



وقائع البحوث المشاركة
في المؤتمر القانوني الدولي الثاني

تحت شعار

الحدوث العقلانية في التشريعات



1444هـ - 2023م

برعاية العتبة الحسينية المقدسة وتحت اشراف وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

اقامت كلية القانون جامعة وارث الانبياء عليه السلام بالتعاون مع كليات القانون في كل جامعة من
الجامعة المستنصرية - جامعة السليمانية - جامعة سوران - جامعة الفلوجة - كلية الامام الكاظم (عليه السلام) فرع البصرة

ISBN : 978-9922-21-493-1

المحتويات

افتتاحية المؤتمر	١
محور القانون العام	٩
دور القيم العالمية في معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي .	١٠
أهمية الاعتبار الشخصي في العقد الاداري (دراسة مقارنة)	٤٤
الحدائق والعقلانية في إنشاء القضاء الإداري في العراق	٨٧
الطعن بالمراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية	١١١
القيم الشخصية وأثرها في السلوك الاجرامي	١٣١
الاحكام القانونية لمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى	١٧٤
ضوابط الصياغة الدستورية للحقوق والحريات وإشكالياتها في العراق	٢١٣
A NOTION OF EUTHANASIA FROM A LEGAL AND MEDICAL ETHICS PERSPECTIVE	٢٣٥
محور القانون الخاص	٢٥٢
القانون التجاري أم قانون الأعمال	٢٥٣
عقلنة الحدائق بين التأسيس الفلسفي والانعكاس القانوني	٢٦٨
اكتساب الأولاد للجنسية العراقية وفقدانها تبعاً للوالدين	٣٠٠
شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني "دراسة قانونية في معالجة شروطها التعسفية"	٣٢٧
اثبات تطبيق قواعد المنشأ ودوره في حماية التجارة الدولية " دراسة مقارنة"	٣٥٨
التقليد الإلكتروني للعلامات التجارية المشهورة	٣٩٨



افتتاحية المؤتمر

الحدائق وعقلانية التشريع

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر
جامعة كربلاء/ كلية القانون

ان للتطور والحدائق التي يشهدها العالم اليوم اثر كبير في التشريعات القانونية، والتي يجب وبدون ادنى شك ان تواكب تلك التطورات والمستجدات، وبالشكل الذي يحقق العقلانية فيها، من خلال الوضوح والدقة في الصياغة وتحقيق الاهداف والغايات التي وضعت من اجلها، فالقانون هو انعكاس للواقع الذي يعيشه المجتمع، وبالشكل الذي يصل به الى الامن القانوني المنشود، سواء لدى السلطات المختصة أم الافراد.

ولكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث النصيب الذي تساهم فيه لمواكبة تلك الحدائق وصولا للعقلانية التشريعية، فالامر لا يقتصر على السلطة التشريعية وان كانت تتحمل الثقل الاكبر في مواجهة تلك الحدائق وعلى جميع المستويات التكنولوجية، الطبية، الصحية، الاقتصادية، العسكرية، الامنية، الفنية، الرياضية، الثقافية... الخ. فتلك السلطة هي من تقوم بتشريع القوانين التي تعالج ما استجد من من تطورات حدائوية في المجتمع، كما هو الحال في تكنولوجيا المعلومات وحماية الامن الشخصي والسبراني للدولة، وجرائم المعلومات او الجرائم الالكترونية، التي يحتاج المجتمع الى مواجهتها قانونيا، لاسيما من الناحية الجنائية، لخلو التشريع العراقي من تنظيم قانوني خاص بها، وهو امر نراه ضروريا وملحا؛ لكي تكون تلك التشريعات مواكبة للحدائق والتطور، والا أصبحت لاتبلي حاجات ومتطلبات المجتمع، فالتشريع اذا كان يمثل انعكاسا للمجتمع ومتطلباته فمن الضروري ان يظهر ذلك في منظومته التشريعية، وتحديثها بين الحين والآخر، فكلما كانت التشريعات واضحة ودقيقة وتبلي طموحات وتطلعات المجتمع، كانت صالحة للتطبيق

والتنفيذ، بعيدا عن التفسيرات والتأويلات المؤثرة فيها، والتي قد تخرجها عن الهدف والغاية التي شرعت من أجلها. ولا شك ان ذلك الامر الخاصة بمواكبة التشريعات للحدثة تحقيقا للعقلانية في التشريعات الصادرة عنها، يرتبط ارتباطا وثيقا بتكوين تلك السلطة وفاعلية وظيفتها التشريعية، وذلك من خلال اداء الدور الموكل اليها من خلال اعضائها، واستعانتها بالمستشارين من ذوي الاختصاص في مجال التشريع، حفاظا على وحدة التشريع وجودته.

واللغة القانونية تحتاج منهجية علمية واسلوب خاص بالتعبير فأنها بلا شك تحتاج الى منهجية خاصة في التفكير، فمنهجية التفكير السليم والواضح والدقيق، تعود بلا شك الى منهجية سليمة في التعبير، اما اذا كانت منهجية التعبير غير سليمة او غير دقيقة وغير مفهومة، فأننا اذا ما طالعنا تلك المنهجية غير السليمة في التعبير وجدناها تعيق او تشوه منهجية التفكير مهما كانت سليمة وصافية، فالارتباط واضح وصريح بينهما، فالأولى الاهتمام بالاثنتين معا، وان كان الاهتمام بالظاهرة منها اولى، فهي ما يظهر على السطح وعلى ضوءه يتم التعامل والتصرف مع الاخرين، فهو المصدق الظاهر لذلك الموضوع، وكل ذلك يظهره المشرع في تشريعاته وما تشتمل عليه من نصوص واحكام قانونية.

فالأفكار القانونية الحديثة تحتاج الى وعاء تظهر فيه، وهذا الوعاء هو اللغة، ولكن ليست أي لغة بل هي اللغة القانونية، واللغة السليمة يمكن من خلالها فهم الفكر او الافكار الصحيحة، وبالتالي يصل المعبر عنها الى غايته ومرامه، وهذا ما يهدف اليه كل معبر سواء كان مشرعا ام فقيها ام قاضيا، وهذا ما يعبر عنه بالعقلانية.

وللغة دور كبير في مجال القانون، فعلم القانون هو علم يبحث في صياغة وصناعة التشريع من قبل السلطة المختصة بالتشريع، سواء كانت السلطة الاصلية (السلطة التشريعية) بذلك، او السلطة التي تفوض ذلك (السلطة التنفيذية) بتفويض صريح من السلطة الاصلية، وهذا يظهر من خلال صياغة النصوص القانونية على شكل مواد قانونية تظهر فيها تلك الاحكام القانونية

الموضوعية، كما هو الحال في التجريم والعقاب ، أو الاحكام الاجرائية التي تضع تلك النصوص موضع التطبيق، فالوصف القانوني يتكفل ببيانه المشرع من خلال نصوص عقابية سواء وردت في قانون العقوبات ام غيره من القوانين العقابية الخاصة.

اما دور السلطة القضائية فلا يقل اهمية وشأنا عن دور التشريعية، فهو دور مكمل ومتمم للعملية التشريعية في تحقيق غاياتها واهدافها المرجوة من التشريع، ولا يمكن لاحد ان يتجاهل هذا الدور لاسيما في ظل غياب النصوص التي تعالج تلك الموضوعات الحديثة كتلك المتعلقة بالتكنولوجيا والتواصل الاجتماعي، فاصبح الاجتهاد القضائي مطلوبا لمواجهة تلك المتغيرات في ظل عالم الحداثة اليوم، وما شهدناه لدينا في العراق من موقف ايجابي للقضاء العراقي بخصوص مواجهة ما يسمى (المستوى الهابط) عبر وسائل التواصل الاجتماعي خير شاهد ودليل ، فلولا دور القضاء لتسعت دائرة ذلك واصبحت من الصعوبة القضاء عليها او الحد منها.

فكلما كان القضاء فاعلا وايجابيا في تعامله مع تلك الوقائع، حصل الردع العام والخاص بشكل مؤثر وملمس، وبالتالي يساهم في القضاء على تلك الافعال او الحد منها على اقل تقدير.

فاللغة القانونية القضائية، تتمثل في القرارات والاحكام القضائية التي لا تصدر الا بعد اتباع سلسلة ومجموعة من الاجراءات الجنائية المنصوص عليها، والتي تختلف من جريمة الى اخرى، فأجهزة العدالة الجنائية ومنها اجهزة التحقيق الاولى والادعاء العام ، واعضاء الضبط القضائي والسلطة القضائية التي تعمل على تطبيق النصوص القانونية ومعرفة مدى مواءمتها للوقائع الاجرامية (الجريمة) ، فالمشرع عندما يعطى الوصف القانوني لجريمة ما ، فإن القاضي يعطى التكييف القانوني الذي يراه مناسباً وفقاً لعملية منطقية وعقلية يراعى فيها القاضي ظروف وملابسات الجريمة وتوافر اركانها اولاً، ومن ثم تقدير الجزاء المناسب ، سواء كان عقوبة ام تدبيراً.

ومن اجل ان يكون التكييف واضحا وسليما وقانونيا لابد من اتباع الاسلوب اللغوي فى تفسير معانى تلك الالفاظ والعبارات والجمل واعطائها المعنى الدقيق وصولا له- التكييف- وهذا الامر لا يمكن ان يتم بعيدا عن اللغة واساليبها وادواتها، فاللغة هى الوسيلة الاولى فى فهم معانى النصوص بما يرد فيها من الفاظ وعبارات، ومن خلال ذلك يمكن الوصول الى القناعة القضائية السليمة فى فهم الواقعة الاجرامية ومن ثم اعطائها التكييف الدقيق الذى يتطابق او يقترب من الوصف القانوني الذي اسبغه المشرع على تلك الجريمة.

اما السلطة التنفيذية فهي المنفذ المباشر لتلك المنظومة التشريعية والقرارات والاحكام القضائية، فبدونها تصبح حبر على ورق، فانفاذ القانون امر مهم في الوصول الى العدالة الجنائية، وهذه امر غاية في الاهمية من اجل خلق وضمان تحقيق الامن القانوني، الذي تعد العقلانية صورة من صورته او وسيلة من وسائل تحقيقه والوصول اليه.

فالحداثة لا يمكن ان تواجه بمحور دون اخر، بل لابد من مواجهتها بمحاور ثلاثة متكاملة يعضد بعضها بعضا.

كما لا يمكن ان ننسى دور الفقه القانوني واصحاب الاختصاص في هذا المجال من حيث مناقشة الآراء والافكار الجديد وابداء الرأي فيها وبالشكل الذي يخدم المجتمع ويحقق تطوره وفائدته.

كما تظهر حداثة وعقلانية اللغة القانونية من خلال الآراء والافكار الفقهية التي يطرحها الفقهاء والمختصين فى مجال القانون، وشراحه؛ لان لغة الفقه القانوني لغة خاصة تحتاج الى من يفهمها ويستوعب معانيها وهو امر مهم يصل به الانسان الى العقلانية التشريعية، ومن ثم اليقين القانوني الذى يتطلب فى التشريع دقة ووضوح وبالتالي علما وفهما بما يصدر عن المشرع حتى لا يحاسب شخص على فعل لا يعلم بأنه جريمة، وفقا لمصلحة وجددها المشرع جديرة بالحماية من حيث الغاية، الامر الذى يتطلب ابتداء الاهتمام باظهارها فى افضل صورة .

فالتفكير القانوني الحديث اصبح منفثا ومنتورا اكثر من سابقه في مواجهة ما استجد من موضوعات حدائوية، انشآت او انتجت مشاكل او اوضاع معقدة بحاجة الى تنظيم ومعالجات وطول قانونية عقلانية، والا انعكست سلبا على المجتمع وافراده، وعلى الحقوق والحريات فيه، كما هو الحال فيما يسمى (بالمجتمع الخامس) أو (الذكاء الاصطناعي)، وما يثيره من قضايا وتساؤلات تحتاج الى تنظيم قانوني دقيق وواضح يتسم بالعقلانية من حيث المسؤولية، وانواعها وشروطها ونطاقها واحكامها، واثارها ونتائجها، فلا يمكن تطبيق الاحكام والمبادئ العامة على تلك الموضوع، بل لابد من مواجهة ومعالجة وطول قانونية تنسجم مع طبيعة تلك الموضوعات ومراعاة حدائتها، بتشريعات تتسم بالعقلانية في التنظيم والاحكام والاثار والنتائج.

ومما لاشك فيه ان مثل هكذا امور تحتاج الى حدائفة في التفكير القانوني قبل حدائفة التعبير الذي يعد الوسيلة المعبرة عما يدور في الفكر، والذي يجب ان يتسم بالوضوح في الصياغات القانونية، والدقة في الاحكام، والعقلانية في التنظيم، وهذا الامر لا يتحقق مالم تتبع منهجية قانونية واستراتيجية منظمة في ذلك وفي جميع التخصصات القانونية (جنائية، مدنية، تجارية، دولية، ادارية، مالية، الخ..).

خلاصة الامر يمكننا القول ان الحدائفة أصبحت امر مفروض ومفروغ منه، فاين نحن من مواجهتها قانونا؟

علينا ونحن نواجه تلك الحدائفة بعقلانية التشريعات التي يحتاجها المجتمع فعلا، وبالشكل الذي ينسجم مع تلك المستجدات والمتغيرات التي يشهدها العالم باجمعه، ومجتمعنا العراقي بصورة خاصة، ولانرى ضيرا في الافادة من تجارب الاخرين في هذا المجال والذين سبقونا في ذلك الامر، مع مراعاة خصوصية المجتمع العراقي، فنحن نحتاج الى تحديث المنظومة التشريعية بما يواكب تلك الحدائفة فعلا وواقعا، لا لتظييرا فقط، كما هو الحال في منظومة تشريعات التعليم العالي واساليب التعليم والتعلم، والبحث العلمي، وكل هذا يحتاج الى منظومة تشريعية متكاملة من اجل تحقيق النمو والتطور المنشود من خلال ربط

المؤسسات التعليمية في خدمة المجتمع وتطوره، (الجامعة في خدمة المجتمع)، (الجامعة المنتجة).

ان الحدائة التي نريدها لاتعني مغادرة خصوصية مجتمعنا العراقي، لاسيما ونحن نرتبط بمنظومة قيمية اخلاقية اجتماعية تربوية لها خصوصيتها، ولايمكننا التخلي عنها تحت حجة الحدائة، بل تلك المواجهة تقتضي العقلانية في المواجهة والتنظيم الايجابي، فمتى كانت تلك السياسة التشريعية والقضائية والتنفيذية هدفها خدمة المجتمع، كانت العقلانية وتدها ومظلتها الاساس الذي لايمكن الاستغناء عنه، مهما كانت الظروف والصعاب والتحديات، وان هذا الامر ليس بالامر اليسير والبسيط، بل يحتاج الى عقول متفتحة وافكار متنورة وبرامج مدروسة، وفي الوقت ذاته محافظة على اصالة وقيم هذا المجتمع واهله والتي لايمكن التخلي عنها أو مغادرتها باي حال من الاحوال، في ظل المحددات الدستورية والاجتماعية والاخلاقية والدينية لدينا.

اذن فالترابط صريح وواضح كوضوح الشمس في رابعة النهار بين الحدائة والعقلانية، ولايمكن لاي عاقل وبصير ان ينكر ذلك، ولاسيما في مجال التشريع، ومن هنا جاء عنوان هذا المؤتمر القانوني.

محور القانون العام

دور القيم العالمية في معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي

الباحث/ أ.م.د. سليمان كريم محمود/ كلية القانون/ جامعة السليمانية

الباحث/ هورامان جلال أحمد / ماجستير في القانون الجنائي / كلية القانون/ جامعة السليمانية

المقدمة

ظلت عملية التشريع الجنائي الداخلي ولسنوات طويلة من اختصاص المشرع الوطني يمارسها بصفة انفرادية في إطار داخلي منظم، لكون التشريع بصفة عامة والتشريع الجنائي بصفة خاصة من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها على إقليمها من جهة، ولكون عملية التشريع الجنائي الداخلي لتجريم الأفعال عملية خطيرة يترتب عنها إصدار نصوص عقابية قد ينجم عنها تعسف في تقييد الحريات الفردية إذا ما صيغت بصفة خاطئة من جهة أخرى، إذ ان العملية التشريعية الجنائي الداخلي بمعناه التقليدي عبارة عن خطة للنظام القانوني المتكامل يرسمها واضعوا السياسة التشريعية وفق ايدولوجية معينة معبرة عن الافكار والمصالح الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة في مجتمع معين وفي فتره زمنية معينة وهي بذلك تمثل الافكار الرئيسية التي تواجه القانون في مراحل انشائه وتطبيقه وتحدد اهداف التشريع والخطوط العريضة التي يجب اتباعها عند التشريع، فعملية التشريع الجنائي الداخلي وقبل ظهور القيم العالمية كانت قائمة على حماية المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتجسيد لمصالح محلية تؤكد إبتداءً على حماية مظاهر التسلط، إلا ان حالة العولمة فتحت الآفاق أمام العالم لمتابعة الحركة التشريعية العالمية، لأنها اصبحت جزءاً من المصالح المشتركة، بحيث أصبح لزاماً على الدول أن تمد المعاهدات والمواثيق الدولية الى تشريعاتها الوطنية، إذ ان انتقال العولمة من مجرد عولمة اقتصادية إلى عولمة شاملة تمس اغلب الميادين، منتجة أنماطاً جديدة من الإجرام، بحيث يتجاوز خطرها إقليم الدولة الواحدة؛ إذ أفرزت العولمة وباء جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية وجرائم الإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع



بالأدوية وتهريب المهاجرين، واستغل مرتكبوها الثغرات في التشريعات الوطنية بهذا الشأن، وبالتالي فإن هذه الجرائم فرضت نفسها كخطر حقيقي تهدد أمن واستقرار دول العالم دون استثناء، وأدى ذلك إلى توحيد الدول جهودها لمكافحة تلك الجرائم من خلال صياغة نصوص دولية ملزمة للدول المصادقة عليها، والزامهم بإدراجها في التشريعات الداخلية، مما سيؤدي إلى تغيير النظام القانوني الجنائي المرتكز على الشرعية الجنائية الوطنية أساسها إطار إقليمي سيادي لوضع القواعد الجنائية، وقوامها مبدأ التدرجية القانونية وما يترتب عنه من تنظيم وترتيب لمصادر القاعدة القانونية لتفرض تبعاً لذلك وضعاً تشريعياً خاصاً واستثنائياً يبنى على حالة من التوفيق بين التشريعات الداخلية، وتوجهات المجتمع الدولي في المجال الجنائي مكرسة ما يعرف بعولمة النص الجنائي.

وعملًا بهذه الفكرة وتحت تأثير القيم العالمية وعولمة نصوص التجريم لجأ المشرع في الكثير من الدول ومن خلال سياسته التشريعية الجنائي الداخلي إلى إصدار قوانين جنائية خاصة أو تنظيم هذه الجرائم في نصوص قانون العقوبات الأساسي أو من خلال نظام مواءمة التشريع الجنائي، وذلك للحد من جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية والإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، إلا ان المشرع في العراق وإقليم كردستان كانا غافلين عن تنظيم هذه الجرائم، بحيث لم ينظما هذه الجرائم في نصوص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ولم يشرعا قوانين جنائية خاصة بهذا الصدد، أي إن المشرع الجنائي في العراق وإقليم كردستان العراق لم يدر في مخيلتهما تبني تشريعات جنائية خاصة أو إضافة مواد إلى قانون العقوبات العراقي أو القيام بالمواءمة التشريعية لتنظم هذه الجرائم في تشريعات الداخلية.

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا الموضوع في الإنتشار الواسع والكبير لشبكات إجرامية خطيرة في العراق واقليم كردستان العراق التي باتت

تهدد أمن المجتمع، ومن ثم وجود قصور واضح في التشريع الجنائي الداخلي في العراق واقليم كردستان بهذا الصدد، فمن الضروري أن تكون هناك دراسات تبين مدى إمكانية جعل سياسة التشريع الجنائي الداخلي أكثر واقعية وحادثة، بحيث تأخذ بنظر الاعتبار قيم العالمية الحديثة وعولمة نصوص التجريم والمواثيق الدولية بنظر الاعتبار كي توفر قدرًا أكبر من الحماية الجنائية لضحايا الجرائم ضد الانسانية والإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، بغية الوصول الى نظام قانوني جنائي داخلي أكثر عدالة وفاعلية، يقوم على أساس واقعي في تنظيمه لأوضاع أطراف الجريمة ومراكزهم القانونية.

إشكالية البحث

يعتري هذا الحث العديد من الإشكاليات منها ان العراق وبضمنه اقليم كردستان قد صادق على العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتعامل من جرائم الإبادة الجماعية والإختفاء القسري والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، إلا ان الدولة العراقية لم تقم بتجسيد هذا الامر على صعيد التشريع الجنائي الداخلي، حيث ان النقص التشريعي مازال خصوصية ثابتة في النظام القانوني الجنائي العراقي بخصوص العديد من الجرائم، بمعنى ان المشرع الجنائي العراقي لم يرقم إلى الان بتحديث نظام التشريع الجنائي العراقي، ليوكب معطيات قيم العالمية والعولمة.

ورغم ان المشرع حاول إيلاء قيم العالمية والعولمة الجنائية اهتماما عند سنه لبعض النماذج القانونية للجريمة من خلال عملية إصدار قوانين جنائية خاصة، كجريمة الإتجار بالبشر وجريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، إلا إنه لم يوفق إلى درجة ما في جعل قيم العالمية والعولمة الجنائية موضوعاً

هاماً في سياسة التشريع الجنائي الداخلي لجرائم كجرائم الإبادة الجماعية والإختفاء القسري والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، لذا يمكن القول بأن ثمة إشكالية حقيقية متصلة بالنظام القانون الجنائي في كل العراق واقليم كوردستان تكمن في غياب تأثير قيم العالمية والعولمة الجنائية على سياسة التشريع الجنائي الداخلي بهذا الصدد.

أهداف البحث

1. بما أن القيم العالمية فرضت واقعاً غير مألوف على سياسة التشريع الجنائي الداخلي وعلى صعيد النظام القانوني الجنائي، لذا فإن هذه الدراسة تهدف الى إستظهار ومعالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي بصدد جرائم الإبادة الجماعية والإختفاء القسري والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، والتي يستوجب على المشرع في العراق وإقليم كوردستان الالتفات اليها وإيلائها الاهتمام من خلال عمله التشريعي، وذلك من خلال اصدار قوانين جنائية خاصة في العراق والإقليم او بتنظيم هذه الجرائم في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل أو عن طريقة اللجوء الى نظام الموائمة التشريعية، وإيلاء الاهتمام والعناية الكافية بمسألة القيم العالمية ومعالجة النقص التشريعي الموجود في كل العراق والأقليم.

2. معرفة فيما إذا كانت الحماية الجنائية الموضوعية والشكلية المقررة لجرائم ال إبادة الجماعية والإختفاء القسري والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين الواردة في الإتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية كافية من عدمها من خلال تحليل النصوص الواردة لبيان ما يعترئها من أوجه قصور ومكامن ضعف وما تتضمنها من مواطن قوة للأخذ بها من قبل المشرع في العراق واقليم كوردستان.

منهجية البحث

إن الأسلوب المتبع في كتابة هذا البحث هو الأسلوب التحليلي (Analytical method)، إذ سناجاً إلى تحليل النصوص الجزائية ذات الصلة بالموضوع، وكذلك تحليل الآراء الفقهية الواردة بصدها.

هيكلية البحث

من أجل دراسة موضوع هذا البحث الموسوم بـ (إشكالية مرتكزات سياسة التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية) سنقسم هذا البحث فضلاً عن مقدمته إلى مبحثين، سنطرق في المبحث الأول إلى (إشكالية مرتكزات سياسة التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية)، بينما سنخصص المبحث الثاني لـ (معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية للتجريم)، وفي ختام هذا البحث سندرج جملة من الإستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل إليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأول

إشكالية مرتكزات سياسة التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية

يشهد العالم اليوم في ظل القيم العالمية والعولمة أشكالاً مختلفة من الجريمة لم تكن معروفة سابقاً، أطرافها مختلفة تماماً سواء فيما يتعلق بالجاني أو المجني عليه ومكان ارتكابها لم يقتصر على إقليم واحد وإنما يشمل جميع أقطار العالم وضحيتها لم تعد فرداً أو مجموعة وإنما أصبحت دولاً ومجتمعات بأكملها، كما أن الوسائل التي تعتمد عليها لم تعد تقليدية إنما أصبحت وسائل متطورة جداً، فعلى سبيل المثال أفرزت العولمة وباء جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين، واستغل مرتكبوها ثغرات التشريعات الوطنية بهذا

الشأن، وبالتالي فإن هذه الجرائم فرضت نفسها كخطر حقيقي تهدد أمن وإستقرار دول العالم دون استثناء، وأدى ذلك إلى توحيد الدول جهودها لمكافحة تلك الجرائم من خلال صياغة نصوص دولية ملزمة للدول المصادقة عليها، والزامهم بإدراجها في التشريعات الداخلية، مما سيؤدي إلى تغيير النظام القانوني الجنائي المرتكز على الشرعية الجنائية الوطنية أساسها إطار إقليمي سيادي لوضع القواعد الجنائية، وقوامها مبدأ التدرجية القانونية وما يترتب عنه من تنظيم وترتيب لمصادر القاعدة القانونية لتفرض تبعاً لذلك وضعاً تشريعياً خاصاً واستثنائياً يبنى على حالة من التوفيق بين التشريعات الداخلية، وتوجهات المجتمع الدولي في المجال الجنائي مكرسة ما يعرف بعولمة النص الجنائي.

بغية دراسة مسألة إشكالية مرتكزات سياسة التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية والعولمة سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، إذ سنبحث في المطلب الأول مسألة تأثير القيم العالمية والعولمة على الطابع السيادي للتجريم والعقاب، وسنتعرض في المطلب الثاني دراسة أزمة الطبيعة المتغيرة للمصلحة المحمية ومبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الداخلي، وكما يلي:

المطلب الأول

تأثير القيم العالمية والعولمة على الطابع السيادي

للتجريم والعقاب

بما أن العولمة تعد مرحلة من مراحل تطور النظام الرأسمالي العالمي، وقد خلقت اتجاهات عامة لانفتاح الدول على بعضها، ليكون ما يسمى عالمياً بلا حدود، فسهلت العولمة انتشار العلوم والثقافة والمعلومات، في كافة المجالات مما جعلت من العالم قرية صغيرة، وفي الوقت ذاته حملت بين طياتها أيضاً تنامي العديد من التصرفات والسلوكيات الاجرامية المتنوعة والمستحدثة، إذ أفرزت العولمة وباء

جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية وجرائم الإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين⁽¹⁾. ويمكن القول بأن المتغيرات التي صاحبت العولمة أثرت على مفهوم الطابع السيادي للتجريم والعقاب، إذ ان هناك علاقة طردية محتملة بين المتغيرات التي صاحبت العولمة وتقلص الطابع السيادي للتجريم والعقاب، وبسبب التطورات الهائلة التي شهدتها العالم لم يعد الطابع السيادي للتجريم والعقاب بقادرة على الصمود في مواقعها، وأخيراً أدى الى فقدان المجالس النيابية الداخلية لسلطة المبادرة بالتجريم والعقاب، ومن ثم تجاوز مبدأ التدرج القانوني لسياسة التجريم والعقاب. لذا ومن أجل دراسة مسألة تأثير القيم العالمية والعولمة على الطابع السيادي للتجريم والعقاب سنقوم بتوزيع هذا الطلب الى فرعين، إذ ان في الفرع الأول سنبحث عن مسألة فقدان السلطة التشريعية لسلطة المبادرة بالتجريم والعقاب، أما في الفرع الثاني سندرس مسألة تجاوز مبدأ التدرج القانوني لسياسة التجريم والعقاب وفقاً مايلي:

الفرع الأول

فقدان السلطة التشريعية لسلطة المبادرة في التجريم

والعقاب

لا شك فيه أن منذ ظهور مبدأ الفصل بين السلطات بصياغته الحديثة على يد الفقيه الفرنسي (مونتسكيو=Montesquieu) فإنه تضمن اختصاص كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث بوظيفة محددة، فأصبحت وظيفة السلطة التشريعية هي سن التشريع وهو وضع قاعد

(1) للمزيد عن هذا الموضوع يراجع: ميلود رايح و سعاد مسينيسيا، أثر العولمة على سياسة التجريم والعقاب، رسالة ماجستير، كلية لحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٢٠. و رضا عبد الغفار منصور، العولمة وغسل الاموال، رسالة ماجستير، كلية حقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٩، ص ١١. نقلاً عن د. خليل يوسف جندي ميراني، سياسة التجريم في ظل العولمة، دراسة مقارنة، ط ١، دار سبيريز، دهوك، ٢٠١٨، ص ٤١٨.

عامة مجردة تحكم تصرفات الجماعة داخل كيان الدولة⁽¹⁾، وفي سياق متصل يمكن القول بأن تحدد الدساتير اختصاص السلطة التشريعية بممارسة وظيفته الأساسية وهي التشريع، فتنص المادة ٦١ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ على " يختص مجلس النواب بما يأتي: أولاً- تشريع القوانين الاتحادية ... (...).

ويلادحظ بأن تتجسد فعلياً ممارسة هذا الاختصاص من خلال سلطة التشريعية في المبادرة باقتراح قوانين، وكذلك مناقشة مشاريع القوانين التي تقدمها السلطة التنفيذية ليضطلع دون غيره بسلطة

المصادقة على القوانين وإصدارها، فهو السيد في تقدير مدى ضرورة التشريع الجنائي الداخلي استناداً لتقديره للمصلحة الجديرة بالحماية وللسلوكات التي تضر بها أو تهددها بالخطر⁽²⁾.

إذا كانت الوظيفة التشريعية من الوظائف السيادية للدولة فهي كذلك من باب أولى عندما يتعلق الأمر بالتشريع الجنائي بالنظر إلى ارتباطه الوثيق بحق الدولة في التجريم والعقاب، وما يحمله من تقييد للحقوق والحريات المنصوص عليها في وثائق الدستورية، لذا يسند النظام السياسي في أغلب دول العالم هذه الوظيفة إلى سلطة تشريعية تعرف عموماً بالمجالس النيابية أو البرلمان تستمد مشروعيتها من الطابع الديمقراطي لتشكيلتها ولاعتبارها تبعا لذلك تعبر عن الإرادة الجماعية وتكرس مبدأ سيادة الشعب، فيتحقق بذلك اعتبار التشريع تعبيراً عن الإرادة الجماعية المعبر عنها بصفة غير مباشرة من قبل نواب الشعب

(1) أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢١.

(2) SOTIS (Carlos), « criminaliser sans punir », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,

Dalloz, ٤/٢٠١٠, p.٧٧٣.

نقلاً عن: د. كريمة علا، عولمة نصوص التجريم: الواقع والتحديات، مجلة العلوم السياسية والقانونية، المجلد ١٢، العدد ١، الجزائر- ٢٠٢١، ص ١١٧.

في المجالس النيابية فيكون ذلك ضماناً لعدم تعسف السلطة الحاكمة في تقييد الحقوق والحريات⁽¹⁾.

وتعد العولمة مرحلة من مراحل تطور النظام الرأسمالي العالمي، وقد خلقت اتجاهات عامة لانفتاح الدول على بعضها، ليكون ما يسمى عالمياً بلا حدود، وسهلت العولمة انتشار العلوم والثقافة والمعلومات، في كافة المجالات مما جعلت من العالم قرية صغيرة، وفي الوقت ذاته حملت بين طياتها أيضاً تنامي العديد من التصرفات والسلوكيات الاجرامية المتنوعة والمستحدثة⁽²⁾.

وينطوي القيم العالمية لتجريم كل فعل او امتناع على خطر بالغ قد يخل بالقيم الانسانية المشتركة والتضامن بين بني البشر، وقد يهدد الامن والسلم الدوليين، وكرامة الانسان واسباب وجوده ومقتضيات استمرار الجنس البشري ومحيطه الطبيعي⁽³⁾.

عليه يمكن القول بأن القيم العالمية والعولمة والتقدم التقني تعد واحدة من العلل التي كانت وراء فقد السلطة التشريعية لسلطة المبادرة بالتجريم والعقاب، فلم يعد احد بمنأى عن تأثيراتهما، إذا امتدت للأفراد في حياتهم اليومية وأوضاعهم المعيشية وقيمهم الاجتماعية، فموضوع العولمة والقيم العالمية باتت لها علاقة وطيدة بسياسة التشريع الجنائي الداخلي التي ترتبط بسيادة الدولة من جهة وبحماية الأفراد وممتلكاتهم

(1) REBUT(Didier), « Le principe de la légalité des délits et des peines » in "Libertés et

droits fondamentaux", 22eme édition, Dalloz, 2016, n848, p.706.

نقلاً عن: د. كريمة علاء، المصدر نفسه، ص 116.

(2) رضا عبد الغفار منصور، العولمة وغسل الاموال، رسالة ماجستير، كلية حقوق، جامعة طنطا، 2009، ص 11. نقلاً عن د. خليل يوسف جندي ميراني، سياسة التجريم في ظل العولمة، دراسة مقارنة، ط 1، دار سبيري، دهب، 2018، ص 418.

(3) د. محمد رشيد حسن، مظاهر الانحراف التشريعي في القوانين الجنائية واثرها في الاستقرار القانوني، مجلة جامعة التنمية البشرية، السليمانية، العدد 1، المجلد 4، 2018، ص 38.

من جهة ثانية فظاهرة العولمة والقيم العالمية قد انعكس أثرها بشكل واضح في مجال التجريم والعقاب، حيث أدخلت تعديلات تضمنت تجريم وعقاب كل اعتداء يرمي إلى المساس بحقوق الإنسان^(١).

وفي السياق ذاته وبالنسبة لموقف دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بصدد مسألة فقدان السلطة التشريعية لسلطة المبادرة بالتجريم والعقاب وبالرجوع الى نص المادة (٨) من هذا الدستور نجد بأنه نص على " يراعى العراق مبدأ حسن الجوار، ويلتزم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاخرى، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية، ويقيم علاقاته على اساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل، ويحترم التزاماته الدولية". ويلاحظ بأن يؤخذ من النص الدستوري أن العراق يلتزم بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، سواء كانت اتفاقيات ثنائية بين العراق واحدى الدول أو أنها اتفاقيات أو معاهدات متعددة الاطراف^(٢).

عليه يمكن القول بأن السلطة لتشريعية في العراق تفقد سلطته في المبادرة بالتجريم والعقاب كلما ارتبط بالتزام دولي ناتج عن مصادقة الدولة على معاهدة دولية، إذ يقع على عاتق السلطة التشريعية باعتباره المؤسسة التشريعية الرسمية التزام المبادرة بسن قوانين تجسد الالتزامات الدولية للدولة، فيجد نفسه مرغما على إصدار قوانين جنائية قد لا يرى بالضرورة داعيا لها لغياب الأهمية الاجتماعية للتجريم، حيث يتوقف تراجع الدور السيادي للسلطة التشريعية عند فقدان المبادرة التشريعية.

(١) شريط فريحة و مبسوط يمينية، مظاهر عولمة القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان آشور، ٢٠٢٠، ص ٨.

(٢) طارق جمعه سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني، دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠٢٠، ص ٣٨.

الفرع الثاني

تجاوز مبدأ التدرج القانوني لسياسة التجريم

يشكل تأثير القيم العالمية والعولمة الجنائية على النظام التشريعي الجنائي الداخلي أهم ما يمكن الانطلاق منه لاستيعاب طبيعة وحجم التغيير الذي تلحقه هذه القيم العالمية والعولمة بأسس التشريعي الجنائي الداخلي باعتباره تجسيدا لسياسة التجريم، لكن لا يمكن فهم هذا الأثر دون التذكير أولاً بالنموذج التقليدي المستقر لمبدأ التدرج القانوني لسياسة التجريم والعقاب، فالبناء فكرة التشريعي الجنائي الداخلي الحديث يقوم على مرتكزات راسخة، تفسر بفلسفة الثبات التشريعي النسبي؛ القائم على فكرة السمو التشريعي، والتدرج الهرمي لتشريع الجنائي الداخلي^(١).

إذ توجد في كل دولة في العالم منظومة قانونية، ويحتل الدستور المنزلة الرفيعة والمكانة السامية في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة^(٢)، وهو ما نسميه (القانون الاسمي او الأعلى)، والقوانين العادية تتبوء المرتبة التالية للدستور من حيث التدرج القانوني، وتليها التشريعات الفرعية^(٣)، ووفقاً لتطبيق مبدأ السمو الدستوري، لا بد من خضوع كل قاعدة قانونية ادنى مرتبة لما تعلوها من قواعد قانونية، والقواعد القانونية كافة لا بد من خضوعها للدستور، بوصفه القانون الأسمى الذي له السيادة على كافة القوانين والتشريعات^(٤)، إن مبدأ التدرج القانوني هو الشرط وحجر الزاوية الذي يجب ان يتقيد به المشرع الجنائي عند تشريع الجنائي الداخلي، والا عدت تلك التشريع غير دستورية، وهذا ما

(١) د. كريمة علاء، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٢) د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، ط ٢، ب.ت مكان النشر، ٢٠١٣، ص ٨.

(٣) د. صايل مفلح المومني، تطور الرقابة على دستورية القوانين في الاردن، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١٩، المجلد ٤، سنة الرابعة، ص ٤١٤.

(٤) د. صايل مفلح المومني، مصدر سابق، ص ٤١٥.

يتعين الغاءها، وذلك من خلال المحكمة الاتحادية العليا التي تختص بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة^(١).
إلا أن هذا التنظيم الهرمي لا يجد له مكانا في النظام القانوني الدولي لتعدد المستويات التعقيدية التي تميزه دون خضوعها لترتيب تدريجي فيما بينها، بل تنظم العلاقة بينها على أساس "تنسيقي" تتراوح آلياته بين التعاون والتقارب والتوحيد، فيترتب عن ذلك أن عولمة القانون الجنائي التي تتم عن طريق ربط علاقة بين النظام القانوني الداخلي المنظم على النحو السالف الذكر والنظام القانوني الدولي المفتقر لهذا التنظيم تهرز استقرار و ثبات هذا النظام و تحتم إعادة النظر فيه لعدم تناسبه مع ما آل إليه واقع التشريع الجنائي، والتحول عن فكرة التدرج الهرمي في تكوين النظام الجنائي، وتخطيه إلى نمط جديد يعرف بـ

" الشبكة " قائم على أساس التنسيق بين المصادر المختلفة للقاعدة؛ بتوحيد الأنظمة الجنائية الوطنية والدولية متى أمكن ذلك، أو على الأقل التنسيق بينها في إطار جهود مشتركة ومتناغمة تحقق البعد الفلسفي والتصور النظري لأفكار وتوجهات ما بعد الحداثة الجنائي، التي أصبح ينشدها بعض الفقهاء والتيار التي تدعو إلى تجاوز الفكر القانوني الحديث الذي نادى بسمو مبدأ الشرعية الجنائية الذي يفرض إعادة النظر في المنظومة الجنائية، وتكوينها وفق تصوير مثالي للمشروع الجنائي، إلا أن هذا النمط "العنكبوتي" لصنع القاعدة القانونية يؤثر سلبا على متطلبات الدقة والوضوح الضرورية للحفاظ على فحوى مبدأ الشرعية الجنائية لافتقاره لقواعد تنظيم ثابتة كما يمكن استخلاص ذلك من واقع بعض التشريعات الجنائية التي صدرت في إطار إنفاذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

(١) المادة (٩٣/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

المطلب الثاني

أزمة الطبيعة المتغيرة للمصلحة المحمية ومبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي

الداخلي

بغية البحث عن أزمة الطبيعة المتغيرة للمصلحة المحمية ومبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الداخلي سنقسم هذا المطلب الى فرعين، إذ سنخصص الفرع الأول لأزمة الطبيعة المتغيرة للمصلحة المحمية في التشريع الجنائي الداخلي، وسنفرد الفرع الثاني لأزمة مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الداخلي، وكما يلي:

الفرع الأول

أزمة الطبيعة المتغيرة للمصلحة المحمية في التشريع الجنائي الداخلي

يقصد بالمصلحة القانونية بأنها " المنفعة محل الحماية القانونية التي يضيفها المشرع على الحق المعتدى عليه او المهدد بالاعتداء"⁽¹⁾، ويلاحظ ان حاجة المجتمعات الى وجود تنظيم يحدد العلاقة بين الافراد ويضفي الحماية على مصالحهم، قد ظهرت في المجتمعات لتحديد ممارسة الحقوق وللحيلولة دون إساءة استخدامها، وعدم الاعتداء على حقوق الآخرين عند ممارستها، كانت فكرة فرض الحماية القانونية

(1) محمد عباس حمودي حسين الزبيدي، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٦، ص ١٣.

على المصالح الجديرة بالحماية^(١)، كما يراها المشرع انها تمثل أهمية معينة، وتختلف هذه المصالح من مجتمع الى آخر طبقاً للايديولوجية التي يسير عليها النظام، وعلى اساس اهمية المصلحة يكون التجريم للفعل الذي يهدر تلك المصلحة او يهددها بالخطر^(٢).

ان للقيم العالمية والعولمة دور كبير في تطوير التشريع الجنائي الداخلي ودفع عجلته نحو الحداثة والعقلانية، لان المشرع يكون على حركة دائمة تماشياً مع المصالح المعتمدة والمتغيرة على الصعيد العالمي، فتجده يجرم افعالاً جديدة^(٣)، ووسيلة المشرع في هذا الخصوص هي التجريم والعقاب تحقيقاً لحاجات المجتمع وتلبية لمطالب القيم العالمية والعولمة، والتشريع الذي لا يعبر عن المصالح الاجتماعية هذا تشريعاً اجوفاً، فرغم ان التشريع الجنائي الداخلي يتطلب بعض الاستقرار الا ان هذا لا يعني عدم مواكبته لتطور المصالح ومرونتها، فالمصالح الاجتماعية تمتاز بالمرونة والتطور والتشريع الجنائي الداخلي يمتاز بالاستقرار، فاذا تخلف التشريع الجنائي الداخلي فترة من فترات عن التطور الحاصل في المجتمع الدولي، فانه لا يكون معبراً عن المصالح السائدة، وهذا يعني عدم مواكبة للواقع الاجتماعي وينتج عن ذلك الصراع بين المصالح والقانون^(٤).

(١) محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتمدة في التجريم، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ٢٢.

(٢) د. ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي، الحقوق الطبيعية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣، ص ٤٣.

(٣) Nada Saleh Hadi, Crimes arising from the use of genetic engineering, research published in Maysan Journal of Academic Studies, Volume, , ١٨ No. ٣٧, ٢٠١٩, p. ٧٥.

(٤) للمزيد حول هذا المسألة يراجع: عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، المجلة الجنائية القومية، العدد ٣، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٤٠٣. وحيدر غازي فيصل، الإسناد في القاعدة الجنائية، دراسة في القاعدة الجنائية الموضوعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٤، ص ٣٥١.

الفرع لثاني

أزمة مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الداخلي

أثرت القيم العالمية والعولمة على مناحي الحياة الإنسانية المختلفة، فامتدت لتطال البيئة التشريعية الجنائية الداخلية باعتبارها بعدا اجتماعيا، ففرضت على المشرع أن يتواءم في صياغته للتشريع، مع ما هو متواتر في سن وصياغة الاتفاقيات الدولية، من حيث إعادة النظر في أولوية المصدر في بناء القاعدة الجزائية وجعلها أكثر تخصصا من حيث موضوعها ومآلاتها، غير أن هذا

التوجه وإن كان محموداً في ظاهره، إلا أنه لا يخلو من بعض الآثار، التي قد تطال العديد من المسلمات التشريعية، ومنها مبدأ الشرعية الجنائية⁽¹⁾.

حيث نلاحظ بعدم استيعاب قانون العقوبات العراقي النافذ للتجريم الناتج عن العولمة والقيم العالمية، بالرغم مما يمكن التماسه من إرادة لدى المشرع في المحافظة على مركزية قانون العقوبات العراقي كمصدر للقاعدة الجزائية الناشئة عن العولمة التشريعية والقيم العالمية، إلا أن مسعاه هذا خلق مواضع تصدع في التنظيم والهيكل الأساسية التي بني عليها القانون، بسبب صعوبة الإدراج المنطقي والعقلاني للجرائم المستحدثة داخل التقسيمات الأصلية لقانون العقوبات، القائمة على أساس المصالح المعتدى عليها، وهي مصالح قد سجلت بتاريخ نشأة قانون العقوبات، في حين أن تطور الجريمة أدى إلى بروز مصالح جديدة جديرة بالحماية الجزائية، يصعب أن تجرد لها مكانا ضمن المصالح الأصلية.

(1) جريمة علا و عادل بوزيدة، تحولات مبدأ الشرعية الجنائية في ظل عولمة النصوص الجزائية،

وارتباطاً بالفكرة المطروحة آنفاً، يلاحظ بأنه بالرغم من انضمام العراق الى للعديد من الاتفاقيات الدولية و التزاماتها تجاه المجتمع الدولي فان العديد من صور التجريم الحالية في القانون العراقي لا تستجيب للتطورات الدولية، فعلى سبيل المثال انضمام العراق لاتفاقية مناهضة التعذيب و غيره من ظروف المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨، الا ان ذلك لم ينعكس على التشريع الجنائي الداخلي العراقي و تطبيقه و تنفيذه، فمن المعلوم ان مفاهيم التعذيب و المعاملة اللانسانية و القاسية ونطاقها في القانون العراقي أضيق مما هو عليه في الاتفاقية الدولية، إذ ذهب رأي الى ان اصدار تشريع جنائي داخلي لنفاذ نصوص تلك الاتفاقية هو الحل الامثل، لان صياغة احكام الاتفاقية في شكل تشريع جنائي داخلي يقلل من غموض نصوص الاتفاقيات ويعطي النص الجنائي شكله التام بشقي التجريم و العقاب ويتلائم عندئذ بصورة أفضل مع مبدأ الشرعية^(١).

المبحث الثاني

معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية للتجريم

بغية دراسة مسألة معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي تحت تأثير القيم العالمية للجريم سنقسم هذاالمبحث على مطلبين، إذ ان في المطلب الأول سنبحث عن معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي من خلال المواثمة التشريعي، أما في المطلب الثاني سندرس مسألة

(١) د. محمد رشيد حسن، التحول نحو العالمية في سياسة التجريم الاسس و المقترضيات، دراسة تصيلية للواقع التشريعي العراقي، المجلة الاكاديمية بجامعة نوروز، أربيل، العدد ٢، المجلد ٨، ٢٠١٩، ص ٤٢٠.

القوانين الجنائية الخاصة وسبل معالجة النقص التشريعي، ذلك طبقاً مايلي:

المطلب الأول

الموامة التشريعية كوسيلة لمعالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي

من أجل دراسة موضوع الموامة التشريعية كوسيلة لمعالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث سنلقى الضوء في الفرع الأول على مفهوم الموامة التشريعية، اما في الفرع الثاني سنخصصه لدور الموامة التشريعية في معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي، ذلك طبقاً لما يأتي:

الفرع الأول

مفهوم الموامة التشريعية

عرف الموامة التشريعية بأنها " وسيلة من وسائل التقنين الداخلي بالاستناد إلى المصادر الدولية للقواعد القانونية، تستهدف تحقيق قدر من التوافق والتوفيق بين الالتزامات التي ترتبها الاتفاقيات محل الموامة"^(١)، بينما ذهب رأي آخر بأنها " خلافا لعملية التوجيه التي تتناول استبدال نظامين او أكثر من النظم القانونية بنظام واحد، فإن الموامة القانونية تثار حصرياً في عملية المقارنة القانونية، فإن الموامة تسعى نحو التقريب بين النصوص القانونية أو النظم المختلفة من خلال القضاء على الاختلافات الرئيسية وإيجاد حد أدنى من المتطلبات أو المعايير"^(٢).

(١) سعد عادل بوزيدة، الموامة التشريعية، آلية لعولمة القانون الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد ١٣، عدد خاص، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي ٢٠٢١، ص ١٧١.

(٢) سعد عادل بوزيدة، المصدر السابق، ص ١٧٢.

وفي ذات السياق يلاحظ بأن الموائمة التشريعية في للقانون الجنائي الداخلي تتجسد من خلال إدراج فحوى الاتفاقيات والمواثيق الدولية ضمن النصوص والتشريعات الجنائية عن طريق عملية التجريم والعقاب، فإن هذه الأخيرة تستمد قوتها ومصدرها من اسس دولية واخرى داخلية، إذ تعد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعتمدة في سن وصياغة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وتستمد منها فكرة الموائمة للقانون الجنائي الداخلي أساسها، فباستقراء نصوص هذه الاتفاقية نجد بأن الدول الأطراف ملزمة على التمسك بالتزاماتها الدولية من خلال إدراج المعاهدات والاتفاقيات الدولية في تشريعاتها الداخلية عن طريق موائمتها ضمن النصوص القانونية لهذه التشريعات.

وأما المصدر الداخلي للموائمة التشريعية الجنائي الداخلي يشمل تلك النصوص أو الأحكام القانونية أو الدستورية المكرسة لفكرة الموائمة التشريعي للقانون الجنائي الداخلي للنصوص الدولية ضمن المنظومة القانونية الداخلية⁽¹⁾، حيث ان المشرع الدستوري العراقي من جهته اقر بمبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون ضمن المادة ٨ والمادة (٩/ أولاًهـ) من الدستور، وقبل ذلك كان العراق قد صادق على اتفاقية فيينا بقانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية فيينا رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٧، ويعد ذلك بمثابة الخطوة الأولى لرغبة المشرع في مسابقة التشريعات الدولية ومن ثم يعد هذا القانون الأساس والمصدر الذي تستسقي منه الموائمة التشريعية ضمن التشريع الوطني وبناء عليه يتم إنفاذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية ضمن القوانين الداخلية.

(1) عواس وبيسام و ريش محمد، عولمة القانون الجنائي و انعكاساتها على السياسة الجنائية الوطنية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٥، العدد ٣، الجزائر، ٢٠٢٢، ص ٩٢٠.

الفرع الثاني

دور المواثمة التشريعية في معالجة النقص التشريعي

تعتبر المواثمة التشريعية واحدة من أهم آليات عولمة مصادر القانون عموماً والجزائي منه خصوصاً، في الوقت الذي سائرت فيه الجريمة التطورات الاجتماعية والاقتصادية فأضحت مفهوماً ذا بعد دولي، يفرض على التشريعات الجنائية الداخلية ان تلتزم بقرارات وارشادات المجتمع الدولي، في شأن الحد من آثار ذلك التطور، خاصة فيما تعلق منه بالنقص التشريعي الجنائي الداخلي فوقع على عاتق تلك التشريعات الدجنائية الداخلية مهمة سن ونصوصها بما تتماشى والاتفاقيات الدولية، سعياً لتطويق الظواهر الاجتماعية المتفشية⁽¹⁾.

عموماً يمكن القول بأن لمواثمة التشريعية الجنائي الداخلي دور بارز في تجسيد عولمة القانون الجنائي في العراق، حيث تتم عولمة القوانين الجنائية من خلال إدراج محتوى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ضمن قواعد التشريع الجنائي الداخلي، وذلك عن طريق إتباع أسلوب المواثمة التشريعية الذي يعتبر شرطاً أساسياً للاحتجاج بالنصوص الدولية عامة والجنائية منها على وجه الخصوص، من هنا يظهر الدور الفعال الذي تلعبه المواثمة التشريعية في تعزيز مكانة الاتفاقيات الدولية كمصدر للتشريع الداخلي، حيث يترتب عن إبرام الاتفاقيات الدولية مجموعة من الالتزامات التي تضع على عاتق الدول الأطراف أمر تطبيقها، وأي إخلال بها قد يترتب المسؤولية الدولية وبالتالي فبمجرد موافقتها ضمن القواعد القانونية الدولية يجوز للأفراد الدفع بها أمام القاضي الوطني، كما يجوز لهذا الأخير العمل بها وإقرارها⁽²⁾.

(1) د. عادل بوزريدة، د. عادل بوزريدة، المواثمة التشريعية، آلية لعولمة القانون الجزائي، مجلة الاجتهاد

القضائي، المجلد 13، عدد خاص، الجزائر، 2021-ص 170.

(2) د. عادل بوزريدة، المواثمة التشريعية، المصدر السابق، ص 171.

وبهذا المعنى فإن للموامة التشريعية دور فعال في الحفاظ على مبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي يقضي بحصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، هذا الأخير الذي تسند مهمة صياغته للسلطة التشريعية حكراً فالتسليم بعولمة القانون الجنائي يعني بالضرورة عملية انتقال صنع النص الجنائي من المستوى الوطني إلى المستوى الدولي، بحيث تصبح السلطة التشريعية خاضعة لإملاءات خارجية ويصبح دورها مقتصرًا على ترجمة إرادات خارجية ممثلة في النصوص الدولية بعدما كان دورها المبادرة بالتجريم إلى جانب تحديد وضبط القاعدة القانونية غير أن الموامة التشريعية من شأنها أن تحول دون أن يكون هناك تعارض مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية من وضوح ودقة، إلى جانب كون النصوص الدولية في غالب الأحيان تفتقد للشق الجزائي الذي يعد الحلقة الثانية في صنع القاعدة القانونية الجنائية فمن خلال الموامة التشريعية تتمكن السلطة التشريعية من صياغة قاعدة قانونية متكاملة، إذ من الضروري وضع نظام قانوني محدد للموامة التشريعية، يسمح بإتباع الطريقة الأنسب لنفاذ النصوص الدولية ضمن النصوص الوطنية بشكل فعال^(١).

بمعنى ان تترجم في شكل قواعد جزائية داخلية تعكس قبول الدولة الطرف لفحوى الاتفاقية الدولية الشارعة، فلا يكفي للقول بوجود موامة تشريعية بين قانون داخلي واتفاقية دولية، قبول الدولة الطرف لهذه الاخيرة، بل يتعين ان تجد تلك المعاهدة او الاتفاقية مكاناً لها ضمن المنظومة التشريعية الداخلية، ويتم ذلك بسن نمط من النصوص تقرر من خلالها الدولة قبولها الصريح لمضمون الاتفاقية الدولية مصدر الموامة، ويمكن الاصطلاح على هذا القانون بتشريع الانفاذ الجزائي^(٢).

ان تشريع الانفاذ هو حلقة من حلقات الموامة التشريعية الجنائي الداخلي وهو نتاج التزام دولي يقع على عاتق الدولة الطرف، فور

(١) عواس ويسام و ريش محمد، مصدر سابق، ص ٩٢١.

(٢) د. عادل بوزيدة، مصدر سابق، ص ١٨٠.

مصادقتها على الاتفاقية، بأن يفرض عليها استصدار تشريع الإنفاذ، يسهل ويسير تطبيق الفحوى الاتفاقية، وان تشريع الانفاذ هو قواعد قانونية ذات طابع جزائي تتنوع بين قواعد قانونية جزائية موضوعية واخرى شكلية، تسنها الدولة احقاقاً لإلتزام المواثمة التشريعية، وتنفيذاً لما يرتبه هذا الاخير في النظام التشريعي الجنائي الداخلي، باعتبار هذا الاخير نظاماً تشريعياً سيادياً في التكوين القانوني للدولة، الذي يفرض ان تقتنر نصوصه واحكامه بجملة من القيم الانسانية المشتركة ومستهدفاً تحقيق الاستقرار الاجتماعي والامن القانوني، والعدالة، ذلك ان الجماعة الدولية تسهر على ضمان العديد من المصالح المتعارضة، والتي قد يصل بها الامر الى تعارض فيما بينها، وهو ما يفرض تدخل الهيئة الدولية بموجب قواعد جزائية، لتعيين المصالح القانونية وإضفاء حماية جنائية عليها، ويتدخل تشريع الانفاذ الجنائي، لتحقيق الاستقرار الاجتماعي والامن القانوني بما يضمنه من ثبات في المصالح والمراكز، وبما يحققه من توقعات المشروع، كمرتكات يقوم عليها هذا الاخير، كما ان قواعد الانفاذ الجزائي تستهدف تحقيق العدالة، من خلال ما يرسمه من ابعاد للتناسب بين السلوكات غير المشروع الجزاءات الجنائية المرصودة لها⁽¹⁾.

وفي ذات السياق يلاحظ بأن ثمة عدد من اجراءات لتوطين المعاهدات الدولية وفقاً للنظام العراقي، إذ ان قانون عقد الاتفاقيات رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٥ جاء في المادة ١٩ منه بأن الاتفاقية أو المعاهدة تدخل حيز النفاذ تجاه جمهورية العراق في التاريخ الذي تنص عليه المعاهدة بناءً على " أولاً / المصادقة على المعاهدة الثنائية وفق أحكام هذا القانون وتبادل وثائق التصديق أو تبادل المذكرات المؤيدة للتصديق. ثانياً/ المصادقة على المعاهدة متعددة الأطراف او الانضمام إليها وفق أحكام هذا القانون. وجرى إيداع الوثيقة اللازمة أو الاشعار بها وفقاً للأحكام

(1) ينظر: عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشريكة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٥٩، ص ٩. وحسينية شرون، علاقة القانون الدولي بالداخلي، مجلة الباحث، المجلد ٥، العدد ٥، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٦١.

المنصوص عليها في المعاهدة لدى جهة الایداع طبقاً للأحكام الختامية للمعاهدة. ثالثاً / تطبيق الأحكام الختامية للمعاهدة اعتباراً من وقت اعتماد نصها فيما يتعلق بتنظيم وتوثيق نصوصها وإثبات موافقة الدول على الالتزام بها ، وطريقة أو تاريخ دخولها حيز النفاذ والتحفظات عليها و وظائف جهة الایداع وغير ذلك من الأمور التي تتم قبل دخولها حيز النفاذ ، وخلاصة القول إن أي اتفاقية لا تعد نافذة في العراق ولا يسمح للقاضي أن يؤسس عليها حكماً أو ان يطبقها إلا بعد أن يصادق عليها بقانون.

المطلب الثاني

القوانين الجنائية الخاصة كوسيلة لمعالجة النقص التشريعي

من أجل دراسة مسألة القوانين الجنائية الخاصة كوسيلة لمعالجة النقص التشريعي، سنقسم هذا المطلب الى فرعين، حيث سنخصص الفرع الأول لمفهوم القوانين الجنائية الخاصة، و سنخصص الفرع الثاني لدور القوانين الجنائية الخاصة في معالجة النقص التشريعي، وكما يلي:

الفرع الأول

مفهوم القوانين الجنائية الخاصة

تعددت التسميات والمصطلحات في كل من التشريع والفقهاء للتعبير بصدد القوانين الجنائية الخاصة، ويطلق عليها في التشريعات العراقية (القوانين والانظمة العقابية الاخرى) وهذا ما اكدته المادة (١٦) من قانون العقوبات العراقي رقم(١١١) لسنة (١٩٦٩)^(١)، كما يطلق عليها في

(١) تنص المادة (١/١٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) على " تراعى أحكام الكتاب الاول من هذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في القوانين والأنظمة العقابية الأخرى ما لم يرد فيها نص على خلاف ذلك".

المادة (١٩) من القانون ذاته عبارة (قانون عقابي آخر)^(١)، ومن ملاحظة هذه النصوص يتبين لنا ان المشرع العراقي لم يحدد تسمية موحدة للتعبير عن القوانين الجنائية الخاصة.

ومن ملاحظة نصوص قانون العقوبات الجزائري رقم (١٥٦-٦٦) لسنة (١٩٦٦) المعدل، نلاحظ ان المشرع الجزائري استعمل مصطلح (القوانين واللوائح التنظيمية الخاصة) وذلك بقوله "تستمر المحاكم ومجالس القضاء في إتباع القوانين واللوائح التنظيمية الخاصة بالمواد التي لم ينص عليها هذا القانون"^(٢).

نص المشرع البحريني في قانون العقوبات البحريني رقم (١٥) لسنة (١٩٧٦) المعدل على "تسري احكام هذا القسم على الجرائم المنصوص عليها في القوانين الخاصة الا اذا وجد فيها نص يخالف ذلك"، ففي هذا النص نجد اشارة الى القوانين الجنائية الخاصة وذلك باستعمال مصطلح (القوانين الخاصة)^(٣).

ومن جانب آخر، نجد ان لشرح القانون والمختصين في هذا المجال وجهات نظر مختلفة، فمن الباحثين من يستخدم لفظ (التشريعات الخاصة الجنائية)^(٤)، ومن الفقه من يستخدم تعبير (التشريعات الجنائية الخاصة)^(٥)، ويميل رأي الى استعمال مصطلح (القوانين الجنائية الخاصة)^(٦).

(١) تنص المادة (١٩) من قانون العقوبات العراقي على " في تطبيق أحكام هذا القانون او في أي قانون عقابي آخر تراعى التعريفات التالية إن لم يوجد نص على خلاف ذلك".

(٢) المادة (٤٦٧) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٥٦-٦٦) لسنة (١٩٦٦) المعدل .

(٣) المادة (١١١) من قانون العقوبات البحريني رقم (١٥) لسنة (١٩٧٦) المعدل.

(٤) د. محمد رشيد حسن الجاف، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، مكتبة يادكار، السلمانية، ٢٠١٧، ص١٦.

(٥) د. احمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، ب. ت. مكان النشر، ٢٠٠٧، ص٤ وما بعدها.

(٦) د. ا. محمد اقبلي ود. عابد العمراني الميودي، القانون الجنائي الخاص المعمق في شروح، ط١، مكتبة الرشاد سطات لنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ٢٠٢٠، ص٦.

كما يطلق عليه أيضاً (القوانين العقابية الخاصة)^(١)، أو (Punitive Laws)^(٢) وهو مصطلح قانوني في اللغة الانجليزية يعبر عن التشريعات العقابية. ومن كل ما سبق يظهر ان كلاً من التشريع والفقهاء لا يجتمعان على تسمية واحدة، بل ان تسمياتهما تباينت حول القوانين الجنائية الخاصة، وفي مجال المفاضلة بين هذه المصطلحات والتسميات، نؤيد الرأي الذي يذهب الى ترجيح مصطلح (القوانين الجنائية الخاصة)، لكونه ذا معنى واسع، كذلك فإن هذا المصطلح لا يقتصر في العادة على الاحكام الموضوعية المتعلقة بالتجريم والعقاب، وانما يشمل على الاحكام الاجرائية ذات الصلة بكشف الجرائم والتحقيق فيها وملاحقة مرتكبيها، ومن ناحية اخرى فإن هذه التسمية تلفت النظر الى احدى قواعد حسم التنازع الظاهري للنصوص الجزائية ومنها قاعدة النص الخاص يغلب النص العام أو يقيده، فالمقابلة بين النص العام والخاص تجعل من المناسب استخدام (مصطلح القوانين الجنائية الخاصة)، لأن هذا المصطلح يفهم منه انه يحتوي على أحكام خاصة تختلف عن تلك الواردة في قانون العقوبات.

وكما ترجح هذه التسمية على مصطلح (القوانين الخاصة) بغية تفادي الخلط بينها وبين (النظام القانوني الخاص) اذ قد يبدو للوهلة الاولى عندما يقال إن القوانين الخاصة تعني القانون المدني و قانون الاحوال الشخصية وبقية القوانين التابعة للقسم الخاص^(٣).

ومن الممكن القول ان فقهاء القانون الجنائي انقسموا الى ثلاث طوائف في تعريفهم للقوانين الجنائية الخاصة، فبالنسبة الى الطائفة

(١) د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٢، العاتك لصناعه الكتاب، بغداد، ٢٠١٠ م، ص٣.

(٢) (KELIN, Punitive Laws and practices affecting HIV responses in Kenya, Nairobi-Kenya, ٢٠١٤, page .١٠)

(٣) زينة عبد الجليل، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص١١.

الدولى من الفقهاء، عرفوا القوانين الجنائية الخاصة بناءً على الطابع التكميلي لها، فمنهم من عرفها بأنها "مجموعة من النصوص الجزائية التي تستقل عن نصوص القسم الخاص من حيث إطاره التشريعي، وتتميز بالاستقلالية الذاتية، بحيث تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً في موضوعه وقواعده واجراءاته عن قواعد كل من قانوني العقوبات والاجراءات الجنائية"^(١).

وقد عرفت الطائفة الثانية من فقهاء القانون الجنائي القوانين الجنائية الخاصة تاسيساً على الأسباب الداعية لصدور هذه التشريعات، فمنهم من عرفها بأنها "مجموعة القوانين الجنائية التي تضاف الى قانون العقوبات الاصيلي او الاساسي لكي تحمي هي الاخرى مصالح هامة في المجتمع ولكنها مصالح متطورة ومتغيرة تقتضي للنص عليها في قوانين مستقلة عن تقنين قانون العقوبات حتى يتسنى تغييرها او تعديلها بما يتلاءم وطبيعة المرحلة التي يمر بها المجتمع، وتضمنها نصوصاً خاصة بها لكي تحقق حماية أوفى لتلك المصالح، مثل قوانين المخدرات والتهرب الجمركي والسلاح"^(٢).

واما الطائفة الثالثة من فقهاء القانون الجنائي، فقد عرفت القوانين الجنائية الخاصة من زاوية طابعها التكميلي واسباب تشريعها معاً، وانطلاقاً من هذا يذهب رأي الى تعريف القوانين الجنائية الخاصة بانها عبارة عن "النصوص الجنائية والاجرائية التي يرد النص عليها في التشريعات مستقلة عن التقنين الجنائي الاصيلي، وتتضمن في بعض جوانبها خروجاً على الاحكام العامة الواردة في قانون العقوبات العام او

(١) د. سمير عالية، الوافي في شرح جرائم القسم الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠، ص٨.

(٢) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٣٨ وما بعدها.

في قانون الاجراءات الجنائية العام، وتتعلق في الاغلب الاعم من الاحوال بما اصطلح على تسميته بالجرائم المصطنعة او الجرائم القانونية الصرفة^(١).

الفرع لثاني

دور القوانين الجنائية الخاصة في معالجة النقص التشريعي

تم تأييد ظاهرة التفرع في قانون العقوبات، لضرورة مواجهة مستجدات السلوك غير المشروع بالتجريم والعقاب، نتيجة للتطور السريع في مختلف جوانب الحياة، فكان لابد من ظهور فئة من القوانين لمعالجة تلك التصرفات والسلوكيات^(٢).

عليه نحاول تلمس دور القوانين الجنائية الخاصة كأحد سبل معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي الموجود في العراق واقليم كوردستان العراق، إذ ان ظاهرة العولمة والتقدم التقني وظهور الانترنت، أدت الى ظهور أنماط جديدة من الجرائم (الجرائم المستحدثة والتقليدية عبر الانترنت، والجرائم المنظمة عبر الوطنية) وان النقص التشريعي بهذا الصدد كانت وراء إصدار القوانين الجنائية الخاصة كأحد سبل لمعالجة هذا النقص التشريعي، وبالنظر الى السلوكيات المستحدثة والوقائع المستجدة، يلجأ المشرع الجنائي الى استخدام سلاح التجريم على نحو يقتضي الأمر تجريم بعض الأفعال التي لم يعالجها قانون العقوبات، ولم تكن معروفة من قبل^(٣). وهذا كله ان دل على شيء فانما يدل على ان المشرع يرى من الافضل عدم إدماج أو وضع مثل هذه الوقائع

(١) د. احمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الاول، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٤٦.

(٢) معالي حميد سعود الشمري، ظاهرة تشطي النصوص العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٩، ص٢٧.

(٣) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٤.

والسلوكيات المستجدة في قانون العقوبات الاساسي، كي لا يصيبه كثير من التعديل إلا لضرورة قصوى^(١).

فمثلاً إن جريمة الإتجار بالبشر تعد انتهاكاً للكرامة الإنسانية ولحقوقه وحرياته الأساسية ولها أثر بالغ الأثر في الاستغلال غير الانساني للافراد، ولأجل إحاطة هذه الحقوق والحریات التي تعد حمايتها مصالحتها هامة في نظر المجتمع فإن المشرع يضيف حمايته على هذه الحقوق والحریات بتجريم الأفعال التي تمس هذه المصالح والحقوق وذلك من خلال إصداره لقانون خاص يجرم الأفعال التي تشكل جريمة الإتجار بالبشر، وهذا ما نلمسه في قانون مكافحة الاتجار بالبشر العراقي رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢.

وانطلاقاً من اعتبارات القيم العالمية والعولمة المتعلقة بجوانب مختلفة كالجانب الاقتصادي والاجتماعي والسياسي او المتعلقة بانتهاكات مبادئ حقوق الانسان، نجد ضرورة لجوء المشرع الجنائي إلي تشريع قوانين جنائية خاصة لفرض العقاب على الأفعال التي تعدي او تمثل تهديداً لكيان المجتمعات.

وبات جلياً حجم التغيير الذي اصاب وظيفة التشريع الجنائي الداخلي، حيث ان السياسة الجنائية المعاصرة تحاول ان تتسم بسمة العالمية والتعاطي مع القضايا والمشاكل الانسانية المشتركة و تجريمها، فالنزوع الى العالمية بات جزءاً من الخصوصيات التشريعية الوطنية على الصعيد الجنائي لكون الجريمة أصبحت ظاهرة عالمية، وعندما يكون الامر كذلك فان القانون الجنائي يجب ان يواكب هذا التطور الذي اصاب شكل الجريمة وانماطها وابعادها.

وانسياقاً وراء الفكرة المطروحة آنفاً، وترجيحاً للمفاهيم والقيم والمعايير الدولية كالإنسانية وحماية الكرامة، ومناهضة القمع، وحظر ممارسة التعذيب، ولدى النظر في السياسة الجنائية للمشرع الجزائي الكوردستاني والعراقي تتضح لنا حقيقتان:

(١) د. علي عبد القادر قهوجي، مصدر سابق، ص ٣٩.

الحقيقة الاولى: انطلاقاً من الأهمية التي يوليها المشرع في العراق و اقليم كردستان للمفاهيم والقيم العالمية والتزاماً بها، نلاحظ إصدارهما مجموعة من القوانين الجنائية الخاصة، منها قانون مكافحة الاتجار بالبشر، وقانون مناهضة العنف الأسري، وقانون المخدرات والمؤثرات العقلية.

الحقيقة الثانية: نلاحظ أن السياسة التشريعية في القانون الجنائي في كل من العراق و اقليم كردستان، لاتعتمد ببعض القيم والمعايير العالمية، التي نرى ضرورة اصدار تشريعات بصددها، ومن أمثلة ذلك ضرورة إصدار قانون خاص بالإتجار غير المشروع بالادوية والعقاقير⁽¹⁾، وفي ذات السياق وبصدد الجرائم المنظمة عبر الوطنية على وجه العموم وجريمة تهريب المهاجرين على وجه خصوص، يمكن ان نشير الى انه بالرغم عن انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين الملحقين بها، الا اننا نلاحظ عدم وجود فصل او باب في قانون العقوبات العراقي النافذ بخصوص جريمة تهريب المهاجرين، وعدم وجود قانوناً جنائياً خاصاً بهذه الجريمة على غرار قانون مكافحة الإرهاب وقانون مكافحة الاتجار بالبشر، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً داخلياً في العراق و اقليم كردستان مما يتطلب معالجته معالجته من خلال اصدار قانون جنائي خاص بصدد جريمة تهريب المهاجرين او محاولة معالجتها ضمن قانون مكافحة جريمة الاتجار بالبشر العراقي.

(1) حيث نجد بأن ثمة قوانين وقرارات منظمة لهذا الموضوع ولكنها بحاجة الى اعادة النظر من الجديد ومنها: قانون مزاولة مهنة الصيدلة العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٠. قانون المؤسسة العامة للأدوية رقم ١٥٨ لسنة ١٩٦٤. وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٤، حيث ان الأفعال المتعلقة ببيع وشراء وتخزين و استيراد وتصدير الأدوية الطبية بصورة غير مشروعة غير منظمة ضمن تشريع خاص رادع. حيث ان عدم تجريم تلك الأفعال يعد خطراً يهدد حياة الأفراد، مما يستوجب ذلك ضرورة إصدار قانون جنائي خاص يجرم تلك الأفعال.

الخاتمة

الإستنتاجات

١. أن القيم العالمية والعولمة تعد واحدة من العلل التي كانت وراء فقد السلطة التشريعية لسلطة المبادرة بالتجريم والعقاب، إذ إن ظاهرة العولمة والقيم العالمية قد انعكس أثرها بشكل واضح في مجال التجريم والعقاب، فباتت التشريعات الجنائية الداخلية قاصرة عن التصدي لمختلف الظواهر الإجرامية التي تتجاوز حدود الدولة، خاصة الجرائم المنظمة وجرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية وجرائم الإبادة الجماعية والاتجار غير المشروع بالأدوية وتهريب المهاجرين.

٢. ان مبدأ التدرج القانوني لا أثر أو دور له في النظام القانوني الدولي لتعدد المستويات التععيدية التي تميزه دون خضوعها لترتيب تدرجي فيما بينها، بل تنظم العلاقة بينها على أساس "تنسيقي" تتراوح آلياته بين التعاون والتقارب والتوحيد، فيترتب عن ذلك أن عولمة القانون الجنائي التي تتم عن طريق ربط العلاقة بين النظام القانوني الداخلي المنظم والنظام القانوني الدولي المفتقر لهذا التنظيم تهز استقرار و ثبات هذا النظام و تحتم إعادة النظر فيه لعدم تناسبه مع ما آل إليه واقع التشريع الجنائي، والتحول عن فكرة التدرج الهرمي في تكوين النظام الجنائي، وتخيطه إلى نمط جديد قائم على أساس توحيد الأنظمة الجنائية الداخلية والدولية متى أمكن ذلك، أو على الأقل التنسيق بينها في إطار جهود مشتركة ومتناغمة تحقق البعد الفلسفي والتصور النظري لأفكار وتوجهات ما بعد الحداثة.

٣. انطلاقاً من اعتبارات القيم العالمية والعولمة المتعلقة بجوانب مختلفة كالجانب الاقتصادي والإجتماعي والسياسي او المتعلقة بانتهاكات مبادئ حقوق الانسان، نلاحظ بأن هناك نقص في التشريع الجنائي الداخلي في العراق واقليم كوردستان.

المقترحات

1. في سبيل تفعيل دور المواثمة التشريعية في معالجة النقص التشريعي الجنائي الداخلي، يتعين دعوة المشرع في العراق واقليم كردستان لشمها بعناية خاصة، تماشياً مع تحديات الواقع التشريعي الجنائي الداخلي، بلورة مقوماتها وطرحها في شكل تشريع العام، ينظم عمل السلطة القائمة بالتشريع ويفرض عليها حدوداً موضوعية واجرائية، بمناسبة تدويل مصادر القاعدة الجزائية على النحو الذي يؤدي الى ترقية سياسة التشريع الجنائي الداخلي في العراق واقليم كردستان من التصدع ويحفظ حالة التنظيم التي تشهدها سلطات الدولة تجاه عمليات التجريم والعقاب، وكذلك يجب ان لاننسى ضرورة العناية بالمواثمة التشريعية على الصعيد الجامعي والاكاديمي، وأخذها بنظر الإعتبار كوسيلة لجعل التشريعات الجنائية الداخلية أكثر حداثة.
2. نناشد المشرع في العراق واقليم كردستان أن يصدر قانوناً جنائياً خاصاً لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين، أو اجراء تعديل لازم على قانون مكافحة الاتجار بالبشر المرقم (28) لسنة 2012 النافذ، كحل الأمثل لمكافحة ظاهرة تهريب المهاجرين، وذلك بهدف مكافحة ظاهرة تهريب المهاجرين والهجرة غير الشرعية، وكجزء من متطلبات تدويل اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين الملحقين بها.

المصادر

1. د. خليل يوسف جندي ميراني، سياسة التجريم في ظل العولمة، دراسة مقارنة، ط1، دار سبيريز، دهوك، 2018.
2. أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001، ص1.

٣. د. كريمة علا، عولمة نصوص التجريم: الواقع والتحديات، مجلة العلوم السياسية والقانونية، المجلد ١٢، العدد ١، الجزائر-٢٠٢١، ص ١١٧.
٤. د. محمد رشيد حسن، مظاهر الانحراف التشريعي في القوانين الجنائية واثرها في الاستقرار القانوني، مجلة جامعة التنمية البشرية، السليمانية، العدد ٤، المجلد ٤، ٢٠١٨.
٥. شريط فريحة و مبسوط يمينة، مظاهر عولمة القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان آشور، ٢٠٢٠.
٦. طارق جمعه سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني، دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠٢٠.
٧. د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، ط ٢، ب.ت مكان النشر، ٢٠١٣، ص ٨.
٨. د. صايل مفلح المومني، تطور الرقابة على دستورية القوانين في الاردن، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١٩، المجلد ٤، سنة الرابعة.
٩. محمد عباس حمودي حسين الزبيدي، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٦.
١٠. محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.
١١. د. ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي، الحقوق الطبيعية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣.

12. Nada Saleh Hadi, Crimes arising from the use of genetic engineering, research published in Maysan Journal of Academic Studies, Volume, 37, No. 18, 2019.

13. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، المجلة الجنائية القومية، العدد 3، القاهرة، 1972.

14. وحيدر غازي فيصل، الإنسان في القاعدة الجنائية، دراسة في القاعدة الجنائية الموضوعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2014.

15. كريمة علا و عادل بوزيدة، تحولات مبدأ الشرعية الجنائية في ظل عولمة النصوص الجزائية.

16. حسينية شرون، علاقة القانون الدولي بالداخلي، مجلة الباحث، المجلد 5، العدد 5، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2007.

17. سعد عادل بوزيدة، الموائمة التشريعية، آلية لعولمة القانون الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي، 2021.

18. عواس ويسام و ريش محمد، عولمة القانون الجنائي و انعكاساتها على السياسة الجنائية الوطنية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 3، الجزائر، 2022.

19. د. عادل بوزيدة، الموائمة التشريعية، آلية لعولمة القانون الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، الجزائر، 2021.

20. د. محمد رشيد حسن الجاف، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 1، مكتبة يادكار، السليمانية، 2017.

٢١. د. احمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، ب. ت مكان النشر، ٢٠٠٧.

٢٢. د. ا محمد اقبلي ود. عابد العمراني الميلودي، القانون الجنائي الخاص المعمق في شروح، ط١، مكتبة الرشاد سطات لنشر والتوزيع، دار البيضاء، ٢٠٢٠.

٢٣. د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٢، العاتك لصناعه الكتاب، بغداد، ٢٠١٠.

٢٤. KELIN, Punitive Laws and practices affecting HIV responses
١٠, page ٢٠١٤ in Kenya, Nairobi-Kenya,

٢٥. زينة عبد الجليل، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.

٢٦. د. سمير عالية، الوافي في شرح جرائم القسم الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.

٢٧. د. علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.

٢٨. د. احمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الاول، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٤٦.

٢٩. معالي حميد سعود الشمري، ظاهرة تشظي النصوص العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٩.

٣٠. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٣١. د. علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
٣٢. د. محمد رشيد حسن، التحول نحو العالمية في سياسة التجريم الاسس و المقتضيات، دراسة تاصيلية للواقع التشريعي العراقي، المجلة الاكاديمية بجامعة نوروز، أربيل، العدد ٢، المجلد ٨، ٢٠١٩.
٣٣. عبدالفتاح مصطفى الصفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشريكة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٥٩.
٣٤. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٣٥. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩)
٣٦. قانون العقوبات الاردني رقم (٦٦-١٥٦) لسنة (١٩٦٦) المعدل .
٣٧. من قانون العقوبات البحريني رقم (١٥) لسنة (١٩٧٦) المعدل.



أهمية الاعتبار الشخصي في العقد الاداري (دراسة مقارنة)

أ.م.د. فرقد عبود العارضي كلية القانون - جامعة القادسية

المخلص :

تقوم الادارة بنوعين من الاعمال القانونية تضمن بها حسن سير وانتظام المرافق العامة من اجل تقديم الخدمات العامة للجمهور الا وهما القرارات الادارية والعقود الادارية. فالادارة تقوم بالإرادة المنفردة بإنشاء مراكز قانونية او تعديلها او الغائها عن طريق القرارات الادارية، بينما قد تجد الادارة نفسها مضطرة الى ابرام عقد اداري مع احد الاشخاص الطبيعية او الاعتبارية من اجل تحقيق الغاية ذاتها. وبالتالي فإن ابرام العقد الاداري يعد شديد الصلة مع مبدأ حسن سير وانتظام المرافق العامة في الدولة ويكون حريا بالإدارة بناء على ذلك ان تختار من تتوافر فيه صفات خاصة مثل الكفاءة المالية والفنية وحسن السمعة والسلوك والجنسية وغير ذلك مما يكون له أهمية في تكوين شخصية المتعاقد مع الإدارة. وعلى ذلك يعد الاعتبار الشخصي من الافكار الرئيسية والمهمة في مجال العقود الادارية لصلة الاخيرة الوثيقة بالمرافق العامة، فشخصية المتعاقد تكون محل اعتبار من جانب الادارة من اجل ضمان تنفيذ العقد بأسلم صورة لتحقيق النفع العام لجمهور الافراد المتعاملين مع المرفق محل العقد. الا ان فكرة الاعتبار الشخصي يختلف نطاقها بحسب نوع العقد الاداري، حيث ان الاخذ بهذه الفكرة لا يكون على درجة واحدة بالنسبة لجميع انواع العقود الادارية، فصلة الاعتبار الشخصي بالعقد الاداري تشتد كلما اشتدت صلة هذا العقد بالمرفق العام والعكس صحيح نظرا لارتباط تطبيق هذه الفكرة بمدى صلة العقد بالمرفق العام. ويشير الاعتبار الشخصي في العقد الاداري بعض الاشكاليات التي تتعلق بالتنازل عن العقد بموافقة الادارة او بدون موافقتها والآثار المترتبة على ذلك، وكذلك التعاقد من الباطن ومدى جوازه. بالإضافة الى انه في مرحلة تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف على المتعاقد مع الادارة تؤثر بشكل او بآخر على العقد المبرم بينه وبينها كما في حالة موت المتعاقد او افلاسه او اعساره، وهذا ما يقتضي ايجاد الحلول الملائمة لمثل هذه الحالات، خصوصا اذا ما علمنا بان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ لم تتضمن

اية نصوص متعلقة بالتنازل عن العقد او التعاقد من الباطن او موت او افلاس او اعسار المتعاقد مع الادارة.

الكلمات المفتاحية : اعتبار اشخصي, عقد اداري, مرافق عامة, نطاق الاعتبار الشخصي, انواع العقود.

The importance of the personal consideration in the administrative contract (a comparative study)

Summary:

The administration carries out two types of legal actions to ensure the better regulation and continuity for the public services in order to provide public services to the public, namely, administrative decisions and administrative contracts. The administration unilaterally establishes, amends or cancels legal situations through administrative decisions, while the administration may find itself compelled to conclude an administrative contract with a natural or moral person in order to achieve the same end. Therefore, the conclusion of the administrative contract is closely related to the principle of the better regulation and continuity of the public services in the state, and for this the administration find itself, based on that, compelled to choose those who have special characteristics such as financial and technical competence, good reputation, behavior, nationality, and other characteristics that are important in formation the personality of the contractor with the administration. Accordingly, the personal consideration is one of the main and important ideas in the field of administrative contracts due to the latter's connection with

the public services. The personality of the contractor is taken into account by the administration in order to ensure the implementation of the contract in the safest way to achieve the general benefit of the majority of individuals dealing with the service which is the subject of the contract. However, the idea of personal consideration varies in its scope according to the type of administrative contract, therefore the adoption of this idea is not at the same level for all types of administrative contracts. The relation of personal consideration with the administrative

contract increase whenever the contract is related to the public service, and vice versa, due to the connection of the application of this idea to the extent of the contract's relevance to the public service. The personal consideration in the administrative contract raises some problems related to the waiver of the contract with the approval of the administration or without its approval and the implications thereof, as well as subcontracting and the extent of its permissibility. In addition to this, at the phase of executing of the contract, some circumstances may be happened to the contractor with the administration that affects in one way or another the contract concluded between the two parties, as in the event of the death, bankruptcy, or insolvency of the contractor, and this requires finding appropriate solutions for such cases, especially if we know that the instructions for implementing government contracts No. (2) for the year 2014 did not include any provisions related to waiver of the contract, subcontracting or the death, bankruptcy or insolvency of the contractor with the administration.

Keywords : Personal consideration, administrative contract, public services, scope of personal consideration, types of contracts.

المقدمة :

لا يخفى على القانونيين بان الاعتبار الشخصي يعد من الافكار المهمة جدا في اطار نظرية العقد, مدنيا كان ام تجاريا ام اداريا, حيث انه في كثير من الاحيان ما تثار مسألة الاعتبار الشخصي فيما يتعلق بتبرير الحلول القانونية المختلفة والمتعلقة بإبرام العقود واثارها. فالاعتداد بشخصية احد المتعاقدين او صفة جوهرية من صفاته تعكس مسألة الاعتبار الشخصي والتي تعد من الافكار الاساسية في مجال ابرام وتنفيذ العقود عموما والادارية منها خصوصا. فتوسع وتطور مهام الدولة في مختلف المجالات في ظل التطور التكنولوجي وظهور الاحتكارات الرأسمالية وتشجيع الاستثمار وتطور وسائل الاتصال ادى الى لجوء الادارة الى عدة وسائل قانونية من اجل تنفيذ تلك المهام, ومن اهم تلك الوسائل هي العقد الاداري متى ما قدرت الادارة بأنه الوسيلة الافضل في تحقيق اهدافها العامة عن طريق المرافق العامة.

أهمية البحث وسبب اختياره:

العقد عموما, سواء اكان مدنيا ام داريا, يعد طريقا مهما جدا في ترتيب الحقوق وفرض الالتزامات المتبادلة على طرفيه, فهو شريعة المتعاقدين. ولأهميته البالغة في تسهيل امور الحياة اليومية وتحقيق المصلحة الخاصة والعامة لذلك يكون الاعتداد بشخصية المتعاقدين او المتعاقد مع الادارة محل اهتمام ويحظى بخصوصية مميزة نظرا لطبيعة ونوع العقد المبرم والتي تقضي بان تكون شخصية المتعاقدين محل اعتبار. والعقد المدني - في الحقيقة - لا يختلف في مفهومه العام مع العقد الاداري, حيث ان كلا منهما

يستدعي توافر ثلاثة عناصر او اركان لقيامه الا وهي الرضا والمحل والسبب. الا ان كل منهما وبطبيعة الحال يخضع لنظام قانوني يختلف عن الاخر، ومرجع هذا الاختلاف يكمن في ان الادارة عندما تبرم العقد الاداري فإنها تتمتع بسلطات وامتيازات القانون العام التي لا تتوافر للمتعاقد معها من اجل الوصول الى تحقيق اغراض المرفق العام والذي تم ابرام العقد الاداري من اجله الا وهي تحقيق المنفعة العامة للجمهور. وهذا الامر يختلف بالنسبة للعقد المدني الذي يخضع للقانون الخاص والذي يجب ان يراعى فيه تحقيق مصالح طرفيه او اطرافه والتي تكون سلطاتهم وحقوقهم متكافئة حسب العقد المبرم بينهم. وعلى ذلك فإن العقود الادارية انما تقوم على احكام استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص نظرا لاتصالها بتسيير المرفق العام باطراد وانتظام وبالتالي تحقيق المنفعة العامة. ونظرا لما تتمتع به العقود الادارية بطابع خاص ومتميز وارتباطها بفكرة المرفق العام وتحقيق المنفعة العامة فقد ارتبط معظمها بفكرة الاعتبار الشخصي التي تقوم على واجب الادارة في مراعاة عدة صفات واعتبارات معينة في شخص المتعاقد معها (قانونية، فنية، مالية، حسن السمعة، الجنسية) من اجل انجاز اغراض المرفق العام في تقديم الخدمات العامة للجمهور وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، حيث ان

التزامات المتعاقد مع الادارة هي التزامات شخصية يتعين عليه القيام بها بنفسه كون شخصية المتعاقد محل اعتبار لدى الادارة التي اختارته بناء على سلطتها التقديرية. ووفقا لذلك فإن الاعتبار الشخصي يجد اساسه القانوني في نظرية السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ حسن سير وانتظام المرفق العام. وبناء على ذلك تظهر اهمية الاعتبار الشخصي في ترصين العلاقات العقدية وتقويتها ودفعها نحو النجاح وابعادها - بالقدر الممكن - عن الخلافات والمشاكل، بالإضافة الى وضع لمسات القضاء عليها فيما لو عرض العقد عليه كقضية مختلف فيها. فالعلاقة العقدية التي يكون فيها الاعتبار الشخصي محل اعتبار تكون قائمة على الاقتناع بالطرف الآخر والتروي

في حسن اختياره, وبالتالي فان كل طرف في هذه العلاقة قد اقدم على التعاقد بقناعة تامة وثقة عالية في نجاح ابرام وتنفيذ العقد, باستثناء حالة ما لو كان دور الاعتبار الشخصي سلبيا في العلاقة العقدية بان تحقق الغلط او الوهم لدى احد المتعاقدين في اختيار المتعاقد الآخر.

وللأهمية البالغة في اختيار المتعاقد مع الادارة في مرحلة التعاقد وبالتالي مرحلة تنفيذ العقد لذلك آثرنا التطرق الى الموضوع واثره المكتبة العراقية - والتي تفتقر الى حد ما بمثل هذه الدراسات التخصصية والمعمقة- بمثل هذا البحث, خصوصا وان الموضوع لم يتلق الاهتمام الكافي في العراق مقارنة بالفقه الاداري في دول القانون المقارن.

مشكلة البحث :

يثير البحث عددا من الاسئلة والتي يمكن ان تكون محورا لبعض المشاكل التي قد تعترى عملية التعاقد او التنفيذ بالنسبة للعقود الادارية. فمن تلك الاسئلة ما يتعلق بماهية الاعتبار الشخصي وحدود نطاقه؟, ومنها ما يتعلق بمدى امكانية التعاقد - رغم التزامه بتنفيذ العقد شخصا - من التنازل نهائيا عن العقد او التنازل بشأنه من الباطن؟ ام انه لا يجوز له ذلك كون يشكل اخلافا بمبدأ الاعتبار الشخصي؟. وهناك ظروف معينة استثنائية قد تطرأ على المتعاقد مع الادارة اثناء مرحلة تنفيذ العقد كحالة موته او اشهار افلاسه او اعساره, وهنا ينقدح سؤال مهم يتعلق بمدى اثر هذه الظروف على تنفيذ العقد, بل ومصيره بأكمله من حيث امكانية استمرار العلاقة العقدية بين الادارة والمتعاقد معها ام عدم امكانية ذلك.

منهجية البحث :

سوف نتبع في بحثنا اسلوب المنهج الاستقرائي والتحليلي المقارن للنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وكذلك التعرض وبالقدر الممكن لآراء الفقهاء والقرارات القضائية المقارنة ذات الصلة بالموضوع.

خطة البحث :

لغرض الالمام الكافي بالموضوع سوف يقسم البحث الى مبحثين، نتعرض في الاول منهما الى ماهية الاعتبار الشخصي والتي نستعرض في مطلبه الاول مفهوم الاعتبار الشخصي في تناول في مطلبه الثاني حدود مبدأ الاعتبار الشخصي. اما المبحث الثاني فستتطرق فيه الى دور الاعتبار الشخصي في ابرام وتنفيذ العقد الاداري في مطلبين، الاول منهما يتطرق الى دور الاعتبار الشخصي في ابرام العقد الاداري، اما الثاني فيوضح دور الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري.

المبحث الاول : ماهية الاعتبار الشخصي

من اجل الوقوف على ماهية الاعتبار الشخصي فإنه لابد لنا من التطرق الى مفهومه في مطلب اول، وتناول حدوده في مطلب ثان، ووفقا لما يلي :-

المطلب الاول : مفهوم الاعتبار الشخصي

تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الافكار الرئيسية في نطاق اغلب العقود عموما، المدنية منها والادارية. وفي الحقيقة فإن شخصية المتعاقد تكون ذا اهمية ومحل اعتبار واهتمام لعدة اسباب منها النفسية كشعور المتعاقد بأن المتعاقد الآخر دون غيره هو الشخص المناسب لإبرام العقد، وقد تكون اعتبارات اجتماعية كصلة القربى، او تكون اعتبارات اخلاقية من خلق وشرف وفضيلة وامانة واحسان، وقد تكون جوانب ثقافية علمية كعالم في مجال معين¹، وبالمجمل قد تكون شخصية المتعاقد محل اهتمام لاعتبارات اوسع واشمل ومنها الاعتبارات الاقتصادية والسياسية. ومن اجل الالمام الكافي بهذه الفكرة فإنه يكون حريا بنا ان نتطرق الى مفهوم هذه الفكرة في

¹ في الواقع العملي يمكن ملاحظة بان اهم الاسباب التي تجعل شخصية المتعاقد محل اعتبار وبالتالي تدفع للتعاقد هي ما يحمله المتعاقد الآخر من جوانب تخصصية او كفاءة او خبرة في مجال عمله، كحالة المريض الذي يتعاقد مع طبيب معين ذا خبرة واختصاص ومهارة لإجراء عملية جراحية، او كحالة من يوكل محاميا متمرسا وذا كفاءة مهنية وعلمية وخبرة في مجال القانون من اجل الدفاع عنه. وكما يرى بعض الفقه، فان المتعاقد في هذه الامثلة لا يختار المتعاقد الآخر لبواعث الشرف والفضيلة والاخلاق، في تفصيل ذلك ينظر/ د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، منشورات جامعة النهريين، ٢٠٠١، ص ٧٣.

ميدان العقود المدنية، بالإضافة الى مفهومها في مجال العقود الادارية. مع ملاحظة ان مفهوم ونتائج فكرة الاعتبار الشخصي ستختلف حتما في اطار العقود الادارية عنها في العقود المدنية، حيث ان هدف او غاية الاولى هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد لتحقيق المنفعة او المصلحة العامة من خلال اعطاء الادارة صلاحيات وسلطات عامة لا تتوافر للأفراد، في حين ان العقود المدنية تهدف الى تحقيق مصلحة المتعاقدين بموجب العقد المبرم بينهما. وعلى ذلك، يتضح جليا اهمية استجلاء معنى الاعتبار الشخصي في العقود المدنية في فرع اول، ومعناه في العقود الادارية في فرع ثان، وذلك وفقا لما يلي :-

الفرع الاول : معنى الاعتبار الشخصي في العقود المدنية

لم يتطرق التشريع ولا القضاء الى تعريف الاعتبار الشخصي وتحديد معناه، لذلك فإن معناه يشوبه بعض الغموض. الامر الذي ادى الى تباين التعريفات الفقهية للمصطلح المذكور. فقد عرفه بعضهم بانه (الاعتداد بشخصية المتعاقد او صفة من صفاته ويؤثر في ابرام العقد)!. ويرى آخرون بأن الاعتبار الشخصي هو ان (يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع العقد)^١. ويلاحظ على هذا التعريف ابرازه لطابع موضوعي الا وهو موضوع العقد وجعل الاعتبار الشخصي مرتبطا به دون الاخذ بنظر الاعتبار لإرادة المتعاقدين في الاعتبار الشخصي^٢، بالإضافة

^١ د. علي الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ع ٢، مجلد ٢٥، ٢٠١٠، ص ٣١١. ينظر ايضا/ د. محمد سعيد حسين امين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية وتطبيقاتها - دراسة مقارنة-، القاهرة، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥، ص ٤٧.

^٢ مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج ١، ط ٢، دمشق، مطبعة دار الحياة، ١٩٦٤، ص ٤٣٥.

^٣ في العقود عموما يكون لإرادة المتعاقدين وحريرتهم في التعاقد دور جوهري في ابرام العقد وتنفيذه، وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي بقوله (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه). ينظر/ المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، الوقائع العراقية العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩. ينظر ايضا/ المادة (٨٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ، الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكررا (غير اعتيادي)، في ٢٩ يوليه سنة ١٩٤٨. بل قد يكون لإرادتهما دور جوهري في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لما اشارت اليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي. الا ان حرية التعاقد لا تكون بطبيعة الحال مطلقة بل مقيدة بعدم اشتراط شروط تعسفية او يستحيل تنفيذها استحالة مادية مطلقة (كحالة استحالة تنفيذ العمل المعقود عليه في المقاولة وفقا للمادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي. تقابلها المادة (٦٦٦) من القانون المدني المصري)، او بعدم ابرام عقد مخالف للنظام العام او الآداب

الى عدم بيان المقصود من ارتباط صفة العاقد بموضوع العقد. وعرفه بعضهم من خلال العقد المستند الى الاعتبار الشخصي بالقول بأنه (العقد الذي كانت شخصية احد المتعاقدين او صفة خاصة فيه قد روعيت عند ابرام العقد كعقد العمل مع فنان او مقاول او مع جراح)!. في حين يرى بعض الفقه الفرنسي بان الاعتبار الشخصي هو (اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه والذي دفع رضا العاقد او العاقدين الآخرين, اي إن الاعتداد بشخص احد العاقدين يكون باعثا دافعا لرضا الطرف الاخر بالتعاقد)^١. ويلاحظ على هذا التعريف الاخير انه ربط فكرة الاعتبار الشخصي بفكرة الباعث الدافع للتعاقد, بحيث ان شخصية احد المتعاقدين او صفة من صفاته هي السبب الرئيسي والدافع المباشر لرضاء المتعاقد الآخر بالتعاقد. وهذا الرأي كسابقه لا يمكن الاخذ به على مغالاته كونه يعد الاعتبار

الشخصي هو السبب الوحيد الذي يدفع المتعاقد للتعاقد, فالمتعاقد في الحقيقة قد تكون له اسباب ودوافع غير الاعتبار الشخصي تدفعه الى ابرام العقد, فاذا كان صحيحا بان شخصية المتعاقد او صفة من صفاته هي السبب الرئيسي او الجوهرى في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي, الا ان تلك الشخصية او الصفة ليست هي الوحيدة. وما بين الرأيين السابقين يظهر رأيا آخر يجمع بينهما الى حد ما من خلال اشارته الى طريقتين يمكن من خلالهما ادخال فكرة الاعتبار الشخصي في تكوين العقد, فسبب الالتزام قد يكون هو شخصية المتعاقد او صفة من صفاته كما في حالة عقد الهبة والكفالة

١. اشتراط شروط نخالف لذلك, وهذا ما صرح به القانون المدني العراقي بنصه على ان (يصح ان يرد العقد على اي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام العام او للاداب), ينظر/ المادة (٧٥) من القانون نفسه. ينظر ايضا/ المواد (١٣٢, ١٣٣, ١٣٥) من القانون المدني المصري النافذ.

٢. د. محمود جمال الدين زكي, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري, ج ١- مصادر الالتزام, ط ٢, القاهرة, مطبعة جامعة القاهرة, ١٩٧٦, ص ٢٥١.

٣. اشار اليه/ سمير اسماعيل, الاعتبار الشخصي في التعاقد, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية, ١٩٧٥, ص ١٥. ويبين من هذا التعريف بان هناك علاقة وثيقة بين الاعتبار الشخصي في التعاقد وبين الباعث الدافع الى التعاقد, ففي ابرام العقود عموما يكون للمتعاقد عدة بواعث ودوافع لذلك, الا انه في العقود التي تقوم على الاعتداد بالاقتدار الشخصي يكون للأخير مقام جوهرى في ذلك فيعد الباعث الجوهرى لإبرام العقد مع المتعاقد محل الاعتبار الشخصي, ينظر/ اباد احمد البطاينة, الاعتبار الشخصي في التعاقد, رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بابل, ١٩٩٩, ص ٩.

وبالإضافة الى ذلك قد يكون محل الالتزام في العقد مرتبط بفكرة الاعتبار الشخصي فتكون شخصية المتعاقد او صفته محلا للالتزام الناشئ عن العقد ويظهر ذلك جليا في العقود التي تكون شخصية المتعاقد محلا للتجارة مثل عقد استغلال صورة شخص ما لنشرها او اعادة انتاجها, او عقد استغلال موهبة ذلك الشخص او عقد تمثيل دور في مسرحية!

ويلحظ على هذه الآراء اهمالها او اغفالها بشكل واضح لدور الارادة المهم في تكوين العقد, كونها في صيغة الرضا ركن مهم من اركان العقد لا يقوم الاخير بدونها. وبالتالي فإن ارادة اطراف العقد هي التي تحدد ما اذا كانت شخصية احدهما او كلاهما تعد بمثابة الباعث او الدافع الوحيد للتعاقد بحيث يترتب على عدم مشروعيته بطلان العقد, او فيما اذا كانت تلك الشخصية تعد بمثابة عنصر جوهري او اساسي في العقد بحيث لا يعد سببا للعقد بل بمثابة شرط يقترن بالعقد ويترتب عدم مراعاته او الغلط فيه فسخ العقد¹.

ويكون الاعتبار الشخصي في غالب الاحوال ذا اهمية في العقود اذا كانت شخصية احد المتعاقدين قد روعيت في التعاقد بان يكون المتعاقد مقتنع تماما بان المتعاقد الآخر هو الشخص المناسب دون غيره لإبرام العقد, الا ان ذلك لا يمنع اطلاقا بان تكون شخصية كلا المتعاقدين قد روعيت عند ابرام العقد, بمعنى ان الاعتبار الشخصي لطرفي العقد قد تم اخذه بنظر الاعتبار فصار متبادلا بينهما². ومن امثلة العقود التي يراعى

¹ في تفصيل ذلك ينظر/ AYNES Laurent, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, Economica, 1984, pp. 233-234.

² يمكن القول بان القضاء يمكنه الكشف عن ارادة المتعاقدين ونيتهم المشتركة كون ذلك يعد مسألة من مسائل التفسير التي يمارسها القضاء بهذا الصدد.

³ ومن امثلة الاعتبار الشخصي المتبادل بين طرفي العقد حالة انشاء شركة معينة من شركات الاشخاص, حيث ان شخصية كل واحد منهم تكون محل اعتبار بالنسبة للطرف الآخر اي انها مكتملة لشخصية الاطراف الاخرى لما تحمله من خبرة وكفاءة في مجال اختصاصها, فسير اعمال الشركة سيتعرقل اذا توقف او تبدل او انقطع احد الاطراف عن ممارسة مهمته الاساسية في الشركة, في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد جمعة موسى الربيعي وفواد العلواني, الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد – التعاقد عبر الانترنت, عقود البيع التجارية على وفق قواعد الانكوتيرمز (Incoterms) لعام ٢٠٠٠, بغداد, بيت الحكمة, ٢٠٠٣, ص ١٠٣.

فيها الاعتبار الشخصي هي عقود التبرع (كالهبة والوصية والوقف والصدقة)، عقود العمل، عقد الزواج، عقد النقل الخاص مع شركات النقل والسياحة مثلا، عقود شركات الاشخاص كشركة التضامن^١.

الفرع الثاني : معنى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية

لا يختلف معنى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية عنه في العقود المدنية، حيث ان فكرة الاعتبار الشخصي تقوم على اساس جعل شخصية احد المتعاقدين او كلاهما او صفة من صفاته محل اعتبار في العقد المبرم. وفي العقود الادارية فإن فكرة الاعتبار الشخصي تقوم على اساس ان شخصية المتعاقد مع الادارة او احدى صفاته يجب ان تكون محلا للاعتبار اي ان تكون عنصرا جوهريا في التعاقد. فالادارة غالبا ما تراعي اعتبارات خاصة في التعاقد معها ومن اهمها الاعتبارات المالية او الفنية او حسن السمعة والاخلاق او الجنسية وبالتالي تغدو شخصية المتعاقد مع الادارة محل اهتمام سواء اكان ذلك في عند ابرام العقد او في تنفيذه. وفي هذا الصدد يشير الفقيه الفرنسي جيز الى ان المتعاقد مع الادارة يجب ان ينفذ التزاماته بنفسه وليس بواسطة شخص آخر، ولان شريك الادارة يتعاون معها في ادارة مرفق عام لذلك فهي تختاره بسبب صفاته الشخصية، ويكون لهذا التعاون طابع شخصي^٢. ومن هنا تظهر العلاقة الوثيقة بين العقد الاداري وبين ادارة او تسيير وتنظيم المرفق العام، وتظهر الاهمية البالغة للاعتبار الشخصي كونه من المبادئ الاساسية سواء اكان ذلك فيما يخص ابرام العقد او تنفيذه.

^١ اما العقود التي لا يراعي فيها الاعتبار الشخصي فهي كثيرة حيث تراعي فيها الرضائية دون الاهتمام بشخصية او صفة المتعاقد الاخر فالدوافع المالية او الاقتصادية هي الاساس بعيدا عن الدوافع الشخصية، مثل عقد البيع والايجار. ويرى بعض الفقه بان العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي هي العقود الاكثر من حيث الواقع، حيث ان اغلب العقود تغلب فيها فكرة التعامل المالي قبل الاهتمام بشخصية المتعاقدين، في تفصيل ذلك ينظر / د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط٤، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٣٦٣ هامش رقم (٢١).

^٢ Voy. GASTON Jèze, Les contrats administratifs de l'Etat: des départements, des communes et des établissements publics, L.G.D.J. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Tome 2, 1932, P. 213.

وبالتالي يظهر الفرق واضحا بين مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود المدنية عنها في العقود الادارية، ويرجع ذلك الى كون الادارة في العقود الادارية تتمتع بصلاحيات وسلطات وامتيازات لا يتمتع بها الافراد المتعاقدين معها، بالإضافة الى ارتباط فكرة العقد الاداري بالمرفق العام وكيفية ادارته وتسييره وتنظيمه وما يفرضه ذلك على الادارة من حرص في اختيار المتعاقد معها من حيث الشروط الفنية والمالية والاخلاقية لكي يشاركها في ادارة المرفق العام من اجل تحقيق الغاية الاساسية من ابرام العقد الا وهي المصلحة العامة.

وبما ان الاعتبار الشخصي له صلة وثيقة بالعقود الادارية والتي يجب ان يختص القضاء الاداري في حل منازعاتها، وبما ان العراق قد اصبح من دول القضاء المزدوج وفقا للقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣^١ والقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧^٢، وبالرغم من ان قانون التعديل الخامس لسنة ٢٠١٣ قد وسع من اختصاصات محكمة القضاء الاداري ليشمل القرارات والادامر الفردية والتنظيمية التي لم يعين مرجع للطعن فيها، الا اختصاص المحكمة المذكورة لا يزال مستبعدا منازعات العقود الادارية، لذلك فان عدم اختصاص القضاء الاداري في العراق بالفصل في دعاوى العقود الادارية انما يعد خلل قانوني ينبغي تلافيه ومجارة الاتجاه القانوني والقضائي السائد في دول القانون المقارن، وبالخصوص في فرنسا ومصر، وذلك بضرورة النص في قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩^٣ المعدل على ان يكون من ضمن اختصاصات محاكم القضاء الاداري في العراق صلاحية النظر في منازعات العقود الادارية.

^١ قانون التعديل الخامس رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شوري الدولة في ٢٩/٧/٢٠١٣، الوقائع العراقية العدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣.

^٢ قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ في ٧/٨/٢٠١٧، الوقائع العراقية العدد ٤٤٥٦ في ٧/٨/٢٠١٧.

^٣ قانون مجلس الدولة العراقي (مجلس شوري الدولة سابقا) رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في ١٢/٧/١٩٧٩، الوقائع العراقية العدد ٢٧١٤ في ١١/٦/١٩٧٩.

المطلب الثاني : حدود فكرة الاعتبار الشخصي

ان حدود فكرة الاعتبار الشخصي ونطاقه تتوقف على التعرف على مستوى اهمية الاعتبار الشخصي بالنسبة للعقود الادارية, فهل تكون هذه الاهمية على مستوى واحد بالنسبة لكل العقود الادارية؟ ام انها تتفاوت وفقا لنوع العقد الاداري المراد ابرامه وتنفيذه؟. ومن جهة اخرى, فان التعرف على اهم الصفات الجوهرية التي تكون محلا للاعتبار الشخصي يكون امرا مهما من اجل الوقوف على نطاق او حدود فكرة الاعتبار الشخصي. وعلى ذلك سنقسم الموضوع الى فرعين, نتناول في الاول منهما مستوى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية, اما ثانيهما فسنطرق فيه الى الصفات الجوهرية محل الاعتبار الشخصي, ووفقا لما يلي :-

الفرع الاول : مستوى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية

ان التساؤل عن درجة او مدى او مستوى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية قد اثار خلافا فقهيا في فرنسا ومصر. ومفاد هذا الخلاف يدور حول مدى وجوب الاخذ بفكرة الاعتبار الشخصي بالنسبة للعقود الادارية جميعها بنفس الدرجة او المستوى, ام ان هناك تفاوتاً في مدى او مستوى الاعتبار الشخصي في العقود الادارية المختلفة؟. وعلى ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي يتقدمهم الفقيه جيز (Jèze) الى القول بان بوجود تفاوت في مجال تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي بالنسبة للعقود الادارية المختلفة, حيث ان اساس تطبيق

هذه الفكرة هو مدى صلة العقد الاداري بالمرفق العام ومن ثم يكون تطبيقها منطقيا مرتباً بمدى صلة المتعاقد بالمرفق العام حيث يتوجب التزامها بقوة كلما اشتدت صلة المتعاقد بالمرفق العام, وبما ان الملتزم في عقود الامتياز يهيمن بصورة تامة على المرفق الذي يتولى ادارته وتسييره

لذلك يرى اصحاب هذا الراي بان القضاء الاداري^١ في اطار هذه العقود ملتزم غاية الصرامة بفكرة الاعتبار الشخصي^٢. في حين يرى الفقيه دي لوبادير (De Laubadère) ومؤيديه بأن فكرة الاعتبار الشخصي تطبق على جميع العقود الادارية دون تمييز لبعضها (كعقد الامتياز الذي اصبح واحدا من عقود تفويض المرافق العامة) على البعض الآخر^٣.

اما الفقه المصري فقد اتجه الى تأييد راي الفقه الفرنسي جيز (jeze) بالقول ان عقد الامتياز انما يعد من العقود التي يتعامل فيها المتعاقد مباشرة مع الجمهور لتقديم الخدمات لهم عن طريق المرفق العام وبالتالي فإن شخصية المتعاقد (الملتزم) تكون محل اعتبار من قبل الادارة مانحة الالتزام لان اختيار متعاقد ما لا يحسن التعامل مع الجمهور سيؤدي الى اثار سلبية وسيعكس صورة سيئة عن ادارة المرفق العام وبالتالي يؤثر علة سمعة الادارة، ناهيك عن ان الاعتبار الشخصي يعد وسيلة تتمكن الادارة عن طريقها من تحقيق النفع العام من خلال ضمان تنفيذ العقد الاداري^٤.

ويمكن القول عموما بان فكرة الاعتبار الشخصي تعد من الافكار المهمة في كافة العقود الادارية كون هذه الاخيرة انما تبرم من اجل تقديم الخدمات العامة للجمهور عن طريق المرفق العام، ولكن نطاقها ومداهها يختلف من عقد لآخر تبعا لمدى صلة العقد بالمرفق العام كون هذه الصلة هي الاساس التي تقوم عليه فكرة الاعتبار الشخصي.

^١ من بين الامور التي اشار اليها مجلس الدولة الفرنسي فكرة الاعتبار الشخصي في عقود امتياز المرافق العامة، ينظر بهذا الصدد CE, 20 avril 1956, Époux Bertin, Revue du droit public et de la science politique (RDP) 1956, p. / 869.

^٢ Voy. GASTON Jèze, op. cit., p. 214. Voy. également: CHRETIEN Patrice et CHIFFLOT Nicolas, Droit administratif, 13^e édition, Paris, DALLOZ, 2012, p.468. FOILLARD Philippe, Droit administratif, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 266. CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 2, 8^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1995, p. 561.

^٣ Voy. DE LAUBADERE André, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit comparé, vol. 9 N°2, Avril-juin 1957, p. 481.

^٤ د. محمد سعيد حسين امين، المرجع السابق، ص ١٠٤.

الفرع الثاني : الصفات الجوهرية محل الاعتبار الشخصي

ان حدود فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الاداري تقوم على اساس آخر الا وهو مجموعة من الصفات الجوهرية التي ينبغي توفرها في المتعاقد مع الادارة. وهذه وهذا المجال او النطاق انما يتسع ليشمل كل الصفات الجوهرية للمتعاقد بما يتضمنه العقد من التزامات تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار وذات اهمية في العقد بالإضافة الى ما يتطلبه تنفيذ العقد من حسن نية. وتتعدد الصفات الجوهرية المطلوبة للتعاقد الاداري, الا انه يمكننا الاشارة الى اهمها واكثرها تطلبا من قبل الادارة.

واول هذه الصفات الجوهرية هي السن. حيث ان الاخير يعد من الشروط الاساسية والصفات الجوهرية للتعاقد عموما. فأهلية الشخص الطبيعي تكتمل ببلوغه سن الرشد مالم يكن محجورا عليه! ولعمر المتعاقد او سنه دورا اساسيا وبوجه خاص في العقود ذات الطابع الشخصي حيث يعد العمر عنصرا جوهريا في مثل هذه العقود, فبلوغ المتعاقد سن الرشد وخلوه من عوارض الاهلية يعد شرطا لازما وضروريا وعاما في مختلف العقود الادارية, ولا يتميز في هذا الشرط او الصفة عقد اداري عن عقد اداري آخر^١.

وتكون الحالة الصحية من الصفات الجوهرية التي ينبغي توافرها في المتعاقد مع الادارة وبالخصوص فيما يتعلق بعقود العمل. حيث انه في مثل هذه العقود تفضل الادارة المتعاقدين الذي يتمتعون بصحة جيدة ذلك ان تنفيذ الالتزامات المنوطة بهم تستلزم ان يكونوا صحيحي البنية, فأى مرض قد

^١ يشير القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على ان ((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)), ينظر/ المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١, الوقائع العراقية العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩. بينما نص القانون المدني المصري على ان سن الرشد هو احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة, ينظر/ المادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨, منشور في الوقائع المصرية العدد (١٠٨) مكرر (أ) في ١٩٤٨/٧/٢٩.

^٢ في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف, فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٣, ص ٢٩.

يصيهم او يلم بهم سيترتب عليه توقف العمل وبالتالي توقف المرفق العام عن تقديم الخدمة العامة للجمهور والاضرار بالمصلحة العامة!

اما الكفاءة المالية فهي تعد ايضا من الصفات الجوهرية والشروط التي ينبغي توفرها في التعاقد مع الادارة وبالخصوص فيما يتعلق بالعقود التي يحتاج تنفيذها الى امكانيات مالية كبيرة مثل عقود امتياز المرافق العامة التي تؤدي دورا اساسيا ومباشرا في خدمة المنتفعين من المرفق العام محل العقد، ويسري الامر عنه على غالبية عقود الاشغال العامة التي تبرز فيها شخصية المقاول، حيث ان الكفاءة المالية المرموقة والعالية

للمقاول تؤدي الى ابراز اسمه في السوق من بين الاسماء التي ستؤدي ليس فقط الى رغبة الادارة في التعاقد معه بل ستعمل ايضا على جذب غيرها من الادارات العامة او الخاصة التي تعمل على تحقيق النفع العام، وكل ذلك يتم في اطار العقد الاداري من اجل تقديم الخدمات العامة للجمهور وتحقيق المصلحة العامة^١. وعلى ذلك تكون الكفاية المالية من الصفا الجوهرية بل من الشروط الاساسية في معظم العقود الادارية وتكون بالتالي محلا للاعتبار في التعاقد. وقد اكدت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحقه بها^٢ على اهمية الكفاءة المالية في اختيار المتعاقد مع الادارة فيما يتعلق بالعطاءات الحكومية العامة والمتعلقة بعقود الاشغال العامة والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية،

^١ في تفصيل ذلك ينظر/ د. هشام رفعت هاشم، عقد العمل في الدول العربية، القاهرة، الدار القومية للطباعة والنشر، ١٩٦٤، ص ٢٧٤. ينظر ايضا/ د. يوسف الياس، قانون العمل العراقي، ج ١، ط ١، بغداد، مؤسسة الثقافة العمالية، ١٩٨٠، ص ٣٧٤ - ٣٧٥.

^٢ لمزيد من التفاصيل ينظر/ د. طالب حسن موسى، عقود المقاولات الانشائية، مجلة القضاء، ع ٣ و ٤، ١٩٨٩، ص ٢٦٥. ينظر ايضا/ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول - مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٤٤، ص ٣٩.

^٣ ينظر/ (اولا/ ٢، ثانيا/ ٢/ج) من الضوابط رقم (١٢) الخاصة بضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة لعقود الاشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية الصادرة عن وزارة الملحقه بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، دائرة العقود الحكومية العامة، الطبعة المنقحة، تموز ٢٠١٧، الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.

وعدت توافر الكفاءة المالية من المعايير التي يتعين على جهات التعاقد تضمينها كحد ادنى في شروط المناقصة.

اما الصفة الجوهرية الاخرى التي ينبغي توافرها في المتعاقد مع الادارة فهي المعرفة والخبرة الفنية. وقد قيلت عدة تعاريف بصدد المعرفة الفنية¹ اهمها ما عرفها بعضهم بانها المعرفة التطبيقية اللازمة من اجل وضع التطبيقات الصناعية موضع الممارسة وبصورة فعالة, وقد ضيق هذا التعريف من نطاق المعرفة الفنية وحصرها بالتطبيقات الصناعية. في حين وسع آخرون من نطاقها من خلال تعريفها بأنها خبرة ومهارة يدوية وطرق فنية لإنجاز عمل معين, وقد ربطها بعضهم بكثرة براءات الاختراع التي تؤدي الى توفير الجهد والمال اللازمين للتوصل الى هذه المعارف الفنية. ومما لا شك فيه ان المعرفة الفنية تعد صفة شخصية بحيث تلحق بشخص معين نتيجة معارفه السابقة ومؤهلاته وخبراته الفنية في مجال عمله وبالتالي تجعل من العقد الاداري قائما على الاعتبار الشخصي وبالخصوص اذا كان تنفيذ العقد يحتاج الى مثل هذه الخبرات في او التشغيل او الصيانة.

وتعد حسن السمعة او السيرة والاخلاق من الصفات الجوهرية الاخرى التي ينبغي توافرها في شخص المتعاقد مع الادارة, فصفت مثل الحرص على الوفاء بالتزامات العقد ببسر وسهولة وتنفيذ العقد بحسن نية²

¹ لمزيد من التفاصيل حول تعريف المعرفة والقدرة الفنية وخصائصها ينظر / مهند حمد احمد العبودي, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا – دراسة مقارنة-, رسالة ماجستير, كلية القانون – جامعة الموصل, ٢٠٠٨, ص ٧٧ وما بعدها. ينظر ايضا/ د. هالة مقداد الجليلي, مشكلات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري, مجلة الرافدين للحقوق, كلية القانون – جامعة الموصل, ع ٢٥, مجلد ٢, س ١٠, ٢٠٠٥, ص ٤٢.

² لمزيد من التفاصيل حول مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ينظر/ عبد الجبار ناجي الملا صالح, مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود, رسالة ماجستير, كلية القانون – جامعة بغداد, ١٩٧٤, ص ٢٢.

بالإضافة الى الامانة والصدق في التعامل امور تهتم بها الادارة جدا في اختيار المتعاقد معها وتعددها دليلا على السمعة الطيبة للمتعاقد معها!

وتشكل جنسية المتعاقد مع الادارة صفة جوهرية في التعاقد بحيث تكون محلا للاعتبار من قبل الادارة وبالخصوص فيما يتعلق بالعقود ذات الارتباط بالمرافق العامة التي يكون لها طابع سري مثل عقود التوريد الاسلحة لمصلحة مرفق الدفاع الوطني سواء اكان ذلك لمصلحة وزارة الداخلية او الدفاع^٢. وقد اورد القانون العراقي امكانية اجراء العقد الاداري بعدة اساليب محددة, ويكون ذلك اما على المستوى الوطني او المستوى الدولي^٣, وبالتالي يرجع التقدير في اختيار جنسية المتعاقد مع الادارة الى رأي الاخيرة حسبما تقدره من ظروف واجراءات ومعطيات واهمية العقد الاداري الذي تنوي ابرامه. وقد تعطي الادارة الافضلية في بعض العقود فيما يتعلق بالسعر مثلا الى المتعاقد الوطني وتمنحه بعض الامتيازات على حساب المتعاقد الاجنبي^٤.

وتعد الديانة صفة جوهرية يتطلبها ابرام العقد الاداري مثل عقد التوريد, فتوريد الاطعمة في العراق يتطلب ان يكون المتعهد مسلما من اجل ضمان ان يكون مصدر الطعام حلالا, وكذلك الحال بالنسبة لبناء المساجد او الاضرحة المقدسة حيث يجب ان يكون المقاول والعمال مسلمين من اجل ضمان قدسية المكان.

^١ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف, المرجع السابق, ص ٣٠.

^٢ د. محمد سعيد حسين امين, المرجع السابق, ص ١٥١. في العقود السرية يتم تعاقد الادارة مع متعاقد وطني من اجل المحافظة على سرية هذه العقود التي تتعلق في اغلبها بالامن الوطني او القومي للدولة. وهناك قيود ترد على التعامل مع بعض الاشخاص الذين يحملون جنسية دولة معينة مثل اسرائيل, حيث لا يجز التعاقد مطلقا.

^٣ في تفصيل ذلك ينظر/ المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

^٤ تشير الفقرة (١/اولا) من الضوابط رقم (١١) الخاصة بمنح هامش الافضلية الصادرة عن وزارة التخطيط والملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على ان تحدد نسبة الافضلية بالسعر ((في عقود الاشغال التخصصية التي تنفذ بعقود مشاركة مع جهة اجنبية تساهم في نقل الخبرة مقابل نظراء (فنيين وغير فنيين, ماهرين وغير ماهرين) نسبة (١) اجنبي الى (٣) عراقي يتم منح افضلية بالسعر لغاية (١٠٪)).

ان توافر الصفات الجوهرية في المتعاقد مع الادارة ليست غاية بذاتها, بل انها وسيلة تضمن الادارة عن طريقها قيام المتعاقد معها بتحقيق هدف المرفق العام عن طريق تقديم الخدمات العامة للجمهور وبالتالي تحقيق المصلحة العامة. وفي هذا تقول المحكمة الادارية العليا المصرية ((بان) المشرع تقديرا منه لطبيعة العقود الادارية وصلتها بالمرافق العامة اكد على الجانب الشخصي للمعاقد مع الادارة وحسن سمعته ومقدرته

المالية والفنية بحيث اذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد, ...)). وبالتالي نرى بان توافر هذه الصفات الجوهرية في المتعاقد مع الادارة وبالتالي قدراته المالية والفنية امر لا يمكن التغاضي عنه اطلاقا كون يشكل اساسا يعتمد عليه العقد وبدون لابد للمتعاقد ان يتعثر في تنفيذ التزامه لما سيواجهه من مشاكل وصعوبات في التنفيذ وهذا مما سينعكس سلبا على حسن ادارة وسير وانتظام المرفق العام وبالتالي سيحدث خللا في الخدمة المقدمة للجمهور ويؤدي الى الاضرار بالمصلحة العامة.

المبحث الثاني : دور الاعتبار الشخصي في ابرام وتنفيذ العقد الاداري

يؤدي الاعتبار الشخصي دورا مهما في العقود عموما, سواء اكانت المدنية منها كما اوضحناها سابقا, ام الادارية. فالاعتبار الشخصي يعد من الافكار الاساسية في مرحلة ابرام العقد (اختيار المتعاقد) وفي مرحلة تنفيذه. وتتضح اهمية دور الاعتبار الشخصي في العقود الادارية من خلال صلتها بالمرافق العامة, حيث ان الادارة تأخذ في حسابها عدد من الاعتبارات الخاصة المتعلقة بالمتعاقد معها ومنها واهمها الاعتبارات المالية والفنية والسمعة والجنسية وغير ذلك. وعلى ذلك يمكن القول بأن شخصية المتعاقد او صفاته تعد محلا للاعتبار في سائر العقود الادارية, ففي عقد الاشغال العامة تعد شخصية المقاول او صفاته عنصرا او ركنا اساسيا في العقد, وكذلك الحال في

١ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ ١١/٢٥/١٩٩٧, مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر من عام ١٩٩٣ حتى عام ١٩٩٧, ج٩٤, باشراف د. نعيم عطية والاستاذ حسن الفكهني, الدار العربية للموسوعات, ١٩٩٩-٢٠٠٠.

عقد الامتياز وعقد التوريد وسائر العقود الادارية الاخرى. بحيث يقرر القضاء الاداري بان العقد الاداري يعد باطلا بطلانا مطلقا فيما لو تم التنازل عنه الى الغير بدون موافقة الادارة لتعلق العقد المذكور بالنظام العام. ومن اجل اللامام الكافي بهذا الموضوع فقد قسمناه الى مطلبين, نتطرق في الاول منهما الى دور الاعتبار الشخصي في ابرام العقد الاداري, في حين نستعرض في ثانيهما دور الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري, ووفقا لما يلي :-

المطلب الاول : دور الاعتبار الشخصي في ابرام العقد الاداري

كما اسلفنا القول, فإن العقد الاداري انما يقوم على تقابل ارادة الادارة و ارادة المتعاقد معها على ابرام العقد مع تمتع الادارة بامتيازات القانون العام من اجل تحقيق المصلحة العامة من وراء خدمة المرفق العام, وهذا على النقيض من القرار الاداري الذي تصدره الادارة بإرادتها المنفرد دون ان يكون لإرادة الطرف الآخر اي دور فيه. وعلى ذلك فان التعرف على دور الاعتبار الشخصي في ابرام العقد الاداري يقتضي منا التطرق الى اهمية

الارادة في العقد الاداري القائم على الاعتبار الشخصي في فرع اول, ومن ثم نتطرق في ثانيهما الى اهم العقود الادارية التي يعتد فيها بفكرة الاعتبار الشخصي, ووفقا لما يأتي :-

الفرع الاول : اهمية الارادة في العقد الاداري القائم على الاعتبار الشخصي

لا يمكن ابرام العقد, مدنيا كان ام اداريا, بدون ان تكون لإرادة اطرافه دخل في ذلك. وبالتالي يبرز دور الارادة في انعقاد العقد, ودورها بشكل اخص في عقود الاعتبار الشخصي, كون شخصية المتعاقد تكون ذات اعتبار واهتمام من قبل الادارة. ولقد اقر المشرع العراقي مبدأ سلطان الارادة حيث اشار الى ان ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه

يثبت اثره في المعقود عليه^١!. والمشرع العراقي في ذلك شأنه شأن اغلب التشريعات العربية والعالمية، ومنها ما اشار اليه المشرع المصري^٢، وكذلك اغلب التشريعات الاوروبية^٣ ومنها التوجيه الاوربي^٤ والتي اقرت حرية الاطراف في تحديد العقد^٥. وبالتالي فإن للفرد الحرية في التعاقد مع الاطراف التي يختارها لذلك، وبالكيفية التي يراها مناسبة له وبالوقت الذي يختاره او يتفق عليه ولكن في الحدود التي رسمها القانون^٦. وفي ظل هذه الحرية تتحقق فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد حيث يختار كل طرف الطرف المقابل الذي يرغب بالتعاقد معه دون غيره لاعتبارات شخصية يكون مرجعها اسباب نفسية او اجتماعية او اقتصادية. واذا كان هذا الامر يطبق في نطاق القانون المدني، فان القانون الاداري يهتم كذلك بحرية الادارة في اختيار المتعاقد معها لإبرام العقود العامة (الادارية) من اجل اشباع الحاجات العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة عن طريق الخدمات التي تقدمها المرافق العامة. الا ان الامر يختلف بصدد العقود الادارية حيث ان الادارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بها المتعاقدون معها. ومع ذلك تبقى حرية المتعاقدين مع الادارة مضمونة من حيث القبول او عدم القبول

بالتعاقد مع الادارة وبالشروط التي تضعها لإبرام العقد الاداري من اجل ضمان ان يكون هذا العقد القائم على الاعتبار الشخصي هو الوسيلة الفعالة

^١ ينظر/ نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. وشارت المادة (٢٥) من القانون ذاته الى حرية ارادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وفي الاتجاه ذاته ينظر/ المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

^٢ يقرر المشرع المصري بأن العقد يتم ((بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين. مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد)). المادة (٨٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

^٣ for more of details see/ Michele Grazaidei, Ugo Mattei and Lionel Smith, commercial Trusts in European Private Law, New York, Cambridge university press, 2005, p. 410.

^٤ See/ The third article of the Regulation (EC) N° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008.

^٥ على الرغم من ان مبدأ سلطان الارادة في القانون المدني هو المبدأ العام، الا ان لكل مبدأ بعض القيود والاستثناءات التي قد ترد عليه، ولكن يمكن القول عموماً بأن هذه القيود وتلك الاستثناءات لم تحد او تجرد من قيمة هذا المبدأ في التعاقد.

^٦ See/ Michele Grazaidei, Ugo Mattei and Lionel Smith, Ibid.

لتحقيق اهداف المرفق العام في تقديم الخدمات العامة للجمهور وبالتالي تحقيق المنفعة العامة. وبالتالي فان المتعاقد الذي تختاره الادارة وفقا لفكرة الاعتبار الشخصي والذي يقبل بالعاقده معها وفقا للشروط التي تحددها سيكون ملزما بإرادته الحرة المختارة بالواجبات الملقة على عاتقه وفقا للعقد الاداري وسيكون مسؤولا عن تنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها, ومن اهمها تحقيق اهداف او غايات المرفق العام والتي لم تبرم الادارة العقد الاداري الا من اجل تحقيقها. وتحقيق تلك الغايات والاهداف انما هو السبب الرئيسي وراء منح القانون للإدارة سلطات وامتيازات القانون العام التي لا يتمتع بها المتعاقدين معها. ويلاحظ بهذا الصدد بأنه وفقا للقواعد العامة فإن العبرة في التعبير عن الارادة في التعاقد يكون للإرادة الظاهرة وان كان التعبير عنها بصيغة الماضي دون الارادة الباطنة ولو كانت الاخيرة حقيقية. وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي بقوله ((١- ايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد. واي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول. ٢- ويكون ايجاب والقبول بصيغة الماضي, كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال)). وعلى ذلك فإن عبارة (اي لفظ صدر) تدل على معنى الارادة الظاهرة التي يعبر عنها بالرضا في ابرام العقد والموافقة على شروطه, وبالتالي فإنه وفقا للإرادة الظاهرة فإن العقد, مدنيا كان ام اداريا, ينعقد بها ولو لم يرد المتعاقد التعاقد حقيقة.

الفرع الثاني : اهم العقود الادارية التي يعتد فيها بفكرة الاعتبار الشخصي

كما اشرنا سابقا, بان فكرة الاعتبار الشخصي يمكن ملاحظتها في كافة العقود الادارية, الا ان مداها ونطاقها يختلف بحسب صلة العقد الاداري بالمرفق العام. على ان من اهم العقود الادارية التي يمكن ان تبرمها الادارة في الوقت الحاضر هي عقد امتياز المرافق العامة, عقد الاشغال العامة, عقد التوريد والنقل, عقد الخدمات الاستشارية, عقد تقديم المعونة,

^١ المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. وبالمعنى ذاته ينظر/ المادتان (٩٠, ٩٤) من القانون المدني النصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

عقود البيع والشراء والايجار التي تبرمها الادارة, عقد القرض العام, عقود العمل^١, عقد التعهد بالانتظام بالدراسة وخدمة الدولة^٢. وعقد امتياز المرافق العامة يقوم على

اساس ان تعهد الادارة الى شخص طبيعي او معنوي مهمة ادارة او تنظيم او تسيير مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية لفترة محددة تحت اشرافها او رقابتها^٣. اما عقد الاشغال العامة فيعرف بأنه الاتفاق الذي يكون موضوعه تلك الاشغال التي ترد على عقار والمنفذة لحساب شخص عام من اجل تحقيق مصلحة عامة, او في اطار مهمة المرفق العام, او تلك الاشغال

^١ يقصد بعقد القرض العام هو الاتفاق الذي يبرم بين الدولة (الادارة) وبين المقرض سواء اكان شخصا طبيعيا وطنيا ام اجنبيا او شخصا معنويا (مصرف او بنك) ووطنيا ام اجنبيا مقابل فائدة تلتزم الادارة بدفعها الى الطرف الآخر وفقا لشروط العقد الذي يحدد حقوق والتزامات الطرفين من حيث نسبة الفوائد ومواعيد دفع الاموال وآلية انتهاء العقد والاثار المترتبة على ذلك بالإضافة الى المسؤوليات الناجمة عن اخلال احد الطرفين بمضمون تلك الشروط, وقد يكون هذا العقد اختياريا ام اجباريا, في تفصيل ذلك ينظر/ د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, ط٢, الاصدار الاول, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ١٩٩٨, ص٢٤. ينظر ايضا/ د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري -دراسة مقارنة-, ط١, الكتاب الثاني, عمان-الاردن, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧, ص ٢٥٤. د. السيد عبد المولى, المالية العامة - دراسة للاقتصاد العام, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٧٧, ص ٣٩٠. ولخطورة عقد القرض العام كونه يرهق ميزانية الدولة ويعد التزاما على الاجيال القادمة بوصفة ضريبة مؤجلة يجب على الدولة دفعها مستقبلا وكون قد يسبب ازمات وكوارث مستقبلية فقد حرصت معظم الدول على ربطه ابرامه بالموافقة السابقة دون اللاحقة للبرلمان بوصفه الممثل الشرعي للشعب, في تفصيل ذلك ينظر/ د. فالح عبد الكريم الشخيلي, معالم المديونية الخارجية للدول النامية, ط١, بغداد, دار الشؤون الثقافية العامة, ١٩٩٠, ص ٢٢, ٤٦.

^٢ يعرف قانون العمل بأنه ((مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الفردية والجماعية الناشئة بين اصحاب العمل والعمال الذين يعملون تحت اشرافهم وتوجيههم مقابل اجر)), د. عدنان العابد و د. يوسف الياص, قانون العمل, ط١, القاهرة, شركة العاتك لصناعة الكتاب, ٢٠١٣, ص ٧. يعد عقد العمل من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي وبالخصوص في الاعمال التي تحتاج الى خبرة ومهارة وكفاءة معينة, فمثلى ما كان صاحب العمل هو الادارة وتقوم المؤسسة التابعة لها مثلا بإنتاج الاطارات فان شخصية العامل ومهارته تكون محل اعتبار في التعاقد وبالتالي لا يمكن التعاقد مع عمال ليس لديهم شهادة علمية او خبرة واختصاص وكفاءة مهنية ناتجة عن دورات تدريبية رصينة في مجال انتاج الاطارات.

^٣ ويقصد به العقد الاداري الذي بموجبه يلتزم شخص معين بالدراسة في احدى المعاهد سواء اكانت داخل البلد ام خارجه على نفقة الادارة التي اوفدته في مقابل تعهده بأن يخدمها خلال مدة معينة, وتعهد ايضا بان يرد جميع ما تكبته الادارة من نفقات عليه في حالة اخلاله بالتزامه, بهذا المعنى ينظر/ د. عبد الرحمن رحيم عبد الله, محاضرات في العقود الادارية القيت على طلاب الدراسات العليا الدكتوراه, القسم العام - كلية القانون- جامعة السليمانية, العام الدراسي ٢٠٠٧-٢٠٠٨. ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي, الاسس العامة للعقود الادارية, ط٥, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٩١, ص ١٠٧.

^٤ ينظر/ د. خالد خليل الظاهر, المرجع السابق, ص ٥٧. ويلاحظ بأن هذا التعريف قريب من تعريف القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل لعقد التزام المرافق العامة, حيث تنص المادة (١/٨٩١) من القانون اعلاه بأن ((التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى القانون)). ويعرف المرفق العام بأنه ((الهيئة او المصلحة التي تقوم بالنشاط الهادف الى تحقيق النفع العام, او كل منظمة عامة تنشؤها السلطة العامة وتخضعها لإدارتها او للإشراف عليها بقصد اشباع حاجات عامة او تحقيق المصلحة العامة)), د. خالد خليل الظاهر, المرجع السابق, ص ٢٦.

المنفذة بواسطة شخص خاص من اجل تقديم خدمة عامة! ويمكن تعريف عقد التوريد بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه احد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الادارة مقابل ثمن معين وتستخدم فيه الادارة امتيازات السلطة العامة التي تمكنها من تحقيق المصلحة العامة^١. ومن أمثلة عقود

التوريد تجهيز المستشفيات والجامعات والوزارات بالمستلزمات التي تحتاجها. ويعرف عقد النقل الاداري بأنه الاتفاق المبرم بين الادارة وبين المتعاقد معها سواء اكان فردا ام شركة وبمقتضاه يتعهد المتعاقد بنقل اشياء منقولة او اشخاص للإدارة لازمة للمرفق العام في مقابل ثمن معين^٢. اما عقد الخدمات الاستشارية فيمكن تعريفه بأنه الاتفاق الذي يعقد بين الادارة و احد الاشخاص العامة او الخاصة يلتزم بموجبه الاخير بتقديم خدماته الاستشارية الى جهة الادارة مقابل عوض نقدي يندرج ضمن شروط العقد الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة^٣. وتلجأ الإدارة غالباً إلى التعاقد مع

^١ ينظر / Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, Droit administratif, 11^e édition, Paris, ÉCONOMICA, 2014, p. 406.

وينظر ايضا/ Jean WALINE, Droit administratif, 27^e édition, Paris, Dalloz, 2018, p. 499. Manuel DELAMARRE et Timothée PARIS, Droit administratif, Paris, Ellipses, 2009, p. 299. Philippe FOILLARD, Droit administratif, 2^e édition, Louvain La Neuve/Bruxelles, Larcier, 2013, p.219. Élisabeth Chaperon, Droit administratif Droit de l'environnement, catégories A et B, Vanves, Éditions Foucher, 2005, p. 258.

ويعرف آخرون بأنه ((اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية وتحقيقاً لمنفعة عامة)). د. علي محمد بدير, د. عصام عبد الوهاب البرزنجي, د. مهدي ياسين السلامي, مبادئ القانون الاداري, بغداد, المكتبة القانونية, ١٩٩٣, ص ٤٩٠. لمزيد من التعريفات لعقد الاشغال العامة ينظر/ د. حسين عثمان, القانون الاداري, بيروت, الدار الجامعية, بدون سنة نشر, ص ٦٨. د. محمود عاطف البناء, العقود الادارية, ط١, القاهرة, دار الفكر العربي, ٢٠٠٧, ص ٧٣.

^٢ ينظر/ د. فرقد عبود العارضي, الطبيعة القانونية لعقود الاشغال العامة والتوريد والخدمات الاستشارية في العراق, مجلة رسالة الحقوق, السنة ١٤, العدد ٢, ٢٠٢٢, ص ٢٢٦. ينظر ايضا/ تعريف محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢ المنشور في مجموعة احكام السنة السابعة, ص ٧٦.

^٣ بهذا المعنى ينظر/ د. ماجد راغب الحلوم, العقود الادارية, الاسكندرية, دار الجامعة الجديدة, ٢٠١٣, ص ٢٨٩. ينظر ايضا/ د. علي شطناوي, النظرية العامة للعقود الادارية, الرياض, مكتبة الرشد للنشر, ١٤٣٥ هـ, ص ٢٧.

^٤ ينظر/ د. فرقد عبود العارضي, المرجع السابق, ص ٢٢٧. لمزيد من التعريفات لعقد الخدمات الاستشارية ينظر/ هاشم علي الشهبان, المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات, ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للطباعة والنشر, ٢٠٠٩, ص ٢٩. د. صبري حمد خاطر, الضمانات العقدية لنقل المعلومات, مجلة جامعة النهريين, كلية الحقوق, مج ٣, ٣٤, ١٩٩٩, ص ١١٩. حسن فضالة موسى التميمي, عقد التوريد بالمعلومات, رسالة ماجستير, كلية الحقوق - جامعة النهريين, ٢٠٠٦, ص ٢٢.

المكاتب الاستشارية لتقديم الخبرات القانونية والفنية والهندسية أو الإدارية أو قد يفرض عليها هذا الالتزام! اما عقد تقديم المعونة (المساهمة او المقاوله) فيقصد به الاتفاق المبرم بين جهة الادارة وفرد او شركة معينة يلتزم بمقتضاه الاخير بالمساهمة نقدا او عينا في نفقات مشروع معين تقوم به الادارة كإنشاء او توسيع ميناء او نفق لمرور السيارات او نصب سكة حديد, واذا ما وافقت الادارة على مساهمة المتطوع في تقديم مساعدات المرفق العام او الاشغال العامة انعقد العقد وهو من العقود الادارية^١.

وقد اشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة والضوابط الملحقه الى بعض هذه العقود المهمة من حيث لجوء الادارة اليها في العراق والتي يمكن ابرامها بوسائل مختلفة الا وهي عقد المقاولات (الاشغال العامة) والتوريد (التجهيز) والخدمات الاستشارية^٢. وفي هذه العقود تكون شخصية المتعاقد مع الادارة محل اعتبار بحيث ان الادارة لا يمكن ان تقدم على التعاقد الا بتوافرها في المتعاقد معها.

وحتى فيما يتعلق بأساليب التعاقد التي اشارت اليها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٣) منها فإن الادارة في معظم هذه الاساليب تعير الاعتبار الشخصي في ابرام العقود الادارية اهمية

واضحة, بحيث انها لا تقدم على ابرام مثل هذه العقود الا بعد التأكد من مجموعة من الصفات الجوهرية والاعتبارات الشخصية التي ينبغي توافرها في من يتعاقد معها.

^١ في العراق يوجد لدينا على سبيل المثال قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي رقم (٧) لسنة ١٩٩٧, الوقائع العراقية العدد ٣٦٧١ في ١٩٩٧/٥/٢٦.

^٢ ينظر/ د. ماجد راغب الحلوي, المرجع السابق, ص ٢١٢.

^٣ وهذا ما اشارت اليه الضوابط رقم (١٢) الخاصة بضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة لعقود الاشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية صادرة عن وزارة التخطيط, الملحقه بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

المطلب الثاني : دور الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري

ان التزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ الشخصي للعقد انما يعد مبدأ عاماً يسود العقود الادارية، وهذا المبدأ يستند الى ركيزة اساسية الا وهي فكرة الاعتبار الشخصي التي يلتزم بموجبها المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه شخصياً من غير ان يكون له، بدون موافقة الادارة، حق التنازل عنه للغير او التعاقد بشأنه من الباطن لمتعاقد ثانٍ! ولكي تضمن الادارة تنفيذ العقد الاداري على اتم وجه من قبل المتعاقد معها بشكل يؤمن تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من ابرام العقد ويحقق بالتالي حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد فإنها تهتم كثيراً في اختيار ذلك المتعاقد في مرحلة التعاقد، حيث ان الادارة يتعين عليها عند اختياره ان تراعي فيه توفر مجموعة من الصفات الجوهرية التي تضمن تنفيذ ذلك العقد. وقد اكد القضاء الاداري في اغلب دول القضاء المزدوج بأن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته يعد من المبادئ الاساسية وذلك للصلة الوثيقة بين العقد الاداري والمرفق العام، وبالتالي فإن التزامات المتعاقد مع الادارة هي التزامات شخصية ولا يجوز له ان يحل فيها غيره^١.

الفرع الاول : التزام المتعاقد شخصياً بتنفيذ العقد الاداري

يلحظ عموماً في نطاق العقود الادارية بأن الادارة لا تقدم على ابرامها الا من اجل تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة بتقديم الخدمات العامة للجماهير عن طريق المرفق العام، وبالتالي تنصب مهمة العقد الاداري على ادارة المرفق العام او تسييره او تنظيمه. ومن اجل تحقيق هذه الغاية

^١ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في ١٩٦٣/١٢/٢٨، اشار اليه/ د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٥٢.

^٢ وتشير محكمة القضاء الاداري المصرية الى ذلك بالقول (ان العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الادارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً، ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد ان التزامات المتعاقد مع الادارة التزامات شخصية أي المتعاقد يجب ان ينفذها شخصياً فلا يجوز له ان يحل غيره فيها او ان يتعاقد بشأنها من الباطن الا بموافقة الادارة فإذا حصل التنازل عن العقد الاداري بدون موافقة الادارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام، ...)، حكم محكمة القضاء الاداري في ٢٧ يناير ١٩٥٧، قضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق رقم ١١٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاماً من ١٩٤٦ - ١٩٦١، ج ٢، ص ١٩١٨.

الاساسية والجوهرية فان الادارة تهتم كثيرا في شخصية المتعاقد معها, بحيث يجب ان تطمئن الادارة الى ان الاخير يتمتع بتلك الصفات والاعتبارات اللازمة والضرورية من اجل انجاح ما تصبوا اليه الادارة في غايتها القانونية, ومنها بالتأكيد قدرته المالية والفنية على تنفيذ العقد. ولا يقتصر الامر على ذلك, بل يجب ان تتأكد الادارة وتتيقن جيدا من امانة ونزاهة وكفاءة وخبرة المتعاقد معها في المجال الذي يتم التعاقد فيه من قبله مع الادارة ومدى حسن التزامه بالوفاء بالالتزام الملقى على عاتقه بموجب العقد الاداري. وكل هذه المعطيات والاعتبارات والتي ينبغي توافرها في شخص المتعاقد مع الادارة تحتم ان تكون شخصية ذلك المتعاقد محل اعتبار وتكون لها اهمية خاصة وبارزة في ابرام العقد وتنفيذه, وبالخصوص في مرحلة التنفيذ لأنها المرحلة التي يتم بموجبها وضع الالتزامات المتقابلة, والتي تم الاتفاق عليها في مرحلة ابرام العقد, موضع التنفيذ الواقعي والتطبيق العملي. وبالاستناد الى ذلك, فان المتعاقد مع الادارة يلتزم شخصيا بتنفيذ التزاماته التي لزم بها نفسه في العقد المبرم مع الادارة. واذا كان الامر كذلك فهل يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يتنازل للغير في تنفيذ هذه الالتزامات؟ او ان يتعاقد عليها من الباطن؟.

القاعدة العامة او الاصل العام في هذا المجال بان المتعاقد مع الادارة, وهو الذي تكون شخصيته محل اعتبار في التعاقد, لا يجوز له التنازل عن العقد للغير او التعاقد بشأنه من الباطن. الا انه ومع ذلك يجوز ان يتم احد هذين الامرين وبشروط معينة. فبالنسبة للتنازل عن العقد للغير فإنه يعرف بأنه ان يقوم المتعاقد مع الادارة بإحلال غيره محله في تنفيذ العقد كليا اي في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية او في جزء منها! و لا يجوز هذا التنازل الا بموافقة الادارة^١, اما في حالة عدم موافقتها فان هذا التنازل يعد باطلا بطلانا مطلقا

^١ بهذا المعنى ينظر/ د. عبد المجيد فياض, نظرية الجزاءات في العقد الاداري, ط١, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٧٥, ص ١٢٦. وقد اشارت النقطة (سادسا) من الضوابط رقم (٤) صيغة العقد والصادرة عن وزارة التخطيط والملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على انه ((لا يجوز التنازل عن العقد كلا او جزءا الى متعاقد آخر)).

^٢ وقد اشارت شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٧ الملغية على انه ((لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقه من صاحب العمل التنازل عن المقاوله او اي جزء منها. ...)), ينظر/ المادة (الثالثة) من شروط المقاوله لأعمال

كونه متعلق بالنظام العام، لان التنازل يعد مخالفة صارخة لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد، وتعد هذه الموافقة من ضرورات طبيعة العقد الاداري والتزام المتعاقد بضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا الالتزام الاخير هو الذي يجعل التنازل عن العقد مرتبطا بموافقة الادارة والتي تعد ضرورية وحتمية حتى وان لم ينص عليها في العقد! وعلى العموم فان قبول الادارة او رفضها التنازل عن العقد يعد حقا لها ويدخل ذلك في باب السلطة التقديرية لها، ولكن سلطتها مشروطة بحسن الاستعمال وباستهداف المصلحة العامة دائما^١.

اما بالنسبة للتعاقد من الباطن فيعرفه بعض الفقه الفرنسي بانه التصرف القانوني الذي بموجبه يعهد المتعاقد الى الغير بتنفيذ جزء من العقد الاصلي^٢. على انه يلاحظ بأن التعاقد من الباطن لا يشترط فيه ان يكون

الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٧ الملغية الصادرة عن هيئة التخطيط، الدائرة القانونية. الا ان وزارة التخطيط قد اصدرت كتابها المرقم (٧٥٠٥) في ٢٠١٧/٤/٩ الذي تضمن عدم النص على شروط المقاولات بنوعيتها (شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني) و (شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الاول والثاني) في العقود الجديدة التي تبرم استنادا الى الوثائق القياسية والتي تتضمن الشروط العامة والخاصة لكل عقد من العقود الادارية. وعلى ذلك فقد نصت وثائق العطاء القياسية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة في الجزء الثالث (شروط العقد واستمارات العقد)/ القسم السابع (الشروط العامة للعقد) في المادة (الاولى/١-٧) الصادرة عام ٢٠١٧ على انه ((لا يحق لاي طرف ان يتنازل عن العقد او اي جزء منه او عن اية فائدة او مصلحة في العقد او بموجبه. الا انه يجوز لاي طرف أ- ان يتنازل عن العقد او جزء منه بموافقة الطرف الآخر المسبقة، وللطرف الاخير وحده حرية التقدير في هذا الشأن)).

^١ Pour plus de détails Voy. GASTON Jèze, op. cit., p. 204.

ولمزيد من التفاصيل ينظر/ د. عادل عبد الرحمن خليل، اثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها، القاهرة، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٧، ص ١٢٦. ينظر ايضا/ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٧٤. ويلاحظ بان المصلحة العامة التي تبتغي الادارة تحقيقها من ابرامها للعقد ذي الاعتبار لشخصي الا وهي ان يسير المرفق العام بانتظام واطراد في تقديم الخدمة العامة المطلوبة منه للجمهور بالإضافة الى عوامل شتى اخرى هي التي تدفع الادارة الى قبول التنازل عن العقد للغير، يضاف الى ذلك فان فكرة الاعتبار الشخصي هي بحد ذاتها من تدفع الادارة الى الموافقة على التنازل عن العقد للغير، حيث اذا ظهر الادارة ان الكفاية المالية والفنية للمتعاقد الاصلي اصبحت لا تحقق الغرض المطلوب منها الذي تسعى الادارة الى تحقيقه فان من مصلحة الادارة ان تقبل شخص اخر يكون اكثر ملاءة مالية وكفاية فنية من اجل تحقيق متطلبات العقد، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الادارة من الموافقة على التنازل من اجل انجاز اغراض المرفق العام وتحقيق الصالح العام، في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، المرجع السابق، ص ٦٨.

^٢ ينظر/ د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ١٢٨.

^٣ Voy. DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Tome 2, Paris, L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, p. 105.

منصبا على تنفيذ جزء من العقد, فلربما يكون التعاقد من الباطن منصبا على تنفيذ كل العقد وليس جزءا منه. لذلك فإننا نؤيد الاتجاه الفقيه الذي يذهب الى تعريف التعاقد من الباطن بأنه مساهمة الغير في تنفيذ كل او جزء من العقد الاداري المبرم بين الادارة والطرف الآخر بحيث تنشأ رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن بين طرفين جديدين هما المتعاقد الاصيل والمتعاقد من الباطن, على ان يبقى المتعاقد الاصيل, من حيث المبدأ, مسؤولا عن تنفيذ العقد بأكمله, مع امكانية ان يصبح المتعاقد من الباطن دائما للإدارة في حدود ما يتم تنفيذه من اعمال^١. وهناك انواع متعددة من التعاقد من الباطن^٢. فهناك التعاقد من الباطن الاجباري وهناك الاختياري, حيث تبرز حرية المتعاقد الاصيل في اختيار المتعاقد من الباطن في النوع الاختياري, في حين تكون حريته محدودة ومقيدة في النوع الاجباري يكون المتعاقد من الباطن مفروضا على المتعاقد مع الادارة. وهناك التعاقد من الباطن على درجة واحدة عندما يكون هناك متعاقد من الباطن وحيد, في حين يكون هناك متعاقد من الباطن من الدرجة الثانية او الثالثة ... الخ عندما يلجأ المتعاقد من الباطن الى التعاقد من الباطن مرة اخرى. وهناك تعاقد من الباطن مرتبط بالعقد الاصيل عندما يرغب المتعاقد الاصيل والمتعاقد من الباطن الى نقل شروط العقد الاصيل الى اتفاق التعاقد من الباطن بشكل منتظم ومرتب بحيث لا يكون مستقلا عنه, وهناك التعاقد من الباطن الذي لا يرتبط بالعقد الاصيل ويكون مستقلا عنه نظرا لوجود تطورات وظروف معينة تستدعي ذلك وبموافقة الادارة. وهناك التعاقد من الباطن ذو

وبالاتجاه ذاته يعرفه بعض الفقه المصري بأنه ((التصرف الذي يبرمه المتعاقد الاصيل مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد او تنفيذ جانب من التزاماته)), د. عبد المجيد فياض, المرجع السابق, ص ١٢٦. ينظر ايضا/ د. عزيز الشريف, المرجع السابق, ص ١٣٥.

^١ نجم حمد الاحمد, التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية -دراسة مقارنة-, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق - جامعة عين شمس, ٢٠٠١, ص ٢٩. وينبغي للعقد من الباطن ان يكون محل العقد قابلا للتجزئة وهو امر متصور في جميع العقود الادارية, حيث ان التطور التكنولوجي والتقدم الفني وما يتطلبه من التخصص وتقسيم العمل سيجعل تنفيذ موضوع العقد قابلا للمساهمة من قبل اكثر من شخص, ينظر/ د. ابراهيم محمد علي, اثار العقود الادارية وفقا لقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية, ط٢, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٣, ص ٣٥٩.

^٢ في تفصيل ذلك ينظر/ نجم حمد الاحمد, المرجع السابق, ص ٦٠.

الطبيعة التكاملية وهناك ذو الطبيعة الظرفية، ومعيار التمييز بينهما يرجع الى طبيعة العمل ونوعيته وما اذا كان من جنس عمل المتعاقد الاصيلي وتخصه او انه يخرج عن ذلك التخصص.

وبصدد الاعتبار الشخصي في العقد الاداري، فانه اذا كان التنازل عن العقد الاداري يؤدي الى الاخلال بمبدأ الاعتبار الشخصي كونه يؤدي الى اخلال المتنازل له محل المتنازل في تنفيذ العقد بأكمله وعلى مسؤوليته الشخصية، فان التعاقد من الباطن لا يشكل اخلافاً بفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الاداري، حيث ان للاعتبار الشخصي مدلوله الخاص في مسألة التعاقد من الباطن فهو لا يعني التزام المتعاقد شخصياً بالتنفيذ المادي للعقد بقدر ما يعني المسؤولية الشخصية للمتعاقد الاصيلي عن ذلك التنفيذ، وبالتالي فان التعاقد من الباطن مسموح به بهذا الصدد طالما ان المتعاقد الاصيلي يكون ضامناً ومسؤولاً شخصياً عن تنفيذ العقد بأكمله امام الادارة! ونرى بأنه لا يخل بهذه التفرقة ان يرد التعاقد من الباطن على كل العقد الاصيلي او جزء منه، فلا يشترط ان هذا التعاقد على جزء من العقد، وبالتالي فإن مسؤولية المتعاقد الاصيلي تجاه الادارة تبقى قائمة حتى وان تم التعاقد من الباطن على تنفيذ العقد بأكمله، فهنا تكون مسؤولية المتعاقد الاصيلي تجاه الادارة بينما تكون مسؤولية المتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد

¹ في تفصيل ذلك ينظر/ د. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، بيروت، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٨٠. فالتعاقد من الباطن المقترن بموافقة الادارة لا يؤدي اطلاقاً الى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الاصيلي فلا تنشأ بالتالي علاقة عقدية جديدة بين المتعاقد من الباطن والادارة المتعاقدة، حيث تظل الرابطة العقدية بين المتعاقد الاصيلي والادارة قائمة دون أي مساس بها، فالتعاقد من الباطن يتم تحت مسؤولية المتعاقد الاصيلي الخاصة وتبقى مسؤوليته الكاملة عن تنفيذ العقد قائمة حتى في الجزء الذي تعاقد عليه من الباطن، وتقوم هذه المسؤولية حتى وان لم ينص عليها في العقد، مالم يوجد شرط عقدي مخالف، وبالنتيجة فان المتعاقد من الباطن يظل شخصاً ثالثاً بالنسبة للإدارة، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر / GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 400. RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Paris, 5^{ème} édition, L.G.D.J. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 2006, pp. 510, 513.

ينظر ايضاً/ د. حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٤١ وما بعدها. د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٣١. د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

الاصلي^١. وينبغي ايضا التمييز بين التعاقد من الباطن الذي يؤدي الى اشراك الغير في تنفيذ العقد بأكمله او في جزء منه وبين اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الاصلي, حيث ان الاخيرة تعني تلك الاتفاقات التي يبرمها المتعاقد الاصلي من اجل الحصول على المواد الاولية او الموارد المالية او المعونة الفنية او شراء ما مطلوب منه توريد للإدارة^٢. وبالتالي فان النتيجة التي تترتب على هذه التفرقة هي ان يكون التعاقد من الباطن محظورا دون موافقة الادارة^٣, اما اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الاصلي فتكون جائزة حتى بدون موافقة الادارة كونها تستند الى مبدأ حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته, الا اذا نص العقد الاصلي على حظرها او ضرورة موافقة الادارة عليها ما دام العقد يكون دائما هو شريعة المتعاقدين^٤. ويلاحظ بان القضاء الاداري قد اكد على ان الادارة غير ملزمة بقبول متعاقد من الباطن كما انها بالمقابل لا يكون لها ان تفرضه على المتعاقد الاصلي, وبالتالي فان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن الموافقة على التعاقد من الباطن الا ان

^١ لذلك لا نؤيد التفرقة التي يقيمها بعض الفقه بقولهم ان التعاقد من الباطن يقتصر على تنفيذ جزء من العقد الاصلي دون العقد بأكمله بينما التنازل عن العقد هو ترك المتنازل للعملية التعاقدية برمتها, DE LAUBADERE, Pour plus de détails voy. André, op.cit., p. 114.

فموافقة الادارة على اجراء التعاقد من الباطن لا يدخل المتعاقد من الباطن في علاقة عقديّة مع الادارة بل تبقى علاقته العقديّة محصورة مع المتعاقد الاصلي فقط. وعلى ذلك يقتصر اثر موافقة الادارة على التعاقد من الباطن على جعله مشروعا بحيث لا تتمكن بعد ذلك من التنكر له والا ارتكبت خطأ تعاقديا يجعلها مسؤولة عن تعويض المتعاقد الاصلي, فلا توجد اية علاقة قانونية مباشرة بين المتعاقد من الباطن والادارة, بحيث ان الثمن يتم دفعه الى المتعاقد الاصلي حتى بالنسبة للأعمال او جزء الاعمال لاتي قام بتنفيذها المتعاقد من الباطن, في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف, المرجع السابق, ص ١٠٩. وقد اكد القضاء الاداري سواء في فرنسا او مصر على عدم وجود علاقة عقديّة مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن, ينظر/ حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ يناير ١٩٨٩ وحكم محكمة القضاء الاداري المصرية في ٢٧ يناير ١٩٧٥ وحكم المحكمة الادارية العليا المصرية في ١١/٢٥/١٩٧٥, اشار اليها/ د. محمد ماهر ابو العينين, العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء واقتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤, القاهرة, دار ابو المجد للطباعة, ٢٠٠٤, ص ٨٣١.

^٢ في تفصيل ذلك ينظر/ د. عادل عبد الرحمن خليل, آثار العقود الادارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية, جامعة عين شمس, مطبعة الايمان, ٢٠٠١, ص ٥٥.

^٣ وعلى ذلك تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والضوابط الملحقة لها على ان ((للمتعاقد في عقود المقاولات احوالة اجزاء من العقد الى مقاولين ثانويين بموافقة مسبقة من جهة التعاقد على ان تبقى مسؤولية تنفيذ العقد على المتعاقد الاصلي)), ينظر/ (خامسا) من الضوابط رقم (٤) المتعلقة بصيغة العقد والصادرة من وزارة التخطيط والملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

^٤ ينظر/ حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في ٢٧ يناير ١٩٧٠ وحكم المحكمة الادارية العليا المصرية في ١٦ يناير ١٩٧١, اشار اليهما/ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف, المرجع السابق, ص ١٠٢.

حريتها ليست مطلقة بل مقيدة بعدم التعسف باستعمال السلطة
وباستهداف تحقيق المصلحة العامة للجمهور!

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على تنفيذ العقد الاداري

قد تعترى العقد الاداري بعض الظروف التي قد تعيق تنفيذه
وبالخصوص اذا ما كان العقد الاداري قائما على الاعتبار الشخصي الذي يركز
على الاعتبارات الشخصية والمهنية والمالية لشخص المتعاقد مع الادارة.
ولان المتعاقد ملتزم بتنفيذ التزاماته شخصيا^١ خلال مدة العقد بالتالي فإن
موته او افلاسه تعد من الامور التي ينبغي التطرق الى اثارها على تنفيذ العقد
الاداري.

فبالنسبة لموت المتعاقد في العقود الادارية القائمة على الاعتبار
الشخصي فان الامر يثير التساؤل حول انفساخ العقد بقوة القانون او حق
الادارة في فسخ العقد او الاستمرار في تنفيذه من خلال الورثة. ففي فرنسا
فان مجلس الدولة يرجع الى شروط العقد والى دفاتر الشروط لترتيب الآثار
القانونية على مسألة وفاة المتعاقد وبالتالي توضيح الحكم الواجب التطبيق
والذي يقضي اما باستمرار العلاقة التعاقدية او انقضائها^٢. وقد ذهب بعض

^١ Voy. Conseil d'état du 29 mai 1981, Roussey, n° 12315.

^٢ وقد اشار القضاء العراقي الى ما اشار اليه القضاء الفرنسي والمصري بصدد تنفيذ العقد الإداري من حيث الزامية تنفيذ العقد
لطرفيه، فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأن (.... عقد المزايدة يتم برسو المزايدة ... وان هذا العقد ملزم للطرفين)، ينظر/
حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ١٦٦٣/١/حقوقية في ١٥/٦/١٩٦٨، اشار اليه / طاهر طالب النكمة جي ، حماية مصالح المتعاقد
المشروعة في العقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٦. وفي حكم
آخر لمحكمة التمييز العراقية جاء فيه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...)، ينظر/
حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ١٢٢٩/١/حقوقية في ٢٧/١/١٩٦٨، أشار إليه/ المرجع نفسه ، ص ٣١.

^٣ ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٨. ففي مجال عقود الاشغال العامة فقد نصت المادة (٣٧) من دفاتر
الشروط العامة على انه في حالة وفاة المقاول فان العقد يعد مفسوخا بقوة القانون ودون أي تعويض الا اذا قبلت الادارة المتعاقدة
العرض المقدم من ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ الاشغال العامة، اما في عقد التوريد فان المادة (٦٢) من دفاتر الشروط
العامة تشير الى انه في حالة وفاة المتعاقد او فقده لأهليته فانه يستمر ورثته او من يتولون سلطة الوصاية عليه في تنفيذ العقد
ومع ذلك فان للوزير المختص اصدار قرار بفسخ العقد بناء على طلب الورثة او اذا رأى ان حسن تنفيذ العقد انما يستند الى
الكفاءة الشخصية للمتوفي، اما بالنسبة لعقد امتياز المرافق العامة فان دفاتر الشروط تنص على ان أي تغيير في شخص الملتزم لا
يمكن ان يتم الا بعد الحصول على موافقة الادارة المتعاقدة، في تفصيل ذلك ينظر/ د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق،
ص ١٠٠ وما بعدها. ويلاحظ على هذه النصوص بانه في حالة موت المتعاقد فان الحل يختلف بحسب نوع العقد المبرم ودرجة
الاعتبار الشخصي فيه.

الفقه الفرنسي الى ان موت المتعاقد في عقود امتياز المرافق العامة يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون! في حين ذهب آخرون الى ان موت المتعاقد لا يترتب عليه فسخ العقد بقوة القانون، بل ان الادارة تتمتع برخصة الفسخ متى ما قدرت بان شخصية المتعاقد المتوفى كانت تشكل ضمانا اساسية لحسن تنفيذ العقد^١. اما في مصر فقد تم حسم هذا الامر بموجب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، حيث نصت اللائحة على انه ((اذا توفى المتعاقد جاز للجهة الادارية فسخ العقد مع رد التامين اذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد او السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط ان يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة. واذا كان العقد مبرما مع اكثر من متعاقد وتوفى احدهم فيكون للجهة الادارية الحق في انتهاء العقد مع رد التامين او مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه. ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ اجراءات اخرى او اللجوء الى القضاء))^٢. اما بالنسبة للعراق، فلم نعثر في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والضوابط الملحقة بها ولا في دفاتر شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٧ الملغية ولا في الوثائق القياسية النافذة حاليا (والتي تتضمن الشروط العامة والخاصة لكل عقد اداري) والصادرة سنة ٢٠١٧ على نصوص تعالج مسألة وفاة المتعاقد مع الادارة. وعلى ذلك يتم الرجوع الى القواعد العامة المقررة في القانون بصدد هذه المسألة. حيث يشير القانون المدني العراقي الى ان موت المقاول يؤدي

^١ Voy. GASTON Jèze, op.cit., p. 207.

^٢ Voy. DE LAUBADERE André, op.cit., p. 112.

^٣ ينظر/ المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ والصادرة وفقا لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩ (مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨. وبالتالي فان الادارة في مصر تكون مخيرة بين فسخ العقد او السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد وبموافقة الجهات المختصة. كما ان المشرع المصري قد اشار الى الحالة التي يكون يتعدد بموجبها المتعاقدين مع الادارة، فاذا توفى احدهم يكون للإدارة الحق في انتهاء العقد مع رد التامين او مطالبة الباقيين بالاستمرار في تنفيذه.

الى انتهاء عقد المقاولة وذلك بشرطين اساسيين, الاول انه يجوز لصاحب العمل رفع دعوى بفسخ العقد امام المحكمة اذا كانت مؤهلات المقاول محل اعتبار ولم تتوفر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل, والثاني انه يجوز لرب العمل رفع دعوى بفسخ العقد امام المحكمة اذا لم تكن مؤهلات المقاول محل اعتبار ولم تتوافر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل! واذا كان هذا الحال بالنسبة للعقود المدنية, فانه يمكن القول في نطاق العقود الادارية ان شخصية المقاول اذا كانت محل اعتبار من الناحية المالية والفنية وغيرها من الاعتبارات الاخرى المطلوبة للعمل فان موته يترتب عليه انتهاء العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون دونما حاجة الى فسخه من قبل الادارة او من قبل الورثة. ويمكن ايضا ايراد استثناء على هذه الحالة والتي تتمثل بعدم انتهاء العقد رقم موت المتعاقد والتي يمكن ان تتفرع الى احتمالين: الاول اذا لم تكن شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد ففي هذه الحالة لا ينتهي العقد, والثانية هي امكانية ايراد نص كالذي اورده المشرع المصري وبالتالي جعل الخيار للإدارة في فسخ العقد او عدم فسخه والاستمرار بتنفيذ العقد من قبل الورثة اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار وكان قد توفي. ومن جانبنا نفضل ايراد هذه الاحكام بنصوص قانونية ترد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية او في الوثائق القياسية والتي تتضمن الشروط العامة والخاصة لكل عقد اداري.

اما بالنسبة لآثار اعسار المتعاقد او افلاسه على العقد الاداري القائم على الاعتبار الشخصي فان الوضع في فرنسا يختلف عنه في مصر والعراق. ففي فرنسا يتم الرجوع الى دفاتر الشروط العامة لمعرفة اثر الاعسار او الافلاس على استمرار العقد ولا تنص هذه الدفاتر على حكم واحد يتم تطبيقه بل يختلف الحكم طبقا لنوع العقد الاداري^١. فقد نصت المادة (٣٧) من دفاتر

^١ ينظر/ المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. ولمزيد من التفاصيل ينظر/ د. سعيد عبد الكريم مبارك, مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية, بغداد, دار الحكمة للطباعة والنشر, ١٩٩٠, ص ١٣٢.

^٢ بعض هذه الدفاتر تنص على وجب فسخ العقد في حالة افلاس المتعاقد, في حين ان بعضها الآخر ينص على ان الفسخ سلطة تقديرية للإدارة فلها ان توقعه ولها الا تقوم به, في تفصيل ذلك ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي, المرجع السابق, ص ٤٥٠.

الشروط العامة الخاصة بعقود اشغال الطرق والمباني في فرنسا بان العقد يفسخ بقوة القانون في حالة افلاس المقاول الا اذا قررت الادارة قبول العرض المقدم من قبل دائني المفلس بالاستمرار بالتنفيذ, وكذلك فان التصفية القضائية تؤدي الى انهاء العقد طالما ان المحكمة لم تأذن للمقاول بالاستمرار في تنفيذ اعماله.¹ اما في عقود التوريد العسكرية فان المادة (٦٦) من دفتر الشروط العامة تقرر ان العقد لا يفسخ بقوة القانون في حالة افلاس المتعاقد, الا ان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في فسخ مثل هذه العقود اذا ما رأت ان ذلك يحقق الصالح العام, وفي حالة التصفية القضائية فان الادارة تصدر قرارا بفسخ العقد في حالة عدم موافقة المحكمة للمتعاقد على الاستمرار في مزاولة نشاطه.² وفي حالة عدم وجود نص, سواء في العقد ام في دفاتر الشروط, يبين حالة العقد بعد افلاس او اعسار المتعاقد فإن مجلس الدولة الفرنسي يطبق القاعدة التي تقضي بان افلاس المتعاقد او اعساره لا يؤدي بذاته الى انهاء العقد, بل يكون للإدارة في هذه الحالة ان تفسخ العقد اذا رأت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك.³

اما في مصر فان المشرع المصري قد حسم الامر وقرر بان افلاس المتعاقد او اعساره يؤدي الى فسخ العقد تلقائياً,⁴ حيث لا يكون للإدارة اية سلطة تقديرية ما دام فسخ العقد يكون اجباريا في هذه الحالة.⁵ ويبدو لنا ان المعالجة الفرنسية لهذا الامر هي افضل من المعالجة المصرية كون الاولى تمنح للإدارة قدرا من الحرية في الاختيار بين الفسخ وعدمه وفقا لمتطلبات

¹ Voy. DE LAUBADERE André, op. cit., p. 121.

² في تفصيل ذلك ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي, المرجع السابق, ص ٤٥٠. ينظر ايضا/ د. نجم حمد الاحمد, المرجع السابق, ص ٢٧٢. اما فيما يتعلق بعقد امتياز المرافق العامة فبسبب الطبيعة الخاصة لمثل هذا العقد ولطول المدة التي يستغرقها فان الفقيه الفرنسي (Jèze) يرى بان افلاس المتعاقد يترتب عليه فسخ العقد بقوة القانون, ويستند في رأيه الى نصوص دفاتر الشروط الخاصة بمثل هذه العقود والتي ترتب الفسخ في حالة افلاس المتعاقد, كما يدل على رأيه بأحكام مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد, Pour plus de détails voy. GASTON Jèze, op.cit., p. 234.

³ Voy. DE LAUBADERE André, op.cit. p. 122.

⁴ ينظر/ المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

⁵ ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي, المرجع السابق, ص ٤٥٠.

المصلحة العامة ووفقا ايضا لما يتجه اليه اغلب الفقه بان الاعتبار الشخصي ليس غاية بحد ذاته بقدر ما هو وسيلة تتمكن من خلالها الادارة من ضمان تنفيذ العقد الاداري على النحو الذي يكفل سير المرفق العام محل العقد الاداري بانتظام واطراد وبالتالي تحقيق المنفعة العامة للجمهور بتقديم الخدمات العامة اللازمة لهم.

اما في العراق فان اعسار المقاول او افلاسه يكون من الاسباب التي تؤدي الى سحب العمل منه، وذلك نظرا لما يؤدي اليه افلاس المتعاقد او اعساره الى عجزه عن تنفيذ التزاماته وبالتالي سيتوقف عن العمل و يتأخر في التنفيذ او انه سيصبح في وضع مالي عسير لا يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته تجاه الادارة^١.

الخاتمة :

لقد اسفر بحثنا عن جملة من النتائج والتوصيات نوجزها بما يلي :

اولا: النتائج :

- ١- يعد الاعتبار الشخصي من المواضيع المهمة التي تلعب دورا كبيرا في مجال العقود الادارية وذلك لصلة العقد الاداري بالمرافق العامة. وبالتالي يجب على الادارة ان تراعي عدة اعتبارات خاصة في الطرف المتعاقد معها ومنها كفايته المالية والفنية وحسن السمعة والجنسية وغيرها.
- ٢- ان من الطبيعي ان تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي يختلف باختلاف العقود الادارية، وذلك مراعاة للقاعدة الاساسية في هذا المجال الا وهي ان الاعتبار الشخصي هو مدى صلة العقد الاداري بالمرافق العام،

^١ ينظر/ نص المادة (٢٠٥/٢/اولا) من الشروط العامة للعقد الواردة في وثائق العطاء القياسية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة الصادرة عام ٢٠١٧ في الجزء الثالث (شروط العقد واستمارات العقد)/ القسم السابع (الشروط العامة للعقد).

^٢ وفي هذا الصدد فقد اوردت النقطة (اولا/٢/ج) من الصواب رقم (١٧) الملحقه بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الخاصة بالية التعامل مع التأمينات الاولية والنهائية والكفالات المصرفية والسلفة التشغيلية والصادرة عن وزارة التخطيط ما يتعلق بالإجراء الواجب الاتباع عند افلاس او اعسار المتعاقد مع الادارة او تنازله عن العقد كلياً او جزئياً .

وبالتالي يكون تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي بشكل صارم كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام ويخفف تطبيقها في حالة العكس، وعلى ذلك يتفاوت تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي على مختلف العقود الادارية.

٣- لا يمكن اطلاقا التنازل عن العقد بدون موافقة الادارة، وفي حالة العكس فان التنازل يكون باطلا بطلانا مطلقا لانه يتعلق بالنظام العام تطبيقا لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الاداري مما يتيح الادارة الحق في فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد وان لم ينص على هذا الجزاء في العقد. اما اذا كان التنازل عن العقد بموافقة الادارة فان ذلك يرتب بعض الاثار القانونية المهمة سواء في علاقة الادارة بالمتعاقد الاصلي او في علاقتها بالمتنازل اليه. اما اذا كان تنازل المتعاقد الاصلي دون موافقة الادارة فان ذلك يرتب اثارا قانونية مهمة سواء في علاقة الادارة بالمتعاقد الاصلي او في علاقتها بالمتنازل اليه او في علاقة المتنازل والمتنازل اليه.

٤- ان التعاقد من الباطن اسلوب من اساليب الفن التعاقدية وهو حقيقة قانونية وواقعية في ان واحد. وفي هذا الصدد فان العقد الاصلي هو الذي يحكم العلاقة بين الادارة والمتعاقد الاصلي، بينما العقد من الباطن يحكم العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن، اما الاعقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن فهي علاقة غير مباشرة، الا في الحالات الاستثنائية التي قررها المشرع.

٥- تتعدد الحلول وتختلف في فرنسا ومصر والعراق في حالة ما اذا طرأت اية ظروف على المتعاقد مع الادارة اثناء تنفيذ العقد الاداري، نظرا لتأثير تلك الظروف بطبيعة الحال على الرابطة العقدية بين الادارة والمتعاقد معها، ومن هذه الظروف موت المتعاقد او افلاسه او اعساره.

التوصيات :

- ١- ندعوا المشرع العراقي الى جعل منازعات العقود الادارية ضمن الاختصاص الحصري لمجلس الدولة العراقي, وذلك من خلال تعديل قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بإضافة فقرة معينة الى المادة (٧) من القانون المذكور تتيح لمحكمة القضاء الاداري النظر في منازعات العقود الادارية.
- ٢- ضرورة تنظيم مسألة التنازل عن العقد الاداري بإيراد نص خاص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ينص صراحة على عدم جواز التنازل عن العقد الا بموافقة الادارة المتعاقدة اذا كان العقد قائما على الاعتبار الشخصي.
- ٣- ضرورة بل وجوب تنظيم مسألة موت المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري وذلك بإضافة نص في التعليمات المذكورة اعلاه وكذلك في الوثائق القياسية لعام ٢٠١٧ على غرار المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وبشكل ينطبق على جميع العقود الادارية دون استثناء.
- ٤- تنظيم مسألة اعسار المتعاقد مع الادارة او افلاسه في التعليمات المذكورة اعلاه وبشكل ينطبق على جميع العقود الادارية على غرار نص المادة (٥٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل بالقانون رقم (١٨٨) لسنة ٢٠٢٠.

المراجع :

اولا: الكتب القانونية:

- ١- د. ابراهيم محمد علي, اثار العقود الادارية وفقا لقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية, ط ٢, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٣.
- ٢- د. السيد عبد المولى, المالية العامة - دراسة للاقتصاد العام, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٧٧.
- ٣- د. حسن حسين البراوي, التعاقد من الباطن, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٢.
- ٤- د. حسين عثمان, القانون الاداري, بيروت, الدار الجامعية, بدون سنة نشر.

- ٥- د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري -دراسة مقارنة-, ط١, الكتاب الثاني, عمان-الاردن, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧.
- ٦- د. سعيد عبد الكريم مبارك, مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية, بغداد, دار الحكمة للطباعة والنشر, ١٩٩٠.
- ٧- د. سليمان محمد الطماوي, الاسس العامة للعقود الاداري, ط٥, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٩١.
- ٨- د. سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات, المجلد الاول, نظرية العقد والارادة المنفردة, ط٤, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٨٧.
- ٩- د. عادل عبد الرحمن خليل, آثار العقود الادارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولأئحته التنفيذية, جامعة عين شمس, مطبعة الايمان, ٢٠٠١.
- ١٠- د. عادل عبد الرحمن خليل, اثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها, القاهرة, دار الثقافة الجامعية, ١٩٩٧.
- ١١- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة, الاسس العامة للعقود الادارية, الاسكندرية, منشأة المعارف, ٢٠٠٤.
- ١٢- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف, فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٣.
- ١٣- د. عبد المجيد فياض, نظرية الجزاءات في العقد الاداري, ط١, القاهرة, دار الفكر العربي, ١٩٧٥.
- ١٤- عبد الودود يحيى, الموجز في النظرية العامة للالتزامات, القسم الاول - مصادر الالتزام, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٤٤.
- ١٥- د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني, الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد - التعاقد عبر الانترنت, عقود البيع التجارية على وفق قواعد الانكوتيرمز (Incoterms) لعام ٢٠٠٠, بغداد, بيت الحكمة, ٢٠٠٣.
- ١٦- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس, قانون العمل, ط١, القاهرة, شركة العاتك لصناعة الكتاب, ٢٠١٣.
- ١٧- د. عزيزة الشريف, دراسات في نظرية العقد الاداري, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٨٢.
- ١٨- د. علي الموسوي, الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة, مجلة العلوم القانونية, جامعة بغداد, ع ٢, مجلد ٢٥, ٢٠١٠.
- ١٩- د. علي شطناوي, النظرية العامة للعقود الادارية, الرياض, مكتبة الرشد للنشر, ١٤٣٥هـ.

- ٢٠- د. علي محمد بدير, د. عصام عبد الوهاب البرزنجي , د. مهدي ياسين السلامي, مبادئ القانون الاداري, بغداد, المكتبة القانونية, ١٩٩٣.
- ٢١- د. فالح عبد الكريم الشخيلي, معالم المديونية الخارجية للدول النامية, ط١, بغداد, دار الشؤون الثقافية العامة, ١٩٩٠.
- ٢٢- د. ماجد راغب الطلو, العقود الادارية, الاسكندرية, دار الجامعة الجديدة, ٢٠١٣.
- ٢٣- د. مجيد حميد العنبي, مبادئ العقد في القانون الانكليزي, بغداد, منشورات جامعة النهرين, ٢٠٠١.
- ٢٤- د. محمد سعيد حسين امين, المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية وتطبيقاتها - دراسة مقارنة- , القاهرة, دار الثقافة الجامعية, ١٩٩٥.
- ٢٥- د. محمد ماهر ابو العينين, العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤, القاهرة, دار ابو المجد للطباعة, ٢٠٠٤.
- ٢٦- د. محمود جمال الدين زكي, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري, ج١- مصادر الالتزام, ط ٢, القاهرة, مطبعة جامعة القاهرة, ١٩٧٦.
- ٢٧- د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, ط ٢, الاصدار الاول, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ١٩٩٨.
- ٢٨- د. محمود عاطف البنا, العقود الادارية, ط١, القاهرة, دار الفكر العربي, ٢٠٠٧.
- ٢٩- مصطفى احمد الزرقاء, الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد, المدخل الفقهي العام, ج١, ط٨, دمشق, مطبعة دار الحياة, ١٩٦٤.
- ٣٠- د. نصري منصور نابلسي, العقود الادارية, بيروت, منشورات زين الحقوقية, ٢٠١٠.
- ٣١- هاشم على الشهوان, المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات, ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للطباعة والنشر, ٢٠٠٩.
- ٣٢- د. هشام رفعت هاشم, عقد العمل في الدول العربية, القاهرة, الدار القومية للطباعة والنشر, ١٩٦٤.
- ٣٣- د. يوسف الياس, قانون العمل العراقي, ج١, بغداد, مؤسسة الثقافة العمالية, ١٩٨٠.

ثانيا : الاطاريح والرسائل الجامعية:

- ١- اياد احمد البطاينة, الاعتبار الشخصي في التعاقد, رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بابل, ١٩٩٩.
- ٢- حسن فضالة موسى التميمي, عقد التزويد بالمعلومات, رسالة ماجستير, كلية الحقوق - جامعة النهرين, ٢٠٠٦.

- ٣- طاهر طالب التكمه جي ، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، ١٩٧٦.
- ٤- سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية، ١٩٧٥.
- ٥- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٧٤.
- ٦- مهند حمد احمد العبودي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٨.
- ٧- نجم حمد الاحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
- ثالثاً: المجلات والدوريات المحاضرات :**

- ١- د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق، مج ٣، ع ٣، ١٩٩٩.
- ٢- حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢ المنشور في مجموعة احكام السنة السابعة.
- ٣- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥، مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر من عام ١٩٩٣ حتى عام ١٩٩٧، ج ٩٤، بإشراف د. نعيم عطية والاستاذ حسن الفكهني، الدار العربية للموسوعات، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- ٤- د. فرقد عبود العارضي، الطبيعة القانونية لعقود الاشغال العامة والتوريد والخدمات الاستشارية في العراق، مجلة رسالة الحقوق، السنة ١٤، العدد ٢، ٢٠٢٢.
- ٥- د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، محاضرات في العقود الادارية القيت على طلاب الدراسات العليا الدكتوراه، القسم العام - كلية القانون - جامعة السليمانية، العام الدراسي ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- ٦- د. هالة مقداد الجليلي، مشكلات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون - جامعة الموصل، ع ٢٥، مجلد ٢، س ١٠، ٢٠٠٥.
- ٧- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاما من ١٩٤٦ - ١٩٦١، ج ٢.

- ٨- د. طالب حسن موسى، عقود المقاولات الانشائية، مجلة القضاء، ع ٣ و ٤، ١٩٨٩.

ثالثاً: القوانين :

- ١- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري ولأئحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩ (مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨.
- ٢- وثائق العطاء القياسية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة في الجزء الثالث (شروط العقد واستمارات العقد) / القسم السابع (الشروط العامة للعقد) الصادرة عام ٢٠١٧.
- ٣- شروط المقولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٧ الملغية والصادرة عن هيئة التخطيط، الدائرة القانونية.
- ٤- قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي رقم (٧) لسنة ١٩٩٧، الوقائع العراقية العدد ٣٦٧ في ١٩٩٧/٥/٢٦.

- ٥- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، الوقائع العراقية العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩.
- ٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ، الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكررا (أ)، في ١٩٤٨ /٧/ ٢٩.
- ٧- قانون التعديل الخامس رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة في ٢٠١٣/٧/٢٩، الوقائع العراقية العدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩.
- ٨- قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٧، الوقائع العراقية العدد ٤٤٥٦ في ٢٠١٧/٨/٧.
- ٩- قانون مجلس الدولة العراقي (مجلس شورى الدولة سابقا) رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/١٢، الوقائع العراقية العدد ٢٧١٤ في ١٩٧٩/٦/١١.
- ١٠- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحق بها، الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.

رابعاً: المراجع الاجنبية :

- ١- Conseil d'état du 29 mai 1981, Roussey, n° 12315.
- ٢- GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, Paris, Presses Universitaires de France , 2008.
- ٣- Jean WALINE, Droit administratif, 27^e édition, Paris, Dalloz, 2018.
- ٤- Manuel DELAMARRE et Timothée PARIS, Droit administratif, Paris, Ellipses, 2009.
- ٥- Philippe FOILLARD, Droit administratif, 2^e édition, Louvain La Neuve/Bruxelles, Larcier, 2013.
- ٦- Élisabeth Chaperon, Droit administratif Droit de l'environnement, catégories A et B, Vanves, Éditions Foucher, 2005.
- ٧- Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, Droit administratif, 11^e édition, Paris, ÉCONOMICA, 2014.
- ٨- The third article of the Regulation (EC) N° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008.
- ٩- Michele Grazaidei, Ugo Mattei and Lionel Smith, commercial Trusts in European Private Law, New York, Cambridge university press, 2005.
- ١٠- GASTON Jèze, Les contrats administratifs de l'Etat: des départements, des communes et des établissements publics, L.G.D.J. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, tom 2, 1932.
- ١١- CHRETIEN Patrice et CHIFFLOT Nicolas, Droit administratif, 13^e édition, Paris, DALLOZ, 2012.

- CE, 20 avril 1956, Époux Bertin, Revue du droit public et de la science politique -I٢
(RDP) 1956.
- FOILLARD Philippe, Droit administratif, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2013. -I٣
- DE LAUBADERE André, Traité théorique et pratique des contrats -I٤
administratifs, Revue internationale de droit comparé, vol. 9 N°2, Avril-juin 1957.
- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Paris, 5^{ème} édition, L.G.D.J. -I٥
Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 2006.
- AYNES Laurent, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois -I٦
personnes, Paris, Economica, 1984.
- DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Tome 2, Paris, -I٧
L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.



العدالة والعقلانية في إنشاء القضاء الإداري في العراق

م.د. فلاح حسن عطية الياسري ، كلية القانون، جامعة وارث الأنبياء عليه السلام
م.د. نزار محمد جاسم ، كلية القانون، جامعة وارث الأنبياء عليه السلام

ملخص البحث الموسوم

لقد تبني المشرع العراقي القضاء المزدوج من خلال انشاء محكمة القضاء الإداري بموجب قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والذي حدد اختصاصها بالفصل في المنازعات الإدارية الناشئة عن القرارات الإدارية التي ليس لها مرجع للطعن مما جعل هذا الاختصاص محدودا في مقابل ما يتمتع به القضاء العادي كونه صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات فضلا عن وجود الكثير من النصوص القانونية التي تجعل للهيئات الإدارية والمجالس اختصاصات قضائية للفصل في المنازعات الإدارية، الا ان التغييرات الإدارية والسياسية التي شهدتها الواقع العراقي بعد عام ٢٠٠٣ أدت الى زيادة كبيرة في المنازعات الإدارية المعروضة أمام القضاء الإداري الذي يعاني ابتداء من نقص كبيرا في عدد أعضائه ومحاكمه ، مما دفع المشرع العراقي الى تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ بموجب قانون التعديل السادس قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ وبموجبه تم زيادة عدد أعضاء مجلس شورى الدولة كما تم انشاء محكمة القضاء الإداري لتتولى النظر تميزا في القرارات الصادرة من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري الدولة ، كما اصدر المشرع العراقي قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ ليعزز استقلال القضاء الإداري ويغير تسمية المجلس

وتكمن مشكلة البحث في مدى استجابة المشرع لزيادة النشاط الإداري وتطوره وما نتج عنه من زيادة في المنازعات الإدارية المعروضة امام المحاكم الإدارية والسؤال هنا هل أستطاع المشرع العراقي ان يستجيب لهذه المتغيرات و مدى هذه الاستجابة ويتفرع عنها العديد من الأسئلة منها ماياتي

١. مدى الحاجة لانشاء للقضاء الاداري
 ٢. ماهو التنظيم القانوني للقضاء الاداري
 ٣. ماهي المتغيرات التي أدت الى زيادة المنازعات الإدارية
 ٤. ماهو دور المشرع في مواجهة هذه المتغيرات
 ٥. ماهي فعالية المشرع في مواجهة تلك المتغيرات
- أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في بيان مبررات انشاء القضاء الإداري وتنظيمه القانوني ومدى قدرة المشرع على مواجهة المتغيرات سواء في تشكيل القضاء الإداري واختصاصه في الفصل في المنازعات الإدارية وكذلك بيان

موارد القصور التشريعي التي يمكن معالجته من خلال ما قدمنا من مقترحات

منهجية البحث

لقد اتبعنا في بيان بحثنا الموسوم الحداثة والعقلانية في إنشاء القضاء الإداري في العراق المنهج التحليلي والوصفي للنصوص القانونية التي تبين نشأة القضاء الإداري وتطوره والأحكام القضائية التي لها علاقة بموضوع البحث.

خطة البحث

لقد تناولنا موضوع البحث من خلال خطة بحثية مقسمة الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول التنظيم القانوني للقضاء الإداري في العراق اما المبحث الثاني اوضحنا فيه النقص التشريعي في انشاء القضاء الإداري.

المبحث الأول: التنظيم القانوني

المطلب الأول: نشأة القضاء الإداري

الفرع الأول: الحاجة الى القضاء الإداري

الفرع الثاني: دور المشرع العرقي في نشأة القضاء الإداري

المطلب الثاني: هكلية القضاء الإداري ومهامه

الفرع الأول: هيآت القضاء الإداري

الفرع الثاني : مهام القضاء الإداري

المبحث الثاني: النقص التشريعي في انشاء القضاء الاداري

المطلب الأول النقص التشريعي في هيكلية القضاء الإداري

الفرع الأول: النقص في أجهزة القضاء الإداري

الفرع الثاني ك النقص في إجراءات القضاء الاداري

المطلب الثاني: النقص التشريعي في مهام القضاء الإداري

الفرع الأول: النقص في اختصاص محكمة القضاء الإداري

الفرع الثاني: النقص في اختصاص محكمة قضاء الموظفين

المبحث الأول

التنظيم القانوني للقضاء الإداري في العراق

لقد نشأ القضاء الإداري بصورة تدريجية اذ نجد جذوره في مجلس الانضباط العام الذي كان أحد أجهزة ديوان التدوين القانوني ومن بعده مجلس شوري الدولة ومع ذلك لا يمكن أن نعتبر ذلك ظهوراً كاملاً لما يمكن أن نسميه القضاء المزدوج الا بعد انشاء محكمة القضاء الإداري ، وهذا الوضع حصل في فرنسا أيضاً حيث أن القضاء الإداري الفرنسي نشأ في كنف الإدارة وتدرج في ظهوره حتى أصبح على الوضع الذي هو عليه الآن. ولجل بيان التنظيم القانوني للقضاء الإداري في العراق فإنه يكون لازماً علينا أن نبحث في بيان نشأة القضاء الإداري وهيكلته ومهامه

المطلب الأول

نشأة القضاء الإداري

نظر لخصوصية النشاط الإداري كونه النشاط الذي تمارسه الإدارة لاشباع الحاجات العامة متوسله بوسائل القانون العام وما يترتب على ممارسة هذا النشاط من منازعات تختلف عن المنازعات التي تنشأ بسبب النشاط الخاص لذا تظهر الحاجة الى وجود قضاء متخصص للفصل فيها يستدعي تدخل المشرع لانشاء هذا القضاء ولمزيد من التفصيل سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول الحاجة القضاء الإداري والفرع الثاني نبين فيه دور المشرع في انشاء القضاء الاداري

الفرع الأول: الحاجة الى القضاء الإداري

يؤدي القضاء الإداري ادواراً هامة في حماية المشروعية عند الفصل في المنازعات الإدارية و له مهام متنوعة وحيوية من شأنها أن تضي على نشاطه إيجابية وتميزاً و جعله أكثر من جهاز يقصد للفصل في النزاعات، عن طريق تطوير أسلوبه حتى في أداء هذا الدور التقليدي (الفصل في النزاعات) بتوظيف تلك المهام المتنوعة والتي تجاوزت بكثير المهام التقليدية للقضاء وحققت بشكل واضح الفرق بين القضاء الاداري والقضاء العادي.

بالفعل يعمل القضاء الإداري باستمرار على تطوير أساليب الفصل في النزاعات التي تعرض عليه ومد نطاق رقابته قدر المستطاع لاحتواء كل النزاعات، والاجتهاد لإيجاد حلول مبتكرة بذكاء لمواجهة النقص الذي يعتري النصوص ومنه تطوير نظريات وقواعد القانون الإداري، لذلك تكمن مبررات انشاء القضاء الإداري ماياتي:

أولاً: إن طبيعة الدعاوى الإدارية

تختلف الدعوى الإدارية عن الدعاوى الأخرى كونها دعوى موضوعية، وليست دعوى شخصية، ومن حيث أطرافها لاتعد الإدارة خصماً بالمعنى الوارد في الدعاوى العادية، وإنما يتم مخاصمتها باعتبارها الجهة التي تستطيع الدفاع عن أعمالها وتملك سحبها أو تعديلها ، وتكمن خصوصية العلاقة بين أطرافها

ومرجع الاختلاف هو أساليب القانون العام التي تتمتع بها الإدارة ، وما يترتب عليها من اختلاف المراكز القانونية لأطراف المنازعة الإدارية، على أساس الموازنة بين المصلحة العامة التي تهدف إلى تحقيقها الإدارة والمصلحة الخاصة التي يسعى إليها الطرف الآخر^(١)

فالخصوم في المنازعة المدنية متساوون في مراكزهم القانونية، ويغلب أن يكونوا اشخاصا طبيعيين أو اشخاصا معنوية خاصة ، وإذا كانت الإدارة طرفا فيه فلا تكون بوصفها سلطة عامة، وعلى عكس المنازعة الإدارية ، كونها من دعاوى القانون العام تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة^(٢)، وتمارس النشاط المتمثل بتنفيذ القوانين، وحماية النظام العام، واشباع الحاجات العامة متمتعة بامتيازات السلطة العامة^(٣) والإدارة في أغلب الأحوال في موقف المدعى عليه^(٤)، الامر الذي يتطلب من القاضي الإداري عند نظره المنازعة الإدارية مراعاة هذه الخاصية، فيعمل على إعادة التوازن بين الاطراف ، وهذا من العسير تحقيقه في ظل التمسك بمعيار الحياد السلبي في الدعوى المدنية.^(٥)

كما إن العمل على تحقيق التوازن بين الأطراف غير المتكافئة في المنازعة الإدارية يقتضي تمكين القاضي من وسائل إجرائية متميزة تختلف عن الوسائل الإدارية المقررة أمام القضاء العادي^(٦) ، و تساعد القاضي في القيام بدوره الإيجابي في الهيمنة على إجراءات الدعوى و رقابتها و توجيهها و تسهل على القاضي جمع عناصر الإثبات^(٧)، لذا تتسم الإجراءات الإدارية بسماة عديدة من أهمها الكتابة، كونها الوسيلة الأساسية للتعبير عن إرادة الإدارة وقد انعكس ذلك على إجراءات المنازعة الإدارية^(٨)، فالأصل من هذه الإجراءات أنها كتابية ، فطلبات الخصوم و دفوعهم و مستنداتهم كلها مكتوبة في مذكراتهم ، تحت

(١) د. عبدالرحمن أبوبكر سيد أحمد، أثر امتيازات الإدارة في وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية ، مجلة الشارقة للعلوم القانونية، العدد ٢، مجلد ١٥، كانون الاول ، ٢٠١٨، ص ٣٠٤.

(٢) د، سليمان الطماوي، مبادئ القانون ، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها ، دار الفكر العربي، ١٩٧٣، ص.

(٣) د. حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، مطابع الشعب ، القاهرة ، ١٩٨١، ص ١١٧.

(٤) د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون ، الجزائر، دار هومة، ١٩٩٩ ، ص ٣٤ و ٣٥

(٥) د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، القضاء ، بدون دار نشر، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١٩٢ .

(٦) نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية ، اطروحة دكتوراه، قسم لحقوق، كلية الحقوق والسياسة، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٥.

(٧) د. نجيب خلف احمد و د. محمد علي جواد ، مصدر سابق، ص ١٩٣ .

(٨) بشير محمد ، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة ، اطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق، بن عكنون ، الجزائر ، ٢٠١٠ ، ص ٩ .

نظر القاضي و بناء على توجيهاته بحيث يكون ملف الدعوى في النهاية هو الإطار المكتوب لكل الطلبات و المستندات والأدلة و يقوم القاضي بإصدار حكمه بناء على ما ورد في ملف الدعوى من أدلة مكتوبة^(١)

ويذهب القاضي إلى اعتماد الأسلوب الكتابي كونه الأسلوب الأمثل لبلوغ هذا القضاء غايته في إصدار قرارات أكثر يقينا^(٢). ومنه يمكن القول إن دور المرافعات الشفوية في الدعوى الإدارية هو دور ثانوي و يقتصر على مجرد شرح و توضيح ما تضمنته المذكرات المكتوبة و توضيحها دون أن تضيف إليها شيئا.^(٣)

وللقاضي الإداري دور إيجابيا لاجل لضمان التقليل من آثار اختلاف المراكز القانونية بين الإدارة وخصمها بخلاف إجراءات الدعوى المدنية التي تطغي عليها الصفة الادعائية التي يسيطر عليها الطرفان والنتيجة المترتبة على ذلك هي ظهور مبدأ حياد القاضي الايجابي ومغادرة المفهوم التقليدي للحياد في الدعوى المدنية ، القائم على سيادة الخصوم أي أنهم أسياد الدعوى واتخاذ موقف سلبي من طرفي الخصومة^(٤).

كما إن دور القاضي الإداري في مجال إجراءات الدعوى الإدارية، يتسق مع المذهب الحر في الإثبات^(٥) ، و يترتب عليه ألا يترك مهمة الإثبات على عاتق الأفراد يقومون بها وحدهم و يقتصر دوره على الحكم ، وإنما يقوم هو بنفسه بدور كبير في البحث عن الحقيقة . إذ إن القاضي الإداري لا يراعى في مجال التكليف بتقديم الأدلة مجرد أعمال القاعدة الأصولية " أن البينة على من ادعى " و إنما يمكن تجاوز ذلك إلى التزام مبدأ آخر هو " البينة على من يملكها و النكول قرينة ضده. " لأن مهمة القاضي الإداري في الدعوى الإدارية والتي تتمثل

(١) أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون ، دار الشعب، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٥٥.

(٢) د. علي خطر شطناوي، موسوعة القضاء ، ج ١، دار الثقافة، ط ١، عمان، ٢٠٠٨، ص ٥٢٠. كذلك، بشير محمد، مصدر سابق، ص ١٣

(٣) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٨١.

(٤) د. أحمد كمال الدين موسى، دور القاضي في تحضير الدعوى الإدارية من حيث الموضوع، ، مجلة العلوم ، العدد الثاني، ١٩٧٩، ص ٣٦

(٥) تتعدد أنظمة الإثبات منها الإثبات المقيد ونظام الإثبات الحر والإثبات المختلط ويختلف دور القاضي تبعا لاختلاف نظام الإثبات الذي يعتنقه النظام القانوني له ، ففي نظام الإثبات الحر يكون للقاضي حرية واسعة في تقدير الأدلة كما إنه يقوم بدور إيجابي للوصول للحقيقة القضائية ، وهو في هذا الصدد يقوم باستكمال النقص في الأدلة و استيضاح الغامض فيها و توجيه الخصوم في هذا الشأن . أما دور القاضي في نظام الإثبات المقيد نجده محدود ، إذ إنه يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم في الدعوى دون تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقا للقواعد المقررة في القوانين بتحديد قيمة كل منها ، وليس له أن يقوم باستكمال النقص في الأدلة عكس الوضع في نظام الإثبات الحر ، و يعنى ذلك أن موقف القاضي في نظام الإثبات المقيد يكون سلبيا وهو ما يعرف بمبدأ حياد القاض.

بمساندة الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي أي مساندة الفرد في مواجهة الإدارة.^(١)

لذا يتجلى الدور الايجابي للقاضي الإداري بخروجه عن المفهوم التقليدي ليقوم بأدوار متعددة منها يتعلق بتحضير الدعوى تارة ، وبالذور التحقيقي تارة أخرى . والأهم هو الدور الانشائي للقاضي الإداري .

١. دور القاضي في تحضير الدعوى الإدارية

يقصد بتحضير الدعوى مجموعة الوسائل التي تتخذ اعتبارا من تاريخ إيداع عريضة الدعوى بقصد تهيئتها للحكم فيها ،^(٢) ، ولا تستهدف سلطات القاضي ودوره في تحضير الاسراع في الفصل في الدعوى فحسب ، ولكنها كذلك تحقق هدف آخر هو العمل على تحقيق التوازن العادل بين الطرفين ومواجهة امتيازات الإدارة لذا فدور القاضي الإداري في التحضير يطغى على دور الطرفين ويعلو عليه في حين أن السيادة أمام القاضي المدني في التحضير تكون للطرفين ونشاطهما.^(٣)

ويستند دور القاضي الإداري في مباشرة وسائل التحضير إلى التزامه العام بالفصل في الدعوى على أساس الدراية الكاملة بوقائعها بمقتضى وظيفته القضائية ، فضلا عما تتطلبه سيادة المشروعية من امكان مراجعة ومناقشة نشاط الإدارة بطريقة فعالة، الامر الذي يبرر تمكين القاضي الإداري من السلطات اللازمة للكشف عن حقيقة الوقائع المعروضة وفي مقدمة ذلك امكان التدخل بوسائل التحضير المناسبة وفقا لتقدير القاضي الإداري سواء في ذلك تكليف الإدارة لإيداع الملفات الإدارية أو بيان الأسباب القانونية أو الواقعية إلى غير ذلك من الوسائل . وهذا التدخل الايجابي مما يتطلبه سيادة مبدأ المشروعية الذي يعد وثيق الصلة بطبيعة القضاء الإداري وأساس وجوده^(٤) .

٢. الدور التحقيقي للقاضي الإداري

يبدأ الدور التحقيقي للقاضي الإداري بعد أن يتقدم الخصوم بادعاءاتهم إلى القضاء فيصبح سيد التحقيق ، واعتبار دوره الايجابي في الإجراءات الذي يخوله سلطات واسعة في البحث عن الحقيقة ، فله أن يتخذ من تلقاء نفسه أيا من

(١) د. أحمد المصطفى محمد صالح، العوامل المؤثرة في الدعوى الإدارية ودور القضاء في إثباتها، ص ١٠. في الموقع الإلكتروني بتاريخ

(٢) د. احمد كمال الدين موسى ، دور القاضي في تحضير الدعوى الإدارية من حيث الموضوع ،مصدر سابق ، ص ٣٣.

(٣) عبد الحكيم فؤدة ،المرجع السابق ،ص: ٣٠٠

(٤) د. احمد كمال الدين موسى ،تحضير الدعوى الإدارية، مصدر سابق، ص ٥٣.

أعمال البحث والتحقيق التي يرى ضرورتها في النزاعات التي من شأنه أن يقدر أن ملف القضية فيها لن يكتمل بعد من خلال ما قدم له من مستندات لفض النزاع أو طلب من أحد الخصوم الذي له الحق في أن يطلع القاضي على ما اتخذه من إجراءات وابداء الملاحظات عليها عملاً بمبدأ المواجهة في الإجراءات.(١)

٣. الدور الانشائي للقاضي الإداري

لا تنحصر مهمة القاضي الإداري في تطبيق النصوص المقننة مسبقاً بل له القدرة على ابتداء الحل المناسب للنزاع المعروف عليه في حال غياب النص القانوني الذي يحكمه، فعلى هذا الأساس ساهم القاضي الإداري باجتهاده في إرساء قواعد نظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام و احتياجات المرافق العامة و مقتضيات حسن سيرها وإيجاد مركز التوازن و الموازنة بين ذلك و بين المصالح الفردية.(٢)

والقضاء الإداري يفترق عن القضاء المدني، في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب.(٣) كونه الحامي لمبدأ المشروعية والضامن لحقوق وحرية الأفراد في المنازعات الإدارية .

ويتجسد هذا الدور الخلاق للقاضي ، من خلال إنشاء القرائن القضائية، فالقرائن القضائية من صنع القاضي الإداري سواء المتعلقة في موضوع الدعوى ليستدل بها على الوقائع المجهولة من الوقائع المعلومة (٤) ، أو في مجال الإثبات يستطيع الطرف المكلف بالإثبات في الدعوى إن يقدم المستندات التي تؤيد طلباته، أو يخلو ملف الدعوى من أدلة إثبات كافية ، فإن القاضي يعتمد إلى نقل عبء الإثبات إلى عاتق الطرف الأخر، فلقريضة النكول عن تقديم المستندات في الدعوى ، أثار هامة في تغيير نظام عبء الإثبات على المدعي، تجسيدا للدور الإيجابي في ميدان الإثبات، كما إن فقدان أي سند من المستندات ، لا يعد عائقاً للإثبات إذ يمنح للمدعي الحق في أن يثبت الملف أو الورقة بكل طرق الإثبات

(١) د. محمد عبد الحميد سعود ، إشكاليات التقاضي أمام القاضي الإداري ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٥١٥

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء ، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢ ، ص ٣٧ .

(٣) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣١ .

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ص ٣٥١

الأخرى بما. فيها شهادة الشهود باعتبارها من وسائل الإثبات المعترف بها في قضاء مجلس الدولة (١).

كما تعزز الدور الانشائي في الجانب الاجرائي للقاضي من خلال سلطة القاضي في توجيه الاوامر إلى الإدارة ،.بعد ما كان هذا الإجراء من الإجراءات المحظورة على القاضي ، هذا وقد اتجهت المحكمة الإدارية العليا في العراق إلى إن سلطة القاضي في توجيه الأوامر إلى الإدارة مقيد بحماية مبدأ المشروعية، فإذا كان التوجيه للقيام بعمل أو نهي الإدارة يحقق مبدأ المشروعية يمكن للقاضي إعمال هذه السلطة ، (٢) ولا يدخل في صلاحية المحكمة توجيه الأوامر والنواهي بشكل لا يحقق تطبيق مبدأ المشروعية. (٣)

ثانياً: الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة

ما من شك أن وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على أعمال الإدارة يمثل ضماناً حقيقياً في مواجهة تعسف الإدارة، ويؤدي بالإدارة إلى التأني والحذر في تصرفاتها لتتأكد من مشروعيتها ، لذا تتجلى خصوصية حياد القاضي الإداري كونه الضمان الاكيد لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة من خلال دور القاضي في حماية مبدأ المشروعية ، و الحقوق والحريات ، ولمزيد من التفصيل سنبين ما يأتي:

١. دور القاضي في حماية مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية من زاوية القانون الاداري ، خضوع جميع الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية في الدولة ، للقواعد القانونية القائمة (٤) ، أي إن الإدارة تكون ملزمة عند مباشرتها لأوجه نشاطها المختلفة ، باحترام القواعد القانونية النافذة في الدولة. (٥) فالمشروعية تقتضي توافق التصرفات الإدارية مع القانون.

ولأجل تحقيق مبدأ المشروعية يجب تنظيم حماية مناسبة للقواعد المقيدة لنشاط السلطات العامة إذ إنه ما لم يوجد جزء منظم لتلك القواعد فإنها لن

(١) د. مصطفى كمال وصفي ، اصول إجراءات القضاء ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ .د. أحمد المصطفى محمد صالح، مصدر سابق / ص ١٢.

(٢) صادقت المحكمة الإدارية العليا قرار محكمة قضاء الموظفين بإعادة الموظف الى وظيفته لعدم مشروعية حالته للتقاعد. قرار المحكمة الاتحادية المرقم ١٤٢ / ١٤٣ / ٢٠١٨ في الدعوى ٢٠٩١ / ٢٠٩٢ في ٢٥ / ١٠ / ٢٠١٨ غير منشور

(٣) قرار المحكمة الإدارية ٢٠١٨/٢٠٤ في القضية المرقمة ٢٧٩ / قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٨ في ١١ / ٢ / ٢٠١٨ غير منشور

(٤) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١ ، ص ٢٢

(٥) د. رمضان محمد بطيخ ، القضاء ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٧

تكون قيوداً حقيقياً على نشاط الإدارة . على أنه من الممكن تنظيم صور مختلفة لهذه الحماية. فهناك الرقابة البرلمانية والرقابة الإدارية والرقابة القضائية. والحماية التي تحققها كل من الرقابة السياسية والرقابة الإدارية غير كافية، لأن الأولى سياسية، ولا تنصب على إلغاء الأعمال الإدارية غير المشروعة، والثانية ضعيفة.^(١)

أما الرقابة القضائية فهي تحقق ضماناً حقيقياً لحماية مبدأ المشروعية، وهذا لا يتحقق ما لم يتمتع القاضي الإداري بالحياد وبالضمانات الكافية لصيانة هذا الحياد ومن ثم تحقيق رقابة فعالة ومنتجة، من خلال إلغاء القرارات المعيبة أو تعديلها والحكم بالتعويض إذا ترتب ضرر جراء عدم المشروعية بناء على طلب ذي الشأن^(٢)، إذ يتم الفصل في المنازعات بإرادة القاضي وحده بعيداً عن كافة الاهواء والمؤثرات، فلا ضمان لحكم القاعدة القانونية إذا انعدم الحياد^(٣).

٢. دور القاضي في حماية الحقوق والحريات .

القضاء الإداري يمثل نموذجاً واضحاً للرقابة القضائية على أعمال الإدارة وهو أكثر أنواع الرقابة ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم، عن طريق إلزامها باحترام القواعد القانونية والسير وفقاً لمقتضاها، والتأكد من مشروعيتها وذلك من خلال تفحص ما تصدره من قرارات أو تتخذه من إجراءات^(٤)

ومن أهم القرارات والإجراءات التي من الممكن أن تمس الحقوق والحريات هي المتعلقة بإجراءات الضبط، والوظيفة العامة، ونزع الملكية لأغراض المصلحة العامة، ففي هذه المواضيع نكون في حاجة ماسة لحياد القاضي، إذ يشيع حياد القاضي في نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان،^(٥) ولا ضمان لهذه الحماية إذا انعدم الحياد^(٦).

الفرع الثاني: دور المشرع العرقي في نشأة القضاء الإداري

لجل بيان دور المشرع العراقي في انشاء القضاء الإداري سوف نبين دور المشرع الدستوري والمشرع العادي وكما ساتي:

أولاً: الأساس الدستوري للقضاء الإداري في العراق.

(١) د. وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص ٨١.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٤.

(٣) د. طلعت يوسف خاسر، مصدر سابق، ص ١٨.

(٤) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط ٢، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، ١٩٩٩، ص ٨.

(٥) موريس دفرجية: المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية، مصدر سابق، ص ١٤٣، د. فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد ٩، العدد ١، ١٩٩٩، ص ٢٢٠، ٢٢١.

(٦) د. محمود سعد الدين الشريف، فلسفة العلاقة بين الضبط والحريات، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٥٠.

(٧) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، مصدر سابق، ص ٨.

لم تشر الدساتير العراقية المتعاقبة إلى القضاء الإداري ، باستثناء دستور ٢٩ نيسان لسنة ١٩٦٤ الملغي ودستور ٢٠٠٥. إذ أشار الأول إلى "تشكيل مجلس دولة بقانون ليختص بالقضاء الإداري وصياغة القوانين و...".^(١) إلا أن هذا القانون لم ير النور وبقي معطلا . أما الثاني - دستور العراق لسنة ٢٠٠٥- نص على "يجوز بقانون، إنشاء مجلس دولة بقانون يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وتمثيل الدولة، وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء إلا ما استثني منها بقانون".^(٢)

وفي مجال الضمانات الدستورية، أشار المشرع الدستوري العراقي في دستور ٢٠٠٥ إلى مبدأ استقلال القضاء، وكفالة حق التقاضي، وجعل من حق الدفاع حقا مقدسا لجميع الأفراد، وفي جميع مراحل التقاضي، وقد نص عليها في الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات وبذلك يعد حياد القضاء واستقلاله من الحقوق الأساسية للإنسان^(٣). وقد أكد أيضا على استقلال القضاء بوصفه سلطة عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات^(٤)، وذلك بجعل القضاء سلطة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية، وله كيان مستقل عنهما،^(٥) وليتحقق الاستقلال المنشود للمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون. كما ضمن استقلال القضاة أنفسهم، إذ "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء او في شؤون العدالة"^(٦). ونصّ أيضا على عدم قابلية القضاة للعزل^(٧).

والسؤال هنا هل يعد مجلس الدولة باعتباره الجهة المختصة في النظر في المنازعات الإدارية جزءاً من السلطة القضائية في العراق ؟

والجواب على ذلك أن المشرع الدستوري أشار إلى جواز إنشاء مجلس دولة يقوم بوظيفة القضاء الإداري وذلك في المادة (١٠١) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على إنه "يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء

(١) المادة (٩٣) من دستور الجمهورية العراقية لسنة ١٩٦٤ .

(٢) المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٣) نصت المادة (١٩) أولاً: على أن "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون" (ثالثاً : التقاضي حق مصون ومكفول للجميع . رابعاً: حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة)"

(٤) المادة (٤٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٥) د. براء منذر كمال عبد اللطيف وبدر حماده صالح: نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي – دراسة قانونية نقدية، في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع ٣، ص ١، ٢٠٠٩، ص ٢٦٠.

(٦) المادة ٨٨ من دستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

(٧) نصت المادة ٩٧ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على إنه :- " القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما يحدد القانون الأحكام الخاصة بهم وينظم مساءلتهم تأديبياً"

الإداري والإفتاء والصياغة وتمثيل الدولة، وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء إلا ما استثني منها بقانون" (١)

وقد وردت هذه المادة ضمن الفرع الثالث الخاص بـ (الأحكام العامة) من الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية من الباب الثالث (السلطات الاتحادية) لذا يرى البعض بأن القضاء الإداري أصبح بموجب نص المادة (١٠١) له كيانه المستقل وحصانته الوظيفية لأن هذه المادة لم تكتف بإعلان وجود القضاء المستقل، بل تضمن النص على جوهر اختصاصات مجلس الدولة وهي الوظيفة القضائية حتى لا ينتقص منها شيء ولكي يؤكد سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات. (٢)

كما أشارت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن العمل القضائي لا يجوز ممارسته من غير القضاة حصرا وهذا ما نص عليه قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩، و تؤكد ذلك بحكم المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (٨١ / اتحادية / ٢٠١٣) والمتضمن (... لا يجوز لغير القضاة المنتمين للسلطة القضائية ممارسة المهام القضائية...) وحكمها بالعدد (٨ / اتحادية / ٢٠١٣) المتضمن (... عدم جواز ممارسة الموظفين صلاحيات قضائية). (٣)

كما نجد أن موقف القضاء الدستوري في العراق قد تباينت أحكامه تجاه القضاء الإداري - من خلال الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا - إذ اعتبرت مجلس شوري الدولة جهازا تنفيذيا بموجب قرارها المرقم ١١٨ في ٢٠١٥/١١/٣٠ والذي يقضي باعتبار مجلس الدولة جهازا تنفيذيا تابعا للسلطة التنفيذية نظرا لارتباطه بوزارة العدل ولا يعد من أجهزة السلطة القضائية، (٤)

(١) المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص ٥٩.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية (١٠ / اتحادية / ٢٠١٣) في ١٢ / ٣ / ٢٠١٣، منشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العلوية https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2013/8_fed_2013.pdf ، https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2013/81_fed_2013.pdf

(٤) أشارت المحكمة في قرارها المرقم ١١٨ اتحادية ٢٠١٥ إلى أن (... ومن خلال استقراء النصوص الدستورية المتعلقة بالموضوع ومنها المادة (٤٧) التي أشارت إلى تبني المشرع الدستوري مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث - التشريعية والتنفيذية والقضائية - وإن القضاء يعد سلطة ثالثة تستمد خصوصيتها وصلاحياتها من المادة ٨٧ دستورية وتنظم أعمالها وفقا للنصوص الدستورية (٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١) ووفقا لقانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل حيث تنظم أعمال المحاكم ودرجاتها من براءة واستئناف وتمييز وجنح وجنايات وهذه المحاكم هي صاحبة الاختصاص الاصيل في نظر المنازعات والحكم الذي تصدره هذه المحاكم يكون وفقا لإجراءات معينة وضمانات، ويؤدي إلى حسم النزاع بين أطرافه. أما المادة (١٠١) من الدستور فقد اجازت بقانون إنشاء مجلس دولة بجانب السلطة القضائية وتتولى محاكم القضاء النظر في المنازعات الإدارية وإن طبيعة تلك المنازعات والعلاقات الإدارية هي التي اقتضت وجود قضاء خاص يقوم بتطبيق القانون الذي يحكم هذه العلاقات ضمن القواعد الخاصة بالقضاء وهو القضاء المختص بالنظر في المنازعات الإدارية ويتضمن أيضا قواعد الإجراءات والمرافعات، وهو ليس جزء من السلطة القضائية الاتحادية وإنما هو جزء من السلطة التنفيذية وإن

في حين اكدت المحكمة الاتحادية العليا على أن مجلس الدولة هيئة قضائية تمارس وظيفة القضاء الإداري مستقلة عن السلطات الثلاث بموجب قرارها في الدعوى المرقمة ٨٥ / اتحادية / ٢٠١٧^(١)

ثانياً: أساس نشأة القضاء الاداري في التشريع العادي

مما لا شك فيه تولت السلطة التشريعية تنظيم القضاء بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص يسمى بمبدأ اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم القضاء، ووفقاً لهذا المبدأ تتولى السلطة التشريعية وحدها عن طريق التشريع البرلماني تنظيم القضاء الإداري بالشكل الذي يجعله قادراً على القيام بالاختصاص المنوط به^(٢) وهذا لا يعني أنه يسلب السلطة التنفيذية سلطاتها في إصدار الأنظمة التنفيذية لتسهيل تنفيذ القوانين المنظمة للقضاء الإداري،^(٣)

إن فكرة إنشاء القضاء الاداري في العراق فكرة قديمة ترجح قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ اذ كان الهدف الأساسي من إنشاء هذا

مجلس الدولة هو الذي يباشر الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية وعن طريقها يتم اخضاعها لسيادة القانون وعلى هذا الأساس لا يعد القضاء جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية ، ولا سيما وأن الذين يمارسون القضاء ليسوا من القضاة المعنيين وفق قانون التنظيم القضائي)). ينظر الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

(١) وقد جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٧ أن مهام مجلس الدولة الواردة في المادة الأولى من قانونه تتعلق بالقضاء والافتاء والصياغة، ووجدت المحكمة أن هذه المهام تختلف ومهام مكونات السلطة القضائية الاتحادية المنصوص عليها في الدستور، وكذلك في مجموعة قوانين تنظيم القضاء. وبالتالي فإن ما ذهبت اليه المحكمة يتفق مع التقسيم الدستوري للسلطات وصلاحياتها بأن ربط مجلس الدولة، بالسلطة القضائية الاتحادية لمجرد ورود ذكره في نهاية الفصل الثالث من الدستور الخاص بتلك السلطة مسألة لا تمس جوهر الموضوع، حيث أنها -وفق القرار القضائي- مسألة تنظيمية ليس إلا، وبالتالي لا تشكل مخالفة دستورية تبيح إلغاء القانون موضوع الطعن. ومن جانب آخر، فإن جعل مجلس الدولة (هيئة مستقلة) بحسب ما نص عليه قانونه، يجد سنده في المادة (١٠٨) من الدستور، التي اجازت استحداث هيئة مستقلة. اضافة إلى الهيئة المستقلة المنصوص عليها في المواد (١٠٢ - ١٠٧) من الدستور، وذلك حسب الحاجة أو الضرورة، على أن يتم استحداث الهيئة بموجب قانون يصدر عن مجلس النواب وفق السياقات التشريعية وهو ما حصل عندما تم اعتبار (مجلس الدولة) هيئة مستقلة، حيث جاء ذلك بقانون صدر وفق اختصاصات مجلس النواب المنصوص عليها في المادة (٦١ / أولاً) من الدستور التي تنص أن من اختصاصاته "تشريع القوانين الاتحادية". ومن ثم فلا يمكن عد مجلس الدولة ضمن مكونات السلطة القضائية المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (٨٩) من الدستور، وهذا الأمر ينسحب ايضاً إلى عدم جواز ربطه بالسلطة التنفيذية توخياً لإضمان حياده واستقلاله حينما يتصدى قضاؤه للقرارات والأوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية. كما إنها حافظت على استقلالية مجلس الدولة بوصفه هيئة مستقلة، ونصت في صلب قرارها على عدم جواز ربطه بالسلطة التنفيذية حماية لما يصدر عنه من قرارات قضائية ذات طابع إداري كما إن المحكمة أكدت على حيادية واستقلال مجلس الدولة باعتباره هيئة مستقلة بموجب قرارها المرقم ٥٨ / اتحادية / ٢٠١٧ التي اكدت فيه على أن مجلس الدولة هيئة مستقلة لا ترتبط بأي سلطة من السلطات الثلاث وذلك لتأمين استقلالية المجلس وحياديته عند اداء مهامه.

(٢) د. محمد طي القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ٨، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١٥٣. د. عبد الناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢١.

(٣) د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٣، ص ٤٣.

الديوان هو أن يكون النواة الحقيقية لنشوء قضاء إداري متخصص ينظر في المنازعات الإدارية، إلا أنه لم يكن ديوان التدوين القانوني يملك أي اختصاص قضائي إلا فيما يتعلق بمجلس الانضباط العام الذي أعتبر جزءاً من الديوان واعتبر بمثابة قضاء إداري يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة، هذا وإن قرارات المجلس المذكور كانت ملزمة للسلطات الإدارية^(١)، إلا أن الولاية العامة وكما ذكرنا معقودة للمحاكم العادية التي تختص بالفصل في كافة المنازعات في العراق^(٢).

ثم أنشئ مجلس شورى الدولة العراقي بموجب قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ليحب محل ديوان التدوين القانوني مرتبطاً بوزارة العدل^(٣) فكان أحد تشكيلاتها، وقد استمر هذا الموقف من قبل المشرع العراقي بعد صدور قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، والذي بموجبه تم إنشاء محكمة القضاء الإداري، إذ أبقى المشرع على الارتباط للمجلس بوزارة العدل، وعدم تمتع المجلس بالشخصية المعنوية المستقلة^(٤).

ورغم التطور المهم الذي حصل في موقف المشرع العراقي بموجب القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، من خلال استحداث عدد من محاكم القضاء الإداري ومحاكم لقضاء الموظفين وإنشاء المحكمة الإدارية العليا وتمتع المجلس بالشخصية المعنوية تؤكد الارتباط بوزارة العدل أيضاً^(٥).

واستناداً إلى المادة ١٠١ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، صدر قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ تأكيداً لمبدأ اختصاص السلطة التشريعية في تنظيم القضاء وقد أصبح مجلس الدولة هيئة مستقلة، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، كما أكد على استقلال القاضي الإداري. فضلاً عن

(١) ينظر نص المادة (٥٩) فقرة (٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

(٢) لا تدخل المحاكم العسكرية والاستثنائية ضمن محاكم القضاء العادي وكذلك الحال بالنسبة لمحاكم العمل في ظل قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ الملغى، ينظر د. سعدون ناجي القشطي، شرح أحكام المرافعات، ج ١، ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٣٤، إلا أن محاكم العمل أعيدت كجزء من محاكم القضاء العادي في ظل قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ النافذ بموجب المادة (١٣٧) منه. ينظر حيدر طالب، تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩، ص ٨، هامش رقم ١٤.

(٣) نصت المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ "يؤسس في وزارة العدل مجلس يسمى مجلس شورى الدولة.."

(٤) نصت المادة (١) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ على إنه "يؤسس مجلس يسمى مجلس الدولة يرتبط إدارياً بوزارة العدل.."

(٥) نصت المادة (١) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ على إنه "يؤسس مجلس يسمى مجلس شورى الدولة يتمتع بالشخصية المعنوية يرتبط بوزارة العدل.."

تغيير تسمية المجلس الى مجلس الدولة لتكون اكثر دقة و انسجاما مع وظيفة المجلس ومهامه (١)

وقد جاء في الأسباب الموجبة لتشريع هذا القانون تنفيذاً لأحكام المادة (١٠١) من الدستور، ولغرض استقلال القضاء الإداري عن السلطة التنفيذية وجعل مجلس الدولة هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية... وهو من يفصل في القضايا المعروضة عليه بصورة **حيادية** ومستقلة... شرع هذا القانون.

ومما تقدم يلاحظ أن المشرع العراقي وهو ينظم القضاء قد سعى إلى تعزيز ضمانات حياد القاضي واستقلاله من خلال فك تبعية مجلس الدولة العراقي من السلطة التنفيذية وجعله هيئة مستقلة تتولى ممارسة وظيفة القضاء الإداري بكل حيادية. إلا أنه يعاب على موقف المشرع عدم توحيد الضمانات في قانون مجلس الدولة مما يحتم تطبيق الأحكام القانونية المنصوص عليها في القوانين الأخرى كقانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩، وقانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ أو غيرها.

المطلب الثاني

هيكلية القضاء الإداري ومهامه

إن القضاء الإداري يتألف من عدد من الهيئة القضائية التي تتولى الفصل في المنازعات الإدارية اذ بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الذي أنشئت بموجبه محكمة القضاء الإداري أصبحت الوظيفة القضائية للمجلس تمارس من قبل هيئتين هما محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام الذي تغيرت تسميته الى محكمة قضاء الموظفين ثم استحدثت المحكمة الإدارية العليا لتكون المرجع النهائي في الطعن في أحكام المحاكم الإدارية المختلفة ولأجل التفصيل في بيان هيكلية القضاء الإداري ومهامه نبين ماياتي:

الفرع الأول: الهيكل التنظيمي للقضاء الاداري العراقي.

لقد سعى المشرع العراقي إلى إنشاء هيكلية مستقلة للقضاء الاداري من خلال انشاء محكمة القضاء الاداري ، وكذلك استحداث محكمة لقضاء الموظفين وكذلك تم إنشاء محكمة تمييز لأحكام القضاء الاداري تمثلت بإنشاء المحكمة

(١) نصت المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ على إنه " ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء والافتاء والصياغة ويعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية..."

الإدارية العليا كمحكمة تمييز للأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومحكمة القضاء الموظفين وتعد هذه المحكمة امتدادا لمجلس الانضباط العام (١). ومن هنا أصبح للقضاء الإداري في العراق هيكلية مستقلة إلى جانب القضاء العادي ، فالقضاء العادي يتكون من محاكم الدرجة الأولى ومحاكم للاستئناف كمحاكم موضوع وفي قمته محكمة التمييز الاتحادية ، محكمة قانون ، وهرم للقضاء الإداري جديد ومستقل يتألف من محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين كمحاكم درجة أولى ، ومحكمة التمييز الإدارية ألا وهي المحكمة الإدارية العليا وكان هذا الاتجاه نتاجا لتبني المشرع الدستوري العراقي انشاء القضاء الإداري (٢).

ويلاحظ إن هذا التغيير في اجهزة القضاء الإداري وهيكلته ، في الوقت الذي يمثل استجابة لزيادة المنازعات الإدارية بسبب التغيير الجوهري في التنظيم الإداري في العراق وتوسع نشاط الإدارة لم يحقق تكاملاً في هيكلته في مقابل القضاء العادي بسبب عدم انشاء محاكم الاستئناف الإدارية . لذا نقترح استحداث محاكم إدارية استئنافية تتوسط بين المحاكم الابتدائية - محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين - ومحكمة التمييز الإدارية - المحكمة الإدارية العليا - ذلك أن لهذه المحاكم دوراً كبيراً في اكتمال جهاز القضاء الإداري وتحقيق استقلاله وتمائله مع هيكلية القضاء العادي. وبذلك تكون هيكلية القضاء في العراق مؤلفة من (محاكم إدارية درجة أولى ، ومحاكم إدارية استئنافية درجة ثانية ، ومحكمة التمييز ادارية

الفرع الثاني : مهام القضاء الإداري

يتميز القضاء الإداري عن القضاء العادي بوظيفته المختصة بالفصل بالمنازعات التي تكون الإدارة العامة باعتبارها سلطة عامة طرفاً فيها ، ونبين مهام القضاء الإداري في العراق من خلال بيان اختصاص كل من محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين والمحكمة الإدارية العليا، وهذا ما نبينه فيما يأتي:

أ. اختصاص المحكمة الإدارية العليا

تمارس المحكمة اختصاصها باعتبارها محكمة تمييز إذ تمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين (٣).

(١) المواد (٢ - رابعا ، خامسا والمادة ٧ أولا و رابعا وتاسعا) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩
(٢) المادة ١٠١ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على إنه "يجوز بقانون ، إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القانون ...".

(٣) المادة (٢ رابعا - ب) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩

ب. اختصاص محكمة القضاء الاداري

نصت المادة (٧/ رابعا) من القانون مجلس الدولة (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن...).

يلحظ على النص المذكور أن اختصاص محكمة القضاء الإداري جاء مقيداً لأنه لم يشمل جميع المنازعات الإدارية، بل لا تختص المحكمة في الفصل في جميع المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات الإدارية التي ليس لها مرجع للطعن، بمعنى أن المشرع العراقي لم يعط لهذه المحكمة الولاية العامة على كافة المنازعات الإدارية.

ج. اختصاص محكمة قضاء الموظفين

أما فيما يتعلق باختصاص محكمة قضاء الموظفين، فتختص الأخيرة بالفصل في المنازعات التي تنشأ في مجال انضباط موظفي الدولة والخدمة المدنية، وقد نصت المادة (٥/ تاسعا/ أ) من قانون مجلس الدولة المعدل على أن ((تختص محاكم قضاء الموظفين بالفصل في المسائل الآتية: ١- النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيه، ٢- النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام للطعن في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة (١٩٩١)).

ويتضح من النص اعلاه أن محكمة قضاء الموظفين تختص في النظر بنوعين من المنازعات الإدارية: أما الأول المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠، أي في مجال صحة القرارات الإدارية المتعلقة بحقوق الخدمة المدنية، وما ينشأ عنها من حقوق كقرارات التعيين، والترقية، والترقية، والاستغناء عن الخدمة وإعادة الموظف لوظيفته.^(١)

والاختصاص الثاني، فيتمثل في مجال تطبيق قانون انضباط موظفي الدولة، أي الفصل بالمنازعات الإدارية الخاصة بفرض العقوبات الانضباطية المحددة قانوناً، إذا ما اخل الموظف بواجباته الوظيفية.^(٢)

المبحث الثاني

(١) د. نجيب خلف أحمد ود. محمد علي جواد كاظم، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٢) المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام المعدل. العقوبات الانضباطية الآتية: لفت النظر، الإنذار، قطع الراتب لمدة لا تتجاوز عشرة أيام، التوبيخ، إنقاص الراتب، تنزيل الدرجة، الفصل، العزل

النقص التشريعي في انشاء القضاء الإداري في العراق

على الرغم من تشريع العديد من القوانين التي نظمت انشاء القضاء الإداري الا انها مازالت تعاني من النقص التشريعي لعدم تنظيها تشكيل القضاء الإداري ومهامه وهذا من سببته من خلال تقسيم المبحث الثاني الى مطلبين نبين في المطلب الأول النقص التشريعي في هيكلية القضاء الإداري اما المطلب الثاني سنخصصه لبيان النقص التشريعي في مجال مهام القضاء الإداري وكما يأتي

المطلب الأول

النقص التشريعي في هيكلية القضاء الإداري

يعد وجود أجهزة قضائية إدارية او متخصصة في النظر في المنازعات الإدارية سمة أساسية في انشاء القضاء المزوج القائم على وجود هيكلية مستقلة في المحاكم الإدارية الى جانب وجود هيكلية للمحاكم المدنية كما يستدعي اسنقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي وجود إجراءات إدارية مستقلة ولاجل بيان النقص التشريعي في هيكلية القضاء الإداري نبين ماياتي:

الفرع الأول: النقص في اجهزة القضاء الإداري

تتمثل الأجهزة القضائية بوجود عدة محاكم إدارية تتولى النظر في الدعوى الادارية وهي المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين وعلى الرغم من استحدثت أربع محاكم للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين، توزع في المناطق الاستانافية في بغداد والموصل والبصرة والحلة. انه لم يتم الاستحداث واقعا.

ويلاحظ على تشكيل المحاكم في مجلس الدولة بانه يتالف من محاكم درجة اولى _ ومحكمة التمييز الإدارية ، إذ لا يعرف القضاء الإداري العراقي النحاكم الاستئنافية الادارية⁽¹⁾ لذا نقترح استكمال درجات التقاضي في النظام القضائي الإداري، بأنشاء محاكم إدارية استئنافية وحسب التوزيع الاقليمي للمحاكم آنفة الذكر بما يجعلها أقرب من المتقاضي وكونه ضمانتة اساسية لحقوق المتقاضين ، وتكامل محاكم القضاء الإداري أمام القضاء العادي.

(1) عامر زغير محيسن، شروط الطعن تميزا أمام المحكمة الإدارية العليا في العراق، بحث منشور مجلة جامعة الكوفة، العدد ٣٢، ص ١٦٤، ص ١٦٤. وتمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات لتي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٨٦. ينظر المادة ٢ رابعاب من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

الفرع الثاني : النقص الاجرائي

لم ينظم المشرع العراقي إجراءات خاصة بالمرافعات الإدارية سوى ما نص عليها لتنظيم شروط الدعوى الإدارية الخاصة بالتظلم من القرار الإداري المطعون بعدم مشروعيته، وإنما أحال إلى القواعد الإجرائية المنصوص عليها في كل من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٠، فيما يخص قواعد وإجراءات الإثبات المطبقة في الدعوى الإدارية فإن المعمول به هو تطبيق قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، وبذلك لا تختلف كثيرا الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية عنها في المحاكم العادية.

وبناء على ما تقدم يتبين عدم وجود قانون مستقل ينظم إجراءات الدعوى الإدارية ، أي أن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري لا تتمتع بأية ذاتية أو استقلال ذلك أن هذه الإجراءات هي نفسها إجراءات القضاء العادي. نعم نجد خصوصية الإجراءات الإدارية في الإجراءات المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ كالتظلم من القرارات الإدارية والإجراءات الواجب اتباعها بهذا الشأن^(١) أو عندما الطعن التمييزي امام المحكمة الادارية العليا وضرورة التقيد بالمدد المحددة فيه^(٢) لذا ندعو المشرع العراقي الإسراع بإصدار قانون خاص بإجراءات وإثبات الدعوى الإدارية ، لكي يكون أكثر انسجاما مع طبيعة المنازعات الإدارية

(١) نصت المادة (٧- سابعاً - أ) يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الإداري ان يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية

المختصة خلال ٣٠ ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالامر او القرار الإداري المطعون فيه او اعتباره مبلغاً ، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها.

ب عند عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة الإدارية المختصة على المتظلم ان يقدم طعنه الى المحكمة خلال ٦٠ ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً وعلى المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني ولا يمنع سقوط الحق في الطعن امامها من مراجعة القضاء العادي للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او الخرق للقانون .

(٢) نصت المادة(٧ - ثامناً -ب) يكون قرار المحكمة المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذا البند قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى المحكمة الإدارية العليا خلال ٣٠ ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به او اعتباره مبلغاً.

المطلب الثاني

النقص التشريعي في اختصاص القضاء الاداري

حرص المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على بيان اختصاص القضاء الاداري لذا نظم قانون مجلس الدولة هذه الاختصاصات الا أن هذا التنظيم انطوى على موارد عديدة للنقص ولجلل التفصيل نبين ماياتي:

أولاً: النقص في اختصاص محاكم للقضاء الإداري

يتجسد اختصاص القضاء الإداري في الفصل في المنازعات الإدارية والاصل ان تكون الولاية العامة للنظر في المنازعات الإدارية للقضاء الإداري الا ان المشرع قد حدد اختصاص المحكمة في الفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يُعَيَّن مرجع للطعن فيها^(١)، وما تنص عليه القوانين النافذة.

ويلادح ان المحكمة لا تفصل في جميع المنازعات الادارية اذ يخرج عن اختصاصها المنازعات الادارية الخاصة بالعقود الادارية و المسؤولية الادارية فضلا عن منازعات القرارات الادارية التي لها مرجع للطعن إذ أن المشرع العراقي أنشأ إلى جانب المحكمة جهات إدارية ومنحها اختصاصات قضائية قد يمنح هذا الاختصاص إلى شخص معين أو إلى مجلس أو إلى لجنة^(٢). وذلك عندما يحدد القانون طريقاً آخر للطعن بها وهو ما يسمى بطريق الطعن الموازي^(٣). ومن أمثلة هذه الجهات مجالس التأديب الخاصة بفئات معينة من الموظفين كالقضاة وأعضاء الإدعاء العام ومجلس التدقيق وقضايا المتقاعدين، كذلك اللجان الاستئنافية والهيئة التمييزية في قانون ضريبة الدخل وديوان ضريبة العقار^(٤).

ومما تقدم فإننا ندعو المشرع العراقي إلى جعل الاختصاص الكامل لمجلس الدولة لأن الاختصاص الممنوح لجهات مختلفة هو من صميم اختصاص مجلس الدولة العراقي ، وعلى المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع

(١) المادة (٧-٢٠٠٧) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.

(٢) المادة (١٩) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، المادة (٦) من قانون المحافظات غير المنتظم في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) ضامن حسن العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١، ص ٥٨.

(٤) (مهدي، ١٩٩٤، ص ٣).

(٥) (ضامن العبيدي، مصدر سابق ص ٥٩).

المصري الذي عقد اختصاص النظر في المنازعات الإدارية التي كانت ممنوحة لجهات إدارية ذات اختصاص قضائي لمجلس الدولة للنظر فيها^(١)

الفرع الثاني : النقص في اختصاص محاكم قضاء الموظفين

تتولى محكمة قضاء الموظفين الفصل في دعاوى الموظفين وهي:

- "دعاوى المنازعات الإدارية المتعلقة بالحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها"^(٢) مثل: منازعات التعيين، والرواتب والعلاوات والإجازات ...

- "دعاوى الطعن في قرارات الإدارة الخاصة بفرض العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١"^(٣)

وعندما استحدث المشرع العراقي محكمة قضاء الموظفين كنا نأمل إنه سوف يتبع أسلوب نظيره المصري بجعل المحكمة هي من يقوم بفرض العقوبة الانضباطية، لا أن تُفرض العقوبة وفقاً للأسلوب الرئاسي من قبل الإدارة نفسها^(٤)؛ لأن من شأن ذلك أن يجعل من الإدارة الخصم والحكم مما يخل بمبدأ الحياد في فرض العقوبة، فضلاً عن أن هذا الأمر قد يؤدي إلى التمييز بين الموظفين لاختلاف الإدارات في فرض العقوبة على الفعل ذاته من وزارة إلى أخرى، مما يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون.

لذلك ندعو المشرع العراقي إلى استحداث محكمة متخصصة في النظر في الدعاوى الانضباطية تسمى المحكمة الانضباطية وقراراتها قابلة للطعن أمام محكمة قضاء الموظفين .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه على الرغم من ولاية محكمة قضاء الموظفين للنظر في المنازعات الإدارية الخاصة بفرض العقوبات الانضباطية ، إلا أن يخرج عن ولايتها بعض الفئات من الموظفين الخاضعين لقوانين وأنظمة وقواعد الخدمة الخاصة ، كالقضاة والادعاء العام^(٥)،

الخاتمة

(١) (ضامن العبيدي، المصدر نفسه ، ص ٥٩).

(٢) (المادة (٧- تاسعاً- أ- ١) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣)

(٣) (المادة (٧- تاسعاً- أ- ٢) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣).

(٤) (المادة (٧- تاسعاً- أ- ١) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣)

(٥) (المادة (٣) قانون هيئة الاشراف القضائي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٦).

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم الحداثة والعقلانية في انشاء القضاء الإداري في العراق نبين اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا لها وهي كما يأتي:

أولاً: النتائج

١. تكمن الحاجة الملحة لانشاء القضاء الإداري في ضرورة حماية مبدا المشروعية والحفاظ على حقوق وحريات الافراد ومراعاة لخصوصية المنازعات الإدارية واجراءاتها .
٢. لقد نشأ القضاء الإداري في العراقي بشكل تدريجي من قبل المشرع العراقي استجابة لخصوصية النشاط الإداري وطبيعة المنازعات الإدارية وللتغير الجوهرى في طبيعة التنظيم الإداري والسياسى
٣. ان استجابة المشرع في انشاء القضاء الإداري في العراق يشوبها النقص والقصور بسبب وجود نقصا تشريعيا لعدم اكمال هيكل القضاء الإداري بإنشاء محاكم الدرجة الثانية المتمثلة بمحاكم الاستئنافية الإدارية ، مما يضعف حماية مبدا المشروعية والمساسس بالحقوق والحريات الفردية.
٤. النقص التشريعي في مجال تحديد اختصاص القضاء الإداري، إذ مازال يشكل استثناء من الاصل العام المتمثل باختصاص المحاكم العادية في النظر في المنازعات
٥. النقص التشريعي في وضع قواعد إجرائية مستقلة ،بسبب اللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وهذا مما يؤكد عدم مراعاة المشرع العراقي لطبيعة القضاء الإداري وخصوصية منازعاته.
٦. تعطيل استحداث المحاكم القضائية الإدارية في المحافظات

ثانياً: المقترحات

لأجل معالجة النقص التشريعي في انشاء القضاء الإداري في العراق نقترح اصدار تشريعا جديدا يتضمن ماياتي:

١. انشاء مجلس للقضاء الاداري يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة الى جانب مجلس القضاء الاعلى الخاص بالقضاء العادي ، ليتحقق الازدواج القضائي بشكل واقعي .
٢. انشاء محاكم ادارية من الدرجة الثانية -محاكم الاستئناف ادارية- في المناطق الاستئنافية
٣. تفعيل استحداث محاكم القضاء الاداري في المناطق الاستئناف
٤. التوسع في اختصاص القضاء الإداري ليشمل كافة المنازعات الإدارية
٥. وضع نظام لاجراءات المنازعة الادارية يأخذ بنظر الاعتبار خصوصية الدعوى الادارية.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. أحمد المصطفى محمد صالح، العوامل المؤثرة في الدعوى الإدارية ودور القضاء في إثباتها.
٢. د. احمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون ، دار الشعب، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٣. د. بشير محمد ، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة ، اطروحة دكتوراه في القانون العام ،كلية الحقوق، بن عكنون ، الجزائر ، ٢٠١٠
٤. د. حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، مطابع الشعب ، القاهرة ، ١٩٨١.
٥. د. رمضان محمد بطيخ ، القضاء ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨
٦. د. سعدون ناجي القشطي، شرح أحكام المرافعات، ج١، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦،
٧. د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٣،
٨. د. عبد الناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
٩. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١ ، ص ٥٩.
١٠. د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء ، ج١، دار الثقافة، ط١، عمان، ٢٠٠٨
١١. د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط٢، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، ١٩٩٩.
١٢. د. محمد طي القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ط٨، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
١٣. د. محمد عبد الحميد سعود ، إشكاليات التقاضي أمام القاضي الإداري ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
١٤. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القضاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٥. د. محمود سعد الدين الشريف، فلسفة العلاقة بين الضبط والحريات، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
١٦. د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
١٧. د. مصطفى كمال وصفى ، اصول إجراءات القضاء .
١٨. د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري . السنهوري، بغداد ٢٠١٥.
١٩. د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٠. د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون ، الجزائر، دار هومة، ١٩٩٩
٢١. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء ، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢.
٢٢. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون ، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها ، دار الفكر العربي، ١٩٧٣.
٢٣. د. نجيب خلف احمد ود. محمد علي جواد ، القضاء ، بدون دار نشر، بغداد ، ٢٠١٠ .
٢٤. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، ٢٠١٢.
٢٥. نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية ، اطروحة دكتوراه، قسم لحقوق، كلية الحقوق والسياسة، الجزائر، ٢٠١٥.
- ثانيا: الرسائل والاطاريح
٢٦. حيدر طالب، تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩.
٢٧. ضامن حسن العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد. ١٩٩١/١٩٩١.
- ثالثا: البحوث
٢٨. د. احمد كمال الدين موسى، دور القاضي في تحضير الدعوى الإدارية من حيث الموضوع ، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، العدد الثاني، ١٩٧٩.
٢٩. د. براء منذر كمال عبد اللطيف وبدر حماده صالح: نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي - دراسة قانونية نقدية، في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع ٣، س ١، ٢٠٠٩.

٣٠. د. فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد ٩، العدد ١، ١٩٩٩.

٣١. عامر زغير محيسن، شروط الطعن تميزاً أمام المحكمة الإدارية العليا في العراق، بحث منشور مجلة جامعة الكوفة، العدد ٣٢.

٣٢. عبدالرحمن أبوبكر سيد أحمد، أثر امتيازات الإدارة في وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية، مجلة الشارقة للعلوم القانونية، العدد ٢، مجلد ١٥، كانون الاول، ٢٠١٨.

رابعاً: القوانين والقرارات

٣٣. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

٣٤. دستور الجمهورية العراقية لسنة ١٩٦٤.

٣٥. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣٦. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

٣٧. قانون المحافظات غير المنتظم في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨

٣٨. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل

٣٩. قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ "

٤٠. قانون مجلس الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩

٤١. قانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣

٤٢. قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧

٤٣. قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧

٤٤. قرار المحكمة الاتحادية المرقم ١٤٢ / ١٤٣ / ٢٠١٨ في ٢٥ / ١٠ / ٢٠١٨ غير منشور

٤٥. قرار المحكمة الإدارية ٢٠١٨ / ٢٠٤ / ١١ / ٢ / ٢٠١٨ غير منشور

٤٦. قرار المحكمة الاتحادية (١٠ / اتحادية / ٢٠١٣) في ١٢ / ٣ / ٢٠١٣

٤٧. وقد جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٧

٤٨. قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

الطعن بالمراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية

م. د. صابرين ناجي طه كلية الحقوق جامعة النهرين
ام. دعلي صاحب الشريفي كلية القانون: جامعة وارث الانبياء



المقدمة

لا يخفى على أحد أن منصب رئيس الجمهورية له أهمية كبيرة داخل المؤسسات الدستورية والسياسية للدول، كرأس الدولة ووجهها، ان سلطة رئيس الجمهورية في الانظمة البرلمانية هو سلطة تشريفية، الان الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ لم يمنح رئيس الجمهورية صلاحيات واسعة وهامة ومؤثرة في الشأن السياسي، اذ ان غالبية الصلاحيات هي شكلية وغير فعليه حيث ان غالبية الصلاحيات العامة هي بيد رئيس الوزراء حتى اصبح رئيس الجمهورية يتمتع بسلطات رمزية او شرفية.

ومع ذلك يتمتع رئيس الجمهورية في النظام البرلماني العراقي بصلاحيات و منها: (اصدار المراسيم الجمهورية، اصدار العفو الخاص بتوجيه من رئيس مجلس الوزراء باستثناء ما تعلق بالحق الخاص والمحكومين بارتكاب الجرائم الدولية والارهاب والفساد المالي والاداري...)، وفي الغالب يحرضون الرؤساء على الإصابة والاجتهاد في بلوغها وبما أنهم بشر، يعترتهم العجز والقصور والنقص، فإذا أضفنا إلى هذين السببين سبب ثالث هو الميل المتعمد الذي يزينه الهوى وتدعو إليه شررة النفس الأماراة بالسوء، او الاسباب السياسية فإن الخلل في ميزان العدل سيكون أعظم والضرر منه سيكون أفدح ومن أجل هذا فقد لزم استخدام حق الطعن وهو الطريق المناسب لتتقية هذه المراسيم مما قد يشوبها من عيوب لا يصح السكوت عليها، وبذلك تعد الرقابة على دستورية المراسيم بقصد التأكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية و عدم مخالفتها لأحكامها، من اهم الوسائل القانونية التي تكفل نفاذ القانون و تطبيقه تطبيقاً سليماً.

ومن خلال دراستنا هذه سوف نبحث في الجهة المختصة بالنظر في الطعون لما لها من اهمية كبيرة، فإن دستور ٢٠٠٥، بموجب المادة (٩٣/٣) (ثالثاً) التي تشير الى ان اختصاص المحكمة الاتحادية العليا الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن المحكمة الاتحادية وايضا يكفل الدستور حق كل من متضرر بالطعن المباشر لدى المحكمة ان حدث نزاع في هذا الأمر، فهذه المادة تشير الى ان اختصاص الطعن هو اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بينما هناك استشهاد يذهب الى اعتبار قرار رئيس الجمهورية قرارات ادارية

يمكن الطعن به امام القضاء الاداري ، وان المراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية تعدّ قرارات إدارية .

اولا- أهمية البحث:

للبحث أهمية كبير في توضيح دور المحكمة الاتحادية العليا التي هي إحدى المؤسسات الدستورية ودعامة أساسية من دعائم الدولة في العراق بما تملكه من اختصاصات تعتبر منبراً لإعلاء الشرعية الدستورية وضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم، بالطعن في دستورية القرارات والمراسيم وضمان عدم مخالفتها لمواد الدستور والقوانين النافذة يعد من الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحريات العامة وذلك لأنه يضع هذه المراسيم تحت النظر الثاقب للقضاء فيمحص فيها ويدقق ثم يقول كلمة الفصل في مطابقتها أو عدم مطابقتها لأحكام الدستور نصاً وروحاً. ويتفق غالبية الفقه على أن الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء على المراسيم هي من أهم أساليب الرقابة الدستورية وأكثرها فعالية وأعماقها أثراً، وتبرز أهمية هذه الدراسة من خلال البحث في صلاحيات الطعن بالمراسيم التي تصدر من رئيس الدولة هل هي صلاحيات حصرية للمحكمة الاتحادية العليا او يمكن ان يكون للقضاء الاداري دور في بعض من هذه المراسيم والقرارات.

ثانيا- مشكلة البحث:

تطرح مشكلة البحث في ضوء مسائلة مركزية مضمونة .
١- من هي الجهة المخولة بالنظر في الطعون الخاصة بالمراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية استنادا للدستور الاتحادي ٢٠٠٥ النافذ؟
٢- من هي الجهات المخولة لتحريك دعوى الطعن امام المحكمة المختصة؟

ثالثا- فرضية البحث:

نفترض في هذا البحث ان الاتجاه الدستوري في العراق، جعل المحكمة الاتحادية المسؤولة عن الرقابة وعن الدستورية التي هي مختصة بالطعن بالمراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية.

رابعا- منهجية البحث :

ارتأينا في هذه الدراسة استخدام المنهج الوصفي القانوني مع المنهج التحليلي لموضوع الطعن بالمراسيم و استقرار و مناقشة النصوص الدستورية المتعلقة به وتحليلها ونستخلص النتائج.

خامسا- هيكلية البحث: سنقسم هذا البحث على مبحثين نتناول في المبحث الاول التعريف برئيس الجمهورية واختصاصاته، ونتطرق في الثاني الى آلية الطعن في المرسوم الجمهوري ونختتم البحث ببعض النقاط الهامة وعلى النحو الآتي:

المبحث الاول

التعريف برئيس الجمهورية واختصاصاته

تبني الدستور العراقي نظام ثنائية السلطة التنفيذية ، حيث أعتق الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النظام البرلماني والملاحظ في ظل هذا النظام ان يتمتع رئيس الجمهورية عموماً بدور محدود نسبياً، إذ انه يتمتع بمركز أدبي و يحظى باحترام جميع السلطات الاخرى في البلد ، الا ان دستور العراق النافذ خرج عن ذلك ومنح الرئيس العديد من السلطات والوظائف فهو يعد محور للعلاقة بين الشعب من جهة و الحكومة و البرلمان من جهة اخرى و يقدم المشورة للسلطات العامة لكونه يحتل مكانة ادبية سامية ويكون حكماً بين تلك السلطات ، ويعمل مساعيه الحميدة لحل كل المشاكل التي تعترض عملها^١. وسنقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الاول

مفهوم رئيس الجمهورية

نصت المادة ٦٧ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على ان : "رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة و رمز وحدة الوطن ، يمثل سيادة البلاد، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور، والمحافظة على استقلال العراق، وسيادته، ووحدته، وسلامة اراضيه". ويمارس رئيس الجمهورية في ظل الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ مجموعة من الصلاحيات ، إذ نصت المادة ٧٣ منه على أن : " يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الاتية : أولاً : اصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء باستثناء ما يتعلق بالحق الخاص والمحكومين بارتكاب الجرائم الدولية والارهاب والفساد المالي والاداري). ثانياً : المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية ، بعد موافقة مجلس النواب وتعد مصادقا عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها . ثالثاً: يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب ، وتعد مصادقا عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها . اربعاً : دعوة مجلس النواب المنتخب للانعقاد خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ

^١ د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع، ط١، بغداد، ٢٠١٦، ص٧٦.

^٢ محمد حسن حميد العلي، المركز القانوني لرئيس الدولة دبلوماسياً، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٥٤.

المصادقة على نتائج الانتخابات ، وفي الحالات الاخرى المنصوص عليها في الدستور . خامساً : منح الاوسمة والنياشين بتوصية من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للقانون . سادساً : قبول السفراء . سابعاً : اصدار المراسيم الجمهورية. ثامناً : المصادقة على احكام الاعدام التي تصدرها المحاكم المختصة . تاسعاً : يقوم بمهمة القيادة العليا للقوات المسلحة للاغراض التشريعية والاحتفالية . عاشراً : ممارسة اية صلاحيات رئاسية اخرى واردة في هذا وليس هذا فحسب انما توجد صلاحيات اخرى يمارسها رئيس الجمهورية ، كما يلاحظ من نص الفقرة عاشراً من المادة ٧٣ اعلاه ، اذ اشارت الى "ممارسة اية سلطات رئاسية اخرى واردة في هذا الدستور"، وهي عديدة، ومنها المذكورة في المواد(٥٤،٥٨،٦٠،٦١،٦٤،٧٥،٧٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لذا فيتضح لنا جليا بأن الدور الذي يؤديه رئيس الجمهورية في ظل هذا الدستور لا يمكن ان يكون دوار سلبياً كما هو حال الملك في المملكة المتحدة لكنه يقوم بدور مهم نسبياً في ظل التنظيم الدستوري الذي جاء به دستور ٢٠٠٥.

وبخصوص موضوع بحثنا حيث يتولى رئيس الجمهورية اصدار مراسيم تعيين رئيس محكمة التمييز و نوابه والقضاة على الرغم من ان دارستنا اهتمت بالسلطات الخاصة برئيس الجمهورية الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، الا انا وجدنا من السلطات الخاصة برئيس الجمهورية وفقاً لقوانين نافذة في العراق مثل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، والذي خوّل رئيس الجمهورية توقيع واصدار المراسيم الجمهورية التي تخص تعيين رئيس محكمة التمييز و نأبه و أيضاً منح سلطة قاضي لخريجين دورات المعهد القضائي ، إذ نصت المادة (٤٧ / خامساً^٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على تعيين رئيس محكمة التمييز الاتحادية بموجب مرسوم جمهوري ، وكذلك نصت (المادة ٤٧ الفقرة اربعاً^٣) من نفس القانون اعلاه على تعيين نائب رئيس محكمة التمييز بمرسوم

^١ د. غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا و دورها في ضمان مبدأ المشروعية ، ط١، بغداد / ٢٠٠٨ ، ص ١٢ .

^٢ وفقاً لقانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ ، إذ نصت المادة (٤٧ : خامساً) على (يعين رئيس محكمة التمييز بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح وزير العدل من بين نواب رئيس المحكمة) .

^٣ إذ نصت الفقرة اربع على (يعين نائب رئيس محكمة التمييز بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح وزير العدل من بين قضاتها الذين امضوا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات فيها).

جمهوري ، كذلك نصت المادة (٤٧- ثالثاً^١) على تعيين القاضي في محكمة التمييز بمرسوم جمهوري ، كذلك نصت (المادة ٣٧^٢) من نفس القانون على شرط عدم تحدد المحكمة التي يباشر القاضي عمله فيها الا بعد صدور المرسوم الجمهوري بتعيينه قاضياً^٣، وأيضاً منح القانون سلطة تعيين رئيس مجلس شورى الدولة ونائبه والمستشارون في المجلس بمرسوم يصدر من رئيس الجمهورية^٤، وكذلك رئيس الادعاء العام ونائب رئيس الادعاء العام والمدعي العام^٥.

المطلب الثاني

اختصاصات رئيس الجمهورية

سنتناول اختصاصات رئيس الجمهورية التنفيذية، والتشريعية، والقضائية، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

الاختصاصات التنفيذية لرئيس الجمهورية

تتجسد هذه الاختصاصات بما يأتي:

اولاً- اختيار رئيس مجلس الوزراء وشغل منصبه عند خلوه وسحب الثقة عنه: اذ قرر الدستور ان يتفرد رئيس الجمهورية بتكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء^٦. وقد تنبه المشرع الدستوري لمسألة غاية في الأهمية تتمثل بإخفاق رئيس مجلس الوزراء في تشكيل الوزارة ضمن المدة الدستورية المقررة، وقدم لها حلاً مسبقاً بأن يكلف رئيس

^١ كذلك نصت المادة (١٧ - أولاً) من قانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل بموجب قانون التعديل المرقم ٣٥ بتاريخ ١٩٩١، نصت على (يعين المتخرج في المعهد بمرسوم جمهوري، بوظيفة حاكم).

^٢ إذ نصت المادة (٣٧ - أولاً) على (يحدد وزير العدل المحكمة التي يباشر القاضي عمله فيها، بعد صدور المرسوم الجمهوري بتعيينه قاضياً).

^٣ إذ نصت الفقرة ثالثاً على (يعين القاضي في محكمة التمييز بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح وزير العدل من بين قضاة الصنف الاول ممن اشغلوا الوظائف التالية مدة لا تقل عن سنتين).

^٤ إذ نصت المادة (٤٧/ثالثاً/ هـ) على (رئيس مجلس شورى الدولة ونائبه والمستشارون في المجلس).

^٥ إذ نصت المادة (٤٧/ثالثاً/ و) على (رئيس الادعاء العام ونائب رئيس الادعاء العام والمدعي العام).

^٦ المادة (٧٦/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الجمهورية مرشحاً جديداً لرئاسة مجلس الوزراء خلال (10) يوماً. كما منح الدستور رئيس الجمهورية سلطة اشغال منصب رئيس مجلس الوزراء عند خلو منصبه بغض البصر عن سبب هذا الخلو^١. وله ايضاً في هذا الاطار ان يطلب من مجلس النواب سحب الثقة عن رئيس مجلس الوزراء اذا توافرت اسبابها^٢. ويرى بعض الفقه الى ان طلب سحب الثقة يجب ان يبقى محصوراً بيد البرلمان كأداة للتوازن مع السلطة التنفيذية، ولا دخل لرئيس الجمهورية في ذلك^٣.

ثانيا- الاختصاصات التنفيذية العامة لرئيس الجمهورية: ان هذه الاختصاصات تتسم بالعمومية، وقد وردت مضامين اليمين الدستورية في المادة (٥٠) من الدستور والتي تنص على (اقسم... ان احافظ على استقلال العراق وسيادته، واراعي مصالح شعبه، واسهر على سلامة ارضه وسمائه وثرواته ونظامه الديمقراطي الاتحادي، وان اعمل على صيانة الحريات العامة والخاصة، واستقلال القضاء، والتزم بتطبيق التشريعات بامانة وحياد...). ان منح هذه الاختصاصات لرئيس الجمهورية جعلته يؤدي دور أساسي في إدارة شؤون الحكم وجعلته يتمتع بمركز سامي من الناحية القانونية والسياسية^٤.

ثالثا- الاختصاصات التنفيذية المتعلقة بالشؤون الخارجية: تتمثل هذه الاختصاصات في جانبين الأول هو المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بعد موافقة مجلس النواب، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمها^٥.

^١ المادة (٧٦/ثالثاً وخامساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٢ المادة (٨١/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٣ المادة (٦١/ثامناً/ب) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٤ مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة و الرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام و القرارات ، ط ١ ، دار الضياء للطباعة ، النجف ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٧ .

^٥ احمد احمد الموفاي ، رؤية حول الفيدرالية في العراق في ضوء الدستور الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٨ ، ص ١٦ .

^٦ المادة (٧٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

كما تتجسد هذه الاختصاصات بقبول السفراء اذ منح الدستور لرئيس الجمهورية على سبيل الانفراد سلطة قبول السفراء! وبذلك يكون الدستور العراقي ساير اغلب الدساتير البرلمانية التي تسند هذا الاختصاص الى رئيس الجمهورية وحده^١.

رابعا- الاختصاصات التنفيذية المتعلقة بالشؤون العسكرية: منح الدستور لرئيس الجمهورية سلطة قيادة القوات المسلحة للأغراض التشريعية والاحتفالية يمارسها بشكل منفرد حسب ما صرحت به المادة (٧٣/تاسعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥. وهذا امر طبيعي يتسق مع المنطق السياسي والقانوني السليم لان رئيس الجمهورية يمثل رمز سيادة البلاد ووحدة الدولة.

الفرع الثاني

الاختصاصات القضائية المنفردة لرئيس الجمهورية

تتجسد هذه الاختصاصات في الحالتين الاتيتين:

اولا- اصدار العفو الخاص: اسند الدستور لرئيس الجمهورية سلطة اصدار العفو الخاص، يصدره بمفرده من دون ان يشاركه في هذا الاختصاص سلطة أخرى، بشرط ان يكون اصدار العفو الخاص مسبقاً بتوصية مجلس الوزراء بذلك، ويحظر على الرئيس شمول المحكومين بارتكاب الجرائم الإرهابية الدولية وتلك المتعلقة بالفساد والمالي والاداري^٢.

ثانيا- المصادقة على احكام الإعدام: ان هذا الاختصاص الاجرائي الممنوح لرئيس الجمهورية مهم وخطير لانه يتعلق بالمصادقة على حكم في غاية الخطورة ولذلك تحرص الدساتير والقوانين الجنائية على احاطته بمجموعة من الضمانات القانونية ومن أهمها مصادقة رئيس الجمهورية عليه قبل تنفيذه^٤. وعلى هذا النحو سار دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وذلك في المادة (٧٣/ثامناً) اذ اختص رئيس الجمهورية بالمصادقة على احكام الإعدام التي تصدرها المحاكم المختصة.

^١ المادة (٧٣/سادساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٢ ينظر نص المادة (٥٩/ف ١) من القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩ والمادة (٦٣/ف ١) من الدستور الاسباني لعام ١٩٧٨.

^٣ المادة (٧٣/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٤ د. فيصل عبد الكريم دندل، مسؤولية رئيس الدولة عن انتهاك احكام الدستور، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٤٣

اما في حالة غياب رئيس الجمهورية او في حالة خلو منصبه يقوم نائبه بممارسة هذا الاختصاص والمصادقة على احكام الإعدام ريثما يتم اختيار رئيس جديد للجمهورية!

الفرع الثالث

الاختصاصات المنفردة لرئيس الجمهورية المتعلقة بالسلطة التشريعية
ان هذه الاختصاصات تنقسم الى نوعين منها ما يتعلق بعملية صنع التشريع، وأخرى ذات علاقة بعمل مجلس النواب وسنبحثها تباعاً وكالاتي:
اولا- الاختصاصات المنفردة لرئيس الجمهورية المتعلقة بعملية صنع التشريع: تتمثل تلك الاختصاصات الاتي:

١- اقتراح القوانين: اذ منح الدستور رئيس الجمهورية سلطة اقتراح مشروعات القوانين وهذا ما نستفيده من قراءة نص المادة (٦٠/أولاً) منه والتي صرحت بالآتي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية...).

٢- المصادقة على القوانين واصدارها: ان هذا الاختصاص هو اختصاص تقليدي لرئيس الجمهورية في جميع النظم الدستورية، وقد منح دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية، فهو من يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب.

٣- الاعتراض على القانون: قررت المادة (١٣٨) من الدستور بان يختص رئيس الجمهورية بالاعتراض على القوانين المحالة اليه من مجلس النواب، وفي حالة اعتراض مجلس الرئاسة تعاد القوانين والقرارات الى مجلس النواب لإعادة النظر في الجوانب محل الاعتراض، والتصويت عليها بالأغلبية، وترسل ثانية الى مجلس الرئاسة للموافقة عليها، كما بينت الفقرة (ج) من المادة ذاتها ما يترتب من اثار على عدم موافقة مجلس الرئاسة على القوانين مرة ثانية بأن تعاد القوانين المعترض عليها الى مجلس النواب، ويستطيع المجلس التغلب على هذا الاعتراض بأغلبية ثلاثة اخصاص عدد أعضائه، وعندئذ تكون القوانين غير قابلة للاعتراض ويعد مصادقاً عليها حكماً.

ثانيا- اختصاصات رئيس الجمهورية المتعلقة بعمل مجلس النواب: وتتجسد هذه الاختصاصات بعدة صور وهي^(٢):

^١ المادة (٧٥/ثانياً-ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) د.غازي فيصل مهدي ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) في الميزان ، ط١ ، بغداد ،

الأولى: دعوة مجلس النواب للانعقاد اذ اسند الدستور لرئيس الجمهورية الاختصاص بدعوة النواب للانعقاد بمرسوم جمهوري، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات العامة من قبل المحكمة الاتحادية^١.

كما منحه الدستور لرئيس الجمهورية سلطة الدعوة الى جلسة استثنائية حسبما قررتها المادة (٥٨/اولاً) شريطة ان يكون الاجتماع مقتصراً على الموضوعات التي اوجبت الدعوة اليه^٢.

الثانية: تتمثل بموافقة رئيس الجمهورية على الطلب المقدم من رئيس مجلس الوزراء الى مجلس النواب والمتضمن اقتراح حل مجلس النواب لنفسه ذاتياً^٣.

ونعتقد بوجود تعديل الدستور على نحو يمنح رئيس الجمهورية حق حل مجلس النواب حلاً رئاسياً على توصية من رئيس مجلس الوزراء، لضمان التوازن السياسي بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

الثالثة: الزم الدستور رئيس الجمهورية بالدعوة لانتخابات عامة في حالة حل مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز الستين يوماً من تاريخ الحل، ويعد مجلس الوزراء مستقيلاً في هذه الحالة ويواصل تصريف الأمور اليومية.

الرابعة: يمارس الرئيس اختصاصاً تأسيسياً يتمثل بالمصادقة على تعديل نصوص الدستور التي نالت موافقة مجلس النواب وقرها الشعب في استفتاء عام.

^١ المادة (٥٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٢ تنص المادة رقم (٢٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٦ على ان (لمجلس الرئاسة او لرئيس مجلس الوزراء او لرئيس مجلس النواب او لخمسين عضواً من أعضائه دعوته للانعقاد في جلسة استثنائية على ان يقتصر الاجتماع على النظر في الموضوعات المحددة في الدعوة).

^٣ المادة (٦٤/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

المبحث الثاني

آلية الطعن في المرسوم الجمهوري^١

إن النظام السياسي في العراق، جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي، على وفق ما جاء في المادة الأولى من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ولرئيس الجمهورية فيه دور كبير ومهم وله صلاحيات كثيرة وقوية ذات طبيعة تشريعية وقضائية إضافة إلى صلاحياته التنفيذية، فرئيس الجمهورية يستطيع أن يقدم طلباً إلى مجلس النواب بسحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، وأن يقوم مقام رئيس مجلس الوزراء، عند خلو المنصب لأي سبب كان، وأن يوافق على حل مجلس النواب، وأن يشترك في اقتراح تعديل الدستور^(٢)، وسنقسم هذا المبحث وفق الآتي:

المطلب الاول

تعريف المرسوم الجمهوري وانواعه

سنتناول في هذا المطلب تعريف المرسوم وانواعه وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

تعريف المرسوم الجمهوري

إن رئيس الجمهورية وبموجب الدستور العراقي محدد الصلاحية في إصدار المراسيم الجمهورية لأن الدستور وان اعتبر من مهام رئيس الجمهورية صلاحية إصدارها على وفق أحكام المادة (٦١/سابعاً) إلا أن هذه الصلاحية تمارس بعد تحقق إجراء سابق له، والمثال على ذلك إصدار المرسوم الجمهوري رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٠ بتعيين مرشح الكتلة الأكبر لتشكيل الحكومة^(٣)، وهذا المرسوم لم يكن فيه رئيس الجمهورية مطلق اليد، وإنما مقيد بتسمية مرشح الكتلة الأكبر وعلى وفق أحكام المادة (٧٦) من الدستور وكذلك المراسيم الجمهورية بتشكيل الحكومة بعد نيلها الثقة من مجلس النواب وغيرها، كذلك يكون مقيد الصلاحية بموجب القوانين

^١ يتمثل الفرق بين المرسوم والقانون في ان القانون هو نص يُقره المجلس النيابي ويُوقع عليه رئيس الجمهورية كي يصبح نافذاً، وهو يُحدد المبادئ والقواعد الأساسية المنصوص عليها في دستور الدولة. المرسوم هو نص يُصدره رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء في مسائل تنظيمية لا تتعلق بالدولة ككل. نقول مثلاً قانون السير كونه يُنظم القيادة وسير الآليات في كل الدولة، بينما نقول مرسوم تعيين فلان في منصب كذا.

(٢) د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، القاهرة : ٢٠٠٤ ، ص ١٤٩ .

(٣) عبد العظيم عبد السلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دراسة مقارنة، دار النهضة الحديثة،

مصر، ٢٠٠٤، ص ٧٦ .

النافذة ومنها إصدار المرسوم الجمهوري بتعيين المحافظين إلا بعد نيلهم ثقة مجلس المحافظة على وفق أحكام قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ وأمثلة كثيرة في القوانين النافذة^(١). حيث إن الفقه الدستوري تصدى لتعريف المرسوم حيث إن مهمة تعريف المصطلحات تركها المشرع الدستوري إلى الفقه لأسباب ليس محلها الآن^(٢)، ويرى بعض الكتاب أن المرسوم (هو الصك الصادر عن رئيس الجمهورية في معرض ممارسته للمهام الموكولة إليه قانوناً سواء أكانت هذه المهام تشريعية أم تنظيمية أم عادية (فردية - إدارية)^(٣)، أي أن رئيس الجمهورية يمارس أعماله عبر إصداره المراسيم كما جاء في المعجم الدستوري إشارة إلى عبارة (مرسوم) الذي اعتبرها من مفردات القانون العام والمختصة بأعمال رئيس الجمهورية والوزير الأول (رئيس الوزراء) على وفق المهام الدستورية^(٤)، يملك رئيس الجمهورية سلطة تنظيمية واسعة، وفي سبيل ممارسة هذه السلطة يصدر الرئيس قرارات ومراسيم تنشر في الجريدة الرسمية إلا ما استثني لطبيعته أو لأشخاصه، ولاشك أنها من حيث طبيعتها تعد أعمال إدارية مركزية تخضع، من حيث الأصل، للرقابة القضائية، ولا يجب الاعتقاد بأن رئيس الجمهورية في إطار ممارسة سلطته التنظيمية يصدر فقط مراسيم بنوعها (رئاسية تنظيمية ورئاسية فردية)^(٥)، إنما يجوز له إصدار قرارات تعيين في وظائف معينة أو قرارات تنظيمية داخل مؤسسة الرئاسة مثلاً أو حتى إصدار تعليمات رئاسية في بعض الأحيان، وفي مجال الجنسية نشير إلى أن قرارات التجنس والتجريد من الجنسية واسترداد الجنسية وغيرها من الأعمال القانونية تتم

(١) عبد الغني بسيوني عبدالله، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩٥، ص ٨٧.

(٢) عدنان الزنكة، المركز القانوني لرئيس الدولة الفيدرالية، العراق نموذجاً، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص ٨٧.

(٣) عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١١، ص ٤٣.

(٤) د. محمد كاظم المشهداني: النظم السياسية، دار الفكر العربي، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٦. سعد محمد: إشكالية الديمقراطية التوافقية وإنعكاساتها على التجربة العراقية، المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد ٣٧، ٢٠٠٩/٩، ص ٨٨.

(٥) د. سمير داود سلمان: الصلاحيات البرلمانية في دستور ٢٠٠٥ العراقي، المجلة السياسية الدولية، الجامعة المستنصرية، السنة ٧، العدد ٢١، ٢٠١٢، ص ٨٧.

في النهاية في صور قرار يصدر بموجب مرسوم رئاسي، التي هي أعمال ذات طبيعة إدارية مركزية لا ترتب أثرها إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية. ومن يتولى توقيع مثل هذه المراسيم هو رئيس الجمهورية وليس وزير العدل أو الوزير الأول، وقد يرفض الرئيس توقيع هذا المرسوم المتعلق بالجنسية، كما قد يرفض طلب التجنس مثلاً رغم توفر الشروط القانونية ورغم إرفاق المعني طلبه بكافة الوثائق الرسمية الضرورية. وقد يرفض الرئيس طلب استرداد الجنسية رغم ثبوت قيام المعني بتقديم طلبه في الأجل القانونية ووفق الأوضاع القانونية المطلوبة^(١).

الفرع الثاني

انواع المراسيم الجمهورية واساسها القانوني

اولا- انواع المراسيم الجمهورية:

تعد مسألة الطعن بالإلغاء في قرارات ومراسيم رئيس الجمهورية، أو بالأحرى مخصصته أمام القضاء، مسألة في غاية الأهمية من الناحيتين الدستورية والقضائية، فالمراسيم الرئاسية تعتبر من بين الأعمال التنظيمية لرئيس الجمهورية يمارسها كأصل باعتباره ممثلاً لرأس السلطة التنفيذية في الدولة. ويضاف لها بعض الصلاحيات الإستثنائية المتعلقة بالتشريع عن طريق أوامر في حالات محددة حصراً في الدستور^(٢)، وسنقسم ذلك وفقاً للآتي:

١- المراسيم التشريعية: المرسوم التشريعي هو عبارة عن القواعد القانونية (العامة المجردة) الصادرة عن رئيس الجمهورية في معرض ممارسته للوظيفة التشريعية (استثناءً) وفقاً لما هو محدد في الدستور ولا يوجد نص صريح في الدستور العراقي حول هذا الاختصاص لكن نجد له حضور في المصادقة على القوانين وإصدارها وكذلك في تقديم مشاريع القوانين^(٣).

٢- المراسيم التنظيمية: هو نص صادر عن السلطة التنفيذية في الدولة ممثلة في رئيس الجمهورية، والوزير الأول، لتبيان إجراءات وكيفية تطبيق وتنفيذ النصوص التشريعية، حيث يستمد روحه من القانون ولا يمكنه

(١) د. ليث عبد الحسن جواد الزبيدي: مستقبل النظام السياسي في العراق، قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية،

جامعة النهدين، العدد ٢٩-٣٠، ٢٠١٢، ص ٢٣.

(٢) د. إسراء علاء الدين نوري، بركة بهجت: دور البرلمان في مكافحة الفساد في العراق، دراسات سياسية، بيت

الحكمة، العدد ١٦، ٢٠١٠، ص ٤٠.

(٣) د. رياض عزيز هادي: العلاقة بين السلطات الثلاثة والدستور العراقي، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد،

السنة ١٧، العدد ٦/٣٣، ٢٠٠٦، ص ٩٨.

مخالفة أحكامه^(١)، وهو أقل درجة من النص التشريعي حيث يفترض إعداده إجراءات أقل تعقيدا من إجراءات إعداد النصوص التشريعية. المرسوم التنظيمي هو عبارة عن القرار الإداري الصادر عن رئيس الجمهورية في معرض ممارسته لوظيفته كرئيس للسلطة التنفيذية والمتضمن قواعد عامة ومجردة. وفي المنظومة القانونية العراقية نجد إن رئيس الجمهورية اصدر مرسوما بالمصادقة على اصدار نظام ديوان رئاسة الجمهورية رقم (١) لسنة ٢٠١٥^(٢).

٣- المراسيم العادية: المرسوم العادي ويسمى أحيانا (الفردى) هو عبارة عن القرار الإداري الصادر عن رئيس الجمهورية في معرض ممارسته لوظيفته باعتباره احد جناحي السلطة التنفيذية والمتضمن تطبيق القرار الإداري على شخص (أو أشخاص) معينين لتعيينهم أو على حالة محددة (معينة)، ومثاله تعيين المدراء العاميين أو الوزراء أو عزلهم وإحالتهم على التقاعد والتي ورد فيها نص إما دستوري أو في تشريع اعتيادي (القوانين) والأمثلة على ذلك كثيرة في الدستور العراقي ومنها إصدار المراسيم بتعيين الوزراء او بعض الرتب والمناصب العسكرية وكذلك تعيين وانهاء خدمات القضاة وإحالتهم على التقاعد وإلغاء واستحداث مناطق استثنائية للمحاكم وعلى وفق ما جاء في المواد (١٦، ٣٦، ٤٧ وغيرها) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، ويعتبر هذا النوع من المراسيم الجمهورية بأنها قرارات إدارية ويجمع على ذلك جميع فقهاء وشراح القانون العام سواء الإداري أو الدستوري وتخضع لرقابة القضاء الداري عند الطعن بعدم مشروعيتها او مخالفتها للنصوص الدستورية أو القانونية^(٣).

ثانيا- الاساس الدستوري في اختصاص رئيس الدولة لاصدار المراسيم

سنتناول في هذا المبحث الاساس الدستوري لاختصاص رئيس الدولة في اصدار المراسيم الجمهورية حيث سنتناول في المطلب الاول الاساس الدستوري في فرنسا وفق دستورها لعام ١٩٥٨ وكذلك الاساس الدستوري في جمهورية مصر العربية وفق دستورها لعام ٢٠١٤ وسنتناول ودستور ٢٠٠٥.

١- الاساس الدستوري في دستور فرنسا لعام ١٩٥٨

أ- نصت المادة ٨ من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ على ما يلي :

(١) د. حافظ علوان حمادي الدليمي: المشروع الديمقراطي العراقي (الواقع والطموح) دراسة نقدية، مجلة قضايا سياسية، جامعة النهدين، كلية العلوم السياسية، العدد ٢٩-٣٠، ٢٠١٢، ص ٢٢.

(٢) د. حافظ علوان حمادي الدليمي: مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) د. أرواء فخرى عبد اللطيف: مبادئ النظام الانتخابي في العراق لعام ٢٠١٠، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٥، السنة ٢، ٢٠١٠/٣، ص ١٢٢.

يقوم رئيس الجمهورية بتسمية رئيس الوزراء وينهي الرئيس تعيينه عندما يقوم الأخير بتقديم طلب استقالة الى الحكومة .
وكذلك يقوم رئيس الجمهورية بتعيين اعضاء الحكومة وينهي مهامهم بناءاً على اقتراح من رئيس الوزراء.
ب- نصت المادة ١٢ من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ على ما يأتي:
يجوز لرئيس الجمهورية بعد استشارة رئيس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء ان يقرر حل الجمعية الوطنية .
ج- نصت المادة ١٣ من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ على ما يأتي :
يقوم رئيس الجمهورية بالتوقيع على المراسيم والوامر التي تتم المداولة بشأنها في مجلس الوزراء ويصدر التعيينات في الوظائف المدنية والعسكرية في الدولة .

كما يقوم بتعيين مستشاروا الدولة والمستشار الاكبر لوسام الشرف والسفراء والمبعوثون فوق العادة ومستشاروا ديوان المحاسبة والمحافظون وممثلوا الدولة في اقاليم ما وراء البحار وكذلك يقوم بتعيين كبار الضباط ومديروا الادارات المركزية بقرار من مجلس الوزراء .^(١)
٤- نصت المادة ١٦ من هذا القانون على ما يأتي:

إذا تعرضت مؤسسات الدولة او استقلال الدولة او وحدة اراضيها او تنفيذها لالتزاماتها لخطر داهم جسيم وفي حال توقفت السلطة الدستورية العامة عند حسن سير عملها المنتظم فسوف يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد استشارته الرسمية رئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب والمجلس الدستوري.^(٢)

٢- الاساس الدستوري في دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤^(٣)
من حيث الاصل ان السلطة التشريعية (مجلس النواب) هي صاحبة الحق في سن التشريع العادي ومع ذلك فقد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه ويكون ذلك في حالتين هما :
حالة التفويض وحالة الضرورة^(٤).

(١) د. ماجد راغب الحلو النظم السياسية و القانون الدستوري ، منشأه المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٧٩٥.

(٢) ينظر : د. عصام الدبس ، النظم السياسية ، الكتاب الرابع ، دار الثقافة ، ٢٠١١ ط ٥٦٤.

(٣) ينظر : المادة ١٥٦ من دستور مصر لعام ٢٠١٤.

(٤) ينظر : د. قائد محمد طربوش ، انظمة الحكم في الدولة العربية ، الجزء التاسع ، ٢٠٠٧، ص ٧٦.

٣- الاساس الدستوري في الدستور العراقي

لم يمنح دستور ٢٠٠٥ رئيس الجمهورية صلاحيات واسعة وهامة ومؤثرة في الشأن السياسي . اذ ان غالبية الصلاحيات هي شكلية وغير فعليه حيث ان غالبية الصلاحيات العامة هي بيج رئيس الوزراء حتى اصبح رئيس الجمهورية يتمتع بسلطات رمزية او شرفية^(١)، حيث ان هذه الصلاحيات تصدر بموجب مرسوم جمهوري من قبل رئيس الجمهورية العراقي .

المطلب الثاني

آلية الطعن بالمراسيم الجمهورية

ان لرئيس الجمهورية وفق دستور جمهورية العراق النافذ، اليد الطولى في اصدار المراسيم الجمهورية المتنوعة، ولكن ذلك لم ولن يكون مطلقاً حراً من دون الخضوع لثوابت دولة القانون، التي تقضي خضوع تصرفات الحكام والمحكومين لإحكام القانون، ففي سابق الاحداث كانت المراسيم الجمهورية محصنة من الرقابة، إذ اقرت المادة (٧) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة، عدم اختصاص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة والقرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية ...، علاوة على نص المادة (٤) من قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣، التي نصت على "ليس للمحاكم أن تنظر في كل ما يعتبر من أعمال السيادة" ثم تلاه نص المادة (١٠) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، التي نصت على "لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من أعمال السيادة"، لكن دوام الحال من المحال، فبعد نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، جاءت المادة (١٠٠) منه لترفع هذا الحظر مؤكدة على عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار اداري من الطعن، فضلاً عن قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥، الذي أشار في مادته الاولى "تلغى النصوص القانونية اينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل ..."، لذا ينتهي تحصين أعمال السيادة بموجب هذين النصين، كما إن المشرع العراقي عزز موقفه المهيب في قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، عندما الغى نص المادة (٧/خامساً) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، استجابةً لتجسيد ورفع راية الدولة القانونية، وفي ظل تباين التشريعات، وتزايد اجتهادات القضاء، ومراعاة ثوابت المشروعية، يبقى التساؤل يحوم حول الطعن بالمرسوم الجمهوري والجهة الكفيلة بإلغائه اذا ما جانب الصواب؟

(١) د. قائد محمد طربوش، مرجع سابق، ص ٧٧.

وانطلاقاً من تعريف المرسوم الجمهوري وأنواعه المذكورة سلفاً، نذكر إن المرسوم الجمهوري اما ان يكون تشريعياً مجسداً الدور التشريعي لرئيس الدولة، وكونه يتعلق بالوظيفة التشريعية، لذا يبسط القضاء الدستوري رقابته عليه معززاً احكام النصوص واجتهاده البناء في الحفاظ على سمو الدستور وهيكله نظام الحكم وشكل الدولة الاتحادية، كذلك الحال بالنسبة للمرسوم الجمهوري النظامي، وقد يكون المرسوم الجمهوري عادياً يحمل في طياته قراراً ادارياً فردياً، حينها يعقد الاختصاص لمحكمة القضاء الاداري أو محكمة قضاء الموظفين امثالاً لحكم المادة (7/رابعاً) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة بالنسبة للحالة الاولى أو نص المادة (7/تاسعاً) بالنسبة للحالة الثانية من جهة، ومن جهة اخرى حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (7) لسنة 2014، القاضي بأن "المرسوم الجمهوري رقم (56) في 2009/5/7 هو من القرارات الفردية الذي صدر عن السلطة الاتحادية ... ولم يتصف بالعمومية وبالتالي يخرج عن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليها في المادة (4) من قانونها المرقم (1) لسنة 2005 والمادة (94) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 ويدخل ضمن اختصاص محكمة قضاء الموظفين ..."، وهذا الاجتهاد الصادر من هرم السلطة القضائية اختلف في مسارة واختط توجهاً يلبي روح النص الدستوري، حيث جعلت المحكمة الاتحادية العليا من احكام المادة (93/ثالثاً) من الدستور منطلقاً لبسط الرقابة القضائية على القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، وذلك بقولها في قرارها المرقم (97) لسنة 2021 "لذا فإن الاجراءات الصادرة عن السلطات الاتحادية والتي تتعلق باختصاصاتها الدستورية يكون اختصاص النظر بالطعن بتلك الاجراءات تدخل ضمن اختصاصات الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا ..."، وهذا اجتهاداً مبطناً لفرض اختصاص المحكمة الاتحادية العليا لكل ما هو صادر عن احدى السلطات الاتحادية - كالمرسوم الجمهوري- كون المقصود بالسلطة الاتحادية ينفذ الى السلطات الاتحادية الوارد ذكرها في المادة (47) من الدستور، وكون النص بايناً وجلياً على اختصاص رئيس الجمهورية في اصدار المراسيم الجمهورية، ويذهب رأي الى " إن تأمل ما أستخدمه المشرع الدستوري من لفظ القوانين الاتحادية وباقي القواعد والاجراءات التي تصدر من السلطة الاتحادية في المادة (93/ثالثاً) يشير صراحة الى كون جهات إصدارها مكلفة بمهام تتصل بمسائل سيادية لا تقبل التجزئة والابتسار"، وبهذا عدلت المحكمة الاتحادية العليا عن مبادئها وعقدت اختصاصها على كل ما هو صادر من السلطات الاتحادية، لعمرى ان التنازع بين الاجهزة القضائية قائم في محيا الدولة الاتحادية، حيث صادقت الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية على حكم محكمة البداة بالعدد 568/ب/2020 في 2020/2/9 المتضمن الغاء المرسوم الجمهوري رقم (4) في 20 كانون الثاني 2020 والامر

القضائي الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣٩/ت/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٠، كون القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة للاختصاص امتثالاً لحكم المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وعند التمعن في جوف النص المذكور نجد إن الاستثناء في النص الخاص المذكور في المادة اعلاه والاتجاه الفقهي المساند له - بشأن الغاء المرسوم الجمهوري- يرتطم وحكم المادة (٩٤، ٩٣) من الدستور والتفسير الي للمحكمة الاتحادية العليا يوجي الى بسط رقابتها على سائر سلطات الدولة الاتحادية .

كما وجدنا ان القضاء الدستوري العراقي المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا قد قرر مبدء بخصوص الطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري الصادر عن رئيس الجمهورية، فذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم ٧/ اتحادية / اعلام / ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٧/١٣ والذي جاء فيه (... ان الطعن بصحة المرسوم الجمهوري المرقم (٥٦) في ٢٠٠٩/٥/٧ والخاص بتعيين (و.ع.د) وكيلاً لوزارة الاتصالات يدخل ضمن اختصاص محكمة قضاء الموظفين ... الخ) اي عقدت الاختصاص الوظيفي لمحكمة قضاء الموظفين للطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري لأن المرسوم الجمهوري المذكور انصب على جانب اداري تنفيذي تلتزم الادارة بتنفيذه ممثلة بالوزارة لأن مثل هذه المراسيم تتعلق بالشؤون الادارية البحتة ومنها على سبيل المثال تعيين كبار الموظفين او انتهاء مهامهم في السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذهبت محكمة التمييز الاتحادية بمبدء مغاير لما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا فسبق للهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية وهي اعلى هيئة قضائية في محكمة التمييز الاتحادية وان اقرت رأي اخر مغاير بقرارها المرقم ٥/٤/الهيئة العامة/٢٠٢٠ والمؤرخ في ٢٠٢٠/٣/١٧ والتي بينت فيه ان الطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري الخاص بصحة ترشيح وتعيين قاضي في المحكمة الاتحادية العليا ينعقد وظيفيا للمحاكم المدنية استنادا للولاية العامة للقضاء العادي المدني بموجب المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية لأن القضاء المدني العادي هو القضاء المختص الا ما يخرج عن اختصاصه بنص قانون صريح ولا يوجد أي نص قانوني صريح يمنح القضاء الاداري للاختصاص بنظر دعوى صحة ترشيح وتعيين قاضي بمرسوم جمهوري خلافا لأحكام الدستور والقانون، لأن نص المادة (٧/رابعاً) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٧١ لسنة ٢٠١٧ قد جاء فيه (تختص محكمة القضاء الاداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارة والجهات غير المرتبطة بوزارة او القطاع العام ... الخ).

ومن دلالة هذا النص فأن الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية وجدت ان المشرع العراقي قد منح محكمة القضاء الاداري الولاية الخاصة بنظر المنازعات ذات الطبيعة الادارية وخصها على سبيل الحصر الاوامر والقرارات

الادارية فقط وفقا لهذا الاختصاص الحصري ولا تمتد ولاية محكمة القضاء الاداري بنظر النزاع المتعلق بعدم صحة المرسوم الجمهوري المتعلق بصحة ترشيح وتعيين قاضي متقاعد واعادته للقضاء مرة ثانية لأن ولاية القضاء الاداري ولاية استثنائية من ولاية القضاء العامة ولا يجوز التوسع او القياس بالاستثناء، فضلا عن ان المادة (٦٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ اعتبرت رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن ويمثل سيادة البلاد وهو بهذا الوصف الدستوري لا يعد وزيرا ولا رئيس هيئة ولا موظفا عند اصداره للمرسوم الجمهوري وفقا لصلاحيته الممنوحة له بمقتضى المادة (٧٣/سابعاً) من الدستور، فإن كان المرسوم الصادر لا يتعلق بالمسائل الادارية البحتة وانما يتعلق بمسائل اخرى لا تتعلق بالمسائل الجانب الاداري التنفيذي في سلطات الدولة الاخرى فإن الاختصاص ينعقد للولاية العامة للقضاء العادي المدني وحسب ولايته العامة الممنوحة له بمقتضى المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية، وحيث ان المرسوم الجمهوري محل البحث لا يتعلق بالمسائل الادارية البحتة بل يتعلق بأصدار عفو خاص عن محكوم وحسب صلاحيته الدستورية فأنا نرى ان القضاء العادي المدني المتمثل بمحكمة البداية هي صاحبة الاختصاص الوظيفي للطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري المتعلق بأصدار العفو الخاص ترسيخا لمبدأ الفصل بين السلطات وتجسيدها لمبدأ استقلال القضاء بالخصوص فإن هذا النوع من الجرائم قد استشرت بشكل ملحوظ وواسع في الآونة الاخيرة مما يستوجب ايقاع اقصى العقوبات بحق مرتكبيها لا اصدار العفو عنهم ٢٠٢٢/٢/٢٦.

الخاتمة

- ١- ان رئيس الجمهورية يتمتع بصلاحيات تشريعية وتنفيذية ولكنها غير مطلقة بل مقيدة بالرجوع الى موافقة مجلس النواب على تلك التصرفات.
- ٢- يتمتع رئيس الدولة في فرنسا بصلاحيات كبيرة وواسعة في اصدار المراسيم الجمهورية وذلك وفق دستور ١٩٥٨، ذلك ان دستور مصر لسنة ٢٠١٤ لم يعطي رئيس الدولة السلطة الواسعة في اصدار المراسيم الجمهورية الا في حالتين هما حالة الضرورة وحالة التفويض، اما دستور العراق لعام ٢٠٠٥ نص على ان رئيس الدولة يتمتع بصلاحيات تشريعية وانتقالية اما بخصوص الصلاحيات الحقيقية والمؤثرة في الشأن السياسي فقد جعلها من اختصاص رئيس مجلس الوزراء.
- ٣- إن المرسوم الجمهوري التشريعي والإداري النظامي يخضع للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا عملاً بالنصوص القانونية ذات الصلة وحكم المحكمة الاتحادية العليا المذكور سلفاً اما المرسوم الجمهوري ذات الطابع الاداري العادي فهو قراراً ادارياً صرفاً يعقد فيه الاختصاص

للقضاء الاداري كونها صاحبة الولاية العامة للنظر بصحة القرارات الادارية بالاستناد الى قانون مجلس الدولة النافذ أو للمحكمة الاتحادية العليا عملاً بحكم المادة (٩٣/ثالثاً) من الدستور .

٥ - عند البحث في النصوص القانونية والدستورية التي تنظم آلية الطعن بالمرسوم الجمهوري نجد ان الدستور العراقي والتشريع العراقي جاء خالياً من اي نص يتعلق بالطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري الصادر عن رئيس الجمهورية، وعند البحث والتمحيص في السوابق القضائية المتعلقة بالطعن بعدم صحة المرسوم الجمهوري.

قائمة المراجع القانونية

- ٥ د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع، ط١، بغداد، ٢٠١٦.
- ٦ محمد حسن حميد العلي، المركز القانوني لرئيس الدولة دبلوماسياً، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤.
- ٧ د. غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا و دورها في ضمان مبدأ المشروعية ، ط١، بغداد / ٢٠٠٨.
- ٨ مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة و الرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام و القرارات ، ط١ ، دار الضياء للطباعة ، النجف ، ٢٠٠٧ .
- ٩ د. احمد احمد الموافي ، رؤية حول الفيدرالية في العراق في ضوء الدستور الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٨ .
- ١٠ د. فيصل عبد الكريم دندل، مسؤولية رئيس الدولة عن انتهاك احكام الدستور، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، ٢٠١٩.
- ١١ د. غازي فيصل مهدي ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) في الميزان ، ط١ ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
- ١٢ د.رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- ١٣ جميل عبد القائي، سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية عليها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٦.
- ١٤ عبد العظيم عبد السلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دراسة مقارنة، دار النهضة الحديثة، مصر، ٢٠٠٤.
- ١٥ عبد الغني بسيوني عبدالله، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩٥.

- ١٦ عدنان الزنكة، المركز القانوني لرئيس الدولة الفيدرالية، العراق نموذجاً، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
- ١٧ د. محمد كاظم المشهداني: النظم السياسية، دار الفكر العربي، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٠
- ١٨ د. إسراء علاء الدين نوري، بركة بهجت: دور البرلمان في مكافحة الفساد في العراق، دراسات سياسية، بيت الحكمة، العدد ١٦، ٢٠١٠.
- ١٩ د. ماجد راغب الحلو النظم السياسية و القانون الدستوري ، منشأه المعارف ، الأسكندرية، ٢٠٠٥، ص٧٩٥.
- ٢٠ د. عصام الدبس ، النظم السياسية ، الكتاب الرابع ، دار الثقافة ، ٢٠١١ .
- ٢١ د. قائد محمد طربوش ، أنظمة الحكم في الدولة العربية ، الجزء التاسع، ٢٠٠٧.

ثانيا- الرسائل والبحوث القانونية

- ٢٢ د. حافظ علوان حمادي الدليمي: المشروع الديمقراطي العراقي (الواقع والطموح) دراسة نقدية، مجلة قضايا سياسية، جامعة النهرين، كلية العلوم السياسية، العدد ٢٩-٣٠، ٢٠١٢.
- ٢٣ د. رياض عزيز هادي: العلاقة بين السلطات الثلاثة والدستور العراقي، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، السنة ١٧، العدد ٦، ٢٠٠٦/٣٣.
- ٢٤ د. أرواء فخري عبد اللطيف: مبادئ النظام الانتخابي في العراق لعام ٢٠١٠، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٥، السنة ٢، ٢٠١٠/٣.
- ٢٥ عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١١.
- ٢٦ سعد محمد: إشكالية الديمقراطية التوافقية وإنعكاساتها على التجربة العراقية، المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد ٣٧، ٢٠٠٩/٩.
- ٢٧ د. سمير داود سلمان: الصلاحيات البرلمانية في دستور ٢٠٠٥ العراقي، المجلة السياسية الدولية، الجامعة المستنصرية، السنة ٧، العدد ٢١، ٢٠١٢.
- ٢٨ د. ليث عبد الحسن جواد الزبيدي: مستقبل النظام السياسي في العراق، قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، العدد ٢٩-٣٠، ٢٠١٢.

ثالثا- القوانين

- ٢٩ قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩
- ٣٠ قانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل
- ٣١ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ٣٢ القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩.



القيم الشخصية وأثرها في السلوك الاجرامي (دراسة في القانون الجنائي العراقي)

أ.م.د. فخرى جعفر أحمد الحسيني جامعة وارث الأنبياء عليه السلام-كلية القانون

الخلاصة

تُعدّ القيم الشخصية احدى اهم المكونات الاساسية لشخصية الانسان، فهي تؤثر في سلوكه واتجاهه وعلاقاته مع نفسه ومع المجتمع، لذا تعتبر القيم الشخصية من المواضيع المهمة في حياة الافراد الخاصة والعامة، كما أنها تُعتبر قياساً لإصدار الأحكام على الموضوعات والاشخاص في مواقف التفاعل، ومثل هذه الاحكام تحفز الاشخاص لإتخاذ نمط سلوكي معين، كما للقيم أثراً في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فقد تكون من العوامل الايجابية التي تدفعها للامام أو تكون سبباً في اعاقتها.

لذلك يجب تشجيع الافراد على اكتساب القيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة في مختلف مراحل حياتهم، سواء من قبل اسرهم أو من قبل المشرفين على تربيتهم وتعليمهم في المدارس والجامعات أو من قبل المجتمع بأدواته الاعلامية والندوات الاجتماعية أو بيئات العمل، كما توجب على المشرع الجنائي أن يشجع الافراد على الالتزام بالقيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة من خلال اقرار بعض القواعد القانونية التي تدافع عن تلك القيم وتعاقب من يخل بها من جهة ومن جهة اخرى اقرار قواعد القانونية اخرى تكافيء الافراد على التمسك بالقيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة، التي تدفعهم للتصدي للسلوك الاجرامي، من أجل خلق الانسان السوي ليكون لبنة في بناء مجتمع سوي تقل فيه الجريمة.

Abstract

Personal values are considered one of the most basic components of a person's personality, as they affect his behavior, direction, and his relations with himself and with society, so personal values are considered one of the important topics in the private and public lives of individuals, and they are also considered a measure for issuing judgments on topics and people in situations of interaction, and such judgments It motivates people to adopt a certain behavioral pattern, just as values have an impact on the process of economic and social

development. They may be one of the positive factors that push them forward or be a reason for hindering them.

Therefore, individuals must be encouraged to acquire good moral and social values in the various stages of their lives, whether by their families or By the supervisors of their upbringing and education in schools and universities, or by the community with its media tools, social seminars, or work environment, and the criminal legislator must encourage individuals to adhere to good moral and social values by approving some legal rules that defend those values and punish those who violate them. On the one hand, and on the other hand, the adoption of other legal rules that reward individuals for adhering to good moral and social values, which motivate them to confront criminal behavior.

مقدمة

تشهد المجتمعات الانسانية اليوم تطوراً سريعاً في جميع المجالات التعليمية والتربوية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ويعود الفضل في ذلك الى التقدم التكنولوجي الكبير الذي شهده العالم في القرن العشرين، ولم تكن تلك التطورات بمعزل عن قيم الانسان ومعتقداته، بل صاحبها تغيير واضح في القيم الشخصية للافراد، فالقيم الشخصية تُعدّ من المواضيع المهمة في حياة الافراد، فهي إحدى مكونات الشخصية، ولها تأثير كبير في سلوك الافراد واتجاهاتهم، وعلاقاتهم داخل المجتمع، فيمكن القول أن القيم تمثل جزءاً مهماً من التنظيم الذي يضبط أو يوجه سلوك الفرد ويعكس حاجاته واهتماماته، لذلك نالت القيم الشخصية اهتماماً كبيراً من البحث والدراسة في المجالات العلمية المختلفة، كعلم النفس وعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد.

فدراسة القيم الشخصية للافراد تسهم الى حد كبير في فهم سلوكهم وتفسيره، وبالتالي في توجيهه صوب تحقيق ما يخدم تطلعات المجتمع في الرقي والتقدم والازدهار، فهناك عدداً من العوامل المختلفة تشترك في تشكيل القيم الشخصية للأفراد وترسيخها لديهم، ومن أهم تلك العوامل الأسرة والمدرسة والمجتمع.

لذا كان للقيم الشخصية أثر كبير في السياسة الجنائية، والتي تعني مجموعة الوسائل والادوات والمعارف التي تمثل رد الفعل الاجتماعي حيال السلوك الاجرامي على ضوء المعطيات الجنائية بغية منع الجريمة والوقاية منها

ومكافحتها بالتصدي لمرتكب السلوك الاجرامي وتوقيع الجزاء المناسب عليه ومعاملته بقصد إصلاحه وإعادةه الى الاندماج بالمجتمع من جديد، ويكون ذلك عند تحديد المسؤولية الجنائية التي تعني كون الانسان أهلاً ليكون محل المسائلة والمعاقبة نتيجة ما صدر عنه من افعال واقوال تجرمها السياسة الجنائية ويعاقب عليها وفقاً للقانون المعمول به، كما أن واقع الحال يشير الى أن للقيم الشخصية أثر كبير في أحكام المحاكم الجزائية خصوصاً في تقدير الجزاء الجنائي لمرتكب السلوك الاجرامي.

أولاً: اختيار موضوع البحث:

لقد تم اختيار موضوع البحث كونه من الموضوعات الحيوية على الساحة الجنائية القانونية والقضائية، ويتعلق بمستقبل الفرد والمجتمع على حد سواء، ولأن المفهوم السائد عند اغلب الناس اليوم أن أهم القيم الشخصية هي القيم الاقتصادية والسياسية والنظرية ناسين أو متناسين دور القيم الأخرى والتي قد تكون أهم بكثير من القيم المذكورة.

ثانياً: أهمية الموضوع البحث:

تعتبر القيم الشخصية أحد المعايير الهامة التي تسهم بدرجة كبيرة في تقويم وبناء شخصية الفرد وتعريفهم الطريق القويم والصحيح لحياتهم، لذا ترجع أهمية موضوع البحث الى عدة اعتبارات أهمها:

1. الاستفادة من معلومات التي ستوفرها الدراسة عن القيم الشخصية ودورها في السلوك الاجرامي.
2. يمكن الخروج بنتائج ومقترحات من شأنها الوقوف على المعوقات التي تحد من فاعلية القيم الشخصية في الوقاية والتصدي للسلوك الاجرامي.
3. يمكن ان تسهم هذه الدراسة في توجيه انظار الأسرة الى أهمية القيم الشخصية وذلك بالعمل على غرس القيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة في نفوس أبنائها.
4. ان هذه الدراسة ستسهم في تحديد مستلزمات القيم الشخصية التي تعمل على الوقاية من السلوك الاجرامي والتصدي له من خلال شرح المعايير المختلفة والمفاهيم الخاصة بالقيم الشخصي.

ثالثاً: اشكالية البحث:

أكدت العديد من الدراسات على أهمية القيم الشخصية كمقوم أساسي يعمل على ترابط المجتمعات، حيث أن القيم الشخصية بصفة عامة تعمل على إثراء الفرد وتكيفه مع مجتمعه، وإذا ما وضعنا في اعتبارنا دور القيم الشخصية في السلوك الاجرامي نجد ان لها الدور الكبير في الحفاظ على أمن المجتمع. وهذا يثير الكثير من التساؤلات منها:

١. ما هي القيم الشخصية وكيف تتكون لدى الافراد؟.
٢. ما هو النسق أو التريب القيمي للقيم الشخصية عند الانسان السوي؟.
٣. ما أثر القيم الشخصية في سلوكيات الافراد؟.
٤. هل للقيم الشخصية دور في السلوك الاجرامي للفرد؟.
٥. ما هي القيم الشخصية التي تعمل على الوقاية من السلوك الاجرامي والتصدي له؟.
٦. هل للقيم الشخصية دور في تقدير الجزاء الجنائي لمرتكب السلوك الاجرامي؟.
٧. متى يكون للقيم الشخصية دور في اصلاح وتأهيل مرتكب السلوك الاجرامي؟.

خامساً: منهاج البحث:

يرتكز منهاج البحث في موضوع (القيم الشخصية وأثرها في السلوك الاجرامي) على المنهج الاستقرائي التحليلي لنصوص القانون الجنائي العراقي؛ من اجل فهم ابعادها ومقاصدها وذلك بهدف استجلاء الحقيقة من اجل تحديد الجوانب القانونية للموضوع بشكل أوسع وبصورة موضوعية.

سادساً: خطة البحث:

سيتم بحث موضوع (القيم الشخصية واثرها في السلوك الاجرامي) في مبحثين، يكون الأول لماهية القيم الشخصية، ويتضمن مفهوم القيم الشخصية للتعرف على تعريف القيم الشخصية وبيان خصائصها وانواعها، وتكوين القيم الشخصية وتحولها للتعرف على مصادر القيم الشخصية واسباب تحولها، بينما يكون المبحث الثاني لبحث علاقة القيم الشخصية بالسلوك الاجرامي من خلال كشف دور القيم الشخصية في ارتكاب السلوك الاجرامي ودورها في التصدي للسلوك الاجرامي، كذلك دور القيم الشخصية في عقاب الجاني واصلاحه.

المبحث الاول ماهية القيم الشخصية

تُعَدُّ القيم الشخصية من المواضيع المهمة في حياة الافراد الخاصة والعامّة، مما يجعل التعرف على ماهيتها امر غاية في الاهمية، وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث الى مفهوم القيم الشخصية في المطلب الاول، ولنشأة القيم الشخصية وتحولاتها في المطلب الثاني.

المطلب الاول مفهوم القيم الشخصية

لقد نالت القيم اهتماماً كبيراً من قبل الكثير من الباحثين في مختلف المجالات التربوية منها والفلسفية والاجتماعية والاقتصادية والنفسية وغير ذلك من التخصصات العلمية الأخرى، مما رتب خلط وغموض في تأويل واستخدام مفهوم القيم من تخصص لآخر. وعليه ولكون هذا البحث سيتناول القيم الشخصية واثرها في السلوك الاجرامي، لذا سيتم ايضاح مفهوم القيم بما يحقق هذا الهدف في محاولة للكشف عن التداخلات والغموض في مفهوم القيم من هذا المنظور، من خلال التطرق الى تعريف القيم الشخصية والبحث في خصائص القيم الشخصية وانواعها في الفرعين.

الفرع الاول تعريف القيم الشخصية

لا يوجد تعريف مانع جامع لمفهوم القيم يتفق عليه جميع العاملين في المجالات المختلفة، وللحاطة بتعريف القيم الشخصية بشكل كامل وواضح سيتم التطرق الى تعريف القيم لغة واصطلاحاً للوصول لتعريف القيم الشخصية.

اولاً: تعريف القيم لغة

كلمة القيمة في اللغة العربية مشتقة من القيام، وهو نقيض الجلوس، قام يقوم قوماً وقياماً وقومة وقامة، ويأتي القيام بمعنى العزم، كقوله تعالى "وَأَنَّهُ لَمَّا قَامَ عَبْدُ اللَّهِ يَدْعُوهُ" (١)، أي لما عزم، كما جاء القيام بمعنى المحافظة والاصلاح، ومنه قوله تعالى "الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ" (٢)، وأما القوام فهو العدل، وحسن الطول، وحسن الاستقامة (٣). وقيمة الشيء هي قدره، وقيمة المتاع ثمنه، ويقال ما لفلان أي قيمة أي ماله ثبات ودوام على الأمر (٤)، وقوله تعالى " فِيهَا كُنْتُ قِيَمَةً " (٥)، أي ذات قيمة رفيعة.

والقيمة بمعنى الاستقامة والاعتدال، يقال الله تعالى " قُلْ إِنِّي هَدَانِي رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ دِينًا قِيَمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ " (٦)، أي مستقيم لا عوج فيه.

وكلمة قيمة باللغة الانكليزية Value، وبالفرنسية Valeurs، وبالاليونانية Axios، وهي تعني الاعتدال والاستواء وبلوغ الغاية، فهي مشتقة من الفعل قام بمعنى وقف، واعتدل، وانتصب، وبلغ، واستوى (٧).

وقيمة الشيء هي الصفة التي تجعل الشيء مطلوباً ومرغوباً فيه عند شخص واحد أو عند طائفة معينة من الأشخاص مثال قولنا ان للنسب عند الأشراف قيمة عالية(٨).

ثانياً تعريف القيم اصطلاحاً

لقد أصبحت القيمة تدل على معانٍ مختلفة بسبب اهتمام الكثير من الباحثين في المجالات المختلفة بمصطلح القيمة، فمثلاً: علماء اللغة يرون ان للكلمات قيمة نحوية تحدد معناها ودورها في الجملة وان قيمة الألفاظ تكمن في الاستعمال الصحيح لها، ويسعمل علماء الرياضيات كلمة القيمة للدلالة على العدد الذي يقيس كمية معينة، ويستخدمها علماء الاقتصاد للدلالة على معنيين الأول قيمة المنفعة تعني صلاحية الشيء لإشباع حاجة، والمعنى الثاني قيمة المبادلة وتعني ما يساويه متاع حين يستبدل به غيره في السوق(٩)، ويرى علماء الاجتماع ان عملية التقييم تقوم على أساس وجود مقياس ومضاهاة في ضوء مصالح الشخص وما يتحده له المجتمع من وسائل وامكانيات لتحقيق تلك المصالح، إذ في القيم عملية انتقاء مشروطة بالظروف المجتمعية المتاحة، فالقيم تمثل مستوى أو معيار للانتقاء من بين بدائل أو ممكنات اجتماعية متاحة أمام الشخص الاجتماعي في الموفق الاجتماعي(١٠).

وقد اختلف الباحثون في وضع تعريف محدد لها، ومرجع الاختلاف هو المنطلقات النظرية التخصصية، فلكل منهم مفهومه الخاص الذي يتفق مع تخصصه، فمثلاً يرى عالم الاقتصاد الاسكتلندي " آدم سميث " ان القيمة تطلق على كل ما هو جدير باهتمام الفرد لاعتبارات مادية أو معنوية أو اجتماعية أو أخلاقية أو دينية أو جمالية(١١).

بينما يرى عالم الاجتماع البولندي وليم توماس ان القيم هي أي شيء يحمل معنى لأعضاء جماعة ما بحيث يصبح هذا المعنى موضوعاً ودافعاً يوجه نشاط هؤلاء الأعضاء(١٢).

ويرى البعض ان القيمة هي عبارة عن مجموعة من الديناميات التي توجه سلوك الفرد في حياته اليومية، حيث يستخدمها في الحكم على الأحداث والأشياء المادية والمعنوية في مواقف التفضيل والاختيار، وبمعنى آخر هي عبارة عن تنظيمات لأحكام عقلية انفعالية وهي مفهوم ضمني غالباً يعبر عن الفضل أو الامتياز أو درجة الفضل الذي يرتبط بالأشخاص أو الأشياء أو المعاني أو أوجه النشاط(١٣).

بينما ذهب آخر الى ان القيم عبارة عن اطارات المرجعية العامة والسائدة التي تربط اتجاهات الفرد فيما بينها، وتعمل كدلائل تستخدم في تقويم الخبرة والسلوك من حيث اتفاتها أو خروجها عن الاهداف الاساسية للحياة(١٤).

وعُرفت بأنها: العنصر الأول الذي يحقق الصلة بين الأنساق الاجتماعية والثقافية(١٥). وأنها: الصفات الشخصية التي يفضلها أو يرغب فيها الناس في ثقافة معينة(١٦). أو أنها: ما ينبغي أن يكون من المرغوب أو المرغوب فيه(١٧). وتم تعريفها بأنها: أحكام مكتسبة من الظروف الاجتماعية يتشربها الفرد ويحكم بها وتحدد مجالات تفكيره، وتحدد سلوكه وتؤثر في تعليمه، فالصدق والأمانة والشجاعة والولاء وتحمل المسؤولية كلها قيم يكسبها الفرد من

المجتمع الذي يعيش فيه، وتختلف القيم باختلاف الجماعات، بل والجماعات الصغيرة (١٨).

ومن التعاريف المتقدمة يمكن تعريف القيم الشخصية بأنها: ما اكتسبه الشخص من مفاهيم ومعتقدات من المجتمع نحو الأشياء والمعاني وأوجه النشاط المختلفة وأصبحت عنده من الثوابت التي تعمل على توجيه رغباته واتجاهاته، حيث تساعده في تحديد سلوكه وما هو مقبول وما هو مرفوض والصواب والخطأ.

فالقيم تُعدّ مصدراً مهماً من مصادر تحديد السلوك الانساني والدوافع التي تقف وراء ذلك السلوك فالقيمة هي صفة في الشيء تجعله موضع تقدير واحترام (١٩)، والقيم تعطي الفرد خصوصية اجتماعية قادرة على تهيئته للتفاعل والانسجام الاجتماعي، فهي تتغلغل في حياة الناس افراداً وجماعات وترتبط عندهم بمعاني ذاتها لأنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بدوافع السلوك والآمال والأهداف (٢٠).

الفرع الثاني

خصائص القيم الشخصية وانواعها

بالإضافة لما للقيم من دور في تحديد سلوك الفرد فإن لها دور فعال في تكامل شخصيته ذلك التكامل الذي يعتمد لدرجة كبيرة على ترتيب نظام القيم لديه، والافراد لا يتشابهون جميعهم في فهمهم للقيم بل قد يختلف نظام القيم من فرد لآخر ومن جماعة لأخرى وبين الفرد والمجتمع الذي يعيش فيه، لكن ليتمكن الفرد من العيش في مجتمع بحالة من الانسجام عليه ان يتبنى نظام القيم السائدة فيه (٢١).

وللقيم الشخصية خصائص معينة، وهي على عدة انواع تترتب في نسق هرمي لدى كل فرد بحسب اهميتها بالنسبة له، لذا سنتطرق لخصائص القيم الشخصية أولاً، ثم نعرض لانواع القيم ونسقها.

أولاً: خصائص القيم الشخصية

تتسم القيم الشخصية بسمات عديدة كون مفهوم القيم يدخل ضمن العديد من التخصصات، لكن هنالك عددا من السمات المشتركة التي تسهم في توضيح هذا المفهوم منها (٢٢):

١. القيم الشخصية مكتسبة فالفرد يتعلمها عن طريق التربية الاجتماعية والتنشئة في اطار المجتمع.
٢. القيم الشخصية اساسية في حياة كل انسان سوي فهي بمثابة مرشد وموجه لكثير من النشاط الحر الإرادي للإنسان.
٣. للقيم الشخصية أثر في سلوك الفرد والجماعة، وفي تحديد كثير من العلاقات مع افراد الجماعات الأخرى.

٤. القيم الشخصية ذات ثبات واستقرار نفسي واجتماعي نسبي، لكن هذا الثبات قابل للتغيير والتبديل إذا أراد الفرد ذلك بعزيمة صادقة.
٥. يتميز بعض الافراد بقيمة فردية خاصة تهيمن على معظم أوقاتهم ونشاطاتهم ودوافعهم وسلوكهم، ومن هؤلاء الافراد العلماء والمفكرون والمخترعون والفنانون والقادة العسكريون،الذين استفادت منهم المجتمعات الانسانية في شتى المجالات.
٦. تتصف القيم الشخصية بالهرمية، أي أن قيم كل فرد تكون مرتبة تنازلياً طبقاً لأهميتها له من الأهم فالمهم، حيث تسود لدي كل فرد القيم الأكثر اهمية بالنسبة له، وهي تتضمن نوعاً من الرأي والحكم على شخص معين أو شيء أو معنى معين (٢٣).
٧. وتعدّ القيم اكثر ثباتاً من الميول والاتجاهات، وأكثر مقاومة للتغيير، وهي تكون أما صريحة تتضح من خلال التلفظ بها، أو ضمنية تتضح من خلال سلوك الفرد، وأنشطته المختلفة (٢٤).

ثانياً: أنواع القيم الشخصية

لقد وضع الباحثون تصنيفات عديدة للقيم الشخصية بناءً على معايير مختلفة، فلا يوجد تصنيف موحد يمكن اعتماده في تحديد انواع القيم الشخصية، لكن يمكن تحديد الأسس التي تم اعتمادها في تصنيف القيم وعلى النحو الآتي (٢٥):

١. تنقسم القيم حسب المحتوى: الى قيم نظرية وقيم اقتصادية وقيم اجتماعية وقيم سياسية وقيم دينية.
 ٢. تنقسم القيم حسب مقصدها: الى وسائلية لتحقيق غايات معينة وقيم غائية وقيم نهائية.
 ٣. تنقسم القيم حسب شدتها: الى قيم ملزمة وقيم تفضيلية غير ملزمة.
 ٤. تنقسم القيم حسب العمومية: الى قيم عامة تنتشر في المجتمع كله، وقيم خاصة تتعلق بمناسبات أو مواقف اجتماعية معينة.
 ٥. تنقسم القيم حسب وضوحها: الى قيم ظاهرة أو صريحة، وهي التي يصرح أو يعبر عنها بالكلام أو السلوك، وقيم ضمنية يستدل عليها من خلال ملاحظة الاختيارات أو الاتجاهات التي تتكرر في سلوك الفرد.
 ٦. تنقسم القيم حسب ديمومتها: الى قيم دائمة، أي قيم تدوم زمناً طويلاً، وقيم عابرة تتلاشى سريعاً.
- ومن اكثر التصنيفات شهرةً واستخداماً في دراسة القيم الشخصية هو التصنيف حسب المحتوى لعالم الاجتماع الألماني " سبرانجر " في كتابه " انماط الناس " ،الذي قسم الناس الى ست انماط بناءً على القيم الأساسية التي يعتقدون بها، وقد وضع تصنيفه هذا للقيم بعد ان قام بدراسة سلوك الناس في حياتهم اليومية. وحسب هذا الرأي فإن القيم تصنف كالآتي:

١-القيم النظرية: وتعني الاهتمام بمعرفة واكتشاف الحقيقة والسعي الى التعرف على القوانين وحقائق الأشياء. ويتميز الافراد الذين تبرز لديهم هذه القيم بنظرة موضوعية ومعرفية،وعادة يكونون من العلماء والفلاسفة والمفكرين.

٢-القيم الدينية: وتتجسد في اهتمام الفرد بالمعتقدات والقضايا الروحانية والغيبية والبحث عن حقائق الوجود واسرار الكون،والاهتمام الكبير بالعبادة والذكر والتفكير.

٣-القيم الاجتماعية: وتعني الاهتمام بالناس ومحبتهم ومساعدتهم وخدمتهم والنظر اليهم نظرة ايجابية كغايات لا وسائل لتحقيق اهداف شخصية. فالفرد الذي تبرز لديه هذه القيم يجد متعة في تقيد الخدمات وتكوين العلاقات،ويتميز بالعطف والحنان وحب الغير،وهو نمط الانسان الاجتماعي.

٤-القيم الاقتصادية: وهي تتضمن الاهتمام بالمنفعة الاقتصادية والمادية والسعي الى المال والثروة وزيادتها عن طريق الانتاج واستثمار الاموال وهي تمثل نمط رجال الاعمال والاقتصاد.

٥-القيم السياسية: وتعني اهتمام الفرد بالقوة والسلطة والتحكم بالاشياء أو الاشخاص والسيطرة عليها. ويتميز هذا الشخص بقدرة على توجيه الآخرين والتحكم في مستقبلهم.

٦-القيم الجمالية: وهي تعبر عن الاهتمام بالشكل والتوافق والتنسيق وبكل ما هو جميل. ويتميز الافراد الذين تبرز عندهم هذه القيم بالفن والابتكار والابداع الفني فيوصفون بذو الاهتمامات الفنية والجمالية.

ولا بد هنا من التنويه الى ان وصف الشخص بنمط قيمي معين لا ينفي أن يكون لديه قيم من أنماط اخرى بل يعني أن هذا النمط القيمي هو غالب وظاهر في سلوكه لذلك وصف فيه،فمثلا عندما يكون شخص معين من النمط اقتصادي فهذا يعني ان القيمة الغالبة أو البارزة عنده هي القيمة الاقتصادية بالنسبة لباقي القيم(الدينية والنظرية والاجتماعية والسياسية والجمالية) لديه والتي تكون اقل قوة وشدة من القيم الاقتصادية التي وصف بها.

لكن هذه القيم جميعها كي تكون مقبولة من قبل المجتمع والافراد الآخرين لابد من ان تظهر في اطار القيم الاخلاقية،لأن الاسباب التي دعت الى إنشاء الأخلاق ترتبط بالعناصر الاساسية لنظام المجتمع برابط وثيق يؤثر لا محالة في محتويات واجبات الأفراد،فهي تتصل بشعور الانسان بالمسؤولية والجزاء والالتزام، فالقيم ما هي إلا مفهوماً أو تصور للمرغوب يتميز به الفرد أو الجماعة ويؤثر في الاختيار من بين الوسائل أو الغايات المتاحة فهي ليست تفضيلاً فحسب،بل تفضيلاً مبرر أخلاقياً وعقلياً(٢٦)،بالإضافة ان

القيم الاخلاقية إذا ضلت خامدة في مجتمع ما دون ان توجه نحو نشاط ما فإنها تنحرف عن اتجاهها الخلقى وتستخدم في صور منحرفة ضارة بالمجتمع(٢٧)، فإنعدام القيم الأخلاقية في المجتمع يؤدي الى ظهور صفات وسلوكيات سيئة وزيادة نسبة الجريمة فيه، وبالتالي انهيار المجتمع؛ لذلك لا يمكن لأي إنسان عاقل أن ينكر القيم الأخلاقية وإلا أثبت وبلا شك أنه أبعد ما يكون عن الإنسانية، مما يقتضي أن تكون القيم الاخلاقية أهم القيم الشخصية لدى الافراد وفي قمتها الهرمية.

القيم الاخلاقية:

هي القواعد والأساسات التي يستخدمها الفرد لتوجيه سلوكه وتفكيره، عندما يتعامل مع الأفراد الآخرين في المجتمع نحو الافضل تبعاً لهذه القيم، فمن خلالها يستطيع التمييز بين الصواب والخطأ وبين الخير والشر، ذلك ان القيم الاخلاقية هي تحمي قيم الحياة للذات وللآخرين وهو اسلوب حياة يتوافق مع القيم العالمية للبشرية، ومن تلك القيم الصدق والامانة والعدل والانصاف والرحمة والاحترام وعدم الاعتداء والمحبة والتسامح واللائثار ومساعدة الآخرين، والأدب والفضيلة والنزاهة... وغيرها.

وعندما نبحث علاقة القيم الاخلاقية بالقيم الاخرى نرى ان هنالك ترابط كبير بينها، فالقيم النظرية والتي تركز على الاهتمام بالمعرفة واكتشاف الحقيقة تعتمد على الصدق والامانة العلمية، والقيم الدينية تركز على العدل والانصاف، والقيم الإجتماعية التي تعني الاهتمام بالناس تركز على المحبة والاحترام والتسامح ومساعدة الآخرين، والقيم الاقتصادية التي تتضمن الاهتمام بالمنفعة الاقتصادية والمادية والسعي لتكوين الثروة تركز على الصدق والامانة والعدل، بعيدا عن الغش والاحتيال والاعتداء على ملك الغير، والقيم السياسية التي تتجسد في الاهتمام بالقوة والسلطة والسيطرة على الأشياء والاشخاص تعتمد على الاحترام والنزاهة والرحمة ومساعدة الآخرين، والقيم الجمالية التي تعبر عن الاهتمام بالشكل والتنسيق وبكل ما هو جميل في اطار الادب والابتعاد عن الرذيلة. لذلك نرى أن جميع الشرائع السماوية، والأفكار الإصلاحية، والأعمال الفنية والأدبية الكبرى أكدت على الالتزام بالقيم الأخلاقية لدوام المجتمعات واستقرارها. وفي ذلك يقول الشاعر أحمد شوقي " انما الامم الاخلاق ما بقيت فإن هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا ".

وقد أكدت الشريعة الاسلامية على القيم الاخلاقية من خلال العديد من الآيات القرآنية، فمثلا في حث الناس على الصدق يقول الله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ " (٢٨)، وفي الأمر بالعدل وتجنب الظلم يقول تعالى " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ " (٢٩)، وفي التعاون على البر والتقوى قوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ

وَالْعُدْوَانَ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ" (٣٠)، وفي تعظيم الاخلاق وإعلاء شأنها يقول تعالى مخاطباً رسوله الكريم " وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ " (٣١).

ولقد أهتم الفقهاء والفلاسفة والكتاب بالقيم الاخلاقية، فقد كان افلاطون يرى في الخير والفضيلة تنويجاً لعالم المثل ومبدأ بناء العالم الذي ينظم كل الصور والقوانين، وهو بذلك يضع القيم الأخلاقية فوق الوجود، فهي المبدء الأسمى للتفسير، وكان أرسطو عندما حاول تنسيق الكائنات على أساس غائي بإقامة علاقة الكائن بالغاية، أي القيمة الجوهرية لوجوده، لم يؤكد الواقعية الموضوعية للكيفيات القيمة فحسب، بل زعم سموها على سائر خصائص الكائنات، وأقر بثبات القيم ورفض نسبيتها، ودارة فلسفته حول نظرية المعرفة التي تحصر العلم في الإدراكات العقلية والمعاني الكلية دون الإدراكات الحسية والمعاني الجزئية (٣٢)، لذا كان شعاره أعرف نفسك في توجيه النفس والسيطرة عليها بهدف الوصول الى السعادة فطالما كان ثمة ذاتية بين العلم والفضيلة، إذا لكي تكون فاضلاً ينبغي أن تعرف الخير وإذا عرفت الخير فسوف تفعله بطريقة تلقائية، وإذا ما أضفنا الى هذه التلقائية الواعز الداخلي للإنسان، استطعنا الوصول بالضرورة الى الخير (٣٣).

وقال الرواقيين أن من حماقة أن ينشد الإنسان لذاته فيلتمس سعادته التي لا تتحقق إلا بمزاولة الفضيلة فالإنسان لا يتوحي أن يكون فاضلاً ابتغاء اللذة بل يتمسك بالفضيلة من أجل الواجب، وهذه الفضيلة تكمن في الإدارة التي تنصاع لحكم العقل، فكل خير أو شر في حياة الإنسان مرهون بقوة إرادته، فقد ينزل به الفقر مثلاً، ولكن هذا لا يمنعه من أن يظل شريفاً فاضلاً، مما يعني أن التزام الفضيلة أو العدول عنها إنما يرجع أساساً الى إرادة الإنسان، فتكون حريته الباطنية موفورة له تماماً طالما وفق في تحرير نفسه من قيود جسمه ولا يتيسر له هذا إلا بقمع الشهوات والأهواء (٣٤)، والقيم الاخلاقية عند القديسي أوغسطين ترجع كلها الى فضيلة عليا واحدة، وهي فضيلة الحب " حب الله "؛ لذلك يرى أن الفضائل إذا انقطعت صلتها بالله أصبحت رذائل، وبهذا أصبحت الفضيلة لا تطلب لذتها بل لأنها تتماشى مع إرادة الله (٣٥).

أما الفيلسوف ديكارت، فقد عالج القيم الاخلاقية من منظور عقلائي، فهو يرى أن تحقيق الفضيلة يكون ممكناً حينما يتوافر للإنسان عقل يمتاز تفكيره بالوضوح والتميز، ويقرر بإرادة قوية تحكم انفعالاته وتسيطر على أهوائه، كما تتحقق أيضاً حينما يُخضع المصلحة الفردية للمصلحة العامة، وبذلك تتلاشى الأنانية ويسود الإثار والخير (٣٦).

وينظم الفيلسوف أيمل دروكايم الى ديكارت بقوله ليس هنالك ما يمنع من إمكان وجود تربية اخلاقية تكون برمتها خاضعة للعقل، فالأوامر الاخلاقية لها طابع خاص يكفل لها احتراماً خاصاً، والقواعد الاخلاقية فيها شيء يخول لها صفة التقديس نستطيع أن نبرزه ونشرحه منطقياً بدون أن

يستدعي ذلك الاستعانة أو الرجوع الى الحقائق الدينية الخالصة (٣٧)، فهو يرى أن الخضوع لنظام القيم الاخلاقية واجب، لأن الاخلاق في اساسها نظام ولكل نظام هدفا مزدوج، فهو يحقق نوعا من التناسق والاطراد في سلوك الافراد، ويضع لهم غاية محددة تحدد افق سلوكهم في الوقت نفسه، فالنظام يضع للارادة عادات، ويفرض عليها قيوداً، فهو منظم ومحدد، وعمله ينصب على مافي العلاقات بين الناس من انتظام وثبات، وهذا يجعل في الخضوع للنظام فائدة، فبه نعتاد الاعتدال في رغباتنا، الاعتدال الذي لا يمكن أن يشعر المرء بالسعادة بدونه، ومن هنا فإن له دوره الكبير في أهم ما يتصف به الإنسان ألا وهو شخصيته، إذ أن هذه القدرة التي تمكنا من التحكم في أهوائنا ومقاومة نفوسنا، والتي نكسبها بفضل الخضوع للنظام الاخلاقي هي شرط ضروري لظهور الارادة الشخصية المفكرة (٣٨).

المطلب الثاني

تكوين القيم الشخصية وتحولها

يكتسب الانسان القيم من خلال تفاعله مع المجتمع الذي ينتمي إليه بكل وسائله الثقافية المتعددة، ويقوم المجتمع باكساب هذه القيم لأفراده من خلال التنشئة الاجتماعية، التي يتعرض لها الطفل في تفاعله مع الأفراد والجماعات وصولاً به إلى مكانه بين الناضجين في المجتمع بقيمهم وإتجاهاتهم ومعاييرهم وعاداتهم وتقاليدهم (٣٩)، فهي عملية التثبيت التي تستمر طوال حياة الفرد حيث يتعلم القيم والرموز الرئيسية للأنساق الاجتماعية التي يشارك فيها والتعبير عن تلك القيم في معايير تكون الأدوار التي يؤديها هو والآخريين (٤٠)، لذا تعتبر القيم الشخصية احدى اهم المكونات الاساسية لشخصية الانسان.

وعليه سنتطرق في هذا المطلب لمصادر القيم الشخصية، ولتحول القيم الشخصية وتغيرها في فرعين.

الفرع الأول

مصادر القيم الشخصية

تنشأ القيم الشخصية من خلال الافعال التي تمارسها الأجيال البالغة على الأجيال التي لم تنضج بعد للحياة الاجتماعية وهي تقوم بإثارة وتنمية مجموعة من الحالات الجسدية والذهنية والأخلاقية لدى الطفل حسبما يطلبها منه المجتمع السياسي برمته والوسط الذي ينتمي إليه (٤١)، وهي بذلك تشمل جميع الجهود والنشاطات والوسائل الجماعية والفردية التي تعمل على تحويل الكائن العضوي عند الولادة الى كائن إجتماعي، فعملية التنشئة هي عملية تأثير وتأثر وتفاعل تحدد تصرفات وقيم الفرد وشخصيته وأفعاله وردود

أفعاله وطموحاته، مما يجعل مصادر القيم الشخصية تتمثل بالاسرة والمدرسة والمجتمع.

أولاً: الأسرة

يولد الانسان على الفطرة السليمة القويمة إلا أنه يحمل معه الاستعداد نحو الخير أو الشر، ويتضح ذلك بقول الله تعالى " وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا " (٤٢)، ولما كانت الأسرة هي الخلية الاجتماعية الأولى التي تحيط بالانسان منذ ولادته، لذا يكون لها تأثيراً كبيراً في سلوكه نحو الخير أو الشر، لا سيما في المرحلة المبكرة من عمره، حيث يستحيل عليه فيها أن يعتمد على نفسه في تصريف شؤونه الخاصة (٤٣)، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة الطفولة الأولى، وهي المرحلة التي يقضيها الطفل برمتهما في الأسرة أو في روضة الأطفال التي تقوم مقام الأسرة.

وتكون تربية الصغير وتوجيهه في هذه المرحلة بيد قائد الأسرة، سواء كان الاب أو الام أو كلاهما، فإذا كانا صالحين ملتزمين بالقيم الاخلاقية فإن صغارهم غالباً ما يكونوا متأثرين بسلوكهم وسائرهم على نهجهم، فسلوك الصغار يكون متناسباً مع السلوك السائد في الاسرة، وغالباً ما يصطبغ الصغير بصبغة أسرته، وعليه فإن الأباء مسؤولين أمام الله تعالى وامام المجتمع عن سلوك ابنائهم، فهم القدوة التي اقتدى بهم ابنائهم، لذلك اكدت الشرائع السماوية على القدوة الحسنة في التربية والتوجيه، فصلاح الأباء والأمهات هو من الركائز المهمة في عملية التربية السليمة، وقد اشترط فقهاء المسلمين في من يتولى تربية الطفل أن يكون صالحاً ومن ذوي الاخلاق الحميدة، إذ يسقط حق الحضانة بالنسبة للفاسق حتى وان كان أقرب الناس للطفل، وكذلك قررو الفقهاء أن تكون الحضانة بيد الام لأنها أكثر رقة وحناناً بالطفل، من أجل غرس قيم الخير والفضيلة في قلبه لينشأ رقيقاً عطوفاً محباً لأبناء مجتمعه، فأساس التربية الأخلاقية هو الحنان، لأن من يجرم من حنان أبويه أو يعامل بقسوة ربما لا يكون محباً للناس والمجتمع في المستقبل (٤٤).

فالدراسات والابحاث المختلفة تبين أن المعاملة القاسية التي تتم في مرحلة مبكرة من حياة الانسان تؤدي إلى إيجابيات كبيرة قد تكون مدمرة لشخصيته وبالتالي فإن نظرة الانسان إلى الكون والحياة ستكون مرهونة أيضاً بنموذج المعاملة التي تلقاها في هذه المرحلة، وقد بينت الدراسات والابحاث الانثروبولوجية أن أغلب القبائل البدائية اعتمدت على أساليب تربوية متسامحة في تربية ابنائهم (٤٥)، وقد لمح الفقيه دوركهايم الى ان العقوبات لا أثر لها في أسر المجتمعات البدائية، إذ كان لها نظام أخلاقي متسامح، وأن التسلط ظاهرة ثقافية أنت مع تحول المجتمعات الانسانية من مجتمعات بسيطة إلى مجتمعات مركبة (٤٦).

وقد كشفت دراسات عديدة عن وجود علاقة قوية بين الآباء المتسلطون والعدوانية عند الأطفال، كما هو حال الدراسة التي قام بها عالم النفس الأمريكي " شيلدون " وهي دراسة مقارنة بين مائة جانح في مؤسسات إصلاحية وبين مائة من الفتيان غير الجانحين الذين يعيشون في الأحياء نفسها وخلاصة هذه الدراسة أنه كلما قل مستوى استخدام العقوبات الجسدية في مرحلة الطفولة فإن الفرد يبدي قدرة أكبر على مواجهة السلوك الإجرامي والابتعاد عنه(٤٧).

وعليه يمكن القول أن من مستلزمات التربية الاخلاقية الصحيحة أن ينعم الاطفال بعطف الآباء وحنانهم بجانب التربية والتوجيه(٤٨).

ثانياً: المدرسة

المدرسة هي البيئة الثانية التي يكتسب منها الانسان القيم الشخصية، حيث يبدأ الطفل في الخروج من دائرة الأسرة ويتلقن مبادئ الحياة الاجتماعية التي تحيط به، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة الطفولة الثانية، وهي فترة دقيقة في تكوين الطابع الخلقى، ففي المدة التي تسبق هذه الفترة يكون الطفل في سن صغيرة جداً ويكون تفكيره محدود وساذج ولا يستطيع الالمام بتلك العناصر المعقدة التي تقوم عليها حياتنا الخلقية، فالحدود الضيقة التي تحد أفق الطفل العقلي في هذه السن تحد أيضاً أفقه الخلقى، لذلك فإن ما تقوم به المدرسة من التكوين الخلقى للطفل يكون على غاية كبيرة من الأهمية، إذ أن جزءاً كبيراً من هذه الثقافة الأخلاقية لا يمكن تلقينه في أي مكان آخر، فإذا كانت الأسرة مسؤولة عن تربية الاجسام والعقول فإن المدرسة مسؤولة عن تنمية العقول وتهذيب النفوس، بل هي متخصصة تخصصاً مباشراً بهذه المهمة، فالأسرة وإن استطاعت وحدها أن تنمي العواطف الأسرية اللازمة للحياة الخلقية لتكون أساساً للعلاقات الفردية البسيطة فهي بحكم تكوينها البسيط لا تستطيع أن تكون أداة صالحة لإعداد الطفل للقيام بواجباته في الحياة الاجتماعية، وبالتالي لا يمكنها القيام بتلك الوظيفة الخلقية، لذلك كانت المدرسة خير مكان يحقق للطفل الثقافة الأخلاقية في هذه المرحلة من عمره(٤٩).

ويقوم أعضاء هيئة التدريس والاقسام المساندة الأخرى، بتكوين القيم وتنميتها لدى الطلاب أثناء ممارستهم لواجباتهم الرئيسية المتمثلة في تزويد الطالب بالمفاهيم والمعارف والمهارات، إذ يرى كثير من الباحثين في مجال تعليم القيم أنه من المستحيل أن يتجنب المعلم تدريس القيم حتى ولو حاول ذلك، لأن كل ما يقوله ويفعله يعكس ما يقومه ويراه مهما ومرغوب فيه أو غير مهم وغير مرغوب فيه(٥٠)، لذلك يجب أن يمثل المعلم القدوة الحسنة لطلابه فيما يقوله ويفعله، فالاتجاهات والقيم عبارة عن مخبرات يتعذر اجتنابها كنتيجة للتدريس، كما أن المخبرات الإيجابية تحدث في الصف الذي يسوده جو من الاحترام وتغلب على طرائق تدريسه التشويق والحيوية، وتتوفر

فيه أنشطة تثير استجابات عاطفية، لأن القيم والاتجاهات ذات جذور انفعالية (٥١).

وعليه يجب أن يكون سلوك القائمين على المدرسة (إدارة، ومعلمين) متزنًا ومهذبًا، إذ إن سلوك المعلمين له تأثير مباشر على نفوس الطلبة الذين ينظرون لمعلميهم كقدوة حسنة ملزمة التقليد لا سيما في المراحل الأولى في المدرسة، فعندما يتحدث المعلم عن أهمية القيم ويؤكد عليها بشكل متكرر، فعليه أن يكون نموذجًا حسنًا لطلابه في تجسيد هذه القيم على ذاته فلا يأمرهم بشيء ما ويتصرف هو خلاف ذلك، وأن يذكر لهم نماذج من التاريخ اتصفت بهذه القيم وكانت سببًا في نجاحها، كالقادة العظام والأنبياء والرسل وعلى رأسهم حبيب الله نبينا محمد بن عبد الله (صل الله عليه وسلم) فهو القدوة الحسنة في القيم الأخلاقية النبيلة، كالصدق والأمانة والرحمة والعدل والشجاعة وغيرها، قال تعالى " وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ "، فذكر هذه النماذج يجعل الطالب يتشوق لسماع سيرتهم وأفكارهم، ومن ثم يتأسى بهم وبقيهم وأخلاقهم فتتشكل عنده قيم شخصية على نمط القيم التي اتصف بها المعلم والنماذج التاريخية، لذا ينبغي أن يتم اختيار هؤلاء المعلمين اختيارًا دقيقًا قائم على مراعاة خلقهم قبل علمهم، فالمعلم الذي لا يحرص على الالتزام بالقيم الأخلاقية الفاضلة سيفسد خلق من ولي أمانة تربيته بدل أن يقومها، فيشرب الطالب على ما اكتسبه من فكر وسلوك معلمه السيء، فاتصاف المعلم بالغش والكذب والغرور والظلم واللامبالاة إلى غير ذلك من الصفات الأخلاقية السيئة من شأنها أن تؤثر تأثيرًا سلبيًا في القيم الشخصية لدى الطالب، وبالتالي في سلوكه فينزلق في طريق الشر والجريمة (٥٢).

ولهذا كان التعليم إحدى وسائل تكوين القيم والتغيير نحو الخير أو الشر بناء على توجيه المعلم نفسه وتعليمه، فدور المعلم مكمل لدور الوالدين ويقوم مقامهما في المدرسة لغرس القيم الأخلاقية في نفس الطفل وتنميتها من خلال حسن تفهم الأخلاق، فأخلاقية المرء لا تنحصر في مجرد أداء لأفعال معينة، حتى وإن كان يؤديها عن قصد، وإنما لا بد أن يكون قد أراد القاعدة التي تملي عليه الأفعال بإختياره، أي قبلها طواعية، وهذا القبول الإرادي ليس إلا قبول عن علم وتفهم (٥٣).

لذلك كان لا بد أن يدرس الطالب التربية الأخلاقية كمنهاج دراسي في المراحل الدراسية الأولية، بالإضافة إلى أنه يجب أن يُدرس العلم بأسلوب أخلاقي، فغالبًا ما يكون ذلك سببًا من أسباب القضاء على بذور السلوك الإجرامي.

ثالثاً: المجتمع

ينتمي الفرد إلى هوية اجتماعية تحتوي على مجموعة من القيم الاجتماعية، وهي قيم متغيرة في طبيعتها وحجمها وضرورتها ومنطق

تداولها في كل مرحلة تاريخية واجتماعية نتيجة تغير ظروف البيئة المحيطة بالفرد والمجتمع والتكيف معها، فالفرد يتعلق بالهيئة الاجتماعية التي ينتمي إليها، ومجال الحياة الاخلاقية لا يكون إلا حيث تكون الحياة الاجتماعية، فالروح الاخلاقية لا تبدأ إلا حين نساهم في جماعة انسانية، فليس هنالك شك في أن الضمير الأخلاقي يضي قيمة أخلاقية معينة على الفعل الذي يضي فيه الفرد بذاته في سبيل واحد من أقرانه فيمكن القول أن الإحسان بين الأفراد يُعدّ بين الجميع عملاً تحض عليه الأخلاق(٥٤).

ويلقن الفرد قيم ومفاهيم مجتمعه الذي يعيش فيه بحيث يصبح متدرباً على مجموعة أدوار تحدد نمط سلوكه، فالفرد يكتسب تربيته وتنشئته من الأفراد المحيطين به ويتعلم منهم الادوار الاجتماعية والعادات والتقاليد والاخلاق التي تعتبر من ضرورات الحياة الانسانية، فالقيم الاجتماعية عناصر بنائية تشتق من التفاعل الاجتماعي، الذي يتم بتداخل الجماعات الاجتماعية، والتوجيه القيمي للسلوك الفردي أو الجماعي هو نتيجة وجود تركيب ينبه الى ضرورة الملائمة بين الحاجات والقيم والاتجاهات وبين البيئة التي تفرض وجوب تحقيق الأهداف الثقافية(٥٥).

ولهذه القيم الاجتماعية دور كبير في ارساء دعائم المجتمعات وإتزانها، فالقيم الاجتماعية بالنسبة للمجتمع كأعمدة البناء التي تحمله ولا وجود للمجتمع الانساني دون قيم، فهي تشكل بروفيل المجتمع ووجدانه وتعمل على تكوين النسق المعرفي للفرد وتشكل الطابع القومي وتهدف الى الحفاظ على وحدة الهوية الاجتماعية وتماسكها، إذ تعتبر القيم من المفاهيم الأساسية في جميع مجالات الحياة وكافة جوانب النشاط الانساني وهي ضرورة اجتماعية باعتبارها معايير واهداف نجدها في المجتمعات باختلاف مستوياتها الحضارية(٥٦).

وإن عدم التزام الشخص أو انحرافه عن هذه القيم الاجتماعية، كأن يأتي بسلوك لا يتوافق مع التوقعات والمعايير أو يخرج على حدود التسامح العام في المجتمع، التي تكون معلومة داخل النسق الاجتماعي(٥٧)، أو ينتهك التوقعات الاجتماعية ولا يلتزم بالمعايير التي يرتضيها ويحددها المجتمع للسلوك(٥٨)، سيؤدي الى رد اجتماعي عنيف يتمثل في حكم المجتمع على ذلك الشخص بأنه غير مرغوب فيه، وتوجه له مختلف الصفات البغیضة أو السمات التي تجلب له العار، وقد تفرض عليه بعض العقوبات الجزائية والاجتماعية كالنبذ والاحتقار والتهميش(٥٩)، فهو عضو منحرف اجتماعياً ارتكب الأخطاء والآثام الدالة على الانحطاط الخلق، وأساء التصرف وكشف عن اختلافه الملحوظ عن بقية الأعضاء في المجتمع(٦٠)، فالانحراف الاجتماعي يتحقق في كل انتهاك لقواعد السلوك الاجتماعي المقررة والمعترف بها ثقافياً، سواء نص القانون على اعتباره جريمة أم لا، فمعيار وصف الانحراف بالجريمة هو القاعدة القانونية العقابية(٦١).

الفرع الثاني

تحول القيم الشخصية

يقصد بتحول القيم التخلي عن بعض أو جميع المعايير والمعتقدات التي تُنشئ مستويات التوقعات الراهنة وتوفر السبل لبلوغها واستبدالها بمعتقدات جديدة تبرر توقعات أكثر كماً أو مختلفة نوعاً، وغالباً ما يكون سبب التحول هو الحرمان النسبي من بعض الحاجات، وكلما ازدادت شدة الحرمان النسبي ازداد ميل الناس إلى البحث عن معايير ومعتقدات جديدة والاستعداد لتلقيها (٦٢).

والتحولات الاقتصادية والاجتماعية هي تمثل تحول في الظروف والاحوال البيئية وتؤدي بالضرورة الى تغيير بعض القيم الصالحة قي ظروف ما إلى قيم غير صالحة. كما أن هذه التحولات تقود الى ظهور قيم جديدة يفرضها حدوث حاجات جديدة للناس، فالعلاقة بين التحول الاجتماعي والقيم علاقة تبادلية، ففي الوقت الذي تؤثر فيه القيم في التغيير الاجتماعي وتحدد مساراته فإن التحول الاجتماعي يؤثر في القيم ويحدد أنساقها وترتيبها وتدرجها (٦٣).

والمجتمعات باختلاف ألوانها وأحجامها تمر بتغيرات مختلفة خصوصاً من حيث العناصر الثقافية التي تتناولها ومن حيث معدل سرعتها، ولعل مرد ذلك يعود إلى توفر أو غزارة وسائل الإتصال المختلفة بين أرجاء العالم، إلى جانب التقدم العلمي الذي أعان على استغلال البيئات الطبيعية وتسخيرها لخير البشرية، فليس هناك ثبات مطلق في العلاقات الاجتماعية وبالتالي المجتمعات، فالتغيير ظاهرة طبيعية تخضع لها كل نوااميس الحياة، والتغيير الاجتماعي ما هو إلا تحول بنائي يطرأ على المجتمع في تركيبه السكاني ونظمه ومؤسساته وظواهره الاجتماعية والعلاقات بين أفرادها وما يصاحب ذلك من تغييرات في القيم والاتجاهات وأنماط السلوك المختلفة، تلك القيم والمعايير التي تُعدّ ركناً أساسياً من أركان النسق الثقافي للمجتمعات، فلكل ثقافة قيمها ومعاييرها، وعلى الرغم من أن بعض القيم يشترك فيها الناس على اختلاف أماكن تواجدهم، كالقيم الانسانية وجوهرها الاخلاقي، إلا أن قيماً ثقافية أخرى تخص كل مجتمع فتميزه عن المجتمعات الأخرى، ولأن الثقافات تؤثر وتتأثر بغيرها فإن القيم والمعايير كأحد أركان الثقافة تتأثر بهذه الحركة وتتغير، فالثقافة المجتمع ليست محصنة ضد التغيير والتبدل، كما أن حجم وسرعة التغيير في الجوانب المختلفة للثقافة ليست واحدة واستجابات الأفراد للتغيير ليست متساوية (٦٤).

ولكي يكون هذا التغيير أو التحول نافذاً يجب أن يكون مقبولاً ومحبذاً من قبل أفراد المجتمع، فعادة ما يكون منحرفاً عن الأنماط السائدة أو عن المؤلف أو المستخدم من قبل الناس، لأنه جديد في نظر الأفراد الأمر الذي يستدعي وجود القبول الاجتماعي لهذا التحول الجديد لكي يتم تحبيذه وإلا كان التحول أمده قصيراً، فيهمل أو يرفض من قبل الناس، فغالباً ما يقاوم الناس الأشياء

الجديدة عليهم ولا يقاومون ما هو مألوف عندهم واعتادوا عليه، والسلوك الاجتماعي غير الاعتيادي لا يعدونه مناسباً لهم، وعادة ما تحدد التنشئة الاجتماعية ما هو عادي وغير عادي، وما هو موروث ومألوف ومقبول عند أفراد المجتمع وما هو عكس ذلك (٦٥)، فأي شيء جديد يمكن أن يكون هدفاً للمقاومة، سواء كان تجديداً اجتماعياً أو ثقافياً أو اكتشافاً علمياً أو اختراعاً ميكانيكياً، فهناك دائماً معارضة لأشياء كثيرة جديدة (٦٦).

والمعارضة أو المقاومة لتغيير أو تحول القيم تنشأ من خلال عدة أسباب منها: أن يقاوم التغيير أفراد أو مجموعات تخشى من فقدان السلطة أو الثروة والنفوذ إذا حدث أي تجديد، وقد يؤدي عدم تكامل المجتمع وتجانس تركيبه العرقي أو الطبقي إلى انقسام المجتمع بصدد التغيير فمنهم من يؤيد التغيير ومنهم من يعارضه، فاختلاف الأفراد فيما بينهم من حيث الجنس والسن المستوى التعليمي والحرفي واختلاف بيئاتهم عقائدهم الدينية يجعل كل تغيير في المجتمع يقابل يتأييد من فئات معينة أو معارضة أو حتى مقاومة من فئات أخرى يخافون من نتيجة التغيير المجهولة (٦٧).

ويتضح مما تقدم أن القبول والمعارضة للتغيير قد يقعان في آن واحد، وذلك بحسب طبيعة هذا التغيير أو التجديد وبحسب اختلاف الأفراد وفروقاتهم الفردية من قيم وعادات وتقاليدها، فحين يُقبل بعض أعضاء المجتمع على القيم الجديدة، يحرص أعضاء آخرون على التمسك بالقيم القديمة، وهذا قد يحصل حين تكون سرعة التغيير في مجال القيم أكبر من مقدرة بعض أعضاء المجتمع على التكيف والتوافق السليم مع نظام الحياة الجديد، فيرفضون مسaire نمط التغيير في نسق القيم، مما يؤدي إلى صعوبة في التعرف على القيم المناسبة في المجتمع، فتضطرب الأمور وتظهر أشكال كثيرة من أنماط السلوك التي تبدو وكأنها صادرة عن حالة من حالات الارتباك في التقدير والتمييز بين المشروع وغير المشروع، لذلك يجب أن يكون قبول القيم الجديدة مبني على علم وتفهم، فهذا هو أعظم عنصر جديد يبرزه الضمير الأخلاقي للشعوب المعاصرة، إذ أخذ العقل والفهم يثبت أقدامه بالتدرج بوصفه عنصراً للأخلاق (٦٨).

المبحث الثاني

علاقة القيم الشخصية بالسلوك الاجرامي

هنالك علاقة وثيقة بين القيم الشخصية والسلوك الاجرامي، الذي هو أحد انواع السلوك البشري، فسلوك الانسان ما هو إلا انعكاس لما يحمله من قيم شخصية.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، يكون الأول لدور القيم الشخصية في السلوك الإجرامي، بينما يكون الثاني لدور القيم الشخصية في عقوبة مرتكب السلوك الاجرامي واصلاحه.

المطلب الأول

دور القيم الشخصية في السلوك الاجرامي

إن عدم تأصل القيم السليمة لدى الأفراد والتناقض بين قيم الفرد وما يجده في المجتمع المحيط به يعتبر عاملين رئيسيين في إيجاد أنماط الشخصية غير السوية وظهور كثير من الممارسات المرضية داخل المجتمع، مما قد يزعزع أمن المجتمع واستقراره، إذ لا وجود للأمن الإجتماعي ميدانياً إلا إذا ساهم أفراد المجتمع في تحقيقه وفق المبادئ الأساسية التي يحددها القانون عادةً، ويجب أن يلتزم بها الجميع بغية تحقيق سلامة الحياة الاجتماعية وصيانتها من كل عبث أو خلل يمكن أن يعثر بها، فالأمن يتحقق بعملية مشتركة بين أبناء المجتمع الواحد.

وعليه سنبحث في دور القيم الشخصية في ارتكاب السلوك الاجرامي ودورها في ايقاف أثر السلوك الاجرامي وفي التصدي للسلوك الاجرامي، في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

أثر القيم الشخصية في إرتكاب السلوك الاجرامي

تسعى المجتمعات الحديثة الى تهذيب الأخلاق وتحقيق العدالة للأفراد ووسيلتها الى هذا السبيل تجريم بعض الأفعال التي تتنافى مع الأخلاق وتحديد العقوبات المناسبة لها؛ من أجل تعميق المفاهيم الاجتماعية والقيم الدينية والخلقية وغرس الفضيلة في نفوس البشر جميعاً، فالأهم تحيي بالأخلاق وتُخلد حضارتها بسمو العدل فيها، فكلما كانت هذه القيم مصانة ومكفولة ولها ضمانات وجودها كلما أزهت المجتمع وتقدم في مدارج الرقي، لذلك كان الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجزائية عن السلوك الاجرامي هو المسؤولية الأخلاقية الناتجة عن حرية الإختيار، وهو ما نادى به أغلب المدارس الفقهية الحديثة وتبنته التشريعات المعاصرة ومنها المشرع العراقي الذي تمسك بمبدأ المسؤولية الأخلاقية (٦٩).

وأساس تجريم السلوك هو حماية المصالح والحقوق العامة أو الخاصة، سواء من الجانب المادي أو من الجانب المعنوي من الاعتداءات التي تقع عليها (٧٠)، فالمصالح والحقوق في نظر المشرع تشكل قيم مهمة عليه حمايتها، والاعتداء على هذه المصالح والحقوق إن دل على شيء فإنما يدل على نقص أو ضعف في القيم الاخلاقية لدى الشخص المعتدي الذي يتبنى قيم مخالفة للقيم الاخلاقية، وهي قيم مهمة أيضا في نظر المشرع، فهي

أساس المسؤولية الجزائية، وهذا يجعل الإنسان في نظر القانون عبارة عن مجموعة من القيم، وكل قيمة من هذه القيم تستمد أهميتها من مدى تعلق الإنسان بها وحرصه عليها، وهذا يجعل الإنسان هو المحور الذي يدور معه النظام القانوني برمته وهو بذلك هدف الحماية التي ينشدها القانون (٧١)، فالقانون يحمي المظلوم (المعتدى عليه) بأخذ حقه ممن إعتدى على حقوقه ومصالحه، ويحمي الظالم (المعتدي) بإعادته الى جادة الصواب بإصلاحه وتأهيله من خلال العقوبة، وبذلك يحمي القانون كل أفراد المجتمع ويحقق العدل.

ويعتبر القانون الجنائي من أهم القوانين التي تحمي النظام العام وتحافظ على أمن المجتمع واستقراره، من حيث أنه يكفل سلامة الأخلاق الحميدة وما تقره قيم كل مجتمع، ومنها المجتمع العراقي، فنصوص قانون العقوبات العراقي تجرم الأفعال التي تشكل انتهاكا للقيم الأخلاقية والاجتماعية السائدة في المجتمع.

فمن تسود عنده القيم السياسية ويسعى الى السلطة والتحكم بالاشياء أو الاشخاص والسيطرة عليها عليه أن يلتزم بالقيم الاخلاقية والاجتماعية التي حددها القانون للوصول إلى مسعاه وإلا فان أفعاله قد تعتبر جرائم سياسية تشكل اعتداءً على وحدة المجتمع وسلامته واستقراره واستمرار وجوده، فالجريمة السياسية تمثل عمل سياسي يجرمه القانون، فهي صورة للنشاط السياسي تتجه الى العدوان على الحقوق الأساسية للدولة وإن كانت تدفع مرتكبها بواعث تتصل بمحاولة توجيه النشاط السياسي للدولة على نحو معين (٧٣)، فمثلاً الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي (٧٤)، والجرائم الواقعة على السلطة العامة (٧٥) والجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني والثقة المالية للدولة (٧٦)، والجرائم ذات الخطر العام (٧٧)، كالجرائم الخاصة بالمرافق العامة، والاعتداء على سلامة النقل ووسائل المواصلات العامة، والاعتداء على وسائل الإتصال السلكية واللاسلكية، والجرائم الماسة بسير العمل، والجرائم المضرة بالصحة العامة، كل هذه الجرائم يمكن اعتبارها جرائم سياسية إن هي ارتكبت بباعث سياسي أو وقعت على الحقوق السياسية العامة أو الفردية (٧٨).

ومن تسود عنده القيم الاجتماعية ويسعى للاهتمام بالناس ومساعدتهم عليه أن يتعامل مع الناس وفق القيم الاخلاقية والاجتماعية السائدة في المجتمع، والنظر اليهم نظرة ايجابية كغايات لا وسائل لتحقيق اهداف شخصية، فإن لم يلتزم بالقيم الاخلاقية والاجتماعية التي حددها القانون في هذا المجال، وأراد ان يفعل ما يخلو له عُدت أفعاله جرائم يحاسب عليها القانون، فالجرائم الاجتماعية مثال الإمتناع عن الإغاثة (٧٩)، والجرائم التي تمس الأسرة (٨٠)، والجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض العجزة والصغار للخطر وهجر العائلة (٨١)، وجرائم السكر ولعب القمار (٨٢)، وجريمة

التسول(٨٣)، قد ترتكب من قبل من يؤمن بقيم تخالف القيم الاجتماعية السائدة في المجتمع، والتي يقرها القانون.

ومن تغلب عنده القيم الدينية ويهتم بالمعتقدات والقضايا الروحية والغيبية والبحث عن حقائق الوجود واسرار الكون وبالعبادة والذكر والتفكير عليه ان يلتزم بالضوابط التي حددها القانون وان لا يتعدى على معتقدات الآخرين ومشاعرهم الدينية، وإلا كانت افعاله تشكل جرائم يحاسب عليها القانون كالجرائم التي تمس الشعور الديني(٨٤)، وجرائم انتهاك حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجنائز والمآتم(٨٥).

ومن تسود عنده القيم النظرية ويهتم بمعرفة واكتشاف الحقيقة والسعي الى التعرف على القوانين وحقائق الأشياء عليه ان يلتزم باخلاقيات الامانة والصدق وعدم تشويه الحقائق وان يراعي القواعد القانونية، وإلا شكلت افعاله جرائم يحاسب عليها قانوناً، كجرائم التعدي على الحقوق المعنوية(٨٦)، وجرائم النشر(٨٧).

ومن تبرز لديه القيم الجمالية ويهتم بالشكل والتوافق والتنسيق وبكل ما هو جميل عليه ان يراعي في تصرفاته القيم الاخلاقية والاجتماعية وكل ما يحضره القانون، فقد تدفعه اهتماماته هذه الى ارتكاب الجرائم المخلّة بالاخلاق والآداب العامة(٨٨)، كجرائم الاختصاب واللواط وهتل العرض، وجرائم التحريض على الفسق والفجور.

ومن تسود عنده القيم الاقتصادية ويهتم بالمنفعة الاقتصادية والمادية والسعي الى المال والثروة وزيادتها عن طريق الانتاج واستثمار الاموال عليه ان يتحلى بالصدق والامانة ويتعدى عن التزوير والغش والاعتداء على حقوق الآخرين، فقد تدفعه اهتماماته الى القيام بأفعال تشكل جرائم في نظر المشرع، مثال الجرائم المخلّة بالثقة العامة(٨٩)، كجرائم تزوير الاختام والعلامات والطوابع، وجرائم تزييف العملة واوراق النقد والسندات المالية، وجرائم تزوير المحررات واستعمالها، والجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني والثقة المالية للدولة، والجرائم التي تقع على الاموال(٩٠)، كالسرقة، وخيانة الامانة وجرائم الاحتيال، التدخل في حرية المزادات والمناقصات، المراباة، الغش في المعاملات التجارية، جرائم الإفلاس، وإذا كان موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة، فقد يرتكب الجرائم المخلّة بالواجبات الوظيفية(٩١)، كجريمة الرشوة، وجرائم الاختلاس والاستيلاء والانتفاع من الوظيفة دون حق، ليحصل على منافع شخصية لتكوين ثروة مستغلاً بذلك الوظيفة العامة وسلطانها.

يتضح مما تقدم أن الشخص غالباً ما يرتكب جرائم تكون ضمن مجال القيم التي تسود عنده وتعلو القمة الهرمية لقيمه، لكن ذلك لا يعني أنه لا يرتكب جرائم اخرى لا ترتبط بمجال قيمه الغالبة لديه، مثال جرائم الاعتداء على الأشخاص، فالاعتداء كما هو معروف يعني الظلم ومجاوزة الحد والحق(٩٢)، والاعتداء على الآخرين وحقوقهم مُحرم؛ لأنه ظلم والظلم قبيح عقلاً ومحرم

شريعاً (٩٣)، قال الله تعالى " تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " (٩٤)، فالجرائم الماسة بحياة الإنسان وسلامة بدنه (٩٥)، كالقتل العمد، والضرب المفضي إلى الموت، والقتل الخطأ، والجرح والضرب والايذاء العمد، والادجهاض، والجرائم الماسة بحرية الانسان وحرمة (٩٦)، كالقبض على الأشخاص وخطفهم وحجزهم، وانتهاك حرمة المساكن وملك الغير، والتهديد، والقذف والسب، وجرائم التخريب والاتلاف ونقل الحدود، وقتل الحيوانات والاضرار بها، كل هذه الأفعال تقوم على الظلم والجور، لذلك هي تدل على أن مرتكبها فاقداً لقيم العدل والصدق والامانة والرحمة.

وعلى أي حال فإن السلوك الاجرامي يشكل انتهاكاً للقيم الأخلاقية والاجتماعية السائدة في المجتمع، لذلك فإن أي انسان تعلو لديه القيم الاخلاقية الحميدة ويحترم القيم السائدة في المجتمع ويتمسك بها؛ يفترض أن يكون بعيداً عن الإقدام على انتهاك تلك القيم، وبالتالي بعيداً عن ارتكاب السلوك الاجرامي، بل ممكن أن يتصدى لكل سلوك ينتهك تلك القيم أو على الأقل يحاول أن يبطل أو يقلل من آثاره، والعكس صحيح، وبعبارة أخرى يمكن للقيم الاخلاقية الحميدة أن تشكل حاجزاً بين الانسان وبين السلوك الاجرامي، لذلك قيل أنه لا يمكن للمجتمعات أن ترتقي دون تمسك أفرادها بالأخلاق السامية، التي دونها يتزعزع وينصهر كيانها، فلا يمكن بأي حال من الأحوال الحصول على مجتمع سليم إلا إذا كانت أخلاقه سوية ومن المحال وجود مجتمع سليم مركب من أفراد غير أسوياء، لذا فإن أخلاق المجتمع من أخلاق أفرادها الذين من الواجب أن تغرس فيهم الفضيلة والابتعاد عن الرذيلة بكل أشكالها، وقد كان السعي منذ القدم لترسيخ هذه الافكار على شتى الأصعدة في حياة الانسان، ويجب أن يزداد ذلك ويستمر من أجل مصلحة الفرد والمجتمع.

الفرع الثاني

أثر القيم الشخصية في التصدي للسلوك الاجرامي

لما كانت القيم الشخصية تعمل على توجيه الفرد وتدفعه وتحفز به باتجاه ما تتطلبه هذه القيم من سلوكيات، حيث أن كل فرد يقوم بترتيب ما يؤمن به من قيم حسب أهميتها في نسق قيمي، ثم يختار الأنشطة والسلوكيات التي تعمل على تحقيق هذه القيم وفق تدرج أهميتها، فالقيم الشخصية تعتبر الموجه الأساسي لحياة الفرد ومن ثم سلوكه، فهي تشكل الأساس في الدافعية والسلوك المشبع لها، لذلك فإن فقدان القيم أو عدم الاحساس بها أو التعرف عليها يجعل الفرد يندمج في افعال عشوائية ويسيطر عليه الاجباط التام لعدم إدراك جدوى ما يقوم به من أفعال (٩٧)، وهذا يعني أن

مجموعة القيم السائدة في سلوك الفرد أو في سلوك جماعة من الجماعات تشكل ضغوط اجتماعية تؤثر في سلوك الفرد أو في سلوك الجماعة تأثيراً مباشراً (٩٨). مما يجعل الفرد يتجه تلقائياً إلى السلوكيات والأعمال التي تتفق مع قيمه الأكثر أهمية وفق ترتيب النسق القيمي لديه، ويرى علماء السلوك، أمثال فريدريك سكرن وكارل هوفلاند، أن الفرد يغير قيمه وأحكام سلوكه وفق ما يترتب على سلوكه من الإحساس بالألم عند الإشباع نتيجة العقاب، أو الإحساس بالمتعة والاشباع نتيجة المكافأة. فالسلوك القيمي المرغوب فيه إذا ما نتج عنه آثار سلبية فإن ذلك يؤدي إلى تقوية السلوك القيمي غير المرغوب فيه، وهذا ما يؤدي إلى تغيير نظرة الفرد نحو العالم، فهو يرى أن العالم غير آمن ولا يشبع حاجته وفق القيم التي آمن بها، لذا يغير الفرد من قيمه تجنباً للإحساس بالألم وعدم الأمان نتيجة للتعزيز السلبي لسلوكه القيمي، وإذا ما حصل الفرد على تعزيز إيجابي على سلوكه القيمي الجديد فإنه سيكرر ذلك السلوك، انطلاقاً من أن الفرد يتعلم تغيير قيمه بواسطة الارتباط والتعزيز (٩٩).

لما كانت القيم الاخلاقية تسود النسق القيمي وتعلو قمة هرم القيم الشخصية لدى الانسان السوي، ويمكن أن تشكل حاجزاً بينه وبين السلوك الاجرامي؛ يرى أن المشرع الجنائي اهتم بتشجيع الافراد على احياء القيم الاخلاقية لديهم دون غيرها من القيم، وهو يفعل ذلك من خلال اقرار بعض القواعد القانونية التي تدفع أفراد المجتمع إلى احياء تلك القيم والتمسك بها من خلال التصدي للسلوك الاجرامي.

فالمشرع يشجع افراد المجتمع على التعاون مع السلطات العامة للتصدي للسلوك الاجرامي لتحقيق العدالة من خلال اعطائهم حق الاخبار عن اي جريمة لا يتطلب تحريكها تقديم شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً (١٠٠)، وهو يكافيء مرتكب الجريمة إن هو بادر بإخبار السلطات المختصة عن كل من ساهم في ارتكاب ذلك السلوك الاجرامي بأن يعفيه من العقوبة أو تخفيفها عليه، كما في جريمة الاتفاق الجنائي (١٠١)، والجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي (١٠٢)، والماسة بأمن الدولة الداخلي (١٠٣)، والجرائم المخلّة بالثقة العامة (١٠٤)، وجريمة الرشوة بالنسبة للراشي أو الوسيط (١٠٥)، وجريمة اخفاء اشياء متصلة من الجريمة (١٠٦)، وجريمة شهادة الزور، إذ يخفف عقوبة الشاهد عند رجوعه عن اقوال الزور وتقريره الحقيقة في دعوى قبل صدور الحكم فيها (١٠٧)، وجريمة اليمين الكاذبة، إذ يعفى من العقاب من رجع إلى الحق بعد ادائه اليمين الكاذبة وقبل صدور حكم في موضوع الدعوى (١٠٨).

كما أنه يشجع الأفراد على التصدي للسلوك الاجرامي بأنفسهم، فأعتبر ان الشروع في ارتكاب الجريمة غير متحقق، وبالتالي الجريمة، ان بادر مرتكب السلوك الاجرامي الى ايقاف تحقق نيتها بمحض ارادته الحرة (١٠٩)، كون الجاني قد رجع الى رشده وتمسك بالقيم الاخلاقية التي دفعته الى عدم الاستمرار في تحقيق الجريمة، مما يستوجب عدم معاقبته عليها، وكذلك اعتبر

حق الدفاع الشرعي عن النفس والمال، سواء كان دفاع الشخص عن نفسه أو ماله أو عن نفس أو مال الغير من موانع المسؤولية الجزائية(١١٠)، كونه سلوكاً شجاعاً فيه ومروءة ودفعاً للظلم والعدوان، كما اعطى الحق لكل شخص ولو بغير امر من السلطات المختصة ان يقبض على اي شخص ارتكب جريمة مشهودة أو كان قد فر بعد القبض عليه قانوناً أو كان قد حكم عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية أو كان في محل عام في حالة سكر بين واختلال وأحدث شغباً أو كان فاقداً لصوابه(١١١)، فذلك يدعم تحقيق العدالة والامن في المجتمع.

وهو يشجع الأفراد على التسامح فيما بينهم للتقليل من آثار السلوك الإجرامي، فهو يعطى للمجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً حق طلب الصلح في الدعاوى التي يتوقف تحريكها على شكوى المجنى عليه(١١٢)، فللصلح أهمية كبيرة في المجتمع لما له من دور كبير في تقويم أخلاق الإنسان وهو إحدى أسباب النجاح والفلاح في الحياة، فهناك العديد من الآيات القرآنية بالحث على الصلح، مما جعله في أوائل الحلول في الخلافات الحياتية فهو يعمل على تهدئة نواة النزاع بين الناس لقوله تعالى " وَالصُّلْحُ خَيْرٌ " (١١٣)، وقوله تعالى " وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا ۗ وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَىٰ شَفَا حُفْرَةٍ مِّنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُم مِّنْهَا ۗ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ " (١١٤)، كما منح المشرع المجنى عليه حق الصفح عن الجاني المحكوم عليه في جريمة يجوز الصلح فيها(١١٥)، والصفح يعني ترك التثريب وعدم المؤاخذه، وهو مصطلح قرآني وخلق انساني رفيع أمر الله تعالى بالتخلق به، قال تعالى " فَاعْفُوا وَاصْفَحُوا " (١١٦)، وأمر به تعالى نبيه الكريم: قال تعالى " وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَإِنَّ السَّاعَةَ لَآتِيَةٌ ۗ فَاصْفَحِ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ " (١١٧).

المطلب الثاني

أثر القيم الشخصية في عقاب مرتكب السلوك الاجرامي واصلاحه

يمثل الجزاء الجنائي ردة فعل المجتمع على الجريمة أو السلوك الاجرامي، وهو على نوعين: عقوبات وتدابير احترازية، فالعقوبة هي الجزاء الذي يقرره القانون ويحكم بها القاضي الجزائي على المتهم الذي ارتكب الجريمة، أما التدبير الاحترازي فهو عبارة عن تدابير توقع على مرتكبي الجريمة بهدف منعهم من العودة للجريمة مرة أخرى، وقد تبنى المشرع العراقي نوعي الجزاء في قانون العقوبات، فنص على العقوبات بأنواعها الأصلية والتبعية والتكميلية(١١٨)، وعلى التدابير الاحترازية بأنواعها المختلفة(١١٩) ، فجمع بين المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية الإجتماعية.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، يكون الأول لأثر القيم الشخصية في تقدير العقوبة لمرتكب السلوك الإجرامي، ويكون الثاني لأثر القيم الشخصية في إصلاح مرتكب السلوك الإجرامي.

الفرع الأول

أثر القيم الشخصية في تقدير عقوبة مرتكب السلوك الإجرامي

يعد الجزاء الجنائي ذلك الاثر الذي يترتب قانونا على سلوك يعد جريمة في قانون العقوبات، فالقاعدة الجنائية تتضمن عنصري التكليف والجزاء، فأما التكليف فهو الخطاب الموجه الى كافة الناس يأمرهم بضرورة الابتعاد عن العمل الاجرامي، واما الجزاء فيتضمن انزال العقاب بكل من يتجراً على مخالفة هذه الاوامر، والقاعدة التي لا تتضمن النص على الجزاء هي مجرد قاعدة اخلاقية (١٢٠).

ويعد التفريد العقابي أحد الخصائص الهامة للجزاء الجنائي، والذي يقتضي أن على القاضي قبل الحكم بالعقوبة أن ينظر إلى جسامة الجريمة، وإلى السوابق الجنائية للمتهم وسيرته الذاتية السابقة على ارتكاب السلوك الاجرامي، ليحكم بعقوبة تتناسب مع جسامة الجريمة وسوابق المتهم وسيرته، لذلك نرى أن المشرع غالباً ما يضع حد أدنى وحد أقصى للعقوبة في القاعدة الجزائية، ليستطيع القاضي تطبيق مبدأ التفريد العقابي.

والمحكمة عند تطبيقها لمبدأ التفريد العقابي فهي أما أن تخفف العقوبة على مرتكب السلوك الاجرامي أو تعفيه منها أو تشدها عليه، وهي إذ تفعل ذلك فإنها تستند للسلطة التي منحها القانون لها، فالمحكمة تستند في تخفيف العقوبة أو الاعفاء منها الى النصوص القانونية الخاصة بالاعذار القانونية والظروف القضائية المخففة، والتي نصت على أن الاعذار اما أن تكون معفية من العقوبة أو مخففة لها ولا عذر إلا في الاحوال التي يعينها القانون، وفيما عدا هذه الاحوال يعتبر عذراً مخففاً ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة أو بناء على استفزاز خطير من المجنى عليه بغير حق (١٢١).

ولو تتبعنا النصوص القانونية التي تعين الاحوال المعفية من العقوبة أو المخففة لها لوجدنا أغلبها تتعلق بإخبار أحد الجناة السلطات العامة عن الجريمة وعن باقي المشتركين فيها، سواء قبل البدء بتنفيذ الجريمة أو اتمامها أو قبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن مرتكبيها أو بعد قيام السلطات بذلك أو بعد التحقيق وقبل انتهاء المحاكمة (١٢٢)، لمساعدة السلطات المختصة في حل لغز الجريمة والقبض على مرتكبيها، أو أنها تتعلق بعدول الجاني عن اتمام الجريمة وتحقق نيتها الجرمية (١٢٣)، وهذه الحالات إن دلت على شيء فإنها تدل على أن مرتكب السلوك الاجرامي قد عاد الى

رشده وهو يحاول أن يتمسك بالقيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة والتي غابت عنه في لحظة ضعف، لذلك تطلب مكافئته بتخفيف العقوبة عليه أو اغفائه منها، كذلك ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة والذي اعتبره المشرع العراقي عذراً مخففاً للعقوبة، رغم أنه لم يعرف الباعث الشريف أو يصفه، كما فعل المشرع اللبناني الذي بين أن الدافع يكون الشريفاً إذا كان متسماً بالمروءة والشهامة ومجرداً من الانانية والاعتبارات الشخصية والمنفعة المادية (١٢٤)، وهي قيم اخلاقية سامية، والمرء لا يسلك سلوكاً أخلاقياً إلا حين يستهدف غايات تسمى على الغايات الفردية، فالانسان ليس كائن أخلاقي بقدر ما هو كائن اجتماعي يكون المجتمع لديه مرغوب فيه لذاته ومن أجل ذاته لا بقدر ما يكون نافعاً له فحسب (١٢٥)، لذلك نرى أن القضاء العراقي في أحكامه ذات الصلة أخذ من القيم السائدة في المجتمع والقواعد الأخلاقية معياراً لتعيين وتعريف الباعث الشريف، فمن تطبيقاته القضائية جريمة القتل من أجل الثأر للشرف المهدور، إذ استقر القضاء على اعتبار القتل غسلاً للعار هو باعث شريف حسب ما تقتضيه العادات السائدة في المجتمع على اعتبار أن الشرف يعد من أهم الأمور الوجدانية التي يجب الحفاظ عليها، مما يقتضي تخفيف العقوبة بحق الجاني عند ادانته (١٢٦).

لكن عدم تحديد مفهوم الباعث الشريف من قبل المشرع العراقي يجعل للمحاكم سلطة مطلقة بتقدير الباعث الشريف لذا نجدها تتباين بحسب كل حالة تعرض عليها، وقد يدفعها ذلك الى التعسف في استعمال تلك السلطة المطلقة، وعليه نقترح ان يتم تعديل المادة {١/١٢٨} من قانون العقوبات العراقي باضافة تعريف أو وصف للباعث الشريف ليكون مقياساً كاشفاً للباعث غير الشريفة.

وعلى أي حال يجب على المحكمة اذا خففت العقوبة أو عفت مرتكب الجريمة منها أن تبين في أسباب حكمها العذر أو الظرف الذي اقتضى هذا الاعفاء أو التخفيف (١٢٧).

أما في حالة تشديد العقوبة فإن المحكمة تستند الى النصوص القانونية التي أوردها المشرع تحت عنوان الظروف المشددة (١٢٨)، ولو نظرنا لهذه الظروف لوجدناها تشكل خرقاً للقيم الاخلاقية الحميدة، فمثلاً الباعث الدنيء الذي جعل منه المشرع ظرفاً مشدداً عند ارتكاب الجريمة قد جاء وصفه في الاحكام القضائية ذات الصلة بأنه الباعث غير الاجتماعي في كل فعل مستقبح يخالف القيم الحميدة والاخلاق السامية السائدة في المجتمع الذي ترتكب فيه الجريمة، لذلك فإن قانون العقوبات جعل جريمة القتل بباعث دنيء ظرفاً مشدداً يوجب عقوبة الاعدام (١٢٩)، كما لو قتل الجاني المجني عليه ليقوم علاقة غير مشروعة مع زوجته، أو ليسرق أمواله، وهذه الامثلة جاءت في الاحكام الصادرة من محاكم الموضوع (١٣٠).

وفي كل الأحوال يتعين على المحكمة دراسة ظروف الجريمة وظروف الجاني والمجنى عليه وطريقة ارتكاب الفعل؛ لمعرفة توفر صفة الدناءة وعدم الشرف في ارتكاب الجريمة من عدمه، ففي حالة تحقق ذلك تطبق ظروف التشديد بحق الجاني عند اصدار العقوبة.

الفرع الثاني

أثر القيم الشخصية في اصلاح مرتكب السلوك الاجرامي

أصبح مما لا شك فيه أن فقدان الفرد للقيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة يدفعه الى ارتكاب السلوك الاجرامي، مما يقتضي ترسيخ تلك القيم لدى الفرد لتستقيم سيرته ويحسن سلوكه، وهذا ما أكدت عليه التشريعات الجنائية ومنها التشريع العراقي، الذي أعطى أهمية بالغة لمسألة حسن السير والسلوك، لتكون مؤشراً على صلاح الجاني وأهليته للاندماج مع المجتمع من جديد كفرد سوي يراعي القيم ويحترم القوانين ويبتعد عن ارتكاب السلوك الاجرامي، فالمشرع اعتبر التعهد بحسن السلوك من التدابير الاحترازية التي تواجه الخطورة الاجرامية لدى الجاني لضمان عدم عودته لارتكاب الجريمة في المستقبل (١٣١)، فالمجرم يعتبر خطراً على المجتمع اذا تبين من احواله وماضيه وسلوكه أن هنالك احتمالاً جدياً لاقدامه على اقتراف جريمة اخرى (١٣٢).

والتعهد بحسن السلوك يعني الزام المحكوم عليه بأن يحرر وقت صدور الحكم تعهداً بحسن السلوك لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن مدة العقوبة المحكوم بها علي ان لا تزيد بأية حال على خمسة سنوات تبدأ من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر، ولضمان تنفيذ التعهد بحسن السلوك يلزم المحكوم عليه بأن يودع صندوق المحكمة مبلغاً من المال أو ما يقوم مقامه تقدره المحكمة بما يتناسب مع حالته المادية، فإذا لم يدفع المبلغ المحدد امرت المحكمة بوضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة (١٣٣)، لمراقبة سلوكه للتثبت من صلاح حاله واستقامة سيرته (١٣٤).

وقد اجاز المشرع للمحكمة عند اصدارها حكماً على شخص في جنابة أو جنحة ضد النفس أو ضد الآداب العامة أن تلزم المحكوم عليه وقت اصدار الحكم بالادانة أن يحرر تعهداً بحسن السلوك (١٣٥)، والزم المحكمة ان تحكم على الحدث مرتكب المخالفة بدلا من العقوبة ان تسلمه الى احد والديه أو لمن له حق الولاية عليه او لمرب، مع تبييهه بالمحافظة على حسن سلوك الحدث وسيرته (١٣٦)، وان ارتكب الحدث جنحة جاز للمحكمة بدلا من ان تحكم بالعقوبة المقررة قانوناً بتسليمه الى احد ممن ذكروا اعلاه إذا تعهد كتابة بالمحافظة على حسن سلوك الحدث وسيرته مدة لا تقل على ستة أشهر ولا تزيد على ثلاثة سنوات من تاريخ الحكم (١٣٧)، ويسقط التعهد اذا اكمل الحدث سن الثامنة عشر (١٣٨).

وكذلك اعتبر المشرع حسن السيرة والسلوك شرطاً لايقاف تنفيذ العقوبة، فجاز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة ان تأمر في الحكم نفسه بايقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه عن جريمة عمدية ورأت من اخلاقه وماضيه... ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى ارتكاب جريمة جديدة (١٣٩)، أي ان المحكوم عليه كان حسن السيرة والسلوك، وللمحكمة ان تلزمه بالتعهد بحسن السلوك خلال مدة ايقاف التنفيذ وهي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم (١٤٠)، أي أن يستمر بحسن السيرة والسلوك، والتي تعني مراعاة القيم الاخلاقية والاجتماعية واحترام القوانين (١٤١)، لذلك يلغى ايقاف التنفيذ إذا لم يقم المحكوم عليه بتنفيذ التعهد بحسن السلوك أو إذا ارتكب خلال مدة ايقاف التنفيذ جناية أو جنحة عمدية أو إذا ظهر خلال مدة ايقاف التنفيذ ان المحكوم عليه كان قد صدر عليه حكم نهائي في جناية أو جنحة عمدية ولم تكن المحكمة قد علمت به حين امرت بايقاف التنفيذ (١٤٢).

واعبر أيضاً حسن السير والسلوك شرطاً لقبول الافراج الشرطي عن المحكوم عليه، والذي يعني اخلاء سبيل المحكوم عليه قبل انتهاء مدة عقوبته، إذا ثبت أن سلوكه أثناء وجوده داخل المؤسسة العقابية يدعو الى الثقة في اصلاح حاله، شريطة ان يبقى المفرج عنه حسن السلوك الى ان تنتهي المدة المتبقية من الحكم الصادر عليه، وفي حالة مخالفة المفرج عنه الشروط يعاد الى المؤسسة العقابية من اجل تنفيذ المدة المتبقية عليه من يوم الافراج عنه (١٤٣).

ومن شروط الافراج الشرطي عن المحكوم عليه بعقوبة أصلية سالبة للحرية ان يكون قد امضى ثلاثة ارباع مدتها أو ثلثها إذا كان حدثاً، وان يتبين للمحكمة أنه استقام سيره وحسن سلوكه، وان لا تقل المدة التي امضاها في السجن عن ستة اشهر (١٤٤)، فهي تمثل الحد الأدنى لاجراء انواع الفحوصات وملاحظة سلوك المدان اثناؤها ؛ لمعرفة الاسلوب المناسب لتأهيله، أي اعادة تقويمه سلوكياً واخلاقياً من اجل ضمان عدم ارتكابه الجريمة مستقبلاً (١٤٥)، وليعود الى المجتمع عنصراً نافعاً (١٤٦).

ومن نتائج الافراج الشرطي وقف تنفيذ ما تبقى من العقوبات الاصلية، وتبنيه المفرج عنه شرطياً الى انه إذا ارتكب جناية أو جنحة عمدية أو اخل بالشروط التي فرضتها المحكمة عليه خلال مدة التجربة، وهي المدة الموقوف تنفيذها من العقوبة، فإن قرار الافراج عنه سيصبح لاغياً، وإذا كان المفرج عنه لم يتم الخامسة عشر فيسلم الى أحد والديه أو وليه أو وصيه أو مربيه ان كان اهلاً للرعاية أو غيرهم ممن توسم المحكمة فيهم الصلاح بعد أخذ تعهد منه بالمحافظة على حسن سلوك الحدث وسيرته خلال مدة التجربة (١٤٧).

الخاتمة

بعد الانتهاء بعون الله من كتابة البحث توصلنا إلى بعض الاستنتاجات والمقترحات وكالاتي:

أولاً: الاستنتاجات

1. تعتبر القيم الشخصية احدى اهم المكونات الاساسية لشخصية الانسان، فهي ما اكتسبه الشخص من مفاهيم ومعتقدات من المجتمع نحو الأشياء والمعاني وواجه النشاط المختلفة واصبحت عنده من الثوابت التي تعمل على توجيه رغباته واتجاهاته، حيث تساعده في تحديد سلوكه وما هو مقبول وما هو مرفوض والصواب والخطأ.
2. فالقيم تُعدّ مصدراً مهماً من مصادر تحديد السلوك الانساني والدوافع التي تقف وراء ذلك السلوك فالقيمة هي صفة في الشيء تجعله موضع تقدير واحترام.
3. بالإضافة لما للقيم من دور في تحديد سلوك الفرد فإن لها دور فعال في تكامل شخصيته ذلك التكامل الذي يعتمد لدرجة كبيرة على ترتيب نظام القيم لديه، فالقيم على عدة أنواع، منها النظرية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والجمالية، وهي تترتب في نسق هرمي لدى كل فرد بحسب اهميتها بالنسبة له.
4. لكن هذه القيم جميعها كي تكون مقبولة من قبل المجتمع والافراد الآخرين لابد من ان تظهر في اطار القيم الاخلاقية، لأن الاسباب التي دعت الى إنشاء الأخلاق ترتبط بالعناصر الاساسية لنظام المجتمع، فهي تتصل بشعور الانسان بالمسؤولية والجزاء والالتزام، والقيم ما هي إلا مفهوماً أو تصور للمرغوب يتميز به الفرد أو الجماعة ويؤثر في الإختيار من بين الوسائل أو الغايات المتاحة فهي ليست تفضيلاً فحسب، بل تفضيلاً مبرر أخلاقياً وعقلياً.
5. والقيم الاخلاقية هي القواعد والأساسات التي يستخدمها الفرد لتوجيه سلوكه وتفكيره، عندما يتعامل مع الأفراد الآخرين في المجتمع نحو الافضل تبعاً لهذه القيم، فمن خلالها يستطيع التمييز بين الصواب والخطأ وبين الخير والشر، ذلك ان القيم الاخلاقية هي تحمي قيم الحياة للذات وللآخرين وهو اسلوب حياة يتوافق مع القيم العالمية للبشرية، ومن تلك القيم الصدق والامانة والعدل والانصاف والرحمة والاحترام وعدم الاعتداء والمحبة والتسامح والإثار ومساعدة الآخرين، والأدب والفضيلة والنزاهة... وغيرها.
6. لذلك ومن الطبيعي أن تترتب القيم الشخصية لدى الانسان السوي في نسق هرمي تعلو قمته القيم الاخلاقية ثم تأتي بعدها القيم الاخرى بحسب اهميتها له.

٧. والانسان عادةً يكتسب قيمه الشخصية من المحيط الذي يعيش فيه، فالقيم الشخصية تنشأ من خلال الافعال التي تمارسها الاجيال البالغة على الاجيال التي لم تنضج بعد للحياة الاجتماعية وهي تقوم بإثارة وتنمية مجموعة من الحالات الجسدية والذهنية والأخلاقية لدى الطفل حسبما يطلبها منه المجتمع السياسي برمته والوسط الذي ينتمي إليه، وهي بذلك تشمل جميع الجهود والنشاطات والوسائل الجماعية والفردية التي تعمل على تحويل الكائن العضوي عند الولادة الى كائن إجتماعي، فعملية التنشئة عملية تأثير وتأثر وتفاعل تحدد تصرفات وقيم الفرد وشخصيته وأفعاله وردود أفعاله وطموحاته، مما يجعل مصادر القيم الشخصية تتمثل بالاسرة والمدرسة والمجتمع.
٨. وإن عدم تأصل القيم السليمة لدى الأفراد والتناقض بين قيم الفرد وما يجده في المجتمع المحيط به يعتبر عاملين رئيسيين في إيجاد أنماط الشخصية غير السوية وظهور كثير من الممارسات المرضية داخل المجتمع، مما قد يزعزع أمن المجتمع واستقراره، فالشخص غالباً ما يرتكب جرائم تكون ضمن مجال القيم التي تسود عنده وتعلو القمة الهرمية لقيمه.
٩. ولما كان السلوك الاجرامي يشكل انتهاكاً للقيم الأخلاقية والاجتماعية السائدة في المجتمع، فإن أي إنسان تعلو القيم الاخلاقية قمة الهرم النسقي للقيم لديه ؛ يفترض أن يكون بعيداً عن الإقدام على انتهاك تلك القيم، وبالتالي بعيداً عن ارتكاب السلوك الاجرامي، بل ممكن أن يتصدى لكل سلوك ينتهك تلك القيم أو على الأقل يحاول أن يبطل أو يقلل من أثره، فالقيم الاخلاقية هنا ستشكل حاجزاً بينه وبين السلوك الاجرامي يمنعه من ارتكاب الجريمة أو يقلل من أثارها أو على الأقل يجعله يندم على سلوكه الاجرامي.
١٠. لذلك كان للقيم الشخصية لمرتكب السلوك الاجرامي الأثر الواضح في تقدير عقوبته وفي عملية اصلاحه وتأهيله ليعود فرداً صالحاً سوياً يندمج مع المجتمع من جديد دون عوائق.
١١. فالمشروع العراقي تبنى نوعي الجزاء الجنائي في قانون العقوبات، فنص على العقوبات بأنواعها الأصلية والتبعية والتكميلية، وعلى التدابير الاحترازية بأنواعها المختلفة، فجمع بين المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية الاجتماعية.

ثانياً: التوصيات

١. تفعيل الدور الاعلامي عبر وسائل المختلفة لبث الوعي لدى أفراد المجتمع بالقيم الاخلاقية والاجتماعية الحميدة بصورة أفضل، لتكون حاجزاً بينهم وبين السلوك الاجرامي.
٢. العمل على بناء برنامج ثقافي واجتماعي لترسيخ القيم الاخلاقية والاجتماعية الايجابية، مع الاهتمام بالندوات والمحاضرات، والتركيز على

أهمية تعرض القيم الايجابية في هذا الوقت الذي يشهد انفتاح ثقافي واقتصادي واجتماعي وتتعرض الى التحول عن وظائفها لدى الفرد مما يجعل نتائجها سلبية لارتباطها الوثيق بالسلوك، فغرس القيم الايجابية الاصلية في نفوس الافراد يعتبر مقوم اساسي للوقاية من ارتكاب الجرائم.

٣. زيادة الاهتمام بالبرامج والأنشطة اللامنهجية في المدارس والكلية لما لها من أثر خفي في غرس بعض القيم المهمة التي تسهم في بناء شخصية الطالب السوي، كي يتم تدارك موضوعات القيم بصورة تكفل استمرار الدعم القيمي لدى الطالب، فيبتعد عن ارتكاب السلوك الاجرامي.

٤. ادراج احد الاختبارات التي تقيس القيم الشخصية ضمن اختبارات فحص المتهم، لتحديد خطورته، قبل اصدار الحكم عليه، سواء بتخفيف عقوبته أو إيقاف تنفيذها، ذلك لأهمية القيم الشخصية بوصفها أحد دوافع السلوك الاجرامي.

٥. اجراء دراسة حول استقصاء القيم الشخصية لدى المحكوم عليه عند دخوله المؤسسة الاصلاحية، وتكرار الدراسة على نفس المحكوم عليه قبل اطلاق سراحه أو الافراج عنه شرطياً لتحديد القيم التي اكتسبها والتي تعزى الى برنامج الاصلاح والتأهيل في المؤسسة الاصلاحية، لينتمك القضاء، في ضوء نتائج تلك الدراسات، من معرفة مدى صلاحية المحكوم عليه للعودة والاندماج مع المجتمع من جديد، ليقرر شموله بالافراج الشرطي من عدمه، أو يقلل من مدة بقاء المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة بعد الافراج عنه.

٦. نقترح ان يتم تعديل المادة {١/٢٨} من قانون العقوبات العراقي باضافة تعريف أو وصف للباعث الشريف ليكون مقياساً كاشفاً للبواعث غير الشريفة.

الهوامش

١. سورة الجن (آية ١٩).
٢. سورة النساء (آية ٣٤).
٣. د. عادل العوا، الفكر العربي الاسلامي- الاصول والمبادئ، المنظمة العربية للثقافة والاعلام، ادارة البحوث التربوية، تونس، ١٩٨٧، ص ٢١٥-٢١٦.
٤. ابراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله، المعجم الوسيط، ط٤، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٧٦٨.
٥. سورة البينة (آية ٣).

٦. سورة الانعام (آية ١٦١).
٧. د. عادل العوا، مصدر سابق، ص ١٦.
٨. د. مختار عبد المنعم السيوني، الوضعية المنطقية بين القيم الدينية والأخلاق عند الفرد، وكالة الشرق للطباعة، مصر، ٢٠٠٢، ص ١٩.
٩. صلاح الدين بسيوني رسلان، القيم في الاسلام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٩٠، ص ٨.
١٠. د. عبد اللطيف محمد خليفة، ارتقاء القيم (دراسة نفسية)، المجلس الوطني للثقافة والقانون والآداب، الكويت، ١٩٩٢، ص ٣٩.
١١. د. خليل عبد الرحمن المعاينة، علم النفس الاجتماعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ١٨٥.
١٢. محمد عارف، الجريمة في المجتمع، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٧٤.
١٣. حافظ نبيل عبد الفتاح وعبد الرحمن سيد سليمان وسميرة محمد شند، علم النفس الاجتماعي، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢، ٢٢٧.
١٤. كامل محمد محمد عويضة، دراسة عليمة بين علم النفس الاجتماعي والعلوم الأخرى، ط ١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٦، ص ١٣.
١٥. Parsons, societies, new jersey, 1966, p 8.
١٦. محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٥٩.
١٧. Gunnar Myrdal, values in social theory, New York, 1958, p 3.
١٨. محمد مصطفى زيدان، معجم المصطلحات النفسية والتربوية، ط ١، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة، ١٩٧٩، ص ١٩٣.
١٩. نوري الراوي، الفن الالمانى الحديث، مطبعة دار التضامن، بغداد، ١٩٦٤.
٢٠. ضياء العزاوي، فن الملصقات في العراق، وزارة الثقافة والاعلام، ١٩٧٤، ص ١١.
٢١. خليل ابراهيم الواسطي، المضامين الفكرية وعناصر التصميم الفني للملصقات في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية الفنون الجميلة، جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ١٥٥.
٢٢. عبد الحميد محمد الهاشمي، المرشد في علو النفس الاجتماعي، دار الشروق، جدة، ١٩٨٤، ص ١٤٢-١٤٣.
٢٣. د. خليل عبد الرحمن المعاينة، مصدر سابق، ص ١٨٨-١٨٩.
٢٤. أحمد عبد اللطيف وحيد، علم النفس الاجتماعي، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٦٠.
٢٥. د. خليل عبد الرحمن المعاينة، مصدر سابق، ص ١٨٧.
٢٦. Morris. C. Varieties of Human Value, Chicago Univ. of Chicago Press, 1956, p 175.
٢٧. إميل دوركايم، ترجمة السيد محمد البدوي، التربية الاخلاقية، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٣.

٢٨. سورة التوبة (آية ١١٩).
٢٩. سورة النحل (آية ٩٠).
٣٠. سورة المائدة (آية ٢).
٣١. سورة القلم (آية ٤).
٣٢. صلاح قنصوة، نظرية قيم الفكر المعاصر، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٢.
٣٣. أميرة حلمي مطر، الفلسفة اليونانية تاريخها ومشكلاتها، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٥.
٣٤. توفيق الطويل، الفلسفة الخلقية-نشأتها وتطورها، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٨٨.
٣٥. المصدر السابق، ص ١٣١.
٣٦. توفيق الطويل، مصدر سابق، ص ١٥٤-١٥٥.
٣٧. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص ٤ وما بعدها.
٣٨. المصدر السابق، ص ٤٨ وما بعدها.
٣٩. صالح محمد علي أبو جاود، سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية، دار المسيرة للنشر، ط ١، مصر، ١٩٩٨، ص ١٨.
٤٠. عبد الهادي الجوهري، معجم علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٦٦.
٤١. عدنان الأمين، التنشئة الاجتماعية وتكوين الطابع، ط ١، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٥، ص ١٥.
٤٢. سورة الشمس (الآيتان: ٧، ٨).
٤٣. د. محمد شلال حبيب، أصول علم الاجرام، ط ١، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٥، ص ٢٠٠-٢٠١.
٤٤. د. مقداد ياجن، التربية الاخلاقية الاسلامية، ط ٣، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٢، ص ٤٥٧.
٤٥. د. علي أسعد وطفة، علم الاجتماع التربوي وقضايا الحياة التربوية المعاصرة، ط ١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٨، ص ٣٤.
٤٦. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص ٨.
٤٧. د. جليل وديع شكور، العنف والجريمة، ط ١، الدار العربية للعلوم، بيروت، ١٩٩٧، ص ٦٤.
٤٨. د. محمد عماد الدين اسماعيل، الأطفال مرآة المجتمع (النمو النفسي الاجتماعي للطفل في سنواته التكوينية)، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويتي، العدد ٩٩، الكويت ١٩٨٦، ص ٢٢٩ وما بعدها.
٤٩. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص ١٨-٢٠.
٥٠. عبد الرحمن بن محمد الشعوان، القيم وطرق تدريسها في الدراسات الاجتماعية، مجلة العلوم التربوية والدراسات

- الاسلامية، م9، العدد، السنة 1997، جامعة الملك سعود، الرياض 1997، ص168.
01. Michaelis, John.U. Social Studies for Children, A Guide to Basic Instruction. 8th. Ed. Englewood Cliffs, N.J. Prentice - Hall. 1985. P 360.
02. د.محمد شلال حبيب، مصدر سابق، ص112-113.
03. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص116.
04. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص16.
05. عبد نور مختاري، القيم الاجتماعية وتداعياتها وتأثيرها في السلوك الاجرامي، مجلة دراسات اجتماعية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، عدد 3، الجزائر 2011، ص20.
06. د.بشير معمري، القياس النفسي وتصميم أدواته، ط2، منشورات الحبر، الجزائر، 2007، ص45.
07. عصمة عدلي، الجريمة وقضايا السلوك الانحرافي بين الفهم والتحليل، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص14.
08. حسين عبد الحميد رشوان، الجريمة (دراسة في علم الاجتماع الجنائي)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2010، ص70.
09. Erickson. K .T. Notes on The sociology of deviance and social problems, N.Y.1962. p 311.
10. د.محمد عيسى برهوم، د.صالح السعيد، علم الاجتماع الجنائي، جامعة الشارقة، الامارات العربية، 2004، ص36 وما بعدها.
11. د.فهيمة كريم رزيح، احمد حسن عبد الله الربيعي، آليات الرد الاجتماعي على الانحراف كمظهر للعدالة الجنائية، مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والانسانية، العدد 33، حزيران 2017، بابل، 2017، ص80.
12. تيد روبرت غير، لماذا يتمر البشر، ط1، مركز الخليج للأبحاث، دبي، 2004، ص172.
13. محمد ابراهيم كاظم، بحث في القيم السائدة لدى الشباب، وزارة الشباب، القاهرة، 1973، ص3.
14. بو عطيط سفيان، القيم الشخصية في ظل التغيير الاجتماعي وعلاقتها بالتوافق المهني، اطروحة دكتوراه، جامعة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2011-2012، ص12-13.
15. معن خليل العمر، التغيير الاجتماعي، ط1، دار الشروق للنشر، عمان، 2004، ص188-190.
16. سناء الخولي، التغيير الاجتماعي والتحديث، دار المعارفة الجامعية، جامعة الاسكندرية، 2018، ص136.
17. جودة بني جابر، علم النفس الاجتماعي، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 2004، ص165.
18. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص116.

٦٩. دجمال ابراهيم الحيدري، شرح القسم الخاص من قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٥.
٧٠. د. طارق صديق رشيد كه زدي، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، ط ١، اراس، اربيل، ٢٠٠٩، ص ١٢.
٧١. دعوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار النجاح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٣.
٧٢. المواد (١٥٦-١٨٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٤ المعدل.
٧٣. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٧٦.
٧٤. المواد (١٥٦-٢٢٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٧٥. المواد (٢٢٣-٢٣٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٧٦. المواد (٣٠٦-٣٠٤) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٧٧. المواد (٣٦٩-٣٤٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٧٨. المادة (٢١/أ) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٧٩. المادتين (٣٧٠، ٣٧١) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٠. المواد (٣٨٠-٣٧٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨١. المواد (٣٨٥-٣٨١) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٢. المواد (٣٨٩-٣٨٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٣. المواد (٣٩٢-٣٩٠) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٤. المادة (٣٧٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٥. المواد (٣٧٥-٣٧٣) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٦. المادة (٤٧٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٧. المواد (٨٤-٨١)، والمادة (٢٣٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٨. المواد (٣٩٣-٤٠٤) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٨٩. المواد (٢٧٤-٣٠٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٩٠. المواد (٤٣٩-٤٨٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٩١. المواد (٣٣٩-٣٠٧) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٩٢. أحمد محمد علي الفيومي، المصباح المنير، ج ١-٢، المكتبة العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٣٩٧.
٩٣. د. محمد سعيد رسلان، الآداب والحقوق العامة للمجتمع، بلا ناشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٩، ص ١١-١٢.
٩٤. سورة البقرة (آية ٢٢٩).
٩٥. المواد (٤٢٠-٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
٩٦. المواد (٤٣٨-٤٢١) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.

٩٧. محمد رفقي عيسى، توضيح القيم أم تصحيح القيم نحو استراتيجية جديدة في الإرشاد النفسي، المجلة التربوية، ع٣، السنة١، مجلس النشر العلمي-جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٤، ص١١٠.
٩٨. عطا الله محمود حسين، العلاقة بين بعض القيم والتصلب في السلوك الاجتماعي، سلسلة الكتاب السنوي للعلوم الاجتماعية، العدد الاول، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص٢٧.
٩٩. د.احمد عبد اللطيف وحيد، علم النفس الاجتماعي، دار المسيرة للنشر، عمان، ٢٠٠١، ص٧٢.
١٠٠. نصت المادة(٣) من قانون اصول المحاكمات العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ على أن:

- ١ - لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الآتية :-
- ١ - زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافا ل قانون الاحوال الشخصية.
- ٢ - القذف او السب او افشاء الاسرار او التهديد او الايذاء اذا لم تكن الجريمة قد وقعت على مكلف بخدمة عامة اثناء قيامه بواجبه او بسببه .
- ٣ - السرقة او الاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال او حيازة الاشياء المتحصلة منها اذا كان المجني عليه زوجا للجاني او احد اصوله او فروعهم ولم تكن هذه الاشياء محجوزا عليها قضائيا او اداريا او مثقلة بحق لشخص اخر .
- ٤ - اتلاف الاموال او تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد.
- ٥ - انتهاك حرمة الملك او الدخول او المرور في ارض مزروعة او مهياة للزرع او ارض فيها محصول او ترك الحيوانات تدخل فيها.
- ٦ - رمي الاحجار او الاشياء الاخرى على وسائل نقل او بيوت او مبان او بساتين او حظائر.
- ٧ - الجرائم الاخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها الا بناء على شكوى من المتضرر منها.
- ب - لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج جمهورية العراق الا باذن من وزير العدل.

١٠١. المادة(٥٩) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٢. المادة(١٨٧) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٣. المادة(٢١٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٤. المادة(٣٠٣) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٥. المادة(٣١١) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٦. المادة(٤٦٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٧. المادة(٢٥٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٨. المادة(٢٥٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٠٩. عرف المشرع العراقي المشروع في ارتكاب الجريمة بأنه: البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية او جنحة اذا اوقف او خاب اثره لاسباب لا دخل

- لإرادة الفاعل فيها. ينظر المادة (٣٠) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق. ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٩١٠٩/هيئة جزائية في ٢٠٢٢/١٠/١٢.
١١٠. ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية-الهيئة الجزائية رقم ١٨٦٦ في ٢٠٠٤/٨/٢٥.
١١١. المادة (١٠٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مصدر سابق.
١١٢. المادة (١٩٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مصدر سابق. ينظر: قرار محكمة احداث كركوك رقم ٢٠١٣/ج/٥٠ في ٢٠١٣/٣/٣١.
١١٣. سورة النساء، آية (١٢٨).
١١٤. سورة آل عمران، آية (١٠٣).
١١٥. المادة (٣٣٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مصدر سابق.
١١٦. سورة البقرة، آية (١٠٩).
١١٧. سورة الحجر، آية (٨٥).
١١٨. المواد (١٠٢-٨٥) من قانون العقوبات العراقي مصدر سابق.
١١٩. المواد (١٠٣-١٢١) من قانون العقوبات العراقي مصدر سابق.
١٢٠. د. محمد زكي ابو عامر، د. سليمان عبد المنعم، القسم العام لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٤٥.
١٢١. المادة (١٢٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٢٢. ينظر المواد (١٨٧، ١٨٨، ٢١٨، ٣٠٣، ٣١١، ٤٦٢) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق. ينظر: قرار رئاسة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ٦ في ٢٠٠٨/١/٢.
١٢٣. ينظر المواد (٢٥٨، ٢٥٦، ٣٠) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٢٤. المادة (١٩٣) من قانون العقوبات اللبناني رقم ٣٤٠ لسنة ١٩٤٣ المعدل.
١٢٥. إميل دوركايم، مصدر سابق، ص ٦٢-٦٦.
١٢٦. وليد لطيف حسين، الباعث على الجريمة، بحث منشور على الانترنت موقع مجلس القضاء الاعلى <https://www.sjc.iq/view.70028>.
- ينظر: قرار رئاسة محكمة تمييز اقليم كردستان-الهيئة الجزائية الثانية رقم ٢٠٠٦/٢٦٨ في ٢٠٠٦/١١/١٢.
١٢٧. المادتين (٢/١٢٨، ١٣٤) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٢٨. نصت المادة (١٣٥) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق، على:
مع عدم الاخلال بالاحوال الخاصة التي ينص فيها القانون على تشديد العقوبة، يعتبر من الظروف المشددة ما يلي:
١. ارتكاب الجريمة بباعث دنيء.
٢. ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف ادارك المجني عليه او عجزه عن المقاومة او في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه.
٣. استعمال طرق وحشية لارتكاب الجريمة او التمثيل بالمجني عليه.

٤. استغلال الجاني في ارتكاب الجريمة صفته كموظف او اساءته استعمال سلطته او نفوذه المستمدين من وظيفته.
٥. اساءة استعمال المركز العام او الثقة المرتبطة به من اجل الحصول على مكسب شخصي؛ او عرض او منح او قبول بعض الامتيازات مخالفة للمهام المنوطة بالمركز العام او بالثقة الممنوحة لمن يشغل هذا المركز؛ والاساءة لحقوق الاخرين بصفة رسمية او محاولة التسبب في وقوع مثل هذه الاساءات والمخالفات؛
٦. ارتكاب مخالفة في ما يتعلق بالاحكام المنصوص عليها في الاقسام الفرعية ٢ (٤) (أ) الى (د) من القانون الاساسي الذي تم بموجبه انشاء المفوضية المعنية بالنزاهة العامة، او تأييد من يرتكب مثل هذه المخالفة او يعيق محاولات الكشف عنها؛
٧. مخالفة اللوائح التنظيمية الصادرة عن المفوضية المعنية بالنزاهة الوطنية بخصوص الكشف عن المصالح المالية.
١٢٩. المادة (١/٤٠٦ج) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٠. وليد لطيف حسين، مصدر سابق.
١٣١. ينظر الفقرة (٢) من الفرع الرابع من الفصل الرابع من الباب الخامس من الكتاب الأول من قانون العقوبات العراقي مصدر سابق.
١٣٢. المادة (١٠٣) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٣. المادة (١/١١٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٤. المادة (١٠٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٥. المادة (١١٩) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٦. المادة (٦٧) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٧. المادة (٦٨) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٨. المادة (٧١) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٣٩. المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق. ينظر: قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ١٠٤٠ في ١/٨/٢٠٠٩.
١٤٠. المادتين (١٤٥، ١٤٦) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق. ينظر: قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ٧٨ في ٢٠٠٧/٩/١٢.
١٤١. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤١ في ٢٠١٤/٣/١١.
١٤٢. المادة (١٤٧) من قانون العقوبات العراقي، مصدر سابق.
١٤٣. د.عبد الامير حسن جنيح، الافراج الشرطي في العراق، دراسة مقارنة، المؤسسة العراقية للطباعة، بغداد، ١٩٨١، ص ٤٤ وما بعدها.
١٤٤. المادة (٣٣١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مصدر سابق.

١٤٥. RICHARD WILMOT: what is rehabilitation, international Journal of offender therapy and comparative criminology, vol.20, 1976, pp. 246-254.
١٤٦. عبد العزيز عوادي، التطورات التاريخية لعلم السجن، مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة ٢٠، العدد ١٩٧٨، ص ٤، ص ٢٥.
١٤٧. المادة (٣٣٢) من قانون اصول المحاكمات العراقي، مصدر سابق.

قائمة المصادر

* القرآن الكريم

أولاً: الكتب

١. د. عادل العوا، الفكر العربي الاسلامي-الاصول والمبادئ، المنظمة العربية للثقافة والاعلام، ادارة البحوث التربوية، تونس، ١٩٨٧.
٢. ابراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالي ومحمد خلف الله، المعجم الوسيط، ط ٤، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤.
٣. د. مختار عبد المنعم السيوني، الوضعية المنطقية بين القيم الدينية والأخلاق عند الفرد، وكالة الشرق للطباعة، مصر، ٢٠٠٢.
٤. صلاح الدين بسيوني رسلان، القيم في الاسلام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٩٠.
٥. د. عبد اللطيف محمد خليفة، ارتقاء القيم (دراسة نفسية)، المجلس الوطني للثقافة والقانون والآداب، الكويت، ١٩٩٢.
٦. د. خليل عبد الرحمن المعاينة، علم النفس الاجتماعي، دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٠.
٧. محمد عارف، الجريمة في المجتمع، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٨١.
٨. حافظ نبيل عبد الفتاح وعبد الرحمن سيد سليمان وسميرة محمد شند، علم النفس الاجتماعي، مكتبة زهران الشرق، القاهرة، ٢٠٠٠.
٩. كامل محمد عويضة، دراسة علمية بين علم النفس الاجتماعي والعلوم الأخرى، ط ١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٦، ص ١٣.
١٠. محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
١١. محمد مصطفى زيدان، معجم المصطلحات النفسية والتربوية، ط ١، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة، ١٩٧٩.
١٢. نوري الراوي، الفن الالمانى الحديث، مطبعة دار التضامن، بغداد، ١٩٦٤.
١٣. ضياء العزاوي، فن الملصقات في العراق، وزارة الثقافة والاعلام، ١٩٧٤.
١٤. عبد الحميد محمد الهاشمي، المرشد في علو النفس الاجتماعي، دار الشروق، جدة، ١٩٨٤.

١٥. أحمد عبد اللطيف وحيد، علم النفس الاجتماعي، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
١٦. إميل دوركايم، ترجمة السيد محمد البدوي، التربية الاخلاقية، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١٥.
١٧. صلاح قنصوة، نظرية قيم الفكر المعاصر، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨١.
١٨. أميرة حلمي مطر، الفلسفة اليونانية تاريخها ومشكلاتها، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٨.
١٩. توفيق الطويل، الفلسفة الخلقية-نشأتها وتطورها، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
٢٠. صالح محمد علي أبو جاود، سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية، دار المسيرة للنشر، ط١، مصر، ١٩٩٨.
٢١. عبد الهادي الجوهري، معجم علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٢٢. عدنان الأمين، التنشئة الاجتماعية وتكوين الطابع، ط١، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٥.
٢٣. د. محمد شلال حبيب، أصول علم الاجرام، ط١، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٥.
٢٤. د. مقداد ياجن، التربية الاخلاقية الاسلامية، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٢.
٢٥. د. علي أسعد وطفة، علم الاجتماع التربوي وقضايا الحياة التربوية المعاصرة، ط١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٨.
٢٦. د. جليل وديع شكور، العنف والجريمة، ط١، الدار العربية للعلوم، بيروت، ١٩٩٧.
٢٧. صالح محمد علي أبو جاود، سيكولوجيا التنشئة الاجتماعية، دار المسيرة للنشر، ط١، مصر، ١٩٩٨.
٢٨. عبد الهادي الجوهري، معجم علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٢٩. عدنان الأمين، التنشئة الاجتماعية وتكوين الطابع، ط١، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٥.
٣٠. د. مقداد ياجن، التربية الاخلاقية الاسلامية، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٢.
٣١. د. علي أسعد وطفة، علم الاجتماع التربوي وقضايا الحياة التربوية المعاصرة، ط١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٨.
٣٢. د. جليل وديع شكور، العنف والجريمة، ط١، الدار العربية للعلوم، بيروت، ١٩٩٧.
٣٣. د. بشير معمري، القياس النفسي وتصميم أدواته، ط٢، منشورات الحبر، الجزائر، ٢٠٠٧.
٣٤. عصمة عدلي، الجريمة وقضايا السلوك الانحرافي بين الفهم والتحليل، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٥. حسأف عبء الحمأف رشوان، الجرأمة(دراسة فف علم الاجأماع الجنائف)، المكأب الجامعف الحأف، الاسكأدرفة، ٢٠١٠.
٣٦. د.مأمء عفسف برهوم ،د.صالح السعأف، علم الاجأماع الجنائف،جامعة الشارقة، الامارات العربفة، ٢٠٠٤.
٣٧. آفء روبرأ عفر، لماذا فأمرء البشر، ط.أ.مركز الخلف للأبأأ، دبف، ٢٠٠٤.
٣٨. مأمء ابراهفم كاضم، بأأ فف القفم السائءة لءف الشبأب، وزارة الشبأب، القاهرة، ١٩٧٣.
٣٩. معن آلفل العمر، الأفرفر الاجأماعف، ط.أ.ءار الشروق للنشر، عمان، ٢٠٠٤.
٤٠. سناء الخولف، الأفرفر الاجأماعف والأأأف، ءار المعارفة الجامعفة، جامعة الاسكأدرفة، ٢٠١٨.
٤١. ءوءة بنف ءابر، علم النفس الاجأماعف، ط.أ.مكأبة ءار الأافة للنشر، عمان، ٢٠٠٤.
٤٢. د.ءمال ابراهفم الحأدرف، شرح القسم الآص من قانون العقوبأ، مكأبة السنهورف، بءءاء، ٢٠٠٩.
٤٣. د.طارق صأفق رشفء كه رءف، حمافة الحرفة الشأصفة فف القانون الجنائف، ط.أ. آراس، ارأفل، ٢٠٠٩.
٤٤. د.عوض مأمء، ءرائم الأشأاص والأموال، ءار النءاء للطباعة والنشر، الإسكأدرفة، ١٩٧٢.
٤٥. د.مأموء نءفب حسنف، شرح قانون العقوبأ-القسم الآص، ءار النهضة العربفة، القاهرة، ١٩٦٢.
٤٦. أأمء مأمء عفف الففومف، المصباح المنفر، ء-١، المكأبة العلمفة، بفرأ، بلا سنة طبع.
٤٧. د.مأمء سعأف رسلان، الآءاب والءقوق العامة للمءأمع، بلا ناشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٩.
٤٨. د.أأمء عبء اللطف وءفء.علم النفس الإءماعف، ءار المسفرفة للنشر، عمان، ٢٠٠١.
٤٩. د.مأمء زكف ابو عامر، د.سلفمان عبء المنعم، القسم العام لقانون العقوبأ، ءار الجامعة الجءفء للنشر، الاسكأدرفة، ٢٠٠٢.
٥٠. د.عبء الامفر حسن ءنفع، الافراج الشرطف فف العراق، دراسة مءارنة، المؤسسه العراقفة للطباعة، بءءاء، ١٩٨١.

أنافأ الرساءل والاطارفع

١. آلفل ابراهفم الواسطف، الماضامفن الفكرفة وعناصر الأصمفم الفنف للملصقات فف العراق، اطروحة ءكأورا، كلية الفنون الجمفلة، جامعة بءءاء، ١٩٨٧.
٢. سففان بو عطفط، القفم الشأصفة فف ظل الأفرفر الاجأماعف وعلافتها بالأوافق المهنف، اطروحة ءكأورا، جامعة منأورف- قسطنطفنة، ءزائر، ٢٠١١-٢٠١٢.

ثالثاً: البحوث

١. وليد لطيف حسين، الباحث على الجريمة، بحث منشور على الانترنت موقع مجلس القضاء الاعلى [/https://www.sjc.iq/view.70028](https://www.sjc.iq/view.70028)
٢. د.محمد عماد الدين اسماعيل، الأطفال مرآة المجتمع(النمو النفسي الاجتماعي للطفل في سنواته التكوينية)،سلسلة عالم المعرفة،المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويتي، العدد ٩٩، الكويت ١٩٨٦.
٣. عبد الرحمن بن محمد الشعوان، القيم وطرق تدريسها في الدراسات الاجتماعية،مجلة العلوم التربوية والدراسات الاسلامية،م،٩٩،العدد١،السنة ١٩٩٧،جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٧.
٤. عبد نور مختاري، القيم الاجتماعية وتداعياتها وتأثيرها في السلوك الاجرامي،مجلة دراسات اجتماعية،مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية،عدد ٣ ، الجزائر، ٢٠١١.
٥. د.فهيمة كريم رزيح، احمد حسن عبد الله الربيعي، آليات الرد الاجتماعي على الانحراف كمظهر للعدالة الجنائية،مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والانسانية،العدد ٣٣،جزيران ٢٠١٧، بابل، ٢٠١٧.
٦. محمد رفقي عيسى، توضيح القيم أم تصحيح القيم نحو استراتيجية جديدة في الارشاد النفسي،المجلة التربوية،ع٣،السنة١،مجلس النشر العلمي-جامعة الكويت،الكويت،١٩٨٤.
٧. عطا الله محمود حسين،العلاقة بين بعض القيم والتصلب في السلوك الاجتماعي،سلسلة الكتاب السنوي للعلوم الاجتماعية،العدد الاول،مؤسسة شباب الجامعة،الاسكندرية، ١٩٩٣.
٨. عبد العزيز عوادي، التطورات التاريخية لعلم السجن،مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة ٢٠،العدد ٤، ١٩٧٨.

رابعاً: الدوريات

١. سلسلة عالم المعرفة،المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويتي، العدد ٩٩، الكويت ١٩٨٦.
٢. مجلة العلوم التربوية والدراسات الاسلامية،م،٩٩،العدد١،السنة ١٩٩٧،جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٧.
٣. مجلة دراسات اجتماعية،مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية،عدد ٣ ، الجزائر، ٢٠١١.
٤. مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والانسانية،العدد ٣٣،جزيران ٢٠١٧، بابل، ٢٠١٧.

٥. المجلة التربوية، ع٣، السنة١، مجلس النشر العلمي-جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٤.
٦. سلسلة الكتاب السنوي للعلوم الاجتماعية، العدد الاول، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٣.
٧. مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة ٢٠، العدد ٤، ١٩٧٨.
- رابعاً: القوانين**

١. قانون اصول المحاكمات العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. قانون العقوبات اللبناني رقم ٣٤٠ لسنة ١٩٤٣ المعدل.

خامساً: احكام المحاكم

١٤٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤١ في ٢٠١٤/٣/١١.
١٤٩. قرار محكمة احداث كركوك رقم ٥٠/ج/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/٣١.
١٥٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٩١٠٩/هيئة جزائية في ٢٠٢٢/١٠/١٢.
١٥١. قرار محكمة التمييز الاتحادية-الهيئة الجزائية رقم ١٨٦٦ في ٢٠٠٤/٨/٢٥.
١٥٢. قرار رئاسة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ٦ في ٢٠٠٨/١/٢.
١٥٣. قرار رئاسة محكمة تمييز اقليم كردستان-الهيئة الجزائية الثانية رقم ٢٦٨/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١١/١٢.
١٥٤. قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ١٠٤٠ في ٢٠٠٩/١/٨.
١٥٥. قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية رقم ٧٨ في ٢٠٠٧/٩/١٢.

سادساً: المصادر الاجنبية

1. Parsons, societies, new jersey, 1966.
2. Gunnar Myrdal, values in social theory, New York, 1958.
3. Morris. C. Varieties of Human Value, Chicago Univ. of Chicago Press, 1956.
4. Michaelis, John.U. Social Studies for Children, A Guide to Basic Instruction. 8th. Ed. Englewood Cliffs, N.J. Prentice – Hall. 1985.
5. Erickson. K .T. Notes on The sociology of deviance and social problems, N.Y.1962.
6. RICHARD WILMOT: what is rehabilitation, international Journal of offender therapy and comparative criminology, vol.20, 1976.



الاحكام القانونية لمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى (دراسة مقارنة)

أ.د ضياء عبد الله عبود ، م. م محمد مهدي محمد

مقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث: يُعدّ منصب رئاسة مجلس القضاء الأعلى من المناصب السيادية في العراق وقد حظي بامتيازات عدة ، منها عدم المساءلة صراحة في جملة النصوص التنظيمية والعقابية والانضباطية والتأديبية الخاصة بالسلطة القضائية فضلاً عن أداة التعيين السيادية التي حُص بها هذا المنصب، وإمتهيازات السلطة القضائية الواردة في المادة (٨٩) من دستور جمهورية العراق، كل هذه الامتيازات جعلت رئيس مجلس القضاء بمنأى عن المساءلة القضائية، مع أهمية وحساسية هذا المنصب.

ثانياً: أهمية الموضوع: إن أهمية الموضوع تتأتى في إمكانية أن يصدر من رئيس مجلس القضاء الأعلى أفعال، أو تصرفات ، تُعدّ مخالفات انضباطية فهل يمكن معها تطبيق عقوبة تأديبيه بحقه ، ووفق أي آلية سوف تفرض عليه لخلو القانون من الأحكام الخاصة بالمساءلة ، بل لم يتطرق القانون لخطوات أو مراحل تلك المساءلة وإنما اقتصر على مساءلة القضاة بصورة عامة ، فهل يطبق عليه ما يطبق على بقية القضاة ، وهو كبير القضاة ورئيس لهم .

ثالثاً: مشكلة الموضوع: تكمن مشكلة الموضوع في عدم وجود نصوص قانونية تنظم كيفية مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى وظيفية، أو إنضباطياً، أو غير الإنضباطية مع اغفال واضح عن قياس العقوبات التي وردت في قانون التنظيم القضائي والخاصة بمحاسبة القضاة على متسنم هذا المنصب من قبل الجهات أو اللجان المختصة بذلك.

رابعاً: نطاق البحث: يتحدد نطاق الموضوع في دراسة مساءلة رئيس السلطة القضائية العراقي الانضباطية والسلطة المختصة بمساءلته

وذلك في ظل القوانين الخاصة بالموضوع في التشريع العراقي ، سواء في ظل المنظومة التشريعية القضائية العامة ، ةنقصد بذلك قانون التنظيم القضائي ، أو غيره من القوانين الخاصة ذات العلاقة بالموضوع ، وسيكون ذلك في القانون العراقي بالدرجة الأساس مقارنة بدول أخرى ، مع بيان موقف القضاء من ذلك .

خامساً : منهج البحث: ان الخوض في موضوع البحث يتطلب منا استخدام المنهج القانوني الإستقرائي من خلال دراسة الكليات التي تخص رئيس السلطة القضائية الواردة في دستور جمهورية العراق وتحليل للنصوص القانونية التي أوردها المشرع للوقوف على معانيها ، وتفصيلها للخروج بأحكام قانونية يمكن استنباطها من بعد ذلك ، واستعراض وصفي للمفاهيم والمصطلحات التي تحتاج ذلك ، مع المقارنة بالقوانين المصرية ذات الصلة.

سادساً : خطة الدراسة: سنقسم الموضوع الى مبحثين ، يُخصص المبحث الأول لمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى إنضباطياً وسنقسمه إلى مطلبين ، المطلب الأول للتعريف بالمخالفة الإنضباطية لرئيس مجلس القضاء الأعلى ، أما المطلب الثاني فيكون للأساس القانوني لمساءلته ، أما المبحث الثاني فنخصصه لمساءلته غير الإنضباطية ، نقسمه الى مطلبين ، الأول للمساءلة الجزائية ، والثاني للمساءلة المدنية ، وسننتهي بالخاتمة التي سنضمنها أهم الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل اليها في هذا البحث بعون وتوفيق من الله تعالى .

المبحث الاول

التعريف برئيس مجلس القضاء الأعلى

تُعَدُّ مجالس القضاء بصورة عامة من الهيئات العليا التي تنظم العمل في السلطة القضائي ويمثل مجلس القضاء الأعلى العراقي قمة الهرم القضائي للسلطة القضائية في العراق ويرأسه رئيس

مجلس القضاء الأعلى الذي يتولى إدارة شؤون القضاء وبهذا لا يكون بمنأىً من الأخطاء التي تستوجب مساءلته وفق أنظمة خاصة وضعتها السلطة القضائية لمساءلة القضاة، كونه قاضي بالدرجة الأولى وإن كان هو رئيس لتلك السلطة، ولكن الأمر يتطلب ضرورة وجود قواعد قانونية خاصة لمساءلته لتمتعه بهذه الصفة فسنحاول الخوض في ذلك، ولأجله سوف نقسم مبحثنا على مطلبين، نتعرف في الأول على تعريف رئيس مجلس القضاء الأعلى والمخالفات التي قد تصدر عنه، أما المطلب الثاني فسوف يكون للأساس القانوني لمسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى.

المطلب الأول

ماهية رئيس مجلس القضاء الأعلى ومساءلته الإنضباطية

مجلس القضاء الاعلى : هو الجهة الإدارية والفنية العليا للقضاء العادي في جمهورية العراق ، ومقره في العاصمة (بغداد) ، ويختص بإدارة القضاء العادي (جزائي ، مدني أحوال شخصية) ، ويتكون من (عشرون) قاضياً هم ، الرئيس (رئيس محكمة التمييز الاتحادية وحكماً هو رئيس المجلس) ، ونائب الرئيس (نائب رئيس محكمة التمييز الاتحادية) ، ورئيس جهاز الادعاء العام عضواً ، ورئيس هيئة الاشراف القضائي عضواً ، وستة عشر عضواً هم رؤساء المحاكم الاستئنافية الاتحادية في العراق ، ما عدا محافظات إقليم كردستان .

وللتعرف على المخالفات التي قد تصدر من رئيس مجلس القضاء الأعلى أثناء أعماله الإدارية لابد لنا أن نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين : نبين في الفرع الأول مفهوم رئيس مجلس القضاء الأعلى ، وشروطه وكيفية إختياره للمنصب ونخصص ، الفرع الثاني للتعرف على مفهوم المخالفات التي يمكن أن تنسب لرئيس المجلس .

الفرع الأول

مفهوم رئيس مجلس القضاء الأعلى وشروطه وكيفية إختياره

للتعرف على مفهوم رئيس مجلس القضاء الأعلى لابد من تقسيم هذا الفرع إلى بندين

أولاً: تعريف رئيس مجلس القضاء الأعلى:

لم نجد تعريفاً فقهياً، ولا قانونياً لرئيس مجلس القضاء الأعلى، إلا أن الدستور ذكر مجلس القضاء الأعلى في المادة (٩٠) ^(١)، كما بين صلاحياته وعليه عُرف رئيس مجلس القضاء الأعلى بأنه: رئيس محكمة التمييز بحكم منصبه وهو الرئيس الأعلى والمباشر لإدارة شؤون الهيئات القضائية كافة عدا قضاء إقليم كردستان ^(٢) ويُعدّ مجلس القضاء الأعلى هو البديل لمجلس العدل الذي شكلته سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة بعد عام ٢٠٠٣، ورئيس مجلس القضاء الأعلى هو البديل (لوزير العدل) فيما كان يتمتع به الاخير من سلطات وصلاحيات تتعلق بواجبات وصلاحيات القضاء وأينما ورد ذلك في القوانين العراقية منها على سبيل المثال صلاحيته في المادتين (٣/ب) و (٥٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ^(٣)،

(١) المادة (٩٠) يتولى مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية وينظم القانون طريقة تكوينه واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه .

(٢) المواد (١٩ ، ٨٧ ، ٨٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٣) د. براء منذر عبد اللطيف ، بدر حمادة صالح ، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي دراسة مقارنة نقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣ / السنة الاولى، ص ٢٥٦، كذلك نصت المادة (٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل: لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناءً على شكوى من المجني عليه ام من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الاتية ... ب - لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج جمهورية العراق الا بأذن من رئيس مجلس القضاء الأعلى ، كذلك ما أشارت اليه المادة (٥٣/ب) : إذا وقعت الجريمة خارج العراق فيجري التحقيق فيها من قبل أحد قضاة التحقيق يندبه لذلك رئيس مجلس القضاء الأعلى

فهو بهذا الوصف يعد من الدرجات الخاصة^(١) التي يتم تعيينهم وفق مراحل متعددة .

اما في (مصر) فرئيس مجلس القضاء الأعلى هو رئيس محكمة النقض بحكم منصبه، وعند خلو منصبه او وجود مانع لديه يحل محله في رئاسة المجلس أقدم نوابه، وفي هذه الحالة ينضم الى عضوية المجلس أقدم نواب رئيس محكمة النقض من غير العضوين المشار اليهما في هذه المادة^(٢).

ثانياً- كيفية تعيينه والشروط المطلوبة لذلك: يعين رئيس مجلس القضاء الأعلى وفق المادة (٦١/٦١/٦١) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥: يختص مجلس النواب بما يلي ...خامساً: الموافقة على تعيين كل من أ- رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية، ورئيس الادعاء العام، ورئيس الإشراف القضائي، بالأغلبية المطلقة بناءً على اقتراح من مجلس القضاء الأعلى، وهذا يعني أن من يعين رئيس مجلس القضاء الأعلى هو مجلس النواب، وكنا نأمل أن يكون الترشيح من مجلس القضاء الأعلى والإختيار لجميع أعضاء المجلس في السلطة التشريعية، على أن يتم إنتخاب رئيس المجلس من قبل المجلس نفسه في أول جلسة يعقدها بالأغلبية المطلقة على أن تكون الرئاسة دورية كل (٤) أو (٥) سنوات .

أما عن شروط التعيين: فهناك نوعان من الشروط لتعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى وهي، شروط عامة، بوصفه أحد عناصر

(١) إن أصحاب الدرجات الخاصة الذين يتم تعيينهم من قبل مجلس النواب بإقتراح من مجلس الوزراء او الجهة التي اناطة بها الدستور ترشيحه لهذا المنصب اذ نصت المادة (٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠، على الوظائف الخاصة وهي التي يتم تعيينهم بمرسوم جمهوري يصدر بناءً على اقتراح من الوزير المختص وموافقة مجلس الوزراء

(٢) المادة (٧٧مكرر/ ١) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ .

السلطة القضائية، وشروط خاصة كرئيس لأعلى سلطة رقابية وتنظيمية للسلطة القضائية^(١)

١- **الشروط العامة:** ونقصد بها الشرط العامة لتعيين القضاة

بوصفه قاضياً قبل أن يكون رئيساً للمجلس^(٢).

أ- أن يكون عراقياً من ابوين عراقيين

ب- أن يحصل على شهادة البكالوريوس في القانون (مدة الدراسة في كلية القانون أو الحقوق ٤ سنوات).

ت- أن تكون لديه خبرة في العمل القانوني أو القضائي

(مهام، أو مدقق، أو موظف) مدة لا تقل عن (٣) سنوات

بعد الحصول على شهادة البكالوريوس.

ث- يقدم طلب للدراسة في المعهد القضائي ويخضع

لاختبارات شفوية وتحريرية، وإذا تجاوزها يقبل للدراسة في

المعهد القضائي.

مدة الدراسة في المعهد القضائي سنتان يتلقى فيهما محاضرات

نظرية وعملية وتطبيق عملي يوميًا في المحكمة تحت إشراف كادر

تدريسي من الأساتذة الجامعيين، أو القضاة والمدعين العامين، أو

المستشارين من أصحاب الخبرة والكفاءة في مختلف الاختصاصات

(٣)

(١) كما إن هناك شروط في الشريعة الإسلامية لتولي القضاء، وهي على نوعين، شروط صحة وهي عشره (الإسلام، العقل، البلوغ، الحرية، العدالة، الاجتهاد، الذكورية، سلامة السمع والبصر والنطق) وشروط كمال وهي: (غير محدود، وغير مطعون في نسبه، وغير أمي، وغير مستعف وغير فقير، وان يكون، فطناً، ونزيهاً، ومستشيراً لأهل العلم، ومهيباً) ينظر عبد الله عبد الوهاب النفيسة، مسؤولية القاضي عن الضرر الناشئ عن التقاضي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للدراسات الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية ٢٠٠٦، ص ٣٩ - ٤٠.

(٢) المادة (٣٦) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) المادة (٥٤) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة المعدل ١٩٧٩.

ج- . بعد تخرجه من المعهد القضائي يتم تعيينه قاضياً او نائباً
للمدعي العام في الدرجة (الرابعة)، وذلك بمرسوم جمهوري
يصدر بناءً على محضر يرفع من قبل رئيس مجلس القضاء
الأعلى^(١)

ح - درجات صنوف لقضاة و أعضاء جهاز الادعاء العام (أربعة) درجات^(٢)

خ - الانتقال من درجة أو الصنف (الرابعة الى الثالثة)، ومن (الثالثة الى الثانية) ومن (الثانية الى الاولى) يتطلب مرور (٥) سنوات بين درجة
واخرى وان يقدم خلالها القاضي بحث بموضوع قانوني ويفضل ان
يكون ذات أبعاد عملية تطبيقية وتتم مناقشتها من قبل لجنة
متخصصة في مجلس القضاء الأعلى .

د- عندما يكون القاضي في الدرجة الاولى وقضي مدة سنتين في
هذه الدرجة يكون مؤهلاً للتعيين في المناصب المتقدمة مثل عضو
محكمة تمييز إتحادية او رئيس محكمة استئناف إتحادية (رئيس قضاة
في كل محافظة)^(٣)

ثانياً - الشروط الخاصة: بما إن قانون مجلس القضاء الأعلى وقانون
التنظيم القضائي ينصان على ان رئيس مجلس القضاء الأعلى هو
رئيس محكمة التمييز الإتحادية فإن تعيينه بمنصبه يتم بترشيح من
مجلس القضاء الأعلى عن طريق التصويت بشرط حصوله على
منصب نائب رئيس محكمة التمييز الإتحادية ويقضي سنتان بهذا
المنصب، وترسل قائمة بأسماء المرشحين الى مجلس النواب
للتصويت بالموافقة الأغلبية المطلقة على تعيينه بناءً على اقتراح

(١) المادة (٣٧) من القانون ذاته .

(٢) المادة (٤٥) من القانون ذاته

(٣) المعهد القضائي، النظام القضائي في العراق ، بحث منشور على موقع السلطة القضائية ،
ص ٢/٢ ، www.hgc.iq/gudicial ، تاريخ الزيارة ٢٣/٢/٢٠٢٣ .

مجلس القضاء الأعلى، فاذا حصلت الموافقة يصدر رئيس الجمهورية مرسومًا بهذا التعيين^(١).
أما في (مصر) فبعد التعديل الأخير لقانون السلطة القضائية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٧، فقد منح القانون رئيس الجمهورية سلطة تقديرية ودون مراجعة أو رقابة لتعيين رؤساء السلطة القضائية وبضمنهم رئيس مجلس القضاء الأعلى متجاوزاً بذلك مبدأ الأقدمية المستقرة منذ عقود^(٢).

الفرع الثاني

مفهوم المخالفة الانضباطية لرئيس مجلس القضاء الأعلى وأركانه

إن قيام مسؤولية القضاة الانضباطية هي نتيجة إخلالهم بواجباتهم الوظيفية، والمهام الموكلة إليهم، بالشكل الذي يمس بمكانة وهيبة وإستقلال القضاء^(٣)، إن بعض التشريعات القضائية لم تعطي تعريفًا محددًا للمخالفة الانضباطية ولا تحدد حالاتها وإنما تكتفي بالإشارة إلى أهم الواجبات التي يجب على القاضي الألتزام بها من أجل المحافظة على استقلال السلطة القضائية. فالمخالفة الانضباطية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم المنصوص عليها في القوانين العقابية، لكنها تخضع لمبدأ شرعية العقوبة مع ترك الحرية للإدارة في اختيار العقوبة المناسبة للمخالفة التأديبية وفقًا للقانون^(٤).

(١) لمادة (٣/رابعاً) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٧، المادة (٦١ / خامساً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٢) يوسف عوف، معركة تعيين رؤساء السلطة القضائية في مصر، مقال منشور في مجلة صدى المصرية على الموقع www.sda.com تاريخ الزيارة ٢٣/٢/٢٠٢٣.

(٣) ينظر المادة (٨٧) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥، كذلك المادة (١٨٦) من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.

(٤) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط٤، دار القارئ للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٨١.

لذلك يستعمل الفقه والقضاء مصطلحات مختلفة للدلالة على الخطأ الذي يرتكبه الموظف بصورة عامة ويؤدي إلى مساءلته إنضباطياً ومن هذه المصطلحات هي (الذنب الإداري، الخطأ الإداري، المخالفة الإدارية، الخطأ التأديبي، الخطأ الوظيفي، المخالفة الوظيفية) ^(١)

وهي جميعها تؤدي إلى معنى واحد هو الفعل الموجب للمساءلة التأديبية. ونحن نؤيد مصطلح (المخالفة الانضباطية)؛ لأنها تتفق مع المنطق وطبيعة الفعل الذي يرتكب من قبل موظف عمومي، والذي يوجب مساءلته إنضباطياً.

تُعرف المخالفة الانضباطية للموظف العام بصورة عامة بأنها: هي كل سلوك يصدر عن الموظف يشكل إخلالاً بواجبات الوظيفة التي ينص عليها القانون ^(٢)

لذلك تُعرف المخالفة الانضباطية القضائية بانها (كل ما يصدر من القاضي يخالف واجبات والسلطات القانونية الموكلة إليه إيجاباً، أو سلباً وبالشكل الذي يمس إستقلالية وهيبة القضاء) ^(٣) أو هو (سلوك ايجابي أو سلبي فعل أو امتناع إرادي يناهض قواعد وأصول وظيفة القضاء ويجافي واجباتها، ويقرر القانون لمثل هذا السلوك، عقوبة تأديبية) ^(٤)

(١) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دون طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٣٥٧.

(٢) د. محمد احمد إبراهيم المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، ط ١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٥٥١.

(٣) د. رنا محمد راضي البياتي، مريم قصي سلمان، ضمانات واستقلال القضاء في المسؤولية التأديبية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ٢١، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٣٢٤.

(٤) د. عمار طارق عبد العزيز، تأديب القضاء، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠٠٧، ص ١٤٦.

وهكذا يمكننا تعريف المخالفة الانضباطية القضائية: بأنها كل فعل صادر من القاضي بحكم منصبه يشكل خرقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات والضوابط الخاصة بالعمل القضائي.

أما عن أركان المخالفة الانضباطية بصورة عامة فقد إتفق الفقه الإداري بأن أركانها هي ذاتها أركان الجريمة الجنائية^(١) إلا إنهم اختلفوا في تحديد عددها، منهم من عدّها بركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، ومنهم من أضاف لها الركن الشرعي ومنهم من رجح بأن يكون لها ركنًا رابعًا وهو ركن الصفة، وذلك للطبيعة الخاصة التي تتميز بها المخالفة التأديبية^(٢)

ونحن نرى إن المخالفة الانضباطية القضائية يكفي لتحقيقها ركنين هما الركن المادي (السلوك المخالف)، والركن المعنوي (الإرادة الآثمة)، وذلك من منطلق عدم الخلط بين القاضي والموظف العام في نطاق المسؤولية التأديبية، فالقاضي في مجال التأديب لا يسأل كالموظف بسبب إستقلالته وسلطته، وهو ما يمنح القاضي الخصوصية بهذا الصدد^(٣).

أولاً: الركن المادي للمخالفة الانضباطية: يتجسد الركن المادي للمخالفة الانضباطية لرئيس مجلس القضاء الأعلى في الفعل المخالف، أو الترك المطلوب منه أدائه بحكم منصبه، أو تقصيره، أو إهماله فيه، فالفعل، والترك هما المسببان للمخالفة الانضباطية^(٤)، مثال ذلك القيام بأحد الأعمال المحظورة عليه وفق الدستور، أو الامتناع عن القيام بإحدى مهامه كرئيس لمحكمة التمييز الإتحادية، أو

(١) د. محمد احمد إبراهيم المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٥٧٨ .
(٢) د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، ط ١، دار نيبور للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٦، ص ١٨٧ .

(٣) مفيد نايف تركي الراشد، تأديب قضاة المحكمة الجنائية الدولية، بحث منشور مجلة بوهوث المستقبلية العلمية الدورية، ٢٠٢١، المجلد الأول، العدد ٤٨، كلية الحدباء الجامعة قسم القانون، ص ١٧٦ .

(٤) د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المصدر السابق، ص ٥٧٨ .

النقض، أو التقصير بواجباته كرئيس لمجلس القضاء الأعلى وفق القوانين التي تحكم عمله .

ثانيًا الركن المعنوي: هو الإرادة الآثمة لرئيس مجلس القضاء الأعلى في ارتكاب الفعل او الترك والذي يشكل اضلالاً بواجبات وظيفته ومقتضياتها^(١).

وينكر البعض وجود الركن المعنوي في المخالفة الانضباطية التي لم يقننها المشرع على سبيل الحصر؛ بحجة أن الإرادة الآثمة لمرتكب المخالفة المراد تأديبه لا تعني أكثر من أنه قد ارتكب الفعل او الإمتناع دون عذر مشروع سواء كان يدرك أنه يرتكب فعلًا خاطئًا أم لا، وسواء كان حسن النية أم العكس^(٢).

وتعددت أسباب المخالفة الانضباطية بين الأسباب الخارجية المتمثلة بالإستقلال النسبي للسلطة القضائية والأسباب الداخلية المرتبطة بالإجراءات الداخلية المرتكبة من القضاة أنفسهم^(٣) وبهذا يمكننا القول إن أركان المخالفة الانضباطية لرئيس مجلس القضاء الأعلى تتمثل في الأفعال المخالفة للقوانين المنظمة للعمل القضائي في الدستور والقوانين الخاصة بالقضاء وترك ما يلزم القيام به كرئيس لأعلى سلطة قضائية (الركن المادي)، كذلك الركن النفسي (المعنوي) المتمثل بالإرادة الآثمة التي أرادت الفعل المجرم قانونًا.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى

(١) د. مازن ليلو راضي ، أصول القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ .
(٢) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ٨٤ ،
د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، المصدر السابق ، ٣٥٩ .

(٣) د. باخويا دريس ، ضمانات التعويض عن الأخطاء القضائية في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد الاثنا عشر ، جامعة باتنة ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ١٥٦-١٦٠ .

ويقصد بالأساس القانوني للمسؤولية بصورة عامة: هي الأصول والمبادئ التي بنيت عليها وتفرعت عنها من خلال مجموعة القواعد القانونية التي تحرم، وتعاقب التصرفات التي يرتكبها الموظفون، والتي تؤدي إلى التأثير على حسن سير، واطراد المرفق العام، فمتى إرتبط العامل بوظيفة نشأ حق السلطة التأديبية في معاقبته عندما يخرج عن مقتضى واجباتها^(١).

إذ قسم بعض الفقه المخالفات والأخطاء التي يقوم، أو يقع بها القضاة هي، إما ان تكون تصرفات عمدية، وهي (الغش أو الخداع، التدليس، الغدر، وانكار العدالة)، وقد تكون تصرفات غير عمدية وهي الخطأ المهني الجسيم وهو أي انحراف عن المبادئ القانونية الأساسية، أو أي اهمال غير مبرر في الوقائع الثابتة بملف الدعوى^(٢).

ومن مفهوم المخالفة فإن الخطأ البسيط الذي يمكن تصحيحه لا يرتب المؤاخذة على القاضي^(٣).

لذلك سوف نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين نبين في الأول التشريعات الخاصة بمسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى، أما الثاني فسوف يكون للسلطة المختصة بمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى إنضباطيًا.

(١) د. محمد احمد إبراهيم المسلماني، المصدر السابق، ص ٥٤١.

(٢) جمال الدين عبد الله مكناس، النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد ١، المجلد ٤٢، ٢٠١٥، ص ٢١١-٢١٦.

(٣) لا يخل بالتهمة السهو أو الخطأ المادي الذي لا يخرج الواقعة عن وصفها القانوني ولا يؤثر في دفاع المتهم (ينظر المادة (١٩٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .

الفرع الأول

التشريعات الخاصة بمسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى

نقصد بالتشريعات في هذا المجال هي القوانين والأنظمة والتعليمات الخاصة بمساءلة القضاة بصورة عامة، وتلك التي تمس منصب رئاسة مجلس القضاء الأعلى بصورة خاصة ففي (مصر)

هناك قوانين عدة تضمنت تنظيم مسؤولية رجال القضاء^(١).

أما في العراق، فقد نظم ذلك كل من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل، وقانون مجلس القضاء الأعلى رقم (١١٢) لسنة ٢٠١٢ (الملغي) والذي حل محله قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧^(٢).

وقانون هيئة الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، والأنظمة والتعليمات التي يصدرها مجلس القضاء الأعلى بخصوص أعمال القضاة، فكل هذه القوانين، والأحكام خاضعة للنظرية التنظيمية في

(١) القانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ في السلطة القضائية القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ قانون المحكمة العليا؛ القانون رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٦٩ بشأن تعيين وترقية أعضاء الهيئات القضائية؛ القانون رقم (٦٢٤) لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم شؤون رجال القضاء الشرعي المنقولين إلى المحاكم الوطنية؛ القانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون التأمين والمعاشات لموظفي الدولة ومستخدميها وعمالها المدنيين؛ قرار رئيس الجمهورية رقم (٢١٨٢) لسنة ١٩٦٣ بمنح رجال القضاء راتب طبيعة عمل؛ ينظر ديباجة قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ .

(٢) تم إعادة تأسيس مجلس القضاء الأعلى بعد أن تم حله وذلك إستنادا إلى الأمر الصادر من سلطة الائتلاف المؤقت المنحلة (٣٥) ، إذ بين الغرض من إنشاء مجلس القضاء الأعلى فقد أشار القسم الأول من الأمر (٣٥) الصادر من سلطة الائتلاف المؤقت المنحلة، بأن الغرض من التأسيس هو بمثابة الجهاز القضائي الذي يشرف على النظام القضائي ويمارس المجلس وظائفه بشكل مستقل من وزارة العدل، كما أن القسم الثالث من الأمر نفسه، وقد بين أهم الاختصاصات التي يمارسها هذا المجلس وهي:

* الإشراف الإداري على القضاة وأعضاء الادعاء العام كافة فيما عدا أعضاء محكمة التمييز .

* النظر في ادعاءات إساءة السلوك من قبل القضاة وأعضاء الادعاء العام، وإتخاذ الإجراءات الانضباطية ألملاءمة بحقهم ومن ضمنها عزلهم عن مناصبهم، ينظر ، أحمد عبيس نعمة الفتلاوي ، السلطان القضائية و التشريعية طبقا للدستور العراقي، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، كلية القانون - جامعة الكوفة، العدد السابع ، ٢٠١٧ ، ص ٨٨-٨٩ .

العلاقة القانونية التي تربط الموظف العام بالدولة، والتي تقضي بأن كل أحكام الوظيفة العامة بما تنظمه من حقوق، وما تفرضه من واجبات تكون مستمدة من النصوص، والقوانين، والأنظمة والتعليمات المنظمة لها^(١).

محكومة بعدم مخالفة ما ورد في الفصل الثالث من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥، والخاص بتنظيم السلطة القضائية في العراق^(٢).

الفرع الثاني

السلطة المختصة بمسألة رئيس مجلس القضاء الأعلى إنضباطياً

بحكم المادة (٤٧) من دستور جمهورية العراق، والتي تقضي بأن تتكون السلطات الاتحادية من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس إختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، وعززتها بالمادة (٨٧) والتي قضت بأن يكون للسلطة القضائية كامل إستقلالها بعد إن كانت قبل صدور دستور ٢٠٠٥ تابعة للسلطة التنفيذية فقد غُخِصت السلطة القضائية بالتشريعات الخاصة بها وبينت السلطات المختصة في مسألة قضاتها، ومن قبلها إذ نص قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل، في المادة (٤٣) منه على (تقام الدعاوى في الحقوق الناشئة عن هذا القانون لدى لجنة شؤون القضاة المؤلفة من ثلاثة أعضاء يختارهم مجلس القضاء الأعلى من بين القضاة من اعضاءه في بداية كل سنة، وتكون قراراتها في هذه الدعاوى قابلة للطعن فيها، أمام الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية من قبل رئيس مجلس القضاء الأعلى ومن قبل القاضي الذي صدرالقرار ضده خلال ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ به وقرارها في هذا الشأن نهائياً)،

(١) د. غازي فيصل مهدي، شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام المعدل، دون طبعة، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٣٠.

(٢) المواد (٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ النافذ.

وإستنادًا إلى امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ الملغى الخاص بإعادة تشكيل القضاء، يقوم مجلس القضاء بتعيين لجنة تأديبية من ثلاثة قضاة من أعضاء المجلس في الأقل تتولى اللجنة التحقيق في الادعاءات الخاصة بسوء السلوك وعدم الكفاءة المهنية الواردة بحق القضاة وأعضاء الإدعاء العام، وتصدر القرارات المناسبة بخصوص البت فيها وتشمل هذه القرارات على سبيل المثال لا الحصر بتنحية القاضي، أو عضو الادعاء العام عن مناصبهم في حالة إثبات الإدعاء الوارد ضدهم، وفي هذه الحالة يحق للقاضي أو عضو الإدعاء العام الذي صدر بحقه قرار من اللجنة الإنضباطية التي يطعن فيها أمام مجلس القضاء خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدوره ويكون قرار المجلس نهائيًا ولا يجوز الطعن فيه أو إستئنافه، وقد نص المشرع العراقي على عدم قيام الدعوى الإنضباطية للقضاة بقرارات من مجلس القضاء الأعلى بإحالتها على لجنة شؤون القضاة على أن يتضمن القرار بيانًا للواقعة المسندة اليه والأدلة المؤيدة بها، ويبلغ هذا القرار لكل من القاضي، والإدعاء العام^(١).

ويبلغ قرار اللجنة إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس الادعاء العام وإلى القاضي وتتبع اللجنة في إجراءاتها القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢)، وبما إن قانون السلطة القضائية رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧ قد ألغى أمر سلطة الائتلاف المؤقت (المنحل) (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ وفق المادة (١٠) فقد اصبح المجلس هو المختص في تشكيل اللجنة وفق المادة (٣/ثاني عشر)

(١) المادة (٦٠/أولاً) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢) المادة (٦٠/ثانيًا/أ، ب، ج، د، هـ، و) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة المعدل ١٩٧٩ .

وبما أن القاضي هو الشخص الطبيعي الذي يتولى وظيفة القضاء بغض النظر عن المؤسسة القضائية التي ينتمي إليها أو غلتي يعمل فيها^(١)

فيمكننا القول إن السلطة التأديبية المختصة بمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى وهو أحد القضاة الخاضعين لقوانين وأنظمة السلطة القضائية، هي ما ذكرناه إنفًا، إذ ليس من المعقول ان يستثنى أحد في دولة قانونية من المساءلة إذا ما أخطأ، أو قصر أو تراخى بمهام أعماله، وإلا تكون أداة التعيين التي عينته في منسبة هي المختصة في مساءلته إنضباطياً بذلك وحسب القواعد العامة للتعينين^(٢).

لكن الواقع غير ذلك فمن إستقراء قانون السلطة القضائية، والأنظمة التعليمات الصادرة استنادًا لها تشير إلى إن رئيس مجلس القضاء الأعلى يكون هو الحكم والخصم إذا ما أخطأ إنضباطياً او قصر في عمله، لذا ندعو المشرع العراقي أن يفصل بين منصب رئاسة مجلس القضاء الأعلى، ورئاسة محكمة التمييز الإتحادية، أو أن يفرد نص خاصًا لمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى في قوانين السلطة القضائية، ليكون ذلك عن طريق تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ بإضافة مادة في القانون (١- يكون تأديب القضاة بجميع درجاتهم وأصنافهم بإستثناء رئيس وأعضاء محكمة التمييز الإتحادية من قبل لجنة ثلاثية تشكل من قبل هيئة الاشراف القضائي ٢- تكون مساءلة رئيس وأعضاء محكمة التمييز الإتحادية - ورئيس الادعاء العام، وأعضائه ورئيس هيئة الاشراف القضائي وأعضائها من القضاة من قبل لجنة خاصة تشكل في

(١) -د. مفيد نايف تركي الراشد ، تأديب قضاة المحكمة الجنائية الدولية ، بحث منشور في كلية الحداثة الجامعة ، مركز الدراسات المركزية ، بحوث مستقبلية ، العدد ٤٨ ، لسنة ٢٠١٧ ، ص ١٧٧ .

(٢) نصت المادة (٩١ /أولاً /ثانياً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ ، (يمارس مجلس القضاء الأعلى...ثانياً - ترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الإتحادية ، ورئيس الادعاء العام ، ورئيس هيئة الاشراف القضائي وعرضها على مجلس النواب للموافقة على تعيينهم).

مجلس القضاء الأعلى برئاسة رئيس مجلس القضاء الأعلى) ، على
إعتبار إن هيئة الاشراف القضائي هي الجهة المسؤولة عن مراقبة
سلوك القضاة في جميع محاكم العراق^(١)، أو يكون الإختصاص

(١) ينظر في ذلك قرار محكمة التمييز الإتحادية
المرقم (٢٠١٨//١٩٤٣) في ٢٠١٨/١/٣١

(لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية
لمحكمة التمييز الإتحادية وجد أن القاضي قدم إلى
هذه المحكمة طعنه على القرار الصادر من السيد هيئة
الإشراف القضائي والمتخذ بموجب كتاب هيئة الإشراف
القضائي بالعدد ق.ت/٢٠١٧/٢١٢/١١٣٧ في ٢٠١٧/١١/١٣
وقد تضمن طعنه بأن السيد رئيس هيئة الاشراف القضائي
وبموجب الكتاب المذكور سلفا أصدر توجيهها له ، والذي
جاء في حيثياته (... إن التصرف الذي صدر منك يعتبر
تدخل بأعمال لا علاقة لك بها وهي من إختصاص قاض آخر
ولا يأتلف والسلوك القضائي القويم ... إلخ) . وطلب
نقض هذا (القرار) لمخالفته للقانون وعريضة الطعن
هذه المقدمة من قبل القاضي أعلاه واجبة الرد شكلا
، لأن حقيقة وفحوى الكتاب الصادر من رئاسة هيئة
الإشراف القضائي لا يعتبر عقوبة إنضباطية وذلك
إستنادا لصراحة نص المادة (٥٨) من قانون التنظيم
القضائي التي ذكرت العقوبات التي تصدر بحق القاضي
أو عضو الإدعاء العام عند ارتكابه أي فعل أو تصرف
يثير الشك أو الريبة ولا يأتلف مع كرامة القضاء
والعقوبات هي (١- الإنذار . ٢- تأخير الترفيع او
العلاوة . ٣- إنهاء الخدمة .) كما إن هذه المادة قد
عقدت الإختصاص الحصري الى اللجنة الإنضباطية لشؤون
القضاة ، وأعضاء الإدعاء العام بفرض العقوبات
الإنضباطية والتي جاءت على سبيل الحصر ، ولهذا لا
يعتبر توجيه عقوبة إنضباطية لأن توجيه القاضي من
قبل رئاسة هيئة الإشراف القضائي بعد التحقيق معه
ينبع من فلسفة أخلاقية سامية تضع المحافظة على
كرامة القضاء ، والقضاة في قمة أولوياتها . ولا يأتي
ذلك إلا من خلال تبني رئاسة هيئة الإشراف القضائي ،
وبموجب أحكام قانونها منها ابويا ايجابيا تأخذ على
عاتقها تقويم ما شاب من أخطاء إرتكبها القاضي أو
عضو الإدعاء العام دون فرض أي عقوبة إنضباطية بحقه
بغية حثه على تصحيح مسيرته القضائية وتشجيعه على
تجاوز سلبياته وعدم العودة لها ولهذا نتلمس الحكمة
التشريعية من ايراد نص المادة (١٠) من قانون هيئة

منعقد للجنة مختصة تتشكل وفق الآتي : (تكون مساءلة رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية إنضباطياً من قبل لجنة خاصة تشكل برئاسة رئيس جهاز الإدعاء العام وعضوية رئيس هيئة الإشراف القضائي وأحد أعضاء محكمة التمييز ، على أن لا يكون العضو المحال على اللجنة أو رئيسها من ضمنها) أو (تكون مساءلة رئيس جهاز الادعاء العام إنضباطياً من قبل لجنة خاصة تشكل برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية وعضوية رئيس هيئة الإشراف القضائي ونائب رئيس الادعاء العام) أو (تكون مساءلة رئيس الإشراف القضائي إنضباطياً من قبل لجنة خاصة تشكل برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية أو نائبه عند غيابه وعضوية كل من رئيس جهاز الادعاء العام وأقدم قاضي في هيئة الإشراف القضائي ، تكون قرارات اللجنة قابلة للطعن أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز إذا كان رئيسها) (ويمكن ان يكون الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا) .

ويبدو أن المشرع المصري في قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ كان أكثر تنظيماً من المشرع العراقي إذ جعل تأديب

الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦ والتي أعطت لرئيس هيئة الإشراف القضائي توجيه كتاب إلى القاضي أو عضو الإدعاء العام إذا تبين له قد ارتكب خطأ غير جسيم . ولأن المميز قد طعن بالقرار الصادر من السيد رئيس هيئة الإشراف القضائي والذي أصدره بالإستناد الى النص القانوني أعلاه فيكون مثل هكذا قرار غير قابل للطعن به أمام أي جهة سواء كانت تلك الجهة قضائية أم غير ذلك وأزاء هذا المانع القانوني لا يمكن لهذه المحكمة التصدي بنظر موضوع الطعن سلباً أم ايجاباً لعدم الإختصاص وإن اختصاصها بموجب أحكام قانون التنظيم القضائي المتعلق بهذا الشأن ،النظر تمييزاً بصحة القرارات التي تصدرها اللجنة الإنضباطية لشؤون القضاة وأعضاء الإدعاء العام فقط. وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة رد الطعن التمييزي شكلاً وصدراً بالقرار بالإتفاق في ١٤/ جمادى ال اولى/ ١٤٣٩ هـ الموافق ٣١/١/٢٠١٨ م).

القضاة بجميع درجاتهم من قبل مجلس مكون من أقدم رؤساء محاكم الإستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً وعضوين من أقدم قاضيين في محكمة النقض وأقدم نائبي رئيس محكمة الإستئناف وعند غياب الرئيس، أو أحد أعضائه، أو وجود مانع لديه يحل محله الذي يليه في الأقدمية^(١)، وجعل اختصاص رفع الدعوى التأديبية موكلاً إلى نائب الإدعاء العام أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي، ولا تقام الدعوى إلا بناءً على تحقيق جنائي أو بناءً على تحقيق إداري^(٢)

المبحث الثاني

المساءلة غير الانضباطية لرئيس مجلس القضاء الأعلى

يقصد بالمسؤولية بصفة عامة هي حالة الشخص الذي إرتكب أمراً يستوجب المؤاخذة وهي قد تكون أدبية نتيجة مخالفة التزام أخلاقي، وقد تكون مسؤولية قانونية نتيجة مخالفة قاعدة قانونية تستدعي جزاءً قانوني^(٣)

ولدراسة مسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى غير الانضباطية لابد لنا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الأول المساءلة الجزائية لرئيس مجلس القضاء الأعلى ونخصص الثاني للمساءلة المدنية لرئيس مجلس القضاء الأعلى.

(١) المادة (٩٨) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ .

(٢) المادة (٩٩) من القانون أعلاه.

(٣) د. السعيد محمد الازمازي، المسؤولية المدنية للقضاة دراسة تاصيلية وتحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري والأنظمة العربية والقانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة الثامنة والاربعون، وزارة العدل المصرية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦ .

المطلب الأول

المساءلة الجزائية لرئيس مجلس القضاء الأعلى

تقوم مسؤولية القضاة إذا ما حصل الإخلال بواجباتهم الوظيفية، وإذا ما تعدى هذا الإخلال بالقوانين والأنظمة والتعليمات التي تحكم كافة جوانب وظائفهم القضائية فإن ذلك يؤدي والحال إلى مساءلتهم جزائياً، وإذا أمكننا القول إن رئيس مجلس القضاء الأعلى هو قاضٍ قبل كل شيء، فمن باب أولى يكون خاضعاً لتلك القوانين والنتيجة مساءلته أما قضائياً أو جزائياً إضافةً لمساءلته إنضباطياً.

لذلك سوف نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين نبيين في الأول ضمانات مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى، أما الثاني فسوف يكون للجرائم الخاضعة للمسؤولية الجزائية لرئيس مجلس القضاء الأعلى.

الفرع الأول

ضمانات مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى

لقد حرص القضاء بصورة عامة على إيجاد ضمانات في مجال التأديب للعاملين والموظفين وغيرهم من المتعاملين مع الإدارة، تتمثل احترام الإجراءات الخاصة بمساءلتهم^(١)، أما الدستور فهو الآخر قد حرص على إيجاد ضمانات لرئيس مجلس القضاء الأعلى من تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال منحه الإستقلال التام، كما نص قانون التنظيم القضائي (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ على إجراءات غير ميسرة لمساءلتهم، ومن أهم تلك الضمانات لا سلطان عليهم الغير قانون، وكذلك لا يمكن مساءلة القاضي إلا من خلال لجنة شؤون القضاة، التي تشكل وفق المادة (٣) من قانون مجلس القضاء الأعلى، وعند الربط بين ضمانات القاضي العادي، ورئيس

(١) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، ط ١، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٤٥.

مجلس القضاء الأعلى نجد إن الأخير يتمتع بضمانات تفوق القاضي العادي وأهمها ان يكون تعيينه على مرحلتين ، الأولى الترشيح ^(١) من قبل مجلس القضاء الأعلى كرئيس لمحكمة التمييز الاتحادية (وهو بحكم منصبه يكون رئيساً لمجلس القضاء الأعلى) والثانية عندما يصوت عليه مجلس النواب بالأغلبية المطلقة ^(٢).

بالإضافة إلى الضمانة الإدارية والمتمثلة بوجود لجنة تحقيق مألوفة من ثلاثة قضاة تقوم بالتحقيق في الاتهامات الموجه للقاضي ، والسماح للقاضي بالدفاع عن نفسه ، أو توكيل محام يتول الدفاع عنه ، وكان الأولى أن يتم حضور محام مع القاضي اعمال اللجنة ، وفي حالة عدم حضوره يتم انتداب محام للدفاع عنه ، وفق الأحكام القانونية للانتداب .

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية لرئيس مجلس القضاء الأعلى

إن مسؤولية القاضي تقوم عندما يخل بالواجبات والمهام الموكلة إليه ، وبالشكل الذي يمس هيبته ومكانة وإستقلال القضاء ، والمصلحة العامة أما الخطأ القضائي في الرأي القضائي للحكم ، وإن تعرض للطعن أو الإلغاء بطريقة من الطرق القانونية لا يعد إخلالاً بواجبات وظيفته ^(٣).

فعند إحالة القاضي الى لجنة شؤون القضاة في الدعاوي الإنضباطية ^(٤) وترى هذه اللجنة إن الفعل المسند إليه يعد جريمة من نوع الجنح أو الجنايات فإن عليها أن تقرر إحالته إلى المحكمة المختصة ، وحسب أحكام القانون وترسل إليها أوراق الدعوى ويتم سحب يد

(١) المادة (٩١/ثانياً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٢) المادة (٦١/خامساً / أ) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥

(٣) المستشار الدكتور محمد سلمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطئ العدالة "دراسة مقارنة" ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١١ ، ص ٢٠١٦ .

(٤) ينظر المادتين (٥٨،٤٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

القاضي خوفاً من التأثير على سير التحقيق بحكم منصبه، وفق قانون انضباط موظفي الدولة^(١).

وسحب اليد يختلف عن التنحي الذي يكون عادةً بطلب يقدمه القاضي إلى الجهة المختصة بموجب القانون، والتي يجب عليها بيان رأيها فيه، أما بالقبول أو الرفض^(٢)، بيد إن اللجنة غير ملزمة بانتظار نتيجة المحاكمة الجزائية فلها أن تقرر وقف الإجراءات من عدمه دون إلزام، كما إن قرار المحكمة المختصة ببراءة القاضي، أو الافراج عنه، أو إنهاء الدعوى بأي طريقة، لا يعني إنتهاء عمل لجنة شؤون القضاة بل عليها الإستمرار في نظر الدعوى، وفي مسار خاص بها، وفق ما تحتاجه الدعوى الإنضباطية^(٣).

إن هذه الإجراءات التي تقوم بها ممكن أن تنصرف على رئيس مجلس القضاء الأعلى إذا ما أحيل إلى لجنة شؤون القضاة، وإذا ما تراءى للجنة المذكورة إن التهمة الموجه إليه يمكن إحالتها إلى محكمة الجنايات.

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية لرئيس مجلس القضاء الأعلى

تعد مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى نظاماً قانونياً ذو طبيعة خاصة إذ يتطلب منصبه السيادة توخي الدقة والنزاهة والحيدة والإستقامة إضافة الى الفهم بالأحكام، والمساواة بين الخصوم في دعاوى، وبين عمال القضاء عند ممارسته رقابته الإدارية، لذلك سوف نقسم مطلبنا هذا الى فرعين، نبين في الأول

(١) الأستاذ عبد الأمير العكيلي، د. سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، طبعة جديدة ومنقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٨٢، ينظر المادة (٦١) من قانون التنظيم القضائي (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

(٢) د. زينب أحمد عوين، نورس رشيد طه، ضمانات الحد من الأخطاء القضائية في الاحكام الجزائية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٥٧.

(٣) د. عمار طارق عبد العزيز، المصدر السابق، ص ١٤٨.

مسؤولية رئيس مجلس القضاء الأعلى مدنيًا، اما الثاني فنبين فيه الطعن بالأحكام الصادرة بحقه.

الفرع الأول

المسؤولية المدنية لرئيس مجلس القضاء الأعلى

قبل الخوض في إمكانية مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى مدنيًا ، لابد لنا تعريف المسؤولية المدنية للقاضي ، كطريق قانوني واستثنائي أجازة المشرع في حالات محددة، يمكن من خلالها إثارة المسؤولية المدنية للقاضي عند ارتكابه لفعال غير مشروع يلحق ضرراً بأحد الخصوم ، إذ تعرف بصورة عامة : بأنها عمل غير مشروع من الناحية المدنية تنشأ عنه آثار قانونية متعددة^(١)، وفي مجال الدعاوى المدنية على القضاة فقد عُرفت بانها دعوى مدنية ترفع من خصم على قاضي لمساءلته مدنيًا عما ارتكبه من أخطاء نص عليها المشرع أثناء نظر الدعوى مطالبًا إياه بتعويض عن ما أصابه من ضرر نتيجة لهذا الخطأ، ويترتب على الحكم بصحتها بطلان الحكم أو العمل أو الإجراء كنتيجة حتمية لثبوت ما وقع من القاضي من إخلال بواجبه^(٢).

أو هي دعوى مدنية ذات طبيعة خاصة، يقيّمها أحد الخصوم في الدعوى في المحكمة أصلاً على قاضٍ أو هيئة المحكمة أو أحد قضاتها، ويراد بها تضمين القاضي وإلزامه الأضرار التي لحقت بالمشتكى عند توافر أحد أسباب الشكوى المبينة في القانون^(٣)

(١) د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة طبع ، ص ١٤٣ .

(٢) د. علي بركات ، دعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٤ .

(٣) د. دادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، دون طبعة ، مطبعة دار الكتب ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٥١ .

وإن من أهم الدعاوى المدنية التي على المجني عليه أو المدعي بالحق الشخصي رفعها كأثر من آثار سلطة المحكمة في التكييف القانوني للواقعة في القانون المدني هي دعاوى الاسترداد والتعويض^(١)

إلا إنه لا يمكن رفع الدعوى المدنية في هذه الحالة إستقللاً، وإنما يصح رفعها تبعاً للدعوى الجزائية ذاتها وفقاً للتبعية الإجرائية لا الموضوعية للدعوى^(٢)، وهذا ما أكدته قانون المرافعات المدنية العراقي ذي العدد (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في الباب الرابع منه والمعنون (الشكوى من القضاة)، إذ نصت المادة (٢٨٩) من (لكل من طرفي الخصوم أن يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أو أحد قضااتها...إل... إذا وقع من المشكو منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم...بعريضة بواسطة كاتب العدل)، وتكون الشكوى بعريضة مقدمة إلى محكمة الإستئناف التابعة إلى المشكو منه إلا إذا تعلق الشكوى برئيس محكمة الإستئناف، أو، أحد قضااتها فتقدم الشكوى إلى محكمة التمييز^(٣)

هكذا يبدو لنا إن المشرع العراقي قد أجاز الشكوى مدنياً من قضاة المحاكم بكافة درجاتها سواءً كانت عادية، أو، إستئنافي بصفتها الأصلية، أو التمييزية، وقضااتها المنفردين أم كانت هيئة محكمة، إلا إن السؤال مدار البحث، هل من الممكن مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى بهذه الصفة وكونه رئيساً لمحكمة التمييز الإتحادية مدنياً؟

عند إستقراء نص الماد (١/٢٨٦) من قانون المرافعات العراقي والتي تقضي (بأن للخصوم في الدعوى أن يشكو القاضي أو هيأه المحكمة

(١) منتظر فيصل كاظم مشعل ، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٣ ، ص ١٤٣ .

(٢) عوض محمد عوض ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ .

(٣) المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

إذا وقع من المشكو منه..) نجدها جاءت مطلقة، ولم تخص هيئة عن أخرى وانها لم تذكر هيئة محكمة التمييز الإتحادية وقضاتها بصفتهم، إذ يمكننا القياس من باب أولى أن تكون محكمة التمييز الإتحادية وقضاتها من المحكومين في نص هذه المادة، إذ عُدَّ قانون التنظيم القضائي محكمة التمييز الإتحادية إحدى أنواع المحاكم وحدد اختصاصاتها، وفق المواد (١١، ١٢، ١٥)، كما نص قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ على إن (محاكم الجزاء هي محكمة الجنب، ومحاكمة الجنابات، ومحاكمة التمييز الإتحادية وتختص هذه المحاكم بالنظر في جميع الدعوى الجزائية، إلا ما استثني بنص خاص) (١).

وقد ألزم المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية محكمة التمييز الإتحادية في بعض الحالات الفصل في الدعوى إذا كان صالحًا للفصل فيه (٢).

أما ما يخص مخاصمة القضاة في قانون المرافعات المدنية المصري فقد وضع القانون قواعد خاصة لمخاصمة القضاة وإجراءات محددة يجب مراعاتها عند رفع دعوى، وإجراءات المخاصمة، وهي تختلف عن إجراءات دعوى التعويض العادية وتمثل هذه الإجراءات المظهر الوحيد للحماية المقررة لرجال القضاء في ما يخص مسؤوليتهم عن أعمال ووظائفهم فقد أوجب رفع دعوى المخاصمة أمام محكمة الإستئناف، أو محكمة النقض حسب الأحوال مهما

(١) المادة (١٣٧ / أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .

(٢) المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

كانت قيمة الدعوى حتى ، لا يفصل فيها قاضي أقل درجة من القاضي المخاصم^(١)، إذا ما صدر منه ن إحدى الحالات الآتية^(٢) أولاً - التدليس : عندما يصدر القاضي حكمه مخالف للعدالة بدافع البغض أو المحبة لأحد الخصوم أو للمصلحة الشخصية . ثانيًا- الغش : وهو تحريف أقوال أحد الخصوم أو الشهود بقصد تغيير الحقيقة بدافع الكراهية أو المحبة أو المصلحة الشخصية . ثالثًا - الغدر: وهو ادخال القاضي بذمته فائدة مادية اضرارًا بالخرينة العامة أو الافراد. رابعًا - الخطأ المهني الجسيم : هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه القاضي تحت تأثير غلط فاضح ما كان ليرتكبه لو أنه إهتم بواجبات وظيفته إهتمامًا عاديًا^(٣). خامسًا - إمتناع القاضي عن الرد على العريضة التي قدمت إليه أي عن إتخاذ أمر ولائي طلب إليه بالقبول أو الرفض^(٤)، أو عدم الإجابة على استدعاء ما أو عن الفصل في قضية جاهزة للحكم^(٥) وبهذا يمكننا القول إن محكمة التمييز الإتحادية كقضاة أو هيئة يمكن الشكوى منهم مدنيًا كذلك ينصرف أيضًا على منصب رئيس محكمة التمييز الإتحادية والذي يكون بحكم منصبه رئيسًا لمجلس القضاء الأعلى، كما فعل قانون المرافعات المدنية المصري الذي أجاز

(١) د . السعيد محمد الازمازي، المصدر السابق، ص ٨٢، ٨٣ .

(٢) ينظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، الخطأ المهني الجسيم ومخاصمة القضاء ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، السنة السابعة عشر ، ١٩٧٣ ، ص ٩٥١ .

(٣) جمال الدين عبد الله مكناس، المصدر السابق ، ص ٢١٦ .

(٤) د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، المصدر السابق، ص ٩٥١ .

(٥) جمال الدين عبد الله مكناس، المصدر أعلاه ، ص ٢١٣ .

مخالفة جميع القضاة بما فيهم قضاة محكمة النقض (التمييز) في المادة (٤٩٦) منه بقولها (تدكم المحكمة في تعلق أوجه المخالفة بالدعوى وإذا كان القاضي المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض تولت الفصل في جواز قبول المخالفة إحدى دوائر هذه المحكمة في غرفة المشورة)^(١).

الفرع الثاني

العقوبات الممكن فرضها على رئيس مجلس القضاء الأعلى

والطعن بها

قبل الدخول في دراسة الطعن بهذه القرارات لا بد لنا أن نتعرف على ماهية العقوبات التي يمكن فرضها على القضاة أو المدعين العاميين ومنهم رئيس مجلس القضاء الأعلى بوصفه قاضي قبل أن يكون ذي صفة عليا في المجلس .

ففي مجال العقوبات الانضباطية تخضع هذه العقوبات لمبدأ (لا عقوبة إلا بنص) بمعنى أن العقوبات التي تفرض على القضاة محددة على سبيل الحصر فلا يجوز فرض أي عقوبة على القاضي ما لم تكن مقررة قانوناً وإلا تُعد باطلة، وعلى الهيئة القضائية المختصة بفرض هذه العقوبات الإلتزام بذلك^(٢)

وقد حدد قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل هذه العقوبات بثلاث عقوبات وهي كالآتي:
أولاً: الإنذار يترتب عليها تأخير العلاوة أو الترفيع لمدة ٦ أشهر^(٣).

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، المصدر أعلاه، ص ٩٥٣ .

(٢) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، النظام الانضباطي للقضاة والمدعي ، العاميين ، في التشريع المقارن ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٥٢ .

(٣) المادة (٥٨) من قانون التنظيم القضائي (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

ثانيًا: تأخير الترفيع أو العلاوة أو كليهما مدة لا تقل عن سنة ولأكثر من ثلاثة سنوات من تاريخ القرار إذا كان قد أكمل المدة القانونية للترفيع وإلا من تاريخ إكمالهما.

ثالثًا: إنهاء الخدمة: إذ تفرض هذه العقوبة على القاضي إذا صدر بحقه حكم بات بعقوبة من محكمة مختصة عن فعل لا يأتلف مع شرف الوظيفة أو في حال ثبت للجنة عند محاكمة تجريها عدم أهلية القاضي للإستمرار في العمل القضائي، وفي هذه الحالة يتخذ مجلس القضاء الأعلى قرار بسحب يده إلى حين صدور المرسوم الجمهوري بإنهاء خدمته إذ نصت المادة (٥٩ / أولاً): (لمجلس القضاء إنهاء خدمة القاضي من الصنف الرابع أو نقله إلى وظيفة مدنية بناءً على قرار مسبب بعدم أهليته للقضاء ويتخذ مجلس القضاء الأعلى قرارًا بسحب يده إلى حين صدور المرسوم الجمهوري بإنهاء خدمته أو نقله إلى وظيفة مدنية، ثانيًا: لا يعاد إلى القضاء من تنتهي خدمته وفق أحكام هذا القانون على أن ذلك لا يمنع من تعيينه في وظيفة مدنية).

أما بخصوص الجزاء المدني والعقوبة الجزائية فيمكن ان تناله عقوبات تفرضها المحاكم المختصة إما بعد إحالته من قبل اللجنة المختصة في التحقيق إلى إحدى المحاكم الجزائية، أو عن طريق شكوى من قبل أحد الخصوم كما مر ذكره، وبخصوص الطعن بهما يكون عن طريق قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، وقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وحسب القواعد العامة للطعن، إذا لا يجوز الطعن بالأحكام إلا في الحالات التي حددها القانون وبينها الشارع حصراً^(١).

(١) د. احمد مليجي ، أوجه الطعن بالنقض بالمتصل بواقع الدعوى ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة طبع ، ص ٧ .

أما الطعن في العقوبة الإنضباطية ، فإن القرارات التي تصدر من لجنة شؤون القضاة بأجمعها يمكن الطعن فيها ^(١) عن طريق رئيس مجلس القضاء الأعلى ، ورئيس الإدعاء العام والقاضي أو من يمثلهم قانوناً ، حق الطعن لدى الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية بقرار لجنة شؤون القضاء الصادر وفق أحكام هذا القانون ويكون ذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ التبليغ به ، وللهيئة الموسعة إذا إقتضى الحال أن تدعوا ممثل رئيس مجلس القضاء الأعلى وممثل رئيس الإدعاء العام والقاضي للإستماع لأقوالهم ، ثم تصدر قرارها ، أما تصديق قرار اللجنة أو إلغائه أو تعديله ويكون قرارها في هذا الشأن نهائيًا ^(٢)

إلا إنه بصدور أمر سلطة الائتلاف رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ الملغى تحول مهام لجنة شؤون القضاء إلى لجنة التأديب والمعايير المهنية ، فهي المسؤولة عن إتخاذ القرارات بهذا الشأن وإن الطعن بقرارها من قبل القاضي أو نائب المدعي العام يكون أمام المجلس خلال ٣٠ يومًا بدلاً من الطعن أمام الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية وبصدور قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧ والذي نص في المادة (٣) على أن يتولى مجلس القضاء الأعلى المهام الآتية : ثاني عشر : (تأليف لجنة شؤون القضاء وفقا للقانون) ، وبصدور هذا القانون ألغى أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ ، وعادت جميع الصلاحيات إلى لجنة شؤون القضاء ^(٣) هكذا يبدو لنا جلياً إن بالإمكان مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى إدارياً وجزائياً ومدنياً ووجدتنا في ذلك ما ورد في سياق البحث بالإضافة للآتي :

(١) الأستاذ عبد الأمير العكيلي ، د. سليم حريية ، شرح أصول المحاكمات الجزائية ، المصدر السابق ، ص ٨٣

(٢) المادة (٦٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) د. عمار طارق عبد العزيز ، المصدر السابق ، ص ٣٣٠ .

أولاً: نصت الإعلانات المواثيق الدولية على عدم السماح لأي شخص الإفلات من العقاب ومنها ديباجة نظام روما الأساسي (وقد عقدت العزم على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب وعلى الإسهام بالتالي في منع هذه الجرائم، وإذ تذكر بأن واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية^(١)).

ثانياً: ما ورد في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ في المادة (١٤) (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).

ثالثاً: ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في قرارها ذي العدد (٩٠ / اتحادية / ٢٠١٩) بخصوص تفسيرها للحصانة البرلمانية للنائب بقولها (إن الحصانة البرلمانية ضد المسؤولية الجزائية لا تعد امتيازاً شخصياً للنائب أو حقاً له كما إنها لم تقرر لمصلحته... وعدم ذكر المشرع الدستوري لجريمتي الجرح والمخالفات لا يعني إن ما يرتكبه النائب هو فعل مباح ولا سيما إن منها ما يشكل خطر على حياة الناس وأمنهم وسلامتهم إضافة إلى أن معظمها يتعلق بالإعتداء على الأموال العامة والخاصة^(٢)).

رابعاً: وجود قوانين مقارنة تقضي بمقاضاة القضاة بجميع أصنافهم ودرجاتهم لاسيما رئيس محكمة النقض (التمييز) وأعضائها، كما في المادة (٤٩٦) قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

من كل ما تقدم ندعو المشرع العراقي إلى أن يشمل رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية بالمساءلة القانونية بنص صريح كما ندعو

(١) المادة (٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٩٠/اتحادية / ٢٠١٩) في ٢٨/٤/٢٠٢١ منشور في على الموقع الرسمي للمحكمة الجنائية الدولية www.iraqfsc.ag .

إلى الفصل بين منصب رئاسة محكمة التمييز الاتحادية ورئاسة مجلس القضاء الأعلى ومساءلة الأخير أيضا بنص صريح لاسيما مع وجود قضاة أكفاء يتصفون بالنزاهة، والمهنية يمكن تسنهم تلك المناصب السيادية، ووجود نظام قضائي عراقي متكامل، على أن يتم ذلك من خلال لجنة مستقلة مختصة تشكل لهذا الغرضن أو من داخل هيئة الاشراف القضائي التابع لمجلس القضاء الأعلى .

الخاتمة

بعد الإنتهاء من بحث موضوع المساءلة الانضباطية وآثارها بالنسبة لرئيس مجلس القضاء الأعلى، توصلنا إلى مجموعة من الإستنتاجات والمقترحات نوجز أهمها في الفقرتين الآتيتين .

أولاً - الإستنتاجات :

١- إن منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى لم يرد به تعريف، سواءً في قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧ او الدستور النافذ، وإنما يعد رئيس المجلس تلقائياً من يتولى رئاسة محكمة التمييز الاتحادية وعلى وفق ما ورد في المادة (٢/اولا/آ) من قانون المجلس التي جاء فيها الآتي، (أولاً: يتألف مجلس القضاء الأعلى من : ١- رئيس محكمة التمييز الاتحادية - رئيساً) لذلك فإن شروط تولى المنصب هي ذاتها شروط تولى رئاسة محكمة التمييز الاتحادية وهذه الشروط وردت في المادة (٤٧/خامساً) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل التي جاء فيها الآتي (خامساً - يعين رئيس محكمة التمييز الاتحادية بمرسوم جمهوري بناءً على إقتراح رئيس مجلس القضاء الأعلى من بين نواب رئيس المحكمة.) وهذه المادة قد حددت الجهة التي ترشح رئيس محكمة التمييز الاتحادية وهو رئيس مجلس القضاء الأعلى من بين نواب الرئيس، وهؤلاء تم تعيينهم أيضاً بناءً على إقتراح من مجلس

القضاء الأعلى، وعلى وفق أحكام المادة (٤٧/رابعاً) من قانون المجلس التي جاء فيها الآتي (يعين نائب رئيس محكمة التمييز الاتحادية بمرسوم جمهوري بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى من بين قضاتها الذين أمضوا مدة لا تقل عن سنتين فيها) ، كما بين قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧ أهم المهام الموكلة للمجلس والواردة في المادة (٣ / رابعاً) ، (ترشيح رئيس محكمة التمييز الاتحادية وقضاتها ورئيس هيئة الإشراف القضائي ، وإرسال الترشيحات إلى مجلس النواب للموافقة عليها) ، ومن هذا التسلسل في الأحكام نجد أن رئيس مجلس القضاء الأعلى هو في الأصل قاضي من قضاة محكمة التمييز يتولى منصب رئيس المجلس تلقائياً بحكم القانون ، وهذا يعني إن مركزه القانوني هو مركز قاضي محكمة التمييز الاتحادية ، ويخضع لشروط التعيين والانضباط ، والحقوق ، والواجبات ، الخاصة بالقضاة في محكمة التمييز الاتحادية ذاتها .

٢- يتمتع رئيس مجلس القضاء الأعلى ، بوصفه قاضياً في محكمة التمييز الاتحادية بالحصانة الذاتية ، إذ لا يجوز التفتيش أو الإشراف على أعضاء محكمة التمييز إلا من قبل رئيسها وفق أحكام المادة (٥٥/اولاً/ج) من قانون التنظيم القضائي التي جاء فيها ،(يكون التفتيش على أعمال محكمة التمييز الاتحادية ، والإشراف على قضاتها، من قبل رئيسها على أن يقدم تقريراً سنوياً عن أعمال المحكمة إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى) وبوصفه رئيس مجلس القضاء فأتحد المنصبان في شخصه، أما عن مساءلته عن الأخطاء التي قد ترتكبها أثناء وظيفته فإن التشريعات النافذة سكتت عنها بما فيها قانون الإشراف القضائي الجديد رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦ .

٣- هناك خرق لمبدأ المساواة بين العراقيين الوارد في المادة (١٤) من الدستور التي جاء فيها الآتي (العراقيون متساوون أمام

القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) كذلك يتقاطع ومبدأ سيادة القانون الوارد في المادة (5) من الدستور التي جاء فيها الأتي (السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، يمارسها بالإقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية) ،لأن من أوجه السيادة خضوع الجميع للقانون حكماً ومحكومين .

٤- وجود نقص تشريعي، و نصوص غامضة بشأن مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى لا يمكن تفسيرها، بسبب المنصب السيادي الذي يتولاه كونه قمة هرم النظام القضائي في العراق.

٥- إن المخالفة القضائية غير محددة على سبيل الحصر، وقد نصت القوانين على الواجبات الملقاة على القاضي فيصبح انتهاكها مخالفة يحاسب عليها مرتكبها.

٦- وجود قوانين مقارنة تقضي بمقاضاة القضاة بجميع اصنافهم ودرجاتهم لاسيما رئيس محكمة النقض (التمييز)، واعضاؤها كما في المادة (٤٩٦) قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦.

٧- بالإمكان مساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى، عما يصدر عنه من مخالفات وظيفية، ويمكن ان تأخذ صور ثلاث، جزائية، مدنية، إدارية إنضباطية، تتنوع من خلالها المحكمة المختصة بكل نوع من المخالفة المرتكبة كونها تشكل جريمة جنائية، أم مدنية، أم مخالفة انضباطية .

٨- يمكن ان تكون شكل المساءلة دستورية تتم من خلال ذات الجهة المسؤولة عن التعيين طبقاً لمبدأ تماثل وتوازي الاختصاص .

ثانياً : المقترحات

١- إعادة النظر كلياً بقانون التنظيم القضائي (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ بعد تعزيزه بعدة قوانين تخص السلطة القضائية (قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧، قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧، قانون هيئة الاشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦).

٢- نقترح على المشرع العراقي الفصل بين رئاسة محكمة التمييز الاتحادية ومنصب رئيس مجلس القضاء الأعلى كما تم الفصل بين رئاسة المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الأعلى في التعديل الأول للامر (٣٠) ٢٠٠٥ والذي استند لحكم المحكمة الاتحادية ذي العدد (٣٨/إتحادية ٢٠١٩) والتي قضت فيه بعدم دستورية المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية الصادر بالامر (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، والذي كان يسمح لمجلس القضاء الأعلى بترشيح القضاة من قبله والتي قطعت المحكمة بحكمها هذا الوصل القانوني بينها وبين مجلس القضاء الأعلى.

٣- نقترح على المشرع العراقي بضرورة تشريع قانون للسلطة القضائية، تجمع فيه النصوص القانونية التي تنظم عمل المحاكم، والهيئات القضائية في العراق وتعيين رئيس السلطة القضائية، وصلاحياته وكيفية المساءلة، والمراقبة لأعمال جميع القضاة دون استثناء.

٤- نقترح على المشرع العراقي بتشريع نظام إنضباطي وظيفي يضمن مساءلة القضاة بما فيهم رئيس محكمة التمييز الاتحادية وأعضائها ومساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى بحكم منصبه إلى جانب ضمان عدم المساس بمبدأ إستقلال القضاء أو الانتقال من هيئة ومكانة القاضي بجعل هذا النظام وسيلة ضغط تؤدي أثراً سلبية على هذه الوظيفة المهمة.

0- نقترح على المشرع العراقي بإيجاد نص خاص لمساءلة رئيس مجلس القضاء الأعلى في قوانين السلطة القضائية، ليكون ذلك عن طريق تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ بإضافة مادة في القانون (تكون المساءلة الإنضباطية للقضاة بجميع درجاتهم وأصنافهم بما في ذلك رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية بواسطة هيئة الاشراف القضائي) ، على اعتبار إن هيئة الاشراف القضائي هي الجهة المسؤولة عن مراقبة سلوك القضاة في جميع محاكم العراق ، (أو من قبل لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض في مجلس القضاء الأعلى برئاسة نائب رئيس محكمة التمييز الاتحادية وعضوية رئيس جهاز الادعاء العام ورئيس هيئة الاشراف القضائي).

المصادر

أولاً: الكتب:

- ١- د. أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصل بواقع الدعوى، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
- ٢- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دون طبعة، مطبعة دار الكتب، بغداد، ١٩٨٨.
- ٣- المستشار الدكتور محمد سلمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطيء العدالة "دراسة مقارنة"، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٤- الأستاذ عبد الأمير العكيلي، د. سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، طبعة جديدة ومنقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
- ٥- د. عثمان سلمان غيلان العبودي، النظام الانضباطي للقضاة والمدعي، العاميين، في التشريع المقارن، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

- ٦- د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع .
- ٧- د. علي بركات، دعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٨- د. غازي فيصل مهدي، شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام المعدل، دون طبعة، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠٦.
- ٩- د. محمد احمد إبراهيم المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، ط١، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
- ١٠- د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، ط١، دار نيبور للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٦.
- ١١- د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٢- د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دون طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠.
- ١٣- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي ن القاهرة، ١٩٧١.
- ثانياً: الرسائل :
- ١- منتظر فيصل كاظم مشعل، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣.
- ٢- عبد الله عبد الوهاب النفيسة، مسؤولية القاضي عن الضرر الناشئ عن التقاضي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للدراسات الأمنية، المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠٠٦.

ثالثاً: البحوث

- ١- أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، السلطان القضائية والتشريعية طبقاً للدستور العراقي، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون - جامعة الكوفة، العدد السابع، ٢٠١٧.
- ٢- مفيد نايف تركي الراشد، تأديب قضاة المحكمة الجنائية الدولية بحث منشور مجلة بوهوث المستقبلية العلمية الدورية، كلية الحداثة الجامعة قسم القانون المجلد، العدد ٤٨، ٢٠٢١.
- ٣- د. زينب أحمد عوين، نورس رشيد طه، ضمانات الحد من الأخطاء القضائية في الأحكام الجزائية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ١، الجزء ٢٠٢٠.
- ٤- د. عمار طارق عبد العزيز، تأديب القضاة، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠٠٧.
- ٥- د. رنا محمد راضي البياتي، مريم قصي سلمان، ضمانات واستقلال القضاة في المسؤولية التأديبية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ٢١، العدد ٢، ٢٠١٩.
- ٦- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة السابعة عشر، وزارة العدل المصرية، القاهرة، ١٩٧٣.
- ٧- د. السعيد محمد الازمزي، المسؤولية المدنية للقضاة دراسة تاصيلية وتحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري والأنظمة العربية والقانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث،

السنة الثامنة والاربعون ،وزارة العدل المصرية ، القاهرة ،
٢٠٠٤.

٨- د.باخويا دريس ، ضمانات التعويض عن الأخطاء القضائية
في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة الباحث
للدراستات الاكاديمية ، العدد الاثني عشر، جامعة باتنة ،
الجزائر ، ٢٠١٨ .

٩- جمال الدين عبد الله مكناس ، النطاق الموضوعي لدعوى
مخاصمة القضاة بين النظرية و التطبيق ، بحث منشور في
مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد ١ ، المجلد ٤٢ ،
٢٠١٥.

١٠- المعهد القضائي ، النظام القضائي في العراق ، بحث
منشور على موقع السلطة القضائية ، ص ٢/٢ ،
www.hgc.iq/gudicial ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/٢٣.

رابعاً: المقالات:

- يوسف عوف، معركة تعيين رؤساء السلطة القضائية في
مصر، مقال منشور في مجلة صدى المصرية على الموقع
w.w.w sda. Com تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١٢/٢).

خامساً : الدساتير والقوانين:

- ١- دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ .
- ٢- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٣- قانون أصول المحاكمات الجزئية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١
المعدل.
- ٤- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٥- قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧.
- ٦- قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.
- ٧- قانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ .
- ٨- قانون الادعاء العام (٤٩) لسنة ٢٠١٧ .

- ٩- قانون هيئة الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦ .
١٠- أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ .
سادساً: القرارات:

- ١- - قرار محكمة التمييز الاتحادية (٢٠١٨/١٩٤٣) في ٢٠١٨/٣١.
٢- قرارات المحكمة الاتحادية العليا رقم (٩٠/اتحادية/٢٠١٩) .
٣- قرار المحكمة الاتحادية ذي العدد (٣٨/إتحادية/٢٠١٩) .

ضوابط الصياغة الدستورية للحقوق والحريات وإشكالياتها في العراق

(دراسة تحليلية)



أ.م.د. زانا رفيق سعيد
أستاذ القانون العام المساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية
أ.م.د. شالادو صباح عبدالرحمن
أستاذ القانون الدستوري المساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية

الملخص

تستند جميع الدول إلى نظام قانوني هرمي، ويأتي الدستور في قمته، ويجب أن تكون جميع القوانين والأنظمة النافذة موافقة مع الدستور وإلا يعد باطلاً، وتوجد موضوع حقوق الإنسان في صلب النظام الدستوري في الدولة الحديثة، لذلك إن صياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات من الأمور الضرورية عند إقامة دستور جديد أو عند تعديل دستور قائم، لأن غالباً ما تتضمن هذه النصوص النواقص وعدم الوضوح والتناقض فيما بينها، وإن هذه الدراسة ستساعد المشرع الدستوري بشكل عام في أن يتفادى هذه النواقص والثغرات في المستقبل، وأن تتضمن النصوص الدستورية كل ما يتعلق بتنظيم حقوق الإنسان وفقاً للشروط والمعايير الدولية.

Abstract

All countries are based on a hierarchical legal system, and the constitution comes at its top, and all laws and regulations in force must be compatible with the constitution, otherwise it is considered invalid. The issue of human rights is at the core of the constitutional system in the modern state, so the drafting of constitutional texts related to rights and freedoms is a necessary matter. When establishing a new constitution or when amending an existing constitution, because these texts often include deficiencies and contradictions between them, and this study will help the constitutional legislator in general to avoid these shortcomings in the future, and to include constitutional texts Everything related to the organization of human rights in accordance with international conditions and standards.

الكلمات المفتاحية: الدستور، الحقوق والحريات، الصياغة، المعايير الدولية

المقدمة

تعتمد الدول إلى صياغة دستور جديد أو إلى تعديل دستورها القائم لأسباب مختلفة، فقد يكون السبب هو إنشاء نظام دستوري جديد في الدولة، أو تحديد توزيع السلطة السياسية على أساس أن يوضع دستورا أكثر ديمقراطية، أو قد يكون هناك رغبة في إقامة دستور أو تعديل دستور قائم

لكي يستجيب بشكل أفضل للتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في البلاد، وفي أي حال من الأحوال السابقة فإن النقطة الجوهرية في وضع دستور جديد أو تغيير أحكام دستور قائم هي كفالة تعزيز حقوق الإنسان وحرياته واحترامها وحمايتها، ويساعد هذه الدراسة الزعماء السياسيين وصناع السياسات والمشرعين والمكلفين بصياغة النصوص الدستورية عند وضع الدستور ان يقوموا بصياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات بشكل ينسجم مع المعايير الدولية والمبادئ العامة للقانون، بحيث سندرس الشروط العامة لصياغة هذه النصوص ومضمونها وضمنان تطبيقها في الواقع العملي، فضلاً عن عدم وجود التعارض بين هذه النصوص الدستورية فيما بينها هذه من ناحية، وضمنان عدم وجود إشكالية بشأن تنظيم الحقوق والحرريات الدستورية من ناحية أخرى.

أهمية البحث

تتجلى أهمية هذه الدراسة في ضرورة مساعدة المكلفين بصياغة الدساتير في تحديد العناصر الأساسية التي يجب أن تأخذ بنظر الاعتبار عند صياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات، من أجل أن تكون هذه النصوص الدستورية أكثر دقة ووضوحاً وخالياً من أي تعارض فيما بينها، فضلاً عن ذلك ان تكون مصاغة قدر المستطاع بشكل يمكن صاحب الحق المطالبة بممارسة حقوقه وحرياته.

مشكلة البحث

يمكن أن نحدد إشكالية موضوع بحثنا هذا من خلال طرح هذه الأسئلة التالية:

ماهي الشروط التي يجب أن تتوافر عند صياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات؟ هل إن المشرع الدستوري في العراق أخذت بهذه الشروط عند وضع دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥؟ وما هي المواضيع التي يجب أن تتضمنها النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات؟ وما هي ضمانات تطبيق الدستور بشكل عام والنصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات بشكل خاص؟ وماهي مسؤولية السلطات العامة بموجب الدستور تجاه هذه النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات؟

فمن خلال هذه الدراسة سنحاول أن نتوصل إلى إجابة تلك التساؤلات أعلاه، بهدف تحديد الإشكاليات الموجودة في صياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات العامة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، مع بيان الحلول المناسبة لمعالجة القصور والتعارض والمخالفات الموجودة في المواد الدستورية المنظمة للحقوق والحرريات في الدستور العراقي النافذ.

فرضية البحث

تتمثل فرضية البحث في أن كل نص دستوري يجب أن تتوافر فيه شروط عامة عند تنظيمه للحقوق والحرريات، مثل إنسجامه مع المعايير الدولية المتعلقة بالحقوق والحرريات وأن تكون كاملة وواضحة عند تنظيمه للحق أو الحرية وأن تكون خالية من التعارض والتناقض، إضافة إلى ان تكون مضمون النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات واضحة ويحدد فيها صاحب

الحق ومسؤولية السلطات العامة تجاهها فضلاً عن وجود ضمانات عامة وخاصة لتطبيق تلك النصوص من الناحية التطبيقية.

منهجية البحث

سنعتمد في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي بالدرجة الأساسية، إذ سنعرض كل المعايير والشروط العامة التي يجب ان تتوافر في النصوص الدستورية ومن ثم سنحلل كل هذه الشروط، وفي بعض الأحيان نحلل النصوص الدستورية للدساتير القائمة للبلدان المختلفة والمتعلقة بالحقوق والحريات، وكذلك سنستخدم المنهج المقارن في نطاق ضيق، كلما تطلب دراسة موضوع بحثنا ذلك وخاصةً عندما نقارن أساليب تنظيم بعض الحقوق والحريات في الدساتير المختلفة لبعض الدول.

هيكلية البحث

ستتكون هيكلية هذا البحث فضلاً عن المقدمة والخاتمة من مبحثين رئيسيين، سنتناول في المبحث الأول الشروط العامة لصياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات ومحتواها، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سندرس في المطلب الأول الشروط العامة لصياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات، بينما سنبين في المطلب الثاني مضمون هذه النصوص الدستورية، أما المبحث الثاني سنخصصه لتطبيق الدستور وضمائنه، وذلك من خلال مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول لتطبيق الدستور، وسنشرح في المطلب الثاني ضمانات تطبيق الدستور بشكل عام والنصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات بشكل خاص. وفي الخاتمة سنعرض أهم الإستنتاجات والتوصيات التي سنتوصل إليها من خلال دراستنا لموضوع بحثنا.

المبحث الأول

الشروط العامة لصياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات ومضمونها

أصبح موضوع حقوق الإنسان من المواضيع الأساسية للقانون الدستوري، بحيث إن تنظيم الحقوق والحريات الدستورية يعد جزءاً لا يتجزأ من الدستور في عصرنا الحاضر، فضلاً عن ذلك إن النص على الحقوق والحريات الدستورية في صلب الوثيقة الدستورية وتنظيمها يعتبر معياراً مهماً لتتطابق الدستور مع مبادئ الديمقراطية، أي كلما تم تنظيم الحقوق والحريات بشكل دقيق وواضح بحيث تضمن ممارستها من قبل الأفراد، كلما كان النظام الدستوري ديمقراطياً، وإن تنظيم الحقوق والحريات ليس بأمر سهل، بل هناك معايير وشروط عامة يجب الأخذ بها عند صياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات، وذلك بهدف ضمان هذه الحقوق والحريات من جانب وتجنب التقييدات التي تمس جوهر الحقوق والحريات الدستورية من جانب آخر، ولدراسة الشروط العامة لصياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول الشروط العامة لتنظيم الحقوق والحريات الدستورية، وسندرس في المطلب الثاني مضمون القواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات.

المطلب الأول

الشروط العامة لصياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات

تشكل عملية وضع الدستور جانباً أساسياً في بناء الدولة، لأنه يحدد مصدر السلطة في الدولة وينظم سلطاتها الدستورية فضلاً عن النص على الحقوق والحريات الدستورية، إلا أن تنظيم الحقوق والحريات يجب أن تتوافر فيها الشروط الأساسية التي تتبع من مبادئ الدستور والقانون الدولي المقبولة من قبل نطاق واسع من الدول، ومن أهم هذه الشروط هي:

أولاً/ الإمتثال للمعايير الدولية لحقوق الإنسان

يجب على المشرع الدستوري أن ينظم الحقوق والحريات الدستورية بشكل يتطابق مع المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان التي صدقت عليها الدولة، إضافة إلى ذلك يجب أن يتجاوز المشرع الدستوري عند صياغته للحقوق والحريات هذا المدى - الإنسجام مع معاهدات حقوق الإنسان التي صدقت عليها الدولة- لسببين، أولهما؛ صحيح إن الإعلانات الدولية لا ترتقي إلى مرتبة المعاهدات الملزمة للدولة إلا أنه بالنظر لوجود إقرار على نطاق واسع بأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يمثل تفسيراً لمفهوم حقوق الإنسان الوارد في ميثاق الأمم المتحدة وبأنه يشكل جزءاً من التنظيم الدولي لحقوق الإنسان، لذلك يجب القبول به كمصدر إلهام ومعيار مهم لصياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات. وثانيهما: إن قانون المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان ليس ملزماً لجميع الدول، ولكن هو نتاج للمجتمع الدولي يسعى إلى بلورة الإطار القانوني الأمثل لحماية هذه الحقوق.

إضافة إلى ما سبق، يجب على المشرع الدستوري عندما ينظم الحقوق والحريات الدستورية أن يعمل بان لا تكون النصوص الدستورية متعارضة مع المعايير الدولية فحسب، بل أن يعمل بجد أن لا تستخدم النصوص الدستورية كأساس للتفسيرات القانونية المخالفة لتلك المعايير، ففي الدول التي لم تثبت فيها المبادئ الديمقراطية بشكل راسخ قد تلجأ السلطات إلى تفسير هذه النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات بشكل تخالف المعايير الدولية لممارسة هذه الحقوق والحريات، لذلك يجب أن تكون صياغة النصوص دقيقة وواضحة حتى لا تعطي المجال قدر المستطاع للتفسير من قبل السلطات في الدولة.

إرتباطاً بهذا الشرط يجب الإشارة إلى أن في بعض الأحيان يواجه المشرع الدستوري تعارضاً بين المعايير الدولية لحقوق الإنسان وبين الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع، ففي هذه الحالة على المشرع الدستوري أن يأخذ بالمعايير الدولية مادامت تلك التقاليد تلحق ضرراً لا يمكن إصلاحه، مثل تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية غير المسموح بها دستورياً. وفيما يتعلق بموقف المشرع الدستوري في العراق بشأن الأخذ بالمعايير الدولية عند تنظيم الحقوق والحريات، فلا يتضمن الدستور نصاً ينص على

¹ الأمم المتحدة (حقوق الإنسان) مكتب المفوض السامي، حقوق الإنسان ووضع الدستور، الأمم المتحدة،

الولايات المتحدة الأمريكية، ٢٠١٨، ص ٣١.

الأخذ بالقواعد الدولية المنظمة للحقوق والحريات، في حين إن بعض من الدساتير الحديثة نصت على ذلك ومنها دستور كينيا لعام ٢٠١٠، إذ نص على "تشكل القواعد العامة للقانون الدولي جزءاً من قانون كينيا"^١، ومن خلال هذا النص يتبين لنا بأن كل القواعد العامة للقانون الدولي سواء تتعلق بالحقوق والحريات أم لا تعد جزءاً من قانون كينيا ويجب احترامها.

ثانياً/ كمال النص الدستوري

يعد نطاق الحقوق والحريات الدستورية أحد التحديات الجديدة التي يواجهها المشرع الدستوري، بحيث يكون المشرع الدستوري بين الخيارين، أولهما: صياغة الدستور بشكل كامل ومفصل لاليس فيه، وثانيهما: الحفاظ على الطابع العام للدستور بوصفه القانون الأساسي ولا يدخل الجزئيات، ومن الناحية الواقعية إن إيجاد توازن مناسب بين هذين الخيارين ليس سهلاً، فعلى المشرع الدستوري أن يحرص على أن يكون الدستور غير مغرق في التفاصيل التقنية وإن تكون نصوصه مفهومة جيداً لدى عامة الأفراد، لذلك عليه أن يحدد المبادئ الأساسية لممارسة جوهر الحق أو الحرية وأن لا يترك كل الأمور المتعلقة بالحقوق والحريات للقانون، إذ عليه أن يحدد الخطوط العامة لكفالة الحق ولكن تفاصيل ممارسته يمكن أن يترك للمشرع العادي فعلى سبيل المثال على المشرع أن يكفل حرية الاعتقاد بشكل مطلق، ولكن كيفية ممارسة شعائر ومناسك هذا الاعتقاد يجب أن تنظم بقانون، فضلاً عن ذلك إن وضوح النص الدستوري من الأمور الأساسية، فلا يجوز أن يتم تقييد ممارسة الحق أو الحرية بمصطلحات مطاطية وذات تفسيرات متعددة ومختلفة.

وبشكل عام يجب على المشرع الدستوري أن يدرج الطوائف التالية من الحقوق في الوثيقة الدستورية:

١. الحقوق التي لا غني عنها لحماية الكرامة الإنسانية وتنمية شخصية الفرد وقدراته.

٢. الحقوق التي تحدد الإطار لمشاركة الفرد في تيسير الشؤون العامة.
٣. الحقوق التي تحمي مصادر الدخل الشخصي المقبولة اجتماعياً والمصالح الاقتصادية الفردية.

٤. الحقوق التي توفر الأساس القانوني لأهم الخدمات الاجتماعية والثقافية.

ثالثاً/ الإنسجام وعدم التعارض مع النصوص الدستورية الأخرى

يجب أن ينظم النص المتعلق بالحقوق والحريات الدستورية بلغة قانونية سليمة بحيث إن لا يتضمن تناقضات بين النصوص الدستورية الأخرى، وقد يحدث التناقض بين النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات نفسها، كالتعارض الموجود في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بحيث وقع المشرع الدستوري العراقي في تناقض عندما نص في المادة الخامسة عشرة على إمكانية تقييد أو حرمان شخص من الحق في الحياة والأمن والحرية مع التقييد العام الوارد في المادة السادسة والأربعون التي تنص على وجوب عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية، لأن الإعتداء على حق الحياة وحرمانه من

^١ المادة (٢ / ٥) من دستور كينيا لسنة ٢٠١٠.

شخص معين، هو إعتداء على جوهر الحق نفسه، أو التعارض الذي قد يحدث بين حرية التعبير وحظر التحريض على العنف، ويظهر التناقض والتعارض بشكل واضح في الدول المتعددة القوميات والأديان والثقافات، وفي هذه الحالة قد يلجأ المشرع الدستوري إلى تنظيم الحقوق والحريات بشكل مفصل جداً لتفادي التعارض بين المصالح المتعددة كحل لترضية الجميع، ولكن قد يحدث في بعض الأحيان أن ينظم المشرع الدستوري تلك النصوص بشكل مبهم أو ينظمها باستخدام مصطلحات ذات معاني متعددة ومتباينة، إذ يكون على الهيئات الأخرى في الدولة خاصة البرلمان والمحاكم أن تبذل جهداً أكبر لتقليص بروز التعارض بين هذه النصوص وممارسة الحقوق والحريات.

رابعا/ الإنسجام مع الإعتقاد السائد في المجتمع

يجب أن تعكس القوانين في اية دولة القيم والإعتقاد السائد والمهيمن في المجتمع، لذلك فإن الحقوق والحريات الدستورية يجب أن تتبلور فيها القيم والإعتقاد السائد في المجتمع، وذلك ضمن طريقة تأييد جماهيري واسع النطاق للنصوص المنظمة للحقوق والحريات، ولا ننسى إن مسألة المطابقة بين الإعتقاد السائد في المجتمع وبين الحقوق والحريات يجب أن لا يؤدي إلى إنتهاك حقوق الأقليات الموجودة في ذلك المجتمع، فمن المهم جداً أن يحقق المشرع الدستوري التوازن بين الخيارات المختلفة، ولكن تحقيق هذا التوازن في المجتمعات المتعددة ليس بأمر سهل، فيجب قدر المستطاع أن يلجأ المشرع إلى تنظيم الحقوق والحريات بعبارات واضحة ومفهومة لدى الجميع هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن يعتمد المشرع الدستوري عبارات لا تؤدي إلى التمييز ضد الأفراد أو مجموعات محددة أو إقصائهم إجتماعياً، وتشتمل الدساتير الحديثة على مجموعة من أسباب التمييز، فعلى سبيل المثال نص دستور فيجي لعام ٢٠١٣ على أن "ينبغي عدم التمييز بشكل غير عادل ضد أي شخص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بسبب مميزاته أو ظرفه الفعلية أو المفترضة بما في ذلك العرق، الثقافة، الأصل الإثني أو الإجتماعي، اللون، الموطن الأصلي، الجنس، الميل الجنسي، الهوية، التعبير، المولد، اللغة الأساسية، الحالة الإقتصادية أو الإجتماعية أو الصحية، الإعاقة، السن، الدين، الرأي، الحالة الزوجية أو الحمل، آرائه أو معتقداته، إلا إذا إنطوت هذه الآراء أو المعتقدات على الأضرار بالآخرين أو الإنتقاص من حقوق الآخرين أو حرياتهم أو على أي سبب آخر محذور بموجب هذا الدستور"^١، وعند ملاحظة هذا النص يتبين لنا بأن المشرع الدستوري قد نص بشكل مفصل وواضح على العديد من الأسباب التي تكون سبباً للتمييز بين الأفراد، بحيث إن هذه الأسباب أكثر بكثير من الأسباب الواردة في الوثائق والإعلانات الدولية المتعلقة بالحقوق والحريات.

خامساً/ طبيعة محتوى النصوص الدستورية

^١ د. شالو صباح عبدالرحمن، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة قة لاي

زانست، المجلد ٤، العدد ٢، السنة ٢٠١٩، جامعة البناني الفرنسي ص ١٨.

^٢ المادة (٢٦) من دستور جمهورية جزر فيجي لعام ٢٠١٣.

لم يعد معظم النصوص المنظمة للحقوق والحريات الدستورية نوعاً من البيان السياسي ذا أثر قانوني محدود، ففي الدساتير الحديثة توضع الحقوق والحريات الدستورية عادةً موضع التطبيق بشكل مباشر، يجب أن تكون النصوص المنظمة للحقوق والحريات نافذة تلقائياً كلما أمكن ذلك، أي يجب أن تكون للأحكام الدستورية مضمون معياري واضح يجعلها تنطبق أساساً في حالة عندما لا يكون هناك تشريعات عادية لكي تمكن ذوي الحقوق من المطالبة بحقوقهم، وخير مثال على ذلك هو حق التظاهر الوارد في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إذ نص المشرع الدستوري على هذا الحق وقيده بان تنظم كيفية ممارسته بقانون، ولم يصدر المشرع العادي هذا القانون حتى الآن، إلا أن المواطنين مارسوا هذا الحق دون أن ينتظروا صدور هذا القانون.

وأرتباطاً بما سبق، لكي يكون أي نص من النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات قابلاً للتنفيذ تلقائياً ينبغي أن يعرف ذوي الحقوق حقهم القانوني، ويبين المشرع الدستوري عند الاقتضاء حدود هذا الحق والسبل الأساسية لممارسته دون التمييز بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوق المدنية والسياسية، ولكن عند الرجوع الى الدستور العراقي النافذ نجد بأن هناك بعض من النصوص مصاغة بشكل لا يعرف صاحب الحق حقه، ونطاق حقه غير واضح، وبالنتيجة إن هذا الحق لا ينفذ من الناحية العملية، وخير مثال على ذلك المادة التاسعة وعشرون، إذ نصت على ان "أولاً/أ. الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمتها الدينية والأخلاقية والوطنية. ب. تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيوخ، وترعى النشء والشباب، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم". فهذا النص يعتريه الكثير من الإشكاليات فمن ناحية غير واضحة بحيث كيف تقوم الدولة بالمحافظة على القيم الأخلاقية و الدينية والوطنية للسيرة العراقية، ما هي هذه الإجراءات التي يجب على الدولة أن تتبعها للمحافظة على الأسرة؟ فلم يبينها المشرع الدستوري، ومن ناحية أخرى من هي الجهة المسؤولة عن هذه المحافظة؟ هل هي مجلس النواب؟ أم السلطة التنفيذية أم القضائية؟ فكل هذه الأمور جعلت من هذه المادة مادة شكلية وغير قابلة للتطبيق من الناحية العملية.

سادساً/ التنفيذ والقيود

مما لا شك فيه إن الإقرار غير الواقعي للحقوق والحريات دون إمكانية تنفيذها وممارستها من الناحية الواقعية لا ينتقص من قيمة الحقوق والحريات الدستورية فحسب، بل ينتقص من قيمة الدستور ذاته أيضاً، وعلى هذا الأساس ترتبط إمكانية تنفيذ النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات بالمضمون المعياري للنص الدستوري الذي تناولناه سابقاً، أما قبول القيود على ممارسة الحقوق والحريات هو من أحد المسائل الأكثر حساسية في مجال حقوق الإنسان، لأن مصالح المجتمع ككل يجب ان تحضى بالإعتراف والإحترام الواجبين، بمعنى ان فرض القيود على الحقوق والحريات في بعض

^١ المادة (٣٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الأحيان قد يكون أمراً لا بد منه، فضلاً عن ذلك إن عدداً قليلاً من الحقوق والحريات يجب ان يكون مكفولاً دون أية قيود مثل حرية الاعتقاد ومنع التعذيب.

وفيما يتعلق بفرض القيود¹ يجب ان نميز بين القيود المتأصلة في الحقوق والقيود المستندة إلى التقييم الذي تجرية سلطات الدولة، فالقيود المتأصلة هي القيود المرتبطة بطبيعة الحق مثل واجب احترام حقوق الآخرين وضرورة احترام المرء للقانون اثناء ممارسة الحقوق الخاصة به، وإن التمتع بهذه الحقوق دون الأخذ بنظر الإعتبار هذه القيود تؤدي إلى حالة الفوضى وتصبح معها هذه الحقوق وهمية، وعادةً لا تشير الدساتير إلى هذه القيود بشكل صريح، فهي مدمجة ضمناً مع ممارسة الحقوق، لأن تمتع الشخص بحقوق الإنسان لا يمكن ان يكون على حساب حقوق شخص آخر. أما القيود المستندة إلى تقييم سلطات الدولة مسألة حساسة لأن إساءة تفسير هذه القيود تؤدي إلى التعسف في إستعمال السلطة، وينبغي ان تكون إمكانية فرض هذه القيود ونطاقها ودواعيها منصوصاً عليها في الدستور نفسه، ويجب ان لا يسمح بفرض مثل هذه القيود إلا إذا كانت ضرورية لحماية مصلحة واحدة على الأقل من المصالح التالية: (السلامة العامة، الصحة العامة، حقوق الآخرين وحرياتهم) وما عدا ذلك لن يسمح بفرض قيود لأسباب غير محددة أو لأغراض تمييزية، ويجب ان يكون القيد ذات صلة مباشرة بالسبب المحدد ومتناسبة معه وأن لا يبطل الحق المعني، إضافة إلى ذلك ان لا يفرض المشرع الدستوري قيود ذات معاني مطاطية وغير محددة، فعلى سبيل المثال وضع الدستور العراقي النافذ قيوداً خاصة بالحق في الخصوصية الشخصية وحرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، وحرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر، وهي عدم مخالفتها مع النظام العام والأداب، إن إقتران هذه الحقوق والحريات بالقيود السابقة هي ذريعة إستخدامتها الحكومات التسلطية عادةً لمنع النشاطات المعارضة لها، والحد من ممارستها⁽²⁾. فعبرة "النظام العام والأداب العامة" توجي للذهن مباشرةً التضييق على الحقوق والحريات، بحجة حماية الصالح العام⁽³⁾.

¹ للمزيد حول طريقة فرض القيود والمناهج المتبعة لفرضها ينظر: عبدالمنعم كيو، القيود الدستورية لحماية الحقوق والحريات، بحث منشور في كتاب: "الدستور"، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ١٢٤؛ د.شالو صباح عبدالرحمن، مصدر سابق، ص ص ١٠-١٢.

^(٢) رائد فهمي، النقابات والحريات النقابية في العراق الجديد، دراسة منشورة في كتاب: مأزق الدستور - نقد وتحليل، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد- لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٩٦.

^(٣) كامل شياع، الدستور، الحريات وعودة المتقف، دراسة منشورة في كتاب: مأزق الدستور - نقد وتحليل، مصدر سابق، ص ١٩٠.

وارتباطاً بما سبق، تثار تساؤلات عدة بشأن مفهوم عبارة "النظام العام والآداب العامة" وهي: ما المقصود بعبارة "النظام العام والآداب العامة"؟ وهل المقصود بالآداب العامة المعنى الديني لها أم معناها الاجتماعي؟ وهل إن مفهوم النظام العام والآداب العامة ثابتة أم متغيرة؟ وكإجابة عن الأسئلة أعلاه، فقد أبدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق موقفها بهذا الشأن، من خلال قرار تفسيري لها، إذ حدد مفهوم النظام العام والآداب العامة بأنه (فكرة عامة)، حيث نصت على "إن مفهوم (النظام العام) ومفهوم (الآداب العامة) الوارد ذكرهما في الدستور وفي القوانين، فكرة عامة تحدها في كثير من المواضيع النصوص القانونية..... وإذا ما أريد معرفة ما إذا كان التصرف مخالفاً (للنظام العام) أو (الآداب العامة) فيلزم الرجوع إلى التشريعات كافة لمعرفة ما إذا كان ذلك التصرف محظوراً بنص من عدمه. فإذا لم يوجد نص فيقتضي الأمر الرجوع إلى القضاء وهو الذي يقرر ما إذا كان التصرف مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، وذلك في ضوء القواعد المجتمعية التي توافق عليها أفراد المجتمع في زمان ومكان معينين، لأن مفاهيم النظام العام والآداب العامة تختلف زماناً ومكاناً"⁽¹⁾.

يلاحظ من القرار أعلاه، إن النظام العام والآداب العامة هو فكرة عامة، ويحددها القانون، وفي حالة عدم وجود نص يجب الرجوع إلى القضاء وهو الذي يقرر ما إذا كان ممارسة الحق أو الحرية مطابقاً للنظام العام أو الآداب العامة أم لا؟ وهذا يعني إن تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة يرجع إلى السلطة التقديرية للمشرع أو للقاضي وذلك عند عدم وجود النص التشريعي.

ونستنتج في نهاية هذا المطلب بأن كافة الشروط التي ذكرناها سابقاً تعد من الشروط الأساسية لصياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات، وعلى المشرع الدستوري أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه الشروط كافة عند وضعه لدستور جديد أو عند تعديل نصوصه.

المطلب الثاني

مضمون النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحرريات

إن تحديد مضمون النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحرريات الدستورية شأنه كشأن باقي النصوص الدستورية الأخرى يتعلق بسيادة الدولة وشعبها، لذلك يجب أن تتضمن هذه النصوص الدستورية مجموعة من العناصر، ومن أبرزها تحديد صاحب الحق والهيئات المسؤولة عن احترامها وعدم انتهاكها وفئات الحقوق والحرريات، ومن خلال هذا المطلب سندرس هذه العناصر الأساسية وكل ما يتعلق بها كالآتي:

أولاً/ تحديد صاحب الحق

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ٦٣/إتحادية/٢٠١٢، الصادر في ١١/١٠/٢٠١٢، أحكام

وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار ٢٠١٣، ص

تختلف الدساتير في تحديد اصحاب الحقوق، فعادة يتم استخدام مصطلح (لكل فرد) أو (الجميع) أو (لكل شخص) أو (كل مواطن) لتحديد أصحاب الحقوق وخاصةً بالنسبة للحقوق والحريات المتعلقة بالإنسان على أساس إنسانيته، إلا أن بعض الحقوق تكون حكراً على مواطني الدولة فقط دون الأجانب الموجودين على اقليمها، كالحقوق السياسية بشكل عام، والحقوق المرتبطة بالمواطنة، مثل الحق في استخراج جواز سفر وطني، والحصول على الحماية في الخارج، والحق في التصويت في الإنتخابات الوطنية والحق في الترشح للمناصب العامة الوطنية.

وفي مقابل هذه الحقوق التي تعد حكراً على المواطنين، هناك العديد من الحقوق والحريات يجب ان تقرر للمواطنين وغير المواطنين على حد سواء، وعلى هذا الأساس نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ على ان "للبلدان النامية ان تقرر،..... إلى أي مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين"، يفهم من خلال هذا النص أنه يجب ان تقرر الحقوق الاقتصادية للجميع سواء كانوا من المواطنين أم غير المواطنين، ومن الحقوق التي تثير الإشكالية في هذا الشأن هو الحق في الضمان الاجتماعي الذي يمنح للمواطنين فقط، إلا أن اللجان المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تسلط الضوء على الحق في الضمان الاجتماعي وتقول " إن غير المواطنين هم فئات عادة ما تواجه صعوبات في ممارسة هذا الحق" ولمعالجة هذه الإشكالية تعرض النقاط التالية:

١. يحظر العهد التمييز على أساس الجنسية.
٢. يؤكد العهد على انه عندما يشارك غير المواطنين بمن فيهم العمال المهاجرون في مخطط للضمان الاجتماعي، يجب ان يتمكنوا من الاستفادة من مشاركتهم تلك او إستعادة إستراكتهم لدى مغادرتهم البلد.^١
من خلال ماسبق، يمكن القول بأن أصحاب الحقوق والحريات الدستورية يختلف باختلاف الحقوق والحريات نفسها، فالدساتير الحديثة تمنح الحقوق المتعلقة بشخص الإنسان مثل حق الحياة والحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية لجميع الأفراد سواء كانوا من المواطنين أم غير المواطنين المقيمين في الدولة، أما بالنسبة للحقوق السياسية مثل حق التصويت والترشح، وحرية تشكيل الأحزاب السياسية والحق في الحصول على معلومات من اعمال السلطات العامة فهي محصورة بالمواطنين فقط.
فضلاً عن الأشخاص الطبيعيين توسع بعض الدساتير نطاق تطبيق الحقوق للأشخاص المعنوية، إذ نص دستور إستونيا على ان " تشمل الحقوق والحريات والواجبات الواردة في الدستور الكيانات القانونية، بقدر ما يكون ذلك متفقاً مع الأهداف العامة للكيانات القانونية وطبيعة هذه الحقوق

^١ المادة (٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦.

^٢ المواد (٣٨،٣٦،٣١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦.

والحريات والواجبات^١، ومن الحقوق التي تقرر للأشخاص المعنوية مثل حق المراسلات والحق في حماية السمعة، والحق في الملكية. إضافة إلى ما سبق، تنص الدساتير الحديثة على الاعتراف بحقوق الإنسان في أبعادها المتعلقة بفئات معينة مثل الأقليات والشعوب الأصلية، ويجب أن تتم صياغة النصوص المتعلقة بحقوق الأقليات بطريقة لا تحرم الفئات الفرعية ضمن هذه الأقليات من الحق في المطالبة بالمجموعة الكاملة من حقوق الإنسان.

ثانياً/ الجهات المسؤولة عن حماية الحقوق والحريات الدستورية

تنص الوثائق الدولية بشكل عام فيما يتعلق بالجهات المسؤولة لحماية الحقوق والحريات بأنها هي الحكومات، بحيث نص إعلان فيينا على أن "حقوق الإنسان والحريات الأساسية هي حقوق يكتسبها جميع البشر بالولادة، وحمايتها وتعزيزها يمثلان المسؤولية الأولى للحكومات"^٢.

أما فيما يتعلق بالجهات المسؤولة عن حماية الحقوق والحريات الدستورية داخل الدولة فهي السلطات العامة، وبعض الدساتير عادةً تحدد الواجبات المحددة لمختلف الهيئات الحكومية، فنص دستور استونيا على أن "تتحمل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلاً عن الحكومات المحلية مسؤولية ضمان الحقوق والحريات"^٣، فمن خلال هذا النص نجد بأن المشرع الدستوري حدد بشكل صريح الجهات المسؤولة عن ضمان الحقوق والحريات الواردة في الدستور، أما في العراق فقد نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أن "تكفل الدولة حق تأسيس النقابات والإتحادات المهنية أو الانضمام إليها وينظم ذلك بقانون"^٤، أو نص على أن "تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة....."^٥، فمن خلال هذين النصين نستطيع إن نقول بأن المشرع الدستوري لم يحدد الجهات المسؤولة بشكل دقيق بل ألزم الدولة بكفالة هذه الحقوق بشكل مطلق، ونرى بأن القصد من الدولة هنا هو الدولة بمعناها العام أي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويجب الإشارة إلى أنه لم يلزم المشرع الدستوري الدولة بكفالة وحماية جميع الحقوق والحريات الواردة في الدستور، بل نص على هذه المسؤولية في بعض النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات، فكان من الأفضل أن يرد نصاً خاصاً بتحديد الجهات المسؤولة بكفالة وحماية الحقوق والحريات الواردة في الدستور كما فعله المشرع الدستوري في إستونيا.

^١ المادة (٩) من دستور إستونيا لعام ١٩٩٢.

^٢ الفقرة الأولى من الجزء الأول من إعلان وبرنامج عمل فيينا.

^٣ المادة (١٤) من دستور إستونيا لعام ١٩٩٢.

^٤ المادة (٢٢/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

^٥ المادة (٢٩/أولاًب) من الدستور نفسه أعلاه.

ووفقاً لتفسيرات الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان والخبراء، تقع على عاتق الدولة ثلاثة التزامات أساسية فيما يتعلق بحقوق الإنسان وهي احترام هذه الحقوق وحمايتها وتنفيذها، بحيث على كل هيئة من هيئات الدولة أن تقوم بواجبها من خلال مراعاته هذه الالتزامات الثلاث. ويجب الإشارة إلى أن التزامات الدولة بشأن الحقوق والحريات لا يكون دائماً بشكل الإلتزام الإيجابي، ففي بعض الأحيان تتمثل التزامات الدولة في الصورة السلبية، وذلك عن طريق إلتزامها بعدم المساس ببعض الحقوق والحريات وخير مثل على ذلك نص القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩ على أن "كرامة الإنسان مصونة، ولا يجوز لجميع السلطات المساس بها!".

ثالثاً/ فئات الحقوق والحريات

قبل ان نبين فئات الحقوق والحريات التي يجب ان تقرها الدستور، هناك بعض من المبادئ الدستورية التي ينص عليها المشرع الدستوري والتي تقوم عليها مجموعة من الحقوق، ومنها مبادئ (الكرامة الإنسانية والحرية والمساواة)، فالكرامة الإنسانية يشير إليها الكثير من الدساتير باعتبار أن لها قيمة أساسية وينبغي أن تحميها الحقوق الدستورية، لأنها هي غاية في حد ذاتها، فنص دستور بولندا لعام ١٩٩٧ على أن "تشكل كرامة الإنسان المتأصلة وغير قابلة للتصرف، فهي مصدر لحريات الأشخاص والمواطنين وحقوقهم ولا يجوز إنتهاكها، ويجب على السلطات العامة إحترامها وحمايتها"^١، فينظر إلى الكرامة الإنسانية باعتبارها قيمة كامنة للنصوص المنظمة للحقوق والحريات ينبغي إستخلاص المبادئ التوجيهية التفسيرية منها في عملية تطبيق الحقوق الدستورية، وتعد مبدئاً يمكن الإستناد إليه لتفسير حقوق محددة في حال وجود ثغرة معينة.

أما الحرية فهي القيمة الأساسية لحريات محددة وهي حرية الرأي والتعبير وحرية الفكر والوجدان وحرية التجمع، وإن هذا المبدأ له أهمية خاصة وهي إن مبدأ الحرية يبعث رسالة واضحة مفادها أن الناس أحرار في ضوء الدستور وإن أي قانون يتعارض مع الحرية هي إستثناء على القاعدة ولا بد ان يكون له مأيبره في ضوء الدستور. فضلاً عن إن هذين المبدأين يشكلان مبدئين للمساواة وعدم التمييز وهما عنصران أساسيان في مجال حقوق الإنسان فهما منصوص عليهما في جميع الصكوك الأساسية لحقوق الإنسان ومن ثم فهما مكرسان أيضاً في معظم دساتير الدول.

وبعد أن بينا المبادئ الأساسية السابقة في مجال الحقوق والحريات، سنشير إلى فئات الحقوق والحريات التي يجب ان تنص عليها الدساتير، ومن أبرزها هي:

١. الحقوق والحريات المدنية

^١ المادة (١) من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩.

^٢ المادة (٣٠) من دستور بولندا لعام ١٩٩٧.

تشمل هذه الفئة الحقوق التي تحمي الحياة والحرية والخصوصية والأمن والسلامة الشخصية للفرد، إضافة إلى الحقوق التي تتيح إمكانية الوصول إلى إجراءات الحماية.

٢. الحقوق والحريات السياسية

وهي تتضمن الحقوق المتصلة بالمجال السياسي مثل حق المشاركة في إدارة شؤون البلد والحق في تكافؤ فرص تقلد الوظائف العامة، وحق تكوين الأحزاب السياسية وحق التصويت والترشح.

٣. الحقوق والحريات الإقتصادية والاجتماعية والثقافية

فهناك العديد من الحقوق والحريات المتعلقة بهذه الفئة مثل حق العمل والحرية في ممارسة النشاطات الثقافية لكل الشعوب.

المبحث الثاني

أثر الصياغة الدستورية على تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات

لا تكفي صياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات وفق المعايير الأساسية وحدها، بل ينبغي ان تتخذ التدابير والضمانات اللازمة لتطبيقها، ولتطبيق الدستور بشكل عام والنصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات بشكل خاص ضمانات عدة، ولدراسة تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وضماناتها سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سندرس في المطلب الأول تطبيق الدستور، وسنبين في المطلب الثاني ضمانات تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات.

المطلب الأول

العلاقة بين الصياغة الدستورية وتطبيق الدستور

إن صياغة نصوص الدستور بشكل جيد ومنسجم مع مبادئ الديمقراطية والمعايير الدولية تعد خطوة غير مكتملة، لأن تطبيقها الدقيق هو الذي يكمل العمل بالشكل المطلوب، ويتطلب التطبيق الكامل لحقوق الإنسان نظاماً اجتماعياً موافياً ومجموعة من الضمانات المصممة خصيصاً لحمايتها، وإقامة دستور ديمقراطي هو الضمانة الأولى لإرساء هذا النظام الاجتماعي الموافى، ويجب ان تتم تطبيق كافة نصوص هذا الدستور، ولا ينبغي ان يعزّم النخب السياسية في البلد بصياغة هذه المبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات فقط، فتطبيق الدستور يتطلب ضمانات مهمة وبرنامجاً للتدابير التشريعية بشأن تطبيق النصوص الدستورية، فضلاً عن إستمرار إنخراط المجتمع المدني ويقضته.

وإن تطبيق الدستور وإحترام نصوصه بشكل عام والنصوص المتعلقة بالحقوق والحريات مسؤولية تقع على عاتق جميع السلطات العامة، ففي الدول الفدرالية تقع هذه المسؤولية على عاتق السلطات العامة على المستويين الفدرالي والإقليمي، وتختلف الوظائف والمسؤوليات المحددة

الموكولة لمختلف الأطراف، سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، وذلك حسب الدور الدستوري المسند لها!^١ ويجب الإشارة إلى أن مطالبة صاحب الحقوق والدفاع عنها وعدم إنتهاكها مسألة تتعلق بشكل أساسي بالسلطات العامة في الدولة سواء كانت سلطات فدرالية أم سلطات الأقاليم، وتقع الحصة الأكبر من هذه المسؤولية على عاتق السلطة التنفيذية والأجهزة التابعة لها، لأنها هي المعنية بضمان إنقاذ النظام والسلامة العامة في المجتمع، وتوفير الخدمات الإجتماعية، وضمان حرية التجمع وتكوين الجمعيات، وغيرها من الأعمال المتعلقة بممارسة الحقوق والحريات الدستورية، لذلك من الضروري أن يتضمن الدستور أحكاماً تحدد مسؤولية جميع الجهات التنفيذية والجهات المسؤولة في السلطات الفدرالية وسلطات الأقاليم فيما يخص حماية وإحترام النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات، وعلى سبيل المثال نص دستور كينيا لعام ٢٠١٠ على أن "تلتزم الدولة ويلزم كل جهاز تابع لها بمراعاة جميع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور، ويجب إحترامها وحمايتها وتعزيزها وإعمالها"^٢ فضلاً عن ذلك نص الدستور الكيني كذلك على^٣:

١. تتخذ الدولة تدابير تشريعية وسياسية وغيرها من التدابير، بما في ذلك وضع المعايير، لتحقيق الأعمال التدريجي للحقوق المكفولة بموجب المادة ٤٣.
٢. يقع على عاتق جميع أجهزة الدولة وجميع الموظفين الحكوميين واجب تلبية إحتياجات الفئات الضعيفة داخل المجتمع، بمن في ذلك النساء، والمسنين، والأشخاص ذوي الإعاقة، والأطفال والشباب، وأفراد الأقليات أو المجتمعات المهمشة، وأفراد الجماعات العرقية أو الدينية أو الثقافية.
٣. تسن الدولة وتنفذ تشريعات للوفاء بالتزاماتها الدولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

نلاحظ من قراءة النصوص الدستورية أعلاه، إن المشرع الدستوري حدد بشكل دقيق ومفصل مسؤولية جميع الأجهزة الحكومية داخل الدولة والمتعلقة بممارسة الحقوق والحريات الدستورية، فضلاً عن ذلك نص بشكل صريح على الوفاء بالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، وعندما نأتي إلى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لانجد نصوص دستورية مثل هذه النصوص تبين وتحدد مسؤولية السلطات العامة سواء كانت على الصعيد الفدرالي أو على صعيد الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في الإقليم بشأن إحترام وتعزيز الحقوق والحريات الواردة في الدستور، لذلك من الضروري جدا

^١ الأمم المتحدة (حقوق الإنسان) مكتب المفوض السامي، مصدر سابق ، ص ٩٧.

^٢ المادة (٢١) من دستور كينيا لعام ٢٠١٠.

^٣ المواد (١٠ و ١٩ و ٢٠) من الدستور نفسه أعلاه.

ان يأخذ المشرع الدستوري في إقليم كردستان العراق عند وضعه للدستور مستقبلاً نفس الخطوات الجريئة والدقيقة والواضحة التي خطاها المشرع الدستوري في كينيا في مجال تحديد مسؤولية الدولة وكافة سلطاتها تجاه الحقوق والحريات الدستورية.

وارتباطاً بما عرضناه أعلاه، يتبين لنا بأن صياغة النصوص الدستورية وفق المعايير الأساسية لتنظيم الحقوق والحريات ليس إلا جزءاً من عملية تنظيم هذه الحقوق والحريات، بل يجب أن يضمن المشرع الدستوري تطبيق هذه النصوص الدستورية من الناحية التطبيقية، أي ان مهمة المشرع الدستوري لا تنتهي بصياغة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات فقط، بل يستمر عمله في ضمان تطبيق هذه النصوص وذلك من خلال إقامة دستور ديمقراطي وتحديد مسؤولية جميع الجهات المسؤولة في الدولة بشكل دقيق، فضلاً عن النص على الضمانات التي تضمن تطبيق الدستور بشكل عام، لذلك سنخصص المطلب الثاني من هذا المبحث لضمانات تطبيق الدستور.

المطلب الثاني ضمانات تطبيق الدستور

هناك ضمانات عدة لتطبيق النصوص الدستورية على أرض الواقع، ومن أبرزها الشكل الديمقراطي للحكم، لأن في ظل الحكم الاستبدادي لا يمكن حماية الحقوق والحريات بشكل كامل، لأنه لا يخضع تصرفات الدولة بشكل فعلي لرقابة المؤسسات القضائية أو البرلمانية أو الإدارية، وضمانة اخرى هي الرقابة على دستورية القوانين، إن هذه الضمانة تضمن سمو وعلوية النصوص الدستورية بشكل عام والنصوص المنظمة للحقوق والحريات بشكل خاص، ومن خلالها يجب على السلطات الدستورية احترام هذه النصوص وإلا تعد أعمالها المخالفة لهذه النصوص ملغية، فضلاً عن ذلك إن استقلال القضاء يعد من الضمانات المؤثرة لضمان تطبيق النصوص الدستورية، وفيما يلي سنتناول الضمانات السابقة بشكل من التفصيل.

أولاً/ الفصل بين السلطات

يكفل مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد من المبادئ الديمقراطية المهمة، إضطلاع البرلمان بدوره المركزي باعتباره ممثل الشعب والسلطة المختصة بسن القوانين، ويتيح هذا الفصل أيضاً استقلال السلطة القضائية التي تعتبر الأداة المثلى لحماية كل من يطالب من الأفراد بالحقوق والحريات الدستورية، بالإضافة إلى ماسبق يحصر الفصل بين السلطات كل السلطات الدستورية ضمن نطاق الصلاحيات التي نص عليها الدستور، ومن خلال تحديد هذا النطاق نستطيع ان نبين كل فعل صادر من أية سلطة خارج اختصاصاتها أو نبين كل تصرف لها يشوبه التعسف في استعماله. فضلاً عن ذلك إن طريقة تنظيم كل سلطة من السلطات الثلاث في الدستور وتحديد

إختصاصاتها تضمن الإستقلال اللازم لمختلف السلطات وتحول دون تركزها في يد سلطة واحدة^١.

ثانياً/ مراقبة دستورية القوانين

لا يمكن تنفيذ النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات إلا عندما يكون قانون الدولة مطابقاً مع الدستور، ولذلك تعد مراقبة دستورية القوانين إحدى الضمانات الأساسية لإحترام النصوص الدستورية، وإن طريقة تلك المراقبة تختلف من دولة إلى أخرى، ففي العراق مثلاً تم تشكيل محكمة مختصة بممارسة هذه المراقبة وهي المحكمة الاتحادية العليا، إذ نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أن "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً/ الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"^٢، ومن خلال ممارسة هذه الرقابة يتم إلغاء القانون أو جزء منه أو الأنظمة الصادرة من السلطة التنفيذية إذا تبين للمحكمة مخالفتها لأحدى نصوص الدستور.

ويجب الإشارة إلى أن نطاق الرقابة الدستورية توسعت جداً، بحيث تخضع سلطة المشرع التقديرية لرقابة القضاء الدستوري في كل جوانب نشاطها الإيجابي المتمثلة في سن وإقرار التشريع، لأن هذه السلطة ليست مطلقة بل شأها شأن أية سلطة أخرى في الدولة القانونية تكون سلطاتها محدودة بنصوص الدستور ومبادئه وروحه^٣ هذا من جانب، ومن جانب آخر تخضع الإغفال التشريعي لرقابة القضاء الدستوري أيضاً، وذلك إستناداً إلى قواعد الدستور التي تلزم المشرع بالتدخل التشريعي لتنظيم سلوك ما أو موضوع معين، وتحدد له كيفية تدخله، وبالتالي يتقيد سلطة المشرع التقديرية بالحدود والظوابط التي يضعها الدستور، وأساس هذه الرقابة على الإغفال التشريعي (الإمتناع التشريعي) هو مبدأ السمو الدستوري الذي يقضي بالالتزام جميع السلطات بممارسة إختصاصاتها الدستورية وبالكيفية التي حدّد لها الدستور خدمة للشعب الذي هو المؤسس الحقيقي للدستور، ولكن أغفل المشرع أو إمتنع عن الوفاء بهذا الإلتزام، لأنه إتخذ موقفاً سلبياً من التدخل

^١ د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، العتق لصناعة الكتب، بيروت، ٢٠١٥، ص ٥٩.

^٢ المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

^٣ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، ط١، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٢٣؛ إبراهيم صالح نعمو الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠١٣، ص ١٨٢، د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ط١، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٤٥.

التشريعي لتنظيم مسألة من المسائل التي كانت موضع إهتمام المشرع الدستوري^١.

وعليه يتعين على المشرع العادي أن يلتزم بمبدأ الحد الأقصى للمعقولة في اختيار وقت التدخل لتنظيم موضوع الزمه الدستور بتنظيمه، أي أن يتطلب القضاء الدستوري من المشرع العادي عند ممارسته لسلطته التقديرية أن لا يتجاوز أقصى الحدود المعقولة لهذه السلطة، وهي الحدود الدستورية ذات طبيعة قانونية مجردة وملزمة للمشرع، وذلك دفاعاً عن النصوص الدستورية وتفعلها خدمة لصالح العام وتكريساً لكفالة الحقوق والحريات الدستورية^٢.

ثالثاً/ إستقلال السلطة القضائية

كقاعدة عامة تنص الدساتير عادةً على مبدأ إستقلال القضاء عن الأجهزة والسلطات الأخرى في البلاد، فقد نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على هذا المبدأ إذ نص على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون"^٣، وكذلك نص الدستور على "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون"^٤.

ويجب الإشارة إن القضاء لا يستطيع أن يؤدي وظائفه ما لم يكن مستقلاً إستقلالاً تاماً من السلطات الأخرى داخل الدولة أو أية جهة أخرى، لأن هذا هو الشرط الأساسي لضمان نزاهة قرارات المحاكم، وعدالة الإجراءات القانونية، والتعامل مع الجميع على قدم المساواة، وكل هذه الشروط ضرورية لكفالة الحقوق والحريات الدستورية ولتلبية مطالب أصحاب الحقوق. وفي بعض البلدان يمكن أن تشكل محاكم خاصة بما في ذلك المحاكم العسكرية في ظل ظروف معينة، ويعد ذلك تهديداً لمبادئ الإستقلالية والنزاهة والإنصاف في المحاكمة، وحسناً فعمل المشرع الدستوري في العراق عندما نص على "يحظر إنشاء محاكم خاصة أو إستثنائية"^٥.

وبالإضافة إلى الضمانات العامة التي ذكرناها أعلاه، يشير القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى بعض من الضمانات الخاصة لحماية الحقوق والحريات

^١ إبراهيم صالح قادر، نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه قدمت إل مجلس كلية القانون بجامعة السليمانية، ٢٠٢١، ص ١١٣.

^٢ حيدر محمد حسن، معالجة إمتناع البرلمان عن ممارسة إختصاصه التشريعي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة ٧، ص ٥٧٥.

^٣ المادة (٨٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

^٤ المادة (١٩ / أولاً) من الدستور نفسه اعلاه.

^٥ المادة (٩٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

بشكل عام ومن بين هذه الضمانات الخاصة نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ضمانة كفالة حق التظلم لأي شخص إنتهكت حقوقه أو حريته، إذ نص على "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد: بأن تكفل توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص إنتهكت حقوقه أو حريته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الإنتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية"، فضلاً عن ذلك نص العهد الدولي كذلك على ضرورة أن تكون القرارات التي تؤثر على حق الفرد في الحياة أو حريته الشخصية أو على محاكمة شخص ما وفرض عقوبة جنائية عليه صادرة من محكمة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة^١، وهذه كضمانة خاصة لحماية حقوق وحريات الأفراد.

وفي ضوء الفقه المعاصر لحقوق الإنسان، ثمة مفهوم يحظى بالتأييد على نطاق واسع يفيد بضرورة إحداث الضمانات المؤسسية والإجرائية لحقوق الإنسان على المستوى الوطني، ومن بين هذه الضمانات (الحق في الوصول إلى المحاكم، والحق في الإستئناف، والحق في الشكوى الدستورية، وإنشاء مؤسسات وطنية مستقلة لحقوق الإنسان)، وعند الرجوع إلى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد بان المشرع الدستوري نص على جميع الضمانات الخاصة أعلاه، إذ نص الدستور على "التقاضي حق مصون ومكفول للجميع"^٢، وكذلك نص الدستور العراقي على إنشاء المفوضية العليا لحقوق الإنسان كهيئة مستقلة لحماية حقوق الإنسان، إذ نص على أن "تعد المفوضية العليا لحقوق الإنسان، والمفوضية العليا المستقلة للإنتخابات، وهيئة النزاهة هيئات مستقلة، تخضع لرقابة مجلس النواب، وتنظم أعمالها بقانون"^٣، علماً إن المفوضية العليا لحقوق الإنسان تسعى جاهدة لبيان إنتهاكات حقوق الإنسان في العراق، وتقوم بتقديم الشكاوي على مرتكبيها من خلال جهاز الإدعاء العام^٤، وأخيراً نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا حق الفرد في تقديم الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا على مباشرة

^١ المادة (٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

^٢ المادة (٦) من العهد الدولي نفسه أعلاه.

^٣ المادة (١٩/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

^٤ المادة (١٠٢) من الدستور نفسه أعلاه.

^٥ للمزيد حول تكوين ونشاطات المفوضية العليا لحقوق الإنسان في العراق ينظر: أ.م.د. شالوا صباح عبدالرحمن وبروشة أركان على، دور المفوضية العليا لحقوق الإنسان في حماية حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية، العدد ٩، لسنة ٢٠٢١.

بشروط معينة عندما يرى بأن نصاً في القانون أو الأنظمة النافذة في العراق مخالف للدستور!

ويجب الإشارة إلى ان جميع الضمانات التي ذكرناها سابقاً، والتي نص عليها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، فإنها تطبق في إقليم كردستان العراق أيضاً، وذلك باعتباره إقليماً فدرالياً، لأن نصوص الدستور العراقي ملزم لجميع اجزاء الدولة دون إستثناء هذا من جانب، ومن جانب آخر هناك بعض الوسائل المعاصرة لحماية حقوق الإنسان في الإقليم، كالهيئة العليا لحقوق الإنسان وهي هيئة مستقلة وطنية تعمل في مجال تعزيز وحماية حقوق الإنسان في الإقليم، إلا أن هذه الهيئة تم تنظيمها بموجب قانون عادي، ويجب أن يكون لها اساس دستوري في الإقليم، لذلك على المشرع الدستوري في الإقليم ان يخصص بعضاً من النصوص الدستورية لهذه الهيئات المستقلة بشكل عام وللهيئات المتعلقة بحماية الحقوق والحريات بشكل خاص، إضافة إلى ان يتضمن الدستور المستقبلي في الإقليم جميع الضمانات العامة والخاصة لتطبيق النصوص الدستورية التي ذكرناها سابقاً.

الخاتمة

وفي نهاية دراستنا هذه توصلنا إلى أبرز الإستنتاجات والتوصيات الآتية:
أولاً/ الإستنتاجات

١. تعد الحقوق والحريات الدستورية من المواضيع الأساسية للدستور في عصرنا الحاضر، بحيث تخصص غالبية الدساتير بعضاً من نصوصه لتنظيم الحقوق والحريات الدستورية، فضلاً عن ذلك عند تعديل الدستور يعد العنصر الرئيسي لأي إصلاح دستوري هو كفالة تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية وإحترامها وحمايتها.
٢. من المعايير الأساسية عند صياغة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات هي مطابقتها مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وتوسع مجموعة القانون الدولي لحقوق الإنسان على نطاق واسع، بحيث يوجد أكثر من ٣٠ معاهدة دولة لها صلة مباشرة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية.
٣. يجب أن تلبى النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الشروط الأساسية التي تتبع من مبادئ الدستور والقانون الدولي المقبولة والمتعلقة بحقوق الإنسان، ومن بين هذه الشروط هي كمال النص الدستوري والقيود التي ترد على ممارسة الحق أو الحرية، إضافة إلى كيفية تنفيذ النص الدستوري.

^١ المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ الصادر في ٢٠٠٥/٥/٢.

٤. ومن الناحية الجوهرية يجب أن تتضمن النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات جملة من الموضوعات ومنها تحديد صاحب الحق، أي من هو الشخص الذي يستطيع أن يمارس الحقوق والحريات الواردة في الدستور، والإقرار بجميع أنواع الحقوق والحريات، فضلاً عن تحديد الجهات المسؤولة عن كفالة هذه الحقوق والحريات وإحترامها وحمايتها.
٥. من الضروري جداً ان يتم تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات من الناحية الواقعية، لأن كفالة الحقوق والحريات الدستورية في صلب الوثيقة الدستورية فحسب، دون ضمانات تطبيقها لا تكون لها أية قيمة، لذلك يجب ان يكون هناك ضمانات عامة لتطبيق الدستور ومنها الرقابة على دستورية القوانين، وإستقلال القضاء، والفصل بين السلطات، إضافة إلى ذلك هناك ضمانات أخرى لحماية هذه النصوص كإنشاء هيئات وطنية مستقلة لتعزيز وحماية حقوق الإنسان بشكل عام والحقوق والحريات الواردة في الدستور بشكل خاص.

ثانياً / المقترحات

١. نقترح بإلغاء المادة السادسة والأربعون من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وذلك لسببين، السبب الأول هو إن هذه المادة تتضمن التقييد العام لجميع الحقوق والحريات الواردة في الدستور بموجب القانون أو بناء على قانون، وهذا الأمر لسنا بحاجة إليه، لأن الحقوق والحريات القابلة للتقييد والواردة في الدستور تم تقييدها بالقيد الذي أراده المشرع الدستوري سواء كان هذا القيد هو عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين. والسبب الثاني هو إن هذه المادة تتعارض مع المادة الخامسة عشر من الدستور لأن المشرع الدستوري أخذ بحرمان حق الحياة بموجب القرار القضائي (من خلال تطبيق عقوبة الإعدام) في حين إن هذه المادة نصت على ان عند تنظيم الحقوق يجب ان لا يمس هذا التنظيم جوهر الحق، ففي المادة الخامسة عشر إن حرمان شخص من حق الحيات يمس جوهر الحق.
٢. نقترح لسلطة تعديل الدستور في العراق بضرورة تحديد الجهات المسؤولة عن تطبيق وإحترام وحماية النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات خصوصاً في المواد (٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٣ و ٣٥ و ٣٦)، بحيث ينص الدستور بشكل واضح على مسؤولية كل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلاً عن سلطات الأقاليم تجاه هذه النصوص الدستورية وذلك بكفالة تطبيق هذه النصوص وإحترامها وحمايتها.

قائمة المصادر

أولاً / الكتب:

١. الأمم المتحدة (حقوق الإنسان) مكتب المفوض السامي، حقوق الإنسان ووضع الدستور، الأمم المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية، ٢٠١٨.

٢. رائد فهمي، النقابات والحريات النقابية في العراق الجديد، دراسة منشورة في كتاب: مازق الدستور - نقد وتحليل، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد- لبنان، ٢٠٠٦.
٣. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ط١، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
٤. د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٢٣
٥. عبدالمعز كيو، القيود الدستورية لحماية الحقوق والحريات، بحث منشور في كتاب: "الدستور"، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، ٢٠١٥-٢٠١٦
٦. د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، العتك لصناعة الكتب، بيروت، ٢٠١٥.
٧. كامل شياح، الدستور، الحريات وعودة المثقف، دراسة منشورة في كتاب: مازق الدستور - نقد وتحليل، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد- لبنان، ٢٠٠٦.

ثانياً/ أطاريح الدكتوراه:

١. إبراهيم صالح نعمو الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠١٣.
٢. إبراهيم صالح قادر، نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون بجامعة السليمانية، ٢٠٢١.

ثالثاً/ البحوث المنشورة في المجلات العلمية:

١. حيدر محمد حسن، معالجة إمتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة ٧.
٢. د. شالو صباح عبدالرحمن، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة قةلاى زانست، المجلد ٤، العدد ٢، السنة ٢٠١٩، جامعة البناني الفرنسي.
٣. أ.م.د. شالو صباح عبدالرحمن وبروشة أركان على، دور المفوضية العليا لحقوق الإنسان في حماية حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون، جتمع السليمانية، العدد ٩.

رابعاً/ المواثيق الدولية:

١. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦.
٢. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

خامساً/ الدساتير والقوانين:

- أ. الدساتير:
١. القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩.
٢. دستور إستونيا لعام ١٩٩٢.

٣. دستور بولندا لعام ١٩٩٧.
 ٤. دستور كينيا لعام ٢٠١٠.
 ٥. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
 ٦. دستور جمهورية جزر فيجي لعام ٢٠١٣.
- ب. القوانين:
١. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ الصادر في ٢٠٠٥/٥/٢.
- سادساً، القرارات القضائية:**
١. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ٦٣/إتحادية/٢٠١٢، الصادر في ١١/١٠/٢٠١٢، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار ٢٠١٣.



A NOTION OF EUTHANASIA FROM A LEGAL AND MEDICAL ETHICS PERSPECTIVE

***MOHD ZAMRE MOHD ZAHIR, TENGKU NOOR AZIRA
TENGKU ZAINUDIN, HANIWARDA YAAKOB,
RAMALINGGAM RAJAMANICKAM, AL-IESLAH
BADRUL HISHAM & ABD HALIM SAPANI**

**Correspondence email: zamre@ukm.edu.my*

ABSTRACT

Human life and death can be seen from the perspective of knowledge, science, and technology. If we look at the discoveries of science and technology, the development of technology in the field of medicine and health is very encouraging. Among the advances in knowledge, science, and technology in the field of medicine seen are technologies designed such as Magnetic Resonance Imaging (MRI) machines, radiography, surgery using laser methods, etc. aimed at improving human health. In addition, the existence of a breathing aid machine or known as a ventilator is believed to be able to prolong the life of a patient. Technological advances have also affected the issue of euthanasia. Euthanasia means an act of killing or ending the life of an individual. Euthanasia may also occur if the ventilator is turned off and the patient dies consequently. Euthanasia can be seen in the context of active euthanasia and passive euthanasia. The problem of the study is seen to be closely related to the issue of technological development in this field of medicine, namely whether it brings advantages or disadvantages to a patient. There are two issues that we want to discuss in this paper. First, does technology in medicine provide benefits? Second, is euthanasia allowed according to legal and medical ethics? The objective of this paper is to identify and analyze the extent to which euthanasia from a legal and medical ethical point of view is permissible. In addition, active euthanasia and passive euthanasia are discussed to examine their function and purpose. Qualitative methods are used by highlighting the literature from within and outside the country guided by primary and secondary sources that discuss the issue of euthanasia. The finding from this paper shows that there is dilemma in terms of legal and medical ethics in

Malaysia. In conclusion, this paper suggests that there is a need for a clearer mechanism in the context of euthanasia-related legislation and medical ethics in Malaysia.

Keywords: doctor-patient; euthanasia; law; medical ethics; medical technology.

INTRODUCTION

The development of science and technology has indeed affected the progress of medical treatment (Amer Rahimi Che Ramli & Mohd Anuar Ramli 2020). But, the general principle is that human life is sacred and demands respect, as all life comes from God and life can only be taken away intentionally through due process of law. Thus, ending a person's life, even at his or her request, is considered a criminal offense in many jurisdictions. Regardless of humanitarian motives, a doctor who assists a patient in this act will be in breach of his unequivocal duty as a doctor and will be considered to have committed an unlawful act, subjecting him to legal sanctions.

A decision for euthanasia seems to be a deliberate attempt to break free from the dilemma of a life enslaved by pain. It creates a forum for communication, which facilitates doctor negotiations on care methods and treatments while also enhancing patients' feeling of autonomy. It would be useful to investigate the link between the progression of euthanasia requests in the palliative care context. It's critical to encourage healthcare providers to cultivate an ability to compromise by engaging with patients and families that are not action-oriented now but instead oriented toward proactive dialogue. The key question is whether a patient with a chronic, uncontrollable, life-ending illness has the right to die in a dignified and painless manner?

The notion of the sanctity of life, which is a prevalent tenet in several religions and is rooted in moral values, has played a major role in this. Because all life originates from God and can only be taken away wilfully via due process of law, the underlying tenet is that person's being is sacred and deserves respect. As a result, in many countries, ending a human's life, even at his or her wish, is considered a criminal offense. Regardless of humanitarian motivations, a doctor who assists a patient in this conduct is violating his clear responsibility as a doctor and is regarded to have undertaken an unlawful act, for

which he will face legal consequences. The Black Law Dictionary defines euthanasia as a mercy killing or hastening the death of a terminally ill individual who is usually suffering from great pain. Thus, in general, euthanasia is the killing of someone who is very ill to end the person's suffering.

Today, among the countries that allow the practice of euthanasia are Switzerland, the Netherlands, Belgium, and some states in the United States such as Oregon and Washington. However, euthanasia is practiced openly only in the Netherlands (Farahwahida et al., 2013). There are also countries that are starting to formulate bills on euthanasia in their countries so that this issue of euthanasia can be resolved amicably. The practice of euthanasia is still a matter of debate, especially in the legal and ethical aspects. Furthermore, this paper continues by examining issues related to euthanasia, its types, and euthanasia from the aspects of law and medical ethics that need to be studied further in addition to emphasizing aspects of the situation in Malaysia.

METHODOLOGY

Research methodology is an important aspect in ensuring that the objectives of the study can be achieved. According to Hornby (1985), a methodology is a set of methods used to conduct a study on a particular study subject (Salmianti Mutalib, 2013). This paper uses a qualitative method by highlighting the literature from within and outside the country guided by primary and secondary sources that discuss the issue of euthanasia. According to Nirwana and Zulkifley (2016), primary data is original data or raw data obtained from a primary source for example through field studies. Secondary data is data that has been processed and not the result of field studies. These data are usually obtained through literature review. This writing uses data obtained from primary and secondary sources through observation and research through reading on the internet such as articles, newspapers, journals, magazines, and so on. In addition, the cases in this paper have also been referenced and taken from readings on Lexis Nexis as well as several websites on the internet. In addition, the observation made by the author is one of the ways when seeking information without involving two-way communication. In other words, the author did not ask the respondents. In this study, the observation is done by observing the current issues and news related to euthanasia from within and outside the country through the news on television or the internet. Each data obtained was analysed in detail until this paper was produced.

THE DEFINITION OF EUTHANASIA AND THE TYPES OF IT

The word 'euthanasia' comes from ancient Greek. 'Eu' means good and 'thanatos' in turn means death, and then the two are combined into a good death (Rospita, 2015). Euthanasia is also known as mercy killing which means 'killing without suffering' i.e. this action is usually done against the suffering experienced by patients suffering from diseases that can no longer be cured and have been confirmed by a doctor (Rindi, 2009). Euthanasia or mercy killing is performed on a patient either by stopping any form of treatment or providing treatment with the intention of shortening his life.

According to the Oxford dictionary, euthanasia is the painless killing of a patient suffering from an incurable disease or in an irreversible coma (Kamus Dwibahasa Oxford Fajar, 2008). According to the Dewan Bahasa dan Pustaka dictionary, euthanasia is the act of killing a person who bears the pain of a disease that can no longer be cured on humanitarian grounds so that the patient does not bear the pain for a long time (Kamus Online DBP, 2017). As such, euthanasia can be concluded as the compassionate death of a person suffering from an incurable disease and the act of killing a person who bears the pain of incurable disease on a humanitarian basis so that the patient does not suffer prolonged pain.

Referring to Rospita A. Siregar's paper entitled 'Euthanasia and Human Rights', the history of euthanasia resistance began through a Hippocratic Oath by the Greek physician, Hippocrates or known as the father of medicine, who stated, "I will not give a drug that causes death to anyone even if requested or proposed" (Rospita, 2015). Through the oath, the statement is a rejection of the practice of giving drugs that can cause death. This is related to the issue of euthanasia in the aspect of drug administration that causes death. However according to Moustapha Abbas, in ancient times, such acts were not prohibited if they provided relief to the patient (Moustapha Abbas 2017).

Furthermore, euthanasia can be divided into several categories based on the method of implementation. In general, there are five (5) types of euthanasia. There are five types of euthanasia, namely active euthanasia; passive euthanasia; voluntary euthanasia; non-voluntary euthanasia; and involuntary euthanasia. The first type of euthanasia is active euthanasia. Active euthanasia is defined as hastening a person's

death by direct measures such as the injection of potentially deadly medications. For instance, active euthanasia entails the doctor's active engagement in the purposeful induction of the patient's death via a fatal injection of drugs. For example, a doctor in a hospital intentionally gives a drug that can kill his patients (Kimberly Holland 2019). Active euthanasia is a route to ending the life of a patient, if a regular patient or a dying patient, and it is thus forbidden to be carried out by a medical practitioner since everybody has the right to live, and no one may take that right away from others. Active euthanasia should indeed be prohibited, and medical professionals should not aid their patients in terminating their lives, according to the Islamic perspective, because Allah alone has authority over death. In brief, injecting a patient with a lethal dose of a medicine or substance is an act of active euthanasia, as is aided suicide, which happens when a doctor or another person supports a patient in committing suicide. The common synonym for euthanasia, therefore, in the lay and professional vocabularies has been mercy killing. In Arabic works on euthanasia, the term has been rendered as qatalur-rahmah, meaning (literally) 'mercy killing' (Mahmud Adesina Ayuba, 2016). It is the act of assisting the purposeful death of a person without experiencing pain, out of love, with the goal of reducing the suffering of the ill, both in a good and negative way.

For example, in 1992, Dr. Nigel Cox, a consultant rheumatologist, was convicted of murdering Mrs. Lillian Boyes who was one of his patients. In this case, the actions of Dr. Cox injecting heroin to alleviate Mrs. Boyes' suffering may have been considered inhumane by medical practitioners there. This is because Mrs. Boyes has been experiencing terminal pain and the rheumatoid arthritis pain she is experiencing is getting worse. Mrs. Boyes herself had pleaded with her doctor to end her life. The President of the General Medical Council of the United Kingdom stated that Dr. Cox had acted in good faith because he felt it was best in Mrs. Boyes's situation. The question arises as to whether the treatment of Dr. Cox is an act of intentionally killing a patient, or else it is considered a unique situation because Dr. Cox did so for the purpose of mercy. However, a person resident in a country is bound by the laws of that country. This can be seen when Dr. Cox was arrested for attempted murder and suspended from work for 18 months. However, he can still teach at other hospitals and continue his personal training. In addition, Mrs. Boyes' family is said to support Dr. Cox throughout the trial (Pamela R Ferguson 1997). In November 1992, the General Medical Council's professional conduct committee decided not to take further action. Then, Dr. Cox returned to work in February 1993 under strict supervision.

The second type of euthanasia is passive euthanasia. Passive euthanasia is the act of stopping the medicine or the act of prolonging the life of an individual (Tjandra Sridjaja Pradjonggo 2016). For instance, in a scenario where a doctor lets a patient die. This can happen when there is activity, stopping, or refusing medical treatment. Through the BBC United Kingdom online news site entitled forms of euthanasia, the act of stopping treatment is like turning off the switch of a breathing aid machine on a surviving patient, and the patient dies from the disease he or she has contracted. Meanwhile, an example of refusing medical treatment is the act of not carrying out the treatment that may prolong the patient's life but not cure him (UK BBC news 2014). According to the website, passive euthanasia has traditionally been considered less bad than active euthanasia. But some communities think passive euthanasia is morally superior.

Next, the third type is voluntary euthanasia. Voluntary euthanasia occurs when a patient asks for his or her life to be voluntarily terminated and it is the patient's own request before the patient dies (Tjandra Sridjaja Pradjonggo 2016). For example, a person whose death is hastened because of his or her own request voluntarily either orally or in writing because he or she can no longer bear the pain.

Fourth, euthanasia is non-voluntary. Non-voluntary euthanasia occurs when a person is unaware when he wants to decide for himself apart from the intervention of other parties such as the individual's family who makes a decision for himself. For example, in the case of an individual who is unconscious or in a coma, it is usually their family members who will make an application to decide so that it can hasten the death of the individual (Farahwahida Mohd Yusof et al. 2013). Non-voluntary euthanasia also includes cases of children who have been mentally and emotionally able to decide but have not been considered legally old enough for themselves to make a decision, so their families make decisions on their behalf (Farahwahida Mohd Yusof et al. 2013).

Cases related to non-voluntary euthanasia can be referred to through the case of Karen Ann Quinlan. The case occurred in 1975 in the United States. According to the TIME USA (2019) news site titled "The Big Sleep," on April 14, 1975, Karen Ann Quinlan along with her friends was drinking alcoholic beverages and taking tranquilizers. After that, her breathing stopped, and she collapsed and was in a coma. After five months, doctors diagnosed Quinlan as in a persistent vegetative state, which is a state of

unconsciousness and severe brain damage. Her family wanted to end her suffering and asked doctors to stop using a breathing machine because they believed her son would never recover. However, the doctor denied his family's request, and later the case was taken to court. A High Court judge in Morristown, New Jersey has denied Karen Ann Quinlan's family's request. The case was later taken to the New Jersey Supreme Court. In an article in The New York Times, the Supreme Court ruled that there was no reasonable possibility that the patient would recover from his pain (Robert D. McFadden 1985). This is because the patient is in a coma, so the court ruled that his family has the right to decide on the patient himself. The court also ruled that there was no criminal act in this case because Quinlan's death was not a natural homicide (Robert D. McFadden 1985).

The fifth is involuntary euthanasia. This type of euthanasia occurs when euthanasia is performed against the patient's consent. It also occurs without the consent of a competent patient. For example, when someone asks that he not have his death hastened before he is killed. According to the Campaign for Dignity in Dying website titled Diane Pretty, in this case, the patient was a woman from Luton, United Kingdom who was notorious for being the focus of debate on euthanasia law in the United Kingdom in the early 21st century.

Diane Pretty suffers from motor neuron disease (MND). MND is a disease in which the nerves in the brain and spinal cord that control the movement of motor neurons stop functioning. A person with this disease has difficulty moving, swallowing, chewing, and speaking, which gets worse over time (Abdul Wahid et al. 2019). According to the website of the Campaign for Dignity in Dying again, due to the pain suffered, the patient wants to control the manner and time of his death. Therefore, the patient needs help from her husband to control the manner of her death. The patient had made an application to the court to provide assurance that her husband would not be tried if her husband helped end her life. However, the House of Lords has rejected his application. The court held that the right to life does not include the right to die. Finally, Diane Pretty has breathed her last in the hospital in a condition that is said not to be what she wanted.

In every case that has happened around the world, the community can take lessons and learn from each that happened. According to the Berita Harian news site, Edmund Burke and George Santayana said, "someone who does not learn from history

will be doomed to repeat past mistakes” (Ibrahim Ahmad 2018). Therefore, every case that has happened before should be used as a lesson by the community to prevent the same mistakes from happening. Generally, there are five types of euthanasia namely active euthanasia, passive euthanasia, voluntary euthanasia, non-voluntary euthanasia, and involuntary euthanasia that have been discussed.

LEGAL IMPLICATIONS PERTAINING TO EUTHANASIA

Is euthanasia allowed according to legal and medical ethics? In general, the Malaysian Penal Code (Act 574) can be referred to for matters involving the life of an individual. This provision makes the act of murder or culpable homicide an offense. For a person who commits a crime involving life such as murder or culpable homicide, he or she can be charged under the crime of murder or culpable homicide under the Penal Code. In fact, section 300 of the Penal Code provides for the offense of murder. Section 300 states that:

“Except in the cases hereinafter excepted, culpable homicide is murder (a) if the act by which the death is caused is done with the intention of causing death; (b) if it is done with the intention of causing such bodily injury as the offender knows to be likely to cause the death of the person to whom the harm is caused; (c) if it is done with the intention of causing bodily injury to any person, and the bodily injury intended to be inflicted is sufficient in the ordinary course of nature to cause death; or (d) if the person committing the act knows that it is so imminently dangerous that it must in all probability cause death, or such bodily injury as is likely to cause death, and commits such act without any excuse for incurring the risk of causing death, or such injury as aforesaid” (Section 300, Penal Code).

In this context, active euthanasia can be attributed. This is because according to section 300 when an act kills an individual wrongfully and with intent. For example, when a doctor intentionally causes the death of an individual wrongfully, then he or she can be convicted under this section. However, the exception in this section states that: To cause the death of a person wrongfully is not an offense to cause the death of a person when the person whose death is the cause, who is over eighteen years of age, dies or is willing to endure the danger of dying voluntarily. So, if there is a willingness from the patient himself, it is likely to reduce the liability of the doctor’s charges.

Further, section 299, Penal Code provides for the offense of culpable homicide. It stated as follows:

“Whoever causes death by doing an act with the intention of causing death, or with the intention of causing such bodily injury as is likely to cause death, or with the knowledge that he is likely by such act to cause death, commits the offence of culpable homicide” (Section 299, Penal Code).

In this context, there are three primary homicide offences, which include culpable homicide not amounting to murder (section 299), murder (section 300), and causing death by rashness or negligence. The offences are classified in such a way that each of them attracts different punishment accordingly. For instance, section 302 contains a mandatory death penalty as its punishment for murder while section 304 contains imprisonment as punishment as it deals with the offence of culpable homicide not amounting to murder, which is a less serious offence than murder.

In addition, section 304A is an offense of committing which causes death by negligence. This section provides for:

“Whoever causes the death of any person, by doing any rash or negligence act not amounting to culpable homicide, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to two years or with fine or with both” (Section 304A, Penal Code).

Further, according to section 306, Penal Code if a doctor helps a terminal patient end their life, it is likely that action can also be taken under this section, namely abetting the offense of suicide (Princess Nemie Jahn Kassim, 2019). Section 307 applies if there is an attempt to murder a person. Further, section 308 of the Penal Code mentions, that if a person has the intent and has an attempt, though unsuccessful, to intentionally end the life of their sick patient, action can be taken under this section (Princess Nemie Jahn Kassim 2019). Meanwhile, section 309 provides for attempted suicide. Section 309 provides that: “Whoever attempts to commit suicide and does any act towards the commission of such offence, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to one year or with fine or with both.” This section may be applicable to cases of

voluntary euthanasia because the act is equivalent to an act of suicide (Princess Nemie Jahn Kassim 2019).

The Penal Code has provided guidance for murder cases in Malaysia. Although the Penal Code does not mention the term euthanasia, but the act of euthanasia itself refers to an act of ending the life or act of killing an individual. Therefore, based on the guidance from the Penal Code, it can be seen that there are relevant provisions related to offenses involving the life of an individual and actions in violation of the provisions in the Penal Code can cause offenders to be prosecuted and/or convicted under those provisions.

Now, we will refer to Common Law. Common law is an unwritten law and its concept is a binding precedent derived from court decisions on previous cases (Ahmad Ibrahim & Abdol Monir 2010). Common law still applies especially in countries that have a history of the colonial British empire in the past. Today, the application of English law throughout Malaysia is in force with the existence of section 3 and section 5, Civil Law Act 1956 and Article 5 (1) and Article 5 (2) of the Federal Constitution. In the case of the Commonwealth of Australia Midford (M) S.B [1990] had ruled that common law after 7 April 1956 was applicable in Malaysia if the law was an extension of the existing law in force on 7 April 1956 (Ahmad Ibrahim & Abdol Monir 2010).

In the context of law, this common law is referred to as stare decisis, which is a court decision that is first taken as a guide in deciding later cases (Wan Ahmad Fauzi 2020). In general, if the facts are the same, then the decision of the previous case will bind the court to decide in the new case. Based on an Australian Human Rights Commission article (2016) entitled Euthanasia, human rights and the law issues paper states that common law governs the relationship between doctors and patients, and the provision of medical care in general. This means that doctors who perform active euthanasia that results in the death of a patient can be prosecuted under the offense of murder because common law cases protect the relationship between doctor and patient. Under common law as well, patients are empowered to refuse medical treatment even if such treatment could save their own lives (Trudo Lemmens 1996).

However, euthanasia law has been enacted in the Netherlands. This makes the Netherlands the first country in the world to allow the practice of euthanasia (Rospita A.

Siregar, 2015). Patients who have a terminal illness and cannot be cured, are given the right to end their suffering through euthanasia. Euthanasia in the Netherlands under the provisions of the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act passed in 2001 and came into force in 2002. This provision states that doctors cannot be punished if doctors act in accordance with appropriate criteria of care (Rospita A. Siregar 2015). These criteria include the patient's demand is a patient whose pain is unbearable and can no longer be cured; information provided to patients; the absence of other reasonable means or alternatives; consultation with doctors and other doctors; and the methods used to end the life of such patients (Rospita A. Siregar, 2015).

Despite that, in medical law and ethics aspect, autonomy, beneficence, non-maleficence and justice are four main principles that are very important. In a textbook, Principles of Biomedical Ethics, Beauchamp and Childress did mention about the four principles as the standard theoretical structure for a study of ethically applicable circumstances in medicine (Beauchamp, TL & Childress, JF., 2009). While the significance and scope of the four principles of Beauchamp and Childress is often debated, the role of authority in the area of medical ethics of the four principles is not challenged. In short, autonomy, beneficence, non-maleficence and justice are four main principles. As far as justice is concerned, it is a philosophy that stresses justice and equality among people (Beauchamp, TL & Childress, JF., 2013). It is vital to ensure that the autonomy of an individual when making his decision regarding to medical treatment must be respected (Zahir et al., 2021; Zainudin et al., 2021). Over the years, the Ministry of Health (MoH) of Malaysia has initiated several health programmes to increase patients' safety and population welfare (this is being done in coordination with the private health system) (Health Care in Malaysia, 2010).

RIGHT TO CONSENT TO MEDICAL TREATMENT

Generally, euthanasia or terminating a person's life is not permitted by law in our country. However, issues related to patients who want to die with dignity are also hotly debated. In this situation, the patient can provide guidance to the doctor treating him on how their wishes can be fulfilled by the doctor. This guide or instruction is referred to as the Advance Medical Directive (AMD) (Azizan Baharuddin 2015). This AMD is also associated with passive euthanasia where the patient gives consent by making decisions while he is able to make decisions. refuse or discontinue medical treatment because it has been

confirmed that there is no prospect of cure other than the treatment effort is considered futile. The patient's decision may result in death. Consent for Treatment of Patients by Registered Medical Practitioners issued by the Malaysian Medical Council (MMC) has stated AMD can be done by an individual.

The AMD provides a specific document to state the wishes of the competent patient whether to continue or discontinue medical treatment regarding his or her future medical plan in the event that he or she becomes incapacitated (Zahir, M. Z. M., et. Al. 2019a). AMD (also known as *Arahan Perubatan Awal* (APA)) is a document that contains instructions by the patient stating the types of treatment he or she allows or does not allow to be given to him or her after the patient loses capacity in the future. However, in Malaysia, the development of legislation on AMD is still slow. In fact, no local cases have been reported in connection with AMD. Although Articles 17 and 18, Consent for Treatment of Patients by Registered Medical Practitioners issued by the Malaysian Medical Council (MMC) provide general guidelines mentioning AMD, but it is still not clear enough (Zahir, M. Z. M., et. Al 2019a).

AMD is considered important because it can avoid decisions made by family members against the patient's own wishes. Indirectly, it can avoid conflicts among family members, can protect doctors and nurses from legal action and it can help patients make a pledge to be organ donor when he or she dies (Azizan Baharuddin 2015). Moreover, AMD can also be seen in the context of health. Maintaining health is a very important endeavour (Zahir, M. Z. M., et. Al 2021; Zainudin, T. N. A. T., et. Al 2021).

Does technology in medicine provide benefits? Along with the development of technology, some cancer patients can also be treated for instance, by going through chemotherapy sessions that apparently use modern technology. So, it is clear that technology has its own uniqueness and beneficial than harmful. In addition, patients also have the right to consent to their medical treatment. AMD is seen to benefit patients' autonomy in determining what they feel is best for themselves. AMD can also alleviate any future issues or dilemmas because AMD is a request from the patient himself.

CONCLUSION

The advancement of science and technology has indeed impacted the progress of medical treatment. In short, the question of whether euthanasia is a moral act or not, needs to be seen in each context of euthanasia itself, including its types. There are many countries that prohibit euthanasia but there are also countries that recognize the position of euthanasia. What is important is that even if the country allows euthanasia, so the act is not considered murder even if morally it is seen as such. The issue of euthanasia is not a new problem, this issue has often been raised in various discussion forums. Nevertheless, the views of medical experts, legal advocates, the government, and religious scholars still invite pros and cons, both in Malaysia and in other countries. It is hoped that in the future, Malaysia will have a clearer legal framework and provisions on euthanasia to avoid any issues and confusion.

ACKNOWLEDGEMENT

The author would like to thank the Ministry of Higher Education (Malaysia), Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM), members of the research group, lecturers, and students of the Faculty of Law UKM who are involved for your expertise and cooperation. The appreciation goes to the research grant awarded named GGPM-2021-041, GGP-2020-005, UU-2021-012, and UU-2021-013.

REFERENCES

- Abdul Haseeb Ansari, A.O. Sambo & A.B. Abdulkadir. (2012). The Right to Die Via Euthanasia: An Expository Study of the Shari'ah and Laws in Selected Jurisdictions. *Advances in Natural and Applied Sciences* 6(5): 673-681.
- Abdul Wahid & Ismail. 2019. Terapi berasaskan sel untuk penyakit "amyotrophic lateral sclerosis/motor neuron" (ALS/MND). https://www.cochrane.org/ms/CD011742/NEUROMUSC_terapi-berasaskan-sel-untuk-penyakit-amyotrophic-lateral-sclerosismotor-neuron-als-mnd
- Ahmad Ibrahim & Abdul Munir Yaakob. (2010). Common Law di Malaysia. 1-16.
- Amer Rahimi Che Ramli & Mohd Anuar Ramli. 2020. Mendepani Perkembangan Teknologi Perubatan Berdasarkan Perspektif Hukum Islam: Analisis Isu Transplantasi Badan-Kepala. *E-Prosiding SHIS X 2020*. 643-658.

- Anon. (2014). Forms of euthanasia. <https://www.bbc.co.uk/ethics/euthanasia/overview/forms.shtml>.
- Anon. (2014). Parlemen Belgia Putuskan Eutanasia Anak-Anak. <https://www.dw.com/id/parlemen-belgia-putuskan-eutanasia-anak-anak/a-17428736>. (akses pada 13 Februari 2014).
- Anon. 2019. 7 inovasi perubatan canggih buat kita 'wow'. *Free Malaysia Today (FMT)*, 5 Januari.
- Anon. (2019). THE BIG SLEEP Karen Ann Quinlan. http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1864940_1864939_1864909,00.html.
- Anon. 2020. 3 doktor didakwa lakukan euthanasia bebas tuduhan. *BHOnline*. 31 Januari.
- Anon. 2021. Dewan rendah Chile lulus rang undang-undang eutanasia. *My Metro*, 8 Ogos.
- Anon. 2021. Parlimen Portugal luluskan eutanasia. *BHOnline*, 30 Januari.
- Anon. Diane Pretty. <https://www.dignityindying.org.uk/assisted-dying/the-law/diane-pretty/>
- Australia Human Rights Commission. (2016). Euthanasia, human rights and the law issues paper. <https://humanrights.gov.au/our-work/age-discrimination/publications/euthanasia-human-rights-and-law#fn38> (akses pada 20 Mei 2016).
- Azizan Baharuddin. (2015). Wujudkah Pilihan Mati Dengan Cara Terhormat (?) <https://www.ikim.gov.my/index.php/2015/02/24/wujudkah-pilihan-mati-dengan-cara-terhormat/> (akses pada 24 Februari 2015).
- Beauchamp, TL & Childress, JF. 2013. Principles of Biomedical Ethics, 7th ed. New York: Oxford University Press.
- Beauchamp, TL & Childress, JF. 2009. Principles of biomedical ethics. 6th ed. New York: Oxford University Press.
- Beaudoin, G.A. (2006). Assisted Suicide in Canada: The Rodriguez Case (1993). <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/rodriguez-case-1993> (akses pada Februari 2006).
- Commonwealth of Australia lwn. Midford (M) Sdn. Bhd.* [1990] 1MLJ 475.
- Dowbiggin, I. 2002. *A Merciful End The Euthanasia Movement in Modern America. Edisi Pertama*. Oxford University Press.
- Farahwahida Mohd Yusofa, Tamar Jaya Nizar, Siti Norlina Muhammad & Nurain Mohd Nazir, 2013. Euthanasia: Melanggar Etika dan Hak Asasi Manusia. *Jurnal Teknologi (Sciences & Engineering)* 64(1): 33-41.

- Ferguson, P.R. 1997. Causing death or allowing to die? Developments in the law. *Journal of Medical Ethics*. 23(6): 368-72.
- Health Care in Malaysia. 2010. Retrieved February 28, 2018, from <http://www.expatform.com/articles/health/health-care-in-malaysia.html> (16 January 2020).
- Holland, K. (2019). Medically reviewed by Timothy J. Legg, Ph.D., CRNP. <https://www.healthline.com/health/what-is-euthanasia> (akses pada 31 Mei 2019).
- Ibrahim Ahmad. 2008. Fakta sejarah tak wajar dimanipulasi. *BHOnline*, 7 Disember.
- Joshi. (2021). Bidang Perubatan dan Kesihatan akan Terus Berkembang – Dr Joshi. https://www.ukm.my/news/Latest_News/bidang-perubatan-dan-kesihatan-akan-terus-berkembang-dr-joshi/ (akses pada 31 Mac 2021).
- Kamus Dewan. (2017). Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Kamus Dwibahasa Oxford Fajar. (2006). Edisi Keenam.
- Mahmud Adesina Ayuba. 2016. Euthanasia: A Muslim's Perspective. *Scriptura* 115. (2016:1) pp. 1-13. <http://www.scielo.org.za/pdf/scriptur/v115/01.pdf> (1 June 2022).
- McFadden, R.D. (1985). Karen Ann Quinlan, 31, Dies; Focus Of '76 Right To Die Case. <https://www.nytimes.com/1985/06/12/nyregion/karen-ann-quinlan-31-dies-focus-of-76-right-to-die-case.html> [June 12 1985].
- Mohd Zamre Mohd Zahir, Tengku Noor Azira Tengku Zainudin, Haniwarda Yaakob, Ramalinggam Rajamanickam, Husyairi Harunarashid, Ahmad Azam Mohd Shariff, Zainunnisaa Abd Rahman & Muhammad Hatta. 2019. Hak Pesakit bagi Melaksanakan Arahan Awal Perubatan: Suatu Gambaran Umum, *Sains Malaysiana*. 48(2): 353–359.
- Mohd Zamre Mohd Zahir, Tengku Noor Azira Tengku Zainudin, Ramalinggam Rajamanickam, R. & Zainunnisa Abd Rahman. (2019). Arahan Do Not Resuscitate (DNR) dalam sektor kesihatan dari perspektif undang-undang. (Do Not Resuscitate Instructions (DNR) order in the health sector from a legal perspective). *Journal of Southeast Asia Social Sciences and Humanities (Akademika)*, Malaysia, 89(2), 143-154.
- Mohd Zamre Mohd Zahir, Tengku Noor Azira Tengku Zainudin, Ramalinggam Rajamanickam, Ahmad Azam Mohd Shariff, Zainunnisaa Abd Rahman, Ma Kalthum Ishak, Syafiq Sulaiman, Nor Hikma Mohamad Nor2021. Prospect and legal challenges of medical tourism in relation to the advance medical directive (AMD) in Malaysia. *Special Issue of Pertanika Journal Social Sciences and Humanities (JSSH)* 29 (S2): 17-28.

- Mohd Zamre Mohd Zahir. (2020). Covid-19: Hak individu terhadap rawatan perubatan. (Covid-19: Individual rights to medical treatment). Asklegal online. Retrieved from <https://asklegal.my/p/covid-19-hak-individu-terhadap-rawatan-perubatan> (akses pada 16 January 2021).
- Mohd Zamre Mohd Zahir. *Eutanasia dan Arahan Perubatan Awal (APA)*. Slaid. Bangi: Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM)
- Moira M. McQueen & James L. Walsh. (2017). The House of Lords and the Discontinuation of Artificial Nutrition and Hydration: An Ethical Analysis of the Tony Bland Case. Number 4 Vol 35.
- Moustapha Abbas. (2017). Hippocratic Oath: Sumpah Seorang Doktor. <https://www.thepatriots.asia/hippocratic-oath-sumpah-seorang-doktor/> (akses pada 26 Jul 2017).
- Nirwana Sudirman & Zulkifley Hamid. (2016). Pantun Melayu Sebagai Cerminan Kebiasaan Perunggu Minda Melayu. *Jurnal Melayu* 15(2): 146-159.
- Penal Code (Act 574) (Malaysia).
- Puteri Nemie Jahn Kassim. (2007). *Law and Ethics Relating To Medical Profession*. Gombak: International Islamic University Malaysia.
- Rindi Ramadhini. 2009. Euthanasia Ditinjau Dari Aspek Hukum Pidana Dan Hak Asasi Manusia. Indonesia: Universitas Negeri Semarang.
- Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.
- Rospita A. Siregar. 2015. Euthanasia dan Hak Asasi Manusia. *Jurnal Hukum, Hukum Untuk Mengatur dan Melindungi Masyarakat* 1(3).
- Salmianti Binti Mutalib. (2013). Tinjauan Kecenderungan Keusahawanan Dalam Kalangan Pelajar Di Institusi Pengajian Tinggi Awam. *Jurnal Universiti Tun Hussein Onn Malaysia (UTHM)*. 4: 38-50.
- Samanta, J.. (2021). Children and euthanasia: Belgium's controversial new law. <https://diversityhealthcare.imedpub.com/children-and-euthanasia-belgiums-controversial-new-law.php?aid=3729> (akses pada 9 Oktober 2021).
- Siti Aisyah Shasuddin & Wan Salizawati Wan Ismail. 2017. Potensi Industri Teknologi Dalam Bidang Perubatan. <http://www.kk.usm.my/index.php/news-media/723-potensi-industri-teknologi-dalam-bidang-perubatan> (akses pada 25 Julai 2017).
- Suwitcha Chaiyong. (2021). Euthanasia's agonising debate. <https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2045155/euthanasias-agonising-debate> (akses pada 4 Jan 2021).

- Tengku Noor Azira Tengku Zainudin, Mohd Zamre Mohd Zahir, Ahmad Azam Mohd Shariff, Ramalinggam Rajamanickam, Ong Tze Chin, Zainunnisaa Abd Rahman, Nor Hikma Mohamad Nor, Syafiq Sulaiman, Asiah Bidin, Murshamshul Kamariah Musa & Kamaliah Salleh. (2021). Legal exploration of right to health. *Special Issue of Pertanika Journal Social Sciences and Humanities (JSSH)* 29(S2): 221-232.
- Tjandra Sridjaja Pradjonggo. (2016). Suntik Mati (Euthanasia) Ditinjau Dari Aspek Hukum Pidana Dan Hak Asasi Manusia Di Indonesia. *Jurnal Elektronik Universitas Negeri Malang*. 56-63.
- Trudo Lemmens. (1996). Treatment refusal, assisted suicide and euthanasia in the United States and Canada. *British Medical Bulletin*. (No. 2):341-353.
- van Delden, J., Onwuteaka-Philipsen, B. Rietjens, J., Rurup, M., van Tol, D., Gevers, J., van der Maas, P. & van der Heide, A. (2009). Reporting of euthanasia and physician-assisted suicide in the Netherlands: descriptive study. *BMC Medical Ethics*.
- Wan Ahmad Fauzi Wan Husain. (2020). Prinsip perundangan negara warisan watan. *BHOnline*, 20 Jun.

محور القانون الخاص



القانون التجاري أم قانون الأعمال

الأستاذ الدكتور فاروق إبراهيم جاسم كلية القانون - الجامعة
المستنصرية

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة مفهوم قانون الأعمال " Droit des affaires " الذي ظهر في الفقه الفرنسي كبديل عن القانون التجاري وذلك من خلال التعريف بقانون الأعمال وخصائصه ومسوّغات ظهوره والتمييز بينه وبين القانون التجاري " Droit commercial " وذلك في " مبحث أول " ثم يتناول مفهوم قانون الأعمال " Business Law " في المدرسة القانونية الأمريكية وذلك من خلال التعريف به وخصائصه والموضوعات التي يتناولها هذا القانون بالشرح والتحليل " مبحث ثانٍ ".

Abstract

This research deal with the concept of the " Droit des affaires " by defining this Law and its characteristics, justification for emergence, and distinguishing between it and the concept pf Commercial Law in the First section. Then it deal with the concept of " Business Law " at the American Law school. By defining this Law, and its characteristics, and the topics covered by Explanation and analysis.

المقدمة

أثار ظهور مصطلح أو مسمى (قانون الأعمال) (Droit des affaires) في الفقه الفرنسي منذ ثمانينيات القرن الماضي تساؤلات عدّة حول مفهوم هذا القانون والموضوعات التي ينظمها؟ وما هي خصائص هذا القانون؟ وما هي أوجه التمييز بين قانون الأعمال وبين مصطلح أو مسمى القانون التجاري، المعروف تقليدياً بأنه أحد فروع القانون الخاص الذي ينظم العلاقات القانونية الناشئة عن ممارسة التجارة. وبعبارة أكثر اختصاراً القانون الذي ينظم الأعمال التجارية ومن يزاولها من التجار.

وقد بذل العديد من الفقهاء جهوداً من أجل تقديم إجابات عن الأسئلة المذكورة وإرساء مفهوم قانون الأعمال. وأصبحنا نشهد حالياً شيوعاً في استخدام مصطلح أو مسمى قانون الأعمال. وانتقل تأثير ذلك إلى البعض من الفقه العربي الذي استخدم مسمى قانون الأعمال في بعض المؤلفات والبحوث. وبالمقابل فقد ظهر مسمى أو مصطلح قانون الأعمال (Business Law) في الفقه الأنجلو أمريكي منذ مدة بعيدة تمتد إلى عشرينيات القرن الماضي، حيث ظهرت العديد من المؤلفات تحت مسمى قانون الأعمال، وهذا المصطلح لا يدلُّ على فرع محدد من فروع القانون وإنما يضم مزيجاً من قواعد قانونية تعود إلى فروع مختلفة، بعضها يصنف ضمن قواعد القانون العام، والبعض الآخر يصنف ضمن قواعد القانون الخاص مع غلبة قواعد القانون التجاري التي تطبق على المعاملات أو الأعمال التجارية. ويثير هذا البحث تساؤلات عدّة أهمها أما إذا كان مصطلح القانون التجاري (Droit Commercial) - المعروف منذ القرن الثامن عشر - سيتوارى ويصبح أثراً من الماضي ليحل محله مسمى أو مصطلح قانون الأعمال؟ وسيتم تقسيم البحث على مبحثين ووفقاً للآتي:

المبحث الأول: مفهوم قانون الأعمال في المدرسة القانونية الفرنسية.

المبحث الثاني: مفهوم قانون الأعمال في المدرسة القانونية الأمريكية.

المبحث الأول

مفهوم قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الفرنسية بدأت أولى محاولات ظهور مصطلح أو لفظ قانون الأعمال "Droit des affaires" في الفقه الفرنسي في أواخر سبعينيات القرن الماضي، بوصفه قانوناً جديداً يمكن تطبيقه على المشروعات كافة، سواء أكانت تجارية أم صناعية أو غير ذلك.⁽¹⁾ ثم قدّم فقهاء آخرون العديد من المحاولات لإرساء مفهوم قانون الأعمال، وذلك من خلال التعريف به وتحديد نطاقه ومصادره ومسوّغات ظهوره وتحديد العلاقة بينه وبين القانون التجاري والقانون المدني. ويثير البحث في مفهوم قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الفرنسية الإشارة أولاً إلى التعريف بمصطلح أو لفظ "قانون الأعمال" وما هي خصائصه ومسوّغات ظهوره والتميز بينه وبين القانون التجاري. ولذا سيقسم المبحث الأول على مطلبين وبالشكل الآتي:

المطلب الأول: التعريف بقانون الأعمال وخصائصه.

المطلب الثاني: مسوّغات ظهور قانون الأعمال وتمييزه عن القانون التجاري.

المطلب الأول

التعريف بقانون الأعمال وخصائصه

نبحث أولاً في التعريف بقانون الأعمال " فرع أول " وخصائصه " فرع

ثانٍ " .

(1) وقد مثلت محاولة الفقيه " Claude Champaud " أولى المحاولات التي أُرست استخدام لفظ أو

مصطلح قانون الأعمال وذلك في مؤلفه:

Le droit des affaires " Que sais-je, presse universitaire de Paris, 1977,

الفرع الأول التعريف بقانون الأعمال

لا بُدَّ من الإشارة أولاً - قبل ذكر التعاريف التي قدّمها الفقه لتحديد المقصود بقانون الأعمال - إلى أن تقديم تعريف لقانون الأعمال تواجهه صعوبات عدّة أهمها حداثة مفهوم هذا القانون، وعدم اتفاق الفقه بشأن الموضوعات التي ينظمها قانون الأعمال.⁽¹⁾

أما فيما يتعلق بالتعاريف التي قدّمت للتعريف بقانون الأعمال فقد أشار البعض إلى أن قانون الأعمال هو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي يعالج بطريقة خاصة نشاطات الصناعة والتوزيع والخدمات.⁽²⁾ أو أنه " مجموعة القواعد التي تطبق على الأنشطة التي يقوم بها التجار والصناعيين عند ممارستهم لأنشطتهم المهنية ".⁽³⁾

وكذلك أنه " مجموعة القواعد التي تحكم عالم الأعمال Lemende des affaires " وهو لا يقتصر على التجار بل يشمل الفئات الفاعلة في عالم الأعمال جميعاً ".⁽⁴⁾

وكذلك قدّم الفقه العربي بعض التعاريف لتحديد المقصود بقانون الأعمال ومن ذلك أنه " القانون الذي يكون محوره المشروع، فهو المخاطب بأحكام هذا القانون، وهو الذي يحدد نطاق تطبيقه ... وهو يتسم بطابع موضوعي أو مادي؛ لأن قواعده تحكم علاقات ذات طبيعة خاصة "⁽⁵⁾. وكذلك أشار البعض الآخر إلى أن قانون الأعمال " هو ذلك الذي يحكم جميع أوجه النشاط الاقتصادي والمالي في المجتمع، وبعبارة أخرى هو ذلك القانون الذي يدرس عالم الأعمال بما يضم من تجار ومشروعات اقتصادية ".⁽⁶⁾ ويبدو من مجمل ما تقدم أن آراء الفقه لم تتفق علي تعريف موحد لقانون الأعمال يحدد مضمون هذا القانون ونطاقه. وهذا امر طبيعي لأن هذا القانون لا زال يمر بمراحل تطور تحاول إرساء مضمونه.

(1) وهذا ما أشار إليه الفقيه " Jean- Bernard Blaise " في مؤلفه -L.G.D.J, Droit des affaires, Delta, Paris, 1999. No. 84,P. 4, .

إلا أنه يبدو بأنه ترجع عن هذا الرأي في الطبعة الحديثة لهذا المؤلف. يُنظر: Jean –Bernard Blaise.et Richard Desgorces, Droit des affaires, L.G.D.J, 8e edition, 2015, No.64.

(2) Yves Guyon, Droit des affaires, Tomel, Economica- DELTA, Paris. 12e édition, 2003, No.1, P.1.

(3) Olivier Esneu, Fondement de droit, L'Hamattan, 2018, P.79.

(4) يُنظر: Course de droit des affaires, 30 Nov.2011, .

متاح على الموقع الإلكتروني: Course –de- droit-net.

(5) يُنظر: الدكتور علي سيد قاسم، قانون الأعمال، دار النصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٦٦.

(6) يُنظر: الدكتور أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٨.

الفرع الثاني خصائص قانون الأعمال

- يتميز قانون الأعمال بخصائص عدّة منها:
- أولاً: سعة نطاق تطبيقه.
ثانياً: تبنى قانون الأعمال المنهج العلمي الاستقرائي.
ثالثاً: الحدّثة وابتعاده عن الأنماط التقليدية. ونبين هذه الخصائص تباعاً:
أولاً: سعة نطاق تطبيقه

لا مرأ في أن أي فرع من فروع القانون ينظم طائفة من الموضوعات المشتركة تحدد نطاق تطبيقه، كما في قانون الأحوال الشخصية الذي يطبق على العلاقات الناشئة عن عقد الزواج، وغيره من فروع القانون⁽¹⁾. إلا أنه - وخلافاً لما تقدم - فإن قانون الأعمال يتميز بسعة نطاق تطبيقه، فهو يطبق على العقود والشركات والمنافسة والإفلاس والأعمال المصرفية والعمل والضرائب، فضلاً عن القانون الجنائي للأعمال⁽²⁾. فقواعد قانون الأعمال تضم مزيجاً من قواعد القانون الاقتصادي (قانون المنافسة التوزيع والاستهلاك)، وقواعد القانون التجاري، فضلاً عن قواعد القانون الاجتماعي والضريبي⁽³⁾. ويرى البعض بأن قانون الأعمال في وضعه الحالي ينظم الموضوعات

الآتية:

- 1- الكيانات أو الهياكل التجارية Les structures commerciales وتضم:
 - 1- أنظمة المشروعات التجارية . statut des entreprises
 - 2- الشركات التجارية . societies commerciales
 - 2- الأنشطة التجارية L'active commerciales. ويضم :
 - أ- قانون المنافسة والملكية الصناعية Droit la concurrence et de la prooriété
 - ب- العقود التجارية والتوزيع et distribution
 - ج- العمليات المالية: الأوراق التجارية وعمليات المصارف Opérations Finacières: effet de commerce et operations de banque.
- 3- الجزاءات: وتضم:
 - 1- القضاء التجاري والتحكيم jurisdiction commercial et arbitrage
 - 2- الإجراءات الجماعية لإنقاذ وتقديم وتصفية المشروعات

(1) يرى البعض من الفقه بأن قانون الأعمال لا يمثل فرعاً من فروع القانون، كالقانون المدني أو قانون العمل، بل إنه لا يعدو أن يكون وسيلة تستخدم للجمع بين جميع القواعد التي تطبق على ما يسمى عادة بـ " حياة الأعمال " Vie des affaires " " . يُنظر: François-xavierLucas, introduction Dans Le droit des affaires, UFP. 2005, P.79.

(2) Ibid., P. 80.

(3) Ripert et Roblot, Traité dr droit commercial, Par Louis vogel, T.I., L.G.D.J. Paris, 18^e édition, 2003, No.7.

Procédures collectives de sauvetage, de redressement, et de liquidation des entreprises⁽¹⁾.

ويرى البعض من الفقه أن قانون الأعمال يتجاوز الحدود المرسومة بين فروع القانون، بوصفه تشكيلاً من قواعد تعود لفروع متعددة، إلا أن هذا المفهوم الواسع لقانون الأعمال يواجه تحدياً من القائمين على التعليم في الجامعات أو المؤسسات الأكاديمية التي تدرس القانون، حيث يعمل هؤلاء على تقسيم الموضوعات التي ينظمها قانون الأعمال لكي يمكن تدريسها بسهولة.⁽²⁾

ثانياً: تبنى قانون الأعمال المنهج العلمي الاستقرائي يذهب البعض بأن قانون الأعمال يتميز عن القانون التجاري في المنهج الذي يتم التعامل به مع الوقائع الاقتصادية، فقانون الأعمال ذو منهج علمي استقرائي يستنبط من الواقع وليس من استنتاج المبادئ المنطقية العقلانية، فإذا كان قانون التجارة يطبق على الوقائع والمنازعات المعروفة، فإن قانون الأعمال يواكب الأحداث، ويعطي لرجال الأعمال فرصة لمجاراتها في ضوء الإمكانيات المدروسة لحصر التوقعات، واستخلاص النتائج المستقبلية ليس على فروض واحتمالات يصعب تصديقها، وإنما على دراسات وإحصاءات دقيقة، بحيث يعطي رجل الأعمال الصفة الديناميكية بعكس الركود الخاص بقانون التجارة.⁽³⁾

ومثال ذلك العقود التي أفرزها التعامل المعاصر " كعقود النوهاو والفرانشيز والفاكتورنج والليزنج والتحكيم وغيرها " إذ ظهرت هذه العقود نتيجة لممارسات رجال الأعمال، وبعدها جاء المشرع لينظم هذا التعامل بصورة قانونية.⁽⁴⁾

ثالثاً: الحدائق وابتعاده عن الأنماط التقليدية إذا كانت قواعد القانون التجاري تمثل غالبية قواعد قانون الأعمال، إلا أنه يتم تناولها وفقاً لعناوين غير تقليدية تتضمن نوعاً من الحدائق، وتجاوز العناوين التقليدية التي درجت عليها مؤلفات القانون التجاري. فبدلاً من البحث في الأحكام المطبقة بشأن التجار " Les Commerçants " تحت عنوان التاجر يتم حثها وفقاً لعنوان الشخصية الفردية " Le Personne Prive "

1) Jean- Bernard Blaise et Richard Desgorces, Op.Cit., No. 64.

2) François- Xavier Lucas, Op.Cit., P. 80.

3) يُنظر: الدكتور نعيم مغيب، رجل الأعمال والقانون، دون ذكر دار النشر، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٣-١٦.

4) يُنظر: المصدر نفسه، ص ١٩. إلا أن هذا القول يصدق كذلك على الكثير من نظم القانون التجاري التي استلهمت من التعامل، كبعض عمليات المصارف والحساب الجاري والحوالة التجارية (السفجة) والسند للأمر (الكمبيالة).

وبدلاً من البحث في الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية (التاجر الشخصي المعنوي) يتم البحث وفقاً لعنوان مجموعات الأعمال " Les Groupements des affaires " ⁽¹⁾ . وكذلك اختار البعض عناوين جديدة يتم من خلالها دراسة قانون الأعمال هي:

- أشخاص قانون الأعمال (العوامل المحركة للأعمال).
- المحرك الجماعي للأعمال (الشركات). ⁽²⁾

المطلب الثاني

مسوّغات ظهور قانون الأعمال وتمييزه عن القانون التجاري هنالك العديد من المسوّغات التي أدت إلى ظهور ما يُعرف بقانون الأعمال وهذا ما نبينه في " فرع أول " ثم نبين أوجه التمييز بين قانون الأعمال والقانون التجاري " فرع ثانٍ " .

الفرع الأول

مسوّغات ظهور قانون الأعمال

أولاً: تتمثل المسوّغات التي أدت إلى ظهور قانون الأعمال بالآتي: يرى البعض من الفقه بأن قواعد القانون التجاري لم تعد كافية أو قادرة على تنظيم العلاقات الجديدة الناشئة بفعل التطور الاجتماعي والاقتصادي والعلمي ⁽³⁾ ومثلما حتم التطور المتسارع للمعطيات والوقائع الاقتصادية الحديثة في مرحلة مضت الخروج من القانون المدني إلى القانون التجاري، ومنه أيضاً إلى القانون الصناعي وقانون العمل والضمان الاجتماعي، وحتى إلى إخراج مواليد جديدة من القانون التجاري ذاته، كالقانون الجوي والقانون المصرفي، فإن هذه المعطيات أصبحت تضغط باتجاه توسع القانون التجاري التقليدي وتطوره نحو فضاء جديد يستدعي مضموناً ورداءً مختلفاً يكون أكثر قدرة على استيعاب المسائل التجارية والصناعية، وأكثر استجابة لحاجات مؤسساتها الحديثة والأشخاص المحركين لها وأدوات ممارستهم للنشاط. ⁽⁴⁾

ثانياً: إن قواعد القانون التجاري التقليدية - كما جسدها قانون التجارة لعام ١٨٠٧ الملغى - قد تعرضت للتصدع وذلك تحت تأثير التضخم والأزمات الاقتصادية والأفكار الاشتراكية و " الكينزية " فاضطرت الدولة بحلول القرن العشرين إلى التدخل لحماية المصالح المتعلقة بالنظام العام، ومن مظاهر ذلك تقييده لحرية التعاقد لحماية الطرف الضعيف، وتجلى ذلك بقوانين عدّة لا يتسع المقام لذكرها، كما تجلى

(1) Yves Guyon, Op.Cit., P. 35-89.

(2) يُنظر: الدكتور سعيد البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٤، ص ٩.

(3) يُنظر بهذا المعنى: Francois- Xavier Lucas, Op.Cit., P. 80.

(4) يُنظر: الدكتور سعيد البستاني، مصدر سبق ذكره، ص ٧-٨.

ذلك بشكل أوسع في تدخل الدولة في مراقبة أعمال الائتمان والصرف والأسعار والأجور وإشرافها على بعض الشركات، كشركات التأمين والمصارف. وهذا ما أفسح المجال لظهور مفاهيم جديدة كالقانون الاقتصادي وقانون الأعمال برؤية تجاوز المفهوم التقليدي للقانون التجاري.⁽¹⁾

ثالثاً: إن ظهور الشركات متعددة الجنسية التي تتولى تنفيذ المشاريع الكبرى، ونمو ظاهرة التركيز الاقتصادي واتساعها، التي جسدها التكتلات الاقتصادية المختلفة، وظهور الاختراعات العلمية الحديثة، وتطور وسائل الاتصال الحديثة فائقة السرعة، التي حتمت تبادل المعارف التكنولوجية الحديثة قد أفرز قصوراً واضحاً في المفهوم التقليدي للقانون التجاري، وعجزاً عن شمول كل الأنشطة التي تنظمها قواعده.⁽²⁾

هذه هي بعض المسوّغات التي دعت إلى تبني مفهوم قانون الأعمال كبديل عن القانون التجاري، والتي تتضمن بعضها مجافاة للحقيقة، وانتقاصاً من مضمون قواعد القانون التجاري. فقواعد هذا القانون حالياً ليست تلك التي كان يتضمنها قانون التجارة لعام ١٨٠٧، التي تأثر البعض منها بالأمر الملكي الخاص بالتجارة البحرية الصادر في عهد الملك لويس الرابع عشر في عام ١٦٧٣، وإنما شهدت قواعد هذا القانون تطوراً واضحاً، وتحديثاً مستمراً بفعل تطور المفاهيم الاجتماعية والاقتصادية ومقتضيات التطور العلمي، وقد تجسد هذا التطور بصدور قانون التجارة بالأمر 912-2000 في ٢٠٠٠/٩/١٨ والذي تضمن في تسعة كتب الكثير من المفاهيم الجديدة، ومنها ما يتعلق بالمنافسة والصعوبات التي تعاني منها المشروعات. وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذا القانون إلا أنه يتسم بالسهولة والوضوح في تقرير الأحكام، وهو هدف سعى إليه واضعيه.⁽³⁾

الفرع الثاني

التمييز بين قانون الأعمال والقانون التجاري

يرى البعض من الفقه بأن العلاقة بين القانون التجاري تبدو علاقة متناقضة "Paradoxauy" ويسود بينهما نوع من

(1) Georges Decocq et, Aurélie Bullo-Léna, Droit Commercial, Dalloz, 7e édition, 2015, P.5.

(2) يُنظر: الدكتور سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال - مقدمة - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ٥.

(3) يُنظر: Michel Pédamon et Huguesken Fack, Droit Commercial, Dalloz, 3^e Edition, 2011. No.7, P.10.

المنافسة بسبب ادعاء كل منهما بأنه يحكم العلاقات المهنية الخاصة ذات الطابع الإقتصادي⁽¹⁾. أما عن أوجه الاختلاف بين القانونين فتتمثل بالآتي:
أولاً: إن قواعد القانون التجاري لها تاريخ طويل، إذ عرفت بعض نظمته منذ مدة بعيدة تجاوزت قرون عدّة. بينما يتميز قانون الأعمال بحداثته ظهوره أو نشأته.

ثانياً: إن قواعد القانون التجاري يبدو نطاقها أضيق من نطاق ما ينظمه قانون الأعمال. فالأخير يضم - وكما سبقت الإشارة - تشكيلة من قواعد قانونية تنتمي إلى فروع قانونية مختلفة، كالقانون المدني وقانون العمل والقانون الضريبي مع قدر معين من قواعد القانون التجاري.

ثالثاً: إن قواعد القانون التجاري لا زالت تفرد حيزاً من أحكامها للتاجر الفبرد أو "التاجر الشخص الطبيعي"، بينما تُعدّ قواعد قانون الأعمال المشروع على أنه أحد المفاهيم الأساسية لقانون الأعمال "une nation central de droit des affaires"⁽²⁾.

إلا أنه على الرغم من هذه الفروق بين القانون التجاري وبين قانون الأعمال، إلا أن البعض من الفقه يرى بأن كلا القانونين محكوم عليهما بالتعايش معاً، مما يمكن القول بأنهما يشكلان كلاً لا ينفصل، أو يكمل بعضهما البعض الآخر.⁽³⁾

المبحث الثاني

مفهوم قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الأمريكية
إذا كان لفظ أو مصطلح قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الفرنسية هو حديث الظهور، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في المدرسة

Jean- Bernard Blaise et Richard Desgorces, Op.Cit., N.72. 0 1

Jean Bernard Blaise, Op.Cit.,P.327-332. 0 2

Jean =Bernard Blaise et Richard Desgorce, Op.Cit.,No. 72. 0 3

القانونية الأمريكية⁽¹⁾، حيث عُرِفَ لفظ أو مصطلح قانون الأعمال Business " Law منذ مدة بعيدة.⁽²⁾

ونبحث أولاً في التعريف بقانون الأعمال وخصائصه وفقاً للمدرسة المذكورة (مطلب أول) ثم الموضوعات التي ينظمها (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

التعريف بقانون الأعمال وخصائصه

نبين أولاً التعريف بقانون الأعمال (فرع أول) وخصائصه (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

التعريف بقانون الأعمال

عَرَّفَ البعض قانون الأعمال " Business Law " بأنه مجموعة من القواعد التي تعني بتنظيم المعاملات التجارية سواء تعلقت بالأفراد أم بالمؤسسات⁽³⁾ أو أنه تشكيلة من القواعد القانونية المتعلقة بتأسيس وإدارة وحل وتشغيل الأعمال.⁽⁴⁾

وتتألف معظم قواعد قانون الأعمال بشكلها الحالي من قواعد تم تطويرها من قبل التجار في القرون الوسطى، وتُعرف آنذاك بـ (قانون التجار) " Merchants Law "، وبشكل تدريجي أصبحت قواعد قانون التجارة جزء من قواعد القانون العام Common Law الإنجليزي، ثم جزءاً من قواعد القانون العام في الولايات المتحدة الأمريكية.⁽⁵⁾

وبقصد بيان معنى قانون الأعمال " Business Law " فقد ذهب البعض إلى أن هذا القانون لا يمثل فرعاً أو نظاماً قانونياً مستقلاً

⁽¹⁾ على الرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية قد تأثرت في نظامها القانوني بمبادئ القانون الإنجليزي – سيما ما يُعرف بقواعد القانون العام "The Common Law" ومبادئ الإنصاف " Equity Principles" اللذان يمثلان مجموعة من الأعراف والعادات، فضلاً عما قرره المحاكم من مبادئ تعرف بالسابقة القضائية " Precedents " – إلا أن الفقه الإنجليزي لا يستخدم لفظ أو مصطلح قانون الأعمال وإنما لفظ " Mercantile Law " بوصفه القانون الذي يطبق على المعاملات التجارية. يُنظر: Kenneth Clarkson, Roger Miller. Gaylord Jentz. Frank cross. West's Business Law. THOMSON, Ohio, ninth edition, 2004, P.8. Stevens & Borrie, Mercantile Law, Butter worth pub, London, Sixteenth edition, 1973>

ومع ذلك يلاحظ أن البعض من الفقه الإنجليزي استخدم لفظ قانون الأعمال كعنوان لمؤلفهما الذي يدرس القواعد القانونية المطبقة على المعاملات التجارية " commercial transaction " يُنظر: David Kelly. Ann Holmes .Ruth Hayward, Business Law, Cavendish Publishing Limited , London, Fourth edition, 2002.

⁽²⁾ وهذا ما تشير مؤلفات قانون الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية التي صدرت منذ ما يقارب مائة عام مثل مؤلف . Dillavou & Howrd's Business Law, 1928.

⁽³⁾ George Jetz, Business Law, Feron-Pitman Publishing. Fifth edition, 1977,P.8.

⁽⁴⁾ يُنظر في هذا التعريف: الموقع الإلكتروني: upcounsel.com . تاريخ الزيارة ١/٤/٢٠٢٣.

⁽⁵⁾ George Jetz, Op.Cit.,P.8.

ومتميزاً " separate and distinc " بل إنه يتألف من قواعد مختلفة مشتقة من مصادر متعددة.⁽¹⁾

الفرع الثاني
خصائص قانون الأعمال
يتميز قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الأمريكية بخصائص عدّة تتمثل بالآتي:
أولاً: سعة الموضوعات التي ينظمها قانون الأعمال
يتميز قانون الأعمال وفقاً لمؤلفات الفقه الأمريكي بسعة الموضوعات التي ينظمها هذا القانون، فهي ليست قاصرة على القواعد التي تحكم النشاط التجاري أو المعاملات التجارية بل تمتد لتشمل موضوعات لا علاقة لها بالمعاملات التجارية، كالتنظيم الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية أو النظام القضائي، لكن بحدود ما يتعلق بممارسة الأعمال التجارية.⁽²⁾

ثانياً: تبني المدرسة الواقعية
تتبنى غالبية المؤلفات التي تناولت قواعد قانون الأعمال المدرسة الواقعية القانونية Legal Realism School التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية في عشرينيات القرن الماضي والتي تؤكد بأنه من الضروري أن يكون منهج البحث في الدراسات القانونية بعيداً عن التجريد وأكثر واقعية Moere realistic ويأخذ بنظر الاعتبار الممارسات أو العادات العملية " Customary Practices " والظروف التي تتم فيها المعاملات⁽³⁾، وذلك خلافاً للمدرسة القانونية الفرنسية التي تولي أهمية للتجريد في بيان القواعد القانونية.

ثالثاً: البساطة والوضوح
من الملاحظ أن مؤلفات قانون الأعمال في شرحها لقواعد قانون الأعمال فإنها تتناولها بقدر كبير من البساطة والوضوح مما يسهل على القارئ فهم مضمون القواعد القانونية التي تحكم موضوع ما، فعلى سبيل المثال إذا كان البحث يتعلق بتأسيس الشركة فإنها تبين بوضوح ما هي الوثائق والإجراءات المطلوبة لتأسيسها.⁽⁴⁾

1 () Cara C. pitman, Business Law, ALPHA, New York. First edition, 2009,P.x.

George Jetz, Op.Cit.,P.8.

2 () يُنظر مؤلف: Business Law Essentials الصادر من جامعة Rice University , Hoston, Texas. 2019, P. 15-43.

3 () Kenneth Clarkson and others,Op.Cit.,P.4.

4 () يُنظر على سبيل المثال: Robert W. Emrson, Business Law, BARRON'D Educational series, New York, Fifth edition, 2009,P. 346.

المطلب الثاني

الموضوعات التي ينظمها قانون الأعمال

سبقت الإشارة بأن قواعد قانون الأعمال وفقاً للمدرسة القانونية الأمريكية تتميز بسعة وتنوع الموضوعات التي تتناولها، إذ تتناول في قسم كبير منها ما يتعلق بالنشاط التجاري مباشرة من أحكام أو قواعد، بينما تتناول في قسم منها لموضوعات غير ذات صلة مباشرة بالنشاط التجاري لكنها تتعلق بهذا النشاط بشكل غير مباشر. ونبين أولاً الموضوعات ذات الصلة المباشرة بالنشاط التجاري (فرع اول) ثم الموضوعات ذات الصلة غير المباشرة بالنشاط التجاري (فرع ثان).

الفرع الأول

الموضوعات ذات الصلة بالنشاط التجاري

تولي مؤلفات قانون الأعمال التي تتناول بالشرح أحكام هذا القانون اهتماماً كبيراً بالأحكام والقواعد ذات الصلة المباشرة بالنشاط التجاري ومن ذلك الأحكام المتعلقة بـ:

أولاً: الأحكام المتعلقة بالعقد وذلك من حيث ما يتطلبه القانون من أركان أو شروط لإنشائه وما يتعلق بالأهلية وعيوب الإرادة وتنفيذه وفسخه وانقضاؤه. فضلاً عن الأحكام الخاصة ببيع البضائع سواء تلك التي نظمها تقنين التجارة الاتحادي Uniform Commercial Code أو بعض الاتفاقيات الدولية.

ثانياً: الأحكام المتعلقة بالأدوات القابلة للتداول Negotiable instrument "ومنها الأوراق التجارية Commercial Paper" وذلك من حيث إنشاؤها وتداولها وضمائها والوفاء بها.

ثالثاً: الأحكام المتعلقة بالعمليات المصرفية، كالإيداع أو الحساب الجاري. رابعاً: وسائل حماية الدائنين، كالإفلاس Bankruptcy والضمانات المقررة للدائنين.

خامساً: الوكالة Agency ومنها الأحكام المتعلقة بإنشائها والتزامات ومسؤولية الوكيل تجاه موكله أو الطرف الثالث.

سادساً: المؤسسات التجارية ومنها ما يتعلق بنظام المشاركة Partnership وأنواعها وأحكامها. وكذلك عقد الترخيص Franchises.

سابعاً: الشركات وذلك من خلال البحث في أنواعها وتأسيسها وإدارتها وحلها وتصفيتها.

ثامناً: الأوراق المالية Securities وذلك من خلال البحث في أحكام تداول الأسهم السندات في سوق الأوراق المالية.

فضلاً عن أحكام أخرى كمسؤولية مراقب الحسابات والمعاملات الإلكترونية.⁽¹⁾

الفرع الثاني

الموضوعات ذات الصلة غير المباشرة بالنشاط التجاري

(1) يُنظر في فهرس الموضوعات: Robert W. Emrson, Op.Cit., P. v-ix

تتناول مؤلفات قانون الأعمال الأمريكية موضوعات أخرى لها صلة غير مباشرة بالنشاط التجاري إلا أنها ترتبط بهذا النشاط بصورة أو أخرى ومنها:

أولاً: التعريف بالقاعدة القانونية وأنواعها وتطورها وصلتها بالأخلاق.
ثانياً: التنظيم الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية وما يتعلق بالدستور الأمريكي والسلطات الاتحادية والمحلية والعلاقة بينهما. والمحكمة الاتحادية العليا.

ثالثاً: التنظيم القضائي وأنواع المحاكم واختصاصاتها.
رابعاً: الجرائم والفعل الضار " Tort " ومنها ما يتعلق بجرائم الأعمال " Business Crime " والمسؤولية الناشئة عن ممارسة الأعمال. فضلاً

عن مسؤولية المنتج . Product Liability
خامساً: الملكية " property " وما يتعلق بها من قواعد وأحكام الملكية العقارية . " Real Property "
سادساً: التأمين وما يتعلق به من أحكام.

سابعاً: الوصية . The Wills
ثامناً: قوانين منع الاحتكار وحماية المنافسة، مثل قوانين " Sherman Act " ،
" Clayton Act " ، " Robinson- Patman Act "

تاسعاً: القانون البيئي وما يتعلق به من أحكام كمنع التلوث وحماية الحياة البرية.

عاشراً: قانون التوظيف " Employmene Law " ومن قواعده ما يتعلق بحماية الموظف، والمعاملة العادلة له، تأمين حقه في الأجر .

إحدى عشر: القانون المطبق بشأن علاقات العمل . " Labor relations "
أثنا عشر: الملكية الفردية " Intellectual Property "
ثالث عشر: الضرائب " .⁽¹⁾ Taxation

فضلاً عن موضوعات أخرى كقانون المستهلك أو حماية المستهلك " Consumer Law " ومسؤولية المهنيين.⁽²⁾

وتبغى الإشارة إلى الآتي:

أولاً: إن بعض الموضوعات التي يتناولها قانون الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية هي ذاتها التي يتناولها قانون الأعمال في الفقه الفرنسي. إلا أن هذه الموضوعات - بطبيعة الحال - لا علاقة لها بموضوعات القانون التجاري سواء في محتواه التقليدي أم الحديث بل هي تبحث ضمن فروع القانون الأخرى، كالقانون الإداري أو القانون المالي أو قوانين الملكية الفكرية.

ثانياً: إن بحث مؤلفات قانون الأعمال في الموضوعات المتقدم ذكرها لا يفي أن بعضها له قواعده الخاصة التي تنظمه، ففي سبيل المثال فإن الموضوعات المتعلقة بالعقد تتناولها المؤلفات الخاصة بـ " قانون العقد " والأحكام المتعلقة بالفعل الضار " Tort " تبحث في المؤلفات الخاصة بهذا الموضوع، وكذلك الحال بالنسبة للشركات التي تبحث

Robert W. Emrson, Op.Cit., P. v-ix (1)

Kenneth Clarkson and others, Op.Cit., P. iii-xiv. (2)

أحكامها ضمن المؤلفات المتخصصة بهذا القانون تحت عنوان " Corporation Law وهذه المؤلفات عندما تتناول هذه الموضوعات فإنها تتناولها بشيء من التفصيل بينما تحاول مؤلفات قانون الأعمال أن تقدم بياناً بالأحكام المتعلقة بهذه الموضوعات بقدر صلتها بالنشاط التجاري، وإن كان موجزاً⁽¹⁾ يبدو بأن بعض مؤلفات قانون الأعمال موجهة أولاً إلى رجال الأعمال والثاني: والعاملين في قطاع التجارة والأعمال بقصد إحاطتهم علماً بالقواعد التي تحكم أنشطتهم. وكذلك إلى الطلبة الذين يدرسون علم الإدارة أو المحاسبة أو الاقتصاد، وليس إلى طلبة كليات القانون الذين لا يجدون فيها سوى قدر متواضع من المعرفة بأحكام القانون.⁽²⁾

الخاتمة

في خاتمة البحث نستخلص النتائج الآتية:
أولاً: إن مفهوم قانون الأعمال في الفقه الفرنسي يشترك مع مفهوم هذا القانون السائد في الولايات المتحدة الأمريكية في مسائل عدّة ومنها:

1- إن قواعد قانون الأعمال تبدو تشكيلة من قواعد قانونية لفرع أو لفروع قانونية مختلفة، وهذا ما أدى إلى اتساع الموضوعات التي ينظمها بالمقارنة مع قواعد القانون التجاري أو فروع القانون الأخرى.
2- إن قواعد القانون التجاري لا زالت تشكل القدر الهام من قواعد قانون الأعمال.

3- إن قواعد قانون الأعمال سواء وفقاً للمفهوم الفرنسي أو الأمريكي تُعدّ المشروع أحد أهم المفاهيم الأساسية في قانون الأعمال.
ثانياً: إن مفهوم قانون الأعمال وفقاً للاتجاه الأمريكي يبدو أكثر أصالة من مفهوم هذا القانون وفقاً للاتجاه الفرنسي، ليس بسبب قدم مفهوم قانون الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية وحدائته في الفقه الفرنسي، وإنما لأن قواعد قانون الأعمال وفقاً للاتجاه الأمريكي تعبر عن الآليات والوسائل التي يمارس بها النشاط الاقتصادي في الولايات المتحدة الأمريكية والبعيدة عن الجمود، واستنباط الحلول من الممارسات العملية، وليس الحلول الخيالية، أو استنباط قواعد كلية صالحة للتطبيق على الفروض أو الوقائع جميعاً، ثم يثبت العمل على قدرتها على ذلك.

ولا بُدّ من الإشارة هنا أن البعض من الفقه الفرنسي يرى بأن القواعد والنظم القانونية الأمريكية أصبحت تؤثر على بعض النظم والقواعد

(1) إذ يشير البعض بأن مؤلفه يقدم بياناً واضحاً موجزاً بالقواعد التي تحكم نشاط الأعمال. يُنظر:

Cara Putman, Op.Cit. the cover of book.

(2) وهذا ما أشار إليه البعض. يُنظر: David Kely, Ann Holmes, Ruth Hayway,

Op.Cit.,the Preface of book.

القانونية الفرنسية، وكما يشير إلى ذلك كتاب " أمركة القانون " الذي أشرف عليه الفقيه الكبير " Fransois Terré " وصدرت ترجمة عربية له في بيروت عن المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر في عام ٢٠٠٨. أما بشأن التساؤل الوارد في عنوان البحث وهل سيشهد الفكر القانوني الفرنسي والاتجاهات المتأثرة به إزاحة مفهوم القانون التجاري ليحل محله مفهوم قانون الأعمال؟ فإن الإجابة عليه لا تكون بنعم أم لا، بل سيظل الصراع قائماً بين من يتمسك بلفظ أو مصطلح القانون التجاري، بوصفه القانون الذي يحكم الأنشطة التجارية والقائمين بها أو بين من يدعو إلى تبني مفهوم قانون الأعمال حتى يستقر أو يتم تجاوزه كغيره من الأفكار.

مصادر البحث

- أولاً: باللغة العربية
- ١- د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال، دار النصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧.
 - ٢- د. أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.
 - ٣- د. نعيم مغبغب، رجل الأعمال والقانون، دون ذكر دار النشر، بيروت، ٢٠٠٣.
 - ٤- د. سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
 - ٥- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال - مقدمة الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

- ثانياً: المصادر الفرنسية
- ١- Claude champaud, le droit des affaires, " Que sais- je ", presse Universitaire de Paris, 1977.
 - ٢- Jean- Bernard Blaise, Droit des affaires, L.G.D.J- Deltam Paris, 1999.
 - ٣- Jean – Bernard Blaise et Richard Desgorces, Droit des affaires, L.G.D.J, Paris, 8e Edition, 2015.
 - ٤- Yves Guyon, Droit des affaires, Tome 1, Economica- Delta, Paris, 12e edition, 2003.
 - ٥- Olivier Esnea, Fondement de droit, L'Hamattan, 2018.
 - ٦- François-xavier Lucasm Introduction Dans Le droit des affaires, UFP, 2005.
 - ٧- Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, Par Louis vogel, T.I Vol.1, L.G.D.J. Paris, 18é édition, 2003.

- Georges Decocq et Aurélie Ballot- L'na, Droit commercial, -٨
Dalloz, 7é édition, 2015.
- Michel Pédamon et Hugues Kenfack, Droit commercial, Dalloz, -٩
3e édition, 2011.
- ثالثاً: باللغة الإنجليزية
- Kenneth Clarkson. Roger Miller. Gaylord Jentz, Frank Cross, -١
West's business Law, Thomson, Ohio, Ninth edition, 2004.
- Steven's & Borrie, Mercantile Law, Butter Worth, London, -٢
Sixteen, édition, 1973.
- David Kelly. Ann Holmes, Ruth Hayward, Limited, London, -٣
Fourth édition, 2002.
- George Jetz, Business Law, Ferom- Pimanm Publishing -٤
édition, 1977.
- Cara.C. Putman, Business Law, ALPHa, New York, First édition, -٥
2009.
- Rice Unibersity, Business Law Essentials, Rice University, -٦
Hoston, Texasm 2019.
- Robert W. Emersonm Business Law, BARRON'S Educational -٧
series, New York, Fifth édition, 2009.

عقلنة الحدائة

بين التأسيس الفلسفي والانعكاس القانوني

أ.د اياد مطشر صيهود ام د حازم كامل عبد الجنابي
كلية القانون/جامعة ذي قار كلية القانون/ جامعة ذي قار

ام د عقيل عزيز عودة
كلية القانون/ جامعة ذي قار



المحتويات:

- تقديم:
- أولاً: إعادة قراءة المفاهيم بحسب بيئة انطلاقها وتطبيقها:
- ثانياً: أوليات الحدائة السائلة
- ثالثاً: من أسس الحدائة السائلة:
- رابعاً: منطلقات انقلاب الحدائة ونشوء الحدائة الاخرى:
- خامساً: الحياة السائلة للمفاهيم القانونية:
- سادساً: أثر الحدائة السائلة على قواعد الجنسية الوطنية ومركز الاجانب:
- اختتام:
- مكتبة البحث:
- تقديم:

إن اختلاف طبيعة التفكير الانساني، يعدُّ من القواعد العلمية للفكر القانوني العالمي؛ لاسيما تلك التي ترتبط بالفوارق الفكرية والمنهجية بين الشرق والغرب، والتي هي وإن كانت كبيرة إلا أنها غير ملتفت لها في غالب الاحيان-إن لم يك في جميعها-.

كما أن الدرس الذي يستخلصه علماء النفس من هذه الفوارق الكيفية تتمثل في الآتي:

لو أن التجارب النفسية والاجتماعية والقانونية أُجريت على غربيين فقط لانتهوا الى نتائج عن العمليات الإدراكية والمعرفية التي ليست عامة بحال من الأحوال، والحقيقة أن مثل هذه النتائج الخاطئة عن الكلية الشاملة هي بالفعل ما سبق التوصل اليه بالنسبة لعمليات كثيرة مشخّصة، وبما يعني أيضاً بان من الواضح والضروري أننا- الان- بحاجة الى إعادة تفكير لتبيين أي العمليات الإدراكية والفكرية هي الاساس، وأيها يطرأ عليها تغير جوهري من مجموعة بشرية الى مجموعة أخرى.

مع أن الجدير بالذكر أن خطوط النزاع مآلها الى ان تكون أعمق كثيراً وفي مواقع مختلفة، مالم يتم الالتفات الى هذه القاعدة المهمة والحساسة.

فلو قايستنا نسبة تفضيل المحامين في الولايات المتحدة الامريكية عن نسبة تفضيلهم في اليابان، لوجدنا أن النسبة هي واحد- أربعون؛ ذلك لان المحامون يفيد منهم المجتمع الامريكي أكثر وذلك لأن معالجة القسط الاكبر من المنازعات يجري بطريق المواجهات القانونية في الغرب، بينما المرجح جداً في شرق آسيا اعتماد منهج الوساطة.

كما: يُلاحظ أن الهدف من القانون -عموماً- في الغرب تطبيق مبدأ العدالة، وافترض التوجه الى ساحة القضاء لحسم النزاع- وهو مثال جيد لمعنى أن ثمة حقاً وخطأ وهناك فائز وخاسر، ولكن الهدف من حسم النزاع في شرق آسيا هو على الأرجح خفض مستوى العداوة كما أن التوفيق هو النتيجة المرجحة.

أيضاً: يلتزم الغربيون بمبادئ كلية عن العدالة لمواصلة السعي نحو أهدافهم، ويشعر القضاة والمحلّفون بأنهم مُلزمون باتخاذ قرارات يؤمنون بأنها ستنطبق على كل انسان في ظروف متماثلة تقريباً، بينما نلاحظ -في شرق آسيا مثلاً- السيولة والانتباه واسع النطاق إزاء الظروف والملابسات الخاصة بالقضية؛ إذ يمثل هذا السمات المميزة للحكم في حسم النزاع. فالقاضي الصيني لا يسعه التفكير في القانون ككيان مجرد بل باعتباره كما مرناً عند تطبيقه شخصياً على هذا الفرد او ذلك، فالقانون الذي لا يستجيب لشخصية الافراد بما فيه الكفاية هو قانون غير انساني، ومن ثم ليس قانوناً على الاطلاق، فالعدالة الصينية فنٌ وليس علم.

أضف لذلك: في مجال العقود الدولية: يرى العقل الغربي أن أي صفقة يجري الاتفاق عليها لا سبيل إلى تعديلها- أو تعديلها على وفق طرق محددة ومتفق عليها ايضاً-، ولكن الصينيين واليابانيين مثلاً غالباً ما يعتبرون الاتفاقات مبدئية مع وضع أحداث المستقبل في الاعتبار. وهو الامر الذي لاحظناه مثلاً في الامتعاض الذي ابداه رجال الاعمال اليابانيين بسبب رفض استراليا إعادة التفاوض بشأن عقد توريد سكر؛ وذلك حين أنخفض سعر السكر انخفاضاً حاداً في السوق العالمية- ذلك أن الموردين اليابانيين يضعون مثل هذه الامور موضع الاعتبار في تعاملهم مع عملائهم.

من هنا، سنحاول في ثنايا هذه الاسطر-الموجزة- عرض الاسس العامة للفكر الحدائي الفلسفي وانعكاسه القانوني، سعياً لرسم المسارات التشريعية العامة لتوجهات القانون العراقي، وعلى وفق المُخطط الآتي:

أولاً: إعادة قراءة المفاهيم بحسب بيئة انطلاقها وتطبيقها(١):

١- من مصادر هذه المفردة :

- جويس أبلبي، الرأسمالية (ثورة لاتهدأ)، ترجمة: رحاب صلاح الدين، مراجعة: محمد فتحي خضر، ط١، كلمات وهنداوي، مصر، ٢٠١٤.

ترتكز الحدائثة من ناحية التأصيل الفكري الفلسفي على قاعدة "الليبرالية"، وهنا سنقف عند مفهوم "الليبرالية" بحسب ماتصوغه وتفهمه وتتعاطاه قاعدة نشوء هذا المفهوم، وانعكاساته القانونية- وليس على وتيرة مانفهمه نحن عنها- وعلى وفق مايلي:

- يرى ابناء الليبرالية ومؤسسوها، أنها تتطلع الى جعل الإنسان أكثر انفتاحاً وقدرةً على تحقيق اهدافه الروحية والجمالية والعاطفية، بنفس قدرته على تحقيق أهدافه المادية.
- تقوم الليبرالية على مبدأ الاحترام التام للآخرين، وبذلك تعبر عن جوهر التحضر والتمدن، وما يميزها هو اقتصاد السوق الحر.
- تمتاز الليبرالية باعترافها بحقوق الملكية وبالحرية التعاقدية، وما الظهور التلقائي للقانون-هنا- إلا رداً موازياً ومقابلاً للاعتراف بحقوق الملكية، وبما يتوجب على فقهاء القانون التعرف على السوق الحر جيداً والاعتراف به.
- إن من غير المقبول اخلاقياً محاكمة الليبرالية على اساس كونها "ايدولوجية"، إذا نحن لم نسلم بأن النظريات التي تواجه الليبرالية هي بدورها ايدولوجيات بالضرورة، فالمشكلة ليست في التوصيف التحكمي التي تلصق برؤية معينة، ولكنه يكمن في قيمة الاسس والمرتكزات التي تتأسس عليها هذه الرؤية.
- إن الليبرالية تبدو من هذه الزاوية أمراً "حقيقاً" باعتبار انها تتأسس على تصور واقعي للإنسان وللعلاقات الاجتماعية، فالليبراليون ينطلقون في تدبير المجتمع من ملاحظاتهم للطبيعة البشرية، بما يجعل تصوراتهم بعيدة عن العبث.

- جون س. درايزك وباتريك دنلفي، نظريات الدولة الديمقراطية، ترجمة: هاشم أحمد محمد، ط ١، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١٣.

- يوسف كرم، العقل والوجود (دور العقل في ادراك الموجودات)، اعداد وتحقيق: محمد ثابت، ط ١، منشورات البندقية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.

- عادل مصطفى، فهم الفهم (مدخل الى الهرمنيوطيقا -نظرية التأويل من أفلاطون الى جادامير-)، ط ١، رؤية للنشر والتوزيع، بلا، ٢٠٠٧.

- على الليبرالية ان تهيء المناخ الأنسب, الذي يسمح للخيال البشري بالانتعاش وللحياة الإنسانية من البناء على أسس صحيحة؛ لأن العقل البشري لم ينته من الاختراع والاكتشاف بعد.
- إن أسس كل العلوم-بما فيها القانون- لا يمكن إلا أن تكون فردانية ولكن ذاتوية؛ وذلك بالنظر لكونها تعترف بشكل مؤكد بأن "الحقائق الوحيدة" هي تلك اللحظات من الرضى التي يعيشها الافراد, وليست على الاطلاق مجموعة الاشياء المادية التي لوجود اقتصادي لها إلا من خلال المشاريع التي يضعها الإنسان.
- إن مصطلح الليبرالية مصطلح جميل لأنه يُحيل على لفظ الحرية, ولكنه مصطلح واجه سوء فهم مزدوج بين الليبراليين وخصوصهم من جهة, وبين الليبراليين أنفسهم من جهة أخرى.
- من الضروري في هذا المجال التمييز بين الليبرالية والبنائية, وهما منظوران متنافران وغير متلائمين على الاطلاق. وأمام صعوبة النقاش الايديولوجي وغياب المجهود الفكري اللازم, أصبح الكثيرون يحتمون وراء نوع من الإجماع الرخو المتولد من مفاهيم غير واضحة, ولبيان هذا التمييز نذكر الآتي بيانه:
- أ- إن ما يُشاع من أن العالم يعيش انتصاراً ساحقاً للليبرالية الاقتصادية والسياسية, وتبنياً شاملاً للديمقراطية الليبرالية-كما طرحه فوكوياما- ليس إلا نظرية غامضة, فالانتصار الساحق ليس إلا انتصار الديمقراطية الاجتماعية, أي التأليف بين السيطرة المطلقة لأقلية منتخبة وبين الاقتصاد المختلط- اي الاقتصاد المتضمن لأنشطة تابعة للدولة ونظام ضريبي قوي موسوم بالطابع التمييزي ومنظومة قوانين أخطبوطية- بما يعني أننا بعيدون كل البعد عن الحرية الفردية. وكل ما هو مؤكد هنا بان الديمقراطية الاجتماعية ليست على كل حال نهاية للأيديولوجيا, ولا تستطيع أن تكون كذلك؛ لأنها ببساطة تعاني من غياب العلاقات الثقافية المميزة.

ب- إن أساس التمييز بين الليبرالية والبنائية، يتمثل في أن الأولى تعبر عن تصور فرداني يعتبر الإنسان كائناً قوامه العقل والحرية، وهو قادر على أن يربط علاقات مع الآخرين وينظمها بنفسه. في حين أن الثانية قائمة على تصور جماعي يعتبر أن المجتمع بإمكانه أن يقوم بصفة مستقلة عن الافراد الذين يكونونه وعن أهوائهم ورغباتهم وإرادتهم.

ت- مع الالتفات الى ان البنائية منها ما هو محافظ راغب بالحفاظ على المجتمع كما هو، وبين ما هو أصلاحي ساع الى تغيير اسس المجتمعات ومقوماته. مع اشتراك كلا التصورين للبنائية بأيمانه "بناء المجتمع على وفق رغبات الافراد وقيادته- اي المجتمع- كما تُقاد الآلة. في حين أن الليبرالي هو ذلك الذي يترك التغيير يعمل عمله- حتى لو لم نكُ قادرين على توقع الى اين سيصل بنا هذا التغيير.

ث- تركز البنائية في الخطاب الفرنسي-مثلاً- المعاصر، على عناصر ثلاث هي "المساواتية" و"المطلقية الديمقراطية" و"العلموية". ولكل مفهوم معطيات قانونية مهمة منها:

ا.المساواتية: المكوّن الاساس للفكر والممارسة الفرنسية، والمساواة- قانوناً- تتوزع على مساواة في الحقوق ومساواة في النتائج، أما الاولى فقد شكلت مصدر وحي واستلهام لميثاق حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩، ولكن المشكلة هي التحول من الروح الليبرالية الفردية بالنص- في هذا الميثاق- على انه "يولد الناس احراراً متساوين في الحقوق" الى العبارة التي تُعبر عن نتاج بنائي خالص بالنص على ان "الفوارق الاجتماعية لايمكن أن تستند إلا على أساس المنفعة العامة". مع أن المفهوم الثاني الذي اعتمده الميثاق العالمي لعام ١٩٤٨ أصبح هو السائد بالنص على سائر الحقوق كالحق في العمل والضمان الاجتماعي.

فما ينبغي الالتفات اليه هنا، هي أننا نساهم-باسم المساواتية- في خلق اشكال جديدة من الفوارق واللامساواة، كتلك التي توجد بين أولئك الذين يعيشون من نتاج مجهودهم الشخصي وأولئك الذي يستفيدون من الاكراه المنظم أو بين أولئك الذين بإمكانهم

الوصول الى السلطة باعتبارها آلية مفترضة للمساواتية، أو اولئك الذين يتم ابعادهم عنها.

كل ذلك نتيجة تغيير المفاهيم-كالمساواة- من بيئتها الليبرالية الفردية المؤمنة بتساوي الكرامة بين الجميع وترك الحرية لكل فرد في أن يُقرر مصيره الشخصي إنطلاقاً من الوقت الذي يتم فيه تحديد الحقوق والإقرار باحترامها، الى بيئة البنائية الخالصة بالمزاوجة في العمل بنتائج الفعل الانساني وفرض توزيع الثروات بشكل يتطابق مع النموذج الذي أقره اصحاب السلطة مانحين لكل واحد-بشكل مسبق- حقوقاً على الانشطة التي يقوم بها الغير.

٢. المطلقية الديمقراطية: لم يعد القانون تلك القاعدة الثابتة التي تتحدد في إطارها العلاقات بين الافراد، ولكنها تتحدد على اساس المُعانة المؤقتة لموازن القوى السياسية.

إن استحوذ الديمقراطية على الازهان لدرجة الاعتقاد بها كأفضل نظام لتنظيم جميع المجتمعات الانسانية على الاطلاق، أدى الى الانسياق وراء البحث عن حلول تنتمي الى النموذج الجماعي كالمفاوضات والاتفاقيات والعقود الجماعية -في المجال الدولي الخاص مثلاً- بافتراض أن هذه الآليات الجماعيات تؤدي الى الإجماع وتحقيق المصالح، في حين ان الليبرالية تؤمن بالفردية واعتبار السوق كفيلاً بتحقيق الاجماع والمصالح الكاملة.

إن المشكلة الكبرى في هذا المجال هي تصور الحياة على اساس اجتماعي بنائي وليس على اساس ليبرالي فردي، بما يُنتج عنه اعتبار الدولة هي الوحيدة القادرة على تنظيم المصالح بما يضمن التماسك الاجتماعي؛ كون الامر يتعلق "بمصالح جماعية".

أضف الى ذلك أن التصور الجماعي للمجتمع وبروز التكتلات والنقابات والاتفاقيات الجماعية يجعل من الحياة اليومية نتاجاً للصراع من أجل السلطة- سواء تعلق الامر بالصحة او التعليم او غيرهما؛ ولأن التصور الجماعي يتجاهل الاحتياجات الفردية بقدر تجاهله للمعلومات المُرتبطة بالأفراد.

٣.العلموية: تفضي العلموية الى اعتماد مقارنة الآلية للظواهر الاجتماعية وللسياسة الاقتصادية, وبذلك يتم الانشغال " بالتوازنات الكبرى" واهمال التوازنات الصغرى, أي اهمال واقع وحقيقة السلوكيات الفردية التي تُشكّل القاعدة الوحيدة لتدبير المجتمعات, مع الالتفات الى ان العلموية تبحث عن مجتمع مثالي, ولكنه مجتمع من إنتاج عقول تعتبر نفسها أسمى من كل العقول.

-إن الليبرالية مستوحاة من ميتافيزيقا ومن أخلاق, وليست تعبيراً عن تقنية تدبير اقتصادي ومادية اقتصادية, بخلاف الديمقراطية التي هي طريق غير كافي للدفاع عن الحرية الفردية, وكذلك فإن الديمقراطية لا تخضع لأية قاعدة عملية او قانونية؛ نتيجةً للشك في قدرة أي إنسان على تمثيل إنسان آخر.

-إن أساس الليبرالية-الذي ينبغي التقييد به وعدم اغفاله نهائياً- يتمثل بإقرار الحرية الفردية ودعمها, وتأسيس الحياة الاجتماعية على قواعد قانونية.

-إن الليبرالية اليوم تصاغ على أحد شكلين موضع تعارض: الليبرالية الإنسية, والليبرالية النفعية. فالأصل في الليبرالية الفرنسية هي انها إنسية, اي تقوم على اعتبارات الفردية والعلوم الانسانية, في حين أن تطورها المعاصر يشير الى تحولها منهج اقتصادي يقوم على التبادل والتصورات المادية.

-إن الدور الوحيد الذي يمكن للقانون أن يلعبه هو ضمان العدالة, بمعنى الدفاع عن الحقوق الفردية, فحينما يُريد القانون ضمان الإخاء فسيُطالب احدهم بتوحيد الاجور او خفض ساعات العمل, بما يؤدي الى ضرورة التمييز بين دراسة القانون باعتباره مكوناً من قواعد عامة غير شخصية ودائمة, وبين التشريع الذي هو سلسلة من القواعد المُستجيبة للفرص والحالات الشخصية.

-وحينما يتعارض القانون مع الاخلاق, فإن المواطن يجد نفسه أمام خيار قاس بين أن يفقد المبدأ الاخلاقي, أو أن يفقد احترامه للقانون, وهما وجهان لمأساة كبيرة, يصعب اختيار أحدهما والتخلي عن الآخر.

-دعامات الليبرالية الاساس الثلاث تتمثل في: الحرية والملكية والمسؤولية, فلا حرية بدون ملكية والملكية اساس المسؤولية. ولتفصيل بعض النقاط المرتبطة بهذه الدعامات نطرح مايلي:

١. إن الطابع القانوني لحقوق الملكية تمثل قاعدةً لمشروعيتها في الانظمة الديمقراطية بتحديدتها بشكل طبيعي من جانب السلطة التشريعية, وهذا التحديد منتمياً في جوهره الى المجال العمومي- وهو أحد علل وجود الدولة-, مع أن التقليد الليبرالي لا يؤمن بالتحديد القانوني للملكية ولا يعتبر الدولة مصدراً لتشريع القانون, ولكنه- الليبرالي- يحترم القانون عندما يكون مشروعاً.

٢. إن المسؤولية مفهوم يهم العلاقات بين الاشخاص وليس العلاقة التقنية والفنية بين شخص معين وشيء محسوس. ومن هنا أيضاً لاجود لمسؤولية جماعية ولا لمسؤولية عمومية سواء فيما يتعلق بظاهرة التلوث البيئي او بالحرب او بالتخلف الاقتصادي. ففي التلوث البيئي نتحدث عن مسؤولية افراد محددين وإنطلاقاً فقط من الوقت الذي تكون فيه حقوق الملكية قد حُددت.

٣. أضف الى ذلك -مثلاً- لايمكن الحديث عن مسؤولية جماعية للمأجورين والمُسيرين لعقد المقاولة؛ ذلك لأن وجود المسؤولية مرتبط بوجود تحديد ضمني لحقوق كل فرد من الافراد, فالمقاولة فضاء للتبادل بدون أسعار محددة, وهي-المقاولة- مكونة من مجموعة من العقود المبرمة على أساس الحقوق المخولة لكل فرد- حقوق على قوة العمل أو على عناصر مرتبطة برأس المال-. كما أن المسؤوليات المقابلة لهذه المجموعة من العقود يعتبر مبدئاً من مبادئ الفعالية وهو قبل ذلك مبدأ أخلاقي.

٤. المسؤولية تُمثل الجانب الايجابي للحرية, فما دمنا نتحرك خارج أي ضغط فنحن إذاً مسؤولون عن أفعالنا ونتحمل عواقبها. وأن يكون الفرد مسؤولاً معناه أن يُقرر بنفسه-دون اي تدخل من الاخرين- وان يقدر عواقب افعاله على الاخرين.

٥. في المجتمع الحر تتحدد المسؤولية قبلياً, بحيث أن الكل يعرف مُقدماً من هو المسؤول, فما دامت حقوق الفرد وحقوق الاخرين

محددة سلفاً نستطيع حينها ان نربط المسؤولية بالمفهوم المعروف" بالمسؤولية الموضوعية"، وذلك في قبال المفهوم الآخر للمسؤولية-الذي تعتمده المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي- لا يعتبرها موجودةً إلا إذا كان هناك خطأ، والواقع إن هذا خلط بين المسؤولية والادانة؛ لان المسؤولية الليبرالية تعتمد التحديد السابق لها في حين أن الادانة هي تلك التي تتم بعد تشخيص الخطأ.

٦. يلعب التأمين دوراً مهماً في المجتمع الخُر؛ ذلك لأنه يُقلل من المخاطرة ويساهم في تخفيف المسؤولية ويسمح بممارسة المسؤولية الفردية بأحسن وأتم شكل ممكن، وبذلك يصبح من المتنافى مع الاخلاق وجود نظام تقني للتأمين لأنه سيحد من الممارسة الحرة للمسؤوليات من طرف جميع الاطراف، وفي هذا التوازن الهش بين مختلف المسؤوليات يكمن خراب المسؤولية.

ثانياً: أوليات الحدائة السائلة^(١):

تقوم الحدائة السائلة على منطق الاستهلاك بمعناه العميق للمكان والقيم والاشياء والعلاقات في ظل عصر العولمة، ولبيان تفاصيل ذلك نوضح الاسس الآتية:

١. تقوم الحدائة السائلة على نقل انسان التنوير من صلابة العقلانية في مراحلها الاولى الى سيولة الرُشد في واقعنا وبالتالي سيولة مفهوم الانسان ذاته.

١- من مصادر هذه المفردة :

- زيجمونت باومان، الحرية، ترجمة: د. فريال حسن خليفة، مراجعة: د. محمد سيد حسن، ط١، مكتبة الفكر الجديد ومكتبة مدبولي، ٢٠١٦.

- زيجمونت باومان، الحدائة السائلة، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط١، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٦.

-.....، الحب السائل (عن هشاشة الروابط الإنسانية)، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط١، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٦.

٢. غيرت الحداثة مقومات العيش الإنساني، وأعدت تعريف الزمان والمكان لتمنحهما معاني أكثر اقتراناً بالرأسمالية في مراحلها المتتالية.

٣. لم تكُ الجغرافيا فقط هي التي تمت إعادة ترسيم حدودها ومعناها ومحتواها بل كل روافع القيم ومحاضن العلاقات الإنسانية وتوازنات القوى والكتل الحضارية، فالحجر والبشر في تعاملهم مع الزمن وانعكاسات مقومات الإنتاج من موارد وعلاقات صارت متشابكة، ولم تعد تلك المكونات موضوعاً للعلم بل أصبحت العلوم ذاتها يُعاد تشكيل مناهجها ومجالاتها عبر التحولات النوعية التي شهدتها موضوع العلم.

٤. لقد كانت مهمة الحداثة إطلاق حرية التحقق والاختيار الإنساني من أسر الغيب وعدم الثقة وغياب اليقين في القدرة على سيطرة الإنسان على هذا العالم، والقيام بحرب غير مقدسة لإخضاع الطبيعة بالعلوم، وبالتالي رفع مستوى الحرية وضمان الفردية وإخراج المرء من القفص الحديدي للتقاليد.

٥. لكن التقاليد لم تنته، بل اختلف فهمنا إياها، والتاريخ لم ينته بل أحدثت التحولات كثيراً من الاشكالات التي استلزمت المزج بين قديم وحديث، فلا القديم تلاشى ولا الحديث استمر واستقر، بل وجدنا انفسنا في وسط أنواع وارتباكات تلك "السيولة".

٦. إن السيولة لاتعني الفوضى- بمعنى انعدام ملامح النموذج او تهاوي النسق-، بل تعني الفوضى بمدلول مغايرة النسق السائد والمهيمن، وفي الاجتماع الإنساني يعني استعادة الإرادة وإدراك قدرة المجتمع الإنساني على تقديم بدائل حياتية تحدث تغييراً في الواقع، ويمكن من خلالها استعادة إنسانية النموذج الحداثي.

٧. إن الفوضى المقصودة هي تلك الصيغ المقاومة التي تتحدى المنطق السائد وتقوم بتوليد استراتيجيات تعديل باتجاه الإصلاح والتجديد.

٨. كما تمتاز الحداثة السائلة بتراجع "الهَم العام" وتصورات "الخير العام" وكل ما هو مشترك إنساني أمام تغول المجال الخاص والاجندات الشخصية، كرد فعل على سعي الدولة القومية الحداثية للتدخل في الحياة الشخصية في ظل نظم سلطوية، ثم سيطرة السوق الرأسمالية على الثقافة.

٩. نتج عن خطاب الحداثة السائلة سقوط تصور المواطن، أو "إنسان المجال العام" في صورته الحافظة لروابط التمدن أمام زحف الخصوصية والنسبية، بل وتفتت المجال العام الى مجالات ثقافية فرعية تسودها مطالب جزئية بما يتحدى فكرة المواطنة القومية الصلبة ومطالب التعدد والتنوع الثقافي داخل المواطنة ذاتها.

١٠. الامر في الحداثة السائلة باختصار هو تشظي المنظومة الاجتماعية، ومحاولة فرض السيولة مقابل التجليات المتنوعة-او المتعارضة- للمطالب والمقاومة.

١١. في ظل النظام الجديد، السيولة هي الثبات الوحيد، والزوال هو الدوام الوحيد، والسيولة هي الصلابة الوحيدة، وباختصار شديد: اللايقين هو اليقين الوحيد.

١٢. إذا كان جوهر الحداثة في مرحلة الصلابة يتمثل في التحكم في المستقبل وتثبيته، فإن شغلها الشاغل في مرحلة السيولة إنما يتمثل في ضمان استقلال المستقبل وحرية، ودرء التهديد الذي يمثله أي استغلال مبكر للفرص الخفية المجهولة التي ربما يأتي بها المستقبل او التي لا بد من أن يأتي بها.

١٣. تعزى السيولة في الاصل الى "تفكيك النُظم" بمعنى فصل السلطة -القدرة على فعل الاشياء- عن السياسة-القدرة على تحديد الاشياء التي ينبغي فعلها-، وما يُصاحب هذا الفصل من غياب للقوة الفاعلة او ضعفها، او بعبارة اخرى عدم كفاية الادوات اللازمة للقيام بالمهام.

١٤. إن أزمة السيولة تعزى ايضاً الى "تعدد مراكز الفعل على كوب تجمعها شبكة كثيفة من علاقات الاعتماد المتبادل، أي أن كل شيء

يمكن أن يحدث ولكن لاشيء يمكن أن نفعله في ثقة واطمئنان، فتتولد حالة اللايقين تجمع بين الاحساس بالجهل-استحالة معرفة ماسيحدث-، والاحساس بالخوف الذي يثبت في النفوس من دون ان تستطيع ادراكه ولاتحديده ولاوصفه، إنه خوف بلا مرساة، خوفٌ يبحث عن مرساة في تهور واندفاع.

10. إن العيش في مرحلة السيولة كالسير في حقل الغام، فالكل يعلم انه ربما يحدث انفجار في أية لحظة وفي أي مكان، لكن لا احد يعلم زمن وقوع هذه اللحظة ولا مكان الانفجار، فلا يسلم من اخطاره أحد.

11. تسعى الحداثة السائلة الى ترجمة معدلات الوفرة والرخاء الى زيادة في معدلات الاستهلاك، فالثراء قيمة تستحق الحرص عليها مادامت تُساعد على تحسين نوعية الحياة، ولكن الثراء يؤدي الى محال التسوق حتى يُفرغ فيها الباحثون عن السعادة جيوبهم.

ثالثاً: من أسس الحداثة السائلة (!):

تحت مظلة هذا العنوان نقف على مايلي:

1. إن السيلان والميوعة- بحسب تأكيد الموسوعة البريطانية- ميزة المواد السائلة والغازية، وتعني عدم القدرة على الاحتفاظ بقوى التماسك بين مكوناتها في حالة السكون، ومن ثم فإن "التغيير في شكلها مستمر مادامت تتعرض لإجهاد.

1- اعتمدت هذه المفردة المصادر الآتية :

- زيجمونت باومان، الخوف السائل، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط 1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2017.

- زيجمونت باومان وديفيد ليون، المراقبة السائلة، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط 1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2017.

- زيجمونت باومان، الأزمنة السائلة (العيش في عصر اللايقين)، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط 1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2017.

٢. إن المواد السائلة تمتاز بأن جزيئاتها لا تتماسك في ترتيب منتظم إلا في بضعة أقطار جزيئية، بخلاف المواد الصلبة التي يُعزى استقرارها "لقوى الربط" بفعل المقاومة التي تحشدتها "ضد فصل الذرات".

٣. إن الخصائص اعلاه للمواد السائلة تدعونا الى استخدام مصطلح "الميوعة" باعتبارها الصورة المجازية الرئيسة التي تعكس المرحلة الحالية في العصر الحديث.

٤. فالموانع لا تُثبت الحيز المكاني ولا تعوق حركة الزمن، فلا تحتفظ بشكلها لمدة طويلة، ولها استعداد دائم "وميل" الى تغييره. فجريان الزمن هو المحك؛ لأنه أهم من الحيز الذي تصادف شغلها له، فهي تشغل الحيز في نهاية الامر "فترة من الوقت".

٥. إن المواد الصلبة-بمعنى ما- تُلغي الزمن؛ لأنها تنجح في مقاومة جريانه او تُلغي أهميته، أما المواد السائلة فتؤكد الزمن في المقام الاول. فكل حديث عن الموانع والسوائل ليس الا لقطة فوتوغرافية تحتاج الى تاريخ أسفل الصورة؛ لذلك يرتكب خطأً فادحاً من يتحدث عن السوائل ويتجاهل عامل الزمن.

٦. تتحرك السوائل بسهولة، إنها "تجري" و"تنسكب" و"تنساب" و"تتناثر" و"تنهمر" و"تفيض" و"ترذ" و"تقطر" و"تنز" و"تسيل"، فلا يسهل إيقافها، فهي تدور حول العوائق وتُذيب أخرى وتحفر وتنقع عوائق أخرى حتى تخرقها، فهي تخرج سالمة في مواجهة لقاء المواد الصلبة، أما المواد الصلبة التي لقيتها- فإذا ظلت صلبة- فإنها تتعرض للتغيير وتصير رطبة او منتقعة.

٧. إن الحركية المذهلة للسوائل هي التي تربطها "بالخفة"، فثمة سوائل تصير رويداً أثقل من مواد صلبة، لكننا نميل الى تصورها جميعاً باعتبارها أخف "وزناً" من كل شيء صلب، إننا نعلم-من واقع الممارسة- أنه كلما زادت الخفة في الانتقال من مكان الى مكان، كانت حركتنا أيسر وأسرع.

٨. التوصيفات أعلاه للسوائل جعلت منها صورة مجازية ملائمة لفهم طبيعة المرحلة الحاضرة من تاريخ الحداثة وما بعدها لتتسم بالجدّة في كثير من النواحي. فالحداثة-او حتى ما بعد الحداثة- ليست إلا عملية "إذابة" من البداية، أي إذابة كل ما هو صلب.

٩. إن "الإذابة" هي الطريق الذي سلكته روح الحداثة في التعامل مع المجتمع الذي وجدته يعاني من ركودٍ شديد لا يتوافق وذوقها، ويقاوم التغيير ويستعصي على التشكيل الذي يلائم طموحاتها.

١٠. من هنا لا يمكن أن "يتحرر الإنسان" من "ماضيه المستبد" إلا بإذابة المواد الصلبة التي تتجاهل مرور الزمن، وعليه ظهرت الدعوة الى "تدنيس المقدس" من خلال التنصل من الماضي وإنزاله عن العرش، و"التنصل من التراث" قبل كل شيء، والدعوة الى تحطيم الدرع الواقي الذي تتشكل من معدنه الولاءات والمعتقدات التي سمحت للمواد الصلبة بأن تقاوم "الصهر والإذابة".

١١. إن الهدف من عملية "السيولة والميوعة" تطهير الساحة لظهور مواد صلبة جديدة مُعدّلة، واستبدال - وليس الغاء- المنظومة المتوارثة للمواد الصلبة المعيبة والناقصة بمنظومة أخرى تحظى بالقبول والتأييد بعد التعديل الفائق عليها.

١٢. أول المواد الصلبة التي قررت الحداثة- وما بعد الحداثة احياناً- إذابتها هي المقدسات التي قررت تدنيسها، والمتمثلة بالولاءات التقليدية والواجبات والحقوق المعهودة التي تغل الايدي وتقيّد الارجل وتعوق الحركة وتكبح زمام المبادرة والإقدام.

١٣. تحرير المبادرة والإقدام من قيود الواجبات العائلية ومن النسيج الكثيف الذي يُميز الالتزامات الاخلاقية، أو ترك "صلة الوصل المالية" لحالها وهي تشكّل الروابط العديدة التي تقوم عليها المسؤوليات المشتركة وتبادل المنفعة بين البشر.

١٤. إن الرحيل المحتوم لشبكة العلاقات الاجتماعية التقليدية أفسح المجال أمام غزو العقلانية الأداة وهيمنتها، أو أمام الدور

الحاكم للاقتصاد؛ وذلك بالفصل التدريجي للاقتصاد عن تشابكاته الثقافية والاخلاقية والسياسية التقليدية.

١٥. أن تصلب النظام الاجتماعي صنعته الذوات البشرية الفاعلة وهو محصلة كلية لعملية تسمى "إعتاق الفرامل" وإطلاق العنان في تحرير السوق، وترويج الليبرالية وإضفاء السيولة في الاسواق، وتحرير اسواق المال والعقارات والعمل وتخفيف عبء الضريبة وغيرها.

١٦. فالسيولة هي فك أسر السرعة والهروب والسلبية، أي الاساليب التي تسمح للمنظومة الاجتماعية والافراد الاحرار بفك الارتباط على نحو جذري يحتفي بالاجتناب بدل الالتقاء.

رابعاً: منطلقات انقلاب الحداثة ونشوء الحداثة الاخرى^(١):

مسألة يمكن بيان تصوراتها العامة، بما يلي من البيان المُجَمَّل:

أ- إن السمة الدائمة للحداثة، اكتسبت معنىً جديداً، وتحولت الى هدف آخر، تمثلت ابرز نتائجه في ذوبان القوى التي يُمكن أن تُبقي على مسألة النظام والمنظومة والاجندة في التغييرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ب- من هنا نشأت مرحلة جديدة سميت " بالحداثة الأخرى"؛ وذلك بانقلاب الحداثة على نفسها، ليتولّد عصر يزعم أنه "تحديث الحداثة".

^١ - من مصادر هذا العنوان مايلي:

-بدر الدين مصطفى، فلسفة مابعد الحداثة، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١١.

-آن ماري سلوتر، نظام عالمي جديد، ترجمة: احمد محمود، ط١، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١١.

-فرديريك هرتز، القومية في التاريخ والسياسة، ترجمة: عبد الكريم أحمد، مراجعة: ابراهيم صقر، سلسلة ميراث الترجمة، ط١، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠٠٨.

-راوي عبد العال ويوشيكو هيريرا وآخرون، قياس الهوية (دليل للمتخصصين في العلوم الاجتماعية)، ط١، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠١٤.

ت- أشار المفكر اولريش بيك الى ظاهرة :الفئات او الكيانات الزومبية" أي تلك الفئات "التي فارقت الحياة ثم عادت", ويجد بيك في الاسرة والطبقة والجيرة أوضح أمثلة لظاهرة تحديث الحداثة, فالأسرة مثلاً لاتعن أكثر من الدلالة على الاطفال بيد أن الأبوة والأمومة -عماد الحياة الأسرية- في طريقها الى التفكك والانهايار.

ث- إن السيولة واجهت مراحل متنوعة في طريقها المائع, منها:

١. مرحلة "تحطيم القوالب والنماذج" والميل لتجاوز الحدود وتحطيم القيود وأكل السدود, أما الافراد فإنهم معذورون في عجزهم عن إدراك هذا الامر؛ لانهم وجدوا أنفسهم في مواجهة انماط وتصورات مازالت تحظى بصلاية لاتلين وقوة لاتقهر رغم "جِدَّتْها وتعديلهما".

٢. مرحلة إعادة توزيع وتخصيص لما تمتلكه الحداثة-نفسها- من "قوى الإذابة"؛ وذلك بإلقاء جميع الاشكال العامة والوحدات الثابتة في بوتقة الصهر بُغية إعادة تشكيلها وصياغتها من جديد.

ج- لا يوجد قالب تعرض للتحطيم إلا وحلّ محله قالب آخر, وما أطلق سراح الناس من سجن قديم إلا ليدخلوا سجن التعنيف والتوبيخ والإنذار إذا ماعجزوا عن نقل أنفسهم الى مكان جديد بالاعتماد على جهودهم الفردية الدؤوبة طوال حياتهم.

ح- إن المهام التي تواجه الافراد الاحرار اليوم تتجلى في استخدام حريتهم الجديدة لإيجاد المجال المناسب والاستقرار فيه بالانصياع له, بحيث يمثلون الى قواعد السلوك ونماذجه التي أقرت الحداثة بانها صحيحة وملائمة.

خ- لقد انتقلنا في الوقت الراهن من "عصر الجماعات المرجعية" المحددة سلفاً الى عصر "المقارنة الكونية العالمية" والتي يستحيل فيها تحديد وجهة الافعال الفردية التي تتشكل بنفسها, فهذه الوجهة ليست من المعطيات المعروفة مقدماً, بل إنها تنزع الى تغييرات عديدة كبيرة قبل أن تصل هذه الافعال الى نهايتها الوحيدة الاصلية: نهاية حياة الفرد.

د- لقد انتقلت "قوى الإذابة" من "المنظومة" الى "المجتمع"، ومن "السياسة" الى "سياسة الحياة"، أو نزلت من المستوى الاعلى والاكبر "الماكرو" للعيش الاجتماعي الى المستوى الادنى والاصغر "الميكرو".

خامساً: الحياة السائلة للمفاهيم القانونية^(١):

ترتكز السيولة الحياتية لمفاهيم القاعدة القانونية، على مايلي:

- بفعل الحداثة دفعت "المواطنة" - بمعناها العميق كهوية- الثمن فتضاءلت لمصلحة الفردية وغلبت سياسات الحياة اليومية على كليات التضحية من أجل الجماعة والتحقق من خلالها.
- إن الفردية حوّلت جسد المواطن الذي يرمز للامة الى جسد المستهلك الذي يلهث وراء السلع في سوق لا يحقق له الرضى الكامل ولا الامن ابدأً، وبدلاً من توحيد القلوب على هوية جماعية تتفرق القلوب على تنافس حول السلع

١- من مكتبة هذه المفردة :

- ارتور شوينهاور، فن العيش الحكيم (تأملات في الحياة والناس)، ترجمة: عبدالله زارو، ط١، دار الامان والاختلاف وضاف، الرباط-الجزائر-بيروت، ٢٠١٨.

-كاظم الصالحي، مع الكاتب باولو كويلهو في رواياته وطريقته المعنوية-أراء ووجهات نظر-، ط١، المركز الاسلامي للدراسات الاستراتيجية، النجف الاشرف، العراق، ٢٠٢٠.

-حسن حنفي حسنين، الهوية، ط١، المجلس الاعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠١٢.

- زيجمونت باوند، الحياة السائلة، ترجمة: حجاج ابو جبر، تقديم: هبة رؤوف عزت، ط١، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٦.

- عبد الاله بلقزيز، نقد التراث (العرب والحداثة)، ج٣، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠١٤.

- هاربيت غريفي، فن التركيز، ترجمة: احمد حيدر، مراجعة وتحرير: مركز التعريب والبرمجة، ط١، ثقافة للنشر والتوزيع (الامارات العربية المتحدة)، طباعة الدار العربية للعلوم، بيروت، ٢٠١٠.

-مايكل ج. ساندل، العدالة ماالجدير أن يُعمل به؟، ترجمة: مروان الرشيد، ط١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع ومؤمنون بلاحدود، بيروت- الرباط، ٢٠١٥.

- و"الاستعراض" لمقاومة الشعور الداخلي بالهشاشة والخوف.
- إن عدم اليقين المتزايد بفعل فقدان الهوية الاجتماعية يستولد رد فعل براغماتي لعد أخذ الحياة بجدية مفرطة، والحياة بعيداً عن الدين والفلسفة معاً، واتخاذ الاستخفاف بالحياة والسخرية منها والتجريب المستمر بكل احباطاته كوسيلة للتعايش مع سيولتها المستمرة.
 - إن من مشاكل الحياة السائلة هي اتجاهها صوب "الهبوط بالمعاني" واسكانها في دائرة السوق لتغدو المعاني السامية مجرد سلع تقاس مادياً، كما في اندثار مفهوم "الشهيد" المرتبط بالمجد الاخروي، واستبداله بمفهوم "البطل" الباحث عن المجد والشهرة والاعجاب الجماهيري والمردود المادي.
 - لقد أدت الحياة السائلة الى تأليه الامة وإلباسها لباساً سحرياً عجيباً، فتشكلت السلطة الجديدة، واشترك في هذه السلطة المؤسسات البشرية التي أدعت بأنها تتحدث باسم الامة.
 - لم يحدث هنا إنكار "للمقدس" بقدر ماحدث "نقل عنيف" لسلطته، فانتقل المقدس الى الوجود تحت إدارة جديدة وفي خدمة الامة/الدولة الناشئة.
 - إن كل سمات الحياة السائلة تخلق تشظي في المعنى وتشظي في الزمن وتشظي النفس وحيرتها، وعدم استقرار محطات العمل والعلاقات الاجتماعية، وانتشار ثقافة الاستهلاك. ومن هنا تغدو المواطنة مجرد فعل من أفعال شراء وبيع السلع، لا فعلاً من الأفعال التي تزيد رقعة الحريات والحقوق من أجل ضمان كرامة حقيقية وحرية وعدالة.
 - إن "المستهلكين" و"موضوعات الاستهلاك" قطبان نظريان ثابتان يدور حولهما اعضاء مجتمع المستهلكين، وربما لذلك نلاحظ ازدياد الاهتمام التشريعي والقانوني بمفردات الاستهلاك وحقوق المستهلك وحمايته.
 - كما ان شيوع الاهتمام القانوني بمفردات البيئة الطبيعية والاجتماعية مرده انتشار المخاوف البيئية الجديدة نتيجة سوء الاستغلال الذي يلتهم الموارد المشتركة على هذا الكوكب،

- والتهديدات التي تواجه التدفق السلس للأهداف الأمانية التي تتسم بها الحياة السائلة.
- في مواجهة الحياة السائلة، وحمايةً للحياة الديمقراطية للامة وحفاظاً على سيادة القانون وسلطته؛ لابد من قيام الاكاديميين والعاملين في قطاعات الثقافة والتعليم باتحادهم ومعارضتهم تحويل التعليم العالي الى سوق تجاري.
 - ضرورة اعادة اهتمام وتعميق الدراسات القانونية لكل مايرتبط بعالم المعنى من الجوانب الاخلاقية والدينية، فالدين والاذلاق هما مرتكز الفرد في زمن الحداثة السائلة لتقويم القواعد القانونية وبنائها ومن ثم الالتزام بها، وهو أمرٌ خطير وحساس بعد طول التراكم المعرفي القانوني باتجاه اقصاء الدين او الاذلاق بتأثير المفاهيم القانونية الوضعية.
 - إن الضرورة القانونية-اعلاه- تعمل على تحصين القانون نفسه من السيلان وعدم الثبات النسبي؛ ذلك أن طبيعة المجتمعات والافراد في "زمن السوائل" تركز على الحسابات الاستهلاكية المستولدة للحاجات بشكل مستمر- ومنها التشريعات- وتحويل كل قديم-في حساباتها- الى شيء مستهجن، بما في ذلك المشاعر والاداسيس والصلات الاجتماعية، ومن هنا فلا مناص أمام القانون إلا محاولة اقتناص مايمثل نحواً من القواعد والاسس في هذا الزمن، وليس من يتصف بذلك-الاسس- كالدين والاذلاق وعالم المعنى.
 - إن الدراسات القانونية في زمن السوائل ينبغي أن تلتفت الى ان انسان الحداثة المتقدمة انتقل من " وضوح العلاقات الاجتماعية" الى "غموض الصلات العابرة"، بمعنى ان السيولة ضربت ما كان يُسمى مجتمعاً ليتحول الى مجرد "تجمع بشري" ليست فيه أي ميزة للتواصل والاتصال إلا في حدود بسيطة جداً، ومن هنا فعلى التشريع والمشرع أن يضع في الحسبان هذا المتغير الاجتماعي المهم والحساس جداً.
 - من المهم جداً الالتفات الى ان اسس القانون العراقي ينبغي ان تلتزم-ولو نسبياً- بما تفرضه طبيعة المجتمع العراقي

ومعارفه و اخلاقياته وعقائده, حتى يُكتب للقانون النجاح والبقاء والفاعلية, فمثلاً إن من المسائل البديهية في ثقافة المجتمع العراقي أن على الانسان السعي لبناء دنياه واخرته بمستوى من التوازن الحياتي, ولكن لم يلتفت المشرع العراقي إلى أن الاهتمام المفرط والمبالغ فيه الى حد الهوس في مسائل التشريعات الطبية المرتبطة بعمليات التجميل- الجراحية والجلدية والاسنان وغيرها- وكذلك التشريعات المتعلقة بصناعة الرياضة بمنتجاتها-الدوائية والميكانيكية وغيرها- مرتبطة بقناعة مفكري الحداثة السائلة بضرورة مواجهة زحف الموت وضرورة ادامة الحياة بأي ثمن, ولو كان الثمن الإنسانية نفسها!!

فالاهتمام بمسائل الرياضة والتجميل ضروري ولكن ينبغي ان ينطلق من الاسس العقائدية والفكرية للمجتمع الذي تتعامل معه, وفرق كبير بين مجتمع يتعامل مع الموت على انه نهاية متوقعة للحياة, وبين مجتمع وافراد يعتبرون ان السيطرة على الكون والعالم وتحقيق الذات ينطلق من مقاومة الموت؛ لان الفرد آله والاله يفترض فيه ألا يموت!.

➤ يؤمن إنسان الحداثة السائلة بنبذ الغيب والالوهية, وببساطة فمركز وجود الفرد هو: جسده ويصير الجسد مصدراً للهوية ومناطقاً للذات؛ ولذلك كان الجسد هو هدف العنف الذي تمارسه الدولة والنزاعات العرقية والدينية والقومية, ومحللاً للإبادة والعقاب؛ لذا فمن المهم للمشرع القانوني الالتفات الى حقيقة هذا المركز وأثاره على القانون واسسه القبلية والبعديّة.

➤ إن روابط الحب والعاطفة والمشاعر تتسم بالفورية في زمن الحداثة السائلة, ومن هنا "لا معنى لهذا العواطف على الامد الطويل" فإمتداد الزمن آخرة الآن وهنا فقط!!!! فهذا العصر متخصص في "قطع الغيار" واستبدال المنتج قبل نهاية فترة الضمان, وليس عصر فن إصلاح الاشياء, إنه عصر الفرصة القادمة التي تجعل ما في يدك قابلاً للتخلي عنه فلا ترتبط به بشدة, فقد لا يكون شريكك هو الآخر راغباً او قابلاً لعلاقة

طويلة تحرمه بدوره من فرص أخرى، وما مدى تأثير هذه التصورات السائلة على بُنية التشريعات التي ترتبط بالأحوال الشخصية والاسرة، لاسيما الطلاق وتساعد وتيرته؟! ➤ استخدمت الحداثة السائلة-بطريق الدولة الحديثة- العلم (وهو الاله الجديد الذي وعد بتقديم كل الاجابات) لفك الارتباط بين أربعة مكونات للأسرة: الحب (العاطفة) والجنس (المتعة) والإنجاب (الذرية) والرعاية (المودة والرحمة)، وحوّلت كل منها الى سلعة يمكن تسويقها او لخدمة تقوم الدولة- وليس المجتمع- بتوفيرها. ليقف المشرع القانوني أمام تشريعات مرتبطة مثلاً "بنوك الحيوانات المنوية واستئجار الرحم والإجهاض -ليس للعلاج وإنما كطابع تجاري مادي اثرائي-، وخدمات رعاية المسنين-بمقابل مادي- لإبعادهم عن ذويهم المنهمكين بالحياة المادية السائلة، وهكذا عشرات المسائل التي شغلت وتشغل الاهتمام القانوني المعاصر، فهل التفتنا الى فلسفة هذه القوانين وغايات انطلاقها ووجودها، ومدى انسجامها وواقعنا الاجتماعي العراقي من عدمها؟!!!

➤ من المسائل القانونية المهمة جداً -في زمن السوائل- مايرتبط بتنظيم القرابة والنسب والروابط الاجتماعية التي يبني عليها القانون العراقي-مثلاً- على أسس ومراكز دينية واجتماعية وعُرفية، ومدى الضبابية والخلافة والضعف والوهن الذي أصابها، ومسؤولية المشرع والفقهاء والقاضي القانوني في استنبات المعالجات المستندة الى ارض الواقع الاجتماعي والديني والمعرفي وفلسفة الروابط الاجتماعية، وعدم اللجوء الى اضعاف الشرعية والقانونية على صيغ روابط لاتمت الى حقيقة الزواج والعلاقة بين الذكر والانثى.

➤ يبدو أن الحداثة السائلة سائرة باتجاه انتاج دين جديد للبشرية، ذاك الدين الذي وصفه إريك شميت-مدير غوغل- فهو يرى أن هناك "ديناً" تقدمه الشركات العاملة في مجال تقنيات المعلومات والاتصال وعالم الانترنت، رسالة هذا الدين هي أنه إذا حققت توأصلاً "تقنياً" بين أعداد غفيرة من البشر فإن ذلك

- سيجعل عالماً أفضل، وما الآثر الذي تركته -وما زالت وستبقى- هذه الصورة للتقنيات على مجمل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ومساراتها التقنية والتكنولوجية واحكامها التنظيمية؟! أم أن علينا دائماً تقليد واقتباس ما أنتجته الآخر دون الوقوف على فلسفة نظرة الآخر للتقنية.
- إن أدى اهم المعضلات التي تواجه المشرع والفقيه والقاضي وكل مهتم بتنظيم المجتمع، تلك المرتبطة بطبيعة العلاقة المعقدة بين الإنسان والآلة، هذه العلاقة التي دخلت حتى في ميدان الاتصال الجنسي- ليستعويض الانسان بالآلة بدلاً عن الانسان الاخر، وما الابعاء الثقيلة لهذه العلاقة في مساراتها الاسرية والعائلية وتفكيك الرغبة بالإنجاب والذرية خوفاً وهروباً من المسؤولية، وكيف للمشرع ان يُعيد تكييف علاقة الانسان بالآلة والتقنية باتجاه ما يخدم حقائق الحياة الاجتماعية وليس في تدميرها وتشيئتها.
- كما ان الوجه الاخر للمشكلة يتجلى بعدم التفات او غفلة المشرع عن حقيقة أن المجال الاسري وروابط الزواج تحولت من مجالها الفردي الخاص الى بُعدها العام، أي ان الزواج لم يعد من مسائل حرية الفرد واختياراته، وإنما بات من المسائل العامة التي ينبغي- وهو ماتحقق فعلاً- للدولة التدخل في ايجادها وتنظيمها وترتيب آثارها، وتقتصر خصوصية الفرد على الجانب الجسدي الفرد الخاص فقط، وحتى هذا الجانب الجسدي بات مكفياً بالآلة بدلاً من الزوج الآخر. هذه هي حقيقة منطلقات تصور العلاقة بين الانسان والآخر- سواء كان هذا الآخر ذكراً او أنثى أو آلة-.
- إن "سياسة التسمية" من أهم جبهات التحرر الفكري القانوني بأبعادها الاجتماعية والاقتصادية والعملية؛ لان المفاهيم المغلوطة والتسميات الزور هي السجن الحقيقي الذي يعوق العقل ويحرمه من فهم العالم؛ ولذلك فإن كشف الزيف في المفاهيم التي يتم تسويقها عن الحرية والإرادة الإنسانية والسعادة يغدو مهمة واجبة، والعناية بالمفاهيم التي نراها أقوم سبيلاً.

سادساً: أثر الحداثة السائلة على قواعد الجنسية الوطنية ومركز
الاجانب(١):

من الاشباح التي تحوم حول هذا الكوكب, شبح الخوف من
الأجانب, هذا الخوف المختلِّط بالخوف على السلامة الشخصية, لينتج
عنه فقدان الأمان وانعدام اليقين للذين يعصفان بالوجود الحديث
السائل, وفي تفصيله نورد الآتي:

• إن استعادة الامن القانوني والاجتماعي يرتبط ب"تطويق
الدلاء" وسجنهم وترحيلهم؛ لانهم السبب الاساس في عدم
الاستقرار الذي يحيط بواقع ومستقبل المجتمع.

• المنهج السياسي المعاصر لإدارة الدولة الحديثة يتركز-أوروبياً
وامريكياً مثلاً- على "التصدي للهجرة" "ومنع التجنيس" و" رفض
حقوق اللجوء", سعياً منه الى حماية المجتمع وتعزيز الديمقراطية
ومضاعفة السجون وزيادة اعداد رجال الشرطة.

• إن سلامة الجسد- وهو من اساسيات الحداثة السائلة-
والممتلكات الشخصية والأسرة والمستقبل ومصادر الدخل والرزق
والحفاظ على وتيرة الاستهلاك المتنامي, كلها تتأتى من باب
الجنسية والاقامة ومركز الاجنبي داخل اي دولة تريد حماية وجودها

١- من مصادر هذا الموضوع-بالإضافة الى الاجتهاد الشخصي
للباحث:-

- يورغن هابرماس وجوزف راتسنغر (البابا بندكتس ١٦), جدلية العلمنة (العقل والدين), تعريب وتقديم:
حميد لشهب, ط١, جداول للنشر والترجمة والتوزيع, بيروت, ٢٠١٣.

-بريتي تانيجا, تقرير صهر ونزوح واستنصال جماعات الاقليات منذ عام ٢٠٠٣, ترجمة: عبد الإله
النعمي, ط١, سلسلة دراسات عراقية, مركز دراسات عراقية, بغداد-بيروت, ٢٠٠٩.

-علي محمد اليوسف, الحداثة إشكالية التوصيل والتلقي, ط١, وزارة الثقافة, بغداد, ٢٠١٣.

-لويس ميناود, النادي الميتافيزيقي (قصة الأفكار في أميركا), ترجمة: فاطمة الشملان, ط١, جداول للنشر
والترجمة والتوزيع, بيروت, ٢٠١٩.

القانوني والديمقراطي من الآثار المدمرة لأي تساهل في هذه المفردات الحساسة والخطيرة- الجنسية ومتعلقاتها-.

• إن منهج التعامل مع الاجانب يرسم تصورات الدولة والمجتمع حيال الامن والاستقرار والاقتصاد، فكثير من الدول تنظر الى العمالة الاجنبية على انها السبب الاساس للجريمة وانعدام الامن ومخاطر فقدان استقرار السوق، وعليه يجب منع الهجرة الاجنبية ومكافحة العمالة غير الوطنية وتشديد اجراءات التجنس بالجنسية الوطنية.

• المشكلة في التوجهات المتقدمة أنها تحولت من مساراتها الوطنية الى ظواهر عولمية عالمية؛ وذلك باعتبار الغرباء والاجانب والوافدين الجُدد والمهجرين والمهاجرين والنازحين هم كائنات غير مرغوب فيها واسباب عملية لإنعدام اليقين القانوني والامن الاجتماعي، لنشهد في نهاية المطاف توجسات وتشديداً قانونياً في مجال الجنسية الوطنية ومركز الاجانب والعمالة الاجنبية.

• ولتتحول المخاوف من الاجانب الى مخاوف من ابناء الوطن نفسه ممن يمثلون فئات من الناس الوافدة او الدخلاء الجُدد - غير الاصلاء- على المجتمع. وكل ذلك خوفاً على الهوية الوطنية واصالتها وتُبل القيم التي تمثلها، حتى بات المشهد يضج بفئات البدون ومكتومي القيد وغير المسجلين وغيرها من مظاهر الخروج عن معايير الجنسية والحد الأدنى للتعاطي مع الاجانب.

• تصور آخر لانعكاسات الجنسية ومركز الاجانب، ذلك الذي ارتبط بالإرهاب الدولي، فثمة ظاهرة يُراد لها الاستقرار- وقد استقرت- تصور الارهاب دائماً على أنه نتاج الاجانب عن الدولة، او متولد من المواطنين الجُدد - اي المجنسين- وليس الاصلاء.

• من المسائل الخطيرة للحدثة السائلة تلك التي ترتبط بالدولة والجنسية والاقامة وجوازات السفر، ولبيانها نحاول ذكر مايلي:

1. كان التصور الفلسفي لكانط يعتمد على حقيقة أن الارض كروية الشكل، وإن من ابسط نتائج ذلك التصور أنه لامناس من

العيش المشترك متجاورين الى الابد, ومن ثم فإن الاتحاد الكامل للأنواع البشرية عبر مواطنة مشتركة هو المصير الذي اختارته الطبيعة لنا بوضعنا على سطح كوكب كروي.

٢. لأن العالم يفضل تكريم الفلاسفة برسم لوحات تذكارية لهم, وليس بالإنصات او الاتباع لنصائحهم, أنشغل العالم بترتيب زواج الأمم والدول والسيادة والارض المُحاطة بحدود حصينة, وخضوع الحركة البشرية لسلطة الدولة وحدها, فكانت جوازات السفر وتأشيرات الدخول والخروج والكمارك هي الابتكارات المعاصرة لفن الحكم الحديث.

٣. هذه التطورات في هيكلية الدولة ووجودها تزامن مع ظهور "أشخاص بلا دولة" و"مهاجرين غير شرعيين", كما ظهرت فكرة "الحياة عديمة القيمة" وبعث من جديد قانون "الانسان المستباح/الحرام", وهو التجسد المطلق للحق السيادي في استثناء أي انسان أقي به وراء حدود القوانين البشرية, وتحويله الى كائن لا تسير عليه القوانين-عديم الجنسية-مما يستدعي تدميره؛ وذلك باستثناءه من الانسانية.

٤. لم تعالج وثيقة حقوق الإنسان مشكلة الإنسان الممزق بين انسانيته ومواطنته- اي جنسيته-؛ لان هذه الوثيقة لم تعالج حقيقة الوحدة او الاختلاف بين مفردتي "الانسان والمواطن". لتعود المشكلة من جديد في عالم يضج "بالنازحين والمشردين وعديمي الجنسية".

٥. إن المشكلة الكبرى- في مجال الجنسية- هي مدى قدرة السلطة على رسم الحد البياني الفاصل بين الإنساني واللاإنساني, وهو الحد الذي يتخفى في الأزمنة الحديثة في هيئة الحد الفاصل بين المواطنين والاجانب, ففي كل دولة لا حقوق لمن لا وطن لهم, وهؤلاء الناس يُعانون, لا لأنهم ليسوا سواسية أمام القانون, ولكن لأنه لا يوجد قانون ينطبق عليهم؟!!!

• على مدار قرنين من الزمان أمتلأ العالم بتصورات الثالوث غير المقدس "الارض/ الامة/الدولة", فالدولة/ الامة هي التي تجعل

"الولادة أو الميلاد" "أساس سيادتها"، هذا ما نجدُه جلياً في كل قوانين الجنسية الوطنية لكل دول العالم ومنها قانون الجنسية العراقية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة ٣/١ منها، وتصور هذا الأساس-الميلاد- يعتمد بحسب الفيلسوف جورجيو أغامبين على "تخييل ضمني يتمثل في أن الميلاد يظهر الى الوجود مباشرةً باعتباره أمة، حتى كأنه لا يوجد فرق بين اللحظتين" فالمرء إذا جاز التعبير يولد في "مواطنة الدولة".

• إن عُري الطفل المولود-أو معيار حق الدم في الجنسية- يمثل الساحة التي تُشيد عليها سيادة الدولة، ويُعاد بناؤها دوماً، وتعززها ممارسات الدمج/ الاقصاء التي تستهدف كل المطالبين بالمواطنة ممن تصادف أنهم يقعون تحت سيادة الدولة، فإختزال الحياة الفردية الى الحياة العامة إنما هو نتيجة محسومة مادام الميلاد هو المدخل الطبيعي الوحيد للامة من دون أسئلة ولا اختبارات.

• إن الرغبة بالتجنس بجنسية الدولة-في غير معيار الولادة- من جميع البشر الآخرين الذين يطرقون باب الدولة السيادية طلباً للدخول، يخضعون بداية الى طقوس خلع الرداء- مجازاً- أي قلعهم من كل الجذور الاجتماعية التي كانوا يرتبطون بها، حتى يُعاد لهم إعادة الدمج بعد مرورهم بفترة الحجر الصحي-القانوني والامني- لضمان سلامتهم وتأهيلهم لقبولهم في المجتمع الجديد.

• أما الارض التي تمثل روح الامة/الدولة، فترتبط بها-الارض- سيادة الدولة؛ إذ لا يمكن تصور السيادة من دون حدود خارجية، كما لا يمكن تصورها من دون كيان ذي صبغة محلية. بهذا التصور للأرض استطاعت الدولة الحديثة الادعاء بحقها في منع او منح الحقوق على هذه البقعة الجغرافية المحددة- كما نلاحظه مثلاً في منح الجنسية الوطنية استناداً لحق الاقليم في كل التشريعات-، ولكن المشكلة في هذا السياق: أن حدود الإنسانية تنتهي عند حدود ارض الدولة؛ لذا لا يمكن الاعتراف- بالمستوي الموجود داخل الدولة نفسها- بأنماط الحياة التي تقع خارج حدود ارض الدولة او توضع شروط تعجيزية للاعتراف بتلك الأنماط الحياتية الأخرى.

• إن أي شخص- عديم الجنسية في هذا المجال المرتبط بالجنسية ومركز الاجانب مثلاً- خارج أي اقليم تابع لدولة معينة سيجد نفسه- بحسب تعبير حنة أرندت- "خارج أسرة الامم" وسيُعامل على أنه الإنسان "المستباح/الحرام", بعدما أصبح حق هذا الإنسان-المستباح- في الحياة متعلقاً بقرار سيادي لدولة من الدولة- وليس أنه انسان يستحق الحياة لمجرد وجوده.

• على مدار قرنين من التاريخ الحديث, عجز أناس كثير من الوصول الى مكانة المواطنين, وكان من بينهم المجنسون- الاجنبي الحاصل على جنسية بلد ما- واللجوء والنازحون والمهجرون والمهاجرون, فكان جميعهم عبارة عن شأنٍ يُخصّ البلد المضيف, ويجري التعامل معهم على هذا الاساس.

• إن هذا التعامل مع الاجانب الذين لاينتمون بالأصل-الدم او الارض- للدولة المعنية, يُجردون على الفور من حقوق الانسان الاساس- التي صمدت لأكثر من قرن امام كافة تقلبات التاريخ-, فتحت شعار "الحملة ضد الالهاب" مثلاً يمكن اعتقال الاجانب لأجل غير مسمى بتهم لا يستطيعون درؤها لانهم لايعلمون ماهي اصلاً؟!.

• إن سياسات الدول الحديثة في التعامل مع الاجانب-بفعل ملفات الامن والاقتصاد والسياسة- دفعت بهؤلاء الاجانب الى مواجهة الحالة التي تعرف بالامكان في الارض, ويقذف بهم الى "اللاماكن" -بحسب مارك أغيه-, او الى "المجاهل" -بحسب غول غارو-, او إلى "سفينة الحمقى" -عند ميشيل فوكو-, أي الى مكان عائم بلا مكان, مكان يستمد وجوده من ذاته, مكان منغلق على ذاته, وفي الوقت نفسه يفتح على لامحدودية البحر, والى ارض يبغضها البشر وقلما يزورونها-بحسب توصيف ميشال أجييه-.

• إن هكذا أسلوب في التعامل مع الاجانب- أياً كان وصفهم- سيُفاقم من المشاكل القانونية التي تتطلب معالجات مهمة وحساسة, كقضايا الهجرة غير الشرعية, والحقوق العمل والضمان الاجتماعي, والاتجار بالبشر, والارهاب الدولي, وملفات حقوق

الإنسان وغيرها الكثير. وإن سعت اغلب الدول الى معالجتها إلا أنها لم تنجح في ذلك-الى الان-؛ ذلك لأنها أما أن تعتمد الى غلق الحدود بوجه أي أجنبي- وهذا سيُفاقم المشكلة ويُغذي اللأمن بكل اصنافه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية- أو أن تعتمد الى قبول الاجنبي في داخل أرض الدولة ولكن على وفق شروطها التعجيزية التي يصعب معها دمج الاجنبي مكانياً- كما لو حُصت له أماكن للايواء- أو اجتماعياً- بعد التعقيدات الكبيرة التي سادت المجتمعات السائلة في الثقافة والفكر والاندماج والاقصاء-.

اختتام:

يتميز الفعل الانساني (وبضمنه التصرف القانوني)-ارادياً ام لا ارادي- عن الفعل الطبيعي الالي, من خلال فرض الفاعل نفسه بين أترابه عاملاً مؤثراً لا متأثراً فحسب, ناشطاً متفاعلاً ومحققاً مشاريع وخطط.

من هنا فمن الضروري تحليل الفعل الانساني " القانوني " كأساس للسلوك الى جانب القول الفلسفي والمعرفي كأساس للنظام الثقافي والعلمي؛ أي تشخيص دور الحَدَث وما يملكه من قدرة تأثيرية فردية أو جمعية.

ليس العنصر الحاسم في دراسة الانسان القانوني في قياس ماينجزه من اعمال مادية فحسب, إنما ما يُحققه من تصورات وآمال بمعاطاته مع الواقع؛ بُغية تركية وعيه وتقوية ضميره الحي لإعادة التقاط مصيره بنفسه وتقرير سلوكياته بقدراته وإرادته التي يُشخص فيها للقانون دور فعّال ومهم.

إن دراسة الفعل علمياً وإنسانياً تبتغي ادراجه ملتصقاً بالفاعل او الفاعلين على اساس من الوعي لما يجري والتطلع الى المستقبل في ضوء التجارب وتطور الاحوال, بما يفتح الباب امام اعادة سلطة الفعل لمن هو منفعل لا فاعل, تبعاً لسنة الحياة والدفاع عن النفس والارتقاء.

فالمطلوب- في هذا المجال- اصلاح شامل للقوانين, أي نظاماً قانونياً فعالاً وسلطة قضائية أمينة, وقانون عقود نافذ المفعول وخدمة عامة مجردة من أي غرض, ومسكاً عصرياً للدفاتر, وسجلات ملكية دقيقة, ونظاماً رشيداً للضرائب ونظاماً تعليمياً ناجحاً, وشرطة نظيفة وساسة نظيفين, وشفافية في تمويل الحملات, ووسائل اعلام مسؤولة وشعوراً واسع النطاق بالمسؤولية العامة.

مكتبة البحث:

- جويس أبلبي, الرأسمالية (ثورة لاتهدأ), ترجمة: رحاب صلاح الدين, مراجعة: محمد فتحي خضر, ط1, كلمات وهنداوي, مصر, ٢٠١٤.
- جون س. درايزك وباتريك دنلفي, نظريات الدولة الديمقراطية, ترجمة: هاشم أحمد محمد, ط1, المركز القومي للترجمة, القاهرة, ٢٠١٣.
- يوسف كرم, العقل والوجود (دور العقل في ادراك الموجودات), اعداد وتحقيق: محمد ثابت, ط1, منشورات البندقية للنشر والتوزيع, القاهرة, ٢٠١٨.
- عادل مصطفى, فهم الفهم (مدخل الى الهرمنيوطيقا - نظرية التأويل من أفلاطون الى جادامير-), ط1, رؤية للنشر والتوزيع, بلا, ٢٠٠٧.
- ارتور شوبنهاور, فن العيش الحكيم (تأملات في الحياة والناس), ترجمة: عبدالله زارو, ط1, دار الامان والاختلاف وضاف, الرباط-الجزائر-بيروت, ٢٠١٨.
- كاظم الصالحي, مع الكاتب باولو كويلهو في رواياته وطريقته المعنوية-أراء ووجهات نظر-, ط1, المركز الاسلامي للدراسات الاستراتيجية, النجف الاشرف, العراق, ٢٠٢٠.

- حسن حنفي حسنين, الهُوِيَّة, ط1, المجلس الاعلى للثقافة, القاهرة, ٢٠١٢.
- زيجمونت باومان, الحُرِّيَّة, ترجمة: د.فريال حسن خليفة, مراجعة: د. محمد سيد حسن, ط1, مكتبة الفكر الجديد ومكتبة مدبولي, ٢٠١٦.
- زيجمونت باومان, الحداثه السائله, ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٦.
- الحب السائل (عن هشاشة الروابط الإنسانية), ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٦.
- الحياة السائلة, ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٦.
- الخوف السائل, ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٧.
- زيجمونت باومان وديفيد ليون, المراقبة السائلة, ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٧.
- زيجمونت باومان, الأزمته السائله (العيش في عصر اللايقين), ترجمة: حجاج ابو جبر, تقديم: هبة رؤوف عزت, ط1, الشبكة العربية للأبحاث والنشر, بيروت, ٢٠١٧.
- عبد الاله بلقزيز, نقد التراث (العرب والحداثه), ج٣, ط1, مركز دراسات الوحدة العربية, بيروت, ٢٠١٤.
- هاربيت غريفي, فن التركيز, ترجمة: احمد حيدر, مراجعة وتحرير: مركز التعريب والبرمجة, ط1, ثقافة للنشر والتوزيع (الامارات العربية المتحدة), طباعة الدار العربية للعلوم, بيروت, ٢٠١٠.

- مايكل ج. ساندل، العدالة ما الجدير أن يُعمل به؟، ترجمة: مروان الرشيد، ط ١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع ومؤمنون بلا حدود، بيروت- الرباط، ٢٠١٥.
- يورغن هابرماس وجوزف راتسنغر (البابا بندكتس ١٦)، جدلية العلمنة (العقل والدين)، تعريب وتقديم: حميد لشهب، ط ١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، ٢٠١٣.
- بريتي تانيجا، تقرير صهر ونزوح واستئصال جماعات الاقليات منذ عام ٢٠٠٣، ترجمة: عبد الإله النعيمي، ط ١، سلسلة دراسات عراقية، مركز دراسات عراقية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٩.
- علي محمد اليوسف، الحداثة إشكالية التوصيل والتلقي، ط ١، وزارة الثقافة، بغداد، ٢٠١٣.
- بدر الدين مصطفى، فلسفة ما بعد الحداثة، ط ١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١١.
- آن ماري سلوتر، نظام عالمي جديد، ترجمة: احمد محمود، ط ١، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١١.
- فردريك هرتز، القومية في التاريخ والسياسة، ترجمة: عبد الكريم أحمد، مراجعة: ابراهيم صقر، سلسلة ميراث الترجمة، ط ١، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠٠٨.
- راوي عبد العال ويوشيكو هييرا واخرون، قياس الهوية (دليل للمتخصصين في العلوم الإجتماعية)، ط ١، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، ٢٠١٤.
- لويس مينا، النادي الميتافيزيقي (قصة الأفكار في أميركا)، ترجمة: فاطمة الشملان، ط ١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، ٢٠١٩.

اكتساب الأولاد للجنسية العراقية وفقدانها تبعاً للوالدين

في ضوء قانون الجنسية العراقي النافذ

دراسة تحليلية مقارنة



د.بختيار صديق رحيم

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية القانون / جامعة السليمانية

المقدمة.

أولاً / التعريف بموضوع الدراسة وأهدافها:

لا يخفى على أحد أن الجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة لها أهمية كبيرة، لما يترتب على من يحملها في نطاق الإقليم المعين من حقوق سياسية لا يتمتع بها الأجنبي الذي لم يحصل على هذه الجنسية، كما أن تلك الحقوق تتفاوت بحسب نوع الجنسية التي يحملها الفرد. إن الأولاد يحصلون على الجنسية تبعاً للأباء بطرق عدة، سواء بسبب حق الدم أو حق الإقليم، أو الإثنين معاً، وحق الدم قد يكون منحدرًا من الأب أو من الأم لوحدهما، أو حق الدم من الأم معززا بحق إقليم، كجنسية أصلية تفرض على الكبير البالغ أو على المولود، أو يكتسبها لاحقاً تبعاً للوالدين عندما يكون قاصراً غير بالغ. كما قد يفقدونها بطرق عدة، من التخلي بالإرادة المختارة، أو من السلطات على سبيل العقوبة، أو يسترد منه بعد كسبها كونه استخدم وثائق مزورة، أما الصغار فقد يفقدونها تبعاً للوالدين.

ثانياً / أسباب اختيار موضوع الدراسة:

بما أن قوانين الجنسية نظمت حالة لإعطاء ومنح الجنسية للأولاد الصغار القاصرين تبعاً لكبير العائلة، كون الجنسية لا يكون إلا بناءً على طلب، والطلب لا يقدم إلا من كامل الأهلية، ولكي تضمن وحدة العائلة التي يكتسب فيها الكبار الجنسية. فيلحق به الأولاد القاصرين، ويمنحون الجنسية، وكان المتبع في القوانين المقارنة أن الأب هو المأخوذ به ليكون متبوعاً من الأولاد وليس الأم، في كسب الجنسية وفقدانها، وكذلك في فرض الجنسية الأصلية على أساس الدم المنحدر من الأب، إلا أن الحالة الأخيرة طرأ عليها تحول فكري بالإستناد إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فيسارت معظم القوانين إلى فرض الجنسية على أولاد الأم الوطنية، أسوة بأولاد الأب، إلا أن الحاليتين

الأوليين بقيتا على حالهما، بوجود تمييز بين الأب والأم، وهو ما نراه بحاجة إلى بحث وتحليل، وهذا ما دفعنا لتناول هذا الموضوع ودراسته.

ثالثاً / مشكلة الدراسة:

تتمحور مشكلة البحث في مسألة مهمة، ألا وهي أن الدستور العراقي، وباقي الدساتير المقارنة، تنص على المساواة بين الجنسين، ومنع أي أشكال التمييز بينهما، كما أن معظم الدول قد وقعت أو انضمت أو صادقت على المعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات التي صدرت منذ منتصف القرن الماضي، التي تدعو إلى مكافحة التمييز بين البشر، ومنها التمييز على أساس الجنس، كما أن قانون الجنسية العراقي، كما المقارنة، جاءت نصوصه بشكل عام دون تخصيص لأب على أم، إلا أننا نجد أن التعليمات المنظمة لتنفيذه، أو القرارات القضائية سارت بشكل مغاير، متأثرين بالفقه الذي ورث فكره ونظريته ونظريته من القوانين السابقة.

رابعاً / نطاق الدراسة:

من أجل أن يكون البحث دقيقاً في مشكلة واحدة ومحددة، لتشعب القانون ومعالجاته، ومشاكله وإشكالاته، فقد إرتأينا أن يكون نطاق البحث محددًا بحالات حصول الأولاد غير البالغين للجنسية تبعاً لأهمهم، سواءً كانت الجنسية **أصلية** أم مكتسبة، وكذلك فقدها، في قانون الجنسية العراقي، والقوانين العربية المقارنة.

خامساً / منهج الدراسة:

من أجل إخراج البحث بصورة لائقة، اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع محل الدراسة في قانون الجنسية العراقي النافذ، مع مقارنتها بالنصوص الموازية لها في القوانين العربية والمقارنة، بغية معرفة العلة من هذا التوجه، ومكان الصحة والخلل فيه.

سادساً / هيكلية الدراسة:

من أجل تناول الموضوع بكل جوانبه، وتغطية محاوره، أنجزنا البحث وفق هيكلية مقسمة على ثلاثة مباحث، خصصنا الأول لحصول الأولاد على الجنسية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأم، والمبحث الثاني لاكتساب الأولاد الجنسية بالتبعية من الأبوين وخصوصاً لأم، فيما تناولنا في المبحث الثالث موضوع فقد الأولاد للجنسية تبعاً للأبوين، وبالأخص تبعاً للأم. ولأن الموضوع ضمن المبحث الواحد متصل ومركز، وجدنا عدم الحاجة إلى تقسيمات ثانوية فيها، وأنهينا البحث بجملة استنتاجات ومجموعة من التوصيات.

المبحث الأول إكتساب الأولاد للجنسية الأصلية عن طريق الأم

ذهبت التشريعات العراقية السابقة^(١) وهو موقف التشريعات المقارنة كذلك^(٢) إلى أن الأصل في اكتساب المولود للجنسية يكون على أساس الدم المنحدر من الأب حصراً^(٣)، دون الأم، إلا استثناءً، سواءً كانت جنسية الأب أصلية أم مكتسبة، وسواءً ولد المولود في البلاد أو خارجه^(٤)، وهناك من يرى أن السبب في ذلك يعود إلى أن الأب هو المكلف بتربية الولد تربية سليمة مشبعة بروح الإنتماء للوطن وزرع مشاعر الولاء له والمشاركة والاندماج مع المجتمع فيه^(٥)، وهو السبب الذي دفع بالمشعر استخدام الأب دون الأم، فالمعيار المتبع هنا هو رابطة النسب الذي لا يعتد به إلا من جهة الأب^(٦). وهناك من برر ذلك بأسباب أخرى، منها ما كان مستنداً إلى الشعور القومي لاسيما في خمسينيات القرن الماضي، كما أن عدم منح أولاد الأم الجنسية الوطنية وسيلة لمنع إزدياد السكان، كما هو الحال في الدول ذات الكثافة السكانية العالية، كمصر^(٧).

^(١) نصت المادة (٨) من قانون الجنسية العراقي رقم (٤٢) لسنة (١٩٢٤) الملغى على أنه: "يعتبر عراقياً: أ. كل من كان له حين ولادته بصرف النظر عن محلها والد عراقي بعلته تولده في العراق او اكتسابه الجنسية العراقية بطريق التجنس او بالطرق المبينة في المادة الثالثة والرابعة والخامسة. ب. كل من ولد في العراق وبلغ سن الرشد ان كان والده مولوداً في العراق وكان مقيماً به عادة حين ولادة ابنه."، فيما نصت المادة (١/٤) من قانون الجنسية رقم (٤٣) لسنة (١٩٦٣) على أنه: "يعتبر عراقياً: ١. من ولد في العراق أو خارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية."

^(٢) نصت المادة (٣/أ) من قانون الجنسية السوري رقم (٢٧٦) لسنة (١٩٦٩) الملغى على أنه: "يعتبر سورياً: ١. من ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري."، فيما ينص (الفصل الثاني/٢/٤) من قانون الجنسية السوداني لسنة (١٩٩٤) المعدل في سنة (٢٠١١) على أنه: "يكون الشخص المولود بعد سريان هذا القانون سودانياً بالميلاد إذا كان والده سودانياً بالميلاد وقت ميلاده."، وكذلك المادة (١/٢) من قانون الجنسية المصري رقم (٦) لسنة (١٩٧١)، والمادة (٢) من قانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة (١٩٥٩).

^(٣) لعل المشرع العربي قد تأثر بالمسار الذي سلكه المشرع الفرنسي في حينه، الذي تجاوزه لاحقاً بسبب الظروف الإجتماعية التي سادت أوروبا عموماً، نقلاً عن: د. عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية - دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٧٦.

^(٤) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع)، دون دار وكان وسنة النشر، ص ١٦٨.

^(٥) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية في القانون العراقي، ط٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨، ص ٢٧٤.

^(٦) سناريا محمد نهاد مصطفى، الجديد والقديم في قانون الجنسية العراقية، مطبعة ألدن، السليمانية، ٢٠٠٩، ص ١٢٩.

^(٧) د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجنبي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٠٦.

ولكن ذلك لم يمنع منح الجنسية للمولود على أساس حق الدم المنحدر من الأم معززاً بحق الإقليم، وقد نظمت القوانين هذه الحالة مراعاةً لحالة ولادة مولود لأم وطنية ولأب لم يعرف جنسيته، أو عديم الجنسية، أو شخص معروف الجنسية، ولكنه لا يقر ولا يعترف بنسب الولد له، والعلة في ذلك منع وقوع المولود في حالة إنعدام الجنسية بغية حمايته، وهي حالة لا يجدها المشرع ويسعى إلى تلافيتها^(١). وهو ما أخذت به قوانين الجنسية الملغاة في العراق^(٢)، والشروط الأهم للحصول على الجنسية في هكذا أحوال هو حصول الولادة في العراق (ليتحقق حق الإقليم)، ويكون جنسيته أصلية، لأنها تفرض عليه دون طلب منه، ومع ذلك لا يستطيع هذا العراقي تولى المناصب السيادية والوظائف العامة، كون تلك الوظائف يشترط في من يتولاها أن يكون عراقياً ومن أبوين عراقيين بالولادة^(٣).

ومنح الجنسية للمولود على أساس حق الدم المنحدر من الأم المعزز بحق الإقليم، حالة نص عليها التشريعات المقارنة^(٤)، والسبب هو ذاته الذي دفع المشرع العراقي في قانون (١٩٦٣) على النص عليه، إذ نص عليه قانون الجنسية المصري لسنة (١٩٧٥) الملغى^(٥). والعبرة بانعدام أو جهالة جنسية الأب تكون وقت الولادة، فلو اكتسب الأب جنسية أجنبية لاحقاً، لم يتأثر المولود بذلك^(٦). أما المشرع الإماراتي، فعند المولود من أم إماراتية وأب مجهول أو عديم الجنسية إماراتياً، سواء كانت الولادة في دولة الإمارات العربية أو خارجها^(٧)، وهو موقف نراه غريباً، لأن منح الجنسية لمن ولد من أم وطنية وأب مجهول يمكن أن يصف تحت ما أشرنا إليه أعلاه (حق الدم المنحدر من الأم معززاً بحق الإقليم)، أما لمن يولد في الخارج، فإن حق الإقليم فيه ينتفي، فلا يبقى حق الدم المنحدر من الأم، وهو ما لم يأخذ به المشرع الإماراتي، إذ لو كان أخذ به، لكن عليه أن يعطى الجنسية لمن يولد من أم

(١) د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن والمركز القانوني للأجانب، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٧٦.

(٢) نصت المادة (٢/٤) من على أنه: "يعتبر عراقياً: ٢. من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له."

(٣) د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي)، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص ٥٤.

(٤) كقانون الجنسية الجزائري رقم (٧٠/٨٦) قبل تعديله في المادة السادسة منه.

(٥) نصت المادة (١/٢) منه على أنه: "يكون مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له"، فيما نصت المادة (٣/٢) منه على أنه: "يكون مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً."

(٦) د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥، ص ٣٧٦.

(٧) تنص المادة (٢) من قانون الجنسية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٧) لسنة (١٩٧٢) المعدل في (١٩٧٥) على أنه: "ج. المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون ولم يثبت نسبه لأبيه قانوناً. د. المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون ولأب مجهول أو لا جنسية له."

وطنية إمارتية بالمطلق دون تقييد، ويتطابق موقف كل من القانون الكويتي^(١) والقانون البحريني^(٢) والقانون اليمني^(٣) مع موقف القانون الإماراتي.

إلا أن العقود الأخيرة شهدت تطوراً في النظرة إلى منح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم دون الحاجة إلى تعزيره بحق الأقليم^(٤)، وقد كان لاتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ١٨/١٢/١٩٧٩)^(٥) دور في ذلك عندما نص على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما"^(٦)، ومن تلك القوانين، القانون الإيطالي، إذ قام المشرع الإيطالي بتعديل قانون الجنسية ليمنح للمولود من أم إيطالية الجنسية الإيطالية^(٧)، بعد أن قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم

(١) تنص المادة (١/٣) من قانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة (١٩٥٩) المعدل بالقانون رقم (٤٠) لسنة (١٩٨٧) على أنه: "يكون كويتياً: ١. من ولد في الكويت، أو في الخارج، من أم كويتية وكان مجهول الأب، أو لم تثبت نسبه لأبيه قانوناً".

(٢) تنص المادة (٤/ب) من قانون الجنسية البحريني رقم (٨) لسنة (١٩٦٣) المعدل على أنه: "يعتبر الشخص بحرانياً: ب. إذا ولد في البحرين، أو خارجها، وكانت أمه بحرينية على أن يكون مجهول الأب، أو لم تثبت نسبه لأبيه قانوناً".

(٣) تنص المادة (٣/ب) من قانون الجنسية اليمني رقم (٦) لسنة (١٩٩٠) المعدل على أنه: "يتمتع بالجنسية اليمنية: ب. من ولد في اليمن، من أم تحمل هذه الجنسية وأب مجهول الجنسية، أو لا جنسية له"، علماً أن اللوائح التنفيذية لهذا القانون لا يمنح الجنسية اليمنية للمولود من أم يمنية متزوجة ومن غير أبيها (أي إذا كان الولد غير شرعياً، وكان ولد زنى) أو كان أب المولود من محارم الأم، نقلاً عن: سهيل حسن الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٧.

(٤) وخروجاً على ما كان مألوفاً في بدايات القرن الماضي، نجد أن المشرع الإسباني كان سباقاً في المساواة بين الأب والأم في نقل جنسيتها الإسبانية لأولادهما، إذ نصت المادة (١٨) من قانون الجنسية الإسباني لسنة (١٩٣١) على أنه: "ثبوت الجنسية الإسبانية للأشخاص التالية: ١. الإبن المولود في الإقليم الإسباني. ٢. الإبن المولود لأب إسباني أو أم إسبانية حتى ولو ولد خارج إسبانيا"، نقلاً عن: د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢١.

(٥) صادق العراق على الاتفاقية المذكورة بالقانون رقم (٦٦) في (٢٨/٦/١٩٨٦) مع إبداء (٤) تحفظات.

(٦) المادة (٩/٩) ثانياً من الاتفاقية المذكورة، وهذه الفقرة هي إحدى تحفظات العراق على الاتفاقية.

(٧) تنص المادة (١/٥) من قانون الجنسية الإيطالي رقم (١٢٣) لسنة (١٩٨٣) على أنه: "يعتبر إيطالياً منذ الميلاد: ١. الطفل المولود لأب إيطالي أو أم إيطالية".

دستورية القانون النافذ^(١). وهو موقف سلكه كل من القانون الألماني، والقانون الأمريكي والقانون الهولندي^(٢) والقانون التركي^(٣) والكثير من القوانين الأخرى^(٤). ومن القوانين العربية من سارت على ذات النهج، نجد المشرع المصري وقد عدل قانون الجنسية، وجعل المولود من الأم المصرية مصري الجنسية دون النظر إلى جنسية أبيه^(٥)، وكذلك القانون التونسي^(٦)، والقانون الجزائري^(٧).

وبالعودة إلى قانون الجنسية العراقي النافذ، وبعد أن أقر بالجنسية الأصلية للطفل المولود من أم عراقية بشكل مطلق على أساس حق الدم المنحدر من الأم، مستنداً في ذلك إلى دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) الذي نص

(١) قرار المحكمة المذكورة في (١٩٨٣/٢/٩) بعدم دستورية قانون الجنسية الإيطالي رقم (٥٥٥) لسنة (١٩١٢)، نقلاً عن: د. علي حمادي وآخرون، طرق إكتساب الجنسية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثامنة/ ٢٠١٦، ص ٧٤.

(٢) نقلاً عن: د. حفيظ السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٣ وما بعدها.

(٣) تنص المادة (٧) من قانون الجنسية التركي رقم (٥٩٠١) لسنة (٢٠٠٩) على أنه: "١. يعتبر تركي الجنسية ومنذ لحظة الولادة، كل من ولد في داخل أو خارج تركيا من أب تركي الجنسية أو أم تركية الجنسية بموجب عقد زواج رسمي. ٢. يعتبر تركي الجنسية ومنذ لحظة الولادة، كل من ولد من أم تركية الجنسية وأب أجنبي بموجب علاقة خارجة عن نطاق عقد الزواج."، نقلاً عن: د. مراد صائب محمود إبراهيم، حق الدم المنحدر من الأم كأساس للفرض أم سبب للاكتساب؟ دراسة تحليلية مقارنة في قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، لكلية القانون والعلوم السياسية بجامعة كركوك، المجلد (٨)، العدد (٣٠) لعام (٢٠١٩)، ص ٨.

(٤) من القوانين الأوروبية، القانون الفنلندي والإيرلندي واليوناني والهنغاري والنمساوي والسلوفاكي، ومن تشريعات أمريكا اللاتينية القانون الكولومبي والبنمي والجاماكي ومن القوانين الآسيوية القانون الياباني والكوري الجنوبي والفلبيني وغيرها من قوانين العالم. نقلاً عن: بن حميد نور الهدى، أثر جنسية الأم على جنسية الأبناء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٦/٢٠١٧، ص ٢٢ وما بعدها.

(٥) تنص المادة (٢) من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥) المعدل بالقانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤) بأنه: "يكون مصرياً: ١. من ولد لأب مصري، أو أم مصرية".

(٦) ينص الفصل (٦) من قانون الجنسية التونسي رقم (٦) لسنة (١٩٦٣) المعدل بالقانون رقم (٥٥) لسنة (٢٠١٠) بأنه: "يكون تونسياً الطفل الذي ولد لأب مصري، أو أم تونسية".

(٧) تنص المادة (٦) من قانون الجنسية الجزائري رقم (٧٠/٨٦) المعدل بالقانون رقم (٠١/٠٥) بأنه: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب مصري، أو أم جزائرية".

على المساواة بين الرجل والمرأة وإزالة أية مظاهر للتمييز بينهما^(١)، ومع ذلك فإنه استثنى من ذلك الفلسطينيين^(٢)، ومع ذلك فإن تعليمات وزارة الداخلية العراقية^(٣)، وقرارات القضاء الإداري في العراق، وقرارات محكمة التمييز الاتحادية ذهبت منحى آخر، إذ قررت أحقية الفلسطينيين من أم عراقية بالجنسية العراقية^(٤)، مما يدل على أن النص مطلق، والمطلق يجري على إطلاقه، مما يعنى أيضاً أن المادة الرابعة من القانون يعد من حيث الواقع زائدة ولا مبرر لوجودها^(٥)، إذ أن هذه المادة كانت ولا تزال محل جدل بين الباحثين والدارسين لقانون الجنسية الحالي. فإذا قرر المشرع العراقي منح المولود من الأب العراقي أو الأم العراقية على حد سواء على أساس حق الدم دون تقييد، فما المبرر لمنح المولود من أم عراقية وأب مجهول أو عديم الجنسية في الخارج الجنسية المكتسبة وفق شروط محددة، فقط لأن الولادة تمت خارج العراق.

وهناك نقطة أخرى لا بد من الإشارة إليها، وهي أن كل قانون يصدر من السلطة التشريعية يدخل حيز النفاذ من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية^(٦) أو

(١) تنص المادة (١٤) من الدستور على أنه: "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

(٢) لقد وضع المشرع العراقي مع ذلك استثناءً لذلك الحكم، إذ منع أولاد الفلسطينيين إكتساب الجنسية العراقية بأي طريق من طرق إكتساب الجنسية المنصوص عليه في هذا القانون، وذلك لضمان حق عودتهم للأراضي المحتلة مستقبلاً، إذ تنص المادة (٦/ثانياً) منه على أنه: "لا يجوز منح الجنسية العراقية للفلسطينيين ضماناً لحق عودتهم إلى وطنهم".

(٣) تعليمات وزارة الداخلية العراقية رقم (٥٠٥٢) في (٢٦/١١/٢٠٠٨).

(٤) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (١٠١/قضاء إداري/٢٠٠٨) في (١٢/٦/٢٠٠٨)، نقلاً عن: د. محمد عباس محسن، حق اكتساب الجنسية الأصلية من الأم في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ - دراسة موازنة لأحكام التشريع والقضاء العراقيين، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد (١٧)، ص ٩٦. وكذلك قرار المحكمة الاتحادية رقم (٤/اتحادية/تمييز/٢٠٠٧) في (٢٦/٤/٢٠٠٧) والقرار (٣٠/اتحادية/تمييز/٢٠٠٨) في (٣٠/٧/٢٠٠٨) والقرار (٢/اتحادية/تمييز/٢٠٠٩) في (٢٥/١/٢٠٠٩) و(٢٥/اتحادية/تمييز/٢٠٠٩) في (٢٥/١/٢٠٠٩) تؤكد على حق الفلسطيني من أم عراقية في الحصول على الجنسية العراقية إستناداً إلى المادة (١٨/ثانياً) من دستور العراق الحالي والمادة (٣/أ) من قانون الجنسية النافذ واعتبارهم عراقيين بحكم القانون، دون النظر إلى جنسية الأب، وإن هذا الحكم حكم كاشف لا منشأ، وأن المادة (٦/ثانياً) تخص الفلسطيني من أب فلسطيني ومن أم غير عراقية، نقلاً عن موقع مجلس القضاء الأعلى الآتي:

Iraqfsc.iq/searchkrar./php. Last visit: 9/5/2023

(٥) تنص المادة (٤) منه على أنه: "لوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف".

(٦) نشر قانون الجنسية العراقي الحالي في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ذي العدد (٤٠١٩) في (٧/٣/٢٠٠٦).

التأريخ الذي يحدده القانون، ولا يطبق على الوقائع التي تسبق صدوره، لذا فإن المولود من أم عراقية بعد صدور القانون يكون عراقياً وإن كان أبوه أجنبياً، فلو افترضنا أن الزوجان الأجنبي والعراقية قد تزوجا وأنجبا طفلاً قبل صدور هذا القانون، فإن هذا الطفل لا يعد عراقياً، وهي حالة يجب الوقوف عليه، فلا مسوغ لوجود ولدين من نفس الأبوين، يكون أحدهما عراقياً والآخر أجنبياً، خصوصاً والقانون إنما يسعى لتوحيد العائلة ولم شملها^(١)، وقد ساد نوع من التخبُّط موقف الجهاز التنفيذي المتمثل بالدوائر ذات الصلة في وزارة الداخلية، فبعد أن أكدت في البداية على أن المسلمات القانونية تدعو إلى التمييز بين الولادات لأم عراقية قبل نفاذ القانون الجديد وبعده وفقاً لما ذكرناه أعلاه^(٢)، مستنداً في ذلك على كل من دستور جمهورية العراق^(٣)، وأحكام القانون المدني العراقي^(٤)، إلا أنها تراجع عن ذلك، وراحت بأن المادة (١/٣) من القانون تسري على كل الحالات التي حصلت قبل نشر ونفاذ هذا القانون، أسوة بالحالات التي حصلت بعد نشره ونفاذه^(٥)، معللة ذلك بأن العبارة التي وردت في المادة تقول "من ولد" بصيغة الماضي، ولم يقل "من يولد" في حين أن المشرع المصري عالج الموضوع في القانون منعا لأي التباس^(٦)، فأجاز لمن ولد من أم مصرية قبل نفاذ هذه المادة طلب الجنسية المصرية من وزارة الداخلية. وكان على المشرع العراقي أن يأتي بحل من هذا القبيل في القانون ذاته منعا لأي تفسير أو إجتهد قضائي.

(١) ينظر في تفاصيل أكثر: د. محمد جلال حسن الأتروشي، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص٣٦، وكذلك: ياسين السيد طاهر الياسري، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، ط٤، القاهرة، ٢٠١١، ص١١٢ وما بعدها.

(٢) كتاب مديرية الجنسية العامة المرقم (٨١٣٢) في (١٢/٦/٢٠٠٦).

(٣) تنص المادة (١٢٩) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) على أنه: "تتشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها مالم ينص على خلاف ذلك".

(٤) تنص المادة (١٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) على أنه: "لا يعمل بالقانون إلا من صيرورته نافذاً، فلا يسري على ماسبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك، أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب".

(٥) كتاب دائرة المستشار القانوني في وزارة الداخلية المرقم (٤١٨٤) في (٢٦/٦/٢٠٠٦).

(٦) تنص المادة (٣) من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥) المعدلة بالقانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤) على أنه: "يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، أن يعلن لوزير الداخلية رغبته في التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرية بصدور قرار بذلك من الوزير، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض.....".

وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن هناك من القوانين العربية من لا تمنح الجنسية على أساس الدم المنحدر من الأم، ومن تلك القوانين، القانون السعودي^(١)، والقانون القطري، فالمولود من أم قطرية تكون أجنبية في كل الأحوال، وأقصى ما يمكن أن **يحص** عليه هو **الأولية** في الحصول على الجنسية القطرية بالاكتساب^(٢).

المبحث الثاني اكتساب الأولاد الجنسية بالتبعية

يكتسب الأولاد الجنسية العراقية عن طريق التبعية^(٣)، وهذه الطريقة هي واحدة من بين عدة طرق يتم من خلالها منح الجنسية العراقية لغير العراقيين^(٤).

يرى معظم الباحثين ودارسي وشراح قانون الجنسية العراقي أن لتطبيق هذه الفقرة عدة شروط لابد من توافرها لمنح الولد الجنسية العراقية عن طريق التبعية^(٥)، **وأهك** شرط منها والذي هو نقطة ارتكاز بحثنا هذا أن يكون الأب قد اكتسب الجنسية العراقية بإحدى الطرق التي مر بيانها.

(١) تنص المادة (٧) من نظام الجنسية السعودي رقم (٤) في (١٣٧٤/١/٢٥ هـ) المعدل بالمرسوم الملكي رقم (٢٠) في (١٣٧٩/١١/١٥ هـ) على أنه: "يكون سعودياً من ولد داخل المملكة العربية السعودية أو خارجها لأب سعودي، أو لأم سعودية، وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له،....."، فيما عد المولود من أب أجنبي وأم سعودية أجنبياً يمكنه طلب الجنسية السعودية بشروط منها تقديمه للطلب خلال سنة من بلوغه سن الرشد: هذا طبقاً للمادة (٨) من النظام بعد تعديله بالمرسوم رقم (١٤) في (١٤٠٥/٥/٢٤ هـ).

(٢) تنص المادة (٢) من قانون الجنسية القطري (٣٨) في (٢٠٠٥) على أنه: "يجوز بقرار أميري منح الجنسية القطرية لغير القطري إذا توفرت فيه الشروط التالية:يراعى في تطبيق قواعد منح الجنسية القطرية طبقاً لهذه المادة إعطاء أولوية لمن كانت أمه قطرية. ويعتبر قطرياً بالتجنس من ولد في قطر أو في الخارج لأب قطري بالتجنس....".

(٣) تنص المادة (١٤) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦) النافذ على أنه: "إذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح أولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط أن يكونوا مقيمين معه في العراق".

(٤) ومن هذه الطرق التجنس (والتي تشمل على عدة صور منها الإقامة الطويلة والولادة المضاعفة وزواج الأجنبي من المرأة العراقية، ولادة الطفل من أم عراقية في الخارج من أب مجهول أو عديم الجنسية) والزواج المختلط.

(٥) وهذه الشروط تتمثل في ما يأتي: ١. كون الوالد مكتسباً للجنسية العراقية. ٢. كون الولد غير بالغ سن الرشد.

٣. ثبوت نسب الولد من والده. ٤. إقامة الولد مع الوالد. ينظر في ذلك: د. ظاهر مجيد قادر وآخرون، القانون

الدولي الخاص، الجزء الأول/الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، ط١، مكتب التفسير للطبع والنشر، أربيل،

٢٠١٩، ص ٦٣ وما بعدها.

إلا أن السؤال الذي يتبادر إلى أذهان كل الباحثين هو: هل يمكن منح الجنسية للأولاد^(١) الذين تتوفر فيهم الشروط المارة ذكرها إذا ما اكتسبت أمهم الجنسية العراقية بذات الشروط والتي يمكن أن يحصل عليها الأب؟؟ والجواب في ذلك لم يكن حاسماً، فالكثير يرى إلحاقهم بالأب كقاعدة عامة^(٢)، وعدم إمكانية منحهم الجنسية العراقية تبعاً للأم، وأن هذه الحالة خاصة بإلحاق الأولاد بالأب دون الأم^(٣)، ويجب إلحاقهم بالأب كأصل ويلحقون بالأم إستثناءً^(٤)، ويعلمون ذلك بالقول أن إرادة الأب هي من تحل إرادة الصغير غير البالغ الذي لا يعتد بإرادته، لأنه لا يمكنه التعبير عنها^(٥)، وهو الممثل القانوني لإرادة الصغير التابع^(٦)، (لأن الولد البالغ سن الرشد لا يمكنه كسب الجنسية بالتبعية، بل يحق له طلب كسبها بالطرق الأخرى)، وان الأم لا تكسب أولادها

(١) المقصود هنا بالأولاد القصر غير البالغين، ولكن هناك من التشريعات من أدخل البالغين في هذه الدائرة بشروط تأتي عليها في حينها.

(٢) إن القوانين التي تسمح للأولاد القاصرين إكتساب الجنسية تبعاً للأب تتوزع على إتجاهات ثلاث، يرى أصحاب الإتجاه الأول بوجود أثر مباشر لتجنس الأب، أي أن الولد القاصر يكتسب جنسية الأب بقوة القانون، كالقانون المدني الإسباني لسنة ١٩٤٠، والأردني لسنة ١٩٢٨، والسوري لسنة ١٩٦١، ويرى أصحاب الإتجاه الثاني بالأثر غير المباشر له، أي لا بد من تقديم طلب من الأب باعتباره ولياً على القاصر إضافةً لشرط تجنس الأب، وبه أخذ قانون الجنسية الأكوادوري، واتجاه ثالث يرى أصحابه عدم تأثر الولد القاصر بأبيه المتجنس، نقلاً عن: إدارة البحوث والدراسات في وزارة الداخلية الكويتي، الجنسية الكويتية مقارنةً بقوانين الجنسيات الأخرى، ١٩٨٨، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٣) ينظر في ذلك: د. محمد جلال حسن الأتروشي، مصدر سابق، ص ٦٤، ياسين الياسري، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٤) عندما يكون زوج الأم متوفى، أي تكون الأم أرملة، فيلحق الأولاد القصر بالأم.

(٥) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة، ط ٢، بدون دار ومكان النشر، ١٩٩٤، ص ١٤٨.

(٦) د. عبدالرسول عبدالرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ٧٥.

الصغار جنسيتها الجديدة، سواءً اكتسبت جنسيتها الجديدة على أساس كونها أرملة، أم بالزواج المختلط⁽¹⁾. وأورد الباحثون جملة مبررات وحجج لمنع حصول الأولاد القاصرين الجنسية تبعاً للأم، ومن بين تلك المبررات، ما هي إجتماعية حيث الأب هو الأقدار على تنشئة الولد، فهو رب الأسرة، كما وإن هذا يشجع الوطنيّات على الزواج بالأجنبي، ومنها ما هي إقتصادية وهي تختص بالدول ذات الكثافة السكانية العالية مع أحوال إقتصادية غير جيدة، ومبرر أمني وهو منع التجنس لمن أبوه أجنبي، وكذلك الحد من ظاهرة ازدواج الجنسية التي لا بد وتنشأ من منحهم جنسية أمهم، وهم بلا شك يحصلون على جنسية أبيهم كذلك، وهناك من يرى أن التمسك بالشريعة الإسلامية يحتم عدم انتساب المولود للأم⁽²⁾، وأخيراً، يمكن لهؤلاء الحصول على الجنسية بالإكتساب لاحقاً⁽³⁾. ومع ذلك نرى أن هؤلاء الباحثين قد عللوا موقف المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة في النص على منح الصغار الجنسية الوطنية تبعاً لوالدهم لغاية معينة، وهي لم تشمل الأسرة واستمرار الوالد في رعايتهم وتمشية أمورهم وضمن إعالتهم وتوجيههم في الحياة.

ونحن نرى أن هذا الرأي يمكن أن يكون موضع تساؤل، ومنها :
أ. أن لفظ العراقي، وكذلك غير العراقي لا يمكن حصره في الرجل دون المرأة، وفي حالتنا هذه بالأب دون الأم، فالمتبع عند أهل اللغة أن التذكير يفيد التغليب⁽⁴⁾، أضف إلى ذلك قانون الجنسية العراقي النافذ

(1) د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٨٤.

(2) نرى أن هؤلاء قد خلطوا منح الجنسية واكتسابها مع موضوع النسب، وهما بلا شك موضوعان مختلفان ومتباعدان، إذ إن منح الجنسية للولد من خلال الأم لا يعني قطعاً نسبته لأمه دون أبيه، فنسب الولد شرعاً وقانوناً يلحق بالأب دون جدال.

(3) د. حسن الياصري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، كربلاء، العدد الثاني عشر، ص ٦٩ وما بعدها.

(4) يرى أبو بكر الأنباري وجود قاعدة مفادها: " أن الذكر والمؤنث إذا اجتمعوا، غلب الذكر على المؤنث. مثل: الرجل والمرأة قاما وقعدا وجلسا، ولا يجوز قامتا وقعدتا. وذهب ابن فارس إلى موقف مشابه عندما قال: " إذا جاء الخطاب بلفظ مذكر ولم ينص فيه على ذكر الرجال، فإن ذلك الخطاب شامل للذكور والإناث". وهناك من وضع قاعدة أخرى وهي: " كل ما لا يعرف مذكر أم مؤنث، فحقه أن يكون مذكراً، ومن الأمثلة القرآنية، قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله"، وقوله تعالى: " أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واركعوا مع الراكعين". ويقول أبو علي الفارسي: " أصل الأسماء التذكير."، للمزيد ينظر: فطيمة بن سعيد، الألفاظ الواردة بالتذكير والتأنيث في القرآن الكريم - دراسة وصفية تحليلية، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في اللغة العربية، مقدمة إلى كلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠٠٧/٢٠٠٨، ص ١٧ وما بعدها.

نفسه يؤكد كلامنا هذا، إذ نص في تعريفه للعراقي نص على أنه: "الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية."^(١)، ولفظ الشخص يشمل المرأة كما الرجل على حد سواء.

٢. لا يمكن القول أن لفظ الوالد ينصرف إلى الأم^(٢)، كما ينصرف إلى الأب^(٣).

٣. يمكن عد هذا الموقف من المشرع العراقي تعارضاً مع المبدأ الوارد في دستور العراق لسنة (٢٠٠٥)^(٤) وقانون الجنسية النافذ بخصوص المساواة بين الرجل والمرأة، كما أنه يعد إخلالاً بما التزم به العراق بموجب الاتفاقيات الدولية بشأن عدم التمييز ضد المرأة وأهمها إتفاقية (سيداو) لسنة (١٩٧٨)^(٥)، والاتفاقيات الدولية بشأن حقوق الطفل^(٦).

٤. إن للأم دوراً في رعاية الأولاد والسهر والإشراف عليهم لا يمكن تجاهله، فقوام الأسرة الأب والأم في تربية الأولاد، لا يمكن الإستغناء عن أي منهما، والدليل على ذلك الفقه الإسلامي يكاد يكون متفقاً

(١) المادة (١/ب) من القانون.

(٢) هناك من يقول بخلاف ذلك، ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٠٥، ولكن هذا الكلام يجانب الصواب، ويخالف قواعد اللغة العربية، والتشابه هو بين لفظي الوالد والأب، فالوالد هو الأب المباشر، ولكن الأب عام وقد يشمل الوالد ووالد الوالد، كما في قوله تعالى: "ملة أبيكم إبراهيم"، ولا يشمل الوالد الوالدة قط، إلا إذا قيل الوالدان، فيشمل كلاً من الوالد والوالدة، لذا فإن الأصح لغةً هو أن الوالد هو الأب فقط دون الأم.

(٣) ولكن نجد أن المشرع السوداني في إبراده لتعريف المصطلحات الواردة في قانون الجنسية السوداني قد عرف مصطلح الوالد بأنه: "يشمل والدة الشخص المولود من غير علاقة شرعية أو الذي لم يصدر إقرار ببنته"، وهذا يعني أن لفظ الوالد ينصرف كقاعدة عامة للأب، إلا إذا لم يكن للمولود أب شرعي فينصرف إلى الأم استثناءً.

(٤) المادة (١٤) من الدستور، كما نصت المادة (٢/أولاً/ج) منه على أنه: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور".

(٥) صادق العراق على إتفاقية سيदाو وأنضم إليها بموجب القانون رقم (٦٦) لسنة (١٩٨٦).

(٦) كإضمام العراق لاتفاقية حقوق الطفل في (١٥/٦/١٩٩٤)، والتوقيع على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل في (٢٤/٦/٢٠٠٨).

على أحقية الأم بالحضانة من الأب، عند قيام الزوجية، وبعد الفرقة، وإن لم تكن مسلمة^(١)، وينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن الطفل يكون في حضانة الأم لحين العاشرة من عمره، وبه أخذ القضاء العراقي^(٢). وهو موقف القوانين المقارنة أيضاً^(٣).

وقد يكون السبب في موقف التشريعات العراقية المتعاقبة المنظمة للجنسية، وكذلك التشريعات العربية، هو تأثرهم بقانون الجنسية العثماني لسنة (١٨٦٩)، والمتأثر أصلاً بالقوانين الأوروبية النافذة آنذاك والتي أخذت بدورها بحق الدم المنحدر من الأب كأساس لمنح الجنسية للأبناء^(٤). كما إن هذا الموقف من المشرع العراقي يتعارض مع ما جاء في المادة (٣) من قانون الجنسية النافذ، والذي يفرض على المولود من أم عراقية الجنسية

(١) د. أحمد علي وآخرون، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط ١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢١٤.

(٢) تنص المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) على أنه: "١. الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك. ٤.... وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة... ٥. إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الإختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه...". وهو موقف القضاء العراقي، كما في القرار رقم (١٧٠) في (١١/١٠/٢٠٠١) والقرار (١٢٨) في (٢٠/٨/٢٠٠٢) والقرار (٣٧) في (٢٨/٣/٢٠٠٤) لمحكمة تمييز كوردستان، نقلاً عن: هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والإتفاقيات الدولية- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١١٢ وما بعدها، وقرارات محكمة التمييز الإتحادية (٢٩) في (٢/٥/١٩٧٦) و (٣٥) في (٤/١١/١٩٧٣)، نقلاً عن: د. فاروق عبدالله كريم، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) وتعديلاته، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠٢٠، ص ٢٤٨.

(٣) المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة (٢٠٠٥)، والمادة (١٣٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة (١٩٥٣) المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة (٢٠١٩)، والمادة (١٧٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩).

(٤) نصت المادة (الأولى) من قانون الجنسية العثماني الصادر في (١٩/١/١٨٦٩) على أنه: "يكون عثمانياً كل شخص ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانياً...". نقلاً عن: د. إيمان ناجي العزاوي، حق الأم في منح الجنسية لأبنائها في القانون العراقي والمقارن، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٦)، المجلد (٦)، العدد (١)، الجزء (١) لسنة (٢٠٢١)، ص ١٥٩.

العراقية الأصلية، دون النظر إلى حالة الأب، سواء كان يحمل الجنسية الأجنبية، أو كان عديم الجنسية، وسواء ولد المولود في العراق أو خارجة لعموم اللفظ وإطلاقه دون تقييد^(١). لأن العلة في هذا النص هو المساواة بين الرجل والمرأة في حق أولادهم للجنسية العراقية، وكذلك لم تشمل الأسرة، بلم شمل الأولاد مع أمهم العراقية، هذا الذي لم يتحقق في حق الأولاد في عدم اكتساب الجنسية بالتبعية عن طريق الأم.

وبالعودة إلى القوانين المقارنة، يمكننا أن نجد أن أغلب هذه القوانين ألحق الأولاد القصر بالأب للحصول على الجنسية دون الأم، ويتجلى ذلك من نصوص المواد المتعلقة بهذا الجانب، ويكاد الفقه يجمع عليه.

فالمشعر المصري ينص صراحة على إلحاق الأولاد غير بالغى سن الرشد بالرجل المكتسب للجنسية المصرية، لأن صدر المادة يتحدث عن اكتساب زوجته للجنسية المصرية، ثم يتناول الشق الثاني حالة الأولاد، لذا فإن النص واضح لا يحتمل التأويل والتفسير^(٢). ومن هنا نجد أن المشعر المصري منح الأولاد القاصرين الجنسية المصرية شريطة أن يكونوا معه في مصر، على أن يكون لهم حق استرداد جنسيتهم الأصلية خلال سنة من بلوغهم، فتزول عنهم الجنسية المصرية متى ما استردوها منعاً من وقوعهم في حالة اللانجسية. ولكن هذا الشق من المادة الآنف الذكر قد طعن فيه، فقررت المحكمة الدستورية المصرية عدم دستوريته، لأن القانون لم يساو بين الأب والأم في منح أولادهما القصر الجنسية المصرية تبعاً لهما^(٣). أما القانون التونسي فإنه نص كذلك على إلحاق الأولاد بالأب كأصل، وبالأم إذا توفي

(١) تنص هذه المادة على أنه: "يعتبر عراقياً: أ. من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية .".

(٢) تنص المادة (٦) من قانون الجنسية المصري على أنه: "لا يترتب على اكتساب الأجنبي الجنسية المصرية اكتساب زوجته ايها،، أما أولاده القصر فيكتسبون الجنسية المصرية، إلا إذا كانت إقامتهم العادية في الخارج وبقيت لهم جنسية أبيهم الأصلية طبقاً لقانونها، فإذا اكتسبوا الجنسية المصرية كان لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية، فتزول عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسية أبيهم طبقاً لقانونها .".

(٣) حكم المحكمة الدستورية المصرية رقم (١٣١) لسنة (٣٩ قضائية دستورية) المنشور في الجريدة الرسمية العدد (١٥ مكرر) في (٢٠١٩/٤/١٥)، بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٦) فيما تضمنه من حصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة لأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها، نقلاً عن الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

زوجها (أي إذا كانت رملة)^(١)، علي أن لا يكون الولد متزوجاً^(٢)، وفي هذا يكون قد تأثر بالقانون الفرنسي، الذي أكد على إكتساب المولود الجنسية الفرنسية تبعاً للأم، شريطة أن تقوم الأم بإدراج اسمه في الطلب الذي يقدمها، على أن يكون قاصراً وغير متزوج، وأن يكون مقيماً معها في فرنسا^(٣)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون السعودي الذي يلحق الأولاد بالأب^(٤)، وكذا القانون الإماراتي^(٥)، والقانون العماني^(٦)، في موقف مشابه للقانون المصري، أما القانون الكويتي فقد كان له معالجة أخرى، فبعد أن نص على تأثير الأب وحده

(١) ينص الفصل (٢٥) من قانون الجنسية التونسي على أنه: "يصبح المحجور للصغر وجوباً تونسياً بنفس العنوان الذي اكتسب بمقتضاه أبوه وأمه الأرملة الجنسية التونسية وذلك بشرط أن لا يكون متزوجاً وأن لا ينص أمر التجنس علي خلاف ذلك".

(٢) لأن من يتزوج يكون كامل الأهلية وإن لم يبلغ السن القانونية للرشد وكامل الأهلية.

(٣) تنص المادة (١/٢٢) منه على أنه: "الولد القاصر الشرعي، الطبيعي أو الذي كان موضوع تبني تام، الذي يكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية يصبح فرنسياً حكماً اذا كان لهذا الولد محل السكن ذاته أو اذا كان يسكن مع هذا الولد بالتناوب في حال التفريق أو الطلاق"، فيما تنص المادة (٢/٢٢) منه على انه: لا تطبق أحكام المادة السابقة على الولد المتزوج"، نقلاً عن: د. خيرالدين كاظم الأمين و كاظم فخري علي، الجنسية المكتسبة عن طريق الأم - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثانية عشر، ٢٠٢٠، ص ٢٠٦.

(٤) تنص المادة (١٤) من نظام الجنسية السعودي على أنه: "يترتب على اكتساب الأجنبي الجنسية العربية السعودية ما يلي: ب. أن يكتسب أولاده الذين لم يبلغوا سن الرشد الجنسية العربية السعودية تبعاً لوالدهم إذا كانوا مقيمين في المملكة، أو قدموا إليها قبل بلوغهم سن الرشد، ولهؤلاء اختيار جنسية والدهم الأصلية خلال سنة من تاريخ بلوغ أي منهم سن الرشد".

(٥) تنص المادة (١٠) من قانون الجنسية الإماراتي رقم (١٧) لسنة (١٩٧٢) على أنه: "..... يعتبر الأولاد القصر للمواطن بالتجنس مواطنين بالتجنس ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية من بلوغهم سن الرشد".

(٦) تنص المادة (٤) من قانون الجنسية العماني رقم (٥٨) لسنة (١٩٩٣) على أنه: "..... ويكتسب الاولاد القصر الجنسية العمانية تبعاً لأبيهم، على أنه يجوز لهم في خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد طلب التخلي عنها.....".

في حصول الأولاد القصر على الجنسية الكويتية^(١)، زاد على ذلك شمول أحفاد المتجنس من أولاده الذكور الذي توفي والدهم قبل حصوله على الجنسية في الحصول على الجنسية^(٢).
فيما سلك كل من القانونين المغربي والجزائري منحاً آخر، إذ يحق لهؤلاء الأولاد الذين يمنحون الجنسية أن يتنازلوا عنها خلال الفترة التي يكون أعمارهم بين (١٨) و(٢١) سنة^(٣).
وأخيراً لا بد من الإشارة إلى جملة مسائل؛ وهي:

١. هنالك من التشريعات ما لم تمنح الجنسية للأولاد القصر تبعاً لأبيهم، بل يعطى الحق لهؤلاء طلب التجنس بالطرق المقررة قانوناً، ومن قبيل تلك القوانين، قانون الجنسية الياباني، وقانون الجنسية الأسترالي^(٤).
٢. هناك من القوانين ما تعدت أثر التبعية فيها، إضافةً إلى الأولاد القصر، إلى الأولاد البالغين، إذ ينص القانون اللبناني إلى إعفاء الولد الراشد البالغ من شروط الإقامة المطلوبة من الذي يطلب التجنس بالجنسية اللبنانية^(٥).
٣. هناك من القوانين ما تعدت أثر التبعية فيها، إضافةً إلى الأولاد القصر، إلى الأولاد البالغين، إذ تنص تلك القوانين إلى خفض المدة المقررة

(١) تنص المادة (٧) من قانون الجنسية الكويتي وفقاً لتعديل عام (١٩٨٠) بالقانون المرقم (١٠٠) على أنه: "... وكذلك الأولاد القصر لهذا الأجنبي يعتبرون كويتيين، ولهم أن يقرروا إختيار جنسيتهم الأصلية في خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد...".

(٢) تنص المادة (٧ المكرر) من قانون الجنسية الكويتي وفقاً لتعديل عام (٢٠٠١) بالقانون المرقم (٣٣) على أنه: "... كما يجوز منح الجنسية الكويتية للقصر من أحفاد المتجنس من أولاده الذكور المتوفى عنهم والدهم قبل منح الوالد هذه الجنسية....".

(٣) نقلاً عن: د. عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٥٢٦.

(٤) المادة (٦) من القانون الياباني لسنة (١٩٥٢)، والمادة (١٥) من القانون الأسترالي لسنة (١٩٤٨)، نقلاً عن: سناريا محمد نهاد مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٥) تنص المادة (٤) من قانون الجنسية اللبناني رقم (١٥) لسنة (١٩٢٥) على أنه: "... ان المقترنة بأجنبي اتخذ التابعة اللبنانية والراشدين من أولاد الأجنبي المتخذ التابعة المذكورة يمكنهم إذا طلبوا أن يحصلوا على التابعة اللبنانية بدون شرط الإقامة، سواء أكان ذلك بالقرار الذي يمنح هذه التابعة للزوج أو للأب أو للأم أو بقرار خاص.....".

للإقامة المطلوبة من هؤلاء مقارنةً بغيرهم، ممن يطلب الحصول على الجنسية، ومن تلك القوانين، كل من القانون السوري^(١)، والقانون القطري^(٢).

٤. على الرغم من أن من الشروط التي تكاد تجمع معظم القوانين على وجودها في الولد القاصر لكي يحصل على ما حصل عليه أبيه من جنسية ذلك البلد، أن يكون مقيماً معه، إلا أن هنالك من القوانين ما تمنح الجنسية لهم دون شرط الإقامة مع أبيهم في البلد، ولكن بوجود إقامة بادئ الأمر، بمرور مدة من الزمن، كالقانون القطري^(٣).

المبحث الثالث فقد الأولاد الجنسية بالتبعية

(١) تنص المادة (٧) من قانون الجنسية السوري على أنه: "يجوز منح الجنسية للأولاد الراشدين لوالد اكتسب هذه الجنسية إذا طلبوها وذلك بمرسوم بناء على اقتراح الوزير، وتخضع لهم مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (٤) إلى سنتين على الأقل"، علماً أن المادة (٤/ب) تنص على أنه: "يجوز منح الأجنبي الجنسية بمرسوم بناء على اقتراح الوزير وعلى طلب خطي يقدمه الطالب الذي يشترط أن يكون: ب. مقيماً في القطر إقامة متتالية مدة خمس سنوات على الأقل سابقة لتقديم الطلب وتعتبر الإقامة المتقطعة متتالية إذا لم تتجاوز مدة غيابها سنة كاملة تضاف زيادة على الخمس سنوات".

(٢) تنص الشق الأخير للمادة (٤) من قانون الجنسية القطري على أنه: "ويجوز بقرار أميري منح أولاد المتجنس الذين بلغوا سن الرشد الجنسية القطرية بعد مرور خمس عشرة سنة من تاريخ أول إقامة لهم في قطر"، علماً أن المدة المطلوبة لاكتساب الجنسية القطرية بالإقامة الطويلة هي (٢٥) سنة، وذلك وفقاً للمادة (٢) منه التي تنص على أنه: "يجوز بقرار أميري منح الجنسية القطرية لغير القطري إذا توفرت فيه الشروط التالية : ١. أن يكون قد جعل، بطريق مشروع، إقامته العادية في قطر لمدة لا تقل عن خمس وعشرين سنة متتالية سابقة على تاريخ تقديم طلب الحصول على الجنسية".

(٣) ينص شق من المادة (٤) من قانون الجنسية القطري على أنه: "..... ويجوز بقرار أميري منح أولاد المتجنس القصر المقيمين خارج البلاد الجنسية القطرية بعد مرور خمس سنوات من تاريخ أول إقامة لهم في قطر وبشرط عدم بلوغهم سن الرشد وقت تقديم الطلب.....".

قد تزول عن الشخص الجنسية التي يتمتع بها^(١)، فيفقدتها بعد أن يكتسب جنسية أخرى، ويكون هذا الفقد إما باختياره ورغبته، أو دون اختياره وبخلاف رغبته. ويعنى فقد الشخص لجنسية معينة زوالها عنه، بعد أن يكون متمتعاً بها لفترة من الزمن، وزوال كل الآثار التي تترتب على تمتعه بتلك الجنسية، ويعد بعد تاريخ الفقد لها أجنبياً بالنسبة لتلك الدولة.

ولفقدان الجنسية طرق عدة^(٢)، إلا أن الذي يعنينا هنا هو فقد الأولاد لجنسيتهم تبعاً للوالدين.

فعندما يفقد الشخص جنسيته، يفقدتها من تحت إشرافه ورعايته تبعاً له، إعمالاً لنفس القواعد المتبعة في تعدي إكتساب الشخص لجنسية دولة معينة إلى نشوء حق لآخرين من إكتساب تلك الجنسية على التفصيل الذي ورد في المبحث الثاني من هذا البحث.

عند دراسة قانون الجنسية العراقي الحالي نجد أنه جاء على وجه مغاير في المواد المنظمة لفقد الجنسية عن القانون السابق له (القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغى)، ومن أبرزها عدم الإشارة إلى موضوع إسقاط الجنسية العراقية عن المواطنين^(٣)، ويبدو هذا منطقياً كون الدستور الحالي يمنع إسقاط الجنسية العراقية عن العراقيين^(٤)، كما لم يجز إسقاطها بسبب الحصول على جنسية أجنبية^(٥)، بل جعل التخلي عنها اختيارية وبناءً على

(١) وتزول الجنسية عن الشخص بطرق عدة، منها الإسقاط، أي أخذ الجنسية من شخص فرض عليه (أي أن جنسيته أصلية)، وسحبها ممن إكتسبها، أو فقدها بإرادة حامل الجنسية، ينظر غي ذلك: د. ظاهر مجيد وآخرون، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٢) منها فقدها بسبب صدور عمل إرادي من الشخص كحصوله على جنسية دولة أخرى، أو فقدها بخلاف رغبته على سبيل العقوبة، أو فقدها بصورة تبعية، ينظر في تفاصيل أكثر: د. محمد جلال حسن الأتروشي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٣) تنص المادة (٢٠) منه على أنه: "لوزير سحب الجنسية العراقية عن العراقي في الأحوال الآتية: ١. اذا قبل دخول الخدمة العسكرية لإحدى الدول الاجنبية دون اذن سابق يصدر من وزير الدفاع. ٢. اذا عمل لمصلحة دولة أو حكومة أجنبية أو جهة معادية في الخارج أو قبل في الخارج وظيفة لدى حكومة أجنبية أو إحدى الهيئات الاجنبية أو الدولية وأبى أن يتركها بالرغم من الامر الصادر اليه من الوزير . ٣. اذا أقام في الخارج بصورة معتادة وانضم الى هيئة أجنبية من اغراضها العمل على تقويض النظام الاجتماعي أو الاقتصادي للدولة بأية وسيلة من الوسائل".

(٤) تنص المادة (١٨/ثالثاً/أ) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) على أنه: "يحظر إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الاسباب، ويحق لمن اسقطت عنه طلب استعادتها، وينظم ذلك بقانون".

(٥) المادة (١/١١) والمادة (٢/١٢) من القانون رقم (٤٣) لسنة (١٩٦٣) الملغى.

رغبتهم^(١)، كون تعدد الجنسية جائز في القانون الحالي^(٢)، فيما أبقى على بعض حالات سحب الجنسية من مكتسبها، بشرط وجود حكم قضائي بات^(٣). وفي الوقت الذي لا يؤثر فقد الشخص لجنسيته العراقية على جنسية الولد البالغ، كونه ببلوغه يستقل عن من كان ولياً عليه، إلا في حالة واحدة وهي حصول من بسببه حصل على الجنسية بطريق تقديم معلومات غير صحيحة أو تقديم أوراق ووثائق ومستمسكات مزورة^(٤)، عندها يفقد الولد وإن كان بالغاً الجنسية التي حصل عليها، لأن ما بني على الباطل باطل، والباطل لا يترتب عليه أية آثار^(٥).

أما بخصوص الأولاد القاصرين، وقد نص المشرع العراقي على أن فقد العراقي جنسيته العراقية، سواءً كانت أصلية أم مكتسبة^(٦)، فإن ذلك يؤدي إلى فقد الأولاد القاصرين غير البالغين سن الرشد جنسيتهم العراقية تبعاً له^(٧)، والإشكالية التي أثيرت في السابق بشأن إكتساب الأولاد بالتبعية ثور هنا أيضاً، فالمشرع جاء بلفظ العراقي، وبذلك لا بد أن يسرى النص وحكمه على الأب والأم معاً، فيفقد الأولاد القاصرين الجنسية العراقية متى تخلت أمهم أو أبيهم عن الجنسية العراقية أو سحبت منهما لأي سبب من الأسباب الواردة في القانون. ولكن أغلب الشراح للقانون والباحثين اقتصرنا حكم المادة على الأب دون الأم لنفس الأسباب التي ذكرناها فيما سبق^(٨). ويبدو لنا

(١) تنص المادة (١٠/أولاً) من القانون النافذ على أنه: "يحفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريراً عن تخليه عن الجنسية العراقية.".

(٢) تنص المادة (١٨/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) على أنه: "يجوز تعدد الجنسية للعراقي.....".

(٣) د. رعد مقداد محمود، فقد الجنسية، بحث منشور في مجلة رافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد (٤٦) لسنة (٢٠١٠)، ص ٨٦.

(٤) تنص المادة (١٥) من القانون العراقي النافذ على أنه: "لوزير سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها إذا قدم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب اثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة البيات.".

(٥) سناريا محمد نهاد، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

(٦) تنص المادة (١٤/ثانياً) من القانون النافذ على أنه: "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية، يفقدها تبعاً لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد.....".

(٧) د. رعد مقداد محمود، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٨) ومن هؤلاء: د.عباس العبودي، شرح أحكام الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجنبي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٤٠، و د.حسن الهداوي و د.غالب الداودي، مصدر سابق، ص ١١٨ وما بعدها، و د.محمد جلال الأتروشي، مصدر سابق، ص ٩٢، د.عبدالرسول عبدالرضا الأسدي، مصدر سابق، ص ١٠٧، و ياسين الياسري، مصدر سابق، ص ٢١١ وما بعدها، وآخرون، فيما قال بخلاف ذلك أستاذنا د.ظاهر مجيد قادر وآخرون، مصدر سابق، ص ١٢٦ وما بعدها، وهو الرأي الذي نؤيده.

أن ذلك لا يستقيم مع نصوص الدستور التي تدعو إلى المساواة بين الرجل والمرأة، وإبراز دور الأم في الأسرة والمجتمع، ومع التفسير اللغوي للنص القانوني، كما اننا قد نكون أمام حالات وأمثلة تكون منافية للعدالة والمنطق الاجتماعي.

فلو فقد الأجنبي الذي اكتسب الجنسية العراقية، ومن ثم فقد أولاده لها قد يجعلهم في عداد عديمي الجنسية إذا لم يحصلوا على جنسية أبيهم لأي سبب كان^(١)، فإن المشاكل الأخرى ليست ببعيدة التحقق. فماذا لو تزوجت عراقية الجنسية من شخص أجنبي، وولدت لهما مولود، عندها يفرض عليه الجنسية العراقية وفق المادة (١/٣) من القانون النافذ، ثم سافرت هي وولدها إلى بلد زوجها الأجنبي واكتسبت جنسية بلد زوجها وتخلت عن الجنسية العراقية، ما هو موقف القانون من الولد؟ الجواب وفق رأي الباحثين هو أنه يبقى الولد عراقياً لأنه لا يفقد الجنسية العراقية تبعاً لأمه، وهذا يتعارض مع واحدة من مسلمات منح الجنسية وفقدانها بالتبعية، ألا وهي وحدة العائلة، فأين وحدة العائلة من طفل صغير عراقي في حضن أم أجنبية وكنف أب أجنبي؟؟ اليس الأصح أن يفقد الطفل جنسيته العراقية تبعاً لأمه، مع احتفاظه بحق استرداده بعد سنة من عودته إلى العراق وعند بلوغه سن الرشد، تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون^(٢).

ولكن في النهاية نجد أن التعليمات التي صدرت من أجل تسهيل تنفيذ قانون الجنسية العراقية قد حسمت هذا الجدل، إذ نصت على أنه: "يفقد أولاد المتخلى القاصرين الجنسية العراقية تبعاً لوالدهم"^(٣)، إلا أن هذا الموقف لا يخلو من النقص والشائبة، فعلى الرغم من هذا النص صريح وبمنع القضاء من الإجتهد في تفسير الحالة^(٤)، إلا أننا نرى أن في هذا النص مخالفة صريحة لمنطوق النص القانوني وكذلك انتهاك لأحكام الدستور التي تؤكد على مساواة تامة بين الرجل والمرأة في الحقوق وإزالة كل مظهر من مظاهر التمييز، لذا فإننا لا نستبعد أن أي طعن في هذه الفقرة من التعليمات قد يواجه بالحكم عليها بعدم قانونيتها وعدم دستورتيتها، كما حدث في مصر بهذا الشأن، كما هو الحال في القضايا التي كسبها أولاد الأم العراقية المتزوجة من رجال فلسطينيين، الذين لم يمنحوا الجنسية العراقية استناداً

(١) د. حسن الهداوي و د. غالب الداودي، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٢) تنص الشق الأخير من المادة (١٤/ثانياً) على أنه: ".... ويجوز لهم أن يستردوا الجنسية العراقية بناءً على طلبهم، إذا عادوا إلى العراق وأقاموا فيه سنة واحدة ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم"، وعلى الرغم من أن النص لم يشر إلى وجوب بلوغ الولد سن الرشد إلا النص أوجب تقديم الطلب منه، والمعلوم أن الطلب لا يقبل إلا من البالغ الراشد.

(٣) المادة (١١/ثانياً) من تعليمات تسهيل تنفيذ (قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦)) رقم (٣) لسنة (٢٠١٤) المنشورة بجريدة الوقائع العراقية ذي العدد (٤٣٣٤) في (٨/٩/٢٠١٤).

(٤) على الرغم من أن النص ذكر مسألة فقد الجنسية، إلا أننا يمكن قياس حالة اكتسابها بالتبعية عليها، لتوافر شروط القياس (المقيس والمقيس عليه والعلة والحكم).

للمادة (٦/ثانياً) من قانون الجنسية، إلا أن القضاء أسعفهم ومنحهم حق الحصول على الجنسية العراقية بدلالة المادة (١/٣).
أما موقف القوانين المقارنة فلها مسالك مشابهة، فنجد أن المشرع المصري قد رتب حكم الأولاد القاصرين على الأب دون الأم، فتخلّى الأب عن الجنسية المصرية يؤدي إلى فقد الأولاد القاصرين لها بشرط أن يكون لهم جنسية الأب الأجنبية منعا لوقوعهم في حالة انعدام الجنسية، كما يكون بإمكانهم استردادها خلال سنة من بلوغهم^(١)، وهو نفس موقف القانون السوري^(٢)، والقانون السعودي^(٣)، القانون السوداني^(٤)، والقانون العماني^(٥).
فيما نجد أن القانون الإماراتي لم يتطرق إلى آلية فقد الأولاد القاصرين للجنسية، إلا أنه نص على إمكانية استردادهم لها خلال سنة من بلوغهم سن الرشد^(٦).

(١) تنص المادة (١١) من قانون الجنسية المصري على أنه: "..... أما الأولاد القصر فتزول عنهم الجنسية المصرية إذا كانوا بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون في جنسيته الجديدة طبقاً لقانونها، على أنه يسوغ لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار الجنسية المصرية".

(٢) تنص المادة (١١) من قانون الجنسية السوري على أنه: "٢. يفقد الأولاد القصر الجنسية إذا كانوا يكتسبون جنسية أبيهم الجديدة بمقتضى القانون الخاص بهم. ٣. للأولاد الذين تقررت جنسيتهم بحسب الفقرة السابقة أن يختاروا جنسية أبيهم الأصلية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد إذا كانت إقامتهم العادية في القطر أو كانوا قد عادوا إليه بقصد الإقامة الدائمة فيه ويسمح لهم بذلك بقرار من الوزير".

(٣) تنص المادة (١٢) من نظام الجنسية السعودي على أنه: "..... أما الأولاد القصر فيفقدون الجنسية العربية السعودية إذا كانوا بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون في جنسيته بمقتضى القانون الخاص بهذه الجنسية الجديدة، على أن لهم الحق في استرداد الجنسية العربية السعودية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد".

(٤) تنص المادة (١٥) من قانون الجنسية السوداني على أنه: "إذا أسقطت عن الوالد المسئول عن قاصر، الجنسية السودانية بموجب أحكام المادة (١٠) فلا يفقد ذلك القاصر جنسيته السودانية إلا إذا كان أو أصبح، تبعاً لذلك، من رعايا أية دولة غير السودان بموجب قوانين تلك الدولة".

(٥) تنص المادة (٩) من قانون الجنسية العماني على أنه: "..... كما يفقدها أولاده القصر تبعاً له ويكتسبون جنسية والدهم إذا كان قانون تلك الجنسية يمنحهم إياها، على أنه يجوز لأولاده المذكورين طلب استرداد الجنسية العمانية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد إذا كانت إقامتهم العادية في عمان أو كانوا قد عادوا إليها وأقروا كتابة برغبتهم في الاستقرار فيها.....".

(٦) تنص المادة (١٨) من قانون الجنسية الإماراتي على أنه: "للقصر من أولاد من فقد الجنسية أن يستردوا بناء على طلبهم جنسية الدولة عند بلوغهم سن الرشد".

إما بخصوص المشرع المغربي، فقد اشترط لفقد الولد جنسيته تبعاً لوالده، أن يكون معه من حيث المسكن، وأن لا يكونوا متزوجين^(١). أما القانون التونسي فكان له موقف آخر، حيث إن فقد القاصر للجنسية جوازي لابد من صدور أمر به، ومن ثم فقدهم تبعاً للأب مرتبط بفقد الزوجة تبعاً للزوجة (أمهم)، فإن لم تفقد الزوجة الجنسية التونسية لم يفقدها الولد القاصر، وذلك شريطة أن يكون الولد مازال محتفظاً بجنسيته الأخرى منعاً من جعله بلا جنسية^(٢). فيما نجد أن القانون الأردني لم ينص على هذه الحالة^(٣)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون اللبناني، إذ أن فقد المتجنس بالجنسية اللبنانية لا يؤدي إلى فقد الولد القاصر له بالتبعية، كما جاء في حكم قضائي^(٤)، أما القانون اليمني فكان صريحاً في النص على أن سحب الجنسية من أي شخص لا يترتب أثراً

(١) ينص الفصل (٢١) من قانون الجنسية المغربي رقم (٢٥٠) لسنة (١٩٥٨) على أنه: "إن فقدان الجنسية المغربية في الأحوال المنصوص عليها في المقطعات (١) و(٢) و(٤) من الفصل (١٩) يمتد أثره بحكم القانون إلى أولاد المعني بالأمر القاصرين الغير المتزوجين إذا كانوا يسكنون معه فعلاً".

(٢) ينص الفصل (٣٥) من قانون الجنسية التونسي على أنه: "يمكن بأمر أن يشمل الإسقاط الأولاد المحجورين للصغر غير المتزوجين والزوجة بشرط أن يكونوا قد احتفظوا بجنسيتهم الأجنبية، إلا أنه لا يمكن أن يشمل الأولاد المحجورين للصغر إذا لم يشمل الزوجة".

(٣) على الرغم من أن المادة (١٠) من قانون الجنسية الأردني تنص على أنه: "يحتفظ الولد القاصر الذي حصل والده على جنسية أجنبية بجنسيته الأردنية"، ولكن هذا النص يدل على إحتفاظ الولد القاصر بجنسيته الأردنية إذا ما فقد والده، والقانون نفسه أجاز للأردني الحصول على جنسية ثانية، وأن مجرد التجنس بجنسية أخرى أجنبية لا يفقد الأردني جنسيتها مالم يطلب هو ذلك، وفي هذا تنص المادة (١٧/أ) من القانون نفسه على أنه: "يبقى الأردني الذي حصل على جنسية دولة أجنبية محتفظاً بجنسيته الأردنية ما لم يتخل عنها وفقاً للحكام هذا القانون"، لذا بديهي أن يحتفظ القاصر بجنسيته الأردنية كوالده.

(٤) جاء ذلك في قرار قضائي صدر من محكمة استئناف جبل لبنان رقم ٤٧ في ١١/٢/١٩٧٢ معللاً ذلك بعدم وجود نص قانوني صريح، لذا فإن مشروع القانون الجنسية اللبناني الجديد ينص في المادة ٢٢ من على: "لا أثر لفقد الجنسية الطوعي والجبري على الزوجة وأولاده"، نقلاً عن د. عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في الجنسية العربية. دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، مصدر سابق، ص ٧٠١.

بسحبها ممن يرتبطون به بالتبعية^(١)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون القطري^(٢).

وبالإرتباط بفقد الجنسية، فإن استردادها كذلك تثير إشكالية، لذا نرى أن من كانت أمه عراقية وفقدت جنسيتها بإرادتها لدخولها في جنسية زوجها الأجنبي، ثم مات زوجها واستردت جنسيتها^(٣)، لا بد أن يسمح لأولادها القاصرين من إكتساب الجنسية العراقية.

الخاتمة:

في ختام البحث توصلنا إلى الإستنتاجات والتوصيات الآتية:
أولاً: الإستنتاجات:

١. يكاد القانون المقارن يتفق على منح الجنسية الأصلية للأولاد على أساس حق الدم المنحدر من الأب كقاعدة عامة، وحق الدم المنحدر من الأم بشرط تعزيزه بحق الإقليم، إضافة إلى حالات معدودة على أساس الإقليم، إلى أن العقود الأخيرة شهدت تطوراً تشريعياً في العديد من القوانين ومنها القانون العراقي، إذا ساوت هذه التشريعات بين الجنسين، فتم فرض الجنسية الأصلية على المولود سواءً كان أبوه وطنياً أم أمه دون تفریق أو تمييز بينهما.

٢. تتفق معظم القوانين على أن الأولاد القاصرين يكسبون الجنسية الوطنية ويفقدونها تبعاً للأب دون الأم، وعلى الرغم من أن النص المنظم لهذا الموضوع في القانون العراقي لا يدل على ذلك، بل جاء بعبارة (العراقي)، إلا أن التعليمات التي تنظم هذا القانون ذهبت على نفس المسار، وهذا يعد مخالفة صريحة لنصوص الدستور العراقي، والإلتزامات العراق بعد تصديقه للمعاهدات والإتفاقيات التي تنص على عدم التمييز بين المواطنين على أساس الجنس.

(١) تنص المادة (٢١) من قانون الجنسية اليمني رقم (٦) لسنة (١٩٩٠) على أنه: "يترتب على سحب الجنسية اليمنية ممن اكتسبها زوال هذه الجنسية عن هذا الشخص وحده، إلا إذا نص السحب على زوالها أيضاً عن يكون قد اكتسبها معه بطريقة التبعية"، كما نص على عدم فقد القاصر للجنسية اليمنية إذا اكتسب أباهم جنسية أخرى إذا ما أذن له ذلك (كما نص على ذلك المشرع الأردني) إذ تنص المادة (١٢) منه على أنه: "لا يترتب على تجنس اليمني بجنسية أخرى متى أذن له ذلك،.....، أما الأولاد القصر، فلا يفقدون الجنسية اليمنية إذا كانوا يدخلون في جنسية أباهم الجديدة بطريق التبعية".

(٢) تنص المادة (١٣) من قانون الجنسية القطري على أنه: "يترتب على إسقاط الجنسية أو سحبها زوالها عن صاحبها وحده، إلا إذا نص قرار الإسقاط أو السحب على غير ذلك".

(٣) تنص المادة (١٣/ثانياً) من قانون الجنسية العراقي على أنه: "إذا توفي عنها زوجها أو طلقها أو فسخ عقد الزواج، ترجع إليها الجنسية من تاريخ تقديمها طلباً بذلك، على أن تكون موجودة في العراق عند تقديمها الطلب".

٣. إن القوانين المقارنة يسمح للقاصر الذي يكتسب الجنسية الوطنية تبعاً للأب أن يطلب التخلي عنها خلال سنة من بلوغه سن الرشد، إلا أن القانون العراقي لم ينص على ذلك.

٤. إذا لم يسمح للأولاد القاصرين من اكتساب الجنسية العراقية تبعاً للأم، فإن المرأة العراقية التي تخلت عن جنسيتها، لزواجها من أجنبي وحصولها على جنسية زوجها الأجنبي، ثم ماتت أو انفصلت عن زوجها، ثم استردت بناءً على ذلك جنسيتها العراقية، فلا يمكن لأولادها القاصرين اكتساب الجنسية العراقية، وهذا يضر بالأولاد، خصوصاً في حالة وفاة والدهم، مما يستوجب أن يراعى حالتهم في القانون.

التوصيات:

١. (أ) من أجل أن يكتسب الولد القاصر الجنسية العراقية تبعاً للأم، نقتراح إضافة هذه العبارة إلى المادة (١٤/أولاد): "إذا اكتسب غير العراقي ذكراً كان أم أنثى الجنسية العراقية....".
- (ب) من أجل أن يسمح للقاصر من التخلي عن الجنسية العراقية التي اكتسبها دون إرادته، نقتراح إضافة هذه العبارة إلى المادة (١٤/أولاد): "ويحق لهم خلال سنة من بلوغهم سن الرشد التخلي عنها..".
- فيكون النص المقترح للمادة (١٤/أولاد) كالتالي: "إذا اكتسب غير العراقي ذكراً كان أم أنثى الجنسية العراقية، يصبح أولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط أن يكونوا مقيمين معه في العراق، ويحق لهم خلال سنة من بلوغهم سن الرشد التخلي عنها، فتزول عنهم الجنسية العراقية من تاريخ الطلب..".
٢. (أ) من أجل أن يفقد القاصر الجنسية العراقية تبعاً للأب نقتراح النص الآتي: "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية، يفقدها الأولاد غير البالغين سن الرشد، تبعاً للأب إذا كانت أمهم أجنبية.....".
- (ب) من أجل أن يفقد القاصر الجنسية العراقية تبعاً للأم إذا كان الأب أجنبياً، نقتراح إضافة هذه العبارة إلى المادة (١٤/ثانياً): "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية، يفقدها الأولاد غير البالغين سن الرشد، تبعاً للأم إذا كان الأب أجنبياً.....".
- (ج) من أجل عدم وقوع القاصر في حالة اللانجسية، نقتراح إضافة هذه العبارة إلى المادة (١٤/ثانياً): "إذا لم يكتسبوا جنسية أجنبية.....".
- فيكون النص المقترح كالتالي: "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية، يفقدها الأولاد غير البالغين سن الرشد، تبعاً للأب إذا كانت أمهم أجنبية، وتبعاً للأم إذا كان الأب أجنبياً، إذا لم يكتسبوا جنسية أجنبية، ويجوز لهم أن يستردوا الجنسية العراقية بناءً على طلبهم، إذا عادوا إلى العراق وأقاموا فيه سنة واحدة. ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم.
٣. إلغاء المادة (١١/ثانياً) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون الجنسية العراقي رقم (٣) لسنة (٢٠١٤).
٤. من أجل لم شمل الأم بأولادها، عندما تسترد جنسيتها طبقاً للمادة (١٣/ثانياً) في حالة وفاة زوج العراقية، نقتراح إضافة فقرة جديدة

للمادة (١٤) من القانون النافذ بحيث يسمح لأولادها القاصرين من اكتساب الجنسية العراقية تبعاً لها بشرط أن يكونوا معها في العراق، وعلى النحو الآتي: " ثالثاً: لمن تسترد جنسيتها بسبب وفاة زوجها الأجنبي طبقاً للفقرة ثانياً من المادة (١٣)، لأولادها القاصرين أن يكتسبوا الجنسية العراقية، إذا كانوا في العراق مع أمهم."

المصادر:

القرآن الكريم.

أولاً: الكتب القانونية:

١. د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢. د. أحمد علي و د. محمد عبيد و د. محمد عباس، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
٣. د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي)، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
٤. د. حفيظ السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة في الجنسية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٢.
٥. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
٦. سناريا محمد نهاد مصطفى، الجديد والقديم في قانون الجنسية العراقية، مطبعة الند، السليمانية، ٢٠٠٩.
٧. سهيل حسن الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ٢٠٠٢.
٨. د. ظاهر مجيد قادر وآخرون، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول/الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، ط١، مكتب التفسير للطبع والنشر، أربيل، ٢٠١٩.
٩. د. عباس العبودي، شرح أحكام الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والمواطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
١٠. د. عبدالرسول عبدالرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
١١. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن والمركز القانوني للأجانب، القاهرة، ١٩٧٦.
١٢. د. عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية - دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
١٣. د. عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.

١٤. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة، ط ٢، بدون دار ومكان النشر، ١٩٩٤.
١٥. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية في القانون العراقي، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
١٦. د. فاروق عبدالله كريم، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) وتعديلاته، مكتبة يادكار، ٢٠٢٠.
١٧. د. محمد جلال حسن الأتروشي، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، ط ١، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨.
١٨. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، دون دار وكان وسنة النشر.
١٩. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٠. د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢١. د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥.
٢٢. ياسين السيد طاهر الياسري، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، ط ٤، القاهرة، ٢٠١١.
- ثانياً: الرسائل الجامعية:
٢٣. بن حميد نور الهدى، أثر جنسية الأم على جنسية الأبناء، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة العربي بن مهدي، ٢٠١٧/٢٠١٦.
٢٤. فطيمة بن سعيد، الألفاظ الواردة بالتذكير والتأنيث في القرآن الكريم - دراسة وصفية تحليلية، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في اللغة العربية، مقدمة إلى كلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- ثالثاً: البحوث القانونية:
٢٥. د. إيمان ناجي العزاوي، حق الأم في منح الجنسية لأولادها في القانون العراقي والمقارن، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة (٦) المجلد (٢) العدد (١) سنة (٢٠٢١).
٢٦. د. حسن الياسري، دور الأم في نقل الجنسية إلى الأولاد في التشريعات العربية والعراقية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد الثاني عشر.
٢٧. د. خير الدين كاظم الأمين و كاظم فخرى علي، الجنسية المكتسبة عن طريق الأم - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثانية عشر، ٢٠٢٠.
٢٨. د. رعد مقداد محمود، فقد الجنسية، بحث منشور في مجلة رافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد (٤٦) لسنة (٢٠١٠).

٢٩. د.علي حمادي وآخرون، طرق إكتساب الجنسية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة المحقق الطي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثامنة/ ٢٠١٦.
رابعاً : القوانين:

٣٠. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
٣١. قانون الجنسية العثماني .
٣٢. قانون الجنسية العراقي رقم (٤٢) لسنة (١٩٢٤) الملغى.
٣٣. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة (٢٠٠٥).
٣٤. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة (١٩٥٣) المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة (٢٠١٩).
٣٥. قانون الجنسية المغربي رقم (٢٥٠) لسنة (١٩٥٨).
٣٦. قانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة (١٩٥٩).
٣٧. قانون الجنسية العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٦٣) الملغى.
٣٨. قانون الجنسية التونسي رقم (٦) لسنة (١٩٦٣) المعدل بالقانون رقم (٥٥) لسنة (٢٠١٠).
٣٩. قانون الجنسية البحريني رقم (٨) لسنة (١٩٦٣) المعدل.
٤٠. قانون الجنسية السوري رقم (٢٧٦) لسنة (١٩٦٩) الملغى .
٤١. قانون الجنسية الجزائري رقم (٧٠/٨٦) المعدل بالقانون رقم (١/٠٥) .
٤٢. قانون الجنسية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٧) لسنة (١٩٧٢) المعدل في (١٩٧٥) .
٤٣. قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥) المعدل بالقانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤).
٤٤. قانون الجنسية الإيطالي رقم (١٢٣) لسنة (١٩٨٣).
٤٥. القانون رقم (٦٦) في (١٩٨٦/٦/٢٨) بشأن إنضمام العراق لإتفاقية سيداو.
٤٦. قانون الجنسية اليمني رقم (٦) لسنة (١٩٩٠).
٤٧. قانون الجنسية السوداني لسنة (١٩٩٤).
٤٨. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩).
٤٩. تعليمات تسهيل تنفيذ (قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٦)) رقم (٣) لسنة (٢٠١٤).

خامساً : تقارير:

٥٠. إدارة البحوث والدراسات في وزارة الداخلية الكويتي، الجنسية الكويتية مقارنة بقوانين الجنسيات الأخرى، ١٩٨٨.

سادساً : المواقع الإلكترونية

51. https://www.cc.gov.eg/legislation_single?id=

52. Iraqfsc.iq/searchkrar./php.



شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

"دراسة قانونية في معالجة شروطها التعسفية"

أستاذ القانون الخاص الدكتور محمد حنون جعفر جامعة السليمانية
الأستاذ المساعد ثاريز محمد صديق عثمان جامعة السليمانية

المقدمة

أولاً: ماهية موضوع البحث

لقد أدى سهولة استعمال شبكة الإنترنت، وكثرة استعمال هذه الوسيلة، بالنسبة إلى الكثيرين، إلى ظهور النشاط التجاري الإلكتروني، وهو نشاط لا يختلف عن النشاط التجاري العادي أو التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستعملة في مباشرته، وهي الوسيلة الإلكترونية، لذلك فقد أفتتح عدد كبير من التجار محلات تجارية إلكترونية، يعرضون فيها بضائعهم المختلفة بقصد بيعها وتحقيق الربح. ومع أن هذه المحلات التجارية لا وجود لها في الواقع، لأنها محلات افتراضية أو غير مادية، إلا أنها محلات تجارية حالها حال المحلات التجارية التقليدية من حيث أنها تهدف إلى تحقيق الربح، ومن حيث أنها تتضمن جميع عناصر المحل التجاري التقليدي.

والمتصفح في المحلات التجارية الإلكترونية، يجدها أنها أشرتطت للتعامل معها، ضرورة موافقة المستخدم على الشروط والأحكام المقررة من قبلها، بحيث لا يمكن الشراء منها إلا بعد الموافقة المسبقة للمشتري لهذه الشروط والأحكام.

ولما كانت هذه الشروط والأحكام موضوعة من قبل المحل التجاري الإلكتروني، ولا يستطيع المتعامل معها، في الأصل، مناقشتها أو تعديلها، ولما كان من الممكن أن تنطوي على بعض الشروط التعسفية؛ لذلك فإن كيفية معالجة الشروط التعسفية الواردة فيها تمثل موضوع بحثنا الرئيسي.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تتجسد أهمية موضوع البحث بما يأتي:

1. من الناحية العلمية: إذ يمتاز موضوع البحث بالجدة والحدائثة النسبية، فالبحث في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني هو من الموضوعات المستجدة، وهو ما تؤكد من خلال ندرة البحوث والدراسات التي تناولت

بالبحث القانوني موضوع شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، لذلك نأمل أن يكون بحثنا هذا فاتحة لبحوث أخرى تتناول الموضوع بشكل أكثر تفصيلاً.

٢. من الناحية العملية: فالواقع العملي يشير إلى تزايد ظهور المحلات التجارية الإلكترونية، وهي تمثل تجربة جديدة بالنسبة لكثيرين، مما استدعى تسليط الضوء على إحدى جوانب هذا التعامل التجاري الحديث، وذلك من خلال بحث الشروط التعسفية التي ترد في شروط وأحكام المحل الإلكتروني.

ثالثاً: مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث بمحاولة العثور على أجابة وافية على التساؤلين التاليين:

١. هل تخضع معالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني لما هو مقرر في القواعد العامة بالنسبة للشروط التعسفية لعقد الإذعان؟

٢. أم أن نظام عقد الإذعان يختلف عن نظام شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، مما يستدعي إيجاد معالجات جديدة تقوم على أساس قواعد قانونية خاصة؟

رابعاً: صعوبات البحث

تتمثل الصعوبات التي واجهتنا في كتابة بحثنا هذا بالآتي:

١. ندرة ما كتب حول بعض جوانب البحث، خصوصاً ما تعلق بالشروط والأحكام وبالمحل التجاري الإلكتروني، وهو ما إلزمتنا الأستعانة ببعض المقالات الأجنبية المنشورة على شبكة الإنترنت بخصوص الشروط والأحكام، وإلى الأستعانة بالقواعد العامة المقررة للمحل التجاري التقليدي وتطبيقها على المحل التجاري الإلكتروني.

٢. غياب المعالجة التشريعية في القانون العراقي لموضوع الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في العقود المعدة مسبقاً، كشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، إذ لم يشر قانون حماية المستهلك العراقي النافذ رقم (١) لسنة ٢٠١٠ لمثل هذه الشروط ولا لكيفية معالجتها، وهو ما أستلزم الأستعانة بالقوانين المقارنة ومحاولة الأستفاد من المعالجات القانونية الواردة فيها بهذا الخصوص.

خامساً: منهجية البحث

يستلزم موضوع بحثنا والأشكالات التي يثيرها، ضرورة تبني المناهج البحثية التالية:

١- المنهج التحليلي: بتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع بحثنا، وبيان مضامينها وشروط تطبيق أحكامها.

٢- **المنهج المقارن:** بيان مواقف القوانين المقارنة التي تضمنت معالجات للشروط التعسفية للعقود المعدة مسبقاً، كشرط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، ومحاولة تطبيقها على الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني. وتحديدًا فيما يتعلق بموقف قوانين الأستهلاك الفرنسية كقانون سنة ١٩٨٧ وقانون سنة ١٩٩٣، والقواعد الخاصة المقررة في القانون الألماني كقانون سنة ١٩٧٦، مع الإشارة إلى مواقف بعض القوانين العربية كقانون حماية المستهلك اللبناني لسنة ٢٠٠٥، وبيان موقف المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ. مع بيان الآراء الفقهية المختلفة في الموضوعات التي أثار خلاف فقهي حولها. وكذلك اتجاه القضاء العراقي والمصري والأجنبي في الموضوعات التي بحاجة إلى بيان.

سادساً: خطة البحث: سنقسم بحثنا هذا إلى ثلاثة مطالب، وذلك كالآتي:

المطلب الأول: ماهية الشروط والأحكام والمحل التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: ماهية شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

الفرع الثاني: ماهية المحل التجاري الإلكتروني

المطلب الثاني: الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

الفرع الثاني: تحديد الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

المطلب الثالث: معالجة الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل الإلكتروني

الفرع الأول: معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية العامة

الفرع الأول: معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة

المطلب الأول

ماهية الشروط والأحكام والمحل التجاري الإلكتروني

رغم أوجه الشبه ما بين شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني مع بقية العقود التي يتم إعدادها بشكل مسبق من قبل أحد الأطراف، والتي تعرف بالعقود النموذجية، إلا أن الشروط والأحكام تمثل إحدى الأنماط الحديثة لمثل تلك العقود، والتي لها مفهوم وخصائص تميزها عنها. كما أنها ترتبط كذلك بصورة حديثة من صور التعامل التجاري، وهو الذي يتعلق بالمحل التجاري الإلكتروني، الذي يختلف عن المفهوم التقليدي للمحل التجاري المعروف في قانون التجارة. لذلك سنبحث في هذا المطلب، كل من ماهية

شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وذلك في فرع أول، وماهية المحل التجاري الإلكتروني، وذلك في فرع ثان، وكما يأتي:

الفرع الأول

ماهية شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة فقرات، نبحث في الأولى تعريف شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وفي الثانية أنواع شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وفي الثالثة تمييز شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني من سياسة الخصوصية، وكما يأتي:

أولاً: تعريف شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني معنيين، المعنى الأول هو المعنى الواسع، ويطلق عليها تسمية "اتفاقية المستخدم"، والتي تعرف بأنها "اتفاقية مبرمة بين المالك أو المسؤول أو مزود خدمة قائمة على الويب أو تطبيق الهاتف المحمول وبين مستخدم هذه الخدمة، والتي تحدد حقوق ومسؤوليات كلا الطرفين. وهي تشمل كل من سياسة الخصوصية وشروط وأحكام موقع الويب"⁽¹⁾. والمعنى الثاني، هو المعنى الضيق، وهو الذي يتعلق بموضوع بحثنا، ويقصد بها: "الاتفاقية التي يتم عقدها لتنظيم العلاقة بين المحل الإلكتروني والمستخدمين، والتي توضح الحقوق والالتزامات لكل منهما، وكيفية استخدام المحل والاستفادة منه"⁽²⁾. وتعد هذه الشروط والأحكام جزءاً لا يتجزأ من نظام المحال الإلكترونية؛ لما لها من أهمية كبيرة تتمثل في ضمان حقوق كل من الأطراف في العملية التجارية.

(1) مقالة بعنوان "What Are the Terms and Conditions and When Are They Needed?"

متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.iubenda.com/en/help/2859-terms-and-conditions-when-are-they-needed>

تاريخ آخر زيارة // ٢٠٢٢/٥/١٠

(2) مقالة بعنوان: "الماتجر الإلكترونية"، متاحة على موقع مكتب محمد بن عفيف للمحاماة الإلكتروني التالي:

<https://www.afiflaw.com/%D8%AE%D8%AF%D9%85%D8%A7%D8%AA%D9%86%D8%A7%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D8%A7%D8%AC%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9>

تاريخ آخر زيارة // ٢٠٢٢/٥/٥

فالشروط والأحكام هي إذن اتفاقية تعاقدية لتنظيم العلاقة بين المحل الإلكتروني والمستخدمين، حيث توضح حقوق والتزامات أطراف هذه العلاقة التعاقدية، وتنظم كل ما يخص الوصول والدخول إلى المحل وطرق استخدامه، وأن أي خرق أو إخلال لما ورد فيها من شروط، يعد خرقاً للاتفاق ما بين الطرفين⁽¹⁾.

رغم ذلك، فإن شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، هي مجرد اتفاقية تنظيمية للعلاقة ما بين المتعامل مع المحل الإلكتروني وبين هذا المحل، حيث تشمل تنظيم جميع الجوانب التفصيلية للعقد المزمع إبرامه ما بين الطرفين فيما بعد. أي أن الشروط والأحكام لا يترتب على الاتفاق عليها ما بين المحل والمتعامل معه انعقاد عقد البيع، وإنما مجرد الاتفاق على الأحكام التي ستطبق فيما إذا تم إبرام هذا العقد فيما بعد.

وتمتاز شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، في كونها ذات طبيعة إلكترونية، بمعنى أن الموافقة عليها من قبل المستخدم يؤدي إلى إبرام عقد إلكتروني، لذلك يطبق عليها الأحكام الخاصة بالتعاقد الإلكتروني، ومنها تلك المنصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية النافذ رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

ثانياً: أنواع شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

تكون شروط وأحكام المحال التجارية الإلكترونية، بحسب طريقة أعلام المستخدمين لها، على نوعين:

١. شروط وأحكام تراخيص المتصفح (أتفاقيات Browser wrap)

(١) وتتكون هذه الشروط من بنود مختلفة تختلف بحسب طبيعة ونشاط كل محل ومن أهم بنودها الآتي: مقدمة عن هذه الشروط، وصف الخدمة المعروضة في المحل، كيفية الوصول إلى المحل والتجهيزات اللازمة للوصول، الموافقة والعضوية، وشروط تسجيل حساب، والاستخدامات المشروعة والمحظورة أثناء استخدام المحل، والضمانات والالتزامات، وإخلاء المسؤولية، التعويض، وحقوق الملكية الفكرية وتشمل حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية، والدعاية والنشرات الإلكترونية، الروابط الخارجية للأطراف الأخرى، القوة القاهرة، والتعديلات والتغييرات على هذه الشروط، ومدة وطريقة إنهاء الاستخدام، وبنود متعددة تشمل الاتفاق الكامل، والأمان، والقابلية، والسرية، والتنازل، ومعلومات التواصل. يُنظر: مكتب محمد بن عفيف، المرجع السابق.

كما تتضمن بيان تسوية المنازعات عبر الإنترنت (ODR) الذي يشرح عملية تسوية المنازعات الإلزامية عبر الإنترنت. يُنظر الموقع الإلكتروني السابق ذكره:

<https://www.iubenda.com/en/help/2859-terms-and-conditions-when-are-they-needed>

يشير مصطلح Browse Wrap في القواعد المنظمة للانترنت إلى عقد أو اتفاق ترخيص الوصول أو استخدام المواد على موقع الويب أو منتج قابل للتنزيل Down Load Able وعادة ما يكون ذلك على شكل ارتباط تشعبي أسفل النافذة⁽¹⁾.

ولا تظهر الشروط والأحكام في هذا النوع على الصفحة أو داخل إطار منفصل، وإنما يتعين الضغط على زر الرابط التشعبي Hyper Link حيث ينتقل المستخدم لمكان أو موقع آخر، وقد يقوم المستخدم بالمشي قدماً دون الاطلاع على الشروط، ومن ثم لا يكون هناك أي مظهر إيجابي للموافقة على الشروط والأحكام⁽²⁾.

ويستخدم هذا النوع من الشروط والأحكام لإعلام المستخدمين بها، عبارات معينة، مثل "من خلال الاستمرار في استخدام هذا الموقع فإنك توافق على شروط استخدام هذا الموقع". وقد يتم في بعض الأحيان توفير ارتباط تشعبي لنقل المستخدم إلى الشروط والأحكام، لذلك فهي لا تتطلب من المستخدمين قراءة أو قبول شروط الاستخدام كشرط مسبق لاستخدام الخدمات التي تتعلق بها؛ لذلك غالباً ما تكون للمحاكم مواقف سلبية من هذا النوع من الشروط والأحكام⁽³⁾.

٢. شروط وأحكام النقر (اتفاقيات Click wrap)

اتفاقيات النقر هو " نوع من العقود الإلكترونية، يمنح بمقتضاها المستخدم خيار القبول أو الرفض للشروط والأحكام لاستكمال طلب الشراء

(١) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، عقود الإذعان في القانون الأمريكي، تطبيق على الصور الحديثة للتعاقد (اتفاقيات النقر وتراخيص التصفح وعقود الحزم المغلقة)، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٢٢، ص ٥٨. وهذا النوع من الشروط والأحكام هو الذي تستخدمه غالبية المحال التجارية الإلكترونية. يُنظر: موقع (أورزدي) التجاري على الموقع الإلكتروني التالي:

(٢) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ٥٨.

"How to Write a User Agreement: Everything You Need

(٣) مقالة بعنوان:

to Know"

متاحة على الإلكتروني التالي:

<https://www.upcounsel.com/how-to-write-a-user-agreement>

تاريخ آخر زيارة // ٢٠٢٣/٥/٤

أو الحصول على الخدمة، ويستخدم هذا الاتفاق على المواقع التي تسمح للمستخدمين بتحميل البرامج أو شراء السلع وطلب الخدمات عبر الإنترنت^(١).

وتظهر الشروط والأحكام في هذا النوع كصفحة مستقلة عندما يختار المستخدم القيام بعملية تسجيل عبر الإنترنت كإنشاء حساب إلكتروني، أو عملية تسجيل الدخول المصرفي، أو الشراء عبر الإنترنت أو تثبيت برنامج جديد^(٢). ويقوم المستخدم بالمرور على الجزء الموجود أسفل الاتفاق الموجود على الشاشة، وإذا نقر على زر أو أيقونة "موافق"، دل ذلك على قبوله للشروط والأحكام اللازمة للقيام بالنشاط المطلوب كعملية الشراء أو طلب الخدمة أو تفعيل برنامج معين^(٣).

ويمتاز هذا النوع من الشروط والأحكام بأنه يوفر للمستخدمين الفرصة لقراءة الشروط وقبولها أو رفضها، فلا يمكنهم المضي قدماً إلا بالنقر بما يفيد القبول، أي أن المستخدمين ملزمين باتخاذ إجراءات إيجابية معينة كإقرار بموافقتهم، إذ عادةً ما تتطلب هذه الاتفاقيات من المستخدم النقر فوق خانة اختيار تقبل شروط الاستخدام، وقد تتطلب البعض منها التمرير خلال الشروط والأحكام بأكملها قبل أن يتمكن المستخدم من النقر فوق خانة الاختيار^(٤).

ومن الناحية القانونية، تعد شروط وأحكام النقر أقوى بكثير من شروط وأحكام تراخيص المتصفح، ومع ذلك لا تزال بعض الشركات تفضل شروط وأحكام تراخيص المتصفح؛ نظراً لأن هذه الاتفاقيات أقل احتمالاً نسبياً في جعل العملاء يغادرون موقع الويب^(٥).

ثالثاً: تمييز الشروط والأحكام عن سياسة الخصوصية

تعتبر سياسة الخصوصية من السياسات الضرورية جداً والتي لا يمكن الاستغناء عنها بالنسبة للمحل التجاري الإلكتروني، حيث أن المستخدمين يقوموا بإدخال بياناتهم الشخصية بالكامل وبيانات أخرى تتعلق بحساباتهم البنكية أو بطاقتهم الائتمانية، وتكمن أهمية سياسة الخصوصية في حماية خصوصية المستخدمين المتمثلة في بياناتهم الشخصية، ونوع البيانات

(١) د. مصطفى عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٥٦. وغالباً ما يستخدم هذا النوع من الشروط والأحكام في المحال التجارية التي تباع البرامج والمنتجات الرقمية.

(٢) د. مصطفى عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٣) د. مصطفى عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٥٦-٥٧.

(٤) يُنظر الموقع الإلكتروني السابق:

<https://www.upcounsel.com/how-to-write-a-user-agreement>

(٥) يُنظر: الموقع الإلكتروني نفسه.

والمعلومات التي تقوم المحال الإلكترونية بتخزينها أو الحصول عليها، وكيف يتم استخدام تلك المعلومات من قبل المحل^(١).

وكذلك يتم فيها توضيح ما إذا كانت هناك جهات أخرى تطلع على تلك المعلومات، بجانب أن هذه السياسة توضح ما إذا كانت تلك البيانات يتم الاحتفاظ بها فقط أو بيعها أو تأجيرها لشركات التسويق أو شركات تحليل البيانات أو عدم بيعها مطلقاً، ولهذا فإن سياسة الخصوصية أصبحت شرط أساسي بالنسبة لأي موقع يتعامل مع إعداد كبيرة من العملاء ويتطلب بياناتهم بسبب البيع والشراء^(٢).

وفيما يتعلق بالتمييز بين شروط وإحكام المحل الإلكتروني وبين سياسة الخصوصية، فرغم أن كل منهما اتفاقيات ملزمة قانوناً، إلا أن سياسات الخصوصية مطلوبة قانوناً بموجب تشريعات معظم البلدان، لكونها تحمي المستخدمين وتبلغهم وتعلن امتثال صاحب المحل التجاري لقوانين الخصوصية المعمول بها بطريقة ملزمة قانوناً، فهي تهدف عمومًا إلى حماية المستخدم^(٣).

أما الشروط والأحكام فهي تهدف إلى حماية صاحب المحل الإلكتروني؛ لأنها تمنح أصحاب الأعمال الفرصة لوضع القواعد التي تنظم كيفية استخدام خدمتهم أو منتجهم والتي تنظم العلاقة التعاقدية مع المستخدمين، ورغم أن الشروط والأحكام، بشكل عام، ليست مطلوبة قانوناً (مثل سياسة الخصوصية)، إلا أنها ضرورية لحماية مصالح صاحب المحل الإلكتروني بصفته صاحب عمل^(٤).

“Privacy Policy Terms of Use: Everything You Need to

(١) مقالة بعنوان:

Know”

متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.upcounsel.com/privacy-policy-terms-of-use>

تاريخ آخر زيارة // ٢٠٢٣/٥/٤

(٢) يُنظر: الموقع الإلكتروني نفسه.

(٣) يُنظر: الموقع الإلكتروني نفسه.

(٤) مقالة بعنوان: “What Are

the Terms and Conditions and When Are They Needed?”

الفرع الثاني

ماهية المحل التجاري الإلكتروني

سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة فقرات، نبحث في الأولى تعريف المحل التجاري الإلكتروني، وفي الثانية تمييز المحل التجاري الإلكتروني من المحل التجاري التقليدي، وفي الثالثة عناصر المحل التجاري الإلكتروني، وكما يأتي:

أولاً: تعريف المحل التجاري الإلكتروني

يُعرف المحل التجاري بوجه عام، بأنه: " مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تألفت معاً ورتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء"^(١). ولم يتعرض قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ لفكرة المحل التجاري، إذ تجاهل تعريفه أو بيان عناصره^(٢)، أما قانون التجارة السابق رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠، فقد نظم أحكام المحل التجاري الذي أسماه ب (المتجر)، وذلك في الفصل السادس منه، وعرفه بأنه: " مجموعة من الاموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة"^(٣).

أما بالنسبة للمحل التجاري الإلكتروني، فإنه لا يوجد تعريف تشريعي له في القانون العراقي أو في القانون المقارن، وهو ما دفع الفقه إلى تعريفه

متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.iubenda.com/en/help/2859-terms-and-conditions-when-are-they-needed>

تاريخ آخر زيارة // ٢٠٢٣/٥/٣

(١) د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣.

(٢) وكل ما ورد فيه بصدد المحل التجاري، هو ما جاء في المادتين (٢٤) - (٣٣) منه، وقد جاء في الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٤) على أنه: "لا يجوز التصرف في الإسم التجاري مستقلاً عن المحل التجاري، إلا أن لمن تنتقل اليه ملكية محل تجاري ان يستعمل اسم سلفه إذا أذن له المتنازل أو من آلت اليه حقوقه في ذلك، على أن يضاف الى الأسم بيان يدل على انتقال الملكية ويقيّد في السجل التجاري". كما نصت الفقرة (أولاً) من المادة (٣٣) على أنه: "على كل تاجر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ افتتاح محله التجاري أو من تاريخ تملكه محلاً تجارياً أن يقدم طلباً للقيّد في السجل التجاري يتضمن المعلومات الآتية: ... د- تاريخ افتتاح المحل التجاري أو تاريخ تملكه ...".

(٣) يُنظر: نص الفقرة (١) من المادة (٦٦) من قانون التجارة الملغي. كما عرف المشرع المصري المحل أو المتجر في المادة (٣٤) من قانون التجارة النافذ رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بأنه: "مجموعة من الاموال المنقولة التي تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية".

أنطلاقاً من التعريف التشريعي للمحل التجاري التقليدي الذي كان وارداً في قانون التجارة الملغي.

لذلك فقد عرف البعض^(١) المحل التجاري الإلكتروني بأنه "مجموعة من العناصر التي تتميز بقدرتها على جذب الزبائن للخدمات التجارية التي يقدمها عبر مواقع الإنترنت ويشترط فيه أن يكون مشتملاً على عناصر المحل التجاري التقليدي لاسيما عنصر الاتصال بالعملاء وهو المكافئ للمحل التجاري التقليدي".

وبدورنا نعرف المحل التجاري الإلكتروني أنطلاقاً من المحل التجاري التقليدي الذي يمثل الأساس له، مع إضافة الخصيصة الرئيسية التي تميزه عن المحل التقليدي، وهو ظهوره في العالم الافتراضي دون المادي، بحيث يكون المحل التجاري الإلكتروني، هو: "مجموعة من الاموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة عبر شبكة الإنترنت"^(٢).

ثانياً: تمييز المحل التجاري الإلكتروني عن المحل التجاري التقليدي

لا يختلف المحل التجاري الإلكتروني عن المحل التجاري بمفهومه التقليدي من حيث الهدف الذي يسعى اليه التاجر إلا وهو ممارسة العمل التجاري، فالتاجر في كل المحليين يقوم بعرض منتجاته وخدماته على الجمهور بغرض المتاجرة وتحقيق الربح^(٣). كما أن المحل التجاري الإلكتروني يشتمل على جميع العناصر التي يشتمل عليها المحل التجاري التقليدي، سواء العناصر المعنوية كعنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأسم التجاري والعنوان التجاري وغيرها، أو العناصر المادية منها كاللبضائع والمهمات وغيرها^(٤).

ألا أن ما يميز المحل التجاري الإلكتروني من المحل التجاري التقليدي، هو أن تحديد مقر المحل التجاري الإلكتروني يتم بطريقة معنوية في الفضاء

(١) محمد مجيد كريم الابراهيم، أشكالية حماية الاسم التجاري للمحلات التجارية عبر الإنترنت في القانون العراقي، مجلة جامعة ذي قار، م ١٣، ع ٣، ٢٠١٨، ص ٥٤.

(٢) هذا وقد أطلق على المحل التجاري الإلكتروني تسميات متعددة تصب في مفهوم واحد ك(المتجر الإلكتروني أو الافتراضي، والموقع، والقاعدة التجارية الافتراضية، والفضاء التجاري الإلكتروني). يُنظر: الزهراء نواصرية، الحماية القانونية للمتجر الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، م ٣٣، ع ١، جون ٢٠٢٢، ص ١٢٧.

(٣) نبأ ابراهيم فرحان، أسباب التكييف القانوني للمحل التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، م ٩، ع ٣٣، ٢٠٢٠، ص ٥٥.

(٤) للمزيد من التفاصيل حول عناصر المحل التجاري التقليدي. يُنظر: د. كامران صالح، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دؤاسة مقارنة، ط ١، مكتبة دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان الأردن، ١٩٩٨، ص ٤٣ وما بعدها.

المعلوماتي، بدلاً من تحديده تحديداً مادياً يتجسد في عقار أو بجزء من العقار، كما هو الحال بالنسبة للمحل التجاري التقليدي^(١).

فالمحل التجاري الإلكتروني في حقيقته لا يختلف عن المحل التجاري التقليدي، إلا من حيث كون الأول ذا طبيعة مادية ملموسة في الواقع، بينما الثاني ذا طبيعة افتراضية أو غير مادية، نظراً لاستخدامه الشبكة الدولية للمعلومات الإنترنت في نشاطه التجاري.

هذا مع الإشارة إلى أن الموقع التجاري الإلكتروني الذي يكون تابعاً للمحل التجاري التقليدي لا يعد محلاً تجارياً إلكترونياً؛ لأنه في هذه الحالة سيكون موقع تابع للمحل التجاري التقليدي، وبالتالي سيكون الموقع الإلكتروني عنصراً من عناصر ذلك المحل وليس هو المحل بذاته^(٢).

ثالثاً: عناصر المحل التجاري الإلكتروني

يتضح من خلال ما أوردناه من تعريف للمحل التجاري الإلكتروني بأن عناصره هي نفس عناصر المحل التجاري التقليدي، إلا أنه بالنظر إلى الطبيعة الافتراضية للمحل الإلكتروني، فإنه يمتاز عن المحل التقليدي بوجوده في الفضاء الافتراضي غير المادي، وهو ما يظهر بشكل واضح فيما أوردته المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية^(٣) في المادة الثامنة منه، التي حددت شروط ممارسة التجارة الإلكترونية بقولها: "يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية والحرفية حسب الحالة. ولنشر موقع الكتروني أو صفحة الكترونية على الانترنت مستضاف في الجزائر امتداد "com.dz" ...".

فلكي يكون المحل إلكترونياً، يجب أن يكون له موقع أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، وهو ما يستلزم أن يكون له اسم نطاق إلكتروني خاص به.

وفي هذا الصدد فقد عرف المشرع الجزائري في المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية اسم النطاق، بأنه: "عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق. وتسمح

(١) ويضيف البعض نقطة أخرى للتمييز ما بين المحليين، تتمثل في عالمية المحل التجاري الإلكتروني، باعتبار رواد الإنترنت هم من جميع أنحاء العالم، بينما غالبية المحال التقليدية هي محلية في نطاق الدولة أو المدينة. يُنظر في ذلك: سعدون نذير وبطيمي حسين، مقومات المحل التجاري الإلكتروني طبقاً للتشريع التجاري الجزائري-القانون ٠٥/١٨ المتضمن قانون التجارة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، م ١٤، ع ١، ٢٠٢١ ص ١١٤١.

(٢) سامح صبري جاسم، حماية الأسماء التجارية للمتاجر الإلكترونية في القانون العراقي، مجلة جامعة أورك للبحوث العملية، م ٤، ع ٣، ٢٠٢١، ص ١٦١؛ يُنظر أيضاً: الزهراء نواصيرية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٣) وهو قانون رقم ١٨-٠٥ المؤرخ في ٢٤ شعبان عام ١٥٣٩ الموافق ١٠ مايو ٢٠١٨.

بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني". فعن طريق أسم النطاق، يمكن معرفة موقع المحل الإلكتروني والولوج إليه والقيام بالنشاط التجاري^(١).

ويتكون أسم نطاق المحل الإلكتروني من ثلاثة مقاطع، هي: مقطع ثابت عالمي ويحدد طبيعة الجهة التي يتم الاتصال بها <http://www>، ومقطع متغير يتناول العلامة التجارية أو الاسم المختار للمحل الإلكتروني، ومقطع يحدد نشاط الموقع أو مداه الجغرافي "com,net,org,fr,dz".^(٢)

لذلك فإن أسم النطاق هو العنصر الرئيسي للمحل التجاري الإلكتروني، وهو الذي يتيح له التواجد في العالم الافتراضي على شبكة الإنترنت، وممارسة نشاطه التجاري من خلاله.

المطلب الثاني

الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

تمتاز شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بأنها معدة مسبقاً من قبل المحل الإلكتروني، وأنها تهدف إلى تنظيم العلاقة التعاقدية المزمع إبرامها ما بين المحل الإلكتروني والمشتريين، لذلك كان لابد من تعريف الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها هذه الشروط والأحكام، وهو ما سنبحثه في فرع أول. وكذلك بيان كيفية تحديد الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وهو ما سنبحثه في فرع ثان. وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نبحث في الأولى تعريف الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وفي الثانية صور الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وكما يأتي:
أولاً: تعريف الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

(١) سعادوي نذير وبطيني حسين، مرجع سابق، ص ١١٥٢.

(٢) الزهراء نواصرية، مرجع سابق، ص ١٢٩.

تُعرف الشروط التعسفية عموماً بأنها: "كل شرط تعاقدى، يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشتري على حساب المتعاقد الضعيف"^(١). وفي نطاق حماية المستهلك، عرفها البعض^(٢) بأنها: "كل شرط في عقد مبرم بين تاجر محترف ومستهلك يؤدي إلى إخلال توازنه ويحقق منفعة مفرطة لمصلحة المحترف على حساب المستهلك". أو أنها: "ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الأخر الذي لا خبرة له، أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في معالجة الطرف الأخر"^(٣).

وقد عرف القانون الفرنسي رقم (٢٣) الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٨٧ الخاص بحماية وأعلام المستهلكين، وذلك في المادة (٣٥) منه الشروط التعسفية بقوله: "في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين، يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة، الشروط المتعلقة ب... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الأخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"^(٤).

كما عرف التوجيه التشريعي الأوروبي رقم (٩٣/١٣) الصادر في ٤/٥ سنة ١٩٩٣ (بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين) الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه، بأنه: "الشرط الذي يرد في العقد، ويتطوي على تفاوت جلي خلافاً لما يقضي به مبدأ حسن النية

(١) سليمان براك دايح الجميلي، الشروط التعسفية في العقود (دراسة قانونية مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص ١١.

(٢) د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٤٩.

(٣) د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في معالجة الشروط التعسفية في عقود الأستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٥٣.

(٤) أشار إليه: د. أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك أزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، ١٩٩٤، ص ٢١٣. بالمقابل لم يورد المشرع العراقي تعريفاً للشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

و ضد مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك^(١).

والتساؤل الذي يطرح هنا، هو متى يعد الشرط الوارد في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني تعسفياً؟

الواقع أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، لا يمكن أن تسعفنا في الأجابة على هذا التساؤل، ذلك لأنها لم تعرف الشروط التعسفية، كما أنها لم تضع معياراً يميزها عن غيرها من الشروط^(٢). وكل ما يمكن أن تسجله هنا هو أنه قد ورد تعدد لبعض الصور للشروط التعسفية في القانون المدني العراقي، وذلك في المادة (٩٨٥) الواردة ضمن أحكام عقد التأمين^(٣).

ولكن من خلال الرجوع إلى التعريف السابق للشروط التعسفية الوارد في قانون الأستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٨٧، نجد أنه يلزم لجعل الشرط تعسفياً أن تتوفر فيه صفتان، الأولى هي صفة الفرض، وذلك يعني أن الشرط التعسفي شرط مفروض على المستهلك ولا يستطيع مناقشته أو طلب تعديله^(٤)، وهو المتحقق بالنسبة لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، في كون المتعامل مع المحل التجاري الإلكتروني ليس له القدرة في الأصل، على مناقشتها أو طلب تعديها.

(١) أشار اليه: أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠٠٨، ص ١١٠؛ يُنظ أيضاً: د. مأمون علي عبدة قائد الشرعي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، ط ١، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٢٧٩.

(٢) يُنظر: نص الفقرة (٢) من المادة (١٧٦) من القانون المدني العراقي. تقابلها نص المادة (٢٤٩) من القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٣) نصت المادة (٩٨٥) على أنه: " يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الاتية: ١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والانظمة، الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمدية. ٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تاخر في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات، او في تقديم المستندات، اذا تبين من الظروف ان التاخر كان لعذر مقبول. ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط. ٤- شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. ٥- كل شرط تعسفي اخر، يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه". تقابلها نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني المصري.

(٤) د. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٤٩؛ د. مأمون علي عبدة، مرجع سابق، ص ٢٨٠. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦.

أما الصفة الثانية للشرط التعسفي، فتتمثل بالمزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل أستعماله نفوذه الأقتصادي والفني، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين الإلتزامات والحقوق الناشئة عن إبرام العقد، كما لو تعلق الشرط التعسفي بالثمن أو بشرط التقسيط أو بشرط تسليم الشيء محل العقد^(١).

عليه يمكن تعريف الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، بأنها: " تلك الشروط المفروضة في وثيقة شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، والتي يكون من شأنها إلحاق ضرر بالغ بالمتعامل، كحرمانه من إحدى حقوقه بصورة كلية أو جزئية، أو تحقيق منفعة مفرطة لمصلحة صاحب المحل الإلكتروني على حساب المتعامل معه".

هذا مع ضرورة ملاحظة أن تقدير وجود الشرط التعسفي في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني ينبغي أن يراعي مجموع الشروط الواردة في وثيقة الشروط والأحكام، فمثلاً قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة في المحل الإلكتروني^(٢).

ثانياً: صور الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

من خلال التعريف السابق ذكره، فإن الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين:

١. شروط تعسفية تحقق ميزة مجحفة للمحل التجاري الإلكتروني

وذلك إما بتخفيف إلتزاماته أو زيادة الحقوق الممنوحة له، ومثال الشروط المخففة: الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية المحل الإلكتروني. ومثال الشروط التي تزيد حقوق المحل التجاري: شرط تحديد الثمن طبقاً للسعر السائد وقت التسليم، أو شرط تعديل العقد أو أنهائه بالإرادة المنفردة لصاحب المحل التجاري^(٣).

(١) د. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٦ وما بعدها. وفي هذا الصدد، فقد نص القانون الفرنسي الصادر في ١ فبراير ١٩٩٥ بشأن حماية المستهلك في معالجة الشروط التعسفية، على أنه: "تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من أثارها أحداث أختلال واضح بين حقوق وإلتزامات الأطراف في العقد". مشار إليه عند: أمانج رحيم، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) د. مأمون علي عبدة، مرجع سابق، ص ٢٨١. وهو ما أخذ به قانون حماية المستهلك اللبناني لسنة ٢٠٠٥، وذلك في المادة (٢٦) منه، التي جاء فيها: "... يقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه...".

(٣) موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

٢. شروط تعسفية تلحق ضرر بالغ بالمتعامل مع المحل التجاري الإلكتروني

وذلك إما بزيادة أعباء المشتري أو بحرمانه من بعض حقوقه، ومثال الشروط التي تزيد من أعباء المشتري: شرط إلزام المشتري بدفع تعويض باهض نتيجة أخلاجه بتنفيذ إلتزامه. ومثال الشرط الذي يؤدي إلى حرمان المشتري من بعض حقوقه: شرط اللجوء عند المنازعة إلى التحكيم، أو إلى إجراءات التسوية الودية، دون اللجوء إلى القضاء العادي، خصوصاً إذا أنطوى هذا الشرط على إرهاق للمشتري، كأشتراط أنعقاد التحكيم لهيئة أجنبية^(١).

الفرع الثاني

تحديد الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني

لقد تنوعت الوسائل التي أتبعها القوانين المختلفة لتحديد الشروط التعسفية الواردة في العقود ألمعدة مسبقاً من قبل أحد الأطراف، والتي منها شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، ما بين التحديد التشريعي والتحديد القضائي والتحديد الإداري، وكما يأتي:

أولاً: التحديد التشريعي للشروط التعسفية

تبنى هذا النهج المشرع الألماني وذلك في قانون الشروط العامة للعقود لسنة ١٩٧٦، من خلال وضع قائمة بالشروط الباطلة، هذا مع ملاحظة أنه لم يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين، بل جعلها تشمل المحترفين كذلك، إلا أنها لا تكون مقبولة إلا بالنسبة للشروط المفروضة من جانب واحد، لذلك إذا وجد شرط تعسفي ناشئ عن مساومة وتفاوض ما بين الطرفين، فإن ذلك لا يستدعي حماية القانون الألماني له^(٢).

وفي القانون الفرنسي فقد أجازت المادة (١/١٢٣) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٣ إصدار الحكومة لمرسوم لتحديد الشروط التعسفية بعد أخذ رأي لجنة معالجة الشروط التعسفية، وكانت قد أشارت

(١) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٥٦. كما يعد شرط منع المستهلكين من اللجوء إلى الدعاوى الجماعية وفرض التحكيم الملزم، من أبرز الشروط التعسفية التي أبطلتها المحاكم الأمريكية، لكونها تحرم المستهلك من الأثر الرادع للدعاوى الجماعية، مالم يكن الشرط متضمناً إمكانية التحكيم في نطاق جماعي واسع. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مرجع سابق، ص ٤٧-٣٨.

(٢) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٨.

إلى هذا الحكم الفقرة الأولى من المادة (٣٥) من قانون أعلام وحماية المستهلكين لعام ١٩٧٨^(١).

وبمقتضى هذين النصين لكي يكون الشرط تعسفياً بصورة ملزمة، فإنه يجب أن يصدر به مرسوم من مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة معالجة الشروط التعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورهما ملزمة للمحترفين وللمحاكم معاً، وذلك بوصف هذه الشروط التعسفية غير مشروعة، يجوز إبطالها لمخالفتها لنص قانوني^(٢).

ثانياً التحديد القضائي للشروط التعسفية

رغم اعتماد القانون الألماني لسنة ١٩٧٦ للأسلوب التشريعي لتحديد الشروط التعسفية، إلا أنه اعترف في الوقت نفسه للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها^(٣). وقد قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس مدى خضوعها للسلطة التقديرية للمحكمة، أي أن المشرع الألماني حاول التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون، من دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط المسماة ب(الشروط السوداء)^(٤). وما بين سلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة ب(الشروط الرمادية)^(٥)، والتي

(١) د. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) كما أصدر المشرع الفرنسي في عام ١٩٩٥ ملحقاً بقانون الاستهلاك، يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن عدها تعسفية، ضمن قائمة تسمى ب (القائمة السوداء) والتي تعد تعسفية بطبيعتها، وقائمة أخرى (رمادية) والتي يفترض فيها وصف التعسف مع التحفظ لأمكان المحترف أثبات عكس ذلك. د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) د. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ط١، دار الكتاب الحديث، بلا مكان نشر، ٢٠٠٧، ص ٢٣٩.

(٤) تشمل (القائمة السوداء) ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة نصت عليها المادة (١٠) من القانون. وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله، وأخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاعتبارات بعدم قبول المستهلك لذلك. وحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه وحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة. د. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص ٢١.

(٥) وتشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة نصت عليها المادة (١١) من القانون، وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلّم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر،

أجاز للقاضي استبعادها إذا كانت لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون.

وفي القانون الفرنسي، رغم أن الأصل أن تحديد الشروط التعسفية يكون من قبل المشرع، وذلك عن طريق إصدار الحكومة لمرسوم يحدد الشروط التعسفية، إلا أن تدخل السلطة القضائية في نظر البعض يعد أكثر مرونة، من حيث ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لتقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يصدر بشأنها مرسوم يقرر كونها شروط تعسفية⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الفرنسي في قانون الأستهلاك لسنة ١٩٩٣ في المادة (٦/٤٢١) على أنه: "يجوز للقاضي أن يأمر في هذا الصدد كلما اقتضى الحال بإلغاء الشروط غير المشروعة أو التعسفية يتضمنه كل عقد أو نموذج لعقد مفروض أو مقترح بالنسبة للمستهلك"^(٢).

ثالثاً: التحديد الإداري للشروط التعسفية

ويكون ذلك بموجب التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية الفرنسية والتي تم أنشائها بموجب نص المادة (٣٦) من قانون سنة ١٩٧٨، وهي لجنة تضم ثلاثة عشر عضواً من الهيئة القضائية التي أوكلت إليها مهمة الرئاسة، ومن ممثلي المحترفين والمستهلكين^(٣)، ويتلخص دورها في مراجعة العقود النموذجية، كشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، المطروحة على المستهلكين للبحث والتحري عن الشروط التعسفية في

وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير. د. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص ٢٢.

(١) أمانج رحيم، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢) مشار إليه عند: د. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٣) حيث تضم ٤ من ممثلي المحترفين و ٤ من ممثلي المستهلكين، إضافة إلى شخصين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود، يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك. إضافة إلى قاضيين أحدهما رئيساً والآخر نائباً له، يضاف إليهم أخيراً محافظ الحكومة التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش. يُنظر: أمانج رحيم، مرجع سابق، ص ١٢٧.

هذه العقود، وهي تهدي في ممارسة أختصاصها بالمعيار العام للشرط التعسفي الوارد في المادة (٣٥) من قانون أعلام وحماية المستهلكين^(١).

واللجنة بمثابة جهاز استشاري فقط، وبناء على ذلك يجوز لها أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية^(٢)، من دون أن يكون لهذه التوصيات أية قوة إلزامية، وإن كانت تشكل ضغطاً نفسياً على المحترفين، الذين لا يتعرضوا لأية عقوبة كانت في حالة مخالفتهم لها، ولهذا فإن دور لجنة الشروط التعسفية هو دور وقائي بحت^(٣).

ورغم عدم إلزامية توصيات اللجنة في تحديد الشروط التعسفية، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة^(٤).

وفيما يتعلق بموقف قانون حماية المستهلك العراقي من مسألة تحديد الشروط التعسفية، فإنه لم يرد فيه إشارة إلى ذلك، واقتصر على النص في المادة الثانية منه، المتعلقة بأهداف القانون، على أنه: " يهدف هذا القانون إلى: أولاً- ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الإضرار به ...". وهو ما يمثل في رأينا قصور تشريعي في القانون، ينبغي معالجته من خلال وضع معايير أو أسس، يكون على ضوءها تحديد الشروط التعسفية أو حتى أيراد نماذج أو صور لهذه الشروط، بالنسبة للعقود المعدة سلفاً، والتي منها شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني.

المطلب الثالث

معالجة الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل الإلكتروني

ضمن الأحكام المقررة في القواعد العامة، فإن معالجة الشروط التعسفية يكون من خلال تطبيق القواعد المقررة في القانون المدني، والتي تقوم على أساس منح القاضي سلطة تقديرية في تعديلها أو إلغائها، وهو المقرر بالنسبة للشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان، وهو ما سنبحث

(١) د. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

(٢) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) وقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها اللجنة منذ نشأتها وحتى عام ١٩٩٩ الخمسين توصية، تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط.

(٤) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٣٦.

أمكانية تطبيقه بالنسبة للشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وذلك في فرع أول. مع ذلك فإن القوانين المقارنة المتعلقة بحماية المستهلك، قد تبنت قواعد خاصة لمعالجة الشروط التعسفية، وهو ما يستلزم بيان مدى إمكانية تطبيق ذلك على الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وذلك في فرع ثان.

الفرع الأول

معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية العامة

سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نبحث في الأولى مدى إمكانية معالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بالقواعد العامة في القانون المدني، ونبحث في الثانية تقييم إمكانية معالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بالقواعد القانونية العامة، وكما يأتي:

أولاً: مدى إمكانية معالجة الشروط التعسفية للمحل التجاري الإلكتروني بالقواعد العامة

إذا ما تحقق وجود شروط تعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، فهل يمكن الاستعانة بالأحكام المقررة في القواعد العامة والخاصة بالشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان لغرض معالجة مثل هكذا شروط؟

ينبغي القول أولاً، بأن معالجة الشروط التعسفية عموماً، إنما تكون في حالة التفاوت في القدرة الفنية والأقتصادية ما بين الأطراف، كما في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، إما إذا كان الأطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الأقتصادية والفنية؛ فلا سبيل لأثارة موضوع الشروط التعسفية؛ لأن على كل متعاقد واجب السهر والمحافظة على حقوقه^(١). وهو ما يمكن تطبيقه أيضاً بالنسبة للشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، إذا ما كانت العملية التعاقدية ناجمة عن تعادل وتساوي في الإرادات، من دون فرض إرادة على أخرى.

لكن الواقع يظهر أن المتعامل مع المحل التجاري الإلكتروني حينما يوافق على الشروط والأحكام المقررة من هذا المحل لا يساهم في صياغة بنودها أو في وضع أحكامها، ذلك لأن الشروط والأحكام تكون مفروضة من قبل صاحب المحل التجاري الإلكتروني بوصفه الطرف الأقوى فنياً واقتصادياً، على المتعامل مع المحل باعتباره الطرف الأضعف؛ ولذلك فقد ذهب

(١) سليمان براك، مرجع سابق، ص ٣٦.

البعض⁽¹⁾ إلى أخضاع الشروط والأحكام للقواعد المقررة في القانون المدني العراقي الخاصة بعقد الإذعان، وتحديدًا فيما يتعلق بحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي ترد فيها.

ثانياً: تقييم إمكانية معالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بالقواعد العامة

نعتقد عدم دقة تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالشروط التعسفية في عقد الإذعان على الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، ذلك لأن نظام شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني يختلف عن نظام عقد الإذعان المعروف ضمن قواعد القانون المدني من ناحيتين، هما:

الأولى: أن التفاوت في عقود الإذعان يرجع إلى حاجة الطرف المذعن إلى إبرام العقد، بالنظر لتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي من الطرف الأخر، أو أنه موضوع مناقسة محدودة النطاق، في حين يكون التفاوت بين المتعامل مع المحل التجاري الإلكتروني وبين التاجر صاحب المحل في الشروط والأحكام، مرده إلى تفوق الأخير على المتعامل معه فنياً واقتصادياً⁽²⁾.

(1) د. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٧٣. كما تبني مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠١ هذا الاتجاه، إذ نصت الفقرة الرابعة من الفصل السابع منه، على أنه: "يجوز أبطال ما يرد من شروط تعسفية في عقود التجارة الإلكترونية التي يمكن اعتبارها عقود أذعان في مفهوم القانون المدني أو تفسيرها لصالح الطرف المذعن".

(2) د. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص ٢٧٤. ورغم أن المشرع المدني لم يستلزم أن يتعلق عقد الإذعان بمرفق أو سلعة ضرورية، ولم يستلزم أن يكون الطرف القوي متمتعاً بإحتكار قانوني أو فعلي، إلا أن ذلك جاء بناءً على أبحاث الفقه وأخذاً بالغالب الشائع من حالات عقود الإذعان. يُنظر في ذلك: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ٦٥-٦٦. كما أن الأبحاث القضائية في كل من مصر والعراق، يذهب إلى ضرورة تعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك، من ذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز رقم (١٠٥٤) بتاريخ ١١/٢٩/١٩٥٩، بأن "... عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها خصائص هي: ١- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ...". أشار إليه: سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢، ص ١٨١-١٨٢. كما جاء في قرار محكمة النقض المصرية رقم (٨٠) بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٤ أن: "من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنفعين ...". مجموعة أحكام النقض المصرية، س ٢٥، ص ٤٩٢. أشار إليه: د. مأمون علي عبدة، مرجع سابق، ص ٢٨٣. كما تعتبر أغلب المحاكم الأمريكية أن تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية عنصراً ضرورياً يتعين أن يتوفر لعقد الإذعان، فقد قضت محكمة ماسوتشوستس سنة ٢٠٠٩، بأن "

الثانية: أن الموافقة على عقد الإذعان المقرر في القواعد العامة، تؤدي إلى انعقاد العقد بين الطرفين، وترتيب جميع الآثار من حقوق والتزامات، في حين أن شروط وأحكام المحل الإلكتروني ليست هي المقصودة في الأصل بين الطرفين، لأن موافقة المتعامل للشروط والأحكام، هو مجرد الاتفاق على المسائل التفصيلية للعقد المراد إبرامه أو المحتمل إبرامه فيما بعد، فالغالبية العظمى من الأحكام المنصوص عليها في الشروط والأحكام لا تطبق إلا عند إبرام عقد الشراء، وليس عند الموافقة على الشروط والأحكام.

لذلك نرى عدم ملائمة القواعد العامة المقررة لمعالجة الشروط التعسفية المقررة في القواعد العامة بالنسبة لتلك الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني.

ويمكن أن نجد لنظام شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، نظام مماثل له إلى حد ما في القانون المدني العراقي ضمن القواعد العامة للعقد، وبالتحديد في نص المادة (٨٦) منه، التي ذكرت المسائل الجوهرية في العقد والمسائل التفصيلية فيه. فقد ذكرت الفقرة الأولى منها أن العقد ينعقد إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية (المبيع والثمن)، أما اتفاقهما على بعض المسائل الجوهرية، فذلك لا يؤدي إلى انعقاد العقد^(١).

لذلك فإن المعيار الرئيسي لإبرام العقد هو الاتفاق على كل المسائل الجوهرية، أما المسائل التفصيلية، فإن الفقرة الثانية من نفس المادة أجازت فصلها عن المسائل الجوهرية، بحيث يبرم العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية، ويترك الاتفاق على المسائل التفصيلية فيما بعد ما بين الطرفين، أي أن ترك الاتفاق على المسائل التفصيلية فيما بعد لا يؤثر على انعقاد العقد طالما تم الاتفاق على المسائل الجوهرية^(٢).

العقود الموحدة والمصاغة مسبقاً والمفروضة بشروطها على رواد الأماكن الترفيهية والتسليّة، ليس لها صفة الإذعان، لأنها لا تتعلق بخدمات أساسية".

Prush V. Jimingpeax Mountain Resort 2009.

أشار إليه: د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مرجع سابق، ص ٢٤.

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٨٦)، على أنه: "يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تناووضوا فيها أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة". يُنظر أيضاً: د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الالتزام، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧٦، ١٣٨-١٣٩.

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (٨٦)، على أنه: "٢ - وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر

وفي تطبيق حكم هذه المادة على شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، نجد أن عقد الشراء ينعقد فقط عند الاتفاق على المسائل الجوهرية (المبيع والثمن)، لكن الاتفاق على المسائل الجوهرية لا يمكن التوصل إليه إلا بعد الاتفاق على المسائل التفصيلية وهي شروط وأحكام المحل الإلكتروني، لأن المشتري لا يستطيع الشراء من المحل الإلكتروني إلا بعد أن يوافق على المسائل التفصيلية، الشروط والأحكام التي وضعها المحل الإلكتروني مسبقاً⁽¹⁾، في حين أن الصورة التي تعرضها القواعد العامة في القانون المدني العراقي، هي أن الاتفاق على المسائل التفصيلية يحصل بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية.

ومعنى ذلك أن القواعد العامة تفرض وجود اتفاقين، الأول على المسائل الجوهرية، ينعقد فيها العقد، والثاني على المسائل التفصيلية، بعد انعقاد العقد. فيما يفرض الوضع في شروط وأحكام المحل الإلكتروني وجود اتفاقين كذلك، ولكن بصورة معاكسة، حيث يكون الأول على المسائل التفصيلية، وهي شروط وأحكام المحل الإلكتروني، والثاني على المسائل الجوهرية، وهي المبيع والثمن. هذا مع ملاحظة أن الاتفاقين في القواعد العامة يكونان ضمن عقد واحد، في حين أن الاتفاقين في الشروط والأحكام يكونان مستقلين، أي أن الاتفاق على المسائل التفصيلية يكون بموجب عقد الشروط والأحكام، إما الاتفاق على المسائل الجوهرية فيكون في عقد الشراء.

الفرع الثاني

معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة

سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نبحث في الأولى معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة في القانون الألماني، وفي الفقرة الثانية معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة في القانون الفرنسي، وكما يأتي:

أولاً: معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة في القانون الألماني

لقد تنبعت الدول الأوروبية وفي مقدمتها ألمانيا إلى عدم كفاية القواعد العامة لمعالجة الأضرار البالغة التي تلحق المستهلكين نتيجة ما يفرض عليهم

العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة". يُنظر أيضاً: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٦٠.

(١) يُنظر: في نفس المعنى: سانا كمال عبد الله، دور الصياغات النموذجية في إبرام العقد النهائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠١٩، ص ١٢.

من شروط تعسفية، لذلك قامت بإيجاد معالجات خاصة لها، تمثلت بالدرجة الأساس بأصدار تشريعات تقرر حماية المستهلكين من مثل هكذا شروط. وقد ذكرنا سابقاً أن المشرع الألماني قد تبني بموجب قانون ١٩٧٦ المتعلق بالشروط العامة للعقود، النظام التشريعي لمعالجة الشروط التعسفية، حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما أعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها^(١).

لذلك في حالة ثبوت توافر شروط تعسفية في الشروط العامة للعقد، فإن المشرع الألماني أعطى للقضاء سلطة إما الحكم بالإبقاء على العقد سارياً دون الشروط التعسفية إذا أمكن، وإما الحكم ببطلان العقد إذا كان من شأن التعديلات المحتملة نتيجة تطبيق الأحكام القانونية أن تنشئ على عاتق أحد طرفيه التزاماً غير مقبول منه^(٢).

وإضافة إلى تحديد القانون الألماني لقوائم الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في الشروط العامة للعقود، فإنه نص كذلك على حق جمعيات حماية المستهلكين في اللجوء إلى القضاء لطلب حظر استخدام الشروط العامة التي يثبت إخلالها بالتوازن العقدي^(٣).

وهكذا يبدو أن هدف المشرع الألماني من هذا التنظيم التشريعي والقضائي للشروط التعسفية الباطلة هو إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد، والذي قد يُخلّ به المحترف عند إيراده للشروط العامة. وهو ما يمكن الأخذ به أيضاً لمعالجة الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني.

ثانياً: معالجة الشروط التعسفية بالقواعد القانونية الخاصة في القانون الفرنسي

نصت المادة (٣٥) من قانون سنة ١٩٧٨ الفرنسي، المسمى بقانون أعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات، على أن: "... الشروط التعسفية، التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة، تعتبر غير مكتوبة"^(٤). فالشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة، مع بقاء العقد قائماً

(١) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص ١٩.

(٣) د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٥٠.

(٤) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٥٢.

وصحياً، إذا أمكن أن يبقى دون الشروط السابقة، ومعنى "كأنها غير مكتوبة" كما يذهب أغلب الفقهاء، هو أنها باطلة^(١).

كما أنشأ المشرع الفرنسي بموجب قانون الأستهلاك لسنة ١٩٨٨ دعوى مستقلة هي دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية^(٢)، وهي دعوى متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانوناً أمام المحاكم المدنية، ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها، ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة، كشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم في المستقبل بين المحترفين والمستهلكين^(٣).

وإذا ثبت لدى المحكمة تعسف الشرط، فإنها تأمر بحذفه وإزالته مع احتمال الحكم بالتهديد المالي إن اقتضى الأمر، كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحترف^(٤).

والذي يتضح مما سبق، أن الحماية الجماعية، عن طريق جمعيات المستهلكين، ضد الشروط التعسفية المتأتية من قانون ١٩٨٨ هي أكثر فعالية، وذلك أمام عجز وعدم كفاية الحماية الفردية المتأتية من قانون ١٩٧٨، ويؤكد على ذلك المستقر عليه في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية من أنه يجوز لجمعيات حماية المستهلك أن تمارس حقها الممنوح لها عن طريق التدخل الإرادي في دعوى مرفوعة من قبل مستهلك ما^(٥).

ويخلص مما تقدم، أنه بالإمكان الأستعانة بهذه الوسائل القانونية الخاصة المقررة لمعالجة الشروط التعسفية في قوانين حماية المستهلك في القانونين الألماني والفرنسي لمعالجة الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، لكون أسباب ودواعي الحماية متوفرة في هذه الأخيرة، ولكون المتعامل مع المحل التجاري الإلكتروني، وهو المستهلك، يمثل الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية مع المحل التجاري الإلكتروني، وأن الشروط والأحكام تفرض عليه، فإذا كان من ضمنها شروط تعسفية تحقق مصلحة أو ميزة مجحفة لصاحب المحل الإلكتروني

(١) د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) المادة (٦) من قانون الأستهلاك الفرنسي.

(٣) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٤١.

(٤) المادة (٩) من قانون الأستهلاك الفرنسي.

(٥) د. بودالي محمد، مرجع سابق، ص ٤٣.

على حساب المتعامل معه، فإنه لابد من ممارسة وسائل معالجة مثل هكذا شروط، طبقاً لما هو مقرر في القواعد القانونية الخاصة.

وبخصوص معالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني طبقاً لأحكام قانون حماية المستهلك العراقي النافذ رقم (١) لسنة ٢٠١٠، فإنه لم يرد فيه تحديد لأساليب معينة يتم من خلالها معالجة مثل هذه الشروط، وكل ما ورد فيه هو نصوص عامة تقرر مبادئ وأحكام عامة، مثالها ما جاء في نص المادة الخامسة من القانون المتعلقة بمهام مجلس حماية المستهلك، إذ جاء فيها: "أ- يتولى المجلس المهام الآتية: أولاً: وضع السياسات وبرامج العمل الكفيلة بحماية المستهلك وحقوقه وتنظيمها...^(١)" كذلك ذكر القانون في الفقرة (سادساً) من نفس المادة، جمعيات حماية المستهلك، ولكن من دون أن يبين الدور الذي تمارسه هذه الجمعيات في تحقيق هذه الحماية، والتي منها حماية المشتري من الشروط التعسفية في العقود المعدة مسبقاً، ومنها تلك الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني.^(٢)

وأخيراً فإنه من الضروري التصدي لمعالجة الشروط التعسفية لشروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، وأن لم يرد بشأن ذلك نص واضح وصريح في قانون حماية المستهلك العراقي، إلا أن ذلك يستخلص من خلال ما أورده المشرع في أفتتاحية الأسباب الموجبة للقانون، التي ورد فيها: "بغية حماية المستهلك وإقرار مبدأ العدل والمساواة بين المجهزين ومستهلكي السلع وملتقي الخدمات ... شرع هذا القانون".

الخاتمة

من خلال ما سبق تناوله في بحثنا هذا، الموسوم بـ "شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني/دراسة قانونية في معالجة شروطها التعسفية"، فأنتنا يمكن أن نسجل أدناه أهم الاستنتاجات، وأهم المقترحات، وكما يأتي:

(١) للمزيد عن مهام ودور مجلس حماية المستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي: يُنظر: د. شروق عباس فاضل، دراسة في قانون حماية المستهلك العراقي ودوره في تنمية الوعي القانوني، ط١، دار المسلة، بيروت، ٢٠٢١، ص ٢٣-٣٣.

(٢) حيث جاء فيها: "التعريف بمهام وأختصاصات وأهداف جمعيات حماية المستهلك والأستعانة بها في عمليات التوعية بحقوق المستهلك.

أولاً: الأستنتاجات

1. أن شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني هي وثيقة معروضة إلكترونياً، تنظم العلاقة ما بين المحل الإلكتروني والمستخدمين، من حيث بيان الحقوق والالتزامات، وبيان القواعد التي تطبق على عقود البيع المزمع إجرائها بينهم. وتكون محددة من قبل المحل الإلكتروني، ولا يكون للمستخدم في الأصل حق مناقشتها أو طلب تعديلها، وهي نوعان بحسب طريقة أعلام المستخدمين بها، وهما: شروط وأحكام المتصفح، وشروط وأحكام النقر. كما تتميز عن اتفاقية سياسة الخصوصية في كون صاحب المحل الإلكتروني غير ملزم بوضعها، بخلاف سياسة الخصوصية التي يكون ملزم بوضعها في المحل الإلكتروني.
2. المحل التجاري الإلكتروني هو مجموعة من الأموال المنقولة المخصصة لمزاولة تجارة معينة عبر شبكة الإنترنت، ويشترط فيه أن يتضمن جميع عناصر المحل التجاري التقليدي من عناصر مادية ومعنوية، لكنه يختلف عنه في ابتفاء وجوده المادي، لأن وجوده افتراضي في الفضاء الإلكتروني. لذلك يلزم أن يتضمن اسم نطاق إلكتروني، والذي يعد بمثابة العقار الذي يتحقق فيه الوجود المادي للمحل التجاري التقليدي.
3. الشروط التعسفية الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني هي الشروط المفروضة في وثيقة الشروط والأحكام، والتي يكون من شأنها إلحاق ضرر بالغ بالمستخدم، كحرمانه من إحدى حقوقه، أو تحقيق مصلحة مفرطة للمحل الإلكتروني على حساب المستخدم، على أن يراعى في تقدير تعسفها مجمل الشروط الواردة في الشروط والأحكام.
4. أنتهجت التشريعات المقارنة أساليب عدة لتحديد الشروط التعسفية، أبرزها ثلاثة، هي: التحديد التشريعي للشروط التعسفية، وهو ما تبناه القانون الألماني لسنة ١٩٧٦، والقانون الفرنسي لسنة ١٩٨٧. والتحديد القضائي للشروط التعسفية، وهو ما نص عليه القانون الفرنسي لسنة ١٩٩٣، والتحديد الإداري للشروط التعسفية، وهو ما تبناه القانون الفرنسي لسنة ١٩٨٧ من خلال لجنة معالجة الشروط التعسفية.
5. لا يمكن معالجة الشروط التعسفية في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بالقواعد القانونية العامة المقررة في عقد الإذعان، وذلك لعدم تعلق شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني بسلعة أو مرفق ضروري للمستخدم أو المشتري في الأصل، لذلك يكون بإمكان المستخدم مغادرة المحل التجاري الإلكتروني الذي لا تتلائم شروطه وأحكامه مع مصلحته، والدخول في علاقة تعاقدية مع محل آخر تكون شروطه وأحكامه الأفضل له. وهذا التوجه هو الذي يتفق مع الاتجاه القضائي في كل من العراق ومصر وكذلك القضاء الأمريكي الذي يذهب إلى قصر عقد الإذعان على العقود التي يكون محلها سلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك.
6. لقد أتبع التشريعات المقارنة، وتحديداً القانون الألماني الخاص بالشروط العامة للعقد لسنة ١٩٧٦، والقانون الفرنسي الخاص بأعلام وحماية المستهلكين لسنة ١٩٨٧، لمعالجة الشروط التعسفية في العقود المعدة

مسبقاً، والتي منها شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، طرق عدة، أبرزها: التحديد المسبق للشروط التعسفية الباطلة، ومنح القضاء السلطة التقديرية لاستبعاد الشروط التعسفية الغير مذكورة في القانون، وضمان مباشرة الدعوى الجماعية من قبل جمعيات حماية المستهلكين، لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية.

ثانياً: المقترحات

لقد ظهر لنا مما سبق أن المجال الطبيعي لمعالجة الشروط التعسفية الواردة في العقود المعدة مسبقاً، والتي منها شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، هو في قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠، ولما كان هذا القانون قد جاء خالياً من ذكر الشروط التعسفية وطرق معالجتها، لذلك فأنا نقترح على المشرع العراقي إضافة بعض النصوص القانونية للقانون، والتي نقترح أن تكون بالشكل التالي:

١. فيما يتعلق بتحديد الشروط التعسفية، فأنا نقترح في هذا الصدد النص التالي الوارد في قانون حماية المستهلك اللبناني النافذ لسنة ٢٠٠٥، وذلك بعد إجراء بعض التعديلات عليه بما يلائم نظاماً القانوني، وهو: " تعتبر شروط تعسفية الشروط التي ترمي أو قد تؤدي إلى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير. على أن يقدر الطابع التعسفي للشروط بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن".

٢. فيما يتعلق بتحديد جمعيات حماية المستهلك، فأنا نقترح كذلك أيراد تعريف لها ضمن المادة الأولى للقانون الخاصة بالتعاريف، وعلى أن يكون تعريفها، كالتالي: "جمعيات المستهلك: هي كل جمعية تؤسس، لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية، وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وارشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم وتمثيلهم لدى كافة المراجع الرسمية والخاصة". مع التأكيد على منح هذه الجمعيات حق مباشرة الدعوى الجماعية لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، والتي منها الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني. مع ضرورة إصدار تعليمات خاصة بتشكيل هذه الجمعيات وتحديد اختصاصاتها ودورها في تحقيق هذه الحماية.

٣. من المفيد أخيراً أن يورد المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك بعض صور الشروط التعسفية في العقود المعدة مسبقاً، ومنها شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني، ولعل من المفيد في هذا الصدد الاستفادة من نص المادة (٢٦) من قانون حماية المستهلك اللبناني، التي ذكرت بعض الشروط التعسفية على سبيل المثال وليس الحصر.

٤. يجب تحقيق الحماية الإجرائية (الشكلية) والحماية الموضوعية للمستهلك، والذي يشمل التعامل مع المحل التجاري الإلكتروني، من الشروط التعسفية التي ترد في العقود المعدة مسبقاً، ومنها تلك الواردة في شروط وأحكام المحل التجاري الإلكتروني. وتتحقق الحماية الإجرائية من خلال التأكيد على ضرورة إعلام المتعامل بالشروط والأحكام قبل الموافقة عليها، وذلك بوضعها في مكان ظاهر وبارز في الصفحة الإلكترونية للمحل الإلكتروني، مع

التأكيد على أبرز الشروط المهمة وتمييزها عن غيرها، كشرط الأعفاء من الضمان أو شرط التحكيم وغيرها. أما الحماية الموضوعية فتتحقق من خلال تدخل المشرع في تحديد بعض تلك الشروط والحكم بأبطالها، وكذلك بمنح القضاء سلطة الرقابة عليها، إضافة إلى تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك أزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، ١٩٩٤.
٢. د. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ط١، دار الكتاب الحديث، بلا مكان نشر، ٢٠٠٧.
٣. د. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.
٤. د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٥. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
٦. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في معالجة الشروط التعسفية في عقود الأستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.
٧. سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢.
٨. د. شروق عباس فاضل، دراسة في قانون حماية المستهلك العراقي ودوره في تنمية الوعي القانوني، ط١، دار المسلة، بيروت، ٢٠٢١.
٩. د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.
١٠. د. كامران صالح، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دؤاسة مقارنة، ط١، مكتبة دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان الأردن، ١٩٩٨.
١١. د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الألتزام، الجزء الأول، في مصادر الألتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧٦.
١٢. د. مأمون علي عبدة قائد الشرعي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، ط١، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩.

١٣. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، عقود الإذعان في القانون الأمريكي، تطبيق على الصور الحديثة للتعاقد (اتفاقيات النقر وتراخيص التصفح وعقود الحزم المغلفة)، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٢٢.

١٤. د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

١. أمانج رديم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠٠٨.

٢. سانا كمال عبد الله، دور الصياغات النموذجية في إبرام العقد النهائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠١٩.

٣. سليمان براك دايج الجميلي، الشروط التعسفية في العقود (دراسة قانونية مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢.

ثالثاً: البحوث المنشورة

١. الزهراء نواصرية، الحماية القانونية للمتجر الإلكتروني، مجلة العلوم الأنسانية، م ٣٣، ع ١، جون ٢٠٢٢، ص ١٢٧.

٢. سعداوي نذير وبطيني حسين، مقومات المحل التجاري الإلكتروني طبقاً للتشريع التجاري الجزائري-القانون ٠٥/١٨ المتضمن قانون التجارة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، م ١٤، ع ١، ٢٠٢١.

٣. محمد محيد كريم الابراهيمي، أشكالية حماية الاسم التجاري للمحلات التجارية عبر الانترنت في القانون العراقي، مجلة جامعة ذي قار، م ١٣، ع ٣، ٢٠١٨.

٤. نبأ ابراهيم فرحان، أسباب التكييف القانوني للمحل التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، م ٩، ع ٣٣، ٢٠٢٠.

رابعاً: التشريعات

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٣. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

٤. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

٥. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٦. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

٧. قانون حماية المستهلك اللبناني لسنة ٢٠٠٥.

٨. قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم ٠٥-١٨ لسنة ٢٠١٨.

٩. مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠١.
١٠. قانون أعلام وحماية المستهلكين الفرنسي لسنة ١٩٨٧.
١١. قانون الشروط العامة للعقود الإلماني لسنة ١٩٧٦.

خامساً: المواقع الإلكترونية

١. مقالة بعنوان

“What Are the Terms and Conditions and When Are They Needed?”

متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.iubenda.com/en/help/2859-terms-and-conditions-when-are-they-needed>

٢. مقالة بعنوان: "المتاجر الإلكترونية"، متاحة في موقع مكتب محمد بن عفيف للمحاماة الإلكتروني التالي:

<https://www.afiflaw.com/%D8%AE%D8%AF%D9%85%D8%A7%D8%AA%D9%86%D8%A7/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D8%A7%D8%AC%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9>

٥. مقالة بعنوان:

“How to Write a User Agreement: Everything You Need to Know”

<https://www.upcounsel.com/how-to-write-a-user-agreement>

٦. مقالة بعنوان:

“Privacy Policy Terms of Use: Everything You Need to Know”

<https://www.upcounsel.com/privacy-policy-terms-of-use>

٧. مقالة بعنوان:

“What Are the Terms and Conditions and When Are They Needed?”

<https://www.iubenda.com/en/help/2859-terms-and-conditions-when-are-they-needed>



اثبات تطبيق قواعد المنشأ ودوره في حماية التجارة الدولية " دراسة مقارنة "

أ.م.د. هيفاء مزهر فليحي كلية القانون / جامعة بغداد

الملخص:

تعتبر قواعد المنشأ من الركائز الأساسية ذات الأهمية البالغة في الأعمال الجمركية وتزداد أهميتها بازدياد الاتفاقيات الاقتصادية التي تبرمها الدولة مع باقي الدول أو مع الاتحادات الجمركية.

وبهدف تسهيل وتبسيط الإجراءات الجمركية وتحقيق الكفاءة في التجارة على المستوى الدولي، وبهدف الحد من الخلافات الناجمة في سياق التجارة بين الدول بسبب منشأ السلع، تبذل الجهود الحثيثة على المستوى الدولي لغرض ترسيخ قواعد وأسس تجارية وفق معايير معينة متفق عليها، لغرض زيادة الاتساق والتبسيط في مجال الإجراءات التجارية وتبادل السلع وإيجاد معايير ملائمة ومشتركة ومحاولة لتحديد الآثار التي يمكن أن تنتج من تطبيق قواعد المنشأ على حجم التبادل التجاري بين الدول.

حيث تختلف قواعد المنشأ المطبقة باختلاف الاتفاقيات المبرمة بين الدول وهذا ما يعد إشكالا لا يمكن تجاهله إذ يجب أن يكون المصدرين على دراية بكل هذه القواعد كي تتحقق الاستفادة من المزايا التفضيلية في إطار الاتفاقيات المبرمة لغرض تحقيق تبادل المنافع بشكل متوازن ومعقول.

ان موضوع قواعد المنشأ وما يتفرع منه من مفاهيم ذو أولوية على مستوى المؤسسات الدولية لاسيما منظمة التجارة العالمية والمنظمة العالمية للجمارك، لغرض إيجاد السبل التوافقية للقواعد المتعلقة بتحديد بلد

المنشأ على المستوى الدولي، وتنسيقها وجعلها مرنة سهلة شاملة في استخدامها.

فلا ينبغي أن يخلق تطبيقها قيودا إدارية إضافية على الأطراف المتعاقدة هذا ما جعل من قواعد المنشأ جزءا حتميا من النظام التجاري الدولي الحالي نظرا لأهميتها في رسم السياسة التجارية للدول ومكانتها المهمة في تأطير التجارة الدولية، فيسمح تطبيقها بالتجسيد الفعلي للاتفاقيات التفضيلية المبرمة من خلال تسهيل حركة نقل السلع ذات الإمتياز التفضيلي بغية تنمية التجارة الخارجية من جهة، وتشجيع الإستثمار المباشر بين الأطراف المنظمة للاتفاقيات ذات الصلة بقواعد المنشأ من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار تجسدت منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى كإتفاق تجاري عربي لمواجهة التطورات والمنافسة الدولية التي يفرضها النظام العالمي الجديد وللحفاظ على المصالح الإقتصادية العربية وتعزيزها بغية ان يتناسب مع النظام الاقتصادي التجاري الدولي المتعدد الأطراف ولغاية تحقيق التكامل الإقتصادي الإقليمي يستوجب تنسيق الأطر الخاصة بالمعاملة التفضيلية بين الدول العربية والحد من الخلافات الناجمة في إطار التجارة الدولية البينية بسبب هوية السلعة والمنشأ الوطني.

المقدمة:

ان التجارة الخارجية تلعب دورا بالغ الأهمية في اقتصاد الدول، وبخاصة مع تطور التبادل التجاري فقد تنوعت أشكال تدخل الدولة في تسيير علاقاتها التجارية الدولية وهذا من خلال تبنيها لسياسات مختلفة في تطور اقتصادها.

وتتحقق التنمية الاقتصادية من خلال وجود قطاع اقتصادي قادر على المنافسة، من خلال زيادة الانتاج وارتفاع الجودة وهذا بدوره يؤدي لتحقيق انطلاقة في الاقتصاد عن طريق تحفيز وزيادة الاستثمار في مختلف

المجالات، وبالتالي يمكن الاستفادة من عمليات التصدير في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، كما يمكن تحقيق منافع تجارية متحققة عن هوية السلعة.

ومما تجدر الإشارة إليه ان العلاقات الاقتصادية الدولية تميزت في العقود الأخيرة بتوجه الدول نحو الدخول في اتفاقيات تجارية اوتكتلات اقتصادية واقليمية، وان الدخول في منطقة تجارة حرة من ابسط اشكال التكتلات المذكورة والتي تعد الأكثر انتشارا ذلك لأنها لا تتطلب الكثير من الوقت من أجل الوصول إليها، وبطبيعة الحال لا تستدعي تخلي الدولة عن جزء من سلطتهم لصالح هذه التكتلات وذلك في سبيل الاستفادة من المزايا النسبية التي تمتلكها الدول العضوة فيها، من ذلك الاستفادة من العمالة المؤهلة المنخفضة الثمن والمواد الأولية أو حجم السوق الداخلي لهذه الدول.

وبناء على ما تقدم زادت الحاجة إلى قيام علاقات تجارية بين دول العالم، دون عوائق إضافة الى الاستخدام الأمثل للموارد العالمية انطلاقا من سعي الدول في إطار علاقاتها الاقتصادية والمبادلات التجارية، لتحقيق أكبر قدر من المكاسب الممكنة إضافة الى تعدد الدول الداخلة في انتاج المنتج الواحد وتداخل عمليات الانتاج وتشابكها مع بعضها البعض مما يزايد التخصص وتجزئة عمليات الانتاج إلى عمليات صغيرة وكذلك متناهية الصغر.

وتأسيسا لما سلف ذكره تقوم الدول بفرض قيود مختلفة على دخول السلع الأجنبية إلى السوق الوطنية، وهذا كاجراء لحماية السلعة الوطنية من المنافسة الخارجية الأجنبية.

وتتعدد وتختلف أنواع القيود تبعا لاختلاف الغرض منها فهناك من القيود ما يؤدي الى فرض شروط معينة لغرض دخول السلع الأجنبية لسوقها، ومنها ما يعرقل دخول تلك السلع بسبب الاجراءات الادارية والمغالاة بالأعمال الروتينية، التي تضطر المورد الأجنبي الى صرف النظر عن التصدير إلى

الدولة التي تضع تلك القيود والاجراءات، ومن الدول ما تفرض القيود المتعلقة باجراءات اثبات منشأ السلعة التكنولوجية المستخدمة، هذا بالإضافة الى القيود الضريبية بغية حماية منتجاتها الوطنية.

أهمية الدراسة:

تتأتى أهمية الدراسة من أهمية وجود قواعد منشأ متفق عليها وفق معايير معينة، الغاية منها تبسيط وتسهيل الإجراءات المفروضة لتسيير العمليات التجارية، إذ أن المنشأ الوطني للسلعة هو الأساس الذي تدور حوله مختلف الاتفاقيات التجارية لما لقواعد المنشأ من دور بالغ الأهمية في زيادة الاهتمام بالتجارة الخارجية في ظل تحرير وإزالة كافة الحواجز والقيود أمام حركة السلع.

حيث تعد القواعد المذكورة من إحد اهم مرتكزات القواعد الأساسية المنظمة للتجارة الدولية في إطار منظمة التجارة العالمية، وركيزة اساسية في معظم الاتفاقيات التجارية الإقليمية والدولية نظرا للدور الذي تضطلع به في تحرير التجارة الدولية وذلك من خلال تحديد ومطابقة المنتجات القادرة على الاستفادة من المزايا التفضيلية في إطار الاتفاقيات التفضيلية ومعرفة مقدار الرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية التي تخضع لها السلع المستوردة من خلال تحديد منشأها الأصلي.

إشكالية الدراسة:

تكمن مشكلة البحث في بيان مدى تأثير قواعد المنشأ على التجارة الدولية وذلك من خلال معرفة المقصود بقواعد المنشأ وبيان قدرتها على تحقيق أعلى قدر من المكاسب التجارية وهل توجد معايير كافية للتعرف على منشأ البضائع والسلع.

منهجية الدراسة:

تم اتباع المنهج التحليلي عند استعراض مفاهيم حول قواعد المنشأ وبيان الآثار المترتبة على التجارة الدولية تحليلها وتقييمها بموجب بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ الخاص باتفاقية كيوتو لتبسيط وتنسيق الإجراءات الجمركية إضافة الى التطرق للقانون الاماراتي رقم (١١) لسنة (٢٠١٩) بشأن قواعد وشهادات المنشأ فيما يخص بعض فقرات البحث.

خطة الدراسة:

قسمنا البحث الى ثلاث مباحث نتناول في الأول منها التعريف بقواعد المنشأ من خلال التطرق تعريف قواعد المنشأ إضافة الى بيان أهميتها، اما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة معايير اثبات قواعد المنشأ، اما المبحث الثالث فنتناول فيه دور اتفاقية كيوتو لتبسيط الإجراءات الجمركية في تعزيز قواعد المنشأ.

المبحث الأول التعريف بقواعد المنشأ

نتناول في المبحث تعريف قواعد المنشأ إضافة الى أهميتها والآثار المترتبة عليها، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول تعريف قواعد المنشأ

لا بد من الإشارة ابتداءً الى ان العديد من الفقهاء يعرف قواعد المنشأ باعتبارها جنسية اقتصادية للسلع في ظل التبادلات التجارية الدولية، حيث يتم تحديد مكان تصنيعها أو إنتاجها، وبذلك يعتبر المنشأ رابطاً جغرافياً بين السلعة والبلد الذي احتواها والشروط التي تم فرضها من الناحية الإدارية، والتي بدورها تكسب المنتج صفة المنتج الوطني المنشأ.

مع ضرورة الاخذ بعين الاعتبار التمييز وعدم الخلط بين المنشأ والمصدر، وذلك لان المصدر يقصد به أين تم شحن السلعة ونقلها من آخر بلد إلى وجهتها المقصودة كما يأخذ بعين الاعتبار مصدر السلعة.

فقد عرفها المشرع الاماراتي بموجب القانون الاتحادي رقم (11) لسنة (2019) على انها " الأسس التي تحدد بلد منشأ السلعة وفقا لهذا القانون او الاتفاقيات".

وقد ورد تعريف قواعد المنشأ أيضا بموجب اتفاقية كيوتو لتبسيط وتنسيق الإجراءات الجمركية بالملحق الخاص (K) في الفصل الأول منها بانها " الاحكام الخاصة المستمدة من المبادئ المنصوص عليها في التشريع الوطني أوالاتفاقيات الدولية (معايير المنشأ) المطبقة من قبل البلد لتحديد منشأ البضاعة".

وتعرف كذلك بموجب منظمة التجارة العالمية على أنها " القوانين والنظم والأحكام الإدارية ذات التطبيق العام التي يطبقها أي عضو لتحديد بلد منشأ السلعة على شرط أن تكون قواعد المنشأ هذه لا تتعلق بالنظم التجارية التعاقدية أو المستقلة ذاتيا التي تؤدي إلى منح أفضليات تعريفية تجاوز ما ينتج من تطبيق إتفاقية جات 1994".¹

وتعرف قواعد المنشأ حسب مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية بانها " القوانين واللوائح والقرارات الادارية ذات التطبيق العام التي تطبقها حكومات البلدان المستوردة بغية تحديد بلد المنشأ للسلع والتي لها أهمية في سياق تنفيذ أدوات السياسة التجارية، مثل مكافحة الإغراق والرسوم التعويضية، ووضع عالمات المنشأ، وتدابير الحماية".²

كما عرفت بموجب التعريفات الفقهية على انها " تلك الأسس او الاعتبارات التي تقررها الدولة لتحديد البلد الذي يعتبر اصل السلعة المستوردة

1 - بشأن قواعد وشهادات المنشأ.

2 - www.MTN-FA-A1A-agreement on rules of origin11.htm.

3 - مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية، قواعد المنشأ تشكل مفتاح النجاح لمنطقة التجارة الحرة القارية الافريقية، جنيف، سويسرا: الامم المتحدة، 2012، ص 51.

وذلك لأغراض معاملتها جمركيا عند دخولها الى أراضيها من حيث معدل التعريف الجمركية وغير ذلك من التدابير او القيود الحدودية التي قد تفرضها على الواردات".¹

او هي " مجموعة من القواعد التشريعية المتبعة في دولة معينة لتحديد منشأ السلعة، وبمقتضى المنظمة المذكورة فقد تم تشكيل لجنة مهمتها تنسيق قواعد المنشأ أو توحيدها، وقد تضمنت قواعد المنشأ التي تطبق في جميع حالات التجارة الخارجية مثال ذلك مكافحة الاغراق، معاملة الدولة الأولى بالرعاية، والقيود التمييزية"².

وعرفت أيضا بأنها " المعايير التي تحدد جنسية المنتج بحيث يكون محتويا على حد أقصى من المكون الأجنبي أو تكون المدخلات الأجنبية فيه قد خضعت لحد أدنى من العمليات التصنيعية التي تقاس إما عن طريق القيمة المضافة أو بوقوع المنتج النهائي تحت بند جمركي مختلف عن البند الذي يشمل الخامات التي دخلت في تصنيعه، وعليه فإن هذه القواعد هي التي تحدد أحقية المنتج المصدر في التمتع بالإعفاءات الجمركية في إطار اتفاق التجارة الحرة بين أي بلدين"³.

وعرفها آخر بانها " الآلية المستخدمة لتحديد جنسية المنتج (بلد التصنيع) وهي مهمة كأداة في السياسات التجارية للحكومات بأنها مجموعة من القواعد التي تنصمها الاتفاقيات التجارية بهدف تسهيل تحديد بلد المنشأ

1 - احمد جامع، اتفاقات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٨٢٠.

2 - محمد علي إبراهيم، الآثار الاقتصادية لاتفاقية الجات، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٣٤.

3 - رشا عادل عبد الحكيم، اثر اتفاقية المشاركة المصرية الاوربية، المركز المصري للدراسات الاقتصادية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨.

الذي قد يستفيد في الحصول على إعدامات حركية تفصيلية منصوص عليها في اتفاقيات التجارة الحرة".

ومما تقدم من تعاريف نجد انها بالمجمل تؤكد على ان قواعد المنشأ وجدت لغرض تحديد منشأ السلعة أي تحديد جنسيتها والاستفادة من الإعفاءات الجمركية المنصوص عليها في إطار اتفاقيات التجارة الدولية.

وعليه تسعى الدول الى إيجاد قواعد عامة بموجب اتفاقيات دولية تلتزم بتطبيق بنودها كل الدول المصادقة عليها بغية توحيد ممارساتها التجارية فيما يتعلق بقواعد المنشأ، وأن لا تؤدي الى اعتبارها أحد البنود أو العناصر الأساسية الهامة التي تؤثر في تلك الممارسات وفي النتائج التي تتمخض عنها من حيث خلق المعوقات أو أن تكون سببا في الحد من انتشار السلع بين الدول بحرية كاملة دون أي ضوابط.

وهذا ما تسعى له منظمة التجارة العالمية من خلال وضع ضوابط ومبادئ وإجراءات محددة تفرض تطبيقها على جميع الدول عند الانضمام لها والتزامهم بما يصدر عنها وهذا ما يخلق الارتباط الوثيق بين قواعد المنشأ، وعمليات التجارة الدولية.

وقد تضمنت التعاريف أيضا التأكيد على ضرورة تطبيق قواعد المنشأ بشكل متوازن وموحد وعادل وبالتالي ان لا تكون القواعد التي تطبقها الدول الأعضاء على الصادرات والواردات أشد صرامة من تلك الخاصة بتحديد طبيعة السلعة محلية أم أجنبية، ودون تمييز بين الدول الأعضاء مهما كان انتماء الأطراف المنتجة لتلك السلع فهي وسيلة لتنظيم السياسات التجارية لمختلف الدول.

١ - ثامر خالد مريان، السياسة التجارية الخارجية: الأردن انموذجا، دار أمواج للطباعة، عمان، الأردن، ٢٠١٢، ص ١٠٧.

المطلب الثاني أهمية قواعد المنشأ

من الجدير بالذكر ابتداءً الى إن أهمية تحديد قواعد المنشأ تتمثل بالطابع التقني الذي يتعلق بتجارة السلع الخارجية، وذلك بتحديد ومطابقة المنتجات القادرة على الاستفادة من الاتفاقيات التجارية التفضيلية والبروتوكولات الملحق بها.

ففي حالة وجود اتفاقية تجارية بين الاطراف و التي بموجبها تمنح حقوقاً تفضيلية، تستفيد البضائع المنتجة في ذلك البلد من الرسوم الجمركية المطبقة والإعفاء أو التخفيض في نسب الحقوق ، و هنا نكون بصدد تطبيق القواعد التفضيلية، أما في حالة غياب ذلك، فنكون بصدد تطبيق القواعد العامة التي يتضمنها التشريع الجمركي و هو ما يسمى بالقواعد غير التفضيلية !

ففيما يتعلق بقواعد المنشأ التفضيلية فهي مجموعة الشروط التي يستوجب توفرها في منتج أو سلعة ما حتى تستفيد من معاملة تفضيلية تتمثل في الامتيازات التعريفية التي تقرها الاتفاقيات التجارية الدولية، والتي من شأنها أن تميز بلد المصدر عن بلد المنشأ، كما أنها تسمح بتحديد المعايير الواجب تطبيقها لمعرفة البضائع التي ستستفيد من تلك الامتيازات التي تم الاتفاق عليها.

اما القواعد غير التفضيلية فتعني القوانين واللائحة والقرارات الادارية ذات التطبيق العام التي تطبقها الدول لتحديد بلد المنشأ للبضائع وتستخدم بهدف تطبيق التعريفات الجمركية، تطبيق القيود الكمية إعداد إحصائيات

١ - عاطف وليد اندراوس، القواعد التفضيلية في الاتفاقيات الدولية التجارية والقواعد غير التفضيلية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨، ص ١١.

التجارة الخارجية، ووضع علامات المنشأ ومكافحة الإغراق والرسوم التعويضية.

وتجدر الإشارة الى ان المشرع الاماراتي^١ أورد تعريف للمنشأ التفضيلي بانه " بلد المنشأ المحدد بناء على الاتفاقيات بغرض منح السلعة معاملة تفضيلية عند الاستيراد او التصدير".

وعرف أيضا المنشأ غير التفضيلي بقوله " بلد المنشأ بناء على التطبيق العام لقواعد المنشأ بدون منح السلعة معاملة تفضيلية عند الاستيراد او التصدير".

ومما تقدم نجد ان قواعد المنشأ هي الاساس الذي يتم بموجبه تبادل الإعفاءات والامتيازات بين الدول المرتبطة فيما بينها باتفاقيات تعاون ثنائية أو متعددة الأطراف، فهي تنطوي على أبعاد ومضامين اقتصادية وسياسية تفوق حتى أهميتها التقنية، وذلك لما تمثله عمليات التجارة الخارجية من أهمية في ظل النظام الاقتصادي العالمي الجديد الذي يسعى لتحويل العالم لسوق واحدة، وعدم قدرة أي بلد من البقاء منفرداً خارج هذه السوق.

وبالتالي فان كل بلد محكوما بالدخول إلى هذه السوق شاء أم أبى، ويبقى التحدي الذي يجب عليه مواجهته هو مقدار التكيف مع هذه السوق بأقل ما يمكن من خسائر وتحقيق اكبر قدر من الارباح^٢.

ولا يمكن اغفال ما تؤديه قواعد المنشأ من ترسيخ للتجارة العادلة^٣ فهي تساعد في تسهيل تدفق التجارة الدولية وذلك من خلال قواعد منشأ واضحة

١ - المادة (١) قانون اتحادي رقم (١١) لسنة (٢٠١٩) بشأن قواعد وشهادات المنشأ.

٢ - دسمير محمد عبد العزيز، التجارة الدولية والجات، الإسكندرية للكتاب، مصر، ١٩٩٧، ص ١٦١.

٣ - وهي التجارة التي تقوم على أساس مبدأ والشفافية والشاركة بالتبادل التجاري مع تقليص عدد قنوات التوزيع للسلع لغرض الوصول للسعر العادل، ويكون الهدف من ذلك هو تحقيق اكبر مستوى من العدالة في مجال التجارة الدولية والمساهمة في تحقيق التنمية المستدامة من خلال تقديم شروط تجارية افضل

لا تشكل اي حواجز غير ضرورية أمام حركتها، ولا تكون سببا في إبطال الحقوق بموجبها، بمعنى أن قواعد المنشأ لا تشكل حاجزا أمام حركة السلع بين الدول.

كذلك تساعد قواعد المنشأ على توفير آلية للتشاور بشأن المنشأ وحسم نزاعاته بما لا يتنافى مع أهداف ومبادئ منظمة التجارة العالمية ويعتبر أيضا الهدف الأساس للاتفاق هو تنسيق قواعد المنشأ غير التفضيلية، حتى لا تشكل عوائق أمام التجارة وذلك بوضع برنامج عمل لجعل قواعد المنشأ منسجمة مع القواعد المعتمدة في منظمة التجارة العالمية والمتعلقة بقواعد المنشأ في منظمة الجمارك العالمية!

ولا بد من الإشارة الى انه ثمة أطراف عديدة تعتمد على قواعد واضحة ومستقرة ودقيقة لتحديد وتنظيم قواعد المنشأ ومنها الإدارات الجمركية وغرف التجارة والصناعة ووزارات التجارة والصناعة والمالية، ورجال الصناعة والمستثمرين والمستوردين والمصدرين، إضافة الى المنظمات الدولية كمنظمات التجارة العالمية والإتحاد الأوروبي ومنظمة الجمارك العالمية، والاتحاد الإفريقي.

حيث تهتم الإدارات الجمركية بوجود قواعد لتحديد منشأ البضائع سواء كانت قواعد تفضيلية أو قواعد تطبيق عامة حيث أنها تساعد في ممارسة دورها ربط وتحصيل الضرائب الجمركية وما يتطلبه ذلك من أعمال تقييم، لذا يلعب المنشأ دورا هاما في التثبيت من القيمة الجمركية المتخذة كأساس لفرض الضرائب والرسوم وذلك من خلال تطبيق القوانين واللوائح الاستيرادية والتصديرية كذلك تطبيق القوانين والقرارات الصادرة بشأن تقرير

وحماية حقوق العاملين والمنتجين المهمشين خاصة في الدول النامية، للمزيد من التفاصيل ينظر: د. مرتضى محمد صلاح الدين، التجارة الخارجية العادلة، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، معهد الجزيرة العالي، مصر، ٢٠١٧، ص ٩٢٦.

١ - محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٦٥٣.

الرسوم التعويضية ، ورسوم الوقاية ورسوم مكافحة الإغراق إضافة الى المساعدة في تطبيق الأحكام الخاصة بالاتفاقيات التجارية بكافة أنواعها، حيث تساعد قواعد المنشأ الإدارية الجمركية في تقرير منح المستوردين للتيسيرات والمزايا التي تتضمنها هذه الاتفاقيات من عدمه.

ومما تقدم فان وجود قواعد منشأ مستقرة وواضحة تسهل عملية في تطبيق القواعد الاستيرادية واجراءات مكافحة الإغراق والتقليل من المنازعات بين الإدارات الجمركية والمستوردين في مجالات التقييم وغيرها إضافة الى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية إضافة الى امكانية استخدام قواعد المنشأ لأغراض ترقيم وتمييز البضاعة.

وتجدر الإشارة الى اهتمام المصدرون بوجود قواعد منشأ واضحة ودقيقة وذلك ما يتيح لهم الحصول على المزايا التي ترتبها الأنظمة التفضيلية والاتفاقيات التجارية (الاتحادات الجمركية، المناطق الحرة، الاتحادات الاقتصادية) بشكل يتيح إمكانية نفاذ منتجاتهم إلى الأسواق الخارجية.

ولا يقتصر الاهتمام بقواعد المنشأ على المصدرون فقط بل يمتد ليشمل المستوردون كي يستفيدوا من التسهيلات والإعفاءات التي تقررها الاتفاقيات التفضيلية، بما يضمن تخفيض في التكلفة الاستيرادية ويعزز من قدراتهم على رفع الأرباح، كذلك فإن وجود قواعد منشأ واضحة ومستقرة قد تحمي المستوردين من أي تعسف عند تقدير الضرائب وقوانين مكافحة الإغراق واعمال القوانين الاستيرادية والاتفاقيات التجارية التفضيلية!

إضافة الى ما تقدم نجد ان حكومات الدول المستوردة تهتم أيضا بإعمال قواعد لتحديد منشأ السلع ومنتجات لضمان أن القرارات التي تتخذها الحكومة بمقاطعة منتجات دول أخرى لأسباب سياسية أو فرض عقوبات اقتصادية

١ - أندراوس عاطف وليم، مصدر سابق، ص ٩.

سيتم تنفيذها إذ قد يلجأ بعض المصدرون إلى محاولة إدخال بعض المنتجات محل المقاطعة أو الحظر بدعوى أنها تتمتع بمنشأ غير خاضع لهذه التدابير، ومن شأن وجود قواعد منشأ واضحة وقاطعة ومحددة أن تحبط مثل هذه الممارسات.

وتزداد أهمية قواعد للمنشأ مع تزايد وتنوع مستويات العلاقات الاقتصادية بين الدول، حيث أصبحت تمثل الركيزة الأساسية في يد الدول والتكتلات الاقتصادية الدولية لحماية اقتصادياتها من المنافسة الخارجية غير المشروعة لاسيما في ظل التطور التكنولوجي.

كذلك تساعد قواعد المنشأ في تطبيق أي قيود كمية أو إدارية كحصر الاستيراد وتفيد قواعد الدول المنخرطة في اتفاقيات تجارية تفضيلية في التثبيت من منشأ وارداتها ومن ثم أحقية استفادتها بالمزايا التفاضلية بهذه الاتفاقيات، كما تساعد على إثبات حق تمتع منتجاتها المصدرة إلى هذه الدول بالمزايا التي ترتبها هذه الاتفاقيات، حيث يهدف المنشأ إلى التثبيت من أن البضائع المنتجة في البلدان المشاركة فقط في هذه الاتفاقيات تتمتع بالأفضلية، وتأسيساً على ذلك تعتبر قواعد المنشأ التفضيلية بمثابة جزءاً مكملًا لهذه الاتفاقيات.

ولا يمكن اغفال دور قواعد المنشأ في حسم المنازعات التجارية بين أطراف العقود التجارية حيث تسهم في مجالات تطبيق الإجراءات، وتدابير الوقاية والرسوم التعويضية وتدابير مكافحة الإغراق، حماية للاقتصاد الوطني من مخاطر إغراق السوق الوطنية لمنتجات منخفضة القيمة والتي تقل أسعارها بشكل كبير عن تكلفتها إنتاجها، أو تقل عن الأسعار المماثلة على مستوى التجارة العادية، أو مخاطر طرح منتجات مستوردة مدعومة بشكل ممكن ان يسبب الاضرار بالصناعات الوطنية، أو عندما تطرأ زيادات غير متوقعة في الواردات من منتج معين.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن قواعد المنشأ لا بد ان تكون على درجة كبيرة من الاتساق من خلال الاتفاقات المختلفة، فكلما زادت درجة عدم الاتساق، كلما زاد نظام قواعد المنشأ تعقيدا لكل من الشركات والموظفين المسؤولين بدوائر الجمارك والتجارة الخارجية!

المطلب الثالث آثار تطبيق قواعد المنشأ

إن قواعد المنشأ من أهم العوامل التي تساهم في إعاقة او تسهيل التجارة الدولية هي الأساس في آلية إتمام الصفقات التجارية، وذلك بما تتضمنه من وثائق وإثباتات وما تحتاجه من إجراءات لتأكيد المنشأ الوطني للسلعة، فحتى تكون السلعة مهيأة للمعاملة التفضيلية في سياق تبادلها في الأسواق الدولية يحتاج ذلك الى الإجراءات التجارية في المنافذ الجمركية وذلك لغرض القيام بعمليات المعاينة والتفتيش على السلعة للتأكد من مطابقتها لقواعد المنشأ.

حيث ان الاختلافات في مستوى التطور الاقتصادي بين الدول، وسعي كل دولة لتحقيق اكبر قدر ممكن من مصالح وطنية في سياق علاقاتها الاقتصادية، غالباً ما يؤدي إلى لجوءها لفرض شروطها الوطنية، سواء كانت تتمتع بقدرات اقتصادية او غير اقتصادية فتسعى إلى الاحتفاظ بمتطلبات وشروط تخالف جهود تحرير وتيسير التجارة الدولية.

الفرع الأول الآثار الايجابية لتطبيق قواعد المنشأ

١ - ، حيث تعمل الحكومات تلافياً لما تقدم بفرض رسوم مكافحة الإغراق، كذلك العمل على اتخاذ تدابير تعويضية كتقرير رسوم تعويضية على السلع المدعمة خارجياً، او اتخاذ إجراءات وقائية تحمي الصناعة المحلية . للمزيد من التفاصيل ينظر: أريج دياب، أثر اتفاقية الشراكة الأردنية الأوروبية على حركة التبادل التجاري بين الأردن ودول الإتحاد الأوروبي، غرفة تجارة عمان، ٢٠٠٥، ص٦.

ان من اهم الآثار الإيجابية لقواعد المنشأ تتمثل في تشجيع وتسهيل التجارة الحرة للسلع والخدمات بين الدول الأعضاء في الاتفاقات التفضيلية خصوصا المناطق الحرة، وهذا ما يؤدي بالضرورة الى زيادة الصادرات ويعزز التوجه التصنيعي في تلك الدول ومن ثم يرفع معدلات النمو الاقتصادي لها.

إضافة لذلك تعمل على تشجيع الاستثمار في الصناعات المحلية المغذية والتي تسهم في رفع قدرة المصدرين لتحقيق نسبة القيمة المضافة المحلية التي تتطلبها الاتفاقات التجارية والتي تساعد أيضا على خلق و تنمية روابط أساسية بين الصناعات المحلية مما يخفض بدوره من تكلفة الامتثال التي تتطلبها قواعد المنشأ، وبالمحصلة النهائية يؤدي ما تقدم إلى تخفيض أسعار الصادرات الوطنية وارتفاع القدرة التنافسية لها في مواجهة صادرات الدول الأخرى في أسواق الدول المشاركة في الاتفاقات التجارية الدولية!

حيث ان تواجد صناعات مغذية لنطاق كبير يحقق اثارا ايجابية تؤدي لخفض تكاليف الإنتاج، وتشجع الاستثمار الأجنبي وتزيد من القدرات التنافسية للشركات، إضافة الى خلق فرص العمل وتعزيز النمو الاقتصادي .

الفرع الثاني

الآثار السلبية لتطبيق قواعد المنشأ

اما عن الآثار السلبية لقواعد المنشأ فتتمثل في تعقدها وحدتها في كثير من الحالات، والتي قد تتعارض مع تحقيق الأهداف السالفة الذكر من حيث الآثار الإيجابية فتضحي التعقيدات، والتفصيلات الفنية الدقيقة التي تتطلبها عائق أمام حرية التجارة الدولية ومن ابرز تلك الآثار هو في انحراف التجارة عن مسارها المحدد ومن ثم تراجع المنافع التفضيلية الممنوحة للدول الأعضاء في الاتفاق التجاري التفضيلي.

١ - عاطف وأليم أندراوس ، مصدر سابق، ص ٥.

فقد يؤثر الالتزام بقواعد المنشأ على القرارات الاستثمارية للشركات وعلى تعاقداتهم، فإذا كانت ثمة مدخلات لهذه الشركات تتضمن مدخلات مستوردة تستبعد من قبل قواعد منشأ لاتفاقية تجارية تفضيلية تشارك في هذه الدولة، فتصبح الشركات مطالبة بالحصول على هذه المدخلات من مصادر لا تستبعد من قواعد المنشأ التفضيلية بتكلفة أعلى نظير تمتعها بالإعفاءات التفضيلية أو تفضل الحصول على هذه المدخلات بالتكلفة مع التضحية بالإعفاءات التفضيلية.

وفي حالات عديدة إذا تجاوزت المدخلات قيمة الإعفاءات المتوقعة، ستفضل الشركة الحصول على المدخلات بتكلفة منخفضة وتدفع ضرائب جمركية وفقا لشرط الدولة الأولى بالرعاية دون التمتع بالإعفاءات التفضيلية حيث ان تأثير قواعد المنشأ على القرارات الاقتصادية للمنتجين ينطوي على آثار سلبية في تخصيص الموارد الاقتصادية تجاه استخدامها الامثل، وقد يكون أيضا لقواعد المنشأ آثار سلبية على كل كميات وأسعار الإنتاج!

إضافة لما تقدم قد تدخل قواعد المنشأ بين المراكز النسبية للشركات المتماثلة في انتاجها في نفس الدولة وذلك يعزز الاختلافات في الكفاءة الإنتاجية لهذه الشركات، فيؤدي إلى زيادة فرص التصدير للشركات الأقل كفاءة منها، ويتم مواجهة الشركات الأعلى كفاءة ليس لسبب، إلا بقدرة الشركات منخفضة الكفاءة على تلبية قواعد المنشأ التي تعطيها أسبقية في الدخول بشروط تفصيلية للأسواق الخارجية.

كذلك تزداد حدة الآثار المذكورة انفا في القطاعات الضخمة التي تبرز فيها أهمية الاقتصاد، فقد يضطر منتج يقوم بالتوريد لشريكين، أحدهما شريك تفضيلي والثاني غير تفضيلي، أو قد يوجه بقواعد منشأ مختلفة لدى شريكين تفضيليين مختلفين إلى الإنتاج، باستخدام توليفات مدخلات مختلفة إذا ما كان

١ - حسن أحمد هلال، قواعد المنشأ والتقييم الجمركي، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠١، ص ١٣.

على هذا المنتج أن يحصل على دخول تفضيله، مما يؤدي إلى تقليص المنافع المتحققة من خفض تكاليف موحدة من مستلزمات الإنتاج، وباستخدام عملية إنتاج موحدة وقد يؤدي التشدد بقواعد المنشأ الى تراجع فرص الدول في الاستفادة من مزايا الاتفاقات التفضيلية المتمثلة بالإعفاءات والتخفيضات في الضرائب.

وإذا كانت تكلفة استخدام المدخلات التي تسمح للمنتج النهائي بالوفاء بمتطلبات قواعد المنشأ المقرر اقل من الأرباح المتوقع تحقيقها للمنتج أو الشركة تقرر الشركة تغيير توليفة مدخلاتها المستخدمة، ولن يكون لها الحافز للامتثال لقواعد المنشأ، والعكس صحيح عندما تتوقع الشركة أن تستحوذ على حصة أكبر من السوق، وتحقق أرباح تزيد من تكاليف الامتثال لقواعد المنشأ، هنا يكون لدى الشركة حافز أكبر يضمن ان منتجاتها ستكتسب المنشأ.

وان الإجراءات التجارية في المنافذ الجمركية قد تتضمن القيام بعمليات تفتيش، ومعاينة على السلعة للتأكد من مطابقتها لقواعد المنشأ، وهذا في اغلب الأحوال يؤدي إلى تأخير السلعة في المنافذ الجمركية، وتحميلها أعباء وتكاليف إضافية قد تعرقل إتمام الصفقات التجارية اللاحقة أو حتى تلغيها لان العمليات التجارية تحتاج بطبيعتها إلى سرعة في إتمامها، وبالتالي تتحقق الإعاقة في حركة السلع في الأسواق الدولية وذلك نتيجة التأخير الذي يسبب في خسارة بحصيلة العملية أو الى ضياع فرص تجارية حقيقية.

كذلك تعد قواعد المنشأ بحد ذاتها معوقات وقيود على حركة السلع في الأسواق الدولية ، وذلك بما تتضمنه من أسس ومعايير مقننة في سياق التفضيل فتحدد المرتكزات التي تقوم عليها عملية التجارة السلعية ، إضافة الى التصرفات التي تمارسها بعض الدول في سبيل التحايل على صرامة تلك القواعد لتحقيق بعض المكاسب الإضافية خارج سياق التفضيلات التي تمنحها تلك القواعد ، أو تخفيض مصلحة حقيقية من جراء تطبيقها ، او بسبب عدم قدرة الدولة على تحقيق تلك القواعد، وعدم وجود أي معيار دولي أو

إمكانية دولية للحد من هذه التصرفات لان معظم هذه المخالفات ، تقوم بها الدول ذات الفاعلية في النظام الاقتصادي العالمي!

المبحث الثاني معايير اثبات المنشأ

يقصد بمعايير إثبات المنشأ الأسس التي يمكن استخدامها لتعريف وتحديد منشأ السلع، وحسب الأدبيات في هذا الخصوص فإن السلع المنتجة يتحدد منشأها بمنشأ بلد المواد المستخدمة في إنتاجها، أو الدولة التي تم اتمام العملية الانتاجية بها إلا أن اتمام تصنيع السلعة في أكثر من دولة يجعل من عملية تحديد منشأ المنتج النهائي تصبح معقدة نوعاً ما وتحتاج لوضع قواعد محددة لتحقيق ذلك، وعليه نتناول في المبحث المعايير المتبعة لاثبات المنشأ، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول معايير المنتجات المتحصل عليها بالكامل

تعد البضاعة المنتجة بالكامل في بلد معين من منشأ هذا البلد وفقاً لهذا المعيار، وينطبق ذلك على المنتجات المصنوعة بالكامل والمنتجات الطبيعية.

وبالتالي تكون السلعة بالكامل من زراعة أو إنتاج أو صنع لبلد واحد فقط، وبدون تدخل أي مدخل غير محلي مثال ذلك الخضار والفواكه المقطوفة في البلد، والحيوانات الحية التي ولدت وتربت بذات البلد، والمنتجات المعدنية المستخرجة من التربة أو قاع البحر في البلد كذلك الأسماك التي تم صيدها من مياه البلد الاقليمية.

وكما هو معلوم فإن ما ذكر انفا لا يتضمن إلا عمليات تصنيعية بسيطة، وبالتالي لا تشكل إلا نسبة قليلة من التجارة الدولية، ولا بد من وجود معايير

^١ - عاطف وليم اندراوس، مرجع سابق، ص ٧.

أخرى تتوافق مع وجود سلع تخضع لعمليات تصنيعية، قد تكون في بلد واحد أو في أكثر من بلد!

وقد أورد المشرع الاماراتي في المادة (٢) معيار السلع المتحصل عليها بالكامل بقوله " تعتبر السلعة من منشأ البلد الذي تم فيه الحصول عليها بالكامل في أي من الحالات الآتية:

١. المنتجات التعدينية المستخرجة من أراضيها أو قاع بحاره
 ٢. المنتجات الزراعية التي تم جنيها أو حصادها فيه.
 ٣. الحيوانات الحية التي ولدت فيه وتمت تربيتها فيه.
 ٤. منتجات الحيوانات الحية التي تمت تربيتها فيه.
 ٥. منتجات الصيد البري أو البحري فيه.
 ٦. منتجات الصيد البحري والمنتجات الأخرى التي الحصول عليها من خارج المياه الإقليمية للبلد بواسطة سفن تلك البلد والمنتجات التي تم تصنيعها على ظهر هذه السفن وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.
 ٧. السلع المستعملة التي تم جمعها فيه والتي تصلح فقط لاستعادة المواد الخام منها.
 ٨. مخلفات المنتجات الناتجة عن عمليات التصنيع التي تتم فيه.
 ٩. منتجات مستخرجة من التربة البحرية أو من التربة خارج المياه الإقليمية لذلك البلك شريطة أن يكون له وحده حق استغلال تلك التربة.
 ١٠. السلع التي يتم إنتاجها فيه من المنتجات المشار إليها في الفقرات من (١) إلى (٩) من هذه المادة".
- اما اتفاقية كيوتو فقد حددت الأصناف التالية فقط منتجة كلياً في بلد معين وهي:

١ - أحمد صيري لاشين، نظم الإدارة والتدريب ودورها في رفع الكفاءة الإنتاجية ورفع القدرة الإنتاجية للمنتجات العربية، المؤتمر الثامن للتنمية الصناعية في الدول العربية، ٢٠٠٣، ص ٢

- ١- المنتجات النباتية التي تحصد أو تجمع في ذلك البلد.
- ٢- المنتجات المعدنية المستخرجة من تربتها أو مياهها الإقليمية أو من قاع بحارها.
- ٣- الحيوانات الحية التي تولد وتربي في هذا البلد.
- ٤- المنتجات المتحصل عليها من الحيوانات الحية في هذا البلد.
- ٥- المنتجات المتحصل عليها من صيد الحيوانات أو الأسماك في ذلك البلد.
- ٦- المنتجات المتحصل عليها بالصيد البحري وغيرها من المنتجات المستخرجة من البحر والمراكب التابعة لذلك البلد".
- ٧- المنتجات المتحصل عليها على متن سفن المصانع التابعة لذلك البلد حصرا من المنتجات المشمولة.
- ٨- المنتجات المستخرجة من التربة البحرية أو التربة التحتية في البحر خارج المياه الإقليمية لذلك البلد شريطة أن يكون للبلد حقوق لشغل تلك التربة أو التربة التحتية.
- ٩- النفايات والخردة الناتجة عن عمليات التصنيع والمعالجة، والأصناف المستعملة المجموعة في تلك البلد والتي لا تصلح إلا للاستعادة المواد الأولية.
- ١٠- المصنوعات المنتجة في ذلك البلد من المنتجات.
- ١١- يجب أن تكون السلعة بالكامل من زراعة أو إنتاج أو صنع بلد واحد فقط، وبدون استعمال أي مصدر غير محلي؛ الحيوانات الحية التي ولدت وترتب بذات البلد وبالنسبة للخضار والفواكه المقطوفة في البلد، الأسماك التي تم صيدها

في مياه البلد الإقليمية والمنتجات المعدنية المستخرجة من التربة أو قاع البحر في البلد¹.

المطلب الثاني معيار التحويل الجوهري

بموجب هذا المعيار تصنف السلع على أساس عمليات التصنيع التي تخضع لها المادة أو السلعة في بلد ما، وتصبح من خلالها صالحة للاستخدام بشكل مختلف عن استخدامها الأولي، وبذلك تكتسب السلعة صفة المنشأ في البلد الذي يجري آخر عملية تحويل أو تصنيع جوهري عليها، لكن يشترط أن يؤدي هذا التصنيع إلى منتج جديد.

وقد ورد تعريف معيار التحويل الجوهري بموجب الفصل الأول من اتفاقية كيوتو بالملحق الخاص (K) بانها " المعيار الذي يحدد المنشأ بموجبه باعتبار بلد المنشأ هو البلد الذي جرت فيه آخر عملية تصنيع أو معالجة جوهريّة مما تعتبر كافية كي تضافي على السلعة صفتها الرئيسية".

وتتعدد الحالات التي تعتبر السلعة بموجبه قد تحولت تحويلا جوهريا ومنها:

1. إذا تم تغيير تصنيف التعريفية الجمركية للسلعة، عن تصنيف كل من أجزائها الأساسية او مكوناتها.
2. إذا كانت القيمة المضافة تساوي على الأقل من 40%-60٪ من قيمة السلعة في بارض المصنع.

¹ - الملحق الخاص K ، الفصل الأول، من اتفاقية كيوتو.

٣. اذا تم استعمال طرق خاصة أثناء عملية التحويل الجوهري حيث ان بعض الحالات تتاح فيها عملية تحويل معينة، في غياب تغيير الوضعية الجمركية، بإضفاء طابع المنشأ على سلعة ما عند إجراء بعض العمليات التقنية الخاصة بالتصنيع أو التحويل عمليات تتم الإشارة إليها بشكل خاص في القائمة المرفقة بالاتفاق!

المطلب الثالث معيار تغيير الوضعية الجمركية

ان السلع والمنتجات وفق أنظمة الجمارك في كل دولة تصنف وفقاً لأغراض تحصيل الرسوم والضرائب المفروضة على المنتجات وذلك في جداول تعريفية بحيث يعطى لكل سلعة أو منتج رقماً يدل على أثر قواعد المنشأ على التجارة الخارجية لدول شمال إفريقيا.

ويحدد المنشأ الوطني للسلعة على المستوى العالمي بالاعتماد على التغيير في تصنيف السلع وفق "نظام التعريفات المنسق"^١، حيث تكتسب السلعة صفة المنشأ الوطني في دولة ما عندما يتغير رقم تصنيف هذه السلعة في تلك الدولة، أي أن صفة المنشأ الوطني للسلعة تمنح للبلد الذي تم فيه احداث

١ - وهيبه بن داودية، أثر قواعد المنشأ على التجارة الخارجية لدول شمال إفريقيا، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا-

العدد السادس، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ١٤.

٢ - وقد ورد في المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للنظام المنسق لتصنيف وتبويب السلع لسنة (١٩٨٣) تعريفا لنظام التعريفات المنسق على انه " يعني الجدول الذي يتضمن البنود الفرعية ورموزها الرقمية والاقسام والفصول وملاحظات البنود الفرعية والقواعد العامة لتفسير النظام المنسق المنصوص عليها في ملحق هذه الاتفاقية".

تغيير في الصنف أو البند التعريفي لتلك السلعة نتيجة إجراء عمليات تصنيعية عليها.

ويشكل هذا المعيار الجهد الذي تقوم به منظمة الجمارك العالمية لتنسيق قواعد المنشأ غير التفضيلية والذي ساعدها على ذلك التبنّي الواسع الذي يتمتع به نظام التصنيف المنسق بين الدول، إلا أنه عند تطبيق أسلوب تغيير البند الجمركي لتحديد منشأ المنتجات تثار مشكلة منسوب التصنيف الذي يتطلبه التغيير، والذي يجب أن يتم في العنوان الرئيسي أي عند مستوى أربعة أرقام في تصنيف النظام المنسق وتجدر الإشارة أن النظام المنسق لم يصمم أساساً ليكون أداة لتحديد بلد منشأ المنتجات ولكن هدفه الأساسي هو توفير تصنيف سلعي محدد لمعرفة بند وفئة التعريفه ولجمع الإحصائيات.

ونجد أنه على الرغم من أهمية المعيار المذكور في تحديد المنشأ الوطني للسلعة إلا أنه لا يعد معياراً كافياً، لأنه يواجه بعض القصور في ضبط وتحديد المنشأ الوطني، بسبب بعض العمليات البسيطة من تجميع أو تركيب لأجزاء السلعة والتي يمكن أن تؤدي إلى تغيير في البند التعريفي والمتمثل بالتصنيف الجمركي للسلعة إلا أنها لا تشكل تحويلات مادية كافية لمنح صفة المنشأ الوطني!

المطلب الرابع معيار المحتوى الوطني للقيمة

يعتمد هذا المعيار كمساعد لتحديد المنشأ الوطني للسلعة مع غيره من المعايير، ويشترط لكي تكتسب السلعة صفة المنشأ الوطني، أن تتضمن نسبة مكون محلي معين، عندما تحقق أحد المعايير السابقة ولا يكون كافياً لإكساب صفة المنشأ الوطني، والمقصود بالمكون المحلي مجموع المواد

١ - زريقي فتيحة، أثر عناصر الجباية الجمركية على حساب الحقوق والرسوم الجمركية، مذكرة تخرج لنيل الشهادة الدراسات الجامعية التطبيقية في التجارة الدولية، جامعة خميس مليانة، دفعة ٢٠٠٤، ص ٨.

الأولية والمواد الأخرى ذات المنشأ الوطني أو التي تعد متحصلة بالكامل،
والمستخدمة في صنع تلك السلعة.

المطلب الخامس

معيار القيمة المضافة وعمليات التصنيع الخاصة

اما فيما يتعلق بمعيار القيمة المضافة فيتمثل بتحديد المنشأ الوطني للسلعة على أساس القيمة المضافة التي حصلت للسلعة في بلد ما، اي قيمة العمليات الصناعية التي تمت على السلعة في بلد ما، وفي الغالب تحسب القيمة المضافة كنسبة مئوية من قيمة السلعة، وبالتالي تكتسب صفة المنشأ الوطني عندما تساوي هذه القيمة المضافة أو تفوق نسبة مئوية محددة ١٠٪ من القيمة الإجمالية لها.

وعلى الرغم من دقة المعيار وموضوعيته في إثبات المنشأ الوطني للسلعة إلا أنه ينطوي بذات الوقت على عدة اشكاليات، بعضها يتعلق بطريقة حساب القيمة المضافة نفسها، والبعض الآخر يتعلق بسياسة كل دولة أو مجموعة إقليمية تجارية، وبكيفية تقييم البضائع والسلع في منافذها الجمركية او يتعلق بتحديد نسبتها في إطار الاتفاقيات الثنائية، وحيث أن كل منها يخضع لترتيبات واعتبارات مختلفة، تبعاً لقدرة كل دولة وقوتها الاقتصادية والتفاوضية وقدرتها على فرض الشروط التي تحقق مصالحها.

فإن ما تقدم وكمحصلة نهائية قد يؤدي إلى نشوء نزاعات و خلافات بين الدول في سياق علاقاتها التجارية والاقتصادية وهذا ما يعكس القصور في إثبات المنشأ الوطني للسلع وفقاً لهذا المعيار¹.

اما ما يتعلق بعمليات التصنيع الخاصة الذي يتم بموجبه تحديد بلد المنشأ على أساس آخر دولة أجرت عملية تحويل على المنتج في سلسلة الإنتاج والتحويل

¹ - بن داودية وهيبية، مصدر سابق ص ١٠٥.

مع ضرورة النص على نوع العملية التي تحدد منشأ السلع، فيمكن ان يطبق على أساسين:

1- أساس إيجابي، يحدد لكل منتج صنف العمليات الصناعية، المعالجة التي تحدد المنشأ.

2- أساس سلبي حيث يصنف معيار الإجراءات والعمليات الصناعية التي لا تمنح المنشأ.

ويحتاج لصياغة هذه القواعد استخدام بعض المدخلات الناشئة في البلد أو تمنع استخدام المدخلات الغير ناشئة في البلد، وبخاصة أنه يستخدم عادة أسلوب العمليات الصناعية كمعيار مكمل لمعيار القيمة المضافة للتغلب على بعض الصعوبات في التطبيق.

أما بالنسبة لتقييم طريقة العمليات المحددة فإن هذا الاسلوب يتميز بالوضوح وعدم الغموض، طالما أمكن تحديد العملية التصنيفية المحددة للمنشأ حيث يتمكن المنتجين أن يحددوا إذا كانت منتجاتهم تحقق متطلبات المنشأ أم لا بمجرد الإطلاع عليها، الا ان هذا لا ينفي وجود بعض العيوب والتي من أهمها:

ان هذه الطريقة تتأثر بالضغوط التي قد تمارسها جماعات المصالح على متخذي القرار بشأن تحديد العمليات التي تمنح منشأ السلعة وتلك التي لا تمنحه كما ان هناك صعوبة اخرى لتطبيق هذه الطريقة لأنها تتطلب تصميم قواعد منشأ مستندة إلى عمليات معينة لكل منتج وسلعة، وهذا بطبيعة الحال يؤدي الى تجمع كمية هائلة من المعلومات عن العمليات التصنيعية

لعدد كبير من السلع مع الاخذ بنظر الاعتبار ضرورة تحديثها بشكل مستمر في ضوء التغيرات التكنولوجية التي تشهدها العمليات الإنتاجية والمنتجات!

المبحث الثالث

دور اتفاقية كيوتو لتبسيط الإجراءات الجمركية في تعزيز قواعد المنشأ

ان اتفاقية كيوتو هي اتفاقية دولية تختص بالمجال الجمركي، عقدت في عام ١٩٧٣ بمدينة كيوتو اليابانية، ودخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٧٤ وذلك تحت رعاية مجلس التعاون الجمركي (CCD).

وبموجب هذه الاتفاقية، تتعهد كافة الدول الأطراف فيها بتبسيط وتشجيع الإجراءات الجمركية، حيث يمكنهم التبادل فيما بينهم بكافة التسهيلات.

حيث تحتوي هذه الاتفاقية على حوالي ١٩ مادة، تتناول تحديد الإطار العام لعمل الأطراف المتعاقدة بهدف تبسيط الإجراءات الجمركية إلى حد كبير في إطار ما ورد في الملاحق التي تم قبولها وقت توقيع الاتفاقية^١.

^١ - إلا ان بعض الدول عند تطبيقها لهذه الطريقة تمارس ضغوط تمييزية وذلك من خلال منح المنشأ لمنتجات بعض الدول دون منتجات دول اخرى لكي تمنح معاملة تفضيلية للمنتجات المصنعة محليا، للمزيد من التفاصيل ينظر: عاطف وليم اندراوس، مصدر سابق، ص ١٨-٢٠.

^٢ - زينب جابر سالم، الاتفاقيات الدولية، دار الوفاء، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ٢١٧.

وتجدر الإشارة الى ان من اهم الإجراءات المرتبطة بالسلع والتي تعد من مهام السلطات الجمركية، والتي تعمل الاتفاقية على السعي لتسهيلها وتبسيطها هي:

أ - التخزين المؤقت للبضائع:

حيث يتم تخزين البضائع تحت اشراف الجهات الجمركية لحين تقديم الإقرار الجمركي وتتم هذه العملية في اماكن مغلقة تحدد من قبل هيئة الجمارك.

وتخول السلطات الجمركية المكلفة بتخزين البضائع المؤقت من قبل السلطات العامة في الدولة لغرض تلبية جميع احتياجات التجارة والصناعة.

مع ملاحظة أن التخزين المؤقت يشمل جميع أنواع السلع، بغض النظر عن الكمية او بلد المنشأ او بلد الوصول، ويستثنى من ذلك السلع الخطيرة لما لها من خصوصية حيث يتم تخزينها مؤقتا في مخازن مخصصة لها وبالتالي يمكن للمخازن أن تدار سواء بواسطة السلطات الجمركية أو أي سلطات أخرى تحددها السلطات العامة.

ب- مدة التخزين المؤقت:

اما من حيث مدة التخزين المؤقت فانها تحدد بمعرفة التعريفات المحلية لكل دولة ويجب أن تكون المدة كافية لكي يتمكن المستورد من إنجاز جميع الاجراءات الجمركية على البضائع.

ويسمح في المخزن المؤقت بجميع العمليات الضرورية اللازمة لغرض حفظ السلع وعدم تغيير حالتها وتسهيل الافراج عنها من المخازن ويجب مراعاة أن تكون المدة كافية لغرض تطبيق الإجراءات اللازمة على البضائع.

ج- الرقابة على المخازن المؤقتة:

ويتم ذلك من خلال إستعمال سجلات خاصة لتسهيل حسابات البضائع داخل المخازن والتي تكون تحت إشراف دائم أو متقطع ويتعين أن يكون للمخزن مفتاحين إحداهما مع الجمارك والآخر مع الشخص المختص بالرقابة.

د- البضائع التالفة أو المتروكة:

في حالة ما إذا أصاب البضائع تلف غير محدد قبل الإفراج المؤقت، فيسمح بالإفراج كما لو كانت قد استوردت تالفة ولا تخضع للرسوم والضرائب لكن بشرط موافقة السلطات الجمركية.

أما البضائع الباقية بعد التلف فإنها تخضع للرسوم والضرائب إذا ما تم الحصول عليها للإستخدام المنزلي وإذا تقدم الشخص المسؤول عن البضاعة بطلب إلى الجمارك يطلب فيه ترك البضائع بالمخزن بصفة كلية أو جزئية لصالح الجمارك فمن الممكن ان يحصل ذلك بموافقة الجمارك للتخلص منها وإعدامها تحت الرقابة الجمركية.

و- الإفراج عن البضائع من المخزن المؤقت:

في حالة ما إذا أصاب البضائع تلف قبل الإفراج المؤقت، فيسمح لها بالإفراج كما لو كانت قد استوردت تالفة، بحيث لا تخضع لرسوم الواردات والضرائب وهذا بشرط موافقة السلطات الجمركية في حين أن السلع المتبقية بعد التلف، فيتم إخضاعها لرسوم الواردات والضرائب إذا ما تم الحصول عليها لتستخدم في المنزل.

و في حالة طلب الشخص المسؤول عن السلعة من الجمارك بترك البضائع بصفة كلية أو جزئية، وبالتالي يمكن للجمارك أن تقوم بالتخلص منها و هذا كله يتم تحت انظار الرقابة الجمركية !

وبالرجوع الى اتفاقية كيوتو نجد انها تهدف للتنسيق بين الدول لتبسيط الانظمة الجمركية وذلك من خلال الاتي:

١- تمكين الجمارك من الاستجابة الفعالة للتغيرات المهمة والرئيسية الحاصلة في الوسائل والطرق الفنية، الإدارية والتجارية.

٢- إضافة الى وضع نظام يهدف لتسهيل المبادلات التجارية بين الدول وذلك عن طريق توضيح الانظمة والاجراءات الجمركية وإزالة الاختلافات القائمة بين الدول فيما يتعلق بتلك الاجراءات.

٣- التأكيد على الادارات الجمركية بضرورة اتخاذ إجراءات فعالة مدعمة بوسائل الرقابة المناسبة والفعالة، وعدم الاكتفاء بالامضاء والمصادقة على الاتفاقية، وانما اتخاذ الإجراءات القانونية وحتى الميدانية الفعالة بهدف تسهيل التجارة الدولية .

٤- توضيح الاسس الرئيسية لتبسيط وتنسيق الأنظمة ذلك ان اتفاقية كيوتو المعدلة لسنة ١٩٩٩ نصت على بعض الاسس الرئيسية لتبسيط الاجراءات والتنسيق بين الأنظمة الجمركية.

وبناء على ما تقدم نوضح وسائل إثبات المنشأ حسب اتفاقية كيوتو إضافة الى الحالات الخاصة لاكتساب المنشأ وطرق الرقابة بموجبها، وذلك في المطالب الاتية:

المطلب الاول

١ - بن نعوم حليلة، أثر قواعد المنشأ على التجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة وهران، ٢٠١٥، ص ٥٨-٥٩.

وسائل إثبات المنشأ حسب اتفاقية كيوتو

لا بد من توفر وسائل قانونية بالاضافة إلى تحديد آليات الرقابة التي تلتزم الجهات الرقابية إتباعها وذلك لاثبات مدى احترام تطبيق قواعد المنشأ، وفي هذا الخصوص ورد في الفصل الثاني من الملحق (K) من بروتوكول التعديل الخاص بقواعد المنشأ، أنه عند كل عملية استيراد أو تصدير يجب إرفاق وثائق معينة بالبضاعة لغرض اثبات المنشأ، وهذه الوثائق يجب أن تراعي الشروط والشكليات المنصوص عليها في نص الاتفاقية.

حيث ان إثبات المنشأ يمكن ان يتم بطرق متعددة، الا انه وبهدف تنظيم التجارة الدولية، تم الاتفاق على توحيد شكل شهادة المنشأ في جميع البلدان المتعاقدة في إطار اتفاقية كيوتو، وحسب الاخيرة فإنه يمكن إثبات المنشأ بوسيلتين أساسيتين هما تقديم شهادة المنشأ أو التصريح بالمنشأ على إحدى الوثائق التجارية المرفقة للبضاعة عند الاستيراد أو التصدير مثل الفاتورة التجارية، أو أي وثيقة أخرى تحل محلها.

أ- شهادة المنشأ: وهي عبارة عن وثيقة أساسية لغرض منها ثبات المنشأ، بشرط أن تكون مطابقة للنموذج الوارد في اتفاقية كيوتو وقد عرفتها الاتفاقية على أنها " نموذج معين لتحديد البضاعة تشهد فيه السلطة أو الهيئة المخولة بإصدارها صراحة بأن البضاعة التي تتعلق بها الشهادة هي من منشأ بلد معين، ويجوز أن تتضمن هذه الشهادة تصريحاً من قبل المصنع أو المنتج أو المورد أو المصدر أو أي شخص معني اخر أيضاً.¹

وتصدر شهادة المنشأ باللغة التي يختارها بلد تصدير البضاعة بالاضافة إلى إحدى اللغتين الانجليزية أو الفرنسية إن لم تكن لغة بلد التصدير هي الانجليزية أو الفرنسية.

¹ - الملحق (K)، الفصل الثاني، من بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ الخاص باتفاقية كيوتو.

وقد اعتبرت اتفاقية كيوتو أن تحديد الهيئة المختصة بإصدار شهادات المنشأ هي من شأن داخلي، إلا أنها أوجبت على الدول التي تصادق على الاتفاقية والتي لم تتحفظ على الملحق الخاص بقواعد المنشأ، أن تحدد الجهات المخولة بإصدار تلك الشهادة.

وان أي تحديد للشروط المتعلقة بكيفية إعداد شهادة المنشأ بصورة دقيقة في اتفاقية كيوتو هو دليل على أهمية هذه الشهادة باعتبارها وسيلة أساسية لاثبات المنشأ.

حيث ألزمت الاتفاقية الدول التي صادقت عليها بوجوب احترام مجموعة من الأحكام المتعلقة بكيفية إعداد شهادات المنشأ، وتتمثل بما يلي:

١- لا بد من شطب أي فراغات غير مستخدمة منعا لأي إضافة في المستقبل.

٢- لا يجوز الكشط أو إعادة الكتابة في الشهادة، و أي تعديل فيها بشطب البيانات الخاطئة، أو إضافة أي بيانات سليمة بدال عنها، يجب أن تعتمد من قبل الشخص الذي أجراها، ومن ثم تصادق عليها من قبل الجهة المختصة .

٣- يجوز إكمال النماذج بأي طريقة شريطة أن تكون المعلومات واضحة وغير قابلة للحذف.

٤- يجوز إصدار شهادة المنشأ بعدة نسخ بالإضافة إلى النسخة الأصلية .

ب- التصريح على الفاتورة: أجازت الاتفاقية إثبات المنشأ بناء على تصريح على فاتورة تجارية، حيث يقوم به المصنع أو المورد أو المصدر أو المنتج، بشرط احترام القواعد القانونية المنصوص عليها وذلك في حالات معينة تتمثل في:

١- وهي الحالة التي تتعلق بالبضائع الغير التجارية التي لا تتجاوز قيمتها الاجمالية (٥٠٠) دولار المنقولة في أمتعة المسافرين أو لمرسلة في إرساليات صغيرة موجهة إلى أفراد خاصين.

٢-الارساليات ذات الصبغة التجارية والتي لا تتجاوز قيمتها الجمالية مبلغ (٣٠٠) دولار¹.

ومما تقدم نجد ان الوسيلة الاساسية لاثبات منشأ البضاعة بموجب اتفاقية كيوتو هي شهادة المنشأ اما التصريح على الفاتورة فيعد وسيلة ثانوية ، لان التصريح المذكور يتعلق بالمبادلات التجارية وغير التجارية ذات القيمة الصغيرة.

المطلب الثاني

حالات خاصة لاكتساب المنشأ بموجب اتفاقية كيوتو

ورد في الملحق (K)، الفصل الأول، من بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ من اتفاقية كيوتو حالات خاصة لاكتساب المنشأ و تتمثل في :

١- وهي الحالة التي تتعلق بقطع الغيار الخاصة بالاجهزة والالات ولوازمها، حيث ان الأخيرة تكتسب نفس منشأ الالة أو الجهاز أو الاداة المركبة لكن بشرط أن تستورد وتباع معها، وتمثل معداتها العادية من حيث النوع والعدد، وهنا لا يمكن تطبيق معيار تغيير البند التعريفي أو القيمة أو التحويل الكافي، بل بمجرد استيراد كمية معقولة من قطع غيار مرفقة بالجهاز أو الآلة المتعلقة بها، فإنها تكتسب منشأ ذلك الجهاز أو الالة دون حاجة للمعايير المذكورة.

٢- وتتعلق هذه الحالة بالاجهزة والبضائع المفككة، التي لا يمكن استيرادها في إرسال واحد لاسباب النقل أو الانتاج، فيمنح لها منشأ واحد، لكن بشرط أن يطلب المستورد ذلك اي أن المنشأ الخاص بالارسال الاول هو نفسه المنشأ الخاص بالارسال الاخير للإشارة ومن الجدير بالذكر ان الاتحاد الاوروبي تحفظ على هذه القاعدة في اتفاقية ١٩٧٣.

¹ - (ب/١٢) الملحق (K) الفصل الثاني، من بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ الخاص باتفاقية كيوتو.

٣- وهي الحالة التي تتعلق بمنشأ اغلفة السلع والبضائع، حيث تأخذ الاخيرة نفس منشأ البضائع التي تحتويها، بسرط ان لا ينص التشريع الوطني لبلد الاستيراد على ضرورة التصريح بها على حده لاغراض التعريفة، وفي هذه الحالة يجب تحديد منشأها بصورة مستقلة عن البضاعة حيث أن الاغلفة التي تباع مع البضاعة بالتجزئة هي المعنية في هذه الحالة باكتساب منشأ البضاعة التي تحتويها!

المطلب الثالث

طرق الرقابة على المنشأ بموجب اتفاقية كيوتو

ان اتفاقية كيوتو اعتمدت على وسائل قانونية لاثبات المنشأ، وذلك من خلال
الاتي:

١- الملحق (K) ، الفصل الأول من بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ من اتفاقية كيوتو الفقرات (٧،٨،٩).

٢- تجدر الإشارة الى ان المشرع الاماراتي أوضح في المادة (٩) من الفصل الرابع مسألة الرقابة على صحة بلد المنشأ والتحقق من صحة بلد المنشأ بقوله :

١. " يجوز للدوائر الجمركية وبالتنسيق مع الإدارة في حالات استثنائية وبناء على وجود شكوك جدية في صحة شهادة المنشأ أو منشأ المنتجات المعنية، أو حالة وجود ازدواجية في المنشأ بين الشهادة والدلالة، أو وجود أكثر من دلالة منشأ على البضاعة، رفض منح المعاملة التفضيلية للمنتجات المستوردة إلى الدولة لحين تأكد الإدارة من صحة شهادة المنشأ أو المنشأ الحقيقي للمنتجات المستوردة.

٢. تقوم الإدارة في حال رفض منح المعاملة التفضيلية للمنتجات المستوردة إلى الدولة بإعادة شهادة المنشأ والمستندات المتعلقة ليها للجهة المختصة ببلد التصدير، مع بيان أسباب طلب التحقق في صحة شهادة المنشأ أو منشأ المنتجات المستوردة، وتحدد اللائحة التنفيذية أسباب وإجراءات التحقق من صحة شهادات المنشأ.

٣. مع مراعاة البند (١) من هذه المادة تعرض الدوائر الجمركية على المستورد الإفراج عن هذه المنتجات طبقاً للإجراءات الجمركية المنصوص عليها في القوانين الجمركية في الدولة".

أ- الهيئة المختصة بالرقابة: لم تحدد الاتفاقية الجهة المختصة بإصدار شهادات المنشأ، بل تركت ذلك لارادة الاطراف المتعاقدة، لكن بشرط أن تشير إليها في إشعار قبولها للاتفاقية أو فيما بعد، من أجل إعلام الأطراف الاخرى باختصاص هذه الهيئة .

حيث إن الجهات المختصة بالرقابة، تختلف من دولة لأخرى، ففي بعض الدول نجد غرفة التجارة هي المكلفة بالرقابة بينما نجد مصالح الجمارك هي المكلفة في دول أخرى، او ان بعض الوزارات هي التي تكون مختصة بالرقابة.

ب- ممارسة الرقابة على شهادة المنشأ: فقد ألزمت الاتفاقية الاطراف المتعاقدة بتقديم المساعدة الادارية المتعلقة بعملية التدقيق لشهادة المنشأ، لانها تصدر في إقليم الدولة التي تقوم بعملية التصدير الدولية المستوردة ويتم مراقبتها في إقليم بلد الاستيراد.

وتجدر الإشارة الى إن اتفاقية كيوتو لم تحدد عقوبات دولية في إطار القانون الدولي فيما يتعلق بقواعد المنشأ، وبذلك فإن الدولة غير مسؤولة عن المخالفات التي يرتكبها مواطنيها أمام المجتمع الدولي، الا أنها ألزمت الأطراف المتعاقدة بالاتفاقية من وضع أحكام في إطار تشريعاتها الوطنية، تفرض من خلالها عقوبات على كل شخص يعمل على تقديم وثيقة تتضمن معلومات خاطئة او مضللة!

الخاتمة:

في خاتمة بحثنا نورد جملة من النتائج إضافة الى عدد من المقترحات، وذلك كالآتي:
أولاً: النتائج.

١ - (ب/١٣) الملحق (K) الفصل الثاني، من بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ الخاص باتفاقية كيوتو.

1. إن قواعد المنشأ هي بمثابة جواز السفر للسلع والبضائع والتي يمكن من خلالها تجاوز حدود الدول، فهي تتضمن مجموعة من المعلومات عن تلك السلع والبضائع والتي يتم من خلالها يتم الاستفادة من الامتيازات التفضيلية الممنوحة في إطار الاتفاقيات الاقتصادية الدولية.
2. أن لقواعد المنشأ أهمية تزداد بمرور الوقت بتنظيم العلاقات التجارية بين الدول، وبالأخص في الفترة الأخيرة التي شهد العالم بها تطورا تكنولوجيا كبيرا خاصة مع ظهور الرقمنة وتطور نظام الاتصالات والمواصلات.
3. ان قواعد المنشأ تساعد بشكل أساس في تحديد الرسوم الجمركية التي تخضع لها مجموعة المنتجات والخدمات، وتحديد القيمة الجمركية بموجب التحصيل الجمركي، وتسهم ايضا في تحديد مجموعة المنتجات والخدمات التي تمنح لها المزايا والمعاملة التفضيلية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية، وهذا ما يمكن أن يدعم القدرة التنافسية لهذه السلع من خلال استفادتها من تلك المعاملة التمييزية.
4. ان قواعد المنشأ بمثابة المقاييس التي تستخدم لتحديد المنشأ الوطني للمنتجات، والمكان الذي صنعت فيه، وتصدر كل دولة القواعد والمعايير التي تتضمن طريقة تحديدها للبلد الذي يعد منشأً لسلعة معينة. ان قواعد المنشأ في بعض الأحيان تكون عامة في تطبيقها على جميع البلدان وعلى جميع السلع بدون تمييز، أو قد تكون خاصة يقتصر تطبيقها على بلدان معينة ترتبط باتفاقيات تجارية مع تلك الدولة.
5. قد يكون من المتعذر قيام قواعد منشأ موحدة على المستوى الدولي وبالتالي يتجلى الحل في إمكانية ايجاد قواعد منشأ متوافقة على مستوى التكتلات التجارية وليس على مستوى العالمي، فقد واجهت التكتلات عدة خلافات بين أطرافها حول توحيد قواعد التجارة فيما بينها، فيصبح من غير المعقول أن تجد قواعد منشأ موحده ومتفق عليها في أي مجموعة دولية دون وجود أي استثناءات تخالف القواعد

الأساسية للمنشأ فليست هناك إمكانية لإيجاد قواعد موحدة دولياً، بل أن هناك توجهات نحو وضع المزيد من اجراءات الحماية الوطنية من خلال فرض مختلف القيود مما يتطلب من كافة الدول تطوير صناعتها وتجارها من خلال تشجيع الاستثمارات خاصة على يتم تنشيط الاقتصاد الوطني وزيادة صادرات الدولة بموجب ذلك التوجه.

ثانياً: المقترحات.

1. لا بد ابتداءً من مراعاة الظروف الاقتصادية لكافة الدول الاعضاء في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقواعد المنشأ وبخاصة الدول النامية والسعي لمواصلة المفاوضات بمزيد من المرونة للمضي إلى حل توافقي يناسب اغلب الدول وذلك لارساء منطقة تجارة حرة عربية خالية من العوائق تحقيق المنفعة المشتركة لجميع الدول.
2. السعي الدؤوب لتسخير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحقيق المنافع في مجال التجارة وذلك من خلال زيادة الشفافية وخفض التكاليف وتبسيط الاجراءات الادارية فيما يتعلق بتطبيق قواعد المنشأ للحد من تكاليف التجارة والنقل والاستفادة من التكنولوجيا الحديثة وخاصة فيما يتعلق بسرعة تنفيذ العمليات الخاصة بالتجارة الدولية.
3. لا بد ان تكون قواعد المنشأ بسيطة وموضوعية ومفهومة لكل المهتمين، من تجار وصناعيين مستوردين ومصدرين وغيرهم في أي دولة وهذا بدوره يساعد على بناء فهم مشترك بين الدول العربية حول قواعد المنشأ واهمية اتصافها بالمرونة والتبسيط في ضوء التجارب الدولية مع ضرورة تكييفها بشكل افضل مع إجراءات التصنيع والمتطلبات التجارية والصناعية لمنطقة التجارة الحرة العربية الكبرى.
4. أن تعدد المعايير المتبعة لتحديد منشأ السلع والبضائع من الممكن ان يدل على عدم كفاية وكفاءة تلك المعايير لإثبات المنشأ الوطني لتلك السلع والبضائع وذلك يرجع الى ما تعاني منه تلك المعايير من قصور وضعف خاصة إذا كانت أجزاء السلع والبضائع تنتج في عدة دول وتسبب مشاكل وتعقيدات لا حصر لها أثناء تطبيقها في إطار

- الاتفاقيات التجارية الدولية، وبالتالي لابد من وجود قواعد عامة بسيطة ومنسجمة وموحدة على مستوى العالم تؤدي إلى الحد قدر الإمكان من النزاعات الناشئة بين الدول، وتؤدي إلى ضبط حركة التجارة الدولية والتحكم بالآثار السلبية الناجمة عن تعارض وتضارب المصالح التجارية لكل دولة، في سياق العلاقات الاقتصادية والمبادلات التجارية.
5. لا بد أن يكون تطبيق قواعد المنشأ بشكل متساوي ومن أجل جميع الأغراض وعلى جميع الأطراف بطريقة متشابهة ومنسقة، وبصرف النظر عن الانتماء الوطني لمنتجي السلع والبضائع.
6. انطلاقاً من الأثر الإيجابي لقواعد المنشأ والتي تم الإشارة إليه في ثنايا البحث باعتبار أن السلع والمنتجات الوطنية تستفيد من مزايا وإعفاءات وفقاً لقواعد المنشأ الوطني في إطار الاتفاقيات التجارية، عند تصديرها إلى الأسواق الأجنبية، بالتالي يجب أن يتركز الاهتمام بالدرجة الأساس على تطوير التجارة الخارجية، وخاصة جانب الصادرات، وذلك بتقديم كافة التسهيلات اللازمة لذلك سواء كانت إدارية أو جمركية أو فنية، وتنظيم الاتفاقيات التجارية مع الدول الأطراف والمجموعات الاقتصادية الدولية من أجل تصدير السلع الوطنية ومن بين هذه التسهيلات تقديم قروض وتسهيلات ائتمانية الغرض تمويل عمليات التصدير، ولا يمكن اغفال الإعفاء من الضرائب والرسوم المختلفة وتطوير قانون الجمارك، لما له من دور محفز لعمليات التصدير.
7. لا بد من تفعيل إدارة خاصة في وزارة التجارة، تتركز مهامها بدراسة الأسواق الخارجية، وتحديد السلع المرغوب فيها بتلك الأسواق، والتركيز على السلع التي تحقق أعلى قيمة مضافة أو نسبة مكون محلي، فيمكن اعتبار هذه الإدارة من الجهات الاقتصادية المساهمة في خلق الناتج القومي وذلك من خلال تكوين قاعدة للمعلومات الاقتصادية الشاملة والمحدثة للقطاعات الاقتصادية المختلفة.
8. لا بد من الاعتماد على المواد الأولية المحلية التي تساعد بدورها على زيادة التصنيع، والمنافسة في الأسواق الخارجية، بحيث تتمكن من

- الاستفادة من المزايا والإعفاءات التي تكتسبها نتيجة لمنشئها الوطني، وهذا ما يحقق نوع من التكامل الصناعي والتجاري الداخلي.
9. لاجل دفع عملية التنمية الاقتصادية يجب اختيار التصدير كنشاط اقتصادي اساسي، لأنه يتمتع بإمكانية انشاء روابط مع القطاعات الاقتصادية الأخرى، منها خدمات النقل والشحن والخدمات المصرفية والطباعة والتأمين، وبالتالي يعد عصب الاقتصاد الوطني.
10. العمل على التفعيل الجاد لادارات جمركية متخصصة في رقابة المنشأ الجمركي والوثائق المثبتة له وبخاصة في نقاط العبور الحدودية التي تعرف تدفقا للسلع الاجنبية وعدم الاكتفاء بمكتب خاص بالمنشأ بالمديريات العامة للجمارك.
11. لا بد من التركيز والاهتمام بتحسين وتطوير جمع البيانات والمعلومات، وبناء القدرات وتحديث تعميم الإجراءات الرسمية والمواعيد النهائية، والرسوم وفترات الرد بالنسبة لجميع المؤسسات المشاركة في عملية التصدير والاستيراد.

المصادر: أولا: الكتب

1. احمد جامع، اتفاقات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.
2. أريج دياب، أثر اتفاقية الشراكة الأردنية الأوروبية على حركة التبادل التجاري بين الأردن ودول الإتحاد الأوروبي، غرفة تجارة عمان، ٢٠٠٥.
3. ثامر خالد مريان، السياسة التجارية الخارجية: الأردن نموذجا، دار أمواج للطباعة، عمان، الأردن، ٢٠١٢.
4. حسن أحمد هلال، قواعد المنشأ والتقييم الجمركي، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠١.
5. حليلة بن نعوم، أثر قواعد المنشأ على التجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة وهران، ٢٠١٥.

٦. رشا عادل عبد الحكيم، اثر اتفاقية المشاركة المصرية الاوربية، المركز المصري للدراسات الاقتصادية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٧. زينب جابر سالم، الاتفاقيات الدولية، دار الوفاء، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
٨. د سمير محمد عبد العزيز، التجارة الدولية والجات، الإسكندرية للكتاب، مصر، ١٩٩٧.
٩. عاطف وليد اندراوس، القواعد التفضيلية في الاتفاقيات الدولية التجارية والقواعد غير التفضيلية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨.
١٠. محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية، دار الكتب القانونية، مصر.
١١. محمد علي إبراهيم، الاثار الاقتصادية لاتفاقية الجات، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣.

ثانيا: البحوث

- ١- د. مرتضى محمد صلاح الدين، التجارة الخارجية العادلة، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، معهد الجزيرة العالي، مصر، ٢٠١٧.
- ٢- وهيبه بن داودية، أثر قواعد المنشأ على التجارة الخارجية لدول شمال إفريقيا، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا-العدد السادس، الجزائر، ٢٠٠٩.

ثالثا: الرسائل

- ١- فتيحة رزيقي، أثر عناصر الجباية الجمركية على حساب الحقوق والرسوم الجمركية، مذكرة تخرج لنيل الشهادة الدراسات الجامعية التطبيقية في التجارة الدولية، جامعة خميس مليانة، ٢٠٠٤.

رابعا: القوانين

- ١- القانون الاماراتي رقم (١١) لسنة (٢٠١٩) بشأن قواعد وشهادات المنشأ.

خامسا: الاتفاقيات

- ١- بروتوكول التعديل لسنة ١٩٩٩ الخاص باتفاقية كيوتو لتبسيط وتنسيق الإجراءات الجمركية.
- ٢- الاتفاقية الدولية للنظام المنسق لتصنيف وتبويب السلع لسنة (١٩٨٣)

سادسا: المؤتمرات

١- مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية، قواعد المنشأ تشكل مفتاح النجاح لمنطقة التجارة الحرة القارية الافريقية، جنيف، سويسرا: الامم المتحدة، ٢٠١٢.

٢- أحمد صيري لاشين، نظم الإدارة والتدريب ودورها في رفع الكفاءة الإنتاجية ورفع القدرة الإنتاجية للمنتجات العربية، المؤتمر الثامن للتنمية الصناعية في الدول العربية، ٢٠٠٣.

سابعاً: المواقع الالكترونية

1- [www.MTN-FA-A1A-agreement on rules of origin11.htm](http://www.MTN-FA-A1A-agreement%20on%20rules%20of%20origin11.htm).

التقليد الإلكتروني للعلامات التجارية المشهورة

م.د. جلال حسن حنتوش

كلية القانون / جامعة كربلاء



الملخص

بعد ظهور التجارة الإلكترونية والتي من خلالها يصار إلى إجراء عمليات بيع أو شراء السلع او الخدمات من خلال شبكة الأنترنت باعتبارها شبكة عالمية تربط شبكة حواسيب آلية، فقد أدى تسابق العديد من المنتجين ومقدمي الخدمات إلى عرض منتجاتهم وخدماتهم عبر هذه الوسيلة ، ويتم تمييز هذه المنتجات والخدمات عبر هذه الشبكة من خلال العلامة التجارية لكل منتج ، اذ تعد العلامة التجارية وسيلة الضمان للمنتج والمستهلك في آن واحد فهي تمنع اختلاط منتجات تحمل علامة معينة بمنتجات مماثلة تحمل علامة أخرى كما تعمل على تكوين الثقة في منتجات بعينها عندما تحمل علامة موثوق بها وللحيلولة من ظهور سلع متشابهة اتجه المنتجون إلى استخدام العلامة التجارية للتعريف بمنتجاتهم والسعي إلى الاتقان في الصنع للحفاظ على العملاء واستمرار جودة المنتجات بما يضمن الصمود أمام المنافسين، كما أنها تلعب دوراً مهماً ضمن منظومة السياسة التسويقية والتي تتبعها الشركات سواء للترويج عن نفسها أو عن خدماتها ومنتجاتها مما يسهم بشكل أو بآخر في تنظيم دور الشركات صاحبة العلامة في التأثير على دوافع الشراء لزبائنها وتحقيق ميزة تنافسية عالية من خلال توظيف الأموال للحفاظ على الجودة والتحسين المستمر مما يضمن السمعة الحسنة والشهرة.

إلا أن العلامة التجارية قد يقع عليها التعدي بالتقليد إما عادياً أو بطريق إلكتروني هذا الأخير يعتبر أحد أكثر صور الاعتداء التي تتراد انتشاراً بسبب التطور التكنولوجي الكبير مما يطرح لدينا العديد من الإشكالات خصوصاً القانونية منها، كموقف المشرع من هذه الظاهرة؟، وكذا الإجراءات الرامية للحد منها؟، مما يفرض على الدول الاسراع في تقديم الحلول الضامنة للحد

من هذه الظاهرة، وذلك عن طريق سن التشريعات التي تكفل الحماية الشاملة للعلامة التجارية في البيئة الرقمية .

الكلمات المفتاحية : التقليد الإلكتروني، العلامة التجارية، الحماية الجزائية، الحماية المدنية.

Abstract

In this paper we tried to address the problem of reducing the phenomenon of imitation of trademarks over the Internet. where the trademark is a tool for distinguishing between goods and products and services and is a link between the owner of the mark and the consumer of goods. but the mark is infringed by imitation either ordinary or electronic Is one of the most widespread forms of attack because of the great technological development, which raises many legal problems, such as the legislator's position on this phenomenon, and measures to limit it ?, which imposes on States to accelerate the provision of And for the guarantor to reduce this phenomenon, through the enactment of legislation to ensure comprehensive protection of the brand in the digital environment.

Keywords: electronic tradition, trademark, penal protection, penalties.

أولا / التعريف بموضوع البحث :

العلامة التجارية هي علامة مميزة لأي منتج، وعادة ما تكون كلمة أي اسما أو عبارة أو شعارا أو رمزا أو تصميمًا أو صورة، أو بعض هذه العناصر مجتمعة، وتتخذ العلامة التجارية صورتين: إحداهما علاقة عادية، والأخرى علامة مشهورة وقد برزت العلامة المشهورة ولعبت دورا بالغ الأهمية في الحياة الاقتصادية المعاصرة وذلك بعد عولمة التجارة وتبعًا للتطور الهائل في وسائل الدعاية والإعلان، وكذلك وسائل الاتصال، ولأن العلامة التجارية المشهورة تعد رمزا يميز الخدمة أو السلعة بالإضافة إلى أنها وسيلة اتصال بين صاحب العلامة ومستهلك البضاعة فإنها بذلك تكون أول ما يشير ويلفت انتباه المستهلك عند وضعها على المنتجات.

وانطلاقًا من جذب و استقطاب أكبر عدد من المستهلكين، تسعى معظم المشروعات الاقتصادية إلى استعمال وسائل جذابه للجمهور باستخدام علامات مشهورة، وذلك بغرض ترويج بضاعتها، حيث إن المستهلك في معظم الأحوال ينظر إلى العلامة التي تميز السلعة قبل أن يأخذ قرارا بشرائها، ومن ثم تتعدد وسائل الإعلان عن المنتج عن طريق الصحافة أو المنشورات، أو الإذاعة والتلفزيون بالإضافة إلى الملصقات التي يتم وضعها في الأماكن والطرق العامة؛ إذ إن سمعة العلامة التجارية تغني عن عبء الفحص والبحث عن جودة المنتج، ومن ثم قاته من المتعارف عليه أن المنتج الذي لا يحمل علامة تجارية مميزة غالبا ما يكون من غير تعرف التجارة الإلكترونية بأنها عملية بيع أو شراء السلع او الخدمات من خلال شبكة الأنترنت باعتبارها شبكة عالمية تربط شبكة حواسيب آلية، فقد أدى تسابق العديد من المنتجين ومقدمي الخدمات إلى عرض منتجاتهم وخدماتهم عبر هذه الوسيلة .

ثانيا / أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية البحث في العمل على اكتشاف المشكلات الناتجة عن الاستخدام الإلكتروني للعلامات التجارية المشهورة، مع البحث عن الحلول القانونية لتلك المشكلات، وما يترتب على ذلك من ضرورة دراسة التشريعات القانونية المنظمة لتلك المشكلات ، ودراسة أهم التطبيقات القضائية لها ، كما إن موضوع العلامات التجارية له أهمية بالغة في الوقت الحالي بسبب استمرار ظاهرة التعدي على العلامات التجارية

وظهور طرق أو الوسائل الجديدة لهذا التعدي أو المتمثلة في تقليد العلامات التجارية عبر الحاسوب من خلال تنزيلها وتحميلها على أقراص مدمجة تمهيدا لاستغلالها استغلالا غير مشروع، أو تقليدها مباشرة عن طريق الأنترنت، بحيث أصبحت جرائم العلامات التجارية واحدة من موضوعات الجرائم الحديثة والتي اصطلح على تسميتها بجرائم المعلوماتية.

ثالثا / اهدف الموضوع:

تهتم هذه الدراسة بالاستخدامات الحديثة للعلامات التجارية المشهورة في التعاملات التجارية الإلكترونية، وذلك لمحاولة وضع إطار قانوني يتناول المسائل المتعلقة باستعمال العلامة التجارية الكترونياً، وما يترتب على ذلك من إشكاليات قانونية من حيث تطور وسائل وأساليب الاعتداء على هذه العلامات المشهورة، وذلك لتطور صور الاعتداء التقليدية التي تتناولها المشرع الوطني أو الاتفاقيات الدولية إلى صور الاعتداء الإلكترونية الحديثة، مع أهمية بيان الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة في معاملات التجارة الإلكترونية للحد من هذه الظاهرة تهدف أغلبية التشريعات إلى وضع مجموعة من الآليات القانونية لمعالجة هذه الظاهرة، وحماية العلامة التجارية من الجرائم الواقعة عليها، وبالتالي حماية المستهلكين الإلكترونيين.

رابعا / منهجية البحث

ارتأينا في هذا البحث اتباع المنهج التحليلي في إيضاح العلامة التجارية وكذلك فهم النصوص القانونية التي تتعرض لتنظيمها، فضلا عن تحليل النصوص واستقراء ما ورد فيها في القانون، كما اتبعنا الأسلوب المقارن بين أنظمة القوانين العربية وبين القوانين العراقية والقانون الأمريكي والإشارة إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للحفاظ على العلامة التجارية المشهورة وحمايتها من الإلكترونيين.

خامسا/ خطة البحث

ارتأينا أن نقسم بحثنا هذا على مطلبين ، الأول ، لبيان مفهوم التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة ، عبر تقسيمه على فرعين ، الأول ، لتعريف التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة ، أما الفرع الثاني ، سنبين فيه طرق التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة ، أما المطلب الثاني ، فسنبين فيه الحماية القانونية للعلامة التجارية ، عبر تقسيمه على فرعين ، الأول للحماية المدنية للعلامة

الصدائفة و التجارة الإلكترونية من التقليد الإلكتروني أما الثاني ، فسنخصصه للحماية الجنائية للعلامة التجارية في التشريعات من التقليد الإلكتروني.

المطلب الأول	مفهوم التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة
الفرع الأول	تعريف التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة
الفرع الثاني	طرق التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة
المطلب الثاني	الحماية القانونية للعلامة التجارية
الفرع الأول	الحماية المدنية للعلامة التجارية من التقليد الإلكتروني
الفرع الثاني	الحماية الجنائية للعلامة التجارية من التقليد الإلكتروني

المطلب الأول

مفهوم التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة

يعد التقليد الإلكتروني أهم صور الاعتداء على العلامة التجارية لا سيما العلامات التجارية المشهورة التي تتعرض لعمليات تقليد عن طريق تسمية عدد من المواقع بأسماء مواقع تطابق او تشابه علامات تجارية مشهورة وتسجيلها بقصد منع أصحاب هذه العلامات من تسجيل أسماء لمواقعهم على الشبكة تطابق علاماتهم التجارية المشهورة وابتزازهم إذا رغبوا في الحصول على تلك العلامات عن طريق طلب مبالغ مالية كبيرة مقابل التنازل عنها من المعتدين، وقد أطلق على هذا النوع من الاعتداء على

الطريقة الوسطى (Cybersquatting)^(٦٠١)، فقد يقوم شخص باستخدام علامة مسجلة ذات شهرة معينة في الحياة العامة ويسجلها كعنوان لموقعه، ثم بعد ذلك تتفاجأ الشركة صاحبة تلك العلامة عندما تريد تسجيل موقع خاص بها يحمل علامتها بأنها لن تستطيع تحقيق ذلك، إذ إن الاسم سبق تسجيله من قبل ذلك، بل قد يمتد الأمر إلى أن يشتري أحدهم بعض العناوين التي يعلم أنها لشركات تجارية مشهورة دون أن يستعملها، حتى إذا أرادت إحدى الشركات تأسيس موقعها بذات العلامة التجارية التي تخصصها تكشف عندئذ أن العنوان مملوك لشخص آخر، والذي يظهر بدوره، ومن ثم يقوم في المساومة على عنوان الموقع الذي يملكه ، ومن خلال ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين ، الأول سنخصصه لبيان تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة، والثاني نتناول فيه صور التقليد الإلكتروني على العلامة المشهورة.

الفرع الأول

تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة

نتناول فيما يلي تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة في لغة في الفقرة الأولى، واصطلاحاً في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة لغةً:

يقال في اللغة قَلَدَ الشَّيْءَ قَلْدًا: لَوَاهُ، يُقَالُ قَلَدَ الْحَدِيدَةَ رَقَقَهَا وَلَوَاهَا عَلَى - شَيْءٍ، وَيُقَالُ قَلَدَ فُلَانٌ فُلَانًا أَتْبَعَهُ فِيمَا يَقُولُ أَوْ يَفْعَلُ، مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ وَلَا دَلِيلٍ، وَحَاكَاهُ: يُقَالُ

(٦٠١) د. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٣٤.

قلد القرد الأثر والعلامة هو وضع الشيء في العنق مع الإحاطة به، ويسمى ذلك قلادة، ويأتي بمعنى الإلزام، والتناوب وأصل هذه المادة يدل على تعليق شيء عليه به^(٦٠٣). أما العلامة التجارية المشهورة لغة، فالعلامة: هي السمة، أو الأمانة، أو شعار تعرف به الأشياء^(٦٠٤) والجمع علامات، فالعلامة: شيء ينصب في الفلوات فيهددي به الضالون^(٦٠٥). والعلامة: هي الأثر أو المنارة أو الحبل الطويل، والإمارة والراية^(٦٠٦). قال الله تعالى في كتابه الكريم: (وله الجوار المنشآت في البحر كالأعلام)، ويقال: علامة مسجلة: أي إشارة يشار بها إلى البضائع على أنها نوعية ومميزة.

وكلمة (المشهور): يقال: شهر الخبر: أذاعه، نشره، أعلنته، والمشهور هو المعروف بين الناس^(٦٠٧) أي وضوح الأمر، والمشهور: المعروف على نطاق واسع، شهير، ذو صيت، وشهر فلان بين الناس بكذا، فهو مشهور، والجمع مشاهير^(٦٠٨).

(٦٠٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٧٥.

(٦٠٣) المطلع على ألفاظ المقنع، لمحمد بن أبي الفتح البجلي، ص ٨٧، وأيضا: مقاييس اللغة لابن فارس ص ١٩، وأيضا: لسان العرب، لابن منظور ص ٣٦٦.

(٦٠٤) د. نزار سيد أحمد و د. مصطفى محمد، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠٨، ص ٣٧١.

(٦٠٥) د. العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٦٤.

(٦٠٦) د. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع، ص ٤٥١.

(٦٠٧) د. نزار سيد أحمد، المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص ١٨.

(٦٠٨) انظر معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين بن زكريا، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥١٨.

المقالة الثانية: تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة اصطلاحاً

نتناول أولاً تعريف التقليد الإلكتروني في الاصطلاح الفقهي ، ثم نبين ثانياً تعريف التقليد الإلكتروني في الاصطلاح القانوني.

أولاً: تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة في الاصطلاح الفقهي:

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التقليد الإلكتروني للعلامة التجارية بأنه (اصطناع علامة مطابقة تمام التطابق للعلامة التجارية حتى ولو أضاف لها المقلد ألفاظاً أو صفة أو نوع أو صنف)^(٦٠٩)، في حين توسع جانب آخر من الفقه إلى إطلاق معنى التقليد وعرف بأنه (كل اصطناع أو محاكاة لعلامة تماثل في مجموعها العلامة الأصلية، تماثلاً من شأنه أن يذع الجمهور ويضله بخصوص مصدر البضاعة التي تحمل العلامة المقلدة)^(٦١٠)، كما عرف التقليد بأنه (هو وضع علامة مشابهة، أو قرينة الشبه في مجموعها بعلامة أخرى، بحيث يصعب التفرقة بينهما أو تمييز إحداها عن الأخرى، لما يوجد من لبس أو خلط بينهما يضل جمهور المستهلكين)^(٦١١).

ومما لا شك فيه أن التوسع في مفهوم التقليد يوفر أكثر حماية للعلامة التجارية فلا يقصرها على مجرد الحالات الصعبة التي يكون إثبات التقليد فيها شبه مستحيل، فيكفي أن تكون العلامة المقلدة قادرة على جعل الشخص العادي يتوهم صحتها. كما عرف جانب آخر من الفقه التقليد الإلكتروني بأنه (قيام شخص أو مشروع لا يمتلك أي حق على علامة تجارية بتسجيل هذه العلامة في صورة عنوان الكتروني على شبكة الأنترنت، ويقصد من وراء ذلك الإضرار بمالك هذه العلامة أو إعادة بيع العنوان

(٦٠٩) د. محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٣.

(٦١٠) د. محمد السعيد الراشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٦٠.

(٦١١) د. محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٠.

الدعوى الإلكترونية في الإنترنت
الإلكتروني التي هذا العالم الحديثة إنزرى بثمان مغالى فيه^(٦١٢)، في حين عرف رأي آخر التقليد الإلكترونية للعلامة التجارية بأنه (كل محاكاة لعلامة تجارية تماثل في مجموعها العلامة الأصلية باستعمال الحاسب الإلكتروني ومن خلال الاتصال بالإنترنت، بحيث يترتب على ذلك إحداهن الخلط واللبس لدى الجمهور من مستخدمي الإنترنت في العالم)^(٦١٣).

في حين ذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بان التقليد الإلكتروني هو (اصطناع لعلامة مطابقة تطابقا تماما للعلامة الأصلية، أو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية ، بحيث أنه يمكن للعلامة الجديدة أن تضلل المستهلك وتجذبه إليها ظناً من أنها العلامة الأصلية، لأن المظهر العام يوحي أنهما متشابهان رغم اختلافهما في الجزئيات ، وهذه الصورة الأخيرة هي الأكثر شيوعا في الواقع العملي)^(٦١٤)، كما عرف رأي آخر من الفقه بأنه (صنع علامة مشابهة في مجموعها للعلامة الحقيقية و يوجد خلاف بينهما إلا انه يوقع المستهلك المتوسط في الخلط واللبس فيضيف أو يزيل أجزاء منها أو يغير في لونها أو حرفها ليوهم الغير بإدخال بعض التعديلات على العلامة الحقيقية)^(٦١٥).

أما بالنسبة لتعريف العلامة التجارية المشهورة، فقد عرفها بتعريفات متعددة تكاد تكون أغلبها متطابقة من حيث المضمون والمعنى. فقد عرفها البعض بأنها (العلامة ذائعة الصيت أي المعروفة لدى قطاع واسع من الجمهور وتتمتع بمكانة مرموقة وسمعة طيبة)^(٦١٦)، في حين عرفها البعض الآخر بأنها (العلامة التي تتمتع بمعرفة واسعة بين جمهور المستهلكين وبسمعة ودعاية على مستوى العالم ولها

(٦١٢) د. إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨ ، ص ١٦٥.

(٦١٣) د. محمد حسام لطفي ، المصدر السابق ، ص ٧٠.

(614) HAROUN Ali، La protection des marques au Maghreb، OPU، Alger، 1979، p 413.

(٦١٥) د. محمد حسام محمود لطفي - تأثيرات اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) على تشريعات البلدان العربية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٣٩.

(٦١٦) د. عبد الفتاح بيومي - الملكية الصناعية في القانون المقارن - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٨ - ص

الجمهور بازدياد الاستعمال والدعاية التي كانت محلها (٦١٨).

يتضح لنا مما تقدم إن العلامة التجارية المشهورة هي تلك العلامة التي يعرفها عدد كبير من جمهور المستهلكين والتي تتمتع بسمعة طيبة ودعاية على مستوى العالم ولها قيمة مالية في السوق وتسمى أيضا بالعلامة ذات الشهرة أو ماركة مشهورة ويمكن وضع تعريف العلامة التجارية المشهورة بأنها (العلامة التجارية التي تتجاوز شهرتها حدود الإقليم الوطني لها وتحظى بسمعة ومعروفة بين جمهور واسع من المستهلكين وعلى مستوى العالم نتيجة الاستعمال الدعاية والجودة سواء في مجال السلع المادية أو في مجال الخدمات).

أما التقليد الإلكتروني للعلامة التجارية المشهورة هو استخدام وسائل الكترونية لتقريب الشبه بين العلامة المقلدة والعلامة الحقيقية من شأنه إحداث اللبس، بحيث يصعب على جمهور المستهلكين التفريق بينهما، فهو يقوم على محاكاة تتسم بها المشابهة بين الأصل والتقليد من شأنه إيقاع الجمهور في الخلط والتضليل.

ثانياً: تعريف التقليد الإلكتروني على العلامات التجارية المشهورة في الاصطلاح القانوني:

بعد بيان الموقف الفقهي من تعريف التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية ، نبين موقف القوانين من هذا الموضوع ، فبالنسبة للقانون العراقي نجد ان التعديل الأخير لقانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ الصادر من سلطة الائتلاف الموحد وبعنوان قانون العلامات التجارية و المؤشرات الجغرافية العراقي ذي الرقم (٨٠) لسنة (٢٠٠٤) أشار إلى هذا الموضوع وبصورة مباشرة دون إيراد تعريف محدد للتقليد الإلكتروني فقد نصت المادة (٤/أولاً) المضافة بموجب التعديل أعلاه لتقرأ كالتالي (لمالك العلامة التجارية المسجلة الحق الحصري في منع أي شخص لم يحصل على موافقة

(٦١٧) د. خاطر لطفي - موسوعة حقوق الملكية الفكرية - دراسة تأصيلية وفقاً للقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية حقوق الملكية الفكرية - ط١ بدون مكان طبع ولا سنة طبع - ص ٢٣٣ و٢٣٤.

(٦١٨) د. شريف محمد غنام - حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني - القسم الثاني - بحث منشور في مجلة الحقوق - العدد الرابع - السنة الثامنة والعشرون - ديسمبر - الكويت - ٢٠٠٤ - ص ٤٠٩.

التجارة والتي تكون مطابقة أو مشابهة لتلك التي تم تسجيل العلامة التجارية لها، ومن المحتمل أن يؤدي هذا الاستخدام إلى الخلط بينهما، وتفترض احتمالية الخلط في حال استعمال علامة مطابقة لسلع وخدمات متطابقة^(٦١٩)، يتضح من النصوص القانونية أن المشرع العراقي أشار إلى عدم جواز تقليد الشخص لعلامة تجارية تعود إلى شخص معين لم يرخص له من قبل المالك الأصلي للعلامة بتقليد إشارات علامات متطابقة أو مشابهة للسلع أو الخدمات في نفس نوع التجارة التي يمارسها المالك الأصلي.

والحال نفسه بالنسبة لقانون العلامات التجارية الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٣ المعدل، وكذلك المادة (٧١) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم (٥٥٨) لسنة (١٩٩٤) المعدل، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري بموجب المادة (٧٦) من قانون حقوق الملكية الفكرية^(٦٢٠).

والحال نفسه بالنسبة للاتفاقيات الدولية المنظمة للعلامات التجارية ولاسيما اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) لسنة ١٩٩٤، واتفاقية قانون جنيف للعلامات التجارية لسنة ١٩٩٤، واتفاقية باريس لحماية الملكية

^(٦١٩) كما أشار القانون من المحتوى الثاني من على (٢) - يتمتع مالك العلامة المشهورة بالحماية الممنوحة بموجب هذا القانون حتى لو لم تسجل العلامة في العراق ٣ - ينطبق النص السابق على العلامات التي لم تسجل بعد على بضائع أو خدمات بشرط أن لا تتشابه مع احدى العلامات المشهورة بحيث ان استعمالها ونسبتها الى تلك البضائع أو الخدمات قد يعطي الانطباع عن علاقة صاحب العلامة المشهورة بتلك البضائع مما قد يلحق الضرر بمصالح صاحب العلامة المشهورة).

^(٦٢٠) تنص المادة سالفه الذكر على:- (إذا طلب شخصان أو أكثر في وقت واحد تسجيل ذات العلامة او تسجيل علامات متشابهة عن فئة واحدة من المنتجات توقف إجراءات التسجيل إلى أن يقدم احدهم تنازلاً من منازعيه او حكمة واجب النفاذ صادرة لصالحه) ، ونصت المادة (٧٩) من القانون نفسه على أنه :- (دون أخلال بحق صاحب الشأن في الطعن طبقاً للقانون اذا أيدت اللجنة المشار إليها في المادة السابقة القرار الصادر برفض طلب تسجيل العلامة لتشابهها مع علامة أخرى سبق وتم تسجيلها عن منتجات واحدة أو عن فئة واحدة منها، فلا يجوز تسجيل هذه العلامة للطالب ألا بناء على حكم قضائي واجب النفاذ)

المؤثرات التي يوصفها أول أساس قانوني لحماية العلامة التجارية المشهورة في الدول التي لم تسجل فيها وذلك في مادتها الثانية منها^(٦٢١).

أما بالنسبة لتعريف العلامة التجارية المشهورة ، فإن أغلب التشريعات التي تناولت موضوع العلامة التجارية المشهورة لم تضع تعريفا لها، سواء على مستوى القوانين الوطنية المقارنة أو الاتفاقيات الدولية، وإنما تركت الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، باستثناء بعض التشريعات الوطنية تعديل قانون العلامات التجارية والبيانات التجارية رقم (٨٠) لسنة (٢٠٠٤) لقانون رقم (٢١) لسنة (١٩٥٧) إذ تنص المادة (٣) من الفصل الأول على أن العلامة التجارية هي (أي إشارة أو مجموعة من الإشارات يمكن أن تشكل علامة تجارية يمكن من خلالها التمييز بين سلع مشروع ما عن سلع مشاريع أخرى مثل الإشارات وبخاصة الكلمات وبضمنها الأسماء الشخصية والحروف والأرقام والأشكال الرمزية والألوان وكذلك أي خليط من هذه الإشارات يمكن تسجيله كعلامة تجارية، وإذا كانت الإشارات غير قادرة بحد ذاتها على تمييز السلع أو الخدمات فإن إمكانية التسجيل تتوقف على السمة المميزة المكتسبة من الاستعمال ولا يشترط في الإشارة إدراكها بصرياً حتى تصلح للحماية كعلامة تجارية) .

كما عرفها المشرع الأردني في المادة (٢) من قانون العلامات التجارية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٧ المعدل بأنها (العلامة التجارية ذات الشهرة العالمية التي تجاوز شهرتها البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع المعني من الجمهور في المملكة الأردنية الهاشمية).

وكذلك المشرع الإماراتي الذي عرفها في المادة (٤/فا) من قانون العلامات التجارية الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ المعدل بأنها (..... العلامة التجارية ذات الشهرة العالمية التي تجاوز حدود البلد الأصلي للعلامة إلى البلاد الأخرى.....).

(٦٢١) والتي نصت على أنه (١- تعهد دول الاتحاد سواه من تلقاء نفسها إذا جاز تشريعها ذلك أو بناء على طلب صاحب الشأن رفض أو إبطال التسجيل ويمنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التي تشكل نسخة أو تقليداً أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد ليس بعلامة تجارية ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال إنها مشهورة باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتعنى بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مائة أو مشابهة : كذلك تسري هذه الاتفاقية إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخة لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها من شأنه إيجاد ليس فيها).

المؤرخ التكنولوجي والافتراضي فنلاحظ إن محكمة استئناف باريس عرفتها في حكمها الصادر في 17/ يناير / 1996 بأنها (العلامة المعروفة لدى عدد من الجمهور وتتمتع بسلطة جذب له، مستقلة عن المنتجات أو الخدمات التي تمثلها وتكون لها أهمية كبيرة لدى المستهلكين)^(٦٢٢).

الفرع الثاني

صور التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية المشهورة

الواقع أن صور التقليد الإلكتروني وأساليب الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية متعددة، ومع اختلاف هذه الصور إلا أنه يجمعها أنها تتم باستخدام وسائل اتصال إلكترونية حديثة تتمثل في الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت ، وإذا كانت العلامات التجارية عرضة للاعتداء عليها في أرض الواقع، فإن فرص الاعتداء عليها تزداد بصورة كبيرة على شبكة الإنترنت من جانب مسجلي العناوين الإلكترونية^(٦٢٣)، ومن خلال ما تقدم نستعرض أهم صور التقليد الإلكتروني على العلامة التجارية عبر شبكة الأنترنت من خلال الفقرات الآتية :

الفقرة الأولى: تسجيل عنوان الكتروني مطابق لعلامة تجارية مشهورة:

وتتمثل هذه الصورة بقيام بعض الأشخاص سواء كان شخص طبيعي أو شخص معنوي في تسجيل عناوين مواقع الكترونية وعلى وجه السرعة بأسماء علامات تجارية مشهورة ثم يقوم بمساومة المالك الشرعي لهذه العلامات على نقل ملكية هذه المواقع إليهم مقابل مبالغ مالية طائلة تصل لملايين الدولارات^(٦٢٤)، والأمثلة على هذا النوع من الاعتداءات كثيرة نذكر منها تسجيل العلامة التجارية الشهيرة (Toyota) كعنوان إلكتروني (www.toyota.com) من قبل شخص لا يملك الحق في هذه العلامة،

(٦٢٢) د. محمد الشمري - حماية العلامة المشهورة في اتفاقية تريس وفي بعض التشريعات المقارنة - المملكة العربية السعودية - بدون سنة طبع ولا مكان طبع - ص ٣٢٠.

(٦٢٣) د. جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية (التريس) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ١٨٢.

(٦٢٤) د. كوثر سعيد عدنان خالد ، ص ٢٤٢.

وهي القضية التي نظرها مركز الويبو للتحكيم والوساطة ، وقد قرر الفريق أن عنوان الموقع الإلكتروني المتنازع عليه مطابق للعلامة التجارية المسجلة، وأن المدعى عليه ليس له حقوق أو مصالح مشروعة فيما يتعلق بالعنوان الإلكتروني، وأن العنوان قد تم تسجيله ويتم استخدامه بسوء نية، وقرر الفريق أن العنوان الإلكتروني (toyote.com) يجب أن يتم تحويله إلى المدعي^(٦٢٥).

وفي صورة أخرى من التقليد قد يقوم الشخص المسجل بعرض بيع عنوان الموقع على شركة منافسة للشركة مالكة العلامة التجارية لإجبار هذه الشركة على شراء عنوان الموقع الذي سجله، وقد يحاول بيع عنوان الموقع في مزاد علني في المواقع المخصصة لذلك، ويطلق على هذا النوع من الاعتداء بالقرصنة الإلكترونية فهي قرصنة لأنها تمثل استيلاء غير مشروع على حقوق الغير و إلكترونية لأنها تقع على شبكة الإنترنت^(٦٢٦)، ومن ثم، إذا تم تسجيل عنوان الكتروني يطابق علامة تجارية مسجلة كان ذلك اعتداء على صاحب الحق في هذه العلامة سواء كان ذلك في الامتدادات الوطنية مثل (eg) أو الامتدادات العالمية مثل (com.)، ومن الأمثلة على هذا النوع من الاعتداء قضية (Philip Morris)^(٦٢٧)، حيث قام المسجل العنوان الموقع بتسجيل العلامة التجارية Marlboro المشهورة التي تملكها الشركة المدعية كعنوان موقع (www.marlboro.com)، مما جعل هذه الشركة تطلب من الجهة التي تقوم بحل نزاعات عناوين المواقع (الويبو) أن تقوم بتحويل عنوان الموقع المسجل من قبل

^(٦٢٥) القضية رقم (٠٩٥١ - ٢٠٠٢) الصادرة عن مركز التحكيم والوساطة التابع للويبو وهي متاحة على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int/amc/en/domains/html/2002/d2002-0951.htm . تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٣) الوقت (٩ صباحاً).

^(٦٢٦) د. رامي محمد علون ، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الأنترنت، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية ، كلية القانون، العدد ١٢، ٢٠٠٥، ص٣٠٣.

^(٦٢٧) القضية رقم (٠٠٠٤ - ٢٠٠٣) الصادرة عن مركز التحكيم والوساطة التابع للويبو وهي متاحة على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int/amc/en/domains/html/2002/d2003-0004.htm . تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٤) الوقت (١٠ صباحاً).

الموقع للشركة المدعية وذلك لتطابقة مع علامتها التجارية.

ومن الأمثلة على ذلك أيضا قضية "Sony corporation V. Rk Enterprises"^(٦٢٨)، التي عرضت على مجمع التحكيم الوطني حيث قام المسجل لعنوان الموقع بتسجيل العلامة التجارية WALKIMIAN التي تمتلكها شركة Sony كاسم موقع (www.walkman)، وقد طلبت الشركة المدعية تحويل واستعادة عنوان الموقع المسجل وذلك لأن الجمهور سوف يعتقد أن المنتجات التي يعرضها الموقع تخص شركة Sony وأن المسجل العنوان الموقع ليس له حق في هذا التسجيل وإنما يهدف من تسجيله لهذا العنوان إلى الاستفادة من شهرة العلامة (WALKIMIAN) في جلب الزوار لموقعه، وقضي في تلك الواقعة بضرورة إعادة عنوان الموقع المسجل للشركة المدعية (sony)^(٦٢٩).

ومن القضايا التي صدر فيها قرار برفض نقل عنوان الموقع المتنازع عليه القضية Inc. V. Vertical Aris، (ProtoSoftware Inc./proto.com)، بخصوص النزاع على عنوان الموقع (portos.com) في ١ ديسمبر (٢٠٠٥)، وقد صدر القرار من لجنة ثلاثية في ١٠ أكتوبر (٢٠٠٩) برفض نقل عنوان الموقع المتنازع عليه لأن المدعي سجل العلامة بعد ثلاث سنوات من تسجيل المدعى عليه عنوان الموقع وذلك في ٢٤ يونيو (٢٠٠١)، ووفقا لقاعدة الأسبقية في التسجيل يكون عنوان الموقع المسجل باسم المدعى عليه يتمتع بالحماية القانونية السبق تسجيله عن العلامة والتي سجلت في ٦ أغسطس (٢٠٠٤)^(٦٣٠).

^(٦٢٨) القضية رقم (FA0011000096109) متاحة على الموقع الإلكتروني :

<http://www.adrforum.com/domaindecisions/96109.htm> تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٦) الوقت (١٠ صباحا).

^(٦٢٩) د. رامي محمد علوان ، ص ٢٦٩.

^(٦٣٠) القضية رقم (D2006-٠٩٠٥) الصادرة عن مركز التحكيم والوساطة التابع لليوبيو وهي متاحة على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int/amc/en/domains/html/D2006/0905- D2000.htm .

تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٨) الوقت (٧ صباحا).

الفقرة الثانية : تسجيل عنوان إلكتروني متشابه مع علامة تجارية مشهورة :

وفي هذه الحالة يقوم مسجل العنوان الإلكتروني بتسجيل عنوانه الإلكتروني بصورة مشابهة (وليس مطابقة للعلامة التجارية المشهورة بحيث يدخل بعض التعديلات الطفيفة على أحد حروف أو أرقام العلامة التجارية أو إضافة نقطة أو شرطة العنوان الإلكتروني^(٦٣١)).

فصاحب العلامة هنا لا يفقد العنوان الذي يرغب في الحصول عليه ولكنه يجد أن هناك عنوانا آخر قد يضر بمصالحه لاحتوائه على علامة قريبة من علامته، فلو كان العنوان العائد لصاحب العلامة هو (merchant gould .corn) فإن ما يقوم به المقلد هو أن يقوم بتسجيل العنوان (www.merchantgould.com) بدون (-) حتى يستغل هؤلاء الأشخاص الأخطاء التي تقع من الأشخاص الذين يبحثون عن موقع الشركة فينسون حرفا أو يضيفون آخر مما يقودهم إلى موقع مختلف عن ذلك الذي كانوا يقصدونه، ويهدف هذا الشخص من عمله إلى الاستفادة من سمعة علامة الشركة الأخرى فيما إذا كان منافسا لها باقتناص زبائنها و عرض بضائعه وخدماته عليهم أو أن يشوه سمعتها ويحط من مستوى بضائعها^(٦٣٢).

وقد تناول القضاء العديد من صور تلك الجريمة، ومن القضايا التي عرضت على مركز الويبو للتحكيم والوساطة (WIPO Arbitration Mediation Center) والخاصة بهذا النوع من الاعتداء القضية (Microsoft Corporation and MISNBC Cable LLC v. Seventh Summit Ventures)^(٦٣٣)، والتي رفعتها شركة Microsoft corporation ضد

(٦٣١) رامي محمد علون ، المصدر السابق ، ص ٢٧٥.

(٦٣٢) د. خالد التلاحم ، النزاعات بين العلامة التجارية وأسماء النطاق على شبكة الأنترنت ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، المجلد ١٩ ، الإصدار الثاني ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٦٧.

(٦٣٣) القضية رقم (٠٧٩٧ - D2001) وهي متاحة على الموقع الإلكتروني :

www.wipo.int/amc/en/domains/html/D2001/0797-.htm

تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٨) الوقت (٧ صباحا).

الحدائق و
Seventh Summit Ventures
في الشريكات

(www.hotmail.com) قام بتسجيل عنوان الموقع (www.hotmail.com) المتماثل مع العلامة التجارية المشهورة Hotmail التي تمثلها الشركة، وقد قضي المركز بنقل عنوان الموقع للشركة المدعية، ونلاحظ في هذا المثال أن المسجل لم يسجل اسم الموقع www.hotmail.com ولكنه سجل comm.www.hotmail دون إضافة النقطة التي تفصل بين hotmail و www2 ويؤدي هذا التشابه إلى الخلط في أذهان المستهلكين الذين قد لا ينتبهون في الغالب إلى هذا الفرق الطفيف ويدخلون على هذه المواقع المشابهة للعلامة ويتعاقدون خلالها معتقدين أنهم يتعاقدون مع المواقع صاحبة الحق في العلامات التي يرغبون في اقتناء ما تمثله من منتجات (٦٣٤).

الفقرة الثالثة / التقليد الإلكتروني عن طريق الخطأ الطباعي (Typo Squatting):

أدت كثرة استخدام العناوين الإلكترونية المشابهة للعلامات التجارية والرغبة في الاستفادة من شهرة بعض العلامات إلى نشأة نوع من التقليد يعتمد على الخطأ الكتابي أو الطباعي في كتابة العلامة التجارية وهو ما يسمى (Type Squatting) أي التقليد الإلكتروني عن طريق الخطأ الطباعي حيث يعتمد مسجل العنوان الإلكتروني على تشابه العنوان المسجل واحتمالية وقوع خطأ طباعي في كتابة حروف هذه العلامة النقل المستخدم إلى موقع آخر و عنوان إلكتروني آخر مختلف تماما عن الموقع أو العنوان المطلوب والشريحة التي تتعرض لهذا النوع من الخطأ هم الزوار المعتادون والمتكررون للمواقع المشهورة وفي هذه الحالة فإن قواعد المنافسة غير المشروعة تقدم حماية إضافية لأصحاب العلامات التجارية المعتدى عليها في طلب شطب العناوين الإلكترونية المتشابهة مع علامتهم (٦٣٥).

وتثور الصعوبة في حالة تسجيل عنوان إلكتروني مشابه لعلامة تجارية مشهورة ولكن للتعبير عن منتجات وخدمات مختلفة عن تلك التي تعبر عنها العلامة التجارية المعتدى عليها بفعل تسجيل العنوان الإلكتروني المشابه، هل يعتبر ذلك اعتداء على العلامة التجارية حتى وإن استخدمت تجارية في منتجات مختلفة؟ وفي هذا الشأن قد اعتبر مركز التحكيم والوساطة - في حكم واضح له في قضية (Nokia. V)

(٦٣٤) ابتسام حسن محمد حسين ، المصدر السابق ، ص ٥٨.

(٦٣٥) د. محمد عبيد الكعبي ، ص ٦٥٩.

العدالة و
Nokiagirls.com (المسجل في النرويج)
المسجل في النرويج
المسجل في النرويج

المشهوره Nokia وإن كان هذا الموقع يستخدم للإعلان عن مواقع أخرى استخدم لعرض مضمون إباحي، وهو ما يختلف عن طبيعة نشاط شركة Nokia والتي تعمل في مجال الأجهزة الذكية وذلك لأن تسجيل هذا العنوان قد تم بسوء نية للاستفادة من شهرة العلامة في جذب المستخدمين للموقع الجديد وبالتالي الإضرار بالعلامة التجارية Nokia^(٦٣٦)، وقد قرر الفريق الإداري أن العنوان الإلكتروني " nokiagirls.com " المسجل من قبل المدعى عليه مشابه للعلامة التجارية، وأن المدعى عليه ليس له حق أو مصلحة مشروعة فيما يتعلق العنوان، والذي تم تسجيل اسمه واستخدامه بسوء نية، وأصدر المركز قراره بإلغاء تسجيل العنوان Nokiagirls.com^(٦٣٧).

الفقرة الثالثة: تسجيل عنوان إلكتروني مطابق لعلامة تجارية مشهورة مع إضافة عبارات تحقيرية

في هذا الفرض يتم تسجيل أسماء مواقع إلكترونية تحتوي على علامة تجارية مشهورة مع إضافة عبارات تحقيرية وهو ما يترتب عليه إساءة إلى سمعة العلامة المشهورة، وبالتالي يفقد بعض الجمهور ثقته في هذه العلامة ولذلك يقوم صاحب العلامة التجارية بنقل هذه المواقع إليه، كأن يسجل أحد الأشخاص عنوان الموقع www.ihatetoyota.com، حيث يلاحظ هنا أن المسجل أضاف قبل العلامة التجارية TOYOTA المقطع I hate بمعنى أنا أكره وهو اسم موقع عام عالمي، ومن تطبيقات هذه الصورة أيضا قضية^(٦٣٨) (Lockheed Martin Corporation v. Dan)، التي قام المدعى عليه فيها بتسجيل اسم الموقعين www.lockheddmartinsucks.com

(٦٣٦) د. كوثر سعيد عدنان خالد، المصدر السابق، ص ٢٤٦.

(٦٣٧) القضية رقم (٠١٠٢ - D2000) وهي متاحة على الموقع الإلكتروني www.wipo.int/amc/en/domains/html/D2000/0102-.htm. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٨) الوقت (٧ صباحاً).

(٦٣٨) القضية رقم (١٠١٥ - D2000) وهي متاحة على الموقع الإلكتروني www.wipo.int/amc/en/domains/html/D2000/1015-.htm. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/١/٨) الوقت (٧ صباحاً).

العدالة و
www.lockbedsucks.com
في السرقات
www.lockbedsucks.com
الذين ماثلين مع العلامتين التجاريتين اللتين تملكها الشركة
(lockhed) و (lockledd martin).

ومن تطبيقات هذه الحالة أيضا قضية In koninklijke Philips electronics N.V. v. In Seo Kin، والتي عرضت على مركز التحكيم والوساطة والتي قام فيها مسجل العنوان الإلكتروني بتسجيل العنوان (www.philips sucks.com) الذي يتكون من العلامة التجارية Philips مع إضافة كلمة sucks، وقد قرر الفريق المكلف بنظر القضية إعادة العنوان الإلكتروني

الفقرة الرابعة / تسجيل عنسوان مطابق أو مشابه لعلامة تجارية مشهورة واستخدامه في غايات غير تجارية :

في هذه الحالة يتم استخدام عنوان إلكتروني بصورة مطابقة أو مشابهة يتضمن علامة تجارية مشهورة في غايات غير تجارية النقد العلامات التجارية المشهورة أو غايات تحقيرية بهدف الإضرار بصورة هذه العلامة أمام المستهلكين أو من قبل أحد عملاء أو موظفي الشركة، وذلك للتعبير عن الرأي في سياسات هذه الشركة و علامتها، وقد يتخذ ذلك صورا أخرى كتسجيل عنوان الكتروني بصورة مشابهة لعلامة تجارية مشهورة وتضمن الموقع المشابه لانتقادات العلامة التجارية المشهورة^(٦٣٩)، وكذلك الحال فقد أدان القضاء الفرنسي هذا الأمر في قضايا عديدة، ومثال ذلك القضية Esso (Greenpeace)، والتي أقامتها شركة ESSO للبتروول والتي تم الاعتداء على علامتها ESSO من قبل جمعية السلام الأخضر بتسجيل الموقع (www.greenpeace.fr/stopesso) بهدف إدانة سياسة شركة ESSO بإضافة عبارة Stop بعنوان الموقع، وقد قضت محكمة باريس الكلية في حكمها الصادر بتاريخ (٨/٧/٢٠٠٢) بحظر استخدام تسمية ESSO على الموقع المتنازع فيه باعتبار أن ذلك يعتبر عملا غير مشروع بالاعتداء على حقوق الشركة المدعية المحمية بأحكام المادة (٧١٣/٣) (٦٤٠) والمادة (C/١-٧١٦) من قانون الملكية الفكرية^(٦٤٠).

(٦٣٩) ابتسام حسن محمد حسن، المصدر السابق، ص ١٥٩.

(٦٤٠) القضية مشهورة على الموقع الإلكتروني :

الحماية القانونية للعلامة التجارية من التقليد الالكتروني

في ظل التطور الكبير في مختلف الاجهزة الالكترونية واستخدامها على مختلف الاصعدة التجارية والصناعية والتعليمية وغيرها من المجالات ، فقد اصبح من الضروري إيجاد نظام خاص يحمي العلامات التجارية من التقليد الالكتروني، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، الأول للحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التقليد الالكتروني، والثاني للحماية الجنائية للعلامة التجارية المشهورة من التقليد الالكتروني.

الفرع الاول

الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التقليد الالكتروني

تتمتع العلامة التجارية المشهورة بالحماية المدنية عند تقليدها من قبل الغير سواء وقع التقليد على سلعة معينة أو خدمات معينة لتلك التي وضعت عليها العلامة المشهورة حتى ولو لم تسجل أو تستعمل داخل الدولة المطلوب منها الحماية، وهذا ما أشار إليه قانون العلامات التجارية العراق رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٧ المعدل بقانون رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٤ في المادة (٤/٢) والتي نصت على انه (يتمتع مالك العلامة المشهورة بالحماية الممنوحة بموجب هذا القانون ولو لم تسجل العلامة في العراق)، وكذلك قانون الملكية الفكرية المصري في المادة (٦٨/١).

يتضح لنا من ذلك إن المشرع المصري يشترط لتمتع العلامة التجارية المشهورة بالحماية المدنية من التقليد الإلكتروني في مصر أن تكون مشهورة عالمياً بالإضافة إلى شهرتها داخل مصر، أي لا تكفي شهرة العلامة خارج مصر أي كانت درجة هذه الشهرة بل يجب أيضاً أن تكون مشهورة داخل مصر.

فضلا عن ذلك نجد إن قانون العلامات التجارية العراقي قد أشار إلى حالة تسجيل مسجل العلامات التجارية من غير مالكيها الشرعي تسجيل علامات مطابقة أو مشابهة لعلامة مشهورة إذا كان التسجيل قدم من غير صاحب العلامة المشهورة وكان يتعلق باستخدام العلامة لتمييز منتجات أو خدمات مماثلة لتلك التي تحمل العلامة المشهورة

تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٢/١١) الوقت (٥ عصر).

التجارية الأردني، كما أشار إلى ذلك أيضا قانون الملكية الفكرية المصري في المادة (٢/٨٨)، وكذلك نص المادة (٢/٢) فقرة (ي)) من نظام العلامات التجارية السعودي لسنة ٢٠٠٢^(٦٤٢)، نلاحظ إن المشرع السعودي اعتمد على معيار الشهرة المحلية لتقرير الحماية القانونية للعلامة المشهورة من التقليد الإلكتروني، أي يشترط شهرتها في المملكة السعودية بغض النظر عن شهرتها في الدول الأخرى، وهذا خلاف ما نص عليه المشرع المصري الذي يشترط الشهرة العالمية والمحلية لتقرير الحماية المطلوبة كما لاحظناه سابقا.

كما أنها تقابل نص المادة (٤/ف/١٠) من قانون العلامات التجارية الإماراتي^(٦٤٣)، وكذلك المادة (٤/ف/٧١٤) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم (٥٩٧) لسنة ١٩٩٩ والتي نصت على انه (تتمتع العلامة المشهورة بحماية قانونية في فرنسا ولو لم تكن مسجلة)، لذا فإن المشرع الفرنسي لا يشترط لحماية العلامة المشهورة أن تكون مسجلة وإنما يشترط أن تكون مستعملة حتى يمكن الاحتجاج بها^(٦٤٤).

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، نجد إن اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣ بوصفها أول أساس قانوني لحماية العلامة التجارية المشهورة في الدول التي لم تسجل فيها وذلك في مادتها (٢/٦) والتي نصت على ما يلي: (١- تتعهد دول الاتحاد سواء من تلقاء نفسها إذا جاز تشريعها ذلك أو بناء على طلب صاحب الشأن

^(٦٤١) تنص المادة (٨/ف/٢) على (لا تسجل علامة لغرض هذا القانون العلامات المطابقة أو المشابهة لعلامة مشهورة..... إذا كان تسجيل تلك العلامة سيؤدي إلى إحداث إرباك لدى جمهور المستهلكين بالبضاعة التي تميزها العلامة أو البضائع المشابهة)

^(٦٤٢) تنص المادة أعلاه على (منع تسجيل العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات الشائعة الشهرة في المملكة ولو كانت غير مسجلة فيها، على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة.....)

^(٦٤٣) نصت على انه (لا يجوز استعمال علامة مشابهة للعلامة التجارية المشهورة التي تجاوز شهرتها حدود البلد الأصلي لأي بلد آخر على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة إلا إذا قد طلب من مالك العلامة أو بموافقة صريحة منه)

^(٦٤٤) د. عبد الوهاب السيد عرفة - الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ٢٠٠٣ - ص ١١٨.

استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة تجارية ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال إنها مشهورة باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة، كذلك تسري هذه الاتفاقية إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخاً لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها من شأنه إيجاد لبس فيها).

أما اتفاقية تريبس (trips) فإنها تتعامل مع العلامة التجارية المشهورة من خلال المادة (١٦ / ١أ) التي نصت على أن (يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف الثالثة التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية (٣٠)، حيث يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس، ويفترض احتمال حدوث لبس في حالة استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة لسلع أو خدمات مطابقة، ويحظر أن تضر الحقوق الموصوفة أعلاه بأية حقوق سابقة قائمة حالياً، أو أن تؤثر في إمكانية منح البلدان الأعضاء حقوقاً في العلامات التجارية على أساس الاستخدام.

وأخيراً نود أن نبين بأن الحماية المدنية للعلامة المشهورة من التقليد الإلكتروني تتم عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة التي تعتبر تطبيقاً للقواعد العامة والمتمثلة بالمسؤولية التقصيرية التي أساسها الفعل الضار، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تقضي بأن (كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر..... يستوجب التعويض) وكذلك المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي نصت على انه (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

أي إن صاحب العلامة المشهورة من حقه أن يرفع هذه الدعوى أمام السلطات المختصة عند توافر شروطها والمتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويتحقق الخطأ هنا عند الاعتداء على العلامة المشهورة من قبل الغير بأي صورة من صور الاعتداء كما في حالة تقليدها أو تزويرها أو استعمالها بسوء نية على منتجات أو خدمات مماثلة، ولا تميز هنا بين الضرر المادي أو المعنوي فكلاهما يستوجب التعويض

الحدائق
وتحت إشراف
في الشرائع
يكون القدر الذي أصاب صاحب العلامة هو نتيجة لفعل المعتدي وبسببه،
فإذا توافرت هذه الشروط في الدعوى كان على المحكمة اتخاذ كافة الإجراءات القانونية
لمنع المعتدي من الاستمرار في اعتدائه على العلامة وإزالة الضرر وأن تحكم بالتعويض
المتناسب مع الضرر الحاصل سواء أكانت العلامة المشهورة مسجلة أم غير
مسجلة^(٦٤٥)، وهذا ما أشارت إليه المادة (٦٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة
١٩٩٩م^(٦٤٦).

أما بخصوص تقليد العلامة التجارية المشهورة على منتجات أو خدمات غير مماثلة
للمنتجات أو الخدمات الأساسية المرتبطة بها فانه من شأنه أن يخلق لبس لدى
المستهلكين بين هذه المنتجات غير المماثلة وبين صاحب العلامة المشهورة
ويعتقدون إنها صادرة منه، سيما وان العلامة المشهورة اكتسبت سمعة جيدة لجودة
المنتجات المرتبطة بها، لذا فان تقليدها من قبل الغير على سلع أو خدمات غير مماثلة
ومن نوعية رديئة من شأنه الإساءة إلى سمعتها وبالتالي يؤدي إلى إضعاف قدرتها على
التمييز، هذا كله أدى إلى ظهور الحاجة إلى حماية العلامة التجارية المشهورة عند تقليدها
على منتجات أو خدمات غير مماثلة^(٦٤٧).

ومن أمثلة ذلك استخدام العلامة التجارية المشهورة (مرسيدس) والخاصة
بتمييز نوع من السيارات الألمانية لتمييز نوع من الدراجات البخارية أو سفن بحرية أو
استخدام علامة (كوكا كولا) لتمييز نوع من المبيدات^(٦٤٨)، لذلك لا يجوز تقليد علامة
تجارية مشهورة عالميا على منتجات تختلف من تلك التي تميزها، لأن المستهلكين

^(٦٤٥) د. عصام رجب التميمي - التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٨
- ص ١٥٥.

^(٦٤٦) والتي نصت على انه (١-يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات
التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير.....٢-كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها
بتعويض الضرر الناجم عنها. وللمحكمة أن تقضي فعلا عن التعويض بإزالة الضرر وبنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه
في إحدى الصحف اليومية).

^(٦٤٧) د. نعيم مغيب-الماركات التجارية والصناعية- ط١- بدون مكان طبع- ٢٠٠٥- ص ٢٢٧.

^(٦٤٨) د. كنعان الأحمر - حماية العلامات التجارية شائعة الشهرة - مصدر سابق - ص ٦١.

تتضمن قانون العلامات التجارية إنتاجها وتسويقها بواسطة مالك العلامة المشهورة أي أنه قد وسع نشاطه ليشمل هذه الأنواع الجديدة ، وهذا ما يضر بمالك العلامة المشهورة من ناحية وبالمستهلكين من ناحية أخرى الأمر الذي يستدعي حمايتها في هذه الحالات. وتطبيقاً لذلك نجد إن المادة (٨/٥) من قانون العلامات التجارية العراقي المعدل بقانون رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٤ تنص على أنه (لا تسجل علامة لغرض هذا القانون العلامات المطابقة أو المشابهة لعلامة مشهورة..... إذا كان تسجيل تلك العلامة سيؤدي إلى إحداث إرباك لدى جمهور المستهلكين بالبضاعة التي تميزها العلامة.....) وكذلك المادة (٣/٦٨) من قانون الملكية الفكرية المصري^(٦٤٩).

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد إن اتفاقية ترينس (trips) قد نصت في المادة (٣/١٦) على أنه (تطبق أحكام المادة (٦) مكررة من معاهدة باريس لسنة (١٩٦٧) مع ما يلزم من تعديل على السلع والخدمات غير المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية شريطة أن يدل استخدام تلك العلامة التجارية بالنسبة لتلك السلع أو الخدمات على صلة بين تلك السلع أو الخدمات وصاحب العلامة التجارية المسجلة وشريطة احتمال أن تتضرر مصالح صاحب العلامة التجارية المسجلة من جراء ذلك الاستخدام).

يتضح لنا من كل ما تقدم إن الهدف من إضفاء الحماية المدنية على العلامة المشهورة عند تقليدها لمنتجات غير مماثلة هو حماية المستهلكين من الوقوع في اللبس حول مصدر المنتجات أو المشروع الذي أنتجها، فضلا عن حماية صاحب العلامة من الأضرار التي تلحق به من جراء استخدام العلامة من الغير على سلع غير مماثلة^(٦٥٠)، وهذا الضرر يجب تفسيره بمفهوم واسع بحيث يشمل الضرر المادي كتخفيض حجم أعمال المشروع، والضرر المعنوي كإضعاف قوة جذب المستهلكين التي تتمتع بها

^(٦٤٩) تنص المادة أعلاه على (يسري الحكم المتقدم على طلبات التسجيل التي تنصب على منتجات لا تماثل المنتجات التي تستخدم العلامة المشهورة في تمييزها إذا كانت العلامة المشهورة مسجلة في إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية وفي جمهورية مصر العربية وكان استخدام العلامة على منتجات غير مماثلة من شأنه أن يحمل الغير على الاعتقاد بوجود صلة بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات وان يؤدي هذا الاستخدام إلى إلحاق ضرر بصاحب العلامة المشهورة).

^(٦٥٠) د. محمد حسام محمود لطفي – تأثيرات اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترينس) على تشريعات البلدان العربية – القاهرة – ١٩٩٩ - ص ٣٩ .

المشهورات التجارية اليابانية استعمالها على أكثر من منتج أو تميز أكثر من نشاط مما قد يفقد تميزها وقيمتها التجارية، وبالتالي تفقد ثقة المستهلكين بها. فان من المبادئ المقررة في قانون العلامات التجارية أن العلامة التي يتم استخدامها بكثرة من قبل مشروعات اقتصادية تفقد قدرتها على أداء وظيفتها كعلامة والتي هي الإشارة إلى مصدر المنتجات^(٦٥١).

مثال ذلك : العلامة (similes) قد تم استخدامها من قبل مشاريع عديدة لتمييز منتجات مختلفة ولفترة طويلة في اليابان لدرجة إن الجمهور لم يعد يربط هذه العلامة بمنتجات مشروع معين، ولهذا فقدت هذه العلامة قدرتها على أداء وظيفتها كعلامة تجارية، وان الواقع العملي يشير إلى كثرة محاولات التقليد للعلامات التجارية المشهورة، فعلى سبيل المثال : استخدام شعار (قناة الجزيرة) دون وجه حق على بعض واجهات مقاهي الأنترنت وصالونات الحلاقة في بعض المدن العربية مما دفع القناة إلى التويه مرارا وتكرارا بان شعارها هو علامة تجارية مسجلة والتحذير من إن تقليدها أو الاستيلاء عليها يعد انتهاكا لحقوق الملكية الفكرية.

لذلك فان توسيع نطاق الحماية المقررة للعلامة المشهورة لتشمل استعمالها على سلع أو خدمات غير مماثلة يعد من أهم عوامل جذب الاستثمارات الأجنبية، فمتى ما اطمئن أصحاب رؤوس الأموال للحماية التي توفرها التشريعات الوطنية لدولة ما كلما توسعت وزادت أنشطتهم واستثماراتهم في تلك الدولة.

الفرع الثاني

الحماية الجنائية للعلامة التجارية المشهورة من التقليد الالكتروني

إن العلامة التجارية هي وسيلة لتمييز المنتجات بعضها عن بعض الآخر لذا فان الاعتداء عليها بتقليدها أو استعمالها من قبل الغير يعد ضار لكل من المنتج والمستهلك والدولة ككل، فهو يسئ للمنتج من خلال خسارته في تسويق منتجاته ووجود مزاحمين له من التجار في تجارته، كما انه يسئ للمستهلك لأن التقليد غير القانوني للبضائع سوف يقلل من جودة المنتج الأصلي ويجعل المستهلك يحصل على منتج من نوعية رديئة وهذا ما يجعله كفريسة للتضليل والخداع، وانه يسئ للدولة لأنه

(٦٥١) د. لويس فوجال - مصدر سابق - ص ٦٦، وكذلك د. محمد الشمري - حماية العلامة المشهورة - مصدر سابق - ٣٤٩.

المشهورات التي يملكها المواطن والأجنبي في الدولة^(٦٥٢)، لذلك فإن العلامة التجارية المشهورة تتمتع بحماية جنائية، حيث يحق لصاحب العلامة التجارية المشهورة رفع دعوى المسؤولية عند الاعتداء عليها بالتقليد الإلكتروني، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥) من قانون العلامات التجارية العراقي المعدل بقانون رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٤ على أنه (يعاقب كل شخص يرتكب أي فعل من الأفعال الآتية بالحبس لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن (٥٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسين مليون دينار عراقي ولا تزيد على (١٠٠,٠٠٠,٠٠٠) مليار دينار عراقي

- ١- كل من زور علامة تجارية مسجلة بصورة قانونية أو قلدها بطريقة يراد خداع الجمهور أو استعمل بسوء نية علامة تجارية مزورة أو مقلدة.
- ٢- كل من استعمل بطريقة غير قانونية علامة تجارية مسجلة مملوكة لجهة أخرى. ٣- كل من وضع بسوء نية علامة تجارية مسجلة مملوكة لجهة أخرى على منتجاته.....

ونستنتج من ذلك إن العلامة التجارية حتى تتمتع بالحماية الجنائية المقررة يجب أن تكون مسجلة في الدولة المطلوب منها الحماية سواء أكانت العلامة مشهورة أم غير مشهورة.

كما أشارت إليه المادة (١١٣) من قانون الملكية الفكرية المصري والتي نصت على أنه (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين: ١- كل من زور علامة تجارية تم تسجيلها طبقاً للقانون أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور.....

- ٢- كل من وضع بسوء قصد على منتجاته علامة تجارية مملوكة لغيره....)
- وكذلك المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية الأردني قد نصت على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز سنة واحدة أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار

(٦٥٢) د. هشام زوين - الحماية الجنائية والمدنية للعلامات والبيانات والأسماء التجارية - ط١- المكتب الثقافي للنشر والتوزيع-٢٠٠٤-ص ٩٠ و٩١ وكذلك د. عبد الله الخشروم -مصدر سابق ص١٩٧. د. عبد الوهاب عرفة - حماية حقوق الملكية الفكرية - مصدر سابق - ١٥١.

ولا تتجاوز الوثائق القانونية التي لها هاتين العقوبتين كل من ارتكب بقصد الغش فعلا" من الأفعال التالية :

- أ- زور علامة مسجلة وفقا لأحكام هذا القانون أو قلدها بطريقة تؤدي إلى تضليل الجمهور أو وسّم داخل المملكة علامة تجارية مزورة أو مقلدة على ذات الصنف من البضائع التي سجلت العلامة التجارية من أجلها.
- ب- أستعمل دون وجه حق علامة تجارية يملكها الغير على الصنف ذاته من البضاعة التي سجلت العلامة التجارية من أجلها.....) ، كما نصت على الحماية الجنائية اتفاقية تريرس (trips) في المادة (٦١) منها^(٦٥٣).

ونود أن نبين بأن النصوص السابقة جاءت مطلقة بصدد العلامة التجارية، وهذا يعني إنها تطبق على كل علامة تجارية سواء أكانت مشهورة أم غير مشهورة، كما يتضح لنا بأن النصوص السابقة قد حرصت على تأكيد الحماية الجنائية للعلامة التجارية عن طريق تطبيق العقوبات التي وردت في نصوص المواد المشار إليها، أي يجب تجريم تقليد العلامة من قبل الغير وتقرير عقوبات مالية وجسدية بحق من يرتكبها، كما يفهم من عبارات النصوص إنها اشترطت تسجيل العلامة التجارية حتى يستطيع مالكاها التمسك بالنص وتوقيع الجزاء الجنائي، أي إن مجرد الشهرة لا تكفي لتقرير الحماية الجنائية على العلامة، فإن عدم التسجيل لا يجيز رفع الدعوى الجنائية ولكنه لا يمنع من رفع الدعوى المدنية والمطالبة بالتعويض عن ذلك، فما دامت العلامة التجارية المشهورة مسجلة فإنها تتمتع بالحماية الجنائية من الاعتداء عليها وبخلاف ذلك فإنها تتمتع بالحماية

^(٦٥٣) إذ تنص المادة (٦١) من اتفاقية التريس على أن (تلتزم البلدان الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة..... وتشمل الجزاءات التي ===== يمكن فرضها الحبس و/ أو الغرامات المالية بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فينا يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة، وفي الحالات الملائمة تشمل الجزاءات التي يمكن فرضها أيضا" حجز السلع المخالفة أو أية مواد ومعدات تستخدم بصورة رئيسية في ارتكاب الجرم ومصادرتها وإتلافها ويجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية في حالات أخرى من حالات التعدي على حقوق الملكية الفكرية، لاسيما حين تتم التعدييات عن عمد وعلى نطاق تجاري).

المدينة فقط من القوانين الإلكترونية في الشركات هو لأن الحماية المقررة للعلامة التجارية المشهورة في الدول غير المسجلة فيها هي استثناء من مبدأ الإقليمية وهذا الاستثناء يطبق على الحماية المدنية فقط دون الجنائية.

فضلا عن ذلك فإن العلامة التجارية المشهورة حتى تتمتع بالحماية الجنائية وتوقيع العقوبة المنصوص عليها في المواد السابقة يجب أن يكون التقليد على منتجات مطابقة أو مشابهة للمنتجات التي تميزها، أما إذا استخدمت على منتجات غير مطابقة أو مشابهة لا تعتبر من قبيل الجرائم المتعلقة بالعلامة التجارية لأن حماية العلامة المشهورة عند استعمالها على منتجات غير مماثلة هو استثناء من مبدأ التخصص، والحماية بهذا الاستثناء تقتصر على الحماية المدنية دون الجنائية وخلاصة القول إن العلامة التجارية المشهورة تتمتع بالحماية الجنائية عند توافر شرطان هما: تسجيل العلامة في الدولة المطلوب منها الحماية، واستعمالها على سلع أو خدمات مماثلة لتلك التي تميزها، وبخلاف ذلك أي عند عدم تسجيلها أو عند استعمالها على سلع أو خدمات غير مماثلة فإنها تتمتع بالحماية المدنية دون الجنائية.

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج والمقترحات نبيها بالنقاط الآتية:
أولا: النتائج :

1- يتضح لنا مما تقدم إن التقليد الإلكتروني للعلامة التجارية المشهورة هو استخدام وسائل الكترونية لتقريب الشبه بين العلامة المقلدة والعلامة الحقيقية من شأنه إحداث اللبس، بحيث يصعب على جمهور المستهلكين التفريق بينهما، فهو يقوم على محاكاة تتسم بها المشابهة بين الأصل والتقليد من شأنه إيقاع الجمهور في الخلط والتضليل.

2- كما توصلنا إلى أن العلامة التجارية المشهورة هي تلك العلامة التي يعرفها عدد كبير من جمهور المستهلكين والتي تتمتع بسمعة طيبة ودعاية على مستوى

(٦٥٤) انظر قرار طعن جنائي رقم ٦٦١١ / ٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٨ - أشار إليه د. عبد الوهاب عرفة - الوسيط في حماية

حقوق الملكية الفكرية - مصدر سابق - ص ١٣٠.

العالم والحقائق القانونية السوق وتسمى أيضا بالعلامة ذات الشهرة أو ماركة مشهورة ويمكن وضع تعريف العلامة التجارية المشهورة بأنها العلامة التجارية التي تتجاوز شهرتها حدود الإقليم الوطني لها وتحظى بسمعة ومعروفة بين جمهور واسع من المستهلكين وعلى مستوى العالم نتيجة الاستعمال الدعاية والجودة سواء في مجال السلع المادية أو في مجال الخدمات.

٣- توصلنا إن التشريعات كفلت حماية موسعة للعلامة التجارية المشهورة استثناء من مبدأ الإقليمية الذي يشترط لحمايتها أن تكون مسجلة في إقليم الدولة المطلوب منها الحماية، ومن مبدأ التخصص الذي يحدد نطاق الحماية بالسلع والخدمات المماثلة لتلك التي تميزها العلامة المشهورة. وان هذه الحماية الواسعة للعلامة المشهورة تلي رغبة مالكي هذه العلامات الذين بذلوا الجهود والنفقات في سبيل تحقيق أكبر قدر ممكن من الشهرة لعلاماتهم التجارية من أجل زيادة مبيعات المنتجات التي تحمل هذه العلامة وبالتالي زيادة أرباح المشروع، لذا نرى إن من العدالة أن تتمتع العلامة المشهورة بهذه الحماية الواسعة لتحقيق مصلحة مالكيها وكذلك مصلحة مستهلكي المنتجات التي تغطيها العلامة، إذ إن هذه الحماية تضمن لهم عدم الوقوع في الخلط أو اللبس حول مصدر المنتجات لأنه سوف تتوافر لديهم الثقة بأن هذه المنتجات من مصدرها الأصلي وغير مقلدة.

٤- توصلنا ان للتقليد الإلكتروني صور وأساليب مختلفة للاعتداء على الملكية الفكرية ، الا انه ومع اختلاف هذه الصور إلا أنها تتم من خلال وسيلة ذات طبيعة واحدة وهي أنها تتم باستخدام وسائل اتصال إلكترونية حديثة تتمثل في الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت ، وإذا كانت العلامات التجارية عرضة للاعتداء عليها في أرض الواقع، فإن فرص الاعتداء عليها تزداد بصورة كبيرة على شبكة الإنترنت .

٥- اتضح لنا من خلال هذا البحث أن العناوين الإلكترونية احتلت أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلكين والمشروعات التجارية على حد سواء، حيث تمكن من خلالها المستهلكين من الوصول إلى مواقع المشروعات التي يرغبون في الوصول إليها ، الأمر الذي سهل لهم التعامل مع شبكة الأنترنت ، هذا الأمر أدى إلى تطور وظيفة العناوين الإلكترونية من مجرد وسيلة إعلان عن المشروعات عبر الأنترنت إلى كونه المميز لهذه المشروعات والمحدد لهويتها.

توصي الرضا أن العلامة التجارية المشهورة يجب أن تتمتع بهذه الحماية الواسعة سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو الدولية أو بالاتفاقيات الدولية، وذلك لتحقيق مصلحة كل من مالكيها ومستهلكي المنتجات التي تغطيها العلامة، إذا أن هذه الحماية تضمن للمستهلكين عدم الوقوع في الخلط أو اللبس حول مصدر هذه المنتجات.

ثانياً: المقترحات:

- ١- نقترح على المشرع العراقي الإسراع بتنظيم قانون خاص بحقوق الملكية الفكرية ويخصص فصل منه للعلامة التجارية بشكل عام والمشهورة بشكل خاص وذلك لقصور قانون العلامات التجارية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٧ المعدل بقانون رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٤ عن تنظيم أحكام العلامة المشهورة فلم ينص عليها إلا في المادة (٤/٤ فقرتها ٢ و ٣) والتي تتعلق بحماية العلامة المشهورة سيما وان الفقرة (٣) جاءت غامضة وغير واضحة، وكذلك المادة (٥/٥ فقرتها ٨) والتي لم يتبين منها هل أنها تطبق على السلع المماثلة أم غير المماثلة.
- ٢- نأمل من المشرع العراقي عند تشريع قانون ينظم أحكام العلامة المشهورة أن يبين لنا معايير التي يمكن أن نستند عليها لتحديد شهرة العلامة.
- ٣- ونود من المشرع العراقي أن يبين لنا حدود شهرة العلامة، أي هل الشهرة داخل البلد تكفي لاعتبارها علامة مشهورة أم يجب أن تكون هذه الشهرة على مستوى العالم.
- ٤- ونأمل كذلك من مشرعنا العراقي أن ينظم قواعد خاصة تتعلق بحماية العلامة التجارية المشهورة من الناحية المدنية والجنائية.
- ٥- نوصي بضرورة أن تفرض الشركات المختصة بالتسجيل رقابة سابقة على منح العناوين الإلكترونية، وعدم السماح بتسجيل العناوين الإلكترونية لمجرد تقديم الطلب مبكراً قبل الطلبات الأخرى دون أي شروط أخرى. وتتمثل الرقابة المشار إليها في وجوب تقديم مستندات وشهادات تثبت ملكية مقدم الطلب للتسمية التي يرغب في تسجيل عنوان إلكتروني يمثلها، الأمر الذي يحد من نشاط القرصنة الذين يعتدون بالتسجيل على العلامات المملوكة للآخرين.

وبالموظفة التي الرهبة ايضا بقة نشير إلى أهمية وجود رقابة لاحقة من الشركات المختصة بالتسجيل على العناوين الإلكترونية المراد تسجيلها. وفي هذا الصدد لا بد من مرور مدة معينة بين تسجيل العنوان الإلكتروني واستخدامه على الشبكة مثل ما يحدث في حالة تسجيل العلامة التجارية. وتسمح شركات التسجيل لكل ذي شأن أن يعترض على تسجيل العنوان الإلكتروني خلال هذه المدة.

7- وأخيرا نوصي المشرع العراقي بضرورة إصدار تشريع للتصدي لظاهرة التقليد الإلكترونية على شبكة الإنترنت ينظم تسجيل واستخدام العناوين الإلكترونية على الشبكة في المجالات العراقية حتى ينسجم مع ما طرأ على المجتمع العراقي من تطورات في الأونة الأخيرة. وكنا نأمل أن يتضمن هذا القانون نصوص لتنظيم العناوين الإلكترونية تضاف إلى النصوص التي تنظم براءات الاختراع والعلامات والأسماء والعناوين التجارية وكذلك المؤشرات الجغرافية، فلقد أصبحت العناوين الإلكترونية وما يصاحبها من تهديد للعلامات التجارية لاسيما المشهورة، أمرا واقعا يجب تنظيمية والتعامل معه بدلا من التغافل عنه.

المصادر

القران الكريم

اولا : الكتب اللغوية :

- 1- المطلع على ألفاظ المقنع، لمحمد بن أبي الفتح البعلي ، ص ٨٧.
- 2- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ٢٠٠٤.
- 3- مقاييس اللغة لابن فارس ، وأيضا: لسان العرب، لابن منظور، ٢٠٠٦.
- 4- د. العلامة أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت ، ٢٠٠٥ .
- 5- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين بن زكريا، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٨.

- ١- د. إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢- د. جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية (الترس) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٠.
- ٣- د. خاطر لطفي - موسوعة حقوق الملكية الفكرية - دراسة تأصيلية وفقاً" للقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية حقوق الملكية الفكرية - ط١ بدون مكان طبع ولا سنة طبع.
- ٤- د. عبد الفتاح بيومي - الملكية الصناعية في القانون المقارن - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٨ .
- ٥- د. عبد الوهاب السيد عرفة - الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ٢٠٠٣ .-
- ٦- د. عصام رجب التميمي - التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٨ .-
- ٧- د. محمد السعيد الراشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.
- ٨- د. محمد الشمري - حماية العلامة المشهورة في اتفاقية ترنس وفي بعض التشريعات المقارنة - المملكة العربية السعودية - بدون سنة طبع ولا مكان طبع .
- ٩- د. محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٠- د. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع..
- ١١- د. محمد حسام لطفي ،استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ١٢- د. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢.

- المؤتمرات والندوات
المؤتمرات والندوات
المؤتمرات والندوات
- حقوق الملكية الفكرية (تربس) على تشريعات البلدان العربية - القاهرة - ١٩٩٩ .
- ١٤- د. نزار سيد أحمد و د. مصطفى محمد، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠٨.
- ١٥- د. نعيم مغرب-الماركات التجارية والصناعية- ط١- بدون مكان طبع- ٢٠٠٥.
- ١٦- د. هشام زوين - الحماية الجنائية والمدنية للعلامات والبيانات والأسماء التجارية - ط١- المكتب الثقافي للنشر والتوزيع-٢٠٠٤.

ثالثاً: البحوث

- ١- د. خالد التلاحم، النزاعات بين العلامة التجارية وأسماء النطاق على شبكة الأنترنت ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، المجلد ١٩، الإصدار الثاني ، ٢٠٠٥.
- ٢- د. رامي محمد علون ، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الأنترنت، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية ، كلية القانون، العدد ١٢، ٢٠٠٥ .
- ٣- د. شريف محمد غنام - حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني - القسم الثاني- بحث منشور في مجلة الحقوق - العدد الرابع - السنة الثامنة والعشرون - ديسمبر - الكويت - ٢٠٠٤ .

رابعاً: المواقع الالكترونية

- 1- www.wipo.int/amc/en/domains/html/2002/d2002-0951.htm
- 2- www.wipo.int/amc/en/domains/html/2002/d2003-0004.htm .
- 3- <http://www.adrforum.com/domaindecisions/96109.htm> .
- 4- <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2003/parodyytademarkandinternet> .

خامساً: القوانين والاتفاقيات :

قانون العلامات التجارية في التشريعات
الحدائق والحدائق
قانون العلامات التجارية في التشريعات
المؤشرات الجغرافية العراقية ذي الرقم (٨٠) لسنة (٢٠٠٤)
(.

- ٢- قانون العلامات التجارية الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٣ المعدل ،
- ٣- قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم (٥٥٨) لسنة (١٩٩٤) المعدل ،
- ٤- قانون حقوق الملكية الفكرية المصري رقم (١٣٢) لسنة (١٩٤٩).
- ٥- قانون العلامات التجارية الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.
- ٦- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.
- ٧- نظام العلامات التجارية السعودي لسنة ٢٠٠٢.
- ٨- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) لسنة ١٩٩٤.
- ٩- اتفاقية قانون جنيف للعلامات التجارية لسنة ١٩٩٤.
- ١٠- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣ المعدلة.

سادسا: المصادر الأجنبية :

- 1- HAROUN Ali, La protection des marques au Maghreb, OPU, Alger, 1979.

دور البصمة الوراثية بحالة نفي النسب في الاثبات المدني



الدكتورة بان سيف الدين محمود
كلية القانون - جامعة بابل

الدكتور صفاء اسماعيل وسمي
كلية القانون - جامعة بابل

الدكتورة هند فائز
كلية القانون - جامعة بابل

المخلص :

تُعَدُّ تقنية البصمة الوراثية من المستجدات العصرية الحديثة، التي ظهرت بفعل تقدم العلوم بمجالاتها المختلفة، والتي فتحت باباً لإمكانية استخدام تقنيات جديدة كوسائل للإثبات أمام القضاء، حيث شاع استعمال البصمة الوراثية في المجال الجنائي في الدول الغربية والعربية، وتمكّنت من نسب أعمال الإجرام إلى أصحابها بواسطة تقنية البصمة الوراثية، لذا كان من الأمور المهمة للقضاء ولفقهاء القانون معرفة تقنية البصمة الوراثية ومدى حجيتها في نفي وإثبات النسب، وعليه فإذا أثبتت نتائج تقنية التحليل بالبصمة الوراثية صدق ما ادّعى به الزوج، فهل يكتفي بتلك النتائج لنفي النسب دون الاستعانة باللعان؟ وفي حال تعارض نتائج تقنية البصمة مع أقوال الزوج، حيث تكون نتائج التحليل بهذه التقنية مطابقة لنتائج التحليل مع المولود، فهل يصحُّ الاعتماد على تلك النتائج وعدم الاستجابة لطلب الزوج في إجراء اللعان، أو نجره بغض النظر عن النتائج؟

الكلمات المفتاحية : حجية ، البصمة ، الوراثية ، نسب ، نفي ، شرعية ، قانونية

Abstract :

The genetic fingerprint technique is one of the modern modern developments which has appeared due to the progress of science in its various fields, which opened a door for the possibility of using new technologies as means of proof before the judiciary, as the genetic footprint in the criminal field was popular in Western and Arab countries, and was able to rate criminality to their owners by The technique of the genetic fingerprint, so it was important to the judiciary and the jurists of the law to know the technique of the genetic fingerprint and the extent of its argument in denying and proving the lineage, and accordingly, if the results of the technique of analysis in the genetic fingerprint prove the truth of what the husband claimed, is it sufficient for these results to deny the lineage without the use of curse? In the event that the results of the fingerprint technology are contradicted with the husband's statements, where the results of the analysis of this technique are identical to the results of the analysis with the newborn, is it correct to rely on these results and not respond to the husband's request to conduct the curse, or do we conduct it regardless of the results?

أولاً : المقدمة

يتميز عصرنا الحالي بالتطور المذهل ، لاسيما في المجال البيولوجي وقدرته على استحداث تقنيات جديدة في المعرفة العلمية ، حيث تستعمل البصمة الوراثية في حل كثير من القضايا ، ذلك لارتباطها المباشر بافرازات الجسم التي تختلف من شخص لآخر فيتم من خلالها تحديد الجناة او المنجي عليهم ، لذلك اولى الخبراء اهتمامات كبيرة لتطوير اساليب فحص الاثار البيولوجية ، حيث تمكن من تطبيق البصمة الوراثية واثبات ان هناك بعض الاجزاء من هذه الاحماض النووية تكون فريدة لكل شخص ، والذي لم يعد معه ربط الجاني بمسرح الجريمة صعباً ، واثبات البصمة امراً مستحيلاً .

ثانياً : موضوع البحث

كان من تدوير الفصول التكنولوجي في مجال النسب ظهور ما يعرف بالبصمة الوراثية (DNA) ، وهذا ما يميز عصرنا الراهن وهو التطور المذهل واستحداث تقنيات حديثة في المعرفة العلمية ، هذه التقنيات احدثت تغييراً في مجالات الطب واهمها المتعلقة بالارث البيولوجي للكائنات حيث تستعمل البصمة الوراثية في حل كثير من القضايا وذلك لارتباطها المباشر بالافرازات الجسمية التي تختلف من شخص لآخر ، لذلك فقد اولى الكثير من الخبراء الجنائيين اهتمامات كبيرة لتطوير اساليب فحص الاثار البيولوجية ، حيث تمكن من تطبيق البصمة الوراثية واثبات ان هناك بعض الاجزاء من هذه الاحماض النووية تكون فريدة لكل شخص .

ثالثاً : أهمية البحث

تظهر اهمية البصمة الوراثية في قضايا متعددة ومنها نفي النسب او ثباته ، حيث تصل دقة الاثبات الى 99% ، ، ولما كان النسب من اسمى الروابط الانسانية واقواها ، تظهر اهمية الاثبات في سائر انواع الحقوق ، فهو الى جانب تحقيقه المصلحة الفردية في حمايته للحقوق الخاصة للافراد ، فإنه يحقق مصلحة عامة اجتماعية ، حيث يؤدي تنظيم الاثبات الى حسم المنازعات ومنع الادعاءات الكيدية والكاذبة ، وتوفير الاستقرار في الجماعة ، وان ومن اهم المسائل التي نالت الاهتمام والعناية هي طرق اثبات النسب ، فقد حددت الشريعة الاسلامية وكذلك اغلب تشريعات الدول العربية التي استمدت احكامها من الشريعة الاسلامية طرق اثباته بالفراش والبينة والاقرار باعتبارها اقوى الادلة في هذا المجال .

رابعاً : اشكالية البحث

تتمحور اشكالية البحث حول مدى جواز اللجوء الى استخدام البصمة الوراثية في قضايا اثبات النسب وامكانية نفيها في الدعاوى المدنية ، ومدى امكانية اعتبار البصمة الوراثية دليلاً مادياً قاطعاً في الاثبات المدني .

خامساً : اهداف البحث

ا-نهدف من خلال البحث الإجابة عن التساؤل الذي اثير بصدد الموضوع والذي يعتبر إشكالية لمحاولة وضع الحلول له .

٢-٢-٢-٢ الوفاء بالواجب القانوني التي اوردتها التشريعات محل المقارنة ، لاستخلاص أهم المبادئ القانونية والأنظمة الإجرائية بخصوص دور البصمة الوراثية بحالة نفي النسب في الاثبات المدني .

٣- التوصل الى افضل التوصيات آمليين أن يأخذ بها المشرع العراقي لسد الفراغ التشريعي في هذا المجال .

سادساً : منهجية البحث

سنتبع في دراستنا للموضوع ما يلي :

١- المنهج التحليلي في المواضيع التي لم يرد بشأنها نص قانوني وكذلك بعض النصوص الواردة في الفقه الإسلامي .

٢- المنهج التحليلي عبر عرض الاراء الفقهية المختلفة والمنسجمة مع الموضوع وتحليلها .

٢- الاستعانة بالقانون المقارن من جوانب عديدة ، بأتباع منهج المقارنة بين القوانين الوضعية .

سابعاً : خطة البحث

للإحاطة بالجوانب الشرعية والقانونية لموضوع البحث وبما ينسجم مع خصوصيته ، إرتئينا أن نبثه على مطلبين نتناول في المطلب الاول : الحجية الشرعية من نفي النسب بالبصمة الوراثية ، اما في المطلب الثاني فسنتناول الحجية القانونية من نفي النسب بالبصمة الوراثية .

تمهيد :

تعتبر البصمة الوراثية دليلاً بايولوجياً ،اي وسيلة اثبات من جهات مختصة ، يعرف الدليل البايولوجي بانه وسيلة يستعين بها القاضي للتوصل الى الحقيقة التي ينشدها ، وتكمن اهمية الدليل البايولوجي في ان القاضي يستمد الحجة من الدليل واثبات قناعته .

يقسم الدليل البايولوجي علمياً الى أدلة قطعية وتشمل الدليل البايولوجي DNA ، ونظام المناعة HLA وادلة ظنية وتشمل فصائل الدم ABO ونظام MNS . تُعد البصمة الوراثية من الركائز الاساسية في عملية الاثبات والتوصل الى الحقيقة واثبات الحق امام القضاء ، فالنتائج الايجابية لا تجعل هنالك مجالاً للشك في صحته لانه كلما كانت القيمة

لا تتغير الا في حال حدوث امر ما يؤدي الى تغيير تركيب الدليل البيولوجي او تعديله . وتستند القيمة القانونية للبصمة الوراثية الى القيمة العلمية والتي تحتاج الى المبادئ العامة للاثبات العلمي ، وعليه فإن هنالك صلة بين القيمة القانونية للدليل البيولوجي وبين طبيعة الاثر المتحصل عليه ، وهي علاقات اثبات او نفي لدى ايجابية النتائج التي يتم الحصول عليها من الاثار البيولوجية وهنا تكمن القيمة الفنية للبصمة الوراثية باحتواء المختصين له لاضفاء الصبغة القانونية للدليل في الاثبات .

المطلب الاول

الحجية الشرعية من نفي النسب بالبصمة الوراثية
هنالك اختلاف فقهي بخصوص جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية ، الا انه مع التسليم بهذا الجواز ، فإنه ثمة خلافاً من جهةٍ اخرى على القيمة الشرعية والقانونية لنفي النسب عن طريق البصمة الوراثية ، فهل قرينة النفي هي قطعية او ظنية ، ام هي مرحلة وسط بينهما ؟ لإيضاح أهمية الامر لابد من بيان كل قرينة بشكل منفرد وعلى الشكل التالي :

الفرع الاول

الحجية المطلقة في نفي النسب بالبصمة الوراثية
اثار موضوع اسباب الحجية المطلقة على الاثبات بالبصمة الوراثية جدل واسعاً بين الفقهاء ، حيث ذهب جمعٌ من الفقهاء الى اعتبارها حجية مطلقة في قضايا النسب من اثبات او نفي ، وانها قرينة قطعية على اساس ان نسبة النجاح فيها قد وصلت الى ٩٩,٩٩% ، حيث يرون تقديم البصمة الوراثية على بقية الادلة الشرعية الاخرى لانها تحقق ما تحققه تلك الادلة وزيادة عنها ، واذا حدث وتعارضت نتائج البصمة الوراثية مع نتائج الادلة الاخرى ، قُدمت البصمة الوراثية عليها ، ويضيفون اصحاب هذا الرأي ، أن قوة الدليل في هذه التحاليل تصل الى نسب قطعية في النفي او الاثبات للبنوة والنسب ، وان هذه من التطورات الفنية الحديثة في مجال الفحوص المختبرية التي تقطع الشك

البصمة الوراثية في الطب الشرعي والجنائي في المملكة العربية السعودية ، العدد ١٧ ، السنة ١٥ ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢١ . و ابراهيم عثمان ، دور البصمة الوراثية في قضايا اثبات النسب والجرائم ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الاول لعلوم الادلة الجنائية والطب الشرعي ، الرياض ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩ .

ويرى اصحاب هذا الاتجاه ، ان البصمة الوراثية اقوى بكثير من بقية القرائن ، بل حتى من الشهادة التي تمثل الصدق والكذب ، كما ان البصمة الوراثية تصلح ان تكون مانعاً من قبول طرق الاثبات التقليدية دون العكس ، ذلك لانها دليل مادي يعتمد العلم والحس ، ويقوم على التسجيل الذي لا يقبل الانكار بخلاف غيرها من الادلة الاخرى التي تعتمد على الذم ، فهي لا تقبل الانكار (656)

اما الاتجاه الاخر من الفقه ، فيرى أن البصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية يقينية لاثبات هوية

الشخص ، وتُعد سبباً شرعياً لحسم نزاع النسب (657) فقد اثبتت التجارب العلمية المتكررة ان البصمة الوراثية اذا توفرت بشروطها وتعددت عيناتها ، مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار ، فإنها دليل قطعي ، واكثر نتائجها ١٠٠٪ (658)

اضافة الى ذلك فإن البصمة الوراثية من الناحية العلمية ، هي ويلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الشخصية خصوصاً في الطب الشرعي ، حيث انها ترتقي الى مستوى القرائن القطعية التي اخذ بها كجمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية (659)

(655) نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، العدد

١٧ ، السنة ١٥ ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢١ . و ابراهيم عثمان ، دور البصمة الوراثية في قضايا اثبات النسب والجرائم ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الاول لعلوم الادلة الجنائية والطب الشرعي ، الرياض ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩ .

(656) عبد القادر خياط وفريدة الشمالي ، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الاسلامية ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية

والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، الامارات ، ٢٠٢٢ ، ص ١٤٩٣ .

(657) ابراهيم احمد عثمان ، دور البصمة الواثية في قضايا اثبات النسب والجرائم الجنائية ، ص ١٧

(658) نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، العدد ١٧ ، السنة ١٥ ، ٢٠٢٣ ، ص ٦٥ .

(659) علي محيي الدين القره داغي ظن البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، جدة ، العدد ١٦ ، السنة ١٤ ، ٢٠٢٣ ، ص ٥٥ .

ويذهب بعض القائلين بأن الأصل في البصمة الوراثية هو اليقين والقطعية ، الا ان عامل اليد البشرية والمراحل المعقدة التي يتطلبها التحليل قللت من مصداقيتها ، وجعلت نتائجها قريبة من القطع ، بمعنى انها قرينة قطعية من الناحية العلمية ، وقرينة ظنية من الناحية العملية (660)

ان ما تقدم من تكييف ينطبق على اثبات النسب بالبصمة الوراثية ، ومما لا شك فيه ان المجيزين مطلقاً لنفي البصمة الوراثية يرون الحجية المطلقة للبصمة الوراثية وتقديمها على سائر الأدلة والقرائن الاخرى .

الفرع الثاني

الحجية الظنية في نفي النسب بالبصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية قرينة ظنية ، لا ترقى الى مستوى القرائن القطعية ، لانها عرضة للخطأ ، فهي ليست من الامور الباتة والمعتبرة شرعاً في اثبات النسب ، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة (661) ، واستناداً على ما تقدم اذا عُدت البصمة الوراثية قرينة من القرائن فهذا يضعف من دلالتها ، والسبب انه لا يلجأ الى القرائن الا عند انتفاء الأدلة ، واذا عارضها دليل يُقدم عليها "كالفراش او الاقرار او الشهادة" ، ان هذه الأدلة غالباً ما تكون مصاحبة لدعاوى اثبات النسب ، واستدل مؤيدوا هذا الاتجاه الى ان الاثبات بالبصمة الوراثية قرينة واقعية بسيطة ، لا ترتقي الى ذات القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الاثبات ، ما يعني حرية القاضي في اعتمادها او رفضها ، غير ان الظروف اهدرت من قيمتها ذلك بأنها تفتقر الى التأثير في نفسية القاضي ، كون ان اجراء التحليل يتم في غيابه ، وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر ، اضافة الى ان الظروف المحيطة والاجراءات المُعقدة عند التحليل اهدرت من قيمتها ، كما ان رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النسب ينطلق من كونه غير معترف به شرعاً ، حتى ان

(660) حيدر الشمري ، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب ، بحث منشور في جامعة اهل البيت ، العدد ١٩ ، ١٦ ، ٢٠١٦ ، ص٢٧ .

(661) تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية ، مجلة المحمق الفقهي الاسلامي ، جدة ، العدد ١٦ ، لسة ١٤ ، ٢٠٠٣ ، ص٢٩٢ .

العلمية الحديثة مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين ، الا انها تظل محل شك (662) .

ان اصحاب هذا الرأي مُجمعين على تقديم الاقرار على البصمة الوراثية ، وذلك بتوافر الشروط المعتمدة شرعاً ، الا ان هناك من يجيز الاحتكام الى البصمة الوراثية اذا كذب المُقر له المُقر ، باعتبار ان النسب حق للولد ، فينبغي على الاب ان يثبتته بأي دليل ، والذي تحل محله البصمة الوراثية في ظل غياب اي دليل اخر ، بشرط رضا المُقر له بالنسب بعد اجراء البصمة الوراثية (663) .

ان ما تقدم هو تكييف ينطبق على اثبات النسب بالبصمة الوراثية ، فهل ينطبق ذلك على نفي النسب ايضاً ؟ هنالك من يرى ان اثبات النسب او نفيه بالبصمة الوراثية يجب الا يُقدم على القواعد الشرعية ، ولا على وسائل الاثبات الاقوى منها ، ولكن يجوز استخدامه في حالات التنازع على مجهلي النسب ، او حالات الاشتباه بين المواليد ، او ضياع الاطفال واختلاطهم ، و لا يصح اثبات نسب لمعروف النسب ، ولا لمولود الزنا (664) .

المطلب الثاني

الحجية القانونية من نفي النسب بالبصمة الوراثية

يتباين موقف المشرع في مسألة جواز الاستعانة بالتقنية الحديثة للبصمة الوراثية في نفي النسب ، فهو ليس على نهجٍ واحدٍ في جميع الانظمة القانونية لمختلف تشريعات الدول موضوع البحث (665)

(662) عانشة ابراهيم احمد المقادمة ، اثبات النسب فب علم الوراثة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في غزة ، ٢٠١٣ ، ص ٢٧ .

(663) عبد القادر خياط وفريدة الشمالي ، تقنيات البصمة الوراثية وعلاقتها بالشريعة الاسلامية ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، الامارات ، ٢٠٢٢ ، ص ١٥١٦ .

(664) وليد العاكوم ، البصمة الوراثية واثرها في الاثبات ، مؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون ، جامعة الامارات ، المجلد الثاني ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٤٢ .

(665) إن مسألة إثبات النسب تتعلق بها حقوق مشتركة بين عدة اطراف ، فهناك حق الله عز وجل ، وحق المجتمع ، وحق الام وحق الاب ، وحق الولد ، وجميعها حقوق ارقها الشرع والقانون ، وايدها القضاء في اكثر من مناسبة ، والواقع ان

لمسألة الفراش ، أما التشريعات العربية التي تركز على أحكام الشريعة الاسلامية في تنظيم مسائل الاحوال الشخصية ومنها قضية النسب ، قتشدد في اطار النفي بما لا يتعارض مع هذه الاحكام ومنها اللعان .

والنتيجة نفسها تؤشر على الموقف القضائي مع ملاحظة ان الاجتهادات القضائية قد تغيرت بين الحين والآخر ، نحو التسليم بجواز النفي حتى مع سكوت المشرع العراقي عن تنظيم هذه المسألة .

ولبيان اهمية ما تم ذكره ، سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الاتيين :

الفرع الاول

موقف القانون من نفي النسب بالبصمة الوراثية

ان الاتجاه الحديث في اغلب التشريعات المقارنة اصبح يميل الى الاخذ بالادلة العلمية في قضايا النسب ، حيث نظمت عدة تشريعات منها مسائل التقاضي بالبصمة الوراثية وافرادها بنصوص خاصة ، حيث اعتمد القانون العراقي الاخذ بتقنية التحليل بالبصمة الوراثية بالرغم من عدم وجود نص تشريعي حول هذه المسألة ، واعتبر بأن التحليل بالبصمة الوراثية ينطوي تحت اعمال الخبرة ، وان اعمال الخبرة بصورة عامة ومن ضمنها نتائج تحليل البصمة الوراثية ، ولا تعدو الا ان تكون دليلاً من بين أدلة الاثبات ، هذه الادلة خاضعة لتقدير القضاء ، ومن ثم فإنها لا تملك القطعية على مستوى الدلالة الثبوتية ،

حق الطفل في النسب بأن يكون له اب وام يعرف بهما من اهم الحقوق ، ومن هنا يتجه الفكر القانوني المعاصر نحو الاهتمام بهذا الحق ، وقد اقرت اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل ، الموقعة بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م ، والتي اقرتها فرنسا "على ان للطف الحق في معرفة ابويه قدر الامكان ، وحماية نسبة وضمان الحاقه بأبيه الحقيقي " اورد ذلك : سلطان الجمال ، معصومية الجسد في ضوء القرارات الحديثة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٧٤ .

لأنه لا يوجد نص إيجابي يفرض دلالة قطعية على مستوى الاثبات (666) ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٠) من قانون الاثبات على أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة ، وعليها اذا قضت بخلاف رأيه ان تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ برأي الخبير كلاً او جزءاً ...

أما رأي الخبير الذي ينتهي اليه بما يستنتجه فليس له أي حجية قانونية ملزمة ، واقصى ما يكون لذلك التقدير هو قوة اقتناع تتجه الى عقل القاضي وقناعته (667) ، فقد نصت الفقرة الثانية للمادة (١٤٠) من قانون الاثبات على أن " رأي الخبير لا يقيد المحكمة ، وعليها اذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ برأي الخبير كلاً او جزءاً ..."

أما رأي الخبير الذي تنتهي اليه بما يستنتجه ، فليس له اي حجية قانونية ملزمة ، واقصى ما يكون لذلك التقدير هو قوة اقتناع تتجه نحو عقل القاضي (668) فتدل هذه المادة على ان القاضي لا يستمد قناعته من أي دليل يطمئن اليه ضميره ، وانه يجب ان يكون " رأي القاضي " منطقياً وليس مبنياً على فحص التصورات الشخصية للقاضي (669) .

اما اذا استمد القاضي الناظر بالموضوع قناعته من ادلة واساليب ينافيها المنطق ، كان لمحكمة التمييز ان تردده ، لانه وان كان تقدير القاضي للدلة لا يخضع لرقابة محكمة التمييز فليس لها ان تراقبه في تقديره للدلة ، الا انها تراقب صحة الاسباب التي استند اليها (670) .

(666) عمار تركي عطية ، البصمة الوراثية واثرها في الاثبات الجنائي ، مجلة دراسات قانونية ، بغداد ، العدد ٢١ ، ٢٠٠٧م ، ص٩٩ .

(667) عمار تركي عطية ، البصمة الوراثية واثرها في الاثبات الجنائي ، مجلة دراسات قانونية ، بغداد ، العدد ٢١ ، ٢٠٠٧ ، ص٩٩ .

(668) ادهم وهيب الندوي ، الموجز في قانون اللقبات ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص٢١٠ .

(669) علاء السلامي ، تكنولوجيا البصمة الوراثية في اثبات النسب ، مكتبة الحكمة ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٤١ .

(670) علاء السلامي ، تكنولوجيا البصمة الوراثية في اثبات النسب ، مرجع سابق ، ص٤١ .

واعتماداً على هذا الرأي فإن المحكمة كانت تصدر قراراتها بالرغم من وجود تقرير صادر عن "مستشفى الكرادة - شعبة تطابق الانسجة" المرقم ٣٨ والمؤرخ في ١٩٧٨/٣/٣م ، الذي جاء فيه أن الصفات الوراثية للمدعية تتشابه مع الصفات الوراثية للمدعى عليه . وعلى الرغم من وجود بيّنة شخصية حول هذه الدعوى الا ان القاضي قام بتوجيه اليمين المتممة للمدعى عليه ، واليمين المتممة تكون في حال عدم وجود دليل كامل ، وقد رُد هذا القرار عن محكمة التمييز في القرار رقم ١١٤ موسعة اولى /٢٩٠ في ١٩٩٠/٧/١٣م على اساس ان التقرير الطبي المذكور أنفاً يشير الى ان الصفات الوراثية للمتداعيين متشابهة ، وعلى الرغم من وجود بيّنة شخصية يتعين على القاضي الحكم بثبوت النسب دون الحاجة الى اليمين المتممة (671)

الا أن هذا الرأي في الوقت الحاضر قد تغير ، وتم عد تحاليل البصمة الوراثية قرينة قانونية (672) لانها مبيّنة على الحجّة والدليل القطعي بنتائجها ، فإتجه هذا الرأي الى الاخذ بهذه التقنية ، واعتماده عليها ، والحكم بموجبها ، لانها لها دلالة قطعية وليست ظنية . وبالرجوع الى قانون الاثبات العراق فأننا نجد ان المشرع العراقي قد فتح مجالاً واسعاً اما القاضي للاستعانة بوسائل الاثبات الحديثة والوسائل العلمية في اثبات الوقائع القانونية المختلفة ، سواء كانت وقائع مادية ام تصرفات قانونية ، اذ ان من اهم اهداف

(671) نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، العدد ١٧ ، ٢٠٠٣م

(672) القرينة : هي استنباط الشارع او القاضي لامر مجهول من امر معلوم ، او هي كل ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه ، وهي إما تكون قرينة قطعية : زهي البالغة حد اليقين ، او الامارة الواضحة بحيث يصبح الامر في حيز المقطوع به ، وتمثل دليلاً مستقلاً في الاثبات ، بحيث تقوم مقام البيّنة او قرينة ظنية : وهي التي تكون دلالتها على الامر ضعيفة محتملة وغير قاطعة ، فلا تمثل دليلاً مستقلاً ، ويستعان بها على سبيل الاستئناس والترجيح ، وفيما يخص تكييف قيمة البصمة الوراثية فقد برزت ثلاثة اتجاهات ، الاول : يرى ان البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقى الى مستوى القرائن القطعية ، لانها عرضة للخطأ فهي ليست من البيّنات المعتبرة شرعاً في مسائل النسب . الثاني : يرى ان البصمة الوراثية قرينة قطعية ، لما لها من نسبة نجاح وصلت ٩٩.٩٩٪ . والثالث : يرى بأن البصمة الوراثية بيّنة مستقلة ، او دليل مباشر ، يثبت بها الحكم نفيًا او اثباتًا ، اذا توافرت الشروط اللازمة . عائشة ابراهيم احمد المقادمة ، اثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق الجامعة الاسلامية ، غزة ، ٢٠١٣ ، ص ٥٥-٥٦

قانون الإثبات هو من القوانين التي توجبه الدعوى تمهيداً للفصل فيها (673)

إن قانون الإثبات العراقي قد سمح للقاضي في نص المادة (١٠٤) بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، ومن هنا اصبح من الجائز للقاضي العراقي أن ستفيد من اختبارات البصمة الوراثية لاستنباط قرائن قضائية في نفي او اثبات موضوع الدعوى ، ويعتبر موقف المشرع العراقي هذا متطوراً حين شرع قانون الإثبات اذا ما تم مقارنته بباقي التشريعات العربية التي لم يرد بها نص يسمح فيه القانون للاستفادة من وسائل التقدم العلمي ، النقطة الوحيدة التي يؤاخذ عليها المشرع العراقي هو انه لم يتخذ من هذه الوسائل موقفاً واضحاً ليتدخل في تحديد حجيتها للإثبات ، بل ترك الامر للقاضي الناظر في الموضوع ، وعد هذه الامور مجرد قرائن قضائية (674)

الفرع الثاني

موقف القضاء من نفي النسب بالبصمة الوراثية

اتجه القضاء للاخذ بتحليل الدم والبصمة الوراثية في المنازعات التي تخص اثبات ونفي البنوة والنفقة واصدار احكام عديدة على اساس نتائج تلك التحاليل ، ولقد رأينا في الفرع الاول من هذا المطلب كيف ان قانون الإثبات العراقي قد فتح المجال واسعاً امام القضاء العراقي للاستعانة بالاختبارات البيولوجية ، ومنها اختبارات البصمة الوراثية سواء كان عن طريق الخبرة الفنية والعلمية او عن طريق اصدقاء قيمة قانونية على وسائل التقدم العلمي .

وبالرجوع الى احكام محكمة التمييز العراقية في هذا الخصوص نجد بأن محكمة التمييز قد سايرت اتجاه قانون الإثبات الى درجة كبيرة ، حيث ذهبت محكمة التمييز في احد

(673) ففي الفصل الخاص بأهداف قانون الإثبات العراقي النافذ ، نصت المادة الاولى منه على ما يأتي : ١-
توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المعروضة ، كما نصت المادة الثانية منه على ما يأتي : "الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته " . اورد ذلك : ضياء شيت خطاب ، اولة مستديرة حول قانون الإثبات ، بغداد ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ٢٠٠١م ، ص٣٦٠-٣٦١ .

(674) عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات المدني العراقي ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص٤٢٢ . سعدون العامري ، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات ، مجلة العدالة ، بغداد ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، ٢٠٠٠ ، ص٣٧٣ .

المتوفي ، وأن المدعى عليه هو خالها وليس اباها ، وأن زوجته ليست امها ، فينبغي على المحكمة تكليفها بالاثبات ، وان تحيل الطرفين على الجهة المختصة لاجراء الفحص المختبري للخلايا النسيجية وعوامل الوراثة وصولاً الى الحكم العادل (675)

وذهبت اغلب المحاكم العراقية في احكام عديدة الى نفي صلة القرابة بين المتخاصمين في الدعوى بالاستعانة بالدليل البيولوجي ، فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية الى انه " اذا كان الثابت من تقرير مستشفى الكرامة التعليمي الخاص بنتيجة فحص تطابق الانسجة لاطراف الدعوى أن الصفات الوراثية للطفل (م) لا تمت بأي صلة للصفات الوراثية للزوج (هـ) وزوجته المدعى عليها (ر) ، وان الصفات الوراثية العائدة للزوج (ق) وزوجته المدعية (ز) وان الطفل (م) لا يمكن ان يكون بأي حال من الاحوال ابنا للزوجين (هـ.ر) ، فيتعين على القضاء اعتبار (م) ابناً للمدعية (ز) وزوجها (ق) ، وتسليمه اليهما ، ومنع معارضة المدعى عليهما في ذلك (676) .

وجاء في قرار للهيئة التمييزية في المحكمة الاتحادية بتاريخ ٢٠١٨/١/٩م ، وجد أن الحكم التمييزي صحيح وموافق للشرع والقانون للاسباب والحيثيات التي استند اليها (677) ، حيث طلب المدعي نفسي نسب مولود ، لعدم تطابق الصفات الوراثية بينه وبين المولود ، اضافة الى كون التحاليل اثبتت بأنه عقيم .

نستخلص مما تقدم ، ان البصمة الوراثية تشكل احدى اهم الاكتشافات الحديثة التي مَنَّ الله بها على عباده ليستفيدوا منها في شتى مجالات الحياة المختلفة ، الطبية والقانونية والعلمية بصفة عامة ، وفي ذلك بيان لعظمة الخالق عز وجل ، وهي جزء يسير من كثير

(675) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٣ / موسوعة اولى / ٨٧ / ٨٨ الصادر في ٢٠١٨/٥/٣٠م

(676) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٩٥ / موسوعة اولى / ٨٧/٨٦ الصادر في ٢٠١٩/٥/٣٠م ، اشار اليه : ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم الاحوال الشخصية ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ٢٠٠٩م ، ص ٣٦٠ .

(677) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، رقم ٩٠١٩ هيئة الاحوال والموارد الشخصية ، في ٢٠١٨/١/٩م

العدالة و
العلم في التشريعات
المؤتمن الاثر في العلمين وصدق اذ قال " سترهم آياتنا في الافاق وفي انفسهم
حتى يتبين لهم انه الحق " (678)

اضافة الى كونها ادق وسيلة توصل اليها العلماء في عصرنا الحالي لاثبات هوية الشخص وتميزه عن باقي الافراد ، فهي عبارة عن البنية الجينية التي تدل على هوية كل فرد بعينه ، وفي مجال اثبات النسب نجد ان القوانين الوضعية قد اتفقت على جواز استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب ، لكنها تشددت في ذلك ولم تترك المسألة على اطلاقها وانما حددت ذلك بحالات معينة مرتبطة اساساً بقضايا التنازع حول النسب ، غير ان الراء الفقهية دعت وبصورة صريحة الى عدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في التأكد من صحة النسب الثابت ، لما يترتب عليه من مفسد كبيرة في المجتمع ، وحتى في حالة الاستعانة بها فإن منزلتها لا تصل الى مرتبة ادلة اثبات النسب الشرعية من فراش وبينة واقرار ، فهذه الادلة ثابتة بالنص القرأني ولا يجوز ان نلغيها ونستعين بالبصمة الوراثية التي رغم دقتها الكبيرة فأن الشبهات حولها ايضاً كبيرة .

الخاتمة

من خلال بحثنا لموضوع (دور البصمة الوراثية بحالة نفي النسب في الاثبات المدني) توصلنا الى عدة نتائج دعنا الى أن نتقدم بعدة توصيات نأمل أن يأخذ بها المشرع العراقي .

أولاً : النتائج :

ان البصمة الوراثية "هي وسيلة على غاية من الدقة تحدد الهوية الوراثية لكل انسان بعينه ، تتميز عن غيره بتحليل جزء من حمضه النووي ال DNA الموجود في نواة كل خلية في جسمه الناقل للصفات الوراثية من الالباء الى الابناء ، وذلك بأستغلاله الاختلافات الموجودة في تركيبه التي لا يمكن ان تتشابه بين شخصين الا في حالة التوائم المتماثلة"

في مجال نفي النسب لا تقدم البصمة الوراثية على اللعان ، لكونه الطريق الوحيد لذلك ، ولا تحل محله ، ولكن يمكن الاستفادة منها كقرينة قد تكون في جانب الزوج مما يعزز ،

(678)سورة فصلت ، الآية ٥٣ .

الموقف القانوني العراقي في جانب الزوجة مما يزيل الشك داخل نفس الزوج ، ويعدل اجراء اللعان .

لم يُشرع المشرع العراقي نص قانوني خاص باستخدام البصمة الوراثية كدليل لاثبات النسب ، ولا حتى بأي دولة عربية اخرى ، حيث ما زالوا يطبقون حيث لم تحذ ذوو المشرع الفرنسي الذي كان السباق في هذا المجال .

لم يتوقف القضاء العراقي عند حد عدم وجود نص تشريعي خاص بالبصمة الوراثية ، بل اصدر العديد من قراراته استناداً الى نتائج تحليل البصمة الوراثية ، سواء بأعتبرها دليلاً رئيسياً للاثبات ام دليلاً مضافاً الى ادلة الاثبات الاخرى .

في حالة اتمام اجراءات تحليل البصمة الوراثية وفقاً للشروط العلمية والعملية والضوابط الشرعية والقانونية ، فان من شان ذلك أن يوفر الحماية لحرمة الحياة الخاصة ، وهناك اتجاه حديث يرفض الاعتقاد بأن الاخذ بالبصمة الوراثية يعد انتهاكاً ط لمبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه" ، ويرى أن على الخصوم الالتزام بالمشاركة والمعاونة في الاثبات ، بمعنى تقديم كل ما يمكن ان يساعد في كشف الحقيقة وخدمة العدالة .

ثانياً : المقترحات

نقترح انشاء مراكز مختصة في العلوم البيولوجية وتطويرها وتجهيزها بالاجهزة والمعدات العلمية والمواد الطبية الحديثة ، وتكون بإشراف مباشر من قبل الدولة ، وتدار من قبل ذوي الكفاءات والخبرات من الاطباء ، للعمل على تنظيم قاعدة معلومات وراثية ، ولكل الافراد ، وتتمتع بالسرية .

نقترح ضرورة اعتماد القضاء في المسائل المدنية والجزائية على اختبارات البصمة الوراثية ، لما تتمتع به من قطعية الدليل وخاصة في مجال نفي واثبات النسب .

ان البصمة الوراثية لها اهمية بالغة من حيث نفي النسب لشخص معين ، لذا نوصي بعدم اللجوء اليها الا اذا توافرت مجموعة من الشروط والضوابط اهمها عدم استخدام البصمة الوراثية في التأكد من نسب ثابت

عدم اجراء تحاليل البصمة الوراثية الا بإذن او اشراف من الجهات الرسمية المختصة .

، حتى تكون النتائج دقيقة ، اضافة الى السرية التامة .
تأمل من المشرع العراقي وضع نص خاص ضمن قانون الاحوال الشخصية باعتماد
الوسائل العلمية في اثبات النسب ، وبالذات البصمة الوراثية .
تأمل من الدولة العراقية الاشراف المباشر من قبل الاجهزة المختصة على المختبرات
والمراكز البحثية الخاصة بالبصمة الوراثية لمنع اي تلاعب او تحايل او تغيير نتائج التحاليل
، هذا ما يزيد ثقة الافراد بهذه الوسيلة العلمية لاثبات النسب ، وبالتالي اشاعة الاستقرار
والطمأنينة في المجتمع .



قراءة نقدية لمشروع قانون حماية الطفل

بحث مقدم من قبل
م . دعبير نوري القطان

المقدمة

أولاً / موضوع البحث

جاء الإسلام منذ أكثر من ١٤٣٠ عاماً ليقرر أن للأطفال حقوقاً وواجبات، لا يمكن إغفالها أو التغاضي عنها، وذلك قبل أن توضع حقوق ومواثيق الطفل بأربعة عشر قرناً من الزمان، وقد راعى الإسلام جوانب متعددة لتربية الطفل منها التربية الإيمانية العبادية، والتربية البدنية، والتربية الأخلاقية، والتربية العقلية، والتربية الاجتماعية ودعا إلى تثبيت حقوقهم باعتبارهم زينة الحياة وثمرتها الأسرة وأملها في المستقبل، قال تعالى: «المال والبنون زينة الحياة الدنيا». فقد أولى للطفل عناية فائقة وأوجب الشريعة له حقوقاً منذ بدء تكوينه وهو في بطن أمه والتي سنبينها في دراستنا. إلا أن الابتعاد عن التعاليم الإسلامية الرصينة والتفريط بحقوقه استناداً لعادات وتقاليد خارجه عن المنهج الإسلامي استدعت البعض إلى تعنيف الطفل وأستملكه وممارسة شتى أنواع التعذيب بحجة التربية ، مما جعل ممن هم مهتمين بمسألة الطفل من أشخاص ومنظمات محاولة سن قانون يكفل حمايته وهو ما مطروح الان على ساحة العراق (مشروع قانون حماية الطفل) .

ولأن القانون الوضعي من صنع البشر والناس يختلفون في توجهاتهم و أفكارهم من زمان لآخر والذي قد تحكمه بعض الأعراف وما يحيط المتشرع من ملابسات نتيجة بعض الظروف والحالات التي اقتصر عليها كانت لدينا عدة مؤاخذات لذلك المشروع والتي سنبينها في الدراسة .

ثانياً / أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في التحري عن طرق ووسائل غير التي وردت في مشروع قانون حماية الطفل في المجتمع، بما يوائم الشريعة الإسلامية والأعراف المستندة اليها

بعداً عن الأفكار الغربية التي افترطت وبالغت في حقوقه في مشروع قانون حماية الطفل، حتى يستعظم ذلك في نفسه ويصدقها مما قد يؤدي إلى فساد ذلك المجتمع وتدهوره، مما يتوجب علينا تنظيم حقوقه وفق قيم ومبادئ السماء ليعود بالفائدة على تطور المجتمع والبلاد علمياً وثقافياً وأخلاقياً واجتماعياً واقتصادياً وحتى سياسياً وبخلاف ذلك سوف تؤدي المبالغة في حمايته الى خدش واضرار بحركة التطور التاريخية للمجتمع .

ثالثاً / مشكلة البحث

بسبب الأهمية المتزايدة لهذا الموضوع ولعدم تناوله في دراسة مفصلة أليث إن ابحثه من خلال الأفكار التي يتضمنها ، والمؤاخذ عليها من جنبتين : الأولى ، مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية والدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ، والثانية ، تكرار ما هو موجود من مواد قانونية في القوانين العراقية الخاصة السابقة .

ونتيجة تعاطف البعض مع هذا القانون بالرغم من عدم مشروعيته، ارتأينا أن نبين مضمون تلك النصوص عن طريق تحليلها وبيان مواطن الخلل والتكرار ليكون معلوماً عند الجميع وبكل شفافية حتى تتم المعالجة وفق منظور صحيح ينسجم مع واقعنا واعرافنا الموائمة للشريعة الإسلامية بوصفها دين الدولة الرسمي واسباس التشريع استناداً للمادة الثانية من الدستور العراقي.

رابعاً / منهجية البحث

لقد اعتمدنا في سبيل بلوغ البحث مبتغاه المنهج التحليلي، والمقارنة بين مبادئ الشريعة الإسلامية والفكر الغربي والوقوف على النقاط المهمة والمخالفة للشريعة الإسلامية والعادات والتقاليد النابعة عن تلك الشريعة السمحاء، والنتائج المترتبة عليه ، من خلال دراسة تحليلية لهذا القانون ، فضلا عما سنطرحه من حلول ومقترحات .

خامساً / خطة البحث

أثرنا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين كلاً منها مقسمٌ إلى مطلبين وكما يأتي :
خصت المبحث الأول لبيان أشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل وضماداتها والتي سنتناولها في مطلبين ، الأول أشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل اما الثاني ضمانات الحماية في مشروع قانون حماية الطفل ، كما سنخصص المبحث الثاني لبيان الأثر المترتب على مصادقة قانون حماية الطفل

العدالة و
الوقاية
في الشريعة

ألقى الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب في المؤتمر الدولي الثاني في حقوق الطفل في الإسلام ، الأول الأثر المترتب على مصادقة مشروع قانون حماية الطفل ، اما الثاني لبيان حقوق الطفل في الإسلام ثم نختم بتوصيات عسى وان تكون سببا لالغاء ذلك المشروع.

المبحث الأول

اشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل وضماناتها

قال سيد البلغاء والحكماء أمير المؤمنين في وصيته لولده الحسن عليهم السلام :
(إنما قلب الحدث كالأرض الخالية ما ألقى فيها من شيء إلا قبلته) ونحن مسؤولون عما يلقى في قلب ذلك الحدث.

ومن خلال المواد القانونية التي تضمنها مشروع قانون حماية الطفل هنالك الكثير من الأمور المخالفة للمنهج الإسلامي الرصين الموائم لكل زمان ومكان ، وهذه المواد المخالفة ما أن وقعت في قلب الحدث قبلها واستأنس لها لتتعاظم لديه تلك الحقوق والحمايات فيبالغ فيها وتكون سببا لجنوح الأطفال ، واستناداً للمادة (٢) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ التي اعتبرت الدين الإسلامي دين الدولة الرسمي وإنه أساس التشريع ، ومن استقراء النصوص من المشروع نجد ثمة مؤاخذات والتي سنبينها في هذا المبحث من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان اشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل أما المطلب الثاني فسنخصصه لبيان ضمانات الحماية في مشروع قانون حماية الطفل وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول

اشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل

اتخذت الحماية في مشروع قانون حماية الطفل عدة اشكال تضمنتها عدة مواد وكالاتي:

المادة -١- أولا - كل انسان لم يتجاوز ال (١٨) الثامنة عشرة من العمر ويحمل الجنسية العراقية .

(رفع سن الطفولة الى ١٨ سنة)

والمؤاخذه على القتل الملائم من جنبتين، الأولى هي اقضاء لأهلية من يتمتع بالأهلية التي منحها الله له استناداً للمادة (٨) 1 من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩ والمواد (٩٩-٩٨-١٠١) 2 من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ واللاتي تمنحانه القابلية على إدارة الاسرة والتجارة.

كما أن قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ اعتبر الصغير من لم يبلغ ال ٩ سنوات.

اما الجنية الثانية هي أن رفع سن الطفولة حتى ال ١٨ سنة يؤدي معه رفع سن الزواج والتعدي على من بلغ وأصبحت لديه المؤهلات النفسية والجسدية كنمو طبيعي للجنس البشري واعتباره مع ذلك طفلاً والملاحظ ان احكام الشريعة الإسلامية أباحت الزواج مع تحقق شرطين بالإضافة الى البلوغ وهما القابلية البدنية والنفسية. ولكن نتساءل...

هل عاد الزنا ورمي حديثي الولادة في الطرقات انسب من الزواج الذي تنظمه القوانين والاحكام؟ هل أراد المشرع من ذلك منع تكوين الأسر وإشاعة الفساد والفضو؟ واستكمالاً لذلك المادة (٤/٥/ب) 1 (اعتناق فكرة البنوة غير الشرعية) حيث أقر المشرع واعتنق فكرة البنوة غير الشرعية وأجاز للمرأة الحمل سفاحاً استناداً لمفهوم المخالفة

¹ - نصت المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته على انه (إذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي ان يأذن به إذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي) .

² - نصت المواد من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، المادة (٩٩) على انه (الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد) ، وكما ونصت المادة (٩٨ / ١) على انه (للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ، ويكون الاذن مطلقاً أو مقيداً .) ونصت المادة (١٠١ / ١) على انه (للمحكمة ان تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك .)

¹ - نصت المادة ٤ من قانون حماية الطفل لسنة ٢٠٢١ (٤ - تكفل الدولة للطفل الحقوق الآتية : خامساً - الحقوق الاسرية وتمثل : ب - ضمان معرفة والديه الشرعيين واثبات نسبه الشرعي وعدم الحاقه ونسبه الى غير والديه .) .

المادة ٢٠١ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٥
مشروعية النصوص القانونية استناداً للمادة ٢/١٨ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
ومعالجتها في قانون الجنسية العراقية رقم ١٢٩ لسنة ٢٠٠٦ الا أنه مخالف للشريعة
الإسلامية (اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ) ، يبدو ان غرض المشرع هو فرض
التزامات على الدولة للاعتراف بمنح أولاد الزنا الجنسية العراقية ومنهم أولاد الدواعش
، فمن جهة يمنع تكوين الاسرة المبكر لاعتراف المشرع الصريح بان ما دون سن ال١٨
سنة يعد طفلاً ومن جهة أخرى ينظم حالات الزنى والاثر المترتب عليها ليحمله امراً
طبيعياً منظم رسمياً وفق قانون بعد ان استطاعت الجهات المريضة من زرع هذه
الأفكار في مجتمعنا (حرب فكرية ناعمة) والآن يريدون ان تكون رسمية تحتضنها الدولة
ويستسلم لها الجميع بتنظيمها وفق قوانين دولة، ولا نرى سوى انها ضمانات للزانية
وليس حماية للطفل.

كما ان المادة ذاتها (فقرة ٤) 2

² - نصت المادة ٤ - فقرة - رابعا (الحق في التعبير وابداء الرأي
من قانون حماية الطفل لسنة ٢٠٢١ .

أعطت الحق المطلق للطفل في التعبير عن الرأي وكأنه لا ولاية لأحد عليه، فما بالك فيما اذا اعتنق الطفل الأفكار الدخيلة على المجتمع الإسلامي كالزواج المثلي والزواج من الروبوت وبدأ يعبر عن رأيه دون ان يكون للاب او من له حق الولاية عليه صده وبيان الخطأ لأنه حينها سيكون عنفا نفسيا لا يتقبله الطفل مما يؤدي الى اللجوء للضمانات التي أوردتها المشرع والمتمثلة بالحبس ودور الايواء.

ومن المؤسف حقاً ومن خلال استقرار بعض المواد تغافل المشرع عن القيم الدينية والأخلاقية واكتفى بذكر الوطنية في المادة (٢/٢٩) وهو خلاف ما جاء في المادة ٢٩/أولاً ب من الدستور العراقي (تحافظ الدولة عن كيان الاسرة ككل وقيمتها الدينية والأخلاقية والوطنية)، بالتأكيد ان المشروع لا علاقة له بالقيم والمبادئ العليا التي يحملها الدين بل بما يمليه علينا الغرب.

ولو أمعنا النظر في قوانين الغرب التي طبقت في بلادهم ماذا نتج عنها؟ لم نجد سوى الشذوذ والسحاق واللواط وبيع العرض والاتجار بالجنس ولا زواج ولا حياة كريمة ولا أسر متماسكة بل فوضى عارمة حول حرية الضياع التي يريدون تصديرها لنا، مستمرون بهذا النهج ليكون اخره الترويج للمثلية وزواجات شاذة أخرى ناتجة عن الذكاء الصناعي كما يدعون.

وحددت المادة (٢/٢٩) نطاق حماية الطفل وكان من ضمنها (تأمين الحماية اللازمة للطفل من جميع اشكال العنف والقوة او الإساءة البدنية والنفسية والإهمال)، فقد تكون التربية نسبة الى فهم الطفل انها إساءة نفسية او اهمال وهي نسبة الى الاب تربية لولايته عليه، فالنظرات الحادة، والإشارات والحركات الجسدية، والصوت المرتفع، واللوم، والتوبيخ، وحتى حثهم على اعتناق الأفكار والقيم الدينية والوطنية التي يسعى

الوالدان لتربية أولادهما على معانيها كونه لا يتقبلها نفسيا مدعاة لشكوى الطفل الى الجهات المختصة بان والده يهمله او لا يتكلم معه وانه يتأذى نفسيا فيسحب الطفل نتيجة لذلك الى دور الايواء المذكوره في المادة (١/٦) وأولاً) وتتكفل الدولة عن طريق موظفيها حمايته!! هل ان المشرع يحمي الطفل من وليه؟

لما لا يحميه من الجهل اذن اذا كان حريصا على حمايته؟ اين التعليم الالزامي؟

³ - نصت المادة (٢٠٢٠) من ذات القانون على انه (تنشئة الطفل على الاعتراف بهويته الوطنية) .

¹ - نصت المادة (٦٠٠ -) من ذات القانون على انه (تنشئة الطفل على الاعتراف بهويته الوطنية) .

فقد حضرت المادة نفسها المذكورة أعلاه عدة أمور عن الطفل دون ان تتطرق الى مسألة التعليم الالزامي وحمايته من الجهل ومسؤولية الولي عن الإهمال الدراسي وترتيب العقوبة على ذلك . وعدم مسائلة الإباء في حال تركهم الطفل والتخلي عنه . واذا كان مشروع القانون يراعي حقيقةً مصلحة الطفل فاين المواد الخاصة بالحضانة التي تراعى فيها مصلحته؟ أم اكتفى بالمادة (0٧) من قانون الأحوال الشخصية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية 2؟ والتي تعد من المسائل الحساسة التي يتنافس عليها كل من الاب والام بدافع مصالحهم الشخصية بعيداً عن مصلحة الطفل؟

2 - المادة السابعة والخمسون 1-: الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية . وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك 2- يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون 3- (19) إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة . ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي 4- .لأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته 5- .إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار 6- .للحاضنة التي أنهت حضانتها بحكم، أن تطلب إسترداد المحضون ممن حكم له بإستلام المحضون منها . إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه 7- .في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك .وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير 8- .إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها 9- أ- إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد ب- إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط 1-: أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة 2- .أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقاءه مع الأم 3- .أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به ج- إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة .

المطلب الثاني

ضمانات الحماية في مشروع قانون حماية الطفل

تعد مرحلة الطفولة من أخطر مراحل العمر شأناً في تكوين شخصية الفرد، فالطفل ضعيف لا يستطيع أن يلبي حاجته التي تضمن له استمرار الحياة معتمداً على شخصه وكيانه وذاته، وإن الطفل يعد الأساس في بناء المجتمع فقد حرصت التشريعات على حماية حقوق الطفل ووفقاً للدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ تكفل الدولة حماية الامومة والطفولة، الا ان مشروع قانون حماية العراقي لسنة ٢٠٢١ سيء الصيت خالفت نصوصه الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي اكد على ان الاسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية، كما انه لا يمت بصله بالدين الإسلامي . ولا شك أن للطفل حقوقاً كثيرة في القوانين العراقية منها ما يتعلق بحقوقه الشخصية في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في ان له اسم وجنسية وحق النسب وحق النفقة والحضانة والرعاية ذلك ان الطفل يجب ان يعيش في بيئة سليمة وظروف مناسبة للعيش 1.

فقد تمثلت ضمانات الحماية في مشروع قانون حماية الطفل بالانضمام للاتفاقيات الدولية وتوفير الحماية البديلة المتمثلة بدور الايواء وتجريم التربية من خلال عقوبة الحبس كما سنبينها .

أولاً/ المادة (٨/٣)(الانضمام للاتفاقيات):

لتحقيق اهداف مشروع قانون حماية الطفل وردت في المادة الثالثة الانضمام إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية الخاصة بحماية وضممان حقوق الأطفال، الا ان هذا الانضمام يلزم ان لا يكون مطلقاً فنحن لسنا ضد الاتفاقيات الدولية التي تحترم خصوصيتنا كمجتمع مسلم وان دستوره اعتمد في بنوده على الشريعة الإسلامية ووردت عبارات كثيرة تشير الى ذلك من قبيل (على ان لا يتعارض وثوابت الدين الإسلامي ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام،...) فنحن دولة إسلامية ولنا اعرافنا وعاداتنا الموافقة لتلك الشريعة من غير المتصور قبول الانضمام لتلك الاتفاقيات بشكل مطلق اذا ما

¹ - القاضي : كاظم الزبيدي ، ضمانات الطفل في القانون العراقي ، متاح على الرابط

تضمنت نصوص مخالفة للشريعة الإسلامية كما هو الحال في اتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز بين الرجل والمرأة وإعلان المساواة دون العدالة التي يناهز بها الإسلام دين الدولة العراقية الرسمي ونسخ جميع الأنظمة والقوانين والشرائع وتكون هي المرجع الأعلى لحل النزاعات الخاصة بالمرأة والأسرة والطفل استناداً للمادة الثانية منها 2.

ثانياً/ المادة (٦) بفقرتها الخاصة ب (الأسباب الموجبة لدور الايواء والرعاية البديلة):
يجوز القانون للوزير صلاحية منح اجازة لتوفير الرعاية البديلة للأطفال بدلاً عن أسرته لأشخاص غرباء أو لمنظمات مجتمع مدني بمبررات يذكرها القانون مثلاً في حال اذا لم ينشأ في أسرته نشأة سليمة، فمأهي حدود وضوابط تشخيص هذا المعنى؟! أو نتيجة فقدانه أحد والديه؟

ثالثاً/المادة (٢/٩) والمادة (١٠) (تجريم ولاية الوالدين التربوية بعقوبة الحبس)
انتهج المشرع تجريم ولاية الوالدين التربوية والتأديب اذ يفرض القانون عقوبة الحبس (وهي تصل الى خمس سنوات) مع الغرامة على:

* الموظف او المكلف بخدمة عامة اذا علم بتعرض طفل الى إساءة او عنف ولم يخبر احدى الجهات المعنية. لا أرى سوى انها حملة على الاسرة العراقية لتفكيكها بكل الوسائل المتاحة ومنها التهديد بالحبس لعدم الاخبار

* يجرم القانون ولاية الأب وحقه في تربية أولاده (فالعنفا حسب هذا القانون يشمل إجراءات الوالدين التربوية والتأديب) ويفرض عليه عقوبة بالحبس ويعد أي اجراء تربوي او تأديبي يتخذها الوالدان لتقويم سلوك اولادهم او منعهم من اعتناق افكار منحرفة او منعهم من مصاحبة رفاق السوء والأشرار ظرفاً مشدداً يقتضي زيادة العقوبة عليهما، ومن الغريب ان القانون فرض على الوالدين عقوبة اشدّ من عقوبة نفس الفعل الذي يرتكبه غيرهما تجاه اولادهم.

ان انتشار هذه الثقافة بين الأطفال التي تؤكد على حمايات وحقوق دون أي محذور عليه سوف يتعاضم في نفسه ويبالغ فيها حتى يلحق احدهما الاخر بأن له المنفذ للخلاص من ولاية الأب والحرية المقيدة بالآداب والعيش بحرية مطلقة تحت رعاية أحد موظفي دور

² - حدة سعدي ، تطور حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ، كلية الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، الجزائر ، ص ١٠٣ .

الايواء لتكون ثقافة صادمة للمجتمع وبالخصوص من كان سبباً في تمرير هذا المشروع البائس.

إن مشاريع هذه القوانين المستندة الى الاتفاقيات والمواثيق الدولية ، ماهي إلا أداة لتفكك اسرنا وانهارها وذلك بتوظيف مصطلح (العنف) سواء العنف ضد الطفل او العنف ضد المرأة فثمة ترابط بأفكار صاحب اليد التي كتبت تلك المشاريع لهدم الاسرة من خلال التناقض في وسائل الحماية ليحصل ذلك الامر فهي من جانب تشجع الأطفال على الشكوى ضد الوالدين - تحقيق (استقواء الأطفال) واستغنائهم عن آبائهم تماماً وسحبهم الى دور الايواء ومن جانب آخر تشجيع النساء للمشاركة في التنمية المستدامة وإظهارهن كقائدات وصانعات للقرار على جميع المستويات، والزج بالمرأة في كل مستويات صنع القرار، لتشغل المراكز القيادية في كل المؤسسات، حكومية وغير حكومية، محلية وإقليمية وعالمية دون أي قيود وحدود وعدم الاكتراث بالأمومة ورعايتها للأولاد وتركهم حتى تعمل خارج البنيان الاسري إعتقاداً بأنها ستحقق ذاتها وبكل انانية ولامبالاة وتلقينها بأن مسؤوليات الأسرة ورعاية الطفل من المثبطات عن شغل المناصب ، مع العلم ان مهمة المرأة أعظم تنمية مستدامة في أسرتها عندما تصنع انساناً حريصاً نزيهاً ذا قيم ومبادئ، مع ان العمل خارج المنزل مباح لها دون الالزام وهو خلاف ما على الرجل من الزام كونه مسؤول عن النفقة الواجبة ومقدمة الواجب واجب 1 .

عموماً يجب ان نعي أن من النساء من لديهن أطفال ويتمتعن بالأمومة وعليهن تترتب مسؤوليات الحضانة فهي ليس كمن لا تنجب ولم تتزوج اصلاً فلكل تكليفه، فأين القيود التي يفترض ان تلزم أفراد الأسرة رجل كان أو امرأة لحماية الطفل ومصالحته باعتباره الدولى بالرعاية ؟

ولو تمعنا بنصوص مشروع القانون نجد أن المشرع قد كرر العديد من الاحكام التي تضمنتها القوانين العراقية الخاصة بحماية الطفل والغير قاصرة عن ذلك ، نعم تحتاج الى بعض التعديلات لتناسب حجم المشاكل المطروحة ، كما يلزم إعادة النظر في مقدار الغرامة لتكن رادعاً يعتد به ،فالقوانين الخاصة بالطفل نصت على مسائل مهمة لم ينص عليها مشروع قانون حماية الطفل وكانت اعمق وادق من حيث الشكل والمضمون ولكن المشكلة ليست في القوانين وانما في عملية التنفيذ لتلك القوانين، فلا شك أن للطفل حقوقاً كثيرة في القوانين العراقية منها ما يتعلق بحقوقه الشخصية في قانون

1 - حدة السعدي ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

الأحوال الشخصية رَقَم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في أن يكون له اسم وجنسية وحق بالنسب وحق النفقة والحضانة والرعاية ذلك أن الطفل يجب أن يعيش في بيئة سليمة وظروف مناسبة للعيش.

كما ضمن المشرع العراقي حقوق الطفل في قانون رعاية القاصرين رَقَم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ وتتولى مديرية رعاية القاصرين حماية أموال الطفل بموجب المادة ١٠١ من قانون رعاية القاصرين والرقابة والأشراف على من يتولى رعاية شؤون القاصر وهم الولي والوصي والقيم وحفظ أموال القاصر وتنميتها على شكل ودائع في المصارف وإدارة العقارات العائدة للقاصر أو الإشراف والرقابة على من يديرها والعناية بشخص القاصر ورعايته في جوانب حياته الاجتماعية والدراسية والجوانب القانونية لمصالح القاصرين¹.

كذلك الحال في قانون رعاية الأحداث رَقَم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ فالتحقيق مع الحدث يتم من قبل محكمة الأحداث ولا يجوز توقيف الطفل في المخالفات ويجب ان تكون محاكمة الحدث في جلسة سرية وبحضور وليه وان الأجراء المتخذ بحق الحدث يسمى تدبير ولا يسمى عقوبة ، كما نظمت أحكام الضم للطفل اليتيم أو مجهول النسب وفقا لأحكام الضم في قانون رعاية الأحداث، ومن حقوق الطفل حق الطفل في الميراث حتى الجنين في بطن امه يتم تحديد حصة الجنين في التركة في القسام الشرعي على أساس حصة الذكر.

حيث جاء قانون رعاية الأحداث العراقي بنص متطور يتمثل بالرعاية اللاحقة للحدث بعد انتهاء مدة ايداعه ، فهذه الرعاية تمثل الوسيلة المتممة للعلاج وتحول من دون عودته للجنوح مما يحقق معايير حقوق الطفل ، ووضع نظاما كاملا لا تقتصر على اصلاح الحدث الجانح ، وانما يسعى الى وقايته من الجنوح وشموله بالرعاية اللاحقة لمنعه من العود الى الجريمة²

وحدد المشرع العراقي سنا محددًا للمسؤولية الجزائية حيث تتعدم المسؤولية الجنائية للطفل الذي لم يتم التاسعة من عمره واعتبار جرائم الاتجار بالأطفال داخله ضمن الاختصاص القضائي العراقي واعتبار ارتكاب الجريمة بحق الطفل ظرفا مشددا.

¹ - نصت المادة (١٠١) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠) تتولى مديرية رعاية القاصرين حماية أموال الطفل (.

² - أحمد عبد السلام حسن سعيد ، قانون رعاية الأحداث ومعايير حقوق الطفل الدولية " دراسة تأصيلية تحليلية " ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة المستنصرية ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ٤٥ .

ثم أن المشرع العراقي وفر ضمانات للطفل في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في الفصل الخامس من الباب الثامن ، الذي جاء تحت عنوان (الجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة) 1 ومنها أبعاد المحضون عن حاضنته.

كما جرم حالات التحرش وعمل الأطفال في الأماكن المضرة بالصحة في قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، وبذلك يكون القانون قد منع وجرم الاعمال التي تسيئ للأطفال عبر تشغيلهم واستغلالهم ، فقانون العمل العراقي أولى اهتمام كبير بعمل الطفل المرهق والمضر والتي لا تتناسب مع أعمالهم بصحتهم 2 .

المبحث الثاني

الأثر المترتب على مصادقة مشروع قانون حماية الطفل وحقوقه في الإسلام بعد ان بينا في المبحث السابق مخالفة مشروع قانون حماية الطفل لنصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والقوانين الخاصة واحكام الشريعة الإسلامية والعرف الموائم لها التي تعد أساس التشريع استنادا للمادة الثانية من دستور العراق من خلال تحليل نصوص ذلك القانون ، سنتناول في هذا المبحث الاثر المترتب على مصادقة مشروع قانون حماية الطفل في المطلب الأول، دون ان نغفل عن بيان حقوق الطفل في الإسلام وذلك في المطلب الثاني منه لمعرفة مدى مخالفة مشروع القانون لأحكام الشريعة الإسلامية التي وفرت الحماية للطفل قبل الولادة وبعدها .

1 - نصت المادة (٣٨٣) على انه : (١- يعاقب بالحسب مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات أو بغرامة لا تزيد عن ثلاثمائة دينار من عرض للخطر سواء بنفسه أو بواسطة غيره شخصا لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره أو شخصا عاجزا عن حماية نفسه بسبب حالته الصحية أو النفسية أو العقلية . ٢- وتكون العقوبة الحبس إذا وقعت الجريمة بطريق ترك الطفل أو العاجز في مكان حال من الناس أو وقعت من قبل احد أصول المجني عليه) .

2 - نصت المادة (١١ / ثانيا) على انه : (يعاقب بالحسب مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة مالية لا تزيد عن مليون أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد الواردة في هذا الفصل والمتعلقة بتشغيل الأطفال والتميز والعمل القسري والتحرش الجنسي وفق كل حالة) .

المطلب الاول
الاثر المترتب على مصادقة مشروع قانون حماية الطفل
تمثل حاجة الطفل الى من يحتضنه ويقوم برعايته ، والعناية به حاجة دائمة ، لا سيما من
الأشخاص الذين تقع على عاتقهم مسؤولية حماية الطفل ورعايته وتوفير احتياجاته
الأساسية من مأكّل وملبس ومسكن وغيرها من متطلبات الحياة الأخرى اللازمة لتنشئة
الطفل ونموه بدينا ونفسيا وفكريا واجتماعيا بشكل صحيح وسليم ينبى بمستقبل زاهر له
وللمجتمع بأسره 1 .

الا ان قانون حماية الطفل على من غير الممكن يوفر للطفل تلك الحميات كونه افراط
فيها للحد الذي باتت ان تكون وباء عليه اضع الى انها لم تقيد بمحظورات على الطفل
لتأديبه وتربيته مما لا ينسجم مع روح الدين الإسلامي الذي يعد الأولى بالاهتمام والتنظيم
لحقوق الطفل ، فلم تكن نصوص مشروع قانون حماية الطفل وكما بينا منصفة ، وما أن
تمت المصادقة عليه سوف نكون امام عدة اثار منها :

أولا / تعديل ضمني لنص المادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي:

نصت المادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي على أنه (لا جريمة أذا وقع الفعل استعمالاً
لحق مقرر بمقتضى القانون. ويعتبر استعمالاً للحق:

١ . تأديب الزوج لزوجته وتأديب الإباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود
ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً...)، وفي تحليل ذلك النص ذهب رأي فقهي الى أن بقاء
هذا الحق في المادة (٤١ / ١) يعتبر تشجيعاً وتأييداً لمن لا يفهم معنى حق التأديب ضاناً منه
أن استعمال العنف والضرب المبرح الشديد مشروعاً ووسيلة من وسائل التأديب لا
يعاقب عليها القانون حتى ولو ترك جروحاً عميقة أو عاهة مستديمة.

وذهب رأي اخر الى أن تأديب الزوج لزوجته وبقية الذين شملتهم هذه الفقرة مقرر شرعاً
وقانوناً وعرفاً ولكن وفق ضوابط وهذه الضوابط لم يحددها قانون العقوبات بل احوالها
على الشارع المقدس ، فحق التأديب سواء عن طريق الضرب او الترك لا يؤدي الى الأذى

1 - أسامة أحمد محمد النعيمي ، الحماية الجزائية للطفل المعرض للخطر ،
دراسة مقارنة - في ضوء مشروع قانون الطفل العراقي ، بحث منشور في
مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ١٦ ،
العدد ٥٨ ، السنة ١٨ ، ٢٠١٣ ، ٢٢٤ .

الجسدي بالاحمرار او الاسوداد والتلف وانما هو اشعارهم بالذنب فقط والا كان تعنيفا يعاقب عليه فاعله لأنه مخالف لما هو مقرر شرعا وقانونا وعرفا 2. واما القضاء، فالقضاة في المحاكم عندما ينظرون في قضية خاصة بأمور التعنيف الجسدي للزوجة يحيلون القضية الى الفحص الطبي فاذا تبين من التقرير الطبي ان الزوجة متعرضة للأذى بسبب ضرب الزوج سوف يدينه ، وقد يستعين بشهادة الشهود بالرغم من عدم وجود جروح واثار ، الا انه يدان كونها تعرضت للعنف المعنوي بسبب الضرب امام الشهود مما سبب اليها الإهانة ولم يكن للتأديب ، فالأذى سواء كان جسدي ام معنوي يعد مرفوضا.

كما ان هناك راي للمحكمة الاتحادية في ٢٠٠٧ جاء فيه (حق التأديب لا يعني العنف الاسري المقصود)، أي ان العنف هو ما تجاوز حق التأديب وهو ما بينته المادة ٤١ من قانون العقوبات، وقد تكفل القانون والشريعة محاسبة من تجاوز هذا الحد 3 اذاً الشريعة والقانون وكذلك العرف قد جرم العنف ووضع له عقوبات ، فما الغاية من تشريع قوانين تسلب حق الولاية وتعطي الصلاحية للغير في تحريك الدعاوي ضد احد افراد الاسرة وتمكنهم من دور الايواء بشكل مطلق مع انه يلزم ان تكون تلك الدور خاصة للمشردين فقط ؟ وبهذا الصدد فإن المحكمة الاتحادية العليا في جلستها في ٢٠١٩/ ٨ / ٤ ردت طعنا بعدم دستورية المادة (٤١ / ١) بسبب تعارضها مع المواد الدستورية (١٤) التي نصت على (العراقيون متساوون أما القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) وكذلك مع المادة ٢٩ / رابعا التي نصت على (تمنع كل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع) وكذلك مع المادة (٣٠ / أولا التي نصت على) تكفل الدولة للفرد وللأسرة وبخاصة الأطفال والمرأة . الضمان الاجتماعي والصحي

² - احمد النجدي زهو ، التعسف في استعمال الحق ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، ١٩٩١ ، ٦٥ .

³ - لقد أكدت المحكمة الاتحادية أن عملية التأديب المقصودة في هذه المادة كما هو متفق عليه متغيرة في الأسلوب والمفهوم زمانا ومكانا وبشكل واضح ولا تعني بأي شكل من الأشكال موضوع العنف الاسري المقصود ، وانما هي عملية إصلاح = وتقويم وهي مقيدة بموجب النص موضوع الطعن بحدود ما يقرره القانون والشرع والعرف . هيثم المهندس ، تأديب الزوجة في القانون العراقي ، مقال متاح على الرابط / https://www.sotaliraq.com .

والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة تؤمن لهم الدخل المناسب والسكن الملائم) وهذا ما تضمنته لائحة الطاعن . الا أن المحكمة ردت دعوى الطاعن حيث تضمن قرارها وصفا دقيقا لحق التأديب الذي لا يبيح العنف ضد الزوجة والأبناء والطلبة القاصرين وأن عملية الإصلاح والتقويم يجب أن تتفق مع المبادئ الدستورية كونها تهدف إلى حماية الأسرة 1 .

ويفهم من قرار المحكمة أن هذه المادة لا تتقاطع أو تخالف الدستور . إلا أن الجدل مازال قائما ومستمر بين المعنيين والمختصين والمهتمين في إيجاد حلولاً لتعديلها بما يناسب مشاريع القوانين المطروحة والتي تعد تعديلا ضمينا لتلك المادة وبتعديلها اسقاط لحق التربية والتأديب .

ثانياً/ أثر المصادقة على مشروع القانون اجتماعياً (عولمة القيم والمبادئ)

إن المصادقة على مشروع قانون حماية الطفل له تأثيراً اجتماعياً منها رفع سن الزواج والتعدي على من بلغ وأصبحت لديه المؤهلات النفسية والجسدية كنمو طبيعي للجنس البشري وعدم الاكتراث بطاقات الانسان كواقع حال وصرهم عن الزواج لمنع تأسيس أسر جديدة وهذا بعينه تشجيعا لممارسات جنسية خارج نظام الاسرة وزيادة الزنا ورمي حديثي الولادة في الطرقات ومنح أولاد الزنا الجنسية العراقية ومنهم أولاد الدواعش وإعتناق الطفل الأفكار الدخيلة على المجتمع الإسلامي كالإلحاد والشذوذ الجنسي 2 . تشجع الأطفال على الشكوى ضد الوالدين - تحقيق (استقواء الأطفال) واستغنائهم عن آبائهم تماماً وسحبهم إلى دور الايواء ،اذ أن انتشار هذه الثقافة بين الأطفال التي تؤكد على حمايات وحقوق دون أي محذور عليه سوف يتعاضم في نفسه ويبالغ فيها حتى يلحق أحدهما الآخر بأن له المنفذ للخلاص من ولاية الأب والحرية المقيدة بالآداب والعيش بحرية مطلقة تحت رعاية أحد موظفي دور الايواء لتكون ثقافة صادمة للمجتمع وبالخصوص من كان سبباً في تمرير هذا المشروع السيء الصيت 1، مما يؤدي بدوره الى

1 - د . عدوية جبار الخزرجي ، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١١٤ - ١١٥ .

2 - القاضي : قيس الحسناوي ، الإلحاد وفسخ الزواج ، الطبعة الأولى ، مكتب زاكي ، بغداد ، ٢٠٢٣ ، ص ٧٢ .

1 - د . عبير نجم عبد الله الخالدي ، حقوق الطفل في ظل الازمات المجتمعية ، الطفل العراقي أنموذجا ، بحث منشور ف مجلة مركز البحوث التربوية والنفسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد ٣٣ ، ص ٢٠٢ .

تفكك الاسر ثم المجتمع باعتبار الاسرة نواة ذلك المجتمع ونصبح امام فوضى عارمة وظاهرة تناسب عولمة من يسعى لتmirيره.

المطلب الثاني

حقوق الطفل في الإسلام

قبل أن تضع الدول الحديثة، والأمم البشرية جميعها شيئاً من مواثيق حقوق الطفل والإنسان بأربعة عشر قرناً كان الإسلام قد بيّن ذلك وفصّل فيه، وأكثر من ذلك، أنّ الإسلام شرع من حقوق الطفل ما يتقدّم على جميع هذه الأنظمة.

كما أنّ الشريعة الإسلامية خصت مرحلة الطفولة لدى الانسان بما لهذه المرحلة من أهمية كبيرة بجميع جوانبها الإيجابية والسلبية، ويكون ذلك تبعاً لما يلاقه فيها من أسلوب في التربية والتعليم وبناء الشخصية، فقد قرر الإسلام للأطفال حقوقاً وواجبات لا يمكن التغافل عنها فبدأ بالاهتمام بحقوقه قبل ولادته وبعدها فأما التي قبل ولادته فقد اشترط الإسلام:

1- حسن اختيار الزوجين / من حيث وحدة العقيدة بين الاب والام: 2.

حرم الإسلام الزواج بالمشركات قال تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ۚ وَلَا مَؤْمِنَةٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أُعْجَبَتْكُمْ ۚ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَا أُعْجَبَكُمْ ۚ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۚ وَاللّٰهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۚ وَبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ) 3، فإذا أردت

أن تنتج طفلاً فأنتج من سلالة شريفة طاهرة ﴿... رَبِّ لَا تَذَرْ عَلَيَّ الْأَرْضِ مِنَ الْكَافِرِينَ دَيَّارًا * إِنَّكَ إِن تَذَرَهُمْ يُضِلُّوا عِبَادَكَ وَلَا يَلِدُوا إِلَّا فَاجِرًا كَفَّارًا﴾ 4 أي أن الكافر يولّد كافراً .

كما اشترط الإسلام الصلاح للزوجين فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم: (اختاروا لنطفكم فان العرق دساس)، وقد حذر الإمام الصادق (عليه السلام) من المرأة الزانية قال:

" لا تتزوجوا المرأة المستعلنة بالزنا " والسبب في ذلك أنها تخلق في أبنائها الاستعداد لهذا العمل الطالح.

2 - هلاي عبد الاله احمد ، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية ، دار الطلائع للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٨٤ .

3- سورة القرة : ٢٢١ .

4 - سورة نوح : اية ٢٦ - ٢٧ .

2 - هلاي عبد الاله احمد ، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية ، دار الطلائع للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٨٤ .

3- سورة القرة : ٢٢١ .

4 - سورة نوح : اية ٢٦ - ٢٧ .

٢-العلاقة الشرعية بين الزوجين :حرم الدين الإسلامي الزنا حفاظا على الانساب وهوية كل طفل فجعل الزواج الطريقة الوحيدة للإنجاب وهو حق اعدادي قبل ولادته بينما نجد لائحة الأمم المتحدة لا تهتم لهذا الاعداد وانما المهم ان للطفل حقوقا بعد ولادته

٣-حماية الجنين في بطن أمه وذلك من خلال عدة جوانب منها :
* تأجيل إقامة الحد على المرأة الحامل حتى تضع : وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة الغامدية التي أقرت بالزنى وطلبت العقوبة للتكفير:(أذهبي حتى تضعيه) .
* حرمة اجهاض الجنين وفرض الدية على قتله: في الرواية المعتبرة عن الإمام الصادق سئل الإمام: ”المرأة تخاف الحبل فتشرب الدواء فتلقي ما في بطنها؟ قال: لا، قلت: إنه نطفة! قال: إن أول ما يكون نطفة“. هل تظن أن النطفة ليست إنساناً؟! بمجرد أن تتلقح البويضة وتعلق بجدار الرحم فهي إنسان1 .

* إجازة الإفطار للحامل في شهر رمضان :إذا خافت على نفسها ان تتضرر بالصوم وكذا إذا خافت على جنينها استنادا لاستتباط فقهاءنا للحكم الشرعي من مداركه المقرره.
* حق الطفل في الإرث والنفقة وهو جنين في بطن امه: قال تعالى: (وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) 2 والنفقة ليست لها، وإنما لمن في بطنها، أي أن الإسلام يوفّر للطفل الرعاية والغذاء الكافي وهو جنين في بطن أمه، كما ان الإسلام ضمن حقه من الإرث وهو في بطن امه وفق احكام مفصلة من يريد معرفتها فليراجع المسائل العملية الخاصة بالإرث 3 .

العناية بالطفل بعد ولادته:

١ - راعى الاسلام المشاعر النفسية للطفل وجعل له حق بأن يشعر بالطمأنينة وراحه نفسية، وقد عاب القرآن الكريم من يسخط بولادة الأنثى فقال تعالى:(وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ

١ - الشيخ الصدوق ، من لا يحضره الفقيه ، الجزء الرابع ، ص ١٧١ .

٢- سورة الطلاق : اية ٦ .

٣ - د . رنا علي حميد السعدي ، الضمانات القانونية لحماية حقوق الطفل في العراق ، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة ، العدد ٣٠ ، ٢٧٩ .

بِالَّذُنَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (٥٨) يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ ۚ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ ۗ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ) 4 .

٢ - للطفل حقوق على الاب استنادا للمسؤولية المخول بها باعتباره ولياً عليه ومنها :
حق الطفل في الرضاعة

يعتبر هذا الحق من الحقوق الطبيعية للطفل نظرا لارتباطه بتغذية المولود ونموه الجسمي والعاطفي بحكم عجز الصغير عن اشباع جميع هذه الحاجيات بمفرده مما جعل الإسلام يؤكد على أهمية الرضاعة ومصداق ذلك في قوله تعالى (...والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف...) 5 فعلى أب الطفل تقع مسؤولية ارضاعه على عاتق والديه معا وان كانت تقوم بها الام من باب أولى ، كما أن اجرة الرضاعة والمقصود بها ذلك المقابل الذي تستحقه مرضعة الطفل ، سواء أكانت أما له أو أمراه أخرى غيرها فهي واجبة على المكلف بنفقة الرضيع 1.

حق الطفل في الانفاق عليه وتربيته

لقد أولت الشريعة الإسلامية نفقة الصغير على أبيه لضمان رعايته وسلامته ، وجعلت النفقة رغم وجوبها على الإباء قربة لله تعالى ، ووسيلة من وسائل كسب الحسنات عنده بل سبق فضلها في الاجر أجر النفقة في سبيل الله سبحانه وتعالى ، كما جعلت الكدح والعمل لتوفير النفقة للأبناء سببا في تكفير الذنوب وكسب الثواب للدنيا والاخرة .
قال النبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم : (الولد سيّد سبع سنين ، وعبد سبع سنين ، ووزير سبع سنين ، فإن رضيت خلأقه لاحدى وعشرين سنة ، وإلا ضرب على جنبه ، فقد أعذرت إلى الل) 2.

4 - سورة النحل : آية ٥٨ .

5 سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

١ - لقد أشار قانون الأحوال الشخصية لهذا الحق في المادة ٥٥ والمادة ٥٧ ، إذ يتولى الابوان رعاية أولادهم . كما وأشار قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ في المادة ٩١ على السماح للمرأة العاملة المرضع بفترتي ارضاع اثناء يوم العمل لا تزيد على ساعة واحدة وتعد فترة الارضاع من وقت العمل .

2 - الشيخ الطبرسي ، مكارم الاخلاق ، ص ٢٢٢ .

وقد نسج الإمام الصادق عليه السلام على هذا المنوال فقال: (دع ابنك يلعب سبع سنين، ويؤدب سبع سنين، والزمه نفسك سبع سنين ، فإن أفلح ، وإلا فإنه لا خير فيه) 3 ولا تقتصر تربية الأولاد على الأبوين فحسب بل هي مسؤولية اجتماعية تقع أيضاً على عاتق جميع أفراد المجتمع . وحول هذه النقطة بالذات، يقول الإمام الصادق عليه السلام: (أيما ناشئ نشأ في قوم ثم لم يؤدّب على معصية، فإن الله عزّ وجلّ أوّل ما يعاقبهم فيه أن ينقص من أرزاقهم) 4 .

حق الطفل في الاسم الحسن والتعليم

فقد ذكر الرسول الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم من حق الولد على والده (ان يحسن اسمه ، ويعلمه الكتابة ...) والاسم شيء والحسن شيء فالإسلام لا يطلب الاسم فقط وإنما يلزم ان يكون حسناً.

وفي أهمية طلب العلم قال (ص) : (من كانت له ابنة فأدّبها وأحسن أدبها، وعلمها فأحسن تعليمها فأوسع عليها من نعم الله التي أسبغ عليها كانت له منعة وستراً من النار) 5. فقد حرص الإسلام على تعليم الطفل وثقافته وهذا حق رئيسي للأطفال على الإباء ونجد الإمام علياً عليه السلام يؤكد ذلك على الآباء بقوله: (مروا أولادكم بطلب العلم) 6 .
حق الطفل بالحضانة:

هي حق للاب يتضمن مسؤولية في مصلحة الطفل

* طبقاً لفتاوى مراجع التقليد أنه في فترة حضانة الطفل عند أحد الأبوين فإنه لا يحق له منع الطرف الآخر من رؤية الطفل، واللقاء به، وتقديم المساعدة للطفل إن احتاج إليها من أجوبة الاستفتاءات الموجهة الى السيد السيستاني دام ظله :

* حضانة الطفل بعد مضي سنتين من عمره من حقّ أبيه خاصّةً، ولكن إذا كان الأب يجد أنّ في فصله عن أمّه مفسدة عليه ولو من جهة عدم توقّر من يقوم بحضنته إلى الوجه اللازم شرعاً فلا بدّ أن يعهد بحضنته إليها، ولا فرق في ذلك بين زواج الأم بزواج آخر وعدمه.
* أنّ الأم تستحقّ أخذ الأجرة على حضانة ولدها إلا إذا كانت متبرّعة بها أو وجد متبرّع بحضنته.

3 - العلامة المجلسي ، بحار الانوار ، الجزء ١٠١ ، ص ٩٥ .

4 - العلامة المجلسي ، المرجع نفسه ، ص ٩٧ .

5 - العلامة محمد الريشهري ، ميزان الحكمة ، الجزء الرابع ، ص ٣٦٨٠ .

6 - العلامة محمد الريشهري ، المرجع نفسه .

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة بحثنا الموسوم (قراءة نقدية لمشروع قانون حماية الطفل) والذي تضمن اشكال الحماية في مشروع قانون حماية الطفل وضماناتها ، ثم بينا الأثر المترتب على مصادقة قانون حماية الطفل وحقوقه في الإسلام ، وفي ختام البحث كان لابد لنا من إيراد أهم النتائج التي توصلنا إليها ، والاشارة الى ما يستحق طرحه من مقترحات ، نأمل الاخذ بها من قبل المعنيين او الجهات المسؤولة.

النتائج :

ان مشروع قانون حماية الطفل مخالف للدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي اعتبر الشريعة الإسلامية دين الدولة الرسمي واساس التشريع والتي اقرت حق التأديب للطفل على الإباء وإباحة الضرب التأديبي ووفق ضوابط باعتبارها احد ثوابت تلك الشريعة السمحاء كما ان المشروع وسيلة للتشجيع على الزنا ونبيذ الزواج وتعطيله لمن له القابلية البدنية والنفسية التي اقرتها الشريعة الإسلامية وإباحة الزواج لمن له تلك القابليات بالإضافة الى سن البلوغ الشرعي، بالإضافة الى مخالفة المشروع لبعض القوانين الخاصة التي أعطت الحق لمن بلغ ال١٥ سنة إدارة المنزل والتجارة ووفق شروط .

٢ لم تكن صياغة نصوص مشروع قانون حماية الطفل تنسجم مع ضوابط الصياغة التشريعية شكلا ومضمونا.

٣ لقد قررت اكثر القوانين حماية وضمانات لحقوق الطفل إذ لم تغفل الكثير من هذه القوانين الخاصة عن تنظيم حقوق الطفل بما يحقق كرامته وسلامته ، كقانون العقوبات وقانون رعاية القاصرين وقانون العمل وغيرها من القوانين وبشكل ادق واعمق من مشروع قانون حماية الطفل كما ان بعض النصوص ليس الا تكرارا لما سبق من مواد في تلك القوانين

٤ ان الانضمام للاتفاقيات والمواثيق الدولية بشكل مطلق دون ملاحظة ما يوائم البلد من قيم ومبادئ نابعة عن دينها الرسمي يعد انتهاكا للحقوق والحريات وليس حماية للطفل كما تدعيه نص المادة الثالثة من مشروع قانون حماية الطفل سيئ الصيت

٥ المصادقة على مشروع قانون حماية الطفل يؤدي الى تراجع دور الاسرة وضعف مشاعر الانتماء وتفكك الروابط الاسرية ، فضلا عن تراجع دور القيم والمفاهيم الإسلامية وظهور حالات مأساوية تتمثل في التفكك الاسري والتشرد واستغلال الأطفال في اعمال غير مشروعة .

٦ يتبين لنا ان للطفل حقوق كثيرة اشارت لها الشريعة الإسلامية قبل أن تضع الدول الحديثة، والأمم البشرية جميعها شيئاً من موثيق حقوق الطفل والإنسان بأربعة عشر قرناً اذ بيّنت ذلك بشكل مفصل قبل ولادة الطفل وبعدها ومن هذه الحقوق ان يترعرع في بيئة عائلية تسودها القيم الاصلية والمفاهيم الإسلامية والمبادئ الخلقية والامن والاستقرار ليعيش في كنف الاسرة متماسكة بوصفها اللبنة الأولى في بناء المجتمع .

التوصيات:

نطالب بإلغاء مشروع قانون حماية الطفل كون المشروع عبارة عن نصوص إما مخالفة للشريعة الإسلامية ودستور العراق لسنة ٢٠٠٥ أو مجرد مواد مكررة من قوانيننا العراقية السابقة والتي تعد ادق واشمل للحماية بالإضافة الى صياغته التي لا تتسجم مع ضوابط الصياغة التشريعية شكلا ومضمونا.

نعم من الممكن حماية الطفل بطرق أخرى وهي:

١- من الممكن ان تستبدل دور الإيواء التي يرمي اليها المشروع بدور إيواء خاصة وذلك بتعديل قانون حق الزوجة المطلقة في السكن رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ ليشمل الزوجة المعنفة وأولادها المعنفين وان تكون مدة السكن خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي لنضمن لهم حياة مستقرة ، واقتصار تلك الدور التي أشار اليها المشرع على الحالات الاستثنائية للمشردين الذين لا مأوى لهم حقيقة، بالإضافة الى تفعيل نظام الديات التي نادت بها احكام الشريعة الإسلامية على شكل غرامات تفرض على المعنف للطفل لتكن رادعا له من الوان التعذيب على جسد الطفل

٢-الزام الإباء بتعليم أبنائهم وحملهم المسؤولية خلاف ذلك.

٣-بنود قانونية لملاحقة قضايا الإهمال المتمثلة بالتخلي عن الطفل.

٤-تحديد فترات العمل للنساء بما يلائم الوضع الاسري للمرأة وذلك بتقليص ساعات الدوام وإعطاء الأولوية لدورها الاسري عند التزام حماية للطفل والاسرة من التفكك والانهيال .

٥-فتح دور رعاية للأطفال لمساندة الام العاملة، في المؤسسة او مكان العمل الذي تباشر فيه عملها لتكن اقرب للطفل روحاً وجسداً كون مهمتها في صناعة الانسان وتنمية الاسرة لا تقاس بكل المقاييس الاخرى، ونأمل من ذات الشوكة اخذ هذه المسائل بعين الاعتبار حتى يعلم الجميع اهمية الاسرة وتماسكها في المجتمع

٦- استحداث لجان في مراكز الشرطة في كل منطقة تتألف من ثلاث أعضاء ذات اختصاصات مختلفة (قانون -علم نفس- احد طلاب العلوم الحوزوية)، هذه اللجان ستخفف عن كاهل المحكمة بحل المشاكل بالتدخل السريع من جهة وتوظيف من يحتاج الى عمل من جهة أخرى والأفضل ان يكون للنساء دور في تلك اللجان

٤- معالجة انهيار الاسرة كون الطفل احد أفرادها ويتأثر بكل ما يطرأ عليها بعد معرفة أسباب الانهيار كالفقر بمحاولة القضاء على البطالة والادمان بمحاسبة المدمن وزجه في السجن.

٦- تعديل المادة ٥٧ بما يوجب مصلحة الطفل دون الاكتراث بالمسائل العاطفية والكيدية ولتجنب ذلك وتحقيق تلك المصلحة نقترح واستناداً للشريعة الإسلامية ان تكون الحضانة حق للرجل يتضمن مسؤولية، فلما كان الرجل مسؤول عن النفقة ووجوب العمل خارج المنزل فمن الطبيعي ان يتركه عند زوجته أو أمه ، إلا ان الام احق به من الجميع ان توفرت فيها الشروط الثلاثة وهي: (أن تكون مؤتمنة وقبلت بالحضانة ولم ترتبط بزواج اخر) فهنا نقترح ان يلزم القانون الأب بعرض رعاية الطفل على ألام ولها اجرة الحضانة وذلك مع بقاء ولايته عليه وعدم منعه من مشاهدته وتربيته متى شاء استناداً للولاية الشرعية اذا كان اهلا لها مؤتمن ، هذا الاقتراح سيساعد على تقارب الأم والأب والتقليل من حالات الطلاق.

٧- الحل الاستباقي للوقاية من مشاكل الاسرة عن طريق دورات لتثقيف الطرفين على تربية الأطفال وكيفية التعامل معهم استناداً للقيم والمبادئ السامية التي نادى بها الشريعة الإسلامية ودستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

من الواضح ان المشرع يدرك أن ما يطرحه من مواد قانونية يصطدم بأديان وثقافات الكثير من شعوب العالم، وأنها إذا ما طرحت بشكل مباشر فستواجه بالرفض التام من قبل الشعوب المحافظة لذا فإنه استخدم المصطلحات المرنة، والشعارات البراقة، ومظلات خداعة كحامي للطفل والمرأة ضد العنف وهي اهداف لا تتسجم مع واقع بلدنا الإسلامي.

المصادر :

القران الكريم

أولا / الكتب الفقهية

١- الشيخ الصدوق ، من لا يحضره الفقيه ، الجزء الرابع .



- 2 - الشيخ الطبرسي ، مكارم الاخلاق .
- 3 - العلامة الريشهري ، ميزان الحكمة ، الجزء الرابع .
- ٤ - العلامة المجلسي ، بحار الانوار ، الجزء ١٠١ .

ثانيا / الكتب القانونية

- ١- د. احمد النجدي زهو ، التعسف في استعمال الحق ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، ١٩٩١ .
- ٢- حدة سعدي ، تطور حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ، كلية الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، الجزائر .
- ٣- د . عدوية جبار الخزرجي ، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
- ٤ - القاضي : قيس عبد السجاد الحسناوي ، الإلحاد وفسخ الزواج ، الطبعة الأولى ، مكتب زاكي ، بغداد ، ٢٠٢٣ .

ثالثا / الرسائل الجامعية

- ١- أحمد عبد السلام حسن سعيد ، قانون رعاية الاحداث ومعايير حقوق الطفل الدولية " دراسة تأصيليه تحليلية " ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة المستنصرية ، بغداد .

رابعا / الأبحاث والمقالات العلمية

- ١ - أسامة أحمد محمد النعيمي ، الحماية الجزائية للطفل المعرض للخطر ، دراسة مقارنة - في ضوء مشروع قانون الطفل العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ١٦ ، العدد ٥٨ ، السنة ١٨ ، ٢٠١٣ .

٢- رنا علي حميد السعدي ، الضمانات القانونية لحماية حقوق الطفل في العراق ، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة ، العدد ٣٠ .

٣ - عبير نجم عبد الله الخالدي ، حقوق الطفل في ظل الازمات المجتمعية ، الطفل العراقي أنموذجا ، بحث منشور ف مجلة مركز البحوث التربوية والنفسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد ٣٣.

٤- القاضي : كاظم الزيدي ، ضمانات الطفل في القانون العراقي ، متاح على الرابط ٥ - د. هيثم المهندس ، تأديب الزوجة في القانون العراقي ، مقال متاح على الرابط / <https://www.sotaliraq.com>.

خامسا / القوانين

- ١- مشروع قانون حماية الطفل رقم () لسنة ٢٠٢١ .
- ٢- من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠
- ٣- قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
- ٤- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ .
- ٥- قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
- ٦- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .