجارة الإلكترونية) ... الخ راجع تقرير GEROLD HERMANN سكرتير عام اليونسفرال المقدم الى مؤتمر روما حول الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية (١٥-٢٦-٢٠٠٠).

أ. المعلومات لا تفقد مفعولها القانوني او صحتها او قابليتها للتنفيذ لمجرد إنها في شكل رسالة بيانات.

ب. عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة او اكتفى القانون بمجرد النص على العواقب التي ترتبت إذا لم تكن المعلومات مكتوبة ، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.

ت. عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص او نص على العواقب التي ترتب على عدم وجود توقيع ، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة الى رسالة البيانات إذا استخدمت طريقة لتقنين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ث. عندما يشترط القانون تقديم المعلومات او الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي سواء كان هذا الشرط شكل التزام او نص على العواقب المترتبة على تخلفه ، تستوفي في رسالة البيانات هذا الشرط إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي بوصفها رسالة بيانات وكانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر ان تقدم إليه إذا كان ذلك مشروطاً. ويكون معيار تقدير سلامة هذه المعلومات هو بقاؤها مكتملة دون تغيير كما ان درجة التعويل عليها تقدر على ضوء الغرض الذي أنشئت من اجله المعلومات وجميع الظروف ذات الصلة.

ج. في إيه إجراءات قانونية لا يطبق اى حكم من أحكام قواعد الإثبات من اجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات لمجرد إنها رسالة بيانات او بدعوى إنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي افضل دليل يتوقع من الشخص الذى يستشهد بها - وبدرجة مقبولة - ان يحصل عليه. وكما هو الحال في الفقرة السابعة فان درجة حجية المعلومات الواردة في شكل رسالة بيانات تتوقف على جدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء او تخزين او إبلاغ رسالة البيانات وللطريقة المستخدمة للمحافظة على سلامة المعلومات.

ح. عندما يقضى القانون بالاحتفاظ بمستندات او سجلات او معلومات بعينها يتحقق الوفاء بهذا المقتضى اذا تم الاحتفاظ برسالة البيانات وتيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو

يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقاً، والاحتفاظ بها في شكلها او بشكل يعكس دقة المعلومات الذى أنشئت أو أرسلت أو استلمت به هذه الرسالة. كما يتعين ان تكون هذه المعلومات على نحو يمكن من استبانته منشأ الرسالة وجهه وصولها وتاريخ ووقت ارسالها واستلامها.

خ. فى سياق تكوين العقود (وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك) يجوز استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإيجاب والقبول ، كما لا يفقد التعبير عن الإرادة او غيره من اوجه التعبير أثره، فى العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، مجرد ان هذا التعبير فى شكل رسالة بيانات.

د. تعتبر رسالة البيانات إنما صادرة عن المنشئ اذا كان هو الذى أرسلها بنفسه او عن طريق شخص له صلاحية التصرف نيابة عنه او من خلال نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نائبه.

ذ. فيما يتعلق بزمان إرسال واستلام رسائل البيانات فان الإرسال يتحقق عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ او نائبه. كما يتحقق الاستلام من وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو من وقت استرجاع المرسل اليه لها اذا كانت الرسالة قد أرسلت لنظام معلومات تابع له.

ر. فيما يتعلق بمكان إرسال واستلام رسالة البيانات فان مكان الإرسال يتحدد بمقر عمل المنشئ كما يتحدد مكان الاستلام بمقر عمل المرسل إليه واذا تعددت مقار العمل يقصد بمقر العمل ذلك الوثيق الصلة بالمعاملة او المقر الرئيسى وفى غياب مقر عمل محدد يعول على محل الإقامة المعتاد.

(١٧) بعيداً عن هذه الأحكام القانونية فأنا نعتقد أن الأهمية الكبرى تكمن ليس فى القانون النموذجي ذاته وانما فيما يسمى بالدليل التشريعي او ما تعارف على تسميته بالمذكرة الإيضاحية. هذه الدليل قد حوى مجموعة من المبادئ والإيضاحات نجد من الأهمية بمكان ان نستعرضها تباعاً:

أ. أن الغرض من القانون النموذجي ان يقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دولياً بشأن كيفية إزالة عدد من العقبات التي تحول دون استخدام وسائط تقنية لإيصال معلومات ذات دلالة قانونية فى شكل رسائل غير ورقية.

ب. هذه المبادئ وتلك القواعد مخاطب بها أيضا أطراف صفقات التجارة الإلكترونية لمساعدتهم في صياغة بعض الحلول التعاقدية لحل مشاكل هذه التجارة.

ت. يؤكد الدليل الإيضاحي على ان غياب التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية - وهو الغالب حتى الآن - يؤدي الى عدم يقين بشأن الطبيعة والصلاحية القانونية للمعلومات المقدمة في شكل آخر غير المستند الورقي.

ث. اعتماد القانون النموذجي كقاعدة في التفسير يكون من شأنه تيسير تطبيق الاتفاقيات الدولية ذات الصلة في مجال التجارة الدولية بدلا من اللجوء الى إبرام بروتوكولات أو ملاحق جديدة لهذه الاتفاقيات.

ج. يشمل اصطلاح التجارة الإلكترونية استخدام التقنيات الالكترونية من اجل :

- إرسال بيانات من حاسوب الى حاسوب بصيغة معيارية خاصة.
- بث رسائل إلكترونية تنطوي على استخدام صيغة معيارية عامة متاحة للكافة.
- إرسال نص عن طريق الإنترنت
- يسرى نفس الحكم على استخدامات التلكس والنسخ البرقي (الفاكس) كما تسرى على أى تقنية من تقنيات الإبلاغ التي قد تستحدث مستقبلا.

ح. أن القانون النموذجي لا يهدر الأغراض والوظائف المؤداة بواسطة الاشتراط الورقي التقليدي بل يسعى الى تحقيق الأغراض والوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية.

هذه الأغراض القابلة للتحقيق في ظل المعطيات التقنية الحالية تتمثل فيما يلي :

أ. أن يكون المستند مقرأ للجميع.

- توفير إمكانية بقاء المستند بلا تحوير بمرور الزمن.
- إتاحة المجال لتوثيق البيانات بواسطة التوقيع.
- إتاحة وضع المستند في شكل مقبول لدى السلطات العامة.
- لا شك انه في ظل التقنيات الحديثة فان هناك درجة أعلى من الموثوقية والسرعة في تحقيق هذه الأغراض.

وإذا كنا قد تحدثنا عن أهمية الاستهداء بهذا القانون النموذجي ، فإن هذا الهدف يعظم إذا ما عرجنا على مشكلة الإثبات في مجال التجارة الإلكترونية التي رأينا - بالرغم من خروج تناولها عن إطار هذه الدراسة - أن لها خصوصية تدعو الى ضرورة طرحها على بساط البحث.

١٨) خصوصية الإثبات في مجال التجارة الإلكترونية:

الإثبات في تعريفه العام هو إقامة الدليل أمام القضاء (القضاء الرسمي او هيئات التحكيم) بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة معينة يترتب عليها آثار قانونية.

ومن المقرر ان محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق سواء كان تصرفا قانونيا او واقعة قانونية.

وتقوم الصفقات التجارية على أساس عقود مبرمة (سواء بالمفهوم الضيق او المفهوم الواسع لإبرام العقود). ومن المعروف ان التجارة الإلكترونية قد تطورت من تعامل في إطار مغلق أساسه رابطة عقدية عادية الى تعامل مفتوح لا يرتبط فيه الأطراف يرابطة عقدية سابقة الإعداد.

وتحتل الكتابة مرتبة متقدمة في طرق الإثبات لسهولة أعدادها مقدما منذ نشوء الحق دون التبرص الى وقت المخاصمة. وهي تعد بذلك من الطرق المباشرة في الإثبات لان دلالتها مباشرة على الواقعة او التصرف المراد إثباته.

وتنحصر مشاكل التجارة الإلكترونية في مجال الإثبات في ثلاث: الكتابة، التوقيع، النسخة الأصلية. فهذه الثبوتيات الثلاث لا يتفق معها من حيث الظاهر اللجوء الى تقنيات الحاسوب وشبكات المعلومات ومع ذلك فإن الصدام بينهما يمكن تلافيه بقدر من التعمق في البحث دون الإخلال بالأهداف المرجوة.

فصفة عامة فإنه فيما عدا قواعد الاثبات المتعلقة بالنظام العام (كاثبات النسب مثلا) فإنه يجوز الاتفاق على طرق خاصة بالاثبات. وقد ساق فقهاء القانون المدني تدليلا على ذلك حجة مفادها ان الاصل في موقف القاضى من الدعوى هو الحياد والخصمان هما اللذان يقفان موقفا ايجابيا فلهما ان يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للاثبات ولكن لا تثريب عليهما ان خالفا هذه القواعد باتفاق بينهما وطبقا قواعد اخرى يريانها اقرب الى اداء العدالة وتمحيص الحقائق.

ومن ناحية اخرى فان إثبات الحق لا يزيد خطورة عن الحق ذاته فاذا كان في مقدور صاحب الحق التزول عنه فكيف لا يجوز له الاتفاق مع خصمه على طريق معين لاثبات هذا الحق. (١٩) نخلص من ذلك الى انه في مجال التجارة الإلكترونية يتعين ان نطالع في عقودها بنودا خاصة تؤكد قبول الأطراف لوسائل الإثبات الإلكترونية بدلا من المستندات الورقية. وفي نفس السياق يتعين ان تشير القوانين المعنية بترتيب الالتزام بالكتابة للإثبات ان تفصح صراحة عن مكنة اطراف العقد في التنازل عن مثل هذا الالتزام.

أما عن الالتزام بالتوقيع فنعتقد انه في إطار الغرض من هذا الالتزام وهو التأكد من ارتباط التوقيع بشخصية صاحبه فان التقنيات الحديثة تقدم لنا بدائل اكثر ايفاء لهذا الغرض كأرقام الشفرة وبصمة الصوت وما الى ذلك من المستحدثات في هذا المجال.

واذا ما نظرنا الى التشريع الوطني في هذا المجال نجد انه ليس امامه سوى اما الغاء الالتزام بالتوقيع التقليدي طالما ان هناك بديل ثبوتى لتبادل الارادات حول مكونات العقد او اذا احتفظ القانون بهذا الالتزام يتعين اعترافه بالتوقيع او التصديق الإلكتروني على هذا العقد.

وقد اشير الى هذه الحلول في اطار البرنامج الذى وضع على مستوى الجماعة الأوروبية تحت

.Trade Electronic Data Interchange (TEDIS).

كذلك الامر فيما يتعلق بضرورة توافر نسخ اصلية للعقد فان الامر يمكن الركون في شأنه لارادة الاطراف كما يمكن من ناحية اخرى في اطار التعويل على الرسائل الإلكترونية والتسجيل الإلكتروني الاستغناء عن مثل هذا الالتزام.

هذه الامور جميعها تلقى بالضوء على مسألة غاية في الاهمية تتعلق بالملاحق الفنية الخاصة بعقود التجارة الدولية حيث يتعين ان يكون هناك توافقا بين نصوص الاتفاق وبنود هذه الملاحق. كما يجب الانسى اهمية دلالات المصطلحات المستخدمة في عقود التجارة الإلكترونية سواء على المستوى الفني او القانوني ، من هنا جاء حرص غرفة التجارة الدولية بباريس على وضع مشروع خاص بمصطلحات التجارة الإلكترونية E.Com. Terms.

٢٠) مما تقدم بين لنا أهمية الاستهداء بالقواعد المادية الدولية التي توصلت اليها المنظمات الدولية المعنية وأهمية تحرك الدول لإبرام اتفاقيات دولية خاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية أو تنقية تشريعاتها بحيث تصبح أكثر ملائمة لمقتضيات هذه التجارة. هذا الجهد المنتظر يوازية جهدا آخر لا يقل أهمية يتمثل في أن تعكف الأوساط المهنية على وضع نماذج لعقود التجارة الدولية الخاصة بقطاعات التجارة المختلفة. هذه العقود النموذجية تعد مصدرا هاما من مصادر قانون التجارة الإلكترونية كما كانت دائما بالنسبة للتجارة الدولية بصفة عامة.

٢١) إيماننا بأهمية هذه العقود النموذجية وضرورتها لتحقيق الأمن والسلامة لصفقات التجارة الإلكترونية فقد أسفرت جهود غرفة تجارة وصناعة باريس CCIP، الجمعية الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني AFCEE عن وضع عقد نموذجي للتجارة الإلكترونية.^(١)

وتجدر الإشارة الى أن هذه العقد النموذجي يضعف من قيمته الدولية أنه وضع بالتوافق مع أحكام القانون الفرنسي المستمد من التشريعات الوطنية ومن القواعد السارية في هذا المجال على صعيد الجماعة الأوروبية.

ومن ناحية اخرى، وفي مجال التجارة الإلكترونية بين الشركات المنتجة وبين المستهلك ، تبدو صعوبة هامة تتمثل في فرض عرض التراجع أمام قاض أجنبي يرى في قوانين دولته انها تتضمن قواعد أمره تحقق حماية أفضل للمستهلك الأمر الذى يهدد مجال تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة عامة كما يبرز عدم كفاية العقد النموذجي لكي يحكم كافة جوانب هذه العلاقة العقدية.

مما تقدم يبين لنا المشكلات التي تحيط بمسألة تنازع الاختصاص القانوني الدولي وأهمية التعرف على القانون الواجب التطبيق وأهمية أن يصبح العقد النموذجي المتبع هو القانون الفعلي المنظم للعلاقة بين أطرافها. ومواجهه هذه المشكلات وتحقيق أمن صفقات التجارة الإلكترونية وحماية أطرافها لن يتأتى إلا بحل مشكلة آلة تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ هذه الصفقات.

(١) تم وضع صيغة هذا العقد النموذجي كملحق لهذه الدراسة ، راجع :

<http://www.ccip-fr/etudes/dossiers/contrat/pdf/juin 1998>

المبحث الثاني

تنازع الاختصاص القضائي

في مجال التجارة الإلكترونية

(٢١) من المسلم به أن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لا تنهض على أسس قانونية فحسب فقد يترسم المشرع الوطني أبعادا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية عند وضع معايير لاختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالروابط القانونية ذات العنصر الاجنبي.

ففي فرنسا مثلا تختص المحاكم الفرنسية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها فرنسيا -مدعى أو مدعى عليه- حتى ولو كان موطنه في دولة أجنبية، وبصرف النظر عن نوع الدعوى، وذلك فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار يقع في الخارج. هذا الاختصاص المبني على الجنسية الوطنية لاحد أطرف الدعوى يقوم على اعتبار سياسى فى حين ان الاختصاص بالدعاوى التي يكون جميع أطرافها من الأجانب فإنها تقوم على اعتبارات قانونية بحتة.

وإذا ما انتقلنا الى إنجلترا سوف نجد ان تحديد ضوابط الاختصاص القضائي بصفة عامة بالإضافة الى موطن المدعى عليه، يدور فى فلك مبدأ الفاعلية أو قوة النفاذ Effectiveness ، ومقتضى هذا المبدأ أنه لا اختصاص للقاضي بإصدار حكم لا يستطيع كفاءة تنفيذه فى إقليم دولته. من هذا المنطلق فان اختصاص المحكمة الإنجليزية يقوم فقط على ما إذا كانت القاعدة الإجرائية قد اتبعت من عدمه "depends solely upon whether a routine rule procedure has been followed". ويقصد بهذه القاعدة الإجرائية تحديدا هو ان يتم إعلان المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة بصرف النظر عن جنسيته، حتى لو كان أجنبيا عابرا للبلاد وبصرف النظر عن نوع الدعوى ولو كانت منته الصلة بإنجلترا.

٢٢) اما في مصر فقد منح المشرع ، على منوال ما فعل بإفراده المساحة الكافية لقواعد تنازع القوانين، فمحا تفصيليا بان خص ضوابط الاختصاص القضائي الدولي بفصل خاص هو الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الاول المتعلق بالتداعي أمام المحاكم في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الصادر في ١٧ مايو ١٩٦٨ ، ويقوم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، كما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، على مبادئ ثلاث:

أولهما: مبدأ الإقليمية: ويعد هذا المبدأ تجسيدا لفكرة السيادة، وذلك لتعلق الاختصاص القضائي الدولي بأداء مرفق هام من مرافق الدولة، وهو مرفق القضاء واتصال هذا الأخير بمهمة من مهام الدولة الأساسية وهي إقامة العدل في ربوعها.

ثانيهما: هو أن المدعى عليه أولى بالرعاية، هذا المبدأ تتوافق معه قاعدة أصولية في قانون المرافعات مقتضاها أنه على المدعى ان يسعى الى المدعى عليه Actor Sequiter Forum rei ، وذلك حتى لا تصبح تكلفة التقاضي تكأة لإرهاق المدعى عليه أو التكيل به.

وثالث: هذه المبادئ هو ضرورة الأخذ في الاعتبار بفكرتي العدالة والملائمة واللذان قد يوجبا في بعض الأحيان الخروج عن المبدأين السالف ذكرهما.

وبعيدا عن المعايير المتعلقة بجنسية أو موطن المدعى عليه فإن عقود التجارة الإلكترونية ترتبط بالمعيار الواجب الإلتباع في حالة ما إذا كان النزاع يتعلق بالتزامات تعاقدية.^(١)

هذا المعيار نجده في نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والذي يسند الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كان نشوء الإلتزام المتنازع فيه أو تنفيذه أو وجوب تنفيذه في مصر.

٢٣) ومع ذلك فقد درجت التشريعات المقارنة على الاعتراف لأطراف الخصومة بممكنة تحديد محكمة يعينها لنظر النزاع القائم بينهم. هذا الفرض يتوافر في غالب الأحيان في مرحلة سابقة على قيام الخصومة كما أنه يمثل شرطا ثابتا دارجا في غالبية العقود الدولية كما نجده أيضا في العقود النموذجية.

(١) المقصود هنا ليس الإلتزام في حد ذاته وإنما المقصود هو مصدر هذا الإلتزام.

وقد اتجه الفقه في فرنسا وبصفة عامة نحو قبول شرط الاختصاص القضائي في العقود الدولية وسواء كان في ذلك جلبا لاختصاص القضاء الوطني أو سلبا لاختصاصه. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الأمر في حكم لها صدر في ١٧ ديسمبر ١٩٨٥ حيث قضى صراحة بان الشروط التي تخالف قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد صحيحة عندما يتعلق الأمر بتزاع دولي.^(١)

أما في مصر ، فقد أقرت المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري مبدأ إمكان رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية "ولو لم تكن داخلية في اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا". ولكن يبقى السؤال حول مدى ملائمة ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

فبالإضافة الى الصعوبات المتعلقة بتحديد مكان وزمان إبرام العقد ، فإن الأسلوب القضائي لتسوية هذا النوع من المنازعات اضحى من الصعوبة بمكان التسليم به.

(٢٤) التحكيم وتسوية منازعات التجارة الإلكترونية :

لقد بات من المؤكد أن اللجوء الى الطريق القضائي لحل منازعات التجارة الدولية بصفة عامة مجهدا وشاقا و لا يتفق مع مقتضيات العصر وحاجة المعاملات الدولية. إذا أضفنا الى ذلك طبيعة التجارة الإلكترونية وتقنياتها سنجد تفسيراً هاماً ومقبولاً لتعظيم دور التحكيم لتسوية المنازعات الخاصة بهذه التجارة.

هذا التحكيم، والذي يطلق عليه اصطلاحاً التحكيم الدولي لارتباطه باهتمامات ومصالح التجارة الدولية يتسم بالحيدة ، فلا يرتبط بجنسية محددة للمحكم أو مكان معين يجب أن يتم فيه أو بلغة يفرض استخدامها.

فالتحكيم يتميز بالمرونة حيث يستطيع الأطراف اختيار المحكم أو المحكمين من بين الأشخاص الأكثر قدرة وكفاءة على حل هذه المنازعات وعلى أساس إجراءات وقواعد تتفق وظروفها، بل

(١) راجع المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٨٦ صفحة ٥٣٧ تعليق Gaudment Tallon، أنظر أيضا: Yvon Loussouaran & Pierre Bourel، القانون الدولي الخاص ١٩٨٨ فقرة ٤٥٤ صفحة ٧٠٨.

أن هؤلاء الأطراف يستطيعون ان يخولوا هيئة التحكيم سلطة الفصل دون التقيد بقواعد قانون محددة.

٢٥) فالتحكيم إذن بما يتوافر له من مقومات المرونة يقدم لنا نوع من الحلول الدولية نتطلع إليها ويأمل في وجودها المعنيون بأمور التجارة الدولية عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة. فالمحكم يبحث عن القانون الذى يفرض النزاع على مقتضاه دون التقيد بالمنهج التقليدى الذى يرتبط به القاضى العادى ، يقصد بذلك آلية قواعد النزاع، والذى قد ينتهى الى تطبيق قانون معين وضع أساسا وفي الغالب لتلبية حاجات ومصالح وطنية أو يعالج أمور التجارة المتعلقة بالصفقات التجارية المحلية التى تتم فى الإطار التقليدى لإبرام العقود.

فالمحكم بعد دراسة متأنية لمختلف عناصر النزاع ولكافة الظروف المحيطة به ، يستطيع أن يحدد القواعد الموضوعية المناسبة - فى حالة غياب إرادة الأطراف ، وفى هذا المجال فان الدراية الواسعة والمعرفة المتعمقة للجوانب العملية الخاصة بالتجارة الإلكترونية والتى يغلب أن يتحلى بها المحكمون ، تسمح لهم بتطبيق أعراف هذه التجارة والتى صارت تشكل معينا قانونيا مستقلا عن الأنظمة القانونية الوطنية ، تستقى منه الكثير من القواعد التى تحكم هذا النشاط الواعد.

وعلى صعيد آخر فإن النجاح الذى صادفه التحكيم عامة فى مجال العلاقات الخاصة الدولية يعبر فى الوقت نفسه عن قصور قواعد القانون الدولى الخاص وادواته عن الإيفاء بمتطلبات التجارة الدولية على النحو السالف بيانه. فظاهرة الـ Forum Shopping الناجمة عن الربط بين الاختصاص القضائى وبين اعمال قاعدة النزاع فى قانون دولة القاضى وما تودى اليه من تطبيق قانون وطنى معين هذه الظاهرة يتلافها التحكيم الدولى إذ الفرصة سانحة أمامه وأمام الأطراف لتطبيق قواعد موضوعية دولية تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية.

وعلى صعيد ثالث، فان تطبيق القاضى لقانونه على الجانب الاجرائى للنزاع والميل لتطبيقه -كلما سنحت الفرصة- على الجانب الموضوعى، علاوة على تأثير هذا القانون فى مجال الوصف القانونى للعلاقة المتنازع فيها (التكييف) ، وكذا الحالات التى تنتهى الى تطبيق هذا القانون أعمالا للدفع بالنظام العام ، كل هذه الاعتبارات تشكل ثقلا للعنصر الوطنى ، الغير حقيقى أحيانا ، مما

يحل بتكافؤ فرص اقتضاء العدالة بين أطراف النزاع.

هذه الأسباب جميعها تؤكد على أهمية دور التحكيم في مجال منازعات التجارة الدولية بصفة عامة وفي مجال التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.^(١)

٢٦) في الواقع أن آلية التحكيم وانتشارها وما أسفرت عنه من العديد من المبادئ القانونية التي استقرت في مجال المعاملات الدولية جعلتها تملك مقومات الرسوخ والدفاع الذاتي عن أهميتها.

وإذا انتقلنا إلى مجال التجارة الإلكترونية نجد ان المهتمين بشئون هذه التجارة والمؤسسات التحكيمية المختلفة ومنها جمعية التحكيم الأمريكية AAA، وكذلك International Court House ، Virtual Magistrate ،^(٢) Cybercourt ، هؤلاء جميعا يتطلعون الآن إلى ما يسمى بالتحكيم على الشبكة أو على الخط Arbitration On Line.^(٣)

فالجمعية الأمريكية للتحكيم والتي تأسست عام ١٩٢٨ تقدم خدمات الوساطة والتحكيم وكذلك الوسائل البديلة لحل المنازعات (ADR) Alternative Disputes Resolution قامت بوضع نظام إضافي للتحكيم على الخط Supplementary Procedures for on line Arbitration .

(١) فيما يتعلق بمقتضيات التجارة الإلكترونية وضرورتها في مواجهه آلية القضاء العادي انظر :

Roland Amoussou – Guenou “L’emergence D’un besoin de rapidite : La reponse des legislations moderens relative a L’Arbitrage, des tribunaux nationaux et des Etats”.

منشور في :

International Chamber of commerce (Improving international Arbitration) Liber Amicorum Michel Gaudet p.158

(٢) انظر فيما يتعلق بالمشروع الاساسي للتقاضى على الشبكة :

<http://vmag.vclip.org/docs/vmpaper.htm>

انظر ايضا فيما يتعلق بكيفية ادارة هذه الآلية :

http://vmag.vclip.org/magis_vmhdbook-html

<http://www.i-courthouse.com/www.vmag.org/>,

(٣) راجع :

<http://www-cybercourt>

de, <http://www.onlineresolution.com>, <http://www-intellicourt.cm>

ومقتضى هذا النظام أن تقوم الجمعية بإنشاء موقع خاص بكل قضية على حده Case Site ، الجمعية وأطراف النزاع والمحكم هم وحدهم القادرون على الدخول لهذه الموقع ومراجعة ادعاءات الأطراف المخزنة فيه.^(١)

٢٧) اذن وفق هذا النظام الذى وصفته جمعية التحكيم الأمريكية AAA، على طالب التحكيم الدخول الى الموقع الادارى للجمعية Administration website ويسجل هذا الطلب ويضطلع على كل المعلومات الضرورية الخاصة بإجراءات التحكيم ، وما إن يتم مراجعة هذا الطلب وإيداع المبالغ المطاوعة تقوم الجمعية بإنشاء موقع القضية وأخطار الأطراف به وذلك على عنوان بريدهم الإلكتروني.

وتملك هذه المؤسسة التحكيمية كامل السلطة التقديرية فى قبول التحكيم على الخط أو فى أن تقرر لظروف القضية المعروضة أن يتم التحكيم بالطريقة التقليدية.

وطبقا لنظام الجمعية الأمريكية للتحكيم فان التحكيم يبدأ من تاريخ إنشاء موقع للقضية على الشبكة. والأصل أن حكم التحكيم يصدر بدون جلسات ومع ذلك يجوز للأطراف اقتضاء ذلك وهو ما يمكن أن يتم تلفونيا او بواسطة الـ Video conference أو أى وسيلة مماثلة.

وفى النهاية تصدر الهيئة حكمها ويوضع على الموقع ويحل التسجيل الإلكتروني enregistrement électronique محل شرط الكتابة^(٢)، ويتم أخطار اطراف النزاع بهذا الحكم على بريدهم الإلكتروني.^(٣)

(١) راجع فى التحكيم فى مجال التجارة الإلكترونية ورقة عمل بعنوان:

Le colleges d'arbitrage et le commerce electronique تقدم بما Mourice Shellekens إلى : colloque International Droit de L'internet , Approches europeennes et internationals , 19-20 nov. 2001 assemblée National.

يرجع فى ذلك الى : <http://droit-internet-2001-univ-Paris/po/pdf/vf/shellekens-vf.pdf>

(٢) وهو ما اقره القسم الثانى من القانون الموحد للصفقات الإلكترونية :

uniform electronic transaction act (UETA)

(٣) تجدر الإشارة الى ان جامعة ماساشوتس الامريكية كانت قد تقدمت فى عام ١٩٩٦ بمبادرة لإنشاء نظام مماثل on line ombuds office راجع فى تفاصيل هذه المبادرة

<http://www.ombuds-org.et> <http://www.amass.edu> dispute

٢٨) هذه التجربة خاضتها كندا وذلك طبقا لمشروع المحكمة المفتوحة او على الخط cyber Tribunal الذى تقدم به فى عام ١٩٩٦ مركز أبحاث القانون العام GRDP التابع لكلية الحقوق جامعة مونتريال وطرح بطريقة رسمية فى يونيو ١٩٩٨ لحل مشكلة تسوية النزاع على الشبكة conflits cybernetique^(١).

وينطلق هذا المشروع من معطيات أساسية وهدف يسعى إليه. أما عن المعطيات فتتمثل فى السمات الخاصة بالمنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والتي تتمثل فى :
التقنيات المستخدمة التى قد يجد القضاة والمحكمون معها انهم أمام عالم مجهول يصعب السيطرة عليه.

- السمة الدولية للصفقات ، فى الوقت الذى نجد فيه أن قواعد القانون الدولى الخاص التى تنظم العلاقات العقدية أو غير العقدية غير ملائمة لمسيرة هذه الحقائق.
 - قيمة هذه الصفقات غالبا ما تكون متواضعة الأمر الذى يجعل — من الناحية العملية — من الصعوبة بمكان اللجوء الى محامين أو محكمين. فالتكلفة لا تتناسب مع المبالغ المتنازع عليها.
 - الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة فى شكلها التقليدى أصبحت غير ملائمة لتنظيم هذه التجارة التى اصبح لها عاداتها وأعرافها بحيث يمكن الحديث عما يسمى Lex electronica .
- وإذا ما انتقلنا الى الهدف ، فهذا المشروع يسعى الى وضع مجموعة من قواعد السلوك لتسهيل نمو وتطوير متناسق للتجارة الإلكترونية دون تضحية بحقوق الافراد. هذا الهدف لا يمكن بلوغه إذا كانت آلية تسوية المنازعات لا تحقق الأمان الفنى أو القانونى لاتصالات الأطراف.
- فى الحقيقة وبالرغم من تأييدنا المطلق لهذا الأسلوب لفض منازعات التجارة الإلكترونية والذى يتفق مع طبيعتها فمزال أمامنا جهد كبير يتعين بذله لبلوغ الهدف المنشود. فالإجراءات

(١) راجع :

Eric A. Caprioli "Arbitrage et Mediation dans le commerce electronique (L'experience du cyber Tribunal), Revue d'arbitrage 1999. N.2 p.225

انظر ايضا :

<http://interlex.u.nancy.fr/braudo/arbmed/droit-interne/fr.adr.html>

التي تتم على الخط وكذلك مكان التحكيم بالرغم من أهميتها القانونية فإنه لا يمكن تركيزها في إقليم جغرافي محدد الأمر الذي يجعلنا نواجه صعوبات قانونية لا بد وان تداركها النظم القانونية الخاصة بالتحكيم سواء على مستوى المؤسسات التحكيمية او على مستوى القوانين الوطنية. والذي يوضح ان طريق التحكيم على الشبكة او على الخط او التحكيم عن بعد ليس مفروشا بالورود أن الأمر يرتبط في النهاية بصدور حكم تحكيم قابل للتنفيذ في دولة بعينها وهو ما يتطلب ضرورة ان يكون النظام القانوني المستقبل لهذا الحكم يتواءم مع طبيعة المنازعات التي صدر في شأنها والعلاقات القانونية التي أفرزتها.

٢٩) تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات التجارة الإلكترونية:

أن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل اليه المحكمون ، وهذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا كان غير قابل للتنفيذ. تنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات.

في الواقع أنه في مجال التجارة الدولية لا يوجد جانب عملي في التحكيم تفوق أهميته أهمية النفاذ الدولي لاحكام التحكيم. أن الثقة في أحكام التحكيم والاطمئنان الى نفاذها يؤثر بلا شك من الناحية العملية على التجارة الدولية، ذلك أن انعدام هذه الثقة يعنى تزايد المخاطر التي يتعرض لها المشتغلون بها وهو ما يدفع البعض الى الإحجام عنها أو اتخاذ إجراءات تتعلق بزيادة الضمانات ورفع مقابل تحمل المخاطر وهي أمور لها انعكاساتها السيئة على حركة التجارة الدولية.^(١)

وإذا كنا قد بينا من قبل أهمية التحكيم في مجال التجارة الإلكترونية فلا بد أن نؤكد أيضا على خصوصية نفاذ أحكام التحكيم التي تصدر في المنازعات المتعلقة بهذه التجارة وسواء كان تحكيما عاديا أو تحكيما على الشبكة (on line) وتبين هذه الخصوصية واضحة إذا ما بحثنا في القانون الدولي الاتفاقي وعلى وجه الخصوص في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨.^(٢)

(١) انظر مؤلفنا "النفاذ الدولي لاحكام التحكيم" ١٩٩٣ دار النهضة العربية صفحة ٥.

(٢) تستند هذه الاتفاقية في الاصل الى مشروع اعدته غرفة التجارة. وقدمته الى المجلس الاقتصادي والاجتماعي ECOSOC التابع لمنظمة الامم المتحدة. وقد عقد في عام ١٩٥٨ مؤتمرا في مدينة نيويورك في عام ١٩٥٨ انتهى الى التوقيع على هذه الاتفاقية.

٣٠ اتفاقية نيويورك وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الإلكترونية:

والذي يدعونا الى التركيز فقط على هذه الاتفاقية ما تتميز به من طابع عالمي ليس بالنظر فقط الى عدد الدول المنضمة اليها والذي يصل الى قرابة اثنين وثمانون دولة، وإنما بالنظر أيضا الى أن هذه الدول تسيطر على نسبة عالية من التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الالكترونية بصفة خاصة.^(١) والذي يعيننا في الدراسة الماثلة الإشارة الى المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ والتي تتضمن مجموعة من الشروط الشكلية يجب على طالب التنفيذ استيفاؤها حتى يمكن النظر في تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي ، ومؤدى هذه الشروط:

(١) على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة الثالثة ان يقدم مع الطلب:

أ. أصل حكم التحكيم مصدقا عليه أو صورة معتمدة من هذا الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

ب. أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة معتمدة منه تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(٢) وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ ، إذا كان الحكم او الاتفاق المشار إليهما غير محرر باللغة الرسمية للبلد المطلوب فيها التنفيذ ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة. هذه الترجمة يجب ان تكون معتمدة من قبل مترجم رسمي او مترجم محلف Sworn أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

(٣١) هذا النص يطرح أمامنا مشكلة أساسية تتعلق باتفاق التحكيم الذي يتعين ان يقدم طالب التنفيذ اصل هذا الاتفاق او صورة معتمدة منه تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

(١) يلاحظ ان هذه الاتفاقية قد حلت فيما بين الدول المتعاقدة محل اتفاقية جنيف ١٩٢٧، ومع ذلك فهناك بعض الدول الأطراف في هذه الاتفاقية الاخيرة لم يصبحوا بعد أعضاء في اتفاقية نيويورك، وبالتالي فان اتفاقية جنيف تظل موجودة ونافذة سواء فيما بينهم او فيما بين اى منهم ودولة أخرى عضو في اتفاقية نيويورك. تطبيقا لذلك فان قانون التحكيم الإنجليزي A.A1975 (قانون الاصدار الخاص بالتصديق على اتفاقية نيويورك ١٩٥٨) لم يتضمن إلغاء لقانون التحكيم A.A 1950 (قانون الإصدار الخاص بالتصديق على اتفاقية جنيف ١٩٢٧) لذات الغرض، راجع في ذلك: J.H.C. Morris "The Conflict of Laws" ed London , Steven & Sons 1980 p. 439

هذه المشكلة تزداد تعقيدا في مجال التجارة الإلكترونية إذا ما أضيف لهذا الشرط ما ورد بالمادة الثانية من هذه الاتفاقية والتي تنص على أنه:

□ تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب (La conventin écrite) الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل أو أيه خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم فيما يتصل بعلاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، تتعلق بموضوع قابل للتسوية بطرق التحكيم.

□ وتعبير "اتفاق مكتوب" سيشمل شرط التحكيم الوارد في عقد، أو في اتفاق تحكيم (أي مشاركة تحكيم) موقع عليه من قبل الأطراف أو متضمنة في تبادل للخطابات او البرقيات.

□ ومفاد هذا النص أنه يتعين لتنفيذ حكم التحكيم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا او افرغ في وثيقة موقع عليها من قبل الاطراف او ان تكون هناك مستندات كتابية متبادلة بين الاطراف -كالخطابات والبرقيات- التي تفيد قبولهم للحكم.

٣٢) للنظرة الاولى فان هناك ثمة تعارض بين هذا النص وبين المادة ١/٥/أ التي تحيل في شأن تقرير صحة اتفاق التحكيم الى قانون إرادة الأطراف، وفي حالة غياب هذه الإرادة يرجع الى قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، في حين أن نص المادة الثانية تضع قاعدة موضوعية موحدة تتطلب في اتفاق التحكيم ان يكون مكتوبا.^(٢)

(١) ويرى البعض أن عبارة "أن يقدم مع الطلب" يجب ان تلقى تفسيراً مرناً يسمح باستيفاء هذه الشروط أثناء سير إجراءات التنفيذ، انظر في هذا المعنى:

Albert Jan Van Den Berg "The New York Arbitration: convention of 1958 (Toward a uniform judicial interpretation), 1981 kluwer law and Taxation publisher p.249

(٢) انظر في اختلاف التفسيرات القضائية حول هذا التعارض

Oberlandesgericht of Dusseldorf, Nov. 8 1971, ye b k c A b, 11, 1977 p 237, 1 ge ch of Bremen , December 16/1965 , June 8, 1967 yearbook comm. Arb 11-pp. 233-235; Corte Di Cassazione (sezi) , April 15, 1980 , Lanficio Walter Banci S.A.S V.bobbie Brooks Inc. yearbook comm Arb. V.1981 p.233 , Corte di Appella of Naples , Dec. 13, 1974 , Frey et al.v. Cuccarco , e figli yearbook comm. Arb ,1,1976 p.193

انظر أيضا فيما يتعلق باستلزام الكتابة في اتفاق التحكيم : الدكتور سامية راشد "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم " ١٩٨٤ فقرة ١٣٥ صفحة ٢٣٢ وما بعدها.

في الواقع ان استلزام شرط الكتابة الواجب إفراغ شرط التحكيم فيه لا يتوافق مع مقتضيات التجارة الدولية الإلكترونية ويقف حجر عثرة امام أحكام التحكيم الصادرة في منازعاتها اللهم إلا إذا كان النظام القانوني لدولة محل صدور هذا الحكم تقبل أن يكون هذا الاتفاق قد تم على شبكة المعلومات الدولية وهو أمر يعود بنا الى التأكيد على أهمية ان تحدد هيئة التحكيم هذا المحل بوضوح تام.

ومع ذلك تظل هذه الصعوبة بمثابة ثغرة في القانون الدولي الاتفاقي للتحكيم يغيب معها الامان القانوني المنشود لهذا النوع من المنازعات الامر الذي تتأكد معه أهمية أن يكون هناك تعديلا مرتقبا لاحكام اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ يجعلها مواكبة لمقتضيات العصر وحاجة المعاملات التي تتم في اطار التجارة الالكترونية.

٣٣) إذا ما انتقلنا الى حالة الحكم الذي يصدر في نهاية إجراءات تحكيمية تتم على شبكة المعلومات الدولية on line Arbitration فاننا نواجه صعوبة اخرى تتعلق باستلزام شرط الكتابة في هذا الحكم بالإضافة الى شرط توقيع المحكمين على الحكم كشرط أساسية يتعين استيفاؤها حتى يمكن الاعتراف بهذا الحكم والأمر بتنفيذه.^(١)

هذه الصعوبة لا يمكن التغلب عليها الا بالاعتراف بالقيمة الثبوتية لمستخرج الحاسوب الذي يتضمن هذا الحكم وان يحل التوقيع الإلكتروني أو الرقمي للمحكمين محل التوقيع التقليدي. ونعود ونؤكد هنا أيضا أن ازدهار التحكيم الذي يتم على شبكة المعلومات الدولية سيكون رهنا أيضا بتعديل اتفاقية نيويورك لتقنين هذه التقنيات الحديثة والاعتراف بفاعليتها القانونية.

(١) يلاحظ ان النص لم يستلزم التوثيق او بمعنى آخر التصديق على توقيع المحكمين على الحكم Authentication إلا بالنسبة لاصل الحكم ولم يستلزم هذا التوثيق بالنسبة لاصل اتفاق التحكيم.

خاتمة

لقد كانت المجتمعات تلقب في العصور القديمة بالنظر الى المادة أو الإداة التي تسيطر على حياة الإنسان وتلعب دورا مؤثرا في سعيه الحثيث نحو تنمية قدراته وتلبية احتياجاته. ومن هنا جاء التقسيم التقليدي للمجتمع البدائي الى عصر حجري وآخر برونزي وثالث حديدي .. ألا يحق لنا الآن أن نطلق على العصر الذي نعيشه بالعصر الإلكتروني !!

هذا النسيج العنكبوتي الذي ربط أطراف المعمورة والذي تسجل فيه الآن دقائق حياتنا أضحى من أهم أدوات التقدم والتنمية وصارت له بصمة واضحة في إدارة وتفعيل التجارة الدولية بحيث صار جديرا بحق أن يلقب بقاطرة التنمية.

هكذا صارت التجارة الإلكترونية واقعا ملموسا ، ومع ذلك فالعديد من الشركات التي مارست هذه التجارة ، وليس لها وجود في الواقع الا من خلال مواقعها على شبكة المعلومات ، قد منيت في نهاية القرن الماضي بخسائر جمة. وفي تقديرنا أن هذه الخسارة ترجع في الأساس ليس للفراغ القانوني *le vide juridique* الذي تسبب فيه هذه التجارة وإنما لان أنماط النظم والقواعد القائمة في أغلب الدول لا تتلائم مع مقتضيات هذه التجارة ، فالانشطة غير التقليدية بحاجة الى حلول غير تقليدية . *off the shelf* .

هذه التجارة الإلكترونية تتعلق بها مسائل تمس مختلف فروع القانون سواء ما يتعلق منها بحقوق المستهلك أو حقوق الملكية الفكرية أو المنافسة علاوة على المسائل الضريبية وحماية الأشخاص واحترام قانون العمل .. الخ.

وبغية إضفاء العمق الواجب لهذه الدراسة فقد اقتصرنا على بحث مشكلتي تنازع الاختصاص القانوني والاختصاص القضائي الدوليين.

وقد خلصت هذه الدراسة الى التأكيد على عدم ملائمة قاعدة التنازع لفض مشكلة تنازع الاختصاص القانوني وكذلك التأكيد على ضرورة تطوير القواعد المادية الدولية ذات الصلة. استخداما للغة الحاسوب فان يتعين ان يوجد بجانب القوانين المادية الوطنية اى الـ *Hard Law*

قوانين مادية دولية Soft Law تناسب هذه التجارة وتلبي احتياجاتها. وأمام الصعوبات التي يواجهها المشتغلون بهذه التجارة وخاصة مشكلة الإثبات يتعاظم دور وأهمية التوسع في استخدام العقود النموذجية الموضوعة لهذا الغرض (مرفق بهذه الدراسة صورة لعقد نموذجي متعلق بالتجارة الإلكترونية).

ومن ناحية أخرى فإن هذه الدراسة قد أبانت عن أهمية التحكيم الدولي وخصوصا التحكيم على شبكة المعلومات خاصة بالنسبة لمنازعات التجارة الإلكترونية الناشئة عن العلاقات بين المشروعات والمستهلكين B2C حيث تتفق مع طبيعة هذه المنازعات وتواضع قيمتها المالية.

هكذا فإن أمام رجال القانون مهام كبيرة ولكنها أيضا بحاجة الى أهل العلم من التقنيين ، فهم رفقاء على الطريق من اجل التنمية والازدهار ، فتطوير البنيان القانوني للتجارة الإلكترونية لن يتحقق إلا بالوسائل الكفيلة بتوفير الأمن والسلامة لهذه المعاملات.

والله الموفق.

عقود التجارة الإلكترونية

في القانون الدولي الخاص

د. أحمد الهواري

كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

مقدمة :

١- عوامة وسائل الاتصال وعوامة الاقتصاد:

أدى التقدم التقني الهائل في مجال الاتصالات الى طرح مشكلات قانونية لم يخبرها رجال القانون من قبل، وبات لزاما عليهم وضع الحلول المناسبة لها^(١). فالواقع العملي يظهر ان عوامة وسائل الاتصال والمعلومات la mondialisation قد ادت الى عوامة الاقتصاد^(٢) حيث اتاحت هذه الوسائل -ومما لا شك ان اهمها شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)- سوقا هائلا امام الملايين من التجار والمستهلكين، والذين بات بمقدورهم، ودون حاجة للالتقاء ودون حاجة لاية

(١) من هذه المشكلات مثلا في القانون المدني مشكلة الوفاء الالكتروني.

انظر M.VASSEUR.le paiement electronic , aspects juridique وكذلك مشكلة اثبات التصرفات انظر

E.CAPRIOLI:Prevue et signature dans la commerce electronique.Droit et patrimoine, N°55,decembre 1997.P57

وكذلك مشكلة المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحياة الخاصة بالتسلل والكشف عن البيانات الشخصية عبر شبكة الانترنت . راجع

KIRBY:Transboder flows and the basic rules of data privacy .16 Stan.J.int.L.1980 P 27

وحول هذه المشكلات في القانون الجنائي راجع

M.BRIAT: la delinquance informatique , aspects le droit compare',in,le droit criminal face aux technologie nouvelle de la communication. Actes des 8 eme. Conqres de l' association francaise de droit penal,Grenoble ,ed Economica 1986p271

وحول هذه المشكلات في مجال القانون التجاري راجع :

ITEANU.les contrats du commerce electronique, in Droit et patrimoine,N°55,de'cembre 1997 p53

(٢) انظر : ITEANU: Internet et le Droit, aspects juridiques du commerce electronique, Paris, ed. Eyrolles 1996 p.35.

وسائل مادية، الحصول على السلع والخدمات المتاحة في هذه السوق. وتتسم غالبية المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات - الانترنت - بطابعها الدولي، لانها تتم بين أفراد يقيمون او ينتمون الى دول مختلفة. فالعقود التي ترم عبر الانترنت غالبا ما يكون احد اطرافها مستخدم للشبكة internet user يقيم في دولة وطرفها الثاني مقدم خدمة الاشتراك في الشبكة four nisseur d'acce's وقد يكون مقيما في دولة ثانية واخيرا الشركة التي تقوم بمعالجة البيانات وادخالها عبر الشبكة internet service provider وقد يكون الطرف مقيما في دولة ثالثة^(١)...

وهكذا يتوافر لهذه المعاملات كل من المعيارين اللازمين لتميز العلاقات الاقتصادية ذات الطابع الدولي. فاتصال هذه العلاقات من خلال جنسية او موطن او مركز اعمال اطرافها بأكثر من دولة يجعلها مستوفية للمعيار القانوني لدولتها، كذلك فهي تستوفي المعيار الاقتصادي الذي يصمها بهذا الطابع حيث تؤدي الى انتقال القيم الاقتصادية بين الدول، اي تتضمن مدا fleux وجزراً reflexه لهذه القيم عبر الحدود.

٢- تعريف عقود التجارة الإلكترونية: تعتمد عمليات التجارة الإلكترونية بوجه عام على الترويج بالنسبة للسلع والخدمات، وعلى التعاقد بخصوصها، على وسائل وتقنيات تبادل المعلومات عن بعد، وفي هذا الصدد فهي تعتمد بصفة اساسية على الشبكة الدولية للمعلومات "الانترنت"، وتوفر هذه التقنيات على الاطراف مؤنة الانتقال والالتقاء في مكان معين لاجراء هذه التعاقدات، يستوي في ذلك امكان تنفيذ هؤلاء الاطراف لالتزاماتهم بذات الوسائل التقنية، اي الكترونيا، او ضرورة تنفيذها بشكل مادي ملموس.

ومن ذلك يتضح ان عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تميز بأن الايجاب والقبول منها يتم التعبير عنهما من خلال وسائط تقنية متعددة Multimedia اهمها شبكة المعلومات

(١) راجع:

VIVANT:Informatique:Repertoire Dalloz de droit international , 2e'd 1999TZ.

VAN OVERSTRATEN:Droit applicable et jurisdiction competente sur internet ,Revue des droit des affaires internationales, 1998 N.3, P373.

الدولية الانترنت بين اشخاص يسعون الى اشباع حاجاتهم المتبادلة بابرام عقودهم من خلال هذه الوسائط.

وهكذا يتسم عقد التجارة الإلكترونية ذو الطابع الدولي بان عقود التجارة الدولية عموما بعدم ضرورة التواجد المادي لاطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة فالإيجاب والقبول في هذا العقد يتم عبر شبكة المعلومات الدولية - الانترنت- بين اطراف تتواجد في دول مختلفة، وان كان يضمهم مجلس عقد حكومي واحد، اي ان عقد التجارة الإلكترونية واي كان يبرم بين غائبين من حيث المكان الا ان اطرافه تكون حاضرة في الزمان. واخيرا يتسم عقد التجارة الإلكترونية بعدم ثباته بصفة دائمة على دعامة مادية ملموسة^١.

وتثير عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، شأنها شأن اية عقود دولية، مشكلة تحديد المحكمة المختصة بالفصل فيما ينشأ بشأنها من منازعات وكذلك مشكلة تحديد القانون الذي يحكمها.

أولاً : الاختصاص القضائي الدولي:

أ) الاختصاص القضائي بعقود التجارة الإلكترونية بوجه عام:

١- تحدد مختلف الدول اختصاص محاكمها بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي استنادا الى عدد من الضوابط العامة المعمول بها في مختلف النظم القانونية، وهي ضوابط تصلح بدورها لتحديد الاختصاص القضائي بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية بالرغم من تميز وخصوصية هذه العقود.

٢- ولعل اهم الضوابط وأكثرها شيوعا والتي يمكن اللجوء اليها في هذا الصدد هو ضابط موطن او محل اقامة المدعي عليه. فاذا ما ابرم عقد دولي عبر شبكة الانترنت، سواء تعلق بسلع او خدمات، فليس هنالك ما يمنع من اعمال القاعدة الاساسية في الاختصاص الدولي للمحاكم،

(١) راجع: د. احمد عبد الكريم سلامة. القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية ٢٠٠٠. ص ٦٨، ص ٦٩.

ورفع الدعوى امام محكمة موطن المدعي عليه او محل اقامته. وهذا الضابط للاختصاص اخذ به المشرع المصري في المادة ٢٩ من قانون المرافعات ويسنده الفقه الراجح الى مبدأ الفعالية وقوة النفاذ التي يجب ان تتوافر للأحكام الصادرة من القضاء الوطني ، بحسبان ان توطن المدعي عليه او إقامته في مصر يسهل اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهته وعلى امواله الموجودة بمصر(١). وقد اخذ بهذا الضابط معظم التشريعات العربية واخرها مجموعة القانون الدولي الخاص التونسي الساري اعتبارا من أول مارس ١٩٩٩، وكذلك أخذت به العديد من التشريعات الاروبية (م١/٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٥٥ م ، ١/٦٤٠/أ من قانون المرافعات الالماني لسنة ١٩٨٦ م ، م من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ م ، م١٤٩ من القانون الايطالي لسنة ١٩٩٢)، كما أخذت به العديد من تشريعات الدول الانجلوسكسونية مثل إنجلترا(٢) استراليا(٣) ونيوزلندا. يؤيد الفقه الأخذ بهذا الضابط للاختصاص القضائي بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي.

٣- كذلك يمكن عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بمنازعات عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي استنادا الى ضابطي محل ابرام ومحل تنفيذ هذه العقود. وقد اخذت العديد من النظم القانونية الوطنية باختصاص محاكم دولة محل ابرام العقد او تنفيذه. من هذه النظم نظام القانون المصري الذي كرس هذا الضابط في المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات، وقد تبعه في ذلك معظم القوانين العربية.

ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، فإن تحديد مكان ابرام العقد يتم وفقا للمعايير المتبعة وفي هذا الصدد. وقد اعتد المشرع المصري بنظرية العلم بالقبول معتبرا ان العقد ابرم في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد نص او اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٩٧ من التقنين المدني المصري) ويعتبر الموجب، في

(١) راجع: د. احمد الهواري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي مكتبة النصر ١٩٩٦ ص ٦٨.

(٢) راجع: Morris : The conflict of laws ,2ed London , Stevens ,1980, P.65

(٣) راجع: NYGH. Conflict of laws in Australia , 2ed Butter worth, Sedny, 1976, P36.

عقود التجارة الإلكترونية، موجودا دائما في بلد الطرف الاخر بحسبان ان عرض السلعة او الخدمة يكون قائما دائما وصالحا لان يقترن به القبول في بلد هذا الطرف، وهو ما يتحقق بالقبول الذي يثبت هذا الطرف على صفحة موقع الموجب بشبكة الانترنت.

واذا ما تحدد محل ابرام العقد مع هذا النحو اختصت محكمة محل الابرام بالدعوى الناشئة عن العقد بغض النظر عن محل تنفيذ العقد.

غير انه يمكن ان تختص المحاكم في دولة تنفيذ العقد بصرف النظر عن مكان ابرامه. ويرجع في تحديد معنى تنفيذ الالتزامات العقدية الى قانون القاضي بحسبان ان الامر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية، وللقاضي ان يسترشد في هذا الصدد بنية الاطراف وطبيعة العقد وعادات التجارة. وتثور الصعوبة بالنسبة لتحديد محل تنفيذ العقد في حاله تنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته تنفيذاً إلكترونياً من خلال شبكة الإنترنت كما لو قام مقدم الاستشارة القانونية او الطبية او الاقتصادية بتقديم هذه الاستشارة عبر الإنترنت Via internet او قام مشتري السلع بالدفع إلكترونياً عن طريق تقديم بطاقة الائتمان الخاصة ورقمها الإلكتروني الى البائع.

في هذا الصدد يذهب جانب من الفقه الغربي(١) والعربي(٢) بحق الى انه من الصعب تصور تركيز تقصد العقد في دولة مقدمة الخدمة او بائع السلعة، وان حقيقة تلقي الطرف الآخر لهذه الخدمة او السلعة في دولته يرجح تركيز هذا التنفيذ في دولة المستفيد. ويتعزز هذا النظر في ضوء قيام المستفيد بالوفاء بثمن هذه الخدمة او السلعة إلكترونياً حيث يتم هذا الوفاء الإلكتروني في دولته، في الوقت الذي قد يقوم فيه مقدم الخدمة او السلعة بتنفيذ التزاماته تنفيذاً مادياً وليس افتراضياً.

واخيراً فأن اعتبارات حماية المستفيد بوصفه مستهلك وبالتالي بوصفه الطرف الضعيف اقتصادياً في عقود الاستهلاك تنحو نحو عقد الاختصاص لمحاكم دولة المستفيد وهو ما سنفصله فيما بعد.

(١) انظر في الفقه الغربي: KESSEDJIAN : Rapport de synthese in . Melanges Pelichet.p144

(٢) وفي الفقه العربي د.احمد عبد الكريم سلامة . المرجع السابق ص٧٦

٤- كذلك يمكن ان ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية استنادا الى ارادة اطراف عقود التجارة الالكترونية، فهؤلاء الاطراف يمكن لهم ان يتفقوا على اختيار محكمة بعينها للفصل فيما سينشأ بينهم في المستقبل من نزاع بخصوص تفسير او تنفيذ هذه العقود(١) وعموما لا يعد الاعتراف لارادة الخصوم بدور ايجابي فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدول امر غير طبيعي، إذ أن هذا الدور يتمشى مع ما تمارسه تلك الارادة من دور مهم فيما يتعلق بأختيار القانون المطبق على الكثير من مواد تنازع القوانين وليست فقط الالتزامات العقدية.

وقد اعتد المشرع المصري، وتبعه في ذلك مشرعو العديد من الدول العربية ، بارادة الخصوم لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية . وفي هذا الصدد تنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات لسنة ١٩٦٨ بأنه "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها طبقا للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة او ضمنا".

وتأخذ العديد من التشريعات الأوروبية بهذا الضابط ونذكر منها القانون الفرنسي (م٤٨٠ مرافعات) والقانون السويسري (م٥٠ من القانون الدولي الخاص الصادر في ١٩٨٧) ، والقانون الإيطالي لسنة ١٩٩٥ (م٤٠) . كذلك أخذت به المادتان ١٧،١٨ من اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي لسنة ١٩٦٨ ، وكذلك اتفاقية لوجانو المبرمة في ١٦ سبتمبر ١٩٨٨ فيما بين دول اتحاد التبادل الحر المنضمة إلى الاتحاد الأوروبي . كذلك يأخذ القانون الإنجليزي بالخضوع الإرادي او الاتفاق على الاختصاص كسبب لعقد الاختصاص للمحاكم الإنجليزية.(٢)

وينوه الفقه في هذا الصدد بضرورة اثبات الاتفاق المانع للاختصاص إلكترونيا بطريق تجنب إمكانية إنكار احد اطرافه له، وهذا ما يقتضي وفقا لهذا الفقه ضرورة التوقيع على اعلان بقبول

(١) انظر:

KAUFMMAN – KOHLER, la clause d election de for dans les contrats internationaux .
Bale ,Swisse,1980

(٢) انظر: ALBA MAYSS Principales of conflict of laws ,3rd ed.London,Cavendish
Reb.1999.P10

شرط الاختصاص القضائي، وهو ما يمكن عمله بطباعة صفحة مخصصة لهذا الغرض بشبكة الإنترنت. ولعل هذا الاقتصاد يوضح بجلاء ان الشروط التعاقدية التي يتم الاتفاق عليها عبر الانترنت تظل غير مؤكدة وتبقى - وكما يقرر د.احمد عبد الكريم(١) الصورة التقليدية وهي الدليل الكتابي هي الأصل لاثبات الاتفاق وذلك بالرغم من المحاولات، الدعوية من جانب رجال تكنولوجيا المعلومات لوضع النظم الكفيلة بالتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني signature électronique كوسيلة لتوثيق الاتفاقات المبرمة بين المتعاملين عبر شبكة الانترنت.

ب) الاختصاص القضائي الدولي لعقود التجارة الالكترونية التي يرمها المستهلكون:

١- يمكن تعريف عقود الاستهلاك عموما بأنها العقود التي يرمها المستهلك للحصول على سلعة أو خدمة من اجل استخدامه الشخصي او العائلي خارج نطاق نشاطه المهني او التجاري(٢). وهكذا فان تعريف عقود الاستهلاك يستند الى معيار شخصي ينظر فيه الى صفة بعض اطرافها -اي كونهم مستهلكين- وذلك بغض النظر عن انواع هذه العقود وطبيعة الالتزامات الناشئة عنها. لذلك فأن قواعد القانون الدولي الخاصة بتلك العقود وسواء كانت اختصاص تشريعي او قضائي لا تسميها بأنواعها بطريقة محددة دائما تشير اليها بطريقة عامة وعملية تحت مسمى عقود الاستهلاك.

٢- تقدر التشريعات الحديثة، ضرورة حماية المستهلك عند إبرامه لهذه العقود، لحمايته من الضغوط التي يمارسها عليه مقدمو السلع والخدمات، بطرق الإهمار والإغراء التي تقدمها وسائل الإعلام الحديثة كالتلفزيون وشبكة الإنترنت وغيرها، بما يدفعه الى شراء اشياء لا تلزمه او تؤدي الى تحمله بالتزامات مالية لا قبل له لها . وتشير الإحصائيات التي تجرأها جمعيات حماية المستهلكين في الدول المتقدمة الى ان عقود الاستهلاك تمثل نسبة كبيرة من عقود التجارة الإلكترونية التي ترم بوجه عام بواسطة شبكة الإنترنت وهي نسبة آخذة في التزايد بسبب تطور وسائل تأمين المعاملات

(١) المرجع السابق ص٧٤.

(٢) راجع بوجه عام La protection des consommateurs Travaux de l'association Henri CAPITANT,1973,ed Dalloz 1977

على هذه الشبكة ولاسيما فيما يخص وسائل الدفع والوفاء الإلكتروني.

والواقع ان اختصاص محكمة موطن المستهلك او محل إقامته بمنازعات عقود الاستهلاك التي يرمها إلكترونيا يبدو اختصاصا منطقيا ومبررا ذلك، ان عارضي السلع والخدمات ازداد عددهم وانتشروا في جميع أرجاء العالم ، وبالرغم من ذلك فقد اصبح والاتصال بهم والتعاقد معهم أيسر من خلال شبكة الإنترنت ، ولا يتصور والحال كذلك ان يكلف المستهلك بأن يتتبع مورد السلعة الاستهلاكية او مقدم الخدمة امام محكمة موطن هذا الأخير، وقد يكون في آخر العالم .فمن شأن ذلك ان يقعه عن طلب حماية حقه وهذا ضرب من ضروب انكار العدالة يجب تفاديه.

٣- ولا تقتصر حماية المستهلك على عقود ذات الطابع المحلي ولكن تمتد هذه الحماية الى ما يبرمه من عقود ذات طابع دولي . وهي حماية لا تقدمها فقط قواعد الاسناد ولكن تقدمها ايضا قواعد الاختصاص القضائي الدولي(١).

فبالنسبة لعقود الاستهلاك ، بوصفها عقود تتسم بحاجة خاصة لحماية بعض اطرافها - يتم تحديد المحكمة المختصة بالفصل فيما تولده من منازعات وفقا لضوابط تختلف عن تلك المستخدمة بالنسبة لبقية العقود بوجه عام . فعلى سبيل المثال يتضمن القانون الدولي الخاص السويسري قواعد تسمح للمستهلك برفع دعواه على المورد امام محكمة موطن الاول او محكمة محل اقامته (م ١١٤) ، وذلك خلافا للاصل للعام الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحكمة موطن المدعي عليه او محكمة محل تنفيذ الالتزام اذا لم يكن للمدعي عليه موطن في سويسرا ولا يسمح هذا القانون للمستهلك بان يتنازل مقدما عن اختصاص محكمة موطنه او محل اقامته . كذلك فان هذا القانون وبعد ان سمح للاطراف باختيار المحكمة المختصة . يقرر بعدم صحة هذا الاختيار اذا كان من شأنه ان يؤدي الى حرمان احد الاطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت

(١) انظر حول حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، د. أحمد الهواري . حماية التعاقد في القانون الدولي الخاص . دار النهضة العربية . ١٩٩٦ . وانظر ايضا د. خالد عبد الفتاح . حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، د.رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة حلوان ٢٠٠٠ .

ستوفرها له المحكمة التي ينعقد الاختصاص لها وفقاً للقانون السويسري (م ٥) .

كذلك يذهب القضاء في الولايات المتحدة الى اعلان بطلان شرط اختيار المحكمة في جميع الاحوال التي تجب فيها حماية الطرف الضعيف من محاولات الطرف الاخر حرمانه من قاضيه الطبيعي (١) .

وعلى صعيد الاتفاقات الدولية . فقد سارت الاتفاقية المبرمة بين الدول اعضاء الجماعة الأوروبية في ٢٨ سبتمبر ١٩٦٨ على نفس المنوال بالنسبة لعقود التأمين . فهذه الاتفاقية تعطي المؤمن له الخيار في رفع دعواه ضد المؤمن امام محكمة موطنه او محكمة موطن المؤمن او محكمة مكان وقوع الفعل الضار او المحكمة التي تنظر الدعوى التي يرفعها المضرور ضد المؤمن له في حالة التأمين على المسؤولية . كذلك الأمر بالنسبة لعقدي البيع والقرض إذ يكون لكل من المشتري او المقترض ان يختار ان يرفع دعواه أمام محكمة موطنه او محكمة موطن البائع او المقترض ، بينما لا يكون لهذين الأخيرين إلا أن يرفعا دعواهما امام محكمة موطن المشتري او المقترض وهكذا تحقق حماية العاقد الضعيف عن طريق إعطائه ما يشبه مكنة تسوق الاختصاص forum shopping الافضل له . بعبارة اخرى يكون للعاقد الضعيف ان يختار من بين عدة محاكم مختصة اكثر هذه المحاكم تحقيقاً لمصلحته لرفع دعواه امامها . وقد تكون هذه المحكمة اقرب المحاكم الى محل اقامته : الامر الذي يمكنه من التوفير في النفقات ويسهل عليه عبء الدفاع . وقد تكون المحكمة التي يختارها العاقد الضعيف اكثر المحاكم تحقيقاً لمصلحته لان قاعدة الاسناد التي تطبقها تعقد الاختصاص لاكثر القوانين حماية له . واخيراً قد تكتسب المحكمة المختارة هذا الوصف لان تشريع دولة هذه المحكمة قد وصل الى درجة كبيرة من التطور في حماية العاقد الضعيف : في نفس الوقت الذي تمثل فيه هذه الحماية احدى مقتضيات النظام العام في هذه الدولة . ويترتب على ذلك انه بالرغم من ان قانون القاضي لا يكون واجبا التطبيق فان من شأن أعمال الدفع بالنظام العام التوصل لحلول توفر هذه الحماية . من ذلك يتضح ان هذه القواعد تسهل لدرجة

(١) انظر : EHRENZWEIG/LOUISELL jurisdiction in a Nutshell State and Federal 2nd ed . St. Paul. 1968 . P.102

كبيرة لجوء العاقد الضعيف للعدالة . كذلك فانها تمارس دورا جوهريا -وان كان غير مباشر- في التوصل لحلول موضوعية وفقا لاصح القوانين له .

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي:

أ) خضوع عقود التجارة الالكترونية بوجه عام لقانون الارادة :

١- تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الارادة *lex voluntatis* احدى اشهر وارسخ قواعد القانون الدولي الخاص التي تكرسها جل النظم القانون الوطنية . ونذكر من هذه النظم القانون المصري (م١/١٩م) وقوانين جميع الدول العربية وكذلك قوانين الدول الاوروبية مثل الالماني لسنة١٩٨٦ (١/٢٧م) والقانون السويسري لعام١٩٨٧ (١/١٦م) والقانون النمساوي لعام ١٩٧٩ (م١/٣٥) والقانون الاسباني لعام ١٩٧٤ (م١/٥) مدني) والقانون المجري لعام ١٩٧٩ (م٢٤) والقانون التركي لعام ١٩٨٢ (م٢٤) كذلك بعض القوانين الانجلوامريكية هذه القاعدة نذكر منها القانون الامريكى(١) والاستراي(٢) والكندي(٣) والقانون الانجليزي .

كذلك فقد كرسست هذه القاعدة العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للاشياء المنقولة المادية (م١/٢)، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ حول القانون الواجب التطبيق عن عقود الوساطة التجارية (م١/٥) وكذلك اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (م١/١٣) ، وجميعها تنص في مجال العقود الدولية على تطبيق القانون الذي اختاره الاطراف.

٢- واختيار قانون العقد قد يكون صريحا يتم من خلال ادراج شرط في العقد يحدد فيه الاطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، ويسمى بشرط الاختصاص التشريعي واذا كان

(١) انظر فقرة ١٨٧ من التقنين الامريكى الاهلي الثاني .

(٢) انظر: NYGH تنازع القوانين في استراليا المرجع السابق ص٢١٣

(٣) انظر: Butterworth,1976,p721 .CASTEL.Conflit of laws.Toronto .

الأصل ان يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي لحظة إبرام العقد فان هذا الاتفاق يمكن ان يتراخي لما بعد الإبرام وعند نشوء النزاع ويكون للأطراف تعديل اتفاقهم بخصوص القانون الذي اختاروه دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية .

وإذا كان اختبار قانون العقد صريح فان الفقه يجمع على ضرورة توافر صلة بين القانون المختار العقد ، ويكفي ان تتأني هذه الصلة من حاجة التجارة الدولية كأن يجري والعقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة وتقبله اوساط التجارة الدولية ، وهوامر مألوف في مجال التجارة الإلكترونية(١) .

وكذلك قد يكون هذا ضمناً يستفاد من ظروف العقد مثل اختيار المتعاقدين للغة معينة لتحرير العقد، او استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، او اختيار عمله دولة معينة للوفاء، او اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة، او جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عن العقد بمحاكم دولة معينة مما يفيد انصراف نية المتعاقدين الى اخضاع العقد لقانون دولة هذه المحكمة.

٣- ومن جماع ما تقدم يتضح ان عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي المبرمة إلكترونياً او عبر شبكة الإنترنت تخضع لقانون الإرادة، وسواء أبرمت هذه العقود من مستخدمي الشبكة وشركات تقديم المواقع او شركات خدمات الاشتراك في الشبكة *Internet services provider* او أبرمت هذه العقود بين التجار والمستهلكين ويقتضي جانب في الفقه بالنسبة لهذه العقود ان يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقلة(٢) .

٤- اذا انعدمت الارادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ذي الطابع الدولي المبرم عبر الانترنت وتعذر على القاضي الكشف عن نيتهم الضمنية، يقوم القاضي بتحديد القانون الذي يحكم هذا العقد عن طريق تركيز العقد *la localisation du contrat* في دولة معينة، وهي على وجه التحديد الدولة التي ترتبط بالعقد بروابطه الأكثر وقوفاً.

(١) راجع: HOEDEL المرجع السابق ص ٢٨٥

(٢) راجع: KESSEDJIAN الفقرة السابقة ص ١٥٣

لينتهي الى اعتبار قانون هذه الدولة هو قانون العقد. وتعتبر كثير من النظم الوطنية وكذلك الاتفاقات الدولية ان الدولة التي يرتبط بها العقد بروابطه الاكثر وثوقا هي الدول التي يوجد بها محل الاقامة العادية لطرف العقد المدين بالالتزام المميز له .

من هذه النظم القانون الدولي الخاص السويسري الجديد والذي تقرر المادة ١٧ منه ان العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل اقامة او منشأة الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه وثوقا . وتورد هذه المادة امثلة لما يعد أداء مميز في عدد من العقود .

وعلى صعيد القانون الدولي الخاص الاتفاقي للعقود اخذت بفكرة الأداء المميز *prestation caracteristique* اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونيو سنة ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، والتي اعتدت محل الاقامة المعتادة للبائع، بوصفه الملتزم بالأداء المميز للعقد، كضابط اسناد رئيسي لتعيين قانون العقد . وهي تضع في هذا الصدد قرينة مفادها ان العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الاقامة المعتادة للطرف المدين بالاداء المميز للعقد بأكثر روابطه قوة ووثوقا. فاذا كان هذا الطرف شخصا معنويا وكان قد ابرم العقد اثناء ممارسته لنشاط المهني، كانت الدولة التي يرتبط بها العقد بأكثر روابطه وثوقا هي الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص او المنشأة التي تلتزم بالاداء المميز للعقد .

ويبرر واضعو هذه الاتفاقية تكريسها لمفهوم الاداء المميز للعقد بان هذا المفهوم يسمح بإسناد العقد للوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي سينفذ فيه وبالتالي يسمح بأدماج العقد في هذا الوسط (١) وعلى ذلك ففي مجال العقود الدولية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت ، اذا لم يتفق الاطراف على القانون الواجب التطبيق، يكون هذا القانون هو قانون الدولة محل اقامة او مقر الطرف الملتزم بالاداء المميز في العقد. فاذا كان العقد قد ابرم بين مقدم المادة المراد ادخالها على شبكة الإنترنت وبين شركة تتولى معالجة هذه المادة الكترونيا وتحميلها على موقع بالإنترنت فان

(١) حول هذه الفكرة انظر:

SCHNITZER .”Handbuch des internationalen Privatrecht” Bale,1968.P639

انظر:

Guiliano et lagarde “Rapport sur la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ,JOCE,N° C 282 du 31 Octobre 1980.P20

القانون الذي يحكم هذا العقد في غيبة اختيار صريح للأطراف يكون هو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز هذه الشركة الأخيرة . ولكن اذا كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تخضع لقانون الارادة ، فان تطبيق هذا القانون قد ترد عليه ببعض القيود إذا أبرمت بواسطة مستهلكين .

ب- القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي التي يبرمها المستهلكون:

١- يعد مبدأ سلطان الإرادة، وما يعنيه علي صعيد القانون الدولي الخاص، من منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم ، مبدأ جوهرية تكرسه جميع النظم القانونية كما سبق أن ذكرنا، إلا أن هذا المبدأ في نفس الوقت يعد السبب الرئيسي لإجحاف الطرف القوي في العقد بالطرف الضعيف. ذلك لان حرية المتعاقدين في تنظيم عقودهم لا تتصور إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات المقدرة^(١).

وإذا كان عدم التكافؤ الواقعي بين أطراف العلاقة في الناحية الاقتصادية والاجتماعية يقتضي وضع بعض القيود علي حرية الطرف الأقوي في العلاقة العقدية تكون عوضاً لضعف الطرف الآخر حيث تعمل علي الحد من عدم التكافؤ بينهما. وإذا كانت مهمة التنظيم الحمايئي الواقعي ترجع إلي القانون الموضوعي ومهمة تحديد القانون الواجب التطبيق ترجع للقانون الدولي الخاص، فإن هذا القانون يجب ، عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق علي العقود التي تتسم بالحاجة لحماية بعض أطرافها - وأهمها عقود الاستهلاك - إن تتجنب أن يؤدي اختلاف مستويات الحماية في النظم القانونية التي ترتبط بها هذه العقود إلى تقرير حلول جائرة بالنسبة للمستهلك.

١/٢ - وتعمل بعض النظم القانونية علي حماية المستهلك بوصفه العاقد الضعيف في عقود الاستهلاك عن طريق الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الارادة. مثال ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٧٨ حيث تنص المادة ١/١٢٠ منه علي أن يسري علي عقود الاستهلاك

(١) د. أحمد الحواري: حماية العاقد الضعيف - المرجع السابق - ص ١٠٠.

"..... قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك:

أ- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

ب- إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

ج- أو إذا كان المستهلك قد استحث المورد علي الذهاب إلي دولة أجنبية ل يتم فيها طلبه^(١).

٢/٢ - ونري مع جانب من الفقه أن إلغاء دور الإرادة كليةً في تعيين القانون الذي يحكم عقود الاستهلاك يتجاوز الهدف المنشود وهو حماية المستهلك، بل أنه قد يؤدي إلي الإضرار بمصلحة ومقتضيات حمايته^(٢) ويتحقق ذلك عندما يكون قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أقل حماية له من قانون المورد الذي يتعامل معه ولا يجد هذا الأخير غضاضة في اختيار قانونه لحكم العقد بحسبان أن هذا الاختيار يحقق مصلحته في إخضاع جميع عقوده لنفس القانون ، وبغض النظر عن جنسية المستهلك وطنياً كان أم أجنبياً^(٣).

ولعل هذه الخلاصة لم تكن غائبة عن أذهان واضعي مشروع القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٧٨ والذي يحكم عقد الاستهلاك ولم يهدر هذه المكنة إلا عندما تتطلب مقتضيات حماية المستهلك تطبيق قانون معين. وقد جاء بالتقرير المصاحب لهذا المشروع أنه لا يجب إستبعاد اختيار قانون العقد إلا إذا كانت حماية العاقد الضعيف تقتضي تطبيق قانون محل إقامة المستهلك أي تطبيق القانون المختص موضوعياً.

(١) أنظر في هذا المعنى: POCAR, la protection de la partie faible en Droit international prive Rec-des Cours (1984-v) - p375

(٢) راجع: VISHER et VOLKEN , Rapport explicatif , lois federle sur le droit international prive , projet de la loi de la commission d'experts et Rapport explicatif , Zurich , 1978 .

(٣) أنظر: VAN HOEDL: How to market services, Advertising, Consumer protection and personal data , revue des-aff.Int. 1998, P305.

٣/٢ - وبغض النظر عما يوجه من نفذ لإستبعاد أي دور للإرادة في تحديد القانون الذي يحكم عقود الاستهلاك والاستناد في ذلك إلى ضابط إسناد موضوعي هو محل الإقامة المعتادة، فإن هذا الضابط هو الذي يحدد القانون الذي يحكم أيضا العقود التي يرمها المستهلك إلكترونياً أو عبر شبكة الإنترنت، والتي تدخل أيضاً في مجال تطبيق قاعدة الإسناد وتستوفي شروط هذا التطبيق. فمعظم هذه العقود يتم عرض السلع والخدمات فيها بالبريد الإلكتروني Electronic mail ، وبالتالي فإنه يمكن اعتبار العرض قد تم استقباله في محل الإقامة المعتادة للمستهلك ، إذا كان هذا المورد قد دخل إلى موضع البريد الإلكتروني للمستهلك في محل إقامته. ويحدث أيضاً عندما يقوم مورد الخدمة أو السلع بإرسال رسالة إلكترونية دعائية إلى بلد المستهلك أو صمم صفحة إعلانية موجهة بالذات إلى دولة المستهلك.

كذلك يمكن اعتبار أن المستهلك قد قام بالأعمال الضرورية لإبرام العقد الإلكتروني في دولة محل إقامته إذا كان قد سجل طلبه على شبكة الإنترنت في محل إقامته أو قبل إيجاب البائع في دولته برسالة للبريد الإلكتروني للمورد ، أو إذا قام بالإرسال المادي لكوبون الطلب للبائع وتم هذا الإرسال من الدولة التي بها محل إقامته.^(١)

وإذا ما كان عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور والإعلان عنها عاماً للجميع فإنه يجب إعتبار هذا العرض العام قد تم ببلد محل الإقامة العادية للمستهلك ، وذلك لتجنب تطبيق قوانين لا تقدم للمستهلك الحماية الواجبة له.

١/٣ - ومن أهم وسائل حماية المستهلك وأكثرها فعالية تقييد إرادة أطراف عقد الاستهلاك بالنصوص الآمرة للقانون الذي ينعقد له الاختصاص حال عدم وجود اختيار لقانون العقد. ومفاد هذا النهج هو الإبقاء على دور الإرادة في تعيين قانون العقد ، إلا أن هذه الوظيفة لم تعد مطلقة وإنما أصبحت مقيدة بعدم تعارض القانون الذي تتجه إليه هذه الإرادة مع القواعد الآمرة للقانون المختص وفقاً لضوابط موضوعية . ما لاشك فيه أن هذا النهج يوفّر حماية فعالة

(١) أنظر:

DUCHEK/SCHWIND "Internationales Privatrecht Wien, 1979 P90

للمستهلك - أو العاقد الضعيف بوجه عام - فهذا الأخير ، وفي نفس الوقت الذي يتمتع فيه بجد أدني من الحماية يوفرها له القانون المختص وفقاً للإسناد الموضوعي ، قد تتاح له إمكانية التمتع بحماية أفضل يسبغها عليه قانون الإرادة ، إذا كان هذا القانون أكثر حماية لمصلحه من القانون الأول.

٢/٣ - وقد وجد هذا النهج تكريسا في بعض التشريعات الوطنية مثل القانون النمساوي الصادر في ١٥ يونيو ١٩٧٨ والذي يخضع العقود التي يبرمها المستهلكون بوجه عام لقانون محل الإقامة العادية للمستهلك. وإذا كان هذا القانون يتضمن نصوص آمرة تكفل حماية خاصة للمستهلك ، فإنه لا يعتد بأي قانون آخر يختاره المتعاقدان إذا كان لا يوفر أية حماية للمستهلك أو يوفر حماية أقل^(١).

ويمكن أن تقابل هذا النهج أيضاً في الفقرة ١٧٨ من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني Restatement - Second وإن كانت هذه الفقرة قد صيغت بطريقة عامة تحول دون قصر حكمها علي القواعد الهادفة لحماية العاقد الضعيف والذي قد يكون مستهلكاً.

وقد وجد هذا النهج تكريسا أيضاً في عدد من الاتفاقات الدولية الخاصة بالعقود الدولية . فالإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علي بعض بيوع المستهلكين ، والذي أقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٨٠ لا يعتد باختيار الأطراف لقانون العقد إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له القواعد الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة ، والذي كان سينعقد له الاختصاص عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم بالنسبة لهذا الاختيار.^(٢) كذلك فإن إتفاقية روما والميرمة بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٨٠ تقرر بصدد عقود الاستهلاك أن تعبير الأطراف عن إرادتهم فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم هذه العقود لا يكون صحيحاً إذا كان القانون المختار يتعارض مع النصوص الآمرة للقانون الواجب التطبيق وفقاً لضوابط إسناد

(١) أنظر د/ أحمد الهواري - حماية العاقد الضعيف - المرجع السابق ص ١٢٨

(٢) أنظر:

VON MEHREN, "Repport explicatif" Acts et documents de la XIV session de la Haye de DIP, TII, P193

إسناد موضوعية.^(١)

II تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الإنترنت :

١- إذا كانت خصوصية علاقات التجارة الدولية قد دعت منذ منتصف القرن الماضي ، بعض الفقهاء إلى المناداة بعدم استجابة منهج الإسناد التقليدي القائم علي فلسفة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها الفقيه سافيني لمقتضيات هذه العلاقات، واقترح منهج يقوم علي استخدام قواعد موضوعية تتفق وهذه المقتضيات ، فقد ذهب حديثاً جانب من الفقه^(٢) إلى القول بأن هذا المنهج القائم علي ضوابط أو مرتكزات مكانية وجغرافية لا يتلائم مع طبيعة المعاملات والعمليات التي تتم عبر الإلكتروني أو من خلال شبكة الإنترنت ، ومن بعض هذه المعاملات بالطبع عقود التجارة الإلكترونية. فهذه الشبكات خلقت مجتمعاً افتراضياً عالمياً له أشخاصه وأدواته ، يعج بأجهزة الحاسب الآلي والكوابل التليفونية ، والألياف الضوئية وهو مجتمع متصل لا تحده حدود سياسية أو جغرافية ويبدو كما لو كان يعلو الأقاليم الجغرافية لكل الدول. وهكذا يظهر هذا المجتمع وكما لو كان عدواً لفكرة الحدود أو فكرة السيادة وهي الأفكار التي تعد سبباً لوجود القانون الدولي الخاص ولوجود مناهجه وأهمها منهج الإسناد ، وهي الأفكار التي أدت أيضاً ببعض الفقه إلى القول بأن قواعد هذا القانون لها وظيفة سياسية أكثر منها قانونية ، تتمثل في فض النزاع بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص التشريعي والقضائي^(٣).

وهو الأمر الذي يقتضي عقد الاختصاص التشريعي أو القضائي للدولة التي ترتبط بالعلاقة القانونية أو بالتزاع الناشب عنها بأكثر الروابط قوة. بما يحقق في نهاية الأمر أكبر قدر من الاحترام المتبادل لسيادات الدول.

(١) أنظر

SIRNLLY. L'adequation entre le village virtual et la creation normative remise, en cause du role de l'Etat, Melanges pelichet P5.

(٢) أنظر Von Mehrem المرجع السابق.

(٣) أنظر في هذا المعني

BONNICHON, La notion de conflit de souverainete dans la science des conflit de lois. Rev.crit.de Dip. 1949 P.11 et ss

وإذا كان الأمر كذلك فإن أنصار - هذا المجتمع الافتراضي للمتعاملين عبر الانترنت لا يجدون صعوبة في تقرير عدم صلاحية منهج الاسناد لتنظيم وحكم العلاقات القانونية التي تتم عبر الانترنت وإن من شأن ذلك أن يوجد فراغ قانوني Vacuum Juries بالنسبة لهذه العلاقات. بل أن بعض الفقه لا يجد حرجاً من التقرير بأنه قد حان الوقت لاعلان استقلال هذا المجتمع الافتراضي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة واستعصائه عن الخضوع لأي قانون وطني. فإذا كانت الإنترنت تتجاوز منهج الاسناد يجب استبعاد هذا المنهج.

٢- وعوضاً عن هذا المنهج الأخير يجب تطبيق القانون الموضوعي الالكتروني Lex Electronica والذي يتكون من قواعد موضوعية تستجيب للخصوصية التقنية سريعة التطور للإنترنت. فالقانون الموضوعي الالكتروني الدولي هو تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت^(١) وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية Lex Mercatoria ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت وطورها المحاكم ومستخدمو الشبكة ، وحكومات الدول في مجال الاتصال والمعلومات^(٢). وهكذا يتميز هذا القانون بتلقائية نشأته لأنه لم يصدر عن سلطة وطنية لأن شبكة الانترنت لا يقوم علي تنظيمها جهة رسمية مركزية ، ولأنه لا يحتاج لتدخل السلطة العامة لتطبيقه. وتتيح هذه الطبيعة التلقائية للقانون الموضوعي الالكتروني أن يتطور باستمرار مع تطور حاجات المتعاملين عبر الشبكة الدولية للمعلومات كما يتيح له التوافق مع توقعات المتعاملين مع الشبكة لأنه ينشأ من خلال ممارساتهم وعاداتهم المقبولة وهو يجنبهم قصور القواعد القانونية الوطنية عن مجارة أنماط معاملاتهم.

(١) أنظر:

BUENSTIEN : A Global network in compartmentalized legal environment Melanges Pelichet, Klumer law international, The Hauge, 1998

(٢) أنظر نص هذا القانون النمطي في clunet ١٩٩٧ ص ٣٩٤ وما بعدها وحول هذا القانون انظر

CAPRIOLI/ SORIEUL, le commerce international electronique: Vers l'emergence de regles juridiques transnationales, Clunet 1997, P323 et 55

٣- ويستمد هذا القانون قواعده الموضوعية من مصادر عديدة تتمثل في الممارسات التعاقدية التي تهيمن علي المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت التي تهدف إلي احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة والقواعد الحاكمة لسياسة إستعمال الشبكة وكذلك احترام القانون واحترام سرية المعلومات وحقوق الملكية الفكرية. وإلي جانب ذلك تأتي الأعراف والعادات والممارسات المستقرة في الأوساط المهنية لذلك المجتمع الافتراضي لتمثل مصدراً من مصادر القواعد الذي تحكمه.

كذلك تعتبر تقنيات السلوك التي تم وضعها بمعرفة الهيئات والمؤسسات التي تسعى إلي الحفاظ علي نظام أخلاقي قويم عند التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية أحد المصادر الهامة لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني.

وأخيراً فإن هناك عدد من القواعد الموضوعية لهذا القانون ذات نشأة اتفاقية حيث تم تكريسها بواسطة اتفاقيات دولية. ولعل أهم هذه القواعد نجدها في القانون النمطي الذي وصفته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في يونيو ١٩٩٦ والذي يتضمن تنظيمياً للتجارة الإلكترونية يشمل الاعتراف القانوني برسائل البيانات ، وكتابة المعلومات ، والتوقيع الإلكتروني، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وقبولها وحفظها وتبادلها ، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع.

٤- بالرغم من الحماس الشديد الذي يبديه أنصار - هذا القانون الموضوعي الإلكتروني إلا أن هذا القانون يستهدف لعدد من الملاحظات التي تقترح في إمكانية حلوله محل قواعد القانون الدولي الخاص في حل مشكلات علاقات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي. وأولي هذه الملاحظات هي أن هذا القانون يقوم علي إفتراض وجود مجتمع متجانس قادر علي خلق قواعد سلوك ملزمة لأعضائه. من المتعاملين عبر الإلكتروني. وهو فرض يخالف حقيقة الواقع. فهذا المجتمع وبفرض وجوده فهو يتسم بعدم تجانس وتماسكه لتعارض مصالح أفراده. من ناحية أخرى فإن هذا المجتمع الافتراضي لا يمكن تصور استقلاله التام عن الدول الوطنية لأن أعضائه في نهاية الأمر هم أشخاص حقيقيون يستخدمون وسائل اتصال مادية لا يمكن إلا أن تتمركز في

إقليم دولة محددة يكون لقانونها والحال كذلك سبباً للتدخل. من ناحية أخرى فإن قواعد هذا القانون تفتقد لعنصر الإلزام لعدم اقتراها بجزاء توقعه سلطة عامة عند مخالفتها ، ويعتمد تطبيقها علي إرادة الأطراف. وأخيراً فإن هذا القانون لا زال في بدايته الأولى ، أي في طور التكوين ، ومن ثم لا يمكن أن يكون نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً وقادراً علي تقديم الحلول لجميع مشكلات التجارة الإلكترونية التي يمكن ثور ، وهذا العجز والقصور في ذلك القانون هو الذي يجعل الحاجة قائمة إلي تدخل النظم القانونية الوضعية لتقديم هذه الحلول.

القانون الواجب التطبيق
على المعاملات الإلكترونية
نظرة عامة

إعداد

د . / عزت محمد علي البحيري

قسم القانون

كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية

جامعة قطر

مقدمة :

إن المبادلات والمعاملات التجارية قد عرفها الإنسان منذ القدم ، ومما لاشك فيه أن هذه المعاملات كانت تجري بحضور بين المتعاقدين بشكل مباشر ، ولهذا فقد جرت أغلب الأحكام القانونية على تنظيم المعاملات على اساس كونها مباشرة وحاضرة وملموسة بشكل مادي ، ولكنه من الملاحظ أن التعاقد عن بعد لم يكن مجهولاً في نطاق المعاملات فقد كان التعاقد بين غائبين موجوداً ، ولكنه عن طريق واسطة ، أو وسيط بين المتعاقدين.

وأدى التطور الحديث في مجال المعلومات والاتصال وخصوصاً عندما حصل التزاوج أو الدمج بين جهاز الحاسب الآلي وثورة الاتصالات، الأمر الذي أوجد نطاقاً جديداً للتعامل يطلق عليه السوق الإلكتروني الجديد (New electronic marketplace) ، أو الأسواق الافتراضية (virtual malls) ، وأدى انتشار التكنولوجيا التي تجمع بين المعلومات والاتصالات إلى زيادة اللجوء إلى ما يعرف بالتجارة الإلكترونية (electronic commerce) أو المعاملات الإلكترونية

(electronic transactions) حتى وصل حجم التبادل عن طريقها حوالي (١٧%) من حجم التجارة الدولية في مجموعها.

إن السرعة والديناميكية وعدم الوجود المادي وعدم التوطن (no domicile)، والذي تتميز بها الشبكة العالمية (الإنترنت) قد أوجدت مشاكل قانونية عديدة .

إن سبب التطور الهائل للمعاملات عبر الإنترنت يبدو واضحاً من خلال مقارنة هذه الوسيلة بغيرها من حيث التكلفة المطلوبة للبحث والشراء والمعلومات .. إلخ غير ذلك من المعلومات التي يمكن الوصول إليها في لحظات من خلال الشبكة.

ولم يوجد تطور فني في الماضي أثر في الحياة اليومية للناس ، ذلك التأثير الذي حققه الإنترنت فمن خلال هذا التعاقد يمكن إرسال كميات هائلة من برامج الكمبيوتر أو الكتب الإلكترونية (digitalized books) والموسيقى والصور ، وذلك كله في لحظات من قارة إلى أخرى ، بالإضافة إلى سهولة الوصول إلى الشبكة من أي فرد وفي أي مكان على وجه البسيطة.

إن المشاكل (التعقيدات) القانونية التي أثارها هذا التطور، إنما تمس الجوانب المتعلقة في القانون الخاص من التجارة الإلكترونية بإعادها القانونية ومن حماية الملكية الفكرية بجوانبها من علامات تجارية وبراءات اختراع وغير ذلك. وحماية البيانات والمنافسة غير المشروعة والخصوصية والشروط غير العادلة في العقود ، وحماية المستهلك وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام وغير ذلك.

إن تدفق المعلومات والذي لا يمكن وقفه قد عمل على تدويل الحياة اليومية للناس^(١) ، وبالتالي فلا عجب من تدويل القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل كما سنرى .

Frank Diedrich, A Law of The Internet, attempt to regulate e-^{١٠٠٠} p(١٠)
com JIL3.

إذن ، يمكن القول أن مرجع المشاكل القانونية التي تنجم عن استخدام الشبكات الإلكترونية أساساً يعود أربعة عوامل^(١):

- ١ - السرعة والتغيرات الديناميكية
- ٢ - عدم الوجود المادي non-physical existence (صعوبة توطين العلاقة القانونية)
- ٣ - إمكانية عمل محتوى رقمي digital content فوري يكون متاحاً للمستخدمين عبر الدول.
- ٤ - إمكانية تبادل معلومات مختلفة ما بين مستندات وصور وبيانات في لحظات من أقصى الأرض إلى أقصاها.

إن هذه العوامل إنما تمثل تحديات حقيقية للفكر القانوني في مختلف فروع القانون، ومنها القانون الذي يعني بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تنطوي على عنصر أجنبي وهو القانون الدولي الخاص^(٢) (Private international Law)

ولعلنا لا نبالغ إذا قلنا أن هذا التطور إنما يتفق مع فكر وفلسفة بل وأساس وجود هذا الفرع من القانون الذي يهتم بالعلاقات الدولية الخاصة . أي تلك التي تتم عبر حدود الدول ، فما بالنا بالتعامل الإلكتروني الذي لا يعرف هذه الحدود أصلاً ، ولكن يبقى أن نعتزف رغم ذلك أنه لا يمكن الزعم بصلاحيّة قواعد هذا القانون لحل كل المشكلات القانونية الناجمة خصوصاً عن التعامل التجاري الإلكتروني أو يعرف بالتجارة الإلكترونية (e-commerce) الأمر الذي أكد وجود قانون موضوعي لحكم جوانب هذه المعاملات كما سيأتي:

(١) .op . cit. P. 3.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة.

ولذا ، فإن هذه الورقة تلقي الضوء على هذا الموضوع من ثلاثة جوانب:

الأول : دولية التعامل الإلكتروني.

الثاني : امكانية تنازع القوانين في هذا المجالز

الثالث : القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية^(١).

أولاً : دولية المعاملات الإلكترونية (الانتقال من الدولية إلى العالمية):

إن المنهج التقليدي في تحديد دولية العقد يأخذ بعدة معايير لإسباغ الصفة الدولية عليه، فما بين معيار يأخذ باختلاف مراكز أعمال الطرفين بوقوعهما في دولتين مختلفتين ، أو صدور الإيجاب في دولة والقبول في دولة أخرى، أو يكون العقد موضوعه انتقال سلع أو خدمات بين أكثر من دولة ، إلى حد القول بأن العقد الدولي هو الذي يمس مصالح التجارة الدولية أو القول بأن العقد يكون دولياً إذا مس بأي عنصر من عناصره دولة أخرى بالمقابلة بالعقد الوطني الذي تنوطن كل عناصره في دولة واحدة^(٢) مروراً بالمعيار الاقتصادي الذي يعتبر العقد دولياً إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية.

أما بالنسبة للتعامل الإلكتروني ، فإن البعد العالمي وليس الدولي هو الغالب ، إذن شبكة المعلومات الدولية (The Internet) هي نتاج للعولمة إن لم يكن الأصح أنها أنتجت عوالمة الاقتصاد والمجتمعات وبالتالي المعاملات التي تجري في إطارها ، إذ لا خلاف حول دوليتها لأن مستخدمي الشبكة يوجدون في كل دول العالم ويستخدمونها في إبرام تعاقداتهم أثناء وجودهم المادي في دول العالم المختلفة دون المرور عبر الحدود ، ودون حاجة لتوطين هذه العلاقات ربما

(١) سنوجل بحث الاختصاص القضائي في مجال المعاملات الإلكترونية إلى بحث مقبل بعون الله.

(٢) انظر:

Ezzat ELBehiry , Implementation of the international commercial contracts in Muslem countries, Year book of Faculty of sharea and Law. Tanta, Vol.2000.p. v.

لعدم إمكانية التوطين بشكل كامل ، ومن ثم بلغة القانون الدولي الخاص ، فإن هذه المعاملات تتسم بالدولية لأنها ببساطة تتصل بأكثر من دولة وينطبق بشأنها المعايير المستخدمة لتحديد دولية العقود كوجود مراكز أعمال أو محل إقامة الأطراف في دولة مختلفة وغير ذلك من المعايير القانونية (Juridical Criteria) بل ويتحقق بشأنها المعيار الاقتصادي (Economic) لأن العمليات الإلكترونية يترتب عليها انتقال القيم الاقتصادية عبر الدول ، وتتصل بمصالح التجارة الدولية^(١).

ويمكننا القول أن معيار الدولية يتحقق في المعاملات الإلكترونية حتى في حالة ما إذا كانت المعاملة بين وطنيين مقيمين في دولة واحدة ، إذ يوجد هناك أطراف آخرون كمزود الخدمة (Internet Provider) أو معالج البيانات (Data processor) أو ناقل البيانات^(٢) (Data Transferer or exporter) .

وحتى في حالة كون هذه الأطراف كلها يمكن توطينها بدولة واحدة ، فإن المجال الذي تعمل فيه الشبكة لا يمكن رده إلى دولة واحدة ، إذ أن هذا المجال يمكن للأفراد الاتصال به ، وبنفس الخصائص في أكثر من دولة كما سيأتي تفصيله لاحقاً. ولا يقتصر ذلك بطبيعة الحال على العقود ، وإنما يمتد إلى الجوانب الأخرى للتعامل الإلكتروني ، فالملكية الفكرية والعلامات التجارية ، والدعاية والخصوصية .. إلخ.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠ ، دار النهضة الغربية ، ص ٣٣ .

(٢) انظر :

Standard contracts and clauses for transfer of personal data, Icc Publication, 2001 , P.5.

وانظر : Frank Diedrich p.٣

إن مسألة الدولية في المعاملات الإلكترونية ليست محل جدل بالقدر الذي تثيره مشكلة التحديد أو التوطين للعلاقة المعنية. إن المعاملات الإلكترونية حولت فكرة الدولية إلى مفهوم العالمية.

ثانياً : تحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية وفقاً لمنهج القانون الدولي الخاص :

إذا رجعنا قليلاً إلى الماضي لوجدنا أن القانون الدولي الخاص يرجع في نشأته إلى ظاهرة الحدود السياسية التي كانت تمثل عقبة أمام نمو العلاقات الدولية الخاصة^(١) ، سواء في مسائل الأحوال الشخصية أم التجارة أو في مسائل القانون الخاص بوجه عام. ولذا فإن القانون الدولي الخاص عند تحديد القانون الواجب التطبيق ينظر إلى الحدود السياسية ك نطاق لإعمال قواعد الإسناد ، بالإضافة إلى أحكام هذا الفرع المهم من فروع القانون كالجسدية ومركز الأجانب و الاختصاص القضائي الدولي أو المحكمة المختصة بالتزاع ذي العنصر الأجنبي.

ووفق العرض السابق في البند (أولاً) نجد أن التعامل الإلكتروني لا يعرف اية حدود ، ومع ذلك فإن البعض^(٢) يرى أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أو المعاملة التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية يمكن حلها بالتطبيق للقواعد الحالية للقانون الدولي الخاص. مع وجود بعض الصعوبات وخصوصاً في تحديد مركز أعمال طرفي العلاقة أو مكان إبرام العقد .. إلخ. ويحدث ذلك حتى في المناطق الجغرافية التي نجحت في توحيد قواعد القانون الدولي الخاص كدول الاتحاد الأوروبي (موجب اتفاقية روما ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود - واتفاقية بروكسل الخاصة بالاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية.

إذن، نرى أن المناهج القانونية تعتمد على التركيز المكاني أو الجغرافي (Localization) لا يمكنها مواجهة المعاملات الإلكترونية التي تقوم على وجود حيز افتراضي (Syberspace) ،

(١) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٦

(٢) انظر: Frank Diedrich op. cit. p.2

الأمر الذي دعى البعض إلى القول بوجود فراغ قانوني يحتاج إلى قانون موضوعي لحكمه وهو ما ستعرض له في البند (ثالثاً).

ولكن هذا الواقع الذي يبدو في غير صالح قواعد تنازع القوانين لا يخلو من نقد ، فحتى الآن على الأقل مازلنا بحاجة إلى تطبيق منهج التنازع، والسؤال هو: إلى أي مدى يمكن إعماله؟ إن الإجابة بلاشك هي بالإيجاب أي أن هناك حاجة فعلية إلى منهج تنازع القوانين لحل بعض مشاكل التجارة الإلكترونية^(١).

ولقد قسم الفقه الحديث معاملات التجارة الإلكترونية إلى نوعين رئيسيين :

(١) المعاملات بين شركات وشركات أخرى (Business to Business) أو (B2B)

(٢) المعاملات التي تتم بين الشركات والمستهلكين (Business to consumer) أو (B2C)

وأياً ما كان الأمر فإنه من الثابت^(٢) أن الهدف الأول لأي تنظيم قانوني لحكم المعاملات هو تأكيد حرية الأطراف في العقود (Freedom of contract) كمبدأ عام باعتبار أن ما يتفقون عليه في عقودهم يمثل قانوناً بينهم. وتواترت مختلف النظم القانونية على الأخذ بهذا المبدأ بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية ونماذج القوانين.

ولا شك في سيادة ضابط الاسناد المذكور ، وهو قانون الإرادة على المعاملات الإلكترونية، بل أهمية هذا الضابط تبدو بصورة أكثر وضوحاً وبشكل أكثر إلحاحاً في هذا النمط من المعاملات إذ أنه من الضروري أن ينص المتعاملون في المجال الإلكتروني على القانون الذي يحكم معاملاتهم سواء في نمط (B2B) أو (B2C) ولا توجد مشاكل بخصوص الاختيار الصريح ،

(١) يتفق مع هذا : د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٦٧.

(٢) Jurisdiction and applicable Law in e-commerce, Icc electronic commerce Project 6 June 2001.P.5

ويمكن أن يتم بصور متعددة كالنص على سطح الصفحة الإلكترونية أو بأي وسيلة اتصال أخرى يمكن إثباتها.

ومن المقرر في أغلب فقه القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة فإنه يمكن اللجوء إلى الإرادة الضمنية التي يمكن الوصول إليها من خلال تلمس اتجاه إرادتهم مع الأخذ في الاعتبار ظروف وملابسات التعاقد^(١). وفي إطار البحث عن القانون الذي تشير إليه الإرادة الضمنية لأطراف المعاملة الإلكترونية، فإننا لا نجد أماناً إلا ضابطاً شهيراً ورد في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومؤداه تطبيق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، ولكن هل يمكن تطبيقه بشكل مطلق في إطار المعاملات الإلكترونية؟

إن مكان تنفيذ العقد أو مقر البنك في العقود المصرفية أو موطن المقرض في عقد القرض يمكن اعتبارها أكثر صلة بالعقد في إطار اية معاملة، ولكن الأمر لا يبدو كذلك في إطار التعامل الإلكتروني إذ أن السوق الافتراضية Syberspace Marketplace التي أوجدتها شبكة الإنترنت جعلت نمط المعاملات بين الشركات والمستهلكين (B2C) مستعصياً على هذه الفكرة، وخصوصاً فيما يتعلق بحماية المستهلك باعتبار الأخير هو الطرف الضعيف في العلاقة الأمر الذي يقضي بحمايته أمام طوف من الإعلانات والدعاية الجاذبة له في هذا المحيط الافتراضي، ومن ثم تغيير قاعدة الاسناد من قانون الإرادة بوجه عام إلى قانون موطن أو محل إقامة المستهلك نفسه.

وقد أخذ بهذا الحل حتى في إطار المعاملات العادية بهدف توفير الحماية القانونية للمستهلك، وإن كان البعض قد لاحظ -بحق- أن ذلك لا يكون إلا عند غياب الإرادة الصريحة^(٢).

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين ص .

(٢) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٨٩، انظر:

Peter Stone , Intenet Consumer contracts and European private international Law , Information and communications Technology Law, Vol 9,No.1,2000,P.10.

أما بخصوص المعاملات الإلكترونية بين الشركات بعضها البعض ، أو معاملات (B2B) فإن قانون الإرادة هو القاعدة باعتبار أن هذه المعاملات تعد تجارية ولا توجد ضرورة لحماية طرف من طرف آخر بخلاف المعاملات بين هذه الشركات وبين المستهلكين العاديين والمعروفة بـ(B2C).

ولذا ، فإن إتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية (والتي تطبق في نطاق دول الاتحاد الأوروبي) أضفت حماية للمستهلك من قانون الإرادة (أي في علاقات (B2C)) إذا كان مستوى الحماية المتضمن في قانون الإرادة أقل من المستوى المقرر في قانون دولة محل إقامة المستهلك ، وبدهي أن هذه القواعد تنتمي إلى القواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها^(١).

وتبدو الصعوبة هنا فيما إذا كان مستوى الحماية في دولة إقامة المستهلك ليس مناسباً، لذا فإن غرفة التجارة الدولية وغيرها من منظمات الأعمال وخصوصاً في نطاق دول الاتحاد الأوروبي تحت الدول على وضع قوانين ولوائح وتنظيمات تتفق مع طبيعة المعاملات الإلكترونية.

بالإضافة إلى أن تطبيق القوانين الموجودة بالفعل في شأن حماية المستهلك تقابلها صعوبة أخرى متمثلة في الشرط الذي يقضي بضرورة قيام المستهلك باتخاذ الإجراءات الرئيسية لإبرام العقد في الدولة التي يقع بها محل إقامته، لأنه في نطاق المعاملات الإلكترونية لا توجد أهمية حقيقية للنهية الطرفية Terminal التي يوجد بها المستهلك ، لأن الأشياء الموضوعية للتعامل يمكن طلبها بطريقة إلكترونية Placing orders من أي مكان في العالم يوجد به اتصال بالإنترنت.

وفي هذا الصدد يفرق بين نوعين من مواقع الإنترنت:

الأول : Interactive Internet Site

P.stone , op.. Cit . P.8.

(١) انظر:

Passive Internet Site : الثاني

والفارق أن الثاني لا يملك صفحة إلكترونية Web Page تمكن المتعاملين من وضع طلباتهم Orders ، ولكنه عبارة عن عنوان بريد إلكتروني e-mail address يمكن إرسال الطلبات إليه، وهذا العنوان لا يعني أكثر من ارتباطه بخط تليفوني.

إذن نخلص إلى أن قاعدة الإسناد الخاصة بقانون دولة محل إقامة المستهلك كاستثناء على مبدأ قانون الإرادة حماية للمستهلك، وهو الطرف الضعيف في المعاملات الإلكترونية، لم تستطع أن تضيي هذه الحماية ليس فقط للسبب التقليدي المتمثل في عدم كفاية قواعد الحماية في قانون دولة إقامة المستهلك ، بل للصعوبة الحقيقية في إطار المعاملات الإلكترونية والناعبة من طبيعتها الافتراضية.

ولعل ذلك هو ما حدا إلى البحث عن قانون موضوعي لهذه المعاملات على مستويات دولية ومحلية وإقليمية وهو ما يظهر من خلال البند التالي:

ثالثاً : نحو قانون موضوعي للمعاملات الإلكترونية :

انطلاقاً من السطور السابقة ذهب الكثير من الفقهاء^(١) إلى ضرورة وجود قانون موضوعي لحكم المعاملات الإلكترونية ينبع من المستوى الكوني لهذه المعاملات سواء موضوعياً أو إجرائياً. وأن هذه الحاجة موجودة لدى كل من الشركات والمستهلكين ، وليس معنى هذا وجود قانون خاص ومستقل تماماً بل قانوناً يراعي طبيعة ومقتضيات هذا النمط من التعامل.

ولقد ثبت أن تطبيق قواعد الإسناد لحل المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية غير مجد في كثير من الأحوال ، حيث إننا في النهاية سنكون أمام تطبيق قوانين وطنية لا تلائم هذه

Frank Diedrich, A Law of The Internet, op.cit.p.2.

(١)

المعاملات ، ومن المنطقي وضع قواعد ذات صبغة دولية أو عالمية لحكم معاملات عملت على تدويل حياة الناس.

ويصدق هذا أيضا في حالة توحيد قواعد القانون الدولي الخاص، كما هو الحال في إطار دول الاتحاد الأوروبي بمقتضى اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، حيث إن أعمال الطرق التقليدية لتحديد مكان مركز الأعمال ، أو المكان الذي أبرم فيه العقد تؤدي إلى صعوبات عديدة.

إن الواقع أن التعامل الإلكتروني قد خلق شروطاً مختلفة للسوق سواء بالنسبة للشركات أو المستهلكين الذي يهدفون إلى تحقيق مزايا عديدة لهم من الشراء و التعامل والحصول على المعلومات من أي مكان في العالم ، ولذا فإن وجود جماعة متجانسة من المشاركين في هذه السوق مثل ما يعرف بجماعة التجار (Merchants) لا وجود لها كما هو الحال في التجارة العادية^(١).

لذا فإنه يحق التساؤل عن المصادر التي يمكن أن يستقي منها القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية أحكامه ، والوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد أو الانسجام في القواعد التي تحكم التجارة الإلكترونية:

١ - تأتي الاتفاقيات الدولية كأحد هذه الوسائل ، ومن مزاياها وضع قواعد فوق دولية (supranational) تلتزم بها الدول المتعاقدة ، ولكن يعاب عليها تبنيها لحلول تقليدية لأنها دائماً تحاول التوفيق بين إرادات الدول المتعاقدة ، بالإضافة إلى الوقت الذي تأخذه للتحضير لانعقادها وعدم المرونة في إجراء التعديلات عليها.

Frank Deidrich , , op.cit .p.3.

(١)

٢ - نماذج القوانين (Model Laws)

إن نماذج القوانين التي توضع بواسطة منظمات دولية عريقة تمثل حلاً مناسباً للمعاملات الإلكترونية ، وتمثل مزاياها في السرعة والمرونة في إجراءات وضعها ، وضمان قبولها دولياً لكونها تحاول أن تضع في اعتبارها الظروف السياسية والاقتصادية والقانونية التي تختلف من نظام قانوني إلى آخر . ولذا نجد كثير من الدول تأخذ بهذه النماذج في قوانينها الوطنية أو اتخاذها كمصدر أساسي لوضع تشريعاتها^(١).

ولكن العيب الرئيسي في نماذج القوانين أنها لا تلغي أعمال قواعد تنازع القوانين، ولكنها على أية حال أفضل من عدم وجود قواعد موحدة.

وقد بادرت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في عام ١٩٩٦ بوضع نموذج قانون بشأن التجارة الإلكترونية والذي احتوى على (١٧) مادة تناولت الجوانب المختلفة للمعاملات الإلكترونية بداية من تحديد للمصطلحات المواد من (٤:١) إلى استيفاء رسائل البيانات (Data messages) للشروط القانونية (مواد ٥ : ١٠)، وكيفية استخدام هذه الرسائل في انعقاد العقد أو التعبير عن الإرادة بوجه عام (المواد من ١١:١٥) وتطبيقات التجارة الإلكترونية في بعض المجالات مثل نقل البضائع (م ١٦ ، ١٧) ، بالإضافة إلى قيام ذات اللجنة بوضع نموذج قانون مكمل للنموذج السابق بخصوص التوقيعات الإلكترونية (عام ٢٠٠١م) والذي قرر الاعتراف بهذه التوقيعات بشروط معينة، ومن مميزات هذا النموذج أنه يشمل أنواع المعاملات كلها ،

(١) مثال ذلك نموذج القانون الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (الأنسترال) بخصوص التحكيم التجاري الدولي.

والذي من أهم أحكامه أنه قرر الحجية للتوقيع الإلكتروني وعدم جواز الإدعاء بعكس ذلك لمجرد أنه قد تم بصورة إلكترونية^(١).

ولقد بدأت الدول المختلفة في الشعور بضرورة وجود قانون موضوعي يحكم المعاملات الإلكترونية ، ففي فرنسا صدر قانون رقم (٢٣٠) لعام ٢٠٠٠ م ، في شأن المعاملات الإلكترونية ، والذي أقر بالوسائل الإلكترونية كطرق للاثبات ، وأعطى للكتابة على الشريحة أو الدعامة الإلكترونية نفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الكتابة على الورقة (م١٣١٦ مدي بإضافة فقرة ثالثة إليها) حتى أن المادة الخامسة من هذا القانون قد أفسحت للمعاملات الإلكترونية مجالاً بأن استبدلت بكلمة التوقيع (بيده) إلى عبارة (بواسطته شخصياً).

وفي الإمارات العربية المتحدة صدر القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ م بخصوص المعاملات والتجارة الإلكترونية ، والذي احتوى على (٣٩) مادة، نصت في موادها على قبول وحجية البيئة الإلكترونية (١٢م) وإنشاء العقود الإلكترونية وحجتها (م١٣-١٨) بالإضافة إلى احتوائه على أحكام خاصة بالتوقيعات الإلكترونية (م١٩-٢٧) ونص القانون على عقوبات لمواجهة الغش في مجال التعامل الإلكتروني (م٢٨-٣٥).

وفي مصر تم إعداد مشروع قانون للمعاملات الإلكترونية ، والذي احتوى مسائل التعامل الإلكتروني ، واشتمل على قواعد خاصة بحماية المستهلك من حيث جواز إبطال الشروط التعسفية أو الشروط التي من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد (الفصل السابع من المشروع

(١) انظر: في ذلك وفي المقارنة بين هذا النموذج وبين القانون الأمريكي الصادر في عام ٢٠٠٠ بخصوص

التوقيع الإلكتروني:

Virgina oibson (and others), Electronic signatures, they are Legal,now what? Electronic networking applications and policy, vol 11, No5 2001,p.423-434

المذكور) وبناء على ذلك صدر قرار جمهوري بالمشروع ، بالإضافة إلى مشروع آخر بشأن التوقيع الإلكتروني.

كل ذلك بالإضافة إلى قوانين في دول عربية أخرى كتونس (عام ٢٠٠٠) وهو قانون مطول ، ويكون من ٥٣ مادة، والأردن (مشروع قانون للمعاملات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م) والبحرين (مرسوم في عام ٢٠٠٢ -٢٦مادة) ، والكويت (مشروع قانون عام ٢٠٠١ - ١٢مادة).

والملاحظ أن هذه القوانين ومشروعات القوانين قد تأثرت إلى حد كبير بنموذج القانون (Model law) الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المعروفة باليونسترال، ولعل في ذلك إشارة هامة إلى ضرورة توحيد أو تحقيق الإنسجام بين هذه القوانين إذ أن الخلاف بينهما سيؤدي إلى صعوبات في العمل لأن التعامل الإلكتروني كما أسلفنا لا يعرف حدوداً سياسية للدول إنه في الواقع فضاء افتراضي أوجد شكلاً جديداً من التعامل بل وأنشأ مجتمعاً خاصاً به ليس على مستوى التعامل في دولة أو دول معينة ، وإنما على مستوى كوني (Global) ، ولذا أجد من المناسب في نهاية هذه الورقة الدعوة إلى عقد اتفاقية دولية بهذا الخصوص ، فالتعامل الإلكتروني قد عمل -بحق- على تدويل حياة الناس في أرجاء الكرة الأرضية ، فلا عجب من تدويل القواعد التي تحكم هذا النشاط.

والله ولي التوفيق ،،،

المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة

د. أسامة عبد الله قايد

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي

كلية الحقوق — جامعة القاهرة — فرع بنى سويف

ملخص:

يتناول هذا البحث دراسة المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة في ظل استخدام الأجهزة الإلكترونية الحديثة، وقد تناولنا في مقدمة هذا البحث مفهوم السر في اللغة والفقهاء، ثم بحثنا أساس الالتزام بالمحافظة على السر البنكي.

ثم قسمنا الدراسة إلى فصلين تسبقهما مقدمة. وفي المقدمة انتهينا إلى أن أساس التزام البنك بالمحافظة على السر هو المادة (٣١٠) من قانون العقوبات، ونص المادة الأولى "الفقرة الثانية"، والمادة الخامسة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك في مصر. وحصر المتزامين بالسر في موظفي البنوك الذين لهم سلطة الاطلاع بحكم عملهم، وجميع الأشخاص والجهات التي يخولها القانون بذلك.

كما مدت المادة الخامسة هذا الالتزام بالمحافظة على السر إلى رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين، وكذلك على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها.

وفي الفصل الأول عرضنا لأركان جريمة إفشاء السر البنكي، وخلصنا إلى أن أركان هذه الجريمة أربعة أركان: الركن الأول: السر البنكي، والثاني: الركن المادي "فعل الإفشاء"، أما

الثالث : فهو الأمين على السر " صفة الجاني "، وأخيراً الركن الرابع : وهو الركن المعنوي للجريمة.

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه أسباب إبادة إفشاء السر المصرفي، وقسمنا أسباب الإبادة إلى قسمين : الأولى : تستند إلى مصلحة الأشخاص أو المصلحة الخاصة، والثانية : مقررّة للمصلحة العامة.

خصصنا المبحث الأول لأسباب الإبادة المقررة لمصلحة الأشخاص، وقسمناه إلى مطلبين تناولنا في الأول : أسباب الإبادة المقررة لمصلحة الغير، وفي المطلب الثاني : أسباب الإبادة التي تستند إلى رضا العميل.

أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة أسباب الإبادة المقررة للمصلحة العامة، وقسمناه إلى أربعة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : إبلاغ البنك المركزي بالبيانات أو العمليات التي يباشرها.

المطلب الثاني : الاطلاع على الحسابات من قبل مراقبي الحسابات.

المطلب الثالث : الإفشاء بناء على أمر صادر من النائب العام.

المطلب الرابع : إبلاغ وحدة مكافحة غسل الأموال عن العمليات المشتبه في خضوعها لقانون غسل الأموال.

المسئولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة:

يقتضي بحثنا لموضوع " المسئولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة " أن نقدم لهذه الدراسة بيان ماهية السر في اللغة والتشريع والفقهاء، قبل بحثنا لأساس الالتزام بالمحافظة على السر، لكي يتسنى لنا تحديد متى يعد الإفشاء للسر مكوناً لجريمة معاقباً عليها، ومتى يعد هذا الفعل مشروعاً أي مباحاً لا عقاب عليه من قبل الشارع الجنائي.

ماهية السر في اللغة :

السر هو : كل ما يكتم، أو بمعنى آخر : كل فعل صائراً إلى أن يظل مخفياً^(١).

وفي تعريف آخر، السر هو : ما تكتمه وتخفيه، وما يسر المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها^(٢).

مفهوم السر في التشريع :

باستقراء نصوص القانون المصري، سواء قانون العقوبات أو القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك، لم نجد تعريفاً للسر البنكي جرياً على العرف التشريعي بعدم وضع تعريفات وترك ذلك لاجتهاد الفقهاء والقضاء، كما لم يحدد مفهومه له، ومن ثم اختلفت الآراء حوله.

(١) مختار الصحاح.

(٢) المعجم الوسيط، تحت كلمة " سر " .

مفهوم السر في الفقه :

عرّف الفقه الإيطالي السر بأنه " صفة تُخلَعُ على موقف أو مركز أو خبر أو عمل مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به، وبالنسبة لمن يقع عليه الالتزام بعدم إفشائه " (١).

أما الفقه الفرنسي فقد عرّف السر بأنه "كل أمر يُعهد به إلى ذي مهنة على سبيل السر" (٢). وعرّفه فريق من الفقه بأنه " كل أمر يُعهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة " (٣).

بينما ذهب الغالبية إلى خلاف ذلك بقولهم : السر هو : النبا الذي يجب إخفاؤه حتى ولو لم يترتب على إفشائه أضرار بالسمعة أو الكرامة، وكان غير مشيناً بمن يريد كتمانها أو مزيهاً، بل قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانها (٤).

أما الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني فقد ذهب في تعريفه للسر بأنه "واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة — يعترف بها القانون — لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق " (٥).

ومما سبق يتضح لنا اختلاف المعايير التي استند إليها الفقه في تحديد ما يعد من المعلومات أو البيانات سرّاً في حالة الإفشاء بها إلى الغير، فالبعض استند إلى إرادة الشخص، في تحديد صفة

(١) الدكتور أحمد سلامة : " الحماية الجنائية لأسرار المهنة "، رسالة، القاهرة سنة ١٩٨٠، ص ٤٠.

(٢) دالوز المهجائي تحت كلمة إفشاء الأسرار، فقرة ١٦.

Trebuchet Jurisprudance de Medecin, p. 248.

(٣) Goadby : Comentary on Egyptian Criminal Law, Cairo, 1929, p. 285.

(٤) E. Garçon: Code Péal Annote, 1956, Art. 378, No. 30; R. Garraud: Traité

Theorique et Pratique de Droit Pénal Français, T. 6, No. 2066; Goyet : Droit Pénal

Tanon : Revue Medical, 1909, p. 11. ; ٣٢٥Special, 1973, p.

(٥) الدكتور محمود نجيب حسني، " القسم الخاص "، طبعة ١٩٨٦، رقم ١٠١٦، ص ٧٥٣.

السرية، بينما استند البعض الآخر إلى معيار الضرر في تحديد مفهوم السر، أما الغالبية من الفقه فقد اعتبرت كل ما يودع لدى الأمين على السر أو يعلم به سواء ترتب على إفشائه ضرراً أم لا. ونحن لا نسلم بصواب هذه الآراء، وما استندت إليه من معايير في تحديد ماهية السر، ولكننا نرجح معيار الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني الذي يستند إلى معيار المصلحة المشروعة لشخص أو أكثر في بقاء نطاق العلم بالمعلومات أو الواقعة محصوراً في شخص أو أشخاص محددين، وينبني على ذلك أنه إذا لم تكن للشخص مصلحة مشروعة، فإن صفة السر لا تثبت لهذه المعلومات أو الواقعة، مثال ذلك أن الواقعة أو المعلومات لا تتصل بالشخص أو إذا كانت تتصل به ولكن لا تتوافر فيها المصلحة صفة المشروعية.

خطة البحث :

بعد أن عرضنا في المقدمة لمفهوم السر في اللغة والفقه، نبحت أساس الالتزام بالمحافظة على السر البنكي، مردفين ذلك ببيان أركان جريمة إفشاء سر المهنة في القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك في مصر، وأخيراً نعرض لأسباب الإباحة التي نص عليها القانون. وعلى هذا نقسم دراستنا إلى فصلين يسبقهما مقدمة نبين فيها الأساس القانوني للالتزام بالمحافظة على السر البنكي في القانون المصري، أما الفصل الأول فنعرض فيه لأركان جريمة إفشاء السر البنكي، وفي الفصل الثاني نتناول فيه أسباب إباحة إفشاء السر.

مقدمة

أساس الالتزام بالمحافظة على السر البنكي :

يستند أساس هذا الالتزام — في رأينا — إلى نص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات والذي جاء عاماً في تجريم الإفشاء لسر المهنة ولم يحدد الأمانة على السر على وجه التحديد أو نطاقه. وكذلك نص المادة الأولى (الفقرة الثانية) والمادة الخامسة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ واللدان حصراً للمتزمين بالسر في موظفي البنوك الذين لهم سلطة الاطلاع بحكم عملهم وجميع الأشخاص والجهات التي يخولها القانون ذلك.

وقد جرى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى على النحو التالي " جميع الأشخاص والجهات بما فيها الجهات التي يخولها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور إفشاء سريتها طبقاً لأحكام القانون " .

كما مدت المادة الخامسة هذا الالتزام إلى " رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين، وكذلك على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها " .

ومفاد هذه النصوص أن المتلزم بالمحافظة على السر هم جميع العاملين بالبنوك بحكم عملهم ورؤساء وأعضاء مجالس الإدارة، سواء كانوا معينين أو منتخبين، سواء كان ذلك في بنوك عامة مملوكة للدولة أو القطاع العام أو بنوك خاصة أو مشتركة، وكذلك من لهم حق الاطلاع أو الحصول على بيانات من أجهزة الرقابة بالبنك أو غيرها مما نص عليهم القانون.

الفصل الأول

أركان جريمة إفشاء السر البنكي

تمهيد وتقسيم :

باستقراء نصوص مواد القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ الخاص بسرية الحسابات البنكية يتضح لنا أن جريمة إفشاء سر المهنة البنكي تقوم على أربعة أركان، الأول: السر البنكي، والثاني: الركن المادي هو "فعل الإفشاء"، أما الثالث : فهو الأمين على السر " صفة الجاني "، وأخيراً الركن الرابع: وهو الركن المعنوي " القصد الجنائي ". وعلى هذا نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى أربعة مباحث ندرس في كل مبحث على حدة ركناً من أركان جريمة إفشاء سر المهنة.

المبحث الأول

السر البنكي ونطاقه

ماهية السر البنكي ونطاقه :

يتضح لنا من مراجعة نصوص قانون العقوبات والقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ أن المشرعين لم يضعوا تعريفاً - كما قدمنا- للسر، وأن الفقه عرّف ماهية السر كما أشرنا فيما سبق، ونعتقد في ذلك تعريف الدكتور محمود نجيب حسني للسر بصفة عامة.

ولكن الجديد في قانون ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ أن المشرع حدد النطاق الذي يشتمل عليه السر البنكي حيث قرر في المادة الأولى من القانون أن تكون " جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنها في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ". كما اعتبرت المادة الثانية شخصية صاحب الحساب من الأمور السرية التي لا يجوز الكشف عنها.

وقد نصت المادة الخامسة على حظر " إعطاء أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها " .

ويبين لنا من هذه النصوص — سابق الإشارة إليها — أن نطاق السرية يشتمل على كل ما يتعلق بحسابات العملاء البنكية أياً كان نوع هذه الحسابات، جارية أو ودائع أو توفير أو مشتركة، سواء كان الحساب بضمانات عينية أو بضمانات شخصية أو بدون ضمان. وكذلك المعاملات البنكية ^(١) من قروض وائتمان وأمانات وخزائن خاصة. كما أخذ القانون بنظام الحسابات الودائع الرقمية، حيث نص المشرع في المادة الثانية على أن " للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع منها أو قبولها ودائع مرقمة بالنقد المذكور ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسؤولين بالبنك الذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس إدارته " ^(٢). والعلة من هذا النص، كما يتضح لنا، هي إضفاء صفة السرية المطلقة على هذه الحسابات حتى لا تمتد إليها مراقبة مراقبي حسابات البنوك سواء من البنك المركزي أو وزارة الاقتصاد أثناء قيامهم بعملهم الرقابي، واعتبر القانون فتح الحسابات المرقمة والغير مرقمة تخضع لنطاق السرية.

ولا يقتصر نطاق السرية على عمليات فتح الحسابات أو عقد الودائع أو عقود الخزائن، بل يمتد إلى جميع المعاملات المتعلقة بهذه الحسابات المصرفية بجميع أنواعها، سواء كانت اسمية أو رقمية أو غير رقمية، وكذلك المعاملات المتعلقة بالودائع النقدية أو شهادات الإيداع والصكوك والسندات والأسهم وغيرها.

(١) ويشتمل تعبير " الحسابات البنكية " على مدلولات مختلفة، فيقصد به التمثيل أو التعبير العددي للعمليات الحاصلة بين البنك وعميله، كما يقصد به كذلك الكشف المادي الذي تقيده هذه العمليات، أو تسوية هذه العمليات ذاتها بطريق قيدها في حساب. (انظر : د. علي جمال الدين عوض : " عمليات البنوك من الوجهة القانونية "، سنة ١٩٨١، ص ٢١٠).

(٢) ويضع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية بعد الاتفاق مع محافظ البنك المركزي المصري الشروط والأوضاع الواجب توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع، ويحدد مجلس إدارة البنك المركزي المصري البنوك التي يرخص بها بفتح الحسابات وقبول الودائع المذكورة.

والخلاصة أن السر هو كل أمر يكون بطبيعته أو بحسب الظروف المحيطة به سراً ولو لم يطلب العميل صراحة كتماناً بل يكفي أن يصل السر إلى البنك بسبب وأثناء مباشرة وظيفته ومهنته سواء بطريق الاستنباط أو بطريق الخيرة الفنية، سواء تعلق بالمعاملات المصرفية أو الشخصية.

مدى التزام البنك بالسرية بعد انتهاء علاقة العميل بالبنك، سواء كان بقفل الحسابات أو فسخ عقد الوديعة أو الخزينة الحديدية :

نص المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أن " يظل هذا الحظر قائماً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب " .

ومؤدى هذا النص أن المشرع لم يجعل الالتزام بالسرية ذات نطاق زمني محدد بعلاقة العميل بالبنك، وإنما مد هذا النطاق الزمني إلى ما بعد انتهاء علاقة العميل بالبنك وجعله مؤبداً، فحظر إفشاء أسرار العملاء أو حساباتهم ابتداء من فتح الحساب إلى ما لا نهاية، فجعله التزام مؤبد ملقى على عاتق موظفي البنك والبنك ذاته بمنعه من إفشاء أي معلومات أو بيانات خاصة بالحسابات أو الودائع أو عن العميل وحجم تعاملاته أو ضماناته، وجعل هذا الحظر قائماً أياً كان سبب إنهاء العلاقة بين العميل والبنك ولو كان إنهاء العلاقة في صورة جزاء وقعه البنك على العميل لسوء تعامله أو إخلاله بتعاقداته أو عدم سداده القروض.

ويعد كذلك الالتزام بكتمان السر مؤبد بالنسبة لموظفي البنك، فإذا أحيل إلى التقاعد فلا يجوز له إفشاء سر عميل من عملاء البنك الذي كان يعمل فيه وإلا وقع تحت طائلة القانون.

هل يُشترط أن تكون للسر صلة بالمهنة :

من المستقر عليه فقهاً^(١) وقضاً أن تكون للسر صلة بالمهنة التي يمارسها المتهم، كي يوصف السر بأنه سر مهني، وضابط توافر الصفة المهنية للسر أن يكون العلم به يفترض الثقة أو الفن المرتبط بمزاولة المهنة. وإعمالاً لهذا الرأي، حكمت المحاكم الفرنسية بأنه " إذا استدعي طبيب لزيارة مريضه في بيته، فشاهد أثناء ذلك ابن المريض يرتكب جريمة الزنا أو سمع عرضاً محادثة عن ارتكاب جريمة قتل، فهو لا يلتزم بالكتمان، إذ ليس من هذه الوقائع الطبيعة المهنية التي تفرض عليه واجب الكتمان " (٢).

وقياساً على ذلك، إذا علم أو سمع مدير البنك أو أحد العاملين فيه أن الأموال التي يودعها العميل بالبنك متحصلة من جريمة غسل الأموال^(٣)، أو أن الأشياء التي يحتفظ بها في الخزينة الحديدية هي أشياء مسروقة، فهو لا يلتزم بالكتمان، إذ أن هذه الوقائع لا تتصل بالطبيعة المهنية التي تفرض عليه واجب الكتمان، بل عليه واجب الإفشاء إلى السلطات.

وسائل العلم بالسر :

المستفاد من نصوص المواد (٣١٠) من قانون العقوبات والمادة الخامسة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ أن الأصل في علم موظف البنك بالسر يكون عن طريق عمله الذي خول له ذلك أو عن طريق عميله الذي أودع لديه السر بفتح الحساب أو عقد الوديعة أو إبرام عقد

(١) Garçon, op. cit., No. 130; Savatir, op. cit., No.282, p. ; Repertoire Dalloz, No. 63. وانظر من الفقه العربي : الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٧٢٩، ص ٦٤٥ ؛ والدكتور محمود محمود مصطفى، " القسم الخاص "، رقم ٣٧٧، ص ٤٢٤. وعلى خلاف هذا الرأي : يرى الأستاذ لافسير : " أن الطبيب لا يلتزم بكتمان كل ما يعلمه عن المريض بسبب ممارسته لمهنته، وإنما كل ما يتعلق بحمايته الخاصة أو بحياة أسرته ".

V. Congres Medical, Paris, 1955, p. 94.

(٢) Rennes 29-3-2939, D. 1939, p. 412; Lille 4-4-1952, J. C., p. 1925, 2-11-7055, G. P., 1952-2-31.

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

الخزينة، ومن ثم لا يشترط أن يطلب العميل من البنك أو الموظف المحافظة على السر، إذ أن ذلك التزاماً قانونياً عليه، ولا يشترط في صاحب السر أن يكون ذي أهلية قانونية، أو يكون العقد بين البنك والعميل صحيحاً، فالقاصر الذي يفتح له والده حساب أو يعقد له ودیعة يلتزم البنك بكتمان أسرارته، ولا يتطلب القانون أن يكون مودع السر هو العميل ذاته، فقد يكون نائباً عنه قام بفتح الحساب أو ربط الوديعة، أو أحد أفراد أسرته قام بإيداع مبالغ له، أو أحد أصدقائه أو جيرانه، فأياً كانت وسيلة علم الشخص بالسر فيلتزم بالكتمان سواء كان بسبب وظيفته أو بمناسبة، وهذا ما أجمع عليه الفقه وتواترت عليه أحكام القضاء الفرنسي، حيث قضت بأن " الخاضع للالتزام المهني بالكتمان يلتزم بالصمت الكامل، ليس فقط بالنسبة لما أودع لديه، ولكن ذلك بالنسبة لكل ما كان في استطاعته بسبب ممارسته لمهنته أو بمناسبة، أن يراه أو يسمعه أو يفهمه أو يستنتجه وله صلة بالعمل المصرفي " (١).

وقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ صريحاً في ذلك بقولها " جميع العاملين بالبنك يسري عليهم هذا الحظر وعلى كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة " .

Trib. Civ. Pau-20-6-1925. Gaz-Pal 1925-2-723; R. Vouin Droit Pénal Special, 4é (١) éd. No. 250, p. 300.

المبحث الثاني

الإفشاء

ماهية الإفشاء :

الإفشاء هو كشف السر واطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانها، ويعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير^(١). ويتحقق الإفشاء إذا أعلن السر بأية وسيلة دون تحديد الشخص الذي يهمله كتمانها، ولتحقق علة التجريم في حماية مصلحة مشروعة لشخص ما^(٢). ولا يتطلب القانون ذكر اسم المحني عليه (صاحب السر) وإنما يكفي بكشف بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده، بمعنى ألا يكون تعيينه على وجه القطع.

وسائل الإفشاء :

لم يحدد المشرع وسيلة معينة من شأنها أن تحقق الإفشاء، فيتحقق الإفشاء إذا أعلن السر بأية طريقة كانت، فسواء تم الإفشاء بطريق مباشر أو غير مباشر، شفويًا أو كتابيًا^(٣)، أو عن طريق إعلام الغير بموقف حسابات العميل أو الموقف الائتماني له أو بيان بأرصدة العميل، أما إذا كان ذلك بناء على طلب العميل فلا يعد إفشاءً.

(١) Cass 9-6-1899, S. 1920-469; Crim 6-61972, Bull. Crim, p. 190.

(٢) Repertoire Dalloz, No. 87; Garçon Art. 378, No. 200.

(٣) Crim 27-6-1967, D. 67, Soms 115; J. C. P. 68-11-15411, Note Savatir; Garçon,

op. cit., No. 125; Muteau, Ch.: Du Secret Professionnel de son etendu et de la

apres la Loi et la Jurieprudence 187, p. 190; Merger 'il entraine d'Responsabilité qu

Du Secret :C. : Le Secret Professionnel Thèse, Paris 1895, p. 37; Sadoul L.

Professionnel, Thèse, Naance 1894, p. 27.

أهم الوسائل التي تُستخدم في إفشاء سر المهنة - في رأينا - هي :

- الرسائل الخاصة، تعد من وسائل الإفشاء ولو كانت بين موظف البنك وشخص آخر، فالعلانية ليست شرط لقيام جريمة إفشاء سر المهنة، وهذا ما تواترت عليه أحكام القضاء الفرنسي^(١).
 - النشر في الصحف، سواء كانت محلية أو أجنبية أو المجلات سواء الاقتصادية أو غيرها، أو توصيلها للغير بطريق مباشر أو غير مباشر الذي تولى إعلانها أو إفشائها.
- فسواء لدى القانون أن يكون الإفشاء علنياً أو يتجرد من العلانية^(٢)، فجريمة الإفشاء تقع ولو كشف موظف البنك عن السر لزوجة العميل أو أطلعها على ما هو مدوّن بشاشة الحاسب الآلي.

ولكن يثور تساؤل: هل يعد اطلاع النائب القانوني أو الشخص الآخر في الحساب المشترك على حركة الحساب إفشاء للسر؟

الرأى -عندنا - أن عقد الحساب المشترك يفترض رضاء طرفيه بإفشاء السر للآخر، ولا يعد كشفاً للسر منح أحد طرفي الحساب بيان بأرصدة الحساب للطرف الآخر في الحساب، أما بالنسبة للنائب القانوني فيجب أن تكون نيابته تخول له حق الاطلاع على البيانات السرية، مثال ذلك : التوكيل البنكي لشخص من العميل صاحب الحساب أو الودیعة أو الخزينة.

بيان مركز العميل أو الشهادة البنكية :

لا يستطيع البنك أن يرفض طلب العميل منحه بيان بمركز الحساب أو الودائع أو شهادة بنكية بذلك. أما بالنسبة للغير فيعد ذلك إفشاء لسر المهنة، ويعد من الغير أهل العميل وزوجته

(١) Crim 21-11-1974, D. P. 1875-1-234, S. 75-1-89; Crim 30-4-1909, G. P. 1909-2-

J. C. P. 1948-11-4288, Obscrve, Colombeini. ١٩٤٨-٣-١٢323; Aix Enprovence

(٢) جارسون، المرجع السابق، رقم ٢٦.

ورجل الشرطة، أما إذا كان العميل قاصراً فمنح وليه أو وصيه بيان أو شهادة بنكية بحركة حسابه أو رصيده لا يعد إفشاءً، فمن حق الممثل الشرعي للقاصر أو عديم الأهلية لجنون أو عاهة عقلية الحصول على شهادة من البنك أو بيان بحسابه أو أرصده، كما لا يعد ورثة العميل من الغير أو الموصى لهم.

ولا يعد إفشاءً للسر تتحقق به جريمة إفشاء سر المهنة البنكي اطلاع الموظف زميل له على العمليات المصرفية الخاصة بالعملاء أو العمليات الائتمانية أو الإفشاء له بمعلومات عن مركز العميل، إذا كانت طبيعة عمله تقتضي العلم بهذه المعلومات، كما لو طلب مدير البنك من الموظف المسئول عن حسابات العملاء مركز عميل معين، إذ يعد المدير من الأمناء على السر ولا يعد من الغير^(١).

صور الإفشاء :

لم يتطلب القانون شكل معين في الإفشاء، فسواء لدى القانون أن يكون صريحاً أو ضمناً، شفويّاً أو مكتوباً^(٢)، مباشر أو غير مباشر، كما لو سمح موظف البنك للغير أن يطلع على حساب العميل سواء في أوراق البنك أو في الحاسب الآلي أو الخطابات المرسلة للعميل والمتضمنة كشف حساب العميل أو التقارير المعدة عن المركز المالي في البنك.

الإفشاء الكلي أو الجزئي :

يتحقق الإفشاء بالإفشاء بالسر للغير سواء كان إفشاءً كلياً أو جزئياً، فسواء أن يفشي الموظف لغير العميل عن بيان حسابه الجاري دون الودائع أو دون معاملاته الأخرى، ولو كان الغير يعلم عن ودائع العميل بالبنك، فقد جرى قضاء النقض الفرنسي بالعقاب على الإفشاء ولو

(١) Cass. Civ. 12 Juin 1958, J.C.P.1959. 11.No.10940, Note Chavenn; 29 Mars 1978, Bull. Civ., No127.

(٢) Garçon, op. cit., No. 125; R. Vouin, op. cit., No. 551, p. 301.

وانظر من الفقه العربي : الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٧٣٣، ص ٦٤٩.

انصب على واقعة أصبحت معروفة للكافة^(١). فلو كانت زوجة العميل أو أبنائه يعلمون بما يوجد في حسابه أو حجم ودائعه في البنك، فإن اطلاعهم من قبل موظف البنك عليها يعد إفشاءً لسر المهنة. ولا يُشترط لتحقق الجريمة أن يترتب على فعل الإفشاء تحقق ضرر للعميل صاحب السر أو لأي شخص آخر^(٢).

المبحث الثالث

الأمين على السر (صفة الجاني)

يقتضي حديثنا عن الأمين على السر أو الصفة التي يتطلبها القانون في الجاني، أن نعرض لموقف التشريعات المقارنة قبل بيان موقف القانون المصري.

الأمين على السر في التشريعات المقارنة :

اختلفت التشريعات المقارنة حول تحديد نطاق المتزيمين بالسر، فذهب بعضها إلى القول بأن كل الأشخاص مؤتمنون على السر الذي وقفوا عليه بسبب وظيفتهم أو صناعتهم. ومن أمثلة هذه التشريعات: التشريع الجنائي البرتغالي في المادة (١٦٣)، والإيطالي في المادة (٦٢٢)، وقانون العقوبات الروماني في المادة (٥٠٥). أما التشريعات التي نصت صراحة على حماية السر البنكي: التشريع الأوروبي، حيث نص في المادة (٤٧) من القانون الفيدرالي الخاص بالبنوك وصناديق التوفير الصادر سنة ١٩٣٤، وكذلك القانون الفرنسي والبلجيكي. أما التشريعات العربية التي نصت على ذلك: قانون سرية المصارف اللبناني الصادر سنة ١٩٥٦، والقانون

(١) Cass 19-12-1885, D. 1886-1-347, S. 1886-1-86; Cass. 27-6-1931, S. 1932-1-37; Cass. Crim. 21-11-1874, S. 1875-1, p. 89; Rapport Bauduin, Note Chuwes, D./875-1, p234.

Cass. Civ. 10 Nov. 1959, J. C. P. 1960-11, No. 11585.

(٢)

التونسي في المادة (٢٥٤)، وقانون العقوبات السوري في المادة (٥٦٥)، وقانون العقوبات الاتحادي في المادة (٣٧٩) والتي جرى نصها على النحو التالي : " يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته "

الأمين على السر في التشريع المصري :

أخذ التشريع المصري بالمفهوم الواسع للأمين على السر، إذ نص في المادة (٣١٠) عقوبات على أن الأمين على السر يشمل الأطباء وغيرهم. كما نص صراحة في المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أن " يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء أو كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون.

ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات أو المعلومات المشار إليها "

ومؤدى هذا النص، ونظراً للطبيعة الجماعية لأعمال البنوك ومقتضيات المصلحة العامة ومكافحة الجريمة، اعتبر المشرع الأمناء على السر هم :

(أ) جميع العاملين في البنك من الأمناء على السر بدءاً من رئيس مجلس الإدارة إلى أعضاء مجلس الإدارة إلى مديري الفروع والموظفين بجميع مستوياتهم :

بما في ذلك رجال الأمن أو عمال النظافة أو السعاة، حيث أن طبيعة العمل المصرفي عمل مركب يقوم به أكثر من موظف، حيث يقوم موظف بقيد المبالغ سواء بالخصم أو الإضافة وفي أكثر من سجل وتتداول إشعارات الخصم والإضافة في أكثر من يد ابتداءً من مدير الفرع حتى الساعي، ومن ثم يكون من السهل على أى موظف أو عامل في أى قسم من أقسام البنك المختلفة أن يطلع أو يتعرف على معاملة خاصة بأي عميل تمت في البنك، والقول بغير ذلك سيكون سبباً للإفلات من الالتزام بالمحافظة على سرية الأعمال المصرفية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يقصر صفة الأمين على السر أو الالتزام بالمحافظة على السر على ما سبق أن أشرنا إليهم، ولكنه أضاف إليهم الأشخاص والجهات الرقابية.

(ب) الأشخاص والجهات التي خولها القانون سلطة الرقابة أو الاطلاع أو الحصول على البيانات أو الأوراق المحظور إفشاء سريتها :

نظراً لخضوع البنوك للرقابة من جهات رقابية متعددة سواء من البنك المركزي أو وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية^(١)، فقد مد المشرع نطاق الالتزام بالسر إليهم وجعل كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات أو المعلومات المصرفية من الأمناء على السر ويلتزم بكتمانه.

ويعد من الأمناء على السر كذلك في حكم هذا القانون مراجعي الحسابات الذين يتولون مراقبة حسابات البنك، حيث نصت المادة (٢٥) من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن

(١) حيث نص القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن البنوك والائتمان، والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ في المسودات أرقام (٢٧، ٢٨، ٢٩) على إلزام البنوك العاملة في مصر أن تقدم بياناً شهرياً عن مراكزها المالية وكذا أي بيانات يطلبها البنك المركزي، وللبنك المركزي عند الاقتضاء وبعد موافقة وزير الاقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر للاطلاع على دفاتر البنك وسجلاته ويحصل هذا الاطلاع في مقر البنك.

البنوك والائتمان على أن يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان يختاران من بين المقيدين في سجل يعد لهذا الغرض بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للمحاسبات.

ويعد من الأمناء على السر كذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة مراقبي الحسابات بالجهاز المركزي للمحاسبات الذين لهم حق الاطلاع على حسابات العملاء عند فحص ومراجعة أعمال فروع البنوك وذلك وفقاً لنصوص القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبات.

(جـ) الأشخاص الذين خوّل لهم القانون الحق في الحصول على البيانات أو الأوراق الخظور

إفشاء سرها :

يعد من الأمناء على السر من نصت عليهم المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وهم : النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الذين خوّل لهم القانون الاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه، وإذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون العقوبات وهي الجنائيات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل المنصوص عليها في المواد (من ٨٦ حتى ١٠٢) من قانون العقوبات.

ويعد كذلك من الأمناء على السر في حكم هذا القانون ما نصت عليه المادة الثامنة من قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن وحدة مكافحة غسل الأموال، والتي جرى نصها على النحو التالي : " يحظر على أعضاء مجلس أمناء الوحدة وكافة العاملين بها الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال أو عن البيانات المتعلقة بها " .

وخلاصة القول : أن المشرع في قانون سرية الحسابات لم يقصر صفة الأمين على السر أو

الالتزام بالكتمان على العاملين في البنوك فحسب، بل مد ذلك إلى كل من تحوّلته وظيفته أو سلطته الاطلاع على حسابات العملاء، ولم يجعل التزامهم قانونياً فحسب ولكن قرر جزاء جنائي على الإخلال به، حيث عاقب المشرع في المادة السابعة من القانون سالف الذكر كل من موظفي البنوك أو غيرهم ممن يطلعون بحكم عملهم أو وظيفتهم على حسابات العملاء أو معاملاتهم بعقوبة الحبس الوجوبي مع الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه.

المبحث الرابع

الركن المعنوي " القصد الجنائي "

تمهيد :

تعد جريمة إفشاء الأسرار من الجرائم العمدية، ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد، وينبغي على ذلك أن القانون لا يعاقب جنائياً من يفشي سراً نتيجة إهمال أو عدم احتياط في المحافظة عليه. أي أن جريمة إفشاء الأسرار لا تكون إلا جريمة عمدية لتطلب المشرع توافر القصد الجنائي.

القصد الجنائي في جريمة إفشاء الأسرار :

لم ينص المشرع في القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ صراحةً في المادة السابعة على تطلب القصد الجنائي كشرط لقيام المسؤولية الجنائية، إلا أن القصد الجنائي هو ركن أساسي في أية جريمة وفقاً للقواعد العامة، والتي تقضي بأن الأصل في الجرائم أن تكون عمدية والاستثناء أن تكون غير عمدية، ومن ثم كانت القاعدة أنه إذا صمت المشرع عن بيان صورة الركن المعنوي في جريمة من الجرائم كان معنى ذلك أنه يتطلب القصد الجنائي فيها، أما إذا قدر الاكتفاء بالخطأ غير العمدي كان واجباً عليه الإفصاح عن ذلك، فاتباع الأصل لا يحتاج إلى تصريح ولكن

الخروج عليه يقتضي ذلك^(١).

وقد استقر الفقه^(٢) والقضاء^(٣) على أن القصد الجنائي في جريمة إفشاء الأسرار هو القصد العام، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقولها " إن جريمة إفشاء السر تتوافر أركانها إذا صدر الإفشاء مصحوباً بالعلم واستقلالاً عن كل قصد خاص بالإضرار".

وينبغي على ذلك أن القصد الجنائي في جريمة إفشاء سرية الحسابات المصرفية هو القصد العام وقوامه عنصرين هما : العلم والإرادة.

العلم :

يقضي هذا العنصر بضرورة علم الموظف أو من اطلع على بيان أو الأوراق من أن لها صفة السرية وأنه مؤتمن عليها بحكم وظيفته أو وصل إلى علمه بسبب وظيفته أو أثناء تأديتها، أما إذا اعتقد أن هذا السر لا يتعلق بأعمال الوظيفة وخارج عن نطاقها، أو ظن بأن صاحب الحساب رضي بإفشاء السر لزوجته لاصطحابها معه أثناء اطلاعه على الحساب أو طلب بيان به، أو أرسلها بطلبه للبنك لطلب كشف حساب، بأن القصد ينتفي في هذه الحالات جميعاً لانعدام عنصر العلم.

(١) الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون العقوبات — القسم العام "، سنة ١٩٨٩، ص ٥٢٨، هامش رقم (٢).

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٧٤٤، ص ٦٦١؛ الأستاذ / أحمد أمين، " شرح قانون العقوبات الأهلي"، القاهرة، ١٩٢٤، ص ٦٠٠؛ الدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، رقم ٣٧٨، ص ٤٢٥؛ الدكتور أحمد كامل سلامة، رسالة، سابق الإشارة إليها، رقم ٢٩٢، ص ٤٦١.

R. Vouin, *Precis de Droit Pénal Spécial*, T. éd. 4, No. 251, p. 302; Garraud : *Droit Pénal Français*, 1911 éd. —11, T. 5, No. 2078.

(٣) Crim 19-12-1885, D. P. 86-1-347, 9-11-1901, D. P. 1902-1-235, S. 1904-1-202; 9-5-1913, D. P. 1914-1-206, S. 1914-1-16, Note Raux; *Gaz-Pal-1913-1-234*, Paris 17-11-1953, *Gaz. Pal* 1954-1-112.

الإرادة :

يتطلب الفقه لتوافر القصد الجنائي، أن تتجه إرادة الموظف إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، بمعنى أن يعلم الغير بالواقعة التي لها صفة السرية أى أن تتجه إرادته إلى إتيان الفعل الذي من شأنه أن يعلم الغير بالواقعة وأن تتجه إرادته كذلك إلى توفير هذا العلم لديه^(١). ولا يُشترط توافر نية الإضرار بالعميل أو صاحب الحساب أو قصد الحصول على مقابل أو ربح مادي مقابل عملية الإفشاء، فالقانون لم يتطلب لقيام الجريمة سواء توافر القصد العام دون القصد الخاص.

الباعث :

القاعدة المستقر عليها فقهاً أنه لا أثر للباعث على توافر قصد الإفشاء، فإنه وفقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي، أنه لا عبرة للباعث في انتفاء أو قيام القصد الجنائي^(٢). ومما سبق نخلص إلى أن القصد الجنائي ركن ضروري لقيام جريمة إفشاء السر، فإذا انتفى وتوافر الخطأ كنا بصدد جريمة غير عمدية، ومن ثم فإن الموظف لا يُسأل جنائياً لانتفاء القصد ولكن يُسأل مسئولية مدنية عن الأضرار التي سببها للعميل لإهماله في المحافظة على أسرارته، الذي ترتب عليه حصول الغير على معلومات أو أوراق تتعلق بحساباته أو معاملاته المصرفية أو معلومات تتعلق بشخصيته أو مركزه المالي.

(١) الدكتور محمود نجيب حسني: " قانون العقوبات — القسم الخاص "، ١٩٨٦، رقم ٧٤٥، ص ٦٦٢.
(٢) راجع في ذلك: جارسون، ج ١، مادة ٣٠٩—٣١١، رقم ٧٣؛ والأستاذ / أحمد أمين، المرجع السابق، ص ٣٤٧؛ والأستاذ / علي بدوي: " الأحكام العامة في القانون الجنائي "، القاهرة ١٩٣٨، ص ٣٤١؛ والدكتور محمود محمود مصطفى، " القسم العام "، ١٩٦٧، رقم ٢٨٤، ص ٤٠٦؛ والدكتور محمود نجيب حسني: " النظرية العامة للقصد الجنائي "، ص ٢٠٥؛ والدكتور أحمد فتحي سرور: " الوسيط في قانون العقوبات "، ١٩٨١، ج ١، رقم ٣٢١، ص ٥٢٦؛ والدكتور مأمون محمد سلامة: " قانون العقوبات — القسم العام "، ١٩٧٩، ص ٣١٠.

عقوبة الجريمة :

نصت المادة السابعة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يُعاقب كل من يخالف أحكام المادة الأولى والثانية (فقرة أخيرة) والمادة الخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه "

ومفاد هذا النص أن عقوبة من يقوم بإفشاء سرية حسابات العميل أو معاملاته للغير بطريق مباشر أو غير مباشر هي الحبس الذي لا يقل عن سنة ولا يزيد على ثلاث سنوات وفقاً للمادة (١٨) من قانون العقوبات، والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ولا تزيد على عشرين ألف جنيه، وجعل العقوبات وجوبيتين ولم يعط للقاضي التفريد القضائي وحق الاختيار بينهما أو النزول في عقوبة الحبس عن سنة أو عقوبة الغرامة عن عشرة آلاف جنيه.

ويثور التساؤل عندما تقع جريمة إفشاء السر، قد لا يمكن تحديد المسئول بصفة شخصية عن ذلك، فهل يجوز أن تسند المسؤولية الجنائية إلى الشخص المعنوي (البنك) ؟

من المستقر عليه في الفقه هو عدم مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية جنائية لتعذر توقيع العقوبات السالبة للحرية، ولصعوبة إثبات توافر القصد الجنائي لديه، والعقوبة التي يمكن تطبيقها عليه هي عقوبة الغرامة، ولكن الظاهر من نص المادة السابعة أن المشرع استبعد مسؤولية البنك مسؤولية جنائية ولم ينص عليها صراحة.

فالقاعدة في القانون المصري هي عدم تقرير المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وإنما يقتضي ذلك وجود نص صريح كما نص على ذلك بالنسبة لقانون الشركات وقانون التجارة الجديد.

وقد يثور تساؤل آخر، إذا تم إفشاء سر حسابات العميل وعوقب من أفشاه، هل تنتفي صفة السرية عن حسابات العميل التي تم إفشائها ؟

أجابت على ذلك محكمة أمن الدولة العليا المصرية بقولها أن " تسليم السر مرة لا يمنع من

العقاب على تسليمه مرة أخرى لأن تكرار التسليم يزيد الإلمام به، كما وأن سبق إفشاء السر لا يرفع عنه صفته، وذلك أن إفشاء السر مرة لا يحول دون تبليغه مرة أخرى لغير من أفشي إليهم في المرة السابقة، ولأنه حتى ولو فقد السر أهميته أو فائدته، بعضها أو كلها، فلا يؤثر ذلك على مسئولية من يفشيه^(١).

الفصل الثاني

أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي

تقسيم :

تنقسم أسباب إباحة إفشاء سر المهنة المصرفي إلى أسباب مقررة لمصلحة الأشخاص أو للمصلحة الخاصة، وأسباب مقررة للمصلحة العامة.

وحدد القانون حالات الإفشاء المقررة لمصلحة الغير أو البنك، كما حدد الحالات المقررة للمصلحة العامة.

ولذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول لدراسة حالات الإفشاء المقرر لمصلحة الأشخاص، أما المبحث الثاني فنخصصه لحالات الإفشاء المقررة للمصلحة العامة.

المبحث الأول

أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الأشخاص

تقسيم :

نتناول في هذا المبحث أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الغير، أو رضاء العميل، مخصصين لكل موضوع مطلباً على حدة.

(١) د. محمد جودت الملط : " المسئولية التأديبية للموظف العام "، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٦٧، ص ١٣٤ - ١٣٥.

المطلب الأول

أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الغير

تقسيم :

نتناول في هذا المطلب حالات الإفشاء المقررة لمصلحة الغير وهي : أولاً : الإفشاء بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين، ثانياً : الإفشاء بناء على صدور أمر من محكمة استئناف القاهرة، وأخيراً : الإفشاء بناء على طلب المستفيد في الشيك، مخصصين لكل موضوع فرعاً على حدة.

الفرع الأول

الإفشاء بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين

أجاز القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ إفشاء سرية الحسابات بناء على صدور حكم قضائي أو حكم محكمين، ولكن المشرع فرّق في ذلك بين الحسابات والودائع الاسمية والحسابات والودائع المرقمة على النحو التالي :

أولاً : الإفشاء بالنسبة للحسابات والودائع الاسمية :

نص المشرع في المادة الأولى من القانون على أن " تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم... سرية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا... أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين ".

ثانياً : الإفشاء في حالة الحسابات والودائع المرقمة :

نص القانون في الفقرة الثانية من المادة الثانية على أنه "... وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا... أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي. ويسري الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة

السابقة على هذه الحسابات والودائع".

ومن استقراء نصوص المادة الأولى والثانية من القانون، يتبين لنا أن المشرع قد فرق بين الحسابات والودائع الاسمية والمرقمة، فأجاز إفشاء سر الأولى بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين، ولم يشترط في هذا الحكم — الذي يسمح بالاطلاع على حسابات العميل أو بطلب بيانات عنها — أن يكون صادراً من محكمة مدنية أو تجارية أو جنائية أو حكماً تمهيدياً أو تحضرياً أو تفريرياً أو قطعياً أو نهائياً، بل جاء النص عاماً ينطبق على أي حكم قضائي يصدر من هيئة قضائية لها ولاية القضاء، ولم يتطلب أن يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل.

وكذلك الأمر إذا صدر حكم محكمين، سواء كان التحكيم إجباري أو اختياري، يوجب ذلك على البنك السماح لمن صدر له الحكم بالاطلاع على هذه الحسابات أو طلب بيانات عنها.

أما بالنسبة للحسابات المرقمة والودائع فقد حظر المشرع منح أي بيانات عن الحسابات أو الاطلاع عليها إلا إذا كان الحكم القضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائياً.

وينبغي على ذلك : إذا كان حساب العميل لدى البنك أو الوديعة مرقمة فلا يجوز للبنك الكشف عن سرية حساب العميل إلا بناء على حكم واجب النفاذ^(١)، أما إذا كان حكم محكمين فاشترط القانون أن يكون نهائياً.

ولا نجد سبب لهذا الشرط، خاصة أن حكم المحكمين دائماً يكون نهائياً، بل كان يجب أن يقتصر على أن يكون الإفشاء بناء على حكم المحكمين فحسب.

كما لا نرى مبرر للفرقة بين الحسابات الاسمية والرقمية بإسباغ حماية أكبر بالنسبة لها عن الحسابات والودائع الاسمية، فالبنك ملتزم في الحالتين بكتمان السر، إضافة إلى ذلك أن العلة من

(١) والحكم واجب النفاذ هو الحكم الصادر من محكمة أول درجة مشمولاً بالنفاذ المعجل، سواء قضائي أو قانوني، أو كان صادراً من محكمة ثاني درجة، فهو حكم نهائي واجب النفاذ بنص القانون.

السماح بفتح حسابات مرقمة هو زيادة في الحماية ضد السرقة وتقليل من احتمالات الإفشاء، فكان يجب على المشرع المساواة بين الاثنين حماية للغير.

الفرع الثاني

الإفشاء بناء على صدور أمر من محكمة استئناف القاهرة

نص القانون :

نص القانون في المادة الثالثة على أنه " للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك في إحدى الحالتين الآتيتين :

(أ).....

(ب) التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام القانون.

وتفصل المحكمة منعقدة في غرفة المشورة في الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديمه بعد سماع أقوال النيابة العامة. وعلى النائب العام أو من يفوضه في ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوي الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره. ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما في الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور.

ومفاد هذا النص أن المشرع أجاز للبنك التقرير بما في الذمة في حالة توقيع حجز تحت يد إحدى البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون ثم تقدم النائب العام أو من فوضه من المحامين العامين أو أحد ذوي الشأن بطلب لمحكمة استئناف القاهرة للإذن للبنك المحجوز تحت يده بالتقرير بما في الذمة للجهة أو للشخص الحاجز عن بيانات حسابات أو أرصدة عميل أو ودائع لديه، ويستوي

في ذلك أن تكون الحسابات أو الودائع اسمية أو رقمية، ولا يعد ذلك إفشاء للسر، لتوافر سبب إباحة مقرر لمصلحة الغير.

الفرع الثالث

الإفشاء بناء على طلب المستفيد في الشيك

نص القانون :

نصت المادة السادسة منه القانون على أن " لا تخل أحكام هذا القانون بما يأتي :

١-.....

٢- التزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناء على طلب صاحب الحق".

ومؤدى هذا النص أنه لا يعد إعطاء البنك شهادة للمستفيد بأن الرصيد لا يكفي لصرف الشيك إفشاء لسر حساب العميل، لأن إعطائه لهذا البيان يستند في إباحته إلى نص القانون، ولكن تقتصر إفادة البنك على هذا البيان دون أن تمتد إلى معلومات أخرى عن الحساب أو بأن للعميل ودائع أو حسابات أخرى.

كما أنه لا يجوز للعميل مقاضاة البنك لأنه أفشى سر حسابه، لأن ذلك يستند إلى سبب من أسباب الإباحة التي نص عليها القانون مادام أن البنك التزم حدود الإباحة وهي منح شهادة للمستفيد بناء على طلبه بسبب عدم صرف الشيك، ولاسيما أن قانون التجارة الجديد يعاقب موظف البنك الذي يرفض صرف الشيك الصحيح دون سبب أو الذي يمتنع عن وضع أو تسليم بيان بالامتناع عن الدفع، كما أنه يعد تطبيقاً لأداء الواجب كسبب للإباحة في قانون العقوبات المصري^(١).

(١) دكتور أسامة عبد الله قايد : " جرائم الشيك في قانون التجارة الجديد "، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢١ وما بعدها.

الفرع الرابع

حق البنك في كشف السر للدفاع عن نفسه أمام المحاكم

نص القانون :

نص المشرع في المادة السادسة من القانون على ما يأتي :

" لا تُخَلَّ أحكام هذا القانون بما يأتي :

١. ١—.....

٢. ٢—.....

٣. حق البنك في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات".

من المستقر عليه فقهاً وقضياً أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يلغونها أو يحجبها الالتزام بالمحافظة على السر، وجاء هذا النص تأكيداً لهذا المبدأ، فقرر أن من حق البنك إذا ما نشأ بينه وبين عميله نزاع قضائي بشأن الحسابات أو المعاملات أن يكشف عن بعض البيانات الخاصة بهذه المعاملات أو الحسابات إعمالاً لحق الدفاع دون التطرق لأية معاملات أو حسابات أخرى لا تتعلق بهذا النزاع. ومن ثم قيد المشرع البنك في حالة الإفشاء بقيدتين يجب أن يلتزم بهما عندما يكشف سرية حسابات عميله وهما :

أولاً : يجب أن تكون هذه البيانات ذات صلة بالنزاع المثار بينهما، بمعنى أن تتعلق هذه البيانات أو المعلومات التي يكشف عنها البنك بالحسابات أو المعاملات المطروح عنها النزاع أمام المحكمة بين البنك وعميله دون التطرق إلى غيرها وبالقدر اللازم لإثبات حقه أو تحقيق دفاعه حسب طبيعة النزاع أو الالتزام. وإذا خرج البنك عن هذه الحدود يعد مفضياً لسر المهنة يستوجب مسؤوليته الجنائية والمدنية.

ثانياً : أما القيد الثاني فهو أن يكون الإفشاء مقصوراً على العميل المثار معه النزاع فقط، فإذا كشف البنك دون ضرورة يقتضيها حقه في الدفاع عن حسابات أو معاملات عميل آخر يكون قد ارتكب جريمة إفشاء سر المهنة ويرتب فعله المسؤولية، ولو كان هذا العميل الآخر طرف مع العميل في حساب مشترك أو ائتمان، فقد يكون ضامن له وعميل لدى البنك في ذات الوقت.

المطلب الثاني

الإفشاء بناء على رضاء العميل أو أحد ورثته أو أحد

الموصى لهم أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً

نص القانونون :

نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة الأولى، وفي الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على حق البنك في إفشاء سرية الحسابات " بناء على إذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة، أو من أحد ورثته، أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال، أو من النائب القانوني، أو الوكيل المفوض في ذلك قانوناً".

وتعد هذه النصوص تطبيقاً للقواعد العامة في الإباحة التي تقضي بأن رضاء المحني عليه يعد سبباً للإباحة في الحالات التي يكون له فيها التصرف في الحق محل الحماية الجنائية^(١).

ويبين من هذه النصوص أن المشرع أجاز للبنك كشف سرية الحسابات أو الودائع إذا كان هناك إذن ممن سبق ذكرهم شريطة أن يكون الإذن أو الرضاء مكتوباً.

وينبغي على ذلك أن الاتصال التليفوني أو الإذن الشفوي للبنك لا يصلح سبباً للإباحة إفشاء أسرار العميل إلى الغير بل لا بد أن يحصل البنك على إذن كتابي صريح منه بإطلاع الغير أو

(١) دكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات العام"، ص ٢٤٩، ٢٥٠.

إعطاء البيانات، وهذا الشرط تطلبه المشرع بالنسبة لأحد الأشخاص الآتية :

١- صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة.

اشترط المشرع — كما ذكرنا — ضرورة صدور إذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة، وهذا الإذن هو سند البنك في الإفشاء ولا يعفيه من المسؤولية الجنائية الإذن الشفوي أو التليفوني، ويقتصر هذا الإذن على صاحب الحساب ولا يمتد إلى أبنائه أو الزوج.

ولكن يثور تساؤل بالنسبة للفاكس أو الرسائل سواء كانت إلكترونية مثل البريد الإلكتروني أو الرسائل العادية، هل تقوم مقام الإذن الكتابي ؟

الرأي عندنا أن هذه الرسائل جميعها تقوم مقام الإذن المكتوب إذا كانت مقترنة بتوقيع العميل المطابق للنموذج المودع لدى البنك، لأن لها أصل مكتوب ممكن الاستناد إليه قانوناً.

أما التساؤل الآخر يتعلق بالحسابات المشتركة بين الأزواج أو الأشقاء، هل يشترط إذن كتابي من أصحاب الحساب جميعاً لإفشاء السرية أم يكفي أحدهم؟

الأصل أن عقد الحساب المشترك يخوّل للطرفين السحب والإيداع من الحساب والاطلاع دون الرجوع للطرف الثاني، ولكن الأمر يختلف بحسب شروط العقد المشترك، هل خوّل لجميع الأطراف جميع السلطات في السحب والإيداع والاطلاع دون الرجوع لسائر الأطراف فيكون لكل منهم الحق في إفشاء سرية الحساب، أم أنه يقيد سلطات أحد الأطراف وجعل السحب الكامل للحساب لا يكون إلا بموافقتهم جميعاً، كان لزاماً على البنك الحصول على موافقة جميع أطراف الحساب.

٢- الإفشاء بناء على طلب أحد ورثة العميل :

أجاز القانون بعد وفاة العميل لأحد ورثته بكشف بيانات الحساب أو أي بيان آخر يتعلق بمعاملاته بناء على إذن كتابي منه واكتفى بإذن أحد الورثة دون الجميع، وهذا النص كان محل

انتقاد الفقه^(١)، لأنه لا يعد أحد الورثة هو صاحب الحساب أو الحق فيه ولكن جميع الورثة، ولا يملك وحده التصرف في الحق محل الحماية، ومن ثم لا يكون رضائه سبباً للإباحة، وإنما الرضاء الذي يعد سبباً للإباحة هو الصادر من الورثة جميعاً لأنهم أصحاب الحق فيه^(٢)، وكان يجب على المشرع أن يتطلب موافقة جميع الورثة على كشف السرية دون الإخلال بحقوقهم في الاطلاع على حسابات العميل أو معاملاته البنكية.

٣- الإفشاء بناء على إذن من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال :

وكذلك لم يكن المشرع موفقاً عندما منح الموصي له بكل أو بعض الأموال في إفشاء السرية، لأن المجني عليه وصاحب الحق في السر لم يعد الموصي له فحسب بل جميع الموصي لهم إذا تعددوا وجميع الورثة، ولاسيما إذا كان هذا الشخص موصى له ببعض الأموال، فيجب أن يقتصر إذنه عليها ولا تمتد إلى كل الأموال، فيجوز له أن يأذن للبنك بإبلاغ الضرائب أو إعطاء بيانات أو معلومات عن أي حساب أو وديعة أو خزينة كانت للموصي لدى البنك، يعد ذلك إضراراً بباقي الموصين والورثة.

٤- النائب القانوني :

هو ذلك الشخص الذي منحه القانون هذه الصفة لمباشرة أعمال الغير سواء لصغر سنه أو لعاهة عقلية أو جنون أو لوجود عجز. والنائب القانوني قد يكون الولي الطبيعي كالأب والجد على الصغير (القاصر) أو الوصي الذي يعين على العميل القاصر من قبل المحكمة. وفي هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يكشف عن أي بيان بحساب القاصر أو ودائعه إلا بناء على إذن كتابي من الوصي وذلك بالنسبة للحسابات التي تخضع للولاية أو الوصاية، ولا يمتد ذلك إلى حسابات القاصر المفتوحة باسمه لمصروفاته الشخصية أو التي يكون إيداعها من تجارته أو عمله، فيكون

(١) دكتور أبو زيد رضوان، دكتور رضا السيد عبد الحميد : " القانون التجاري — عمليات البنوك "، طبعة ١٩٩٢، ص ١٢٢.

(٢) دكتور أسامة عبد الله قايد : " المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة "، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، ص ٧٢.

الإذن الكتابي بكشفها من القاصر نفسه ولا يجدي إذن الوصي في هذه الحالة.

وقد يكون النائب القانوني قيماً تعينه المحكمة على المحجور عليه الذي أصابه جنون أو عاهة عقلية أو سفه أو عته بعد بلوغه سن الرشد أو حكمت المحكمة باعتباره كذلك. وفي هذه الحالة يكون الإذن الكتابي من القيم ولا يفشي البنك أسرار العميل المحجور عليه إلا بناء على هذا الإذن دون إذن زوجته أو أبنائه.

٥- إذن الوكيل المفوض في ذلك :

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع تطلب بشأن إفشاء سرية الحسابات وكالة خاصة للوكيل من العميل حتى يأذن للغير بالاطلاع على حسابات الموكل أو يعطي للبنك إذن بإفشاء سرية حساب العميل الموكل لهذا الوكيل. ويجب أن تتضمن الوكالة الخاصة هذه السلطات، فالوكالة العامة لا تحوّل للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة دون التصرف (المادة ١/٧٠١ من القانون المدني المصري).

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٧٠٢) كذلك على أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر، والعرف الجاري.

ومن ثم فإن الوكالة العامة لا تصلح لمنح الوكيل سلطة كشف سرية حسابات العميل، ويجب أن تكون الوكالة الخاصة صريحة ومحددة في منح الوكيل الحق في منح البنك الإذن بكشف سرية الحسابات أو إعطاء بيانات عن الودائع أو خزائن العميل.

المبحث الثاني

أسباب إباحة السر المصرفي التي تستند إلى المصلحة العامة

أوجب المشرع على البنك في نصوص متعددة الالتزام بإفشاء سر المهنة تحقيقاً للمصلحة العامة، وينحصر هذا الالتزام في إبلاغ البنك المركزي بالبيانات والإيضاحات عن العمليات التي يباشرها وكذلك لمراقبي الحسابات، أو بناء على طلب النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين في جرائم محددة أو وحدة مكافحة غسل الأموال. ونعرض لهذه الحالات التي يعد فيها الإفشاء مقررراً للمصلحة العامة على النحو التالي مخصصين لكل موضوع مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

إبلاغ البنك المركزي بالبيانات والإيضاحات عن العمليات التي يباشرها أو التسهيلات الائتمانية

نص المشرع في المواد (٢٥، ٢٦، ٢٦ مكرراً (١)، (٢)، ٢٧، ٢٨) من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ على حق البنك المركزي في إيفاد مراقبي حسابات لفحص حسابات البنوك ومتابعة أعمالها والتأكد من عدم مخالفتها للتعليمات القانونية المعمول بها.

كما نص في المادة (٢٩) من ذات القانون على أن " على كل بنك أن يقدم إلى البنك المركزي كافة ما يطلبه من بيانات وإيضاحات عن العمليات التي يباشرها. وللبنك المركزي عند الاقتضاء وبعد موافقة وزير الاقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر من قائمة معتمدة من وزير الاقتصاد والتعاون الاقتصادي للاطلاع على دفاتر وسجلات البنك ويحصل هذا الاطلاع في مقر البنك ".

ويبين لنا من هذه النصوص أن المشرع أجاز للبنك المركزي في مراقبة حسابات البنوك،

وألزم في ذات الوقت البنوك بتقديم دفاترها والبيانات المطلوبة لمراقبي الحسابات. ولا يعد ذلك إفشاء من جانب البنك لسرية حسابات العملاء، لأن هذا الإفشاء مقرر للمصلحة العامة، وهي المحافظة على حسابات وودائع العملاء.

كما نص في المادة الرابعة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك على أن " يضع مجلس إدارة البنك المركزي المصري القواعد المنظمة لتبادل البنوك معه وفيما بينها المعلومات والبيانات المتعلقة بمدىونية عملائها والتسهيلات الائتمانية المقررة لها بما يكفل سريتها ويضمن توافر البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان.

وبناء على ذلك أصدر مجلس إدارة البنك المركزي المصري بجلسته ١٩٩١/٣/٢١ القرار

التالي :

١ —

٢ — تقدم الإقرارات الشهرية عن عملاء التسهيلات الائتمانية إلى الإدارة العامة لتجميع المخاطر الائتمانية إلى الإدارة العامة لتجميع مخاطر الائتمان المصري في مظاريف مغلقة وسرية معنونة باسم الإدارة ومقرها في موعد لا يتجاوز اليوم الخامس من الشهر التالي للشهر الذي يتم الإقرار عن بياناته.

٣ — تسلم المراكز المجمعة لكل عميل إلى البنوك التي يتعامل معها هذا العميل وذلك عن طريق مندوبيها المعتمدين في موعد لا يتجاوز الأسبوع الأخير من الشهر الوارد فيه إقرارات البنوك عن عملائها.

٤ — تسلم بيانات ومراكز العملاء المطلوب الاطلاع على بياناتهم في مظاريف مغلقة إلى مندوبي البنوك المعتمدين أو ترسل عن طريق أجهزة الفاكسميلي المؤمنة".

ومؤدى هذا النص أن البنك في سبيل المحافظة على أموال وودائع المودعين وخشية إقراض عملاء أموال دون ضمانات أو يزيد عن حجم الائتمان الواجب مراعاته أو تضخم مدىونتهم،

نص على تبادل البنوك المعلومات والبيانات المتعلقة بمدىونية عملائها والتسهيلات الائتمانية مع وضع الضوابط التي تكفل سريتها ويضمن توافر البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان، وهي تلك الضوابط التي — أشرنا إليها سلفاً — قررها البنك المركزي.

وينبغي على ذلك أن إبلاغ البنوك البنك المركزي بالمراكز الشهرية أو أى بيانات عن العملاء لا يعد إفشاءً للسرية، وكذلك تبادل المعلومات بين البنوك الخاصة بعمليات الائتمان الخاصة بالعملاء.

المطلب الثاني

الاطلاع على الحسابات من قبل مراقبي الحسابات

نصت المادة السادسة فقرة أولى من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أن " لا تُخلّ أحكام هذا القانون بالواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك ".

كما نصت المادة (٢٥) من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧^(١) على "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان للحسابات يختاران من بين المقيدين في سجل — يعد لهذا الغرض — بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للمحاسبات...".

ونصت المادة (٢٦) مكرراً في الفقرة الثانية) على أن " تخضع جميع البنوك التي تمارس عملياتها داخل مصر لأحكام هذا القانون ".

وبالبناء على ما تقدم تلتزم البنوك المصرية بتقديم جميع البيانات والمعلومات الخاصة بحساب العملاء لمراقبي الحسابات ولا تستطيع التمسك بسرية حسابات العملاء في مواجهة مراقبي الحسابات للاطلاع على المستندات أو البيانات أو السجلات التي تتعلق بهذه الحسابات والتي

(١) والمستبدلة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٠، والقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢.

تمكنهم من إعداد الميزانية ومراقبة الحسابات.

كما أن هؤلاء المراقبين يعدوا من الأمناء على السر — كما أشرنا سلفاً — ومن ثم فهم ملتزمون بالمحافظة على سرية الحسابات، وفقاً للمادة الخامسة من القانون عن اطلاعهم على الحسابات بحكم مهنتهم أو وظيفتهم.

المطلب الثالث

الإفشاء بناء على أمر صادر من النائب العام مباشرة

أو ممن يفوضه من المحامين العاميين

أضاف المشرع إلى المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فقرة أخيرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن مكافحة الإرهاب^(١) جرى نصها على النحو التالي :

"يكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العاميين أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أي بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه والمعاملات المتعلقة بما إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات".

ويبين لنا من هذا النص أن المشرع قد منح -بعد تعديله- للنائب العام حق تفويض المحامين العاميين، بعد أن كان التفويض مقصوراً على المحامين العاميين الأول، ودون اللجوء إلى محكمة استئناف القاهرة أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أي بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من

(١) منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٩) مكرر في ١٨/٧/١٩٩٢. وقد صححت هذه الفقرة المضافة بالاستدراك المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (٣٦) في ٣/٩/١٩٩٢.

الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات^(١).

وتكمن العلة في هذا النص في منح النائب العام مراقبة مصادر تمويل الجماعات الإرهابية وحساباتهم في البنوك للوقوف على مصادر هذه الحسابات والأموال التي تستخدم في تمويل العمليات الإرهابية داخل مصر.

المطلب الرابع

إبلاغ وحدة مكافحة غسل الأموال عن العمليات المشتبه في خضوعها لقانون غسل الأموال

نصوص القانون :

نص المشرع في المادة الثامنة من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن " تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال... " .

ونص في المادة التاسعة على أن تلتزم المؤسسات المالية بإمسك سجلات ومستندات لقيدها تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات..... وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها..... " .

كما نص القانون في المادة العاشرة منه على انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية لكل من قام - بحسن نية - بواجب الإخطار عن أي من العمليات المشتبه فيها وكان هذا الاشتباه مبنياً على أسباب معقولة، وقد جرى نصها على النحو التالي: "تنتفي المسؤولية الجنائية بالنسبة إلى كل من

(١) أضاف القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن مكافحة الإرهاب إلى الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل مجموعة من الجرائم المتعلقة بالإرهاب وذلك بموجب المواد (٨٦، ٨٦ مكرراً، ٨٦ مكرراً (أ)، (ب)، (ج)، (د)، ٨٨، ٨٨ مكرراً (أ)، (ب)، (ج)، (د)، (هـ).

قام -بحسن نية- بواجب الإخطار عن أي من العمليات المشتبه فيها الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها، وتنتفي المسؤولية المدنية متى كان الاعتقاد بقيام هذا الاشتباه مبنياً على أسباب معقولة " .

ويبين لنا من هذه النصوص انتفاء المسؤولية الجنائية للبنك والعاملين فيه في حالة إخطارهم لوحدة مكافحة غسل الأموال بالعمليات البنكية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال أو اطلاعهم على السجلات أو المستندات الخاصة بها.

وقرر المشرع مانع من موانع المسؤولية الجنائية لموظف البنك الذي يبلغ بحسن نية إلى وحدة مكافحة غسل الأموال عن هذه العمليات المشتبه في خضوعها لأحكام القانون، أو يقدم لها البيانات أو المعلومات عنها، كما نفى عنه المسؤولية المدنية إذا كان اعتقاده بقيام هذا الاشتباه قد بني على أسباب معقولة.

" إفشاء سر المهنة المصرفي "

د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك

أستاذ الفقه المساعد بكلية التربية - جامعة الملك فيصل

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
أما بعد فإن طبيعة المهن المصرفية ، وما فيها تعاملات تجارية من صرافة وتحويل وفتح
حساب وفتح اعتماد وغير ذلك ، يترتب عليها إطلاع على أموال الناس وحساباتهم العامة ، بل
و أموالهم الخاصة ، وهي أشياء يختص بها الأفراد ، ولا يُحِبُّ أحدهم أن يطلع عليها أحد غيره ،
ويعتبرها من أخصِّ أسرارهِ .

لكن ضرورة التعاملات التجارية وما يترتب عليها من عمليات مصرفية هي التي دعت
العميل إلى كشفها للمصرف على سبيل الأمانة التي لا يريد إظهارها لغير المصرف ، فلولا الحاجة
والضرورة ، لما باح بشيء من هذه الأسرار للمصرف ، فإن كثيرا من الناس تعرض لهم حاجات
تجارية يُخفونها عن أخصِّ الناس إليهم من إخوانهم وأبنائهم بل وعن آبائهم وأمهاتهم ، ويوحدون
بها للمصارف لداعية الحاجة أو الضرورة .

وهذه التعاملات تشمل كل العمليات المصرفية كفتح الحسابات الجارية وغير الجارية
وكفتح الاعتمادات البنكية وكخصم الأوراق التجارية وغيرها ، وتشمل كذلك ما يترتب على
هذه العمليات خلال سير العمل المصرفي من وصول معلومات خاصة بالعميل بسبب علاقته
بعملاء آخرين وتعاملاته معهم بعمليات مقاصة أو تحويلات أو غيرها ، داخل المصرف أو من
خلال مصرف آخر .

والأصل في المعاملات المصرفية أنها سرٌّ بين المصرف والعميل ، والواجب في السرِّ كتمانهُ وعدم
الابوح به ، وقد ظهر لي أن هذه الأسرار المتعلقة بأموال الناس نوعان :
والأول : مالا يحل النظر إليه ولا يحل كشفه للآخرين ، وأن الأمر مناطه الحاجة الداعية للإطلاع
عليه .

الآخر : ما تدعو الضرورة لكشفه والإطلاع عليه .

أما النوع الأول منها وهو ما لاتدعو الضرورة لكشفه فأقول في بيانه :

قد يكون مايطلع عليه موظف المصرف من الحسابات ، لايجب العميل أن يراه أحد ، ويكتنمها عن أبويه وأهله ، فيجب على المصرف حفظ الأمانة التي استودعه إياها العميل . وقد قال الله تبارك وتعالى في وصف عباده المؤمنين : (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) ^١ . فهذه الآية الكريمة قد وصفت المؤمنين بحفظ الأمانة ورعايتها ، وأمور عملاء المصارف وتعاملاتهم أمانة في أعناق المصرفيين ، فلايجل لهم إفشاؤها ، فقد قال الإمام أبو عبد الله القرطبي رحمه الله تعالى في تفسيره لهذه الآية: (وهذا يعمُّ معاشرَةَ الناس والمواعيد وغير ذلك ، وغاية ذلك : حفظه والقيام به) ^٢ .

وقد قال الله تعالى مخاطباً عباده المؤمنين (إن الله يأمركم أن تؤدُّوا الأمانات إلى أهلها) ^٣ ، قال الحافظ أبو بكر ابن العربي (اختلف الناس في الأمانات فقال قوم : هي كل ما أخذته بإذن صاحبه ، وقال آخرون: هي ما أخذته بإذن صاحبه لمنفعته، والصحيح أن كليهما أمانة) ^٤ ، ثم ذكر سبباً في نزولها وعلّق عليه بقوله (ولو فرضناها نزلت في سبب فهي عامّة بقولها شاملة بنظمها لكل أمانة) ^٥ .

وقد ذكر أبو عبد الله ابن الحاج رحمه الله تعالى كلاماً مهماً فيما يتعلّق بأسرار المرضى وهو قوله : (وينبغي أن يكون أميناً على أسرار المرضى فلا يطلع أحداً على ما ذكره المريض ، إذ أنه لم يأذن له في إطلاع غيره على ذلك ، ولو أذن فلاينبغي أن يفعل ذلك معه) ^٦ .

^١ المؤمنون ٨ .

^٢ القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن الكريم : ١٢ / ١٠٧ .

^٣ النساء ٥٨ .

^٤ ابن العربي ، أحكام القرآن : ١ / ٤٤٩ .

^٥ ابن العربي ، أحكام القرآن : ١ / ٤٥٠ .

^٦ ابن الحاج ، محمد العبدري ، المدخل إلى تنمية الأعمال بتصحيح النيات : ٤ / ١٤٣ .

ذلك أن النظر إلى عورات الناس وإفشاء أسرارهم، يعتبر صورة من صور العدوان الذي نهانا عنها ربنا تبارك وتعالى في قوله: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) ^١.

ثم إن إفشاء السر لا يخلو من حالين :

الأول : أن لا يكون فيه إضرار بالعميل .

الآخر : أن يكون فيه إضرار بالعميل .

أما الحال الأول فتشمله الآيتان السابقتان وتشمله الأحاديث الواردة في حفظ السر كقوله عليه الصلاة والسلام (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك) ^٢ . فالستر في هذه الحال مطلوب وقد عدّ الإمام الغزالي رحمه الله تعالى إظهاره وهتكه لؤماً ^٣ ممن هتكه .

فإذا كان من الأسرار ما هو من قبيل المعاصي والآثام ولم تندب الشريعة الإسلامية إلى كشفه ، ولاهتك ستر صاحبه ، وذلك كأن يرتكب الإنسان معصية مرة أو مرات متعددة ، ويكون في إقدامه على فعل المعصية متسترا عن أعين الناس ، متخوفاً من أن يطلع عليه أحد ، ومتندماً على ما وقع منه من مخالفة لأمر الله تعالى ، فإذا اطلع أحد المسلمين على شيء من ذلك وكان مطمئناً إلى توبة صاحبه أو متوقفاً منه ذلك ، فإن الأولى والأفضل أن يسبل عليه ثوب الستر ، فلعل الستر عليه يكون دافعاً له لنسيان معصيته وعدم الأوبة إليها ^٤ . وفي ذلك يقول الإمام النووي رضي الله عنه : (وأما الستر المندوب إليه هنا ، فالمراد به الستر على ذوي الهيئات ونحوهم ، ممن ليس هو معروفاً بالأذى والفساد) ^٥ .

^١ المائدة ٢ .

^٢ رواه أحمد في مسنده برقم ١٥١٢٢ ، وأبو داود رقم ٣٥٣٦ ، والترمذي في سننه باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده .

^٣ الغزالي ، إحياء علوم الدين : ١٣٢/٣ .

^٤ انظر : ابن الهمام ، تكملة فتح القدير : ٢٧/١٠ ، المواق ، التاج والإكليل : ١٦٦/٦ ، ابن مفلح ، الآداب الشرعية : ٢٦٥/١ .

^٥ المنهاج شرح صحيح مسلم : ٣٥/١٦ .

ذلك أن من لم يعرف بالأذى والفساد ، ولم يشتهر به ، ولم يخش من السستر عليه حصول مفسدة، فليس هناك ما يدعو لهتك ستره وإفشاء سره

ويقول الحافظ أبو بكر بن العربي رضي الله عنه : (من اطلع على رجل في فعل يوجب الحد ، استُحِبَّ له أن يستر عليه ، ولا يفضحه ، وإبقاءً على الفاعل وعلى القائل . أما الفاعل فلعله إذا وعظ لم يزد ، ولا تشيع عليه الفاحشة . وأما القائل فعلى نفسه أبقى ، لأنه إن ذكر ذلك توجه عليه الحد ، إن كان قذفاً ، والأدب إن كان من سائر المعاصي) ¹ .

وأما الحال الآخر فله صور كثيرة يتضرر فيها العميل ، منها ما يختص بالأسرار المصرفية وحدها ، ومنها ما يشملها ويعمُّ غيرها . فمن ذلك ما يترتب عليه القدح في عدالة العميل ، ومن ثم سقوط شهادته وعدم قبول أقواله حين يقع منه فعلٌ يوجب ذلك . ومن ذلك أن يجفوه من كان يُحِبُّه ويألفه حين يَعْلَمُ منه تصرفاً ستره الله عليه وبذلك تفسد العلاقات الاجتماعية بين الناس . ومن ذلك أن يحقره من كان يُجلُّه ويعظمه . ومن ذلك أن يترتب على إفشاء معاملته المالية أن يسوء ظن أهله به ، ويفسد الوُدَّ الذي بينه وبينهم ، وبذلك تقع قطيعة الرحم ، وتنقطع أواصر المحبة والقربى .

ومن ذلك أن ينكشف من حال العميل معاملات بنكية يفقد بسببها ثقة المتعاملين معه فيتخوفون من الدخول معه في بيع أو شراء أو أي نوعٍ من أنواع التجارة ، فتفتوته بذلك فرصٌ كثيرة من فرص العمل ، فيترتب على ذلك أضرار مالية تقع على العميل ، يفقد بسببها أرباحاً كان يؤمل تحصيلها .

ومن ذلك أن تكون بعض المعلومات أسراراً مملوكةً لأصحابها ، داخلةٌ تحت مسمى سرِّ المهنة الذي يباع ويُستثمر بحيث يترتب على العلم به فقدان فرص تجارية أو مصالح اقتصادية فيفوت العميل تحصيلها.

ومن ذلك أن يُفضي كشف المعلومات عن الأموال وكشف تحركاتها من حساب إلى آخر، إلى وقوع اعتداء عليها من الآخرين .

¹ عارضة الأحوذى على جامع الترمذي : ١٩٨/٦ ، وانظر : السفاريني ، غداء الألباب : ٢٥٥-٢٥٦ .

ومن ذلك أن يترتب على الكشف عن وجود أموال للعميل إلزام العميل بأعباء مالية من غرامات وغيرها ، ما كانت لتلزمه لولا الكشف عنها .

ومن ذلك أن يُفضي كشف بعض الأسرار المالية إلى حرمان صاحبها من مرتبة وظيفية ، كان يُظن وصوله إليها ، لو لم ينكشف من أسرار أمواله شيء .

والذي يظهر لي أن إفشاء المصرف لما لا تدعو الضرورة لكشفه ، وإظهاره لشيء من أسرار العميل ، يعتبر معصية توجب تأثيم فاعلها .

والمعصية عند الفقهاء كما أنها توجب تأثيم صاحبها ، فإنها توجب التعزيز في الدنيا لأن القاعدة عندهم تقول : (من أتى بمعصية لاحد فيها ولا كفارة ، فعليه التعزيز)¹ .

غير أن المعاصي تتفاوت في درجاتها ومراتبها ، بحسب ماتفضي إليه من مفسد وأضرار فلذا يلزم أن يكون التعزيز متناسبا مع حال الواقعة أي السر الذي انكشف ، فكلما كانت المعصية خفيفة الضرر ، لزم أن يكون التعزيز أخف ، والعكس بالعكس .

قال الإمام ابن القيم رحمه الله تعالى : (لما كانت مفسد الجرائم متفاوتة ، وغير منضبطة في الشدة والضعف والقلة والكثرة ، وهي ما بين النظرة والخلوة والمعانقة جعلت عقوباتها راجعة إلى إجتهد الأئمة وولاية الأمور بحسب المصلحة في كل زمان ومكان ، بحسب أرباب الجرائم في أنفسهم ، فمن سوى بين الناس في ذلك وبين الأزمنة والأمكنة والأحوال لم يفقه حكم الشرع)² .

فاعتبر رحمه الله تعالى ، تفاوت العقوبات على المعاصي متناسبا مع خطورة المعاصي .

ثم إن مكانة المصرف في المجتمع تقيه من أن يكون محلا لتشديد العقوبة ، لأن مثله يكفيه من يسير العقاب ليرتدع وينكف عن هذه التصرفات ، لأن نفسه كثيرا مالا تحتل التعزيز ، ويكون يسير التعزيز شديدا عليها .

¹ الزركشي ، المنشور في القواعد : ١٨٩/٣ .

² ابن القيم ، إعلام الموقعين : ١٠٩/٢ ، وانظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام : ٢٠٨/١ .

ثم إنه قد توجد حالات يقع بسببها المصرفي في حرج لو امتنع عن الإفشاء ، وربما كان عليه ضرر على نفسه أو أهله أو ماله ، وقد يكون هذا الضرر من المدير المباشر له ، فما العلاج لهذه الحالة المخرجة ؟

إن لجوء المصرفي للمعاريض يُعدُّ حلاً مناسباً يخرج به الموظف عن الحرج ، ويرفع عنه الضرر ثم إن تعذّر عليه التعريض ، فهل له أن يرفض ويُبدّي اعتراضه على السائل الذي يريد معرفة السرّ ؟ سواء كان السائل زميلاً له في عمله أو مديراً له مباشراً أو مديراً غير مباشر .

وهل له أن يلجأ إلى الكذب ؟ وإن أدّى الأمر إلى أن يخلف كاذباً فهل له ذلك ؟ فههنا موضع نظر يتضح لنا من كلام الإمام أبي حامد الغزالي رحمه الله حيث قال : (فكل مقصود محمود يمكن التوصل إليه بالصدق والكذب جميعاً فالكذب فيه حرام ، وإن أمكن التوصل إليه بالكذب دون الصدق فالكذب فيه مباح إن كان تحصيل ذلك القصد فيه مباحاً ، وواجب إن كان المقصود واجباً كما أن عصمة دم المسلم واجبة ، فمهما كان في الصدق سفك دم امرئ مسلم قد اختفى من ظالم فالكذب فيه واجب)¹

ثمّ تبيّن إلى جواز الكذب إذا ارتبط بالكذب مقصود صحيح فيما يتعلّق بالمال أو بالعرض : ففي المال : مثل أن يسأله ظالم عن ماله أو عن مال غيره من وداعة أو غيرها ، فله أن ينكر ذلك كلّهُ ، حفظاً لماله ولمال غيره .

وفي العرض : مثل أن يسأل عن سرّ أخيه ، فيجب عليه أن يستتر عليه ويحفظ سرّه . ثم قال (فإذا علم أن المخدور الذي يحصل بالصدق أشدُّ وقعاً في الشرع من الكذب فله الكذب ، وإن كان ذلك المقصود أهون من مقصود الصدق فيجب الصدق)²

ثم إن الإثم لاحقٌ بمن اضطرّه ، أما هو فالظاهر أنه لا إثم عليه إن شاء الله تعالى . وأما النوع الآخر وهو ما تدعو الضرورة لكشفه فله صور متعدّدة :

¹ الغزالي ، إحياء علوم الدين : ١٣٧/٢ .

² م . ن : ص ١٣٨ .

فمنها أن يكون الكشف عن الأسرار ضرورة تدعو إليها حماية مصلحة الموظف بالمصرف من العميل ، ويُتصور ذلك في صور منها ما إذا كان كشف السرّ سبباً لكشف حقائق جنائية ، فيكون الإخفاء تستراً على الجنائيات ، فقد روى أبو داود عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال النبي (صلى الله عليه وسلم): "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال بغير حق"¹

والذي يظهر لي أن الشريعة الإسلامية أباحت الكشف عن ماتدعو الضرورة إلى كشفه ، لأن هذا يُحقّق مصلحة راجحة للمصرفي ، وهذا يعني أن الكشف عن ما هو أهمّ من ذلك ، كحماية المصالح العامة أولى وأكد .

ولالإمام النووي رضي الله عنه كلام جميل فيما يتعلّق بجرح بالعمّال وهو قوله : (وأما جرح الرواة والشهود والأمناء على الصدقات والأوقاف والأيتام ونحوهم فيجب جرحهم عند الحاجة ، ولايجل الستر عليهم إذا رأى منهم مايقدرح في أهليتهم ، وليس هذا من الغيبة المحرمة ، بل من النصيحة الواجبة ، وهذا مُجمّع عليه)² .

فاعتبر رحمه الله تعالى الحاجة سبباً في وجوب الكشف عن حال الشهود والأمناء وغيرهم . وفي حكم هذا أن يكون كشف المصرفي عن أموال أحد العملاء أمراً تستدعيه الضرورة للحفاظ على المصلحة العامة ، فحينئذ يجوز عليه الإبلاغ عنه وعدم الستر عليه . بل يعتب المصرفي مسؤولاً عن كل مايرتب على عدم إبلاغه المسؤولين عنه من أضرار .

¹ ذكر الترمذي عنواناً لأحد الأبواب (باب ما جاء أن المجالس أمانة) ثم ذكر في تحفة الأحوذى هذا الحديث وقال : هذا لفظ حديث أخرجه الخطيب في تاريخه عن علي مرفوعاً كما في الجامع الصغير ، وروى أبو داود في سننه عن جابر بن عبد الله مرفوعاً: للمجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال بغير حق، وهو حديث ضعيف.

² النووي ، المنهاج على صحيح مسلم : ١٣٥/١٦ .

واعتر رحمة الله أن هذا ليس من باب الغيبة المحرمة وإنما هو من النصيحة الواجبة للمسلمين ، فالنصح للمسلمين يكون بعدم تعريضهم للمفاسد والأخطار ، ثم بين أن هذا الحكم محل إجماع بين المسلمين ، لما فيه من جلب لمصلحة السلامة للجماعة ودفع لمفسدة الدفاع عنهم .
والعلة في ذلك هي أن المطلوب الشارع الحكيم هو تطهير الأرض من المفاسد وإخلاؤها من المضار ، وهذا لا يتحقق بترك المسيئين يتمادون في غيهم وإساءاتهم .
فقد سئل الإمام أحمد رضي الله عنه عن الرجل يعلم منه الفجور ، أيخر به ؟
فقال : بل يستر عليه ، إلا أن يكون داعية ¹ .
فقوله رحمه الله (إلا أن يكون داعية) يفيد أن من كان داعية إلى الفساد والفجور لا يجوز الستر عليه ، بل يجب الإبلاغ عنه ، وكشف أمره ، وتحذير الناس منه .
قال العلامة ابن مفلح رحمه الله : (ويتوجه أن في معنى الداعية من اشتهر وعُرف بالشر والفساد ، ينكر عليه وإن أسر المعصية) ² . فاعتبر من اشتهر بفسقه وفساده نظير الداعية إلى فجوره ، بجامع أن كلا منهما يدعو إلى الفساد ، الأول منهما يدعو بلسان حاله والثاني بلسان مقاله .
ودل قوله (وإن أسر المعصية) على أن الإسرار بالمعصية لاعتبر به إذا خيف من الفساد أن يعم ، ومن الفاحشة أن تشيع .
واستحب الإمام النووي رحمه الله تعالى أن يرفع أمر المشتبه بالفساد إلى ولي الأمر ، ليأخذ بيده ويصرفه عن غيه ³ .
ويتأكد إبلاغ ولي الأمر وإخباره في الحالات التي يترتب على ترك الإبلاغ فيها ضرر خاص بفرد وأكد أن يكون الضرر عاماً بالجماعة ، فينبغي الإبلاغ عن أموال الفارين عن ولي الأمر من مرتكبي الجرائم ، الذين يخشى من تركهم حصول الضرر العام .

¹ ابن مفلح ، الآداب الشرعية : ٢٦٣/١ .

² م. ن .

³ النووي ، المنهاج على صحيح مسلم : ١٣٥/١٦ .

وحيث أبحاث الشريعة الإسلامية كشف ستر هؤلاء في هذه الحالة نظرا لما تدعو إليه الضرورة ، فلزم أن تقدر هذه الضرورة بقدرها ، بحيث لا يكشف من أسرارهم إلا القدر الذي يؤدي إلى المصلحة المرجوة منه وبأسلوب بعيد عن التجريح والتشهير ، بل بأحسن لفظ وأجوده .
ففي تكملة فتح القدير عن الشاهد على السارق : (يجب أن يشهد بالمال فيقول : أخذ ، إحياء لحق المسروق منه ، ولا يقول : سرق ، محافظة على الستر)¹ .
بل إن الشريعة لم تكتفِ بالإباحة بل أوجبت ذلك حين يُسبل المصرفي الستر على هذا السر ولايكشفه ، فإنه يعتبر متسببا ولاشك عن الأضرار والمفاسد التي تترتب على ذلك .
وعليه فإن المصرفي يعتبر ضامنا لهذه الأضرار التي تسبب فيها بإخفائها وعدم الإبلاغ عنها ، ويتصور هذا فيما لو لجأ إلى المصرف عميل لتحويل أمواله وعلم المصرفي أن مطلوب في قضية عادلة من قبل ولي الأمر .

المصادر والمراجع

- الترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩هـ)
سنن الترمذي بشرح عارضة الأحمدي (١-١٣) ، دار الكتب العلمية - بيروت (د-ت)
ابن الحاج : أبو عبد الله محمد بن محمد العبدري (ت ٧٣٧هـ)
المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات (١-٤) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر - ١٣٨٠هـ .
ابن حنبل : الإمام ابو عبد الله أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)
مسند الإمام أحمد بمامش منتخب كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال (١-٦) المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣١٣هـ .
أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)
- سنن أبي داود بمامش بذل المجهود (١-١٢) ، مطبعة ندوة العلماء ، لكنو ، ١٣٩٢هـ .
الزركشي : بدر الدسن محمد بن بهادر (٧٩٤هـ)
المنثور في القواعد (١-٣) مؤسسة الفليج للطباعة والنشر - الكويت ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

¹تكملة فتح القدير : ٢٧/١٠ .

مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون

- ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبدالله الأشبيلي (ت ٥٤٣هـ)
- أحكام القرآن (٤-١) تحقيق محمد علي البحايي دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .
- عارضة الأحوذ في شرح صحيح الترمذي (١-١٣) ، دار الكتب العلمية - بيروت (د-ت)
- الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت ٥٠٥هـ)
- إحياء علوم الدين (١-٥) ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ، ١٣٥٨هـ .
- ابن فرحون : إبراهيم بن علي بن محمد اليعموري (ت ٧٩٩هـ)
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام (١-٢) ، ط ١ ، المطبعة العامرة الشرفية - مصر ، ١٣٠١هـ .
- القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٦٧١هـ)
- الجامع لأحكام القرآن (١-٢٠) ، مطبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ١٣٨٥هـ .
- ابن القيم : شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي (ت ٧٦١هـ)
- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة ، بيروت ١٩٧٣هـ .
- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)
- صحيح مسلم بشرح النووي (١-١٨) ، المطبعة المصرية - القاهرة ، ١٣٧٧هـ .
- ابن مفلح : شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٣هـ)
- الآداب الشرعية والنح المرعية (١-٣) ، نشر مكتبة الرياض الحديثة ، ١٣٩١هـ .
- المواق : أبو عبدالله محمد يوسف العبدري (ت ٨٩٧هـ)
- التاج والإكليل لمختصر خليل (١-٦) ، بمأمش مواهب الجليل - مطبعة السعادة - مصر ، ١٣٢٨هـ .
- النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف الدين بن مري الدمشقي الشافعي (ت ٦٧٦هـ)
- المنهاج شرح صحيح مسلم (١-١٨) ، المطبعة المصرية - القاهرة ، ١٣٧٧هـ .
- ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت ٨٦١هـ)
- شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدأ (١-٦) ، مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى - مصر ، ١٣٥٦هـ .

إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية (السر البنكي نموذجاً)

د. فوزي أو صديق

عميد سابق بكلية الحقوق (جامعة البليدة، الجزائر)

خبير قانوني في لجنة إعداد الدستور الدائم (قطر)

رئيس وحدة الدراسات الاستراتيجية (مركز الخليج للدراسات)

مدرس بكلية الشريعة والقانون (جامعة قطر)

مقدمة:

إن التطور السريع للمعلوماتية افرز حتمية التشريع في هذا المجال بوضع نظام قانوني قطعي، يخدم صالح الأفراد ويضمن حمايتهم، ففي جميع الأحوال لا يجب أن تكون المعلوماتية وسيلة للانتقاص من الكرامة الإنسانية، أو حقوق الإنسان، أو الحياة الخاصة والعامّة.

إدراكاً بهذه الأبعاد فإن العديد من التشريعات الأوروبية، أصدرت نصوص خاصة بالمعلوماتية، وكل ما يتعلق بالحدود التي تحمي خصوصية الأفراد وحرّياتهم أثناء جمع المعلومات، أو أثناء وضع البطاقات الشخصية للأفراد وتخزينها.

وعادةً هذه التشريعات الأوروبية قد تتمحور حول الإجراءات الواجبة الاتباع لاقتناء المعلومات الشخصية المخزونة في المعلوماتية، إلى جانب جمع وتسجيل والحفاظ على هذه

١- راجع: directive95/46/ce du parlement europeen du conseil du 24/10/1995 relative a la protection des personnes physique a l-egard du traitement des donnees a caracteres personnel et a libres circulation de ces donnees -journal officiel n 1281 du 23/11/1995 pg0031-0050 Convention pour la protection des personnes a l-egards du traitement automatise des donnees a caracteres personnel . Strasbourg 28/1/1981-protocol aditionel ste 181.

المعلومات، وكيفية الدخول إليها، وقد وضعت مجموعة من الأحكام الجنائية كوسائل ردعية في حالة الإخلال بالشروط الموضوعية والإجرائية المنصوص عليها سابقاً.

ويمكن اعتبار التعميم الأوروبي CE/٤٦/٩٥ الصادر سنة ١٩٩٥م، كمنطلق لتحضير أوروبا للدخول لمجتمع المعلوماتية وطرق الإعلام الآلي، لذلك كان من واجبننا التساؤل هل الثورة المعلوماتية ستؤدي حتماً إلى ثورة قانونية؟! وما هي السبل لتكييف مختلف التشريعات القديمة التي لها أكثر من عشرين عاماً مع ضروريات القرن الواحد والعشرين، ومتطلباته التكنولوجية دون الإفراط بالضمانات القانونية لحماية الحريات الفردية؟!!

وهل يجوز إفشاء الأسرار، كالأسرار البنكية - مثلاً-، دون تكييفها على أساس أنه إخلال بحق الخصوصية، أو إفشاء سر مهني؟!!

ذلك ما نحاول الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة، إلا أنه كنقطة إرشادية يجب التنبيه على أن التعميم الأوروبي مع بداية تنفيذه بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٩٢م، قد طبق مباشرة في كل من اليونان، وإيطاليا، والبرتغال، وبريطانيا؛ بينما البعض منها استوجب صدور تشريع داخلي لإعطاء قيمة قانونية للتعميم الأوروبي، وذلك ما هو عليه الحال بالنسبة للنمسا، وبلجيكا، وأسبانيا، والدنمارك، وفنلندا، وهولندا، فيمكن القول بأن هذا التعميم كان محل مناقشة داخل البرلمانات الأوروبية، باستثناء ألمانيا وفرنسا.

ففي ٢٩ يوليو ١٩٩٩م، أرسلت اللجنة الأوروبية (إشعار مشفوع) Avis Motive لتسع دول أعضاء، لعدم إبلاغها عن الإجراءات الضرورية المتخذة من أجل تقنين التعميم الأوروبي في تشريعاتها الداخلية، أما في ١١ يناير ٢٠٠٠م فإن اللجنة الأوروبية قد حركت دعوى قضائية ضد خمس دول أوروبية لتمطلها في تقنين هذه التعليمات الأوروبية وعدم إبلاغها.

وعليه يمكن اعتبار التعميم الأوروبي الصادر بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٩٥م، يهدف للتخفيف من الفوارق الموجودة بين مختلف التشريعات الوطنية الأوروبية، لحماية المعلومات الخاصة بالأفراد

في المعلوماتية، مع ضمان ليونتها وتنقلها بين مختلف دول الاتحاد الأوروبي، بإنشاء معايير دنيا لا يجوز الانتقاص منها، أو الاعتداء عليها، ولو بحجة التنظيم.

لذلك فإن هذه المعايير قد تنعكس سلباً أو إيجاباً على حق الخصوصية، وأحياناً قد تكيف بعض التصرفات على أنها لا تدخل في خانة إفشاء الأسرار، وبالتالي يمكن اعتبارها عمل مشروع، فإثناء تنظيم أول اللقاءات البرلمانية في فرنسا حول (مجتمع المعلوماتية) المنعقد بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٩٩م تحت عنوان "الإنترنت والثورة الرقمية هل تنشئ ثورة قانونية"، صرحت وزيرة العدل أنها "تعتقد بأن حماية المعلومات الشخصية والحياة الخاصة للأفراد أصبحت تشكل منعطف ذا أهمية قصوى... وتفكير مستمر في المجتمعات الديمقراطية".^١

أمام هذه التحديات والإشكالية، ومع توسع وتنوع طبيعة المعلومات الشخصية (الصوت، الصورة، البصمات الجينية، الإنترنت)، فإن المعلوماتية أصبحت من الأسلحة الفتاكة بحق الخصوصية بجمع وتخريب المعلومات الشخصية للأفراد، لذلك كان من الواجب أن لا نؤمن ونعتقد أن المعلوماتية هي (مساحة اللاقانون)، وبالتالي إبعادها عن أي رقابة قانونية، فيجب ضمان حماية فعالة ومشروعة للأفراد أثناء تعاملهم مع المعلوماتية.

ذلك هو ما سوف تحاول أن تبرزه هذه الدراسة في مختلف فقراتها المتتالية.

١- راجع: 5 lors des premiers parlementaires sur la société de l'information qui sont tenus le 5 octobre 1999 sur le thème - internet, la révolution numérique crée-t-elle la révolution juridique- madame Elisabeth Guigou, ministre des Sceaux ministre de la Justice a prononcé un discours dans lequel elle a fait part de sa "conviction que la protection des données personnelles et la vie privée constituent un enjeu de première importance" le ministre a désigné la protection des données à caractère personnel comme un "souci récurrent des sociétés démocratiques"

المبحث الأول

المعلوماتية والحريات

إن مختلف التشريعات الأوروبية¹ اهتمت بوضع العديد من الضمانات القانونية تحمي الأفراد من الوسائل المتنوعة لاستعمال المعلوماتية؛ وكيفية التوظيف الشرعي للمعلومات المخزونة فيها. ذلك قد يدفع بنا إلى فتح نقاش قانوني حول ما هي حدود الدولة القانونية في هذا المجال.

فالمشرع الفرنسي - مثلاً - حول احتواء التطورات الهائلة في مجال التقنيات الحديثة، بعيداً عن أي توظيف مغرض لها، ففي نفس التوجه يرى العميد هربرميسل Herbert Maisl (أن المعلوماتية حيادية كالذرة في علم الفيزياء)²، شعوراً بهذه الأهمية، فإن المشرع الفرنسي قد أصدر نصين تشريعيين خاصة بالمعلوماتية والبطاقات الشخصية والحريات من جهة، وهو قانون رقم ٧٨ - الذي صدر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨م، الذي ينظم الإجراءات الضرورية لتخزين، وجمع، وتسجيل وحفظ المعلومات في الإعلام الآلي، وكذلك ينظم طريقة الدخول لها، بوضع مجموعة من الضوابط والقواعد الردعية كآخر إجراء في حالة المخالفة في اتباعها.

ومن جهة ثانية يوجد القانون رقم ٨١ - ١١٤٢ الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر ١٩٨١م، الذي يرسى قواعد ردعية في حالة المخالفة لبعض الأحكام لقانون ٦ يناير لسنة ١٩٧٨م.

فيمكن اعتبار هذين التشريعين نموذج يحتذى به في جميع الدول الأوروبية، نظراً للضمانات القانونية التي أرساها في حماية الأفراد، لذلك ستكون دراسة وصفية لهم ومقارنة مع مختلف

¹ - مثلاً في مملكة بلجيكا يوجد قانون خاص بحماية المعلومات ذات الطابع الشخصي، الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٩٢م.

² - راجع: خطاب الرئيس جاك فوفي (Jacqvec Favvet) بتاريخ ٦ يناير ١٩٩٨م، قاعة Pleyel، بمناسبة الاحتفال بالذكرى العشرون حول المعلوماتية والحريات (١٩٧٨ - ١٩٩٨م).

التشريعات الأوروبية الأخرى، فالقانون رقم ٧٨-١٧ قد أكد في فصله الأول من خلال المادة الأولى إلى غاية المادة الخامسة، أن المعلوماتية يجب أن تكون في خدمة الأفراد، وأن تطورها يجب أن يكون في ظل التعاون الدولي، بدون أن تمس الهوية الإنسانية، أو حقوق الإنسان، أو حياته الخاصة، أو الحريات الفردية والجماعية¹.

كما حرم أي حكم قضائي أو إداري يكون "أساساً" مؤسس على المعلومات المستمدة من المعلوماتية الشخصية لتحديد شخصيات الفرد أو إصدار رأي على الشخص محل الحكم² أو المتابعة.

وفي المقابل فرض ضمانات، فمن حق أي شخص معارضة المعلومات الشخصية المخزونة في حقه، أو النتائج المتوصل إليها³.

وعليه فإن النص كان جامعاً مانعاً لحماية حق الخصوصية للأفراد، وإلى جانب ذلك، وضعت التشريعات المقارنة على غرار المشرع الفرنسي مؤسسات ولجان لصيانة وحماية هذا الحق من أي اعتداء محتمل، أو سوء تفسير لبعض نصوصه. بما لا يخدم صالح الأفراد والتي ستكون محل دراسة في الفقرات المقبلة لهذا المبحث.

¹ - راجع المادة (١) من القانون ٧٨-١٧ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ م.

² - راجع المادة (٢) من القانون ٧٨-١٧ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ م.

³ - راجع المادة (٣) من القانون ٧٨-١٧ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ م.

المطلب الأول

وضع موضوع التنفيذ للأخبار المخزنة في المعلوماتية

إن معظم الدول الأوروبية أنشأت لجان أو مؤسسات وطنية رقابية، دورها الأساسي المحافظة على شرعية التصرف الصادر من طرف الإدارة، من حيث أن الإجراء المعلوماتي لا يمكن اعتباره انتقاص لحرية الأفراد أو التقليل منه أثناء تخريب المعلومات الشخصية، فمثلاً في فرنسا، توجد اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (Commission Nationale De l Informatique Et des Litberte) ، والمؤسسة وفقاً للقانون رقم ١٧-٧٨ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨م، وعملاً بذلك، وبالأخص الأبواب السابع والثامن منه، فقد تم صدور مرسوم تنفيذي رقم ٧٨-٧٧٤ بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٨٧م، يحدد دور وصلاحيات هذه اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات على النحو التالي:

- ضرورة إعلام اللجنة حول آثار استعمال المعلوماتية على حماية الحياة الخاصة للأفراد والحريات العامة وسير المؤسسات الديمقراطية؛
- نصح وإرشاد الأشخاص أو المؤسسات التي تلجأ إلى المعلوماتية كوسيلة لتخزين المعلومات الشخصية، أو تجري تجارب لنفس الغرض؛
- إصدار الآراء الاستشارية المطلوبة من طرف المؤسسات العامة أو القضاء في بعض الحالات؛
- اقتراح للحكومة جميع الإجراءات التشريعية والتنظيمية التي تحاول صيانة الحريات وفقاً للتطورات التقنية الحديثة في مجال المعلوماتية.

فمن خلال استقراءنا للنص، نلاحظ مدى الصلاحيات المخولة للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في الترقية المستمرة لحقوق الأفراد، من حيث حماية حق الخصوصية.

فحاول المشرع اشتراط ضرورة الموافقة المسبقة لأي تصرف يهدف إلى تخزين المعلومات الشخصية لصالح الدولة، أو المؤسسة العمومية أو الإقليمية، وأحياناً هذه التصرفات تكون مسموحة وغير مشروطة مسبقاً. بموافقة، بموجب قانون صريح ينص على ذلك، وفي حالة الرأي السلبي، أي عدم الموافقة على تخزين المعلومات الشخصية، فلا يمكن التغلب عليه إلا برأي من طرف مجلس الدولة¹.

إذاً يلاحظ مما تقدم مدى الضمانات القانونية التي يحاول المشرع الفرنسي إرسائها لحماية حق خصوصية الأفراد، بمنع أي تلاعب أو استخدام للمعلومات الشخصية لأغراض أو أهداف كيدية، وجعل القضاء هو الحاكم في حالة الاختلاف في التقدير².

وللحفاظ على استقلالية "اللجنة" فإن المادة الثامنة منه اعتبره أن صفة العضوية قد تتنافى مع الوظائف التالية:

- عضو الحكومة.
 - أو أي وظيفة حكومية.
 - ومن جهة أخرى امتلاك أسهم في مؤسسة تعمل أو مجال نشاطها في صناعة المعلوماتية، ووسائل الاتصال، أو تقديم خدمات في الإعلام الآلي والتكنولوجيا الحديثة.
- كما أوجب على "اللجنة" تقديم تقرير سنوي لرئيس الجمهورية وللبرلمان حول مدى تنفيذ المهمة الموكلة إليها، من خلال مختلف الإجراءات والوسائل المعتمدة، مع التأكيد على ضرورة نشر هذا التقرير للجمهور³.

¹ - راجع: المواد من ١٢ إلى ٢٠ من المرسوم رقم ٧٨-٧٧٤ الصادر بتاريخ ١٧ جولي ١٩٧٨م.

² - راجع: القانون رقم ٧٨-١٧ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨م.

³ - راجع: المادة (٢٢) من القانون رقم ٧٨-١٧ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨م.

وبذلك يتضح جلياً مدى "الشفافية" المعتمدة من خلال إعلام الجمهور عن جميع الانتهاكات التي قد تقترب في مجال خصوصية الأفراد. ولعل المشرع الفرنسي قد وضع ضوابط صارمة في حال نقل هذه المعلومات بين الإقليم الفرنسي وخارجه، باشرطه من خلال المادة (٢٤) من القانون الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨م، على ضرورة اتخاذ هذا الإجراء باتباع روح ومنطوق القانون، أي ضرورة الموافقة المسبقة للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات.

وبالرجوع للدساتير العربية، قد يلاحظ أنها تختلف من حيث تنصيبها لحق الخصوصية من جهة، أو من حيث تجاهلها لصيانة هذا الحق وفقاً للتطورات التكنولوجية الحديث، وإن نصت عليها فإن التنصيب يكون بمبادئ عامة بدون أن تتبع بنصوص تنفيذية تؤدي للتطبيق الفعلي لهذا المبدأ الدستوري.

فدستور المملكة الأردنية الهاشمية نص مثلاً من خلال المادة (٧) منه على أن " الحرية الشخصية مصونة"؛ وأن الرقابة لا تجوز إلا في حالة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ أن يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات والإذاعة رقابة محدودة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني¹.

بينما دستور دولة الإمارات العربية المتحدة قد نص على أن "حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولتان وفقاً للقانون"²، فيمكن اعتبار النص الإماراتي أكثر تطوراً إذا ما قورن بباقي المواد المشابهة له في الدساتير العربية، كما نصت المادة (٤٠) منه على أنه "يتمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها، وعليهم الواجبات المقابلة لها.

ولعل ما استوقفنا في النص الإماراتي عبارة (وغيرها من وسائل الاتصال) فهي جملةً تستحمل العديد من الاجتهادات، ويمكن أن ندخل ضمنها وضمناً جميع وسائل التقنيات الحديثة

¹ - راجع: المواد (٤/١٥) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية.

² - راجع: المادة (٣١) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.

للاتصال، من بينها المعلوماتية والإنترنت مثلاً، وهذا عكس دستور دولة البحرين¹ الذي اغتزل هذه الحريات وسريتها من خلال المراسلة البريدية والبرقية أو الهاتفية.

ومن جهة أخرى فلم يميز المشرع البحريني إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي بينها القانون، ووفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه²، فالنص الدستوري البحريني ضيق هذه الحماية في ثلاثة وسائل فقط دون مواكبة التكنولوجيا الحديثة.

أما دستور الجمهورية التونسية فقد تضمن حرمة الفرد³، وسرية المراسلة⁴، إلا أنه تم انتقاصها وزعزعتها بعبارات مطاطة يمكن أن تشهر في أي لحظة من اللحظات، كقوله في المادة الخامسة (ما لم تخل بالأمن العام) أو (في الحالات الاستثنائية)⁵؛ فهذه العبارات قد تفقد من عنصر الحرمة الشخصية كل فعاليته.

وبالرجوع للنظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، فقد يلاحظ أنه انتهج نفس نهج المشرع الدستوري الإماراتي وذلك بقوله "أن المراسلات البرقية والبريدية والمخابرات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال مصنونة، ولا يجوز مصادرتها أو تأخيرها أو الاطلاع عليها أو الاستماع إليها إلا في الحالات التي بينها النظام"⁶.

فيلاحظ أن المشرع قد توسع بذكر الضمانات من خلال التنصيص على بعض الحالات التي قد تكون مداخل للانتقاص من هذه الخصوصية، أو الحرمة بذكره. المصادرة، أو التأخير، أو

¹ - والمقصود الدستور السابق لمملكة البحرين.

² - راجع: المادة (٢٦) من دستور دولة البحرين.

³ - راجع: المادة (٥) من دستور الجمهورية التونسية.

⁴ - راجع: المادة (٩) من دستور الجمهورية التونسية.

⁵ - راجع: المادة (٩) من دستور الجمهورية التونسية.

⁶ - راجع: المادة (٤٠) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.

الاطلاع، أو الاستماع، ما لم ينص عليها النظام، كما استعمل عبارة (وغيرها من الوسائل) التي يمكن إدخال ضمائها الإعلام الآلي والمعلوماتية.

وبالرجوع لدستور جمهورية السودان فإنه ينص على أنه "تكفل للمواطنين حرية الاتصال والمراسلة وسريتها، ولا يجوز مراقبتها أو الاطلاع عليها إلا بضوابط القانون"¹، وكذلك هو الحال بالنسبة لدستور الجمهورية العربية السورية²، ودستور العراق³، ودستور دولة الكويت⁴، وذلك باتباع نفس التوجه الكلاسيكي، وهو جعل هذه الحرمة مقتصرة على وسائل المراسلات المتعارف عليها؛ أي المراسلات البريدية، والسلكية، والبرقية، والهاتفية، دون امتدادها إلى باقي الوسائل الأخرى من إعلام آلي أو إنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

بينما النظام الأساسي بسلطنة عمان قد تأثر إلى حد كبير بالتنصيص المتبع في النظام الأساسي بالمملكة العربية السعودية، سواء من حيث توسيع هذه الحرمة إلى جميع وسائل الاتصال، أو من حيث ذكر الحالات المنتقضة لهذه الحرمة من مراقبة، أو تفتيش، أو إفشاء الأسرار، أو التأخير، أو المصادرة إلا في الحالات التي يبينها القانون، وبالإجراءات المنصوص عليها فيه⁵. بينما دستور الجمهورية اللبنانية، والنظام الأساسي لدولة قطر لم يتضمن نص واضح في هذا النطاق.

¹ - راجع: المادة (٢٩) من دستور جمهورية السودان.

² - تنص المادة (٣٢) على أن (سرية المراسلات البريدية والاتصالات السلكية مكفولة وفق الأحكام المدنية في القانون).

³ - تنص المادة (٢٣) على أن (سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية مكفولة، ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن، وفق الحدود والأصول التي يقرها القانون).

⁴ - تنص المادة (٣٩) على أن (حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصنونة وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل، أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه).

⁵ - راجع: المادة (٣٠) من النظام الأساسي لسلطنة عمان.

وأخيراً يمكن اعتبار أن المشرع المصري كان أكثر ضمناً لهذه الحرمة بربط الانتقاص منها بسيادة القضاء، ويجعل هذا الانتقاص محدد من حيث المدة، ووفقاً لأحكام القانون.

فقد نصت المادة (٤٥) من دستور جمهورية مصر العربية على أنه "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية، والبرقية، والمحادثات التليفونية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها، أو رقابتها، إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، ووفقاً لأحكام القانون".

مما تقدم يلاحظ أن الدساتير العربية قد نصت على هذه الحرمة (حق الخصوصية) كمبدأ دستوري، فمنهم من اختصره على الوسائل التقليدية للاتصال (المراسلات البريدية والبرقية والسلكية)؛ والبعض الآخر صاغ النص بحيث يكون مواكباً لأي تطور تكنولوجي لوسائل الاتصال وذلك بقوله "أو أي وسائل أخرى"، بينما الفريق الثالث لم ينص على هذه الحرمة كمبدأ دستوري.

كما أن الاختلاف يمكن من حيث ربط هذه الضمانة الدستورية، إما بقانون سيصدر لاحقاً، وبالتالي يجعل النص الدستوري أعرج، أو وسيلة غير فعلية، والبعض الآخر "يجمد" هذا المبدأ الدستوري من خلال الترخيص بانتهاكه إما لمقتضيات الأمن العام، أو للدواعي الاستثنائية. بينما البعض الآخر يعدد بعض الحالات المنافية لهذه الحرمة الشخصية، فمنهم من يربطها بسيادة القضاء، والبعض الآخر قد يتركها للقانون.

والمتفق عليه بالنسبة للدساتير العربية، أن صيانة وضمناً خصوصية الأفراد، سواء من حيث تخزين أو من حيث جمع المعلومات وإدخالها في المعلوماتية وإرسالها، من الأمور الاجتهادية الغير منصوص عليها بعينها، ولكن نستشفها ونستنتجها من خلال المبادئ الدستورية العامة في مختلف الدساتير العربية سابقة الذكر.

كما أنه يمكن ملاحظة أن الأنظمة العربية قد أنشأه إما وزارات مكلفة بحقوق الإنسان، أو لجان استشارية تابعة لرئاسة الدولة أو رئاسة الحكومة، وأحياناً مؤسسات مستقلة دورها رصد، وصيانة، وحماية، حقوق الإنسان بصفة عامة وبجميع أبعادها، بما في ذلك حق خصوصية الأفراد سواء ما تعلق بالمتزل، أو المراسلات، أو ما هو متعلق بموضوع دراستنا، وذلك بإصدار توصيات دورية تحت مختلف المؤسسات العمومية للوسائل الواجب اتباعها لترقية هذا الحق، وعدم الانتقاص منه.

المطلب الثاني

جمع وتسجيل وحفظ المعلومات الشخصية

لقد نص المشرع الفرنسي أن جميع المعلومات التي تجمع وتحفظ بوسائل غير شرعية أو غير قانونية محرمة¹، كما يسمح لكل شخص طبيعي حق المعارضة، لأسباب شرعية، عن كل جمع للمعلومات محل التخزين في الكمبيوتر².

وبذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أعطى الأولوية للقيم الإنسانية على حساب التطورات التكنولوجية، بإعطاء حق الاعتراض له عن أي عملية تحمل صفة (التسجيل/ أو الحفظ/ أو الجمع) بدون إذن مسبق للشخص أو معيته.

لذلك يجب على الدول العربية الإسراع في إيجاد تشريعات تحافظ على الكرامة الإنسانية، وحق خصوصية للأفراد في مواجهة التطور التكنولوجي للإعلام الآلي ووسائل الاتصال، وبالأخص قد يلاحظ في عالم اليوم، أو بعد عشر سنوات على حد تقدير الأخصائيين، أن

¹ - راجع: المادة (٢٥) من قانون ١٩٧٨م.

² - راجع: المادة (٢٦) من قانون ١٩٧٨م.

المعلوماتية قد يكون لها تأثير على مستوى الحياة الخاصة واليومية للأفراد، وقد توجد ثلاثة اتجاهات¹ في ذلك على الأقل:

الاتجاه الأول: يرى أن العشرية المقبلة ملامحها توحى على أن المعلوماتية ستكون أقوى مما هو عليه حالياً. مما سيؤدي إلى انتشار الكمبيوتر وصغر حجمه لدى جميع الأفراد.

وسيكون تأثيرها على مستوى الحياة الشخصية، أو حق الخصوصية، فستظهر كومبيوترات يمكن أن تتكلم وتتعرف على مشاعر الأفراد، فمثلاً اليوم يوجد التلفون الإعلامي (Multi Media) والذي يتعرف على المتكلم، أو رقم الهاتف من خلال التسجيل الصوتي؛ كما أن جميع الاتصالات التي ستتم عبر البريد الإلكتروني ستكون مسجلة وابدية.

الاتجاه الثاني: ويرى أن جميع التصرفات هي في طور ترسيخها حول المعلوماتية، وأنها ستدور في فلكها، فيمكن معرفة مكان الشخص مثلاً من خلال هاتفه النقال، وإن لم يكن في حالة شغل، كما يمكن تحديد مسار السيارات من خلال طريقة ((GPS))، وبالتالي معرفة نوجهاها، بل يمكن كشف بعض الأمراض من خلال المعلوماتية.

الاتجاه الثالث: يرى أن المعلوماتية أصبحت ضرورية لحياة الأفراد والجماعات، وذلك من خلال السرعة في تحليل المعلومات وتوزيعها عبر العالم.

إن هذه الأمثلة سابقة الذكر -وغيرها- قد توحى على أنه مستقبلاً سيظهر (عالم بدون حياة خاصة للأفراد).

لذلك تفادياً لهذه الإشكالية، سارعت العديد من الدول على إصدار قوانين ردية تحمي حق الخصوصية، أو تحاول تطوير هذه الحماية نحو الأفضل.

¹ - راجع: الدراسة المقدمة في الندوة التي عقدت بباريس للسيدة/ كايس ماتياس Matthias Kaiserswerth,

Troisieme miinaire ou l'odysee tehecnologique la vie privee et evolution in intnteronpue de la technologies de I information, IBM Zurich Reasarch laboratory (Suisse, lumdi 24 September 2001)

وعلى هذا الأساس أصدرت المجموعة الأوروبية - مثلاً- الاتفاقية الأوروبية حول حماية الأفراد من جمع المعلومات ذات الطابع الشخصي سنة ١٩٨١م، والتي تحتوي على سبعة وعشرين مادة¹. ثم تبعتها التعميم الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥م والخاص بنفس الغرض².

فهذا التعميم الأوروبي هو الحد الأدنى المطلوب إدراجه في التشريعات الوطنية الأوروبية، فنصت مثلاً على أن أي تخزين، وجمع لمعلومات الفرد الشخصية في المعلوماتية، مباحاً بتوفير مجموعة من المبادئ والشروط، وهي:

- رضی الفرد المعني أولاً.
- أو أنها ضرورية لنتائج عمل معين.
- أو احتراماً للالتزام قانوني منصوص عليه.
- أو من أجل تنفيذ مهمة ذات نفع عام أو لصالح جهة حكومية.
- أو ضرورياً للتسيير اليومي للمؤسسات.
- أو أحياناً قد تستعمل لأغراض تجارية، أو نفعية³... الخ.

كما أن هذا التعميم الأوروبي في بابه السابع الخاص بالجهة السامية الخاصة بمراقبة حماية المؤسسات التي لها صلاحية جمع، وتخزين، وتسجيل، ودراسة المعلومات الشخصية، حث جميع الدول الأوروبية على ضرورة إيجاد مؤسسة مستقلة كضامن، وضمير وطني يحمي الأفراد من أي انحراف لاستعمال مغرض للمعلومات المخزونة، بوضع قواعد إجرائية

¹- راجع: Convention pour la protection des personnes a l'egard du traitement automatise des donnees a caracteres personnel Strasbourg 28/01/1981 28-01-1981.

²- راجع: Directive 95\64\ce, journal officiel l 281 du 23/11/1995 p 0031-0050.

³- راجع: البند ٣٠ من التعميم CE /٤٦ /٩٥.

وإدارية¹ صارمة.

وأمام هذه التحديات المنصوصة، فإن ممثل المنظمة العالمية للشغل، السيد/ أسان ديوب Assane Diop، وأثناء انعقاد المؤتمر الدولي الثالث والعشرون لمحافظي الحماية الشخصية للأفراد، الذي جرت أعماله بباريس، قدم مجموعة من الخدمات العملية التي تضمن حماية أكبر للعمال،

¹ - راجع: المادة (٢٨) من التعميم الأوروبي.

Autorité de contrôle

1. Chaque état membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les états membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies.
2. Chaque état membre prévoit que les autorités de contrôle sont consultées lors de l'élaboration des mesures réglementaires ou administratives relatives à la protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel.
3. Chaque autorité de contrôle dispose notamment:
 - de pouvoirs d'investigation, tels que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission de contrôle,
 - de pouvoirs effectifs d'intervention, tels que, par exemple, celui de rendre des avis préalablement à la mise en oeuvre des traitements, conformément à l'article 20), et d'assurer une publication appropriée de ces avis ou celui d'ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou d'interdire temporairement ou définitivement un traitement, ou celui d'adresser un avertissement ou une admonestation au responsable du traitement ou celui de saisir les parlements nationaux ou d'autres institutions politiques,
 - du pouvoir d'ester en justice en cas de violation des dispositions nationales prises en application de la présente directive ou du pouvoir de porter ces violations à la connaissance de l'autorité judiciaire.Les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.
4. Chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne, ou par une association la représentant, d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel. La personne concernée est informée des suites données à sa demande. Chaque autorité de contrôle peut, en particulier, être saisie par toute personne d'une demande de vérification de la licéité d'un traitement lorsque les dispositions nationales prises en vertu de l'article 13 de la présente directive so d'application. La personne est à tout le moins informée de ce qu'une vérification a eu lieu.
5. Chaque autorité de contrôle établit à intervalles réguliers un rapport sur son activité. Ce rapport est publié.
6. Indépendamment du droit national applicable au traitement en cause, chaque autorité de contrôle a compétence pour exercer, sur le territoire de l'état membre dont elle relève, les pouvoirs dont elle est investie conformément au paragraphe
7. Chaque autorité peut être appelée à exercer ses pouvoirs sur demande d'une autorité d'un autre état membre. Les autorités de contrôle coopèrent entre elles dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment en échangeant toute information utile. Les états membres prévoient que les membres et agents des autorités de contrôle sont soumis, y compris après cessation de leurs activités, à l'obligation du secret professionnel à l'égard des informations confidentielles auxquelles ils

وهي ضرورة معرفة عيوب التشريعات الحالية، ونقائصها في مواجهة عالم المعلوماتية والتكنولوجيا الحديثة. مع إيجاد تشريع خاص لعملية الجمع والتسجيل وحفظ المعلومات الشخصية للأفراد. وفي الأخير يرى السيد/ ديوب بأن المعلومات المخزونة يجب أن تستغل بطريقة مشروعة وعادلة، وأن يكون استعمالها للغرض الأوروبي الذي أدى إلى جمعها، كما يجب أن لا تؤثر على المركز والطبيعة القانونية للفرد سواء في عمله أو مهنته¹.

من خلال ما تقدم، قد نتساءل سؤال مشروع وهو، هل يمكن اعتبار السر البنكي من هذه الحقوق المقدسة التي لا يجوز بأي حال من الأحوال زعزعتها، وأنها تكسب قداسة أبدية وهيبة لا محدودة؟! أم أنه أحياناً لدواعي "المصلحة العليا" فإنه يمكن إفشاء الأسرار خدمة للعدل، وإسهاماً لكشف بعض الجرائم، وبالأخص ما هو متعلق بتبييض الأموال والجرائم المنظمة الأخرى؟! ذلك ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المبحث الثاني من هذه الدراسة، معتمدين على التجربة السويسرية كنموذج، ومنطلق بحكم أقدميتها وغناها في هذا المجال.

المبحث الثاني

السر البنكي وحق الخصوصية

إن جميع البنوك كقاعدة عامة تحتفظ بخصوصيات الأفراد من خلال منع إفشاء السر البنكي، أي عدم ذكر بعض المعلومات حوله، دون الرضى المسبق للفرد صاحب الحساب. وعادةً السر البنكي يشمل جميع علاقات الفرد التجارية والاستثمارية وغيرها، ومن خصائصه أنه غير محدد من حيث الوقت، سواء قبل إتمام إجراءات فتحه، أو بعد إغلاقه.

¹ - راجع: Intervention Assane Diop, vie au travail et protection de la vie privée: pour un travail decent dans une société de l'information, paris 24\25\26 septembre 2001.

كما يشمل من حيث الأفراد جميع الأشخاص الذين هم في علاقة مع البنك أو يعملون لحسابه.

وكقاعدة عامة فإنه في حالة إفشاء السر البنكي، فإن معظم التشريعات المقارنة تعاقب الشخص عادةً إما بعقوبة السجن، أو بغرامة معينة، وأحياناً تعويض الأضرار المسببة للشخص سواء منها المادية أو المعنوية، ولعل المشرع السويسري - مهد السر البنكي - متشدد في اتجاه كل فرد يخالف وظيفته البنكية (المادة ٣٢٠ من القانون الجنائي السويسري)^١ بإفشاء السر البنكي، أو أي فرد ييوح بأسرار الأفراد، وبالأخص منها البنكية والتجارية، (المادة ١٦٢ من القانون الجنائي السويسري).

على أساس ما تقدم يمكن اعتبار السر البنكي من أحد مشتملات حق الخصوصية، إلا أن البعض قد ينتقد السر البنكي ويرى أنه ذريعة لتشجيع بعض أنواع من الجرائم المنظمة، وبالأخص ما تعلق منها بالتهريب الجنائي والضريبي، وتبييض الأموال... الخ.

على أساسه وجدت نداءات صادرة من الاتحاد الأوروبي تنادي بالتقليل والتخفيف من حدة السر البنكي^٢.

أمام ما تقدم ستكون الدراسة من خلال مطلين، الأول يتناول الجذور التاريخية للسر البنكي السويسري، والثاني حول العلاقة الجدلية بين حق الخصوصية والمعلوماتية والسر البنكي.

^١- راجع: Art 320 du code penal Suisse: 1. celui qui aura releve un secret a lui confie en sa qualite de membre d'une autorite ou de fonctionnaire ou don't il avait eu connaissance a raison de sa charge ou de son emploi, sera puni de l'enfermement ou de l'amende. La revelation demeure punissable alors meme que la charge ou l'emploi a is fin. 2- la revelation ne sera pas punis sans si elle a ete fait avec le consentement ecrit de l'autorite superieur art162 du code penal Suisse celui qui aura releve un secret commercial qui l'etait tenu de garder en vertu d'un obligation legal ou contractuelle celui qui aura utilise cette revelation a son profit ou a celui d'un tiers seras sur plainte puni de l'emprisonnement ou de l'amende

^٢- راجع: hebdo-value du 20janvier 2000. au fond du coffre fort un droit de l'homme

المطلب الأول

السر البنكي السويسري حامى معبد الخصوصية

منذ أكثر من ثلاث مائة سنة، السر البنكي السويسري يحمي المبالغ المودعة في البنوك السويسرية بدون تشخيص الأفراد.

ففي السابق؛ كانت البنوك التي توجد في جنيف، مملوكة لملوك فرنسا، فأول نص قانوني يتناول السر البنكي صدر سنة ١٧١٣م، في عهد لويس الرابع عشر، الذي كان له وزير المالية، بنكي سويسري مخضرم وهو السيد/ نيكير (Necker).^١

وحتى سنة ١٩٣٤م، فإن السر البنكي السويسري كانت أحكامه متناثرة في مختلف مواد القانون، سواء في القانون المدني السويسري^٢ أو تقنين الالتزامات^٣، كما أن مختلف الاجتهادات القضائية للمحكمة الفيدرالية السويسرية جعلت هذا الحق "مقدس"، ويمكن الاستدلال على ذلك بحكمين؛ إحداهما صدر من المحكمة السويسرية العليا سنة ١٩٣٠م، بذكر (أن سرية موظف البنك تعتبر التزام تعاقدي ضمني) Obligation contractuelle Implicite، والثاني سنة ١٩٣٢م أكدت هذه القناعة في قضية *Affaires Charpio Contre Caisse Depargne De Bassecovet*، بشرحه وتأكيد "أن السر البنكي ما هو إلا حق امتلاك كل زبون من البنك حق ضروري، وهو المطالبة بأكثر قدر من السرية والكتمان للملفات الموكلة لهم، وهو في المقابل التزام البنك، وواجب ضروري بإقرار السكوت التام على هذه الملفات، فهذه العلاقة التزام مستقل عن القانون السائد والزبون والبنوك".

¹ - بحيث ذكر في أحد مواد:

"tenir un register de leur clientele et leurs operations mais il leur interdit de divulger ces informations a quiconque autre que le client concerne sauf accord expres du conseil de la ville".

² - راجع: القانون المدني السويسري الصادر سنة ١٩٠٧م.

³ - راجع: تقنين الالتزامات بتاريخ ١٩١١م.

وفي جميع الأحوال كل إفشاء لهذا السر يمكن اعتباره انتهاك مادي لمنطوق وروح المادة ٤١ من تقنين الالتزامات.

فمن خلال هذا الحكم وغيره يلاحظ مدى "قداسة" و"حرمة" السر البنكي في معاملات الأفراد مع البنوك .

فمختلف الاجتهادات القضائية، وأحكام القانون المدني وتقنين الالتزامات هو حصن حصين وإطار قانوني متكامل للحفاظ على قداسة السر البنكي، فلا يمكن زعزعة هذه القناعة غلا بقانون صريح.

ففي سنة ١٩٣٤م، سجل القانون الفيدرالي السويسري صراحةً "السر البنكي" ضمن المجال الجنائي، وأصبح كل موظف بنكي يفشي السر يعرض نفسه للسجن، وبالتالي تم دعم هذه القناعة نتيجة سببين، وكلاهما متعلقان بحق الخصوصية:

أولها: أنها جاءت كرد فعل للتجسس الجمركي والمالي لألمانيا النازية، ضد الأشخاص الذين يملكون ودائع وأموال في بنوك خارج البلاد وبالأخص في البنوك السويسرية. فأى ألماني لم يصرح عن ودائعه وأمواله خارج البلاد فهو معرض لعقوبة الإعدام^١.

فخوفاً من تعرض الأشخاص للأذى وإلى انتهاك مادي لحق الحياة، تم تدعيم السر البنكي ومعاقبة كل فرد ينتهك حرمة هذا الحق جنائياً.

ولعل بعض الأحداث قد أثرت إيجاباً على دعم هذا الحق، ومن بينها قضية اختطاف السيد/ جاكوب سنة ١٩٣٥م، واحتجازه في ألمانيا النازية، ومحاوله أخذ بعض المعلومات منه

^١ - صدر القانون سنة ١٩٣٣م فاقر في حق (defaut de declaration) عقوبة الإعدام بقوله:

(tout ressortissant allmend qui en conscience ou inconsciemment anime d un bas egoisme ou de quelque autre sentiment vil aura amasses a fortune a l etranger oi il aura laisse des capitaux sera puni de mort)

بالإكراه والخاصة بالزبائن¹، هذا مما دفع الرأي العام السويسري إلى ضرورة تدعيم السر البنكي وتحريم جريمة التجسس، وقد تم تلبية ذلك المطلب بإدخال حكم في القانون الجنائي سنة ١٩٣٧م يعاقب كل شخص يتجسس.

ثانياً: في سنة ١٩٣٢م قضية Baster Handels Bank، أكدت أن أكثر من ألفين ممثل للنخبة الفرنسية تمتلك حسابات في البنوك السويسرية، فاليسار الفرنسي اغتنم هذه الفرصة للمناداة ببرنامج متقفش وطالب فيه بضرورة محاربة التهريب الضريبي. وعليه طالبوا أن تكون لهم (حق الرؤية) بالنسبة للحسابات المودعة في البنوك السويسرية.

كل ذلك زاد في قناعة السويسريين في تدعيم مبدأ (السر البنكي)، ولعل في سنة ١٩٨٤م، عبر الشعب السويسري صراحةً عن ذلك من خلال تصويته بأكثر من ٧٣% من الأصوات لصالح تدعيم مبدأ (السر البنكي) بذلك قد فصل بصفة نهائية في هذه الإشكالية.

ويمكن اعتبار "السر البنكي" من الحقوق المقدسة؛ التي تمت حمايتها سواء باستعمال الأساليب التقليدية أو التكنولوجيا الحديثة من معلوماتية - مثلاً -، وعادةً فإن موظف البنك في سويسرا، والمحاسب لا يعرف الشخص صاحب الحساب إلا من خلال الأرقام فقط. وعليه يمكن اعتبار أن السر البنكي من أنجح الوسائل في تحقيق السرية المطلقة في مجال المعاملات البنكية...

¹ - راجع: قضية:

L enlèvement en mars de berthod Jacob . bale 1935

المطلب الثاني

إشكالية المعلوماتية، حق الخصوصية والسر البنكي

مما تقدم نستشف أن السر البنكي من الحقوق التي لم تتأثر بالتكنولوجيا الحديثة لوسائل الاتصال، فيمكن اعتباره الحصن الحصين لحق الخصوصية، بل إن مجرد إفشاء الأسرار لغير الغرض المحدد وبالإجراءات والضوابط المنصوص عليها في القانون، يمكن إدخاله ضمن جرائم إفشاء الأسرار المهنية.

وسوف تشهد العشرية المقبلة نقاشاً فلسفياً وقانونياً حول الأنظمة الضريبية الوطنية، إلى جانب مناقشات أخلاقية وقيمة حول السر البنكي في ظل تزايد الجرائم الاقتصادية وآليات المكافحة لها.

مما قد يدفع العديد من الفقهاء في تحديد بعض المعايير، من ذلك تحديد المجال الخاص والشخصي للأفراد عن المجال العام.

فالإشكالية إذاً حسب بعض الأخصائيين من أمثال السيد/ ميشال دي روبر Michel y. Derobert، - الأمين العام لمجمع البنوك الخاصة السويسرية- "أن المشكلة ليست قانونية شرعية بقدر ما هي قضية أخلاقية أو تسويق"¹.

وذلك ما أكده النائب العام السويسري السيد/ برنار برتوسه Bernard Berlossa، "أن السر البنكي ليس في تنازع مع القانون، فالقاضي الجنائي يمكنه أن يرفع حصانة السر البنكي في

¹ راجع: genvive brunet. Le secret bancaire dans la toutmente . l hebdo -value. N : 33.14 aout 1997.

ظل التحريات بدون تجميد الحساب أو مصادرته¹، فالسر البنكي إذاً من المجالات الأكثر حفاظاً، فلا يمكن خرقه من خلال التقنيات الحديثة، ولن يتم ذلك إلا بإجراءين قانونيين، إما اتفاقيات ثنائية للتعاون، إطارها تبادل المعلومات في حالة وجود هروب ضريبي، أو من خلال الاتفاقيات الدولية التي تقضي بتعاون قضاة مختلف الدول، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتعاون القضائي والقانوني² أو الاتفاقية الخاصة بمحاربة تبييض الأموال.

لذلك يعتبر بعض الفقهاء أن حقوق الإنسان توجد في قاع الخزانة الحديدية، فكيف

ذلك!؟

يمكن الإجابة على ذلك من خلال المقولة "أن مجتمع بدون سر بنكي فإن جميع أفراده سيعرفون عن أسرار بعضهم البعض البنكية، وإن ذلك المجتمع سيسود فيه جواً جهنمياً وليس الجنة بحد ذاتها"³.

فالإشكالية إذاً لا يمكن طرحها من الزاوية القانونية، فمعظم التشريعات متحفظة ومحافضة، سواء من حيث "التنازل" عن السر البنكي، أو من حيث "الترسنة" التشريعية المقررة للحفاظ على السر البنكي.

فالثورة التكنولوجية لوسائل الاتصال والمعلوماتية، لم تحدث ثورة قانونية في بعض القيم المتجذرة قانوناً لدى العديد من التشريعات المقارنة، فالإشكالية يجب أن تطرح من الزاوية الأخلاقية والفلسفية؛ وذلك لن يتأتى عن قريب؛ كما يمكن الإجماع من جهة أخرى على أن السر البنكي من بين (النواة الصلبة)، لحق الخصوصية الذي لا يمكن خرقه بالتقنيات الحديثة،

¹ - راجع: gen vive brunet. Le secret bancaire dans la toutmente . l hebdo -value. N 33 .14 aout 1997

² - الاتفاقية الأوروبية للتعاون القضائي، صدرت في ستراسن بورغ - فرنسا - ٢٠ إبريل ١٩٥٩.

³ - راجع: Pierre alexandre joye et Sybille oetliker collaboration couchepin.29 juin 2000 hebdo value

فالجدار القانوني، والبناءات القضائية، والاجتهادات الفقهية أمتن وأضمن، أن تخرق وتحدث ثورة قانونية وقضائية وفقهية.

أما بالنسبة للدول العربية فإن السر البنكي قد يخضع للضغوطات السياسية، أكثر من خضوعه للضوابط القانونية.

فبناءً على ذلك يجب التفرقة بين النص والممارسة المتعارف عليها، في الوطن العربي وذلك لأن النصوص الموجودة حول السر البنكي من أرقى النصوص إلا أن الممارسة تشوبها القصور والانتهاك المستمر والدائم للسر البنكي.

التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية و حق البنك في مشروعية التعامل المالي

أ.د. عزيزة الشريف

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة: التقدم العلمي والحق في الخصوصية

المجتمع الإنساني انتقل من تطوره من مجتمع الصيد الى المجتمع الزراعي الذي استمر حوالي عشرة آلاف سنة وتبعه المجتمع الصناعي الذي لم ينشأ إلا منذ مائتي سنة، وها نحن اليوم نشهد عملية الانتقال الكبرى الى المجتمع ما بعد الصناعي الذي بشر به من أكثر من ثلاثين عاما عدد من علماء الاجتماع الرواد، وهذا المجتمع ما بعد الصناعي هو الذي أصبح يطلق عليه اليوم (المجتمع المعلوماتي) والذي يتحول ببطء وان كان بثبات لكي يصبح مجتمع المعرفة. وربما كانت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الجديدة تنمو بصورة غير مسبوقة في التاريخ الإنساني مما جعل محاولات ضبطها من الناحية القانونية والاجتماعية مسألة في غاية الصعوبة.

هذه التكنولوجيات الجديدة أحدثت انقلابا في عالم الثروة والقوة على مستوى العالم وداخل كل بلد على حده وقد ادت الى تغيرات كونية في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعلى المستوى المحلي أيضا. وقد زادت من نفوذ وأهمية الشركات متعددة الجنسيات وكذلك الجمعيات غير الحكومية وذلك على حساب الحكومات والدول. وقد أدى تطبيقها وذيوعها الى تغيرات جوهرية في أساليب الحياة والعمل، وفي الصناعة والتجارة و الاتصالات، والإدارة وفي عديد من المجالات الإنسانية. وإذا كان في الإمكان قياس التقدم التكنولوجي لهذه

الوسائل الجديدة فان تحليل وقعها بالغ الصعوبة لأنه يتعلق بمزيج مركب من العوامل التكنولوجية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وقد ترافق مع هذا التطور التكنولوجي ظهور الأساليب الرقمية Digital القادرة على تحويل النص والصوت والصورة الى علامات رقمية يمكن نقلها من خلال الحاسب الآلي ، والمعلومات المحولة بهذه الصورة يمكن إرسالها من مصادر متعددة من خلال شبكة واحدة، وبطريقة فائقة الجودة ولا ننسى خط التطور الذي بدأ منذ التسعينات من النفاذ Access الى طرق المعلومات السريعة ، والانتقال الى المجتمع المعلوماتي ثم التحول من بعد الى المجتمع المؤسس على المعرفة.

أشرت الى هذه المقدمة لإظهار ان المعلوماتية في إطار العمليات البنكية أصبحت جزءاً من المعلوماتية الكونية فإذا أردنا ان ندرك مدى تأثيرها على الحياة الخاصة للمستهلك او العميل لأحد البنوك لوجدنا صعوبة كبرى لتبين معالم ذرة من المعلومات في خضم ذرات هذا الكون المعلوماتي الكامل.

ولكن رغم كل هذه التكنولوجيا التي تسيطر على مجريات الحياة الاقتصادية إلا إننا لازلنا نتعامل مع إنسان بكل حاجاته واحتياجاته والتي كانت ولا زالت وستظل محور الحياة القانونية في المجتمع الإنساني الداخلي في كل دولة والتي يجب ان يستمر الحفاظ عليها حفظاً للقيم الإنسانية التي يستحيل مع تجاهلها ان تستوي الحياة الإنسانية مهما بلغت الدول من تقدم تكنولوجي وسيطرة عالمها القريب على مقدرات شعوبها.

ويعتبر الموضوع الذي نبخته هو مظهر صراع بين التقدم التكنولوجي والمعلوماتية الكونية والتي تعتبر الوسائل الالكترونية أدواتها وبين حقوق العميل كإنسان اجتماعي له حقوقه وحرياته التي يسعى جاهداً الى الدفاع عنها وحمايتها.

يدور بحثنا حول التعرف على هذه الحقوق والحريات في الخصوصية وهل لازالت تلقى الحماية في النظم القانونية القائمة وما التطور الذي لحق بها؟

سوف نبدأ بالتمهيد بمناقشة الأوضاع القانونية لنظم المعلوماتية الإلكترونية متى تكون متعدية على الحقوق ومتى تكون متعديا عليها؟ ثم نعرض في الموضوع الأول للحق في الخصوصية وحدوده ونتناول في الموضوع الثاني النظام القانوني لحماية الأسرار المالية في الدستور والتشريع. ثم ننهي البحث بالموضوع الثالث الخاص بظاهرة غسل الأموال باعتبارها ظاهرة محلها في الغالب الأعم المعاملات البنكية وقد حظت بعناية المشرع بما خلق مساسا قانونيا بقواعد التوازن بين حق البنك وحق العميل.

الموضوع التمهيدي

الحاسب الإلكتروني متعديا أو متعدياً عليه

الحاسب الإلكتروني هو آلة تقوم بمعالجة و تشغيل المعطيات أو البيانات تبعاً لمجموعة من الأوامر والتعليمات تكون البرنامج الذي يعمل من خلاله ويتم إدخال هذه المعطيات أو البيانات الى الحاسب وتخزينها في ذاكرته الى حين الحاجة إليها، كما يتم معالجتها على النحو المطلوب بغية الوصول الى نتائج العمل، وذلك كله وفق طريقة محددة يشتمل عليها البرنامج، وهذا الجهاز الأمين على المعلومة يمكن ان يكون موضع للتطفل أو العبث به أو استخدامه للعبث بالآخرين. ومن وجهة النظر القانونية فان العبث بالحاسب أو إساءة استخدامه يمكن ان ينتمي الى إحدى طائفتين من الأفعال:

الطائفة الأولى: هي الأفعال التي يستخدم فيها الحاسب لارتكاب فعل التعدي وهنا يكون الحاسب وسيلة أو أداة لارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة ولهذا عندما نطرح تساؤل عن ما يسمى بالجريمة الإلكترونية فهي في الواقع فعل عادي ومألوف في القوانين العقابية، ولكن الجديد فيها

هو الوسيلة المستخدمة في ارتكاب فعل التعدي، وبذلك يكون المطلوب هو اتقاء مخاطر الحاسب وبرامجه ونظمه^(١).

ومثال ذلك في مجال بحثنا ان يستخدم الحاسب في تحقيق جريمة السرقة كالسحب من الأرصدة من البنوك دون وجه حق أو التحويل من حساب الى حساب أو تغطية اختلاس أو عجز في عهده، وقد يستخدم في التجسس أو التنصت على الأفراد، أو الاعتداء على حياتهم الخاصة أو كشف أسرارهم الحياتية الشخصية بما فيها الأسرار المالية. هنا الجريمة وقعت باستخدام الجهاز الإلكتروني والجاني الذي يسأل هو من قام باستخدامه ومحل الاعتداء هو الحق الذي تم المساس به ومنها الحق في الخصوصية.

ونستطيع أن نؤكد أن هذه الصورة من صور التعدي لا تثير مشكلة قانونية إزاء النصوص الجزائية القائمة لان تجريم الفعل قائم بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ارتكابه، وان كان يحدث أحيانا ان يعتبر المشرع استخدام وسيلة معينة بمثابة ظرف مشدد للعقاب.

وتكمن الخطورة في هذه الطائفة من الأفعال التي يستخدم فيها الحاسب للتعدي إذا وقعت المعلومات التي يحتويها في يد أشخاص غير مسئولين، فأيا كانت وسائل الأمن حول دخول مكان الحاسب فان الدخول إليه والخروج منه دون ترك أدنى أثر من الأمور المتصورة وتحدث بالفعل، ومن ثم يمكن بسهولة أن تصبح خصوصيات الحياة موضوعا للتشهير. الطائفة الثانية: هي طائفة الأفعال التي يقع فيها التعدي على الحاسب أو على برامجه أو أنظمتها أو بمعنى آخر على المعلومات التي يحتويها الجهاز ذاته وهو ما يثير في النهاية مسألة الحماية التي يجب أن تنقرر للحاسب الإلكتروني، ونحن لا نقصد بذلك حماية الجهاز المادي وإنما حماية البرنامج وهو القيمة التي يجويها هذا الجهاز، فهل تفي النصوص القائمة في التشريعات العقابية كى تعالج هذه الطائفة من الأفعال التي تشكل هذا التعدي.؟

(١) خطاب أ.د. فتحى سرور الى مؤتمر عمداء كليات الحقوق العربية - الذى عقد بدولة الكويت ، نوفمبر

ونزيد الأمر خصوصية أكثر، هل يمكن إن توجد القواعد التي تحمي المعلومة إذا كانت سرية لا يجوز انتهاكها أو إفشاؤها.

هنا في تقديري ان القواعد العامة قابلة للتطبيق أيضا ففي هذه الحالة كالحالة السابقة استخدم الحاسب وسيلة الوصول الى المعلومة التي يحتويها ويخترنها والتي هي (القيمة التي حصل التعدي عليها)

ويمكن باستعراض بعض النصوص التشريعية في مجال التجريم ان نجيب بوضوح أن هذه المعلومة مثلا تتعلق بسر من أسرار الدولة فإن المواد رقم ١٢، ١١، ١٣ من قانون ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل قانون الجزاء في دولة الكويت فيما يتعلق بجرائم امن الدولة تقدم التطبيق الملائم. م ١١ يعاقب بالإعدام كل من سلم لدولة أجنبية أو ممن يعملون لمصلحتها أو أفشى إليها أو إليه بأية صورة وعلى أي وجه وبأي وسيلة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد أو توصل بأية طريقة إلى الحصول على سر من هذه الأسرار بقصد تسليمه أو إفشائه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها وكذلك كل من اتلف لمصلحة دولة أجنبية شيئاً يعتبر سراً من أسرار الدفاع أو جعله غير صالح لان ينتفع به.

م ١٢: يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات

- أ - كل من حصل بأية وسيلة غير مشروعة على سر من أسرار الدفاع عن البلاد ولم يقصد تسليمه أو إفشاؤه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها.
- ب - كل من أذاع بأية طريقة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد.
- ج - كل من نظم أو استعمل أية وسيلة من وسائل التراسل بقصد الحصول على سر من أسرار الدفاع عن البلاد أو تسليمه أو إذاعته وتكون العقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات اذا وقعت الجريمة في زمن الحرب.

م ١٣: يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات كل موظف عام أو شخص ذي صفة قيادية عامة أو مكلف بخدمة عامة أفشى سرا من أسرار الدفاع عن البلاد، وتكون العقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب. أما إذا كان فعل التعدي يتعلق بسر خاص بالإفراد ومنها الأسرار المصرفية فالحصول عليها يعتبر اعتداء على حق الإنسان في الخصوصية. أما إفشاؤها من جانب من أوئمن عليها بحكم وظيفته فهذه جريمة إفشاء للسر الخاص الذي اطلع عليه بسبب وظيفته وإذا استخدم للتعدي على حقوق مالية أو للابتزاز.. الخ فأركان الجريمة واحدة وان تميزت بالوسيلة المستخدمة.

ويكفي لحماية الحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي أعمال ذات القواعد القانونية التي وجدت من قبل ، فهناك الكثير من النصوص التي تتعلق بجرائم القذف والنشر والمسؤولية المهنية وسر المهنة وحماية الحياة الخاصة فلا يجوز ان تخضع الملفات التي أعدت يدويا لقواعد تختلف عن تلك التي أعدت الكترونيا فالعملية او الفكرة واحدة في الحالتين ومن ثم نحن لسنا في حاجة لإيجاد قواعد جديدة لتنظيم استعمال الحاسبات الالكترونية والقضاء قادر على ان يطوع النصوص والقواعد الخاصة بحماية الحياة الخاصة حتى يجعلها صالحة لمواجهة جميع المخاطر التي يمكن ان يثيرها استخدام الحاسب الالكتروني.

وان كان هناك رأى يرى ان القواعد العامة التي تحمى سر المهنة لا تكفى لحماية الشخص في مواجهة التعدي بالحاسبات الآلية. فإذا كان القانون يعاقب على إفشاء سر المهنة إلا ان هذه الأحكام تظهر عدم فاعليتها في الحماية إذا عرفنا إن السر يعرفه عدد كبير جدا من الموظفين والعاملين في مجال الحاسب الآلي فإذا عرف هذا السر كل هؤلاء الأشخاص في أماكن متعددة من العالم اي كل من يتصل بالنظام الذى يتبعه الحاسب الالكتروني فهل يظل هذا سرا؟ ويصعب أيضا معرفة من الذى أفشى السر. كما ان أعمال عقوبة إفشاء سر المهنة قد تقابله

صعوبات ترجع الى مبدأ التفسير الضيق في قانون العقوبات ولهذا لا مفر من وضع قواعد خاصة لحماية السرية أو الخصوصية في مجال المعلومات الآلية^(١).

ولهذا فان التنظيم التشريعي يجب ان يستهدف في المقام الأول وضع الضمانات الوقائية لحماية الحريات والحقوق الشخصية ولعل المخاطر الأساسية لاستعمال الحاسب الآلي تظهر في مجال المعلومات الشخصية التي تتسم بالسرية أو الخصوصية بعبارة أدق فاحتمالات إساءة استخدام هذه المعلومات أمر يحتاج للمواجهة حماية لحقوق الأفراد. فمن تجميع ابسط المعلومات من الشخص التي قد لا تقدم أية دلالة في ظل نظم المعلومات اليدوية قد يمكن استخلاص نتائج تضر ابلغ الضرر بمصالح الأشخاص. وتبدو خطورة تجميع وتحليل ابسط البيانات على الحياة الخاصة من الأمثلة البسيطة الآتية^(٢):

المثال الأول: الحاسب الآلي لوزارة المواصلات إذ يسجل أرقام المكالمات الدولية التي تم الاتصال بها من تليفون معين، يمكن ان يتضمن العديد من المسائل التي تتصل بالحياة الخاصة بالشخص، فتحليل البيانات الواردة في الفواتير قد يكشف بسهولة عن أمور تتصل بالحياة الخاصة، مثل تكرار الاتصال برقم معين قد يستدل منه على وجود علاقة معينة بين شخصين ، وهي تكشف عن أنماط التعارف والعلاقات والمعاملات بين المشتركين.

والمثال الثاني يتعلق بالحاسب الآلي للفنادق اذ يسجل أسماء النزلاء وأرقام الغرف. فان استيفاء هذه البيانات لفترة طويلة قد يؤدي الى الكشف عن العديد من الوسائل التي تدخل في الحياة الخاصة، ليس فقط من حيث العلاقة بين نزلاء الفندق او الغرفة الواحدة، وإنما من حيث كيفية وأماكن قضاء أوقات الفراغ. فقضاء الشخص لأوقات فراغه يعتبر من الأمور التي تدخل

(١) راجع بحث للدكتور عمر الفاروق الحسيني (تأملات في بعض صور الحماية الجنائية لبرنامج الحاسب الآلي) أبحاث مؤتمر القانون والحاسب الآلي ١٩٩٤ صفحة ٧٠ - مطبوعات جامعة الكويت.

(٢) راجع بحث للدكتور حسام الأهواني: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي. أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي الطبعة الأولى ١٩٩٤، ص ١٠٨.

في نطاق الحياة الخاصة حتى ولو قضيت في مكان عام. فما بالك بما يمكن ان يستكشف من أسرار الحياة الخاصة حال الكشف عن الأسرار المصرفية لعميل البنك. من أقدم مهام القانون وضع صيغة ملائمة لتحقيق التوازن بين الإفادة من التقدم العلمي وحماية الحريات الفردية. ومن هنا كان لابد من وجود ضوابط قانونية يعمل في إطارها التقدم العلمي. وهو ما تحرص عليه الدساتير والتشريعات التي تنظم الحقوق والحريات الفردية.

الموضوع الأول

الحق في الخصوصية وحدوده

الحق في الخصوصية يرتبط ارتباطا وثيقا بالحقوق الشخصية وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنسانا وقد تطورت هذه الحقوق بتطور القانون الذي أتجه لتوفير أكبر قدر من الحماية اللازمة لمواجهة المخاطر الناتجة عن التطور العلمي المعاصر بعد ان اخترق التقدم العلمي السواتر الطبيعية التي كانت تحمي الإنسان. وتذكر ان أهم الحقوق الشخصية هو الحق في احترام الحياة الخاصة ونشير في هذا الصدد الى دراسات القانون المقارن تفيد ان الاعتراف بالحق في الخصوصية أصبح قاعدة عامة وتضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ في المادة ١٢ وكذلك المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المصدق عليها سنة ١٩٥٠ والمادة ١٧ من الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ على ان يعمل بها بعد تصديق ٣٥ دولة عليها. ولهذا كانت حمايتها محل تعديل للقانون المدني الفرنسي عام ١٩٧٠ حيث أضيفت المادة التاسعة للقانون المدني الفرنسي لتقرر الاعتراف بهذا الحق وتوفير سبل الحماية له^(١). وكذلك اقر الدستور المصري هذا الحق صراحة كما وضع قانون العقوبات المصري نصوصا تجرم المساس بالصور المختلفة لحرمة

(١) في فرنسا صدر قانون ١٧ يوليو ١٩٧٠ ونص على انه (لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة) راجع مؤلف الحريات العامة دراسة مقارنة أ.د. محمد عبدا للطفيف. مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٥، صفحة ١٧٩.

الحياة الخاصة. ومن الملاحظ أن التقدم العلمي أضاف بعداً جديداً للموضوع يتعلق بحماية الحياة الخاصة للإفراد في مجال الحاسبات الآلية^(١).

معيار ما يعتبر داخلاً في إطار الحياة الخاصة

أصبح من المسلمات القانونية تمتع الحق بالخصوصية بالحماية الدستورية، ولكن ما هي الحياة الخاصة؟ وفي دائرة بحثنا هنا ما علاقتها بنظم المعلومات؟ هنا نشير إلى عدة ملاحظات في تقديري لها أهميتها في هذا الشأن تصل بنا في النهاية إلى حقيقة المعلومة الخاصة بالحساب البنكي على النحو التالي:

أولاً: المعلومات التي يسمح بدخولها إلى الحاسب الآلي ليست مطلقة وإنما هناك قيود قد تصل إلى حد الخطر، وقد تقف عند حد التنظيم فالقانون يحظر تخزين بعض أنواع المعلومات كما أن المعلومات التي يجوز تخزينها تخضع بدورها لبعض الضوابط فلا يترك التسجيل والتخزين حراً بلا قيد وعلى سبيل المثال نجد أن المعلومات الخاصة بالصحيفة الجنائية لا يجوز تخزينها إلا بالنسبة للحاسب الآلي الخاص بالجهات القضائية العامة وذلك في حدود اختصاصها، فلا يسمح بإدخال هذه المعلومات في إطار المعلومات الخاصة بالمركز القانوني لعميل البنك.

ثانياً: إرادة الإنسان تلعب دوراً هاماً في تحديد هذه الخصوصية، ولهذا تحظر تخزين معلومات يرفض صاحبها الإدلاء بها، فالحياة الخاصة تحيط بها دوائر ترسم أطر للمعلومات وتدرج في خصوصيتها ما بين أمور شديدة الخصوصية وتلتصق بالإنسان

(١) القانون الجنائي يحمي الأحاديث المسموعة من الاعتداء إذا يعاقب على التنصت على المحادثات التليفونية وإذاعة أو استعمال الأحاديث المسجلة أو التهديد بإفشاء الأحاديث المسجلة، وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز التعدي على الحديث الخاص بين الأفراد وهو الذي يتم في مكان خاص وبالتالي لا يجوز تسجيل مثل هذه الأحاديث بغير رضا صاحب الشأن.

راجع د. عمر الفاروق الحسيني (تأملات في بعض صور الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي)، أبحاث مؤتمر القانون والحاسب الآلي ١٩٩٤ صفحة ٦٩.

وأمر أخرى تدخل دائرة أوسع أو أقل خصوصية من سابقتها، ومن ثم يجوز بإذن من الشخص وموافقته التدخل والتحرر في حدودها إلى أن نصل إلى ما يدخل من خصوصيات الشخص في دائرة الحياة العامة والتي لا يشترط فيها إذن من صاحبها لاقتحامها أو تخزين معلوماتها في ذاكرة الحاسب الآلي. ولكن تظل مع ذلك لإرادة الشخص القدرة على تقدير أطر حياته الخاصة وهو ما يجعل الأمور تختلف من شخص إلى آخر حسب تقديره، وعلى سبيل المثال فإن معلومة رقم الهاتف تختلف بالنسبة لشخص عن آخر.

ولاشك أن تقدير أهمية إباحة المعلومة لدى صاحبها يكون في حالات تتساوى فيها أهمية الإباحة مع أهمية الخصوصية ان لم تكن تفوقها في بعض الحالات مثل اضطراره للإباحة بسر من اجل الدفاع الشرعى، ومن ثم فان الإرادة الحرة الخالية من العيوب هي التي يعتد بها في مجال السماح بتخزين المعلومة وبالتالي إدخالها في إطار إمكانية النشر أو تداول المعلومة ومن ثم إخراجها من دائرة السر المرتبط بالحياة الخاصة.

وهنا نصل إلى بداية الطريق في مجال الحق في الخصوصية حيث تلعب الإرادة دوراً في تحديد ما يدخل في إطار الحياة الخاصة وتحدد درجة مدى إباحة المساس بها، وبصفة عامة إذا كان الأمر يدخل في إطار الحياة الخاصة للشخص فلا يجوز تخزينه وتبادل المعلومة في شأنه إلا بإرادته.

ثالثاً: هناك أمور يحظر القانون تخزينها حتى لو أخرجها صاحبها من دائرة الحياة الخاصة مثل المعلومات التي تتصل بالأصل العرقى أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماء النقابي للشخص وهي مما يدخله الدستور في دائرة حرية العقيدة أو حرية التعبير، وهما من الحريات المطلقة التي ينبغي ألا تمس، ومن ثم ينبغي أن تستبعد تماماً من ان تكون ميزة للشخص بما يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تمييز عنصري أو ديني أو سياسي.

وهناك قضية هامة في موضوع الحق في الخصوصية وهي المعلومات المتعلقة بصحة الإنسان فهذه المعلومات رغم إنما تدخل في الإطار الأوسع في دائرة الحياة الخاصة إلا ان التشريعات تحظر نشرها وتجرمه بصفة أساسية ولا تسمح بالإفشاء إلا في دائرة حالات موانع المسؤولية المنظمة تشريعياً. ولهذا يسيطر عليها التزام عدم إفشاء السرية لمن أوتمن عليها. وقد استقر القضاء المقارن على اعتبار أن صحة الشخص وما به من أمراض تعتبر من دقائق الحياة الخاصة، فلا يجوز نشر ما يتصل بصحة الإنسان إلا بعد الحصول على إذنه، بل قد ذهب الى حد تقرير أن المريض في حاجة الى الهدوء والراحة فلا يجوز أيضاً تصويره وهو في فراش المرض ونشر هذه الصورة، وان من حق الفرد أن يحصل على الرعاية الطبية دون علانية^(١).

والحقيقة أن المعلومات الصحية لها وضعها الخاص في إطار التنظيم القانوني للحياة الخاصة فهي بطبيعتها تعد من أمور الحياة الخاصة الشديدة الخصوصية للأشخاص إلا أن إقامة نظام للمعلومات يشمل الحالة الصحية أصبح أمراً شائعاً ومستحباً. فوجود نظام المعلومات

(١) راجع د. عثمان عبدالملك تعليق على الاستجواب الموجه الى وزير الصحة وما اثاره من مشكلات في مجلة الحقوق والشريعة السنة السادسة ، مارس ١٩٨٢، العدد الأول حيث يشير الى ان (حق أفراد الأمة بالخصوصية وصيانة الأسرار المتعلقة بمجالتهم الصحية وما بهم من أمراض هو حق مستفاد من نصوص الدستور في المواد ٣٩، ١١٠، ٣٠، ٣٨ وهو حق لصيق بالشخصية الإنسانية. وبالكيان المعنوي للفرد ولازم لازدهار المواطن وتقدم شخصيته، ويمثل قيمة عليا ذات أهمية خاصة استقرت في ضمير المجتمع الكويتي حتى أصبح يحس بضرورة صيانتها وعدم الاعتداء عليها او المساس بها" كما أشار الى انه ليس صحيحاً ما جاء في كتاب عضو مجلس الأمة من ان حق العضو في الرقابة على أعمال الحكومة حق مطلق وذلك ان الدستور قد وضع في مقابل هذا الحق في الرقابة، حقاً دستورياً آخر وهو حق الفرد في الخصوصية وصيانة الأسرار المتعلقة بمجالته الصحية وما به من أمراض وكان الدستور يقرر ان الحق في الرقابة يجب ان يكون في حدود حماية خصوصيات المواطن والأسرار المتعلقة بمجالته الصحية بصيانتها وعدم الاعتداء عليها عن طريق إعلانها وجعلها موضع الأنظار وكتاباً مفتوحاً يقرؤه الغير ومادة تلوكها الألسن والحماية الفعالة الكاملة لهذه الأسرار إنما تكون عن طريق حظر العلم بما دون اذن من الشخص أو ترخيص من قانون فوضه المشرع الدستوري في تنظيم هذا الحق. فإذا كانت الرقابة حقاً دستورياً للنائب، فإن القيد عليها قد جاء من نفس القوى اى من الدستور نفسه من اجل حماية خصوصيات المواطن والأسرار المتعلقة بمجالته الصحية." صفحة ١٥٢ ، ١٥٣.

يساعد في تشخيص الأمراض، كما أن الطب لم يعد عملاً فردياً يقوم به طبيب واحد وإنما أصبح العلاج يتم من خلال فريق طبي مما يستلزم وجود نظام للمعلومات يستعين به أعضاء الفريق الطبي.

وثار مؤخراً التساؤل حول مدى إمكان إدخال معلومات عن صحة الشخص دون رضائه وبهدف المصلحة العامة وقد ثارت ضجة في فرنسا حول مدى جواز إقامة نظام معلومات أسمى يشمل مرضى الإيدز حتى يمكن حصرهم ووضع ضوابط للتعامل معهم. حيث نلمس التعارض الواضح بين حماية الحياة الخاصة وإنسانية المريض وضرورات مكافحة المرض والوقاية من مخاطره^(١).

رغم أن حماية الصحة العامة هي من أبرز الأهداف التقليدية لنظام الضبط الإداري العام والذي يعطى الإدارة الحق في التدخل والتنظيم حماية للصحة العامة إلا أن في هذه الخصوصية بيد وأن الغلبة كانت للإنسانية وحماية الحياة الخاصة باعتبار أنه يمكن اعتماد وسائل أخرى للمكافحة والحماية بعيداً عن الحاسب الآلي والذي يهدد بانتشار المعلومات مما يجعل من هؤلاء المرضى طائفة من المنبوذين في المجتمع.

وهو ما ترك أثره في الفصل بين المعلومة الطبية التي تدخل إلى الحاسب الآلي والمعلومة التي تظل في الملف أو في ذاكرة الطبيب فلا يصح إدخال كل المعلومات دون تمييز إلى الحاسب الآلي وذلك حماية لهذه المعلومة من مخاطر الحاسب الآلي وحماية للسر الطبي^(٢)

هذا الموقف يوضح أن حماية الحق في الخصوصية تتعرض لمخاطر تسرب المعلومات من الحاسب الآلي ولهذا يفضل الاحتفاظ بها بعيداً عنه، ولكن حتى في ظل هذا الإطار الأخر لا يقف

(١) بحث الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، الدكتور حسام الدين الاهواني، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤، ص ١٢٨.

(٢) لو كرك: الحاسب الآلي وحق المريض في احترام السر الطبي، مقالة منشورة ضمن أعمال الندوة الدولية حول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي عقدت في بروكسل سنة ١٩٧٠ ومنشورة في ١٩٧٣، ص ٢١٦، مشار إليه في بحث د. حسام الاهواني ص ١٢٩.

إمام هذا الحصار المنيع من الحماية سوى اعتبارات النظام العام أو المصلحة العامة والتي تفرض في النهاية الالتزام بإفشاء السرية سواء بأمر من القضاء أو بنص إباحة من المشرع^(١) وأنا إذ أشرت الى الحق في سرية المعلومة المتعلقة بالصحة فاني اقصد من ذلك وبالمقارنة الوصول الى نتيجة أخرى فيما يتعلق بالمعلومة الخاصة بالحسابات البنكية أو الائتمانية أو المالية، فهذه المعلومات الأخيرة تخرج تماما من دائرة الحياة الإنسانية اللصيقة بالإنسان والشديدة الخصوصية الى دائرة الحياة الخاصة الأوسع والتي تتعلق لا بالإنسان وإنما بنظام الذمة المالية لهذا الشخص القانوني وليس الإنساني فهي معلومة قانونية وليست معلومة إنسانية ومن ثم إمكانية إفشاء السر بالنسبة لها يكون أكثر سهولة وأوضح تنظيماً، خاصة إذا وصلنا إلى دائرة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وهو ما سنشير إليه لاحقاً

رابعاً: من ناحية أخرى أحكام حماية الحياة الخاصة يجب ان تكون في إطار القواعد العامة وخاصة التنظيم الدستوري والتشريعي والتي بالضرورة تجرى موازنة بين الحماية الواجبة للحياة الخاصة ومقتضيات النظام العام التي قد تستخدم وسائل المعلومات ومنها الحاسب الإلكتروني في تنفيذها، وهنا تلعب المصلحة العامة دوراً في إباحة اختراق الحياة الخاصة ولهذا يسمح بتخزين تلك البيانات واستخدامها في الأحوال التي تستلزم ذلك المصلحة العامة ذلك ان من المبادئ المستقرة ان ضرورات المصلحة العامة تبرر تغيير الحق في الخصوصية وتسمح باقتحامها. ففي مواجهة الحق في احترام الحياة الخاصة يوجد حق الدولة في تخزين المعلومات المتعلقة بها ومعالجتها عن طريق الحاسب الآلي.

(١) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية في الكويت باعتبار الكشف عن اسم المريض وحالته الصحية بحسبانها من خبايا الشخص وإحدى دقائق حياته الخاصة من قبيل الاعتداء على الحق في الخصوصية. انظر المحكمة الدستورية ١٩٨٢/١١/٨ طلب التفسير رقم ١٩٨٢/٣ تفسير دستوري. مجلة القضاء والقانون السنة العاشرة، العدد الأول، مارس ١٩٨٣، ص ٢٠.

ولعل الصعوبة التي تثار تتعلق بأداة حفظ التوازن عند تقدير توافر مصلحة عامة أعلى
تبيح وضع استثناء على نصوص الحظر ومن ثم تسمح بإفشاء السرية^(١).

(١) أثرت المفاضلة بين المصلحة العامة في الوصول الى المعلومة وبين المصلحة الخاصة بالاحتفاظ بسرية المعلومة في
موضوع الأسرار الصحية عندما تمت المقارنة بين احترام نص المادة ٩٩ من الدستور الكويتي والتي تنص على " ان
لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة ان يوجه الى رئيس مجلس الوزراء والى الوزراء أسئلة لاستيضاح الأمور الداخلة
في اختصاصهم وللوسائل وحده حق التعقيب مرة واحدة على الإجابة:" وبين المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٨١ التي تقر: (يجب على الطبيب ألا يفشى سرا خاصا وصل الى علمه عن طريق مهنته سواء أكان هذا السر
مما عهد به إليه المريض واتمته عليه أم كشفه الطبيب بنفسه، أم سمع به ، إلا بإقرار من المحكمة لتحقيق سير
العدالة. ومع ذلك يجوز إفشاء السر في الحالات التالية:

- (١) إذا كان الإفشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة ويكون الإفشاء لهما شخصيا.
- (٢) إذا كان الإفشاء بقصد منع حدوث جريمة ويكون مقصورا على الجهة الرسمية المختصة.
- (٣) إذا كان الإفشاء بصد التبليغ عن مرض سار... ويكون الإفشاء مقصورا على الجهات المختصة التي
تعينها وزارة الصحة العامة.
- (٤) إذا وافق صاحب السر على إفشائه الى أي جهة أخرى يحددها.
- (٥) حيث أصر عضو مجلس الأمة على استخدام حقه في السؤال والاستجواب الى وزير الصحة بطلب
معلومات عن أسماء وعدد الحالات التي أرسلت للعلاج خارج الكويت خلال فترة ٤ سنوات. وأصر
وزير الصحة في ذلك الوقت على الاكتفاء بتقديم إحصائية بعدد المرضى ومرافقيهم ومعتذرا لعدم ذكر
أسماء المرضى لأسباب مهنية حيث يعتبر ذلك من الأسرار المهنية الطبية التي أوجب القانون عدم
إفشائها، وإشار في رده (الى ان طلب أسماء المرضى ونوعية العلاج الذي تم لهم خرقا لمبدأ عام يتعلق
بالحفاظ على أسرار المرضى كما يتنافى مع الأعراف والقوانين المرعية في مختلف بلدان العالم والتي تلزم
الأطباء بعدم إفشاء الأسرار إلا في حالات استثنائية .

كما أشار الى ان عدم إذاعة أسماء المرضى الذين تعالجهم وزارة الصحة العامة وعدم بيان نوعية العلاج الذي
أعطى لهم لان ذلك إفشاء لأسرارهم التي اتتمنت الوزارة عليها وأسماء المرضى مرتبطة ارتباطا وثيقا بنوعية
إمراضهم وما أعطى لهم من علاج" التي نراها ان التعامل هنا بين حق يمثل المصلحة العامة في الرقابة وهو
ما تقره المادة ٩٩ وحق المواطن في الخصوصية وهو أيضا حق دستوري وفي تقديرى ان الحق في الخصوصية
يغلب هنا إذا أمكن تحقيق الرقابة والوصول الى النتيجة المطلوبة لمعرفة الخلل في الجهاز الإداري إذا وجد دون

وتطبق هذه المعادلة على العلاقة بين حق البنك في سلامة المعاملات المالية وما تؤدي إليه من تأثيرات على الاقتصاد بطريق مباشر أو غير مباشر وبين حق العميل في الاحتفاظ بسرية حساباته البنكية. هنا نجد أنفسنا أمام مصلحتين غير متوازيتين حيث تسمو المصلحة العامة على المصلحة الشخصية خاصة إذا تعلق الأمر بالائتمان الذي هو عصب النظام الاقتصادي. ولهذا نجد البنوك تحرص على التحري بدقة والحصول على أكبر قدر من المعلومات عن طالب الائتمان. ولهذا تنشئ البنوك إدارات خاصة للتحري والمعلومات ويستعين بعضها الآخر ببنوك المعلومات. فالعميل يقدم في طلب الائتمان أكبر قدر من المعلومات عن يساره وظروفه المالية ومعاملاته المالية السابقة ولكن المعلومات التي يقدمها العميل للبنك تتمتع بسرية كاملة بحيث لا يجوز للبنك ان ينقلها للغير وخصوصا لبنوك أخرى. ولكن البنك قد يقدم الى بنك آخر أو الى بنك من بنوك المعلومات تقدير حول مسلك العميل ومدى انتظام معاملاته وسداد التزاماته وحدود الائتمان الذي منح له والفترة الزمنية التي تم التعامل من خلالها.

ويلاحظ الفقه ان تخزين هذه المعلومات التي تنطوي على تقدير المسلك الشخصي في مجال الائتمان تهدد بانتشارها مما يؤدي الى إلحاق أضرار جسيمة بالشخص الذي يفاجأ بإغلاق باب الائتمان في مواجهته، ومن ثم فإن القانون المقارن يتجه الى حظر إدخال تقدير البنك لمسلك العميل الى الحاسب الآلي. مع الاكتفاء ببيان الوقائع فقط. ويضرب في هذا الشأن المثال الآتي الذي يوضح أهمية الاعتداد بالمعلومة دون الاعتداد بالتقدير وخاصة إذا بني على أساس النقاط ومدى خطورتها على المركز القانوني للعميل⁽¹⁾:

مسألة التأخر في الوفاء

"قد يسجل الحاسب الآلي مسألة التأخر في الوفاء، هل يمكن أن يستخلص من ذلك أن العميل معسر أو مراوغ؟ ان الإجابة يجب أن تكون بالنفي، وان هذا المركز يجب ان يقدر بنساء

تعدي على الحق في الخصوصية أو أن يكون على حسابها حيث يعد الإصرار على استخدام الحق الدستوري لهدم حق دستوري آخر منظوبا على تطرف او انحراف باستعمال السلطة يجب رده.

(1) راجع بحث الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، صفحة ١٣٠.

على مناقشة العميل لمعرفة أسباب التأخر في الوفاء، فقد يرجع ذلك للتأخر في حوالة مصرفية أو تراخي الوكيل في تنفيذ معلومات الموكل، ولهذا يحظر تقدير مخاطر الائتمان على أساس النقاط. بمعنى ان يعطى نقاطا للوفاء في الموعد ونقل النقاط عند التأخر أو المراوغة في الوفاء، بحيث يكون تقدير منح الائتمان عن طريق ضرورة توافر حد أدنى من النقاط في المعلومات المالية السابقة دون دراسة ظروف الشخص وبحث أسباب عدم الوفاء أو التأخر فيه. ويوصى هذا الرأي بحظر إدخال معلومات تنطوي على تقدير مسلك الشخص في مجال الائتمان الى الحاسب الآلي حتى لا يكون عرضة للانتقال الى جهات مالية أخرى مما يؤدي الى الإضرار بائتمان الشخص دون وجه حق. فهذا التقدير يدخل في عموم حظر تخزين بيانات تنطوي على تقدير للشخصية باعتبار أن الذمة المالية من جوانب الشخصية. ولهذا تجرى التشريعات التي تستهدف توفير حماية للمستهلك بمنحه حرية الرجوع في عقد الائتمان الذي ابرم مع البنك خلال فترة زمنية تحظر تخزين بيانات تتعلق بحالات الرجوع حتى لا تعطى عن العميل فكرة غير صحيحة نتيجة عدم البحث في أسباب الرجوع مما يهدد ائتمان الشخص⁽¹⁾."

هذه التنظيمات وهذا الحظر يستهدف الحفاظ على التوازن في العلاقة بين البنك والعميل وحتى لا يكون الحاسب الآلي عنصرا من عناصر الخلل في هذا التوازن. فالخلل يرجع الى أن المعلومات التي توجد في الحاسب قد تتضمن قدرا كبيرا من التفاصيل، ويكون من المستحيل على الشخص ان يدافع عن نفسه في مواجهة العقيدة التي تكونت عنه لدى البنك من مجرد الإطلاع على بيانات الحاسب الآلي بل أحيانا ما يتخذ هذا الأخير نفسه القرار انطلاقا من البرامج المعدلة.

ونعود ونؤكد على حقيقة ان السماح بتخزين المعلومات البنكية عن العميل أو المستهلك لا يعنى ان هذه المعلومة قد انتقلت من دائرة الخصوصية الى دائرة العلانية، كما ان رضاء العميل بتجميع وتخزين المعلومات لا يعنى مجال حرية تداول ونقل المعلومات الى الكافة.

(1) بحث د. حسام الاهواي، المرجع السابق، ص ١٣١.

ومن الناحية العملية فإن الهدف من اختزان المعلومات عن العميل يجب ان يكون من اجل استعمالها أما في النطاق الداخلي من قبل البنك ذاته المسئول عن الحاسب الآلى ولأغراضه الداخلية ودون ان يدخل في الاستخدام نقل المعلومة الى الغير. ولكن البنك قد ينقل المعلومة لجهة خارجية عن البنك ولكن لخدمة أهداف البنك ذاته مثل جهات الرقابة وأبرزها رقابة البنك المركزي أو جهات الرقابة التي تشرف على حركة تداول الأموال في إطار رقابة عمليات غسل الأموال.

وفي هذا الشأن يمكننا أن نشير الى الحقوق والالتزامات المتوازنة بين العميل والبنك على

النحو التالي:

أولاً: يمكن ان نقرر هنا أن رضاء العميل المفترض بإدخال معلومة الى نظام التعامل الآلى ينسحب الى النشر والتداول المتوقع وفقا للغرض من البرنامج بحيث لا يمتد الى نقل المعلومات غير المرتبط بهذا الغرض.

ثانياً: ان هذا الرضاء يقابله التزام قانوني على البنك بحدود هذا النشر أو نقل المعلومة بما تقتضيه المصلحة العامة وفي حدودها وهو التزام إذ يمس الحياة الخاصة فهو يتعلق بالنظام العام ويخضع لرقابة القضاء أو الجهات الرسمية المشرفة على نظام تداول معلومات البنك والتي تحدد الإطار الذي من خلاله تنقل المعلومة ومن ثم الخروج عليه يشكل المسئولية عن هذا الإخلال.

ثالثاً: الالتزام هنا ببذل عناية للحفاظ على السرية ولهذا فإن الالتزام هنا لا يقف عند حد عدم إفشاء السر وإنما يمتد الى ضرورة اتخاذ إجراءات الحيلة اللازمة لمنع تسربه على غير إرادة المسئول عن الحاسب الآلى، وكذلك للحفاظ على البيانات لمنع تشويهها أو إتلافها أو تحويرها أو إطلاع أشخاص غير مأذون لهم عليها.

رابعاً: يلتزم البنك بضمان حسن التنظيم الفني والإداري للجهة القائمة على الحاسب وحسن اختيار الموظفين. ووضع النظم اللازمة لرقابتهم حفاظا على سلامة المعلومات فضلا عن التحديد الضيق والدقيق لعدد الموظفين، الذين يحق لهم الدخول الى المعلومة ووسائل التحقق من

شخصياتهم ووضع النظم الفنية الكفيلة لرقابة ذلك بل وقد يشمل موقع ومواصفات البناء الذي يوضع به الحاسب الآلى ووسائل إتلاف الرامج في الحالات الاستثنائية كالحرب وغير ذلك.

الموضوع الثاني

حماية الأسرار المالية

في الدستور و التشريع والقضاء

اشرنا فيما سبق الى تحديد الحقوق الشخصية المعترف بها للإنسان كونها الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنسانا وترتفع بقيمتها القانونية الى الحد الذى يستوجب حمايتها وحجبها عن الغير. فهل تعتبر المراكز المالية للشخص من هذه الحقوق؟ وهل فرضت لها الحماية دستوريا وتشريعا وأمام القضاء؟
أولا: الحماية الدستورية

لعل من ابرز المبادئ التي وجدت في الدساتير هو مبدأ احترام الحياة الخاصة. وعلى سبيل المثال ينص الدستور المصري في المادة ٤٥ منه "الحياة الخاصة حرمة يحميها القانون". والحياة الخاصة هي مجال يحيط بالفرد ولا يجوز لأحد ان يتدخل فيه وتشمل في عناصرها حماية المسكن الخاص، وكفالة حرية الاجتماع الخاص، كما أن كفالة الحق في الخصوصية هو الذي فرض حرمة المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية الخاصة ولهذا نصت المادة ٣٩ من الدستور الكويتي على ان (حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصنونة وسريتها مكفولة فلا يجوز مراقبة الرسائل أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه"^(١).

(1) ولاشك ان الحفاظ على سرية الرسائل يتضمن الحفاظ على ما تتضمنه من معلومات خاصة يريد صاحبها ان يحجبها عن الغير ومنها أسرارها المالية
ونضيف الى المادة ٣٩ المادة ٣٨ ان تقرر التي "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها إلا في الأحوال التي يعينها القانون بالكيفية المنصوص عليها فيه" ذلك ان حرمة المسكن ترتبط ارتباطا مباشرا بالحق في الخصوصية لكل ما يحتويه المسكن الخاص من أشياء او معلومات.

كما يدخل في إطار الحق في الخصوصية الحق في الشخصية بعناصرها المثلة في الاسم،
الذمة المالية والصورة .

ومن ثم تعتبر الذمة المالية من أهم عناصر الشخصية التي تتصل بالحياة الخاصة ولهذا
وجدنا القاعدة انه لا يجوز نشر كل ما من شأنه الكشف عن الذمة المالية للشخص والا كان
ذلك ماسا بالحق في الخصوصية.

وبالتالي لا يجوز نشر المعلومات الضريبية الخاصة بأحد الأشخاص لان من شأن ذلك
تسهيل معرفة عناصر الذمة المالية، كما لا يجوز الكشف عن مقدار تركة المتوفى أو وصيته التي
تتعلق بتوزيع بعض أمواله، كما لا يجوز الكشف عن حجم العمليات المالية التي يقوم بها
الشخص في مباشرة نشاطه المهني. ولهذا أفق مجلس الدولة في مصر انه لا يجوز لمصلحة الضرائب
إفشاء أسرار مموليها ولو لجهة حكومية أخرى إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة وجاءت
الفتوى (ولما كان ما تطلبه إدارة المخابرات العامة في الظروف العادية من بيانات عن الممولين
سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وكان الغرض من حظر الإفشاء هنا ليس المحافظة على
أسرار الناس التي يؤتمن عليها موظفوا المصلحة بحكم الضرورة فحسب، وإنما حكمته المحافظة على
المصلحة العامة، إذ لو أتيح لهؤلاء الموظفين هذا الإفشاء لاحجم الناس عن إطلاعهم على حقيقة
مراكزهم وخفايا معيشتهم، ولذلك فإن مراعاة سر المهنة والمصلحة العامة تقتضى عدم إعطاء
مندوبي إدارة المخابرات العامة ما يطلبونه من بيانات عن شركات أو أفراد حصلت عليها بحكم
وظيفتها⁽¹⁾).

والقضاء الدستوري الكويتي اعترف بالحق في الحياة الخاصة وظهر ذلك جليا في قول
المحكمة (الدستور الكويتي كفل حق المواطن في حرته الشخصية بما يقتضيه ذلك من صون

وتعمم المادة ٣٠ من الدستور التزام الدولة بكفالة الحرية الشخصية " الحرية الشخصية مكفولة " وترتبط الحرية
الشخصية بكل ما يتصل بالحقوق الملازمة للشخصية وأهمها الحق في حماية الأسرار المتعلقة بحياته الخاصة سواء
اجتماعية أو مالية أو صحية.

(I) فتوى ٤٤٣ في ١٠/٣/١٩٥٧ س ١١ ص ٣٧٤ إدارة المالية والاقتصادية.

كرامته والحفاظ على معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها بعدم امتهاها وانتهاك أسرارها منها إعمالاً لحقه في احترام الحياة الخاصة، بما يقف معه الحق في الخصوصية قلعة يحتّم فيها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة، ومرد ذلك أن كل ما يتعلق بالحياة الخاصة للإنسان هو جزء من كيانه المعنوي فلا يجوز لأحد أن يناله أو ينشر عنه شيئاً إلا بإذنه الصريح أو وفقاً للقانون، ولقد رفع المشرع الدستوري الحق في الخصوصية إلى مصاف الحقوق الدستورية باعتباره من الحقوق اللازمة لصفة الإنسان وأكد هذا فيما أورده في المواد ١١، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٩ من الدستور^(١).

وبخصوص الذمة المالية على وجه الدقة قررت المحكمة الدستورية أيضاً عدم جواز نشر ما يتعلق بالذمة المالية لعملاء البنوك "ذلك أن نشر ما يتعلق بالذمة المالية لأحد الأشخاص إنما يعتبر من قبيل المساس بالحق في الحياة الخاصة بما لا يجوز معه الكشف عن عناصرها وإشاعة أسرارها التي يحرص عليها الفرد والمجتمع، بما ينبغي معه حماية هذا السر (الذمة المالية) تأكيداً للحرية الشخصية ورعاية لمصلحة الجماعة من أجل تدعيم الائتمان العام، باعتباره مصلحة اقتصادية عليا للدولة. بما يصح معه القول أن التعرض لعناصر الذمة المالية للفرد فيه مساس بحقه في الخصوصية وهو حق يحميه الدستور شأنه في ذلك شأن التعرض لحالته الصحية والعاطفية والعائلية"^(٢).

وزادت المحكمة الدستورية الأمر خصوصية بالنسبة لالتزام البنوك بالحفاظ على أسرار العملاء حين قررت أن من مظاهر الحماية الدستورية للذمة المالية أنه إذا كان يجوز للبرلمان إجراء أي تحقيق نيابي يشمل أي موضوع مما يدخل في اختصاصه التشريعي أو الرقابي، ومما يدخل في ذلك التأكد من قيام البنك المركزي بالإعمال الموكولة إليه، فإن إجراء هذا التحقيق وإن كان

(1) المحكمة الدستورية ١٩٨٢/١١/٨ طلب التفسير رقم ١٩٨٢/٣ م تفسير دستوري مجلة القضاء والقانون

السنة العاشرة العدد الأول مارس ١٩٨٣، ص ٢٠.

(2) المحكمة الدستورية في ١٩٨٦/٦/١٤ طلب التفسير رقم ١٩٨٦/١، الكويت اليوم العدد ١٦٧٠ السنة

الثانية والثلاثون صفحة ٤.

يقتضى الإطلاع على كل الوثائق والأوراق والبيانات إلا انه يستثنى من ذلك ما يتعلق بالذمة المالية لعملاء البنك، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، وإلا فإن ذلك يتضمن مساساً بالحق في الحياة الخاصة بما لا يجوز معه الكشف عن عناصرها وإشاعة أسرارها التي يحرص عليها الفرد في المجتمع.

وانتهت المحكمة الى التوفيق بين مصلحتين دستوريتين الأولى حماية الحق في الخصوصية والثانية هي مصلحة عامة قد تفوق مصلحة صاحب الأسرار حيث قررت انه لا يجوز الاحتجاج بما ورد في المادة ٢٨ من قانون البنك المركزي من "حظر في مواجهة سلطات الدولة العامة، ومنها التشريعية والتي تدخل أعمال البنك في دائرة سلطاتها الرقابي والتشريعي، وكذا الأمر بالنسبة للالتزام المتعلق بسر المهنة المصرفية فهو الآخر ليس التزاما مطلقا، بل هناك حالات تسوغ الخروج عليه لاعتبارات تفوق أهميتها مصلحة صاحب الأسرار وذلك حين يتطلب الأمر تغليب المصلحة العامة وهي الأولى بالرعاية من حفظ السر". ثم انتهت الى ان الأمر يقتضى إطلاع العضو المنتدب (عضو مجلس الأمة) على كافة الوثائق والأوراق والإجراءات المتخذة انصياعا لحكم المادة (١١٤) من الدستور، ولكن دون التعرض لما فيه المساس بأصحاب المراكز المالية من العملاء، أشخاصا طبيعيين أو اعتبارية".

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية قررت. (ان موضوع القرض الذي قام بتقديمه البنك الصناعي لمجموعة من محالين الى مؤسسة تسوية المعاملات التي تمت بالأجل ، لا يكون بمنأى عن مهمة لجنة التحقيق البرلمانية الرقابية (استنادا للمادة ١١٤ من الدستور) في كافة إجراءاته وما يرتبط به من بيانات بغير قيد، ولا ينال من ذلك ما أورده عقد القرض ضمن مدرجاته بالتقيد بالسرية ، إذ ان العقد المذكور وان كان ملزما لطرفيه إلا انه لا يمكن بأي حال أن يقيم جدارا من السرية في مواجهة الحق الدستوري في الرقابة الدستورية سيما وان مطالبة لجنة التحقيق ببيانات القرض وأسماء المستدينين منهم موجهة لوزير المالية والاقتصاد الذي تتبعه مؤسسة تسوية المعاملات، وهي التي أبرمت العقد والمشرفة على تنفيذه بكافة بنوده وبمجالاته

ابتداءً وانتهاءً، بما لا حاجة معه الى إقحام البنك الصناعي (الطرف الآخر) في الموضوع للمحاجة من ثم بحماية الأسرار البنكية والكتمان المصرفي ودمم العملاء المالية^(١).
والحقيقة ان موقف المحكمة الدستورية في الكويت يتفق وما سبق ان اشرنا اليه من ملاحظة ان إحكام حماية الحياة الخاصة يجب ان تكون في إطار القواعد العامة وخاصة التنظيم الدستوري والتشريعي والتي بالضرورة تجرى موازنة بين الحماية الواجبة للحياة الخاصة ومقتضيات النظام العام التي قد تستخدم وسائل المعلومات ومنها الحاسب الالكتروني في تنفيذها حين تلعب المصلحة العامة دورا في إباحة اختراق الحياة الخاصة إذا ما تطلب ذلك ضرورات حماية النظام العام^(٢).

ثانيا: الحماية في التشريع الكويتي

(١) تشريعات النظام المصرفي

قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المؤسسة

المصرفية.

بالرجوع الى أحكام هذا التشريع وخاصة القسم السابع (التفتيش على البنوك والمؤسسات الخاضعة لرقابة البنك المركزي) يمكننا ان نستشف مجموعة من المبادئ.
المبدأ الأول: يفرض الحق في الرقابة والتفتيش وفرض سلطة البنك المركزي في الإطلاع على الحسابات لدى البنوك ويدل عليها البنود التالية:

(1) حكم المحكمة الدستورية طلب تفسير رقم ٢ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٤/٦/١٩٨٦، المحكمة احتجت بان توثيق القرض لدى كاتب العدل ينفي السرية التي كانت مقررة له. وهو أمر منتقد من بعض الفقه على أساس ان التوثيق عمل قانوني أريد منه إكمال إجراءات قانونية شكلية قد يستوفيها القانون او تقتضيها مصلحة الأطراف في حال النزاع لتسهيل عملية الإثبات، وليس لهذا العمل القانوني اي أثر في نفي السرية كما قررتها المحكمة بل ان الإطلاع المحدود المشروع لكاتب العدل على ما تم توثيقه لديه لا ينفي السرية ولا يجعل الأمر كما ذهب إلىه المحكمة في حكمها. راجع بحث د. محمد المقاطع، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي. مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢.

(2) راجع ما سبق في الموضوع الثاني، (رابعاً).

- (أ) يقوم البنك المركزي في أي وقت بالتفتيش على البنوك وعلى الشركات والمؤسسات المالية التي خضعت لرقابة البنك المركزي طبقاً لأحكام هذا القانون.
- (ب) لموظفي البنك المركزي المخولين بالتفتيش الحق في الإطلاع على الحسابات والدفاتر والسجلات والمستندات وكافة الوثائق التي يرونها ضرورية لأعمال التفتيش، وان يطلبوا من أي عضو بمجلس إدارة أو أي موظف في البنك أو المؤسسة تقديم البيانات والإدلاء بالمعلومات التي يرونها لازمة لأغراض التفتيش، ويجرى الإطلاع على الدفاتر والسجلات والمستندات في مقر البنك أو المؤسسة الحاصل عليها التفتيش.

المبدأ الثاني : المسؤولية الشخصية للموظف المسئول عند امتناعه عن الاستجابة لمتطلبات التفتيش والإدلاء بالمعلومات وهو ما أشارت إليه المادة ٧٩ كما يلي " كل عضو بمجلس إدارة أو مدير أو موظف في البنك أو المؤسسة محل التفتيش يمتنع عن تقديم المعلومات والبيانات أو تقديم الدفاتر والسجلات والمستندات التي يطلبها المفتش لأغراض التفتيش أو يقدم معلومات أو بيانات يعلم انها غير صحيحة، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على مائتين وخمسة وعشرين ديناراً أو باحدى هاتين العقوبتين، وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون آخر.

المبدأ الثالث: الالتزام بعدم إفشاء سرية المعلومات التي تم حصول البنك عليها وهو ما يفيد مبدأ سرية هذه المعلومات بصيغة قاطعة.

م ٨٠ (على موظفي البنك المركزي المخولين بالتفتيش ان يحافظوا أثناء عملهم وبعد تركهم للعمل - على سرية الحسابات والدفاتر والمستندات التي اطلعوا عليها بحكم عملهم، وان لا يفشوا أية معلومات تتعلق بشئون البنك والمؤسسة التي قاموا بالتفتيش عليها أو بشئون عملائها وذلك فيما عدا الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك).

ومع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون آخر يعاقب كل من يخالف الحظر المنصوص عليه في الفقرة السابقة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، أو بإحدى العقوبتين مع العزل من الوظيفة.

المبدأ الرابع : حماية البنك من العملاء طالبوا القروض مع الحفاظ على سرية المعلومات أيضاً^(١). وهو ما تضمنته المادة ٨٣: يجوز للبنك المركزي ان ينشئ ما يسمى بنظام مركزية المخاطر من اجل مساعدة البنوك على تقييم المراكز المالية للأشخاص الذين يتقدمون إليها بطلبات للاقتراض، ومن اجل المساهمة في تحقيق رغبة البنك المركزي في الإطلاع المستمر على اتجاهات الائتمان المصرفي والمساعدة في تطبيق نظام خصم وإعادة خصم الأوراق التجارية لدى البنك المركزي.

ويضع مجلس إدارة البنك المركزي القواعد والإجراءات ويحدد البيانات الخاصة بتطبيق هذا النظام ولا يجوز إفشاء البيانات والمعلومات المتحصلة من نظام مركزية المخاطر إلا للأشخاص الذين يلزم إخطارهم بهذه البيانات والمعلومات طبقاً لنظام العمل بهذا النظام.

ومع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون آخر، (يعاقب كل من يخالف هذا الحظر بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين مع العزل من الوظيفة في جميع الأحوال).

(٢) التشريعات الجزائرية

ان المبادئ التي اقرها قانون ممارسة المهنة المصرفية هو تطبيق خاص لمبدأ عام نصت عليه التشريعات الجزائرية بتجريم إفشاء السرية ممن أوتمن من الموظفين العموميين على أسرار مهنية أو خاصة بمتعاملين مع الإدارة العامة أو بما يضر بالأموال العامة على النحو التالي:

(1) استعانت البنوك بنظم المعلومات لمعرفة الأوضاع المالية لراغبي التعامل معها، ومن أهم نظم المعلومات تلك التي تقدمها شركات التأمين والتي يتصل بعضها ببعض لتبادل المعلومات ولتحديد حقيقة المخاطر المؤمن منها، راجع د. حسام الاهواني ، المرجع السابق ، صفحة ١٠٣ .

(١) القانون ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة
أولاً: توسع قانون حماية المال العام فمد الحماية الى الأموال الخاصة الخاضعة لإدارة
المؤسسات العامة وذلك عندما حدد مجال تطبيقه في دائرة أوسع نطاقاً من مجرد التملك
للمال العام الى دائرة الإدارة للمال، فقرر في المادة (٢) ما يلي:
يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً بقانون
لإدارة إحدى الجهات الآتية أياً كان موقع تلك الأموال في داخل البلاد أو خارجها:

- أ- الدولة
- ب- الهيئات العامة والمؤسسات
- ج- الشركات والمنشآت التي تساهم فيها الجهات المبينة بالبندين السابقين بنسبة لا تقل عن ٢٥% من رأس مالها بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق شركات أو منشآت تساهم الدولة والهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة في رأسمالها بنصيب ما. ويعتد في تحديد نسبة رأس المال المشار إليه لمجموع الحصص التي للدولة أو غيرها من كافة الهيئات ذات الشخصية المعنوية العامة أو الشركات المشار إليها.

ثانياً - تحريم إفشاء المعلومات السرية

حيث نص في المادة (١٣) " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل في إحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية أفشى أي معلومات عن الأعمال التي ينبغي ان تظل سرية لطبيعتها أو وفقاً لتعليمات خاصة إذا كان من شأن الإفشاء بها الأضرار بمصلحة هذه الجهات أو تحقيق مصلحة خاصة لأحد ويستمر هذا الخطر لمدة ٥ سنوات بعد انتهاء خدمة الموظف".

فهذه الجريمة تمتد المسؤولية عنها حتى بعد انتهاء خدمة الموظف.

(٣) قانون الخدمة المدنية - ١٥ لسنة ١٩٧٩

يعد من ابرز الواجبات السلبية على الموظف والتي تقرر حظر بعض التصرفات عليه المادة ٢٥ من قانون الخدمة المدنية حين تقرر في البند الخامس. يحظر على الموظف...
٥- أن يدلى بأية معلومات عن الأعمال التي ينبغي ان تظل سرية بطبيعتها أو وفقا لتعليمات خاصة أو ينشر ذلك بأية وسيلة إلا بإذن كتابي من الوزير ويستمر هذا الحظر حتى بعد انتهاء خدمة الموظف.

الموضوع الثالث

ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على العلاقة بين البنك والعميل

ظاهرة غسيل الأموال ترتبط ارتباطا قويا بالعمليات البنكية فهي في مفهومها تشكل نوعا من التحايل على النظم المشروعة للكسب وانتقال الأموال وساعد على انتشارها على سبيل التحديد ما صاحب العولمة من إلغاء القيود الخاصة بتحويل العملات والأرصدة المالية بين مناطق المجتمع الدولي فالقيود الخاصة بتحويل العملات كانت قيودا على عملية غسيل الأموال، هذه القيود ألغيت أو خففت في اتجاه الإلغاء أما بناء على اتفاقيات متعددة الأطراف مثل الجات أو بناء على اتفاقيات إقليمية مثل ما هو موجود في القارة الأوروبية التي تنتقل بها الأموال دون قيد أو شرط قبل ان تتم عملية توحيد العملة الأوروبية^(١).

كما ساعد على انتشارها الوسائل الفنية الحديثة لنقل الأموال مع الصعوبة في متابعة حركة النقل ولعل أهم واكبر شبكة للتحويل المالي (إلكترونيك فان ترانسفير) وهي (السوفت) وهناك شبكات أخرى موجودة في أمريكا الشمالية والجنوبية ومن خلال هذه الشبكات أحيانا يصعب التعرف على جنسيته او شخصية المحول.

(١) راجع بحث مقدم منا إلى ندوة ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني. منشور في مجلة الحقوق

السنة ٢٢ العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٨، ص ٢٩٨-٣١٠.

لمقاومة ومكافحة هذه الظاهرة كان لابد ان تصدر تشريعات تجرم هذه الظاهرة من ناحية وتفرض قيوداً على حركة التداول المالي بما يحقق شفافية هذه المعاملات وكان من الطبيعي أن تفرض رقابة على حركة التداول المالي للعملاء ويمنح البنك المركزي من خلال البنوك سلطات اكبر من شأنها ان تخرق حق العملاء في سرية الحسابات ويعد هذا تطبيقاً جديداً لحفظ التوازن بين الحقوق الشخصية للعملاء وحق الدولة في حفظ النظام العام المالي للدولة.

دور البنوك بضبط ظاهرة غسيل الأموال:

كي يتسنى لغاسلي الأموال الوصول الى غايتهم لابد ان يستخدموا خدمات الأنشطة التجارية والمالية التي يعتبر القطاع المصرفي ابرز مجالاتها ويعد دور البنك المركزي في اي دولة دوراً بارزاً في ضبط ظاهرة غسيل الأموال والحد منها باعتباره البنك المهيمن والذي تخضع لرقابته جميع البنوك المحلية وصناديق الاستثمار وشركات الصرافة، فالبنك المركزي له سلطة الضبط الإداري على جميع هذه المؤسسات.

ويقع على عاتق البنك إجراءات المتابعة المستمرة للمحافظة على استقرار الجهاز المصرفي المالي. وعدم نفاذ غاسلي الأموال الى البنوك ولعل من أبرز الإجراءات التي يمكن ان يتخذها:

- ١- إصدار الأوامر بعدم فتح حسابات بأسماء وهمية أو أسماء مجهولة حيث يستعين فتح الحسابات بناء على وثائق رسمية تحدد هوية العميل ويشمل ذلك حتى فتح إيجار الخزائن أو أية خدمة أخرى تقدمها البنوك الى عملائها.
- ٢- الاحتفاظ بجميع السجلات الخاصة بالصفقات والعمليات التي تقوم بها الجهة أو البنك إضافة الى سجلات حسابات العملاء لمدة خمس سنوات، لكي تكون هذه السجلات حاضرة تحت تصرف السلطات الرقابية والأمنية إذا لزم الأمر في إجراء تحقيقاتها.
- ٣- بذل عناية فائقة وكافية عند إجراء أي صفقة كبيرة ذات نمط غير عادي، أو لا يتوافر لها أهداف اقتصادية أو قانونية واضحة، حيث يجب فحص خلفية مثل هذه الصفقات وأهدافها ومعرفة ماهيتها وما هو الغرض منها.

٤ - أهمية إبلاغ البنك المركزي عن أي صفقة مشبوهة لاتخاذ اللازم والتنسيق، والبنك المركزي يتولى القيام بمتابعة مستمرة للأوضاع في داخل الوحدات، بالإضافة الى متابعة التطورات على الساحة الدولية، وعليه تزويد الوحدات الخاضعة بدليل إرشادات تفصيلي لأنماط العمليات المشبوهة، بحيث يكون هذا الدليل أداة تثقيفية للموظفين والعاملين في الوحدات الخاضعة لرقابة البنك المركزي والاسترشاد بهذا الدليل في أعمالها.

في دولة الكويت قام البنك المركزي في نهاية عام ١٩٩٣ بالتعميم على البنوك وشركات الصرافة ببذل عناية فائقة فيما يتعلق بالتحويلات الواردة الى البنك أو الى الشركة، وخاصة إذا كانت هذه التحويلات ذات مبالغ كبيرة وأهداف غير واضحة، فيجب فحص خلفية هذه التحويلات والتأكد من سلامتها.

أيضا في نهاية ١٩٩٣ تم التعميم على البنوك بضرورة ان تكون الحوالات الإلكترونية عبر (السوفت) تتضمن دائما البيانات الأساسية التي هي على وجه الخصوص: أسم الجهة المحولة - وأسم الجهة المستفيدة.

نتيجة المتابعة المستمرة من البنك المركزي، قام بإصدار تعليماته الى البنوك وشركات الصرافة فيما يتعلق بجميع الرسائل التي ترد من الخارج وتتضمن عروضاً مشبوهة، حيث طالب البنك المركزي البنوك بأن يكون هناك تنسيق فعال وتام بينها فيما يتعلق بهذه الرسائل وتقوم بالإجراءات التي تتخذ في هذا الشأن وهي احاطة البنك المركزي، والتنسيق فيما بين البنوك بإبلاغ بعضها الآخر، وإحالة أي عميل الى النيابة العامة - بعد دراسة الأمر من الناحية القانونية إذا كان هناك عملاء متورطون من الجهاز المالي والمصرفي.

محاولات الوقاية من المشاركة في تسهيل عملية غسل الأموال:

يمكن إنجاز بعض الخطوات المهمة لمكافحة تورط المؤسسات المالية في تسهيل أو المشاركة في هذه العملية وخاصة مع توافر النوايا الحسنة لدى البنك والتي مرجعها الثقة في العميل أو الجهل بإجراءات هذه العملية المالية المعقدة:

- ١ - من النواحي الإدارية الداخلية للمؤسسة المالية ينصح بوجود جهاز متخصص يتلقى تقارير الموظفين العاملين التي تعبر عن شكوكهم تجاه بعض المعاملات المالية التي تمر عبر الفروع المختلفة لنشاط المؤسسة.
- ٢ - وضع جزاء على العاملين لعدم الإبلاغ عن العمليات التي تمر من بين أيديهم.
- ٣ - ابرز الوسائل هي تطبيق مبدأ (أعرف عميلك) فإذا عرف البنك عميله وعرف نشاطه فهذا يعطى البنك الأساس للتعرف على كل صفقة أو مجموعة صفقات لا تدخل بصورة عادية في إطار معاملات هذا العميل.
(مثال(١): إذا كان العميل تاجر أجهزة كهربائية لا تحتاج إلا إلى معاملات دولية محددة ومعروفة ومن مناطق إنتاج هذه السلعة، فإذا وجدت هذه المعاملات بصورة عادية فالأصل فيها أنها مشروعة، ولكن إذا وردت مدفوعات ضخمة لشركة من دولة مثل كولومبيا فإنه من خلال معرفة البنك بعميله تبدو هذه المدفوعات غير طبيعية.
مثال (٢): إذا كان أحد العملاء نشاطه لا يجعله يتقبل أموالاً نقدية ضخمة، فالبنك لم يتلق أي مدفوعات نقدية في حسابه على مدى تعامله مع البنك خلال سنين طويلة، ومن دون أن يتغير نشاط شركته، وجد أن حسابه النقدي يزيد خلال شهور معدودة بصورة غير عادية.
- ٤ - على البنك ان يضع سياسات ملائمة لمنع استخدامه، وخاصة بعد أن أصبح هؤلاء التجار أو هذه المنظمات حيراء في التخفي، فضلا عن ان هذه العمليات مهما شكلت ظاهرة إلا أنها قليلة بالنسبة لمئات الصفقات اليومية النظيفة للبنك، بالإضافة الى حسن نية البنك في عملائه ولهذا لا ينبغي الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية أو بأسماء وهمية، كما يتطلب حفظ سجلات خاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستويين المحلي والدولي تكون معه إذا طلبتها السلطات المختصة وفقا للقانون.

ويلاحظ ان بعض البنوك في الولايات المتحدة كانت تنفق ٦% من ميزانية البنك على كشف غسيل الأموال وأصبحت الآن تشكل ٢٦% من ميزانية بعض البنوك^(١).
٥- يجب ان تصحح سياسة الكشف عن هذه العمليات من روتين العمل اليومي، وتطبق بنظام سهل التطبيق بالنسبة للعاملين في البنك كي يضعوا تقاريرهم عن شكوكهم أمام جهاز مقاومة غسيل الأموال في البنك، مع التوعية الثقافية ويعد ذلك جزءاً من ثقافة المؤسسة المالية مع التدريب العملي على أعمالها.

الجهود التشريعية لضبط ظاهرة غسيل الأموال:

لضبط هذه الظاهرة ومنح البنوك سلطات على العملاء وحساباتهم صدر في كل من الكويت والقاهرة تشريع خاص في هذا الشأن:

أولاً: في دولة الكويت وافق مجلس الأمة في جلسته المنعقدة في ١٢/٢٥ لسنة ٢٠٠١ على قانون في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وارتكز على تحقيق أقصى حماية للنظام الاقتصادي والمالي باستكمال النقص في التشريعات التي تخلو من نصوص تلاحق الكثير من هذه الأنشطة الإجرامية وتتبع الأموال المتحصلة أو المستخدمة في هذا النوع من الجرائم في أي حالة تكون عليها والمتحفظ عليها تحسباً لما يقضى به من مصادرة لتلك الأموال وسائر الغرامات والتضمينات الأخرى. ويضم القانون أربعة فصول. الأول وخصص لتعريف عمليات غسيل الأموال وتجريمها والثاني لتحديد التزامات المؤسسة المصرفية والمالية والجهات الحكومية والثالث للعقوبات، والرابع للتعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم وتنفيذ الأحكام صادرة في هذا الشأن.

كما صدر في مصر قانون ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ لمكافحة غسل الأموال ويسرى وفقاً للمادة الأولى منه على المؤسسات المالية التي تضم البنوك وشركات الصرافة والجهات التي تباشر تحول الأموال وغيرها من المؤسسات المالية.

(١) راجع البحوث العلمية المقدمة الى حلقة دراسية بعنوان (غسيل الأموال) بإشراف معهد الدراسات المصرفية في الكويت بتاريخ ٥ مارس ١٩٩٧.

وأنشأ في مجال مكافحة وفقا للمادة الثالثة وحدة مستقلة بالبنك المركزي ذات طابع خاص يلحق بها عدد من الخبراء والمتخصصين في المجالات المتعلقة بتطبيق أحكام القانون وتختص بتلقي الإخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن العمليات المشتبه في أنها تتضمن غسيل الأموال وعلى الوحدة ان تنشئ قاعدة بيانات لما يتوفر لديها من معلومات وتتولى أعمال التحري والفحص وتقوم بإبلاغ النيابة العامة في النهاية. على ان تسرى على جريمة غسيل الأموال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

ونصت المادة ٩ على أن تلتزم المؤسسات المالية بإمسك سجلات ومستندات لقيدها ما تجريره من عمليات مالية محلية او دولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات وعليها ان تحتفظ بهذه السجلات والمستندات وبسجلات بيانات العملاء والمستفيدين المشار إليها في المادة ٨ من القانون لمدة لا تقل عن ٥ سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة او تاريخ قفل الحساب. وعليها ان تضع هذه البيانات تحت تصرف السلطة القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري والإجراءات القضائية الأخرى. ويجوز لتلك المؤسسات الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (الميكروفيلم) بدلا من الأصل وتكون لها حجة الأصل في الإثبات.

ونصت المادة العاشرة على ان تنتفي المسؤولية الجنائية بالنسبة الى كل من قام- بحسن نية بواجب الإخطار عن اي من العمليات المشتبه فيها الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها وتنتفي المسؤولية المدنية متى كان الاعتقاد بقيام هذا الاشتباه مبنيا على أسباب معقولة.

تم بحمد الله تعالى

تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

أستاذ القانون المدني- وكيل كلية الشريعة والقانون- المستشار القانوني للجامعة

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة:

قد تكون جوانب المسؤولية من أهم الجوانب المتعلقة بعلاقة المصرف بزبائنه وعملائه، وقد يكون أهمية البحث في مسؤولية المصرف في مواجهة عملائه إن الباعث على الاعتناء بهذه المسؤولية وهي عديدة لا تحصى كالاتي:

- ١- تزايد عدد القضايا المرفوعة ضد المصارف وتضاحم حجمها.
- ٢- تزايد عدد القضايا المرفوعة ضد المهني المصرفي.
- ٣- التعقيدات الناجمة عن بعض العمليات المصرفية بسبب كبر حجم المشروعات واستخدام الحاسب الآلي، والعمليات الإلكترونية في الوقت الحاضر.
- ٤- تنامي إدراك دور المصرف في تسهيل العمليات التجارية والاستثمارية.
- ٥- الشعور من جانب العملاء والبنوك المركزية والأسواق المالية بضرورة ضمان مصالح العملاء في علاقتهم مع البنوك.

ومن المقرر في الفقه والقضاء المقارن أن المقصود بالمسؤولية بوجه عام، المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول وقد يكون مصدر الالتزام عقداً يربط

المضروور فتكون مسؤوليته مسؤولية عقدية يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى. وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة وعندئذ تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية يستقل بحكمها وتحديد مداها القانون. ومن هنا درج الفقه والقضاء على التمييز بين نوعي المسؤولية.

وقد انتهى الفقه الحديث إلى وحدة المسؤولية المدنية سواء في أساسها أو في طبيعتها إذ هي يقوم في جوهرها على وقوع خطأ يسبب ضرراً ومن ثم يلزم لها توافر العناصر الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

والخطأ في جوهره واحد لأنه يفترض الإخلال بالالتزام سابق فيستوي أن يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد أو القانون ويؤدي كل منها إلى تعويض الضرر المباشر الذي نجم عن ذلك الخطأ سواء كان مادياً أو أدبياً، وإذا كانت هذه الوحدة لا تمنع وجود فروق تفصيلية بين التنظيم القانوني لكل منهما ولكونهما فروقاً لا ترجع على اختلاف الأساس أو الطبيعة بقدر ما ترجع إلى خضوع كل منها لقواعد مختلفة، ومن خلال ما سلف استقر القول بأنه لا يوجد في القانون المدني مسؤوليتان؛ أحدهما عقدية والأخرى تقصيرية؛ وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة، وللمسؤولية المدنية وفقاً للمبادئ العامة لها أركان ثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وقد يشمل محل مسؤولية المصرف الالتزام بالسر المصرفي، الالتزام بما حدد في قانون المصرف المركزي، المحظورات، الالتزام بقواعد السلوك المهني.

ومسؤولية المصرف تجاه موظفيه بالتزامه ببذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة بحيث يكون هناك معيار الشخص الحريص، والالتزام بعدم الخروج عن ما أوكل إليه من عمل والالتزام بالمحافظة على الأسرار المهنية بشكل عام.

خاصة أن البنك يعد تاجراً ويقوم بعمليات صنفها جميعاً تجارية تبني على مبدأ الثقة والاطمئنان الذي يجب أن يتوافر لعملائه وأيضاً حرية التجارة البنكية تقوم على الاستقرار واختيار البنك لعملائه.

وبالتالي سوف نعرض لمسؤولية المصرف في مواجهة عملائه في ضوء تعرضنا لأركان المسؤولية المصرفية.

المبحث الأول الخطأ

يتمثل الخطأ في ثبوت إخلال البنك بالتزاماته التعاقدية مع توافر عناصر المسؤولية الأخرى^(١).

والانحراف عن هذا المعيار سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية تعتبر خطأ مهني، فمثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه التي لم تعد محلاً للمناقشة بين المتخصصين، ومن ثم يصبح الانحراف عن السلوك الفني المألوف خطأ مهنيًا ويعد الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر. وهو ماقررته محكمة تمييز دبي من أن "تكييف الفعل أو الترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من مسائل القانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة التمييز - كما أن المقرر أيضاً- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن مسؤولية البنك قبل العميل عن عدم صرف شيك مسحوب عليه تحكّمها بنصوص العقد المبرم بينهما الذي يخول العميل الحق في سحب الشيكات من حسابه لدى البنك وما يجرى به العرف المصرفي في هذا الشأن وتقوم مسؤولية البنك بثبوت إخلاله بالتزاماته المترتبة بموجب عقود الخدمات المصرفية.."^(٢).

وتنشأ المسؤولية العقدية عند إخلال المصرف بأحد التزاماته المنصوص عليها في العقد الذي يربطه مع العميل^(٣).

(١) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٠١/٢١٢ حقوق.

(٢) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٠١/٧٩ حقوق، جلسة السبت ٢٠٠١/٤/١٤. والتمييز في الطعن رقم ٢١٢ لسنة ١٩٩٩ حقوق جلسة ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩.

(٣) تمييز دبي الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ١٩٩٩ حقوق جلسة ٢١ إبريل ٢٠٠٠م.

وتترتب هذه المسؤولية العقدية بطبيعة العمليات التي ضمنت العقد واستهدفت من ورائه والتي يتم تنفيذها من قبل المصرف لصالح العميل، فالمصرف قد يكون وكيلًا كما هو في تأمينه للخدمات النقدية لزيائته أو وديعاً أو كفيلاً كما هو بالنسبة بخطابات الضمان، كما قد يقوم بدور المؤجر في حالة تأجيرِه للصناديق الحديدية، وفي حالات البنوك الإسلامية قد تقوم بدور المضارب أو المستثمر^(١).

وإذا كانت الاتفاقات في المسؤولية التعاقدية للبنوك تتحدد خطأها في ضوء العقد المبرم مع العميل ويجوز في أغلب الأحيان تعديل هذه الاتفاقات والشروط فيها بحيث يجوز للبنك التخفيف من مسؤوليته أو الهروب منها على اعتبار أنها ليست من النظام العام، إلا أن هذا الأمر لا مجال لأعماله في حالة إذا تبين أن البنك قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة تمييز دبي بنقضها الحكم في الاستئناف الصادر لصالح البنك رغم أن البنك لم يكن سيئ النية وإنما يكفي بتوافر خطأه الجسيم عندما تقاعس البنك المطعون ضده عن أخطار العميل بإجراء القيد العكسي للشيك الذي كان قد قيده في الجانب الدائن لحسابه ومن ثم إعادة هذا الشيك إليه، رغم أنه لم يقد دليل على سوء نية أو قصد البنك الإضرار بالمستأنف أو سمعته^(٢).

إلا أن المسؤولية العقدية للبنك يجب أن تكون ناتجاً عن إخلال بالتزام يتطلبه العقد الذي بينه وبين العميل لا بمجرد توهم لدى العميل بتحقيق رغبة لديه تجاه البنك لم ينص عليها، وفي ذلك تقرر محكمة تمييز دبي أن المصرف في تنفيذ الخدمات المصرفية التي يطلبها منه عميله - كتنفيذ أوامر الاستيفاء والوفاء - يكون مجرد وكيل لا يتجاوز دوره تنفيذ المطلوب منه، ومن ثم فليس

(١) القانون الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية.

(٢) محكمة تمييز دبي الطعن رقم ٢٠٠١/٢١٢/٢٠٠١ حقوق بالجلسة يوم الأحد ٢٠٠١/١١/٤.

للعميل أن يقاضي مصرفه أو المصرف المراسل بمقولة أنه كان بوسعه أن يبحث المشتري أو المدين بالوفاء بالتزامه..^(١)

والسؤال هنا هل يتطلب من العميل إثبات خطأ البنك رغم تضرره هنا؟

أجابت المحكمة الاتحادية العليا على ذلك بأن المصارف وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة تتحمل تبعه ما يصيب عملاءها من أضرار نتيجة ما يقوم به لحسابهم من خدمات مصرفية دون حاجة لإثبات خطئها باعتبار أن التبعة هي من مخاطر المهنة التي تمارسها، ولا تعفى من هذه التبعة إلا إذا أثبت المصرف وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل فحينئذ يتحمل الأخير تبعه خطئه^(٢).

وقررت المحكمة الاتحادية العليا أيضاً بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن ذمة البنك لاتبرأ في حالة الخطأ في الوفاء بشيكات لغير مستحقيها نتيجة استعمال أوراق مزورة، بل تقع عليه تبعه هذا الوفاء- أياً كانت درجة إتقان التزوير- وأن ذلك يعد من مخاطر المهنة التي مارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين^(٣) وهو أيضاً ما أكدته محكمة تمييز دبي حين قررت بأن التبعة من مخاطر المهنة التي يمارسها المصرف وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على المصارف من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين^(٤).

(١) محكمة تمييز دبي الطعن رقم ٤٥١ لسنة ١٩٩٩ حقوق جلسة ١٤ فبراير ١٩٩٩.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٤٠١ و ٤٥٦ لسنة ٢٠ قضائية، جلسة الأحد الموافق ٣٠ من إبريل سنة ٢٠٠٠.

(٣) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢١ القضائية، جلسة الثلاثاء الموافق ١٣ فبراير ٢٠٠١ مديني.

(٤) تمييز دبي رقم ١٩٩٥/٢١٢ حقوق، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٥. وتميز دبي الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٩٢ حقوق جلسة ٧ مارس سنة ١٩٩٣ حيث قررت بأن ذمة المصرف لاتبرأ من الوفاء بشيك مزور أياً كانت درجة إتقان هذا التزوير وتعد تبعه هذا الوفاء من مخاطر المهنة التي يمارسها المصرف وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على المصارف من تدعيم الثقة بها وروح الاطمئنان لدى=

واستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، والمثال على ذلك ما أورده المحكمة الاتحادية العليا حيث تقول "لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من فتح حساب الوديعة باسم المؤسسة الطاعنة وأن المطعون ضده الثاني بصفته المدير التنفيذي لها هو الذي فتحه بخطاب موقع ومنه وحده ضمنه حظر صرفها إلا بتوقيعين مجتمعين له ومالك المؤسسة ومن الخطابات الخاصة بإيداع الدفعات النقدية اللاحقة على فتح حساب الوديعة وأنها كانت جميعها موقعة من المدير المذكور بمفرده وأن قبول البنك المطعون ضده للتعليمات الصادرة إليه من الأخير وحده بتمويل مبلغ الوديعة إلى حساب المؤسسة الطاعنة لدى بنك آخر لا تعد مخالفة للشروط المتفق عليها ذلك أن خطاب التمويل موقع من الشخص نفسه وبذات الصفة الصادر بها الخطاب المتضمن شرط صرفها بتوقي مدير المؤسسة ومالكها مجتمعين الأمر الذي يعتبر معه خطاب التمويل عدولاً عن هذا الشرط بذات الوسيلة التي فرضته، لما كان ماتقدم وكان وجود توكيل لدى البنك المطعون ضده صادراً من مالك المؤسسة إلى المدير المذكور يفوضه فيه تفويضاً شاملاً في تشغيل حسابها ثيابه عنه وباسمه ، بما في ذلك السحب على المكشوف والحصول على قروض وإعطاء إلى نوع من الضمانات لسداد هذه القروض بما فيها الرهن فضلاً عن أن ترك مالك المؤسسة لمديرها الانفراد بالتعامل مع البنك المطعون ضده على النحو السالف البيان من شأنه أن يدعم اعتقاد البنك بصحة أمر التمويل وصدوره من شخص ذي صفة، خاصة وأن الطاعنة لم تقدم ثمة دليل على أن البنك كان يعلم أن المدير المذكور يخفي عملية التمويل عن المالك أو مجاوزته حدود سلطاته في إجراءاته فإن البنك المطعون ضده لا يكون قد ارتكب ثمة خطأ في تنفيذ أمر التمويل موضوع التراجع^(١) .

=الجمهور المتعاملين، على أن ذلك مشروط بعدم وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك وإلا تحمل هذا الأخيرة تبعه خطأه".

(١) المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٠ قضائية، جلسة الثلاثاء الموافق ٨ يناير ٢٠٠٠ مدي.

بخلاف ما لم يتأكد البنك من التفويض المخول من المؤسسة (العميل) لوكيله، وقام هذا الأخير بفتح حساب أو الاقتراض وهو في الحقيقة لم يكن مفوضاً بذلك فإن مسؤولية البنك تتحقق مع الوكيل^(١)

واعترفت محكمة تمييز دبي مسؤولية البنك الوكيل عن البنك الذي قام بتوكيله (أوي وكيل الوكيل) مسؤولية شخصية حيث قررت بأنه إذا عهد العميل إلى البنك الذي يتعامل معه بتحويل ديونه لدى الغير فإن البنك العلاقة بينهما وكالة يحكمها العقد المبرم بينهما وتكمله القواعد العامة المشار إليها في كل من قانوني المعاملات المدنية والمعاملات التجارية والعرف المصرفي وإذا استعان البنك في تنفيذ التوكيل الصادر إليه من عميله ببنك آخر فإن هذا البنك يكون في مركز وكيل الوكيل متى كان مستقلاً عنه- ومن المقرر أنه إذا أذن العميل لبنكه- صراحة أو ضمناً- بالاستعانة ببنك آخر في تحصيل حقوقه فإن البنك الوكيل يكون في الأصل - حراً في اختيار البنك الذي يستعين به في تنفيذ ما وكل فيه ما لم يفرض عليه عميله بنكاً معيناً وعندئذ تتحدد مسؤولية البنكين- البنك الوكيل والبنك وكيل الوكيل- طبقاً للقاعدة المشار إليها في نص المادة ٩٣٤ من قانون المعاملات المدنية والتي تقضي - في الأصل- بعدم مسؤولية الوكيل عن خطأ وكيله وبمسؤوليته هو عن خطأ الشخص الذي يقع منه فيما يصدره لوكيله من تعليمات أو إذا أهمل في رقابته أو في توجيهه. وإذا كان من الثابت في الدعوى أن المطعون ضدهما قد عهدا إلى البنك الطاعن بتحصيل قيمة الشيكين - محل النزاع- من البنك المسحوب عليه في سلطنة عمان ومن ثم فإنه أي البنك الطاعن يكون وكيلاً عنهما في تحصيل هذه الصحة من البنك المسحوب عليه. ولما كان بنك ظفار سلطنة عمان هو البنك المسحوب عليه فإنه يكون بهذه المثابة معروضاً ومعيناً في الإنابة على البنك الطاعن وبالتالي فلا يكون للبنك الطاعن مسؤولاً -في الأصل- عن خطأ ذلك البنك- وكيله أو نائبه- ولكنه في ذات الوقت - مسؤولاً عن الخطأ الشخصي الذي يقع منه هو أي البنك الطاعن فيما يصدره إلى البنك وكيله من تعليمات أو في إهماله في توجيهه- واستخلاص ما إذا كان الوكيل قد أهمل في

(١) الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٠ حقوق جلسة ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠.

رقابة أو في توجيهه وكياله - حال قيامه بتنفيذ ما فوضه فيه من سلطة محكمة الموضوع تستخلصه من واقع الدعوى وظروفها فلا رقابة عليها^(١).

وكما تكون مسؤولية البنك عقدية من المتصور أن تكون مسؤولية البنك تقصيرية إذا كان المدعى المضرور غيراً بالنسبة إلى البنك، وكان خطأً البنك يعد إخلالاً منه بالالتزام العام بالحرص الذي يفرضه عليه القانون بمعناه العام تجاه الكافة ويستوي هنا أن تكون المسؤولية عن خطأ تابعيه فتكون مسؤولية تقصيرية غير مباشرة^(٢).

المبحث الثاني الضرر

باعتبار المسؤولية المدنية مسئولية تعويضية، فإن الضرر هو ركن في المسؤولية المدنية، إذ لا يكفي وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أن يقع خطأً بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً^(٣).

إن مسؤولية البنك قبل العميل عن عدم صرف شيك مسحوب عليه تحكمها نصوص العقد المبرم بينهما الذي يخول العميل الحق في سحب الشيكات من حسابه لدى البنك، ولا تقوم هذه المسؤولية قانوناً إلا بثبوت إخلال البنك بالتزاماته التعاقدية وحصول الضرر للعميل وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر^(٤). ومن ذلك أنه لا تقوم مسؤولية البنك قبل عميله إذا كان وكيلاً عنه في تحصيل ورقة تجارية إلا إذا أثبت خطأه وحصل ضرر للعميل وتوفرت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولا محل لهذه المسؤولية إذا اتفق سلوك البنك مع الأصول والأعراف المصرفية^(٥).

(١) محكمة تمييز دبي رقم ١٠٣ لسنة ١٩٩٧ حقوق جلسة ١٩٩٧/٥/٣١.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢١ القضائية جلسة ١٣ فبراير ٢٠٠١ مدني.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط، ج ١ رقم ٥٦٨ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل تعويض الضرر في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية تأصيلية لتقرير التعويض ص ٣٣ وما بعدها.

(٤) محكمة تمييز دبي طعن بالنقض رقم ٢٠١/٢١٢ حقوق.

(٥) تمييز دبي الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ١٩٩٩ حقوق جلسة ١٦ إبريل سنة ٢٠٠٠.

ومن الطبيعي قيام المسؤولية عليها بكل أنواع الضرر المحقق، ذلك أنه من المستقر قضاءً أن البنك الذي قدم إليه شيك للتحويل يكون وكيلاً عن العميل المستفيد في تحصيل قيمة هذا الشيك، ويلتزم ببذل العناية اللازمة في تحصيله، ويعيد الشيك إليه في حالة تعذر التحصيل، أو رفض دفع قيمته، وأن يتبع في كل ذلك ما استقرت عليه الأعراف المصرفية ويكون البنك مسؤولاً حال مخالفته أياً من هذه القواعد عن كل ضرر يلحق العميل، لما كان ذلك وكان الواقع الثابت في الدعوى -دون خلف بين الخصوم- أن البنك المطعون ضده قد تسبب بخطأه في ضياع الشيك موضوع النزاع وذلك بإرساله إلى الطاعن عن طريق البريد العادي رغم استقرار العرف المصرفي- وفق الثابت من تقرير الخبير- على اتباع طريق البريد المسجل في إعادة مثل هذه المستندات إلى العميل، وكان الحكم المطعون فيه رغم تسليمه بثبوت مسؤولية البنك المطعون ضده عن ضياع شيك النزاع قضى برفض دعوى التعويض عن هذا الخطأ بمقولة عدم ثبوت الضرر في حين أن ضياع أصل الشيك من شأنه حرمان الطاعن- المستفيد- من حقه في طلب تحريك الدعوى الجنائية ضد الساحب ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جريمة إصدار شيك بدون رصيد فلا يكون له سوى الرجوع على الساحب بالدعوى المدنية وما يستلزمه سلوك هذا الطريق من مصاريف ووقف وجهد في ظل فقده لأصل سند المديونية وهي أضرار محققة بغير حاجة لإثبات، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر^(١).

وفي حالة قيام مسؤولية البنك يتحقق ليس عن الضرر المحقق بل أيضاً عن الضرر المستقبل المؤكد الوقوع وعن تفويت الفرصة. ذلك وإن كان الأصل في الضمان أن يقدر بقدر الضرر المحقق بالفعل- الحال منه أو المستقبل- إلا أنه يجوز للمضروب أن يطالب بالضمان عن تفويت الفرصة باعتبار أن الإفادة من الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً إلا أن الحرمان منها -بتفويتها- ضرر محقق ومن المقرر أن استخلاص الحرمان من الفرصة من سلطة محكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها فلا رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز مادام استخلاصها لذلك سائغاً ومستمداً فيما له أصل ثابت في الأوراق. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه-

(١) المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٢١ القضائية جلسة الثلاثاء تاريخ ١٦ يناير ٢٠٠١م.

وهو في قيام التدليل على فوات الفرصة على المطعون ضدهما من فقد الشيكين - محل التراع - قد أورد في مدوناته قوله "..... ولا يغير من ذلك أن يكون المسحوب عليه قد أفاد بعدم الصرف بعدم وجود ترتيبات أو أن يكون الحق في الرجوع على صاحب الشيكين - ذلك لأن عدم وجود الترتيبات لا يعني أن المستأنفة لا حق لها في الرجوع ولأن طلب إلزام المستأنفة بالرجوع على الساحب أو البنك المسحوب عليه هو طريق محفوف بالمخاطر ويحتاج إلى جهد ووقت وإجراءات قد لا تتوفر لدى المستأنفة وأنه ليس لديها الشيكين المثبتين لحقوقها..." وهي أسباب سائغة وكافية لحمل قضاء الحكم في تفويت فرصة تحصيل الشيكين خاصة وأن البنك الطاعن لم يدع بأن الطعون ضدهما قد حصل على قيمة هذين الشيكين من صاحبهما أو من البنك المسحوب عليه..^(١) وقد يكون التعويض عن الضرر الناتج عند تحققه مادياً أو أدبياً^(٢).

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

ويراد بها قيام علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، فإذا انعدمت السببية بسبب أجنبي لم يكن هناك مجال للمطالبة بالتعويض، وبالتالي فإن مسؤولية البنك عن نشاطه المصرفي - كأى مسؤولية - لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانبه إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث إذا انتفى ركن الخطأ فإن هذه المسؤولية تنتفي. بما لا حاجة معه إلى التحقق من ركن الضرر، واستخلاص ثبوت الخطأ أو نفيه مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة من عناصر تؤدي إليها من وقائع الدعوى^(٣).

(١) محكمة تمييز دبي رقم ١٠٣ لسنة ١٩٩٧ حقوق جلسة ١٩٩٧/٥/٣١ .

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، الطعانان رقما ٤٠١ و ٤٥٦ لسنة ٢٠ قضائية جلسة الأحد الموافق ٣٠ /٤/ ٢٠٠٠م.

(٣) محكمة التمييز دبي رقم ٢٩٠/٢٠٠١ حقوق جلسة الأحد ١٨/١١/٢٠٠١.

وبالتالي فإن نفي الحكم المطعون فيه الخطأ عن البنك المطعون ضده في عدم تنفيذ تعليمات عميله الطاعن بشأن تحويل ودائعه بالدولار الأمريكي إلى الجنيه الاسترليني عند وصول سعر الجنيه إلى ٥,٥ درهماً ورتب على ذلك قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض بسبب عدم إجراء البنك تحويل باقي الودائع الدولارية إلى الجنيه الاسترليني على ما أورده بمدوناته من أن الثابت من الأوراق وأخصها الحكم الصادر في الطعن بالتميز رقم لسنة ٢٠٠١ أن البنك لم يخطئ إذ أعمل الكفالة الشخصية التي قدمها السيد..... وسيل ودائعه المرهونة لاسترداد مستحقته لدى المجموعة العربية للإنشاءات من نتائج التسهيلات المصرفية التي حصلت عليها، ولا عليه إن هو لم يلتزم بتحويل كل ودائعه الدولارية إلى الجنيه الاسترليني إلى ٥,٥ درهماً وقام بتحويل مبلغ..... دولاراً أمريكياً إلى الجنيه الاسترليني في تاريخ ٩٣/٢/١٠ ولم يتم بتمويل باقي المبلغ، ذلك أن طلبه هذا إنما هو صادر من مدين راهن، وموجه على دائن مرهن، فلا يملك الأول منفرداً ودون موافقة الثاني أن يطلب تحويل عمله الوديعة المرهونة من عملة إلى أخرى، وعلى هذا نصت المادة ١٤٦٧ من قانون المعاملات المدنية فحظرت على الراهن أن يتصرف في المرهون حيازياً إلا بقبول المرهن وإذا كان تحويل العملة يقتضي بيع عملة الوديعة الأساسية وشراء العملة المطلوب التحويل عليها، فإن هذا البيع والشراء يخضع لتقدير الدائن وله أن يرفض هذا الطلب إذ وجد أن من شأنه إضعاف ضمانه، والدائن المرهن في واقعة الدعوى المعروضة بنكاً، يهمه زيادة الضمان بزيادة قيمة الودائع المرهونة وإذ قدر وقت طلب التحويل بخبرته المصرفية المفترضة أن هذا التحويل في غير صالحه فله أن يلتفت عنه، وإذ كان الخبير المنتدب قد قدر الخسارة الناتجة عن عدم التحويل بمبلغ (.....) درهماً فإن تقديره لهذا جاء من الناحية الحسابية فقط ولا تعول عليها المحكمة إزاء انتفاء الخطأ في جانب البنك إزاء ضرورة موافقته على طلب المدين الراهن، وإذ قدر عدم الموافقة فلا تثريب عليه للأسباب المتقدمة ومن ثم يضحى طلب التعويض في غير محله لانتفاء الخطأ في حيق البنك^(١).

(١) حكم محكمة التمييز السابق. أيضاً الطعن تمييز دي رقم ٥٢٦ لسنة ١٩٩٩ حقوق جلسة ١٦ إبريل سنة ٢٠٠٠م.

وقررت أيضاً محكمة تمييز دبي في حكم آخر في نفي الرابطة السببية بأن مسؤولية البنك عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء مباشرة نشاطه إما أن تكون عقدية إذا كان الفعل محل المساءلة إخلالاً بالتزام مشروط عليه في العقد صراحة أو ضمناً أو تجري به العادة المصرفية، وأما أن تكون مسؤولية تقصيرية نتيجة خطأ تجاه العميل وذلك لإخلاله بالتزام العام بالحرص الذي يفرضه القانون بمعناه العام تجاه الكافة، ومن ثم فإنه إذا لم يتفق العميل مع البنك على تقديم النصيحة إليه فإن البنك لا يلتزم بذلك. ويقع على العميل الذي يدعي خطأ البنك بتوافر الغش أو التواطؤ في جانبه عبء إثبات ذلك... إذ لا تثريب على البنك المطعون ضده عدم إحاطته الطاعنة بما قد يكون لديه من معلومات بشأن تعامل سابق للشركة التي تعاقدت معها الطاعنة، والتي قام البنك بفتح الاعتمادات المستندية لها بناء على طلبها، طالما أن الطاعنة لم تتفق مع البنك على أن يمدها بما لديه من معلومات بشأنها، كما خلعت الأوراق مما يفيد غش البنك أو تواطفه مع العميل المستفيد من الاعتمادات المستندية^(١).

ورابطة السببية في المسؤولية - عقدية كانت أم تقصيرية- تقوم على الخطأ المنتج للضرر، وهو ما كانت مساهمته لازمة في إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أسباباً مستقلة متساندة تتوزع المسؤولية عليها جميعاً ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده، ذلك أن القضاء - كما هو الأمر في المحكمة الاتحادية العليا- جرى على أنه مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء إلا إذا كان كافياً لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى.

ولما كان الثابت من تقرير الخبير المصرفي أن المطعون ضده الأول قد أهمل في توفير الحماية اللازمة للشيك موضوع الدعوى حسب الأعراف المصرفية المعمول بها في تصديق الشيكات مما نتج عنه التسبب بخسائر للبنك الطاعن، وأنه يتحمل مسؤولية إهماله... إذ كان عليه عند تقديم طلب تصديق الشيك إما بإصدار شيك مصرفي آخر يتم كتابة بياناته بخط مميز وكبير ويقوم

(١) تمييز دبي في التمييز رقم ٢٠٠١/١٣٢ حقوق جلسة ٢٧/٥/٢٠٠١.

بالتوقيع عليه موظفو المصرف، باعتبار أن المصرف مصدره هو الساحب وليس العميل، مما يصعب معه حدوث أي تلاعب ببيانات الشيك، أو يقوم بالتصديق على ورقة شيك من دفتر شيكات العميل، وذلك بختم شيك العميل بختم بارز يبرز بيان قيمة الشيك ويتم التوقيع عليه من الخلف بواسطة مسؤول البنك بالمصادقة. بحيث يصبح من المستحيل حدوث أي تلاعب أو تزوير لمبلغ الشيك^(١).

وأيضاً تنتفي مسؤولية البنك في حالة إذا ما ثبت الخطأ من العميل أو خطأ قد استغرق خطأ البنك، وهو ما قضت به محكمة تمييز دبي، حيث قررت: "بأن تحمل البنك المسحوب عليه هذه التبعة مشروط بغدم وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه في الصك، وإلا تحمل العميل تبعة خطأه، ويعتبر الساحب مخطئاً -على وجه الخصوص- إذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه العناية الواجبة- ويعتبر تقصيره في ذلك هو السبب المباشر في استيلاء الغير عليه والعبث به - واستخلاص خطأ الساحب في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه وتوافر علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الواقع فعلاً. وتقدير ما إذا كان الخطأ قد استغرق خطأ البنك المسحوب عليه من المسائل الواقعية المتروك تقديرها لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تقديره لها سائغاً ومستمدداً مما له أصله من واقع ومستندات الدعوى- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الشركة الطاعنة متمثلاً في إخلالها بواجب المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليها من البنك المطعون ضده فتمكن مجهول من اختلاسه وتزوير أربعة شيكات منه - وفي عدم مراجعتها كشوف الحساب المتتالية فور تسلمها لها وفي عدم إخطارها البنك المطعون ضده بفقد دفتر الشيكات في وقت مناسب. وكان مما أورده الحكم في هذا الصدد سائغاً وكافياً في بيان ثبوت خطأ تلك الشركة وفي بيان علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الذي وقع وفي أن هذا الخطأ قد استغرق خطأ البنك المطعون ضده- ويتضمن في ذات الوقت الرد الضمني لكل ما تثيره الشركة الطاعنة ولا يعيبه في

(١) المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٢١ القضائية جلسة الثلاثاء الموافق ١٣ فبراير سنة ٢٠٠١ مدني.

استخلاص واجب المحافظة على دفتر الشيكات عدم استعانته بخبير باعتبار استخلاص هذه المسألة من أمور الواقع التي لمحكمة الموضوع الإدلاء برأي فيها واستخلاصها بنفسها دون الاستعانة بخبير^(١).

وبالتالي فإن انعدام رابطة السببية لسبب أجنبي أو لاستغراق خطأ العميل هنا ينفي مسؤولية البنك ولم يكن هو السبب المنتج أو المباشر في هذا الخطأ.

ولا بد من إثبات العميل بوجود علاقة السببية بين الضرر الذي أصابه والخطأ المنسوب إلى البنك لتقوم مسؤولية الأخير.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أ.و. جاسم علي سالم الشامسي

(١) محكمة تمييز دبي في تمييز رقم ١٩٩٩/٢١٢ حقوق جلسة السبت الموافق ١٠/٢/١٩٩٩م.

مسئولية المصرف
عن الأضرار الناشئة عن
استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات
المصرفية؛ بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب
دراسة نقدية في القانونين المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي
د. نوري حمد خاطر - كلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة :

١ - يحيط العمل المصرفي بمخاطر جمة تبدأ من سرية العمل المصرفي وتنتهي بالتزامه في الوفاء بالتزاماته العقدية في موعدها دون تأخير لتعلقها بمصالح المستهلك أو بمصالح تجارية تهم الاقتصاد الوطني ، أي إخلال بها يؤدي المساس بسمعة المصرف وثقة الجمهور به .

وتوسعت المخاطر عندما دخل النظام الرقمي في تنفيذ عمليات المصرف المصرفية ، والذي يقوم على التعامل إلكترونياً بواسطة حاسوب يدار ببرامج تطبيقية معدة بلغة رقمية تفهمها ماكينة الحاسوب، وتنتقل عبر شحنات دقيقة هي الشحنات الإلكترونية بفضل دوائر إلكترونية مربوطة مع بعضها بخطوط تنقل الشحنات تسمى الخطوط الطوبوغرافية للدوائر المتحاملة^(١) .

١ (١) نوري حمد خاطر ، حماية التصميم (الخطوط الطوبوغرافية) للدوائر المتكاملة بقواعد الملكية الفكرية - دراسة مقارنة . أبحاث اليرموك ، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد ١٨ ع ٣/٣ . ٢٠٠٢ ف ٢٠ ، ص ٣ ، ٩٤٠ وما بعدها .

إن استخدام النظام الرقمي وسع من عمليات المصرف وسهل من الاتصال بالعملاء ونقل المعلومات إليهم وتنفيذ العمليات المصرفية المختلفة من أبرزها سحب النقود وتحويلها وإيداعها، وإذا كان النظام الرقمي وفر على المصرف الجهد والوقت في العمل إلا أنه وسع من مسؤوليته في مواجهة الأضرار التي تحصل نتيجة الاستخدام الخاطيء لنظام المعلومات من المصرف أو من العملاء لنقص في المعلومات أو الخبرة لديهم أو نتيجة لتدخل الغير^(١). وكل ذلك له نتائج خطيرة على العميل فقد يتعرض إلى مسائل جزائية أو يعلن إفلاسه إذا توقف المصرف عن دفع مستحققاته المالية أو امتناعه بحجة وجود عطل إلكتروني، مثل فايروس في أجهزة المصارف أو في شبكة الإنترنت أو وقف الأجهزة عن العمل، أو أن برنامج الحاسوب المعد لهذا الغرض غير معد جيداً لاستقبال طلبات العملاء. وقد يتعرض العميل إلى مسائل جزائية أو مدنية في مواجهة الغير الذي لم يحصل على مستحققاته من مصرف العميل الذي أحيل إليه بموجب شيك إلكتروني أو بموجب حوالة مصرفية أو كميالية أو بموجب اعتماد مستندي. وقد يتعرض العميل إلى كشف حسابه نتيجة لدخول الغير (قراصنة Hackars) وتحويل مبالغ أو استخدام بطاقة مزورة أو مسروقة للسحب من حسابه، وقد يتعرض إلى الاطلاع على أسرار المصرفية أيضاً .

لقد أعطانا النظام الرقمي خيالاً واسعاً في تحديد المخاطر التي يتعرض لها العميل في تعامله مع المصرف، فكيف يمكن معالجتها، يتحدث الكثير عن نجاعة وفعالية الوسائل الفنية للحماية، ولكن مهما كانت هذه الوسائل فعالة لا تمنع من وقوع المصرف في أخطاء فنية لا تمنع الغير من الدخول إلى حسابات المصرف ودون إذن، فلا بد من تدخل القانون لحل هذه المخاطر وحماية العملاء في مواجهتها ، لهذا يجب تحديد جهة مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالعميل وإلا ذهبت حقوق

(١) راجع في مزايا ومضار الإنترنت والحاسوب ، جاسم علي سالم الشامسي، المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية ، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت في ٢٠٠٠/٥/٢، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ١ وما بعدها .

العميل سدى تحت عنوان السبب الأجنبي . فهل يمكن تحميل المصرف كامل المسؤولية عن أي ضرر يخلق بالعميل نتيجة لاستخدام النظام الرقمي أم يتحمل العميل بعض العبء من المسؤولية ؟

٢ - يذهب الاتجاه العام إلى مسائلة المصرف عن الأضرار على أساس عقدي لأن العمليات المصرفية هي عقود أي إخلال بما تنشأ مسؤولية عقدية، إلا إذا كان الضرر ناشئ عن خطأ جسيم أو غش فتصار المسؤولية غير عقدية . ولكن هل المسؤولية غير العقدية توفر الحماية الكافية للعميل ضد الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي، وهل تغطي المسؤولية عن فعل الشيء ؟ ستكون الإجابة حتما بالنفي لأن المسؤولية غير العقدية قد لا تلي هي بدورها الحماية الناجمة بسبب صعوبة تحقق شروطها في ظل استخدام النظام الرقمي ، قد تكون نظرية فعل المباشرة والتسبب في قانون المعاملات المدنية الإماراتي القاعدة القانونية الأكثر فعالية في ضمان الأضرار الناجمة عن استخدام النظام الرقمي في العمليات المصرفية، ولكن القضية تحتاج إلى نقاش وبرهان. وهذا ما سنحاول إثباته في بحثين؛ نتحدث في الأول عن فاعلية المسؤولية العقدية في حماية العميل ضد الأضرار الناجمة عن استخدام النظام الرقمي، ونخصص الثاني لدراسة مسؤولية المصرف غير العقدية بين المسؤولية الموضوعية وفعل المباشرة والتسبب. مع الإشارة إلى أن دراستنا هي دراسة نقدية تحليلية لبيان مدى ملائمة قواعد المسؤولية المدنية ونظرية فعل المباشرة والتسبب في ضمان حقوق العميل في مواجهة المصرف، دون الدخول في تفاصيل أحكام المسؤولية أو أحكام فعل المباشرة والتسبب.

المبحث الأول

تحديد مسؤولية المصرف العقدية

٣ - لا شك أن العميل يتعامل مع المصرف بموجب عقود مصرفية ، مثل الحساب الجاري أو وديعة نقود أو اعتماد مالي أو غيرها، إن أي إخلال بها يؤدي إلى مسؤولية عقدية . ولهذا المسؤولية شروط تقوم على وجود علاقة عقدية وإخلال المصرف بالتزاماته المحددة في العقد، وأن يلحق بالعميل ضرر متوقع عند التعاقد، أما إذا كان الضرر غير متوقع عند التعاقد، ينشأ من غش أو خطأ جسيم، يسأل المصرف على أساس المسؤولية غير العقدية^(١).

ولكن هل قواعد المسؤولية العقدية تحقق ضمان ضرر العميل الناشئ عن استخدام النظام الرقمي . وهل يمكن مساءلة المصرف عن فعل الشيء أو الإخلال في الالتزام بالسلامة على أساس المسؤولية العقدية ؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، نخصص الأول لدراسة مسؤولية المصرف العقدية على أساس فعل الشيء ، وندرس في الثاني مسؤولية المصرف على أساس الإخلال بالتزام السلامة، ويكون المطلب الثالث تقدير المسؤولية العقدية في ضمان حقوق العميل .

(١) L.Leturmy, la responsabilité du contrat. RTD. Civ. Oct déc. 1998, p.839

وراجع باللغة العربية ، عدنان سرحان ونوري خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (التزامات) - دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ف ٣٥٥ ، ص ٣١٤ .

المطلب الأول

مسؤولية المصرف العقدية عن فعل الشيء

٤ - لا يسأل الشخص عن فعل الشيء في القواعد العامة للمسؤولية غير العقدية (الفعل الضار) إلا إذا وقع الضرر بفعل الشيء وهو تحت حراسة مالكة أو من يقوم مقامه . ولا تقوم مسؤولية الأخير إلى إذا قصر في واجب الحراسة ، فقد نصت المادة (٣٠٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأن " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه . وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة " .

واختلف الفقه في تكييف أساس مسؤولية الحارس هل هي قائمة على فكرة الخطأ الثابت المتمثلة بوجود تقصير فعلي من حارس الشيء . وذهب بعضهم الآخر ، إلى أن أساس المسؤولية الخطأ المفترض الذي لا يجوز دفعه إلا بثبوت السبب الأجنبي^(١) . وذهب آخرون إلى فكرة تحمل المخاطرة أي تحمل تبعه الشيء الذي تحت الحراسة مهما كانت سبب الضرر^(٢) .

(١) راجع في تفاصيل النظريات ، عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الشيء ، منشورات عويدات ، بيروت - باريس ، ط ٣ ، ١٧٧ وما بعدها .

(٢) راجع محمد المرسي زهرة ، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الفعل الضار والفعل النافع ، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ف ٢٤٤ و ص ٤٤٢ وما بعدها . وراجع أيضاً ، حازم نعيم الصمادي ، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية ، رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٤ وما بعدها .

٥ - ولكن مهما كان أساس المسؤولية ، هل تسري هذه القواعد على المسؤولية العقدية ، ويُسأل الحارس على أساس عقدي ، الجواب بالتأكيد هو النفي ، لأن التعاقد لا يسأل إلا على أساس عقدي وإذا وقع فعل الضرر بفعل الشيء محل العقد سأل على أساس المسؤولية غير العقدية لأن الضرر غير ناتج عن إخلال بالتزام عقدي بل عن فعل شيء يخلق ضرراً بالدائن أو بالغير ولا يؤثر وصف مركز المتضرر في تحديد طبيعة المسؤولية^(١) . غير أن جانباً من الفقه يصر على أن مسؤولية المصرف عقدية حتى لو وقع الضرر من الوسائل المستخدمة في تنفيذ الالتزام العقدي والتي تحت حراسة المدين ، على الرغم من أنها لا تدخل في الالتزام ذاته. فإذا حصل ضرر للعميل بفعلها عند تنفيذ الالتزام فإن مسؤولية المصرف هي عقدية عن فعل الشيء باعتبار أن المدين (المصرف) أحل بالتزام عقدي لتنفيذه الالتزام تنفيذاً معيماً ، وعليه يسأل عن تعويض الضرر على أساس عقدي . فإذا لم تسلم الماكينة النقود إلى العميل باستخدام بطاقة الائتمان، على الرغم من صلاحيتها ووجود رصيد ضامن للساحب، وتم خصم المبلغ من الرصيد، يسأل المصرف عن الضرر لعدم تنفيذ التزامه أو أنه نفذته تنفيذاً خاطئاً^(٢) . وإذا كشف الإنترنت حساب العميل للغير فهذا إخلال بالتزام المصرف بالسرية، وإذا تمكن الغير من الدخول إلى حساب العميل وخصم

(١) راجع في مسؤولية المصرف عن بطاقة الائتمان ، فياض القضاة ، مسؤولية البنك الناجمة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، القانون والكمبيوتر والإنترنت ، مؤتمر كلية الشريعة والقانون في ٢٠٠١/٥/٢ جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ١٩ ، وما بعدها .

(٢) نشر إلى أن قانون الموجبات والعقود اللبناني ، أقام المسؤولية عن فعل الشيء في نطاق العقد على أساس غير عقدي ، راجع المواد (١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣٣) وراجع في تفاصيل ذلك ، حازم الصمادي المرجع السابق ، ص

مبالغ منه فهذا إخلال المصرف في المحافظة على الأموال المودعة لديه بموجب عقد وديعة النقود مثلاً، والاحتمالات كثيرة لا تحصى ولا تعد^(١).

ولكن هل يستطيع العميل أن يثبت مسؤولية المصرف إذا قلنا أن المسؤولية العقدية قائمة على خطأ ثابت^(٢)؟ سيكون الإثبات صعباً بالتأكيد، لأنه إذا وقع الضرر نتيجة لفعل في الشبكة العالمية للإنترنت أو نتيجة لخلل في النظام الرقمي للحاسوب الذي يعود إلى خطأ المرمج أو حصل الضرر نتيجة لانقطاع التيار الكهربائي أو ارتفاع درجة الحرارة، يستطيع المصرف أن يدفع المسؤولية بسهولة بحجة السبب الأجنبي ولا يوجد خطأ ثابت من جهته وأنه لم يصدر منه أي إخلال وكان حسن النية ومستعداً لتنفيذ التزامه^(٣).

٦ - حاول أنصار المسؤولية العقدية توسيع نطاقها بحيث تقوم على أساس موضوعي وبها يتحمل المصرف المسؤولية على أساس تحمل المخاطر أو ما يسمى بتحمل التبعة^(٤). ولكن هذا خروج واضح عن قواعد المسؤولية العقدية التي وجدت لتغطية الأخطاء العقدية وتحديد الإخلال بالتزام عقدي، فإذا لا يوجد إخلال أصلاً ومع ذلك تضرر الدائن كيف يمكن أن

(١) راجع في هذه الأمثلة وغيرها، حسام الدين الأهواني، حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الإلكترونية، المنشور في الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ط ١٩٩٩، ص ٥٠ - ٦٠. وراجع أيضاً حازم الصمادي، ص ٢ وما بعدها، وراجع فياض القضاة، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) يذهب الأستاذ الأهواني إلى أن مسؤولية المصرف عن الأخطاء الإلكترونية هي مسؤولية عقدية ناشئة عن أخطاء ثابتة. راجع حسام الأهواني، حماية أنشطة البنوك، المرجع السابق، ص ٦٠ و ص ٢٠، ص ٦٤.

(٣) راجع نقد فكرة المسؤولية العقدية في نظام الأعمال المصرفية الإلكترونية، الهادي شايب عنيو، خطأ المعلومات في إدارة حاسبات عملاء المصارف، المنشور في الجوانب الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٩، ص ٢٥٤.

(٤) راجع حازم الصمادي، ص ١٠٣ وما بعدها.

يسأل المدين عن ضرر لم يرتكبه هو . وإذا أردنا أن نفسر حقيقة هذا الاتجاه فهو يدعو إلى التوحيد بين المسئوليتين العقدية وغير العقدية، وهذا المبدأ لا زال متعثراً، إذ لا زال القضاء الفرنسي يرفض مطلقاً فكرة الدمج بحجة أن المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي واضحة في عدم مسائلة المتعاقد إلا عن الإخلال بالتزامه الناشئ عن العقد الذي يؤدي إلى ضرر بالدائن متوقع عند التعاقد^(١) . في حين الأضرار التي تلحق بالعميل في الأمثلة أعلاه هي في جلها أضرار غير متوقعة عند التعاقد .

وإذا كان الأمر مازال غامضاً في القانون الفرنسي ، فهو كذلك في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي لم ينظم قواعد المسؤولية العقدية في نصوص مستقلة بل أشار إليها في نصوص متفرقة^(٢) . وعليه لا يمكن توسيع مفهوم الإخلال بالالتزام العقدي ليشمل عناصر لم يلتزم بها المصرف في العقد الذي هو مصدر التزامات الطرفين في العمليات المصرفية، إلا إذا افترضنا أن المصرف ملتزم بأمن وسلامة العميل من الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي ، وهذا ما سنراه في الآتي :

(١) F.Leduc, la spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses, D. 1996, 19, chr. №3, p. 165.

(٢) راجع عن المسؤولية العقدية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة وسلسلة (٤٠) ، ط ٢ ، ٢٠٠٠ ، ف ٨٦ ص ٢٤٥ وما بعدها .

المطلب الثاني

إقامة مسؤولية المصرف العقدية

على أساس الإخلال بالتزام السلامة

Obligation de sécurité

٧ - يعرف الالتزام بالسلامة بأنه التزام يحرص به المدين على تنفيذ العقد دون أن يلحق ضرراً بشخص الدائن، فرب العمل ملزم في عقد العمل بسلامة العمال ضد مخاطر العمل^(١)، والناقل ملتزم بالمحافظة على سلامة الركاب والبضائع عند تنفيذ عقد النقل^(٢). لقد نشأ هذا الالتزام بمناسبة عقد النقل، إذ يترتب على الناقل التزامه بالمحافظة على سلامة الركاب أو الأشياء التي يتولى نقلها، فأى ضرر يلحق بهما يسأل عن التعويض إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وكان التزامه بداية بعناية ثم تطور ليصبح التزاماً بغاية. غير أن هذا التزام بدأ يعترف فيه في العقود الأخرى، إذ طبق في عقود العلاج لطبي وفي عقد البيع لضمان سلامة المبيع ضد الأضرار التي

(١) عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠٠٠، ف ٣٥٧، ص ٣١٤ وما بعدها. وراجع أيضاً نزيه محمد الصادق المهدي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها. وراجع أيضاً، محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، مطبعة الاتحاد، دمشق ١٩٨٥، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) راجع: في نشوء الالتزام بالسلامة

Ph. Remy La responsabilité contractuelle histoire d'un Faux concept, RTD. civ. avr. juin 1997 N° 17, 18, p. 3373.

L. Leturmy, La responsabilité délictuelle du contractant, RTD civ. (4) oct- déc. 1998, p. 855 et p. 557. , Mascada, accidente de gare, la déraillement de l'obligation de sécurité D. 19991, P. 80.

يسببها للمشتري أو الغير، فهل يمكن إسناد مسؤولية المصرف العقدية إلى الإخلال بالتزام السلامة؟

أشرنا سابقاً أن الضرر يمكن أن يقع بفعل الشيء ، وتقام المسؤولية غير العقدية على حارسه دون اعتبار لمركز المتضرر سواء كان متعاقداً أم من الغير ^(١) . إلا أن الأشياء المستخدمة في تنفيذ عقد ما ، وكما هو الحال في العمليات المصرفية ، هي ليست محل التزام بل وسائل في تنفيذه فهل يمكن أن نسأل المصرف عن الإخلال بالسلامة ؟ إذا قسنا حالة المصرف على عقد النقل الذي يلتزم به الناقل إضافة إلى نقل المسافر أو البضائع أن يحافظ على سلامتهم فأى إخلال به يؤدي إلى مسؤوليته العقدية ^(٢) . ولكن القياس لا يتحقق دائماً إذ دققنا في مسؤولية المصرف الذي لا يملك سلطة التحكم والسيطرة الفعلية على النظام الرقمي ، فهناك جهات عدة تشرف عليه، فشبكة الإنترنت تدار من جهة غير المصرف ، وحتى أجهزة المصرف ذاتها تقع في حقيقتها تحت سيطرة شركة البرمجيات التي تصمم برامج تطبيقية للمصرف لكي يتمكن من إدارة أعماله المصرفية، فإذا حصل الضرر للعميل نتيجة لعب في النظام الرقمي ذاته أو لخطأ العامل في المصرف في إدخال المعلومات كيف يمكن مساءلة المصرف عن إخلال بالتزام بالسلامة .

وإذا افترضنا وجود الالتزام بالسلامة من جهة المصرف فما هو مصدره العقد أم القانون ؟ يجد الفقه بأن مصدره هو قواعد حسن في تنفيذ العقود ^(٣) المنصوص عليها في القانون المدني في

(١) راجع سابقاً ، ف ٦ ، ص ٤ .

(٢) راجع :

F.Leduc, le spéci ficité de la responsabilité contractuelle du fait des choses . D. 19996, chr. № 6, p. 1666.

(٣) راجع محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الحديثة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٣ ، وراجع باللغة الفرنسية :

F.Leduc, op. cit, № 6, p. 66.

نظرية العقد، فقد نصت المادة (١/٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه " ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف " (١) .

٨ - أن هذا افتراض لا طائل تحته لأنه لا يمكن افتراض التزام المصرف بالسلامة ما لم يعبر عن إرادته بذلك صراحة أو ضمناً في العقد (٢) ، ولا يوجد نص في نماذج العقود المصرفية المعدة من المصرف تشير إلى تحمل المصرف مخاطر النظام الرقمي ، فكيف يمكن افتراض الالتزام بالسلامة في العقد ! ومن غير الممكن الاستناد إلى قواعد حسن النية في تنفيذ العقود، لأن الهدف منها ليس استحداث التزام في ذمة المتعاقد بل هدفها هو تفسير إرادة المتعاقدين بطريقة تتفق مع مبادئ العدالة وحسن النية . وهذا ما أكده القضاء الإماراتي، إذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن " ... لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى مقصود المتعاقدين مستهدية في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر وكانت الأسباب التي أوردتها معاً شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي وصلت إليها ... " (٣)

(١) راجع ما يقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادتين (١١٣٥ - ١١٣٤) .

(٢) راجع عن افتراض الالتزام بالسلامة :

P.Jourdain note D 1995, 353 et ss.

(٣) وقد تمسك القضاء الفرنسي في هذا التفسير في الكثير من قراراته :

Cass. com. 2 déc . 1947, Gaz- pal, 1948, 136.

Cass. 1 civ 15 mars, 1988. Bull.civ. 1, № 80, p. 5.

Cass.civ. 8 Fav. 1989, jcp. 89, 17,cité

وقد حاول القضاء الفرنسي أن يعطي لقواعد حسن النية في تنفيذ العقود بعداً أكثر من معناها عندما استند إليها في افتراض الالتزام بالسلامة، ولكن على استحياء إذ ربطه مع التزام آخر^(١). ومع ذلك لاقى هذا الموقف نقداً لاذعاً من الفقه الفرنسي، وكان أهمه منصباً على أن القضاء الفرنسي يريد إدخال الخطأ التقصيري في دائرة العقد حرصاً منه في المحافظة على مبدأ الفصل بين المسؤولية العقدية وغير العقدية، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن مسؤولية المدرسة عن الإضرار التي لحقت بأحد التلاميذ نتيجة لاستخدامه دولاب أطفال مصنوع من البلاستيك، هي مسؤولية عقدية ناشئة عن إخلالها بالالتزام بالسلامة أما مسؤولية تجهز الدولاب ومصنعه هي مسؤولية غير عقدية^(٢). فهنا القضاء الفرنسي افترض وجود الالتزام بالسلامة أولاً وحرص على مسائل المدرسة عقدياً ثانياً، في حين العيب كان في ذات الشيء^(٣). إذا أردنا الإقرار بوجود الالتزام بالسلامة في العمليات المصرفية الإلكترونية فليس مصدره إلا القانون الذي يمنع كل أضرار

par A. Lucas: code civil. Litec, 1995,p.581- 582, Cass. com. 8 oct. 1991 JCP. 92,ed.G,11,285, note Le Veneur.

وراجع عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ٣٩٠ وما بعدها.

Ph. Remy. Op. civ, № 21, p. 339 . (١) راجع في ذلك

(٢) راجع أيضاً:

P.Jourdain , note ، Dalloz, 1995 p- 353.

ويذهب الفقيه أعلاه أن الالتزام بالسلامة هو واجب عام يتجاوز نطاق المسؤولية العقدية، وأصبح الإخلال به ذات طبيعة تقصيرية، والاتحاد الأوربي اعترف بذلك في نطاق المسؤولية عن الأشياء الخطرة .

F.Grua, la responsabilité civile de celui : qui fournit le moyen de causer un dommage RTD, civ, 1994, № 7, p. 3.

Cass.civ. 17 janv. 1995, D.1995,D.1995,notes Jourdain. (3)

بالغير،^(١) ولكن لماذا نلجأ إلى افتراضات قانونية غير موجود في حقيقة الأمر في حين هناك حلول أخرى أفضل وأنسب من الإقرار بمبدأ الالتزام بالسلامة في العقد !

المطلب الثاني

تقدير مسؤولية المصرف العقدية

٩ - لا تقوم المسؤولية العقدية إلا على أساس إخلال بالالتزام عقدي ، ولاشك أن المصرف قد يخل بالتزاماته العقدية من خلال التعامل بالنظام الرقمي، فقد يدخل عن طريق العاملين لديه معلومات غير دقيقة أو أنه يمكن الغير من الاطلاع على حسابات عملائه أو قد يتأخر في تشغيل أجهزته الإلكترونية ويسبب ذلك خسائر جسيمة للعملاء^(٢) ، وقد يخصم المصرف من حسابات عملائه مبالغاً دون موافقتهم ، هذه الأفعال كلها أمور متوقعة أثناء التعاقد ، فإذا لحق ضرر بالعملاء على المصرف مسؤولية عقدية إلا إذا كان فعله جسيماً أو ناجم عن غش كان الضرر غير متوقع وتصبح مسؤوليته غير عقدية^(٣) . ولكن الذي يثير الشك في مسألة المصرف على أساس عقدي هو حالة العيب في النظام الرقمي ذاته ويؤدي إلى ضرر للعملاء دون تدخل مباشر من المصرف لانه نجم عن تعقيدات فنية مثل الخطأ في تصميم البرامج أو خطأ في تركيب النظام في المصرف ، وقد يقع الضرر نتيجة لخلل بشبكة الإنترنت أو بفعل الغير مثل القرصنة

(١) راجع مثلاً المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

(٢) راجع في استعراض المشاكل الإلكترونية لدى المصرف محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ وما بعدها .

(٣) راجع ، نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، دراسة نظرية مقارنة ، مجلة المنارة، جامعة آل البيت ، المجلد السابع ، شرين أول ، ٢٠٠١ ، ف ٥٠ ، ص ٤٧ وما بعدها؛ وراجع عن شرط الإخلال بالالتزام عقدي والخطأ الجسيم .

L.Leturmy, op. cit , p. 839 et p. 848.

(Hachers) الذين يدخلون إلى حسابات العملاء في المصارف من طريق النظام الرقمي ويسحبون ما يشاءون من مبالغ أو يدخلون فيروساً يؤدي إلى عطل الأجهزة أو تعمل بصورة غير سليمة وتعطي معلومات غير صحيحة أو يؤدي الفايروس إلى شطب المعلومات كلها وتوقف التعاملات المصرفية فتقع أضرار جسيمة بحق العملاء .

إذا استندنا إلى قواعد المسؤولية العقدية للحديث عن مسؤولية المصرف سوف يدفع بعدم مسؤوليته بحجة السبب الأجنبي ؛ إذ لم يتدخل هو سلباً أو إيجاباً في إلحاق الضرر بحق عملائه . وإذا رجعنا إلى فكرة الالتزام بعناية فسوف يتمكن المصرف ويسهوله أن يثبت أنه بذل أقصى ما يمكن ولم يتمكن من وقوع الضرر ^(١) ، وقد يثبت حسن نيته بأنه أبلغ العملاء بوجود خلل في النظام الرقمي قبل تعاملهم ، ولكن إذا وقعت الأضرار مع ذلك من يحميها. وفي هذا السياق رفض القضاء الفرنسي مسائلة المصرف عن سحب مبلغ من حساب العميل والبالغ (٩٦٠٠) فرنكاً ، إذ حصل أن سرقت محفظة العميل مع بطاقة الائتمان والرقم السري وتمكن السارق من سحب المبلغ أعلاه، وقد اتصلت العميلة بشركة بطاقة الائتمان ولم تتمكن من إعطاء رقم البطاقة الصحيح، وحاولت الاتصال بالمصرف إلا أنه كان مغلقاً ، ولم تفلح بإبلاغه إلا بعد يومين من

(١) راجع في التمييز بين الالتزام بعناية والالتزام بغاية

H.Mazeaud, Essai. de classification des obligations, RTD.civ, 1936.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إن عدم مسائلة الطبيب بحجة التزامه بالعناية المطلوبة، إذ ذهبت محكمة استئناف باريس في قرار خطير إلى عدم مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي لحق بالمرضى نتيجة إصابته بمرض المناعة المكتسبة (الإيدز) بسبب نقل الدم، على اعتبار أن الطبيب بذل العناية المطلوبة في الكشف عن تلوث الدم ولم يتوصل إلى نتيجة سلبية

CA. 28 nov. 1999 D. 1992 , 85 note Dorsne- Dolivet.

L.Leturmy, op. cit, p. 855. وراجع في نفقد موقف القضاء في مسائلة الطبيب

السرقه، وحتى لو تمكنت الطاعنة من إخباره تلفونياً لا يجنبها الخسارة ما لم تبلغه خطياً حسب شروط عقد بطاقة الائتمان المبرمة بينهما ، ولم يعتبر القضاء الفرنسي إن هذا الشرط تعسفي بل حمل العميل مسؤولية الخسارة (1) .

وعليه فإن الاعتراف بالمسؤولية العقدية سوف يرفع المسؤولية عن المصرف في أغلب حالات الأخطاء الإلكترونية الناجمة عن استخدام النظام الرقمي، ويتحمل العميل وحده عبء الضرر ، وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهذا سياق سار عليه القضاء الفرنسي على ما يبدو في نطاق المعاملات المصرفية الإلكترونية ، إذ رفض القضاء مسائلته المصرف في الإخلال بالتزام عقدي بحجة أن المصرف بذل العناية المطلوبة ، ورفضت محكمة النقض أيضاً تحميل المصرف مسؤولية خسارة العميل لدخول الغير على بطاقة الأخرى وتمكنه من سحب مبالغ، إذ بذل المصرف في ذلك العناية المطلوبة (2) .

١٠ - ونحن لا نجد مبرراً مقنعاً لتمسك القضاء الفرنسي بالمسؤولية العقدية لمسائلة المصرف ، فإذا كان هدفه الفصل بين المسؤولية العقدية وغير العقدية فهذا مبرر غير مقبول أمام الخسائر التي تلحق بالعملاء نتيجة استخدام النظام الرقمي، ودفع المصرف بعدم إخلاله بأي التزام عقدي. والحل المناسب هو في تناول يد القضاء، فالمسؤولية عن فعل الشيء في نطاق المسؤولية

(1) Cass. com. 1 mars 1994, D. 1995, note F. Ekollo.

(2) Cass. com, 8 oct 1991 , Jcp. 92, 11, 2179, cite par A.Lucas, op. cit,p. 59.

وراجع في نقد الالتزام بعناية :

Ph. Remy,op. cit, № 16, p.336, etss.

F. EKOLLO, note, ، ويذهب Ekollo إلى أن تطبيق الالتزام بعناية يلحق خسارة جسيمة للعميل ، D. 1995, p. 168 .

غير العقدية سند قانوني مناسب لمسائلة المصرف إذا اعتبرنا أن الضرر الحاصل بفعل الشيء واحد سواء أكان في نطاق المسؤولية العقدية أم في نطاق المسؤولية غير العقدية^(١).

وإذا كان الجدل في القانون المدني الفرنسي بسبب الخلاف في تفسير المادة (١١٤٧) التي ترفض الدمج بين المسؤوليتين، إذ تنص على أنه " يلزم المدين بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه أو الناشئ عن تأخره في تنفيذه إلا إذا كان عدم التنفيذ ناشئ عن سبب أحسن ولم يكن المدين سيئ النية ". فلا نعتقد أن المشكلة موجودة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لأن هذا القانون لم ينظم قواعد المسؤولية العقدية بشروط مستقلة، ولم يتدخل في تنظيم قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الشيء بل اقتصرها على المسؤولية غير العقدية . أما الحرص على عدم الدمج بين المسؤوليتين فهو افتراضي جدلي لا معنى له في نظر الفقيه (Carbonnier) إذ يقول إن المسؤولية العقدية هي صورة مصغرة للمسؤولية غير العقدية ، والتعويض الذي يلتزم به المدين بدين عقدي هو ليست تنفيذاً لالتزام مصدره العقد، كما يرى^(٢) (Jossran) في معرض تفسيره للمادة (١١٤٧) ، بل هو فعل غير مشروع سبب ضرراً للمتعاقد الآخر^(٣).

(١) راجع في نقد ذلك : Ph Remy, op. cit, 24. p. 342 .

(٢) راجع : Jossrand, cour de droit civil positif français, 1930, 11, N°3, p25.N°P.58 ets. cité par ph. Remy, op. cit,

وراجع أيضاً :

L.Leturmy, op. cit, p 848.

(٣) ويضيف الفقيه Carbonnier أن المسؤولية العقدية تعيش على فئات المسؤولية غير العقدية .

راجع : J.Carbonnier. les obligotions,. Civil. 4. puf. ed. P.222 N° 154L.Leturmy. op. cit, p. 839, et p. 869.

نخلص من ذلك إلى أن ترك المصرف يحتمي بقواعد المسؤولية العقدية بحجة أنه لم يرتكب أي إخلال في التزاماته العقدية ، في ظل الأضرار الناتجة عن استخدام النظام الرقمي^(١) ، سوف يتحمل العميل أضراراً لم يكن سبباً في حصولها في حين قواعد المسؤولية غير العقدية تبيح لنا الإمكانية في مسائلة المصرف بشرط إثبات الحجة الكافية في مسائلته المصرف في ظلها^(٢) .

المبحث الثاني

مسؤولية المصرف غير العقدية

بين المسؤولية الموضوعية وفعل المباشرة والتسبب

١١ - ذكرنا سابقاً أن المسؤولية العقدية لا تقوم ما لم يكن هناك إخلال بالتزام عقدي، وهو متعذر حصوله في حالة تضرر العميل بسبب استخدام النظام الرقمي^(٣) . لهذا لا بد من

(١) يذهب الأستاذ حسام الدين الأهواني إلى أن المصرف يستطيع " ... أن يتخلص من المسؤولية طبقاً لقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي وإذا كان الضرر راجعاً إلى خلل أصاب الحاسب الإلكتروني بسبب فعل من أفعال الطبيعة مثل الحرارة الشديدة أو الأتربة أو الحريق والعطل المفاجئ لأجهزة التكييف أو للدوائر الكهربائية ، كل ذلك أسباب كافية لدفع مسؤولية المصرف للسبب الأجنبي ، حسام الدين الأهواني ، حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الإلكترونية ، المرجع السابق ، ف ٢٤ ، ص ٦٥ .

(٢) يذهب الفقيه Jourdain ، في معرض حديثه عن المسؤولية بفعل الشيء، أن تشبيه الخطأ التقصيري بالعيب في الشيء ، يعني جواز مسائلة البائع المهني دون وجود خطأ ، إضافة إلى المصنع المنتج .

P Jourdain , op. cit, p. 353 .

(٣) راجع سابقاً ، ف ٥ ، ص ١٦ ، ويرى الأستاذ الأهواني أن مسؤولية المصرف هي مسؤولية عقدية عن خطأ ثابت، راجع حسام الدين الأهواني ، حماية أنشطة البنوك عن مخاطر استخدام الحاسبات الإلكترونية ، مرجع سابق ، ف ٢٢ ، ف ٢٣ ص ٦٤ - ٦٥ .

تفعيل المسؤولية غير العقدية لضمان حقوق العميل ضد الأضرار الناجمة عن استخدام النظام الرقمي. لكن هل نبحث عن خطأ المصرف في حراسة النظام الرقمي (الشيء) أم نبحث عن الضرر على أساس فعل المباشرة والتسبب؟ يذهب الاتجاه العام في القانون الوضعي إلى إقامة مسؤولية حارس الشيء على أساس موضوعي، ويشارك في ذلك تجاه آخر يصير على التوحيد بين المسؤولية الموضوعية في القانون الوضعي وفعل المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الأردني رقم (٤٣) ١٩٧٩، اللذان اعتمدا فكرة المباشرة والتسبب في حين أن المفهومين متعارضان تماماً، وهذا ما سنحاول بيانه، إذ نبحث في مطلب أول إثبات عجز المسؤولية الموضوعية في تغطية المسؤولية عن فعل الشيء، وتعرض في مطلب ثان إلى عدم جدوى الدمج بين المسؤولية الموضوعية ونظرية فعل المباشرة والتسبب، أما في المطلب الثالث والأخير فسوف نحاول إقامة مسؤولية المصرف عن استخدام النظام الرقمي على أساس فعل المباشرة والتسبب.

المطلب الرابع

مسؤولية المصرف على أساس موضوعي

١٢ - يحاول المشرع والقضاء والفقه الفرنسي أن يخففوا من غلواء شرط الخطأ في المسؤولية العقدية الذي اشترطه قانون نابليون (القانون المدني) في المواد (١٣٨٢ - ١٣٨٦) وحالوا إيجاد تخريجات كثيرة لمسائلة الفاعل عن الضرر الناشئ بفعله أو بفعل تابعه أو بفعل الشيء الذي تحت حراسته بعيداً عن شرط الخطأ. ولم نجد في هذه المحاولات جدوى كون فكرة الخطأ لازالت تبسط بظلالها على المسؤولية المدنية.

الفرع الأول

عرض فكرة المسؤولية الموضوعية

١٣ - تقوم فكرة المسؤولية الموضوعية ، في نظرنا ، على مبدأ أساسي هو نقل عبء الإثبات من المضرور إلى الفاعل، إذ يسأل الأخير دائماً ما لم يثبت السبب الأجنبي. وفي هذا السياق ذهب الأخوة (Mazeud) إلى تعريف الخطأ بأنه انحراف في السلوك لا يأتيه الرجل المعتاد، فإذا تمكن الفاعل من إثبات أن سلوكه كان معتاداً سقطت عنه المسؤولية^(١) . ويستطيع الفاعل من مهنيين وشركات عاملة في النظام الرقمي أن يتنصل من المسؤولية بحجة أنه بذل كل ما بوسعه لتجنب الضرر دون جدوى . ويمكن سحب المثال على المصرف، إذ يستطيع أن يثبت أنه اتبع كل الإجراءات المهنية المعروفة لدى أهل الخبرة في إدارة النظام الرقمي ومع ذلك وقع الضرر^(٢) .

أمام هذه الحجج ظهرت بوادر جديدة توسع فكرة الخطأ عن طريق افتراضها أو بعبارة أخرى إقامة المسؤولية على أساس الضرر، بحيث يفترض أن الفاعل مسؤول مادام لم يثبت وجود السبب الأجنبي^(٣) . ولاقى هذا الاتجاه مجالا رحباً في القضاء الفرنسي إلا أنه بقي متردداً في

(١) راجع في تعريف Mazeud للخطأ :

Y.Lambert - Faivre, L'evolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une créance c d'indemnisation, RTD, 1997 , p. 1 ets .

وراجع أيضاً :

H.Mazeud, La Faute objective et la responsabilité sans Faute, D.1995,p.13.

وراجع باللغة العربية ، عدنان سرحان ونوري خاطر، المرجع السابق . ف ٤١٨ ، ص ٣١٣ .

(٢) راجع في علاقة المسؤولية الموضوعية بالنظام الرقمي ، نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق، ص ٢٠ .

(٣) كان وراء هذا الاتجاه الأستاذة (Viney) في رسالتها الشهيرة :

مسائلة الصغير غير المدرك لأفعاله لأن القانون الفرنسي يشترط الإدراك لمسائلة الفاعل إلى أن صدر قانون رقم (٤٨٩ - ٢) لسنة ١٩٧٧ واستبعد شرط الإدراك على استحياء ، إذ نص على أن " من أحدث ضرراً للغير في الوقت الذي كان فيه تحت تأثير اختلال عقلي يكون ملزماً كغيره بالتعويض " . وبقي القضاء الفرنسي صامتاً إلى عام ١٩٨٤ عندما اعترفت محكمة النقض بمبئتها العام مسؤولية الصغير غير المميز عن الضرر الذي سببه لصغير آخر في المدرسة إلا أنها أضافت شرطاً منحت بموجبه لمحكمة الموضوع الحق بالتحقق إذا كان الصغير غير قادر على تمييز نتائج أفعاله ^(١) ، مما يوحي أن المحكمة الفرنسية العليا لازالت مترددة في مسائلة الصغير عن الضرر ^(٢) .

Le déclin de la responsabilité individuelle these, Paris,1964.

Cass. Ass.Plein.8 mai 1984,P.525, note Chabas, RTD, Civ. ^(١)

1984,p-508, obs. Jordain.

وراجع بنفس الاتجاه قرار نقض لاحق

Cass. Civ.14. déc. 1984, RTD, civ. 1986, obs. Jourdain,

وراجع في التعليق على القرار

G.Viney, la reparation des dommages causés sous l'empir d' état d'inconsience, un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, JCP 1985, 1, 3189.

وراجع باللغة العربية ، سرحان وخاطر المرجع السابق ، ف ٤١٤ ، ص ٣٧٠ .

^(٢) نشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية تراجعت عن موقفها أعلاه ضمناً عندما اعترفت بالمسؤولية الأصلية

لمتولي الرقابة ، راجع قرارها

Cass. Civ, ch. JCP. éd G, 1997, 11, № 2284 , 8, D1997, obs Jourdain.

وراجع في تفاصيل ذلك أيضاً:

F. Alt. Maes, La Garde , Fondement de la responsabilité du fait du mineur, JCP, éd G, Chr. № 30. 22 juill. 1998, p. 1367.

وتوسع القضاء الفرنسي في مسائلة حارس الشيء أيضاً إذ افترض الخطأ في الحراسة افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، ولم تقتصر الحراسة على المالك بل مدها لتشمل الحارس الفعلي للشيء الذي يكون الشيء تحت سيطرة أثناء وقوع الضرر يفعل الشيء^(١). وفي هذا السابق لا يستطيع المصرف أن يتصل من المسؤولية عن الضرر الذي لحق بعملائه نتيجة لاستخدام النظام الرقمي الذي تحت حراسته فعلاً إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإذا حصل ضرر للعميل من جهاز إلكتروني يدار من المصرف يسأل عن الضرر إلا إذا أثبت أن الخلل حصل بفعل الغير مثل المرمج أو القرصان (Hacker) أو بفعل الحادث الفجائي الحريق أو انقطاع التيار الكهربائي أو ارتفاع درجة الحرارة.

ولا نجد صعوبة في تطبيق المسؤولية الموضوعية في ظل قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي اعترف صراحة بمسؤولية الصغير غير المميز إذ نصت المادة (٢٨٢) بأنه " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر "، واعترفت المادة (٣١٦) بمسؤولية حارس الشيء إذ نصت بأنه " كل من كانت تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه . وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة " . ويؤكد القضاء الإماراتي هذا النص إذ يرتب المسؤولية على حارس الشيء إلا إذا لم يستطع التحرز من الضرر أي لم يستطع الحارس منع التعدي، فقد جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا أنه " إذا لم يكن الجرم بمعرفة

(١) راجع لاحقاً، ف ١٥ و ص ٢٤ .

سبب الماس الكهربائي الذي أحدثه الحريق مما مؤداه عدم معرفة مدى إمكانية التحرز منه ، ومن ثم جاءت أسباب إلزام الطاعنة بضممان أضرار الحريق تكون غير مباشرة " (١) .

إن هذا التطور في المسؤولية غير العقدية القائم على توسيع فكرة الخطأ لتشمل الخطأ الموضوعي أو التخفيف من شروطه لتحمل الفاعل مسؤولية الضرر كانت مفيدة لتغطية بعض الأضرار التي يمكن للفاعل أن يتهرب منها في ظل فكرة الخطأ بالمفهوم الشخصي، بحجة عدم ثبوت خطئه أو أنه لم يكن مدركاً لفعله أثناء وقوع الضرر أو أنه لم يقصر في منع وقوع الضرر بفعل الشيء . ولكن على الرغم من توسيع نطاق المسؤولية غير العقدية ألا يستطيع المصرف أن يتنصل من مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن استخدام العميل النظام الرقمي بحجة أن لم يتمكن التحرز منه أو أن الضرر وقع بسبب أجنبي ، هذا ما سناقشه في الآتي : -

الفرع الثاني

تقدير المسؤولية الموضوعية

١٤ - لازالت فكرة الخطأ تخيم بظلالها على المسؤولية المدنية في القانون الوضعي، فكل المحاولات التي أرادت أن تبعدها عند دائرة المسؤولية الشخصية بقيت محدودة لأسباب عدة، منها أن المشرع الفرنسي لازال متمسكاً بفكرة الخطأ سواء في المسؤولية عن الأفعال الشخصية أو في المسؤولية عن فعل الغير أو فعل الشيء (٢) ، ولم يتدخل مباشرة إلى تعديل المواد (١٣٨٢ -

(١) راجع القرار لاحقاً، ف ١٦ ، ص ٢٨ .

(٢) راجع المواد (١٣٨٢ - ١٧٨٤) من القانون المدني الفرنسي وتنص المادة (١٣٨٤) تحديداً " ... لا يلزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي فحسب بل يسأل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الموضوعي تحت رقابته أو بفعل الأشياء التي في حراسته " .

١٣٨٤) . ونجد القضاء الفرنسي متردداً في استبعاد فكرة الخطأ نهائياً من المسؤولية ، بل حتى قانون المعاملات المدنية الإماراتي يحتضن فكرة الخطأ في المسؤولية عن فعل الشيء على الرغم من استبعادها صراحة في النص العام الذي يقيم الضمان على فعل المباشرة والتسبب ، في حين يتحدث في المسؤولية عن فعل الشيء عن عدم التحرز في حراسة الشيء، ومعنى ذلك عدم التعدي أو أنه الحارس بذل ما بوسعه ولم يمنع وقوع الضرر بفعل الشيء^(١) .

١٥ - لو تتبعنا القضاء الفرنسي والإماراتي بشأن المسؤولية عن فعل الشيء لرأينا أن فكرة الخطأ لازالت حاضرة في ذهنهما، فالقضاء الفرنسي منذ بداية القرن الماضي يحاول أن يخفف من فكرة الخطأ لكن لم يتوصل إلى نتيجة مرضية ومستقرة . فإذا استعرضنا قراراته من ١٩٣٠ ولغاية الآن نجد غير مستقر، ففي عام ١٩٣٠/٢/١٣ ذهبت محكمة النقض بكامل دوائرها إلى أن " قرينة المسؤولية الواردة في المادة (١/١٣٨٤) في مواجهة من كانت تحت حراسته الشيء غير الحي الذي سبب ضرراً للغير لا يمكن هدمهما إلا بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي لا ينسب إليه ، ولا يكفي إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ أو أن سبب الضرر ظل مجهولاً " ^(٢) .

واجهت هذه الجراءة من المحكمة العليا الفرنسية عوائق لا يستهان بها أهمها إثبات الحراسة إذ يشترط القانون إثباتها، فحاول القضاء الفرنسي افتراضها في المالك وتوسيعها لتشمل الحارس الفعلي ، فإذا افترضنا أن المالك هو الحارس كيف تحمله المسؤولية إذا كان غيره يملك السيطرة

(١) راجع المادة (٣١٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وراجع في التعليق عليها، المرسي زهرة، المرجع السابق، ف ٢٣١ ، ص ٤١٤ وما بعدها .

(٢) أشار إلى هذا القرار أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٢٥ . وراجع في استعراض موقف القضاء الفرنسي في المسؤولية عن فعل الشيء، عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص ٢٠ - ٢١ .

الفعلية على الشيء أو أنه لا يملك سلطة الرقابة والإشراف على الشيء ، لو طبقنا ذلك على حراسة المصرف للنظام الرقمي ، فهل يملك المصرف حراسته فعلاً أم أن النظام يخضع لسيطرة جهة ثالثة مثل شركة نظم المعلومات أو شركة الإنترنت إلا إذا افترضنا السلطة القانونية للمصرف^(١) المستمدة من حقه في استعمال النظام الرقمي لمصلحته أو من خلال استئجاره لموقع في شبكة الإنترنت . هذا افتراض يقترب إلى الحيلة القانونية، لأن سلطته القانونية خالية من توجيه الأوامر أو الرقابة على النظام الرقمي إذ لا يدير إلا المعلومات المتعلقة به والتي يتبادلها مع عملائه .

هل يمكن أن يسعفنا القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم الحراسة ؟ لا نعتقد ذلك إذ ذهب في تعريفه للحراسة بين عدة مفاهيم، فأكد في البداية الحراسة القانونية، التي يعرفها بأنها سلطة قانونية في توجيه وإصدار الأوامر أو التعليمات المتعلقة بالشيء، وعلى هذا الأساس حكمت محكمة النقض بمسؤولية صاحب الحراج عن الضرر الذي سببه راغب شراء السيارة بحجة أن صاحب الكراج لازال مالكاً لسلطة إصدار الأوامر والتعليمات^(٢) . وهذا افتراض قانوني يفتقر إلى حجة مقنعة، لهذا عدلت المحكمة عن موقفها في ١٩٤١/١٢/٢ وذهبت إلى اشتراط الحراسة الفعلية ورفضت مسؤولية مالك السيارة المسروقة عن الحادث الذي سببه السارق^(٣) . ثم تراجعت مرة أخرى عن الموقف الأخير وذهبت في ١٩٦٩/٥/١٩ إلى مسؤولية مالك العمارة عن المصعد

(١) راجع في تحديد شرط الحراسة ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢) راجع قرارها في ١٩٣٦ ، أشار إليه أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ١٢٦ ، وراجع أيضاً عاطف النقيب المرجع السابق ، ص ٢٠ .

(٣) راجع القرار في أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

الكهربائي لأنه يملك الإدارة والتوجيه على الرغم من أنه لا يملك الحراسة الفعلية التي هي تحت سيطرة شركة الصيانة^(١).

ولم تردد المحكمة في تحديد مفهوم الحراسة فحسب بل ترددت بين التمسك به والعيب في الشيء ذاته، إذ قررت مسؤولية شركة الأنابيب عن انفجار أنبوب وسبب ضرراً للعاملين الذين قاما بتفريغ الأنابيب من الشاحنة الناقلة، في حين لم تكن الشركة تقوم بأي حراسة عليها بل كانت شركة النقل تمارس ذلك^(٢)، وافترض حراسة الشركة للأنابيب لم يكن موقفاً لغياب الحراسة القانونية والفعلية في آن واحد. بقابل ذلك رفضت المحكمة ذاتها مسألة بائع المياه الغازية عند انفجار القنبلة أثناء فتحها من طفل مما أدت إلى أصابته إصابة خطيرة، وحملت المحكمة مصنع الشركة المنتجة للغاز واستبعدت مسؤولية الشركة المصنعة لقناني الزجاجية أيضاً^(٣). ولم يكن القضاء الفرنسي الأدنى درجة بعيداً عن هذا التأرجح، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى عدم مسألة الميكانيكي عن الضرر الذي سببته الآلة الزراعية التي تحت حراسته، بحجة أنه لا يملك حراسة الاستعمال بل يملك حراسة تكوين الشيء، فالمالك لوحده يملك السلطة الأولى المتمثلة بالتوجيه والرقابة^(٤).

وإذا تخطينا مشكلة الحراسة، وحددنا من هو الحارس حتى نسأله عن الضرر، يرى القضاء الفرنسي بمسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولكن كيف يثبت، ذهب القضاء ذاته اتجاهات

(١) راجع القرار في المرجع أعلاه، ص ١٣١.

(٢) راجع قرارها في ١٩٦٠/٦/١، أشار إليه أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٤.

(٣) قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٧١/٥/٥ أشار إليه أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٤.

(٤) راجع قرار محكمة استئناف باريس في ١٩٦٢/٤/١٤ أشار إليه أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ١٣٧.

عدة، ففي اتجاه أول يرى أن الحارس لا يسأل إذا صدر خطأ من المضرور، ويعني ذلك أن على الحارس إثبات عدم خطئه^(١). وفي عام ١٩٨٢ ذهب القضاء الفرنسي إلى اتجاه ثان، فذهبت محكمة النقض إلى التخفيف من أثر الخطأ في تحديد مسؤولية الحارس إذ اشترط خطأ المضرور الجوهري Faute majeure لكي لا يسأل الحارس^(٢)، وفي مرحلة ثالثة تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن فكرة الخطأ الجوهري للمضرور وذهبت إلى الخطأ المجرد، فصدور أي خطأ من المضرور ترفع المسؤولية عن الحارس^(٣). وعادت في عام ١٩٩٨ إلى فكرة الخطأ الجوهري للمضرور، إذ تعرض شخص اسمه Texier إلى اصطدام يده بقاطرة قطار، أثناء مرور قطار شحن في المحطة مما أدى إلى جرحه، حكمت المحكمة بمسؤولية شركة سكة الحديد الفرنسية لأن خطأ المضرور لم يكن جوهرياً إذ كان وجوده على الرصيف لانتظار قطار المسافرين^(٤).

١٦ - ويعزى هذا التراجع في تحديد مسؤولية الحارس أن المسؤولية غير العقدية لازالت قائمة بكل صورها على فكرة الخطأ، ولم يتمكن الفقه والقضاء الفرنسيان مجتمعان من تخطيها في تحديد المسؤولية حتى بعد صدور قانون ١٩٨٥ الخاص بحوادث السيارات الذي وسع من

(١) تمسكت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ من عام ١٩١٣ إلى عام ١٩٨٢، راجع في ذلك :

Viney responsabilité Civile. JCP. éd. G, Ch. № 48, 25 nov.1918, p. 2016.

(2) Cass. Civ. 21 juill. 1992, D. 1982, p 449, note, C. Larroumet.

(3) Cass.civ. 6 avril 1987, JCP. éd. J. 1981,11,20828. note Chabas, D. 1988, p. 32, note, C. Mouly.

(4) Cass. Civil , 25 juin 1998, JCP. éd. № 48. 25,nov.1998, note G.Viney, P.2065.

مسؤولية قائد السيارة ومالكها، إلا أن شركة التأمين بدأت تتصل من المسؤولية تحت ذريعة غش أو خطأ قائد المركبة الجسيم^(١).

وحتى لو سلمنا بأن القانون الفرنسي استطاع ترسيخ المسؤولية الموضوعية في التعويض، يبقى بحاجة إلى برهان، لأن كل الحجج التي قدمت تصطدم مع نصوص القانون المدني الفرنسي الخاصة بالمسؤولية غير العقدية (١٣٨٢-١٣٨٤) القائمة على فكرة الخطأ، فلا يمكن تجاوزها إلا بوضع افتراضات تقترب إلى الحيل القانونية. فكيف نقتنع بموقف محكمة النقض الاعتراف بمسؤولية بائع جهاز الإنذار عن تعويض الضرر الذي لحق بالمحل التجاري نتيجة لعدم عمل الجهاز أثناء السرقة^(٢)، فهل الضرر الذي لحق صاحب المحل هو نتيجة طبيعية للعب في الجهاز الإنذار أم بسبب فعل السارق، والقانون يشترط لقيام المسؤولية في التعويض أن يكون الضرر مباشراً الذي هو نتيجة طبيعية للفعل الضار^(٣). ليس هذا تناقضاً بين القواعد القانونية وما يراه القضاء الفرنسي.

ولا نعتقد أن القضاء الإماراتي أقل تأثراً من القضاء الفرنسي بفكرة الخطأ على الرغم من رفضها كلياً في المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، لأن القانون الإماراتي لم

(١) راجع عدنان سرحان، التعويض العقابي، دراسة مقارنة، أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٣، ع ٤، ١٩٩٧، ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) Cass. Civ. , 2 décembre 1998, D. 1989,inf . rap. p. 28

وراجع في التعليق على هذا القرار (Viney) بمناسبة تعليقها على مبدأ الفصل بين المسؤولية العقدية وغير العقدية، G.Viney, responsabilité civile, JCP. Éd. G.Chr. № 25, 23 juin, 1992,p. 1984.

(٣) تقضي المادة (٢٩٢) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار ". راجع في شرح ذلك، المرسي زهرة، المرجع السابق، ف ١٢٥ ص ٢١١.

يستمر بنهجه في رفض فكرة الخطأ إلى النهاية إذا عاد ورجع إليها عندما تحدث عن المسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الحيوان والشيء، مما وجد القضاء الإماراتي نفسه مضطراً على عدم مساءلة الحارس إذا لم يتمكن التحرز من الشيء الذي سبب ضرراً للغير . وفي هذا السياق جاء قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه " إذا لم يكن الجرم بمعرفة سبب التماس الكهربي الذي أحدث الحريق مما مؤداه عدم معرفة مدى إمكانية التحرز منه، ومن ثم فإن أسباب إلزام الطاعنة بضمان أضرار الحريق تكون غير مباشرة " (١) .

ولا تتوقف المسؤولية عن فعل الشيء عند تحديد فكرة الخطأ والحراسة بل تتعداها إلى إثبات أن الشيء الذي تحت الحراسة هو من الأشياء الخطرة أو يحتاج إلى عناية خاصة كما عبرت عن ذلك المادة (٣١٦) من قانون المعاملات الإماراتي، فهل النظام الرقمي يعد من الأشياء الخطرة أو الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة وهو في متناول الناس كافة مثله مثل أي جهاز إلكتروني آخر (٢) .

١٧ - قد يتبادر إلى ذهن بعض شراح القانون المدني أن هذه المشاكل لا يمكن تحطيمها لمسائلة المصرف ما لم نذهب إلى نظرية تحمل التبعة (تحمل المخاطر) على أساس فكرة الغرم بالغنم، وهذا ما حول إثباتها طالب الماجستير حازم صمادي في رسالته مسؤولية المصرف عن العمليات المصرفية الإلكترونية، إذ يرى أنه يجب على المصرف أن يتحمل مسؤوليته ضد أي ضرر

(١) الطعن رقم ٦٩ لسنة ١١ ق / جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٤، أشار إليه الجمال، المرجع السابق ف ٣٨٠، ص ٥٨٨ .

(٢) راجع في تحديد الشيء الخطر والشيء الذي يحتاج إلى عناية خاصة في القانون الإماراتي، المرسي زهرة، ف ٢٤٣، ص ٤٣٨ .

يلحق بالعمل أو نتيجة لتعامله الإلكتروني^(١). وفي هذا السياق أيد القضاء الإماراتي ضمناً مسؤولية المصرف بتحمل التبعة، إذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن رفض الأخذ بفكرة تحمل التبعة لوجود رابطة عقدية يجب إعمالها. إذ قضت "ولكن كانت المصارف تتحمل تبعة ما يصيب عملاءها من أضرار بمناسبة ما تقوم به لحساباتهم من خدمات مصرفية من دون حاجة لإثبات خطئها، ما لم يثبت خطأ العمل أو إهماله، أن مسؤولية البنك قبل عميله عند تنفيذ هذه الخدمات تحكمها نصوص العقد المبرم بينهما والذي ينظم كيفية تنفيذها وحدودها والتزامات كل من الطرفين، ومن ثم نكون مسئولية عقدية... " (٢).

نحن لا نرى جدوى نظرية تحمل التبعة لثلاثة أسباب، أولاً أن هذه النظرية في أساسها لا صلة لها بالمسؤولية غير العقدية لأن موضوعها ليس معالجة الأضرار في المسؤولية بل هدفها معالجة الأضرار بالتعويض عن هلاك الشيء قضاءً وقدرًا. ثانياً إن مجالها ينحصر في حالة هلاك الأموال وتعيين من يجب تحمله أي الذي هو أقدر على دفع التعويض^(٣)، وثالثاً، نحن لا نبحث عن المنتفع لتحمله تبعة التعويض بل نبحث من هو مسؤول عن حراسة الشيء لمسائلته^(٤).

(١) حازم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) طعن رقم ١٩/١٦٧ ق جلسة الأحد الموافق ١٩٩٩/٤/٢٥، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا / المكتب الفني ٢٠٠٠، ص ٣٩٦.

(٣) راجع في نقد هذه النظرية، مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٨٨، ص ٦٧ - ٦٨، راجع في شرح نظرية تحمل التبعة، حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، منشورات جامعة صدام، بغداد ١ - ٢٠، ص ١١ وما بعدها.

(٤) راجع المرسي زهرة، المرجع السابق، ف ٤٤، ص ٤٤٢ - ٤٤٣.

وإذا افترضنا مسؤولية المصرف على أساس تحمل التبعة فإنه سوف يسعى جاهداً إلى إبعاد مسؤوليته بالرجوع إلى الالتزام بالعناية ، فيثبت أنه بذل كل ما بوسعه لتلافي السبب الأجنبي ولم يفلح في دفعه قياساً إلى عناية الرجل المعتاد، وهذا يحصل عادة عندما يتنصل المصرف عن مسؤوليته بصرف الشيك المزور إذ يدفع بأنه بذل ما في وسعه لأجل التحقق من التزوير بكل الوسائل المتاحة لديه ولم يتمكن من كشفه ، فإذا ثبت التزوير بعد صرف الشيك المزور فإنه غير مسؤول. ويستطيع المصرف أن يتنصل من المسؤولية بطريقة أخرى أيضاً إذ يحمل الساحب مسؤوليته بعدم بذل العناية المطلوبة بالمحافظة على الشيك أو على بطاقة الائتمان ، وهذا ما حصل في القضية التي عرضناها سابقاً من القضاء الفرنسي^(١) ، وهذا ما أتاحه المشرع للمصرف ، فقد قضت المادة (٦٣٦) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ ، " ١ - ولا يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع الساحب أو حرفت البيانات الواردة في متنه ، ما لم يثبت وقوع خطأ جسيم من الساحب المبين اسمه في الشيك أدى إلى حدوث التزوير أو التحريف في البيانات ، وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن . ٢- ويعتبر الساحب مخطئاً بوجه خاص إذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه العناية الواجبة " .

فكيف يتيسر لنا مساءلة المصرف على أساس تحمل التبعة إذا تمكن من إثبات عدم عناية الساحب في المحافظة على دفتر الشيكات ، إذن سوف نرجع حتماً إلى البحث عند مسؤولية المصرف وليس عن تحمل تبعه غنمه .

(١) راجع سابقاً ، ف ٩ ، ص ١٤ - ١٥ .

تبقى المسؤولية المدنية قائمة على فكرة الخطأ مهما حاول الفقه والقضاء التخفيف منها مادام المشرع يعتمد الخطأ شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، وقد يهدف من ذلك المحافظة على فكرة العقوبة في المسؤولية المدنية إلى جانب جبر الضرر^(١). وهذه فكرة مستبعدة تماماً في نظرية فعل المباشرة والتسبب على الرغم من محاولة بعض شراحها تقريبها من فكرة الخطأ.

المطلب الرابع

التوفيق بين فكرة الخطأ وفعل المباشرة والتسبب

١٨ - تقضي المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه " ١ - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب . ٢ - فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له إذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر " . وأشارت المادة (٢٨٤) من القانون المذكور إلى أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "^(٢) . وقد عُرف فعل المباشرة بأنه " ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح والضرب "^(٣) أو ما يقال " حصل الهلاك به من غير توسط "^(٤) " أو " إيصال الآلة بمحل التلف "^(١) وعرفت مجلّة

(١) راجع في تحليل فكرة العقوبة بالمسؤولية :

Viney, responsabilité civile, JCP. ed .G.№ 50,9, décembre 1998, p. 2155, S.Carval, La responsabilité civilé, dans Sa Fonction de peine privée, LGDJ. Coll. Bill. Dr. Paris 1995, № 287 ets. Cite par G.Veny précité.

وراجع باللغة العربية ، عدنان سرحان ، التعويض العقابي، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها .

(٢) راجع النصوص ذاتها في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المادتين (٢٥٧ - ٢٥٨) .

(٣) الشريبي الخطيب ، مغني المحتاج ، الفقه الشافعي ، ج ٤ ، ص ٦ .

(٤) القرائي ، الفروق ، المذهب المالكي ، ط ١٣٤٤ ، ج ٤ ص ٧ .

الأحكام العادلة فعل ا مباشرة في المادة (٨٨٧) بأنه " الإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله ، فاعل مباشر " . وعلى هذا فإن المباشر هو " من يلي الأمر بنفسه " (٢) . أما التسبب فهو " مؤثر في الهلاك ولا يحصله (٣) " أو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة (٤) " أو " الفعل في محله يفضي إلى تلف غيره عادة " (٥) . وعرفت المجلة التسبب في المادة (٨٨٨) بأنه " إحداث أمر في شيء يقضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، ويقال لفاعله متسبب " .

توحي هذه التعاريف كلها بأن الضمان " يجب تارة بالمباشرة وتارة بالتسبب (٦) " . فهما وسيلتان جامعتان لكل وسائل إحداث الضرر (٧) . فالعدوان هو التعدي (المباشرة) على حقوق الغير مهما كان نوعها أو مصدرها ، فمن تعدى عليها بإتلاف المتمولات عليه ضمان المثل أو القيمة أو غير ذلك من الجوابر التي تختلف عن الزواجر . أما التسبب بالإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان على الأرض المملوكة لحافر وكوقيد النار قريبا من الزرع وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بسبب ذلك الحيوان ، وكمن مر على جباله فوجد فيها صيدا يمكن تخليصه

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ١٣٢٨ ج ٧ ، ص ١٦٥ .

(٢) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط ٣ ، ١١٢٣ هـ ، ص ٥٩ - ٦٠ ، وراجع في ذلك محمد عبد القادر الحاج ، مسؤولية المنتج والموزع ، دراسة في التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٥٦ .

(٣) زكريا الأنصاري ، تحفة الطلاب بالشرح تحرير تنقيح للباب مع حاشية الشرفاوي عليها ، مطبعة مصر ١٩٤١ ، ج ٢ ، ص ٣٦٠ .

(٤) القرائي ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٢٧ .

(٥) الكاساني ، البدائع ، ج ٧ ، ص ١٦٩ .

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ط ١٣٥٣ هـ ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .

(٧) محمد عبد القادر الحاج ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .

وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمه ، لأن صون مال المسلم واجب^(١) ، ومن ترك واجباً في الصون ضمن ، وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها وجب عليه أخذها، ومن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها . وإذا اجتمع المباشرة والتسبب غلبت الأولى على الثانية ، كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر ألقاه فالأخير مباشر والأول متسبب، فالضمان على الأخير دون الأول تقديم للمباشرة على التسبب، " لأن شأن الشريعة الإسلامية تقديم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره فإن القصاص يجب عليها ولا تغليب المباشرة لقوة التسبب^(٢) " وقد يحكم بالتسبب لوحده ، فمن يشهد زوراً على ضياع المال على إنسان ، فإنه يضمن ما أضعاه بشهادته ولا يقضي الحاكم شيئاً مع أنه المباشر في الحكم والشاهد متسبب^(٣) .

١٩ - لم تشر كل هذه التعريفات والأمثلة إلى فكرة المسؤولية عن الخطأ بل تُحمل بالضمان كل من أفضى فعله إلى ضرر، فلا توجد أية دلالة على أن الشريعة الإسلامية تبغي من الحكم بالضمان مسائل الفاعل على فعله بل تريد إلزامه جبر الضرر لأن فعله كان علة في الضرر. ولكن نجد مع كل هذا الوضوح ، بعض شراح في نظرية فعل المباشرة والتسبب في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني يذهبون إلى تشبه المباشرة والتسبب بفكرة الخطأ في المسؤولية المدنية ، فقد ذهب الأستاذ الزعبي في معرض شرحه لفعل المباشرة والتسبب في

(١) راجع ، ابن محمد بن غانم بن محمد البغدادي مجمع الضمان في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، المجلد الأول، ط ١ ، ١٩٩٩، ص ٣١٨ ، وراجع أيضاً ، ابن أمير الحاج محمد بن محمد التقرير والتعبير، دار الكتب العلمية، بيروت ، ج ٢ ، ١٩٨٣، ج ٣ ، ص ٣ - ٩ .

(٢) راجع ابن عامر محمد ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٥ .

(٣) راجع المرجع أعلاه ، ص ٦ .

القانون المدني الأردني^(١)، إلى أن المباشرة هي فعل التعدي ولا يمكن أن يسأل المباشر دون أن يتعدى إلى خطأ ، وليس من العدل والإنصاف أن تحمله مسؤولية دون أن يكون متعدياً، فلكي نسأله يجب إثبات تعديه القائم على الانحراف في السلوك. وحسب قوله لا يمكن التسليم بموقف القانون المدني الأردني^(٢) في مسألة المباشر حتى لو لم يتعمد أو بتعدي .

أما بشأن التسبب، فيجد الرأي أعلاه أنه يجب تعمد التسبب أو تعديه أما الإفضاء إلى ضرر فهو شرط في التعدي أو في التعمد وليس حالة قائمة لذاته لأن كل تعدي لابد أن يفضي إلى ضرر^(٣) . أما إذا اجتمع الفعلان فيجب مسألة الاثنان إذا تعمد أو تعدا . ويقترح أن تصاغ المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي تقابل المادة (٢٨٢) من القانون الإماراتي بالشكل الآتي " كل إضرار بالغير يلزم فاعله المعتدي ولو غير مميز بضمان الضرر " . ويضيف الرأي ذاته إلى أن القانون المدني الأردني يتمسك بالمسؤولية الموضوعية التي تستبعد شرط التمييز في التعدي. وهذا أمر غير ممكن إذا اشترطنا التعدي في المباشرة والتسبب إذ نجد صعوبة في استبعاد شرط التمييز ، فكيف نعتبر الشخص مسؤولاً عن تعديه ولم يكن مدركاً له . لهذا ذهب رأي مقارب إلى رأي الزعبي باشتراط التمييز في التسبب كونه المشرع الأردني اشترط فيه التعمد أو التعدي^(٤) .

ويوصلنا الرأي أعلاه إلى نتيجة مفادها أن الفرق بين المباشرة والتسبب هو ليس إلا لتحديد العلاقة السببية بين الفعل والضرر، إذ يرى أن " نسبة الضرر إلى المباشر أقوى وأظهر من نسبته

(١) محمد يوسف الزعبي ، مسؤولية المباشر والتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتمه للبحوث والدراسات ،

المجلد الثاني ، ١٤ ، ١٩٨٧ وما بعدها وخصوصاً ص ٩١٨ - ٩١٩ .

(٢) راجع الماد (٢٥٧) من القانون المدني الأردني .

(٣) راجع الزعبي ، المرجع أعلاه ، ص ٩١١ .

(٤) راجع محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٢١٠ .

إلى المتسبب، وأن رابطة السببية التي تقوم بين فعل المتسبب والضرر أقل ظهوراً من تلك التي تقوم بين فعل المباشر والتسبب"^(١). ويذهب الأستاذ الجمال، في معرض تعليقه على المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات الإماراتي^(٢) إلى أن المساواة بين المباشرة والتسبب والفعل غير المشروع في القانون الوضعي أمر حتمي إذ يلحق فعل المباشرة في العدوان ويلحق التسبب بالعدوان بصورة غير مباشرة؛ لأن العدوان مطلوب في الحالتين، ولا معنى لشرط الفعل المفضي إلى الضرر لأنه لا يخرج عن فكرة التعدي^(٣). ويشاركه في الرأي الأخير الأستاذ الزرقا إذ يرى أن التعدي مطلوب لذاته، وإن لم يكن مطلوباً لإثباته، وأن حالة الفعل المفضي إلى الضرر لا ضرورة لها فهي شرط في التعدي^(٤).

ويبدو أن القضاء الإماراتي تأثر في هذا التفسير إذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى " أن المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية النافذة التي قننها المشرع أن مجرد حدوث الضرر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها لا يكفي لثبوت المسؤولية على حارس هذه الأشياء في ضمان تعويض الضرر، بل جعلت واجب الضمان مقصوراً على ما هو ممكن التحرز منه من الأضرار"^(٥). ويعني ذلك أن تمسك القضاء الإماراتي بهذا الاتجاه يعيدنا إلى أن فكرة الخطأ فهي

(١) الزعي المرجع أعلاه، ويستند في هذا الرأي إلى علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٨٣.

(٢) مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط ١، ف ٤١٠، ص ٥٥٣ - ٥٥٣.

(٣) راجع قريب من هذا الرأي، المراسي زهرة، المرجع السابق، ف ٨٥، ص ١٤٢.

(٤) مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، المرجع السابق، ص ٧١ - ٨٣.

(٥) طعن رقم ١٤٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٢٤ أشار إليه، الجمال، المرجع السابق، ص ٥٨٨. وراجع الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩ في جلسة ١٩٩٩/٥/١١، إذ ذهبت المحكمة ذاتها إلى أنه " وإن كان الأصل أن كل فعل خاطئ ينشأ عنه ضرر للغير يوجب مسؤولية فاعله سواء كان هذا الفعل بالتسبب أو بالمباشرة إلا أنه متى

الفيصل في تحديد مسؤولية الفاعل مهما كانت صفته بالنسبة للضرر فاعلاً شخصياً أو حارساً للشيء أو مسؤولاً عن الغير. فكيف يمكن أن نضمن حقوق العميل في مواجهة المصرف ضد الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي ، ففي ظل هذا التفسير الضيق لفعل المباشرة والتسبب، سيؤدي إلى مراعاة مصلحة المصرف حتماً إذ يستطيع أن يتصل من المسؤولية بسهولة تحت حجة عدم تمكنه من التحرز من الضرر، وإن الضرر حصل بفعل عيب في ذات النظام الرقمي أو بسبب مؤثر خارجي لا علاقة للمصرف به .

نحن لا نرى أن تمسك قانون المعاملات الإماراتي بنظرية فعل المباشرة والتسبب جاء مجرد اختلاف في المصطلحات؛ فاستعمل مصطلح المباشرة والتسبب بدلاً من الخطأ، بل تمسك بها لغرض ضمان حقوق المتضرر لكي يقرر مبدأ الجوابر وليس مبدأ الزواجر . وهذا ما سوف تأتي عليه في الآتي :

المطلب الثالث

نظرية فعل المباشرة والتسبب

أساس مناسب لمسائلة المصرف

٢٠ - لا يقوم الضمان بالمباشرة والتسبب على فكرة المسؤولية ولا على فكرة العلاقة السببية بين الفعل والضرر ، بل تقوم على الجوابر (التضمينات) وهي مشروعه لجلب ما فات من المصالح، في حين الزواجر مشروعة لدرء المفساد، فحرمة الإنسان والمال تكفي في نظر الشريعة

اجتمع خطأ المباشر وخطأ التسبب في إحداث الضرر فإن المباشر يتحمل وحده بذاته الأحداث الضرر " .
مجموعة الحكام الصادرة عن المكتب الفني ، للمحكمة الاتحادية العليا، والطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٢٠ القضائية ،
٢٠٠٠/٦/٣١ .

الإسلامية لمسائلة المباشر والمتسبب دون شرط^(١) ، ، فلا يشترط في جبر الضرر وجود التعدي من المباشر والمتسبب ، لأن الفقه الإسلامي لا ينظر إلى الفعل كونه محظوراً لذاته ليضمن الفاعل بل ينظر إليه علة في الضرر ، فإذا كان كذلك فهو مباشرة وإذا أفضى الفعل إلى علة الضرر كان تسبباً^(٢) فالتسبب تجب العلة بينه وبين الحكم لأنه لا بد للحكم من علة مؤثرة في موضوع له^(٣) ، والسبب يفضي إلى الحكم وطريق له لا موضوع له ولا مؤثر فيه، وله أقسام بحسب إضافة العلة إليه وعدم إضافتها إليه، فأما تضاف العلة إليه كالمسوق للدابة، المضاف إليه العلة وطؤها، إي الدابة نفساً أو مالاً ، فالمسوق سبب وليس بعلة له لأنه لم يوضع للتلف بل وضع لسير الدابة للمنفعة المتعلقة به ولم يؤثر فيه أي في التلف وإنما هو طريق الوصول إليه والعلة للتلف، وإنما هو وطء الدابة بقوائمها ذلك المال أو النفس ويضاف الفعل إلى المتسبب لأن فيه معنى العلة أو يقال تضاف العلة إلى السبب^(٤) . أما إذا كانت العلة موجودة في الضرر فيضاف الضمان إلى المباشر لأنه علة الضرر لذاته فإذا اجتمع المباشر والسبب يضاف الفعل إلى الأول لأنه هو علة الضرر، قاعدة عامة، إلا إذا كانت علته ضعيفة في الضرر أو كان المباشر مبهماً، فلو عثر شخص في حجر لم يعرف واضعه فوق العاثر في بئر فالضمان على حافر البئر لعدم معرفة واضع الحجر

(١) راجع محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية

التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٣٢٣ .

(٢) راجع ابن أمير الحاج محمد بن محمد ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣ .

(٣) راجع قريباً من هذا الرأي ، المرسي زهرة ، ف ٨١ ، ص ١٣٢ .

(٤) راجع ابن أمير الحاج محمد بن محمد ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣ .

(المباشر)^(١) ، وحتى لو وقع في البئر لتزحلقه بماء المطر يسأل الحافر (المتسبب) عن الضمان لعدم وجود علة الضرر (المباشر)^(٢) .

ولا يعني تعدد الفاعلين إحداهما يجب أن يكون متسبباً والآخر مباشراً فقد يكون كلاهما مباشراً ، فعقد الوديعة علة قائمة لذاها يلزم المودع بالمحافظة على المال فإذا دل السارق أصبح عمله علة في الضرر لأنه ملتزم بالمحافظة على المال ، ولو دل شخص على المودع السارق على الوديعة يضاف الفعل إلى الفاعل المباشر السارق لا إلى الدال، وإذا ذهب مع السارق وشاركه فكان فعله تسبباً ويضمن، لأن فعله فيه معنى العلة. وليست كل تسبب فيه معنى العلة، فإذا سلم مالك السكنية إلى شخص آخر ليمسكها فقتل الأخير نفسه لا يضمن لأن التسليم ليس للاستعمال بل هو للإمساك ، ولكن لو وقعت السكنية من يد ماسكها وجرحته قدمه لضمن المالك لأن طلب الإمساك فيه معنى العلة أي فيه مقتضى الضرر لكون علة التلف هي السقوط وتضاف إليه لأن فعله أفضى إلى العلة أي كان سبب فيها^(٣) .

٢١ - نستنتج مما تقدم ، أنه لا يجب الالتفات إلى الخطأ أو التعدي عند مسائلة الفاعل عن جبر الضرر بل يجب أن ننظر إلى علة الضرر ذاتها أو إلى معنى العلة في التسبب ، فإذا قام الطبيب بواجبه حسب الأصول في معالجة المريض، وحصل ضرر للمريض على الرغم من ذلك يسأل

(١) المرجع أعلاه ، ص ٤ - ٥ .

(٢) راجع في هذا القول ، صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات في الشريعة الإسلامية ج ١ ، ص ١٩٢ وراجع أيضاً، ابن رجب ، إذ يقول " إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجته إليه أو غير ملجته ، وكانت المباشرة والحالة هذه ، لا عدوان فيها بالكلية واستغل السبب وحده بالضمان دون المباشر " . ابن رجب ، القواعد ، في الفقه الإسلامي ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان ، بدون سنة طبع، قاعدة (٧٤) ، ص ١٣٥ - ١٣٦ .

(٣) راجع ابن أمير الحاج بن محمد ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣ .

الطبيب عن الضرر لأن فعله المشروع كان علة في الضرر، فلولا تدخله لما حصل الضرر وأن حرمة جسم الإنسان مصونة . ولو وقع شخص نائم على مال فأتلفه يسأل لأن وقوعه كان علة في الضرر ، وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أن المباشرة " علة مستقلة وسبب كاف بالأضرار بذاته ولا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو التعدي " (١).

ونعتقد إنه حتى لو عصفت الريح بشخص وأتلف مال غيره يضمن لأن فعله علة في الضرر، ولو أن شخصاً وضع حجراً في الطريق فعثر به إنسان وسقط على مال فأتلفه يضمن الأخير. فقد روي في الأثر أن رجلاً كان يقود أعمى فوقع في بئر، فخر البصير " ووقع الأعمى فوقع البصير فقتله، فقضى الخليفة عمر (رضي الله عنه) بتضمين الأعمى دية البصير "، وفي هذا دلالة واضحة على أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعدا وحتى لو كان معذوراً كحالة الأعمى في المثال السابق، لأن الأعمى وقع بمتابعة مشيه دون أن يجذبه البصير عند وقوعه، فتقع عليه الدية لأن متابعتة علة في الضرر (٢) . ولو توقف النظام الرقمي مباشرة بعد أن أدخل المصرف المعلومات المصرف ولحق ذلك ضرراً بالعميل على الرغم من عناية عامل المصرف يضمن المصرف لأن فعل العامل علة في ضرر العميل أي مباشر في الضرر .

وكان الفقه الإسلامي ومعه قانون المعاملات المدنية الإماراتي منطقياً في استبعاد شرط التمييز لمسائلة الفاعل، لأن الأخير ليس هو المقصود في الضمان في الفقه الإسلامي بل علة فعله في الضرر هي المقصودة ، وكان قانون المعاملات الإماراتي على حق عندما لم يشترط التعمد أو التعدي في فعل المباشرة، وإلا كيف نسأل الذي سقط وهو نائم على مال الغير وأتلفه أو الطبيب الذي يعالج المريض ويلحق به ضرراً دون تعمد أو تعدي. وكان موقفه سليماً أيضاً عندما

(١) تميز حقوق رقم ١٩٩١/٢٥٤٣ ، مجلة نقابة المحامين الأردنية ، صفحة ٢٨٩ لسنة ١٩٩١ ، أشار إليه، حازم الصمادي، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) راجع في هذه القضية ، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٨٤ .

اعترف بضمان المتسبب حتى لو فعله لم ينشأ عن تعمد أو تعدي ، بل مجرد أنه أفضى إلى ضرر، فبدون ذلك كيف نسأل الذي امتنع عن تسلم المدية إلى مالك النعجة ليدبحها مما سبب امتناعه نفوقها، أليس فعله أفضى إلى الضرر، كذلك المصرف يضمن أي ضرر في استخدام النظام الرقمي لأن التزامه في مواجهة العميل فيه معنى العلة لضمان الضرر أي ارتباطه مع العميل بعقد كان سبباً في حصول ضرر للعميل وهو مقتضى فيه معنى العلة ، فوقع الضرر للعميل تسبباً مثله مثل حافر البئر الذي يضمن الضرر الذي وقع على الشخص الذي عثر بالحجارة فوقه في البئر، أو مثله الذي قذفت به الريح إلى البئر فوقه فيه، أو مثل الذين امتنعوا الذهاب إلى البئر ليلاً لجلب الماء، فتطوع أحدهم وذهب وعند رجوعه فمشتته حية ولم يجر القوم بل أعطاهم الماء، ولما أصبحوا وجدوه ميتاً، فحكّم عليهم بالدية ^(١) ، لأن امتناعهم كان هو المقتضى لوقوع الضرر بتلك العلة ^(٢) .

لهذا نحن لا نتفق مع الأستاذ الزرقا وغيره من شراح القانون المدني الأردني والإماراتي بأنه لا وجود لحالة التسبب الذي يفضي إلى الضرر كونها شرطاً في التعمد أو التعدي ^(٣) ، وقد تبنت المحكمة الاتحادية العليا تفسيرهم ، إذ ذهبت إلى أن " التسبب هو إثبات الفعل الذي يعتبر السبب المفضي لوقوع الضرر وهذا السبب ليس من شأنه وفقاً للمحرجى العادي للأمر أن يؤدي إلى إحداث مثل هذا الضرر ولم يساهم في ذلك لو لم يتبع بفعل المباشر الذي تقوم بينه وحده وبين الضرر نتيجة السبب فيجب خطأ المتسبب " ^(٤) . إن السبب الذي أفضى إلى الضرر فيه معنى العلة قائم لذاته، فالتسبب بكل صورته الثلاث فيه مقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة .

(١) راجع الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٤٨ - ٤٩ .

(٢) راجع الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٨١ وما بعدها .

(٣) الزرقا المرجع أعلاه .

(٤) الطعن رقم ١٦٦٥ لسنة ١٩ في جلسة ١١/٥/١٩٩٩ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، المكتب الفني، المشار إليه سابقاً، ص ٤٢٣ .

٢٢ - أن تطبيق مفهوم التسبب بالذات في ضمان تعويض أضرار العملاء في مواجهة المصرف ضد استخدام النظام الرقمي يقلص من حالات السبب الأجنبي الذي يمكن أن يستند إليها المصرف للتوصل من المسؤولية، مثل حالة عطل النظام الرقمي نتيجة لخلل في برامج التطبيق أو التشغيل أو دخول القرصنة على النظام الرقمي للمصرف أو على شبكة الإنترنت، مادام المصرف ملتزماً في مواجهة العملاء بالمحافظة على أموالهم وأسرارهم، فهذا الالتزام مقتضى فيه معنى العلة، يسأل المصرف عنه إذا أفضى ذلك إلى ضرر لأحد عملائه نتيجة لاستخدامه النظام الرقمي، وبهذه الطريقة لا نحتاج إلى البحث عن العلاقة السببية أو أن القول أن الضرر يجب أن يكون مباشرة أي نتيجة طبيعية لفعل المصرف عنه وفق المجرى المادي للأمر ، لأن ذلك يسهل على المصرف التوصل من المسؤولية بحجة وجود السبب الأجنبي^(١) .

ولا ندعي بأن نظرية فعل المباشرة والتسبب هي متكاملة المنشأ بل تحتاج إلى دراسة وتحليل لأن الخلاف بين الفقهاء المسلمين بشأنها واسع، فمجلة الأحكام العدلية تشترط التعمد في التسبب في المادة (٩٢) ، ويذهب بعض الفقهاء إلى عدم تضمين غير المتعدي ، فلو مدّ رجل على ثوب موضوع في الطريق وهو لا يبصره فتخرق لا يضمن^(٢) لأنه لم يتعد ، ولو وثب شخص من حائط في الطريق فنفرت الدابة وألقت جرة دبس عليها، وهلك لا يضمن لعدم وجود التعدي تسبباً. لكن الفقه الإسلامي يكرس مبدأً أساسياً هو صون المال واجب ومن ترك صونه ضمن^(٣) ، واستناداً إلى هذه القاعدة نستطيع أن نضمن المباشرة والتسبب دون تعمد أو تعدي .

(١) يرى الزرقا أن نظرية فعل المباشرة والتسبب ، تقلل من حالات السبب الأجنبي " الزرقا المرجع السابق ، ص

١٠٠ .

(٢) البغدادي ، مجمع الضمانات ، المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٣٨١ وما بعدها .

(٣) راجع في تفسير هذه القاعدة الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٨١ . وراجع ابن رجب ، المرجع السابق قاعدة

(٧٤) ص ١٣٥ - ١٣٦ .

الخلاصة

٢٣ - أن التمسك بنظرية فعل المباشرة والتسبب لا يعني أن نظرية المسؤولية الموضوعية غير مجدية في القانون الوضعي ، فهي عملت منذ وقت بعيد على ضمان حقوق المتضررين الذين كانوا في السابق ضحية المذهب الشخصي الذي يؤكد مبدأ الخطأ في المسؤولية ، ولاشك أنها تستحق التقدير والنقاش في نطاق مسائل المصرف عن الأضرار الناجمة عن استخدام النظام الرقمي ، فهي قادرة على تحقيق ضمانات فعالة للعملاء بشرط أن تتجرد تماماً عن فكرة الخطأ ، إذ حل وقت أنصارها كان منصّباً على رفع فكرة الخطأ عنها ، بافتراض الخطأ أو اشتراط هامش بسيط من التقصير خاصة في المسؤولية عن فعل الغير وفعل الشيء لأجل اختراق نصوص المسؤولية في القانون المدني الفرنسي القائمة على الخطأ .

ولهذا نجد أن نظرية المباشرة والتسبب وسيلة ناجحة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أقل تقدير لضمان حقوق العملاء في مواجهة المصرف لأنهما لم تقم منذ ولادتها على فكرة الخطأ أو مسألة الفاعل، بل انصبت في جلها على جبر الضرر وصور الحقوق المصونة للأفراد ، فأبى ضرر يقع عليها ضمن الفاعل إذا كان فعله علة في الضرر أو فيه معنى العلة ، وهكذا نستطيع أن نحمل المصرف ضمان أي ضرر يلحق بعملائه لاستخدام النظام الرقمي مادام توجد علاقة تعاقدية معه ، ولا يتحمل المضرور عبء إثبات مسؤولية المصرف ، ولا يمكن للأخير دفع المسؤولية بحجة أنه بذل العناية المطلوبة لمنع وقوع السبب الأجنبي لأنه لا يملك السيطرة عليه، وهذه محاولة متواضعة عسى أن تعين أهل الاختصاص في القانون التجاري، وهي لاشك تحتاج بالطبع إلى متابعة الدراسة فيها ووضع القواعد القانونية التفصيلية لها في نطاق العمليات المصرفية الإلكترونية .

والله من وراء القصد،،،